Dritter Beratungsgegenstand:

Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe

2. Bericht von Professor Dr. Jens Kersten, München*

Inhalt

		Seite
I.	Einleitung	289
II.	Optimierter Wettbewerb	290
	1. Konzept	290
	2. Verfassung	292
	3. Instrumente	296
	4. Organisation	303
III.	Instrumenteller Wettbewerb	308
	1. Konzept	308
	2. Verfassung	309
	3. Instrumente	309
	4. Organisation	316
IV.	Regulierter Wettbewerb	316
	1. Konzept	316
	2. Verfassung	319
	3. Instrumente	320
	4. Organisation	328
V.	Folgerungen	333

^{*} Peter Häberle, Wolfgang Kahl, Mario Martini und Stephan Rixen möchte ich ganz herzlich für Hinweise, Anregungen und Kritik danken.

I. Einleitung

Die Herstellung von Wettbewerb hat sich zu einer Verwaltungsaufgabe entwickelt, die heute weit über das Kartellrecht hinausgeht: der kometenhafte Aufstieg des Vergabe- und Regulierungsrechts, die Einrichtung von Zertifikatemärkten im Umweltrecht, der Einsatz von Versteigerungen, New Public Management in und zwischen Behörden, Schulen und Universitäten. Schon diese Stichworte weisen auf einen Wandel der Verwaltung hin, die den Wettbewerb als Handlungsform entdeckt hat, um das Gemeinwohl zu fördern.

Die Gründe für diese Entwicklung liegen im Vernetzungsdruck der Europäisierung und Globalisierung;¹ und bereits *Adam Smith* hat dafür die Einsicht formuliert, dass in arbeitsteiligen, international offenen Gesellschaften der Staat sein Monopol rationaler Gemeinwohlgenerierung nicht mehr aufrecht erhalten kann, das sich in Folge der religiösen und politischen Bürgerkriege des 16. und 17. Jahrhunderts gebildet hat.² Vielmehr entstehe – so *Smith* – das Gemeinwohl individuell unbewusst, indem die Bürger ihre Eigeninteressen verfolgen und über die "unsichtbare Hand" von Angebot und Nachfrage das Gemeinwohl fördern.³ Die zentralen Aspekte dieser liberalen Bestimmung des Verhältnisses von Eigennutz und Gemeinwohl haben nichts von ihrer Aktualität verloren: In der ihr zugrunde liegenden politischen Anthropologie nicht

¹ Vgl. R. Dahrendorf Anmerkungen zur Globalisierung, in: U. Beck (Hrsg.), Perspektiven der Weltgesellschaft, 1998, 41 ff.; ders. Auf der Suche nach einer neuen Ordnung, 2003, 30 ff.; ders. Die Quadratur des Kreises: Wirtschaftlicher Wohlstand, sozialer Zusammenhalt und politische Freiheit, in: ders., Der Wiederbeginn der Geschichte, 2004, 103 ff.; ders. Keiner fragt, was mit den Managermillionen geschieht (http://lesesaal.faz.net/wehler/article.php?txtid=dahr [Abruf: 23. 9. 2009]).

² Vgl. *A. Smith* Der Wohlstand der Nationen, 9. Aufl. 2001, 9 ff., zur Arbeitsteilung als ökonomischem und sozialem Dynamisierungsfaktor anhand des Stecknadelbeispiels; für dessen kongeniale Reformulierung *P. Sloterdijk* Im Weltinnenraum des Kapitals, 2005, 301 ff.; in historischer Perspektive *U. Di Fabio* ZWeR 2007, 266 (270 f.); *R. Schmidt* Öffentliches Wirtschaftsrecht. Allgemeiner Teil, 1990, 14 f.; in verfassungsstaatlicher Perspektive *A. Voβkuhle* Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), 266 (270 ff.); *H. Schulze-Fielitz* Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aβmann/A. Voβkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 1. Bd., 2006, § 12 Rn. 21.

