

forum historiae iuris

Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte

<http://www.forhistiur.de/>

Herausgegeben von:

Prof. Dr. Rainer Schröder (Berlin)
Prof. Dr. Hans-Peter Haferkamp (Köln)
Prof. Dr. Christoph Paulus (Berlin)
Prof. Dr. Albrecht Cordes (Frankfurt a. M.)
Prof. Dr. Mathias Schmoeckel (Bonn)
Prof. Dr. Andreas Thier (Zürich)
Prof. Dr. Franck Roumy (Paris)
Prof. Dr. Juan Sainz Guerra (Jaén)
Prof. Dr. Emanuele Conte (Rom)
Prof. Dr. Massimo Meccarelli (Macerata)
Prof. Dr. Michele Luminati (Luzern)
Prof. Dr. Stefano Solimano (Piacenza)
Prof. Dr. Martin Josef Schermaier (Bonn)
Prof. Dr. Hans-Georg Hermann (München)
Prof. Dr. Thomas Duve (Buenos Aires)
Prof. Dr. Manuel Martínez Neira (Madrid)
Prof. Dr. D. Fernando Martínez Pérez (Madrid)
Prof. Dr. Marju Luts-Sootak (Tartu)

Artikel/Rezension vom 6. Februar 2009

© 2009 fhi

Erstveröffentlichung

Zitiervorschlag:

<http://www.forhistiur.de/zitat/0902schmoeckel.htm>

ISSN 1860-5605

Mathias Schmoeckel:

Dauerhaft engpassfreie Märkte durch „Regulierung“?

*Erfolgsgeschichte eines Begriffs**

Inhalt:

- I. Einleitung
- II. Ansätze einer „Regulierung“ in Preußen und England
- III. „regulation“ durch unabhängige Bundesoberbehörden: USA I
- IV. „regulation“ als wirtschaftspolitische Notwendigkeit – USA II: Clark und Stigler
- V. Auch Deregulierung ist Regulierung - Triumphe in Deutschland und Europa
- VI. Schluss

I. Einleitung

Was heißt „Regulierung“? Sieht man in die neueste Auflage des Creifelds, des gängigsten Rechtswörterbuchs, findet man keinen Eintrag zum Lemma „Regulierung“¹. Will man den Begriff verstehen, kann man den historischen Weg wählen und suchen, wann der Terminus für welchen Inhalt verwandt wurde. Alternativ dazu kann man ein Begriffsverständnis übernehmen oder sogar selbst den Inhalt definieren. So gewinnt man ein Konzept, dem überzeitliche Qualität verliehen werden kann. Im letztgenannten Stil ist die Geschichte des Regulierungsbegriffs bisher angegangen worden. So gewinnt man einen Begriff, der für die gesamte Geschichte hoheitlicher Interventionen in die Wirtschaft, sozusagen von den

1

* Am 3.7.2008 konnte ich diese Ideen erstmals in einem Vortrag in Mannheim vortragen, Herrn Kollegen Ulrich Falk danke ich für die Einladung und die in Mannheim vermittelten Anregungen, durch die dieser Text profitiert hat. Für große Hilfe danke ich Herrn Roman Michalczyk, der dieses Thema, das meine Idee in „Rechtsgeschichte der Wirtschaft“; Tübingen 2008, 234f Rn. 358ff, ausführt, in Form seiner Dissertation im Hinblick auf die Idee und Theorie der Regulierung erweitern und meine Überlegungen dadurch bestätigen oder falsifizieren wird. Für intensive Gespräche zu diesem Thema möchte ich ferner danken den Kollegen Günther Schulz (Bonn) und Frank Schorkopf (Bonn/Göttingen).

1 Carl Creifelds/ Klaus Weber (Hg.), Rechtswörterbuch, 19. Aufl. 2007.

2 So etwa Christoph A. Müller, (De-) Regulierung und Unternehmertum, St. Gallen 2001, 51.

sumerischen Stadtstaaten an eine Regulierungsgeschichte gewinnen lässt². Der Merkantilismus ist dann unschwer als Regulierung zu bezeichnen³. Das Ergebnis ist allerdings verwunderlich. Auf der einen Seite findet man einen Begriff, der sich gerade in den letzten Jahren zu einem Schlüsselbegriff der staatlichen Wirtschaftskontrolle entwickelt hat, mit einer 2000 jährigen Geschichte, auf der anderen Seite kennt ihn das juristische Handbuch nicht.

Das Verständnis für den Begriff der Regulierung wird dadurch erschwert, dass der Begriff vor allem ökonomische Sachverhalte bezeichnet und damit stärker noch als von Juristen und Historikern oder Politologen durch Ökonomen verwandt wird. Dies hat zur Entstehung der unterschiedlichsten Regulierungstheorien geführt, sowohl innerhalb als auch außerhalb des wirtschaftswissenschaftlichen Bereichs. Man kann daher davon ausgehen, dass das Wort je nach Kontext ganz unterschiedliche Ansätze und Ideen bezeichnet. Es hat verschiedene Versuche gegeben, die zahlreichen Definitionen der Regulierung zu systematisieren. So unterscheidet man normative Theorien und positive Theorien der Regulierung⁴, eingeteilt wird aber auch nach Fächern in ökonomische, juristische und soziologische Begriffe der Regulierung⁵. Doch innerhalb der Fächer, gerade auch in der Jurisprudenz⁶, herrscht ein noch lange nicht ausgestandener Streit um die Definition. Es wird daher auch von Wissenschaftlern nicht bestritten, dass der Begriff „Regulierung“ kaum scharf zu fassen ist, sondern eine „bewildering variety of meanings“ enthält⁷.

Vor diesem Hintergrund muss man das Unterfangen, eine einheitliche Definition von „Regulierung“ zu geben, als gewagt ansehen. Das Ergebnis kann auch zur Erkenntnis heterogener Konzepte führen, insoweit unterschiedliche Zeiten und Fächer zu anderen Ergebnisse kommen können. Daher ist kaum mit allgemeingültigen Begriffsbestimmungen zu rechnen. Die Annahme einer Vielzahl von Ansätzen führt eher zu Vorsicht. Gerade durch die noch laufende Diskussion ist mit einer starken Entwicklung des Regulierungsbegriffs zu rechnen.

3 So Anthony I. Ogus, Regulation. Legal Form and Economic Theory, (Clarendon Law Series), Oxford 1994, 6.

4 So Müller, (De-) Regulierung und Unternehmertum (Fn. 2), 147f.

5 Vgl. die Zusammenstellung bei Samuel Klaus, De-/ Regulierung. Eine juristische Begriffsanalyse unter Einbezug der Systemtheorie, [http://www.samuelklaus.ch/fileadmin/user_upload/PDF/07-05_klaus_deregulierung_begriffsanalyse.pdf, zuletzt 02.01.2009], 39; 48ff verspricht Ausführungen zur „historischen Begriffsentwicklung“, geschildert wird jedoch die wirtschaftshistorische Entwicklung, nicht die der Terminologie; vgl. ferner die Übersicht über die Definitionsansätze bei Daniel F. Spulber, Regulation and Markets, Cambridge u.a. 1989, 23ff.

6 Vgl. hierzu die Diskussion zwischen Martin Bullinger, "Regulierung als modernes Instrument zur Ordnung liberalisierter Wirtschaftszweige," DVBL 2003, 1355-1361 und Thomas von Danwitz, Was ist eigentlich Regulierung?, DÖV 2004, 977-985.

7 Ogus, Regulation (Fn. 3), 1.

Die historische Annäherung soll helfen, die verschiedenen Ansätze auch in ihrem Verhältnis zueinander bestimmen zu können. Die Begriffsgeschichte muss also sowohl rechts- und wirtschaftshistorische Perspektiven als auch die allgemeine politische Entwicklung berücksichtigen. Erst vor diesem Hintergrund kann sich die Geschichte des Regulierungsbegriffs erschließen. Im Rahmen eines einführenden Aufsatzes sind diese Aufgaben allerdings kaum zu leisten, allenfalls können erste Skizzen dieser heterogenen Materie zusammengefügt werden, um die Komplexität des Problems zu verdeutlichen.

4

Eine solche Klärung kann der Begriffsverwirrung abhelfen, die im Bereich der öffentlichen Diskussion noch deutlicher wird⁸. Dieses Tohuwabohu, das letztlich profundes Unverständnis der Gesellschaft gegenüber den mit dem Aufkommen des Regulierungskonzepts verbundenen Marktkonzeptionen verrät, bietet Demagogen ein weites Betätigungsfeld: Je nach politischer Couleur wird der Begriff idealisiert oder perhorresziert und dazu eine passende Definition unterstellt, so dass in jedem Fall die eigene Diagnose der Wirtschaftslage getragen wird. Die Verwirrung in den Medien kann sowohl vor dem Hintergrund wissenschaftlicher Heterogenität als auch der jungen Geschichte nicht überraschen. Eine historische Annäherung kann dabei helfen, Ansätze für ein breiteres gesellschaftliches Verständnis der Wirtschaftsentwicklung zu liefern.

5

II. Ansätze einer „Regulierung“ in Preußen und England

Schon der erste Blick auf die Literatur machte deutlich, dass es sich um eine junge Entwicklung handeln muss. Im Deutschen Rechtswörterbuch findet man, wie erwähnt, das Lemma nicht, nur das Verb „regulieren“ findet sich dort: Seit 1570 bedeutet es soviel wie „regeln“ und – parallel zu „richten“ – eine Entscheidung zu fällen. 1811 wurde die Bestimmung einer Steuer damit bezeichnet⁹. Im Grimmschen Wörterbuch wird es in dem

6

8 Vgl. Spiegel-Interview: "Guter Kapitalismus funktioniert wie im Fußball", SPIEGEL ONLINE vom 18.11.2008, [<http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,591005,00.html>, zuletzt am 02.01.2009]. Interviewt wurde Dov Seidman, Unternehmensberater und Autor des Bestsellers "Die La-Ola-Welle. Es kommt nicht darauf an, was du tust, sondern wie". Er ließ sich zur Regulierung wie folgt ein: „Wir brauchen Regulierung, das ist ja keine Frage mehr. Die Frage ist aber, schaffen wir es, dass wir uns selbst regulieren, oder zwingen wir Regierungen zu einer Regulierung von außen?“ Dies bedeute, dass man über die Notwendigkeit der Regulierung nicht mehr diskutieren könne. Nur was Regulierung sei, also entweder staatliche Festlegung der Marktregeln oder doch nur Regeln aufgrund des freien Spiels des Markts, sei offen. Am selben Tag, also parallel zum zustimmenden Bericht über die Ankündigung von internationalen Regulierungsmaßnahmen nach dem G20-Gipfel, stellt dasselbe Blatt dann aber fest, dass es zuviel Regulierung gebe, s. BASF-Tochter kippt Erdgasleitungsprojekt in Süddeutschland, Spiegel Online vom 18.11.2008, [<http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,591299,00.html>, zuletzt 02.01.2009].

9 Deutsches Rechtswörterbuch, Band XI – Heft 3/4, Weimar 2004, Art. regulieren, 552.

im 19. Jahrhundert wohl bekannteren Verständnis als „Begleichung der Schulden“ angezeigt¹⁰.

In der englischen Rechtsprache findet man schon 1672 „regulation“ als Akt der Regulierung bzw. Kontrolle durch Regel-Bildung. Als Regeln des Managements findet man den Terminus bereits 1715¹¹. Vor allem, aber nicht nur im Englischen zeichnet sich damit ab, dass es sich um einen Eingriff des Staats in die wirtschaftliche Tätigkeit Privater handelt, indem dieser Regeln vorgeschrieben werden. Es handelt sich damit um einen Begriff, der in diesem Sinn erst nach Entstehung einer signifikanten Marktwirtschaft Bedeutung erringen konnte.

Den ersten großen Anwendungsfall für den Regulierungsbegriff, soweit bisher bekannt, findet man in § 27 des preußischen Eisenbahngesetzes vom 3.11.1838¹². Nach nur kurzer Praxis einzelner Konzessionen erließ man in Preußen ein allgemeines Gesetz, das die Rechte von Staat und Unternehmen beim Eisenbahnbetrieb regeln sollte¹³. Hierin wird angeordnet, dass die nachfolgenden Paragraphen die Bestimmung des Bahngeldes bzw. der „regulierenden Vergütung“ enthalten. Diese staatlichen Vergütungsregeln bestimmen die Tarife der Beförderungsleistung durch die privaten Bahnunternehmen auf fremden Schienen. Der Begriff entspricht dem eben entwickelten Verständnis: Die privaten Eisenbahnunternehmer Preußens erhielten durch das Gesetz verbindliche, einheitliche Regeln zur Bestimmung der Fahrpreise.

Zugrunde lag die Entscheidung der preußischen Regierung, die überaus kostspielige Entwicklung des Eisenbahnbaus überwiegend privatem Kapital zu überlassen. So konnte das Streckennetz schneller ausgebaut werden. Hinzu kamen verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich der erforderlichen Verschuldung. Erst nach der Klärung der

10 Jacob und Wilhelm Grimm, Art. Regulierung, Deutsches Wörterbuch, Band 14, Leipzig 1893 ND München 1999, 551; ganz vielfältig – bis hin zur Regulierung von Flüssen – auch bei Brockhaus' Konversations-Lexikon, Band 13, Leipzig 1908, Art. Regulierung, 714. Eine Übernahme aus dem Französischen scheint – anders als bei *Reglement* und *regulierelement* – nicht gegeben, vgl. Richard James Brunt, *The Influence of the French Language on the German Vocabulary*, Berlin/ New York 1983, 447f.

11 Vgl. das Online Etymology Dictionary: <http://www.etymonline.com/> [zuletzt 02.01.2009], v. regulate.

12 Dazu John M. Kleeberg, *From strict liability to workers' compensation: The Prussian railroad law, the German Liability Act, and the introduction of Bismarck's accident insurance in Germany, 1838-1884*, N.Y.U. Journal of International Law and Politics 36 (2003/04), 53-132, v.a. 66 ff., 83 ff. zum Vorbildcharakter dieses Gesetzes für andere Staaten, v.a. Österreich; Erik Kießling, *Das preußische Eisenbahngesetz von 1838*, in: W. Bayer/ M. Habersack (Hg.), *Aktienrecht im Wandel*, Band 1, Tübingen 2007, 126-167.

