

Rechtspolitisches Forum

Legal Policy Forum

14

Jürgen Basedow

Regulierung und Wettbewerb in
Marktwirtschaftlichen Ordnungen

Das Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier hat die wissenschaftliche Forschung und Beratung auf Gebieten der Rechtspolitik sowie die systematische Erfassung wesentlicher rechtspolitischer Themen im In- und Ausland zur Aufgabe. Es wurde im Januar 2000 gegründet.

Das *Rechtspolitische Forum* veröffentlicht Ansätze und Ergebnisse national wie international orientierter rechtspolitischer Forschung und mag als Quelle für weitere Anregungen und Entwicklungen auf diesem Gebiet dienen. Die in den Beiträgen enthaltenen Darstellungen und Ansichten sind solche des Verfassers und entsprechen nicht notwendig Ansichten des Instituts für Rechtspolitik.

Der Beitrag von Professor Basedow beschäftigt sich mit dem Wesen und den wirtschaftlichen sowie rechtlichen Grenzen wirtschaftlicher Regulierung. Zu diesem Zweck werden zunächst der Begriff der Regulierung erläutert und politische Erklärungen zu dieser Thematik erörtert. Danach folgt eine Untersuchung der Frage, wie wirtschaftliche Regulierungen gerechtfertigt werden können und wie sich eine entsprechende Politik zu gegenläufigen Prinzipien des höherrangigen Rechts verhält. Daran schließt sich eine Bestandsaufnahme des zur Zeit praktizierten Nebeneinander von Deregulierung und Regulierung sowie eine Auswertung aller dargestellten Befunde an.

Prof. Dr. Dr. h.c., L.L.M. (Harvard) Jürgen Basedow, Jahrgang 1949, ist Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg und Mitglied der Monopolkommission. Im Jahr 1979 wurde er promoviert; 1986 erfolgte die Habilitation. Neben ordentlichen Professuren an der Universität Augsburg und der Freien Universität Berlin hatte Prof. Basedow u.a. Gastprofessuren an Universitäten in Italien, Frankreich und den USA inne. Ferner ist er Mitglied in zahlreichen Gremien, u.a. in der Versicherungsrechtskommission des Bundesministeriums der Justiz, dem Deutschen Rat für internationales Privatrecht, der International Academy of Commercial and Consumer Law und der Groupe européen de droit international privé.

Der Beitrag ist der um Literaturhinweise ergänzte Abdruck des Vortrages, den der Verfasser am FGA ~~an~~ 2003 gehalten hat.

REGULIERUNG UND WETTBEWERB IN MARKTWIRTSCHAFTLICHEN ORDNUNGEN

*Prof. Dr. Jürgen Basedow
Universität Hamburg*

Postmonopol und Ladenschluss, Meisterbrief im Handwerk und Kündigungsschutz im Arbeitsleben, Apothekenpflicht für Medikamente und Schlussverkaufsrabatte – dies sind einige Stichworte aus ganz verschiedenen Wirtschaftsbereichen, die eines gemeinsam haben: Sie weisen auf Problemzonen staatlicher Wirtschaftsregulierung hin, auf hoheitliche Eingriffe in das Marktgeschehen, die in der jüngsten Vergangenheit Kandidaten der Deregulierung geworden sind. Die dadurch bedingte politische Emotionalisierung wird jedem deutlich, der einen Blick in die Tagespresse wirft. Es ist nicht meine Absicht, zu diesen Diskussionen im Einzelnen beizutragen. Dieser Vortrag soll vielmehr den kategoriellen und systematischen Rahmen aufzeigen, in dem sie geführt werden. Dies kann zu einer Versachlichung der Debatten beitragen. Jedenfalls ist dieser Vortrag getragen von dem Bemühen um eine Verwissenschaftlichung der Rechtspolitik. Die Rechtspolitik hat in der deutschen Rechtswissenschaft neben der Rechtsdogmatik traditionell einen minderen Status gehabt. Dem gemäß beschränken sich viele Rechtswissenschaftler auf die Auslegung und Neukonstruktion geltenden Rechts und überlassen die rechtspolitischen Debatten anderen, von denen nicht gesichert ist, dass sie mehr von der Sache verstehen. Dennoch halten immer noch viele akademische Juristen rechtspolitische Auseinandersetzungen im Grunde für unwissenschaftlich, weil sie angeblich beliebig und ohne gedanklichen Rahmen geführt werden. Mit der Wirklichkeit rechtspolitischer Debatten, in denen juristische Überlegungen neben anderen Argumenten eine große Rolle spielen, hat dies nur wenig zu tun. Dies lässt sich gerade am Beispiel der Deregulierung gut exemplifizieren. Rechtswissenschaftliche Abstinenz führt auf diesem Gebiet nicht nur zu Schwächen in der handwerklichen Qualität der Wirtschaftsregulierung, sondern auch zu einer Schwächung der Wettbewerbspolitik insgesamt. Um so wichtiger ist das Signal, das die Universität Trier durch die Gründung eines Instituts für Rechtspolitik gegeben hat.

Seit den achtziger Jahren hat in Europa eine breite Deregulierungsbewegung stattgefunden. Ausgehend von den USA hat sie zunächst in Großbritannien Fuß gefasst, um von dort in den neunziger Jahren über die Niederlande und zum Teil auch über Schweden nach Deutschland und in andere kontinentale Staaten vorzustoßen. Seither wird eine breitere theoretische Diskussion über das Konzept der wirtschaftlichen Regulierung geführt (unten 1.), ferner auch über die politischen Gründe für das Zustandekommen und den Erhalt von Regulierungen (unten 2.) sowie über die Rechtfertigung von Regulierungen in wettbewerblich verfassten Wirtschaftssystemen (unten 3.). Die nationalökonomischen und politikwissenschaftlichen Debatten blenden im Allgemeinen die

besondere Bedeutung aus, die höherrangigem Recht, insbesondere dem Europarecht, dem Verfassungsrecht und dem Wirtschaftsvölkerrecht der Welt handelsorganisation bei der Durchsetzung der Deregulierung zukommen (unten 4.). Das Ergebnis der Deregulierungsprozesse besteht entgegen landläufiger Meinung im Allgemeinen nicht in einer umfassenden Liberalisierung und der schlichten Abschaffung von Rechtsnormen, sondern in einer neuartigen Mischung von Wirtschaftsfreiheit, Wettbewerb und regulativen Eingriffen (unten 5.).

1. *Der Begriff der Regulierung*

Der Begriff der Regulierung ist kein terminus technicus der Rechtsquellenlehre und überhaupt kein gängiges juristisches Konzept. Zwar deckt sich das englische Pendant – "regulation" – mit der englischen Benennung von EG-Verordnungen und ebenso mit der in Großbritannien gebräuchlichen Bezeichnung von untergesetzlichen Rechtsvorschriften, die von der Regierung erlassen werden, doch ist diese Übereinstimmung zufällig. Der Ausdruck „economic regulation“ ist nicht auf Bestimmungen dieser Art beschränkt. Es handelt sich vielmehr bei den Regulierungen um Vorschriften aller Art, die zum Teil als Gesetze durch das Parlament, z. T. durch die Exekutive und z. T. als Richterrecht durch die Judikative geschaffen werden. Man kann sie auch nicht einmal einem bestimmten Rechtsgebiet zuordnen. Zwar gehören sie in der Mehrheit dem öffentlichen Recht an, manche aber auch dem Zivilrecht, so etwa das arbeitsrechtliche Kündigungsschutzgesetz.

