3. Aussprache und Schlussworte

Schutz der Verbraucher durch Regulierungsrecht

Höfling: Liebe Kolleginnen und Kollegen, nun wollen wir in die Schlussrunde eintreten. Was die Strukturierung der Diskussion angeht, ist heute zur grundsätzlichen Schwierigkeit erschwerend hinzugekommen, dass es eine gewisse Schieflage am Ende dadurch gegeben hat, dass sich jetzt zahlreiche Kollegen gemeldet haben zu Fragen der demokratischen Legitimation von Regulierungsbehörden. Das lag nicht unbedingt im absoluten Fokus des Vorstandes, aber das können wir natürlich jetzt nicht zensieren. Das wird also ein großer Brocken sein. Wir beginnen mit drei Bemerkungen, die eher die grundsätzliche Fragestellung noch einmal aufgreifen, und da darf ich zunächst Frau Albers, dann Herrn Faßbender und dann Herrn Schoch bitten.

Albers: Ich habe eine Frage an Herrn Durner. Ihre Skepsis gegenüber der Verknüpfung von Regulierungsrecht und Verbraucherschutz mag in mancher Hinsicht gut begründet sein. Was mir in Teilen nicht deutlich geworden ist, ist Ihre Alternative. Wäre es die Herausnahme der Verbraucherinteressen aus dem Regulierungsrecht? Das scheint mir angesichts des Regulierungsgegenstandes und angesichts der Verflochtenheit von zentralen Regulierungszielen und Verbraucherschutz kaum eine gute Alternative zu sein. Wäre es eine stärkere Differenzierung des Regulierungsrechts? Diskussionen um eine immer detailliertere Ausgestaltung von Gesetzen kenne ich insbesondere aus dem Datenschutz in Form zahlreicher Klagen über Unübersichtlichkeit und Komplexität. Auch das Regulierungsrecht ist schon jetzt sehr komplex und differenziert. Wäre es eine ganz neuartige Gestalt des Regulierungsrechts? Alternativvorschläge zu den gegenwärtigen Ausgestaltungsformen müsste man etwas verdeutlichen. Dies habe ich bei Ihnen ein bisschen vermisst und bitte um einen Nachtrag. Vielen Dank.

Faßbender: Zunächst entspricht es wohl der Tradition unserer Vereinigung, dass sich die ersten Diskussionsteilnehmer bei den Referenten für ihre Referate bedanken. Das möchte ich sehr gerne tun. Ich fand beide Referate fachlich hervorragend und in der Sache sehr anregend. Vor allem Letzteres wird ja auch durch die Anzahl der Wortmeldungen be-

stätigt. Ich habe zwei Punkte. Zunächst möchte ich Zustimmung äußern zu These 4 von Wolfgang Durner, die sich zur Entwicklung des europäischen Verbraucherschutzrechts verhält. Der zweite Punkt betrifft das Thema Zivilrecht und Öffentliches Recht als wechselseitige Auffangordnungen, zu dem ich einige ergänzende Hinweise geben möchte.

Zunächst zur Entwicklung des europäischen Verbraucherschutzrechts. Herr Hellermann, Sie haben in der Überschrift zu Ihrer These 29 gefragt, in welche Richtung sollte die Entwicklung im Regulierungsrecht denn gehen: in Richtung schlanker oder paternalistischer Staat? Wolfgang Durner hat sich dazu in These 4 auf den Standpunkt gestellt. dass sich die Dinge in der neueren Unionsgesetzgebung tatsächlich in eine eher paternalistische Richtung entwickeln, und ich möchte das unterstreichen. Ich habe mich in meiner Habilitationsschrift mit dem Werberecht beschäftigt. Werberecht ist vor allen Dingen Lauterkeitsrecht, und da ist es genauso gelaufen. Deshalb mahne ich zur Vorsicht, wenn mit der Chiffre des mündigen und verständigen Verbrauchers operiert wird. Dieser wird gerne auch heute noch wie eine Monstranz vor sich hergetragen. Dieses Verbraucherleitbild hat in der Tat zunächst einmal dazu geführt, dass der EuGH sub specie der Grundfreiheiten insbesondere das deutsche Werberecht aufgebrochen hat, das natürlich zu dieser Zeit seinerseits eher paternalistisch war. Hierdurch wurde im nationalen Lauterkeitsrecht eine mächtige Liberalisierungswelle angestoßen.

Doch interessant ist, wie die Dinge sich weiterentwickelt haben. Gekommen ist im Jahre 2005 die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, die jetzt irreführende und aggressive Geschäftspraktiken detailliert regelt sowie eine sog. schwarze Liste von Verhaltensregeln enthält, die mehr als zwei Dutzend sachlich umschriebene Verhaltensweisen nennt, die nach der Richtlinie in jedem Fall verboten sind, egal wie sich das auf den konkreten Wettbewerb auswirkt. Letzter "Höhepunkt" der Verbraucherschutzgesetzgebung der EU: Die Verordnung von 2006 über gesundheitsbezogene Angaben zu Lebensmitteln, die generell verbietet, dass zu alkoholischen Getränken irgendwelche positive gesundheitsbezogene Angaben gemacht werden. Dies hat das Bundesverwaltungsgericht zuletzt, in Gestalt einer Vorlage an den EuGH, zu der bangen Frage bewegt, ob es tatsächlich künftig deutschen Winzern verboten sein soll, einen Riesling als "bekömmlich" zu bewerben. Das alles spricht in der Tat dafür, dass die Dinge sich auf europäischer Ebene eher in Richtung Paternalismus bewegen.

Nun zum zweiten Punkt. Wie schaut es denn konkret aus mit der Rede vom Öffentlichen Recht und vom Zivilrecht als wechselseitigen Auffangordnungen, wenn die von Ihnen, Herr Hellermann, in These 18 angesprochenen Möglichkeiten, die Verbraucherschutzregeln über das

Lauterkeitsrecht und über das Unterlassungsklagengesetz vor den Zivilgerichten durchzusetzen, auch von denen genutzt werden, die spezielle Aufsichtsbefugnisse haben? Dazu gibt es eine ganz interessante Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 2004, in der das einmal kritisch unter die Lupe genommen wurde. Äußerer Anlass war, dass eine Steuerberaterkammer vor den Wettbewerbsgerichten einen Verstoß gegen die berufsbezogenen standesrechtlichen Regelungen gerügt hatte. Hier hat das Bundesverfassungsgericht zu Recht kritisch gefragt, warum die Kammer den Zivilrechtsweg beschritten hat statt mit den Mitteln des Aufsichtsrechts vorzugehen. Hierauf haben die Kammern, die sich im Verfahren geäußert haben, ganz nonchalant geantwortet, das sei schneller und effizienter, weil die Betroffenen ansonsten ja vorher noch angehört werden müssten. Also erhebe man lieber Klage bei den Zivilgerichten. Das sind Entwicklungen, die mir auch und gerade vor dem Hintergrund der zuvor genannten These von Wolfgang Durner etwas Sorge bereiten.