13 Zur Vorgeschichte und juristischen Ausgestaltung s. Klaus Bracht, *Der Bau der ersten Eisenbahnen in Preußen. Eine Untersuchung der rechtlichen Grundlagen und der bei der Gründung und dem Grunderwerb aufgetretenen Rechtsprobleme*, (Quellen und Forschungen zur Brandenburgischen und Preußischen Geschichte, 13), Berlin 1996, 16ff.

Verfassungsfrage durch Bismarck war es dem preußischen Staat möglich, Summen in der erforderlichen Größenordnung aufzubringen. Doch zu diesem Zeitpunkt waren die Unternehmen bereits so groß und werthaltig geworden, dass die erforderlichen Entschädigungszahlungen für die Enteignung nicht aufzubringen waren¹⁴. Zudem wussten die Zeitgenossen, dass mit dem privaten Ausbau der Strecken der Markt gestört war und ein „natürliches Monopol“ der Betreibergesellschaft entstanden war¹⁵. Dennoch sollte deren Betrieb nicht den Unternehmen frei überlassen werden. Das Eisenbahngesetz diente also dazu, den Unternehmern die Bedingungen des Markts zu diktieren¹⁶. Der freie Markt sollte dadurch nicht aufgehoben werden, vielmehr wollte der Staat jedenfalls ansatzweise den Bahnkunden einheitliche Bedingungen sichern und zu hohe Preise verhindern. Im Sinne der Preisregulierung wird das Verb „regulieren“ auch von Friedrich List verwandt¹⁷.

Ganz ähnlich war das britische Eisenbahnrecht ausgerichtet. Zunächst konzessionierte man in England Eisenbahnunternehmen und legte die Bedingungen des Betriebs in der Konzession fest. Die Regierung weigerte sich, in den freien Markt einzugreifen. Erst als die Unternehmen offen gegen die Konzessionen verstießen, sich etwa nicht an die Preisgrenzen hielten, wurde 1840 eine Kommission eingesetzt, die über die Unternehmen und ihr Geschäftsgebaren wachen sollte¹⁸. Durch den Vorsitzenden dieses „Board of Trade“, den späteren Premierminister Gladstone erging dann ein Eisenbahngesetz, das Railway Regulation Act, das schon in der Überschrift auf den Terminus Regulierung Bezug nahm¹⁹. Den preußischen Bestimmungen gleichen allerdings eher die Regeln des Railway Clauses Consolidation Act von 1845; hier wurde jedoch das Wort „regulation“ nicht verwandt²⁰.

10

-
- 14 Dieter Ziegler, Eisenbahnen und Staat im Zeitalter der Industrialisierung, (VSWG Beihefte 127), Stuttgart 1996, 538ff.
- 15 Hansemann sah die Monopolgefahr in seiner Denkschrift aus dem Jahre 1848 *die Erwerbung und den Bau von Eisenbahnen betreffend*, welche er parallel zu einem Gesetzesentwurf *über die Erwerbung der von Aktiengesellschaften gebauten oder noch im Bau begriffenen Eisenbahnen, und die Beschaffung der dazu, sowie zur Herstellung einiger anderer Eisenbahnen, namentlich der Ostbahn, erforderlichen Geldmittel* den Abgeordneten gegenüber veröffentlichte, um sie von seinem Staatsbahnprojekt zu überzeugen. Zitiert nach Wolfgang Klee, Preußische Eisenbahngeschichte, Stuttgart 1982, 115. Siehe auch Otto Michaelis, Die Haftungspflicht und das natürliche Monopol der Eisenbahnen, Volkswirtschaftliche Schriften Bd. 1 Berlin 1873, 29
- 16 Vgl. dazu Klaus Bracht, Der Bau der ersten Eisenbahnen in Preußen (Fn. 13); Werner Schubert, Das preußische Eisenbahngesetz von 1838, ZRG GA 116 (1999), 152-203, 152ff..
- 17 Das deutsche National-Transport-System in volks- und staatswirtschaftlicher Beziehung, Altona und Leipzig 1838, 46.
- 18 Frank Dobbin, Forging industrial policy. The United States, Britain, and France in the railway age, Cambridge 1994, 167, 171, es handelte sich um das “Railway Department” im allgemeinen “Board of Trade”.
- 19 Railway Regulation Act vom 10.8.1840, 3 & 4 Vict., c. 97, Überschrift: 427. Zur Einführung des Gesetzes s. Iain Mclean/ Christopher Foster, The Political Economy of Regulation: Interests, Ideology, Voters, and the UK Regulation of Railways Act 1844, Public Administration 70 (1992), 313-331.
- 20 Railway Clauses Consolidation Act, 8.5.1845, 8 Vict., c. 20, in s. 92.

Dies war keine Abkehr von der liberalen Wirtschaftspolitik, denn schon Adam Smith hatte bei der Störung des Marktes staatliche Interventionen für notwendig gehalten²¹.

In der Geschichtswissenschaft werden beide Gesetzgebungen als „Regulierung“ bezeichnet²². Dabei operiert man zwar wiederum mit einem überzeitlichen Regulierungsbegriff, indem man die staatliche Festlegung von Marktregeln damit bezeichnet. Dies betrifft vor allem Regeln zur Preisbildung, zur Bestimmung des Zutritts, zum Kontrahierungszwang und zur Sicherung der Qualität²³. Dennoch ist zuzugeben, dass diese Gesetze den Terminus in diesem Sinne durchaus verwandten. Allerdings war dies nicht der Terminus technicus, der sich in dieser Beziehung aufdrängen musste, sondern eine mögliche Bezeichnung unter anderen.

11

Das erste Beispiel des Eisenbahnrechts ist auch deswegen ein taugliches Muster, weil die Entwicklung des Schienennetzes durch private Unternehmen zu einem natürlichen Monopol führte. Auch dieser Begriff wird nicht einheitlich definiert²⁴. Vor allem bezieht er sich auf alle Unternehmen, die über eigene Versorgungsnetze verfügen, welche von der Konkurrenz nicht aufgebaut werden. Die Bahn ist geradezu das Musterbeispiel hierfür. Weitergehend kann man auch rein ökonomisch argumentieren und ein natürliches Monopol für gegeben erachten, wenn nur ein Unternehmen den Markt kostendeckend versorgen kann²⁵.

12

Allgemein schließt das Vorliegen eines natürlichen Monopols Wettbewerb aus. Gerade in diesen Bereichen, in denen der Markt zurückgedrängt ist, dient die Regulierung daher dazu, den Monopolisten zu kontrollieren und marktähnlichen Regeln zu unterwerfen. Es ist gerade ein Phänomen seit dem 19. Jahrhundert, dass solche flächendeckende Netze wie die der Bahn, der Strom-, Telefon-, Gasanbieter oder einer Post eher von einem privaten Anbieter entwickelt werden, die Angewiesenheit der Öffentlichkeit auf die Produkte jedoch zu einem deutlichen Ungleichgewicht führt. Aus den unterschiedlichsten Motiven kann die

13

-
- 21 Vgl. Mark F. Bailey, *The 1844 Railway Act: A Violation of Laissez-faire Political Economy?*, *History of Economic Ideas* 12 (2004), 7-24, 9f.
- 22 Vgl. Terrence Richard Gourvish, "The Regulation of Britain's Railways: Past, Present and Future," in L. Andersson-Skog/ O. Krantz (Hg.), *Institutions in the Transport and Communications Industries - State and Private Actors in the Making of Institutional Patterns, 1850-1990*, Canton MA. 1999, 117-132; Rainer Fremdling, "The Prussian and Dutch Railway Regulations in the Nineteenth Century," in L. Andersson-Skog/ O. Krantz (Hg.), *Institutions in the Transport and Communications Industries - State and Private Actors in the Making of Institutional Patterns, 1850-1990*, Canton MA. 1999, 61-92.
- 23 Vgl. Jürgen Müller/ Ingo Vogelsang, *Staatliche Regulierung. Regulated Industries in den USA und Gemeinwohlbindung in wettbewerblichen Ausnahmebereichen in der Bundesrepublik Deutschland (Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, 56)*, Baden-Baden 1979, 45.
- 24 Vgl. Rolf H. Weber, *Wirtschaftsregulierung in wettbewerbspolitischen Ausnahmebereichen*, (Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik; Bd. 86), 1. Auflage, Baden-Baden 1986, 100f.
- 25 So Weber, *Wirtschaftsregulierung in wettbewerbspolitischen Ausnahmebereichen* (Fn. 24), 101.

Kontrolle des Wirtschaftssegments angeordnet werden: Der Nachfrager will standardisierte und damit vergleichbare bzw. übersichtliche Produkte, deren Qualität gesichert wird und über die er ausreichend informiert ist. Der Anbieter kann sich durch Normierungen Kosten ersparen oder dem Kunden Pflichten zur Auskunft auferlegen. Der Staat hingegen ist auch an einer günstigen Preisgestaltung interessiert, durch die das Wirtschaften günstiger und der Markt beflügelt wird, wohingegen das Anbieten untauglicher Produkte zu Fehlinvestitionen führt, die nicht im Interesse der Gesamtwirtschaft stehen²⁶. Im Einzelfall divergieren die konkreten Interessen zwar erheblich. Insgesamt tendieren jedoch alle Seiten dazu, nach einer Regelung des Wirtschaftsbereichs durch den Staat zu verlangen. Die Situation des natürlichen Monopols führt daher über die Staatsgrenzen und in verschiedenen Zeiten dazu, dass ähnliche Regelungen angeordnet werden. Die Ähnlichkeit der Problemlösung muss daher nicht unbedingt auf direkte Übernahmen zurückgeführt werden, sondern kann auch auf der Ähnlichkeit der Interessenlage beruhen. Insofern kann es nicht überraschen, dass das preußische Eisenbahngesetz von 1838 auch wie ein Vorbild des gegenwärtigen Regulierungsrechts wirkt²⁷.

Aus der Gesetzgebung fand der Begriff in der zweiten Jahrhunderthälfte den Weg in die Wissenschaft. Hier ist vor allem der österreichische Professor für Wirtschaftslehre Emil Sax (1845-1927)²⁸ zu nennen. In Auseinandersetzung mit seinen Kollegen Adolph Wagner und Albert Schäffle entwickelte er eine staatliche Regulierung, die in der besonderen Situation des natürlichen Monopols beim Straßen- und Kanalbau sowie im Schienennetz oder bei Hafenbauten notwendig sei²⁹. In diesem Zusammenhang handelte er von der „staatlich regulierten Unternehmung“³⁰, die wie in den meisten Fällen eine Aktiengesellschaft sein konnte, dies aber nicht notwendigerweise war³¹. Nicht jede Regelbildung, sondern nur die durch den Staat wollte er als Regulierung verstanden wissen³². Dieses staatlich regulierte Unternehmen sei ein Übergangsgebilde zwischen Privat- und Gemeinwirtschaft, durch welches in den Formen der Privatwirtschaft gemeinwirtschaftliche Zwecke realisiert würden. Sie agierten privatwirtschaftlich, doch der Staat zwinge sie dabei zu Maßnahmen, die für die Gemeinwirtschaft erforderlich seien. Mit den Mitteln eines öffentlichen Gesetzes bestimme man die „Vorzeichnung der Anlage und des Betriebes“, also seine allgemeinen Regeln, indem etwa eine Transport-Leistungspflicht

14

26 Für einen Überblick über die Interessen s. Müller, (De-) Regulierung und Unternehmertum (Fn. 2), 151f.

27 S. Frank Schorkopf, Regulierung nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, JZ 2008, 20-29, 27.

28 Manfred Prisching, Artikel „Emil Sax“, NDB, Bd. 22, Berlin 2005, S. 479 f.

29 Emil Sax, Die Verkehrsmittel in Volks- und Staatswirtschaft, Wien 1878, 68ff.

30 Sax, Die Verkehrsmittel (Fn. 29), 65.

31 Sax, Die Verkehrsmittel (Fn. 29), 78.

32 Sax, Die Verkehrsmittel (Fn. 29), 79 Fn.*.

gegenüber jedermann zu gleichen Bedingungen eingeführt wird. Auch wenn eine Subvention gezahlt werde, bleibe das Ziel erhalten, dass dieser Wirtschaftsbereich selbst rentabel sei und die Wirtschaft insgesamt unterstütze³³. Diesen Gedanken führte Sax später etwas grundsätzlicher aus: Die Wirtschaft werde nicht perfektioniert durch die Befriedigung privater Bedürfnisse, vielmehr seien auch „Collectivbedürfnisse“ zu berücksichtigen. Gerade im Bereich der Güterversorgung gebe es „Netzwerkeffekte“ in der Form, dass die Gesamtinteressen eher durch niedrige Transportpreise der Bahn erfüllt würden³⁴. Damit rechtfertigte er ganz grundsätzlich den staatlichen Eingriff in Wirtschaftsbereiche und stellte die Weichen für eine Umbewertung der freien Marktwirtschaft. Durch die „staatlich regulierte Unternehmungen“ taucht der Begriff der Regulierung zum ersten Mal in der deutschen Ökonomie auf, wird aber recht unspezifisch für alle staatlichen Vorgaben verwandt³⁵.

15

Die Entwicklung der Eisenbahn bewirkte in entscheidender Weise den wirtschaftlichen Aufschwung Preußens und Deutschlands³⁶. Insoweit konnte auch die rechtliche Gestaltung dieses Wirtschaftsbereichs Vorbildfunktion einnehmen. Doch dazu kam es nicht, weil nach der Reichseinigung andere Interessen vorherrschten. Zunächst mussten die verschiedenen Bahnen der Staaten miteinander koordiniert werden. Gegenüber den süddeutschen Staatsbahnen musste der preußische Staat die Interessen der privaten preußischen Eisenbahngesellschaften wahrnehmen. Die Tendenz zur Verstaatlichung wurde zudem begünstigt durch die Tatsache, dass die Privaten nach dem Ausbau der großen, lukrativen Strecken weniger Interessen an dem Aufbau eines flächendeckenden Anschlusses aller Orte interessiert war. Zur Koordinierung der deutschen Bahnentwicklung wurde ein Reichsamt für das Bahnwesen geschaffen³⁷, das den chaotischen Tarifstrukturen abhalf³⁸. Bismarcks Pläne einer machtvollen Wirtschaftspolitik führten zum Wunsch einer reichsweiten Verstaatlichung. Diese ließ sich nur verwirklichen, wenn Preußen insoweit voran ging. Dies wurde ab 1879 in Angriff genommen³⁹. Dabei spielte auch das Gewinnstreben eine Rolle. Unternehmen wie die Bahn und die Post, aber auch die kommunalen Unternehmen der Wasser- und Stromversorgung, finanzierten zunehmend den Staatshaushalt. Die Unternehmen wurden weiterhin als GmbH oder AK betrieben, waren jedoch in öffentlicher

33 Sax, Die Verkehrsmittel (Fn. 29), 79f.

34 Emil Sax, Grundlegung der theoretischen Staatswirtschaft, Wien 1887, 447f, 454.

35 Zu weitgehend interpretiert daher von Rupert Windisch, Privatisierung natürlicher Monopole im Bereich von Bahn, Post und Telekommunikation, (Walter Eucken Institut Freiburg i.B., 22), Tübingen 1987, 4, schon weil dieser nie den Begriff „Regulierung“ nutzt.

