

Vierter Beratungsgegenstand:

Schutz der Verbraucher durch Regulierungsrecht

2. Referat von Prof. Dr. Dr. *Wolfgang Durner* LL.M., Bonn*

Inhalt

	Seite
I. Ein konzeptioneller Blick auf das Thema	401
1. Begriffliche Enge und Weite des „Verbraucher-“ und des „Regulierungsrechts“	401
2. Der weite Regulierungsbegriff als Instrument zur Analyse des Verbraucherschutzes	403
II. Das analytische Leitbild der Regulierung am Beispiel der Telekommunikation	405
1. Das Leitbild der starken Behörde als Paradigma moderner Regulierungsverwaltung	405
2. Das Verhältnis der Regulierungsbehörde zur Regierung .	405
3. Das Verhältnis der Regulierungsbehörde zur Legislative .	406
4. Das Verhältnis der Regulierungsbehörde zur Judikative .	408
a) Beschränkung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle der Regulierungsverfügung	408
b) Extensive Anwendung der Schlusspunkttheorie . . .	409
c) Verlust von Kontrollbefugnissen durch Europäisierung der Entscheidung	410
d) Substituierung von Rechtsprechung durch streitschlichtende Regulierung	410
5. Das Verhältnis der Regulierungsbehörde zur Kommission	411
III. Regulierungselemente und Regulierungstrends im Verbraucherschutz	412
1. Die Legitimation starker Regulierung durch die Persistenz natürlicher Monopole	412

* Für inspirierende Gespräche und Hinweise zum Vortragsthema danke ich *Andreas von Arnould, Christian Busse, Klaus Gärditz, Jens Kersten* und *Nela Trillmich*, für wertvolle praktische Ratschläge *Peter Häberle*.

2. Von den Netzwirtschaften zum Standardmodell europäischer Verwaltung?	413
3. Der Siegeszug des Verbraucherschutzes und der Wandel des Verbraucherleitbilds	414
4. Verbraucherschutz durch europäische Regulierungs- behördennetzwerke	416
a) Die Leitvorstellung der Kommission	416
b) Ausbau bestehender Verbraucherschutz Elemente im sektoralen Regulierungsrecht	417
c) Trends zur flächendeckenden regulierungsähnlichen Verbraucherschutzverwaltung	418
5. Öffentliches Recht und Privatrecht im Verbraucher- schutz	419
6. Hintergründe der Ausweitung des Verbraucher- schutzes durch Regulierung	421
IV. Der Schutzauftrag des Rechts	423
1. Konstitutionelle Anforderungen an die Verbraucher- schutzregulierung	423
a) Die exekutivische Machtkonzentration als Herausforderung für das Recht	423
b) Regulierung als Kristallisationspunkt verwaltungsrechtlicher Entwicklungspfade	424
c) Mindeststandards des Grundgesetzes und des Unionsrechts	425
2. Die Grundrechte – Schutz durch oder vor Regulierung? .	426
a) Hoheitlicher Verbraucherschutz als Grundrechtsschutz oder Daseinsvorsorge?	426
b) Die grundrechtlich gebotene Kontrolldichte	429
3. Rechtsstaatliche Anforderungen am Beispiel des Bestimmtheitsgebots	430
a) Verbraucherschutz als Entgrenzung der Befugnisse der Regulierungsverwaltung	431
b) Die fehlende Aussagekraft des „Verbraucherschutzes“ als Regulierungsziel	432
c) Die Reichweite einer möglichen Kompensation durch Verfahrensrecht	434
d) Verbraucherschutz als technische Aufgabenstellung geringer politischer Tragweite?	434
4. Das Demokratieprinzip	436
a) Grundgesetzliches und unionales Demokratieprinzip	436
b) Verbraucherschutz als Legitimationsgrundlage der Regulierungsverwaltung?	437

c)	Vom Unionsbürger durch Regulierung zum Verbraucher?	440
d)	Verbraucherschutzregulierung als Idealverwaltung der Konsumentendemokratie	441
V.	Verbraucherschutzregulierung als Mikrokosmos des öffentlichen Rechts	443

I. Ein konzeptioneller Blick auf das Thema

1. Begriffliche Enge und Weite des „Verbraucher-“ und des „Regulierungsrechts“

Was ist Verbraucherschutz durch Regulierungsrecht? Nach traditionellen Begrifflichkeiten bildet das „Verbraucherschutzrecht“ einen engen Sammelbegriff für einige spezifische Schutzgesetze wie das Verbraucherkreditrecht,¹ während sich die Bezeichnung Regulierungsrecht derzeit vor allem auf die Netzregulierung bezieht. Wo liegen die Schnittbereiche? Daneben finden sich Definitionen wie die semantisch geleitete Einsicht bei von Danwitz, „to regulate“ bedeute schlicht „regeln“,² oder der Befund von Canaris, der 1999 feststellte, Jedermann sei meist „Verbraucher“ und das gesamte Zivilrecht daher – mit Ausnahme der berufsbezogenen Vorschriften – bei Lichte besehen Verbraucherschutzrecht.³ Mit einem solchen Begriffsverständnis würden sich – unter Ausklammerung des Beamten- und des Berufsrechts – erhebliche Teile des öffentlichen Rechts zur Deutung als „Verbraucherschutzregulierung“ anbieten. Welchen Erkenntniswert verspricht die Vermessung eines derart weit definierten Rechtsgebiets?

Diese Ausgangsfragen sind Folge der Unschärfe der Begriffe „Regulierungsrecht“ und „Verbraucherschutzrecht“: In dem Kompetenztitel des Art. 169 AEUV ist der „Verbraucherschutz“ letztlich kaum mehr als ein konturschwacher Oberbegriff für Normen, die unmittelbar oder mittelbar dem Schutz der Verbraucher dienen.⁴ In Deutschland wurde ein ähnlich weites Verbraucherverständnis in § 13 BGB übernommen. Hoheitlich durchgesetzt werden hier herkömmlicherweise lediglich einige Ausschnitte des technischen Verbraucherschutzes – namentlich die Vorgaben zur Geräte- und Lebensmittelsicherheit durch das Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit –, während

¹ So etwa das Begriffsverständnis bei R. Martis/A. Meinhof/Verbraucherschutzrecht, 2. Aufl. 2005; zu diesem engen Verbraucherbegriff und seinem „transitorischen Charakter“ M. Schmoekel in Historisch-kritischer Kommentar zum BGB II, 2007, vor §§ 312 ff. Rn. 12.

² T. von Danwitz DÖV 2004, 977 (984).

³ C.-W. Canaris AcP 200 (2000), 273 (359 ff.); nochmals weiter P. Bozhilova/S. Tonikidis HFR 2010, 177 ff.

⁴ Art. 169 AEUV erstreckt sich auf sämtliche Maßnahmen, die „die Wahl- und Entscheidungsfreiheit der Verbraucher stärken und sie vor wirtschaftlichen Nachteilen ... schützen sollen“. Näher J. C. Wichard in Callies/Ruffert (Hrsg.) Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, 3. Aufl. 2007, Art. 153 Rn. 4 und 9; zum weiten Verbraucherbegriff des Art. 169 weiter G. Straetmans Europ. Business Law Rev. 2009, 423 (431 ff.).

der wirtschaftliche Verbraucherschutz ganz überwiegend der zivilrechtlichen Rahmensetzung überlassen bleibt.⁵

Von vornherein umstritten sind Inhalt und Reichweite des „Regulierungsrechts“:⁶ Schillernd ist weniger der enge Regulierungsbegriff der durch die Bundesnetzagentur regulierten Sektoren⁷ als vielmehr die darüber hinausgehende „Regulierung im weiteren Sinne“, die das überwiegende Schrifttum – mit unterschiedlichen Akzenten – ebenfalls dem neuen Gebiet des „Regulierungsrechts“ zuschlägt.⁸ Trotz des gelegentlichen Anspruchs, einen „neuen Rechtsbegriff“ entwickelt zu haben,⁹ bestätigt jedoch bereits eine kursorische Durchsicht, dass der weite Regulierungsbegriff bislang an Konturlosigkeit und fehlendem Konsens leidet: Im Schrifttum finden sich einerseits enge Definitionen, die das Recht der Regulierung im weiteren Sinne als spezifisches „Privatisierungsfolgenrecht“,¹⁰ als Recht der „Gewährleistungsverwaltung“¹¹ oder als System der Herstellung von Wettbewerb auf netzgebundenen Märkten deuten.¹² Diesem aufgabenbasierten Verständnis stehen sozialwissenschaftlich inspirierte weite Definitionen wie jene des „Ansteuerns

⁵ Näher E. von Hippel Verbraucherschutz, 3. Aufl. 1986, 62 ff.; zusammenfassend R. Münker in Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (Hrsg.) Bamberger Verbraucherrechtstage 2009, 48 ff.; für den Bereich des Gesundheitsschutzes verdeutlicht die Behördenstrukturen exemplarisch B. Schmidt am Busch Die Gesundheitssicherung im Mehrebenensystem, 2007, 167 ff.

⁶ Näher zum Begriff M. Ruffert in M. Fehling/M. Ruffert (Hrsg.) Regulierungsrecht, 2010, § 7 Rn. 1 ff.; historische Ursprünge erläutert M. Schmoeckel Forum Historiae Iuris 2009; illustrativ auch die für das französische Recht diagnostizierten Definitionsprobleme bei M.-A. Frison-Roche Recueil Dalloz 2004, 126 ff.

⁷ Dies sind derzeit Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen. Für eine begriffliche Beschränkung auf diese Bereiche U. Stelkens in J. H. Seok/J. Ziekow (Hrsg.) Die Einbeziehung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben, 2008, 77 (82); vgl. weiter J. Masing DJT 66 (2006), D 5 (D 16 f. und D 20 ff.).

⁸ So etwa R. Schmidt Öffentliches Wirtschaftsrecht AT, 1990, 40 f.; M. Schmidt-Preuß FS Schmidt, 2006, 547 (548 f.); R. Stober FS Scholz, 2007, 943 (945); kritisch auf Grundlage eines von vornherein weiten Begriffs O. Lepsius in Fehling/Ruffert (Fn. 6), § 19 Rn. 27 f.

⁹ So etwa M. Bullinger DVBl. 2003, 1355 (1356); für eine analytisch geschärfte rechtliche Bedeutung wohl auch M. Eifert in W. Hoffman-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, 1. Bd., 2006, § 19 Rn. 8; vgl. weiter M. Fehling FS Winter, 2007, 171 (172) („ein anspruchsvoller Regulierungsbegriff, der sich von dem allgemeinen Begriffsverständnis in den Sozialwissenschaften ... abhebt“).

¹⁰ M. Ruffert AöR 124 (1999), 237 (239); Stober (Fn. 8), 946; ähnlich M. Knauff VerwArch 98 (2007), 382 (383).

¹¹ In diesem Sinne etwa M. Bullinger DVBl. 2003, 1355 (1357); W. Kahl Die Staatsaufsicht, 2000, 308; F. Schoch NVwZ 2008, 241 (243 und 245 f.).

¹² Schmidt-Preuß (Fn. 8), 549.

von Gemeinwohlzielen durch staatliche Regelungen¹³ sowie vermittelnde Stimmen gegenüber, die Regulierung auf Ausschnitte des Wirtschaftsrechts begrenzen.¹⁴ Wie konturschwach diese Kategorien bleiben, belegt nichts deutlicher als die überwältigende Fülle der Anwendungsfelder, die der weite Regulierungsbegriff inzwischen reklamiert: So werden mittlerweile die Medien, der Verkehr, das Hochschulrecht, Teile der Abfall- und Wasserwirtschaft und das Weinrecht – je nach Begriffsverständnis ganz oder jedenfalls in Teilbereichen – als Regulierungssektoren angesehen.¹⁵ Die strukturellen Unterschiede zwischen diesen Regulierungsfeldern legen indes nahe, dass das Schrifttum noch weit von der Herausbildung eines echten Rechtsinstituts der „Regulierung“ entfernt ist.

2. Der weite Regulierungsbegriff als Instrument zur Analyse des Verbraucherschutzes

Stattdessen erfüllt der weite Regulierungsbegriff derzeit eine ganz andere, der Schaffung eines Rechtsbegriffs gleichsam vorgelagerte Funktion: Ein über die Aufgaben der Bundesnetzagentur hinausgehender Regulierungsbegriff kann als analytische Folie Aussagen über regelungstechnische Konvergenzen und spezifische Regulierungselemente

¹³ So in Kontrastierung zum engen Regulierungsbegriff ebenfalls *Schmidt-Preuß* (Fn. 8), 549; vgl. weiter *Eifert* (Fn. 9), § 19 Rn. 5: „... gewollte staatliche Beeinflussung gesellschaftlicher Prozesse“, mit klarer Herleitung dieser Definition aus den Sozialwissenschaften; *K. Einig* in C. Neu (Hrsg.) *Daseinsvorsorge*, 2009, 39 ff. (die „behördliche Gestaltung und Überwachung eines für die Adressaten verbindlichen Regelsystems“); nochmals weiter *J. Freigang* *Verträge als Instrumente der Privatisierung, Liberalisierung und Regulierung*, 2009, 279.

¹⁴ So etwa *C. Berringer* *Regulierung als Erscheinungsform der Wirtschaftsaufsicht*, 2005, 94 ff.; *Fehling* (Fn. 9), 172, der Regulierung als „Wirtschafts- und Wettbewerbsaufsicht mit zusätzlichem, über die ordnungsrechtliche Gefahrenabwehr hinausreichendem Gestaltungsauftrag“ definiert; ähnlich *Frison-Roche* (Fn. 6), 128 f.

¹⁵ Vgl. etwa *M. Fehling* in ders./Ruffert (Fn. 6), § 10 (Verkehr) mit der Bilanz des Vorliegens „scheinbar regulierungsferner Strukturen“ und der Forderung nach einer übergreifenden Verkehrsregulierung in Rn. 115 f.; *W. Kahl* Ebd. § 13 (Abfall); ders. Ebd. § 14 (Wasser), beides mit der Begrenzung auf die Ermittlung einzelner Regulierungselemente; *A. Hense* Ebd. § 16 (Gesundheitswesen) mit vermittelndem Befund in Rn. 207; *M. Fehling* Ebd. § 17 (Hochschule) mit dem Befund in Rn. 99, auch das Hochschulrecht nähere sich dem Regulierungsrecht an; zum Weinrecht etwa *T. Gerhard* NVwZ 2010, 94 (95). Weitere Beispiele bei *J. Kühling* *Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften*, 2004, 384 ff., der u.a. auf S. 393 auch die Filmförderanstalt als „Förderregulierungsbehörde der Filmwirtschaft“ deutet. Vgl. weiter die Deutung des Raumordnungsrechts als Regulierung durch *K. Einig* *Informationen zur Raumentwicklung* 1/2008, 17 (22 ff.).

einzelner Rechtsgebiete liefern.¹⁶ In diesem heuristischen Sinn befördert der weite Regulierungsbegriff in zahlreichen aktuellen Beiträgen aufschlussreiche Erkenntnisse¹⁷ und soll auch im Folgenden dazu dienen, das Verbraucherschutzrecht auf seinen Regulierungsgehalt hin zu untersuchen.

Versteht man den weiten Regulierungsbegriff als Analyseinstrument, so wird jedoch die Definition von vornherein durch das jeweilige Erkenntnisinteresse mitbestimmt.¹⁸ Dieses kann sich einerseits – wie im Erstbericht – auf die Regulierungsaufgabe beziehen. Eine andere Fragestellung richtet sich auf die institutionelle Dimension und damit auf die Frage, wieweit Regulierung als spezifischer Verwaltungstyp für Verbraucherschutzziele Anwendung findet oder finden könnte. Das entsprechende Erkenntnisinteresse des Zweitreferenten speist sich aus politikwissenschaftlichen Befunden, die im Zusammenhang mit der als „Regulierung“ bezeichneten Verwaltungsform Gewichts- und Machtverschiebungen innerhalb des politischen Systems beschreiben. Dabei werden idealtypisch eine reduzierte Gesetzesbindung, eine fachliche Autonomisierung, die prozedurale Eigenlegitimität und die Unabhängigkeit als prägende Merkmale der vordringenden Regulierungsverwaltung angesehen; als wichtiges Beispiel einer solchen Behörde gilt neben der Bundesnetzagentur auch das Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit.¹⁹ Solche Beobachtungen verdeutlichen, dass „Verbraucherschutz durch Regulierung“ schon heute ein empirisches Phänomen darstellt. Um die damit verbunden Gewichtsverschiebungen zu analysieren, soll unter II. ein institutioneller Regulierungsbegriff entwickelt und damit anschließend unter III. das Verbraucherrecht auf sei-

¹⁶ So *H. C. Röhl* JZ 2006, 831 (833), und dem folgend *W. Kahl* in Fehling/Ruffert (Fn. 6), § 14 Rn. 25; vgl. auch die entsprechenden Überlegungen zum Begriff der „Daseinsvorsorge“ bei *F. Ossenbühl* DÖV 1971, 513 (516).

¹⁷ So etwa bei *Fehling* (Fn. 9), 178f., der „regulierungstypische“ Elemente und „Parallelen zur Regulierungsaufsicht“ identifiziert. Weitere Beispiele finden sich bereits oben in Fn. 15.

¹⁸ Vgl. bereits *F. Rittner/M. Dreher* Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2008, § 29 Rn. 19.

¹⁹ Vgl. zu den Aussagen im Text besonders *M. Döhler* PVS-Sonderheft 37/2006, 208ff.; ferner *R. Czada/S. Lütz/S. Mette* Regulative Politik, 2003, 244ff.; *B. Eberlein/E. Grande* in *M. Jachtenfuchs/B. Kohler-Koch* (Hrsg.) Europäische Integration, 2. Aufl. 2003, 417 (421f.); zu weiteren Beispielen im Bereich des Verbraucherschutzes *F. Janning* PVS-Sonderheft 34/2003, 151 (167f.). Wegweisend für das politikwissenschaftliche Regulierungsschrifttum waren Studien von *G. Majone*, namentlich: *Regulating Europe*, 1996; zur politikwissenschaftlichen Kritik an diesem Ansatz *E. Grande/U. Hartenberger* PVS-Sonderheft 40/2007, 209ff.; *S. Hix* in *F. Decker/M. Höreth* (Hrsg.) Die Verfassung Europas, 2009, 99 (102ff.).

nen Regulierungsgehalt untersucht werden, ehe unter IV. eine rechtliche Bewertung erfolgt.

II. Das analytische Leitbild der Regulierung am Beispiel der Telekommunikation

1. *Das Leitbild der starken Behörde als Paradigma moderner Regulierungsverwaltung*

Folgt man den skizzierten politikwissenschaftlichen Befunden, so ist paradigmatisch für die empirisch ermittelten Kräfteverschiebungen das Leitbild der „starken Regulierungsbehörde“,²⁰ das sich in den Netzwirtschaften herausgebildet hat und sich durch breite Eingriffsbefugnisse, die Rücknahme der gerichtlichen Kontrolle, eine beschränkte exekutive Rückkopplung sowie einen stetig zunehmenden Kommissions Einfluss auszeichnet. Diese Merkmale werden besonders deutlich, wenn man sich das Verhältnis der Regulierungsbehörde zu den drei Staatsgewalten vor Augen führt. Die für die analytische Vergleichsfolie prägenden Merkmale sollen hier, da der Erstbericht vor allem das Energierecht behandelt, zunächst unabhängig vom Verbraucherschutz im Telekommunikationsrecht als zweitem Referenzgebiet der Netzwirtschaften entwickelt werden.

2. *Das Verhältnis der Regulierungsbehörde zur Regierung*

Kennzeichnend für das Verhältnis der Regulierungsbehörde zur Regierung ist im Zusammenhang des Telekommunikationsrechts die seit Jahren anhaltende Diskussion um die Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur.²¹ Das geltende Telekommunikationsgesetz geht in § 117 von einer grundsätzlichen Zulässigkeit von Weisungen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie aus.²² Dem entspricht der verfassungsrechtliche Befund *Kerstens*, der noch auf der letzten Staatsrechtslehrertagung feststellen konnte, grundgesetzlich unterliege die Bundes-

²⁰ Vgl. zu diesem Bild auch K. F. Gärditz AöR 135 (2010), 251 (252f.).

²¹ Vgl. nur die Forderungen bei M. Fehling Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, 2001, 122f.; I. Henseler-Unger DJT 66 (2006), O 9 (O 30f.); K. Oertel Die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde nach §§ 66ff. TKG, 2000, 432ff.; J.-P. Schneider ZHR 164 (2000), 513 (535ff.).