Schoch: Verehrte Kolleginnen und Kollegen, gestatten Sie vorab drei Hinweise. Erstens: Der "Schutz der Verbraucher durch Regulierungsrecht" ist deutlich mehr als das hier präsentierte Recht der Netzwirtschaften und der Regulierungsbehörde (Bundesnetzagentur). Zweitens: Wer den Realbereich weitgehend ausblendet, kann in der Tat zu Grundannahmen gelangen, die am Ende ein "bürokratisches Monster" hervorbringen; ich selbst kann das beim besten Willen nicht erkennen. Drittens: Das Thema ist – das sage ich aus unmittelbarer praktischer Anschauung auf Grund meiner Richtertätigkeit – zu ernst für das Agieren mit "rhetorischen Zauberkunststücken".

Zur Sache: Wenn Sie sich einmal etwas genauer ansehen könnten, über welche – wegen der verspäteten Informationsfreiheitsgesetzgebung früher nicht zugängliche – Informationen die Behörden allein im Lebensmittelsektor verfügen, würden Sie mitunter die Hände über dem Kopf zusammenschlagen. Wie reagiert denn nun die Rechtsordnung in diesem Bereich auf der Grundlage des breiten Begriffs von "Regulierungsrecht", dem ich zustimme, in Bezug auf Staat, Unternehmen und Verbraucher? Der Normgeber reagiert mit einem Mix von Instrumenten. In dem erwähnten riesigen Bereich hat er z.B. das Lebensmittelkennzeichnungsrecht erlassen; da sehe ich kein "bürokratisches Monster", wir haben eher zu schlecht ausgestattete Vollzugsbehörden, um die Einhaltung der Vorschriften ordnungsgemäß kontrollieren zu können. Im Verbraucherinformationsrecht haben wir nicht nur das Recht auf individuellen Zugang zu Informationen, was erwähnt worden ist, sondern es gibt nach § 5 Abs. 1 S. 2 VIG die Befugnis, dass die Behörden von

sich aus die Öffentlichkeit informieren. Hinzu tritt über das Europarecht die "Mobilisierung" des Verbrauchers in ganz vielen Bereichen; der Verbraucher fungiert als Nachfrager von Information und als Verbreiter von Information. Ein Stück Verbraucherschutz wird also an die Zivilgesellschaft zurückgegeben. Man muss doch auch fragen, wovor der Verbraucher zu schützen ist. Falschetikettierungen spielen beispielsweise eine große Rolle, aber auch z.B. Aussagen zu Lebensmittelinhaltsstoffen. In diesem großen Bereich unseres Verbraucherschutzrechts kann nicht einmal von einer Regulierungsbehörde und schon gar nicht von einem "Regulierungsmonster" die Rede sein.

Ein zweiter Diskussionspunkt: Ist es denn wirklich so schlimm, dass wir im Verbraucherschutzrecht nicht immer exakt zwischen Öffentlichem Recht und Zivilrecht trennen können? In der Verschränkung und der Kombination von Regelungen aus dem Öffentlichen Recht und dem Zivilrecht sehe ich eine intelligente Regelungsstrategie. Die "Mobilisierung" der Zivilgesellschaft funktioniert eben nicht allein über das Öffentliche Recht und hoheitliches Denken, sondern nur mit dem Einsatz auch des Zivilrechts. Ich möchte dafür werben, dass wir beim Verbraucherschutz die Teilrechtsordnungen zusammen sehen. Wenn genauer definiert worden wäre, wofür der Verbraucherschutz steht, könnte die Einbeziehung des Zivilrechts als Zugewinn betrachtet werden. Mit Blick auf die instrumentelle Funktion des Zivilrechts sollte sich die Staatsrechtslehre in dieser Hinsicht öffnen.

Ein letzter Punkt: Wir haben gewiss viele Defizite bei der Rechtstatsachenforschung. Aber im Bereich des Verbraucherschutzes haben wir breit angelegte Untersuchungen, die z.B. vorhandene Informationsasymmetrien nachweisen. An diesem Punkt sehen Sie, dass dem Steuerungsfaktor "Information" eine zentrale Rolle zukommt. Regulierungsrecht darf in verfassungsrechtlicher Perspektive nicht auf das Hoheitliche, auf die Eingriffsverwaltung reduziert werden, wie das hier etwas zu sehr geschehen ist. Man muss auch das Europarecht stark in den Vordergrund rücken, und man muss die Schutzpflichtdimension beachten. Bei diesem breiteren Ansatz erhalten wir ausgewogenere Analysen und Ergebnisse als bei einem von vornherein etwas verengten Blickwinkel. Vielen Dank!

Wißmann: Wären die beiden Vorträge in anderer Reihenfolge vorgetragen worden, würde der stark betonte Gestus der Gegensätzlichkeit viel stärker zurücktreten. Dann hätte Herr Durner zunächst einmal eine Dekonstruktion des Regulierungsrechts vorgelegt und dabei auf allgemeine Gefahrenlagen hingewiesen, die wir hier wie auch anderswo zu bewältigen haben. Herr Hellermann hätte dann in einem zweiten

Schritt auf dieser Grundlage eine Rekonstruktion zur Fortschreibung des Regulierungsrechts unternommen.

In der Tat - in diesem Ausgangspunkt sollte man Herrn Durner zustimmen - liegen gewisse etatistische Gefahren in der Engführung von Bürgerstatus und Verbraucher. Droht nun aber der starke europäische Verbraucherschutzstaat, den Herr Durner befürchtet? Ich glaube, es sind hier doch in zu starker Weise formelle Aspekte mit materiellen Aspekten vermischt worden: Es ist einerseits sicher vollkommen richtig, dass wir von Verfassungs wegen darauf bestehen müssen, dass Entscheidungswege transparent gestaltet werden und mit erkennbarer Verantwortung verbunden werden. Nur kann man daraus nicht die materielle Verengung ableiten, dass damit zugleich die Verwaltungsorganisation der frühen Bundesrepublik verfassungskräftig festgeschrieben ist. Das Grundgesetz schreibt Standards vor, aber keine Typen. Und insofern ist zunächst einmal das Bemühen um einen neuen intelligenten Steuerungs- und Organisationsmix jenseits der Festschreibung von Öffentlichem Recht und Zivilrecht in der Tat ein legitimes, auch verfassungsrechtlich legitimes Anliegen.

An Herrn Hellermann hätte ich eine konkrete Frage. Ihr Ansatz, den Bürger stark zu machen als Verbraucher im Regulierungsrecht, führt zu folgender Überlegung: Was ist denn auf der Gegenseite des Bürger-Verbrauchers mit den privaten Unternehmen anzustellen, die bestimmte Infrastrukturaufgaben erbringen? Wir haben uns ja im Grunde darauf geeinigt, dass sie nicht direkt grundrechtsgebunden sind, weil sie strukturell auf die Seite der Freiheit gehören. Das führt aber zu Einschränkungen für den Verbraucher ebenso wie zu Asymmetrien im Marktgeschehen: Denn es gibt Unternehmen, die sind nach wie vor durch die öffentliche Hand bestimmt und also grundrechtsgebunden, und andere Unternehmen, die in gleicher Weise am Markt agieren und als Private behandelt werden. Haben Sie da ein Modell anzubieten, wie man gleichwohl die besondere Stellung dieser privaten Unternehmen gegenüber dem Verbraucher berücksichtigen kann? Das könnte sicher nur durch Gesetz geschehen. Würden Sie in der Sache ein Äquivalent zur direkten Grundrechtsbindung für richtig halten, oder gibt es Alternativen? Vielen Dank.