36 Rainer Fremdling, Railroads and German Economic Growth: A Leading sector Analysis with a Comparison to the United States and Great Britain, *Journal of Economic History* 37.3 (1977), 583-604.

37 Ziegler, Eisenbahnen und Staat im Zeitalter der Industrialisierung (Fn. 14), 180.

38 Ziegler, Eisenbahnen und Staat im Zeitalter der Industrialisierung (Fn. 14), 186.

39 Ziegler, Eisenbahnen und Staat im Zeitalter der Industrialisierung (Fn. 14), 192, 542f.

Hand. Der preußische Staat und die Kommunen nutzten diesen Ansatz, um sich zu finanzieren⁴⁰. Ferner kam ab 1893 hinzu, dass der freiere Wettbewerb in den USA zu massiven Insolvenzfällen geführt hatte⁴¹. Dies diente in Preußen als Rechtfertigung einer weitgehenden Staatskontrolle. Der gewählte Regulierungsansatz wurde damit aufgegeben.

Ähnliches gilt für Großbritannien, wo die Eisenbahn im ersten Weltkrieg unter vollständige staatliche Kontrolle gestellt wurde. 1921 wurden dann vier neue große Eisenbahnunternehmen gebildet, die durch das Railway Rates Tribunal kontrolliert wurde⁴². 1947 wurden diese Unternehmen dann verstaatlicht. Dahinter stand auch ein wachsendes Misstrauen bezüglich der Kompetenz und Effizienz der Regulierungsbehörden⁴³.

16

Als erstes Ergebnis ist festzuhalten, dass es sowohl den Terminus „Regulierung“ gab als auch dessen Verwendung im Bereich der Tarifbildung der Eisenbahnen. Dies entspricht thematisch der heutigen Verwendung. Bei Sax wird zwar nicht der Substantiv, sondern ein Partizip Perfekt verwendet, dafür aber ausdrücklich in Bezug auf staatliche Maßnahmen. Daher hat man mit einer gewissen Berechtigung in der Eisenbahngesetzgebung und in Sax den Begründer des Regulierungsrechts gesehen⁴⁴, obwohl der Begriff von ihm doch sehr unspezifisch verwandt wurde⁴⁵. Doch es ist fraglich, ob die Gesetzgeber und Sax den Begriff verstanden hätten. Die Beschreibung des frühen Eisenbahnrechts kommt ebenso wie die Quellen fast ohne diesen Begriff aus⁴⁶. Er wurde viel zu selten und unspezifisch gebraucht, um sofort als *terminus technicus* mit feststehendem Inhalt begriffen zu werden. Jedenfalls verlor sich der Ansatz wieder. Auch Sax verwandte den Begriff in seiner „Grundlegung der theoretischen Staatswirtschaft“ nicht mehr⁴⁷. Nicht ohne Grund wurde der Begriff „Regulierung“ daher 1986 als neu aus dem Amerikanischen übernommen angesehen⁴⁸.

17

-
- 40 Gerold Ambrosius, Der Staat als Unternehmer. Öffentliche Wirtschaft und Kapitalismus seit dem 19. Jahrhundert, Göttingen 1984, 94.
- 41 Vgl. Alfred von der Leyen, Die Finanz- und Verkehrspolitik der nordamerikanischen Eisenbahnen, Berlin 1895.
- 42 Harold Pollins, Britain's Railways: An Industrial History, Newton Abbot 1971, 154.
- 43 So schon bei Emil Sax, Die Verkehrsmittel in Volks- und Staatswirtschaft, Band 2: Die Eisenbahnen, Berlin 1922, 447.
- 44 Christoph A. Müller, (De-) Regulierung und Unternehmertum (Fn. 2), 37.
- 45 Daher wird es auch abgelehnt, Sax als Ahnherr des Regulierungsrechts anzusehen, so im Ergebnis Erich Kaufer, Theorie der öffentlichen Regulierung, München 1981, 1.
- 46 Schubert, Das preußische Eisenbahngesetz von 1838, (Fn. 16), 172f: „Tarifregulierung“.
- 47 Vgl. Emil Sax, Grundlegung der theoretischen Staatswirtschaft, Wien 1887, 446-457.
- 48 Weber, Wirtschaftsregulierung (Fn. 24), 38.

Sicherlich gab es in Deutschland vor 1900 gewichtige Eingriffe in viele Wirtschaftsbereiche. Auf der Grundlage eines ausgereiften Verwaltungsstaates⁴⁹ wurden auch ökonomische Interessen des Staates und der Gesellschaft durchgesetzt. Aus diesem Grund mussten Juristen an deutschen Hochschulen ab dem Ende des 19. Jahrhunderts zunehmend auch Wirtschaftswissenschaft studieren⁵⁰. Doch wurde dies alles nicht als „Regulierung“ bezeichnet. Der Aufbau eines leistungsfähigen Verwaltungsapparats ist sicherlich eine wichtige Voraussetzung für Regulierung, aber nicht damit gleichzusetzen⁵¹.

18

III. „regulation“ durch unabhängige Bundesoberbehörden: USA I

In den USA entstand die Regulierung erst später. Im Eisenbahnbereich, der im Vergleich zu Preußen früher begann und schnell viel weiter entwickelt war, dominierte zunächst die freie Marktwirtschaft. Diese wurde nur marginal mit Konzessionen reglementiert⁵². Ab 1850 wurden in den Staaten zwar erste Eisenbahngesetze geschaffen, die auch Kontrollbehörden einsetzten. Diese Kontrolle beschränkte sich jedoch entweder auf die Sicherheit der Züge und der Schienen oder bezog sich wie in New Hampshire sogar nur auf die Hilfe beim Erwerb des zum Streckenausbau erforderlichen Grundeigentums⁵³. Da das Handelsrecht der Kompetenz der Staaten unterfiel, variierten sowohl die Konzessionen als auch der Aufbau der Unternehmen. Doch mit dem wirtschaftlichen Wachstum entstand in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts ein weitergehender Bedarf an staatlichen Eingriffen aus zwei Gründen. Zum einen bedurfte es nationaler Behörden, um den Eisenbahnverkehr zwischen den Staaten zu vereinheitlichen. Zum anderen wollte man die besonders großen Unternehmen, die Trusts, kontrollieren. Man wollte sie nicht verbieten, weil man deren Effizienz sah⁵⁴, jedoch befürchtete man ihre Marktmacht. Im Rahmen dieser Anti-Trust-Maßnahmen entstand 1887 der Interstate Commerce Act. Dadurch wurde eine nationale Behörde, die Interstate Commerce Commission, errichtet⁵⁵. Diese sollte der Diskriminierung von Personen entgegen wirken und die Preisgestaltung bestimmen. Insoweit (Sec.20) sprach das Gesetz von „regulations“, welche die Behörde erlassen durfte. Insoweit entsprach die Aufgabe der Interstate Commerce Commission der preußischen und

19

49 Vgl. Verf., „Auf der Suche nach der verlorenen Ordnung“, Köln/ Weimar/ Wien 2005, 392ff.

50 Vgl. Verf., „Die Einrichtung einer „Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät“ an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn“, in: 75-Jahr-Feier der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Bonn 2004, 7-18.

51 Anders Ogus, Regulation (Fn. 3), 7.

52 Zur US-amerikanischen Eisenbahnpolitik s. Dobbin, Forging Industrial Politics (Fn. 18), 36ff.

53 Lawrence M. Friedman, A History of America Law, 2. Aufl. New York 1985, 445f.

54 Alan Stone, Economic Regulation and the Public Interest, The Federal Trade Commission in Theory and Practice, Ithaca/ London 1977, 32f..

55 Dazu ausführlich s. Oliver Lepsius, Verwaltungsrecht unter dem Common Law, Tübingen 1997, 78ff.

englischen Regulierung.

Trotz der Errichtung der Interstate Commerce Commission blieben die Stimmen gegen die Regulierung stark⁵⁶. Die Gesetzgebung im 20. Jahrhundert verhalf der ICC zwar zu mehr Unabhängigkeit, doch der US Supreme Court nahm immer wieder kritisch dazu Stellung⁵⁷. Ab 1906 durfte die Commission nicht nur „ungerechte“ und „unvernünftige“ Tarife ausmachen, sondern auch Höchstpreise vorschreiben und insofern die Preise bestimmen⁵⁸. Gegen ihre Entscheidungen war ein gerichtsförmig ausgestaltetes behördliches Verfahren vorgesehen. Dazu erhielt sie weitere Aufgabengebiete. Der Name deutet dabei an, dass die ICC für verschiedene Wirtschaftsbereiche zuständig sein sollte. Tatsächlich erhielt sie zwischen 1910 und 1934 auch die Kontrolle über das Telephonwesen. Dennoch wurden parallele Institute geschaffen, die gleich der ICC spezielle Wirtschaftsbereiche regulierten.

20

Seit 1900 plante man eine Behörde, die vor allem gegen die Trusts vorgehen sollte⁵⁹. 1903 wurde ein „Bureau of Corporations“ errichtet mit der Aufgabe, unfaire Wettbewerbspraktiken der Unternehmen aufzudecken und zu berichten⁶⁰. Seit 1914 bestand in den USA eine Behörde mit der Aufgabe, unfaire Wettbewerbspraktiken und Kartelle zu verhindern⁶¹. Ihre Einrichtung geht auf eine Initiative von Präsident Wilson zurück⁶².

21

„These practices, being now abundantly disclosed, can be explicitly and item by item forbidden by statute in such terms as will practically eliminate uncertainty, the law itself and the penalty being made equally plain.

22

And the businessmen of the country desire something more than that the menace of legal process in these matters be made explicit and intelligible. They desire the advice, the definite guidance and information which can be supplied by an administrative body, an interstate trade commission”.

23

Das Zitat macht deutlich, dass die Wirtschaft insgesamt durch die Einrichtung der Behörde und ihrer Regelbildungen belehrt werden und dadurch Rechtssicherheit erhalten sollte.

24

56 Dobbin, Forging Industrial Politics (Fn. 18), 79ff zur Diskussion.

57 Dobbin, Forging Industrial Politics (Fn. 18), 89f.

58 Lepsius, Verwaltungsrecht unter dem Common Law (Fn. 55), 97.

59 S. John B. Daish, The Federal Trade Commission, The Yale Law Journal Company 24.1 (1914), 43-55.

60 Stone, Economic Regulation (Fn. 54), 34.

61 Dazu Lepsius, Verwaltungsrecht unter dem Common Law (Fn. 55), 115ff.

62 Zitiert nach William Simon, The Case against the Federal Trade Commission, The University of Chicago Law Review 19.2 (1952), 297-338, 299.

Ursprünglich als „Interstate Trade Commission“ bezeichnet, sollte sie allgemein für den Handel zwischen den Staaten zuständig sein⁶³. Doch mehr als eine Informationsaufgabe sollte nach den Plänen Wilsons der Behörde nicht zustehen.

Die „Federal Trade Commission“ (FTC) erhielt dann aber nicht nur den Auftrag, unfaire Wettbewerbsbedingungen aufzuspüren und zu publizieren. Vielmehr durfte sie auch Regeln des Wettbewerbs aufstellen, die Gesetzeskraft erhielten⁶⁴. 1938 erhielt diese „Federal Trade Commission“ auch die Aufgabe, weithin die Interessen von Verbrauchern zu vertreten, so etwa auf dem Gebiet des Telemarketing, der Telefongebühren und des Kreditgeschäfts. Immer mehr wurde sie allgemein für den Verbraucherschutz tätig⁶⁵. Seit 1975 durfte sie auch „regulation rules“ für ganze Industriebereiche erlassen. Gerade solche „regulativen Eingriffe“ von Behörden sollten den Wettbewerb und die Chance der schwächeren Marktteilnehmer sicherstellen. Es war also gerade die Bundesstaatlichkeit, die zur Einrichtung solcher übergreifenden Behörden führte.

Nicht zuletzt die Einsicht in das fehlende Gleichgewicht zwischen den Marktteilnehmern in einigen Wirtschaftsbereichen führte seit Beginn des 20. Jahrhunderts zunehmend zur Einführung von solchen Regelungen⁶⁶. Ein weiteres Beispiel ist die Einführung einer „Federal Power Commission“ im Jahr 1920 für Wasserkraft-Anlagen⁶⁷. Doch erst in der Neustrukturierung von 1930 wurde dafür eine unabhängige Behörde zur Kontrolle der Energiewirtschaft geschaffen, deren Kompetenz in den folgenden Jahren für immer weitere Bereiche wie die Öl- und Gaswirtschaft erweitert wurde⁶⁸. 1926 wurde die Luftfahrtkontrolle durch den Air Commerce Act eingeführt⁶⁹. Auch hier war zunächst ein Ministerium mit der Kontrolle betraut.

Die Überwachung dieser Wirtschaftszweige erforderte allerdings gesteigerte

63 Vgl. bei Daish, *The Federal Trade Commission* (Fn. 59), 46.

64 Stone, *Economic Regulation* (Fn. 54), 47.

65 Stone, *Economic Regulation* (Fn. 54), 232f.

66 Morton Horwitz, *The Transformation of American Law 1870-1960. The Crisis of Legal Orthodoxy*, New York/ Oxford 1992, 215.

67 In einzelnen Bundesstaaten gab es schon vorher Regulierungsbehörden, so etwa in New York und Wisconsin seit 1907, vgl.: John Bauer, *New York Survey of Public Utility Regulation*, in: *The American Economic Review*, Vol. 20, No. 3 (Sep., 1930), 381-399, 381f.

68 David M. Kennedy, *Freedom from Fear, The American People in Depression and War, 1929-1945*, New York/ Oxford 1999, 371f. 1977 wurde die Behörde allgemeiner für Energiegewinnung zuständig und neu gegründet als „Federal Energy Regulatory Commission“.

69 Erst 1938 wurde die unabhängige Regulierungsbehörde, das „Civil Aeronautics Board“, durch den Civil Aeronautics Act errichtet; besprochen in: *Harvard Law Review*, 52.1 (1938), 137-144.