²² So etwa M. Geppert in ders./H.-J. Piepenbrock/R. Schütz/F. Schuster (Hrsg.) Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2006, § 116 Rn. 12ff. und § 117 Rn. 1ff.; C. Schmidt NVwZ 2006, 907 (908); vgl. aber auch Masing (Fn. 7), D 26f.

netzagentur zwingend dem ministeriellen Einzelweisungsrecht.²³ Praktisch wird von diesem Instrument entgegen mancher Missbrauchsszenarien²⁴ kaum Gebrauch gemacht, es funktioniert weniger als Steuerungsinstrument denn als demokratische „Autoritätsreserve“.²⁵ Gleichwohl sieht das Unionsrecht mittlerweile die Abschaffung aller Weisungsbefugnisse vor, sodass künftig auch diese eher symbolische Rückbindung zum Parlament entfällt.²⁶

3. Das Verhältnis der Regulierungsbehörde zur Legislative

Die organisatorische Loslösung vom Parlament wird dadurch verstärkt, dass sich gleichzeitig auch die sachliche Legitimation im Verhältnis zum Gesetzgeber relativiert. Obwohl sich gerade im Verbraucherschutz die Regulierungsaufgaben vielfach auf die Durchsetzung bestehender konkreter Ansprüche beschränken, gilt es als prägendes Kennzeichen moderner Regulierungsverwaltung, dass jedenfalls einige zentrale Befugnisse generalklauselartig weit und final strukturiert sind.²⁷ Auf ihrer Grundlage soll an Stelle herkömmlicher parlamentarischer Steuerung eine vor allem verfahrensrechtlich gelenkte²⁸ zielgeleitete normative Eigensteuerung treten,²⁹ in der die Regulierungsbehörde kein Normprogramm vollziehe, sondern selbstverantwortlich gesetzliche Gestaltungsaufträge konkretisiere.³⁰ In diesem Sinne versteht

²³ J. Kersten Die Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe, VVDStRL 69 (2009), 288 (328 ff.); ähnlich T. Mayen DÖV 2004, 45 und 50f.

²⁴ Vgl. etwa Kühling (Fn. 15), 383.

²⁵ Döhler (Fn. 19), 218; W. Eschweiler K. & R 2001, 238 (241); vergleichende empirische Befunde bei M. Thatcher Journ. of Europ. Public Policy 2002, 954 (958 ff.).

²⁶ Die 2009 im Zuge des 3. Rechtsrahmens novellierte Richtlinie 2002/21/EG fordert nunmehr in Art. 3 Abs. 3a, dass die Regulierungsbehörde im Rahmen der Regulierungsaufgaben keinerlei Weisungen entgegennimmt. Zu den parallelen Entwicklungen im Energierecht kritisch Gärditz (Fn. 20), 275 ff., und positiver C. F. Germelmann/J. Gundel EuZW 2009, 763 (768).

²⁷ Vgl. etwa H. Wissmann Generalklauseln, 2008, 279 ff.; B. Wollenschläger Wissensgenerierung durch Verfahren, 2009, 123 ff.; näher zur im Detail uneinheitlichen Regulationsstruktur in den einzelnen Sektoren und Ermächtigungen Masing (Fn. 7), D 104 ff.; J.-P. Schneider in Fehling/Ruffert (Fn. 6), § 22 Rn. 22 ff.; ähnlich J. Ruthig in H.-W. Arndt/Th. Fetzer/J. Scherer (Hrsg.) TKG, Kommentar, 2008, § 2 Rn. 3.

²⁸ Zu den entsprechenden Vorgaben des TKG J.-P. Schneider in Fehling/Ruffert (Fn. 6), § 8 Rn. 87 ff.; allgemeiner zu den Verfahrensstrukturen der Regulierung M. Fehling Ebd. § 20 Rn. 138 ff.; Masing (Fn. 7), D 141 ff.

²⁹ H.-H. Trute FS Brohm, 2002, 169 (172 f.); kritisch von Danwitz (Fn. 2), 981.

³⁰ So allgemein E. Schmidt-Aßmann Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2006, 3. Kapitel Rn. 141; M. Eifert ZHR 174 (2010), 449 (461 ff.); C. Franzius DVBl. 2009, 409 (412); Masing (Fn. 7), D 152 ff.; J. Oster Normative Er-

auch das Bundesverwaltungsgericht die Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen als Gestaltungsaufgabe, die durch weite Prognosespielräume geprägt sei und im Ergebnis – so der ungeschminkte Befund – „weitgehend frei ist von festen normativen Vorgaben“.³¹

Orientierung soll für den auf diese Befugnisse gestützten regulatorischen Entscheidungsprozess vor allem der weite Katalog allgemein gehaltener Regulierungsziele in § 2 Abs. 2 TKG liefern,³² der prominent in Nr. 1 die Wahrung der Verbraucherinteressen der Telekommunikationsnutzer aufführt.³³ Aus der Tradition des deutschen Verwaltungsrechts scheint es nahe zu liegen, solche durch die Union vorgegebenen Handlungsaufträge im Rahmen der nationalen Umsetzung durch konkretisierte, auf Vorhersehbarkeit und gerichtliche Überprüfbarkeit abzielende Eingriffsermächtigungen gesetzgeberisch zu steuern und demokratisch zu legitimieren.³⁴ Konsequenz wurde in den letzten Jahren weithin gefordert, diesen Ansatz auch auf das Regulierungsrecht zu übertragen.³⁵ Diesem Weg hat jedoch mittlerweile der Europäische Gerichtshof klare Grenzen gesetzt: In seiner Entscheidung zur Regulierungsfreistellung für neue Märkte vom Dezember 2009 wies er die Argumentation zurück, der Bundestag habe durch die angegriffenen §§ 3 Nr. 12b und 9a TKG das Ermessen der Bundesnetzagentur gesetzgeberisch vorstrukturiert. Die Richtlinie habe die Beurteilung der Regulierungsbedürftigkeit auf die Regulierungsbehörden und nicht den nationalen Gesetzgeber übertragen. Dieser greife daher unzulässig „in

mächtigungen im Regulierungsrecht, 2009, 131 ff.; speziell für das TK-Recht *G. Britz* EuR 2006, 46 (56); zu Recht differenzierend *I. Pernice* DJT 66 (2006), O 85 (O 123 f.).

³¹ BVerwGE 130, 39 (49).

³² Dieser verpflichtet die Behörde u. a. auf die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs, die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und die Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen.

³³ Näher etwa *Ruthig* (Fn. 27), § 2 Rn. 6; *J. Säcker* in ders. (Hrsg.) *Berliner Kommentar zum TKG*, 2. Aufl. 2009, § 2 Rn. 2 ff.; vgl. zur Bedeutung dieses Ziels auch BVerwGE 131, 41 (75 f.).

³⁴ Vgl. dazu die Forderungen bei *R. Breuer* DV 36 (2003), 271 (275 ff. und 283 f.) sowie zuletzt BVerfG E 125, 260 (325) mit der Vorstellung, rechtsstaatlich problematische Unionsvorgaben könnten durch reichliche Beigabe „hinreichend anspruchsvoller und normklarer Regelungen“ verfassungskonform ausgestaltet werden. Hintergrund dieses Spannungsverhältnisses ist die Tatsache, dass die Verwaltung in den meisten Mitgliedstaaten der Union generell über größere Entscheidungsspielräume verfügt, vgl. *M. Fehling* in diesem Band S. 304.

³⁵ In diesem Sinne etwa *Berringer* (Fn. 14), 221 ff.; *von Danwitz* (Fn. 2), 979 ff.; ähnlich das Plädoyer bei *Fehling* (Fn. 9), 188 für die „rechtsstaatliche Einhegung notwendig weit gefasster Aufsichtsermächtigungen“; *Röhl* (Fn. 16), 836; kritisch jedoch bereits *H. H. Trute* FS Selmer, 2004, 565 (579 f.).

die weiten Befugnisse ein“, die der Behörde „durch den gemeinsamen Rechtsrahmen gewährt wurden“.³⁶ Diese weit über den Einzelfall hinausweise Argumentation ermöglicht eine gewisse sekundärrechtliche Abschirmung der Regulierungsverwaltung vor dem Gesetzgeber, also letztlich eine tendenzielle Entparlamentarisierung.³⁷ Obwohl dem deutschen Verfassungsrecht die Idee eines „exekutivischen Kernbereichs“ schon bislang zumindest theoretisch bekannt war,³⁸ geht die neue Weichenstellung über diese ältere Vorstellung weit hinaus und nähert die reale Telekommunikationsregulierung dem Modell einer im Kern exekutivischen Verwirklichung unionaler Zielsetzungen³⁹ an.

4. *Das Verhältnis der Regulierungsbehörde zur Judikative*

a) *Beschränkung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle der Regulierungsverfügung*

Vielfach wird die Tragweite der Abkoppelung der Regulierungsbehörde von den Einflüssen des Parlaments mit dem beruhigenden Hinweis auf die gerichtliche Kontrolle relativiert.⁴⁰ Das Verhältnis der Regulierungsbehörde zur Judikative ist freilich eng mit den ihr gesetzten Vorgaben verknüpft, da gerade diese Vorgaben Reichweite und Intensität der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle bestimmen.⁴¹ Die Aussagen des Bundesverwaltungsgerichts zum Fehlen normativer Vorgaben für das Regulierungsergebnis im Telekommunikationsrecht⁴² lassen dem-

³⁶ EuGH, EuZW 2010, 109 (112) Rn. 74 und 78 mit krit. Anm. K. F. Gärditz JZ 2010, 198 ff.; aus Behördensicht zustimmend I. Henseler-Unger WiVerw 2010, 111 (113 f.); ähnlich wie der Gerichtshof zuvor bereits Franzius (Fn. 30), 410 f. mwN; Trute (Fn. 29), 177 f.; anders namentlich M. Herdegen MMR 2006, 580 ff.; J. Lüdemann in ders. (Hrsg.) Telekommunikation, Energie, Eisenbahn – Welche Regulierung brauchen die Netzwirtschaften?, 2008, 69 (76 ff.).

³⁷ Gärditz (Fn. 36), 199; W. Möschel MMR 2010, 450 („Der nationale Gesetzgeber ist von Brüssel faktisch ausgeschaltet“); ähnlich Trute (Fn. 35), 578 und Eifert (Fn. 30), 456 f.; allgemeiner zum Phänomen der Entparlamentarisierung im Zuge der europäischen Integration M. Bach Die Bürokratisierung Europas, 1999, 46 ff. Der Referentenentwurf zur Umsetzung des 3. Rechtsrahmens vom 15. 9. 2010 bestätigt diese Entwicklungstendenz.

³⁸ Vgl. etwa BVerfGE 68, 1 (86); 95, 1 (15 f.); P. Kirchhof in Maunz/Dürig, GG, Kommentar, Art. 83 (2009) Rn. 37 ff.; ablehnend hierzu etwa P. M. Huber Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren als Kompetenzproblem in der Gewaltenteilung, 1988, 240 ff.; M. Schröder in HStR III, 3. Aufl. 2005, § 64 Rn. 11 f.

³⁹ Bullinger (Fn. 11), 1358 spricht von einer „verdeckten Generalvollmacht zur Sicherung der Gesetzesziele“.

⁴⁰ So etwa Döhler (Fn. 19), 224; ähnlich Schmidt-Preuß (Fn. 8), 547.

⁴¹ So deutlich BVerwGE 131, 41 (47); Berringer (Fn. 14), 219 ff.

⁴² Vgl. oben Fn. 31.

gemäß auch eine gewisse Ratlosigkeit angesichts von Handlungsprogrammen erkennen, die mangels subsumtionsfähiger Tatbestände kaum Ansatzpunkte für eine substanzhafte Ergebniskontrolle bieten. Über die Maßstäbe der gerichtlichen Kontrolle ist daher mittlerweile heftiger Streit entbrannt. Überwiegend fordert das Schrifttum dabei eine Zurücknahme der Überprüfung,⁴³ die unter der phänomenologischen Bezeichnung „Regulierungsermessen“ kumulativ die Anerkennung weiter Prognosespielräume im Hinblick auf Fakten, Beurteilungsspielräume im Hinblick auf die wirtschaftlich geprägten spärlichen Tatbestandsmerkmale und weites Ermessen auf der Rechtsfolgenseite beinhalten soll.⁴⁴ Auch das Bundesverwaltungsgericht deutet die Regulierungsverfügung als „Ausdruck einer gesetzlich ausgeformten Gestaltungsfreiheit“ und Ergebnis einer „komplexen Abwägung“, bei der der Behörde ähnlich wie bei einer Planung „ein umfassender Auswahl- und Ausgestaltungsspielraum“ zustehe.⁴⁵

b) *Extensive Anwendung der Schlusspunkttheorie*

Diese Rücknahme der gerichtlichen Kontrolle wird durch die gesetzgeberische Ausgestaltung der Regulierungsverfügung als integrierend-gestufte Verwaltungsakt verstärkt: Das Telekommunikationsgesetz stellt in § 13 Abs. 3 als angreifbaren Rechtsakt nur die eigentliche Regulierungsverfügung und damit den Schlusspunkt eines mehrfach gestuften Verwaltungsvorgangs in den Raum, das die Vorstufen der Marktdefinition und der Marktanalyse umfasst.⁴⁶ Diese Zwischen-

⁴³ So etwa J. Masing in Lüdemann (Fn. 36), 155 (170f.) („Vertretbarkeitskontrolle“); Schmidt-Aßmann (Fn. 30), 3. Kapitel Rn. 141 und 4. Kapitel Rn. 81 ff. (Überprüfung nach einem „Diskursmodell“).

⁴⁴ C. Franzius Gewährleistung im Recht, 2009, 422 ff.; Masing (Fn. 7), D 152 ff.; Oster (Fn. 30), 158 ff.; nach verschiedenen Rechtsgrundlagen differenzierend K. Bosch Die Kontrollrechte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur nach dem Telekommunikationsgesetz, 2010, 123 ff.; M. Burgi DVBl. 2006, 269 (274); T. Mayen DJT 66 (2006), O 41 (O 62 ff.); ders. in K.-D. Scheurle/T. Mayen (Hrsg.) TKG, Kommentar, 2. Aufl. 2008, § 137 Rn. 37 ff.; gar für einen „Verzicht auf eine Inhaltskontrolle“ plädiert Franzius (Fn. 30), 413 f.; kritisch dazu jedoch Oster (Fn. 30), 301. Die Gegenposition findet sich bei K. F. Gärditz NVwZ 2009, 1005 (1010), der eine „verstärkte rechtsstaatliche Disziplinierung“ einfordert.

⁴⁵ BVerwGE 130, 39 (47f.) mit krit. Anm. T. Attendorn DVBl. 2008, 1408 ff.; BVerwGE 131, 41 ff.; BVerwG, CR 2010, 440 (441f.) mit Rezeption der Bezeichnung „Regulierungsermessen“, vgl. oben Fn. 44.

⁴⁶ Dazu T. Siegel Entscheidungsfindung im Verwaltungsverbund, 2009, 196, der diese Technik in einen weiteren Kontext der „Entstufung“ des Verwaltungshandelns stellt; U. Stelkens in P. Stelkens/H. J. Bonk/M. Sachs (Hrsg.) VwVfG, Kommentar, 7. Aufl. 2008, § 35 Rn. 296f.; K.-H. Ladeur/C. Möllers DVBl. 2005, 525 (529f.).

schritte können nur inzident mit der Regulierungsverfügung überprüft werden, was die gerichtliche Kontrolle faktisch weiter reduziert.⁴⁷

c) *Verlust von Kontrollbefugnissen durch Europäisierung der Entscheidung*

Ein weiterer Bedeutungsverlust der nationalen Gerichtskontrolle ergibt sich aus der Einbindung der Bundesnetzagentur in den sog. europäischen Regulierungsverbund, in dem die Regulierungsverfügungen zunehmend durch verwaltungsinterne Vorgaben der Kommission geprägt und damit in gewisser Weise durch sie „mitverantwortet“ werden.⁴⁸ Da mitgliedstaatliche Gerichte jedoch nach gefestigter Rechtsprechung des Gerichtshofs Rechtsakte der Union nicht verwerfen dürfen,⁴⁹ sieht sich das Bundesverwaltungsgericht verpflichtet, seine Kontrolle zurückzunehmen, soweit die Regulierungsentscheidung durch die Kommission mitgeprägt ist – diese Teile des Verwaltungsakts bleiben offenbar im Ergebnis kontrollfrei.⁵⁰ Zusammen mit den im Kartellrecht entwickelten allgemeinen Möglichkeiten der Kommission, nationale Gerichte faktisch an die Aussagen ihrer Entscheidungen zu binden,⁵¹ wird die Reichweite der gerichtlichen Kontrolle der Regulierungsentscheidung somit nochmals eingegrenzt.

d) *Substituierung von Rechtsprechung durch streitschlichtende Regulierung*

Der Terrainverlust der nationalen Rechtsprechung wird schließlich dadurch vervollständigt, dass die Regulierungsbehörden selbst Funktionen wahrnehmen, die faktisch zu einer teilweisen Substituierung von

⁴⁷ Dazu *W. Erbguth* NVwZ 2005, 241 ff.

⁴⁸ Näher *M. Ruffert* DÖV 2007, 761 (766) sowie sogleich im Text S. 411 f.

⁴⁹ So EuGH, Slg. 1987, 4199 ff. – Foto-Frost; näher *H. D. Jarass/S. Beljin* NVwZ 2004, 1 ff.

⁵⁰ BVerwGE 131, 41 (45 f.); ähnlich bereits *Trute* (Fn. 35), 582 ff.; *Franzius* (Fn. 30), 410; *Pernice* (Fn. 30), O 133 f.; vgl. zur Frage der Überprüfbarkeit der unional geprägten Teile *M. Schramm* DÖV 2010, 387 (392 ff.), die Überlegungen u.a. zur Schaffung eines „europäischen Verwaltungsgerichts“ bei *I. Pernice* VVDStRL 66 (2007), 186 (187 f.) sowie allgemeiner *J. Hofmann* in E. Schmidt-Aßmann/B. Schöndorf-Haubold (Hrsg.) Der Europäische Verwaltungsverbund, 2005, 353 (365 ff.).

⁵¹ Leitentscheidung ist insoweit EuGH, Slg. 2000, I-11369 ff. – Masterfoods, wonach nationale Gerichte Widersprüche zu bestehenden oder auch nur künftigen Kommissionsentscheidungen vermeiden müssen. Der Verf. hat dies als primärrechtswidrig angesehen, vgl. *W. Durner* EuR 2004, 547 (562 ff.); dem folgend *Kersten* (Fn. 23), 306 f. mwN; ablehnend jedoch etwa *A. P. Komninos* CMLRev. 2007, 1387 (1393); *M. Schröder* Gesetzesbindung des Richters und Rechtsweggarantie im Mehrebenensystem, 2010, 162 ff.

Rechtsprechung führen. Bereits die Justizförmigkeit der Entscheidung in einem gerichtsähnlichen Verfahren durch unabhängige „Beschlusskammern“⁵² dient zweifellos der Qualitätssicherung der Entscheidung selbst, lässt jedoch zugleich den subkutanen Anspruch sichtbar werden, dass eine derart verantwortete Entscheidung einer Überwachung durch die Justiz nur noch in engen Grenzen bedürfe.⁵³ Zudem soll es gerade die justizähnliche Entscheidungsfindung der Bundesnetzagentur ermöglichen, ihre Aufgabe der Streitschlichtung gem. § 51 TKG zu erfüllen,⁵⁴ die als bürgernahe und von gerichtlichen Formalitäten bereinigte staatliche Konfliktbewältigung eine Alternative zur Rechtsprechung bieten soll.⁵⁵

5. Das Verhältnis der Regulierungsbehörde zur Kommission

Eine deutliche Kräfteverschiebung findet schließlich auch im Verhältnis der Regulierungsbehörde zur Kommission statt: Deren Einfluss- und Steuerungsmöglichkeiten wachsen gleichsam komplementär in dem Maße an, in dem die politischen Einflüsse der mitgliedstaatlichen Regierungen, die Steuerung durch den Gesetzgeber und die gerichtliche Kontrolle zurückgedrängt werden. Als Weiterentwicklung des zuvor etwa im Kartellrecht entwickelten Modells gilt das Regulierungsrecht als Flaggschiff des kohärenzsichernden Europäischen Verwaltungsverbunds.⁵⁶ Es zielt in seiner Entwicklungstendenz darauf ab, nicht mehr den nationalen Umsetzungsakt, sondern die europäische Richtlinie selbst zum Vollzugsmaßstab zu machen, damit die Rolle der parlamen-

⁵² Vgl. dazu *Ruffert* (Fn. 10), 279; *Trute* (Fn. 29), 183.

⁵³ Nach *Kühling* (Fn. 15), 382f., dient dieses Verfahren im Ergebnis dazu, die Unabhängigkeit der Behörde und die Eigenrationalität ihrer Entscheidung zu stärken; nach *Eifert* (Fn. 30), 468ff. verschaffen Stellung und Verfahren der Behörde ihr einen Wissensvorsprung, der weit über das hinausgeht, was Gerichte leisten könnten; vgl. dazu – mit zutreffenden Einwänden – *Mayen* (Fn. 23), 53f.; *ders.* in K.-D. Scheurle/T. Mayen (Fn. 44), § 132 Rn. 4ff.

