

NEELE ANN CHRISTIANSEN

Optimierung des Rechtsschutzes im Telekommunikations- und Energierecht

*Studien zum
Regulierungsrecht*
5

Mohr Siebeck

Studien zum Regulierungsrecht

Herausgegeben von

Gabriele Britz, Martin Eifert, Michael Fehling,
Thorsten Kingreen und Johannes Masing

5



Neele Ann Christiansen

Optimierung des Rechtsschutzes im Telekommunikations- und Energierecht

Vereinheitlichung oder
systemimmanente Reform

Mohr Siebeck

Neele Ann Christiansen, geboren 1985; Studium der Rechtswissenschaft an der Bucerius Law School, Auslandstrimester an der Université d'Aix-Marseille; derzeit Referendarin am Hanseatischen Oberlandesgericht.

ISBN 978-3-16-152629-9 / eISBN 978-3-16-166901-9 unveränderte eBook-Ausgabe 2025
ISSN 2191-0464 (Studien zum Regulierungsrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2013 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Meinen Eltern und Claes

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im April 2012 als Dissertation an der Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft – angenommen. Die mündliche Prüfung folgte am 5. Dezember 2012.

Mein besonderer Dank gebührt meinem Doktorvater Prof. Dr. Michael Fehling. Er hat mich unterstützt und gefördert und so maßgeblich zum Gelingen der Arbeit beigetragen.

Ganz herzlich danken möchte ich auch Prof. Dr. Christian Bumke für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Meinen Kollegen am Lehrstuhl danke ich für den Zusammenhalt sowie für viele Diskussionen und Anregungen. Insbesondere bedanke ich mich bei Dörte Schanz-Wilkening.

Gewidmet ist dieses Buch meinen Eltern, die mich stets in jeglicher Hinsicht liebevoll unterstützen.

Hamburg, im März 2013

Neele Christiansen

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	VII
--------------	-----

<i>Erster Teil: Einführung, Ziel der Untersuchung und Gang der Darstellung</i>	1
--	---

A. Einführung	1
B. Ziel der Untersuchung	3
I. Optimierung des Rechtsschutzes als Ziel der Untersuchung – Die Rechtswegfrage als rein formales Zuordnungskriterium von untergeordneter Bedeutung	3
II. Eingrenzung des Themenzuschnitts: Rechtsschutz als Aufgabe der Judikative	5
C. Gang der Darstellung	6

<i>Zweiter Teil: Vergleichbarkeit von Telekommunikation und Energie als Voraussetzung für die weitere Untersuchung</i>	9
--	---

A. Tatsächlicher Rahmen: Unterschiede in der Marktstruktur	9
I. Telekommunikation	10
II. Energie	11
III. Zwischenergebnis: Vergleichbarkeit auf tatsächlicher Ebene	12
B. Rechtlicher Rahmen: Gemeinsamkeiten und Unterschiede im materiellen Recht	13
I. Regulierungskonzept: asymmetrischer versus symmetrischer Regulierungsansatz	14
II. Zugangsregulierung	15
1. Netzzugang	15
2. Zusammenschaltung bzw. Netzanschluss	18
3. Zwischenergebnis	20
III. Entgeltregulierung	21

1. TKG	21
2. EnWG	23
3. Zwischenergebnis	25
IV. Missbrauchsaufsicht	25
V. Frequenzvergabe	26
VI. Konzessionsverträge	28
VII. Ergebnis	29

Dritter Teil: Analyse der aus dem tatsächlichen und rechtlichen
Rahmen folgenden typischen Rechtsschutzkonstellationen31

A. Rechtsschutzmöglichkeiten – Kurzüberblick	31
B. Typische Rechtsschutzkonstellationen	33
I. Darstellung der wiederkehrenden materiellrechtlichen Streitigkeiten und korrespondierenden prozessualen Konstellationen	33
1. Entgeltregulierung	33
2. Zugangsregulierung	37
3. Frequenzvergabe nach § 52 ff. TKG	40
4. Konzessionsverträge nach § 46 EnWG	41
5. Fazit	42
II. Zusammenfassende Systematisierung	42
1. Ziel der Typisierung	42
2. Typische Themen – korrespondierende Rechtsschutzkonstellationen und Parteiinteressen	42
a) Entgeltregulierung	42
aa) Konstellation 1A: Rechtsschutzziel niedrigere Entgelte	43
bb) Konstellation 1B: Rechtsschutzziel höhere Entgelte	43
cc) Öffentliche Interessen	43
dd) Private Interessen abseits des primären Rechtsschutzziels	44
b) Zugangsregulierung	45
aa) Konstellation 2A: Rechtsschutzziel weiterreichende Zugangsverpflichtungen	45
bb) Konstellation 2B: Rechtsschutzziel Vermeidung der Zugangsgewährung	46
cc) Öffentliche Interessen	46
dd) Private Interessen abseits des primären Rechtsschutzziels	46
c) Frequenzvergabe	47
aa) Konstellation 3: Rechtsschutzziel Frequenzzuteilung	47
bb) Öffentliche Interessen	48
cc) Private Interessen abseits des primären Rechtsschutzziels	48

3. Multipolare Rechtsverhältnisse und Interessengeflechte als regulierungstypisches Phänomen.....	49
III. Zusammenstellung der für eine Rechtsschutzoptimierung zu berücksichtigenden Interessen	49

<i>Vierter Teil: Europäische und verfassungsrechtliche „Qualitätsstandards“ und ihre Bedeutung für eine Rechtsschutz- optimierung</i>	53
A. Europäische Vorgaben.....	53
I. Unionsrechtliche Vorgaben	53
1. Allgemeine unionsrechtliche Vorgaben	54
2. Spezifische Vorgaben an das Rechtssystem im Bereich von Telekommunikation und Energie	55
a) Detaillierte Vorgaben der Rahmenrichtlinie im Telekommuni- kationsbereich.....	55
aa) Befugnis zur Rechtsbehelfseinlegung: Vermittelt Art. 4 Abs. 1 RRL reinen Interessenschutz?	56
(1) Interessentenklage statt Verletztenklage?	56
(2) Fehlende Verbandskompetenz und Rechtsprechung des EuGH stehen Interessenschutz entgegen	59
bb) Gerichtliche Kontrolldichte	61
cc) Verfahrensdauer.....	61
b) Geringere Regelungsdichte europäischer Vorgaben im Energiebereich.....	61
II. Europäische Menschenrechtskonvention	62
III. Fazit: Effektiver und rascher Rechtsschutz als Anforderungen des Europäischen Rechts	64
B. Verfassungsrechtliche Vorgaben	65
I. Art. 19 Abs. 4 GG als subjektives Recht auf gerichtlichen Individualrechtsschutz.....	65
1. Voraussetzungen und Schutzbereich des Art. 19 Abs. 4 GG	65
a) Rechtsverletzung durch die öffentliche Gewalt.....	65
b) Das Recht auf effektiven Rechtsschutz als über den Wortlaut hinausgehende Garantie	66
c) Effektiver Rechtsschutz als Rechtsschutz in angemessener Zeit	66
d) Vereinbarkeit von Letztentscheidungskompetenzen der Verwaltung mit der Rechtsschutzgarantie	68
2. Materielle Grundrechte.....	68
3. Sonstige Verfassungsprinzipien.....	69