Ohler: Ich bin Herrn Durner besonders dankbar, dass er den Aspekt der Verwaltungsorganisation anhand dieses Themas so deutlich herausgearbeitet hat, denn ich teile in diesem Punkt die sehr große Skepsis, die im Vortrag zum Ausdruck kam. Aus europarechtlicher Sicht scheint mir das Problem darin zu liegen, dass die Verträge im Grunde keinerlei Vorgaben treffen, wie die Verwaltungsorganisation auf europäischer

Ebene und im Bezug auf die Mitgliedstaaten ausgestaltet zu sein hat. Wir haben neuerdings, d.h. seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon, Art. 298 AEUV, der bezeichnenderweise nur sagt, dass die Organe der Union sich auf eine unabhängige europäische Verwaltung stützen. Diese geringe Vorkonturierung auf Seiten des Primärrechts wird uns mit Sicherheit die nächsten Jahre noch beschäftigen, insbesondere in Gestalt der sekundärrechtlichen Regeln zu den Agenturen. Wir werden vor allem lernen müssen, Art. 298 AEUV gegenüber dem Grundsatz der repräsentativen Demokratie nach Art. 10 Abs. 1 EUV auszubalancieren. Zugriffe auf die Verwaltungsorganisation in Deutschland müssen wir dagegen – europarechtsfreundlich – am Demokratieprinzip des Grundgesetzes messen, da diese Behörden auch in der europäischen Verbundstruktur nicht aus ihrem innerstaatlichen Legitimationszusammenhang gerissen werden. Mir scheint es auf beiden Ebenen vor allem um die Frage zu gehen, worin von Einzelfall zu Einzelfall der verfassungsrechtliche Rechtfertigungsgrund für die Unabhängigkeit der Behörden liegt. Sollte das Modell der unabhängigen Behörde dagegen künftig nicht Einzelfall bleiben, sondern zum Normalfall werden, werden wir uns sicherlich aber auch fragen müssen, wie es um die Integrationsschranken des Art. 23 Abs. 1 GG, ggf. auch in Hinblick auf Art. 79 Abs. 3 GG, bestellt ist. Aus heutiger Sicht bleibt aber die vorrangige Aufgabe, die Rechtfertigungsgründe für unabhängige Behörden sorgsamer abzuklopfen.

Bausback: Ich möchte anknüpfen, Herr Durner, an Ihre Kritik der Modelle einer Outputlegitimation und Ihnen dazu herzlich gratulieren, Sie darin bestärken und unterstützen. Ich habe eine kurze Anmerkung und eine kurze Frage zu diesem Bereich. Zunächst die Anmerkung: Wenn man den Datenschutz zwischen Privaten als Aspekt des Verbraucherschutzes sieht, dann ist die Entscheidung des EuGH aus jüngerer Zeit, die eine Loslösung des Datenschutzes in diesem Bereich aus der demokratischen Verantwortung, d.h. der Ministerverantwortung, fordert, eigentlich ein beredtes Beispiel für Ihre Thesen. Ihre Einschätzung hierzu würde mich interessieren. Meine Frage ist: Bei Ihnen – ich glaube auch bei dem anderen Vortrag – ist als ein Beispiel des Verbraucherschutzes auch die Finanzmarktregulierung genannt worden. Zeigt nicht gerade dieser Bereich, dass man eigentlich über die europäische Ebene hinaus auch noch auf den Bereich des internationalen Wirtschaftsrechts rekurrieren müsste? Vielen Dank.

Holznagel: Herr Durner, wie hätten Sie denn ohne eine unabhängige Bundesnetzagentur die Liberalisierung auf den TK-Märkten bewerk-

stelligen wollen? In den letzten 20 Jahren haben die Verbraucher, wir alle, erhebliche Vorteile durch die Liberalisierung gehabt, zu nennen sind nur das Internet oder die massiven Kostensenkungen im Festnetz und Mobilfunk. Wenn wir keine autonome Behörde gehabt hätten, dann hätte die Telekom über das Kanzleramt eine so weitreichende Wettbewerbsöffnung verhindert. In der Diskussion zum neuen TKG-Entwurf wurde z.B. erneut versucht, die explizit im TKG verankerten Beurteilungsspielräume zu beseitigen. Diesmal ohne Erfolg. Ich sehe da keinen Ausweg aus diesem Dilemma. Sollen solche Öffnungsprozesse vorangetrieben werden, muss man weitgehend weisungsfreie Institutionen hinnehmen; sonst greift der Ex-Monopolist über die Politik durch. Sind von den Liberalisierungsprozessen mehrere bedeutsame Wirtschaftssektoren betroffen, entsteht natürlich die Gefahr, dass sich Staatlichkeit ausdifferenziert und die demokratische Legitimation stark ausdünnt. Im Moment gibt es offenbar solche Tendenzen auf der europäischen Ebene. Dort werden in den Bereichen Energie und Finanzaufsicht Agenturen gegründet, die eine erhebliche Unabhängigkeit aufweisen werden. Bei der GEREK im Telekommunikationssektor handelt es sich dagegen mehr um eine Arbeitsgemeinschaft der nationalen Regulierungsbehörden. Nicht alles, was sich die Kommission aber vorstellt, ist auch schon Realität. Hier gibt es Gegenkräfte. Zunächst fordert der EuGH in seiner Meroni-Rechtsprechung mit dem Problembewusstsein für demokratische Legitimation eine strenge Gesetzesbindung. Zwar betrachtet er eine Übertragung von Befugnissen auf ausgelagerte Einrichtungen nicht mehr als grundsätzlich ausgeschlossen. Allerdings wird streng darauf geachtet, dass das übertragende Organ seiner Kontroll- und Überwachungsfunktion in ausreichendem Maße nachkommen muss. Es darf die grundsätzliche Entscheidungshoheit nicht aus der Hand geben. Dann gibt es auch politische Widerstände. Das Parlament blockiert z.B. im Moment die Finanzmittel für den Ausbau des Telekommunikations- und Energieregulierers. Letztlich müssen auch die Lösungswege auf politischer Ebene entwickelt werden. Im Telekommunikationssektor entweicht z.B. mittlerweile der Problemdruck, weil immer mehr Märkte aus der Regulierung entlassen und dem Kartellrecht überantwortet werden. Der unabhängige Entscheider verliert so an Macht. Insbesondere in Anfangsphasen der Regulierung gibt aber es keine Alternative: der Regulierer muss unabhängig sein.

Die zweite Frage ist schnell gestellt. Ich kenne keine Regulierungsentscheidung, die den Kern von Marktregulierung betrifft, in der das Ziel des Verbraucherschutzes eine zentrale Rolle spielt. Der "more economic approach" ist ein Phänomen des europäischen Kartellrechts. Die Telekommunikationsregulierung hat er nicht durchdrungen. Kosten-

kontrollen nach dem Prinzip der effizienten Leistungserbringung sind viel zu komplex, um mit Abwägungsprozessen überladen zu werden. Kundenschutz ist ein Gebiet von sehr spezialisierten – vielleicht 20 – Rechtsnormen, die ein Eigenleben führen. Die Beschlusskammern haben hiermit regelmäßig wenig zu tun. Von daher meine Frage: Nennen Sie mir doch bitte Regulierungsentscheidungen, wo das Verbraucherschutzziel eine zentrale Rolle spielt. Danke.

