

Vierter Beratungsgegenstand:

Schutz der Verbraucher durch Regulierungsrecht

1. Referat von Professor Dr. *Johannes Hellermann*, Bielefeld*

Inhalt

	Seite
I. Einführung	368
1. Der Verbraucher im Regulierungsrecht – eine vernachlässigte Perspektive	368
2. „Regulierungsrecht“ und „Verbraucherschutz“	368
3. Anfragen an das Verhältnis von Regulierungs- und Verbraucherschutzrecht	370
II. Begrifflich-konstruktive Grundlagen	371
1. „Staat – Unternehmen – Verbraucher“ im Regulierungs- recht	371
2. Verbraucherschützendes Regulierungsrecht zwischen öffentlichem und Privatrecht	372
III. Sachliche Ausgestaltung von Verbraucherschutz im Regulierungsrecht	375
1. Unions- und verfassungsrechtliche Grundlagen	375
2. Elemente der einfachrechtlichen Ausgestaltung	377
a) Einzelne Verbraucherschutzziele	377
b) Durchsetzung von Verbraucherinteressen	379
IV. Die Besonderheit des Verbraucherschutzes durch Regulierungsrecht	380
1. Der Probeerstein: Verbraucherschutz im Lichte verschiedener Verbraucherleitbilder	380
2. Schutz der Verbraucherinteressen im Regulierungsrecht	382
a) Verbraucherschutz ordnungs- und verbraucher- privatrechtlichen Charakters	382
b) Verbraucherschutz durch Marktregulierung	383
V. Schluss: Das Regulierungsrecht aus der Verbraucher- schutzperspektive	387

* Der vorliegende Text stimmt mit dem in Berlin gehaltenen Referat überein und ist einschließlich der Fußnoten auf dem Stand vom 1. Oktober 2010.

1. Eigenart des Regulierungs(verwaltungs)rechts 388
2. Der Gewährleistungsstaat:
 schlanker oder patriarchalischer Staat? 389

I. Einführung

1. *Der Verbraucher im Regulierungsrecht – eine vernachlässigte Perspektive*

Es ist schon viel über das Regulierungsrecht geschrieben und gesprochen worden in den zurückliegenden Jahren. Warum – so mag man sich fragen – heute schon wieder?

Ein guter Grund könnte daraus folgen, dass in der bisherigen Diskussion zwei Perspektiven dominiert haben: einerseits die wettbewerbsbezogene Perspektive, die uns zuletzt noch im vergangenen Jahr beschäftigt hat,¹ und andererseits die Perspektive des regulierenden Staates,² dessen Gewährleistungsverantwortung bei der Staatsrechtslehrertagung 2002 im Zentrum des Interesses stand.³ Schon in der damaligen Diskussion ist eine Untersuchung auch aus der Perspektive der Bürger angemahnt worden.⁴ Gleichwohl ist die Betrachtung des Regulierungsrechts aus diesem Blickwinkel bislang von eher nachrangigem Interesse und vielleicht doch ein Desiderat geblieben.

2. „Regulierungsrecht“ und „Verbraucherschutz“

Das Vorhaben, nunmehr dem „Schutz der Verbraucher durch Regulierungsrecht“ nachzugehen, sieht sich schon im Ansatz mit definitorischen Problemen konfrontiert. Der Begriff des Regulierungsrechts wird bis heute in vielfältiger Bedeutung verwendet,⁵ und auch der Verbrau-

¹ Vgl. *M. Potacs* Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe, VVDStRL 69 (2010), 254 (insbes. 271 ff.); *J. Kersten* Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe, ebd., 288 (insbes. 316 ff.).

² Zur Staatsbezogenheit des (weiten) Regulierungsbegriffs vgl. *M. Eifert* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2006, § 19 Rn. 6.

³ *M. Heintzen* Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), 220; *A. Voßkuhle* Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, ebd., 267.

⁴ Vgl. die Diskussionsbeiträge in VVDStRL 62 (2003), 339, 362 f. Krit. zur Fixierung auf die objektiv-rechtliche, auf die staatliche Regulierung bezogene Perspektive etwa auch *M. Burgi* DVBl. 2006, 269 (269 f.).

⁵ Zur Weite der rechtswissenschaftlichen Verwendung des Regulierungsbegriffs vgl. beispielhaft *M. Ruffert* AöR 124 (1999), 237 (241 f.); *J. Kühling* Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, 11 ff.; *T. v. Danwitz* DÖV 2004, 977; *Eifert* (Fn. 2), § 19 Rn. 4; *H. Wißmann* in: Heun/Honnecker/Morlok/Wieland (Hrsg.) Evangelisches Staatslexikon, 2006, 1977 (1978 ff.); *H. C. Röhl* JZ 2006, 831 (831 f.); *C. Bumke*, Die Verwaltung 41 (2008), 227 (228 f.); *M. Holoubek* Vom Wirtschaftsaufsichtsrecht zum Regulierungsverwaltungsrecht? Verhandlungen des 17. Österreichischen Juristentages

cherbegriff wirft Definitionsfragen auf. Zwar gibt § 13 BGB einen positivrechtlichen Anhalt: „Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.“ Diese Legaldefinition hat jedoch ihren spezifischen Zweck in der Bestimmung der Anwendbarkeit des privaten Verbraucher-vertragsrechts.⁶ Schon in einem weiter gespannten privatrechtlichen Kontext, deutlicher noch im Kontext des Regulierungsrechts, wo sich das Verbraucherschutzziel schnell mit überindividuellen, allgemeineren Schutzziele wie der Daseinsvorsorge oder der Bewahrung sozialer Belange⁷ verbindet, verlieren sich die scheinbar scharfen Konturen.

Für die Zwecke der nachfolgenden Überlegungen möchte ich nur solche begrifflichen Einschränkungen vornehmen, die angezeigt sind, um Regulierungsrecht und Verbraucherschutz sinnvoll aufeinander beziehen zu können. Für den Verbraucher ist jedenfalls kennzeichnend, dass er als Privater⁸ Leistungen oder Güter in wirtschaftlichen Austauschbeziehungen, von Unternehmen am Markt erwirbt.⁹ Dem korrespondierend soll es hier auch um *marktbezogenes* Regulierungsrecht gehen. Dieses hat – nach einem weiten Verständnis – seine Aufgabe in der Etablierung und Sicherung eines Wettbewerbsmarkts in Fällen sog. Marktversagens¹⁰ oder auch sonstiger struktureller Funktionsschwächen eines Marktes, die das – einen gegebenen Wettbewerb bloß punk-

Wien 2009, Bd. I/1, 2009, 6 (19 ff.). Die Annahme von *Kersten* Herstellung von Wettbewerb (Fn. 1), 316 Fn. 114, der Regulierungsbegriff habe inzwischen eine feste Kontur gewonnen, will zu optimistisch erscheinen; zumindest eine eher steuerungswissenschaftliche und eine auf Marktregulierung bezogene Begriffsverwendung konkurrieren bis heute, und über die Reichweite letzterer besteht auch kein volles Einverständnis.

⁶ *H.-W. Micklitz* in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2001, Vor §§ 13, 14 Rn. 6.

⁷ Vgl. *M. Fehling* FS Winter, 2007, 171 (173); *M. Ruffert* in: Fehling/Ruffert (Hrsg.) Regulierungsrecht, 2009, § 11 Rn. 14f., der dem Regulierungsziel der Berücksichtigung sozialer Belange in § 2 Abs. 2 Nr. 5 PostG den Schutz für Kunden und Nutzer entnimmt.

⁸ Zum hiermit angesprochenen rollenspezifischen Verständnis des Verbraucherbegriffs vgl. *F. Schuppert* FS Schmidt, 2006, 561 (567 ff.); *C. Bumke* Die Verwaltung 41 (2008), 227 (236 m.w.N. in Fn. 48); *S. Vogt* FS von Westphalen, 2010, 741 (741 f.).

⁹ Vgl. *R. Stober* FS Lukes, 1989, 591 (592); *D. Frank* in: Graf/Paschke/Stober (Hrsg.) Staatlicher Verbraucherschutz und private Unternehmerverantwortung, 2003, 27 (29 f.), legt einen noch weiteren Arbeitsbegriff von Verbraucherschutzrecht zugrunde, der alle Normen umfassen soll, die die Rechtsbeziehungen der Wirtschaftssubjekte untereinander oder gegenüber der öffentlichen Hand im Zusammenhang mit der Nutzung von Gütern, Diensten und Leistungen regeln.

¹⁰ Zu den anerkannten Fallgruppen von Marktversagen vgl. *Kühling* (Fn. 5), 36; *Eifert* (Fn. 2), § 19 Rn. 17.

tuell, reaktiv begleitende – allgemeine Wettbewerbsrecht überfordern.¹¹ Dem so gefassten Begriff von Regulierungsrecht unterfallen dann nicht nur ehemals staatlich monopolisierte Wirtschaftssektoren¹² und nicht nur Netzwirtschaften,¹³ sondern auch andere Wirtschaftsbereiche wie etwa der organisierte Finanzmarkt.¹⁴

3. *Anfragen an das Verhältnis von Regulierungs- und Verbraucherschutzrecht*

Solcher auf die Etablierung einzelner Märkte bezogenen ökonomischen Regulierung wird mitunter – im Anschluss an eine angloamerikanische, ökonomisch geprägte Begriffstradition – die sog. soziale Regulierung entgegengesetzt, der dann auch die Verbraucherschutzgesetzgebung zugerechnet wird;¹⁵ diese Entgegensetzung wird auch zum Ausdruck gebracht, wenn insoweit von Regulierungsprivatrecht gesprochen wird.¹⁶ Hinzu kommt, wie sich hierin schon andeutet: Das (Markt-)Regulierungsrecht wird verbreitet als öffentlich-rechtliche Materie,¹⁷ das Verbraucherschutzrecht als privatrechtliche Domäne wahrgenommen.¹⁸ Auf einen flüchtigen Blick scheinen die beiden Rechtsgebiete eher disparat.

¹¹ *Eifert* (Fn. 2), § 19 Rn. 9; *C. Bumke* Die Verwaltung 41 (2008), 227 (229 Fn. 9); *W. Höfling* Finanzmarktregulierung – Welche Regelungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor? Gutachten F zum 68. Deutschen Juristentag, Bd. I, 2010, 10. Zur Abgrenzung zum Kartellrecht vgl. *F. J. Säcker* AöR 130 (2005), 180 (188 f.).

¹² Für Regulierungsrecht als Privatisierungsfolgenrecht z.B. *M. Ruffert* AöR 124 (1999), 237 (239, 246 ff.); *F. J. Säcker* AöR 130 (2005), 180 (188 mit Fn. 29); *M. Knauff* VerwArch 96 (2007), 382 (383). Krit. zur Verengung hierauf *R. Stober* DÖV 2004, 221 (223); *H. Schulze-Fielitz* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2006, § 12 Rn. 19, 53.

¹³ So *J. Masing* Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden? Gutachten D zum 66. Deutschen Juristentag, Bd. I, 2006, 10, jedenfalls für den Zweck der dortigen Untersuchung; *Kersten* Herstellung von Wettbewerb (Fn. 1), 318.

¹⁴ Zur Regulierungsbedürftigkeit des Kapitalmarkts vgl. BVerfGE 124, 235 (245); *Schulze-Fielitz* (Fn. 12), § 12 Rn. 55, der die Finanzmarktaufsicht zwar nicht unter „Regulierungsverwaltung“, wohl aber unter „Marktstrukturverwaltung“ verortet; *Höfling* (Fn. 11), 10 ff.

¹⁵ *Kühling* (Fn. 5), 14.

¹⁶ Vgl. *H.-W. Micklitz* GPR 2009, 254, der von einem europäischen Regulierungsprivatrecht spricht, dem er insbesondere auch das Verbraucherrecht zurechnet (ebd., 257).