4. Fazit: Effektiver Rechtsschutz, Anspruch auf rechtliches Gehör und wirksamer Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen als Anforderungen des Verfassungsrechts	70
5. Spannungsverhältnis zwischen richtiger, gründlicher Entscheidung und rascher Entscheidung als Ausgangspunkt für die weitere Untersuchung	70
6. Verfassungsrechtliche Besonderheit mehrpoliger Rechtsverhältnisse als Ausgangspunkt für eine Rechtsschutzoptimierung	73
C. Ergebnis	76

*Fünfter Teil: Die Optimierung des Rechtsschutzes –
Was bedeutet Rechtsschutzoptimierung?*

A. Was bedeutet Rechtsschutzoptimierung?	79
I. Das formale Prinzip der Effizienz als Optimierungsmaßstab	80
1. Begriffsbestimmung	80
a) Wirtschaftlichkeitsgebot	80
b) Wohlfahrtsökonomische Effizienztheorien	80
c) Abgrenzung zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	82
aa) Kein Gleichlauf von Effizienz und Verhältnismäßigkeit auf den Stufen des legitimen Zwecks, der Geeignetheit und der Erforderlichkeit	83
bb) Das Angemessenheitskriterium, insbesondere das Prinzip praktischer Konkordanz als Ersatz für das formale Prinzip der Effizienz?	84
2. Keine rechtlichen Bedenken gegen die Verwendung des Effizienzprinzips als „formale Hülle“	86
3. Zwischenergebnis	86
II. Die Gerichtsverfahrenseffizienz im Regulierungsrecht	87
1. Begriff der Gerichtsverfahrenseffizienz	87
2. Gerichtsverfahrenseffizienz im Regulierungsrecht	88
a) Förderung chancengleichen Wettbewerbs	89
b) Angemessene Versorgung mit Dienstleistungen und Verbraucherschutz	89
c) Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen	90
d) Verfahrensbeschleunigung	90
e) Umfassende Beteiligungsrechte als Ausgleich für hohe regulierungsrechtliche Eingriffsintensität	90
f) Effektive Durchsetzung des Unionsrechts	92

g) Zwischenergebnis: regulierungsrechtliches Verständnis der Verfahrenseffizienz.....	92
3. Begriffsbestimmung befreit nicht von Abwägung.....	93
III. Minimal- oder Maximalverständnis der Effizienz.....	95
B. Ergebnis	96

Sechster Teil: Die Rechtsschutzsysteme des TKG und EnWG im Vergleich.....97

A. Beteiligung am gerichtlichen Verfahren	97
I. Die verwaltungsgerichtliche Regelung des § 63 VwGO: eigene gerichtliche Beiladungsentscheidung.....	98
II. Die kartellrechtliche Regelung des § 79 EnWG: Prinzip der Kontinuität der Verfahrensbeteiligung.....	99
1. Beteiligung im behördlichen Verfahren als Voraussetzung der Beteiligung am Gerichtsverfahren	100
a) Beteiligte des behördlichen Verfahrens nach § 66 Abs. 2 EnWG, insbesondere das Merkmal der erheblichen Interessen- beeinträchtigung als Beiladungsvoraussetzung	100
b) Einfache Beiladung als behördliche Ermessensentscheidung	102
c) Einfache und notwendige Beiladung	105
d) Möglichkeit der Beiladung von Amts wegen.....	107
e) Verpflichtung der Behörde zur Beiladung von Amts wegen?	109
f) Zwischenergebnis	111
2. Umfang der gerichtlichen Prüfungskompetenz – Ausgleich für die fehlende Beiladungskompetenz?.....	112
3. Analoge Anwendung von § 65 VwGO?.....	113
4. Beteiligungsrechte nach dem pepcom-Beschluss des BGH? ..	114
5. Letzter Zeitpunkt der Beiladung	116
6. Zwischenergebnis	119
III. Bewertung der verbleibenden Unterschiede: Gerichtliche oder behördliche Beiladungskompetenz, notwendige Beiladung von Amts wegen oder auf Antrag?.....	121
1. Notwendige Beiladung verpflichtend, von Amts wegen oder auf Antrag des Beizuladenden?.....	121
a) Mangelnde Rechtssicherheit und Wettbewerbsbehinderung bei Festhalten am Antragserfordernis	122
b) Beiladungsmöglichkeit von Amts wegen als verfahrens- ökonomische Alternative zu einer reinen Antragslösung.....	125
c) Beteiligungsverpflichtung als Folge der notwendigen Beiladung von Amts wegen rechtlich unproblematisch.....	127
d) Geheimnisschutz als Argument für eine Beiladung auf Antrag.....	127

e) Zwischenergebnis	128
f) Einführung einer §§ 65 Abs. 3, 121 Nr. 2 VwGO vergleich- baren Regelung als Lösung?.....	128
2. Kontinuität der Beiladung.....	130
a) Umfassende Mitwirkungsrechte der regulierten Unternehmen als Argument für die Kontinuität der Verfahrensbeteiligung.....	131
b) Verfahrensökonomie und Wettbewerbsförderung als Argumente gegen die Kontinuität der Verfahrensbeteiligung	132
c) Konflikt mit dem System der Gewaltenteilung und faktische Probleme als über den Effizienzmaßstab hinaus zu berücksichtigende Gesichtspunkte	133
3. Alternative Regelung der behördlichen Verfahrens- beteiligung bei Festhaltung am Kontinuitätsprinzip.....	133
a) Ausgestaltung des § 66 Abs. 2 EnWG als Ermessensvorschrift auch rechtspolitisch sinnvoll	134
b) § 13 Abs. 2 VwVfG als Alternative zu den sektorspezifischen Vorschriften?.....	136
c) Letzter Zeitpunkt der Beiladung.....	138
IV. Zwischenergebnis.....	140
B. Klage- und Beschwerdebefugnis.....	142
I. Die verwaltungsgerichtliche Regelung des § 42 Abs. 2 VwGO	142
II. Der Tatbestand des § 75 Abs. 2 und Abs. 3 EnWG.....	143
1. Formalisierte Beschwerdebefugnis des § 75 Abs. 2 EnWG (Anfechtungsbeschwerde).....	143
a) Erfordernis einer formellen und materiellen Beschwerde?.....	144
b) Ausweitung der Beschwerdebefugnis durch den pepcom-Beschluss des BGH.....	145
aa) Vereinbarkeit der §§ 66 Abs. 2, 75 Abs. 2 EnWG mit Art. 3 GG	146
bb) Gefahr neuer problematischer Differenzierungen durch die Rechtsprechung des BGH	148
c) Ausweitung der Beschwerdebefugnis aufgrund von Art. 19 Abs. 4 GG.....	149
2. Die Beschwerdebefugnis nach § 75 Abs. 3 EnWG	149
3. Zwischenergebnis	151
III. Formalisierte Beschwerdebefugnis versus Klagebefugnis abhängig von möglicher Rechtsverletzung	151
1. Rechtsschutz versus Interessenschutz	151
2. Formalisierte Beschwerdebefugnis als Instrument zur Verfahrensbeschleunigung?.....	152
3. Drittschutzschmälerung durch Anknüpfung an subjektive Rechte?	154