Dem Verständnis der Wirtschaftsregulierung nähert man sich am besten, wenn man zunächst die Rechtsordnung insgesamt in den Blick nimmt. Man kann die Gesamtheit der Rechtsnormen aufteilen in eine Gruppe von Regelungen, die für jedes Zusammenleben konstitutiven Charakter haben und allgemeingültig sind, und eine weitere Gruppe von interventionistischen Vorschriften für spezielle Sektoren. Das friedliche Zusammenleben in jedem Gemeinwesen setzt die Beachtung von Regelungen zum Schutz von Leben, Freiheit, Eigentum und zur Durchsetzung von Verträgen voraus. Sie definieren die handelnden Subjekte und die Objekte der Transaktionen; sie fußen auf der Handlungsfreiheit der Individuen und umschreiben deren Formen. Die Forderung nach Deregulierung kann sich von vorn herein nicht auf sie beziehen. Ihnen stehen solche Vorschriften gegenüber, welche die Freiheit des marktbezogenen wirtschaftlichen Handelns in bezug auf einzelne Märkte und Gruppen einengen. Zum Beispiel beschränken sie den Marktzugang oder den Marktaustritt und engen die Vertragsfreiheit bezüglich der kontrahierten Leistungen und Preise ein. Dies sind die Wirtschaftsregulierungen, von denen hier die Rede ist.¹ Aus der voranstehenden Umschreibung des Begriffs der Regulierung ergibt sich, dass Deregulierung nicht gleich gesetzt werden darf mit der Verringerung des Normbestandes. Unter Deregulierung sind vielmehr solche

¹ Deregulierungskommission, Marktöffnung und Wettbewerb, Stuttgart: Poeschel 1991, Tz. 2.

Rechtsveränderungen zu verstehen, die zu einer Erweiterung der wirtschaftlichen Freiheitsräume führen. Dies kann im Einzelfall auch mit einer Vermehrung der Rechtsvorschriften Hand in Hand gehen.

In einer marktwirtschaftlichen Ordnung, die qua Verfassung auf dem Prinzip der Handlungsfreiheit fußt, bedarf wirtschaftliche Regulierung in diesem Sinne der Rechtfertigung. Die erforderlichen normativen Überlegungen sind eine Seite des Phänomens, auf die unten in Abschnitt 3 näher einzugehen ist. Die andere Seite des Phänomens der Regulierung sind die tatsächlichen Wirkkräfte, die zum Zustandekommen von Regulierungen führen, dazu sogleich.

2. Politische Erklärungen: Die Eigeninteressen der Akteure

In der Nationalökonomie und der Politikwissenschaft werden zwei Spielarten der Regulierungstheorie unterschieden: die positive und die normative Regulierungstheorie.² Die positive Regulierungstheorie geht der Frage nach, warum es in der politischen Wirklichkeit zu Regulierungen kommt; die normative Regulierungstheorie fragt dagegen, warum es zu Regulierungen kommen *sollte*. Hier ist zunächst auf die positive Regulierungstheorie einzugehen.

Die positive Regulierungstheorie setzt bei den Interessen aller beteiligten Akteure an, also derjenigen, die Einfluss auf den politischen Willensbildungsprozess nehmen.³ Auf den ersten Blick besteht insofern eine gewisse Verwandtschaft mit der Interessenjurisprudenz. Wie diese fragt auch die positive Regulierungstheorie nach Interessenkonvergenzen verschiedener Akteure, dies freilich zur Erklärung bestehender Regulierungen und nicht im Hinblick auf ihre Auslegung und normative Fortbildung. Ein wesentlicher Unterschied beider liegt auch darin, dass die positive Regulierungstheorie auf die Interessen der tatsächlich handelnden Individuen schaut, und nicht nur auf die Interessen derjenigen, die durch ihr Handeln berechtigt oder verpflichtet werden; ein wichtiger Beitrag der ökonomischen Analyse des Rechts besteht gerade darin, dass diese Eigeninteressen im Rahmen des sog. "principal-agent-problems" thematisiert wurden. Mit dem Blick auf solche Eigeninteressen gewinnt das Handeln von Vertretern, Beamten und Politikern einen neuen Stellenwert. Für das Verständnis von Wirtschaftsregulierungen spielen die Interessen von vier Interessengruppen eine besondere Rolle: die Interessen der Regulierungsadressaten, der Politiker, der Bürokraten und der Verbandsvertreter.

Das Verwaltungsrecht erörtert die Rolle von *Regulierungsadressaten* vor allem unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzes. Der für das verwaltungsgerichtliche Verfahren charakteristische Interessenantagonismus zwischen dem

2 Für diese Zweiteilung der Theorie der Regulierung, siehe Jürgen Müller/Ingo Vogelsang, Staatliche Regulierung, Baden-Baden: Nomos 1979, S. 101 ff.; Michael Fritsch/Thomas Wein/Hans-Jürgen Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 2. Auflage, München: Vahlen 1996, S. 296 ff.; Rolf Weber, Wirtschaftsregulierung in wettbewerbspolitischen Ausnahmebereichen, Baden-Baden: Nomos 1986, S. 90 ff.

3 Die folgende Einschätzung bezieht sich auf die Deregulierungskommission, oben Fn. 1, Tz. 21.

regulierten Unternehmen und der Regulierungsbehörde erweckt dabei leicht den Eindruck, als wende sich die regulierte Wirtschaft gegen die Regulierungen. Man darf aber aus der Abwehr staatlicher Eingriffe im Einzelfall nicht auf eine generelle regulierungsfeindliche Einstellung der regulierten Wirtschaft schließen. Wie die Entstehungsgeschichte vieler Regulierungsgesetze zeigt, ist das Gegenteil richtig. Die Regulierung durch staatliches Recht liegt durchaus im Interesse der Branche. Sie ist aus der Sicht der Unternehmen des betreffenden Sektors ein Substitut der Kartellierung. Dabei übertrifft sie die Kartellierung sogar an Effektivität. Der latenten Zerbrechlichkeit jedes Kartells sollen im Allgemeinen Sanktionen für Abweichler entgegen wirken, für deren Durchsetzung der Zwangsapparat der staatlichen Justiz erforderlich ist. Grenzen, die das Kartellrecht oder das Zivilprozessrecht ziehen, beschränken die Wirksamkeit eines Kartells. Die unmittelbare staatliche Verankerung des Kartells in einer Wirtschaftsregulierung und die Durchsetzung mit den Mitteln der Exekutive sind im Zweifel wirksamer. Interessengruppen ziehen daher häufig die Regulierung dem Kartell vor.