⁵⁴ Näher – auch zu den unionalen Grundlagen – *K. Graulich* in Arndt/Fetzer/Scherer (Fn. 27), § 51 Rn. 1; *C. Stotz* Zwischen Verbraucherschutz und Wettbewerb – Die Universalienstrichlinie 2002/22/EG, 2006, 254f.

⁵⁵ Nach *Bullinger* (Fn. 11), 1359 dient die Streitschlichtung dazu, „Unternehmen und Bürgern die Möglichkeit zu geben, Streitfälle unparteiisch bereinigt zu sehen, ohne die Formalitäten und den Zeitaufwand verwaltungsgerichtlicher Verfahren“ und dadurch zugleich ihre „Folgebereitschaft“ zu wecken.

⁵⁶ Dazu *Britz* (Fn. 30), 53ff.; *T. von Danwitz* Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, 609ff.; *H. C. Röhl* in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 9), 2. Bd., 2008, § 30 Rn. 59ff.; allgemeiner *E. Pache/T. Groß* Verantwortung und Effizienz in der Mehrebenenverwaltung, VVDStRL 66 (2007), 106ff. und 152ff.

tarischen Umsetzung zu marginalisieren und stattdessen Richtlinienkonkretisierung und -vollzug in die Foren der Regulierungsnetzwerke zu verlagern.⁵⁷

Dabei nimmt die Kommission in Form allgemeiner Empfehlungen, durch Einvernehmenserfordernisse oder auch direkte Interventionen wachsenden Einfluss auf die mitgliedstaatliche Verwaltungsentscheidung. Gerade die ihrer äußeren Form nach unverbindlichen Empfehlungen, die im Falle der Marktdefinition nach § 10 Abs. 2 Satz 3 TKG durch die Bundesnetzagentur „weitestgehend berücksichtigt“ werden müssen, gewinnen zunehmend den Charakter faktisch verbindlicher Richtlinienkonkretisierungen,⁵⁸ während einzelne Aufforderungen ihrer Wirkung nach Weisungscharakter annehmen.⁵⁹ Letztlich zielen diese Entwicklungen in ihrer Summe darauf ab, „Distanz gegenüber den Einflussnahmen der nationalen Politik und damit Raum für die Verfolgung eines europäisch definierten Gemeinwohls zu schaffen.“⁶⁰ Der Regulierungsverbund nähert sich qualitativ einer Auftragsverwaltung, die Stellung des nationalen Regulierers der einer nachgelagerten EU-Behörde an.⁶¹ Inhaltliche Steuerung und demokratische Legitimation soll diesem Verbund vor allem die Kommission vermitteln.⁶²

III. Regulierungselemente und Regulierungstrends im Verbraucherschutz

1. *Die Legitimation starker Regulierung durch die Persistenz natürlicher Monopole*

Betrachtet man das Gesamtbild der skizzierten Faktoren, so lässt sich – unabhängig von der Frage ihrer normativen Bewertung – zu-

⁵⁷ Vgl. dazu die Analysen bei *Trute* (Fn. 35), 569.

⁵⁸ Näher *Kühling* (Fn. 15), 415 ff.

⁵⁹ Vgl. etwa „Telekommunikation: Europäische Kommission fordert deutschen Regulierer auf, für bessere Wettbewerbsbedingungen im Endkunden-Zugangsmarkt zu sorgen“, Pressemitteilung IP/09/1946 v. 17. 12. 2009.

⁶⁰ *Trute* (Fn. 35), 571 ff., 574.

⁶¹ Ähnlich *Kühling* (Fn. 15), 420, der die Stellung der Kommission als die einer faktischen „(Ober-)Regulierungsbehörde“ beschreibt; vgl. weiter *Trute* (Fn. 35), 572 ff.

⁶² Dies überrascht insoweit, als die Kommission selbst gleichfalls von einem politikfernen, regulierungsähnlichen Selbstverständnis getragen wird, vgl. *S. Bredt* Die demokratische Legitimation unabhängiger Institutionen, 2006, 379 ff.; *Kühling* (Fn. 15), 412 ff. Diese Selbstbeschreibung übernimmt etwa *W. Frenz* Handbuch Europarecht, Bd. 5, 2010, § 2 Rn. 1924 (die Kommission sei „unabhängig und entpolitisiert ... wie nationale Regierungsbehörden“); kritisch aber unter Hinweis auf faktische parteipolitische Einflüsse *Hix* (Fn. 19), 120 f.

nächst festhalten, dass der Idealtyp der Regulierungsverwaltung auf eine in dieser Form bislang kaum gekannte Bündelung normativ schwach kontrollierter behördlicher Machbefugnisse hinausläuft.⁶³ Den konzentrierten exekutivischen Befugnissen steht freilich derzeit eine spezielle Aufgabenstellung gegenüber, die die Verwaltung vor in vieler Hinsicht atypische Probleme stellt. Angesichts der für die bisherigen Regulierungssektoren prägenden natürlichen Monopole der Anbieter⁶⁴ – so wird argumentiert – könne eine Regulierung, die auf eine solche behördliche „Machtfülle“ verzichte, den Anbietern „nur hoffnungslos hinterherlaufen“.⁶⁵ Tatsächlich erscheinen die Regulierungsmaßnahmen in den Netzwirtschaften als grundsätzlich sachgerechte und daher verfassungsrechtlich zulässige Strategie zur Überwindung der Persistenz natürlicher Monopole.⁶⁶ Im Telekommunikationsbereich hat der entschlossene Einsatz solcher Regulierung für den europäischen Verbraucher erhebliche Vorteile in Form von Leistungssteigerungen und Preissenkungen bewirkt.⁶⁷

2. Von den Netzwirtschaften zum Standardmodell europäischer Verwaltung?

Gerade die Diskussion um den eingangs erwähnten „weiten Regulierungsbegriff“ verdeutlicht jedoch, dass der Regulierungsverbund wohl keineswegs ein auf natürliche Monopole beschränktes, auf mittlere Sicht in das Kartellrecht rückführbares Übergangsphänomen bleiben wird,⁶⁸

⁶³ F. Schorkopf JZ 2008, 20 (26 ff.) warnt daher vor einer Rückentwicklung zur früheren „guten Policy“. Dieses Bild wird von Franzius (Fn. 44), 362 f. („Regulierungspessimismus“) oder M. Ruffert in Fehling/Ruffert (Fn. 6), § 7 Rn. 60 zurückgewiesen, findet sich jedoch positiv gewendet bei Bullinger (Fn. 11), 1359.

⁶⁴ Näher zu diesen etwa F. J. Säcker AöR 130 (2005), 180 (200).

⁶⁵ So etwa Masing in Lüdemann (Fn. 36), 155 (170) mwN; ders. (Fn. 7), D 73 f.; zusätzlich verwiesen wird regelmäßig auf die „Dynamik und Vielgestaltigkeit der Märkte“, so z. B. Henseler-Unger (Fn. 21), O 36 ff.

⁶⁶ Vgl. etwa – aus verschiedenen Perspektiven – Fehling (Fn. 9), 186; Trute (Fn. 29), 171 f. Dies gilt umso mehr, als das Netzeigentum der Monopolisten einer gesteigerten Sozialpflichtigkeit unterliegt, so BVerwGE 114, 160 (192 f.); Säcker (Fn. 64), 185 und 190; H.-H. Trute FS 50 Jahre BVerwG, 2003, 857 (864); kritisch jedoch Masing (Fn. 7), D 157 mwN. Auch in den Netzwirtschaften lässt die exekutive Aufrüstung allerdings bisweilen Augenmaß vermissen, vgl. W. Durner in Maunz/Dürig (Fn. 38), Art. 10 (2010) Rn. 40 mwN.

⁶⁷ Dazu bilanzierend die Ländervergleiche in A. Picot (Hrsg.) Die Effektivität der Telekommunikationsregulierung in Europa, 2008.

⁶⁸ So zuletzt etwa noch Schorkopf (Fn. 63), 29; Zweifel jedoch bereits bei Ruffert (Fn. 10), 279; als rein politisch bewertet die Frage O. Lepsius in Fehling/Ruffert (Fn. 6), § 19 Rn. 6.

sondern in manchen Sektoren eine Dauerstrategie bleiben könnte.⁶⁹ Zugleich werden in einigen Feldern des Verwaltungsrechts Teilelemente des Regulierungsmodells rezipiert oder lassen sich Annäherungstendenzen an das Leitbild der starken Regulierungsbehörde nachweisen.⁷⁰ Insbesondere bildet das Modell einer durch nur lose parlamentarische Rückbindung geprägten Verwaltung die institutionelle Blaupause zahlreicher Gesetzesvorschläge der Kommission, namentlich bei der Gründung neuer europäischer Agenturen.⁷¹ Das Element der Ausgliederung aus dem parlamentarisch kontrollierten Verwaltungsraum hat sogar Eingang in den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union gefunden, der in Art. 298 AEUV feststellt, Stellen der Union könnten sich zur Ausübung ihrer Aufgaben „auf eine offene, effiziente und unabhängige europäische Verwaltung“ stützen.⁷² Zu diesen Aufgaben zählt auch der Verbraucherschutz.

3. *Der Siegeszug des Verbraucherschutzes und der Wandel des Verbraucherleitbilds*

Ähnlich wie das Regulierungsrecht gilt auch der Verbraucherschutz als „ein im Aufbruch begriffenes Rechtsgebiet“,⁷³ wobei die maßgeblichen Aufbruchsimpulse erneut von der Europäischen Union ausgehen. Nach bescheidenen Anfängen im Zusammenhang der Binnenmarktharmonisierung⁷⁴ hat der Verbraucherschutz in zahlreichen Einzelberei-

⁶⁹ So bereits *Säcker* (Fn. 64), 188 und 200.

⁷⁰ Dies verdeutlicht die wachsende Zahl der durch den weiten Regulierungsbegriff reklamierten Anwendungsbereiche, vgl. oben in und bei Fn. 15f. Nach *Franzius* (Fn. 30), 415f., ist das Regulierungsrecht daher gerade kein temporäres „Sonderkartellrecht“, sondern vielmehr „Ausdruck modernen Verwaltungsrechts“.

⁷¹ Vgl. *Europäisches Regieren. Ein Weißbuch*, KOM(2001) 428 endg. v. 25. 7. 2001, 30f.; zur steigenden Zahl und Bedeutung der Agenturen von *Danwitz* (Fn. 56), 319 ff.

⁷² Zur Auslegung dieser „beunruhigenden“ Bestimmung *K.-F. Gärditz* DÖV 2010, 453 (461). Mit ihr positiviert das Unionsrecht den bei *M. Ruffert* in H. H. Trute/T. Groß/H.-C. Röhl/C. Möllers (Hrsg.) *Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, 2008, 431 ff. beschriebenen europaweiten Trend. Freilich steht dies unter dem Vorbehalt des Demokratieprinzips im vorrangigen EU-Vertrag, dazu nachfolgend S. 436f.

⁷³ *R. Stober* in C. Graf/M. Paschke/R. Stober (Hrsg.) *Staatlicher Verbraucherschutz und private Unternehmerverantwortung*, 2003, 1 (4).

⁷⁴ Näher die geschichtlichen Überblicke bei *N. Reich* *Europäisches Verbraucherrecht*, 3. Aufl. 1996, 30 ff.; *G. Paisant* in *Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit*, 2002, 181 ff.; *Schmoeckel* (Fn. 1), vor §§ 312 ff. Rn. 28 ff.; *S. Weatherill* *EU Consumer Law and Policy*, 2. Aufl. 2005, 3 ff. Eine Verankerung expliziter Unionszuständigkeiten erfolgte erst schrittweise, dazu *H. Rösler* *EuR* 2008, 800 ff. Nach dem heute geltenden Art. 169 AEUV leistet die Union einen Beitrag u. a. zu den Gebieten des Schutzes der

chen rasant an Bedeutung gewonnen⁷⁵ und ist vor allem für das Privatrecht zum Motor der europäischen Zivilrechtsvereinheitlichung geworden.⁷⁶ Instrumentell ist für die neuere Verbraucherpolitik der Union namentlich der Einsatz von Verbandsklagen prägend, die Defizite der individuellen Verbraucherrechtsdurchsetzung ausgleichen sollen.⁷⁷ Inhaltlich ist die auffälligste Entwicklung der letzten Jahre ein Wandel des Verbraucherleitbilds, der sich als Transformation von einem liberalen Bild des selbstbestimmten Verbrauchers zu einer eher paternalistischen Verbraucherpolitik beschreiben lässt.⁷⁸ Dem als „liberalstaatlich“ charakterisierten ursprünglichen Ansatz entsprach jenes Verständnis des Verbraucherschutzes, das der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten entfaltete und das in erster Linie auf Aufklärung und Information setzte.⁷⁹ Auf seiner Grundlage wurde der Verbraucherschutz der Mitgliedstaaten einer rigiden Erforderlichkeitskontrolle unterworfen und meist auf Informations- und Etikettierungspflichten reduziert,⁸⁰ die den Bedürfnissen eines kritischen mündigen Verbrauchers entsprachen.⁸¹ Die neuere, nunmehr durch die Union

Gesundheit, der Sicherheit und der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher. Diese Kompetenz wird weit ausgelegt (vgl. bereits oben Fn. 4), ihre Bedeutung bleibt jedoch nach Einschätzung von *B. Heiderhoff* Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbraucherschutzrechts, 2004, 29 und *H. Rösler* Ebd. 812 hinter jener der Binnenmarktkompetenz zurück.

⁷⁵ Vgl. im Überblick *I. Härtel* in *W. Heun/V. Lipp* (Hrsg.) Europäisierung des Rechts, 2008, 213 ff. sowie exemplarisch für das Recht der Versicherungswirtschaft *U. D. Lemor* FS Winter, 2007, 93 ff.

⁷⁶ Näher *Heiderhoff* (Fn. 74), 18 ff.; *H. Rösler* VuR 2003, 12 ff.; *Weatherill* (Fn. 74), 149 ff.; *ders.* European Rev. of Contract Law 2 (2006), 136 ff.; zu den dahinterstehenden Befürchtungen, die Kommission steuere unter dem Kompetenztitel des Verbraucherschutzes auf eine vollständige Vereinheitlichung des Vertragsrechts hin *N. Reich* ZEuP 2010, 7 ff.; *R. Schulze* NJW 1997, 2742 f.; *G. Wagner* ZEuP 2007, 180 (182 ff.); aus Sicht der Kommission entsprechende Motive bestreitend *H. Schulte-Nölke* NJW 2009, 2161 ff.

⁷⁷ Näher *S. Schlacke* Überindividueller Rechtsschutz, 2008, 336 ff.; *E. Schmidt* NJW 2002, 25 ff. Weiterentwicklungspläne finden sich in dem Grünbuch über kollektive Rechtsdurchsetzungsverfahren für Verbraucher v. 27. 11. 2008, KOM(2008) 794 endg.

⁷⁸ In einen weiteren Kontext stellt diese Entwicklung *Schmoeckel* (Fn. 1), vor §§ 312 ff. Rn. 38 ff. *Janning* (Fn. 19), 153 f. verwendet das Begriffspaar „liberal“ und „marktkritisch“.

⁷⁹ Näher *Reich* (Fn. 74), 63 f.; *J. Stuyck* CMLRev. 2000, 367 (384 f. und 389 ff.); *Weatherill* (Fn. 74), 58.

⁸⁰ Vgl. etwa EuGH, Slg. 1988, 4233 ff. – italienisches Reinheitsgebot für Teigwaren; eingehend zu dem gerichtlichen Leitbild des informierten Verbrauchers *Strætjans* (Fn. 4), 428 ff.; *K. Seibt* GRUR 2002, 465 ff.

⁸¹ So ging nach EuGH, Slg. 2004, I-7007 ff. Rn. 44 – Douwe Egberts, das belgische Verbot, auf Lebensmitteln mit Angaben über das „Schlankerwerden“ oder „ärztliche

entwickelte Verbraucherschutzgesetzgebung hingegen enthält neben Transparenzpflichten auch Werbeverbote und orientiert sich insgesamt an einem ungleich fürsorgebedürftigeren Verbrauchertypus.⁸² Diese paternalistische Akzentverschiebung lässt bisweilen konzeptionelle Konsistenz vermissen⁸³ und ist rechtspolitisch auf harte Kritik gestoßen,⁸⁴ hält sich jedoch bislang im Rahmen der primärrechtlichen Spielräume.⁸⁵

4. Verbraucherschutz durch europäische Regulierungsbehördennetzwerke

a) Die Leitvorstellung der Kommission

Den ursprünglichen Fokus der wirtschaftlichen Verbraucherschutzpolitik der Union bildete das durch die Mitgliedstaaten geregelte Vertragsrecht, das durch verbraucherfreundliche Vorgaben teilharmonisiert und durch behördliche Befugnisse lediglich punktuell flankiert wurde. Dementsprechend beschränkten sich noch vor wenigen Jahren die Regelungen zum Verbraucherschutz im Telekommunikationsrecht

Empfehlungen“ zu werben, „über das hinaus, was zur Erreichung des Zieles, die Verbraucher vor Täuschungen zu schützen, erforderlich ist“. *Straetmans* (Fn. 4), 430 kommt daher zu dem Befund, „that solely the ‚informed consumer‘ is protected.“

⁸² Die Mitteilung der Kommission v. 20. 11. 2007, „Ein Binnenmarkt für das Europa des 21. Jahrhunderts“, KOM(2007) 724 endg., fordert etwa, im Zuge der nunmehr durch die Union vorangetriebenen Harmonisierung müssten künftig „Marktöffnung und Verbraucherpolitik ... Hand in Hand“ gehen. Zu den im Lebensmittelbereich explizit formulierten Elementen der „Verbrauchererziehung“ *A. Haratsch ZEuS* 2004, 559 (577) mwN; zu dem Gesamtphänomen und seiner Deutung als Abfolge „negativer“ und „positiver Integration“ *M. Höreth Die Europäische Union im Legitimationsdilemma*, 1999, 234ff.

⁸³ So sieht die aktuelle Agrarmarktverordnung (EG) Nr. 1234/2007 des Rats v. 22. 10. 2007 in Art. 104 in freundlichem Nebeneinander jeweils steuerfinanzierte Maßnahmen sowohl zur Förderung des europäischen Tabakanbaus als auch zum Schutz der Verbraucher vor jeder Art von Tabakkonsum vor.

⁸⁴ Zuletzt kritisierten *R. Herzog/F. Boltkestein/L. Gerken FAZ* v. 15. 1. 2010, 14, die Union wandle ihren Verbraucherschutz von einem Konzept des „mündigen Verbrauchers“ zu einer „Bevormundung durch Bürokraten“ im Rahmen einer „an Planwirtschaften erinnernden Politik“; ähnlich *Haratsch* (Fn. 82) und *W. Kahl FS Schmidt*, 2006, 75 (86). Implizite Kritik in diesem Sinne enthält möglicherweise auch das Urteil zur Tabakwerbeverbotsrichtlinie EuGH, Slg. 2000, I-8419ff.

⁸⁵ Nationales und europäisches Verfassungsrecht schützen den freien Wettbewerb nicht einschränkungslos, sondern stellen den Markt unter den Vorbehalt des demokratisch zu bestimmenden, rechtsstaatlich zu rechtfertigenden Gemeinwohls. Zwar wird grundrechtlich ein Kern des Leitbilds des selbstbestimmten Verbrauchers vorgegeben, in diesem Rahmen besteht jedoch Spielraum zur Verfolgung unterschiedlicher Verbraucherschutzkonzeptionen. Näher dazu *U. Di Fabio ZWeR* 2007, 266 (269f.); *O. Lepsius in Fehling/Ruffert* (Fn. 6), § 4 Rn. 13 ff.

weitgehend auf vertragsrechtliche Vorschriften.⁸⁶ Freilich wurde die deutsche Regulierungsbehörde bereits seit 2003 ermächtigt, hoheitlich gegen bestimmte Formen des Missbrauchs im Telekommunikationsbereich vorzugehen.⁸⁷

In Übereinstimmung mit Vorschlägen im Schrifttum, das Verbraucherschutz- und das Wettbewerbsrecht einheitlich durch eine Regulierungsbehörde durchzusetzen,⁸⁸ definiert die Kommission „Verbraucherschutz“ nunmehr als „Regulierung der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher“.⁸⁹ Sie plädiert für einen Verbraucherschutz, der nicht nur durch Verbraucher selbst, sondern – jedenfalls subsidiär – auch exekutivisch gestaltet und vollzogen wird.⁹⁰ Die im Zuge dieses Konzepts bereits geschaffenen Verbraucherschutzverwaltungen sind nach Vorstellung der Kommission auszubauen und etwa um die Befugnis zu erweitern, behördlich die Entschädigung für Regelverstöße anzuordnen und ungerechtfertigte Gewinne abzuschöpfen.⁹¹ Diese Forderungen führen einerseits zu einem schrittweisen Ausbau bestehender Verbraucherschutz Elemente im engeren sektoralen Regulierungsrecht, andererseits zum Aufgreifen einzelner Regulierungselemente im allgemeinen Verbraucherschutz.