4. Wettbewerbsförderung als Argument für eine Anknüpfung an subjektive Rechte?	155
5. Regulierungsbehörde im Energierecht als Richter in eigener Sache – mangelnde Transparenz der energierechtlichen Regelung	158
6. Innere Schwächen der Regelungen des EnWG	159
IV. Zwischenergebnis	160
C. Kontrolldichte	161
I. Möglichkeiten behördlicher Letztentscheidungskompetenzen im Telekommunikationsrecht	161
1. Freiräume von gerichtlicher Kontrolle durch Ermessensspielräume nach § 114 S. 1 VwGO	161
2. Freiräume von gerichtlicher Kontrolle nach der Dogmatik des Beurteilungsspielraums	162
3. Regulierungsermessen als Fortentwicklung der Figur des Planungsermessens	163
II. Verbot behördlicher Letztentscheidungskompetenzen durch die Regelung des § 83 Abs. 5 EnWG im Energierecht?	163
III. Bewertung: Umfassende gerichtliche Kontrolle oder Möglichkeit verwaltungsbehördlicher Letztentscheidungskompetenzen	166
1. Verfassungsrechtliche Forderung nach Freiräumen von gerichtlicher Kontrolle?	167
2. Funktionelle Betrachtung: Sind Entscheidungsspielräume der Bundesnetzagentur (im Rahmen der typischen Rechtsschutzkonstellationen) geboten?	168
3. Entscheidungsspielräume im Rahmen der typischen Rechtsschutzkonstellationen im TKG	169
a) Zugangsregulierung nach § 21 TKG	169
aa) Übertragung der baurechtlichen Figur des Planungsermessens	171
(1) Exkurs: Gestalterische Abwägungen als grundsätzliche Rechtfertigung behördlicher Letztentscheidungskompetenzen	173
(2) § 21 TKG als Ausdruck eines Gestaltungsmandats	174
(3) Beschränkung der Letztentscheidungskompetenz: Keine Verschmelzung von Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgeermessen	178
(4) Bezeichnung der behördlichen Letztentscheidungskompetenz als Regulierungsermessen in Abgrenzung zum Planungsermessen – mehr als begriffliche Präzision?	183
bb) Bundesnetzagentur als fachkundiges Kollegialorgan mit justizähnlichem Entscheidungsverfahren als Argument für behördliche Letztentscheidungskompetenzen?	185

(1) Bundesnetzagentur als fachkundiges Kollegialorgan?	186
(2) Beschlusskammerverfahren als justizähnliches Verfahren?	188
(3) Verhältnis von Gerichts- und Verwaltungsverfahren und die Gefahr einer „strangulierenden Kontrolldichte“	189
b) Entgeltregulierung nach §§ 30, 31 TKG	192
aa) Gestaltungsspielraum bei der Abwägungsentscheidung des § 30 Abs. 1 S. 2 TKG	192
bb) Letztentscheidungskompetenz der Bundesnetzagentur bei der Effizienzkostenbestimmung?	193
(1) Effizienzkostenbestimmung als gestalterische Entscheidung?	193
(2) Konsistenzgebot als Ausdruck verfassungsrechtlicher Forderung nach einer behördlichen Letztentscheidungs- kompetenz	195
c) Frequenzplanung	197
d) Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren als Vorfrage der Regulierung	199
4. Entscheidungsspielräume im Rahmen der typischen energierechtlichen Rechtsschutzkonstellationen	201
a) Zugangsregulierung § 20 EnWG	201
b) Entgeltregulierung	202
aa) Gestaltungsaufgabe der Bundesnetzagentur	202
bb) Übertragung der Figur des Planungsermessens auch auf das EnWG?	205
cc) Konsistenzgebot auch im EnWG?	205
IV. Zwischenergebnis: Maßstabskontrolle anstelle umfassender gerichtlicher Kontrolle	206
D. Geheimnisschutz	211
I. Die Regelung des § 138 TKG: Geheimnisschutz durch Ausnahme von der behördlichen Vorlageverpflichtung und ggf. in-camera-Verfahren	212
II. Der Tatbestand des § 84 EnWG: Geheimnisschutz durch Ausnahmen vom Akteneinsichtsrecht und ggf. in-camera-Verfahren	214
III. Zwischenergebnis	218
IV. Bewertung: Verfahrenseffizienter Geheimnisschutz im TKG und EnWG?	218
1. Multipolare Interessenkonflikte als Anforderungen an regulierungsrechtlichen Geheimnisschutz	218
2. In-camera-Verfahren auch in der Hauptsache als mögliche Lösung der Interessenkonflikte	220
a) In-camera-Verfahren als Möglichkeit eines angemessenen Interessenausgleichs	220

b) Vereinbarkeit von in-camera-Verfahren und richterlicher Unabhängigkeit.....	221
c) In-camera-Verfahren als Revisionshindernis?	222
d) Vergleich zum Strafverfahren als Argument für ein Verfahren nach Beweislastregeln mit Verwertungsverboten?	223
3. Unionsrechtliche Forderung nach einem in-camera Hauptsacheverfahren?	224
4. Durchführung eines in-camera-Verfahrens zur Wettbewerbsförderung	227
5. Konkrete Ausgestaltung des regulierungsrechtlichen Geheimnisschutzes de lege ferenda	227
a) In-camera Hauptssacheverfahren als Normalfall bzw. nach Wahl des Geheimnisträgers	227
b) „Zwischenverfahren“ als Bestandteil des Hauptsacheverfahrens.....	229
aa) Notwendigkeit eines gerichtlichen Zwischenverfahrens (auf Antrag)	230
bb) Problem: Dauer des Zwischenverfahrens – Zwischen- verfahren als Bestandteil des Hauptsacheverfahrens?	231
V. Zwischenergebnis.....	235
E. Einstweiliger Rechtsschutz.....	236
I. Die Regelungssystematik der §§ 80a Abs. 3, 80 Abs. 5 und § 123 Abs. 1 VwGO	236
II. Der Tatbestand des § 77 EnWG.....	238
III. Der grundsätzliche Ausschluss der aufschiebenden Wirkung als reformbedürftige gesetzgeberische Entscheidung.....	240
1. Verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit des grundsätz- lichen Ausschlusses der aufschiebenden Wirkung	241
2. Entscheidung über den gesetzlichen Regelfall auf einfachgesetzlicher Ebene	242
3. Differenzierung nach dem Inhalt der Verfügung als Alternative zu einem pauschalen Ausschluss der aufschiebenden Wirkung	246
IV. Zwischenergebnis.....	247
F. Verfahrensdauer	247
 <i>Siebter Teil: Bedeutung der Möglichkeit zivilgerichtlichen Rechtsschutzes</i>	
	251
A. Parallelität von zivil- und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz....	251
B. „Umgehungsmöglichkeiten“ durch ein Nebeneinander von zivil- und verwaltungsrechtlichem Rechtsschutz.....	255