Die Entscheidung über die Einführung von Regulierungen fällt in Parlamenten und Regierungen. Die dort handelnden Akteure, die *Politiker*, sind nicht nur Agenten des Gemeinwohls, sie verfolgen auch eigene Interessen: vor allem wollen sie wieder gewählt werden – die amerikanische Politikwissenschaft spricht in Anlehnung an die Stellung des Unternehmers als "profit maximizer" vom "vote maximizer". Außerdem möchten Politiker in Ministerien, Fraktionen, Ausschüssen etc. einflussreiche Posten bekleiden. Um den erforderlichen Zuspruch im öffentlichen Raum zu erhalten, brauchen sie die organisierten Interessengruppen als Intermediäre. Der Einklang ihrer Politik mit den Regulierungsinteressen der Interessengruppen hilft ihnen, sich selbst als kompetent und tatkräftig zu präsentieren. Zwar gibt es bei jeder Regulierung auch Verlierer, deren Widerspruch den regulierungsfreundlichen Politikern schaden müsste. Das politische Geschick besteht aber darin, Regulierungen so zu konzipieren, dass sie nur solchen Interessen schaden, die nicht oder nur in geringem Grade organisiert sind. Die Träger solcher diffuser Interessen werden ihre Benachteiligung durch die Regulierung oft nicht einmal wahrnehmen. Auch *Bürokraten* haben ungeachtet ihrer dienstrechtlichen Verpflichtung auf das öffentliche Wohl durchaus eigene Interessen. Die an der Ausarbeitung von Regulierungsgesetzen beteiligten Ministerialbeamten werden ebenso wie die leitenden Vollzugsbeamten der Regulierungsbehörden in ihren Positionen aufgewertet, je zahlreicher und komplizierter die Regulierungen sind. Dies hat nämlich zur Folge, dass der Kreis der Kenner der Regulierung immer kleiner wird. Als Intermediäre zwischen Wirtschaft und Politik werden die Bürokraten mit zunehmender Regulierungsdichte immer unentbehrlicher und werden von beiden Seiten entsprechend hofiert.

Entsprechendes gilt schließlich auch für die Repräsentanten der wirtschaftlichen Interessengruppen, die *Verbandsvertreter*. Auch sie sind Mittler zwischen Wirtschaft und Politik, freilich von Seiten der Wirtschaft her eingesetzt. Auch ihre Rolle wächst mit der Verdichtung der Regulierung. In hoch regulierten

Branchen weisen Verbände im Allgemeinen eine beachtliche Größe auf, und der einzelne Unternehmer ist ohne die Unterstützung seitens des Verbandes kaum imstande, die bestehenden Regulierungen zu verstehen und anzuwenden. Entsprechend groß sind Gewicht und Aufstiegschancen der Verbandsfunktionäre. Wirtschaftspolitische Anhörungen in regulierten Bereichen zeigen immer wieder die regulierungskonservative Grundhaltung von Verbandsvertretern jeglicher Couleur, während einzelne Unternehmer aus den betreffenden Branchen durchaus für eine Lockerung der Regulierung eintreten.

Daraus ergeben sich zwei Schlussfolgerungen:

- Das öffentliche Interesse oder Gemeinwohl, dem Regulierungen zu dienen vorgeben und das durch sie definiert wird, droht durch Privatinteressen der Akteure des politischen Prozesses der Rechtssetzung verzerrt zu werden. Dieses Risiko ist besonders groß, weil sich die sachfremden Privatinteressen verschiedener Intermediäre verbünden.
- Damit wird eine Prämisse der Staatslehre in Frage gestellt. Die Annahme, dass politische Mandatsträger und Beamte dem Gemeinwohl dienen, weil sie vom Staat alimentiert werden und auf das Gemeinwohl verpflichtet sind, bedarf der Überprüfung. Beides garantiert für sich noch nicht die Ausrichtung der Tätigkeit der Staatsbediensteten auf das Gemeinwohl; hierzu sind zusätzliche Vorkehrungen wie die gerichtliche Überprüfungsmöglichkeit und Klagebefugnisse der Regulierungsadressaten und ihrer Konkurrenten erforderlich.

3. Zur Rechtfertigung von Wirtschaftsregulierungen

Die positive Regulierungstheorie weist zwar darauf hin, dass die verschiedenen Akteure gleichsam strukturell geneigt sind, Regulierungen zu unterstützen. Damit ist aber natürlich nicht die Berechtigung oder Notwendigkeit von Wirtschaftsregulierung als solche in Frage gestellt. Die grundlegende Skepsis gegenüber der Wirtschaftsregulierung ergibt sich vielmehr aus der prinzipiellen marktwirtschaftlichen Orientierung des Wirtschaftslebens: Wenn eine Gesellschaft im Grunde auf den Wettbewerb vertraut, d. h. darauf vertraut, dass der Wettbewerb für eine effiziente Allokation der Ressourcen sorgt, am ehesten Innovationen fördert, die Souveränität der Konsumenten verbürgt und damit zur Legitimation der Wirtschaftsordnung beiträgt, dann muss es starke Gründe dafür geben, dass der Wettbewerb durch staatliche Maßnahmen beschränkt wird.⁴ Die Berufung auf das „Gemeinwohl“, das „öffentliche Interesse“ oder ähnliche Leerformeln genügt dafür nicht. Warum sollte denn das Gemeinwohl bei den Brotfabriken für den Wettbewerb sprechen, bei den handwerklichen Bäckereien aber für die Beibehaltung des großen Befähigungsnachweises? Die normative Regulierungstheorie geht den Gründen nach, die in marktwirtschaftlichen Ordnungen zugunsten staatlicher Eingriffe sprechen können. Sie

⁴ Michael Krakowski, Theoretische Grundlagen der Regulierung, in: ders. (Hrsg.), Regulierung in der Bundesrepublik Deutschland, Hamburg: Verlag Weltarchiv 1988, S. 19, 25.

unterscheidet dabei zwischen den Fällen des Marktversagens oder Wettbewerbsversagens und Zielkonflikten. Von Zielkonflikten ist die Rede, wenn zu den wirtschaftlichen Zielen außerwirtschaftliche Ziele hinzutreten, die unter Umständen auch dann erreicht werden sollen, wenn die wirtschaftlichen Ziele darunter zu leiden haben. Man denke nur daran, dass ein Staat eine flächendeckende Kommunikation mit seinen Bürgern jedenfalls auch im Interesse der Machtausübung, etwa zur Durchsetzung einer landesweiten Wehrpflicht oder einer flächendeckenden Besteuerung sicherstellen will. Zielkonflikte sind indessen keineswegs die Regel, und wo sie sich ergeben, ist deswegen noch lange nicht auf die vom Wettbewerb zu erwartenden Wohltaten zu verzichten. Von größerer Bedeutung sind jedenfalls für die Regulierungspolitik die Fälle des Markt- oder Wettbewerbsversagens. Davon spricht man, wenn der Wettbewerb wegen der strukturellen Eigenarten bestimmter Märkte Ergebnisse wie die optimale Ressourcen-Allokation nicht zu Tage fördern kann. Fünf Fälle lassen sich unterscheiden:⁵

- (1) Externe Wirkungen;
- (2) Natürliche Monopole;
- (3) Ruinöser Wettbewerb;
- (4) Asymmetrische Information und Motivation der Marktteilnehmer;
- (5) Opportunistisches Verhalten der Marktteilnehmer.

a) *Externe Wirkungen*

Es ist nicht ungewöhnlich, dass produktive Aktivitäten auch völlig Unbeteiligten nutzen oder schaden, also externe Wirkungen erzeugen. Von positiven externen Wirkungen sprechen wir, wenn Dritte einen Nutzen haben, ohne dafür ein marktgerechtes Entgelt zu entrichten, wenn z. B. Grundstückspreise in der Folge eines Straßenneubaus steigen. Umgekehrt stellen sich negative externe Wirkungen z. B. ein, wenn ein Grundeigentümer durch Emissionen eines Fabrikanten auf dem Nachbargrundstück belästigt wird. In beiden Fällen wird der rational handelnde Produzent – der Erbauer der Straße bzw. der Fabrikant – die externen Wirkungen in seiner Kalkulation nicht berücksichtigen. Bei positiven externen Wirkungen wird er deshalb dazu neigen, seiner eigenen Aktivität in zu geringem Umfang nachzugehen, bei negativen externen Wirkungen wird er tendenziell zu viel produzieren. Die Rechtsordnung kann hier mit einer Internalisierung externer Wirkung helfen. Bspw. werden positive externe Wirkungen wie die Steigerung der Grundstückspreise von Anliegern durch

Erschließungsbeiträge in begrenztem Umfang internalisiert.⁶ Umgekehrt können Ausgleichsansprüche der beeinträchtigten Nachbarn bewirken, dass der emittierende Produzent den Umfang seiner Produktion absenkt.⁷

⁵ Die folgende Diskussion stützt sich auf Deregulierungskommission, oben Fn. 1, Tz. 9-13; siehe auch *Weber*, oben Fn. 2, S. 98 ff.; *Fritsch/Wein/Ewers*, oben Fn. 2, S. 74 ff.