Sachkenntnisse, vor allem wirtschaftlicher Art. Diese wollte man nicht mehr allgemein den Richtern zuerkennen⁷⁰. Im 19. Jahrhundert hatte man noch intensiv in den USA über die Einführung von Kodifikationen diskutiert⁷¹. Doch mit dem Scheitern dieser Bewegung konnte weder vom Richter noch vom Gesetzgeber Hilfe in den regulierten Wirtschaftsbereichen erwartet werden. Daher setzte man nun die Hoffnung auf die „institutional competence“⁷².

28

Vor allem die Politik des New Deal begünstigte die Einrichtung von wirtschaftslenkenden Behörden⁷³. Stärker als früher und später in der US-amerikanischen Politik wollten die Reformer um Roosevelt einen „dritten Weg“ zwischen Markt- und Planwirtschaft einschlagen⁷⁴. Hierfür sollen einige Beispiele aufgelistet werden. Teilweise lenkte nun auch der Supreme Court ein und sah die Regulierung von Wirtschaftsbereichen als vereinbar mit der Verfassung und ihrer Gewaltenteilung an⁷⁵.

- Durch den Glass-Steagall Banking Act von 1933⁷⁶ wurde zur Pflege der notleidenden Kredite der Bevölkerung die Trennung von Investment- und Handelsbanken eingeführt, wodurch die riskanten Geschäfte von den Einlage-gewährenden Instituten getrennt wurden. Dazu garantierte der Staat die privaten Einlagen durch seine „Federal Bank Deposit Insurance Corporation“. Die „Security Exchange Commission“ hatte den Auftrag, diesen Wirtschaftssektor zu überwachen und für die nötigen Informationen zu sorgen⁷⁷.
- Anstelle eines sozialen Wohnungsbaus wurde die private Errichtung von Wohnhäusern durch eine großzügige Kreditvergabe staatlich begünstigt: Zu diesem Zwecke wurde 1932 eine „Home Owners Loan Corporation“ eingerichtet, ein Jahr

70 So Horwitz, *The Transformation of American Law* (Fn. 66), 215.

71 Dazu Horwitz, *The Transformation of American Law* (Fn. 66), 9f, 221.

72 Horwitz, *The Transformation of American Law* (Fn. 66), 216, 254.

73 Zu den verschiedenen Deutungsansätzen des New Deal s. John M. Allswang, *The New Deal and American Politics*, New York et al. 1978, 15ff, 17 deutet Roosevelt's Politik 1933 als Versuch zur Erholung der Wirtschaft.

74 Elliot A. Rosen, *Roosevelt, the Great Depression, and the Economics of Recovery*, Charlottesville/London 2005, 95, 192ff.

75 *New State Ice v. Liebman*, 285 U.S.262 (1932), 292, 307f, zu den Ausführungen von Richter Brandeis. Zum anhaltenden Widerstand von Justice Brandeis s. allerdings Gary Dean Best, *Retreat from Liberalism: Collectivists versus Progressives in the New Deal Years*, Westport Ct./ London 2002, 9, 41ff.

76 Zu den Hintergründen der Entstehung Arthur M. Schlesinger, Jr., *The Coming of the New Deal (The Age of Roosevelt Bd.II)*, London 1960, 429; Charles W. Calomiris, *U.S. Bank Deregulation in Historical Perspective*, Cambridge 2000, XVIIIff, 164 ff (zus. mit Eugene N. White).

77 Vgl. den Überblick bei Kennedy, *Freedom from Fear*. (Fn. 68), 366 Glass-Steagall Banking Act 1933, 366ff.

später die „Federal Housing Administration“ und 1938 die „Federal National Mortgage Association (Fannie Mae)“⁷⁸. Der Staat übernahm insoweit Aufgaben der Geschäftsbanken.

- 1933 wurde die „National Recovery Administration“ geschaffen, um „codes of fair competition“ gegen destruktiven Wettbewerb und zu geringe Löhne sowie übertriebene Wochenarbeitszeiten aufzustellen⁷⁹.
- 1934 schuf man die „Federal Communications Commission“, die die zwischenstaatlich und international agierende Radio-, Telephon-, später auch Fernsehen und Satellitenkommunikation kontrollieren und überwachen sollte⁸⁰.

Die Vielzahl der Regulierungsbehörden und die Weite ihres Aufgabenbereichs weckten Zweifel, ob es sich nicht doch um einen Verstoß gegen die Gewaltenteilung handele. Diese Bedenken wurden zunächst mit dem Hinweis auf die deutsche Lehre der Ausführungsgesetze entkräftet, ebenso mit der soziologischen Überlegung, dass letztlich auch das Recht zum freien Vertragsschluss nichts anderes als eine delegierte Wirtschaftsmacht darstelle⁸¹. 1935 befand der US Supreme Court allerdings die Befugnis der „National Recovery Administration“ tatsächlich als unvereinbar mit der Verfassung, weil der Exekutive damit zu weitgehend legislative Aufgaben übertragen worden waren⁸². Die von der Behörde bereits erlassenen Codes wurden inhaltlich bereits 1935 vom Parlament im „Wagner Act“ erneut erlassen⁸³, womit eine Reihe von Schutzbestimmungen zugunsten der Arbeitnehmer festgelegt und eine nationale Behörde, das National Labor Relations Board, errichtet wurde⁸⁴.

29

In Anlehnung an frühere Regeln wurde vorgeschlagen, die Kompetenz zu solchen

30

78 Kennedy, *Freedom from Fear* (Fn. 68), 369; zur “Geburt sozialer Sicherheit” s. Schlesinger, *The Coming of the New Deal* (Fn. 76), 288ff.

79 Kennedy, *Freedom from Fear* (Fn. 68), 373; zur Entstehung und den politischen Hintergründen s. Schlesinger, *The Coming of the New Deal* (Fn. 76), 98ff.

80 Kritisch hierzu Ronald H. Coase, *The Federal Communications Commission*, *The Journal of Law and Economics* 2 (1959), 1-40.

81 Horwitz, *The Transformation of American Law* (Fn. 66), 216 zur Diskussion der “Delegation Theory”, 207 zu Morris Cohen, *The Basis of Contract*, 1933.

82 *A.L.A. Schechter Poultry Group v. U.S.*, 295 U.S. 495 (1935)

83 Zur Entstehungsgeschichte s. Charles J. Morris, *The Blue Eagle at Work. Reclaiming Democratic Rights in the American Workplace*, Ithaca/ London 2005, 56ff. Zur Einschätzung der Politik Roosevelt’s in den “second hundred days” im Jahr 1935 s. Allswang, *The New Deal and American Politics* (Fn. 73), 19.

84 William B. Gould IV, *Labored Relations: Law, Politics, and the NLRB*, MIT Press, 2001.

Regelwerken wieder zurück an die Bundesministerien zu geben; wegen der Komplexität der Materie sollte sie am besten im Justizministerium gebündelt werden⁸⁵.

Die gerügte Intransparenz der von den Regulierungsbehörden aufgestellten Wirtschaftsregeln sollte mittels eines eigenen, neuen Registers behoben werden. 1935 wurde mit dem „Federal Register Act“ das Federal Register geschaffen, in dem alle Proklamationen des Präsidenten und Exekutivbefehle bewahrt und bekannt gemacht werden sollten. Aufgabe dieser Sammlung ist es, alle Beschränkungen der Wirtschaftstätigkeit Privater anzuzeigen. Dazu gehören auch nicht-hoheitliche Regelungen⁸⁶. Ab 1946 sollten auch die Verfahrensweisen der Behörden bekannt gemacht werden sowie die Pläne für künftige Regelwerke⁸⁷. In Section 7 bestimmt man, dass diese Publikation als ausreichend angesehen wurde, um bei jedermann die ausreichende Kenntnis der Regeln vorauszusetzen. Die Informationspflicht der Behörden setzte nun also voraus, dass die festgelegten Regeln in diesem Publikationsorgan bekannt gemacht wurden.

31

Erstaunlicherweise weigerte sich die FTC, diesem Informationsauftrag nachzukommen⁸⁸. Sie war aufgeteilt in eine ökonomische und eine juristische Abteilung. Die Ökonomen forschten über die Auswirkungen von bestimmten Wettbewerbspraktiken, Organisationsformen oder Regulierungsvorschriften auf den gesamten Markt und die Wirtschaft. Die juristische Abteilung führte die Verfahren gegen unfaire Wettbewerbspraktiken durch und nahm Funktionen einer Kartellbehörde wahr. Insoweit sie allgemeine Regeln des Wettbewerbs entwickelte, wurde sie nicht nur reaktiv auf Missbrauchsfälle hin aktiv, sondern sollte vor allem ex ante die Bedingungen des Wettbewerbs diktieren. In der Definition war sie an zahlreiche Vorgaben durch die Judikatur des Supreme Court gebunden⁸⁹. Obwohl die Abteilungen recht unabhängig voneinander agierten⁹⁰, ergänzten sie sich dahingehend, dass sie Vorsicht walten ließen. Ihr Augenmerk richtete sich darauf, vor Gericht zu obsiegen, dies konnte jedoch dauern. Einstweilen wollte die Behörde keine Informationen verteilen⁹¹.

32

85 Simon, *The Case against* (Fn. 62), 338.

86 Weber, *Wirtschaftsregulierung* (Fn. 24), 30f.

87 Dazu Anonymus, *The Federal Register and the Code of Federal Regulations – A Reappraisal*, *Harvard Law Review* 80.2 (1966), 439-451, 441.

88 Vgl. die Äußerung der FTC von 1950, abgedruckt bei Simon, *The Case against* (Fn. 62), 299.

89 Vgl. Charles Willis Needham, *The Federal Trade Commission*, *Columbia Law review* 16.3 (1916), 175-189.

90 Vgl. Myron W. Watkins, *The Federal Trade Commission. A Critical Study*, *The Quarterly Journal of Economics* 40.4 (1924), 561-585, 567.

91 Simon, *The Case against* (Fn. 62), 301.

In der Tat wurden die Auffassungen der Behörde mehrfach von den Gerichten aufgehoben, so dass die FTC selbst eine andere Auffassung vertrat⁹². So hielt sie zunächst die Festlegung von Preisen unterhalb der Kosten für eine unfaire Wettbewerbspraxis, das Gericht hob jedoch ihre Entscheidung auf als Fehlleistung der Verwaltung („administrative blunder“)⁹³. Danach ließ auch die FTC diese Praxis zu. Es wird verständlich, warum sie daher mit ihren Informationen vorsichtig umging.

33

1944 hielt der Supreme Court noch einmal fest, dass die Bekanntmachung von Regeln im Einzelfall und nach Beginn der strittigen Tätigkeit unzulässig sei⁹⁴. Dennoch blieb die Federal Trade Commission bei ihrer restriktiven Informationspraxis.

34

Die Kritik daran war massiv: 1949 gelangte eine Bundeskommission zur Auffassung, dass die Behörde in ihrer ureigensten Aufgabe der Information zu wenig oder kaum etwas geleistet habe⁹⁵. Zudem wurde das Verfahren vor der FTC kritisiert, das nicht nur lange bis zur Klärung der Rechtsfrage dauere, sondern außerdem teuer sei⁹⁶. Wenn sich die Geschäftsleute gegen die Entscheidung der FTC wenden wollten, konnten sie zudem nach der Auffassung der Kritiker kein faires Verfahren erwarten. Egal wie viele Beweise sie auch für ihre Auffassung zusammenstellten, würde die Feststellung der Wettbewerbswidrigkeit die Gerichte binden, so dass sie von der Auffassung der Behörde nicht abweichen durften⁹⁷. Populär wurde der Spruch von Richter James M. Landis, einen Neuanfang der FTC zu wagen („wipe out FTC and start afresh“)⁹⁸

35

Trotz aller Ablehnung wurde das Modell der „regulation“ in langsam zunehmendem Maße auf weitere Bereiche übertragen⁹⁹. 1950 wurde die Seeschifffahrt reguliert, zuständig wurde das Federal Maritime Board¹⁰⁰. 1964 schuf man eine Behörde zum Schutz gegen Diskriminierung am Arbeitsplatz (Equal Employment Opportunity Commission), 1966 zur Arbeitssicherheit von LKW- und Busfahrern (Federal Highway Administration). Viele neue Behörden wurden in den 1970ern geschaffen. Sie brachten weitere Preis- und

36

92 Watkins, *The Federal Trade Commission* (Fn. 90), 571ff.

93 Watkins, *The Federal Trade Commission* (Fn. 90), 573.

94 *Borak v. Biddle*, 141 F.2d 278 (D.C. Cir.), cert. denied, 323 U.S. 738 (1944), *The Federal Register* (Fn. 87), 443f.

95 Simon, *The Case against* (Fn. 62), 300.

96 Simon, *The Case against* (Fn. 62), 334.

97 Simon, *The Case against* (Fn. 62), 335.

98 S. bei Simon, *The Case against* (Fn. 62), 337.

99 Zur Entwicklung von 1945 bis 1962 s. den Überblick bei Stephen G. Breyer/ Richard B. Stewart/ Cass R. Sunstein/ Adrian Vermeule, *Administrative Law and Regulatory Policy*, 6. Aufl. New York 2006, 20f, 22 zur besonders produktiven Periode 1962 bis 1980.

100 Richard Oliver Goss, *Studies in Maritime Economics*, Cambridge 1968, S. 27.

Markteintrittskontrollen, insbesondere zum Schutz der Gesundheit und Sicherheit von Minen-Arbeitern (1973), der Umwelt (1970), vor allem für Ressourcen des Meeres (1970), die Sicherheit des Autobahn- (1970) und Eisenbahnverkehrs (1970), des Tagebaus (1977) sowie des Future-Handels (1975). Sie begrenzten ebenso den Energieverbrauch (1974), die Ölpreise (1974) und die Preise von Postdienstleistungen (1970)¹⁰¹.

Der in diesem Kontext häufig zu findende Begriff „regulation“ ähnelt dem Befund zu Preußen und England, insoweit er sich zunächst auch auf die Kontrolle der Eisenbahngesellschaften bezog. Damit wurden die Regeln zum Marktzugang getroffen, Preisbestimmungen vorgenommen und die Geschäftspolitik der Unternehmen kontrolliert. Ebenso bezog er sich primär auf die neu eingerichteten Behörden und damit auf eine staatliche Wirtschaftskontrolle¹⁰².