I.	Zuständigkeit des (sekundär) angerufenen Zivilgerichts	256
1.	Erster Lösungsansatz: Reform des materiellen Rechts	256
a)	Ausschluss der Anwendbarkeit der Vorschriften des allgemeinen Kartellrechts	256
b)	Reform der sektorspezifischen Vorschriften	256
2.	Zweiter Lösungsansatz: Ausweitung der Tatbestands- wirkung oder fehlendes Rechtsschutzbedürfnis	257
a)	Sektorspezifisches Wettbewerbsrecht	257
b)	Allgemeines Wettbewerbsrecht	258
aa)	Zivilrechtsweg	258
bb)	Kartellrechtsweg	263
cc)	Dogmatische Verortung des Ausschlusses: Fehlendes Rechtsschutzbedürfnis bzw. Verwirkung der Rechtsschutzmöglichkeit	263
3.	Wahlmöglichkeit solange kein Antrag bei der Bundesnetz- agentur und kein Tätigwerden der Bundesnetzagentur von Amts wegen	264
II.	Unzuständigkeit des sekundär angerufenen Verwaltungs- gerichts bzw. Kartellgerichts?	265
C.	Reformvorschlag: Umfassende Prüfungskompetenz der Bundesnetzagentur statt grundsätzlichen Ausweichens auf den Zivilrechtsweg?	265
D.	Ergebnis	268
 <i>Achter Teil: Entscheidung der Rechtswegfrage</i>		271
A.	Vereinheitlichung oder systemimmanente Reform?	271
B.	Zuweisung an die Kartell- oder an die Verwaltungsgerichte?	272
I.	Ergebnis der vergleichenden Analyse: Verwaltungsgerichte verdienen den Vorzug	272
II.	Historische Überlegungen zur Zuständigkeitsverlagerung auf die Kartellgerichte im Energiebereich heute nicht mehr haltbar	273
III.	Annäherung von sektorspezifischem und allgemeinem Wettbewerbsrecht als Argument für den Zivilrechtsweg?	273
IV.	Notwendigkeit von ökonomischem Sachverstand als Argument für den Zivilrechtsweg?	276
C.	Ergebnis	276

<i>Neunter Teil: Ergebnisse der Untersuchung und Reformvorschläge</i>	279
A. Vergleichbarkeit von Telekommunikation und Energie als Voraussetzung für die weitere Untersuchung	279
B. Analyse der aus dem tatsächlichen und rechtlichen Rahmen folgenden typischen Rechtsschutzkonstellationen	279
C. Europäische und verfassungsrechtliche „Qualitätsstandards“ und ihre Bedeutung für eine Rechtsschutzoptimierung	280
D. Optimierung des Rechtsschutzes – Was bedeutet Rechtsschutzoptimierung?	281
E. Vergleich der Rechtsschutzsysteme des TKG und EnWG	282
I. Beteiligung am gerichtlichen Verfahren	282
1. Ausgestaltung des Verfahrens der notwendigen Beiladung	282
2. Beiladungskompetenz	283
3. Einzufügende Vorschriften	283
II. Klage- und Beschwerdebefugnis	284
III. Kontrolldichte	285
IV. Geheimnisschutz	286
V. Einstweiliger Rechtsschutz	288
F. Verfahrensdauer	289
G. Folgen der Parallelität von verwaltungsgerichtlichem und zivilgerichtlichem Rechtsschutz	290
H. Entscheidung der Rechtswegfrage	291
Literaturverzeichnis	293
Sachverzeichnis	311

Erster Teil

Einführung, Ziel der Untersuchung und Gang der Darstellung

A. Einführung

„Das Regulierungsrecht wird sich ohne eine begleitende und vor allem konsistente Rechtsprechung nicht entfalten können.“¹ „Der bislang vorge-sehene heterogene Rechtsschutz gegen Entscheidungen der [Regulie-rungs]behörde ruft geradezu nach Vereinheitlichung [...]“.² „[Es ist] ein Trend zur Aushöhlung der Verwaltungsgerichtsbarkeit feststellbar, gewis-sermaßen eine Flucht aus dem Verwaltungsprozessrecht“.³

Diese und andere Zitate⁴ finden sich in der Literatur zuhauf. Betont wird die Bedeutung des Rechtsschutzsystems für den Erfolg eines Regulie-rungssystems, bemängelt wird der im Telekommunikations- und Energie-recht unterschiedliche Rechtsweg.⁵ So sind Klagen gegen Entscheidungen der Bundesnetzagentur nach dem Telekommunikationsgesetz vor den Verwaltungsgerichten zu erheben, Rechtsschutz gegen Entscheidungen derselben Behörde auf der Grundlage des Energiewirtschaftsgesetzes ist indes vor den Kartellgerichten zu suchen. Mit dem unterschiedlichen Rechtsweg verbunden ist ein grundverschieden ausgestaltetes Rechts-schutzsystem.

Diese Unterschiede erstaunen, wenn man sich die großen strukturellen und rechtlichen Ähnlichkeiten der beiden Bereiche verdeutlicht: Handelt es

¹ Knauff, VerwArch 2007, 382 (383).

² Röhl, JZ 2006, 831 (838).

³ Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 19 IV Rn. 338.

⁴ Siehe Ohlenburg, TKMR 2003, 164: „Da die verfahrensrechtlichen Vorgaben auf die Durchsetzung bzw. Einhaltung der materiellen Vorgaben des EnWG erheblichen Einfluss haben, hängt die Effektivität dieser Regulierung wesentlich von der Effizienz der Verfahrensregelungen ab.“; oder auch Holznagel/Werthmann, IR 2004, 74: „Ob ein Regulierungssystem funktioniert, entscheidet sich erst vor den Gerichten“.

⁵ Siehe auch Burgi, NJW 2006, 2439 (2443): „Dass namentlich gegen Regulierungs-entscheidungen bei Post, Telekommunikation (und Bahn) der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist, während das EnWG in § 75 IV auf die aus dem Kartellrecht vertraute Rechtsschutzgewährung durch die Oberlandesgerichte setzt [...], kann nicht mit objek-tiven, sektorspezifischen Gegebenheiten erklärt werden.“.

sich doch sowohl beim Telekommunikations- als auch beim Energierecht um stark regulierte Netzwirtschaften, die einem dynamischen Wandel unterliegen und deren wirtschaftliche Bedeutung hoch ist. Vor dem Hintergrund der nicht zu unterschätzenden Bedeutung des Rechtsschutzsystems für das Regulierungssystem insgesamt stellt sich die Frage, ob die Herausforderungen, die diese Bereiche an ein Rechtsschutzsystem stellen, tatsächlich so verschieden sind, dass unterschiedliche Systeme zu rechtfertigen sind.

Diese Frage wird vollkommen unterschiedlich beantwortet: 2004 forderte der Bundesrat die Bundesregierung auf, eine Gesetzesinitiative zu ergreifen, um bei telekommunikationsrechtlichen Sachverhalten eine Verlagerung des Rechtswegs von den Verwaltungsgerichten zu den Zivilgerichten⁶ und so auch ein einheitliches Rechtsschutzsystem im Telekommunikations- und Energiebereich zu erreichen. Fraktionsübergreifend wurde im Bundestag am 26.5.2004 Identisches beantragt mit der Auflage, eine Gesetzesnovelle noch innerhalb der bis 2006 andauernden Legislaturperiode einzubringen.⁷

Auch die Monopolkommission forderte eine Verlagerung des Rechtswegs auf die Zivilgerichte.⁸ Zu einer Gesetzesinitiative kam es, bedingt durch die Auflösung des Bundestages und Neuwahlen, allerdings nicht mehr.

Die Diskussion um das passende Rechtsschutzsystem im Regulierungsrecht ist aber keineswegs verstummt⁹. 2006 war es Thema des 66. Deutschen Juristentages, ob das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden solle.¹⁰ Zum Abschluss bestand Einigkeit, dass eine einheitliche Regelung des Rechtsschutzes gegen Entscheidungen der Regulierungsbehörde sinnvoll wäre.¹¹ Die Zuweisung des Rechtswegs solle aber nicht – wie von Bundestag und Bundesrat gefordert – an die Zivilgerichte, sondern an die Verwaltungsgerichte erfolgen.¹²

⁶ Beschluss vom 14.5.2004, BR-Drs. 379/04.