³ Vgl. Smith (Fn. 2), 371; ferner zur Metapher der "unsichtbaren Hand" A. Smith Theory of moral sentiments, 2002, 214ff.; hierzu K.-H. Fezer JZ 1990, 657 (658); C. Engel JZ 2004, 667 f.; J. Isensee Salus publica – suprema lex?, 2006, 30 f.; G.-J. Krol/A. Schmid Volkswirtschaftslehre, 21. Aufl. 2002, 24 f.; K. Fischer Moralkommunikation der Macht, 2006, 48 ff.

primär des homo oeconomicus,4 sondern der "ungeselligen Geselligkeit der Menschen"⁵ spiegelt sich die Doppelnatur des Wettbewerbs, der die Menschen sozial trennt und zugleich sozial verbindet⁶ – und dadurch zum "Motor einer freien Gesellschaft"7 wird. Der spannende Aspekt dieser liberalen Deutung des Verhältnisses von Eigennutz und Gemeinwohl liegt in deren Verhältnis zum Staat. Nach klassisch liberalem Verständnis leistet die sichtbare öffentliche Hand ihren Gemeinwohlbeitrag, indem sie Sicherheit, Justiz und Infrastruktur gewährleistet.8 Doch schon ein Vergleich dieses liberalen Staatsverständnisses mit den eingangs skizzierten aktuellen Anwendungsfeldern des Wettbewerbsprinzips zeigt, dass sich der Staat keineswegs auf die "Gewährleistung des äußeren Marktgeschehens"9 beschränkt, sondern Wettbewerbsstrukturen rechtlich gestaltet. Diese Verflechtung von Markt und Staat soll im Folgenden anhand von drei Konzepten entfaltet werden: der Herstellung von optimiertem, instrumentellem und reguliertem Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe.

II. Optimierter Wettbewerb

1. Konzept

Das Konzept optimierten Wettbewerbs zielt auf die Herstellung von Wettbewerb als Freiheit. Das Wettbewerbs- und Kartellrecht will den Markt vor der Selbstzerstörung schützen.¹⁰ Deshalb fokussiert es auf

⁴ Vgl. zur faktischen wie normativen Selektivität des *homo oeconomicus P. Häberle* Das Menschenbild im Verfassungsstaat, 4. Aufl. 2008, 66; *O. Lepsius* Die Verwaltung 32 (1999), 429 (439); *J. F. Lindner* JZ 2008, 957 (959).

⁵ I. Kant Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht, in: ders., Werkausgabe, hrsg. v. W. Weischedel, 11. Bd., 1977, 31 (37).

⁶ Vgl. *P. Kirchhof* Das Wettbewerbsrecht als Teil einer folgerichtigen und widerspruchsfreien Gesamtrechtsordnung, in: ders. (Hrsg.), Gemeinwohl und Wettbewerb 2005, 2 f.

⁷ U. Di Fabio in: Maunz/Dürig (Hrsg.) Grundgesetz, Art. 2 Abs. 1 (2001) Rn. 116; vgl. auch ders. ZWeR 2007, 266 (268).

⁸ Vgl. Smith (Fn. 2), 587 ff., 600 ff., 612 ff., 645 ff., 668 ff.; hierzu I. Schmidt Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 8. Aufl. 2005, 3 f.; Krol/Schmid (Fn. 3), 25.

⁹ R. Schmidt HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 92 Rn. 2.

¹⁰ Vgl. zur Tendenz der Selbstzerstörung von Markt und Wettbewerb *C. Engel* Die Verwaltung 34 (2001), 1 (6f.); *ders.* Die Verwaltung 30 (1997), 429 (432); *H. Wiβmann* FS R. Schmidt, 2006, 627 (643); *U. Di Fabio* ZWeR 2007, 266 (268); *ders.* in: Maunz/Dürig (Fn. 7), Art. 2 Abs. 1 (2001) Rn. 124f.; *Schulze-Fielitz* (Fn. 2), § 12 Rn. 56; *Krol/Schmid* (Fn. 3), 27.

"marktkonstituierende Regelungen"¹¹, die auf eine Optimierung freien Wettbewerbs *im* Marktprozess gerichtet sind.¹² Diesem Konzept liegt ein gestuftes Gemeinwohlverständnis zu Grunde, das eine unmittelbare mit einer mittelbaren Gemeinwohlperspektive verbindet: Die wettbewerbsoptimierenden Normen schützen – erstens und *unmittelbar* – die Handlungsfreiheit der Wettbewerber im ergebnisoffenen Marktprozess,¹³ an dessen unverfälschtem Wettbewerb ein allgemeines Interesse besteht.¹⁴ Mit der Gewährleistung unverfälschten Wettbewerbs als ergebnisoffenes "Entdeckungsverfahren"¹⁵ verbindet sich – zweitens und *mittelbar* – die keineswegs sichere, aber dennoch durch Erfahrung be-