¹⁷ *Masing* (Fn. 13), 14; *ders.* Beilage zu NJW Heft 11/2006, 19.

¹⁸ Vgl. etwa *W. Ewer* FS von Westphalen, 2010, 135 (148): „primär im Zivilrecht ‚zuhause‘“; *Micklitz* (Fn. 6), Vor §§ 13, 14 passim, spricht von Verbraucherrecht und meint durchweg Verbraucherprivatrecht.

Das führt im Folgenden zunächst zu der Frage, wie ihre Verknüpfung in einem verbraucherschützenden Regulierungsrecht auf einer begrifflich-konstruktiven Ebene gelingt (II.), dann zu dem Versuch, knapp dessen inhaltliche Ausgestaltung zu skizzieren (III.), und darauf aufbauend zu der Frage, ob und inwieweit diese Ausgestaltung Besonderheiten aufweist (IV.): Kann das Regulierungsrecht den Verbraucherschutz so integrieren, wie das Verbraucherschutzrecht das Unternehmer-Verbraucher-Verhältnis auch ansonsten austariert, oder impliziert es einen spezifischen Verbraucherschutz?

II. Begrifflich-konstruktive Grundlagen

1. „Staat – Unternehmen – Verbraucher“ im Regulierungsrecht

Die Frage nach dem Schutz des Verbrauchers adressiert die Sicherung menschlicher Interessen in besonderer Weise. Den Verbraucher i.S.v. § 13 BGB kennt zunächst nur das Privatrecht. Dem öffentlichen Recht herkömmlicher Prägung ist der Verbraucher der Sache nach zwar nicht fremd, aber doch in anderer Weise bekannt: zum einen als zu schützender Dritter im Rechtsverhältnis von Behörde und Gewerbetreibendem im Rahmen des Wirtschaftsaufsichtsverwaltungsrechts, d.h. des Ordnungsrechts, zum anderen als Empfänger oder Nutzer öffentlicher Dienstleistungen im Leistungsverwaltungsrecht. In der Rolle des auf einem Markt agierenden und zu schützenden Verbrauchers nimmt ihn erst – in einem weiten Anwendungsfeld – das Regulierungsrecht wahr.

Den Weg dahin hat das Europäische Unionsrecht zunächst dadurch bereitet, dass es Güter und Leistungen weitgehend, mit Ausnahme der – eng begrenzten – sog. nichtmarktbezogenen Tätigkeiten, als *wirtschaftliche* Leistungen qualifiziert, auch soweit sie bislang der staatlichen Daseinsvorsorge oder Leistungsverwaltung zugerechnet worden sind. Nach dem europäischen Begriff der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse handelt es sich insoweit um marktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Behörden mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden.¹⁹ Daseinsvorsorgeleistungen werden konstruktiv aufgespalten in hoheitliche Gemeinwohlvorgaben und privatwirtschaftliche Leistungserbringung. In der Sache können solche Leistungen u.U. auch weiterhin, wie das Beispiel der Wasserversorgung belegt, im – insbe-

¹⁹ Vgl. etwa *Europäische Kommission* Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003) 270 endg., Tz. 16.

sondere auch staatlichen – Monopol oder auch weiterhin im Modus staatlicher Leistungsverwaltung dargeboten werden. Wenn jedoch für die fraglichen wirtschaftlichen Leistungen ein Wettbewerbsmarkt besteht oder eröffnet werden soll, kann unter den Bedingungen von Marktversagen oder sonstiger Funktionsschwäche des Marktes Regulierungsrecht erforderlich werden. Dieses entfaltet sich dann in dem Dreieck von regulierendem Staat, Güter und Leistungen anbietenden Unternehmen und Verbrauchern.²⁰

2. Verbraucherschützendes Regulierungsrecht zwischen öffentlichem und Privatrecht

In dieser Dreieckskonstellations scheint, wenn das Regulierungsrecht den Verbraucher in seinen regelmäßig privatrechtlichen Rechtsbeziehungen zum Unternehmer²¹ schützen soll, das Verhältnis von öffentlichem und Privatrecht prekär.

Jedoch ist einerseits Verbraucherschutz nicht allein ein Anliegen des Privatrechts; er erschöpft sich nicht in den Schutzvorschriften des Verbraucherprivatrechts.²² So ist die Abwehr von Gefahren für Rechtsgüter des Verbrauchers,²³ die von Gütern und Dienstleistungen des Unternehmers ausgehen können, herkömmlich Gegenstand des öffentlich-rechtlichen Ordnungsrechts²⁴ und zugleich ein seit jeher anerkanntes Element von Verbraucherschutz.²⁵ Andererseits und vor allem ist das Regulierungsrecht nicht umfassend öffentlich-rechtlicher Natur.²⁶

²⁰ So auch C. Franzius DVBl. 2010, 1086 (1089).

²¹ Eifert (Fn. 2), § 19 Rn. 131.

²² Zutreffend zum gemischten Charakter des Verbraucherschutzrechts M. Burgi in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2006, § 18 Rn. 11. Vgl. auch M. Paschke in: Graf/Paschke/Stober (Hrsg.) Staatlicher Verbraucherschutz und private Unternehmerverantwortung, 2003, 39; J.-C. Pielow ebd., 53 ff.; M. Wellenhofer-Klein ebd., 85 ff., die Verbraucherschutz aus privat- und aus öffentlich-rechtlicher Perspektive beleuchten.

²³ Zu dieser Aufgabe des Regulierungsrechts vgl. J. Masing HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 90 Rn. 44; Holoubek (Fn. 5), 35.

²⁴ M. Ruffert AöR 124 (1999), 237 (246 ff.); Kühling (Fn. 5), 1.

²⁵ Vgl. bereits die am Anfang systematischer Verbraucherschutzpolitik stehende sog. Verbraucherbotschaft von Präsident Kennedy aus dem Jahr 1962, die das Recht auf Sicherheit, d.h. den Ausschluss von Gefahren durch den Gebrauch fehlerhafter Produkte als erstes von vier Verbraucherrechten proklamierte (und daneben das Recht auf Information, das Recht auf Wahlfreiheit sowie das Recht auf Gehör, d.h. auf Partizipation nannte); abgedruckt bei: E. v. Hippel Verbraucherschutzrecht, 3. Aufl. 1986, 281 ff. Vgl. weiter Eifert (Fn. 2), § 19 Rn. 28; W. Ewer FS von Westphalen, 2010, 135 (144).

²⁶ Zu dessen gemischten Charakter vgl. Burgi (Fn. 22), § 18 Rn. 11.

Es ist nicht notwendig öffentlich-rechtlich, weil oder soweit es die Gemeinwohlorientierung der Leistungserbringung sichert,²⁷ und auch die Sicherung von Wettbewerb macht es nicht insgesamt zu wettbewerbsbezogenem Verwaltungsrecht.²⁸ Solche pauschalen Zuweisungen, die auf bestimmte Vorverständnisse von der inhaltlichen Funktion des öffentlichen bzw. des Privatrechts rekurren, gehen letztlich fehl.²⁹ Das Regulierungsrecht mag überwiegend öffentlich-rechtliche Anteile aufweisen, doch einer einheitlichen Qualifikation entzieht es sich.³⁰ Eine differenzierte Beurteilung erkennt sowohl eindeutig öffentlich-rechtliche Regelungen in Gestalt von regulierungsbehördlichen Regelungsbefugnissen wie auch eindeutig privatrechtliche Regelungen, etwa Leistungs-, Unterlassungs- oder Schadensersatzansprüche des Endkunden gegen den Unternehmer.³¹ Manche Verbraucherschutzverpflichtungen von Unternehmen wird man weder als öffentlich- noch als privatrechtlich, sondern als neutral³² und als offen sowohl für öffentlich- wie auch für privatrechtliche Sanktionierung qualifizieren müssen. Das Regulierungsrecht kann auch privatrechtlichen Verbraucherschutz leisten.

Was die Reichweite der Anwendung von einerseits öffentlichem, andererseits Privatrecht angeht, zeitigt die Herausbildung eines verbraucherschützenden Regulierungsrechts paradoxe Folgen. Sie führt einerseits dazu, dass früher leistungsverwaltungsrechtlich geregelte Nutzerinteressen nunmehr den – partiell privatrechtlichen – Regelungen des Regulierungsrechts unterfallen; eine besondere Pointe ist dabei, dass ggf. auch staatliche oder gemischtwirtschaftliche Unternehmen wie die Telekom oder die Stadtwerke als privatwirtschaftliche Anbieter nunmehr diesem Regulierungsrecht unterworfen sind. Andererseits wird das Rechtsverhältnis von privaten Unternehmen und ihren Endkunden, ansonsten Gegenstand eines privaten Verbraucherschutzrechts, durch das Regulierungsrecht partiell öffentlich-rechtlich überla-

²⁷ *F. J. Säcker* AöR 130 (2005), 180 (183, 220).

²⁸ *J. Masing* Beilage zu NJW Heft 11/2006, 19. Entgegen *F. J. Säcker* AöR 130 (2005), 180 (183, 220), der das Regulierungsrecht insoweit als privatrechtlich ansieht, wie es die Wettbewerbsorientierung der Aufgabenerfüllung durch Private schützt, macht dieser Umstand es allerdings auch nicht notwendig zu Privatrecht.

²⁹ So zu Recht *Voßkuhle* Beteiligung Privater (Fn. 3), 310 Fn. 184.

³⁰ *Voßkuhle* Beteiligung Privater (Fn. 3), 310; *F. J. Säcker* AöR 130 (2005), 180 (188); *M. Knauff* VerwArch 96 (2007), 382 (383). *Burgi* (Fn. 22), § 18 Rn. 11, sieht öffentliches und Privatrecht sogar etwa anteilsgleich.

³¹ Vgl. auch *C. Bumke* Die Verwaltung 41 (2008), 227 (241 ff.).

³² *G. Hermes* ZHR 166 (2002), 433 (460), zu Kontrahierungszwängen im EnWG. Zur streitigen Qualifikation von §§ 31, 32 WpHG vgl. etwa *C. Bumke* Die Verwaltung 41 (2008), 227 (242 Fn. 71 m.w.N.).

gert, was – vielleicht nicht ganz treffend – als privatrechtsgestaltende Wirkung des Regulierungsrechts bezeichnet worden ist.³³

Gerade aus der Verbraucherperspektive zeigen sich dabei die Möglichkeiten des mit Recht viel zitierten wechselseitigen Ergänzungs- oder Auffangverhältnisses der beiden Rechtsregime.³⁴ Verbraucherinteressen können zum einen durch öffentlich-rechtliche Instrumente im Verhältnis der Regulierungsbehörde zu den Unternehmen befördert werden, wie mit Blick auf die Entgeltregulierung unmittelbar einleuchtet. Zum anderen stehen den Verbrauchern in ihrem privatrechtlichen Rechtsverhältnis zu den Unternehmen Instrumente wie Zurückbehaltungsrechte und Aufrechnungs-, Unterlassungs- oder Schadensersatzansprüche zur Verfügung. Allerdings können in diesem Zusammenspiel von öffentlichem und Privatrecht auch spezifische Probleme auftreten, insbesondere durch das Nebeneinander verschiedener Rechtswege;³⁵ dass das Energiewirtschaftsgesetz zwar für die Netzzugangsentgelte Regulierungsvorgaben macht, die Endkundenpreise als solche aber unreguliert lässt und der Kontrolle im kartell- und zivilgerichtlichen Verfahren überlässt, begründet etwa Probleme mit Blick auf die Inzidentprüfung der Netzzugangsentgelte in diesen Verfahren bzw. den Ausschluss solcher Inzidentprüfung, die ich hier nur beispielhaft erwähnen kann.³⁶

In dem Dreieck von Staat-Unternehmer-Verbraucher ist also – so ziehe ich ein Zwischenfazit – gerade die Gemengelage von öffentlich- und privatrechtlichen Normen für das Regulierungsrecht kennzeichnend.³⁷ Privatisierung staatlicher Daseinsvorsorge und Publizierung privatwirtschaftlicher Leistungsangebote greifen – formell betrachtet – beim regulierungsrechtlichen Verbraucherschutz ineinander.