⁷ Antrag vom 24.5.2004, BT-Drs. 15/3218.

⁸ *Monopolkommission*, Zur Reform des Telekommunikationsgesetzes, Sondergutachten 40, 2004.

⁹ Vgl. *Mayen*, in: Scheurle/Mayen, TKG, § 137 Rn. 3.

¹⁰ Siehe hierzu: *Masing*, in: Verhandlungen des sechsundsechzigsten Deutschen Juristentages, Stuttgart 2006, Band I, Teil D sowie Band II/1, O.

¹¹ Verhandlungen des sechsundsechzigsten Deutschen Juristentages, Band II/1, Beschlüsse, O 149, 23.a).

¹² Verhandlungen des sechsundsechzigsten Deutschen Juristentages, Band II/1, Beschlüsse, O 149, 23 b).

B. Ziel der Untersuchung

1. Optimierung des Rechtsschutzes als Ziel der Untersuchung – Die Rechtswegfrage als rein formales Zuordnungskriterium von untergeordneter Bedeutung

Doch was verspricht man sich von einer Rechtswegvereinheitlichung? Vor dem Hintergrund der Bedeutung des Rechtsschutzsystems für ein funktionierendes Regulierungssystem kann es nur subjektiv um die Optimierung des Rechtsschutzes sowie objektiv um die Verwirklichung regulierungsrechtlicher Ziele gehen. Durch einen Vergleich der Rechtsschutzsysteme soll daher einerseits ein Beitrag zur Optimierung des Rechtsschutzes geleistet werden. Wie können die Rechte (und Interessen) der Regulierungsadressaten optimal verwirklicht werden? Andererseits soll untersucht werden, wie das Rechtsschutzsystem ausgestaltet sein muss, um die effektive Durchsetzung regulierungsrechtlicher Ziele sicherzustellen – muss das Rechtsschutzsystem reformiert werden, um öffentliche Interessen bestmöglich zu realisieren?

Diese Fragestellungen setzen freilich voraus, dass das Rechtsschutzsystem sowohl im Hinblick auf die privaten als auch auf die öffentlichen Interessen nicht bereits optimal ausgestaltet ist. Die Vermutung, dass ein Optimierungsbedürfnis und -potential besteht, drängt sich aber auf, betrachtet man die unterschiedliche Rechtswegzuweisung trotz paralleler, sehr ähnlicher Konfliktsituationen und Interessenkonstellationen.¹³

Die wachsende Anzahl der angestregten Verfahren macht deutlich, dass die Rechtsschutzproblematik keinesfalls eine theoretische ist. So waren Ende 2010 743 Gerichtsverfahren im Energiebereich anhängig¹⁴. 2007 waren es noch gerade über 400.¹⁵ Im Telekommunikationsrecht zeichnet sich eine ähnliche, wenn auch in letzter Zeit nicht mehr so rasante Entwicklung ab.¹⁶

Der Rechtsweg als solcher soll trotz der in Literatur und Politik geführten Diskussionen im Rahmen der vergleichenden Analyse nicht als eigenes Kriterium analysiert werden. Auf den ersten Blick mag es seltsam erschei-

¹³ Siehe den zweiten und dritten Teil dieser Untersuchung.

¹⁴ Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2010, S. 195; 2009 waren es 770, siehe Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2009, S. 197.

¹⁵ Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2007, S. 178.

¹⁶ So waren 2010 182 Verfahren anhängig (Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2010, S. 130), 124 Verfahren anhängig (Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2009, S. 127), 2008 waren es 155 (Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2008, S. 112), von 2006 auf 2007 hatte sich allerdings die Zahl der angestregten Verfahren vor dem VG Köln beinahe verdoppelt, siehe Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2007, S. 120 sowie Jahresbericht 2006, S. 155.

nen, bei näherem Hinsehen kommt es aber für eine fundierte Entscheidung, ob das verwaltungs- oder kartellrechtliche Rechtsschutzsystem den Anforderungen des regulierungsrechtlichen Rechtsschutzes eher gerecht wird, auf die Rechtswegzuweisung gar nicht an. Entscheidend ist vielmehr, welche Regelungen die beiden Rechtsschutzsysteme im Einzelnen bereithalten. Diese müssen isoliert und in ihrer Gesamtheit der Gerichtsbarkeit ermöglichen, einen für das Telekommunikations- und Energierecht optimalen Rechtsschutz sicher zu stellen. Der Begriff des Rechtswegs ist in diesem Sinne inhaltsleer. Die entsprechenden Vorschriften sind zwar fest in ein bestimmtes Rechtsschutzsystem eingebunden, nicht aber ihr Inhalt. Gerade letzterer ist entscheidend. Erscheint eine materielle Regelung isoliert als besonders geeignet, so kann sie als Sonderverfahrensrecht in das Gesetz integriert bzw. bestehende Regelungen können dahingehend geändert werden.

Zwar ließe sich argumentieren, dass mit der Qualifikation als Verwaltungs- bzw. Zivilrichter ein bestimmtes Näheverhältnis zu der einen oder anderen Materie verbunden ist, das sich zwar nicht aus der – für alle Richter grundsätzlich ähnlichen – Ausbildung ergibt, wohl aber aus verschiedenen Grundperspektiven, die die Richter durch ihre sonstige Zuständigkeit einnehmen.¹⁷ Führt man diesen Gedanken zu Ende, so wäre, da es sich beim Regulierungsrecht um besonderes Verwaltungsrecht handelt, nur eine Rechtswegzuweisung an die Verwaltungsgerichte sachgerecht. Allerdings ist das Regulierungsrecht eine Sondermaterie, die umfassende Spezialkenntnisse erfordert. Somit ist die Verbundenheit zu anderen Bereichen der richterlichen Tätigkeit von vorneherein eher niedrig.¹⁸ Allein die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht nach §§ 32, 19 GWB weist Bezüge zum Regulierungsrecht auf. Hier besteht aber wiederum die Besonderheit, dass das Kartellrecht zwar im Kern öffentliches Recht ist, die gerichtliche Zuständigkeit aber dennoch bei den Zivilgerichten liegt. Zweifelhaft ist angesichts der Vielzahl der eingereichten Rechtsbehelfe ohnehin, ob die Richter sich überhaupt mit anderen Materien außerhalb des Regulierungsrechts befassen können und so Erfahrung auch in anderen Bereichen des Zivil- bzw. Verwaltungsrechts sammeln. Dies wird im Energierecht noch eher der Fall sein als im Telekommunikationsrecht. Während die Zuständigkeit telekommunikationsrechtlicher Verfahren beim VG Köln gebündelt ist, entscheiden erstinstanzlich in energierechtlichen Verfahren neben dem OLG Düsseldorf weitere Oberlandesgerichte.

Freilich ist mit einer Entscheidung für den Verwaltungs- bzw. Zivilrechtsweg automatisch eine Entscheidung für einen Verwaltungs- oder

¹⁷ *Masing*, in Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages, Gutachten D, D 162 f.

¹⁸ Handelte es sich um anderes besonderes Verwaltungsrecht wie beispielsweise das Gaststättenrecht, so könnte eher von einer solchen Nähebeziehung auszugehen sein.