⁶ Siehe §§ 127 ff. BauGB (Erhebung des Erschließungsbeitrags).

⁷ Siehe § 906 Abs. 2 S. 2 BGB.

Bemühungen um die rechtliche Internalisierung sind jedoch zum Teil vergeblich, so insbesondere bei *öffentlichen Gütern* wie innerer Sicherheit oder sauberer Luft. Wer in innere Sicherheit oder saubere Luft investiert, weiß, dass er niemand von der Nutzung dieser Güter ausschließen kann; externe Wirkungen sind hier gleichsam zwangsläufig. Deshalb werden auch nur die wenigsten solche Investitionen tätigen, die meisten werden abwarten, ob nicht ein anderer investiert und sie selbst als eine Art Trittbrettfahrer profitieren können. Dies hat zur Folge, dass öffentliche Güter unter Wettbewerbsbedingungen gar nicht oder nur in sehr geringem Umfang erzeugt werden. Insofern sind die externen Wirkungen öffentlicher Güter immer ein überzeugender Grund für die staatliche Intervention gewesen.

b) *Natürliches Monopol*

Von einem natürlichen Monopol spricht man, wenn die gesamte Marktnachfrage nach einem Gut am kostengünstigsten von einem einzigen Anbieter befriedigt werden kann. Dies ist der Fall, wenn die Kosten je produzierter Einheit mit zunehmender Stückzahl fallen, was wiederum einen hohen Anteil von Fixkosten an den Gesamtkosten voraussetzt. Damit sind Kosten für Investitionen gemeint, deren Höhe von der Häufigkeit der Inanspruchnahme unabhängig ist. Beispiele dafür sind Schienentrassen, Gas- und Stromleitungen, Häfen und Flughäfen und die sogenannte letzte Meile in der Telekommunikation, die den privaten Anschluss mit dem nächsten Hauptverteiler verbindet. Je stärker solche Einrichtungen genutzt werden, desto größer ist die Anzahl derer, auf die die Fixkosten umgelegt werden können, mit der Folge, dass die Gesamtkosten je Einheit fallen. Wegen dieser sogenannten Skalenerträge kann deshalb ein Anbieter mit großer Produktion unter Wettbewerbsbedingungen einen günstigeren Preis anbieten als Konkurrenten mit geringerer Produktion, die deshalb früher oder später aus dem Markt ausscheiden werden. Da das resultierende Monopol nicht von der Rechtsordnung verfügt und auch nicht das Ergebnis von Verdrängungspraktiken, sondern aus der Natur der Sache zu erklären ist, spricht man von einem natürlichen Monopol.

Aus der ökonomischen Eigenart der natürlichen Monopole folgt, dass die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Stellungen⁸ keine adäquate Form der Regulierung dieser Märkte darstellt. Denn der Inhaber der marktbeherrschenden Stellung braucht gar nicht missbräuchlich zu handeln, um seine Konkurrenten zu verdrängen; sie verschwinden von allein. Solche Märkte werden auch wegen ihrer Kostenstruktur von außen her gar nicht angegriffen. Wenn man volkswirtschaftliche Wohlfahrtsverluste vermeiden will, die mit der Abschaffung der Monopolrente auch bei natürlichen Monopolen zwangsläufig verbunden sind, so bleibt deshalb nur die ex ante-Regulierung von Marktverhalten und Preisen.

⁸ Siehe Art. 82 EG (ex 86) und, im deutschen Recht, § 19 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), Bundesgesetzblatt (BGBl.) 1998, Teil I, S. 2546.

Mit dem natürlichen Monopol verwandt ist das Argument des *Rosinenpickens*. Es tritt im Allgemeinen dort auf, wo Teile eines Gesamtmarktes die Eigenarten des natürlichen Monopols aufweisen und andere Teile dem Wettbewerb zugänglich sind. Man denke etwa an den landesweiten Markt für Briefbeförderung und -zustellung. Die Kosten der Briefzustellung in dünn besiedelten ländlichen Gebieten liegen erheblich über den entsprechenden Kosten in Ballungsräumen. Unter den gegenwärtigen Monopolbedingungen wird dabei das Porto einheitlich und unabhängig von den unterschiedlichen Zustellungskosten festgelegt. In den Städten liegt es über den Zustellungskosten und wirft Gewinne ab, die zur Quersubventionierung der Zustellung auf dem Land dienen, für die keine kostendeckenden Porti erhoben werden. Nach einer Zulassung des Wettbewerbs würden Konkurrenten von den in Ballungsgebieten zu erwartenden Gewinnen angezogen, und würden ihre Dienste für die innerstädtische Post sowie die Post zwischen größeren Städten anbieten; ein Engagement auf dem flachen Land ist nicht zu erwarten. Dies würde die Porti in den Städten drücken, mit der Folge, dass die Grundlage für die Quersubventionierung der Postzustellung auf dem flachen Land entfielen. Im Ergebnis müssten die Porti in dünn besiedelten Gebieten angehoben werden. Das Beispiel zeigt freilich, dass das Rosinenpicken nicht als Marktversagen abgestempelt werden kann. Was in Gefahr gerät, ist nicht die Versorgung als solche, sondern die Tarifeinheit im Raum. Sie ist aber keine ökonomische Notwendigkeit, sondern politisch gewollt. Zwingend ist diese politische Entscheidung aber nicht, wie das Gegenbeispiel der Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung zeigt. Auch hier hat der Gesetzgeber durch Versicherungspflicht und Kontrahierungszwang zu erkennen gegeben, dass ihm an einer landesweiten Versorgung gelegen ist, und doch wird die regionale Tarifierung seit Jahrzehnten praktiziert.

c) *Ruinöser Wettbewerb*

Mit dem Wettbewerb ist immer die Notwendigkeit verbunden, dass die schwächeren Marktteilnehmer durch Produktionseinstellung, Liquidation oder Insolvenz ausscheiden. Insofern ist jeder Wettbewerb ruinös. Doch ist dies nicht ein Zeichen von Marktversagen, sondern ganz im Gegenteil für das Funktionieren des Marktes. Von einem ruinösen Wettbewerb als Aspekt des Marktversagens kann man demgegenüber nur dann sprechen, wenn Produktionsfaktoren (Kapital oder Arbeit) trotz anhaltender Nachfrageschwäche, statt auszuschneiden, im Markt verbleiben, also auf die Signale des Marktes nicht reagieren. Dazu mag es dort kommen, wo Produktionsfaktoren nur schwer auf andere Weise genutzt werden können, wo also sehr hohe „versunkene Kosten“ angefallen sind. Als Beispiele für derartige nicht rückholbare Investitionen werden die hochgradige Spezialisierung von Arbeitnehmern und der Erwerb von Schiffen für die Binnenschifffahrt genannt. Hier lässt sich immer wieder beobachten, dass in Zeiten schwacher Nachfrage die Anbieter solcher Produktionsfaktoren hoffen, durch Preisunterbietung ihre Konkurrenten aus dem Markt drängen und die Schwächephase überdauern zu können.