*b) Ausbau bestehender Verbraucherschutz Elemente
im sektoralen Regulierungsrecht*

Die Stärkung des Verbraucherschutzes gilt als zentrale Entwicklungstendenz des sektoralen Regulierungsrechts.⁹² Bereits im geltenden Telekommunikationsrecht bildet der Verbraucherschutz nicht nur ein Regulierungsziel, sondern nach manchen Lesarten den „wesentlichen

⁸⁶ Nach der Rechtslage im Jahr 2002 waren Gegenstand behördlicher Regulierung allein die Entgeltregulierung und der Datenschutz. Näher dazu C. Heßler Der Verbraucherschutz im Telekommunikationsrecht, 2002 mit dem Befund auf S. 260, dass dieses Gesamtsystem durchaus bereits als umfassend angesehen wurde.

⁸⁷ Zu diesem nicht europäisch veranlassten Prozess *Stelkens* (Fn. 7), 89 ff.

⁸⁸ So K. J. Cseres *Competition Law and Consumer Protection*, 2005, 411 ff. mwN; ältere Forderungen nach einer deutschen Verbraucherschutzbehörde bei von Hippel (Fn. 5), 265 f. mwN; ders. in J. Lackmann (Hrsg.) *Verbraucherpolitik und Verbraucherbildung*, 2002, 81 (91 ff.). Durchweg orientieren sich diese Vorschläge an dem US-amerikanischen Vorbild der Federal Trade Commission.

⁸⁹ Grünbuch zum Verbraucherschutz in der Europäischen Union v. 2. 10. 2001, KOM(2001) 531, 3.

⁹⁰ Grünbuch zum Verbraucherschutz (Fn. 89), 17 und 20; ähnlich Grünbuch über kollektive Rechtsdurchsetzungsverfahren (Fn. 77), 12; vgl. dazu weiter Rösler (Fn. 74), 808.

⁹¹ Grünbuch über kollektive Rechtsdurchsetzungsverfahren (Fn. 77), 13 f.

⁹² *Stober* (Fn. 8), 972.

Hauptzweck der Regulierung.⁹³ Parallel zu den im Erstbericht beschriebenen Entwicklungen im Energierecht⁹⁴ erweitern die jüngsten Vorgaben der Union auch hier die zumeist nur mittelbar wirkenden Verbraucherschutz Elemente durch Kundenschutzrechte, Transparenzverpflichtungen der Anbieter oder die Befugnis der Behörde, Mindestanforderungen an die Dienstleistungsqualität festzulegen.⁹⁵ Dieser Ausbauprozess ist noch nicht abgeschlossen.⁹⁶

c) *Trends zur flächendeckenden regulierungsähnlichen Verbraucherschutzverwaltung*

Letztlich drängen die ambitionierten Vorstellungen der Kommission jedoch über den engen Anwendungsbereich der Netzwirtschaften hinaus. Für einen prominenten Teilbereich des Verbraucherschutzes, die Lebensmittelsicherheit, wurde 2002 die Aufgabe der Risikoanalyse aus der politisch kontrollierten Verwaltung ausgliedert und einer neu geschaffenen unabhängigen Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit übertragen.⁹⁷ Die weitergehende Vision einer flächendeckenden regulierungsähnlichen Verbraucherschutzverwaltung fand ihren vorläufigen Höhepunkt in der Verordnung 2006/2004/EG über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz, die ein Behördennetzwerk zur Durchsetzung sämtlicher europäischer Verbraucherschutzrichtlinien geschaffen hat.⁹⁸ Bei Vorliegen eines Binnenmarktbezugs kann somit nunmehr grundsätzlich der gesamte wirtschaftliche Verbraucherschutz hoheitlich durchgesetzt werden. Das zur Durchführung erlassene deutsche Verbraucherschutzdurchsetzungsgesetz 2006 trägt äußerlich

⁹³ So *Heßler* (Fn. 86), 1. Nach Art. 8 Abs. 5 Buchst. c) der Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG sollen die nationalen Regulierungsbehörden den Wettbewerb „zum Nutzen der Verbraucher schützen“.

⁹⁴ Vgl. *J. Hellermann* in diesem Band S. 375 ff.

⁹⁵ So die Neufassung des Art. 22 Abs. 2 der Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG; vgl. zum 3. Ordnungsrahmen *R. Klotz/A. Brandenburg* MMR 2010, 147 (150f.) und zu den Verbraucherschutz Elementen *C. Franzius* DVBl. 2010, 1086 (1088 ff.).

⁹⁶ Vgl. etwa die neuen Vorschläge bei *M. Kurth* FS Kühne, 2009, 191 (202f.).

⁹⁷ Vgl. das Weißbuch zur Lebensmittelsicherheit KOM(99) 719 endg. v. 12. 1. 2000, 18 ff. mit der Erläuterung, die aus den Analysen folgenden Gestaltungs- und Eingriffsbefugnisse könnten aus Gründen der demokratischen Verantwortung nicht auf eine unabhängige Behörde übertragen werden; *R. Streinz* in ders. (Hrsg.) *Lebensmittelrechts-Handbuch*, 30. Aufl. 2010, III Rn. 132/135 (2005), der die Behörde entgegen ihrer Bezeichnung als „Regulierungsagentur“ charakterisiert.

⁹⁸ Näher *G. Betlem* Europ. Business Law Rev. 2007, 683 ff.; *J. Glöckner* in H. Harte-Bavendamm/F. Henning-Bodewig (Hrsg.) *UWG, Kommentar*, 2. Aufl. 2009, Internationales und Europäisches Lauterkeitsrecht Rn. 406 ff.

Merkmale eines Sonderordnungsrechts.⁹⁹ Eine Unabhängigkeit der nationalen Verbraucherbehörden fordert die Verordnung in Art. 4 Abs. 4 allerdings nicht zwingend. Als reiner Durchsetzungsmechanismus vermittelt das Gesetz dem Bundesamt für Verbraucherschutz bislang zudem keine regulierungstypischen Gestaltungsbefugnisse wie jene der Federal Trade Commission in den USA, die im Zuge einer interessengeleiteten Verbraucherschutzregulierung eigenständig Tabakwerbeverbote verhängt oder Anbieter zur Einräumung von Widerrufsrechten verpflichtet hat.¹⁰⁰ Praktisch haben diese Bestimmungen in Deutschland auf Grund einer bewusst restriktiven Umsetzung bislang kaum Bedeutung erlangt.¹⁰¹ Freilich drängt die Kommission massiv auf ein kraftvolleres exekutivisches Handeln,¹⁰² und es bedürfte nur weniger Anpassungen, um das bestehende Netz europäischer Verbraucherschutzbehörden von einem Durchsetzungsmechanismus in einen voll ausgebildeten Regulierungsverbund umzuwandeln.

5. Öffentliches Recht und Privatrecht im Verbraucherschutz

Schon die Bereitstellung ordnungsrechtlicher Mittel zur Durchsetzung wirtschaftlicher Verbraucherinteressen stellt für Deutschland eine symbolkräftige Akzentverschiebung dar. Freilich bewegt sich der Verbraucherschutz als Querschnittsmaterie von vornherein in einem Spannungsfeld von privatem und öffentlichem Recht.¹⁰³ Dass auch an-

⁹⁹ Hervorzuheben ist die polizeirechtlich formulierte Befugnisnorm des § 5 Abs. 1 Satz 1, nach der die zuständige Behörde in Fällen mit Binnenmarktbezug die notwendigen Maßnahmen zur Abwehr der Verstöße gegen Gesetze zum Schutz der Verbraucherinteressen trifft. Allerdings werden diese dem ersten Eindruck nach breiten Befugnisse durch die Aufgabenstellung des Gesetzes und der EU-Verordnung in § 1 VSchDG beschränkt, vgl. die Gesetzesbegründung BT-Drs. 58/09 v. 23. 1. 2009, 9. Zudem soll die Behörde nach § 7 Abs. 1 VSchDG zunächst auf ein Vorgehen Dritter nach dem Unterlassungsklagengesetz hinwirken.

¹⁰⁰ Vgl. *American Bar Association – Section of Antitrust Law* (Hrsg.) *Consumer Protection Law Developments*, 2009, 343 ff. (Garantien) und 361 f. (Tabakwerbeverbote); *dies.* (Hrsg.) *Consumer Protection Handbook*, 2004, 28 ff., auch zur Vagheit der generalklauselartigen Eingriffsermächtigungen; *von Hippel* (Fn. 5), 106 ff.; zu den historischen Besonderheiten, die die Entstehung dieses Modells im Zuge des New Deal gegen erhebliche Widerstände ermöglichten, sowie zu dem wichtigen verfassungsrechtlichen Kontext des amerikanischen Präsidialsystems und des Common Law umfassend *O. Lepsius* in *Fehling/Ruffert* (Fn. 6), § 1 Rn. 48 ff.

¹⁰¹ *C. Alexander* WRP 2009, 683 (685); *Münker* (Fn. 5), 46 ff. (2008 bundesweit lediglich sieben Verfahren).

¹⁰² Vgl. das erfolglose Klagebegehren in EuGH, Slg. 2005, I-957 ff. und dazu *Münker* (Fn. 5), 52.

¹⁰³ Vgl. besonders *Säcker* (Fn. 64), 180 ff.; *Schmoeckel* (Fn. 1), vor §§ 312 ff. Rn. 52 ff.

dere Gesetzgebungsphilosophien denkbar sind, belegen neben dem Beispiel der USA auch einige europäische Rechtsordnungen, in denen sich gleichermaßen öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Ausgestaltungen des Verbraucherschutzes sowie Mischformen finden.¹⁰⁴

Im Zuge der mittlerweile erreichten Entwicklung verschwimmen die Grenzen von öffentlichem und privatem Recht vor allem dort, wo der Staat privatrechtliche Pflichten hoheitlich durchsetzt.¹⁰⁵ Vor diesem Hintergrund bildet der Verbraucherschutz ein Musterbeispiel für die Einsicht, dass öffentliches Recht und Privatrecht wechselseitige Auffangordnungen darstellen¹⁰⁶ und dass manche der jeweils verfügbaren Instrumente funktional austauschbar sind. So lassen sich etwa Endkundenpreise nicht nur durch eine Preisregulierung im engeren Sinne, sondern auch durch Instrumente wie die Kartellaufsicht,¹⁰⁷ das öffentliche Preisrecht¹⁰⁸ oder auch die Preiskontrolle nach § 315 BGB¹⁰⁹ beeinflussen, deren jeweiliges Erfolgspotential in erster Linie eine Frage der Feinsteuerung ist.¹¹⁰ Daher richtet sich die konkrete gesetzgeberische Vorgehensweise vor allem an Wirksamkeits- und Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten aus:¹¹¹ Öffentlich-rechtlicher Verbraucherschutz muss keineswegs in Paternalismus umschlagen und wird sich vor allem dort

¹⁰⁴ Näher dazu die vergleichende Darstellung bei *H. Schulte-Nölke/C. Twigg-Flesner/M. Ebers* (Hrsg.) *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 252 ff.; zu den USA vgl. die Nachweise oben in Fn. 100.

¹⁰⁵ *Franzius* (Fn. 44), 592 f. Diese Entwicklung führt zu schwierigen Abgrenzungsfragen, etwa jener nach einer Sperrwirkung der Behördenentscheidung für die Überprüfung durch die Zivilgerichte, vgl. dazu *Säcker* (Fn. 64), 184. Zu den teils inkonsistenten Systementscheidungen des Gesetzgebers *Knauff* (Fn. 10), 392 ff.

¹⁰⁶ *R. Stober* *Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 16. Aufl. 2008, 211; grundlegend zu diesem wechselseitigen Zusammenwirken die Beiträge in *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann* (Hrsg.) *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1996, sowie *G. Wagner* *AcP* 206 (2006), 352 ff.

¹⁰⁷ Vgl. zu den jüngsten Erfolgen im Bereich der Wasserversorgung BGH, LKV 2010, 174 ff.

¹⁰⁸ Aufträge der öffentlichen Hand unterliegen dort, wo kein Marktpreis erzielt werden kann, der Verordnung PR 30/53. Mittelbar werden damit auch Gebühren und Entgelte der Auftraggeber gegenüber Dritten beeinflusst, vgl. VG Düsseldorf *Urt. v.* 12. 12. 2007 – 5 K 1151/06 –, Rn. 39 ff.

¹⁰⁹ Eine solche praktiziert der Bundesgerichtshof namentlich im Energiebereich, vgl. etwa zuletzt BGH, BB 2010, 1365 ff. und kritisch zu diesem Ansatz *M. Martini* *DVBt.* 2008, 21 (23 und 27 ff.).

¹¹⁰ Vgl. zu den im Hinblick auf Endkundenpreise auftretenden Abstimmungsschwierigkeiten zwischen den verschiedenen Instrumenten *J. Hellermann* in diesem Band S. 372 ff.

¹¹¹ Dazu *M. Burgi* in *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Fn. 9), § 18 Rn. 57 ff.

anbieten, wo ein Verhalten – wie im Lebensmittelrecht – eine Gefahr oder ein nicht hinnehmbares Risiko begründet, wo Informationsasymmetrien nicht anders zu unterbinden sind oder wo die Durchsetzung isolierter Verbraucherinteressen durch die Streubreite des Handelns erschwert wird. Gleichwohl werden Rechtsordnungen, die einem liberalen Verbraucherleitbild folgen, den Schutz der wirtschaftlichen Verbraucherinteressen vor allem zivilrechtlich verwirklichen, während der starke Einsatz behördlichen Verbraucherschutzes ein tendenziell paternalistisches Verbraucherverständnis indiziert.¹¹²

6. *Hintergründe der Ausweitung des Verbraucherschutzes durch Regulierung*

Die empirische Bestandsaufnahme zeigt, dass durch Unionsrecht nicht nur der Verbraucherschutz im sektoralen Regulierungsrecht ausgebaut, sondern parallel auch Elemente einer flächendeckenden regulierungsähnlichen Verbraucherschutzverwaltung vorangetrieben werden. Wie erklärt sich diese europaweite Ausweitung des behördlichen Verbraucherschutzes? Das Schrifttum bietet eine ganze Reihe von Erklärungsansätzen: Hervorzuheben ist dabei die Entstehung neuer Problemlagen, die den Schutz des Verbrauchers immer mehr in das Zentrum des öffentlichen Interesses und letztlich auch des öffentlichen Rechts rücken,¹¹³ sowie die verspätete Herausbildung einer sozialstaatlichen Dimension der Union,¹¹⁴ die zu einer Ergänzung des Binnenmarktkonzepts um Verbraucherschutzelemente führte.¹¹⁵ Auch die Ursachen für die Ausweitung des Modells der Regulierungsverwaltung sind vielfältig: Der anhaltende Rückzug des Staates aus vormaligen Staatsaufgaben steigert die Bedeutung des privatisierungstypischen Regulierungsrechts.¹¹⁶ Hinzu treten weitere potentielle Anwendungsbereiche überall dort, wo durch sektorale Fehlentwicklungen Marktversagen

¹¹² Vgl. *Rittner/Dreher* (Fn. 18), § 4 Rn. 23; *Schmoeckel* (Fn. 1), vor §§ 312 ff. Rn. 53 f.

¹¹³ So besonders *D. Frank* in *Graf/Paschke/Stober* (Fn. 73), 27 (28) mit der These, der Verbraucherschutz werde nun jene Rolle übernehmen, die im 20. Jahrhundert der Umweltschutz gespielt habe. Tatsächlich ging 2003 die erstmalige Schaffung verbraucherschutzbezogener Eingriffsbefugnisse der Regulierungsbehörde in Deutschland gerade auf neuartige Missbrauchsphänomene zurück, vgl. dazu *Stelkens* (Fn. 7), 89 ff.

¹¹⁴ Zusammenfassend *W. Kahl* DV 2010, 463 (471 f.) mwN; *O. Lepsius* in *Fehling/Ruffert* (Fn. 6), § 4 Rn. 39 ff.

¹¹⁵ So *F. Denkinger* *Der Verbraucherbegriff*, 2007, 247 ff.; *Kahl* (Fn. 84), 84 ff.; *Rösler* (Fn. 74), 820 f.; vgl. auch bereits oben in Fn. 74.

¹¹⁶ Vgl. zum Charakter des Regulierungs- als Privatisierungsfolgenrecht bereits oben in und bei Fn. 10.

entsteht und damit spezifischer Regulierungsbedarf begründet werden kann.¹¹⁷ Die Globalisierung schließlich erstreckt sich auch auf die rechtlich zu bewältigenden Problemlagen und drängt den Gesetzgeber zu dem Modell des international vernetzten Verwaltungsverbunds.¹¹⁸

Ergänzungsbedürftig erscheinen diese im juristischen Schrifttum vorgelegten Analysen im Hinblick auf die politikwissenschaftlich als regulierungstypisch ermittelten institutionellen Gewichtsverschiebungen und die dahinter stehenden Machtfragen. Aus dieser Perspektive ist das Phänomen der Verbraucherschutzregulierung einer flankierenden soziologischen Deutung durch die Bürokratieforschung zugänglich:¹¹⁹ Insoweit steht der Siegeszug des Regulierungsverbunds im Kontext der allgemeinen „Terraingewinne“ der europäischen Exekutive zu Lasten der nationalen Parlamente, Regierungen und Gerichte¹²⁰ und insbesondere des unionalen Bestrebens, den Einfluss auf die Verwaltungen der Mitgliedstaaten zu stärken.¹²¹ Dabei steht der Regulierungsverbund für ein Wunschmodell der europäisierten Exekutive, mit dem sich neue Tätigkeitsfelder und breite Gestaltungsspielräume erschließen und gleichzeitig parlamentarische, gesetzliche und gerichtliche Reglementierungen minimieren lassen.¹²² Die bislang erkämpften Regulierungs-

¹¹⁷ Zu den aktuellen Forderungen im Bankensektor *W. Heun* JZ 2010, 53 ff.; *W. Höfling* NJW-Beil. 2010, 98 ff.

¹¹⁸ Grundlegend hierzu *A. M. Slaughter* A New World Order, 2004 (dort auf 36 ff. besonders zu Regulierungsnetzwerken); aus rechtlicher Sicht *A. von Aaken* in *C. Möllers/A. Voßkuhle/C. Walter* (Hrsg.) Internationales Verwaltungsrecht, 2007, 219 ff. (zur Finanzmarktaufsicht); allgemeiner *C. Möllers* ZaöRV 65 (2005), 351 (354 ff.); zur Bedeutung für den Verbraucherschutz *T. J. Muris* Europ. Foreign Affairs Rev. 2002, 242 (246 ff.).

¹¹⁹ Grundlegend zur EU-Bürokratieforschung *Bach* (Fn. 37); *ders.* Europa ohne Gesellschaft, 2008, 93 ff.; *E. Page* People who run Europe, 1997; speziell zum Regulierungsverbund *P. Slominski* Die Implementation des EG-Telekommunikation aus rechts- und politikwissenschaftlicher Sicht, 2002, 29 ff. Ausgangspunkt der Bürokratieforschung ist die Beobachtung, dass staatliche Bürokratien generell Tendenzen zur Konzentration „von Entscheidungs- und Durchsetzungsmacht zur Erzeugung von verbindlichen Maßnahmen im Interesse der Gemeinschaft“ entwickeln, näher *D. Grunow* in *V. Kaina/A. Römmele* (Hrsg.) Politische Soziologie, 2009, 353 ff.

¹²⁰ Dazu *H. Dreier* DÖV 2002, 537 (545 f.).

¹²¹ Weitsichtig dazu bereits *A. Hatje* Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998.

¹²² Klar wurde dies bei der Errichtung des europäischen Kartellverbunds analysiert: So stellte etwa *F. Rittner* EuZW 2000, 129 fest, die Kommission habe sich mit der Kartellrechtsreform „wohl einen Traum erfüllt“; ähnlich *W. Möschel* CMLRev. 37 (2000), 495 (497) und *J. Mestmäcker* EuZW 1999, 524 (528). Vgl. auch die allgemeineren Beobachtungen bei *F. Decker/J. Sonnicksen* in *Decker/Höreth* (Fn. 19), 128 (138 ff. und 160).

strukturen wird die Union nach Auslaufen der Privatisierungsprozesse schwerlich aufgeben, sondern tendenziell weiter ausbauen.¹²³ Als Legitimation bieten sich einerseits aktuelle Problemlagen – wie die gegenwärtige Finanz- und Wirtschaftskrise¹²⁴ – und andererseits Daueraufgaben wie der Verbraucherschutz an, der aus Unionssicht einen situationsgerecht anpassungsfähigen Argumentationstopos zur Stärkung der jeweiligen Position darstellt.¹²⁵ Das relative Gewicht dieser kaum jemals offengelegten machtpolitischen Motive wird im jeweiligen Zusammenhang durchaus unterschiedlich ausfallen – ihre Existenz jedoch ist bisweilen mit den Händen zu greifen. Machtfragen verlangen freilich notwendigerweise nach verfassungsrechtlichen Antworten.