³³ R. Stober DÖV 2004, 221; F. J. Säcker AöR 130 (2005), 180 (184 Fn. 13).

³⁴ Grundlegend W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996; vgl. etwa im Regulierungskontext H.-H. Trute DVBl. 1996, 950 (958); Voßkuhle Beteiligung Privater (Fn. 3), 310; Burgi (Fn. 22), § 18 Rn. 36; M. Fehling in: Fehling/Ruffert (Hrsg.) Regulierungsrecht, 2009, § 23 Rn. 31.

³⁵ Fehling (Fn. 34), § 23 Rn. 31. Allgemein dazu Burgi (Fn. 22), § 18 Rn. 42.

³⁶ Vgl. hierzu F. J. Säcker/J. Meinzenbach in: Säcker (Hrsg.) Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 2, 2. Aufl. 2010, § 111 Rn. 31 ff.

³⁷ Vgl. Voßkuhle Beteiligung Privater (Fn. 3), 309 f.; Burgi (Fn. 22), § 18 Rn. 80; Masing (Fn. 13), 14; K. F. Röhl/H. C. Röhl Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, 426; C. Bumke Die Verwaltung 41 (2008), 227 (242); Hopt WM 2009, 1873 (1874); H.-W. Micklitz GPR 2009, 254 (257). Allgemein zur wechselseitigen Ergänzung der verschiedenen Rechtsgebiete als einem Trend der modernen Verwaltungsrechtsentwicklung Schulze-Fielitz (Fn. 12), § 12 Rn. 5.

III. Sachliche Ausgestaltung von Verbraucherschutz im Regulierungsrecht

Wie gestaltet das Regulierungsrecht, unter Rückgriff auf öffentlich- und privatrechtliche Instrumente, den Verbraucherschutz nun in der Sache aus?

1. Unions- und verfassungsrechtliche Grundlagen

Verfassungs- und Unionsrecht liefern hierfür verpflichtende Vorgaben von unterschiedlichem Konkretionsgrad.

Verfassungsrechtlich vermögen grundrechtliche Schutzpflichten³⁸ ebenso wie das Sozialstaatsprinzip³⁹ nur sehr begrenzte Direktionskraft zu entfalten. Schon die Bestimmung dessen, was den Bürgern bzw. Verbrauchern danach gemeinwohlgerecht zu gewährleisten ist, ist mit einigen Unsicherheiten belastet. Immerhin wird man sich etwa für die Wasser- und die Stromversorgung, wo sektorspezifische Verfassungsvorgaben fehlen, auf eine grundsätzliche Verfassungsverpflichtung verständigen können.⁴⁰ Auch für den Finanzmarkt wird im Übrigen eine verfassungsrechtliche Gewährleistungspflicht bejaht,⁴¹ die sich freilich nicht auf grundrechtliche Schutzpflichten und Sozialstaat, sondern allenfalls auf die – problematische⁴² – Annahme einer notwendigen Staatsaufgabe berufen kann. Die Aussagekraft der beiden genannten Verfassungsvorgaben leidet aber vor allem darunter, dass sie sich zum Modus der gebotenen Mindestversorgung der Bürger, also zur Entscheidung über staatliche Leistungsverwaltung oder Liberalisierung und ggf. zu einem möglichen Regulierungsregime nicht verhalten. Art. 87e,

³⁸ Hierauf als Grundlage verfassungsrechtlicher Gewährleistungs- und Regulierungspflichten verweisend insbes. *J. A. Kämmerer* Privatisierung, 2001, 449 ff.; *F. Schoch* NVwZ 2008, 242 (244 m.w.N. in Fn. 49). Zurückhaltend insoweit *Voßkuhle* Beteiligung Privater (Fn. 3), 309 f.; *O. Lepsius* in: Fehling/Ruffert (Hrsg.) Regulierungsrecht, 2009, § 4 Rn 100.

³⁹ Vgl. hierzu *Lepsius* (Fn. 38), § 4 Rn. 97. A.A. *Kühling* (Fn. 5), 465 f. („regulierungsindifferent“).

⁴⁰ *J. Masing* Die Verwaltung 36 (2003), 1 (7); *Kersten* Herstellung von Wettbewerb (Fn. 1), 320. Zur Wasserversorgung vgl. BVerwGE 106, 64 (77); HessVGH RdE 1993, 143 (144). Vgl. auch *U. Ehricke* IR 2008, 248 (254), dazu, ob deshalb in extremen Ausnahmesituationen die Gemeinde als Trägerin eines kommunalen Elektrizitätsversorgungsunternehmens im Sinne einer Einstandspflicht gehalten sein kann, für die Aufrechterhaltung der Grundversorgung mit Strom zu sorgen.

⁴¹ *C. Bumke* Die Verwaltung 41 (2008), 227 (238 f.); *P. Werheit* Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, 2009, 116 ff.; *Höfling* (Fn. 11), 9.

⁴² Vgl. *Lepsius* (Fn. 38), § 4 Rn. 101 ff.

87f GG schreiben hingegen sektorspezifisch für das Eisenbahnwesen sowie für Post und Telekommunikation die Liberalisierung vor und machen zugleich nähere Regulierungsvorgaben, die gerade darauf abzielen, eine durch die Wettbewerbsöffnung bewirkte Unterversorgung zu verhindern,⁴³ wenn auch nur im Sinne eines gegenüber der Allgemeinheit bestehenden Staatsziels, für dessen Umsetzung immer noch erhebliche Spielräume bestehen.⁴⁴

Bedeutsamer sind die europarechtlichen Vorgaben. Schon das Europäische Primärrecht ist auf bemerkenswerte Art differenzierter. Zum einen verpflichten Art. 169 AEUV sowie Art. 38 EuGrCh, ergänzt durch Art. 114 Abs. 3 AEUV, ausdrücklich zur Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus. Zum anderen bekennt die Union sich in Art. 14 und 106 Abs. 2 AEUV sowie Art. 36 EuGrCh dazu, das Funktionieren der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sicherzustellen, was die Möglichkeit der regulierenden Korrektur des Wettbewerbs zum Schutz von ansonsten gefährdeten Verbraucherinteressen einschließt.⁴⁵ Die entscheidenden, sehr viel dichteren Vorgaben für das Regulierungsrecht finden sich dann im europäischen Sekundärrecht. Es hat nicht nur maßgebliche Anstöße für die Liberalisierung ehemaliger Monopolbereiche gegeben; es hat zugleich – sektorspezifisch unterschiedlich – umfangreiche Vorgaben zur Sicherstellung von Grundversorgung bzw. Universaldiensten,⁴⁶ aber auch zum Schutz sonstiger Verbraucherinteressen gemacht. Exemplarisch stehen dafür die Vorgaben der Energiebinnenmarktrichtlinien. Schon die sog. Beschleunigungsrichtlinien des Jahres 2003 haben umfangreiche Kundenschutzvorgaben gemacht, die den Kunden von Strom- und Gaslieferanten Anspruch auf eine Grundversorgung sowie auf Verträge mit bestimmten Mindestinhalten zu gerechten Bedingungen, auf transparente Information über Preise und Bedingungen, auf rechtzeitige Unterrichtung über Vertragsänderungen, auf verschiedene Zahlungsmodalitäten usw. verbürgen.⁴⁷ Die Richtlinien des sog. Dritten Energie-

⁴³ Vgl. BVerfGE 108, 370 (393f.).

⁴⁴ Vgl. etwa K. Windthorst in: Sachs, GG, 5. Aufl. 2009, Art. 87e Rn. 62.

⁴⁵ Vgl. nur EuGH, Slg. 1993, I-2533, Rn. 15 – Corbeau; Slg. 1997, I-5815, insbes. 61, 89 – EdF.

⁴⁶ I. Pernice in: Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages, Bd. II/1, 2006, 85 (113).

⁴⁷ Vgl. Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG; Richtlinie 2003/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG.

binnenmarktpakets⁴⁸ haben in Art. 3 und Anhang I diese Vorgaben noch erweitert; die Ergänzungen verlangen erstmals besondere Schutzvorschriften für schutzbedürftige Endkunden und zielen im Übrigen vor allem auf eine verbesserte Information über Verbrauchswerte und Kosten sowie auf Erleichterungen des Lieferantenwechsels.⁴⁹

2. Elemente der einfachrechtlichen Ausgestaltung

a) Einzelne Verbraucherschutzziele

Manche der einschlägigen nationalen Regulierungsgesetze nennen in der Folge, z. B. in § 2 Abs. 1 Nr. 1 TKG und § 1 Abs. 2 EnWG, den Verbraucher- oder Kundenschutz ausdrücklich als Gesetzes- oder Regulierungsziel. In der weiteren Umsetzung lassen sich dann einzelne Unterziele des Schutzes von Verbraucherinteressen identifizieren.

Ein erstes regulierungsrechtliches Verbraucherschutzziel ist die Abwehr von Gefahren für Rechtsgüter des Verbrauchers, die von Gütern oder Dienstleistungen ausgehen können.⁵⁰ Diesem Ziel sucht das Regulierungsrecht durch Marktzutrittsschranken,⁵¹ z. B. die verbliebenen präventiven Erlaubnisvorbehalte im Energiewirtschaftsgesetz oder auch im Kapitalmarktrecht,⁵² sowie durch Verhaltensvorschriften wie etwa die Regelungen des Telekommunikationsgesetz über den Datenschutz Rechnung zu tragen.

Das Regulierungsrecht zielt weiter im Verbraucherinteresse darauf sicherzustellen, dass Unternehmen im Wettbewerb die gewollten Leistungen anbieten können.⁵³ Auf dem Finanzmarkt dient diesem Zweck eine Finanzmarktaufsicht, die ein besonders dichtes und ausdifferenziertes, zur Risikoaufsicht⁵⁴ gesteigertes Instrumentarium vorsieht. Sie

⁴⁸ Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG; Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG.

⁴⁹ Vgl. O. Däuper N&R 2009, 214 (221 f.).

⁵⁰ Zur Gefahrenabwehr als einem Hauptziel des Regulierungsrechts vgl. M. Ruffert AöR 124 (1999), 237 (246 ff.); Kühling (Fn. 5), 1; J. Masing HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 90 Rn. 44; Holoubek (Fn. 5), 35.

⁵¹ Zur Gewerbeerlaubnis als Verbraucherschutzinstrument vgl. v. Hippel (Fn. 25), 42 f.

⁵² C. Bumke Die Verwaltung 41 (2008), 227 (245).

⁵³ Dies als primäres Ziel betonend H. C. Röhl JZ 2006, 831 (833).

⁵⁴ Höfling (Fn. 11), 32 f. Vgl. auch Holoubek (Fn. 5), 39, der bei der Bankenaufsicht die Grenzen zwischen Gefahrenabwehr einerseits und Funktions-, Anleger- und auch Konsumentenschutz andererseits verschwimmen sieht.

dient damit nicht nur der Solvenz- und Marktaufsicht, sondern auch dem Anleger- oder Kundenschutz;⁵⁵ insbesondere seit das Wertpapierhandelsgesetz in § 31a WpHG ausdrücklich die privaten von den professionellen Kunden unterscheidet und für sie gesteigerte Anforderungen aufstellt, hat dieser Anlegerschutz auch eine spezifische Verbraucherschutznote.⁵⁶ In den liberalisierten Netzwirtschaften, die eben deshalb mitunter als einziges, jedenfalls aber primäres Anwendungsfeld von Regulierung gelten, ist die Aufgabe besonders anspruchsvoll, weil der Betrieb der Netzstrukturen nach wie vor als natürliches Monopol gilt. Hier greifen die bekannten Instrumente der Netzzugangsgewährung, die damit in einem weiteren Sinne als verbraucherschützend anzusehen sind.