Groß: Der Vortrag von Herrn Durner erinnert mich an ein Kinderbuch. Eines der beliebtesten Utensilien in Kinderbüchern sind Drachen, schreckliche Drachen, die die Menschen überfallen, Feuer spucken, Prinzessinnen rauben. Und dann kommt irgendwann ein mutiger Ritter, der den Drachen aufspürt, besiegt und dann je nach Alternative zähmt oder einsperrt oder sogar umbringt. Wenn die Kinder größer werden, bringt man ihnen bei, dass es diesen Drachen in Wirklichkeit gar nicht gibt, was aber die Beliebtheit in den Kinderbüchern bisher über Jahrzehnte hinweg nicht geschmälert hat. Und so ähnlich kommt es mir hier vor. Dieses Bild der Regulierungsbehörde, der Bundesnetzagentur insbesondere und anderer vergleichbarer Behörden, das Sie gezeichnet haben, scheint mir mit der Wirklichkeit nicht wirklich übereinzustimmen.

Ich will nur einen Punkt herausgreifen, das Bestimmtheitsgebot. Ich würde die These aufstellen, wenn es um die Regulierung von Marktprozessen geht, dann ist das Bestimmtheitsgebot von vornherein mit großer Vorsicht zu genießen. Klassisches Beispiel: Der Grundstücksmarkt. Eine zentrale Regulierung des Grundstücksmarkts ist die staatliche Planung. Die materielle Bestimmtheit unserer Planungsnormen ist, wenn man es nüchtern betrachtet, gleich null. Alles Wesentliche wird über Verfahrens- und Organisationsvorschriften geregelt und bestimmte Rationalitätsanforderungen an Begründungen, die wir dann als Abwägungsgebot bezeichnen. Aber dass da materielle Kriterien, die bestimmte Belange gewichten, einzelne Entscheidungen determinieren, wird doch niemand behaupten.

Oder anderes Beispiel: Was war denn eigentlich vor der Regulierungsbehörde? Vor der Regulierungsbehörde hatten wir staatliche Verwaltungen für das Post-, für das Bahnwesen und auch noch für andere Bereiche. Wie war denn deren materielle Determinierung? Wie war denn die materielle Determinierung im Postgesetz, im Fernmeldegesetz, im Bahngesetz? Die war auch praktisch nicht existent. Wie die Infrastruktur ausgebaut wurde, welche technischen Innovationen eingeführt wurden, das waren weitgehend Entscheidungen dieser semiunabhängigen Bürokratien, die es damals gewesen sind. Ich würde

auch hier sagen, man soll sich vom Bestimmtheitsgebot gar nicht so viel erwarten.

Schönberger: Herr Durner, Ihr Referat hat uns alle, glaube ich, sehr gut unterhalten. Ich bin aber nicht sicher, ob es auch im gleichen Maße überzeugend war.

Mein erster Gesichtspunkt ist die Frage, auf welcher Ebene das Referat eigentlich argumentiert. Hier bestehen drei Möglichkeiten: Wollen Sie sagen, dass das europäische Demokratieprinzip im Sinne des Vertragsrechts autonome bzw. relativ autonome Regulierungsbehörden rechtsdogmatisch ausschließt oder doch in Frage stellt? Oder wollen Sie sagen, dass wir diese Behördenstruktur jedenfalls vom deutschen Verfassungsrecht und deutschen Europaverfassungsrecht her für problematisch halten müssen, gewissermaßen im Duktus des Lissabon-Urteils? Oder aber, und diese dritte Argumentationsebene scheint mir eigentlich die des Referats zu sein, es geht gar nicht um das positive Recht, sondern um ein verfassungstheoretisches Modell der demokratischen Legitimation von Regulierungsbehörden. Auch diese dritte Möglichkeit ist natürlich völlig legitim, aber wir sollten doch jeweils genau unterscheiden, ob es um eine Analyse des positiven Rechts gehen soll oder um ein verfassungstheoretisches Modell. Es ist wenig wahrscheinlich, dass diese drei Argumentationsebenen mit der nationalen deutschen Demokratiedogmatik zusammenfallen, wie das Referat es nahelegt.

Nun, und das ist mein zweiter Gesichtspunkt, näher zum theoretischen und dogmatischen Angebot: Wenn wir über das europäische Demokratieprinzip sowohl theoretisch wie dogmatisch nachdenken, so können wir jedenfalls nicht einfach ausblenden, dass sich das Institutionendesign auf der europäischen Ebene von demjenigen innerhalb der Bundesrepublik erheblich unterscheidet. Schon von hierher verbietet es sich, das Karlsruher Legitimationskettenmodell schlicht auf die europäische Ebene zu spiegeln, obwohl es den Hintergrund der spezifisch deutschen Institutionen - parlamentarisches Regierungssystem, Verantwortlichkeit der Regierung und der Minister, ministerielle Weisungshierarchie - voraussetzt. Das halte ich angesichts der anderen institutionellen Situation in der Europäischen Union – vor allem der eigenwilligen Stellung der Kommission, aber auch der Bedeutung des Ministerrats – für verfehlt. Wenn man also ein Angebot macht, wie man sich die Anforderungen des Demokratieprinzips auf dieser Ebene vorstellt, dann muss dabei über die europäischen Institutionen gesprochen werden. Wenn wir das nicht tun, dann können wir auch die Regulierungsbehörden nicht angemessen einordnen. Es gibt offenbar unterschiedliche Möglichkeiten, Regulierungsbehörden im Rahmen demokratischer Institutionen zu verstehen. Dieser Behördentypus ist ja auch zuerst in den Vereinigten Staaten entwickelt worden, die nicht für ihren Mangel an demokratischer Tradition bekannt sind. Schon diese rechtsvergleichende Perspektive zeigt, dass es nicht nur eine einzige demokratietheoretische Perspektive auf diese Behörden gibt. Wir dürfen jedenfalls nicht ein bestimmtes Modell demokratischer Legitimation, wie es in der Bundesrepublik – und auch dort vergleichsweise spät – entwickelt worden ist, vorschnell für allgemeingültig erklären und auf das europäische Vertragsrecht projizieren.

Nun noch ein letzter Punkt. Das Referat hat die Regulierungsbehörden mit deutschen Schreckgespenstern verglichen: dem Obrigkeitsstaat des 19. Jahrhunderts und seinen "Lebenslügen", Friedrich Julius Stahl, auf die wir uns jedenfalls aus der Perspektive der deutschen Staatsrechtswissenschaft nach 1945 nicht mehr so gerne positiv zurückbeziehen. Ich habe nun keine große Vorliebe für den deutschen Obrigkeitsstaat. Aber es drängt sich doch die Frage auf: Ist das ein sachgerechter Vergleich? Die Ministerialverwaltung des 19. Jahrhunderts mit einem verantwortlichen Minister, der auch noch einen – legitimerweise – politisch agierenden Monarchen im Hintergrund hatte, war doch auf jeden Fall politisch. Sie war schon institutionell nicht etwa technokratischautonom, auch wenn ihr Selbstbild häufig anders war. Es gab damals ein deutliches politisches Element, es war nur eben nicht parlamentarisch-demokratischer Natur wie im parlamentarischen Regierungssystem. Insofern finde ich den Vergleich nicht sehr hilfreich. Man muss sich schon auf die Eigenheit der Regulierungsbehörden als besonderer Verwaltungsstruktur genauer einlassen, die mit der monarchischen Ministerialverwaltung nicht viel zu tun hat. Vielen Dank.