Zivilrichter gefallen. Insofern besteht ein Unterschied zum Verfahrensrecht, dessen Elemente letztlich frei kombinierbar sind. Dennoch kann die Frage der Verbundenheit immer nur eine untergeordnete sein. Die Verbundenheit mag noch so groß sein, eine maßgebliche Optimierung bleibt so lange aus, wie die zwingend anzuwendenden Verfahrensregelungen ungeeignet sind.

Die Arbeit zielt dementsprechend darauf, die Problematik der Rechtsschutzoptimierung ergebnisoffen zu untersuchen – ohne sich schon in der Fragestellung auf eine Rechtswegverlagerung festzulegen. Durch einen *funktionellen* Vergleich der Rechtsschutzsysteme soll zunächst grundlegend analysiert werden, welche Verfahrensregelungen den Anforderungen des Rechtsschutzes im Telekommunikations- und Energierecht eher gerecht werden. Auf dieser Grundlage kann beurteilt werden, ob eine Vereinheitlichung durch Rechtswegverlagerung überhaupt sinnvoll ist oder ob nicht systemimmanente Lösungen zur Optimierung des Rechtsschutzes ebenso denkbar sind bzw. ob eine Vereinheitlichung neben weiteren Verfahrensreformen anzustreben ist. Nur sofern ein einheitlicher Rechtsweg wünschenswert ist, wird dann abschließend, aber untergeordnet, die Frage zu beantworten sein, welcher Gerichtsbarkeit die Entscheidungszuständigkeit zukommen soll. In diesem Zusammenhang kann durchaus die besondere richterliche Verbundenheit zu der jeweiligen Materie eine Rolle spielen. Zunächst hat der Rechtsweg aber als *rein formales* Zuordnungskriterium außer Betracht zu bleiben.

II. Eingrenzung des Themenzuschnitts: Rechtsschutz als Aufgabe der Judikative

Nach Art. 19 Abs. 4 GG steht jedem der Rechtsweg offen, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten¹⁹ verletzt wird. Der Staat muss demnach dafür sorgen, dass effektiver Individualrechtsschutz durch von ihm eingerichtete Gerichte gewährleistet wird.²⁰ Die Aufgabe der Rechtsschutzgewährung ist damit verfassungsrechtlich als Gerichtsschutzgarantie²¹ ausgestaltet.²²

Nicht ganz so deutlich in der Verfassung verankert, aber heute unumstritten ist, dass auch das Verwaltungsverfahren eine Rechtsschutzfunktion hat. So lässt sich aus den materiellen Grundrechten ein allgemeiner Grund-

¹⁹ Art. 19 Abs. 4 GG bezieht sich nach dem eindeutigen Wortlaut nicht nur auf die Verletzung von Grundrechten, sondern auf die Verletzung von Rechten allgemein; siehe *Schmidt-Aßmann*, in Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 7.

²⁰ *Schmidt-Aßmann*, in Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 6; *Hofmann*, in: ders./Schmidt-Bleibtreu/Hopfauf, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 37.

²¹ *Schmidt-Aßmann*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Einl. Rn. 2.

²² *Schlacke*, Überindividueller Rechtsschutz, S. 56.

satz des Grundrechtsschutzes durch Verfahrensgestaltung ableiten.²³ Zudem entfaltet Art. 19 Abs. 4 GG gewisse Vorwirkungen im Verwaltungsverfahren.²⁴

Im Ergebnis kommt sowohl dem Gerichts- als auch dem Verwaltungsverfahren²⁵ eine Rechtsschutzfunktion zu. Die Exekutiveebene wird in dieser Arbeit allerdings weitestgehend ausgeblendet. Neben dem gerichtlichen Verfahren noch das Verwaltungsverfahren zu untersuchen, würde den Rahmen sprengen. Sofern im Folgenden über eine Optimierung des Rechtsschutzes nachgedacht wird, ist eine Optimierung auf Gerichtsebene gemeint.²⁶

C. Gang der Darstellung

Die Arbeit gliedert sich in neun Teile. Ein Vergleich der Rechtsschutzsysteme setzt eine grundsätzliche Vergleichbarkeit der beiden Bereiche voraus. Voraussetzung ist eine Übereinstimmung in wesentlichen Punkten. Die auf den ersten Blick bestehende große Ähnlichkeit der beiden Sektoren muss sich daher auch bei näherem Hinsehen bewahrheiten. Daher sollen in einem *zweiten Teil* die wesentlichen materiellen Grundstrukturen des Telekommunikationsgesetzes (TKG) und des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) sowie die tatsächlichen Gegebenheiten auf dem Telekommunikations- und Energiemarkt auf Gemeinsamkeiten und Unterschiede untersucht werden.

Daran anschließend sollen in einem *dritten Teil* die Rechtsschutzkonstellationen typisierend gegenübergestellt werden und daraufhin analysiert werden, welche materiellen Themen in der Rechtsprechung im Vordergrund stehen und welche prozessualen Konstellationen hiermit typischerweise korrespondieren. Zudem sollen die jeweils verfolgten öffentlichen und privaten Interessen neben dem primären Rechtsschutzziel herausgearbeitet werden.

Diese Interessen stellen den Ausgangspunkt eines möglichen Optimierungsmaßstabs dar. Eine Analyse des europäischen Rechts und des Verfassungsrechts soll im *vierten Teil* weitere Qualitätsstandards hervorbringen bzw. die schon im Rahmen der Rechtsprechungsanalyse gefundenen Interessen fundieren.

²³ Siehe dazu unten 4. Teil B. I. 2.

²⁴ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 68; *Enders*, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher OK, Art. 19 Abs. 4 Rn. 72.

²⁵ Zum Eigenwert des Verwaltungsverfahrens siehe *Fehling*, Eigenwert des Verfahrens, VVdStRL 70 (2010), S. 278 ff.

²⁶ Dabei wird nicht außer Acht gelassen werden, dass unter Umständen wechselseitiges Entlastungspotential besteht. Dazu insbesondere unten 6. Teil C. III. 3. a) bb) (3).

Der *fünfte Teil* führt die privaten und öffentlichen Interessen sowie die europäischen und verfassungsrechtlichen Forderungen zu einem Optimierungsmaßstab zusammen.

Im anschließenden *sechsten und Hauptteil* der Arbeit werden das verwaltungsrechtliche Rechtsschutzsystem des Telekommunikationsrechts und das kartellrechtliche Rechtsschutzsystem des Energiewirtschaftsrechts gegenübergestellt und daraufhin untersucht, welche prozessualen und allgemeinen dogmatischen Probleme im Rahmen des Klage- bzw. Beschwerdeverfahrens auftreten können. Unterschiede sind herauszuarbeiten und anhand des am Ende des fünften Teils vorgeschlagenen Maßstabs zu bewerten:

Entscheidender Filter für die Zulässigkeit eines Rechtsbehelfs ist die Klage- bzw. Beschwerdebefugnis (6. Teil B.). Die Klage- bzw. Beschwerdebefugnis kann grundsätzlich leicht bejaht werden, wenn das Unternehmen Adressat der angefochtenen (belastenden) Verfügung ist. Schwieriger ist es in der Verpflichtungssituation. Zudem sind das Telekommunikations- und Energierecht durch tri- bzw. multipolare Rechtsverhältnisse geprägt.²⁷ Es besteht ein hohes Interesse an Drittanfechtung und Drittverpflichtungen. Besonderes Augenmerk soll daher darauf gelegt werden, welche Voraussetzungen die verwaltungs- und kartellrechtlichen Rechtsschutzsysteme an die Rechtsbehelfsbefugnis in Drittschutzkonstellationen stellen.