¹¹ R. Schmidt HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 92 Rn. 8, zur Unterscheidung zwischen marktkonstituierenden und marktergebniskorrigierenden Regelungen; vgl. auch J.-P. Schneider ZHR 164 (2000), 513 (517); Kirchhof (Fn. 6), 2: "in ein Wettbewerbsund Kartellrecht eingebettete Freiheit"; O. Lepsius Ziele der Regulierung, in: M. Fehling/M. Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, 2010, § 19 Rn. 35: alle Wettbewerbsmärkte werden durch Recht geschaffen; A. v. Bogdandy EuZW 2001, 357 (364); Dahrendorf Keiner fragt, was mit den Managermillionen geschieht (Fn. 1).

¹² Vgl. R. Scholz Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Rechtsschutz, 1971, 172 ff.; ders. Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, 1971, 38 ff., 50, 61 ff., 77 ff.; ders. Entflechtung und Verfassung, 1981, 102 f.; ders. in: Maunz/Dürig (Fn. 7), Art. 12 (2006) Rn. 396; K.-H. Fezer JZ 1990, 657 (661); P. M. Huber Öffentliches Wirtschaftsrecht, in: E. Schmidt-Aβmann/F. Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2008, 3. Kap. Rn. 100; S. Lenski Marktregulierung im Meinungskampf, in: E. V. Towfigh u.a. (Hrsg.), Recht und Markt, 2009, 97 (106f.); J. Hecker Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht, 2007, 1 ff., 9 ff, 31 ff., 128, 131, 158; M. Heise Das Verhältnis von Regulierung und Kartellrecht im Bereich der Netzwirtschaften, 2008, 131; H.-J. Bunte Kartellrecht, 2. Aufl. 2008, 3.

¹³ Vgl. F. A. v. Hayek Der Weg zur Knechtschaft, 4. Aufl. 2005, 36; C. Engel Die Verwaltung 30 (1997), 429 (432); P. M. Huber JZ 2003, 290 (292); F. Ossenbühl FS Quaritsch, 2000, 235 (242); M. Hellwig FS Mestmäcker, 2006, 233 (240f., 244); U. Di Fabio in: Maunz/Dürig (Fn. 7), Art. 2 Abs. 1 (2001) Rn. 117, 125; R. Scholz in: Maunz/Dürig (Fn. 7), Art. 12 (2006) Rn. 396 a.E.; ders. Konzentrationskontrolle (Fn. 12), 50.

¹⁴ Vgl. § 1 S. 2 UWG; BVerfG-K, GRUR 2001, 266 (267): Der Schutz des freien Wettbewerbs vor missbräuchlicher Ausübung wirtschaftlicher Machtstellung gehört "zu den durch die Verfassung anerkannten Belangen des Allgemeinwohls (vgl. Art. 74 I Nr. 16 GG)."; *Lenski* (Fn. 12), 107.

¹⁵ Vgl. F. A. v. Hayek Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: ders., Freiburger Studien. Gesammelte Aufsätze, 1969, 249 (256); darüber hinaus K. M. Meessen JZ 2009, 697 (698 ff.); C. Kirchner Privates Wettbewerbsrecht und Gemeinwohlverwirklichung, in: Kirchhof, Gemeinwohl (Fn. 6), 45 (68); E.-J. Mestmäcker Der verwaltete Wettbewerb, 1984, 5; ders./H. Schweitzer Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2004, § 2 Rn. 92 ff.; A. Hatje, Wirtschaftsverfassung, in: A. v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, 683 (702); Heise (Fn. 12), 123, 129; U. Schliesky Öffentliches Wettbewerbsrecht, 1997, 193 f.

legte Erwartung, dass der so entstehende freie Markt zu gesellschaftlichem Wohlstand, technischer Innovation und sozialer Dynamik führt.

In dieser Stufung des Gemeinwohlverständnisses liegt aber auch zugleich das Hauptproblem des Konzepts: Wie ist zu verfahren, wenn individuell maximierte Wettbewerbsfreiheit den optimierten freien Wettbewerb zwar verletzt, aber dadurch unmittelbar soziale, technische und wirtschaftliche Gemeinwohlziele verwirklicht?