IV. Der Schutzauftrag des Rechts

1. Konstitutionelle Anforderungen an die Verbraucherschutzregulierung

a) Die exekutivische Machtkonzentration als Herausforderung für das Recht

Verfassungsrechtlich stellt sich, wenn das Leitbild der starken Regulierungsverwaltung über den engen Bereich der Netzwirtschaften hinaus in breite Aufgabengebiete wie den Verbraucherschutz übertragen werden soll, zunächst in gesteigerter Form die Frage nach den konstitutionellen Grenzen und Sicherungsmechanismen gegenüber einer derartigen exekutivischen Machtkonzentration. Zwar ist die Regulierungsverwaltung insoweit keine völlig neue Erscheinung, da viele ihrer Einzelmerkmale an bestehende ältere Verwaltungstraditionen anknüpfen können.¹²⁶ Dass die jetzige Entwicklung gleichwohl eine neue Qua-

¹²³ So bereits *J. Haucap/J. Kühling* in Picot (Fn. 67), 55 (59 und 71f.). In diesem Kontext stand etwa die durch Verbraucherbelange begründete Forderung der Kommission nach einer EU-Regulierungsagentur – dazu *C. Koenig/S. Loetz* MMR 2008, 367 ff. –, die 2009 zur Verordnung 2009/1211/EG zur Errichtung des Gremiums Europäischer Regulierungsstellen führte, vgl. *Möschel* (Fn. 37), 451.

¹²⁴ Zum Ausbau der europäischen Regulierung und des Verbraucherschutzes im Zeichen der Finanzkrise *R. Inderst* EBOR 2009, 455 ff.

¹²⁵ So *M. Tamm* EuZW 2007, 756 (757 und 759). Aus dieser möglichen Instrumentalisierung erklären sich die Befürchtungen mancher Mitgliedstaaten, durch die Harmonisierungen der Union letztlich zur Senkung ihres Schutzniveaus gezwungen zu werden; vgl. zuletzt etwa *K. Lilleholt* Eur. Rev. of Private Law 2009, 335 ff.

¹²⁶ So aus Sicht der Politikwissenschaft *Döhler* (Fn. 19), 223 ff. mit dem Hinweis, dass die verschiedenen Formen der Regulierungsverwaltung sich meist evolutionär und unter Fortentwicklung älterer Ansätze herausbilden.

lität aufweist, liegt an dem kumulativen Zusammenwirken der einzelnen Faktoren: So wurde bislang eine Rücknahme der Regelungs- und Kontrolldichte regelmäßig durch verstärkte Anforderungen an die personelle Legitimation ausgeglichen,¹²⁷ während weisungsfreie Räume in sachlich begründeten Ausnahmefällen durch eine gesteigerte Gesetzesbindung kompensiert werden können.¹²⁸ Bei der Regulierungsbehörde hingegen gerät die Balance der Rückbindungselemente insgesamt aus dem Gleichgewicht.¹²⁹ Diese Machtkonzentration begründet unweigerlich Missbrauchspotentiale. Augenfällig wurde dies 2008 im Rahmen des europäischen Kartellverbands, als sich der Energieversorger E.ON im Gegenzug für die Einstellung eines Kartellverfahrens der Kommission bereiterklärte, sein Höchstspannungsnetz zu verkaufen.¹³⁰ Dieser gesetzlich nicht vorgesehene Vorgang verdeutlicht – unabhängig von seiner wirtschaftspolitischen Bewertung –, dass die Machtfülle der europäischen Verwaltungsverbände ein Droh- und Verhandlungspotential birgt, mit dem sich die Exekutive leicht auch von den Bindungen der Zielvorgaben freischwimmen könnte.

b) Regulierung als Kristallisationspunkt verwaltungsrechtlicher Entwicklungspfade

Andererseits ist unverkennbar, dass das Modell der Regulierungsverwaltung auch Antworten auf eine ganze Reihe lange diskutierter verwaltungsrechtlicher Fragenkomplexe bietet: Es hinterfragt gleichsam als Kontrastmodell verschiedene nationale Sonderwege, deren Korrekturedbedürftigkeit schon vielfach diagnostiziert wurde. Ein solcher Son-

¹²⁷ Aus diesem Grunde liegt etwa im Planungsrecht die in ihren Gestaltungs- und Festsetzungsmöglichkeiten weite Bauleitplanung in den Händen des unmittelbar demokratisch legitimierten Gemeinderats, während den lediglich mittelbar legitimierten staatlichen Behörden nur kompetenziell enger begrenzte fachplanerische Aufgabenstellungen zugewiesen sind. Näher *W. Hoppe* Grundfragen des Planungsrechts, 1998, 246ff.

¹²⁸ Näher BVerfGE 93, 37 (66ff.); *Mayen* (Fn. 23), 48.

¹²⁹ Daher kann die Einschätzung bei *Ruffert* (Fn. 10), 280, die überkommenen Strukturen des Verwaltungsrechts bewährten sich auch vor den Anforderungen regulierender Verwaltung, heute nicht mehr vorbehaltlos übernommen werden. Vgl. demgegenüber *R. Dehousse* in *C. Joerges/R. Dehousse* (Hrsg.) *Good Governance in Europe's Integrated Market*, 2002, 207 (227f.) mit dem Befund, dass die im Zuge der Europäischen Integration erfolgten institutionellen Verschiebungen bestehende Grenzziehungen verwischt haben, ohne dass neue Maßstäbe erkennbar wären, um der immer stärkeren Macht der Exekutive greifbare Grenzen zu setzen. Ähnliche Einschätzungen finden sich bei *P. M. Huber* FS Stober, 2008, 547 (549ff.).

¹³⁰ Näher *R. Müller-Terpitz/M. Weigl* EuR 2009, 348 (351f.) mwN. Eine ähnliche rechtsstaatlich fragwürdige Praxis soll freilich auch im Rahmen der Fusionskontrolle des Bundeskartellamts nicht unüblich sein.

derweg ist namentlich die einzigartig hohe Kontrolldichte deutscher Verwaltungsgerichte im Hinblick auf die materiell-rechtliche Richtigkeit der Verwaltungsentscheidung.¹³¹ Eng damit verknüpft ist die außerhalb des deutschen Rechtskreises unbekannte Unterscheidung von Ermessen und Beurteilungsspielraum.¹³² Auch die Fiktion der einzig-richtigen gebundenen Entscheidung gilt seit langem als fragwürdige Ausgangsprämisse.¹³³ Richtigerweise bedürfte es gerade in den Bereichen, in denen die Verwaltung faktisch über erhebliche Spielräume verfügt, einer Stärkung des flankierenden Verfahrensrechts.¹³⁴ Zugleich steht die Regulierungsverwaltung in engem Zusammenhang mit empirischen Befunden wie den – ihrem Umfang nach umstritten – Vollzugsdefiziten des herkömmlichen Verwaltungsrechts¹³⁵ oder der informalen Herausbildung unterschiedlichster exekutivischer Standards in transnationalen Behördennetzwerken,¹³⁶ die manche Grundprämissen des deutschen Verwaltungsrechts in durchaus heilsamer Weise in Frage stellen.

c) Mindeststandards des Grundgesetzes und des Unionsrechts

Gleichwohl stößt in einem Regelsystem wie der Jurisprudenz die Öffnung für die politische Wirklichkeit¹³⁷ an normative Grenzen: Auch ein

¹³¹ Näher die Darstellungen bei J. A. Frowein (Hrsg.) Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung, 1992; E. Schmidt-Aßmann/J. Schwarze (Hrsg.) Das Ausmaß der gerichtlichen Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht, 1992; A. Epiney/K. Sollberger Zugang zu Gerichten und gerichtliche Kontrolle im Umweltrecht, 2002. Seit langem wird – etwa durch H. Sendler NJW 1994, 1518 ff. oder E. Pache Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, 149 ff. und 449 f. – eine Kontrollrücknahme gefordert. Vgl. auch die Thesen in BVerwGE 72, 300 (316 f.) und dazu – diese offen lassend – zuletzt BVerfG, NVwZ 2010, 114 (120).

¹³² Näher P.-M. Huber Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1997, 132 ff.

¹³³ Umfassend dazu W. Hoffmann-Riem in A. Scherzberg (Hrsg.) Kluges Entscheidungen, 2006, 3 ff. Wie sehr diese Fiktion die Realität der Freiräume der Verwaltung verfehlt, hat der Verf. am Beispiel der bergrechtlichen Betriebsplanung zu verdeutlichen versucht, vgl. W. Durner Konflikte räumlicher Planungen, 2005, 352 ff.

¹³⁴ Dazu M. Sachs in Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 46), § 45 Rn. 10 ff. mwN zur Diskussion sowie in diesem Band Gurlit, S. 238 f.

¹³⁵ Dazu bilanzierend etwa A. Voßkuhle in Hoffman-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 9), § 1 Rn. 30; zur Bedeutung für den Regulierungsansatz Eifert (Fn. 9), § 19 Rn. 25 f.; zur Kritik O. Lepsius Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999, 11 f. mwN.

¹³⁶ Vgl. Döhler (Fn. 19), 220, sowie bereits die Nachweise oben in Fn. 118.

¹³⁷ P. Kiellmanssegg in Decker/Höreth (Fn. 19), 219 (231) spricht von einem „europäischen Verfassungspragmatismus“ gegenüber dem Demokratieprinzip; vgl. zu dem Problemkreis C. Hillgruber und U. Volkmann Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, VVDStRL 67 (2007), 7 ff. und 57 ff.

realistisch interpretiertes Verfassungsrecht dient nicht der Beschreibung realer Verwaltungsabläufe.¹³⁸ In dem reform- und damit meist auch regulierungsfreudigen Schrifttum besteht bisweilen Bereitschaft, sich selbst von zentralen konstitutionellen Ausgangsparametern zu lösen oder diese in wirklichkeitsgerechter Manier umzuinterpretieren.¹³⁹ Auch soweit die Entwicklungen der Regulierungsverwaltung durch Unionsrecht vorgegeben sind, beanspruchen jedoch die Inhalte der Staatsstrukturprinzipien sowohl in ihrer primärrechtlichen Ausprägung als auch im Rahmen der Integrationsgrenzen des Art. 23 Abs. 1 GG Beachtung.¹⁴⁰ Als Schlüsselemente des gemeinsamen rechtsstaatlich-demokratischen Kerns des Grundgesetzes und des Unionsvertrags sollen hier die Grundrechte, das Rechtsstaatsprinzip und das Demokratieprinzip in ihrer Bedeutung für das Regulierungsrecht diskutiert werden.

2. Die Grundrechte – Schutz durch oder vor Regulierung?

a) Hoheitlicher Verbraucherschutz als Grundrechtsschutz oder Daseinsvorsorge?

Richtet sich der Schutzauftrag der Grundrechte im Verbraucherschutz – wie der Vortragstitel nahelegt – auf den „Schutz der Verbraucher durch Regulierung“ oder auf Schutz „vor Regulierung“ oder auf beides? Das Schrifttum charakterisiert die regulatorische Ermöglichung von Wettbewerb insoweit meist als eine vor allem durch grundrechtliche Schutzpflichten geprägte¹⁴¹ „multipolare Grundrechtssituation“,¹⁴² in der das Recht der Regulierungsverwaltung „eigenständig zwischen den überkommenen Formen von Eingriffs-, Leistungs- oder Planungsver-

¹³⁸ Zusammenfassend zu diesem Spannungsverhältnis *J. Habermas* Faktizität und Geltung 1992, 45 ff.

¹³⁹ Repräsentativ etwa die Aussagen bei *Trute* (Fn. 35), 579 f., wonach es für die „Verrechtlichung der Exekutive ... gute historische Gründe gegeben haben mag“, die *Trute* jedoch als tendenziell überholt ansieht. Ähnlich *Franzius* (Fn. 30), 413 mit der Feststellung, die Regulierungsverwaltung entspreche „allgemeinen Entwicklungen des Verwaltungsrechts, das sich vom Konstitutionalisierungsleitbild der Bonner Republik emanzipiert.“

¹⁴⁰ So von *Danwitz* (Fn. 2), 985; vgl. zu ähnlichen Forderungen in England und Frankreich im Zusammenhang mit der Verselbständigung von Behörden die Nachweise bei *Ruffert* (Fn. 72), 452 ff.

¹⁴¹ So etwa *Oster* (Fn. 30), 124 ff. mwN.

¹⁴² *Burgi* (Fn. 44), 272 f. mwN; *Franzius* (Fn. 44), 659 ff.; *ders.* (Fn. 30), 413 f.; *Knauff* (Fn. 10), 385; ähnlich auch *Stober* (Fn. 8), 972 f.; vorsichtiger *Schmidt-Preuß* (Fn. 8), 552, der von einer „multipolaren Spannungslage“ spricht; kritisch *Masing* (Fn. 7), D 147 ff.

waltung“ stehe.¹⁴³ Die naheliegende Konsequenz des so diagnostizierten Zusammentreffens grundrechtlicher Schutz- und Abwehransprüche ist eine Relativierung der Grundrechte als begrenzender Handlungsmaßstab, da Rechtsprechung und Lehre bei der Bewältigung mehrpoliger Verhältnisse gesteigerte Gestaltungsspielräume anerkennen.¹⁴⁴

Trotz der Suggestionskraft des Kompositums „Verbraucherschutz“ sollten diese Maßstäbe nicht unbesehen übernommen werden. Sie wirken in Teilen wie ein Nachkriegsschauplatz längst abgeschlossener Debatten, in denen sich der liberale Abwehrcharakter der Grundrechte in institutioneller Multipolarität aufzulösen schien.¹⁴⁵ Bereits im Verhältnis zwischen Reguliertem und Wettbewerber ist zweifelhaft, ob hinter der Anerkennung eines subjektiven Rechts des Mitbewerbers¹⁴⁶ eine grundrechtliche Mehrpoligkeit steht. Da weder das nationale noch das europäische Recht ein Leistungsgrundrecht auf aktive Ermöglichung von Wettbewerb kennt,¹⁴⁷ ist die einfachgesetzliche Einräumung von Ansprüchen Dritter auf Regulierung¹⁴⁸ zunächst allein an den Grundrechten des Monopolisten zu messen.

Auch im Verbraucherschutz ist ein grundrechtliches Dreipersonenverhältnis zwischen Reguliertem, Behörde und Verbraucher nicht ohne weiteres zu bejahen.¹⁴⁹ Denn nicht jedes Verbraucherinteresse begründet automatisch grundrechtliche Schutzansprüche,¹⁵⁰ und auch der Ge-

¹⁴³ *Wissmann* (Fn. 27), 277; *Franzius* (Fn. 44), 20.

¹⁴⁴ Vgl. mit unterschiedlichen Akzenten *C. Calliess* in *D. Merten/H.-J. Papier* (Hrsg.) *Handbuch der Grundrechte*, Bd. II, 2006, § 44 Rn. 18 ff. und 29 ff.; *H.-J. Papier* Ebd. § 55; *H. Bethge* Ebd. Bd. III, 2009, § 72; zur Rechtsprechung eingehend *R. Poscher* *Grundrechte als Abwehrrechte*, 2003, 153 ff. mwN.

¹⁴⁵ Dazu *A. von Arnould* *Die Freiheitsrechte und ihre Schranken*, 1999, 27 ff.; *W. Cremer* *Freiheitsgrundrechte*, 2003, 180 ff.; *Poscher* (Fn. 144), 48 ff.

¹⁴⁶ Vgl. dazu nur *Röhl* (Fn. 16), 838.

¹⁴⁷ *O. Lepsius* in *Fehling/Ruffert* (Fn. 6), § 4 Rn. 48 mwN; *M. Ludwigs* NVwZ 2008, 954 (958); auch *U. Di Fabio* in *Maunz/Dürig* (Fn. 38), Art. 2 Abs. 1 (2001) Rn. 125 bejaht lediglich eine Schutzpflicht zur *Sicherung* bestehenden Wettbewerbs; vgl. zu der Frage auch *Fehling* (Fn. 9), 187.

¹⁴⁸ Vgl. dazu zuletzt die Überlegungen bei *Franzius* (Fn. 95), 1094.

¹⁴⁹ AA besonders *Reich* (Fn. 74), 88, 124, 452 ff. und öfter; dem folgend *Janning* (Fn. 19), 159 und 165 mwN; vgl. weiter *Pernice* (Fn. 30), O 137 f.

¹⁵⁰ Die Schutzpflicht greift erst ein, wenn ein grundrechtlich geschütztes Interesse in einer Intensität beeinträchtigt wird, die verfassungsrechtlich nicht mehr hinnehmbar ist. Dies ist vor allem bei Beeinträchtigungen des Rechts auf Leben und Gesundheit zu bejahen (vgl. *J. Dietlein* *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, 1992, 72), im wirtschaftlichen Bereich hingegen nur ausnahmsweise, vor allem bei massiv gestörter Vertragsparität oder dem Einsatz unzulässigen Drucks (so etwa *C. W. Canaris* *Grundrechte und Privatrecht*, 1999, 43 ff., 56 ff., 72 ff.; *C. Hillgruber* AcP 191 (1991), 69 (75 ff.); *J. Isensee* FS Großfeld, 1999, 485 (500 ff.)).

setzgeber zielt mit der Verleihung subjektiver Verbraucherrechte regelmäßig nicht auf den Schutz des einzelnen Verbrauchers, sondern auf übergreifende soziale Belange.¹⁵¹ Man wird daher differenzieren müssen: Ein Beispiel für die eher seltene grundrechtliche Mehrpoligkeit bildet das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 Abs. 1 GG, der den Staat auch zum Schutz gegenüber den Telekommunikationsdienstleistern verpflichtet.¹⁵² Wenn also das Telekommunikationsgesetz in § 2 Abs. 2 Nr. 1 die Wahrung des Fernmeldegeheimnisses zum Regulierungsziel erklärt und hierfür in §§ 88 ff. konkrete Vorgaben aufstellt, erfüllt es eine Schutzpflicht, die den Grundrechten des Regulierten bereits verfassungsrechtlich gegenübersteht.¹⁵³ Bei Entscheidungen wie der Endkundenpreisregulierung nach § 39 TKG hingegen handelt es sich um gemeinwohlorientierte Sozialpolitik, die als Eingriffsverwaltung ihre Schranke in den Grundrechten der Regulierten findet.¹⁵⁴ Wollte man dies anders sehen, so hätte sich bereits die historisch maßgebliche Grundkonstellation der Enteignung für den Straßen- oder Eisenbahnbau¹⁵⁵ multipolar auflösen lassen, weil den Grundrechten der Enteigneten die Verbraucherinteressen der Nutzer des zu errichtenden Verkehrswegs entgegenstanden.¹⁵⁶

¹⁵¹ Besonders deutlich *Schmidt* (Fn. 77), 30, der als Quintessenz die Einsicht betont, dass „die Verbraucherinteressen, nicht den jeweiligen Klägern ‚gehören‘, sondern ihnen der fragliche Sozialschutz nur zu dessen effektiver Gewährleistung anvertraut worden ist.“ Dies entspricht der Beobachtung bei *Breuer* (Fn. 34), 287 zur Wandlung des Bürgers vom selbstbestimmten Rechtsträger zu einem „kollektiv inspirierten und agierenden Rechtsverfolger“; vgl. dazu weiter *J. Masing* Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997.

¹⁵² BVerfGE 106, 28 (39); *P. Badura* in Bonner Kommentar zum GG, Art. 10 (2008) Rn. 36, 38 ff. und 50; *M. Möstl* Grundrechtsbindung öffentlicher Wirtschaftstätigkeit 1999, 193 ff.; Kritik jedoch bei *M. Pagenkopf* in M. Sachs (Hrsg.) GG, 5. Aufl. 2009, Art. 10 Rn. 21 f.; vgl. dazu auch in diesem Band *M. Nettesheim*, S. 38 f., und *O. Diggelmann*, S. 75 ff.

¹⁵³ Näher *Durner* (Fn. 66), Art. 10 Rn. 112 ff. und 117 ff.

¹⁵⁴ In diesem Sinne etwa *Berringer* (Fn. 14), 163 ff.; *Huber* (Fn. 129), 550 f.