Uerpmann-Wittzack: Herr Holznagel hat gerade schon gezeigt, dass es gute Gründe geben kann, eine Regulierungsbehörde, etwa im Bereich der Telekommunikation, weisungsfrei auszugestalten. Mir scheint aber, dass es darüber hinaus noch weitere Probleme gibt, auf eine demokratische Kontrolle durch nationale Parlamente zu setzen, die über die nationale Regierung vermittelt wird. Herr Durner, Sie haben den europäischen Regulierungsverbund mit einer Art Auftragsverwaltung verglichen. Bei solch einem System scheint es mir grundsätzlich problematisch, eine effektive Kontrolle auf der niedrigeren Ebene auszuüben. Das spräche aus meiner Sicht dafür, die demokratische Kontrolle durch das Europäische Parlament zu stärken und damit die Legitimation auf der europäischen Ebene zu betonen. Danke.

Gersdorf: Herr Durner, Sie haben verdienstvollerweise sehr deutlich gemacht, was das Unionsrecht von uns im Bereich der Regulierung verlangt, konkret: im Bereich des Verbraucherschutzrechtes. Zum einen muss - nicht darf - das Wesentliche vom Wesentlichen die Exekutive regeln, also nicht die Legislative, und zum anderen muss die Exekutive zusätzlich noch weisungsfrei sein. Verfassungsrechtlich bedeutet dies, dass wir nicht nur das Problem des ministerialfreien Raumes zu bewältigen und zu lösen haben, sondern darüber hinaus das Problem des "gesetzesfreien" Raums, weil das Unionsrecht vorschreibt, dass im Interesse eines breiten Regulierungsermessens der Regulierungsbehörde das Steuerungspotenzial des Gesetzes erheblich zu begrenzen ist. Eine legislatorische Vorstrukturierung oder gar Feinsteuerung ist ausgeschlossen. Nicht der Gesetzgeber, sondern die unabhängige Regulierungsbehörde bildet das "Machtzentrum" im Regulierungssystem. Das ist ein grundsätzliches verfassungsrechtliches Problem im Blick auf das Prinzip demokratischer Legitimation. Gleichwohl lassen sich solche Einbrüche in das Prinzip demokratischer Legitimation prinzipiell rechtfertigen. Lieber Herr Durner, ich stimme mit Ihnen überein, dass wir hierfür einen Titel mit Verfassungsrang benötigen. Aspekte der "Sachgerechtigkeit", "Zweckmäßigkeit" u.ä. reichen nicht aus. Was sind nun die Gründe, warum aus Sicht des Unionsrechts die Regulierungsbehörde unabhängig sein soll? Das Unionsrecht zielt auf die Vermeidung eines fundamentalen Zielkonflikts. Einerseits muss durch Regulierung Wettbewerb gefördert werden. Andererseits aber hat der Staat, der am Incumbent, also an dem ehemaligen Monopolisten beteiligt ist, auch noch fiskalische Interessen. Zur Vermeidung dieses Zielkonflikts verlangen die Kommission und das Unionsrecht die Unabhängigkeit und damit Weisungsfreiheit der Regulierungsbehörde. Diese auf EU-Ebene angestellten Überlegungen haben auch im Verfassungsrecht Bedeutung. Es gibt gute Gründe anzunehmen, dass der Staat von Verfassungs wegen die Aufgabe hat, für einen funktionsfähigen Wettbewerb in den liberalisierten Märkten Sorge zu tragen; ich kann das hier nur als These in die Diskussion einbringen. Diese Aufgabe könnte von einer weisungsgebundenen Regulierungsbehörde effektiv nicht wahrgenommen werden, weil dann der Zielkonflikt mit fiskalischen Interessen des Staates nicht ausgeschlossen werden könnte. Es gibt sehr wohl einen Grund mit Verfassungsrang, nämlich die Verpflichtung des Staates zur Gewährleistung eines funktionsfähigen Wettbewerbs in den liberalisierten Märkten, der eine Abweichung vom Prinzip demokratischer Legitimation rechtfertigt. Gleichwohl haben Sie im Ergebnis Recht, lieber Herr Durner. Der zu vermeidende Zielkonflikt zwischen wettbewerblichen und fiskalischen Interessen besteht nicht im gesamten Regulierungsrecht, sondern nur im Rahmen der asymmetrischen Regulierung wie der Marktregulierung, nicht aber bei der symmetrischen Regulierung wie dem Verbraucherschutzrecht. Zielkonflikte entstehen nur, wenn sich die Regulierung spezifisch an das Unternehmen wendet, an dem die Bundesrepublik Deutschland beteiligt ist. Dies ist nur im Bereich der asymmetrischen Regulierung der Fall, die an die marktbeherrschende Stellung des Incumbent anknüpft. In den Bereichen der symmetrischen Regulierung - wie dem Verbraucherschutz - gibt es diesen Zielkonflikt nicht, weil insoweit nicht nur die Deutsche Telekom, sondern auch alle anderen Unternehmen reguliert werden. Einen Grund mit Verfassungsrang, der auch in diesem Regulierungsfeld die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde rechtfertigen könnte, sehe ich nicht. Der Unabhängigkeitsstatus der Regulierungsbehörde bedarf daher von Verfassungs wegen einer differenzierenden Beurteilung. Nur Gründe mit Verfassungsrang rechtfertigen ein Abrücken von den Vorgaben des Prinzips demokratischer Legitimation. Auch Unionsrecht führt zu keiner anderen Bewertung. Dem Vorrangprinzip sind durch Art. 23 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG Schranken gesetzt. Ich wünschte mir entsprechende Klarstellungen, auch durch das Bundesverfassungsgericht. Ganz herzlichen Dank.

Classen: Ich kann unmittelbar daran anknüpfen. Herr Durner, ich hatte den Eindruck, dass Sie aus den beiden Entscheidungen des EuGH vom Dezember zu den Neuen Märkten im Telekommunikationsrecht und vom März zum Datenschutz andeutungsweise eine Gesamtanalogie gezogen haben im Sinne einer generellen Forderung des Gerichtshofes nach Unabhängigkeit der Verwaltung. Dem möchte ich entgegenhalten, dass der EuGH ganz konkret im Blick auf bestimmte Richtlinien argumentiert hat, also nicht mit Blick auf ein bestimmtes Bild von Verwaltung. Im Vordergrund stehen daher bereichsspezifische Besonderheiten. Dabei muss man natürlich prüfen, ob die ieweiligen Annahmen tatsächlich überzeugen, und bei neu zu erlassenden Richtlinien muss man diskutieren und ggf. streiten. Zum Telekommunikationsbereich haben Herr Groß und Herrn Holznagel schon fast alles gesagt; ich möchte nur noch ergänzen, dass der EuGH ja dezidiert darauf hinweist, dass eben die konkrete Richtlinie die Forderung nach einer Einzelfallentscheidung enthält und der Gesetzgeber daher nicht einfach pauschal bestimmte Bereiche vollständig der Regulierung entziehen kann. Was das Datenschutzurteil anbetrifft, war ich insofern überrascht von Ihrer Darstellung, weil ich das Urteil anders verstanden habe. Mit Blick auf die Frage nach der Vereinbarkeit der Unabhängigkeit eines Datenschutzbeauftragten mit dem Demokratieprinzip betont der EuGH ganz klar, dass es eine parlamentarische Rückbindung geben muss. Nur kann diese im einzelnen in durchaus unterschiedlichen Formen hergestellt werden; die in der deutschen Verfassungsrechtswissenschaft verbreitete Vorstellung, dass diese Rückkoppelung nur über die parlamentarisch kontrollierte Ministerialbürokratie hergestellt werden kann, ist einfach falsch. Das zeigt schon die Organisation der Datenschutzbehörden in einigen Bundesländern. Alternativ ist hier hinzuweisen auf unmittelbar dem Parlament zugewiesene Einflussmöglichkeiten, etwa bei der Personalbestellung, auf Rechenschafts- und Berichtpflichten und Ähnliches.