Soll das ergebnisoffene durch ein ergebnisorientiertes Wettbewerbs- und damit Gemeinwohlkonzept ersetzt werden? Vor diesen Fragen steht – wie wir sogleich sehen werden – derzeit die europäische Wettbewerbsordnung.

2. Verfassung

Die Verfassung freien Wettbewerbs findet im deutschen und europäischen Verfassungsrecht unterschiedliche Ansatzpunkte. Das Grund-

¹⁶ Vgl. Erwägungsgrund 4 VO 139/2004; Nr. 105 S. 2-4 Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Absatz 3 EG-Vertrag – Leitlinien-Art. 81 Abs. 3 EG (2004/C 101/08, ABI. EU Nr. C 101, 97); *Hayek* (Fn. 15), 259, 261, für eine "lockere" Verbindung des Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren mit der Aussicht auf Wohlstandsgewinne; *D. Zimmer* WuW 2007, 1198 (1202); *E.-J. Mestmäcker* WuW 2008, 6 (13); *B. Grzeszik* HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 78 Rn. 11 ff.; *Hecker* (Fn. 12), 128 f.; *Heise* (Fn. 12), 122 ff.; zu der damit verbundenen Innovationsfunktion des Rechts *W. Kahl* DVBI. 2003, 1105 ff.; *ders.* ZRph 2004, 1 ff.; krit. *Lepsius* (Fn. 11), § 19 Rn. 38, hinsichtlich einer Verallgemeinerung der Innovationskraft von Wettbewerb.

¹⁷ Wirtschaftspolitisch spiegelt dies den ökonomischen Schulenstreit zwischen Freiburg und Chicago wider (A. Weitbrecht ECLR 2008, 81 ff.; ders./J. Mühle EuZW 2008, 551 [551, 560]; I. Schmidt [Fn. 8], 5ff.; A. Künzler Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit, 2008, 32 ff.; aus der Perspektive des deutschen und europäischen Wettbewerbsrechts Bunte [Fn. 12], 11 f.; I. Brinker in: J. Schwarze [Hrsg.] EU-Kommentar, 2. Aufl. 2009, Art. 81 EGV Rn. 9, 40). Gesetzgeber, Verwaltung und Gerichte unterliegen zwar wirtschaftstheoretischen Einflüssen, setzen aber - glücklicherweise - selten die reine ökonomische Lehre um (vgl. zum ordoliberalen Einfluss auf die Entstehung des deutschen und europäischen Wettbewerbsrechts Weitbrecht ebd., 82; E.-J. Mestmäcker WuW 2008, 6 [9ff.]; J. Drexl Wettbewerbsverfassung – Europäisches Wettbewerbsrecht als materielles Verfassungsrecht -, in: v. Bogdandy [Fn. 15], 747 [752]; für eine Analyse der Einflüsse der Industrial Organization Analysis und der Chicago School auf die Wettbewerbskonzepte der Kommission und des Europäischen Gerichtshofs E. Bueren WRP 2004, 567 [568]; zur Bedeutung wirtschaftswissenschaftlicher Modelle für das Regulierungsrecht C. Koenig DVBI. 2009, 1082ff.; W. Spoerr Der Einfluss ökonomischer Modellbildung auf rechtliche Maßstäbe der Regulierung, in: H.-H. Trute/T. Groß/H. C. Röhl/C. Möllers [Hrsg.], Allgemeines Verwaltungsrecht zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, 613 ff.).

¹⁸ Vgl. pointiert *D. Zimmer* WuW 2005, 715; auch *ders.* in: U. Immenga/E.-J. Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2007, § 1 GWB Rn. 16 ff.

gesetz gewährleistet Markt und Wettbewerb nicht institutionell,¹⁹ sondern als Produkt der individuellen Ausübung der grundrechtlich²⁰ geschützten Wettbewerbsfreiheit.²¹ Wenn der Gesetzgeber den Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellung verbietet,²² schränkt er durch die marktoptimierenden Regelungen des Wettbewerbsrechts die Maximierung individueller Wettbewerbsfreiheit zum Schutz einer freien Markt-