¹⁵⁵ Vgl. dazu *T. Württenberger* in Merten/Papier (Fn. 144), Bd. I, 2004, § 2 Rn. 36 f.; *H.-J. Papier* in Maunz/Dürig (Fn. 38), Art. 14 (2010) Rn. 21, 523 und 581.

¹⁵⁶ Ähnlich wie bei der Errichtung von Verkehrswegen muss der Private auch in der Welt der Regulierungsverwaltung nicht durchgängig als Verbraucher auf der Gewinnerseite stehen. Illustrativ hierfür sind die bei *Kurth* (Fn. 96), 203 f. wiedergegebenen Vorschläge von Kommission und Bundesnetzagentur, der Regulierung zur Beschleunigung der bislang „langwierigen und komplizierten Genehmigungsverfahren“ auch beim Aufbau der Energienetze ein Betätigungsfeld zu erschließen.

b) *Die grundrechtlich gebotene Kontrolldichte*

Ist die Regulierungsverfügung somit regelmäßig als Eingriffsverwaltung an den Grundrechten zu messen, so stellt sich die Frage nach dem grundrechtlich gebotenen Kontrollmaßstab. Eine intensive gerichtliche Kontrolle ist dabei vor allem dort gefordert, wo die Regulierung erhebliche Freiheitsverkürzungen bewirkt,¹⁵⁷ selbst wenn die einschlägigen Wirtschaftsgrundrechte eher weite Grenzen setzen mögen.¹⁵⁸ Demgegenüber deuten die durch das Unionsrecht vorgezeichnete finale Tatbestandsstruktur einiger Eingriffsnormen und die Verwendung schwieriger unbestimmter Rechtsbegriffe auf kontrollfreie Gestaltungsspielräume.¹⁵⁹ Das Bundesverwaltungsgericht verfolgt bislang eine zurückhaltende Linie und sieht die gerichtliche Kontrolle im Wesentlichen „auf die Überprüfung beschränkt, ob die Bundesnetzagentur die Interessen der Beteiligten ermittelt, alle erforderlichen tatsächlichen Erkenntnisse gewonnen, die für die Abwägung wesentlichen Gesichtspunkte berücksichtigt und keine sachfremden Erwägungen angestellt hat“.¹⁶⁰ Im Ergebnis sind diese Aussagen vor allem auf Kritik gestoßen:¹⁶¹ Die Rechtsprechung ebne die Besonderheiten der Sektoren und der konkreten Rechtsnormen ein¹⁶² und nehme sachfremde Anleihen im Planungsrecht vor.¹⁶³

Tatsächlich muss die Kontrolle jeder konkreten Regulierungshandlung ihren Ausgangspunkt von der jeweils einschlägigen Ermächtigungsgrundlage nehmen. Für die Sachgerechtigkeit einer zusätzlichen¹⁶⁴ Überprüfung am Maßstab des Abwägungsgebots spricht jedoch nicht

¹⁵⁷ So *Schmidt-Preuß* (Fn. 8), 556; vgl. auch bereits *Ruffert* (Fn. 10), 251.

¹⁵⁸ Dazu – den Grundrechtsschutz wohl allzu stark relativierend – *O. Lepsius* in *Fehling/Ruffert* (Fn. 6), § 4 Rn. 45 ff.; *Eifert* (Fn. 30), 453.

¹⁵⁹ Vgl. die Nachweise oben in Fn. 27 ff.

¹⁶⁰ BVerwGE 130, 39 (50); ähnlich Beschl. v. 28. 1. 2010 – 6 B 50.09 –; zust. *T. Mayen* NVwZ 2008, 835 ff.; *J.-P. Schneider* in *Fehling/Ruffert* (Fn. 6), § 22 Rn. 25 f.

¹⁶¹ Vgl. jedoch bereits das Plädoyer für die Orientierung am Planungsrecht bei *La-deur/Möllers* (Fn. 46), 532 f.

¹⁶² *M. Burgi* NJW 2006, 2439 (2444); *M. Ludwigs* JZ 2009, 290 (294 f.).

¹⁶³ *Kersten* (Fn. 23), 323 f.; ähnlich *Franzius* (Fn. 30), 413, der sich freilich auf 414 selbst für eine „Abwägungskontrolle“ ausspricht. Im Ergebnis wird dabei meist eine unangemessene Bescheidung der exekutivischen Spielräume kritisiert, teils jedoch – namentlich durch *Gärditz* (Fn. 44) und *T. Attendorn* MMR 2009, 238 ff. – die Heranziehung des Abwägungsgebots als zu grobmaschig angesehen; differenzierend *Eifert* (Fn. 30), 460 f.

¹⁶⁴ Das Abwägungsgebot ist nach heutigem Verständnis durchweg eine den konkreten Tatbestand ergänzende Anforderung, vgl. *Durner* (Fn. 133), 306 ff.; ähnlich insoweit auch *Kersten* (Fn. 23), 326, der Regulierungsermächtigungen als „final überformte Konditionalprogramme“ charakterisiert.

nur die teilweise wörtliche Anlehnung des Regulierungs- an das Planungsrecht.¹⁶⁵ Die Abwägungsfehlerlehre als „Konfliktschlichtungsformel“¹⁶⁶ bildet keine planungsrechtliche Besonderheit, sondern den verfassungsrechtlich gebotenen Kontrollmaßstab für komplexe Verwaltungsentscheidungen, für die der Ausgleich der betroffenen Belange gesetzgeberisch nicht vollständig konditionalisiert ist.¹⁶⁷ Sie entspricht in ihren Grundelementen der Ermessensfehlerlehre¹⁶⁸ und wird der Struktur der Regulierungsentscheidung als gestaltender Abwägungsentscheidung¹⁶⁹ in besonderer Weise gerecht. Hindernisse für eine effektive, der jeweiligen Grundrechtsbetroffenheit und dem Gewicht der Verbraucherbelange Rechnung tragende Gerichtskontrolle dürften sich weniger aus Leistungsgrenzen des Abwägungsgebots als vielmehr aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergeben. Möglicherweise wird nämlich der Gerichtshof dort, wo er eine gesetzgeberische Domestizierung der Regulierungsbehörde explizit verbietet,¹⁷⁰ auch einer gerichtlichen Kontrolle deutliche Grenzen setzen.¹⁷¹

3. Rechtsstaatliche Anforderungen am Beispiel des Bestimmtheitsgebots

Das skizzierte Modell der Regulierungsverwaltung und dessen Ausweitung im Bereich des Verbraucherschutzes können rechtsstaatlich aus unterschiedlichen Perspektiven hinterfragt werden.¹⁷² Exemplarisch

¹⁶⁵ Namentlich § 21 Abs. 1 Satz 2 TKG zeichnet sich durch deutliche Parallelen zu § 1 Abs. 6 BauGB aus. Vgl. dazu sowie zu strukturellen Unterschieden *Wissmann* (Fn. 27), 270 ff.; *Wollenschläger* (Fn. 27), 126 ff.

¹⁶⁶ So die weithin rezipierte Begrifflichkeit bei *M. Schmidt-Preuß* Kollidierende Privatinteressen, 2. Aufl. 2005, 247 f. mit Ausführungen zur Bedeutung dieser Figur im Regulierungsrecht auf 757 ff.

¹⁶⁷ BVerfGE 80, 137 (163) spricht von Konstellationen in denen sich eine „sachgerechte Bewältigung dieser Konflikte einer detaillierten Regelung durch das Gesetz“ entzieht; näher dazu *Durner* (Fn. 133), 319 ff. mwN.

¹⁶⁸ So mit unterschiedlichen Akzenten *R. Rubel* Planungsermessen, 1982, 60 ff.; *C. Weitzel* Justitiabilität des Rechtssetzungsermessens, 1998, 99 ff.; ähnlich *Ludwigs* (Fn. 162), 292 ff.; *Bosch* (Fn. 44), 22 ff.

¹⁶⁹ Näher *Trute* (Fn. 29), 174 ff., der für eine „nachvollziehende Abwägung“ plädiert; *ders.* (Fn. 35), 585.

¹⁷⁰ Vgl. dazu oben in und bei Fn. 36.

¹⁷¹ Anders jedoch – unter Berufung auf ältere Aussagen des EuGH – *Bosch* (Fn. 44), 116 ff.

¹⁷² Erwähnt sei die Erosion des Grundsatzes der Gewaltenteilung, die sich – wie u. a. an dem deskriptiv entwickelten Bild der Regulierungsbehörde als einer „dritten Macht“ zwischen Parlament und Exekutive bei *Döhler* (Fn. 19), 224 oder durch den Befund bei *Bullinger* (Fn. 11), 1361 deutlich wird, die Behörde vereine „quasi-gesetzgeberische und quasi-richterliche Funktionen“ – grundsätzlich in Frage gestellt sieht.

soll an dieser Stelle lediglich ein – auf deutscher wie europäischer Ebene anerkanntes – Unterelement des Rechtsstaats untersucht werden, nämlich das auf Machtbegrenzung und Vorhersehbarkeit abzielende rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot.¹⁷³

a) *Verbraucherschutz als Entgrenzung der Befugnisse der Regulierungsverwaltung*

Unter Bestimmtheitsgesichtspunkten wurde der jüngste Ausbau der Verbraucherschutzzelemente als Entgrenzung der Handlungsmaßstäbe der Regulierungsverwaltung kritisiert.¹⁷⁴ Tatsächlich führt die Einfügung zusätzlicher verbraucherschutzbezogener Vorgaben nicht nur zu einer Stärkung dieser Belange, sondern zugleich zu einer weiteren Ausweitung der durch die Regulierungsentscheidung zu bewältigenden Zielkonflikte. Diese Entwicklung verschärft freilich nur ein im bestehenden Recht angelegtes Grundproblem: In allen Regulierungssektoren geht es nicht isoliert um Wettbewerb, sondern zugleich um „markt-externe Ziele“.¹⁷⁵ Diese Multifunktionalität des Regulierungsauftrags ruft von vornherein Zielkonflikte hervor, deren Bewältigung den gestalterischen Charakter der Aufgabe mitprägt.¹⁷⁶

Problematisch an dieser Verankerung konfligierender Ziele ist nicht, dass Belange wie der Verbraucherschutz aus materiellen – etwa wirtschaftsverfassungsrechtlichen – Gründen keinen Platz in der Regulierungsentscheidung finden¹⁷⁷ oder die Ergänzung des sektoralen Regulierungsregimes um solche Elemente nicht sinnvoll sein könnten. Die Folge einer nicht durch konkrete Tatbestandsmerkmale ausgestalteten Einbeziehung von Verbraucherschutzbelangen ist jedoch, dass die ursprüngliche Eigenrationalität des auf die Herstellung von Wettbewerb zielenden Entscheidungsprogramms¹⁷⁸ ihre steuernde Kontur verliert.¹⁷⁹

¹⁷³ Umfassend dazu *A. von Arnould* Rechtssicherheit, 2006, 242 ff.

¹⁷⁴ Vgl. *U. Ehrlicke* RdE 2008, 159 ff.; *Gärditz* (Fn. 20), 287, beide zum Energiesektor.

¹⁷⁵ Näher *Schoch* (Fn. 11), 245; *Ruffert* (Fn. 10), 247 ff.; *Säcker* (Fn. 64), 188. Einen Versorgungsauftrag gegenüber den Verbrauchern erfüllt namentlich die Universaldienstverpflichtung, vgl. dazu *Stotz* (Fn. 54), 7 ff.

¹⁷⁶ *Döhler* (Fn. 19), 214 f.; *O. Lepsius* in *Fehling/Ruffert* (Fn. 6), § 19 Rn. 53 ff.

¹⁷⁷ Vgl. bereits oben in Fn. 85.

¹⁷⁸ Nach *Masing* (Fn. 7), D 46 werden die Entscheidungen der Regulierungsbehörde durch ihre Ausrichtung an dem Ziel des Wettbewerbs „relativ entpolitisiert“; gerade dieses Moment einer entpolitisierten Fachgestaltung legitimiere die Herauslösung der Behörde aus der politisch verantwortlichen Ministerialverwaltung.

¹⁷⁹ Man mag die Problematik mit der einer amtsärztlichen Untersuchung vergleichen, in der dem unabhängigen Mediziner zusätzlich aufgetragen wird, in seinen Befund auch soziale Gesichtspunkte einfließen zu lassen.

Die Ausweitung des Entscheidungsprogramms um solche ganz anderen Rationalitäten folgenden Aspekte erweitert die politischen Freiräume des Entscheidungsträgers und reduziert sowohl die Vorhersehbarkeit der Behördenentscheidung als auch ihre inhaltliche Justitiabilität. Auch die hier befürwortete Kontrolle am Maßstab der Abwägungsfehlerlehre kann umso weniger an Vertretbarkeitskontrolle gewährleisten, je mehr die Zahl der abwägungsrelevanten Faktoren wächst.¹⁸⁰

b) *Die fehlende Aussagekraft des „Verbraucherschutzes“ als Regulierungsziel*

Der Maßstabsverlust des Handelns einer Behörde, die sich am dem Regulierungsziel „Verbraucherschutz“ ausrichten soll, hat jedoch eine grundsätzlichere Dimension als die der Zielkonflikte. Die klare Festlegung der Regulierungsziele ist ein rechtsstaatliches Mindestanfordernis der Rechtssicherheit.¹⁸¹ Anders als der inhaltlich einigermaßen klar bestimmbare Richtpunkt der Herstellung von Wettbewerb¹⁸² hat ein Regulierungsziel wie die in § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG geforderte „Wahrung der Verbraucherinteressen“ jedoch von vornherein kaum Aussagekraft. Denn welche Verbraucherpolitik soll eine auf dieses Ziel verpflichtete Regulierungsbehörde angesichts der Heterogenität der Verbraucherinteressen verfolgen – die preisorientierte britische Verbraucherpolitik der Ära *Thatcher* oder die des skandinavischen Wohlfahrtsstaats der 80er Jahre? Die Frage nach dem rechten Maß an Paternalismus, wie vieler „Tropfen sozialen Öls“ also der Markt letztlich bedarf,¹⁸³ ist auch in den europäischen Diskursen hochumstritten.¹⁸⁴ Letztlich vermittelt der Begriff „Verbraucherschutz“ lediglich den subjektiven Eindruck eines objektiv bestimmbaren Inhalts,¹⁸⁵ während tatsächlich bereits bei

¹⁸⁰ Diese Sorge liegt auch jener Kritik mit zu Grunde, die im Kartellrecht am „more economic approach“ der Kommission geäußert wird. Wirtschaftliche Verhaltensweisen künftig nicht mehr nach ihrer Wettbewerbsbeeinträchtigung, sondern nach Wohlfahrtsaspekten zu bewerten wäre nicht nur eine – am Maßstab des Primärrechts zu messende – Umdeutung des Kartellrechts, sondern würde zugleich die Spielräume der Kommission massiv ausweiten, vgl. *M. Hellwig* FS Mestmäcker 2006, 231 (260 ff.); *A. Künzler* Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?, 2008, 295 ff.; *M. Ruffert* AöR 134 (2009) 197 (208 ff.); *D. Zimmer* WuW 2007, 1198 (1203 f.).

¹⁸¹ *Stober* (Fn. 8), 964.

¹⁸² Vgl. zu dessen Bestimmbarkeit die differenzierenden Befunde bei *C. Koenig* DVBl. 2009, 1082 ff.

¹⁸³ Zu diesem berühmten, auf das BGB gemünzten Bild Otto von Gierkes *T. Reppen* Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 2001, 3 ff.

¹⁸⁴ Näher *Stuyck* (Fn. 79), 369 ff. mwN.

¹⁸⁵ *Hellwig* (Fn. 180), 265; anders *U. Schliesky* Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, 2004, 622.

der Konkretisierung des Regulierungsziels selbst originär politische Zielkonflikte zu lösen sind. Wollte man also nach amerikanischem Vorbild eine Regulierungsbehörde mit dem Ziel des „Verbraucherschutzes“ generalklauselartig zu gestaltenden Markteingriffen ermächtigen, so käme die Delegation der hierdurch erforderlichen Konfliktlösung einer Blankettermächtigung nahe, nach subjektiven Gemeinwohlvorstellungen Grundrechtseingriffe vorzunehmen.

Konkrete Handlungsmaßstäbe ergeben sich insbesondere gerade nicht – wie dies bei dem Ziel der Herstellung von Wettbewerb angenommen wird – aus ökonomischen Maßstäben. Nach den Parametern der ökonomischen Analyse wird die Herstellung von Wettbewerb und symmetrischen Informationsbeziehungen und damit eines Rahmens für die Selbstbestimmung des Verbrauchers dessen Belangen hinreichend gerecht.¹⁸⁶ Alle weitergehenden Eingriffe gelten demgegenüber als preistreibend – und in der Tat haben die Verbraucher die Wohltaten des jüngeren europäischen Verbraucherschutzrechts offenbar durchgängig durch Preiserhöhungen erkaufte.¹⁸⁷ Gerade Vertreter der ökonomischen Analyse haben daher die neuere Verbraucherpolitik der Union als Gefährdung der Gesamtwohlfahrt kritisiert.¹⁸⁸ Diese Befunde stehen einer paternalistischen Verbraucherpolitik zwar nicht entgegen: Selbstverständlich kann der Gesetzgeber auch ineffiziente Strukturentscheidungen treffen, die durch eine ökonomisch orientierte Auslegung nicht relativiert werden dürfen.¹⁸⁹ Solche paternalistische Verbraucherpolitik bedarf aber in ihren Grundentscheidungen demokratischer Legitimation und in ihren Eingriffsermächtigungen rechtsstaatlicher Einhegung.

¹⁸⁶ Grundlegend *J. Drexl* Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, besonders 89 ff.; vgl. weiter *Cseres* (Fn. 88), 176 ff.; *Denkinger* (Fn. 115), 59 ff.; *C. Ott* in *Graf/Paschke/Stober* (Fn. 73), 5 ff.; *H.-B. Schäfer/C. Ott* Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2004, 8 und 341 ff.; vgl. aber auch die Befunde bei *R. Kirstein/A. Kirstein* in *R. Ohr* (Hrsg.) Europäische Union ohne Grenzen?, 2007, 157 (168 ff.), mit Hinweis auf bislang nicht hinreichend modellierte Rationalitätsdefizite der Verbraucher.

¹⁸⁷ *M. Wellenhofer-Klein* in *Graf/Paschke/Stober* (Fn. 73), 85 (106). Dieser Befund gilt allerdings nicht für die oben auf S. 420 diskutierten Formen der Preisregulierung der Endkundenpreise.

¹⁸⁸ *J. Drexl* FS *Medicus*, 2009, 67 (81 ff.) sowie die Stimmen in Fn. 84; differenzierend *Cseres* (Fn. 88), 335 ff.

¹⁸⁹ Deutlich etwa *H. Eidenmüller* Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl. 2005, 414 ff. und 486 f.

c) *Die Reichweite einer möglichen Kompensation durch Verfahrensrecht*

Diese rechtliche Einhegung der eigentlichen Gestaltungsbefugnisse erfolgt im geltenden Regulierungsrecht in erster Linie noch über Vorgaben zum Verwaltungsverfahren der Regulierungsbehörden.¹⁹⁰ Mit der Betonung dieser Verfahrensvorschriften – die in ihrer Tiefe etwa der des förmlichen Verwaltungsverfahrens entsprechen dürften – verbindet sich im Schrifttum vielfach die Überzeugung, eine bloße Verfahrenskontrolle sowie prozedurale Selbstbindungen der Regulierungsbehörde führten im Ergebnis zu rechtsstaatlich gleichwertigen Ergebnissen wie konditionale Tatbestände;¹⁹¹ letztlich können jedoch materiell-rechtliche Vorgaben durch Verfahrensrecht zwar flankiert, nicht jedoch substituiert werden.¹⁹² Ähnlich problematisch ist die verwandte Vorstellung einer eigenständigen verfahrensrechtlichen Legitimation der Regulierungsentscheidung durch Partizipationselemente,¹⁹³ die Gefahr läuft, Verbraucherscheidungen großzügig in plebiszitäre Akklamationsakte umzudeuten. Beide Ansätze weisen auf die im Rahmen dieser Tagung diskutierte Frage nach der Rolle des Verfahrensrechts und sollen hier nicht vertieft werden.

d) *Verbraucherschutz als technische Aufgabenstellung geringer politischer Tragweite?*

Damit stellt sich die Frage nach der Sachgerechtigkeit einer normativ nur zielförmig reglementierten und zugleich institutionell unabhängigen Regulierungsverwaltung für den Verbraucherschutz. Bislang wurde dieses Modell vor allem in Bereichen praktiziert, in denen Entscheidungen in besonderem Maße wissenschaftlich-technische Expertise voraussetzen oder sich die Problemlagen rasch ändern.¹⁹⁴ Die Unabhängigkeit des Regulierers soll dann die im Kern objektiven Notwendigkeiten verpflichtete Regulierungsentscheidung soweit als möglich dem Einfluss

¹⁹⁰ Vgl. dazu bereits oben in Fn. 28.