Dies zeigt: schon die deutsche Verfassungswirklichkeit ist durchaus offener, als viele Kollegen denken. Das ist zu berücksichtigen, bevor man anfängt, Art. 23 GG und die Verfassungsidentität zu mobilisieren, wie das hier in der Diskussion und auch sonst manche getan haben. Auch im Übrigen gibt es ja in Deutschland eine Vielzahl von Verwaltungsstrukturen jenseits der Ministerialverwaltung. Gestern haben wir über den Bereich des Gesundheitswesens diskutiert, in dem Gelder im Umfang des Bundeshaushalts mittels Organisationsstrukturen verwaltet werden, die sich nicht so ohne weiteres mit den Maßstäben, die Herr Böckenförde einmal entwickelt hat, vereinbaren lassen. Ein weiteres Beispiel im nationalen Bereich bilden die Widerspruchsausschüsse, die in einigen Bundesländern bestehen. Man muss also sicherlich rechtspolitisch intensiv diskutieren, was wo wie am besten rückgebunden werden sollte. Wie aber im Einzelnen diese Rückbindung erfolgt, welche Intensität in einem Bereich notwendig oder gar schädlich ist, ist Gegenstand einer politischen Entscheidung auf europäischer Ebene, ohne dass das alles gleich ein Problem der verfassungsrechtlichen Integrationsschranken darstellt. Vielen Dank.

Höfling: Vielen Dank, Herr Classen. Den Schlusspunkt setzt jetzt Herr Häberle, bitte.

Häberle: Vielen Dank, Herr Vorsitzender, ein Schlusswort freilich ohne Ausrufezeichen. Verehrte Kolleginnen und Kollegen. Erlauben Sie eine verfassungsvergleichende Vorbemerkung und eine Erinnerung an das Rahmenthema unserer heutigen Tagung. – Der Verbraucherschutz wurde pionierhaft mit wichtigen Stichworten besonders früh in der Verfassung Portugals von 1976 zum Thema gemacht (Art. 60); ich nenne die Prinzipien Qualitätsschutz, Informationsrechte, Schadensersatzansprüche, Verbandsklage der Verbrauchervereinigungen. Diesmal war es also nicht die "Werkstatt Schweiz" mit ihrem experimentellen Föderalismus, die die Entwicklung des Typus Verfassungsstaat bereichsspezifisch auf Begriffe bzw. Textstufen gebracht hat. – Nun zum Gesamt-

thema: dem Schutzauftrag des "Rechts". Hierauf müssen wir noch einmal grundsätzlich eingehen, denn der hochmögende Vorstand hat in seiner Weisheit ja gerade dieses Rahmenthema für alle Referate gewählt und damit eine Tradition aufgegriffen, die sich wohl seit St. Gallen bei unseren Tagungen eingebürgert hat (seit Band 62). Wir müssen sauber definieren, was wir unter "Recht" verstehen. Punktuell hat die Tagung Einiges ergeben: Herr Kloepfer bezog sich auch auf das Arbeitsrecht, wir nennen auch das Privatrecht. Herr Grewlich nannte das Völkerrecht und den Sicherheitsrat. Wir können insgesamt sagen: Der Begriff "Recht" bezieht sich zum einen auf das staatliche Recht (z.B. auf die Gesamtheit des Strafrechts), zum anderen aber auch auf das überstaatliche, internationale Recht. So sind etwa die regionalen und universalen Menschenrechtspakte einzubeziehen, weil gerade sie heute den Schutzauftrag des Rechts erfüllen. Wir müssen indes noch tiefer fragen, und das Hintergründige erforschen. Wie begründen wir den Schutzauftrag des Rechts? Was steht letztlich hinter dem Schutzauftrag des Rechts, den Herr Durner in seiner fabelhaften Skizze zum Verbraucherschutz unter Ziff. IV zur Sprache brachte und bei dem auch das Rechtsschutzinteresse bzw. die Prozessordnungen relevant werden. Es geht um den letzten Legitimationsgrund des Schutzauftrags des Rechts. Ihn finden wir - in Verbindung mit den gelegentlich erwähnten Entwicklungen in der Judikatur der Verfassungsgerichte und der jüngsten Textstufen von Verfassungen - in den klassischen Gesellschaftsvertrags- und Gerechtigkeitslehren von Locke über Kant bis Rawls. Sie ringen um den Schutz des Bürgers. Letztlich verortet sich alles in der Menschenwürde als kulturanthropologische Prämisse allen Rechts. – Eine letzte Bemerkung: Ich komme gerne in diesen Kreis, solange ich dies noch kann. Als Vertreter der älteren Generation - nur der verehrte Herr Zacher ist geringfügig älter – freue ich mich, dass unsere wissenschaftliche Disziplin, die Staatsrechtslehre, bei der mittleren und jüngeren Generation in so guten Händen ist, wie heute in Berlin alle Referate gezeigt haben.

Höfling: Ganz herzlichen Dank, Herr Häberle. Jetzt kommen wir zu den Schlussworten in umgekehrter Reihenfolge. Herr Durner, bitte.

Durner: Liebe Kolleginnen und Kollegen, die regulierte Selbstregulierung des Vorstands hat nicht verhindert, dass ich deutlich mehr an Wortmeldungen abbekommen habe als ich zu verarbeiten in der Lage bin. Daher bitte ich um Nachsicht, wenn ich nicht auf jeden Punkt werde eingehen können. Ich versuche, mich ein stückweit an der Struktur meines eigenen Vortrags zu orientieren, und dann sehen wir, wie weit wir kommen.

Vielleicht darf ich allerdings die Wortmeldung von Herrn Holznagel vorwegnehmen, die – so glaube ich – auf einem Missverständnis beruht: Die prinzipielle Sinnhaftigkeit der Regulierung in den Sektoren wollte ich nicht in Frage stellen. Ich hoffte deutlich zu machen, dass ich für diese Aufgaben – nach dem Motto: auf einen groben Klotz gehört ein grober Keil – die Regulierung für eine im Großen und Ganzen angemessene Strategie halte. Auf eine Fehlentwicklung möchte ich dennoch hinweisen: Der dritte Rechtsrahmen für den Energiebereich sieht eine laufende behördliche Überwachung der Kommunikation der Betreiber vor. Das sind für mich Mittel, die man bislang eher gegenüber der organisierten Kriminalität zum Einsatz bringt. Ob hier wirklich das rechte Verhältnis zwischen Ziel und Mittel immer gewahrt ist, wage ich zu bezweifeln.