Ergänzend zielt das Regulierungsrecht darauf, Interessen der Kunden in ihrer Geschäftsbeziehung zu den Unternehmen zu schützen. Dies geschieht in vielfältiger Weise, durch Vorgaben zu Werbematerial, zu gebotener Information und Beratung, zur Rechnungstransparenz, zu Zahlungsperioden und Zahlungsweisen, durch Regelungen zur Vertragsdauer, Rücktrittsrechte usw. Auf der Grundlage der erwähnten EU-Richtlinien kennt das Energiewirtschaftsgesetz etwa umfangreiche entsprechende Regelungen. Aber auch in anderen Sektoren ist ein deutlicher Ausbau vor allem der den Unternehmen auferlegten Informationspflichten mit dem Ziel der Herstellung von Markttransparenz festzustellen.⁵⁷

Wo wegen fortbestehender natürlicher Monopole das wettbewerbliche Leistungsangebot erst durch Regulierung ermöglicht werden muss, setzt sich dessen Sicherstellung u. U. fort in der Sicherung der Angemessenheit der von den Verbrauchern zu zahlenden Preise.⁵⁸ Dies geschieht teils nur indirekt durch Regulierung der Preise, die die Lieferanten der Verbraucher für die Vorleistungen an die netzbetreibenden Unternehmen zu zahlen haben, teils direkt durch Ermächtigungen zur ex-ante- oder zumindest ex-post-Reglementierung der Endkundenpreise.

⁵⁵ Vgl. BT-Drs. 14/7033, 31; R. Pitschas/S. Gille VerwArch 94 (2003), 68 (76f.), zur verbraucherschützenden Bedeutung der Einlagensicherungsrichtlinie; Schulze-Fielitz (Fn. 12), § 12 Rn. 55.

⁵⁶ D. Leuring/D. Zetzsche NJW 2009, 2856 (2860): „Einbruch des Verbraucherschutzes in das Kapitalmarktrecht“.

⁵⁷ Vgl. auch zu parallelen Entwicklungen im Versicherungsrecht M. Fehling FS Winter, 2007, 171 (175).

⁵⁸ J. Masing HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 90 Rn. 45, zur Endkundenpreiskontrolle als besonderer Form des Kundenschutzes im TKG und PostG.

Für den Fall, dass die gewollte Mindestversorgung durch das Leistungsangebot im Wettbewerb nicht zustande kommen sollte, sieht das Regulierungsrecht schließlich teilweise – nicht im Kapitalmarktrecht,⁵⁹ wohl in den Netzwirtschaften – Regelungen zur Sicherung einer Grundversorgung durch Unternehmen vor, namentlich in Gestalt des Universaldienstmodells gemäß §§ 78 ff. TKG sowie der Grundversorgung in der leitungsgebundenen Energieversorgung gemäß § 36 EnWG. Letztere Bestimmung verdeutlicht ihren spezifisch verbraucherschützenden Charakter, indem sie nur Haushaltskunden i.S.v. § 3 Nr. 22 EnWG und damit jedenfalls vornehmlich Private begünstigt.

b) Durchsetzung von Verbraucherinteressen

Den verschiedenen Zielen und Gegenständen regulierungsrechtlichen Verbraucherschutzes korrespondieren – in den einzelnen Gesetzen freilich uneinheitlich – unterschiedliche Regelungen zur Einbringung und Durchsetzung der Verbraucherschutzinteressen. Soweit in einzelnen Kundenbeziehungen Verbraucherschutzregeln wie Rechnungstransparenzvorschriften oder Abrechnungsfristen (§ 41 Abs. 1 und 2 EnWG) missachtet werden, greifen zivilrechtliche Rechtsdurchsetzungsinstrumente.⁶⁰ Diese individuelle Rechtsdurchsetzung macht der Gesetzgeber sich mitunter bewusst zunutze; in § 34a Abs. 2a, 2b WpHG hat er die zunächst aufsichtsrechtliche Verpflichtung zur Herstellung eines Beratungsprotokolls mit einem zivilrechtlichen Herausgabeanspruch des privaten Kunden verbunden, weil die Vielzahl der Fälle die regulierungsbehördlichen enforcement-Kapazitäten überschreiten würde.⁶¹ Ergänzt wird dieser individuelle Rechtsschutz durch verschiedene Regelungen kollektiver Interessenwahrnehmung. Die Beachtung der Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten im Verhältnis zwischen einem Wertpapierdienstleistungsunternehmen und einem Kunden nach dem 6. Abschnitt des Wertpapierhandelsgesetzes, das in diesem Zusammenhang übrigens als Verbraucherschutzgesetz qualifiziert wird, kann durch Verbraucherverbände nach dem Unterlassungsklagegesetz durchgesetzt werden. Auch § 44 Abs. 2 TKG gibt Verbraucherverbänden einen – in § 32 EnWG allerdings vorenthaltenen⁶² – Unterlassungsanspruch gegen Unternehmen, die gegen re-

⁵⁹ C. Bumke Die Verwaltung 41 (2008), 227 (242). Vgl. dazu, dass die Finanzmarktregulierung doch eine Art von staatlicher Reservefunktion beinhalte, Höfling (Fn. 11), 11.

⁶⁰ Vgl. z. B. J. Hellermann in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.) EnWG, 2. Aufl. 2010, § 40 Rn. 24.

⁶¹ Vgl. BT-Drs. 16/12814, 28; D. Leuring/D. Zetzsche NJW 2009, 2856 (2859).

⁶² Vgl. M. Robert in: Britz/Hellermann/Hermes (Fn. 60), § 32 Rn. 17.

gulierungsrechtliche Vorgaben verstoßen. In § 66 Abs. 2 EnWG wird Verbraucherverbänden die Möglichkeit, am Verwaltungsverfahren der Regulierungsbehörde beteiligt zu werden, und über diese Verfahrenseteiligung gemäß § 75 Abs. 2 EnWG auch ein nachfolgendes Klagerecht eröffnet. Und schließlich bleibt als spezifisch regulierungsrechtliches Instrument die Durchsetzung verbraucherschutzrelevanter Regelungen durch regulierungsbehördliche Entscheidungen.

IV. Die Besonderheit des Verbraucherschutzes durch Regulierungsrecht

Verbraucherschutz im Regulierungsrecht ist einerseits – wie dargelegt – durch konkretisierungsbedürftiges vorrangiges Recht geboten, andererseits – was hier nicht detailliert untersucht werden kann – auch diesem gegenüber rechtfertigungsbedürftig. Die Prüfung in beide Richtungen – ebenso wie die rechtspolitische Bewertung – setzt voraus, dass man sich der spezifischen Gründe für Verbraucherschutz in regulierten Wirtschaftssektoren vergewissert.

1. *Der Probestein: Verbraucherschutz im Lichte verschiedener Verbraucherleitbilder*

Im regulierten Wettbewerb erfolgt der Leistungsaustausch auf dem Markt. Dort liegt – darin sind sich Verfassungsrecht⁶³ und Zivilrechtsdogmatik,⁶⁴ mit einer gewissen, gleich anzusprechenden Modifikation auch das Unionsrecht⁶⁵ im Grundsatz einig – der Bezugspunkt allen Verbraucherschutzes in der Sicherung der Privatautonomie bzw. Vertragsfreiheit des privaten Endverbrauchers. Es geht um die Sicherung seiner Selbstbestimmung und Eigenverantwortung im Hinblick auf seine Konsumentscheidungen und die Funktionsfähigkeit des Marktes als Korrelat hierzu.⁶⁶

In der weiteren Frage, worin die Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers auf dem Markt begründet ist und welche Verbraucherschutzkonzepte deshalb geboten sind, endet die Übereinstimmung. Der grundsätzliche Dissens ist in der – vor allem das Verbraucherprivatrecht

⁶³ Vgl. BVerfGE 89, 214 (231); R. Stober FS Lukes, 1989, 591 (598f.).

⁶⁴ Vgl. B. Heiderhoff Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts, 2004, 295 ff.

⁶⁵ Vgl. dazu Micklitz (Fn. 6), Vor §§ 13, 14 Rn. 70 f.; Heiderhoff (Fn. 64), 318 ff.

⁶⁶ C. Ott in: Graf/Paschke/Stober (Hrsg.) Staatlicher Verbraucherschutz und private Unternehmerverantwortung, 2003, 5 (13 f.).

beherrschenden – Entgegensetzung verschiedener Verbraucherleitbilder hervorgetreten.⁶⁷ Auf der einen Seite steht das Leitbild des der Unternehmenseite gegenüber generell oder jedenfalls situativ unterlegenen und deshalb im Sinne eines sozialen Verbraucherschutzmodells schutzbedürftigen Verbrauchers; diese Vorstellung, die sich auch in der Bürgerschaftsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁶⁸ wiederfindet, hat die Anfänge der bundesrepublikanischen wie auch der europäischen Verbraucherschutzpolitik⁶⁹ beherrscht. Etwa seit Mitte der 1980er Jahre dominiert hingegen zunächst und vor allem im europäischen, dann auch im nationalen Recht das Leitbild des mündigen und umsichtig handelnden Verbrauchers, der im Sinne des sog. Informationsmodells auf Vermittlung hinreichender Markttransparenz angewiesen ist⁷⁰ und durch deren Vermittlung im Übrigen auch zu verstärkter grenzüberschreitender Marktaktivität im Binnenmarkt befähigt werden soll,⁷¹ womit der europäische Verbraucherbegriff einen auf die Realisierung des Binnenmarktes bezogenen funktionellen Akzent erhält.⁷² Vor allem aus diesem Informationsmodell werden dann auch die Grenzen legitimen, sinnvollen Verbraucherschutzes abgeleitet; sie können insbesondere da überschritten sein, wo ein Übermaß an Informationen die Wahrnehmungsfähigkeit der Verbraucher überfordert⁷³ oder wo Verbraucherschutzpflichten – ökonomisch gesprochen – zu adversen Effekten führen, indem letztlich von den Verbrauchern selbst zu tragende Kosten verursacht werden, denen kein entsprechender Nutzen gegenübersteht.⁷⁴

⁶⁷ Vgl. S. *Vogt* FS von Westphalen, 2010, 741 (744f.).

⁶⁸ BVerfGE 89, 214 (232). Vgl. auch BVerfGE 103, 89 (100f.).

⁶⁹ *Micklitz* (Fn. 6), Vor §§ 13, 14 Rn. 67.

⁷⁰ *Micklitz* (Fn. 6), Vor §§ 13, 14 Rn. 68, 70; *Ott* (Fn. 66), 12; *M. Fehling* FS Winter, 2007, 171 (174); S. *Vogt* FS von Westphalen, 2010, 741 (751). Zur Bedeutung eines möglichst hohen Maßes an Informationen der Marktteilnehmer über marktrelevante Faktoren für eine an den eigenen Interessen orientierte Entscheidung über die Bedingungen der Marktteilnahme vgl. auch BVerfGE 105, 252 (266f.).

⁷¹ *Micklitz* (Fn. 6), Vor §§ 13, 14 Rn. 68, 70. Vgl. die Festlegung der verbraucherpolitischen Strategie im Grünbuch KOM (2007) 99 endg.

⁷² Zum sog. funktionellen Verbraucherschutz *Micklitz* (Fn. 6), Vor §§ 13, 14 Rn. 70f.

⁷³ Zu diesem Gesichtspunkt etwa *D. Zimmer/J. Höft* ZGR 2009, 662 (689).

⁷⁴ *Ott* (Fn. 66), 17.

2. *Schutz der Verbraucherinteressen im Regulierungsrecht*

Wie rechtfertigt sich Verbraucherschutz gerade durch Regulierungsrecht vor diesen Verbraucherleitbildern?

a) *Verbraucherschutz ordnungs- und verbraucherprivatrechtlichen Charakters*

Mit einem Teil seiner Regelungen fügt es sich seinen Zielsetzungen und Instrumenten nach in die aufgezeigten Entwicklungslinien des Verbraucherrechts zwanglos ein.