37

Doch es überwiegen die Unterschiede. Die Vielzahl der Materien, die einer „regulation“ unterzogen wurden, zeigt eher, dass der Begriff recht unterschiedslos genutzt wurde und damit eher unspezifisch war. Der Überblick über die Entstehung der großen Regulierungsbehörden und –einrichtungen hat deutlich werden lassen, wie groß der Anwendungsbereich dieser Materie in den USA ist. Eher bezeichnete er damit einen Tätigkeitsbereich der staatlichen Bundesoberbehörden, als dass damit ein genau definiertes Recht gemeint war. Die Kompetenzen der Behörden unterschieden sich auch im Detail, was bei dieser langsam gewachsenen Materie auch nicht verwundern kann. Unterschiedliche Ziele wurden verfolgt, einmal die Reduktion der Kosten, in anderen Fällen der Schutz von Konsumenten oder auch die Sicherheit der Arbeitnehmer. Jeder Bereich der „regulated industry“ ist damit als Einzelfall zu sehen mit eigenen Problemen und Lösungsansätzen¹⁰³. Vor allem die Einbeziehung selbst privater, den Wettbewerb beschränkender Regeln im Federal Register zeigt, dass der Begriff „regulation“ ganz weit und nahezu unspezifisch für jedwede Bindung der Wirtschaftstätigkeit genutzt wird. Daher wird auch von US-amerikanischen Rechtshistorikern der Begriff der Regulierung allgemein für alle wirtschaftslenkenden Maßnahmen gebraucht, ohne dass es auf ein Konzept oder die Verwendung des Terminus in den Quellen ankommt¹⁰⁴.

38

101 Vgl. die Übersicht über die Regulierungsbehörden bei Lawrence White, *Reforming Regulation: Process and Problems*, Prentice Hall N.J. 1981, 32f, 36ff; Stephen G. Breyer/ Richard B. Stewart/ Cass R. Sunstein/ Adrian Vermeule, *Administrative Law and Regulatory Policy*, 6. Aufl. New York 2006, 23.

102 Nicht auszuschließen sind Fernwirkungen deutsch-österreichischer Lehren, etwa von Friedrich List. Diesen inhaltlichen Verbindungen kann diese, auf den Begriff und seine Geschichte konzentrierende Untersuchung nicht nachgehen.

103 So auch Alfred E. Kahn, *The Economics of Regulation. Principles and Institutions*, 2. Aufl. Cambridge Mass. 1989, Band 1, 13.

104 So William J. Novak, *People's Welfare. Law & Regulation in Nineteenth-Century America*, (Studies in Legal History), Chapel Hill/ London 1996, passim.

Etwas enger wurde „regulation“ von den Ökonomen genutzt. Hier wird von regulierten Industriezweigen (*regulated industries*) gesprochen, womit Wirtschaftsbereiche gemeint sind, in denen staatliche Interventionen wegen eines natürlichen Monopols, der Gefahr ruinösen Wettbewerbs oder der Bedeutung für die Infrastruktur besonders häufig vorkommen¹⁰⁵. Damit wurden die Ausnahmen präzisiert von dem allgemeinen Prinzip der Freiheit des Marktes. Dabei wurde nach dem öffentlichen Interesse abgegrenzt, das den Staatseingriff rechtfertigt. So sah man eine scharfe Trennung zwischen den oben genannten Industriezweigen und den Wirtschaftsbereichen der Nahrungsmittel-, Kleidungs-, Treibstoffhersteller, der Verkäufer von Theatertickets, Stellenvermittler, und Tankstellenbetreiber¹⁰⁶. In diesem Bereich sollte das Prinzip der Marktwirtschaft gelten, hier würden die öffentlichen Interessen dessen Einschränkung nicht gebieten. Diese Trennlinie ist wohl weniger durch klare wirtschaftliche oder rechtliche Parameter begründet, sondern beruht eher auf einer gesellschaftlichen Übung. Insoweit kann man einen klar konturierten Begriff der Regulierung eher im Bereich der Wirtschaftswissenschaften finden als in der Jurisprudenz.

Die Besonderheit in juristischer Hinsicht liegt in der Schaffung von unabhängigen Bundesoberbehörden mit Aufgaben der Exekutive, Legislative und Judikative. Die Verletzung der demokratischen Gewaltenteilung wurde zwar gesehen, doch insoweit geduldet. Vor dem Hintergrund der großen Gesetzgebungskompetenzen der Bundesstaaten boten nur die Regulierungsbehörden einen angemessenen Schutz vor den großen Trusts und ihrer täglichen Geschäftspraxis, gegen die weder Gerichte noch Ministerien vorgehen konnten. Aus diesem Grund beruhte die Entwicklung der Regulierung in den USA vor allem auf der Verfassung und der Wertschätzung der Marktwirtschaft als Prinzip.

IV. „regulation“ als wirtschaftspolitische Notwendigkeit – USA II: Clark und Stigler

Von so prominenten Richtern wie Holmes und Landis wurden die Regulierungsbehörden als Verletzungen der Marktwirtschaft kritisiert¹⁰⁷. Neben dem schon erwähnten Expertenbericht von 1949 wurden 1924, 1960, 1964 und 1969 große, vom Staat in Auftrag

105 Jean-Jacques Laffont, *The New Economics of Regulation Ten Years After*, *Econometrica*, Vol. 62, No. 3 (May, 1994), 507 f; John Foreman-Peck, *Natural Monopoly and Railway Policy in the Nineteenth Century*, *Oxford Economic Papers* 39 (1987), 699 ff; Richard A. Posner, *Natural Monopoly and its Regulation*, *Stanford Law Review*, XXI (1969), 548-643; Weber, *Wirtschaftsregulierung* (Fn. 24), 31.

106 Alfred E. Kahn, *The Economics of Regulation. Principles and Institutions*, 2. Aufl. Cambridge Mass. 1989, 3.

107 Vgl. William Simon, *The Case against the Federal Trade Commission* (Fn. 62), 297-338, 329; bzgl. Holmes s. Horwitz, *The transformation of American law* (Fn. 66), 109f., 127, 196

gegebene Stellungnahmen vorgelegt, welche im wesentlichen gleichartig die eingerichteten Behörden als steuerlos, unterbesetzt, politisiert, ineffizient und inkompetent ansahen¹⁰⁸. Staatliche Monopole wurden aber nicht nur als Behinderung der Wirtschaft, sondern auch der freien Entwicklung der Bürger angesehen. Damit stand gerade das staatliche Wirtschaften im Weg für Wirtschaftsentwicklung und Fortschritt, indem es nicht schnell genug auf den sich wandelnden Markt oder technologischen Fortschritt reagieren könne, zu viel Kosten produziere¹⁰⁹ oder gar versteckt die Interessen nur einer Wirtschaftspartei vertrete.

Juristen sahen nicht nur die Gefährdung der Gewaltenteilung. Die Regulierungspraxis zeigte zudem, dass auch Behörden voreingenommen entscheiden können. So galt etwa die Commerce Commission ganz verbreitet als unternehmerfreundlich, so dass sie auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur als Missbrauchsfall etabliert wurde¹¹⁰. Neben dieser Kritik entwickelte sich aber auch eine grundsätzliche Zustimmung, diese ist vor allem im Bereich der Ökonomen zu finden.

Dabei ist vor allem auf den in Chicago lehrenden John Maurice Clark (1884-1963) hinzuweisen, der bereits seit den 20er Jahren ein anderes Wettbewerbs- und Marktmodell entwickelte¹¹¹. Clark betonte die Wechselbezüglichkeit von Wirtschaft und Gesetzgebung bzw. allgemein von staatlichen Stellen und dem Markt. Die Kontrolle der Wirtschaft bilde einen integralen Bestandteil des Marktes, ohne die jener nicht funktionieren könne¹¹². Zwar sei Privatinitiative, also Privatautonomie erforderlich, um die Wirtschaft weiterzuentwickeln. Jeder Marktteilnehmer müsse seine Erfahrungen sammeln und sich engagieren. Die stimulierende Kraft der Wirtschaft setze die Freiheit und die Hoffnung auf Profit voraus¹¹³. Auch hinsichtlich der Wirtschaftskennntnis bedingen sich Markt und Staat: Der Gesetzgeber braucht diese Erfahrung der Wirtschaftstreibenden, um seine Maßnahmen zu planen. Gleichzeitig informiert der Gesetzgeber das Individuum über die ethische Basis der Wirtschaft und die Wettbewerbsregeln, mit denen vor allem das Gemeinwohl befördert wird¹¹⁴.

108 Vgl. Richard A. Posner, *The Federal Trade Commission*, *The University of Chicago Law Review* 37.1 (1969), 47-89, 47.

109 Eine Übersicht über die Kosten der Regulierungsbehörden geben Stephen G. Breyer/ Richard B. Stewart/ Cass R. Sunstein/ Adrian Vermeule, *Administrative Law and Regulatory Policy*, 6. Aufl. New York 2006, 26f.

110 Horwitz, *The Transformation of American Law* (Fn. 66), 241.

111 Zur Biographie vgl. Laurence Shute, *John Maurice Clark: A Social Economics for the Twenty-first Century*, Ipswich 1997.

112 John Maurice Clark, *Social Control of Business*, Chicago 1926, 12f.

113 John Maurice Clark, *The Economics of Overhead Costs*, Chicago 1923, 482.

114 John Maurice Clark, *The Ethical Basis of Economic Freedom*, (The Kazanjian Foundation Lectures),

Der Markt brauche jedoch Gerichte und Gesetze, um durch Regeln Vertrauen aufbauen und letztlich funktionieren zu können. Vor allem ab 1940 lehrte Clark, dass es keinen absolut freien Wettbewerb geben könne. Das von Smith entwickelte Modell stelle ein nicht realisierbares Zielvorstellung auf¹¹⁵. Zwar bleibe der vollkommene Wettbewerb als Ideal die beste Lösung. Dennoch könne man sich meist mit der „zweitbesten Lösung“ zufrieden geben, um einem funktionsfähigen Wettbewerb (*workable competition*) zu erhalten, da die Ziele oft mit unterschiedlichen Mitteln erreicht werden könnten¹¹⁶. Insoweit könne man Marktunvollkommenheiten zulassen oder diese sogar vorsätzlich herbeiführen, um eine günstigere Wirtschaftssituation zu erzielen. Solche gezielte Maßnahmen des Gesetzgebers gegen den Markt („Gegengiftthese“) könnten bisweilen die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs steigern. Der Markt brauche Vorgaben, um darauf Stabilität zu entwickeln¹¹⁷. Durch die „Social control of business“ setzt der Staat nach Clark die Belange der Gesellschaft gegen das private Interesse durch¹¹⁸. Vor allem im Wettbewerb mit dem kommunistischen System sah er in der Verschränkung von Markt und Staat die Chance einer Effizienzsteigerung durch Steuerung¹¹⁹. Dadurch könnten auch in der Wirtschaft ethische Ziele gesetzt werden, so dass keine „gespaltene Persönlichkeit“ des Staates zwischen Wirtschaft und Religion entstehe¹²⁰.

Zum Verständnis des Marktes reiche es seither nicht mehr, auf Adam Smith's *invisible hand* zu vertrauen. Ganz ähnlich wie schon Sax betont er, dass der Markt auch gesellschaftliche Funktionen erfüllen müsse, die nicht allein im freien Spiel der Kräfte erreicht werden könnten. Weniger die ökonomische Freiheit als die richtige Regulierung der Wirtschaftsbereiche habe den US-amerikanischen Wirtschaftserfolg bewirkt¹²¹. Insoweit übt Clark bis heute einen gewichtigen Einfluss auf die Wirtschaftswissenschaften aus¹²². Er definierte entsprechend Reichtum als Erfüllung der gesellschaftlichen

Westport/ Cambridge Mass. 1955, 26f.

115 John Maurice Clark, *Alternative to Serfdom*, New York 1938, 106.

116 Vgl. zur Preisgestaltung John Maurice Clark, *Toward a Concept of Workable Competition*, *The American Economic Review* 30.2 (1940), 241-256, 249ff..

117 John Maurice Clark, *Alternative to Serfdom* (Fn. 115), 115, 125ff.

118 So auch Karl de Schweinitz Jr., *Ethics and Welfare in J. M. Clark's Economics*, *Journal of Economic Issues* 10.4 (1976), 859-875, 862.

119 Clark, *The Ethical Basis of Economic Freedom* (Fn. 114), 46.

120 John Maurice Clark, *Economic Institutions and Human Welfare*, Westport Ct. 1957, 36f. Zur Wirtschaft als Brücke zur Ethik nach Clark s. Shute, *John Maurice Clark: A Social Economics for the Twenty-first Century* (Fn. 111), 117f.

121 Clark, *Economic Institutions and Human Welfare* (Fn. 120), 266.

122 Zum Nachhall der Lehre der „workable competition“ s. Charles Addison Hickman, *J. M. Clark*, New York/ London 1975, 16ff.

Bedürfnisse, wobei jeweils ethische Forderungen als Grundlage der Wirtschaft nicht verletzt werden dürften¹²³. Die Privatwirtschaft (*business*) war aus diesem Grund einer allgemeinen sozialen Kontrolle zu unterstellen¹²⁴. Seither gibt es nicht nur die Regulierung aus strikt ökonomischen Gründen, v.a. im Fall von Monopolen, sondern auch aus sozialen Gründen. Die amerikanische Literatur unterscheidet insoweit zwischen „economic regulation“ und „social regulation“¹²⁵.

Das berühmte Coase-Theorem basiert auf einer Untersuchung von Ronald Coase (*1910) zur Federal Communications Commission, die 1959 publiziert wurde. Dabei wies er darauf hin, dass ohne Transaktionskosten Sachenrechte stets dorthin wanderten, wo sie effektive eingesetzt würden. Durch klar definierte Sachenrechte könnten die interessierten Parteien selbst ihre Interessen verwirklichen, ohne auf die staatliche Intervention warten zu müssen¹²⁶. In dem untersuchten Sektor wies er nach, dass die Regulierungsbehörde Transaktionskosten verursacht und dadurch die Effizienz stört. Regulierung führt mithin zu Wettbewerbsverzerrungen und schwächt die Wirtschaft. U.a. für diesen Aufsatz erhielt Coase 1991 den wirtschaftswissenschaftlichen Nobelpreis.