In der Praxis ist das Argument des ruinösen Wettbewerbs jedoch nur von sehr geringer Bedeutung, weil „versunkene“, nicht rückholbare Investitionen seltener vorkommen, als dies den Anschein hat. So gibt es beispielsweise auch in den sehr kapitalintensiven Zweigen der Verkehrswirtschaft funktionierende Märkte für gebrauchte Flugzeuge, Schiffe oder Lokomotiven. Im Übrigen verbirgt sich hinter der vermeintlichen Resistenz gegen Marktsignale oft nur das Denken in längeren Zyklen. Wenn ein Landwirt seinen Beruf auch nach vier aufeinander folgenden Missernten noch nicht aufgibt, so liegt dies daran, dass es seit Menschengedenken immer wieder längere Dürreperioden gegeben hat, denen dann auch wieder ausgedehnte Phasen der Fruchtbarkeit folgten. Nach der tradierten Erfahrung dieses Berufes ist es der langfristige Saldo, der zählt. Wie lang er ist, ist von Branche zu Branche verschieden. Einen Grund für staatliche Intervention und Regulierung gibt es nur dort, wo eine Reaktion auf wechselnde Marktbedingungen selbst nach Ablauf des sektorspezifischen Zeitraums ausbleibt.

d) *Asymmetrische Information und Motivation*

Die asymmetrische Information und Motivation der Marktteilnehmer ist ein besonders wichtiger Regulierungsgrund für Verbrauchermärkte. Verbraucher kennen die von ihnen erworbenen Waren oder Dienstleistungen im Allgemeinen wesentlich weniger als die jeweiligen Anbieter. Das Informationsdefizit kann sich dabei auf den Kern des Geschäfts beziehen – man denke etwa an die Rendite in der Kapital-Lebensversicherung – oder auch nur auf Teile eines Geschäfts.

Beispielsweise wird der Interessent beim Autokauf ein hinreichendes Wissen über den Komfort, Benzinverbrauch, die Höchstgeschwindigkeit, Beschleunigung, Größe des Kofferraumes und den Motor des Fahrzeugs haben oder leicht erwerben können; dagegen fehlt ihm das Verständnis für Vertragsklauseln über die Aufrechnung, den Gerichtsstand oder die gegebenenfalls fällig werdenden Verzugszinsen. Auch diesbezüglich könnte er sich informieren und mit entsprechendem Aufwand an Zeit und Geld beraten lassen. Doch dafür fehlt es ihm an der Motivation. Während Beschleunigung und Benzinverbrauch bei jedem Fahrzeug von alltäglicher Relevanz sind, kommt es auf die Verzugszinsklausel nur in einem von 10 000 Fällen an. So wichtig die Klausel dann auch sein mag, im Vorfeld schrumpft ihr ökonomisches Gewicht für die Kaufentscheidung durch die Seltenheit von Verzugsfällen. Wer als Verbraucher Allgemeine Geschäftsbedingungen blindlings akzeptiert, bedarf deshalb nicht etwa als der Schwächere des staatlichen Schutzes, er handelt vielmehr ökonomisch rational. Da der Anbieter ständig Verträge dieser Art schließt und es dabei auch immer wieder mit säumigen Schuldnern zu tun hat, tut er gut daran, den Verzug des Schuldners durch entsprechende AGB-Klauseln gleichsam im Vorfeld zu planen. Die Asymmetrie der Information und Motivation zwischen beiden Vertragsparteien hat zur Folge, dass die AGB-Klausel für sich keine „Richtigkeitsgewähr“ (Schmidt-Rimpler) in Anspruch nehmen

kann und auch im Sinne der ökonomischen Analyse des Rechts keine effiziente Allokation der wirtschaftlichen Ressourcen verbürgt.

Freilich ist es keine Seltenheit, dass zwischen den Marktteilnehmern Informationsgefälle der beschriebenen Art bestehen. In vielen Fällen werden sie durch den Marktprozess selbst überwunden oder können durch Verbraucherinformationen ausgeglichen werden. Wo dies aber wie im Falle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen wegen der besonderen Motivationslage des Verbrauchers oder aus anderen Gründen ausscheidet, ist eine staatliche Regulierung wie das zwingende AGB-Recht angezeigt.

e) *Opportunistisches Verhalten*

Verträge im Allgemeinen und langfristige Verträge im besonderen sind aus der Natur der Sache unvollständig. Sie etablieren ein gewisses Gleichgewicht von Rechten und Pflichten zwischen den Parteien, wie es zur Zeit des Vertragsschlusses ausgehandelt wird, können aber nicht für jedes später aufkommende Problem eine Lösung vorwegnehmen. Je länger der Vertrag andauert, desto brüchiger wird folglich das im Vertrag niedergelegte Interessengleichgewicht. Anders ausgedrückt wird jede Seite versuchen, das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung zu ihren Gunsten zu verändern; dies bezeichnet man als opportunistisches Verhalten.

Dabei spielen wiederum Informationsasymmetrien eine Rolle. Bei langfristigen Verträgen wird nämlich jede Partei über ihre eigene Leistungsbereitschaft in der Zukunft erheblich bessere Informationen haben als über die Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft der anderen Partei. Beispielsweise weiß ein Arbeitnehmer schon bei Vertragsschluss viel besser, ob er dazu neigt, sich auch bei leichteren Unpässlichkeiten krank schreiben zu lassen, als der Arbeitgeber. Umgekehrt wird der Arbeitgeber bessere Kenntnisse in Bezug auf die eigene Geschäftsperspektive, auf die Erhaltung des Standorts oder der Betriebsgröße haben als der Arbeitnehmer. In Versicherungsverträgen kann der Versicherungsnehmer im Allgemeinen das versicherte Risiko sehr viel besser einschätzen als der Versicherer, der aber im Gegenzug einen viel besseren Einblick in die Risiken und Chancen seiner eigenen Investitionspolitik hat, die sich wiederum auf den Versicherungsnehmer auswirkt. Dies sind Ansatzpunkte für eine einseitige Verzerrung des Gleichgewichts von Leistung und Gegenleistung. Damit es dazu nicht kommt, hat das allgemeine Zivilrecht gewisse rudimentäre Rechtsbehelfe entwickelt, etwa den Wegfall der Geschäftsgrundlage, Rücktrittsrechte oder Neuverhandlungspflichten, doch können sie im Allgemeinen keine Aufrechterhaltung der Äquivalenz gewährleisten. Der Ruf nach weitergehenden staatlichen Regulierungen ist deshalb auf allen Märkten zu vernehmen, die besonders durch langfristige Verträge gekennzeichnet sind.