Das gilt zum einen für die der Sache nach ordnungsrechtlichen⁷⁵ Vorschriften zur Abwehr von Gefahren für Rechtsgüter des Verbrauchers.⁷⁶ Sie sollen sich auch vor dem Informationsmodell rechtfertigen können, soweit der Verbraucher weder vor noch nach dem Erwerb die Qualität oder Gefahrenträchtigkeit der Dienstleistung bzw. des Guts beurteilen kann.⁷⁷

Zum anderen und vor allem weisen viele der regulierungsrechtlichen Verbraucherschutzvorschriften nicht nur formell, sondern auch der Sache nach einen verbraucherprivatrechtlichen Charakter auf.⁷⁸ Sie treten als regulierungsrechtliche Ergänzungen zu Verbraucherschutzregeln hinzu, die das sonstige einschlägige Verbraucherprivatrecht (z.B. für den Abschluss von Energielieferverträgen im Fernabsatz⁷⁹) aufstellt. Auch der Umstand, dass im Energierecht für grundversorgte Haushaltskunden spezielle verbraucherschützende Regelungen auf der Grundlage von § 39 EnWG in Gestalt der Grundversorgungsverordnungen bestehen und außerhalb der Grundversorgung belieferte Haushaltskunden nach in der Regel weitgehend inhaltsgleichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen⁸⁰ beliefert werden, bezeugt die sachliche Verwandtschaft. Die im Energiewirtschaftsgesetz zuletzt ausgebauten Informations- und Transparenzpflichten, aber auch die durch Rücktrittsrechte, Zahlungsverordnungen etc. in Vertragsinhalte eingreifenden Vorschriften folgen grundsätzlich verbraucherprivatrechtlicher Logik. Entsprechendes gilt für den Kapitalmarkt, dessen verbraucherschutzgefärbten Regulierungsvorgaben maßgeblich auf den Abbau von Informationsasymmetrien zu

⁷⁵ M. Ruffert AöR 124 (1999), 237 (246ff.); Kühling (Fn. 5), 1.

⁷⁶ Vgl. J. Masing HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 90 Rn. 44.

⁷⁷ Ott (Fn. 66), 17.

⁷⁸ Vgl. zum TKG J.-P. Schneider in: Fehling/Ruffert (Hrsg.) Regulierungsrecht, 2009, § 8 Rn. 69.

⁷⁹ Vgl. z.B. BGH RdE 2009, 222, zum Bestehen eines Widerrufsrechts bei Energieliefervertragsabschlüssen im Fernabsatz.

⁸⁰ Vgl. J. Hellermann in: Britz/Hellermann/Hermes (Fn. 60), § 39 Rn. 16 (m.w.N.).

Lasten der privaten Kunden gerichtet sind.⁸¹ Diese Verbraucherschutzregeln sind in den genannten Regulierungsgesetzen besonders ausdifferenziert, was auf dem Finanzmarkt in der Eigenart des Leistungsgegenstandes, auf dem Energiesektor auch darin begründet ist, dass der Verbraucher für die Stimulierung des Wettbewerbs instrumentalisiert wird; ein jüngstes Beispiel ist die 2008 eingeführte Verpflichtung zum Ausweis der Entgelte für Messstellenbetrieb und Messungen in Letztverbraucherrechnungen gemäß § 40 Abs. 1 EnWG, die das Ziel hat, die insoweit vorgenommene Marktöffnung praktisch wirksam werden zu lassen. Ob dabei in einzelnen Fällen der Verbraucherschutz überzogen wird, ist nicht unumstritten. Dies bleibt aber im vertrauten, vom Informationsmodell dominierten verbraucherprivatrechtlichen Bezugsrahmen zu beantworten.⁸²

b) Verbraucherschutz durch Marktregulierung

Weil bei den soeben angesprochenen kundenschützenden Regelungen, insbesondere den Informationspflichten ein Ausbau beobachtbar ist, Regulierungsansätze wie die Universaldienstverpflichtung nach TKG hingegen praktisch ohne Relevanz geblieben sind und andere wie die Marktzulassungskontrollen, vor allem, soweit sie auf Versorgungssicherheit zielen, eher abgebaut werden (z.B. § 6 TKG, § 4 EnWG), wird mitunter der Wandel von einem sozialstaatlich geprägten Daseinsvorsorgeverständnis hin zu einem modernen, an Konsumentensouveränität orientierten Verbraucherschutz im Regulierungsrecht begrüßt.⁸³ In dessen Anwendungsbereich stößt ein am Informationsmodell orientierter Verbraucherschutz jedoch an Grenzen; einen sachlich zureichenden, umfassenden Verbraucherschutz kann dieses Modell hier nicht begründen.⁸⁴ Es bedarf u. U. eines über den Ausgleich von Informationsasymmetrien und über verbraucherprivatrechtlichen Kundenschutz hinausgehenden, spezifischen Verbraucherschutzes.

Das hat seinen Grund nicht in der Annahme des sozialen Schutzmodells, der Verbraucher befinde sich als Privater in einer *rollenspezifischen* strukturellen Unterlegenheit gegenüber dem Unternehmer und

⁸¹ C. Bumke Die Verwaltung 41 (2008), 227 (254f.).

⁸² Krit. z.B. zu § 34 Abs. 2a, 2b WpHG D. Leuring/D. Zetzsche NJW 2009, 2856 (2860f.), unter Hinweis auf höhere Kosten für Verbraucher als Folge höherer Haftungsrisiken der Wertpapierhandelsunternehmen.

⁸³ Vgl. M. Fehling FS Winter, 2007, 171 (175); ders. in: Leible/Lippert/Walter (Hrsg.) Die Sicherung der Energieversorgung auf globalisierten Märkten, 2007, 115 (129); C. Franzius DVBl. 2010, 1086 (1091).

⁸⁴ Vgl. M. Fehling FS Winter, 2007, 171 (185); F. Schoch NVwZ 2008, 241 (245).

sei deshalb schutzbedürftig.⁸⁵ Die besondere Schutzbedürftigkeit hat vielmehr ihren Grund in eben den Marktunvollkommenheiten, die die Regulierungsbedürftigkeit der jeweiligen Märkte auslösen. Soweit sie den Wettbewerb stören, tangieren sie damit zugleich auch die Verbraucherinteressen. Ökonomisch betrachtet ist ein funktionierender Wettbewerbsmarkt erste Voraussetzung für den Schutz des Verbrauchers;⁸⁶ für nicht funktionierenden Wettbewerb zahlt er den Preis in Gestalt überhöhter, Monopolrenditen einschließender Preise, die seine Kaufkraft schmälern.⁸⁷ Dem hierin begründeten Verbraucherschutzbedürfnis kann allein durch Behebung von Informationsasymmetrien nicht Rechnung getragen werden, denn der Verbraucher kann auch bei optimaler Markttransparenz diese überhöhten Preise nicht vermeiden, ohne auf das Wirtschaftsgut zu verzichten, was ihm nicht möglich ist oder jedenfalls rechtlich nicht zugemutet werden soll.

Hierin bringt sich zur Geltung, dass Verbraucherschutz nicht als Gegenstand einer sog. sozialen oder nicht-ökonomischen Regulierung⁸⁸ von der marktbezogenen Regulierung abgesondert werden darf. Das gilt schon mit Blick auf die Entstehung von ökonomischer Regulierung: Sie hat zwar einerseits nur da ihre Berechtigung, wo Funktionsschwächen des Marktes bestehen, weshalb es für die Brot- oder Milchversorgung weder früher staatliche Daseinsvorsorge gab⁸⁹ noch heute Regulierungsrecht gibt; andererseits ruft nicht allein das Bestehen von Marktversagen in bestimmten Sektoren Regulierungsrecht hervor, sondern erst die politische Entscheidung, einen funktionstüchtigen Markt um des Angebots bestimmter Güter und Leistungen im Wettbewerb willen herzustellen,⁹⁰ weshalb eine Regulierung für den organisierten, nicht aber gleichermaßen für den grauen Kapitalmarkt oder den vielleicht ähnlich vertrauensabhängigen Kunstmarkt besteht.⁹¹ Auch mit Blick

⁸⁵ Vgl. *Micklitz* (Fn. 6), Vor §§ 13, 14 Rn. 62ff.; *S. Vogt* FS von Westphalen, 2010, 741 (744). Die Einführung einer rollensoziologischen Konzeption in die Diskussion um das Verbraucherrecht wird zurückgeführt auf *N. Reich* ZRP 1974, 187 (190).

⁸⁶ Vgl. *Ott* (Fn. 66), 13f.

⁸⁷ *F. J. Säcker* AöR 130 (2005), 180 (207f.): „Die Last der Monopolpreise trüge ... allein der Verbraucher, der immer weniger Güter und Dienstleistungen kaufen könnte. Damit wäre die Idee der Wettbewerbswirtschaft, die am Ziel der optimalen Versorgung der Verbraucher orientiert ist, auf den Kopf gestellt.“

⁸⁸ Vgl. oben bei und in Fn. 15.

⁸⁹ Vgl. zu diesem altbekannten Beispiel *K. Stern/G. Püttner* Die Gemeindevirtschaft, 1965, S. 56f.; *F. Ossenbühl* DÖV 1971, 513 (515f.).

⁹⁰ Vgl. *H. C. Röhl* JZ 2006, 831 (832); *Lepsius* (Fn. 38), § 19 Rn. 43.

⁹¹ Vgl. *C. Bumke* Die Verwaltung 41 (2008), 227 (239): Der Staat erfüllt seine verfassungsrechtliche Pflicht durch Regulierung des organisierten Kapitalmarkts, darf aber im Rahmen seiner Gestaltungsfreiheit den grauen Kapitalmarkt unreguliert las-

auf die Regulierungsziele bilden ökonomische und nicht-ökonomische Regulierung dann keinen Gegensatz; die auf Marktunvollkommenheiten reagierende ökonomische Regulierung⁹² schließt – prinzipiell gleichrangig, nicht etwa als regulierungsfremde und tendenziell störende Zielsetzung – soziale, ökologische und sonstige Gründe mit ein.⁹³ Bezogen auf unsere Fragestellung: Regulierung erfolgt im Interesse des fairen Wettbewerbs und der Verbraucherinteressen zugleich; in diesem Sinne ist wettbewerbsbezogene Regulierung zugleich Verbraucherschutz.⁹⁴

Hinsichtlich der Reichweite dieser verbraucherschützend wirkenden Marktregulierung treten zwischen verschiedenen Regulierungsregimen deutliche Unterschiede hervor. Sie zeigen, wie mit der Weite des zugrunde gelegten Regulierungsbegriffs die Notwendigkeit der Differenzierung innerhalb des Regulierungsrechts wächst. Die Regulierungsbedürftigkeit des Finanzmarkts beruht – darin folge ich dem Bundesverfassungsgericht – im Kern darauf, dass es sich bei ihm um ein vernetztes Marktsystem wechselseitiger Abhängigkeiten handelt, das in besonderem Maß vertrauensabhängig und in der Folge vom Vertrauen der Marktteilnehmer in hinreichende Kontrollmechanismen abhängig ist; hinreichende vertrauensstabilisierende staatliche Kontrollmaßnahmen sind deshalb die entscheidende Voraussetzung für einen funktionsfähigen Markt.⁹⁵ Über die so bewirkte Etablierung eines funktionsfähigen Marktes hinaus erfolgt aber keine Regulierung der Wettbewerbsstrukturen⁹⁶ und bestehen auch keine spezifischen, in Marktstrukturen begründeten Verbraucherschutzgefährdungen,⁹⁷ weshalb die Bundesanstalt für Finanz-

sen. Zum Verbraucher- bzw. Anlegerschutz auf dem grauen Finanzmarkt vgl. zuletzt BT-Drs. 17/284 und 17/2335.