Der Ökonom George Joseph Stigler (1911–1991) untersuchte die konkreten Effekte der Regulierung. In einem Aufsatz von 1962 gab er konkrete Angaben zur Strompreisregulierung, dessen Ergebnisse zwar falsch waren, der aber Ökonomen dazu anregte, genauer auf die Folgen der Regulierung zu achten¹²⁷. Insbesondere verdichteten sich die Hinweise auf den Einfluss, den die regulierten Unternehmen selbst auf die Wettbewerbsregel nahmen. 1971 beschrieb er diesen Effekt (*regulatory capture*) allgemein¹²⁸. Diese Lehre trug ihm 1982 den Nobelpreis für Ökonomie ein¹²⁹. Mit seiner Macht könne der Staat den Unternehmen bei der Durchsetzung ihrer Interessen sehr behilflich sein. Die Anlässe zur Regulierung könnten von den Privaten durchaus missbraucht werden, um ihre wirtschaftliche Stellung zu verbessern. Stigler ging dabei davon aus, dass jede Industrie oder jeder Berufszweig über genügend politische Macht

123 Hickman, J. M. Clark (Fn. 111), 33, 54.

124 Hickman, J. M. Clark (Fn. 111), 30.

125 Lawrence J. White, *Reforming Regulation: Process and Problems*, Englewood Cliffs, 1981, 45ff.

126 Zu Coase, *The Federal Communications Commission* (Fn. 80), s. David D. Friedman, *An overview of the theorem as well as criticism and further discussion*, [http://www.daviddfriedman.com/Academic/Coase_World.html], zuletzt 02.01.2009]; einschränkend, aber nicht ablehnend insoweit auch James M. Buchanan, *Explorations into Constitutional Economics*, College Station 1989, 385ff.

127 Vgl. Sam Peltzman, *George Stigler's Contribution to the Economic Analysis of Regulation*, *The Journal of Political Economy* 101.5 (1993), 818-832, 820f.

128 George J. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, in: *The Bell Journal of Economics and Management Science* 2 (1971), 3-21.

129 Milton Friedman, *George Stigler: A Personal Reminiscence*, *Journal of Political Economy* 101.5 (1993), 768-773.

verfüge, um Einfluss auf die staatliche Tätigkeit auszuüben, um angemessene Tarife, geeignete Handelsbarrieren, Einschränkung alternativer Produkte – etwa der Margarine zugunsten der Butterproduzenten -, und günstige Preise zu erreichen¹³⁰. Die Regulierer wollten ihren Arbeitsplatz verteidigen und den Gestaltungsspielraum ihrer Behörde ausdehnen. Daher wären sie bereit, auf die Angebote der Unternehmen einzugehen. Die Verbraucher dagegen seien als Marktmacht zu schwach, um sich dagegen zu wehren. Solche Vergünstigungen brächten allerdings Kosten mit sich sowohl für die Gesellschaft, der dadurch rentablere Marktsituationen verwehrt werden, als auch für die interessierte Industrie selbst: Sie müsse der Partei, die sie beeinflusst hat, mit Stimmen und Ressourcen ihre Erkenntlichkeit zeigen¹³¹. Davon ausgehend sah Stigler es als möglich, beispielsweise typische Ziele der Beschäftigungspolitik solcher Unternehmen zu beschreiben.

Diese Ergebnisse zeigten nach Stigler, dass es müßig sei, die Politik von Regulierungsbehörden wegen einseitiger Entscheidungen zu kritisieren. Alle Behörden seien beeinflussbar, solange sie politisch abhängig seien. Er empfahl die Entwicklung einer vernünftigen Theorie politischen Verhaltens, um die gesellschaftliche Praxis zu ändern¹³². Politik dürfe nicht länger nur als Mischung guter öffentlicher Interessen und ungewollter Versehen betrachtet werden¹³³. Durch die besonders frühe Anwendung der *public choice* Theory, also der politischen Analyse mit wirtschaftswissenschaftlichen Mitteln, auf den Bereich der Regulierung, hatte Stiglers Untersuchung eine große Wirkung auf seine Zukunft¹³⁴. Sie bewirkte dabei einen Umschwung in der Bewertung der Regulierung, insoweit nun die skeptischen Töne auch der Ökonomen überwogen¹³⁵. Vor allem aber sahen sich Ökonomen nun mit dem nötigen theoretischen Rüstzeug ausgestattet, um die Optimierung der Wirtschaftsbedingungen bestimmen zu können¹³⁶. Hinzu kamen Untersuchungen, die auch eine mathematisch präzise Beschreibung erlaubten¹³⁷. So konnte man sich vorgaukeln, wissenschaftlich verlässliche und präzise Wirtschaftsordnungen zu entwickeln, um den Wohlstand zu maximieren und ökonomische Krisen zu verhindern.

Auf der einen Seite wirkte die Lehre Clarks auch in anderen Wissenschaften nach, insofern der staatliche Eingriff in die Wirtschaft als Gebot der Gerechtigkeit angesehen wurde. Dies

130 Stigler, *The Theory of Economic Regulation* (Fn. 128), 5f.

131 Stigler, *The Theory of Economic Regulation* (Fn. 128), 10, 12.

132 Stigler, *The Theory of Economic Regulation* (Fn. 128), 17f.

133 George J. Stigler, *The Economist as Preacher, and other Essays*, Chicago 1982, 9.

134 Peltzman, *George Stigler's Contribution* (Fn. 127), 823.

135 Peltzman, *George Stigler's Contribution* (Fn. 127), 824.

136 Peltzman, *George Stigler's Contribution* (Fn. 127), 830; Paul L. Joskow, Foreword, in: Kahn, *The Economics of Regulation* (Fn. 106), xii.

137 Hierzu trug vor allem das Modell von Averch und Johnson bei, vgl. Müller/ Vogelsang, *Staatliche Regulierung* (Fn. 23), 53f.

wurde etwa von John Rawls so ausgeführt, indem er den Begriff der Verteilungsgerechtigkeit (*distributive justice*) einführte. Darunter verstand er die durch die Rahmeninstitutionen erzeugte Verteilung des Gesamteinkommens, die sich u.a. für Mindestlöhne und gegen Wettbewerbsverzerrungen durch Monopole einsetzen sollte¹³⁸. Auf die Regulierung der Wirtschaft konnte man mangels eines alternativen Ansatzes nicht ganz verzichten, da sich die Voraussetzungen der Verfassung nicht verändert hatten. Der bekannte Jurist Richard Posner ging auf den noch unveröffentlichten Beitrag von Stigler ein und wollte daraus auf mögliche Maßnahmen schließen, die zur Verbesserung der Arbeit seitens der Regulierungsbehörden angeordnet werden könnten¹³⁹. Stigler und andere Ökonomen hätten noch nicht ausreichend Beweise vorgelegt, um Regulierungen insgesamt zu diskreditieren¹⁴⁰.

Auf der anderen Seite wurde die Kritik ab den 1970er Jahren¹⁴¹ immer lauter. Man warf der Regulierung an sich vor, dass ihre Kosten höher als ihr Nutzen seien. Auch Ökonomen gingen nun von einem geringen Wert der Regulierung aus¹⁴². Unter Beibehaltung der ökonomischen Blickrichtung wurde ein Verzicht auf Regulierungen gefordert. 1978 beschloss der US-amerikanische Kongreß aufgrund der „Kennedy-Hearings“ im „Airline Deregulation Act“ vom 28.10.1978 die Liberalisierung des Flugverkehrswesens¹⁴³. Damit bildet der Flugverkehr Vorreiter für eine Politik, die mit dem Stichwort „deregulation“ verbunden wurde¹⁴⁴. Mit ihm warben die Vertreter der Marktwirtschaft für ihre Politik der möglichst geringen staatlichen Interventionen im Bereich der Wirtschaft. Auf diesen Vorarbeiten stützte sich dann die Politik von Ronald Reagan. Dereguliert wurden vor allem das Bank-, Börsen und Verkehrswesen sowie der Telekommunikationsmarkt¹⁴⁵.

50

138 John Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, übers. v. Hermann Vetter, Frankfurt 1977, 311.

139 Richard A. Posner, Federal Trade Commission (Fn. 108), 87ff.

140 Richard A. Posner, Theories of Economic Regulation, The Bell Journal of Economics and Management Science 5 (1974), 335-358, passim.

141 Horwitz, The Transformation of American Law (Fn. 66), 244ff. In England nahm die staatliche Wirtschaftskontrolle bis in die 1970er zu, s. Ogus, Regulierung (Fn. 3), 8.

142 Stone, Economic Regulation (Fn. 54), 257f.

143 Dazu Elizabeth Bailey/ John C. Panzar, The contestability of Airline Markets During the Transition to Deregulation, Journal of Law and Contemporary Problems 44 (1941), 125-145; Gerhard Aschinger, Regulierung und Deregulierung, Wirtschaftswissenschaftliches Studium 11 (1985), 545-549, 549.

144 Zur Übersicht dazu Stephen G. Breyer/ Richard B. Stewart/ Cass R. Sunstein/ Adrian Vermeule, Administrative Law and Regulatory Policy, 6. Aufl. New York 2006, 161.

145 G. Troy, Morning in America: How Ronald Reagan Invented the 1980s, New Jersey 2004.

V. Auch Deregulierung ist Regulierung - Triumphe in Deutschland und Europa

Im US-amerikanischen Kontext ist sowohl der Regulierungs- als auch Deregulierungs-Begriff hinreichend deutlich, weil beide sich auf die „regulated industries“ beziehen und in diesen den Abbau der Behörden und ihrer Direktiven fordern. Doch auch Margaret Thatcher übernahm diesen Ansatz, insoweit sie die Abschaffung von Regulierungen durchsetzte¹⁴⁶. Es ist ein Gemeinplatz, dass die Rezeption ausländischer Rechts- und Wirtschaftsideen im Rahmen unterschiedlicher Gesellschaftssysteme zu anderen Resultaten führen kann. In Europa gab es die „regulated industries“ als feststehendes ökonomisches und juristisches Thema nicht. Es fehlten auf dem europäischen Kontinent sowohl die spezifische verfassungsrechtliche Situation der USA, die dort den Regulierungsansatz bewirkt hatte, als auch und vor allem der US-amerikanische Glaube in die Stärke des Marktes. 51

In Europa war die Entwicklung schon deswegen komplexer, weil hier neben den Staaten auch die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft Gestaltungsrechte besaß¹⁴⁷. Seit 1979 entwickelte letztere Schlüsselemente für die Deregulierung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft¹⁴⁸. Der Deregulierungsansatz drängte sich für die EWG vor allem im Hinblick auf den gemeinsamen Binnenmarkt auf. Zur Intensivierung der vier Grundfreiheiten des EWG-Vertrages gab der Europäische Rat 1982 der Kommission den Auftrag, Maßnahmen zur Stärkung des Binnenmarkts vorzuschlagen¹⁴⁹. Dies führte zur Einheitlichen Europäischen Akte von 1986, durch welche die Verwirklichung des Binnenmarktes beschlossen wurde. Von „Regulierung“ oder „Deregulierung“ wurde hierbei allerdings nicht gehandelt. Allerdings führte dies in allen Ländern zur Notwendigkeit, die Kontrollen und Normierungen im Wirtschaftsrecht zu reduzieren. Das beste Beispiel hierfür ist das deutsche Reinheitsgebot für Bier, das letztlich die Einfuhr von Bier aus anderen Ländern verhinderte¹⁵⁰. 52

Dies war die politische Situation in Europa, auf die die nordamerikanische 53

146 S. Klaus, De-, Regulierung (Fn. 5), 57f; zu Reagan s. Barry D. Friedman, Regulation in the Reagan-Bush era the eruption of presidential influence, Pittsburgh/ London, 1995; zu Thatcher s. Ogus, Regulation (Fn. 3), 11.

147 Zu britischen Deregulierungsplänen vor Thatcher s. Reinhard Ruge, Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State. Zur veränderten Rolle des Staates nach der Deregulierung der Stromwirtschaft in Deutschland, Großbritannien und der EU, (Schriften zum Öffentlichen Recht, 944), Berlin 2004, 90.

148 Ruge, Die Gewährleistungsverantwortung des Staates (Fn. 147), 91.

149 Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Vollendung des Binnenmarkts. Weißbuch der Europäischen Kommission an den Europäischen Rat, KOM (85) 310 endg. Vom 14.6.1985, 3.

150 Ogus, Regulierung (Fn. 3), 11f, 136, 193.

Regulierungslehre stieß. Ihre Übernahme in Deutschland ist unstrittig und gilt als offensichtlich¹⁵¹. Fraglich ist nur, wie dieser Rezeptionsprozess ablief. Zu denken ist in erster Hinsicht an jene qualifizierten europäischen Juristen und Ökonomen, die entweder nach einem Studium in der Heimat weitere Qualifikationen in den USA erwarben, etwa einen LL.M. bzw. MBA, oder sogar ihr ganzes Studium in den USA absolvierten. Der DAAD und andere Institutionen haben seit den 1950er Jahren viele Tausend besonders qualifizierter Wirtschafts- und Rechtswissenschaftler zu einem Studium in den USA verholfen¹⁵². Viele verbrachten dort eine namhafte Zeit, ohne einen Abschluss anzustreben. Dies gilt nicht nur für Deutschland, sondern die meisten europäischen Länder¹⁵³. Aber gerade in Bezug auf Deutschland gab es eine breite bilaterale Förderung der Mobilität von jungen Wissenschaftlern in die führende Wirtschaftsmacht, neben den deutschen Studien- und Parteistiftungen ist für die amerikanische Seite auf das Fulbright-Programm hinzuweisen¹⁵⁴.

In den USA hörten die Ökonomen oder Juristen unter den Auslandsstudenten Vorlesungen zur Regulierung¹⁵⁵. Aufgrund der großen Versprechungen, welche Ökonomen ab den 1970er leisteten, sahen sie sich im Besitz des neuen Wissens, um die Wirtschaft nicht nur effizienter, sondern auch gerechter zu gestalten. Ein besonders frühes Beispiel dieser Rezeption ist Horst Ehmke¹⁵⁶, der bereits 1961 das US-amerikanische Recht als „Prototyp moderner Wirtschaftsregulierung“ ansah¹⁵⁷. 1982 wies Carl Christian von Weizsäcker auf den Erfolg der Deregulierung im Flugverkehr hin, so dass es sich lohne, die Deregulierung in Europa zu übernehmen¹⁵⁸.