¹⁹¹ *Franzius* (Fn. 30), 413 f. mit der These, das Umweltrecht habe gezeigt, dass der „Verzicht auf eine Inhaltskontrolle verfahrensrechtlich aufgefangen werden kann“. Nach *Oster* (Fn. 30), 315 wird die reduzierte materielle Kontrolldichte durch das Verfahrensrecht „kompensiert“.

¹⁹² Vgl. dazu die Ausführungen bei *E. Gurlit* in diesem Band S. 272 f., und *M. Fehling* in diesem Band S. 283 f. und 328 f.

¹⁹³ *Trute* (Fn. 29), 180; ähnlich *G. Sydow* Verwaltungskooperation in der Europäischen Union, 2004, 252 ff.; vgl. zu dieser Vorstellung und entsprechender Kritik eingehend *B. Bredemeier* Kommunikative Verfahrenshandlungen im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, 2007, 252 ff. mwN; zur verbleibenden Tragfähigkeit dieses Ansatzes *E. Schmidt-Aßmann* in HStR V, 3. Aufl. 2007, § 109 Rn. 36f.

¹⁹⁴ *Döhler* (Fn. 19), 213.

der Politik entziehen und auf „politisch unverschmutzte technische Expertise“ stützen,¹⁹⁵ die gerade in spezialisiertem Sachverstand ihre Berechtigung finden soll.¹⁹⁶

Diese Vorstellung ist in mancher Hinsicht wohl unverzichtbar, gerade aber in der deutschen Verfassungstradition keineswegs unbelastet. Sie erinnert an die Lehren des preußischen Staatsdenkers *Friedrich Julius Stahl*, der einer korrumpierenden Parlamentsherrschaft die angeblich freiheitssichernde Herrschaft „der unparteiischen Macht des Fürsten“ gegenüberstellte.¹⁹⁷ Dass es eine technokratisch-unpolitische Herrschaft durch einen „pouvoir neutre“ geben könne, war freilich stets eine bloße konservative Ideologie, die im Rückblick durch *Gustav Radbruch* als „Lebenslüge des Obrigkeitsstaats“ charakterisiert wurde.¹⁹⁸ Im Grunde erstaunt, wie unbefangen das Bild der „neutralen Herrschaft“ – zwar unter veränderten politischen Vorzeichen, strukturell jedoch kaum verändert – heute zur Rechtfertigung von Ethikkommissionen, Hochschulräten und eben auch Regulierungsbehörden herangezogen wird. Soweit das Schrifttum diesen Gedanken juristisch rezipiert, wird der Anwendungsbereich entsprechender Modelle vor allem für solche Sachbereiche bejaht, in denen überwiegend nach objektivierbaren Kriterien entschieden werde.¹⁹⁹ Bei aller Unschärfe dieses Maßstabs²⁰⁰ wird man in einigen Bereichen des Verbraucherschutzes – etwa bei der Gerätesicherheit – einen in diesem Sinne überwiegend technischen Charakter bejahen können.²⁰¹ Auch das Bundesverfassungsgericht hält weisungsfreie Räume vor allem in Bereichen für zulässig, die unpolitisch oder jedenfalls von geringer politischer Tragweite sind.²⁰²

¹⁹⁵ Döhler (Fn. 19), 218 (dort das Zitat im Text); Kühling (Fn. 15), 380; Ruffert (Fn. 10), 277 f.

¹⁹⁶ Vgl. dazu die Darstellung des US-amerikanischen Leitbildes bei Fehling (Fn. 21), 157 ff.

¹⁹⁷ F. J. Stahl Das monarchische Princip. Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung, 1845, 37; zu den gegenläufigen rechtsstaatlichen Forderungen Stahls etwa T. Jähnichen FS Brakelmann, 1996, 87 ff.

¹⁹⁸ G. Radbruch in G. Anschütz/R. Thoma (Hrsg.) Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Erster Band, 1930, 285 (289); vgl. weiter Fehling (Fn. 21), 243 ff.

¹⁹⁹ So etwa Groß (Fn. 56), 174.

²⁰⁰ Vgl. dazu die Kritik bei K. Waechter Geminderte demokratische Legitimation staatlicher Institutionen im parlamentarischen Regierungssystem, 1994, 21 ff.

²⁰¹ Weitergehend Masing (Fn. 7), D 76 ff., der Regulierung generell als „relativ entpolitisierte Aufgabenwahrnehmung“ deutet.

²⁰² BVerfGE 9, 268 (282); 83, 130 (150 f.); dazu T. Puhl in HStR III, 3. Aufl. 2005, § 48 Rn. 44; Mayen (Fn. 23), 47 f., jeweils mwN.

Wieweit ist jedoch der Verbraucherschutz ein derart unpolitisches Terrain? Bereits im technischen Verbraucherschutz, dem man am ehesten einen politikfernen Charakter bescheinigen mag, deutet vieles darauf hin, dass die – ohnehin empirisch nicht belegbare²⁰³ – Erwartung weitgehender Politikferne der unabhängigen Regulierungsagenturen in der Realität erhebliche Abstriche erfährt und dass auch hier – wenngleich rechtlich unkanalisiert – Lobbyarbeit zur Tagesordnung gehört.²⁰⁴ Der wirtschaftliche Verbraucherschutz, die Frage nach dem „richtigen“ Schutz des Verbrauchers hingegen ist bereits im Ausgangspunkt eine originär politische Frage.²⁰⁵ Zu Recht gilt seine Wahrnehmung durch unabhängige Regulierungsagenturen als Paradebeispiel für die systemwidrige Ausdehnung „eigentlich unpolitisch gedachter“ Herrschaft.²⁰⁶ Gerade diese Aufgabenstellung bedarf somit nach rechtsstaatlichen Kriterien vor allem im Hinblick auf die Notwendigkeit und das Ausmaß von Grundrechtseingriffen²⁰⁷ präziser gesetzlicher Vorgaben.

4. Das Demokratieprinzip

Die wohl grundlegendsten Fragen wirft die Ausweitung des Regulierungsmodells auf das Gebiet des Verbraucherschutzes unter demokratischen Gesichtspunkten auf.²⁰⁸

a) Grundgesetzliches und unionales Demokratieprinzip

Die deutsche Verfassungskonzeption der Demokratie wurde lange Zeit von der oft kritisierten, in der Wirklichkeit immer stärkeren Ausnahmen unterworfenen Vorstellung einer durch ununterbrochene Legi-

²⁰³ Vgl. dazu den treffenden Befund bei *Waechter* (Fn. 200), 304.

²⁰⁴ Illustrativ ist der Bericht: EU erlaubt Anbau der BASF-Kartoffel, FAZ v. 3. 3. 2010, 9, nach dem ein Zulassungsverfahren der Lebensmittelsicherheitsagentur durch Druck von Mitgliedstaaten, Umwelt- und Verbraucherschutzverbänden über 13 Jahre verzögert wurde. Weitere empirische Befunde bei *Thatcher* (Fn. 25), 962 ff.

²⁰⁵ Grundsätzlicher *Hix* (Fn. 19), 103 f. und 109 ff., wonach nahezu alle Regulierungen der Union „handfeste Umverteilungswirkungen“ zeigen; eher unentschieden *O. Lepsius* in *Fehling/Ruffert* (Fn. 6), § 19 Rn. 69 ff.

²⁰⁶ *Bredt* (Fn. 62), 382. Hier bestätigt sich die These von *M. Kaufmann* Europäische Integration und Demokratieprinzip, 1997, 319 ff., dass die vorgebliche politische Neutralität technokratischer Entscheidungen meist implizite Wertungen unterschlägt und die Ausübung unreglementierter politischer Herrschaft verschleiern; ähnlich *C. Möllers* Demokratie. Zumutungen und Versprechen, 2008, 112.

²⁰⁷ Näher zu diesem Gesichtspunkt BVerfGE 108, 282 (312).

²⁰⁸ Vgl. nur *Ruffert* (Fn. 48), 767 f.

timationsketten vermittelten parlamentarischen Rückbindung des Verwaltungsträgers geprägt.²⁰⁹ Bis vor kurzem entsprach es, zumal unter dem Eindruck des Maastricht-Urteils²¹⁰ herrschender Rechtsauffassung, dieser Maßstab bilde auch im Rahmen des indirekten Vollzugs des Unionsrechts eine integrationsfeste Vorgabe des Grundgesetzes.²¹¹ Demgegenüber hat der Europäische Gerichtshof in einem Urteil vom 9. März 2010 die staatliche Aufsicht über die Datenschutzbehörden für rechtswidrig erklärt und der deutschen Vorstellung einer ununterbrochenen Legitimationskette eine ebenso apodiktische wie eindeutige Absage erteilt. Dabei wird in einem *obiter dictum* gerade die Regulierung vorbehaltlos als Beispiel jener Aufgaben hervorgehoben, die – offenbar auch nach dem unionalen Demokratiekonzept – „der politischen Einflussnahme entzogen sein müssen“.²¹²

b) Verbraucherschutz als Legitimationsgrundlage der Regulierungsverwaltung?

Der mit dieser Weichenstellung verbundene Verlust an parlamentarischer Legitimation – so wird jedoch im Schrifttum argumentiert – kann durch andere Formen demokratischer Legitimation wieder ausgeglichen werden, und zwar im Falle der Regulierungsverwaltung insbesondere durch den hierdurch bewirkten Verbraucherschutz.²¹³ Dabei geht es freilich nicht um parlamentarische Legitimation, sondern um ein erweitertes politikwissenschaftliches Legitimitätskonzept, das die Kategorien der Input- und Outputlegitimation unterscheidet und politische Systeme auch insoweit als legitim ansieht, als ihre Leistungen gesell-

²⁰⁹ Dafür etwa BVerfGE 47, 253 (275); E. W. Böckenförde in HStR III, 3. Aufl. 2005, § 34 Rn. 16ff.; bilanzierend C. D. Classen Demokratische Legitimation im offenen Rechtsstaat, 2009, 4ff. und 9ff.

²¹⁰ BVerfGE 89, 155 ff.

²¹¹ So etwa noch K. Faßbender RDV 2009, 96 ff.; Mayen (Fn. 24), 50 f. Freilich sind die Integrationsgrenzen des Art. 23 Abs. 1 GG den Besonderheiten der Union entsprechend zu modifizieren, vgl. BVerfGE 123, 266 (347); B. Grzeszick DV-Beiheft 10/2010, 95 ff.; R. Streinz in Sachs (Fn. 152), Art. 23 Rn. 20 ff. mwN.

²¹² EuGH, EuZW 2010, 296 (298) Rn. 41 ff. mit der These, eine hinreichende demokratische Legitimation unabhängiger Behörden könne durch die Bestellung des Leitungspersonals und über Rechenschaftsberichte sichergestellt werden. Kritisch dazu die Besprechung durch H. P. Bull EuZW 2010, 488 ff., differenzierend E. Schmidt-Aßmann DV-Beiheft 10/2010, 263 (282).

²¹³ So erhält nach Franzius (Fn. 44), 440 Regulierung ihre „... Rechtfertigung aus dem Ziel, über die Organisation des Marktes [...] die Verbraucherinteressen zu befriedigen“; weiter Pernice (Fn. 30), O 136, zum „Legitimationspotential“ des output-orientierten Verbraucherschutzes.

schaftliche Bedürfnisse effektiv befriedigen.²¹⁴ *Fritz Scharpf* hat auf dieser Grundlage gefolgert, die Union beziehe ihre demokratische Legitimität nicht aus dem Modell einer „Herrschaft durch das Volk“, sondern als „Herrschaft für das Volk“.²¹⁵ Folgerichtig erklärt ein Teil der politikwissenschaftlichen Demokratietheorie die Herrschaft unabhängiger Behörden in solchen Politikfeldern für legitim, in denen sie Interessen durchsetze, die ansonsten im parlamentarischen Willensbildungsprozess marginalisiert würden; als solches Politikfeld gilt gerade der Verbraucherschutz.²¹⁶ Auch in der Rechtswissenschaft wird der Gedanke der Output-Legitimation weithin aufgegriffen²¹⁷ und das formale Legitimitätskonzept des Bundesverfassungsgerichts für ergänzungsbedürftig erklärt.²¹⁸ Namentlich Regulierungsentscheidungen wird so eine vom Parlament unabhängige demokratische Output-Legitimation zugesprochen.²¹⁹

Diese Aussagen sind ein Beispiel für jene innovativen Argumentationsstränge, die durch die in den letzten Jahrzehnten vielfach gefor-

²¹⁴ *F. W. Scharpf* Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung, 1970, 21 ff. mwN; zuletzt *ders.* Leviathan 2009, 244 (260 ff.); vgl. weiter *D. Braun/H. Schmitt* in *Kaina/Römmele* (Fn. 119), 53 ff., besonders 63.

²¹⁵ *F. W. Scharpf* Regieren in Europa, 1999, 16 ff.; relativierend dazu *Höreth* (Fn. 82), 85 ff.; vgl. auch *C. Möllers* Gewaltengliederung, 2005, 37 in Fn. 42.

²¹⁶ Näher *Bredt* (Fn. 62), 45, 406 und 440 ff., der als paradigmatisches Beispiel den Lebensmittelmarkt behandelt, in dem sich in einem politisch kanalisierten Willensbildungsprozess die konzentrierten Interessen der Produzenten gegenüber den unorganisierten Interessen der Konsumenten unweigerlich durchsetzten. Daher sei zu Recht ein unabhängiger Verbraucherschutz unter dem Dach der zuständigen Generaldirektion geschaffen und der Einfluss des Parlaments zurückgenommen worden; vgl. weiter *C. Theilmann* Risikoregulierung. Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit der EU, 2005, 3 f.; *Thatcher* (Fn. 25), 956 ff. mwN; politikwissenschaftliche Kritik bei *Eberlein/Grande* (Fn. 19), 442 f.; *C. Joerges* in *ders./R. Dehousse* (Fn. 129), 3 (26 f.).

²¹⁷ Vgl. *W. Hoffmann-Riem* in *E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem* (Hrsg.) Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, 355 (375 f. und 393 f.); weiter *A. von Bogdandy* in *ders./J. Bast* (Hrsg.) Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, 13 (38 f.); *Groß* (Fn. 56), 172 ff.; *Pache* (Fn. 56), 139 ff. sowie die Diskussionsbeiträge in *VVDStRL* 66 (2007), 185 ff.; *A. Peters* Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001, 521 ff., 577 ff. und 649 f., nach der ein Gemeinwesen bereits als demokratisch gelten kann, „wenn es Leistungen im Sinne der Bürger erbringt“ und die Amtsträger „öffentlicher Kontrolle unterliegen“; *Schliesky* (Fn. 185), 601 ff. und 656 ff.; differenzierend *H.-H. Trute* in *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Fn. 9), § 6 Rn. 53 f.

²¹⁸ So etwa die Vorschläge bei *Schliesky* (Fn. 185), 667.

²¹⁹ So in begrüßenswertem Bewusstsein um die politische Dimension *Trute* (Fn. 29), 184 f. und 187, nach dem die Regulierungsbehörde durch Unabhängigkeit „dem üblichen politischen Zyklus entzogen“ sich „eine eigenständige Legitimation schaffen“ soll, um so „eine eigene Regulierungspolitik zu entwickeln und durchzusetzen“.

derte Öffnung der Jurisprudenz für sozialwissenschaftliche Nachbardisziplinen Eingang in den juristischen Diskurs finden.²²⁰ Nimmt man die aktuellen Ergebnisse dieser Diskurse jedoch ernst und versucht, konkrete Kriterien für die juristische Rezeption sozialwissenschaftlicher Modelle zu entwickeln,²²¹ so bildet indes die Output-Legitimation ein Lehrbeispiel dafür, dass die Öffnung für sozialwissenschaftliche Legitimationskonzepte an harte normative Grenzen stößt, weil die Eigenrationalität der einschlägigen Rechtsnormen eine Anknüpfung verhindert.²²² Bereits die Umschreibung des grundgesetzlichen Demokratieprinzips in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG beruht auf einer Demokratievorstellung, die ausschließlich auf Inputfaktoren abstellt und das Ergebnis des demokratischen Diskurses durch andere Verfassungsrechtssätze beeinflusst.²²³ Aber auch der neue Unionsvertrag entfaltet in Art. 10ff. ein anspruchsvolles Demokratiekonzept, das sich mit der dualen Legitimation durch das Europäische Parlament und die nationalen Volksvertretungen sowie ergänzenden Elementen demokratischer Partizipation²²⁴ zu einer klassischen Input-Dimension bekennt. Dass die Union nach anderen Bestimmungen verpflichtet ist, ein hohes Verbraucherschutzniveau sicherzustellen,²²⁵ ist wiederum keine Frage der demokratischen Legitimation.

²²⁰ Dazu etwa C. Möllers in Hoffman-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 9), § 3 Rn. 42 ff.

²²¹ Dazu konkret J. Lüdemann in S. Boysen u.a. (Hrsg.) Netzwerke. 47. Assistententagung Öffentliches Recht, 2007, 266 (282), und allgemein ders. in C. Engel u.a. (Hrsg.) Recht und Verhalten, 2007, 7 ff.

²²² Näher A. von Arnould in A. Funke/J. Lüdemann (Hrsg.) Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2009, 65 (89f.). Gewichtige normative Einwände gegen das Modell der Output-Legitimation mit anderen Begrifflichkeiten und besonderer Betonung der nationalstaatlichen Legitimation bereits bei Kaufmann (Fn. 206), 287 ff.; ähnlich Möllers (Fn. 215), 37f.; skeptisch auch F. Reimer EuR 2003, 992 (999f.).

²²³ Verwiesen sei etwa auf die Grundrechte, auf das Sozialstaatsprinzip oder im Regulierungsbereich auf die Gewährleistungsaufträge in Art. 87e Abs. 4 oder Art. 87f Abs. 1 GG. Vgl. dazu auch Classen (Fn. 209), 39 f.

²²⁴ Vgl. dazu M. Ruffert EuR 2009 Beiheft, 10031 (10034f.). Dieses Konzept bildet einen wichtigen Wegstein einer Entwicklung, die durch die Aufwertung der Wirtschaftsgemeinschaft zur politischen Union und des Marktbürgers zum Unionsbürger geprägt war, vgl. – teilweise relativierend – C. Schönberger Unionsbürger, 2005.

²²⁵ Vgl. insoweit Art. 38 der Grundrechte-Charta, bei dem es sich um eine bloße Zielbestimmung handelt (E. Riedel in J. Meyer (Hrsg.) Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl. 2006, Art. 38 Rn. 5) sowie Art. 114 Abs. 3 AEUV, der die Kommission im Zuge der Rechtsangleichung und damit außerhalb der eigentlichen Verbraucherschutzpolitik auf ein hohes Verbraucherschutzniveau verpflichtet.

Die fehlende Anschlussfähigkeit der Output-Legitimation für das Verfassungsstrukturprinzip der Demokratie wird noch deutlicher, wenn man sich die Ursprünge dieses auch in den Sozialwissenschaften umstrittenen²²⁶ Modells verdeutlicht: In seiner politologischen Spielart handelt es sich um eine im Kern empirische Legitimationsvorstellung, die auf *Max Webers* Begriff der „Legitimität“ zurückweist.²²⁷ *Weber* analysierte mit diesem wegweisenden Modell jene Motive, die dazu führen, dass Befehle – auch die eines „charismatischen Führers“ – bei den Adressaten auf Zustimmung und Gehorsam stoßen.²²⁸ Eine zweite Grundlage sind Staatstheorien der Neuen Politischen Ökonomie, in denen die Exekutive ihre Legitimation in erklärter Abkehr vom verfassungsrechtlichen Demokratiebegriff durch Wohlfahrtseffekte für den Verbraucher bezieht.²²⁹ Der empirisch-ökonomische Legitimationsbegriff der sozialwissenschaftlichen Regulierungstheorie entspricht mithin bereits im Ausgangspunkt nicht der Idee der Selbstbestimmung, die dem juristischen Demokratieprinzip zu Grunde liegt.²³⁰

c) Vom Unionsbürger durch Regulierung zum Verbraucher?

Auch wenn das Konzept der Output-Legitimation somit normativ nichts zur Lösung der demokratischen Legitimationsprobleme der Re-

²²⁶ Vgl. nur *Bach* (Fn. 119), 89 („rationalisierende Beschönigung“ realer Demokratieverluste).

²²⁷ Zu diesen Ursprüngen des Output-Konzepts *D. Braun/H. Schmitt* in *Kaina/Römmele* (Fn. 119), 53 (54f.).

²²⁸ *M. Weber* Die drei Typen der legitimen Herrschaft (1922) in *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 7. Aufl. 1988, 475 ff. und ähnlich auch in *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl. 1980, Teil 1, Kapitel 1, § 7.