⁹² Kühling (Fn. 5), 14.

⁹³ F. J. Säcker AöR 130 (2005), 180 (220); J. Ruthig/S. Storr Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2008, Rn. 513; Lepsius (Fn. 38), § 19 Rn. 44; Schneider (Fn. 78), § 8 Rn. 12; Kersten Herstellung von Wettbewerb (Fn. 1), 318. Die Aussage von Masing (Fn. 13), 46: „Im Kern hat Regulierung aber den Wettbewerb zu ermöglichen und schon damit die Gemeinwohlinteressen zu befördern.“ steht der Annahme einer gleichrangigen Regulierung um bestimmter Gemeinwohlzwecke willen wohl nicht entgegen. Tendenziell anders F. Schorkopf JZ 2008, 20 (29): „... nicht die Ergebnisorientierung von Regulierung, sondern der Wettbewerb selbst soll ... die Wohlfahrt der Bürger und Unternehmen steigern.“

⁹⁴ Vgl. OLG Koblenz ZNER 2009, 146 (149): „Förderung des Wettbewerbs im Interesse der Verbraucher“ als Schutzzweck des § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG

⁹⁵ Vgl. BVerfGE 124, 235 (246); C. Bumke Die Verwaltung 41 (2008), 227 (228, 232, 256); H. C. Röhl in: Fehling/Ruppert (Hrsg.) Regulierungsrecht, 2009, § 18 Rn. 7: Höf-ling (Fn. 11), 9.

⁹⁶ Vgl. C. Bumke Die Verwaltung 41 (2008), 227 (228, 232, 242, 249).

⁹⁷ Vgl. C. Bumke Die Verwaltung 41 (2008), 227 (236f.).

diensleistungen (BaFin) in Wahrnehmung ihrer Regulierungsaufgabe auch nicht zugleich unmittelbar als Verbraucherschutzbehörde agiert.⁹⁸ In den Netzwirtschaften ist das anders, soweit weiterhin von natürlichen Monopolen auszugehen ist; hier setzen deshalb die spezifischen Regulierungsinstrumente der Zugangsrechtsgewährungen, Entgeltregulierungen und Grundversorgungsansprüche an. Sie erweisen sich als der spezifische harte Kern auch des Verbraucherschutzes durch Regulierungsrecht.⁹⁹

Die gebotene Regulierung ist eine komplexe Gestaltungsaufgabe,¹⁰⁰ die die einzelnen Verbraucher mittelbar erheblich, aber reflexhaft betrifft. Mit Recht wird die Möglichkeit der subjektivrechtlichen Berechtigung der einzelnen Verbraucher, die im Bereich der individuellen Kundenbeziehungen ihr selbstverständliches Anwendungsfeld hat, im Bereich von wettbewerbsbezogenen Regulierungsentscheidungen, namentlich von Entgeltregulierungsentscheidungen, zurückhaltend bewertet.¹⁰¹ Mit Blick auf die Bedeutung von Partizipation für die Regulierung¹⁰² und zugleich auch für den Verbraucherschutz¹⁰³ scheint aber eine Stärkung der Beteiligungs- und Klagerechte von Verbraucherverbänden möglich und angezeigt.¹⁰⁴ Im Übrigen deutet sich an, dass auch

⁹⁸ Vgl. C. Franzius DVBl. 2010, 1086 (1089).

⁹⁹ Schulze-Fielitz (Fn. 12), § 12 Rn. 57, schreibt ihnen zutreffend die Funktion der sozialstaatlichen Mindestversorgung für alle Bürger zu.

¹⁰⁰ Vgl. hierzu etwa H.-H. Trute FS 50 Jahre BVerwG, 2003, 857 (858); M. Bullinger DVBl. 2003, 1355 (1358); E. Schmidt-Aßmann Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, 141.

¹⁰¹ K.-H. Ladeur/C. Möllers DVBl. 2005, 525 (530); M. Knauff VerwArch 96 (2007), 382 (399); großzügiger für das TKG H.-H. Trute FS 50 Jahre BVerwG, 2003, 857 (871). Vgl. auch Schneider (Fn. 78), § 8 Rn. 123. Zum Vorschlag, unter Übertragung der Rechtsprechung des EuGH (Zweite Kammer), Slg. 2008, I-6221, Rn. 34 ff. – Janecek, die im Fall der Gefahr einer Überschreitung der Grenzwerte oder der Alarmschwellen einen individuellen Anspruch eines unmittelbar betroffenen Einzelnen auf Erstellung eines Aktionsplans zur Luftreinhaltung bejaht hat, einen individuellen Rechtsschutz im Finanzmarktaufsichtsrecht zu begründen, vgl. K. Purnhagen/P. Verbruggen in: Keßler/Micklitz/Reich (Hrsg.) Institutionelle Finanzmarktaufsicht und Verbraucherschutz, 2010, 173 (240); C. Franzius DVBl. 2010, 1086 (1093 f.).

¹⁰² Eifert (Fn. 2), § 19 Rn. 155: Partizipation als Element „guter Regulierung“.

¹⁰³ Vgl. die sog. Verbraucherbotschaft von Präsident Kennedy aus dem Jahr 1962, abgedruckt bei v. Hippel (Fn. 25), 281 ff., die bereits das Recht auf Gehör, d.h. auf Partizipation, als eines der Verbraucherschutzrechte nennt.

¹⁰⁴ In diesem Sinne auch M. Knauff VerwArch 96 (2007), 382 (400); C. Franzius DVBl. 2010, 1086 (1094). Zur Verbandsbeteiligung nach § 66 Abs. 2 EnWG G. Britz in: Fehling/Ruffert (Hrsg.) Regulierungsrecht, 2009, § 9 Rn. 138. Für die Zulassung von Verbrauchern als Endnutzern im Beschlusskammerverfahren nach § 134 Abs. 2 TKG E. Gurlit in: F. J. Säcker (Hrsg.) Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz, 2. Aufl. 2009, § 134 Rn. 41.

das Informationsfreiheitsgesetz einen Beitrag zu einer verstärkten öffentlichen Kontrolle der Aufsichts- und Regulierungsbehörden durch die Bürger wird leisten können.¹⁰⁵

In seinen verbraucherschützenden Wirkungen erweist sich das Regulierungsrecht damit am Ende in der Sache als ein *mixtum compositum* von modernem Verbraucherschutz und sozialstaatlicher Daseinsvorsorge. Für den Anteil der unterschiedlichen Bestandteile ist maßgeblich, inwieweit nach Einschätzung des Gesetzgebers trotz der Abhängigkeit von einem natürlichen Monopol hinreichende Vorbedingungen für funktionierenden Wettbewerb bereits bestehen und deshalb auf den – nur noch vom allgemeinen Wettbewerbsrecht oder privaten Vertragsrecht umhегten – Wettbewerb vertraut werden darf; insoweit kann das Regulierungsrecht mit Blick auf den Verbraucherschutz die spezifisch regulierungsrechtlichen Instrumente zurücknehmen und auf den Ausbau der Sache nach verbraucherprivatrechtlicher Instrumente setzen.¹⁰⁶ Der Verzicht auf die Regulierung der Endkundenentgelte im Energierecht, der die Kontrolle der Strom- und Gaspreise insoweit dem Kartellamt und den Zivilgerichten überantwortet hat, führt das beispielhaft vor. In der – wenn auch u.U. nur latenten – Pflicht zur Sicherstellung der Grundversorgung¹⁰⁷ und aktuell vor allem in der Netzzugangsentgeltregulierung aber bleibt die Verantwortung für die angemessene Versorgung der Verbraucher unter den Bedingungen eines unvollständigen Marktes sichtbar. Insoweit setzt sich in der dem regulierenden Staat zugeschriebenen Ergebnisverantwortung¹⁰⁸ seine Daseinsvorsorgeverantwortung fort.

V. Schluss: Das Regulierungsrecht aus der Verbraucherschutzperspektive

Schließen möchte ich mit einigen wenigen Überlegungen dazu, welchen Ertrag die Betrachtung aus der Verbraucherschutzperspektive für die Diskussion um das Regulierungsrecht und den Gewährleistungsstaat allgemein haben kann.

¹⁰⁵ J. Wieland Die Verwaltung 43 (2010), 83 (92 f.), zur Kapitalmarktaufsicht unter Hinweis auf VG Frankfurt NVwZ 2008, 1384; vgl. in diesem Zusammenhang weiter VGH Kassel NVwZ 2010, 1036; DÖV 2010, 568; DVBl. 2010, 1059. Vgl. auch C. Franzius DVBl. 2010, 1086 (1091); Höfling (Fn. 11), 43.

¹⁰⁶ Vgl. R. Stober DÖV 2004, 221 (224); M. Fehling FS Winter, 2007, 171 (175).

¹⁰⁷ J. Masing HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 90 Rn. 46, weist zu Recht auf deren output-orientierte Umschreibung hin.

¹⁰⁸ Voßkuhle Beteiligung Privater (Fn. 3), 311; Masing (Fn. 13), 181; Schulze-Fielitz (Fn. 12), § 12 Rn. 166: „Auffangverantwortung“.

1. *Eigenart des Regulierungs(verwaltungs)rechts*

Sie weckt Zweifel, ob es wirklich angemessen und hilfreich ist, die Gewährleistungs- oder Regulierungsverwaltung als eine dritte Säule des Verwaltungsrechts neben der Ordnungs- und der Leistungsverwaltung zu etablieren.¹⁰⁹ Wenn man diese beiden letzteren Kategorien, wie herkömmlich, auf eine Unterscheidung bestimmter Verwaltungsaufgabentypen zurückführt,¹¹⁰ steht die Regulierungsverwaltung richtigerweise nicht daneben; vielmehr liegt Regulierung – die im Übrigen auch noch darüber hinaus reicht – sozusagen quer dazu,¹¹¹ denn es geht ihr um die *Modalitäten* der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben,¹¹² und zwar ordnungs- wie auch leistungsverwaltungsrechtlicher Art.¹¹³ Auch wenn man in der Unterscheidung von Ordnungs-, Leistungs- und Regulierungsverwaltung weniger verschiedene Aufgaben als verschiedene Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung repräsentiert sehen will,¹¹⁴ bleibt die Frage, ob Regulierung als ein solcher Grundmodus von Verwaltung angemessen erfasst ist. Nicht nur, dass die Regulierungsverwaltung zu einem nicht unwesentlichen Teil nach wie vor mit den tradierten ordnungs- und leistungsverwaltungsrechtlichen Instrumenten arbeitet.¹¹⁵ Vor allem könnte die Gefahr einer Engführung bestehen, denn Regulierung ist mehr als ein Modus der Verwaltungsaufga-

¹⁰⁹ Vgl. *Voßkuhle* Beteiligung Privater (Fn. 3), 304 ff.; *Schulze-Fielitz* (Fn. 12), § 12 Rn. 18, 51 ff.; *C. Bumke* Die Verwaltung 41 (2008), 227 (228 Fn. 7); *W. Kahl* Die Verwaltung 42 (2009), 463 (481 ff.). Als Beleg für den Einzug in die Lehrbuchliteratur vgl. *H. Maurer* Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, § 1 Rn. 16b. I. Erg. krit. hierzu *R. Stober* DÖV 2004, 221 (223), der kein geschlossenes Verwaltungsrechtsgebiet erkennt; *Pernice* (Fn. 46), 125; zurückhaltend auch *F. Schoch* NVwZ 2008, 241 (243); *H.-W. Laubinger* VBIBW 2010, 306 (307, 310).

¹¹⁰ Vgl. etwa *Maurer* (Fn. 109), § 1 Rn. 15 ff.

¹¹¹ Vgl. *Eifert* (Fn. 2), § 19 Rn. 12 f., 28 ff., 33 ff., der „Ordnung“ und „Leistung“ als die beiden Anwendungsfelder (auch modernisierter) hoheitlicher Regulierung vorstellt.