Von Bedeutung ist weiterhin die Frage, wer in der Lage ist, auf das Verfahren Einfluss zu nehmen. Dieser der Klage- bzw. Beschwerdebefugnis grundsätzlich nachgelagerte Aspekt wird dennoch zuerst behandelt, da im Energierecht die Beschwerdebefugnis an die Beteiligung am behördlichen Verfahren gekoppelt ist (6. Teil A.). Dabei erscheint es zumindest für den potentiell Verfahrensbeteiligten zwar auf den ersten Blick allein vorteilhaft, beteiligt zu sein, kann doch der Beteiligte den Prozess insbesondere durch Anträge zur Sache und zum Verfahren aktiv mitgestalten. Eine Beteiligung hat aber auch zur Folge, dass sich die materielle Rechtskraft des Urteils auf den Beteiligten erstreckt, die Entscheidung also für ihn bindend ist und gegen ihn vollstreckt werden kann. Aus Sicht des Rechtssuchenden ist die Beteiligung anderer ohnehin störend, kann sie doch mitunter (erhebliche) Verfahrensverzögerungen mit sich bringen.

Die Erfolgsaussichten von Klagen und Konkurrentenklagen hängen davon ab, inwieweit die Entscheidung der Behörde gerichtlich überprüfbar ist. Je geringer die gerichtliche Kontrolldichte, desto eher werden Entscheidungen der Regulierungsbehörde als vertretbar hingenommen. Insofern sind die beiden Systeme daraufhin zu untersuchen, inwieweit Freiräume von gerichtlicher Kontrolle bestehen und bestehen sollten (6. Teil C.).

²⁷ Siehe dazu unten 3. Teil B. II. 3.

Aufgrund der weitreichenden Befugnisse der Regulierungsbehörde, sich im Rahmen der Auferlegung von Regulierungsverfügungen Informationen zu beschaffen, die auch im Gerichtsverfahren möglicherweise offen gelegt werden, besteht ein hohes Interesse der regulierten Unternehmen an der effektiven Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen (6. Teil D.). Ihrem Interesse steht das Interesse der Wettbewerber an umfassender Kenntnis des Sach- und Streitstandes gegenüber. Sowohl das TKG als auch das EnWG sehen Vorschriften zur Wahrung des Geheimnisschutzes vor. Es wird zu untersuchen sein, inwieweit diese Regelungen einen angemessenen Ausgleich zwischen den betroffenen (Grundrechts-)Positionen herstellen.

Handelt es sich bei dem Telekommunikations- und Energiemarkt um Märkte, die einem dynamischen Wandel unterliegen, so besteht ein hohes Interesse der Beteiligten an schneller Rechts- und Planungssicherheit. Dementsprechend ist eine Analyse des Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutzes geboten (5. Teil E.). Zudem sollen Verfahren vor den Verwaltungs- bzw. Kartellgerichten auf ihre jeweilige Dauer untersucht werden (5. Teil F.).

Neben der verwaltungsrechtlichen bzw. kartellrechtlichen Rechtsschutzmöglichkeit besteht teilweise die (theoretische) Möglichkeit, zivilrechtlich Rechtsschutz zu suchen. So kann ein Anspruch auf Netzzugang durch einen Antrag bei der Regulierungsbehörde und anschließende Verpflichtungsklage bzw. -beschwerde durchgesetzt werden. Der Anspruch kann ebenso unmittelbar zivilrechtlich geltend gemacht werden. Der *siebte Teil* widmet sich daher der Frage nach dem Verhältnis zwischen zivilrechtlichem und verwaltungs- bzw. kartellrechtlichem Rechtsschutz und den Auswirkungen auf die Rechtsschutzoptimierung.

In einem *achten Teil* schließt sich die Frage an, ob eine Optimierung durch eine systemimmanente Reform oder doch im Wege einer Rechtswegvereinheitlichung zu realisieren ist.

Die Untersuchung endet mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse und konkreten Reformvorschlägen im *neunten Teil*.

Zweiter Teil

Vergleichbarkeit von Telekommunikation und Energie als Voraussetzung für die weitere Untersuchung

Ein einheitliches Rechtsschutzsystem ist nur sinnvoll, wenn sich die oberflächlich zu erkennenden großen Ähnlichkeiten auf tatsächlicher und rechtlicher Ebene widerspiegeln. Das TKG und EnWG müssen im Wesentlichen dieselben Anforderungen an ein Rechtsschutzsystem stellen und die Bedürfnisse der Beteiligten müssen vergleichbar sein. Ansonsten bleiben freilich systemimmanente Lösungen zur Optimierung des Rechtsschutzes. Zweifelhaft ist dann allerdings, inwiefern ein Vergleich der Rechtsschutzsysteme des TKG und EnWG Anstoß für solche systemimmanenten Reformen sein kann.

Wie also ist die Marktstruktur im Telekommunikations- und Energiebereich (A.)? Und inwieweit sind vor allem die gesetzlichen Regelungen des TKG und EnWG wirklich vergleichbar (B.)?

A. Tatsächlicher Rahmen: Unterschiede in der Marktstruktur

Nach ursprünglichem Verständnis handelte es sich sowohl bei der Strom- und Gasversorgung als auch bei der Telekommunikation um sogenannte natürliche Monopole, d.h. die Nachfrage kann am wirtschaftlichsten durch nur einen Anbieter bedient werden.¹ Mit der Zeit setzte sich die Erkenntnis durch, dass diese Annahme zumindest in ihrer Allgemeingültigkeit nicht aufrecht erhalten bleiben könne.² Es ist vielmehr zwischen den verschiedenen Stufen der Wertschöpfungskette zu unterscheiden: Was für den Infrastrukturwettbewerb gelten mag, kann nicht ohne Weiteres auf den Dienstewettbewerb im Markt übertragen werden.³

¹ Berndt/Kunz, in: Knieps/Brunekreeft, Zwischen Regulierung und Wettbewerb, S. 177; Koenig/Loetz/Neumann, Telekommunikationsrecht, S. 41; Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 37; Koenig/Kühling, WuW 2001, 810 (813); Baumol/Blinder, Economics, S. 211.

² Theobald, in: Schneider/Theobald, Energiewirtschaft, § 1 Rn. 33; Koenig/Loetz/Neumann, Telekommunikationsrecht, S. 41.

³ Fehling, in: ders./Ruffert, Regulierungsrecht, § 10 Rn. 5; vgl. Theobald, NJW 2003, 324 (325).