4. Rechtliche Grenzen der Regulierungspolitik

Es gibt also durchaus Kriterien, die staatliche Regulierungen zu rechtfertigen vermögen. Allerdings garantiert der Prozess der politischen Willensbildung nicht, dass diese Kriterien auch wirklich zum Tragen kommen. Dort setzen sich vielmehr oft die oben beschriebenen Interessen der Akteure an der Regulierung durch. Umso wichtiger sind rechtliche Grenzen der Regulierung, die von den Staatsorganen und sogar vom Gesetzgeber zu beachten sind. Besonders wirksam sind diese Grenzen, wenn die einzelnen, von der Regulierung betroffenen Interessenträger die Möglichkeit haben, sich auf sie zu berufen, wie dies bei den Grundrechten und bei den Verkehrsfreiheiten und einigen anderen Vorschriften des EG-Vertrages der Fall ist. Das Bundesverfassungsgericht hat freilich nach einigen frühen regulierungsfeindlichen Entscheidungen seinen liberalisierenden Elan aufgegeben. Dies ist beim Europäischen Gerichtshof anders. Seit er in den sechziger Jahren die Warenverkehrsfreiheit und in den siebziger Jahren die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit für unmittelbar anwendbar erklärt hat,⁹ hat seine Rechtsprechung eine Fülle von Deregulierungsanstößen gegeben.¹⁰

Dies ließe sich an vielen Entscheidungen verdeutlichen. Hier muss es aus Platz- und Zeitgründen mit dem Hinweis auf den Einfluss der Warenverkehrsfreiheit in der Folge des Urteils *Cassis de Dijon* sein Bewenden haben.¹¹ In diesem Fall hatte der Kläger die Absicht, den französischen Fruchtlikör Cassis de Dijon in Deutschland zu vermarkten. Die Bundesmonopolverwaltung für Branntwein verweigerte die nach deutschem Recht erforderliche Genehmigung mit der Begründung, dass nach geltendem Recht ein Fruchtlikör einen Mindestalkoholgehalt von 25 % haben müsse, während die Alkoholkonzentration des französischen Likörs nur zwischen 15 und 20 % liege. Gegenüber diesem Bescheid berief sich der Kläger auf die Warenverkehrsfreiheit; die deutsche Regierung hielt dem entgegen, dass das Erfordernis eines Mindestalkoholgehaltes im Interesse der öffentlichen Gesundheit und des Verbraucherschutzes notwendig sei. Auf der einen Seite solle nämlich die betreffende Regelung die übermäßige Vermehrung alkoholischer Getränke auf dem deutschen Markt verhindern, andererseits gelte es, den Verbraucher gegen unlauteren Wettbewerb durch solche Produzenten zu schützen, die mit Getränken von minderem Alkoholgehalt gegenüber der Konkurrenz einen Vorteil zu erlangen versuchen.

9 Siehe z. B. EuGH, v. 05.02.1963, Rs. 26/62 (van Gend en Loos./Administration fiscale néerlandaise), Slg. 1963,1 zum freien Warenverkehr; EuGH, v. 21.05.1974, Rs. 2/74 (Reyners./Belgium), Slg. 1974, 631 zur Niederlassungsfreiheit; EuGH, v. 03.12.1974, Rs. 33/74 (van Binsbergen./Bedrijfsvereniging Metaalnijverheid), Slg. 1974, 1299 zur Dienstleistungsfreiheit.

10 Siehe für eine detaillierte Analyse Jürgen Basedow, Deregulierungspolitik und Deregulierungspflichten – Vom Zwang zur Marktöffnung in der EG, Staatswissenschaften und Staatspraxis 2 (1991), S. 151 ff.; ders., Le marché unique, programme de déréglementation, Revue internationale de droit comparé 1993, S. 619 ff.

11 EuGH, v. 20.02.1979, Rs. 120/78 (Rewe./Bundesmonopolverwaltung für Branntwein – Cassis de Dijon), Slg. 1978, 649.

Der Gerichtshof folgte dieser Argumentation nicht. Erstens erinnerte er an seine Rechtsprechung, wonach die Warenverkehrsfreiheit gemäß Art. 28 EG unmittelbar anwendbar sei. Zweitens stellte er fest, dass nationale Vorschriften, die einen zwingenden Mindestalkoholgehalt vorschreiben, eine Maßnahme gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen zwischen den Mitgliedsstaaten darstellten.¹² Drittens könnten solche Vorschriften gerechtfertigt sein, wenn sie zwingenden Erfordernissen des Gemeinwohls dienen, so etwa einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, dem Schutz der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehr und dem Verbraucherschutz.¹³ Die von der Bundesregierung vorgetragene Gründe akzeptierte der Gerichtshof jedoch nicht. Die Volksgesundheit könne nicht durch die fragliche Regelung geschützt werden, wenn zur selben Zeit andere Getränke mit höheren und niedrigeren Alkoholkonzentrationen auf dem deutschen Markt frei verkauft werden könnten. Und was den Verbraucherschutz betraf, so wies der Gerichtshof darauf hin, dass eine Angabe des Alkoholgehaltes auf der Verpackung der Getränke diesem Ziel eher diene. Im Ergebnis sah der Gerichtshof keinen stichhaltigen Grund dafür, dass in einem Mitgliedsstaat rechtmäßig hergestellte und in den Verkehr gebrachte alkoholische Getränke an der Einfuhr in andere Mitgliedsstaaten gehindert werden, vorausgesetzt sie verletzen nicht die zwingenden Erfordernisse des Gemeinwohls im Importstaat.¹⁴ Hervorhebung verdient dabei, dass der Gerichtshof zu Recht beansprucht, die von den Mitgliedsstaaten angeführten Regulierungsgründe selbst am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu kontrollieren.

Dieses Urteil, wie auch die spätere Rechtsprechung des Gerichtshofes zu anderen Verkehrsfreiheiten, beschränkt sich auf Fälle des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs; eine Kontrolle nationaler Regulierungen in rein innerstaatlichen Fällen hat der Gerichtshof dem gegenüber abgelehnt. Man könnte daher schließen, dass dieser Judikatur nur eine sehr geringe Bedeutung für die Deregulierungspolitik zukommt, machen doch die innerstaatlichen Transaktionen den Löwenanteil aller wirtschaftlichen Austauschprozesse im europäischen Binnenmarkt aus. Wer die politischen Folgerungen solcher Urteile berücksichtigt, wird indessen zu einem anderen Schluss kommen. Wenn es einem französischen Hersteller erlaubt wird, Likör in Deutschland zu vermarkten, der nicht den erforderlichen Mindestalkoholgehalt aufweist, wird man nämlich einem deutschen Hersteller dies kaum verbieten können. Zwar verstößt die Inländerdiskriminierung nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wohl nicht gegen den Gleichheitsgrundsatz des deutschen Grundgesetzes, doch werden sich Regulierungen, die für ausländische Anbieter unverbindlich sind und den inländischen Anbietern folglich Wettbewerbsnachteile bringen, aus politischen Gründen nicht halten lassen. Die Durchsetzung der Verkehrsfreiheiten durch den Gerichtshof gibt daher stets auch der nationalen Politik einen Anstoß zur Deregulierung.

¹² Cassis de Dijon, oben Fn. 14, Tz.15.

¹³ Cassis de Dijon, oben Fn. 14, Tz.9.

¹⁴ Cassis de Dijon, oben Fn. 14, Tz.14.

5. Von der Deregulierung zum neuen regulatorischen Mix

Auf den ersten Blick mag die Deregulierung, die durch die normative Regulierungstheorie angeregt wird, als eine Einbahnstraße erscheinen, als eine schlichte Aufhebung bestehender Regulierungen mit dem Ziel eines regulierungsfreien Raumes. Die Realität ist komplizierter. Statt der schlichten Deregulierung treffen wir in vielen Märkten auf eine neuartige Mischung von Wettbewerb und ergänzenden Regulierungen. Dabei lassen sich drei Phänomene unterscheiden:

- der Übergang zu weniger restriktiven Alternativen der Regulierung;
- die Verbindung von materieller Deregulierung und Regulierung von Informationen;
- die Rücknahme der Regulierung in Netzwerkmärkten auf den Bereich der Infrastruktur.