Eine ganze Reihe von Wortmeldungen, beginnend mit Herrn Schoch und am schönsten formuliert von Herrn Groß, hat kritisiert, dass mein Vortrag die tatsächliche Entwicklung überzeichne. Dem will ich im Prinzip konzedieren, dass mit dem Schutz der Verbraucher durch starke Regulierungsbehörden ein Phänomen behandelt wurde, das in der Realität bislang nur in Teilelementen verwirklicht ist. Dennoch kann man kaum bestreiten, dass die Ausweitung dieses Modells mit einer erstaunlichen Dynamik erfolgt: Wer hätte sich denn vor einigen Jahren vorstellen können, dass wirklich jedes subjektive europäische Verbraucherschutzrecht durch eine Behörde durchgesetzt werden kann? Wer hätte sich vorstellen können, dass durch neue Gesetzesprojekte die Zahl der unabhängigen Agenturen bald auf 40 ansteigen könnte? Von daher bilden die vorhandenen Elemente eine Momentaufnahme, aber ganz gewiss keinen Endpunkt einer Entwicklung, die eben von gewaltiger Dynamik geprägt ist.

Sowohl bei Herrn Schoch als auch bei Frau Albers klang die Frage nach der Alternative an, und im Ergebnis, Herr Schoch, fühle ich mich Ihnen eigentlich ganz nah: Ein intelligentes Kombinationsmodell von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Elementen halte auch ich für sinnvoll. Ich glaube allerdings, dass Elemente wie Werbeverbote, Schadensersatzansprüche oder Rückgaberechte im Prinzip durch den Gesetzgeber festgesetzt werden sollten und es dafür keiner behördlichen Ermächtigung auf der Grundlage einer Generalklausel bedarf. Dass dieses Modell – das vielleicht im Schwerpunkt auch zivilrechtlich bleiben sollte – dann auf der Grundlage klarer konditionaler Eingriffsgrundlagen und namentlich dort, wo Informationsasymmetrien bestehen, durch Behördenbefugnisse flankiert werden kann, da stimme ich Ihnen zu.

Bei weitem die meisten Wortmeldungen betrafen das Demokratieprinzip, daher will ich an der Stelle auch den Schwerpunkt meiner Antwort setzen. Betrifft das Phänomen, über das ich gesprochen habe, allein die Bundesnetzagentur oder alle Verbraucherbehörden? Auch da beobachten wir eben eine rasche Entwicklung. Das Modell der Bundesnetzagentur wird rasant ausgeweitet, und der erwähnte Art. 298 AEUV – der wohl ganz bewusst die durch Herrn Ohler erwähnte Zweideutigkeit bekommen hat – ist ein Beleg für diese Entwicklung.

Hier darf ich ein zweites Missverständnis ausräumen: Es lag mir fern zu behaupten, dass das europäische oder auch nur das deutsche Demokratieprinzip verselbständigten weisungsfreien Verwaltungseinheiten generell entgegenstehen würde. Das beredte Gegenbeispiel dafür ist Art. 88 GG, der nach herrschender Lesart die Unabhängigkeit der Bundesbank gebietet. Was ich allerdings für unrichtig halte, ist die Vorstellung, dass solche Behörden – das liest man im Schrifttum – durch das Ergebnis ihrer unabhängigen Politik eine eigene Form demokratischer Legitimation erzeugen würden. Die Bundesbank wird nicht dadurch demokratisch, dass sie die Währungsstabilität gewährleistet, sondern der Belang der Währungsstabilität erlaubt vielmehr eine Einschränkung ihrer personellen demokratischen Legitimation. Das ist möglich, weil es sich bei dem Demokratieprinzip um ein Rechtsprinzip handelt. Dafür sind aber ein gegenläufiger Belang - eine sachliche Rechtfertigung, wie Herr Gersdorf formuliert hat - und eine entsprechende verfassungsrechtliche oder gesetzgeberische Entscheidung erforderlich. Solche Belange sehe ich beim Verbraucherschutz nur sehr begrenzt. Das Beispiel der Datenschutzentscheidung verdeutlicht diese Unterscheidung ganz plastisch: Auch im deutschen Verfassungsrecht hat ja das Bundesverfassungsgericht in der Volkszählungsentscheidung gefordert, dass für den staatlichen Datenschutz unabhängige weisungsfreie Datenschutzbeauftragte eingesetzt werden. Damit sollte dem Motivkonflikt begegnet werden, dass es einerseits der Staat selbst ist, der diese Daten verarbeitet, und gleichzeitig auch der Staat ihren Schutz überwachen soll. In der Entscheidung vom 9. März ging es aber gerade um den nichtstaatlichen Datenschutz, also um normale staatliche Wirtschaftsaufsicht, bei der ein solcher Interessenkonflikt von vornherein nicht besteht. Welcher Belang hier oder im Verbraucherschutz es rechtfertigen könnte, die Politik ganz auszuschalten, ist für mich nicht erkennbar.

Schließlich wurde mehrfach die Frage gestellt, ob ich nicht ein spezifisch deutsches Demokratiemodell in die Unionsverfassung hineininterpretiere. Ich habe jedoch versucht, streng normativ auf der Grundlage der Art. 10 und 11 EUV zu argumentieren, die nicht oder nur minimal auf Input-Faktoren abstellen. Man kann vielleicht auch noch auf einer allgemeineren Ebene argumentieren: Wenn wir uns die

Mitgliedstaaten der europäischen Union ansehen und von den Sonderfällen Finnland und Frankreich absehen, so finden wir in allen Verfassungen der Union parlamentarische Demokratien. Ich plädiere daher dafür, den Grundsatz einer substanzhaften parlamentarischen Kontrolle der Exekutive als gemeineuropäisches Verfassungsrecht, letztlich sogar als Rechtsgrundsatz der Europäischen Union anzuerkennen. Solche Kontrolle kann auch durch das Europäische Parlament ausgeübt werden, muss aber in irgendeiner Form immer vorhanden sein.

Hellermann: Liebe Kolleginnen und Kollegen, ich möchte die Bemerkungen, soweit sie mir gegolten haben, in drei Punkten zusammenfassen, um auf diese einzugehen.

Ein erster Punkt, Herr Faßbender hat ihn angesprochen, war die Frage des Paternalismus. Sie haben dabei Beispiele aufgegriffen, die eher außerhalb des Bereichs des Regulierungsrechts lagen. Das war ein Bereich, zu dem ich mich nicht habe verhalten wollen. Mein Thema war – wie wohl deutlich geworden ist, gerade anders als Herr Durner es verstanden hat – der Verbraucherschutz im Regulierungsrecht, in einem wohl weit verstandenen, aber eben einem Marktregulierungsrecht. Auch auf genau diesen Bereich bezog sich meine mehr oder weniger markant formulierte Schlussthese. Ich wende mich dagegen, dass der Marktregulierung vorschnell der Vorwurf des Paternalismus entgegengebracht wird. Ich komme gleich noch einmal darauf zurück.