²⁰ Die Wettbewerbsfreiheit wird grundsätzlich in Art. 2 Abs. 1 GG und berufsspezifisch in Art. 12 Abs. 1 GG garantiert (BVerwGE 114, 160 [190]; R. Schmidt HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 92 Rn. 22; W. Kahl Die Schutzergänzungsfunktion von Art. 2 Abs. 1 GG, 2000, 17, 26; U. Di Fabio in: Maunz/Dürig [Fn. 7], Art. 2 Abs. 1 [2001] Rn. 116; P. M. Huber FS Stober, 2008, 547 [552]: insbesondere zum Schutz der Wettbewerbsfreiheit durch Art. 12 Abs. 1 GG BVerfGE 32, 311 [317]; 46, 120 [137]; 105, 252 [265]; 106, 275 [298]; hierzu P. M. Huber Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, 1991, 319 ff.; R. Scholz in: Maunz/Dürig [Fn. 7], Art. 12 [2006] Rn. 88; demgegenüber J. F. Lindner DÖV 2003, 185 [188 ff.], mit einer zwischen freiheitsrechtlicher Marktetilnahme und gleichheitsrechtlichem Markterfolg differenzierenden Argumentation, der zufolge der Begriff der "Wettbewerbsfreiheit" seine eigenständige dogmatische Funktion verliert).

²¹ Vgl. W. Höfling/St. Rixen RdA 2007, 360 (363); S. Rixen Wettbewerb im Gesundheitswesen zwischen Gewährleistungsstaat und Grundrechtsschutz. Am Beispiel der Regulierung des Arzneimittelmarktes durch Festbeträge, in: A. Schmehl/A. Wallrabenstein (Hrsg.), Steuerungsinstrumente im Recht des Gesundheitswesens, 1. Bd., 2005, 109 (115 f., 121 ff.); ders. Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005, 237 ff., 248 ff.; W. Möschel JZ 2000, 61 (67); E.-J. Mestmäcker WuW 2008, 6 (22); Schliesky (Fn. 15), 191 f.; R. Scholz in: Maunz/Dürig (Fn. 7), Art. 12 (2006) Rn. 88; darüber hinausgehend J. F. Lindner DÖV 2003, 185 (189): Wettbewerb als "ein subjektunabhängiges Phänomen, ein pluri-subjektives Interaktionssystem, das mehrere wettbewerbende Teilnehmer voraussetzt und einen spezifischen Interaktionsmechanismus der Teilnehmer impliziert."

²² Vgl. Art. 76 Abs. 1 Nr. 16 GG; zum materiellen Gehalt der Kompetenzvorschrift des Art. 76 Abs. 1 Nr. 16 GG BVerfG-K, GRUR 2001, 266 (267); BVerwGE 114, 160 (191); 118, 226 (240); *R. Scholz* in: Maunz/Dürig (Fn. 7), Art. 12 (2006) Rn. 250.

¹⁹ Vgl. R. Schmidt HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 92 Rn. 23, 27; ders. Wirtschaftspolitik und Verfassung, 1971, 128 ff.; P. M. Huber FS Stober, 2008, 547 (552); Schliesky (Fn. 15), 189 ff.; R. Scholz in: Maunz/Dürig (Fn. 7), Art. 12 (2006) Rn. 76, 88; demgegenüber für eine institutionelle Garantie des freien Markts und des Leistungswettbewerbs durch das Grundgesetz U. Di Fabio ZWeR 2007, 266 (272); ders. in: Maunz/Dürig (Fn. 7), Art. 2 Abs. 1 (2001) Rn. 116. Nach der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts enthält "die bestehende Wirtschaftsverfassung" zwar "den grundsätzlich freien Wettbewerb der als Anbieter und Nachfrager auf dem Markt auftretenden Unternehmer als eines ihrer Grundprinzipien" (BVerfGE 32, 311 [317]; vgl. auch BVerfGE 46, 120 [137]). Doch dieses "Grundprinzip" des "grundsätzlich freien Wettbewerbs" ist nicht objektiv-rechtlich als "Institution" im Grundgesetz verankert: Der Wettbewerb ergibt sich als eine funktionsspezifische Folge der Wirtschaftsgrundrechte und insbesondere der Berufsfreiheit (F. Ossenbühl FS Quaritsch, 2000, 235 [236]; R. Schmidt FS Stober, 2008, 19 [21 f.]).

teilnahme aller Wettbewerber ein,²³ um so das gestufte Gemeinwohlkonzept freien Wettbewerbs zu verwirklichen.²⁴