Die Überprüfung bestehender Regulierungen am Maßstab der von der normativen Regulierungstheorie erarbeiteten Kriterien zeigt in vielen Fällen, dass eine Regulierung minderer Intensität die gleichen Wirkungen hätte wie die bestehende materielle Regulierung. Man denke an das schon erwähnte Beispiel des Briefbeförderungsmonopols. Wenn dessen Zweck dahin geht, die flächendeckende Versorgung in Stadt und Land sicher zu stellen, so ist als erstes die Frage zu stellen, ob nicht jeder private Anbieter von sich aus ein Interesse daran haben müsste, die Zustellung überall im Lande zu gewährleisten; wenn er dies nicht tut, wird er mit vielen Versendern nicht ins Geschäft kommen können. Die These, dass private Konkurrenten der Deutschen Post AG nur die Rosinen picken würden, ist insofern durchaus fragwürdig. Aber auch wenn man ihr folgt, bedeutet dies noch nicht das Bekenntnis zum Monopol. Vielmehr würde es genügen, wenn die verschiedenen Anbieter auf dem Postbeförderungsmarkt in ihrer Gesamtheit eine flächendeckende Versorgung sicher stellen. Die Pflicht des Staates, „flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen“ zu gewährleisten, ist denn auch zeitgleich mit der Postreform 1994 im Grundgesetz verankert worden.¹⁵ Die Bundesregierung fühlte sich gehalten, über diese flexible Umschreibung der Mindestanforderungen hinaus zu gehen und die sogenannten Universaldienste im Detail zu definieren. Dazu hat sie eine Verordnung erlassen, die in der Sache die gegenwärtigen Methoden der Leistungserbringung der Deutschen Post AG fest schreibt.¹⁶ So wird nicht nur die Anzahl der Briefkästen und Postämter fixiert, die der Öffentlichkeit zugänglich sein müssen; darüber hinaus verlangt die Verordnung sogar, dass ein Anbieter einen bestimmten prozentualen Anteil der Postämter selbst betreiben muss, womit dem System der Postagenturen Grenzen gezogen werden.

¹⁵ Siehe Art. 87 f. Abs. 1 Grundgesetz (GG), eingefügt durch die Grundgesetzänderung vom 30.08.1994, BGBl. 1999 Teil I, S. 2245.

¹⁶ Siehe § 2 Post-Universaldienstverordnung (PUDLV) v. 15.12.1999, BGBl. 1999 Teil I, S. 2418.

Trotz aller Kritik, die an dieser Regelung geübt werden könnte, zeigt sie doch, dass es unterhalb der Ebene der Monopolisierung Mechanismen gibt, die die politisch gewünschte flächendeckende Postversorgung auch in einem wettbewerblichen System sicher stellen können. Auch in anderen Bereichen lässt sich eine ähnliche Absenkung der Regulierungsintensität beobachten. So geht etwa die Öffnung der nationalen Bankenmärkte für Unternehmen aus anderen Mitgliedsstaaten der EG¹⁷ Hand in Hand mit einer europaweiten Regulierung der Solvabilität von Kreditinstituten¹⁸ und der Einführung von Einlagensicherungssystemen.¹⁹ Insgesamt hat dieses Paket eine Intensivierung des Wettbewerbs im Kreditsektor zur Folge gehabt. Auch im Versicherungswesen lässt sich eine ähnliche Tendenz beobachten. Mit dem Verzicht auf die Vorabgenehmigung von Versicherungsbedingungen wuchs naturgemäß die Gefahr, dass gewisse Grundstandards des Verbraucherschutzes bedroht würden. Das deutsche Recht hat auf zweierlei Art reagiert: eine umfangreiche Novelle zum Versicherungsvertragsgesetz von 1994 führte zahlreiche obligatorische Mindeststandards als zwingendes Vertragsrecht ein, so insbesondere im Bereich der Krankenversicherung. Außerdem hat der Bundesgerichtshof auf der Grundlage des AGB-Gesetzes²⁰ die richterliche Kontrolle von Allgemeinen Versicherungsbedingungen deutlich verstärkt.²¹

In zahlreichen anderen Zusammenhängen lässt sich eine Ersetzung materieller Regulierungsstandards durch Informationspflichten beobachten. Der Europäische Gerichtshof hatte bereits in dem oben erwähnten Urteil im Falle Cassis de Dijon darauf hingewiesen, dass die Information des Verbrauchers in vielen Fällen als Instrument des Konsumentenschutzes genügt. Auch die Politik der Europäischen Kommission war über lange Zeit darauf ausgerichtet, produktbezogene Vorschriften der Mitgliedsstaaten, die sich als Handelsbeschränkungen auswirkten, durch Informationspflichten zu ersetzen und damit die Märkte zu öffnen. Dies ist in den neunziger Jahren mit Erfolg im Bereich der Finanzdienstleistung fortgesetzt worden. So ist etwa das früher in Deutschland bestehende Verbot der Börsentermingeschäfte beseitigt worden; wegen der mit diesem Geschäftstyp verbundenen besonderen Risiken ist nun

17 Zweite Richtlinie 89/646/EWG des Rates v. 15.12.1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute und Änderung der Richtlinie 77/780/EWG, ABl. EG 1989 L 386/1.

18 Richtlinie 89/647/EWG des Rates v. 18.12.1989 über einen Solvabilitätskoeffizienten für Kreditinstitute, ABl. EG 1989 L 386/14.

19 Richtlinie 94/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.05.1994 über Einlagensicherungssysteme, ABl. EG 1994 L 135/5.

20 Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) v. 09.12.1976, eingefügt in das Bürgerliche Recht (§§ 305 ff. BGB) durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26.11.2001, BGBl. 2001 Teil I, 3138.

21 Siehe z. B. *Hans Erich Brandner*, Auswirkungen der EU-Richtlinie über missbräuchliche Vertragsklauseln auf Versicherungsverträge, in: *Versicherungswissenschaftliche Studien* Bd. 2 (1995), S. 67 f.

freilich eine Beratung der Kunden über diese Risiken vorgeschrieben.²² Ähnlich lässt sich die Einführung der Prospektspflicht²³ und der Mitteilungspflichten von Börsengesellschaften²⁴ interpretieren, die in gewisser Hinsicht an die Stelle inhaltlicher börsenrechtlicher Regulierungen getreten sind. Die Bedeutung der Information des Kunden auf deregulierten Märkten hat zugleich zur Folge, dass den Mittelsmännern – Maklern, Agenten etc. – eine Schlüsselrolle zuwächst. Sie sind Träger der Information und haben entscheidenden Anteil an der Funktionsfähigkeit deregulierter Märkte. Dies freilich nur, wenn der Kunde darein vertrauen darf, dass die Intermediäre entweder neutral sind oder ihre Bindung an bestimmte Anbieter klar zu Tage tritt. Dies erklärt die Tendenz zur Regulierung der Vermittlerberufe, die mit der Deregulierung der betreffenden Hauptmärkte Hand in Hand geht. Die kürzlich erlassene EG-Richtlinie über Versicherungsvermittlung²⁵ stellt insofern eine folgerichtige Ergänzung zu der Deregulierung der Versicherungsmärkte dar.