¹¹² Dem Postulat eines Regulierungsverwaltungsrechts liegt gerade die – berechtigte – Kritik an der gegenstandsbezogenen Betrachtungsweise zugrunde, dass es ihr an näheren Aussagen über die *Modalitäten* der Aufgabenwahrnehmung mangle; vgl. *Voßkuhle* Beteiligung Privater (Fn. 3), 275. Hinter diese Erkenntnis fiele man zurück, wenn man die Regulierung selbst als weiteres, daneben zu stellendes Sachanliegen der Verwaltung ansehen wollte.

¹¹³ Zur Heterogenität und Problematik der Zuordnung von Regulierung vgl. bereits *M. Ruffert* AöR 124 (1999), 237 (244 f.).

¹¹⁴ *Schulze-Fielitz* (Fn. 12), § 12 Rn. 3, 24 ff.

¹¹⁵ Vgl. *T. v. Danwitz* DÖV 2004, 977 (985); *E. Schmidt-Aßmann* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2004, 141, zur fortbestehenden hervorgehobenen Bedeutung des Verwaltungsakt als Handlungsform; *M. Knauff* VerwArch 96 (2007), 382 (384); *F. Schoch* NVwZ 2008, 241 (243); *H.-W. Laubinger* VBIBW 2010, 306 (308).

benwahrnehmung, mehr als Regulierungsverwaltung;¹¹⁶ diese stellt ein wesentliches Element dar, ist aber – wie der Blick auf den Verbraucherschutz durch Regulierungsrecht gezeigt hat – Teil eines umfassenderen Konzepts, das nicht zuletzt auch originär privatrechtliche Instrumente einsetzt.¹¹⁷ Möglicherweise wird Regulierung angemessener nicht als ein eigenständiges Verwaltungsrechtsgebiet,¹¹⁸ sondern – auf einer anderen, höherstufigen Ebene – als ein Modus staatlicher Aufgabenverfolgung erfasst, der zwischen staatlicher Eigenwahrnehmung und bloß ordnungs- und privatrechtlicher Reglementierung privater Betätigung angesiedelt ist.¹¹⁹ Der so eröffnete Bezugsrahmen umschließt nicht nur das Wechselverhältnis von privat- und öffentlich-rechtlicher Regulierung; auch die Verschränkungen zwischen staatlicher Leistungsverwaltung und Regulierungsverwaltung, wie sie z.B. in der durch Art. 87e Abs. 3 S. 3 GG vorgeschriebenen Verantwortlichkeit für die Schienenwege bei der in staatlichem Mehrheitseigentum verbleibenden Deutsche Bahn gesehen werden können, sind besser zu erfassen. In dieser übergreifenden Perspektive kann im Übrigen auch die Disziplin des öffentlichen Rechts eine umfassende Kompetenz für das Regulierungsrecht, auch für das privatrechtsförmig verbraucherschützende Regulierungsrecht beanspruchen.

2. *Der Gewährleistungsstaat: schlanker oder patriarchalischer Staat?*

Auch wenn die Entwicklung des Regulierungsrechts in erheblichem Umfang mit einem Rückzug des Staates aus der eigenen Aufgabenerfüllung verbunden gewesen ist, ist dies sicher nicht der Weg zu einem – vor allem in der frühen Privatisierungsphase beschworenen¹²⁰ – schlanken Staat.¹²¹ Eher gibt der Verweis auf den Gewährleistungsstaat und das ihn realisierende Regulierungsrecht die Antwort auf diese verfehlte

¹¹⁶ Deshalb erscheint auch die Gleichsetzung von Regulierungsrecht mit Regulierungsverwaltungs- oder auch Gewährleistungsverwaltungsrecht etwa bei *Masing* (Fn. 13), 14; *Röhl* (Fn. 95), § 18 Rn. 35, problematisch.

¹¹⁷ Zum Mix der Rechtsregime und Sanktionen vgl. *C. Bumke* Die Verwaltung 41 (2008), 227 (239, 241 ff.).

¹¹⁸ Vgl. auch *R. Stober* DÖV 2004, 221 (223).

¹¹⁹ Zu diesen Grundtypen *Eifert* (Fn. 2), § 19 Rn. 14; zu einer Analyse der Organisation der Regulierungsverwaltung in dieser Weise vgl. *G. Britz* in: *Fehling/Ruffert* (Hrsg.), *Regulierungsrecht*, 2009, § 21 Rn. 5 ff.

¹²⁰ Vgl. programmatisch etwa die Regierungserklärung der neuen, von CDU/CSU und FDP gebildeten Bundesregierung vom 4. Mai 1983, Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 10. Wahlperiode, 57: „weniger Staat“.

¹²¹ *F. Schoch* NVwZ 2008, 241 (247): kein „Minimalstaat“.

Erwartung.¹²² Auch im Verbraucherinteresse bedarf es auf unvollkommenen Märkten einer intensiv regulierenden Hand des Staates.

Zu Unrecht allerdings wird das Modell des Gewährleistungsstaats umgekehrt unter Verdacht gestellt, der Entwicklung zu einem patriarchalischen Staat Vorschub zu leisten.¹²³ Aus solcher Sorge heraus ist zuletzt eine stärkere Beachtung der Grundrechte der regulierungsunterworfenen Unternehmen angemahnt worden.¹²⁴ Die Verbraucherperspektive erinnert daran, dass auf unvollkommenen, gleichwohl dem Wettbewerb geöffneten Märkten ohne Regulierung weder für konkurrierende Unternehmen noch für Verbraucher ein freiheitlicher Zustand gegeben wäre. Die Regulierung ist kein bevormundender, prinzipiell zu minimierender¹²⁵ Eingriff in die Freiheit der Marktteilnehmer,¹²⁶ sondern dient überhaupt erst der Konstituierung eines funktionsfähigen Wettbewerbsmarktes für Unternehmen und Verbraucher.¹²⁷

Die vorausliegende Entscheidung über das vom Staat zu gewährleistende Güter- und Dienstleistungsangebot, über staatliche Monopolversorgung oder Liberalisierung und Regulierung des privatwirtschaftlichen Leistungsangebots und ggf. über die Ausgestaltung des Regulierungsregimes im Einzelnen unterliegt zwar Vorgaben des Europäischen Unions- und des Verfassungsrechts; diese lassen aber – mitunter unterschätzte – Spielräume für politische Entscheidung und Gestaltung.¹²⁸ Bei der Ausgestaltung des Gewährleistungsstaats ist dann nicht mehr nur der zu schützende Verbraucher, sondern auch wieder der Aktivbürger im Spiel.

¹²² M. Knauff DÖV 2009, 581 (581).

¹²³ F. Schorkopf JZ 2008, 20 (26).

¹²⁴ Vgl. etwa P. M. Huber FS Stober, 2008, 547 (551 ff.); Kersten Herstellung von Wettbewerb (Fn. 1), 320; vgl. auch, in der Sache aber abwägend, M. Burgi DVBl. 2006, 269 (270, 272).

¹²⁵ So z.B. U. Ehricke Die Regulierungsbehörde für Strom und Gas, 2004, 37 f.; F. Schorkopf JZ 2008, 20 (29), der deshalb eine ex-post-Regulierung grundsätzlich einer ex-ante-Regulierung vorziehen will; dagegen M. Burgi DVBl. 2006, 269 (272).

¹²⁶ So auch Eifert (Fn. 2), § 19 Rn. 110 Fn. 255; tendenziell anders etwa U. Di Fabio Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), 235 (255).

¹²⁷ Vgl. C. Bumke Die Verwaltung 41 (2008), 227 (238); J. Wieland Die Verwaltung 43 (2010), 83 (88). Vgl. auch mit Blick auf Kartell- und Wettbewerbsrecht W. Fikentscher GRUR Int 2009, 635 (635 f.); allgemeiner B. Grzeszick HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 78 Rn. 21.

¹²⁸ Vgl. zuletzt etwa in diesem Sinne Potacs Herstellung von Wettbewerb (Fn. 1), 263, unter ergänzendem Hinweis auf das „Protokoll über die Dienste von allgemeinem Interesse“ zum Lissabon-Vertrag; W. Kahl Die Verwaltung 42 (2009), 463 (471).

Leitsätze des 1. Referenten über:

Schutz der Verbraucher durch Regulierungsrecht

I. Einführung

1. Der Verbraucher im Regulierungsrecht – eine vernachlässigte Perspektive

(1) In der bisherigen Diskussion um das Regulierungsrecht dominieren die wettbewerbsbezogene Perspektive sowie die Perspektive des regulierenden Staates, während die Verbraucherperspektive von nachrangigem Interesse geblieben ist.

2. „Regulierungsrecht“ und „Verbraucherschutz“

(2) Als Verbraucher soll hier gelten, wer als Privater Leistungen oder Güter von Unternehmen am Markt erwirbt.

(3) Unter Regulierungsrecht wird hier marktbezogenes Regulierungsrecht verstanden, das seine Aufgabe in der Etablierung und Sicherung eines Wettbewerbsmarkts in Situationen sog. Marktversagens oder auch bei sonstigen strukturellen Funktionsschwächen eines Marktes hat, die das – einen gegebenen Wettbewerb bloß punktuell, reaktiv begleitende – allgemeine Wettbewerbsrecht überfordern.

3. Anfragen an das Verhältnis von Regulierungs- und Verbraucherschutzrecht

(4) Die – auf einen ersten Blick bestehende – Disparität von Regulierungsrecht und Verbraucherschutzrecht wirft die Frage nach ihrer Verknüpfung in einem verbraucherschützenden Regulierungsrecht auf einer begrifflich-konstruktiven Ebene (II.) und vor allem nach dessen Ausgestaltung in der Sache (III.) sowie deren Bewertung im Hinblick auf mögliche Besonderheiten des Verbraucherschutzes im Regulierungsrecht (IV.) auf.

II. Begrifflich-konstruktive Grundlagen

1. „Staat – Unternehmen – Verbraucher“ im Regulierungsrecht

(5) *Das Regulierungsrecht hat den auf einem Markt agierenden Verbraucher zum Schutzobjekt. Den Weg dahin hat das Europäische Unionsrecht dadurch bereitet, dass es – mit Ausnahme der sog. nichtmarktbezogenen Tätigkeiten – Güter und Leistungen, auch soweit sie bislang der staatlichen Daseinsvorsorge zugerechnet worden sind, als wirtschaftliche Leistungen qualifiziert, die ggf. spezifischen hoheitlichen Gemeinwohlverpflichtungen unterworfen sind.*

(6) *Wenn für solche wirtschaftliche Leistungen ein Wettbewerbsmarkt besteht oder eröffnet werden soll, wird unter den Bedingungen von Marktversagen oder sonstiger Funktionsschwäche des Marktes Regulierungsrecht erforderlich, das sich in dem Dreieck von regulierendem Staat, Unternehmen und Verbrauchern entfaltet.*

These 1: *Grundlegend für die Bedeutung, die der auf einem Markt agierende und zu schützende Verbraucher im Regulierungsrecht gewonnen hat, ist der europäische Begriff der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, der auch sog. Daseinsvorsorgeleistungen als – unter hoheitlichen Gemeinwohlvorgaben stehende – wirtschaftliche Leistungen definiert.*

2. Verbraucherschützendes Regulierungsrecht zwischen öffentlichem und Privatrecht

(7) *Das Regulierungsrecht entzieht sich einer einheitlichen Qualifikation, enthält vielmehr sowohl öffentlich-rechtliche wie auch privatrechtliche (darüber hinaus auch neutrale) Regelungen.*

(8) *Das verbraucherschützende Regulierungsrecht nimmt einerseits früher leistungsverwaltungsrechtlich geregelte Nutzerinteressen nunmehr in seine partiell privatrechtlichen Regelungen auf und überlagert andererseits öffentlich-rechtlich das ansonsten (verbraucher-)privatrechtlich geregelte Rechtsverhältnis von privaten Unternehmen und ihren Endkunden.*

(9) *Aus Verbraucherperspektive eröffnen sich sowohl regulierungsbehördliche wie auch privatrechtliche Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung, deren Zusammenspiel allerdings auch spezifische Probleme aufwerfen kann.*

These 2: *Für das (verbraucherschützende) Regulierungsrecht ist kennzeichnend, dass die Dreieckskonstellation von Staat – Unternehmen – Verbraucher ihre Regelung in einer Gemengelage von öffentlich- und privatrechtlichen (sowie neutralen) Normen findet.*

III. Sachliche Ausgestaltung von Verbraucherschutz im Regulierungsrecht

1. Unions-und verfassungsrechtliche Grundlagen

(10) Grundrechtliche Schutzpflichten und das Sozialstaatsprinzip entfalten nur sehr begrenzte Direktionskraft; es fehlt ihnen vor allem an Aussagen zum Modus der gebotenen Mindestversorgung der Bürger. Dies leisten die sektor-spezifischen Regelungen der Art. 87e, 87f GG, die gerade darauf abzielen, eine durch die Wettbewerbsöffnung bewirkte Unterversorgung zu verhindern.