Die europäische Verfassungsordnung garantiert demgegenüber den freien Wettbewerb institutionell als ein konstitutives Kernelement des Binnenmarkts.²⁵ Sie bekennt sich zum "Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb" (Art. 4 Abs. 1 EG)²⁶ und verwirk-

²³ Vgl. zum Eingriffscharakter wettbewerbsoptimierender Regelungen BVerfG, B. v. 12. 7. 1982 - 1 BvR 1239/81, WuW/E VG 293; BVerfG-K, GRUR 2001, 266f.; hierzu M. Cornils NJW 2001, 3758ff.; E.-J. Mestmäcker WuW 2008, 6 (13); Hecker (Fn. 12), 168f., 174, 178, 187ff., insbes. 206ff.; Bunte (Fn. 12), 251; grds. U. Di Fabio in: Maunz/Dürig (Fn. 7), Art. 2 Abs. 1 (2001) Rn. 117; differenzierend R. Scholz in: Maunz/Dürig (Fn. 7), Art. 12 (2006) Rn. 396; ders. Konzentrationskontrolle (Fn. 12), 38ff. Nach der neuen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 12 Abs. 1 GG wird die Reichweite des Schutzes der Berufsfreiheit durch die rechtlichen Regelungen mitbestimmt, "die den Wettbewerb ermöglichen und begrenzen" (BVerfGE 106, 275 [298] - Festbeträge; vgl. auch BVerfGE 105, 252 [265] - Glykol; 116, 202 [221] - Tariftreue; zustimmend W. Hoffmann-Riem Der Staat 43 [2004], 202 [217]; H. D. Jarass in: ders./B. Pieroth, GG, 10. Aufl. 2009, Vorb. vor Art. 1 Rn. 34, Art. 12 Rn. 15). Auf diese Weise wird die Berufsfreiheit von einem Recht der Marktteilnehmer, ihren Wettbewerb frei zu gestalten, in einen Anspruch verwandelt, am staatlich frei gestaltenden Wettbewerb teilzuhaben (vgl. zu Recht krit. W. Höfling/ St. Rixen RdA 2007, 360 [363f.]; für eine umfassende Kritik der neuen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Berufsfreiheit W. Höfling FS Rüfner, 2003, 329 [337f.]; R. Schmidt HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 92 Rn. 28 f., P. M. Huber JZ 2003, 290 [292f.]; ders. FS Badura, 2004, 897 [912f.]; ders. FS Stober, 2008, 547 [551ff.]; W. Kahl Der Staat 43 [2004], 167 [201]; ders. AöR 131 [2006], 579 [609]; Lenski [Fn. 12], 107 f.; Rixen Wettbewerb [Fn. 21], 116 f.; ders. Sozialrecht [Fn. 21], 237, 240 ff.; C. Möllers NJW 2005, 1973 [1975]; differenzierend J. F. Lindner DÖV 2003, 185 ff.).

²⁴ Es steht im Ermessen des Gesetzgebers, die Summe der freiheitsoptimierenden Einzelsicherungen einfachgesetzlich als Institutionenschutz freien Wettbewerbs auszugestalten (*R. Scholz* in: Maunz/Dürig [Fn. 7], Art. 12 [2006] Rn. 88; *Schliesky* [Fn. 15], 192 f.).

²⁵ Vgl. *W. Kahl* Europäische Grundlagen, in: R. Schmidt/T Vollmöller (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2007, § 1 Rn. 9; *ders.* in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.) EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 14 EGV Rn. 24; *P. M. Huber* FS Stober, 2008, 547 (552); *ders.* (Fn. 12), 3. Kap. Rn. 94, 98; *H.-W. Rengeling* Die wirtschaftsbezogenen Grundrechte in der Grundrechtecharta, in: J. Schwarze (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, 2004, 331 (348); zur Verwirklichung des Binnenmarkts durch die Wettbewerbspolitik EuGH, Rs. 56/64 und 58/64, Slg. 1966, 321, Rn. 16, 31 – Consten und Grundig; *E.-J. Mestmäcker* WuW 2008, 6 (16); *Hatje* (Fn. 15), 689; *Bunte* (Fn. 12), 2 ff, 23.