54

-
- 151 So Johannes Masing, Die US-amerikanische Tradition der Regulated Industries und die Herausbildung eines europäischen Regulierungsverwaltungsrechts. *Constructed Markets on Networks* vor verschiedenen Rechtstraditionen, AöR 128 (2003), 558-607, 602.
- 152 Manfred Heinemann, Fakten und Zahlen zum DAAD. Personen, Programme und Projekte – ein Rundblick, (Spuren in die Zukunft. Der Deutsche Akademische Austauschdienst 1925-2000, 2), Bonn 2000, 132-134 mit Zahlen der geförderten Studien in den USA von 1954 bis 1999.
- 153 S. z.B. die Beiträge in Michelle Miaille (Hg.), *La régulation entre droit et politique*, (Collection 'Logiques juridiques'), Montpellier 1992.
- 154 Vgl. Ulrich Littmann, *Gute Partner – Schwierige Partner. Anmerkungen zur akademischen Mobilität zwischen Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika (1923-1983)*, Bonn 1996, 77, 111.
- 155 Z.B. die in den USA übliche Vorlesung „Economic Regulation“, insoweit Weber, *Wirtschaftsregulierung* (Fn. 24), 38f.
- 156 Zu ihm s. Frieder Günther, *Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Devisen und Integration 1949-1970*. München 2004, 183ff, 245ff, zur Habilitationsschrift und dem USA-Aufenthalt 247f.
- 157 Horst Ehmke, *Wirtschaft und Verfassung. Die Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court zur Wirtschaftsregulierung*, Karlsruhe 1961, 676, die Regulierung der *public utilities* sei „im gewissen Sinne der Prototyp moderner Wirtschaftsregulierung in Amerika“.
- 158 Carl Christian von Weizsäcker, *Staatliche Regulierung. Positive und normative Theorie: Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik* 118 (1982), 325-343, 331.

Egal ob diese Juristen mehr von der Regulierungsidee beseelt waren, also den staatlichen Eingriff betonten, oder stattdessen der Deregulierungspolitik folgten und vor allem in Bereichen der Staatswirtschaft mehr Wirtschaft und Wettbewerb herbeiführen wollten, in jedem Fall handelten sie von und empfahlen Regulierung. Das liegt nicht daran, dass man nur deregulieren könnte, was vorher reguliert war. Insoweit ist der Begriff eher unangemessen¹⁵⁹. Vielmehr will auch die Deregulierung keineswegs die staatliche Kontrolle ganz abschaffen, sondern nur verringern. Insoweit ist die Deregulierung nicht wesensverschieden zur Regulierung, sondern eher ein seit den 1970er Jahren gebräuchliches, eher politisches Schlagwort¹⁶⁰, das in der Skala zwischen freiem Wettbewerb und Sozialismus eher dort anzusiedeln ist, wo weniger Markteingriff empfohlen wird¹⁶¹. Auch kommunistische Planwirtschaften kann man nach diesem Sprachgebrauch deregulieren, d.h. dezentralisieren, ohne dem Marxismus-Leninismus abzuschwören¹⁶². Man kann auch zwischen einem allgemeinen Sprachgebrauch differenzieren, der die Deregulierung als Streichung, Ausdünnung oder Verringerung von Rechtsnormen begreift, und dem wirtschaftspolitischen Sinn als Konzept zur Gewährleistung des Wettbewerbs auf den Märkten¹⁶³. Carl Christian von Weizsäcker sah alle Regeln, die branchenspezifische Beschränkungen des Marktes bewirkten, als Regulierungen an, die im Zuge der Deregulierung zu überprüfen seien¹⁶⁴.

Aus ökonomischer Sicht ließ sich der Regulierungsbegriff leicht übertragen. Letztlich bedeutete die Übernahme des (De-)Regulierungskonzepts nur die Vorstellung, mithilfe des *public choice*-Ansatzes die Wirtschaftsbedingungen in Deutschland und Europa verbessern zu können. Überall dort, wo Staatseingriffe stattfanden oder nötig waren, konnte man mit Hilfe des Regulierungskonzepts Überlegungen zur Optimierung der Wirtschaft und der Gemeinwohlinteressen ansetzen. Autoren, die der US-amerikanischen „Regulierung“ historisch korrekt die deutsche Gemeinwirtschaftslehre von Sax und Schäffle entgegenhielten, betonten die Vergleichbarkeit beider Ansätze in der Zielrichtung¹⁶⁵.

159 So im Ergebnis auch Ogus, Regulierung (Fn. 3), 10.

160 So Christian Berringer, Regulierung als Erscheinungsform der Wirtschaftsaufsicht, München 2004, 88, 93.

161 So Jürgen Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften. Typologie, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Wirtschaftsverfassungsrecht, (Energie- und Infrastrukturrecht 4), München 2004, 31.

162 Thomas Apolte/ Martin Kessler, Regulierung und Deregulierung als wirtschaftspolitische Aufgabe in alternativen Wirtschaftssystemen, in: dies. (Hg.), Regulierung und Deregulierung im Systemvergleich, Heidelberg 1990, 3-24, 7.

163 Jürgen Basedow, Deregulierungspolitik und Deregulierungspflichten – Vom Zwang zur Marktöffnung in der EG, Staatswissenschaften und Staatspraxis 2 (1991), 151-169, 151.

164 Weizsäcker, Staatliche Regulierung (Fn. 158), 331, 343.

165 Theo Thiemeyer, Deregulation in the Perspective of the German Gemeinwirtschaftslehre, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 139 (1983), 25-53.

Konkret lässt sich ein Rezeptionsvorgang in Deutschland in Form von Tagungen und Publikationen fassen. Am 14.6.1976 fand in Berlin eine Arbeitstagung zum Thema Regulierung und öffentliche Unternehmen statt¹⁶⁶. Ziel war es zu prüfen, wie Lehren der „Economics of Regulation“ auf Deutschland übertragbar seien¹⁶⁷. Das Thema erregte das Interesse des Wissenschaftszentrums Berlin, das die „staatliche Regulierung“ daraufhin in ihr Forschungsprogramm aufnahm. Auch zahlreiche Verbände nahmen zu diesen Plänen Stellung. Ziel war dabei konkret die Privatisierung staatlicher Unternehmen, der Aufbau einer Regulierungsverwaltung zur Kontrolle über die öffentlichen Unternehmen und die Steigerung der Effizienz in diesem Wirtschaftssektor¹⁶⁸. Die Zulassung von mehr Markt würde den Innovationsstau und die Qualität der Produkte verbessern, über die Preise sollte dann die neu zu schaffende Regulierungsbehörde wachen¹⁶⁹. Schon 1988 wurden erste Gesetzgebungsvorschläge vorgelegt¹⁷⁰.

57

Aus juristischer Sicht musste ein deutsches bzw. europäisches Regulierungsrecht allerdings ausgeschlossen erscheinen. Noch 1990 hielt Rainer Schmidt die Übernahme des Regulierungsbegriffs für ausgeschlossen, weil dieser auf das Verfassungsrecht der Vereinigten Staaten hin konzipiert sei und dort durch unabhängige Regulatory Commissions ausgeübt werde, die gleichfalls in Europa nicht vorhanden seien¹⁷¹. Es half jedoch hier, sich auf die Unklarheit des Regulierungsbegriffs zu berufen. Wenn man unter Regulierung nicht konkret die Gesetze im Bereich der amerikanischen „regulated industries“ verstand, sondern allgemeiner staatliche Wirtschaftseingriffe, wurde man auch in Deutschland und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft fündig. In diesem Sinne wurde dann Regulierungsrecht neu definiert als staatliche Reglementierung des Marktes, ohne diesen ganz aufzuheben, also als Wirtschaftsrecht zwischen Markt- und Planwirtschaft, vornehmlich ausgeübt durch staatliche Behörden¹⁷².

58

Die erste juristische Monographie wurde 1988 vom Schweizer Rolf H. Weber veröffentlicht¹⁷³. Darin wurden die ökonomischen Mittel untersucht im Hinblick auf

59

166 Müller/ Vogelsang, Staatliche Regulierung (Fn. 23), 381.

167 Müller/ Vogelsang, Staatliche Regulierung (Fn. 23), 7, 19, dies gilt auch für diese Publikation.

168 Müller/ Vogelsang, Staatliche Regulierung (Fn. 23), 312, 332.

169 Müller/ Vogelsang, Staatliche Regulierung (Fn. 23), 339, 96f.

170 Manfred Horn/ Günter Knieps/ Jürgen Müller, Deregulierungsmaßnahmen in den USA: Schlussfolgerungen für die Bundesrepublik Deutschland, (Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, 94), Baden-Baden 1988. Es handelt sich um ein Gutachten des Deutschen Instituts für Wirtschaftsforschung, Berlin, das 1984 vom Bundesministerium für Wirtschaft in Auftrag gegeben worden war. S.1 verweist auf die Erfolge der US-amerikanischen Deregulierungspolitik, die das Thema in Deutschland populär gemacht habe.

171 Rainer Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht. Allgemeiner Teil, Berlin u.a. 1990, § 2 I.2 c. bb, 48.

172 So Ogus, Regulierung (Fn. 3), 1f.

173 Weber, Wirtschaftsregulierung (Fn. 24).

mögliche Übernahmen durch den Gesetzgeber. Der Druck zu neuer Gesetzgebung ging aber vor allem von der sich entwickelnden Technik aus, vor allem im Telekommunikationssektor. Die Erfindung der Kommunikation über Satellit oder Funk und damit unabhängig vom bestehenden Netz machte neue Regelungen nötig¹⁷⁴. In diesem Bereich fiel daher das natürliche Monopol des Staates weg¹⁷⁵. Die Deregulierung, also die Einführung von Wettbewerb in diesem bisher vom staatlichen Monopolisten bestimmten Wirtschaftssektor, sollte die Wirtschaftlichkeit betonen, so dass die Preise sinken und ein vielfältigeres Angebot entstehen würde. Aus diesen Gründen übernahm der Sektor der Telekommunikation eine Pionierrolle bei der Deregulierung.

Die „Postreform I“ von 1989 gab das Fernmeldemonopol auf und hielt nur am Netzmonopol fest. Es beschränkte das Funkanlagenmonopol und das Telefondienstmonopol und erlaubte damit privatwirtschaftlichen Wettbewerb. Mit der „Postreform II“ von 1994 wurde das Grundgesetz dahingehend geändert, dass dem Bund die Gewährleistung einer flächendeckenden Versorgung übertragen wurde („Gewährleistungsverantwortung“), im übrigen aber freier Wettbewerb eingeführt werden konnte. Dem Staat kam also keine „Erfüllungsverantwortung“ mehr zu. Das Netz- und Sprachtelefondienstmonopol fiel dann am 1.8.1996 bzw. am 1.1.1998 fort. Mit der „Postreform III“ wurde das Telekommunikationsgesetz vom 25.7.1996 (TKG 1996) erlassen¹⁷⁶. Damit wurde zum ersten Mal auch eine Legaldefinition der Regulierung vorgenommen, die allerdings nur bis zur Reform 2004 gültig blieb.

60

In § 3 Nr.13 TKG (1996) wurde Regulierung definiert als

„alle Maßnahmen, die zur Erreichung der in § 2 Abs.2 TKG genannten Zielen ergriffen werden und durch die das Verhalten von Telekommunikationsunternehmen beim Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen, von Endeinrichtungen oder von Funkanlagen geregelt werden, sowie die Maßnahmen, die zur Sicherstellung einer effizienten und störungsfreien Nutzung von Frequenzen ergriffen werden.“

61

Diese Norm ist der letzte Beweis für die Rezeption des Regulierungsmodells in der deutschen Rechtsordnung. Eine besondere Klärung ist durch die Definition jedoch nicht erreicht. Das Gesetz verzichtet nicht nur darauf, im Spannungsfeld zwischen den Interessen der regulierten Branche, des Staates und der Verbraucher die Lösung zu bestimmen. Vielmehr gestattet es in diesem Gebiet „alle Maßnahmen“, die zur Erreichung der Ziele geeignet sind. Das kann der traditionelle Verwaltungsakt einer Behörde sein, aber auch

62

174 Nötig wegen rasanter Entwicklung der Technologie nach Bernd Holzner/ Christoph Enaux/ Christian Nienhaus, Telekommunikationsrecht, 2. Aufl. München 2006, 12 n.22.

175 Vgl. Berringer, Regulierung (Fn. 160), 55ff.

176 Zur Entwicklung s. Holzner/ Enaux/ Nienhaus, Telekommunikationsrecht (Fn. 174), 18f.

Verträge sowie jede weitere nur denkbare Möglichkeit. Diese Unbestimmtheit, nicht nur die Verbindung von administrativen, quasi-legislativen und quasi-richterlichen Funktionen hat daher Kritik hervorgerufen¹⁷⁷.

Im Postverkehr erhielt die Deutsche Post AG durch die „Postreform II“ das Beförderungsmonopol nur für eine Übergangszeit bis 1997. Der freie Wettbewerb in diesem Wirtschaftsbereich wurde daher zum 1.1.1998 durch die „Postreform III“ eingeführt¹⁷⁸. Es folgten u.a. die Deregulierung des Luftverkehrs, des Strom- und Gasmarktes, von Eisenbahnen, geplant war auch die Deregulierung der Wasserversorgung¹⁷⁹.

Ganz anders sieht die Situation auf der europäischen Ebene aus¹⁸⁰. Hier gab es zwar – wie in den USA – die im Handelsrecht zur Gesetzgebung befugten Mitgliedsstaaten. Der Kommissionsbericht von 1985 sah nicht nur den Abbau von Zöllen als Voraussetzung des Binnenmarktes an, sondern ebenso die Beschränkungen der „technischen Schranken“. Damit sollte erreicht werden, dass alle in einem Mitgliedsland rechtmäßig in Verkehr gebrachten Güter ungehindert in der gesamten EWG gehandelt werden durften. Alle nationalen Vorschriften und Kontrollen dieser Güter sollten daher wegfallen¹⁸¹. Insoweit war die Situation der bundesstaatlichen Perspektive in Washington DC nicht gleich, aber doch vergleichbar. Doch konnte die EWG nicht ohne weiteres Oberbehörden einführen. Man findet daher immer wieder ab 1976 den Begriff der Regulierung¹⁸², jedoch nur selten in den Richtlinien des 20. Jahrhunderts¹⁸³. Sicherlich wurden wirtschaftslenkende Maßnahmen beschlossen. Der Sache nach kann man die Richtlinien teilweise auch mit

177 V.a. Martin Bullinger, *Regulierung als modernes Instrument zur Ordnung liberalisierter Wirtschaftszweige* (Fn. 6), 1358f.

178 Berthold Busch, *Deregulierung der Postmärkte in Deutschland und Europa*, (Institut der Deutschen Wirtschaft Köln, 263), Köln 2001, 19, 20, 21; Berringer, *Regulierung* (Fn. 160), 70.