²²⁹ Hervorzuheben ist dabei *Buchanans* Modell des ökonomischen Konstitutionalismus, vgl. *J. Buchanan* in *J. Eatwell u.a. (Hrsg.) The New Palgrave. A Dictionary of Economics*, Vol. I, 1987, 565 ff. mit der für die Frage der Rezeptionsfähigkeit weichenstellenden Aussage *Buchanans*, er richte sich an den Verfassungsgeber und habe „... nothing to offer by way of policy advice to political agents who act within defined rules.“; vgl. dazu *T. Petersen* Individuelle Freiheit und allgemeiner Wille. *Buchanans* politische Ökonomie, 1996, 118 ff.; zum Zusammenhang für die behauptete Legitimität unabhängiger Institutionen *Bredt* (Fn. 62), 205 ff.; zur aus diesen Parametern entwickelten Idee der „Konsumentensouveränität“ *V. J. Vanberg* PVS-Sonderheft 34/2003, 48 ff.

²³⁰ Zur Selbstbestimmung als „Verfassungssessenz“ *H. Dreier* RW 2010, 11 (16f.); zum Unionsrecht *W. Kluth* Die demokratische Legitimation der Europäischen Union, 1995, 30 ff. und 67 ff.; *A. Hatje* und *M. Kotzur* Demokratie als Wettbewerbsordnung, VVDStRL 69 (2009), 135 (139f.) und 173 (200); zu Recht weist jedoch *Trute* (Fn. 217), § 6 Rn. 53 darauf hin, dass punktuelle Output-Elemente systemfremd auch die Rechtsprechung des BVerfG prägen, vgl. etwa BVerfGE 107, 59 (92f.) und dazu kritisch *Classen* (Fn. 209), 8 f.

gulierungsverwaltung beiträgt, vermittelt es als empirische Kategorie gleichwohl aufschlussreiche Einsichten. Denn tatsächlich bemüht sich der europäische Regulierungsverbund zunehmend, den Verbrauchern die Erfolge seiner Tätigkeit zu verdeutlichen, um hieraus faktische Legitimität aufzubauen. In der Telekommunikationsregulierung macht dies ein zyklisch wiederkehrender Vorgang besonders deutlich: Alle ein bis zwei Jahre, jeweils zu Beginn der Sommerferien pflegt die Kommission in werbekräftigen Formulierungen zu verkünden, sie habe durch beherzte Regulierungsmaßnahmen erneut die Mobilfunk-Gebühren der europäischen Verbraucher für Telefonate aus dem Urlaub kräftig gesenkt.²³¹ Durch solche Öffentlichkeitsarbeit versucht die Kommission handgreiflich Output-Legitimation zu erzeugen – und zwar in den Kategorien *Max Webers* Legitimation durch „bürokratische Herrschaft“. Erinnert aber das Bild des telefonierenden Markturlaubers, an dessen Gefolgschaft solche Erfolgsmeldungen appellieren, nicht ein wenig an das jenes römischen Staatsbürgers, über den *Juvenal* in seinen Satiren spottet, er habe zur Zeit der Republik noch selbst politische Macht ausgeübt und Senatoren gewählt, sei jedoch mittlerweile zufrieden, sich durch Brot und Zirkusspiele bei der Stange halten zu lassen?²³²

d) *Verbraucherschutzregulierung als Idealverwaltung der Konsumentendemokratie*

Dieser Gedanke lässt sich auch positiver formulieren, und vielleicht weist *Juvenal* sogar den Weg zur postmodernen Form der Demokratie: Immer mehr häufen sich nämlich die Diagnosen, die den politisch-aktiven Input-Bürger zu den aussterbenden Arten erklären, dessen einstige Habitate nunmehr durch passive Verbraucher bevölkert würden.²³³ *Ulrich Haltern* hat vor dem Hintergrund solcher Befunde bereits

²³¹ Repräsentativ etwa die vorerst jüngste Erfolgsmitteilung: „Ende der ‚Roaming-Abzocke‘: Dank der EU-Vorschriften sinken ab heute die Preise für SMS, Handy-anrufe und Web-Surfen im EU-Ausland“, Pressemitteilung IP/09/1064 v. 1. 7. 2009.

²³² *D. I. Juvenal* Satiren 10, 81, und dazu *J. S. Thompson* Demonstrative Legitimation der Kaiserherrschaft im Epochenvergleich, 1993, 2 ff. Vergleiche des europäischen Integrationsprozesses mit *Juvenals* Analyse zieht bereits *J. Weiler* The Constitution of Europe, 1999, 335.

²³³ Vgl. etwa. *J. Tomlinson* in D. Held/A. McGrew (Hrsg.) The Global Transformations Reader, 2. Aufl. 2003, 269. *U. Volkmann* FAZ v. 26. 2. 2010, 9 fasst diese Analysen in dem Befund zusammen, der Bürger nähme mittlerweile eine Konsumentenhaltung ein und wolle von der Politik bedient werden, die damit zu „einer Veranstaltung der Schnäppchenjäger“ transformiere; letztlich erscheine dann vielen die Verständigung auf einen weniger anspruchsvollen Demokratiebegriff als einzige Perspektive der Demokratie.

eine staatsrechtliche Theorie des europäischen Konsumbürgers entwickelt, die der Union in einer post-politischen Ordnung bis zu einer gewissen Integrationstiefe politische Legitimität vermitteln soll.²³⁴ In dieser Republik der Konsumenten würde sich die ergebnisorientierte Verbraucherpolitik einer durchsetzungsfähigen Regulierungsbehörde geradezu als neues exekutives Leitbild empfehlen.

Das Bundesverfassungsgericht würde diesem Vorschlag wohl mit dem Lissabon-Urteil entgegenhalten, dass der Systemwechsel zum neuen Legitimationssubjekt des passiven Unionsverbrauchers zunächst des Zusammentritts einer verfassungsgebenden Konsumentenversammlung bedürfte.²³⁵ Aber möchten wirklich alle Europäer nur noch gut regiert werden, und ist der gefährdete Bürger tatsächlich bereits im behaupteten Maße ausgestorben? Könnte sein Verstummen nicht gerade mit der Fülle fürsorglicher Staatsbetreuung und der parallelen Verlagerung politischer Entscheidungsprozesse aus den Parlamenten in kommissionsgesteuerte Verwaltungsverfahren zu tun haben?²³⁶ Nach Befragungen wurde der Verfassungsvertrag in Frankreich und den Niederlanden namentlich deshalb abgelehnt, weil die Abstimmenden die Leistungen der Union zwar anerkannten, zugleich jedoch ihren Unmut über deren aktionistisches Ausgreifen in alle Lebensbereiche und die korrespondierende Aushöhlung der nationalen Willensbildungsprozesse bekunden wollten.²³⁷ Offenbar ist nicht jeder Unionsbürger gewillt, sich für die schleichende Ausdünnung seiner politischen Mitwirkungsrechte grenzenlos als Verbraucher kompensieren zu lassen. Daher sollte auch nicht als integrationsfeindliche Philippika abgetan werden, wenn ein großer Europäer wie Hans Magnus *Enzensberger* sein Unbehagen über diese Entwicklung vor kurzem auf die Formel brachte, die Union habe sich einen „paradiesischen Zustand ... für eine schlag-

²³⁴ U. Haltern *Europarecht und das Politische*, 2005, 502 ff.; ders. *Europarecht*, 2005, 550 ff. und 653 ff.; zum weiteren Kontext einer politischen Aufwertung der Konsumidee N. Bolz *Das konsumistische Manifest*, 2002.

²³⁵ Vgl. BVerfGE 123, 266 (347 f., 404 und öfter), aber auch die Ausführungen auf S. 369 ff. zur ergänzenden Legitimation durch partizipatorische Elemente innerhalb eines „verflochtenen demokratischen Systems“.

²³⁶ Vgl. dazu die Studie von A. Somek *Individualism. An Essay on the Authority of the European Union*, 2008, nach dem sich die Politik der EU zunehmend an den Typus eines apolitischen Individualisten richtet, der es vorzieht, die Lösung sozialer Konflikte an Spezialistengremien zu delegieren.

²³⁷ Näher die Analysen durch K. Faßbender *FAZ* v. 15. 6. 2007, 8. Die Frage nach den Gründen des Scheiterns des Referendums in Frankreich vertieft V. A. Schmidt *Democracy in Europe*, 2006, 179 ff.

kräftige Exekutive“ geschaffen und schicke sich an, mit dieser ihre Bürger zu umsorgen, zu betreuen und umzuerziehen.²³⁸

Angesichts dieser unüberhörbaren Herztöne empfiehlt sich für das Recht, den sozialwissenschaftlich verkündeten Tod des *homo politicus* nicht vorschnell zum Anlass für einen Systemwechsel zur Verbraucherdemokratie zu nehmen. Solange das Hinwegscheiden des europäischen Bürgers nicht durch gerichtsfesten Leichenschein belegt werden kann, bleiben die vorgezeichneten parlamentarischen Legitimationsstrukturen verbindlich. Bezugsgröße verfassungsrechtlicher Demokratie ist damit allein das selbstbestimmte Individuum,²³⁹ nicht der – wie perfekt auch immer modellierte – *homo oeconomicus*. Oder anders gewendet: Eine nicht nach Maßgabe der Art. 10 ff. EUV hinreichend auf den staatsbürgerlichen Willensbildungsprozess rückführbare Regulierungspolitik wird nicht demokratischer, weil sie den Interessen repräsentativer Bevölkerungsgruppen entspricht und den Verbraucher zufriedenstellt. An der Rückkopplung zum Bürger – und nicht an den Wohltaten für den Verbraucher – misst sich die Legitimität jeder Regulierungsverwaltung. Von daher verbietet es sich in einer anspruchsvollen Demokratie, die Lösung gesellschaftspolitischer Grundsatzkonflikte durch Blankett Ermächtigungen für eine parlamentarisch nicht näher ausgestaltete „Verbraucherpolitik“ auf weisungsfreie Exekutiven zu verlagern.

V. Verbraucherschutzregulierung als Mikrokosmos des öffentlichen Rechts

Am Ende dieser Überlegungen, die ihren Ausgangspunkt von der begrifflichen Unschärfe der Regulierungsverwaltung nahmen, steht ein eher skeptischer Befund: Verbraucherschutz in den Formen des öffentlichen Rechts ist zwar verfassungsrechtlich zulässig und erscheint gegenüber manchen Problemlagen ebenso sachgerecht wie die grundsätzlich begrüßenswerte und alternativlose Europäisierung der entsprechenden Verwaltungsstrukturen. Die exekutivische Machtkonzentration des Regulierungsmodells der Netzwirtschaften, das sich von herkömmlicher Eingriffsverwaltung durch politische Verselbständigung, weite Gestaltungsspielräume und gerichtliche Terrainverluste abhebt, erscheint

²³⁸ H. M. Enzensberger FAZ v. 3. 2. 2010, 27 („Sie will nur unser Bestes. Wie ein gütiger Vormund ist sie besorgt um unsere Gesundheit, unsere Umgangsformen und unsere Moral. Auf keinen Fall rechnet sie damit, dass wir selber wissen, was gut für uns ist; dazu sind wir in ihren Augen viel zu hilflos und zu unmündig.“).

²³⁹ Vgl. bereits die Nachweise oben in Fn. 230.

jedoch außerhalb der Netzwirtschaften gegenüber den Anforderungen dieser Aufgabe unverhältnismäßig. Stattdessen bedarf eine europäisierte Verbraucherschutzverwaltung gesetzgeberischer Ausgestaltung, substanzhafter gerichtlicher Kontrolle und demokratischer Legitimation.

Dass solche Skepsis auf angreifbaren Prämissen beruht, macht deutlich, wie sehr sich in dem Entwurf einer in den Dienst des Verbraucherschutzes gestellten starken Regulierungsverwaltung gleichsam brennpunktartig zahlreiche Gegenwartsfragen des öffentlichen Rechts bündeln. Die Idee der Verbraucherregulierung führt zu Fragen nach dem Verhältnis von privatem und öffentlichem Recht, von Grundrechten und Schutzpflichten auf nationaler und europäischer Ebene, der Frage nach dem Leitbild der Demokratie im Kontext der europäischen Integration sowie nach den verfassungsrechtlichen Grenzen der Wirtschaftslenkung. Nicht zuletzt wirft die Verbraucherregulierung auch grundlegende Methodenfragen auf und wird aus Sicht der neuen Verwaltungsrechtswissenschaft vor allem Steuerungsdefizite des überkommenen Verwaltungsmodells verdeutlichen, während Kritiker dieses Ansatzes die mit den regulatorischen Effizienzgewinnen verbundenen Kollateralschäden beklagen werden. Mag sich daher das Thema „Verbraucherschutz durch Regulierungsrecht“ einer präzisen Definition entziehen, so stehen doch die aufgeworfenen Fragen stets als Teil fürs Ganze des öffentlichen Rechts.

Leitsätze des 2. Referenten über:

Schutz der Verbraucher durch Regulierungsrecht

I. Empirische und analytische Befunde

(1) Die Begriffe „Regulierungsrecht“ und „Verbraucherschutzrecht“ weisen erhebliche Unschärfen auf: Während „Verbraucherschutz“ meist kaum mehr ist als ein konturschwacher Oberbegriff für Normen mit unmittelbarem oder mittelbarem Verbraucherbezug, finden sich sehr unterschiedliche Regulierungsbegriffe. Umstritten ist vor allem die „Regulierung im weiteren Sinne“, die bislang zwar nicht den Rang eines Rechtsinstituts beanspruchen kann, jedoch als Analyseinstrument Aussagen über spezifische Regulierungselemente einzelner Rechtsgebiete ermöglicht.

(2) Sozialwissenschaftlich werden im Zusammenhang mit der „Regulierungsverwaltung“ auch im Verbraucherschutz erhebliche politische Gewichtsverschiebungen diagnostiziert. Zur Analyse dieser Phänomene bietet sich ein institutioneller Regulierungsbegriff an, der sich am Leitbild der „starken Regulierungsbehörde“ orientiert. Kennzeichnend hierfür sind eine beschränkte Rückkopplung zur Regierung, breite, normativ eher schwach strukturierte Eingriffsbefugnisse, die deutliche Rücknahme der gerichtlichen Kontrollichte sowie ein stetig zunehmender Einfluss der EU-Kommission.

(3) Diese Form der Regulierungsverwaltung führt zu einer außergewöhnlichen exekutivischen Machtkonzentration. Ihr Anwendungsbereich beschränkt sich freilich bislang auf spezielle Aufgaben, bei denen Regulierung als grundsätzlich sachgerechte und verfassungsrechtlich zulässige Strategie zur Überwindung der Persistenz natürlicher Monopole angesehen werden kann. Die Befunde zum Vordringen der „Regulierung im weiteren Sinne“ verdeutlichen jedoch, dass dieses Regelungsmodell kein Übergangsphänomen bleiben dürfte, sondern dass jedenfalls Teilelemente in immer mehr Aufgabenbereichen rezipiert werden; zu diesen Bereichen zählt auch der Verbraucherschutz.

(4) Der Verbraucherschutz hat im vergangenen Jahrzehnt durch Impulse der Union in vielen Einzelbereichen erheblich an Bedeutung gewonnen. Dabei lässt sich in der neueren Unionsgesetzgebung ein Wandel vom Leitbild des selbstbestimmten Verbrauchers zu einer eher paternalistischen Verbraucherpolitik nachweisen. Nach den Vorstellungen der Kommission

ist moderner Verbraucherschutz nicht nur durch die Konsumenten selbst, sondern auch exekutivisch durch Regulierungsagenturen durchzusetzen.

(5) Die entsprechende Stärkung des Verbraucherschutzes ist eine zentrale Entwicklungstendenz des sektoralen Regulierungsrechts. Zugleich sind Ansätze zur Schaffung einer unionsweiten regulierungsähnlichen Verbraucherschutzverwaltung erkennbar. Vor allem das neue Behördennetzwerk zum Schutz der wirtschaftlichen Verbraucherinteressen trägt deutliche Züge einer Vorstufe eines voll ausgebildeten Regulierungsverbunds.

(6) Mit dem zunehmenden Einsatz ordnungsrechtlicher Mittel zur Durchsetzung wirtschaftlicher Verbraucherinteressen verschwimmen die Grenzen von öffentlichem und privatem Recht. Manche der jeweils verfügbaren Instrumente sind funktional austauschbar. Tendenziell werden allerdings liberale Rechtsordnungen den Schutz wirtschaftlicher Verbraucherinteressen in erster Linie zivilrechtlich verwirklichen.

(7) Das Vordringen von Elementen einer regulierungsähnlichen Verbraucherschutzverwaltung beruht auf einer Reihe von Faktoren wie der Entstehung neuer Gefährdungslagen, der Herausbildung einer europäischen Sozialstaatlichkeit und der Globalisierung. Nach den Befunden der Bürokratieforschung erklärt es sich jedoch auch durch das Bestreben der europäischen Exekutive, sich neue Tätigkeitsfelder und breite Gestaltungsspielräume zu erschließen und gleichzeitig parlamentarische, gesetzliche und gerichtliche Reglementierungen zu minimieren.

II. Verfassungsrechtliche Thesen

(8) Soll das Modell der starken Regulierungsverwaltung in Bereiche wie den Verbraucherschutz übertragen werden, so stellt sich verstärkt die Frage nach den konstitutionellen Grenzen und Sicherungsmechanismen. Obwohl der moderne Regulierungsverbund mit Recht manche Prämissen des deutschen Verwaltungsrechts auf den Prüfstand stellt, beanspruchen die rechtsstaatlich-demokratischen Strukturprinzipien des Grundgesetzes und des Unionsvertrags uneingeschränkte Beachtung.

(9) Nicht jedes Verbraucherinteresse begründet grundrechtliche Schutzansprüche. Im Regelfall ist regulierungsrechtlicher Verbraucherschutz gemeinwohlorientierte Eingriffsverwaltung, die ihre Schranken auch dann in den Grundrechten der Regulierten findet, wenn der einfache Gesetzgeber den Verbrauchern subjektive Rechte einräumt.

(10) Die Intensität der durch die Regulierung bewirkten Freiheitsverkürzungen erfordert trotz der durch das Unionsrecht vorgezeichneten finalen Tatbestandsstruktur einiger Eingriffsnormen eine substanzhafte gerichtliche Ergebniskontrolle. Der Struktur der Regulierungsentscheidung wird

dabei eine über die Anforderungen der konkreten Ermächtigung hinausgehende Überprüfung am Maßstab des Abwägungsgebots gerecht.

(11) Bereits im sektoralen Regulierungsrecht führt die Stärkung der Verbraucherschutz Elemente zu einer Entgrenzung der Handlungsmaßstäbe der Regulierungsverwaltung. Von vornherein hat jedoch das Regulierungsziel „Wahrung der Verbraucherinteressen“ kaum einen objektiv bestimmbareren Inhalt. Die Ermächtigung einer Regulierungsbehörde zu gestaltenden Markteingriffen mit dem unbestimmten Ziel des „Verbraucherschutzes“ käme daher einer rechtsstaatlich unzulässigen Blankettermächtigung nahe, nach subjektiven Gemeinwohlvorstellungen Grundrechtseingriffe vorzunehmen.

(12) Die vordringende Vorstellung einer „Entpolitisierung“ hoheitlicher Entscheidungen durch Schaffung einer institutionell unabhängigen „neutralen“ Expertenverwaltung ist in der deutschen Verwaltungstradition erheblich vorbelastet und erscheint im Bereich des Verbraucherschutzes allenfalls für Entscheidungen vornehmlich technischen Charakters tragfähig. Der wirtschaftliche Verbraucherschutz hingegen ist bereits im Ausgangspunkt eine originär politische und damit legitimationsbedürftige Frage.

(13) Die ebenfalls vordringende These, bereits die effektive Befriedigung von Verbraucherbedürfnissen legitimiere die Entscheidungen unabhängiger Regulierungsbehörden, setzt an die Stelle parlamentarischer Legitimation ein sozialwissenschaftliches Konzept der Output-Legitimation, das mit dem juristischen Demokratieprinzip unvereinbar ist. Nach den unionsrechtlich wie grundgesetzlich maßgeblichen Legitimationsstrukturen misst sich die demokratische Legitimität jeder Regulierungsverwaltung allein an der Rückkopplung zum Bürger und nicht an den Wohltaten für den Verbraucher.

(14) Verbraucherschutz in den Formen des öffentlichen Rechts und gegebenenfalls durch europäische Behörden ist für manche Problemlagen sachgerecht. Die exekutivische Machtkonzentration des Regulierungsmodells der Netzwirtschaften, das sich von herkömmlicher Eingriffsverwaltung durch politische Verselbstständigung, weite Gestaltungsspielräume und gerichtliche Terrainverluste abhebt, erscheint jedoch gegenüber den Anforderungen dieser Aufgabe unverhältnismäßig.