I. Telekommunikation

Im Telekommunikationsbereich hat – angestoßen durch die Postreformen I-III⁴ und fortgeführt durch entsprechende europäische Richtlinien – eine umfassende Liberalisierung stattgefunden. Das ehemals auf allen Stufen der Wertschöpfungskette bestehende rechtliche Monopol der Deutschen Telekom AG wurde aufgehoben. Was blieb, war in bestimmten Bereichen zwar kein rechtliches, aber ein natürliches Monopol. Dies galt insbesondere für die Telekommunikationsnetze. Mittlerweise kann aber auch hier nicht mehr von einem natürlichen Monopol ausgegangen werden. Für andere Unternehmen ist es durchaus rentabel, ein eigenes Leitungsnetz neben dem der Deutschen Telekom AG aufzubauen. Insofern ist auch ein Infrastrukturwettbewerb aus ökonomischer Sicht möglich.⁵ Etwas anderes gilt allein für die sogenannte letzte Meile, die Teilnehmeranschlussleitung, also die Leitung zwischen dem Hauptverteiler und dem Endkunden.⁶ Freilich ist auch im Übrigen ein Leitungsausbau mit immensen Kosten verbunden. Dementsprechend und aus den soeben geschilderten historischen Gründen wird der Telekommunikationsmarkt im Festnetzbereich weiterhin von einem großen Akteur – der Deutschen Telekom AG – dominiert. Auch wenn Wettbewerber teilweise eigene Infrastrukturen errichten, sind diese in der Regel lokal begrenzt und nicht bis zu den Endkunden ausgebaut.⁷ Im Bereich der Festnetzdienste (Wettbewerb im Markt) erlangen Wettbewerber hingegen immer mehr Marktanteile, 2009 betrug ihr Umsatzanteil 54 %.⁸

Auf dem Mobilfunkmarkt stehen sich vier große Netzbetreiber gegenüber, die jeweils Mobilfunkdienste anbieten. Die Tochterfirma der Deutschen Telekom AG T-Mobile hat dabei einen vergleichsweise geringen Marktanteil von 36,2 %, Vodafone hält mit 32,4 % einen fast ebenso hohen Anteil. Die beiden kleineren Netzbetreiber E-Plus und O2 kommen auf einen Marktanteil von 17,2 % (E-Plus) bzw. 14,2 % (O2).⁹ Neben diesen Mobilfunkanbietern existieren eine Reihe reiner Serviceanbieter, die Mobilfunkdienste der Netzbetreiber im eigenen Namen weiterverkaufen. Be-

⁴ Überblick über die Postreformen: *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 73; *Koenig/Loetz/Neumann*, Telekommunikationsrecht, S. 93 ff.; zur Postreform II: *Scherer*, CR 1994, 418 (418 ff.); zur Postreform III: *ders.*, NJW 1996, 2953 (2053 ff.).

⁵ *Theobald/Hummel*, N&R 2004, 2 (3).

⁶ Siehe *Monopolkommission*, Sondergutachten 56, Telekommunikation 2009, S. 38; *dies.*, 14. Hauptgutachten, BT-Drs. 14/9903, S. 49.

⁷ *Monopolkommission*, Sondergutachten 56, Telekommunikation 2009, S. 38; *Bundesnetzagentur*, Jahresbericht 2009, S. 13.

⁸ *Monopolkommission*, Sondergutachten 56, Telekommunikation 2009, S. 23.

⁹ *Monopolkommission*, Sondergutachten 56, Telekommunikation 2009, S. 37.

Sachverzeichnis

- Allgemeines Wettbewerbsrecht 210 f., 252 ff., 254, 256, 258 ff., 256, 273 ff.
- Anreizregulierung 23 ff., 34, 124
- Gestaltungsspielraum 202 ff., 206
- Beiladung 98 ff.
- gerichtliche Beiladungskompetenz 98 ff., 112 ff., 121 ff.
 - notwendige Beiladung 105 ff., 121 ff.
- Beschlusskammerv Verfahren 185 ff., 198, 202, 203, 245, 258
- Beschwerdebefugnis 142 ff.
- Beteiligung 97 ff.
- Beurteilungsspielraum 162, 165, 180 f., 195 f.
- Entgeltregulierung 192 ff., 202 ff.
 - Frequenzvergabe 197 ff.
 - Zugangsregulierung 169 ff., 201 f.
 - Marktdefinitions- und Analyseverfahren 199 ff.
- Bundesnetzagentur 13 f., 17 f., 18 f., 21 ff., 31 ff., 81 ff., 161 ff., 174 ff., 185 ff., 211 ff., 236 ff., 251 ff.
- Dienstewettbewerb 9 ff.
- Energie 11 f.
 - Telekommunikation 10 f.
- Drittschutz 74, 124, 154 f.
- Effizienz 80 ff.
- formales Prinzip 80 ff.
 - Wirtschaftlichkeitsgebot 80
 - wohlfahrtsökonomische Effizienztheorien 80 ff.
- Einstweiliger Rechtsschutz 236 ff.
- Energie 238 ff.
 - Telekommunikation 236 ff.
- Einzelgenehmigung 21 f.
- EMRK 62 f.
- Entgeltregulierung 21 ff., 42 ff.
- Rechtsschutzkonstellationen 33 ff.
 - Rechtsschutzziele 34 ff.
- Ermessen 161, 163, 171 ff., 205 ff.
- Ex-ante-Regulierung 21 ff., 192 ff.
- Ex-post-Regulierung 21 ff., 192 ff.
- Frequenzbereichszuweisungsplan 27, 41
- Frequenznutzungsplan 27, 41
- Frequenzvergabe 40 f., 47 ff., 153, 197, 244, 246
- Frequenzvergabeverfahren 197 ff.
- Ausschreibungsverfahren 27, 153, 197
 - Versteigerungsverfahren 27, 153, 197
- Geheimnisschutz 211 ff.
- In-camera Verfahren 220 ff.
- Infrastrukturwettbewerb 9 ff., 194
- Justizgewährleistungsanspruch 55, 61
- Klagebefugnis 59 ff., 142 ff.
- Konsistenzgebot 195 ff.
- Kontinuität der Verfahrensbeteiligung 99 ff., 130 ff., 133 ff.
- Kontrolldichte 61, 161 ff., 285
- Konzessionsverträge 28
- Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung 22, 192 f., 193
- Letzte Meile 10
- Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren 14, 19, 153, 199 ff.
- Methodenregulierung 23
- Missbrauchsaufsicht 25, 41
- Multipolare Rechtsverhältnisse 35, 49, 241 f., 251

- Natürliches Monopol 9 ff.
 Netzanschluss 18 ff., 38, 107, 201
 Netzregulierungsgesetz 272, 275, 291
 Netzzugang 15 ff., 37 ff., 49, 101,
 201 ff., 256
 – regulierter Netzzugang 15 f., 79 ff.

 Optimierungsmaßstab 79 ff.

 Planungsermessen 163, 171 ff., 205
 Price-Cap-Verfahren 22
 Privatisierungsfolgenrecht 275

 Recht auf effektiven Rechtsschutz 66
 Rechtsschutzbedürfnis 257 f., 263 f., 266,
 290
 Rechtssicherheit 44, 46, 48, 50, 55, 62,
 64, 71 ff., 95, 122 ff., 130, 141, 147,
 157, 159, 246, 247, 259, 261
 Rechtswegvereinheitlichung 3, 271 ff.
 Regulierungsermessen 163, 170, 171 ff.,
 174, 183 ff., 193, 205

 Regulierungsstrategie 176, 183, 202 ff.

 Sachverstand 186 ff., 276
 Systemimmanente Reform 5, 271 ff.

 Teilnehmeranschlussleitung 10, 34

 Unionsrecht 53 ff., 92, 177, 189 ff.,
 207 ff., 224 ff.

 Verfahrensdauer 61, 67 ff., 93, 134,
 247 ff., 273

 Wettbewerb 89, 122 ff., 132 f., 155 ff.,
 227

 Zugangsregulierung 37 ff., 45 ff.
 – Rechtsschutzkonstellationen
 37 ff.
 – Rechtsschutzziele 38 ff.
 Zusammenschaltung 18 ff.
 Zwischenverfahren 213 ff., 229 ff.