(11) Das Europäische Primärrecht verpflichtet zum einen allgemein zur Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus (Art. 169, 114 Abs. 3 AEUV, Art. 38 EuGrCH) und enthält zum anderen mit Blick auf die Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse Rechtsgrundlagen für eine regulierende Korrektur des Wettbewerbs zum Schutz von ansonsten gefährdeten Verbraucherinteressen (Art. 14, 106 Abs. 2 AEUV, Art. 36 EuGrCh).

(12) Die entscheidenden, dichten Vorgaben für das nationale Regulierungsrecht finden sich im europäischen Sekundärrecht, prototypisch etwa in den Energiebinnenmarkttrichtlinien (Richtlinien des sog. Dritten Energiebinnenmarktpakets aus dem Jahr 2009).

2. Elemente der einfachrechtlichen Ausgestaltung

a) Einzelne Verbraucherschutzziele

(13) Ein erstes regulierungsrechtliches Verbraucherschutzziel ist die Abwehr von Gefahren für Rechtsgüter des Verbrauchers, die von Gütern oder Dienstleistungen ausgehen können.

(14) Ein zentrales, Verbraucherinteressen dienliches Ziel des Regulierungsrechts ist es sicherzustellen, dass Unternehmen im Wettbewerb die gewollten Leistungen anbieten können.

(15) Ergänzend zielt das Regulierungsrecht darauf, Interessen der Kunden im Verhältnis zu den Unternehmen (im Hinblick auf Werbung, Information, Beratung, Rechnungstransparenz, Zahlungsperioden und Zahlungsweisen, Vertragsdauer, Rücktrittsrechte usw.) zu schützen.

(16) Im Bereich der Netzwirtschaften zielt das Regulierungsrecht auf die Sicherung der Angemessenheit der von den Verbrauchern zu zahlenden Preise, bloß indirekt durch Regulierung der Netzzugangsentgelte oder direkt durch Endkundenpreisregulierung.

(17) Für den Fall, dass die gewollte Mindestversorgung durch das Leistungsangebot im Wettbewerb nicht zustande kommen sollte, sieht das Regulierungsrecht schließlich teilweise Regelungen zur Sicherung einer Grundversorgung der Verbraucher durch Unternehmen vor.

b) *Durchsetzung von Verbraucherinteressen*

(18) *Die Durchsetzung der Verbraucherschutzinteressen erfolgt in den einzelnen Kundenbeziehungen durch zivilrechtliche Rechtsdurchsetzungsinstrumente, ergänzend durch verschiedene Regelungen kollektiver Interessenwahrnehmung, insbesondere auch Verbraucherverbandsbeteiligungs- und -klagerechte, sowie schließlich durch regulierungsbehördliche Entscheidungen.*

IV. *Die Besonderheit des Verbraucherschutzes durch Regulierungsrecht*

1. *Der Probierstein: Verbraucherschutz im Lichte verschiedener Verbraucherleitbilder*

(19) *In der Frage, worin die Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers auf dem Markt begründet ist und welches Verbraucherschutzkonzept deshalb geboten ist, stehen sich das Leitbild des der Unternehmenseite gegenüber generell oder jedenfalls situativ unterlegenen und deshalb im Sinne eines sozialen Verbraucherschutzmodells schutzbedürftigen Verbrauchers sowie das – heute dominierende – Leitbild des mündigen und umsichtig handelnden Verbrauchers, der im Sinne des sog. Informationsmodells auf Vermittlung hinreichender Markttransparenz angewiesen ist, gegenüber.*

2. *Schutz der Verbraucherinteressen im Regulierungsrecht*

a) *Verbraucherschutz ordnungs- und verbraucherprivatrechtlichen Charakters*

(20) *Mit seinen der Sache nach gefahrenabwehrrechtlichen Regelungen sowie seinen – erheblich ausgebauten – Regelungen verbraucherprivatrechtlichen Charakters fügt sich das Regulierungsrecht in den vom Informationsmodell dominierten verbraucher(privat)rechtlichen Bezugsrahmen ein.*

b) *Verbraucherschutz durch Marktregulierung*

(21) *Im Anwendungsbereich von Regulierungsrecht bedarf es eines über den Ausgleich von Informationsasymmetrien und über verbraucherprivatrechtlichen Kundenschutz hinausgehenden, spezifischen Verbraucherschutzes.*

(22) *Die besondere Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers hat ihren Grund nicht in einer rollenspezifischen strukturellen Unterlegenheit gegenüber dem Unternehmer, sondern in den gegebenen, den Wettbewerb störenden Marktunvollkommenheiten. Der Gefahr, wegen nicht funktionierenden*

Wettbewerbs überhöhte, Monopolrenditen einschließende Preise zahlen zu müssen, kann der Verbraucher auch bei optimaler Markttransparenz nicht entgehen, ohne auf das Wirtschaftsgut zu verzichten, was ihm nicht möglich ist, jedenfalls rechtlich nicht zugemutet wird.

These 3: *Der regulierungsrechtliche Verbraucherschutz folgt – tendenziell zunehmend – den Regelungsmustern des gefahrenabwehrenden und vor allem verbraucherprivatrechtlichen Verbraucherschutzrechts. Jedoch bedarf es im Regulierungsrecht eines über den Ausgleich von Informationsasymmetrien und Kundenschutz hinausgehenden Verbraucherschutzes, wo den Wettbewerb störende Marktunvollkommenheiten die Verbraucherinteressen gefährden.*

(23) *Verbraucherschutz darf nicht als Gegenstand einer sog. sozialen oder nichtökonomischen Regulierung von der marktbezogenen Regulierung abgesondert werden. Mit Blick auf die Entstehung von ökonomischer Regulierung und mit Blick auf die Regulierungsziele bilden ökonomische und nicht-ökonomische Regulierung keinen Gegensatz.*

(24) *Die Regulierung des Finanzmarkts dient im Kern der Etablierung eines funktionsfähigen Marktes durch vertrauensstabilisierende staatliche Kontrollmechanismen, nicht darüber hinaus der regulierenden Korrektur wettbewerblicher Marktstrukturen, die Verbraucherinteressen gefährden könnten. In den Netzwirtschaften hingegen bedarf es, soweit weiterhin von natürlichen Monopolen auszugehen ist, im Interesse der Verbraucher der spezifischen Regulierungsinstrumente der Zugangsrechtsgewährungen, Entgeltregulierungen und Grundversorgungsansprüche.*

These 4: *Wenn ein weiter Begriff von marktbezogener Regulierung zugrunde gelegt wird, bedarf es der Differenzierung: Wo es der Regulierung allein um die Etablierung eines funktionsfähigen Marktes ohne Eingriff in den wettbewerblichen Marktmechanismus geht, entfällt ein spezifischer wettbewerbsregulierender Verbraucherschutz; er ist hingegen insbesondere in den Netzwirtschaften geboten, soweit weiterhin von natürlichen Monopolen auszugehen ist.*

(25) *Die komplexe Gestaltungsaufgabe der gebotenen wettbewerbsbezogenen Regulierung betrifft die einzelnen Verbraucher mittelbar erheblich, aber reflexhaft. Mit Recht wird die Möglichkeit der subjektivrechtlichen Berechtigung der einzelnen Verbraucher im Bereich von wettbewerbsbezogenen Regulierungsentscheidungen zurückhaltend bewertet. Wohl erscheint eine Stärkung der Partizipation über Verbraucherverbände möglich und angezeigt.*

These 5: *Wettbewerbsbezogene Regulierungsentscheidungen betreffen die einzelnen Verbraucher reflexhaft. Die Geltendmachung von Verbraucherinteressen ist insoweit Sache der Partizipation insbesondere über die Verbraucherverbände.*

(26) *Verbraucherschutz durch Regulierungsrecht ist ein mixtum compositum von modernem Verbraucherschutz und sozialstaatlicher Daseinsvor-*

sorge. In den Netzwirtschaften ist maßgebend, inwieweit nach Einschätzung des Gesetzgebers trotz der Abhängigkeit von einem natürlichen Monopol hinreichende Vorbedingungen für funktionierenden Wettbewerb bereits bestehen. In der verbleibenden Ergebnisverantwortung des regulierenden Staates setzt sich seine Daseinsvorsorgeverantwortung fort.

V. Schluss: Das Regulierungsrecht aus der Verbraucherschutzperspektive

1. Eigenart des Regulierungs(verwaltungs)rechts

(27) Die Überlegungen zum Verbraucherschutz durch Regulierungsrecht lassen zweifelhaft erscheinen, ob das Regulierungsverwaltungsrecht als Verwaltungsrechtsgebiet und dritte Säule neben der Ordnungs- und der Leistungsverwaltung etabliert werden sollte. Regulierung, die primär an den Modalitäten und Instrumenten der Verfolgung von Gemeinwohl- oder Verwaltungszwecken interessiert ist, liegt insofern quer zu den einzelnen Verwaltungsaufgaben (ordnungs- wie auch leistungsverwaltungsrechtlicher Art) und reicht im Übrigen, durch den Einsatz originär privatrechtlicher Instrumente, auch darüber hinaus.

(28) Möglicherweise wird Regulierung angemessener nicht als ein eigenständiges Verwaltungsrechtsgebiet, sondern – auf einer höherstufigen Ebene – als ein Modus staatlicher Aufgabenverfolgung erfasst, der – mit gleitenden Übergängen – zwischen staatlicher Eigenwahrnehmung und bloß ordnungs- und privatrechtlicher Reglementierung privater Betätigung angesiedelt ist.

These 6: *Es erscheint angemessener, Regulierung nicht als ein eigenständiges Verwaltungsrechtsgebiet neben Ordnungs- und Leistungsverwaltung, sondern übergreifend als einen zwischen staatlicher Eigenwahrnehmung und bloß ordnungs- und privatrechtlicher Reglementierung privater Betätigung angesiedelten Modus staatlicher Aufgabenverfolgung zu erfassen.*

2. Der Gewährleistungsstaat: schlanker oder patriarchalischer Staat?

(29) Die Verbraucherperspektive erinnert daran, dass auf unvollkommenen, gleichwohl dem Wettbewerb geöffneten Märkten ohne Regulierung weder für konkurrierende Unternehmen noch für Verbraucher ein freier Zustand gegeben wäre. Die Regulierung ist kein prinzipiell zu minimierender Eingriff in die Freiheit der Marktteilnehmer, sondern dient überhaupt erst der Konstituierung eines funktionsfähigen Wettbewerbsmarktes für Unternehmen und Verbraucher.

***These 7:** Auf strukturell unvollkommenen, gleichwohl dem Wettbewerb geöffneten Märkten dient Regulierung überhaupt erst der Konstituierung eines funktionsfähigen Wettbewerbsmarktes für konkurrierende Unternehmen und Verbraucher.*