In den sogenannten Netzindustrien, also bei der Eisenbahn, der Elektrizitäts- und Gaswirtschaft sowie in der Telekommunikation hat sich im Laufe der Jahre die Überzeugung durchgesetzt, dass die betreffenden Wirtschaftszweige nicht insgesamt die Charakteristika eines natürlichen Monopols aufweisen, sondern nur insoweit, als es um die Infrastrukturen geht. Ähnlich wie auf Straßen und Kanälen ist es z. B. durchaus denkbar, dass verschiedene Transportunternehmen ein und dieselbe Eisenbahn-Infrastruktur nutzen und im Wettbewerb mit einander Transportleistungen anbieten.²⁶ Man könnte also Wettbewerb im Netz schaffen, ohne die bestehenden Infrastrukturen zu verdoppeln oder zu verdreifachen. Erforderlich dafür ist ein Anspruch von Wettbewerbern auf Zulassung zu den bestehenden Infrastrukturen. Soweit freilich die Eigentümer der Infrastrukturen sich nicht darauf beschränken, diese zu vermieten, sondern – wie schon bisher – auch selbst Angebote im Betriebsbereich machen, kommt es zu Interessenskonflikten mit den neu eintretenden Wettbewerbern. Die vertikal integrierten Infrastrukturbetreiber könnten ihre Verfügungsmacht über die Infrastruktur dazu nutzen, die Wettbewerber zu diskriminieren. Die effektivste Abhilfe wäre eine Unternehmensaufspaltung, die das Eigentum an der Infrastruktur einer staatlichen Behörde oder einem staatlichen Unternehmen überträgt, während die Dienstleistungsbereiche des ehe-

22 Siehe Art. 11 der Richtlinie 93/22/EWG des Rates v. 10.05.1993 über Wertpapierdienstleistungen, ABl. EG 1993 L 141/27; siehe auch § 53 Börsengesetz, BGBl. 1996 Teil I, S. 1030.

23 Richtlinie 89/298/EWG des Rates v. 17.04.1989 zur Koordinierung der Bedingungen für die Erstellung, Kontrolle und Verbreitung des Prospekts, der im Falle öffentlicher Angebote von Wertpapieren zu veröffentlichen ist, ABl. EG 1989 L 124/8.

24 Richtlinie 2001/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 28.05.2001 über die Zulassung von Wertpapieren zur amtlichen Börsennotierung und über die hinsichtlich dieser Wertpapiere zu veröffentlichenden Informationen, ABl. EG 2001 L 184/1.

25 Richtlinie 2002/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9.12.2002 über Versicherungsvermittlung, ABl. 2003 L 9/3.

26 Vgl. Jürgen Basedow, Wettbewerb in Gleisnetzen, in: Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft 2000, S. 13, 18 ff.

maligen Monopolisten zu unabhängigen Unternehmen ausgebaut und privatisiert werden.²⁷ In der Sache liefe dies jedoch auf eine Enteignung der bisherigen Eigentümer der Infrastruktur hinaus, die ohne Entschädigungen in Höhe von vielen Milliarden Euro nicht durchgeführt werden könnten. Diese Option ist daher für Telekommunikation sowie Gas- und Stromwirtschaft unrealistisch. Sie ließe sich im Bereich der Eisenbahn verwirklichen, die gegenwärtig noch völlig im Staatseigentum steht. Doch scheint es, dass die These der Unternehmensleitung der Deutschen Bahn AG, das vertikal integrierte Unternehmen erhebliche Verbundvorteile besitzen, sich letztlich durchsetzen wird.²⁸

Eine Lösung zu finden, fällt vor diesem Hintergrund schwer. Es wird nicht ausreichen, den Wettbewerbern einen Nutzungsanspruch in Bezug auf die Infrastruktur zu geben. Dieser Anspruch ist zum Teil schon in Sondergesetzen eingeführt worden und lässt sich im Übrigen auch aus der "essential facilities doctrine" ableiten, die im deutschen und europäischem Wettbewerbsrecht inzwischen anerkannt ist.²⁹ Allerdings greift die "essential facilities doctrine" als Unterfall der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen nur ex post und kann daher, wie schon oben festgestellt, keine adäquate Nutzung natürlicher Monopole verbürgen. Abhilfe könnte eine ex ante-Regulierung der Infrastrukturmonopole bringen, die freilich immer mit einem erheblichen bürokratischen Aufwand und außerdem mit der Gefahr verbunden ist, dass die Regulierungsbehörde sich von den Interessen der regulierten Wirtschaft einfangen lässt. Deshalb hat die Monopolkommission in ihrem XIV. Hauptgutachten die Einrichtung einer übergreifenden Regulierungsbehörde für verschiedene Netzwerkindustrien vorgeschlagen. Durch eine Rotation der Beamten innerhalb dieser Behörde könnte sicher gestellt werden, dass keine allzu große Interessenidentifikation mit den regulierten Branchen eintritt.³⁰

6. Fazit

Es gibt eine große Koalition der Regulierungsbefürworter. Gegen sie hat der Wettbewerb einen schweren Stand. Helfen kann zum einen eine ständige wettbewerbspolitische Analyse, die immer wieder aufs Neue die Frage nach dem zwingend erforderlichen Kern regulatorischer Eingriffe des Staates stellt. Eine solche Analyse wird begünstigt in Zeiten der Rezession, denn Not macht bekanntlich erfinderisch. Zum anderen werden die Wettbewerbsverhinderungskonstellationen, die in vielen Bereichen für eine fortschreitende Verkrustung sorgen, von den Postulaten des EG-Rechts, des Verfassungsrechts, und künft-

²⁷ Deregulierungskommission, oben Fn. 1, Tz. 359 mit Bezug auf die Elektrizitätsversorgung.

²⁸ Siehe jedoch die Empfehlungen des Beirats des Bundesministers für Verkehr, Bahnstrukturreform in Deutschland – Empfehlungen zur weiteren Entwicklung, Internationales Verkehrswesen 1997, S. 626 ff.

²⁹ Siehe § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB, oben Fn. 8 und *Jürgen Basedow*, Dienstleistungsmonopole und Netzzugang in der europäischen Wirtschaftsverfassung, Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie 16 (1997), S. 121 ff.

³⁰ Monopolkommission, Netzettbewerb durch Regulierung – XIV. Hauptgutachten 2000/2001 (2003) 357 ff. Tz. 881 ff.

tig zunehmend auch vom Welthandelsrecht der World Trade Organisation (WTO) in ihre Schranken gewiesen. Richtersprüche können zwar nicht Politik ersetzen, aber Verkrustungen aufbrechen und Signale für eine wettbewerbsfreundliche Neuorientierung der Politik geben.

Impressum

Herausgeber

Prof. Dr. Bernd von Hoffmann, Prof. Dr. Gerhard Robbers

Unter Mitarbeit von

Michael Blumenstock, Angelika Günzel, Claudia Lehnen, Sylvia Lutz und Oliver Windgätter

Redaktionelle Zuschriften

Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier,
Im Treff 24, 54296 Trier, Tel. +49 (0)651 / 201-3443
Homepage: <http://www.irp.uni-trier.de>,
Kontakt: sekretariat@irp.uni-trier.de.

Die Redaktion übernimmt für unverlangt eingesandte Manuskripte keine Haftung und kann diese nicht zurückschicken. Namentlich gezeichnete Beiträge geben nicht in jedem Fall die Meinung der Herausgeber/Redaktion wieder.

Bezugsbedingungen

Die Hefte erscheinen in unregelmäßigen Abständen mehrfach jährlich und können zum Stückpreis zuzüglich Porto im Abonnement oder als Einzelheft bei der Redaktion angefordert werden. Die zur Abwicklung des Abonnements erforderlichen Daten werden nach den Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes verwaltet.

© Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier, 2003

ISSN 1616-8828