179 Ruge, *Die Gewährleistungsverantwortung des Staates* (Fn. 147), 92; Berringer, *Regulierung* (Fn. 160), 55ff.

180 Die Entwicklung der Regulierung auf der europäischen Ebene beschreibt – allerdings nicht auf der Grundlage eines präzisen Regulierungsbegriffs – Wolfgang Kerber, *Regulierung in föderalen Mehr-Ebenen-Systemen*, in: K. Heine/ W. Kerber, *Zentralität und Dezentralität von Regulierung in Europa*, (Schriften zu Ordnungsfragen der Wirtschaft, 83), Stuttgart 2007, 1-29.

181 Kommission der Europäischen Gemeinschaften, *Vollendung des Binnenmarktes*, KOM (85)310 endgültig vom 14.6.1985, sub. n. 58.

182 Vgl. „Regulierung der Binnenschifffahrt“ in 76/257/EWG: Stellungnahme der Kommission vom 17. Februar 1976, Amtsblatt Nr. L 052 vom 27/02/1976 S. 0031 – 0033, [<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31976A0257:DE:HTML>, zuletzt am 02.01.2009].

183 Sonderbericht Nr. 4/93 über die Durchführung der Quotenregelung zur Regulierung der Milcherzeugung zusammen mit der Antwort der Kommission, Amtsblatt Nr. C 012 vom 15/01/1994 S. 0001 – 0064; 76/257/EWG: Stellungnahme der Kommission vom 17. Februar 1976, Amtsblatt Nr. L 052 vom 27/02/1976 S. 0031 - 0033. Anders aber von Danwitz, *Was ist eigentlich Regulierung?* (Fn. 6), 978f., der keine Übernahme des Regulierungsansatzes weder begrifflich noch inhaltlich sieht.

Hilfe des Regulierungsansatzes erklären, so finden sich auch ex-ante Kontrollen marktbeherrschender Unternehmen¹⁸⁴. Der hier allein zu untersuchende Begriff fällt jedoch nur selten in den Richtlinien und eher an untergeordneter Stelle¹⁸⁵, nicht immer wird er im spezifischen Sinn genutzt¹⁸⁶. Die von Brüssel ausgehende Liberalisierung von Wirtschaftsbereichen hat damit Raum für die Anwendung der Regulationsregeln geschaffen, diesen selbst aber kaum vorgeschrieben.

Das Ergebnis ist paradox: Vor allem im Zeichen der Deregulierung wurde die Regulierung in Deutschland erst eingeführt. Die Maßnahmen, die der Liberalisierung dienen sollten, führten den staatlichen Eingriff in Form der Regulierung erst ein.

65

VI. Schluss

Die Normierung des Regulierungsbegriffs nur im Telekommunikationsbereich hat die Diskussion in Deutschland um Klärung des Begriffs der Regulierung nicht beenden können. Im Hinblick auf die wichtigsten Anwendungsfälle sieht v. Danwitz den Begriff nur einschlägig in den Sektoren der Daseinsvorsorge¹⁸⁷, andere nur in den liberalisierten Infrastruktursektoren¹⁸⁸. Diese Einschränkung wird nicht gemacht, wenn man in der Regulierung einen inhaltlich bestimmten Ansatz der Wirtschaftskontrolle sieht. Einige bestimmen den Begriff daher im Gegensatz zu den allgemeinen wirtschaftslenkenden Maßnahmen als Regelungen nur für einzelne Branchen¹⁸⁹. Andere betonen in der Regulierung die Zielrichtung, den fehlenden Markt zu ersetzen¹⁹⁰. Eine ganz weite Definition sieht in der Regulierung jede Einschränkung der Vertragsfreiheit durch staatliche Eingriffe¹⁹¹. Im Hinblick darauf wird ein weites Regulierungsverständnis, das

66

184 So von Danwitz, Was ist eigentlich Regulierung? (Fn. 6), 980.

185 Z.B. Legislative Entschließung mit der Stellungnahme des Europäerischen Parlaments zu dem Vorschlag der Kommission der Europäerischen Gemeinschaften an den Rat für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie Nr. 72/156/EWG zur Regulierung der internationalen Finanzströme und zur Neutralisierung ihrer unerwünschten Wirkungen auf die binnenwirtschaftliche Liquidität, *ABl. C 187 vom 18.7.1988*, S. 221; Entschließung zur finanziellen Stabilität und zur Regulierung der EG-Märkte, *Amtsblatt Nr. C 044 vom 14/02/1994* S. 38. Anders aber ab 1998, dann wird der Begriff häufiger genutzt, z.B. Weißbuch der Kommission zur europäischen „Governance“, KOM (2002) 428 endg., 13, 25.

186 Etwa die Entschließung zur Regulierung von Verkehrsunfällen, die außerhalb des Herkunftslandes des Geschädigten erlitten werden, *Amtsblatt Nr. C 308 vom 20/11/1995* S. 0108.

187 von Danwitz, Was ist eigentlich Regulierung? (Fn. 6), 984.

188 So Klaus Wallnöfer, *Regulierungsrecht – quare venis, quo vadis?*, ders./ A. Kahl u.a. (Hg.), *Recht, Politik, Wirtschaft, dynamische Perspektiven: Festschrift für Norbert Wimmer*, Wien/ New York 2008, 629-655, 653.

189 So Apolte/ Kesser in dies. (Hg.), *Regulierung und Deregulierung im Systemvergleich*, 4f.

190 Aschinger, *Regulierung und Deregulierung* (Fn. 143), 545.

191 Müller/ Vogelsang, *Staatliche Regulierung* (Fn. 23), 19.

jede staatliche, nicht rein fiskalische Regelung der Wirtschaft erfasst, von einer Regulierung im engeren Sinn geschieden, die nur staatliche Interventionen in die Prozesse des Markts bezeichnet¹⁹². Besonders exakt hingegen wäre es, unter Regulierung nur die Regelungen zu fassen, die Marktzutrittsbeschränkungen, staatliches Preisrecht, Ausübungsregeln und in Ansätzen Kartellrecht enthalten und durch eine staatliche Behörde überwacht werden¹⁹³. In diesem Sinn eignet sich Begriff für alle Wirtschaftsbereiche und knüpft an die tatsächliche juristische Ausgestaltung an. So präsentiert sich eine Skala von Regulierungsbegriffen, die einerseits mehr das sektorspezifische Anwendungsgebiet, andererseits mehr die inhaltliche Ausprägung betonen.

Doch über den Streit um die Definition hinaus werden mittlerweile mit der Regulierung ganz andere Konzepte einer staatlichen Tätigkeit verbunden. Der Staat ist nach einigen jüngeren Publikationen nicht mehr nur tätig im Rahmen der klassischen Eingriffs- und Leistungsverwaltung. An deren Seite tritt damit die „Gewährleistungsaufsicht“¹⁹⁴. Der Staat muss danach nicht mehr selbst leisten, sondern hat die Leistung nur noch zu gewährleisten. Ihm kommt damit eine „Gewährleistungsverantwortung“ zu¹⁹⁵. Der Staat beschränkt sich also beispielsweise darauf, den Ausbau und die Nutzung der Netze sowie die Geschäftspraktiken der Wettbewerber zu kontrollieren, um das Funktionieren des Marktes zu gewährleisten. Anstelle eines staatlichen Unternehmens wird eine Behörde geschaffen, die über den Markt wacht.

67

Das führt nicht dazu, den Staat ganz aus der Verantwortung für diese Bereiche zu entlassen. Vielmehr spricht man von einem System gestufter Verantwortlichkeiten¹⁹⁶. Über dem mündigen Kunden, der die Tarife und Kosten abwägt, und den Wettbewerbern, die ihre Tarife nach dem Markt ausrichten sollten, sollte der Staat weiterhin auf die Funktionsfähigkeit des Marktes achten, insbesondere in den Bereichen, in denen die früheren Monopolisten die Newcomer marginalisieren können. Damit wurde die Verwaltungsaufgabe des Staates gerettet, die öffentlichen Belange und Aspekte der Grundrechte zu verwirklichen. Dem Konzept der Regulierung wird damit die Kraft zugemessen, die Aufgaben des Staates neu zu bestimmen.

68

192 Vgl. Berringer, Regulierung (Fn. 160), 86, ähnlich Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften (Fn. 161), 13.

193 Jürgen Basedow, Deregulierungspolitik und Deregulierungspflichten (Fn. 163), 151-169, 153.

194 Andreas Voßkuhle, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), 266, 321.

195 Matthias Schmidt-Preuß, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), 160-234, 172 zur „Gewährleistungsverantwortung“, 175 zur „Gewährleistungsfunktion“.

196 Berringer, Regulierung (Fn. 160), 66ff.

Wenn Regulierung schlicht nur der staatliche Eingriff in private Wirtschaftstätigkeit ist¹⁹⁷, drängt sich die Frage auf, inwieweit die Jahrhunderte alte Trennung zwischen öffentlichem und bürgerlichem Recht¹⁹⁸ heute überholt ist. Ohne Frage ist auch das Bürgerliche Gesetzbuch ein staatlicher Eingriff in private Wirtschaftstätigkeit. Das Verständnis der Gewährleistungsverantwortung könnte dazu führen, alles Recht als öffentlich anzusehen und nur danach zu differenzieren, in welchem Maß individuelle Entscheidungen geduldet werden. Erst vor dem Hintergrund dieses Entwicklungspotentials wird eigentlich deutlich, warum die Regulierung bereits jetzt ein Thema für die Rechtsgeschichte darstellt.

69

Bemerkenswert scheint das Aufkommen der Wirtschaftswissenschaft als staatlicher Leitwissenschaft. Gerade der *public choice* Ansatz, aber nicht nur dieser, versprochen der Politik, eine sicherere Grundlage für die Gesetzgebung in Wirtschaftsfragen zu bieten und so für einen „dauerhaft engpassfreien Markt“ zu sorgen¹⁹⁹. Von einer dadurch gesicherten Entscheidungsgrundlage kann man allerdings seit der Wirtschaftskrise im Jahr 2008 kaum mehr ausgehen. Im Blick zurück wirkt die Zukunftsgewissheit der 1960er Jahre und danach erstaunlich. Prämissen und Präsumtionen der Wirtschaftswissenschaften schufen der Wirtschaftsentwicklung im Ergebnis kaum mehr Sicherheit als in der Zeit davor. Dies ist wenig erstaunlich, denn Modelle operieren mit Erfahrungen und können – ebenso wenig wie die Rechtsgeschichte am Ende des Historismus – kaum gültige Erkenntnisse der Zukunft vermitteln. Auch aus diesem Grund sollte die Regulierungswissenschaft stärker darauf achten, welche historische Situation der jeweiligen Regulierungsentscheidung zugrunde lag und welche gesellschaftlichen Faktoren in diesem Fall zu Erfolg oder Misserfolg führten²⁰⁰. Ohne die historische Perspektive wird die Individualität der Gesellschaft als Grundlage jeder Regulierungspolitik übersehen. Im Ergebnis werden auch die Wirtschaftswissenschaften erst dann genauere Aussagen treffen können, wenn ihre Theorien den jeweiligen, historisch korrekt eingeschätzten gesellschaftlichen Besonderheiten angepasst sein werden.

70

Die Rezeption der Regulierungsidee in Deutschland muss allerdings erst erforscht werden. Sie ist in Deutschland und in der EWG ebenso wenig erforscht wie der Einfluss der USA vor allem durch die deutschen Auslandsstudenten. Zudem wurde hier nur nach dem Rezeptionsbegriff gesucht. Die Rezeptionsvorgänge werden jedoch erst eigentlich deutlich,

71

197 So Arnold Picot, Theorien der Regulierung und ihre Bedeutung für den Regulierungsprozess, in: ders. (Hg.), 10 Jahre Wettbewerbsorientierte Regulierung von Netzindustrien in Deutschland. Bestandaufnahme und Perspektiven der Regulierung, München 2008, 9-35, 9.

198 Dazu Verf., Auf der Suche nach der verlorenen Ordnung (Fn. 49), 299f.

199 So Hans-Jürgen Haubrich/Wolfgang Fritz/ Christoph Maurer, Herausforderungen an die Regulierung der Stromübertragungs- und -verteilungsnetze, in: Picot (Hg.), 10 Jahre Wettbewerbsorientierte Regulierung von Netzindustrien in Deutschland (Fn. 197), 281-301.

200 In diesem Sinne auch Martin Lodge, The Wrong Type of Regulation? Regulatory Failure and the Railways in Britain and Germany, *Journal of Public Policy* 22 (2002), 271-297, 291.

wenn die dahinter stehenden Konzepte miteinander verglichen werden. Erst dann wird sich zeigen, ob der Sache nach die Einflüsse nicht anders zu beurteilen sind. Vielleicht findet man auch jenseits der Begrifflichkeit einen stärkeren Einfluss der europäischen Wirtschaftskontrolle, die gerade in Deutschland dem freien Markt weniger Gewicht zumaß als dies in den USA durch den Regulierungsansatz der Fall ist.

Dennoch ist festzuhalten, dass der Begriff der „Regulierung“ nicht beliebig verwendet werden sollte. Es handelt sich um ein historisches Phänomen, unter dessen Beachtung auch der Begriff und die damit verbundenen Ideen klarer werden. Damit wird ein charakteristischer Eingriff des Staates in die Wirtschaft verbunden. Staatliche Behörden greifen dabei in das Wirtschaftsgeschehen ein, um den fehlenden Markt zu ersetzen. Nicht jede staatliche Intervention in die Wirtschaft sollte daher als Regulierung bezeichnet werden, denn dadurch geht das begriffliche Spezifikum verloren. Rezeptionsprozesse könnten ferner nicht mehr beschrieben werden.

72

Das Plädoyer für die Präzision der Formulierung und der Beachtung der historisch korrekten Bezeichnung kann man auch mit einem Vergleich plausibel machen. Wenn ein kranker Mensch zwei Tabletten für eine Krankheit angeboten bekommt, wird er sie wegen der unterschiedlichen Wirkungsweisen und eventuell auch Nebenwirkungen nicht verwechseln wollen. Er wird sie auch anhand des Namens auseinander halten wollen. Was hier für den medizinischen Laien gilt, trifft a fortiori für den behandelnden Arzt und die Forscher zu, die diese Medikamente untersuchen. Warum sollte man dann als Jurist bzw. Ökonom Regulierung nicht präzise im historisch korrekten Sinn verstehen, um davon ausgehend die unterschiedlichen Formen, in denen der Staat in die Wirtschaft eingreifen kann, voneinander trennen zu können?

73