Ich möchte zweitens kurz eingehen auf die Frage nach dem Grundrechtsstatus. Herr Wißmann, das Problem, das Sie benannt haben, ist für mich eigentlich noch größer insofern, als ich persönlich - ich weiß, ich bin da in einer Minderheitsposition - dazu neigen würde, auch die Tätigkeit öffentlicher Unternehmen auf regulierten Sektoren grundrechtsgeschützt zu sehen. Ich möchte dem Problem nicht begegnen, wie Sie vielleicht angedeutet haben, indem ich Unternehmen, die auf regulierten Märkten tätig sind, ganz den Grundrechtsstatus bestreite oder ihn pauschal durch Gesetz nehmen lassen möchte. Meine These wandte sich eher gegen ihrerseits sehr pauschal formulierte Kritik an jüngeren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, die diesen Grundrechtsschutz von solchen auf regulierten Märkten tätigen Unternehmen differenziert und insgesamt zurückhaltend bewertet haben. Dieser pauschalen Kritik wollte ich entgegentreten. Ich selbst würde dafür plädieren, mit dem Bundesverfassungsgericht hier differenziert zu beurteilen, wann marktregulierende Maßnahmen wirklich einen Eingriff in den grundrechtlichen Schutzbereich darstellen und wann solche Eingriffe, wenn sie vorliegen, gerechtfertigt sind und wann nicht. Dann, so glaube ich in der Tat, steht am Ende das, was ich als These hier formuliert habe: Im Grundsatz dient diese wettbewerbsbezogene Marktregulierung dazu, einen freiheitlichen Status erst herzustellen.

Das dritte Themenfeld betrifft das Verhältnis von Öffentlichem und Privatrecht im Regulierungsrecht. Das ist eher mit kritischem Unterton von Herrn Faßbender, vor allem aber von Herrn Schoch angesprochen worden und am Ende in einem größeren Rahmen auch von Ihnen, Herr Häberle. Ich möchte in der Tat ganz nachdrücklich dafür plädieren, die Beiträge des Öffentlichen und Privaten Rechts in einem Ergänzungsverhältnis zu sehen. Das war mir ein zentrales Anliegen. Und ich stimme insofern, Herr Schoch, Ihnen nachdrücklich zu, wenn Sie sagen, wir sollten das sozusagen positiv wahrnehmen und nach einem gelungenen Mix der Beiträge der beiden Rechtsregime suchen. Nun muss man sagen, dieser Mix ist bislang nicht überall gelungen. Ich habe als ein Beispiel genannt die Probleme, die beim Energiewirtschaftsgesetz durch die regulierungsbehördliche Netzzugangsentgeltkontrolle einerseits und die kartellbehördliche und zivilgerichtliche Kontrolle der Endkundenentgelte andererseits auftreten. Man kann auch darauf hinweisen, dass die gesetzliche Rechtswegzuweisung nicht immer überzeugend ist, namentlich die Zuweisung hin zu den Zivilgerichten im EnWG; wenn man einen Seitenblick wirft auf das Vergaberecht, sieht man, dass solche Rechtswegzuweisungen weiß Gott nicht folgen- und belanglos sind, sondern durchaus erhebliche Bedeutung haben können. Also, da gibt's im Detail in der Suche nach dem gelungenen Mix durchaus noch Aufgaben. Aber ich stimme zu, man sollte genau diesen Mix suchen. Das ist der Hintergrund dafür, dass ich angeregt habe zu überlegen, ob man nicht Regulierung weniger als ein Feld von Verwaltungsaufgaben sehen sollte, sondern eher - meinetwegen eine Ebene höher - ansiedeln sollte als eine Form staatlicher Aufgabenerledigung, weil dann nämlich auch die Beiträge des Privatrechtsgesetzgebers und der Zivilgerichte mit erfasst werden können. Denn ich halte allerdings für sehr wichtig, dass auch das Öffentliche Recht, dass auch gerade die Staatsrechtslehre einen Blick wirft auf die Regulierung in Bereichen, die im Moment sehr stark privatrechtlich dominiert sind und dann auch sehr stark in zivilistischer Hand sind. Ein Beispiel, das im Moment eine hohe Plausibilität hat, dürfte das Recht des Finanzmarkts, das Kapitalmarktrecht sein. Das ist heute ganz stark in der Hand von zivilistisch orientierten Kollegen. Ich glaube und fürchte, auch nach intensiverer Beschäftigung mit dem Gebiet, dass man als Staatsrechtslehrer möglicherweise nicht in der Lage ist, mit diesen Spezialisten auf ihrer Ebene mitzuspielen. Aber ich glaube, es ist wichtig, dass die Staatsrechtslehre sozusagen in der Gesamtbetrachtung, unter dem Regulierungsaspekt diese Gebiete im Blick behält, und genau das war mein Anliegen.

Da der Zufall es will, dass ich als letzter Referent spreche, möchte ich ganz kurz ein Wort zum Schluss sprechen. Dieses Wort geht an den Vorstand, dem natürlich dafür zu danken ist, dass wir Referentinnen und Referenten diese schöne Aufgabe bekommen haben, vor der versammelten Schar der Kolleginnen und Kollegen zu sprechen, dem aber auch dafür zu danken ist, dass er uns so freundlich-fürsorglich durch diese Tagung begleitet hat. Dabei hat der Vorstand auf uns als Produzenten nicht patriarchalisch eingewirkt und den Konsumentenschutz nicht zu weit getrieben. Das darf ich Ihnen zum Schluss dieser Tagung versichern. Herzlichen Dank!

Höfling: Liebe Kolleginnen und Kollegen, damit sind wir am Ende des wissenschaftlichen Teils unserer Tagung angekommen. Vor zwei Jahren, auf der Erlanger Tagung, hat Herr Isensee in seinem Diskussionsbeitrag am Schluss des zweiten Tages gesagt: "Der Vorstand kann aufatmen, am Ende der Tagung finden sich zwei Referenten, die mit dem Rahmenthema leben können". Nun bin ich mir nicht ganz sicher, ob das damals eine zutreffende Einschätzung der Situation war. Jedenfalls mein Eindruck der diesjährigen Tagung ist ein anderer. Ich glaube, dass alle Vortragenden eindrucksvoll unter Beweis gestellt haben, dass sie dem Rahmenthema ganz facettenreiche und spannende Einsichten haben abgewinnen können. Herr Lege hat, da trifft er sich vielleicht mit Herrn Häberle, in seiner Schlussthese etwas emphatisch-poetisch den Schutzauftrag des Rechts umschrieben mit: die Guten und Ehrlichen und Maßvollen zu belohnen und die Bösen, Dreisten und Unmäßigen zu bestrafen. Das ist natürlich schon ein bisschen konkreter geworden in den letzten zwei Tagen. Was das etwa bedeutet im grundrechtsdogmatischen Kontext angesichts der ja oft strukturellen Gefährdung von Privatheit, wo Schutzdefizite zu konstatieren sind im mit komplex ja noch sehr beschönigend umschriebenen Prozess der Allokation knapper Ressourcen im Gesundheitswesen, ob das Verwaltungsverfahren als Medium für die Konstruktion richtigen Rechts dienen kann und heute und gerade eben, ob und inwieweit es sinnvoll sein kann, das Regulierungsrecht zum Schutze des Verbrauchers zu aktivieren, das, so glaube ich, ist ganz bereichspezifisch und reichhaltig entfaltet worden jeweils im Rückbezug auf dieses Rahmenthema durch die Referenten, aber auch durch die Diskutanten. Und dafür darf ich im Namen des Vorstands ganz herzlich Danke sagen. Uns allen wünsche ich nun einen schönen, entspannenden Abend, spätestens auf ein gutes Wiedersehen dann im nächsten Jahr in Münster.