²⁶ Vgl. Art. 4 Abs. 2, Art. 98 S. 2, Art. 105 Abs. 1 S. 3 EG; hierzu EuGH, Rs. C-9/99, Slg. 2000, I-8207, Rn. 12 – Échirolles Distribution SA/Association du Dauphiné; darüber hinaus zum "System offener und wettbewerbsorientierter Märkte" Art. 154 Abs. 2 S. 1, Art. 157 Abs. 1 UAbs. 2 EG; zu dieser im Vergleich zum Grund-

licht diese in einem System unverfälschten Wettbewerbs (Art. 3 Abs. 1 lit. g, Art. 81 ff. EG, VO 139/2004²⁷).²⁸ Dabei zeigt insbesondere das Verbot wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen in Art. 81 EG, dass auch dem europäischen Wettbewerbsrecht das gestufte Gemeinwohlkonzept optimierten Wettbewerbs als Freiheit zugrunde liegt: Art. 81 Abs. 3 EG erlaubt Ausnahmen vom grundsätzlichen Kartellverbot zu produktiven, technischen oder wirtschaftlichen Verbesserungen nur dann, wenn diese Wettbewerbsverzerrung den freien Wettbewerb nicht grundsätzlich in Frage stellt (Art. 81 Abs. 3 lit. b EG). Selbst in der Abwägung mit zentralen wohlfahrtsstaatlichen Gemeinwohlbelangen garantiert also die europäische Verfassungsordnung derzeit noch den Wettbewerb als ergebnisoffenes Entdeckungsverfahren²⁹.³⁰

gesetz klaren wirtschaftspolitischen Grundentscheidung R. Schmidt HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 92 Rn. 34ff.; ders. FS Stober, 2008, 19 (23); P. Badura Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, 3. Aufl. 2008, Rn. 84; Huber (Fn. 12), 3. Kap. Rn. 94; Kahl (Fn. 25), § 1 Rn. 7ff., bes. Rn. 9; R. Streinz Europarecht, 8. Aufl. 2008, Rn. 971; A. Hatje in: Schwarze (Fn. 17), Art. 4 EGV Rn. 8; U. Häde in: Calliess/Ruffert (Fn. 25), Art. 4 EGV Rn. 8.

²⁷ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen ("EG-Fusionskontrollverordnung"), ABI. EU 2004 Nr. L 24, 1.

²⁸ Nach der Rechtsprechung des EuGH (Rs. 6/72, Slg. 1973, 215, Rn. 26 – Continental Can; Rs. C-95/04, EuZW 2007, 306, Rn. 106 – British Airways) "handelt" Art. 3 Abs. 1 lit. g EG von der "Struktur des tatsächlichen Wettbewerbs", die vor verfälschenden Eingriffen geschützt werden soll, was im Sinn eines ergebnisoffenen Wettbewerbsschutzes zu verstehen ist (*U. Immenga* ZWeR 2006, 346 [348f.]; *J. Basedow* WuW 2007, 712 [714]; *A. Lippert* DVBI. 2008, 492 [495]; *Künzler* [Fn. 17], 463 f.).

²⁹ Vgl. ausdrücklich zum europäischen Verständnis des Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren *Hatje* (Fn. 15), 702; grds. auch *U. Immenga* ZWeR 2006, 346 (356f.); *J. Basedow* WuW 2007, 712 (714); *Mestmäcker/Schweitzer* (Fn. 15), § 2 Rn. 92 ff.; Nr. 105 S. 4 Leitlinien-Art. 81 Abs. 3 EGV (Fn. 16): "Mit anderen Worten, der Schutz des Wettbewerbsprozesses bleibt das eigentliche Ziel von Artikel 81 [EG] und zwar nicht nur auf kurze, sondern auch auf lange Sicht" (Klammerzusatz durch den Verfasser).

³⁰ Vgl. EuGH, Rs. 26/76, Slg. 1977, 1875, Rn. 21 – Metro; Nr. 105 S. 4 Leitlinien-Art. 81 Abs. 3 EGV (Fn. 16); *D. Zimmer* WuW 2007, 1198 (1201); *H. Schröter* Das Wettbewerbskonzept des Verfassungsentwurfs, in: Schwarze (Fn. 25), 233 (236); *Künzler* (Fn. 17), 359; *Mestmäcker/Schweitzer* (Fn. 15), § 13 Rn. 68; *V. Emmerich* Kartellrecht, 11. Aufl. 2008, § 8 Rn. 25 ff.; auch *Drexl* (Fn. 17), 784; *I. Brinker* in: Schwarze (Fn. 17), Art. 81 EGV Rn. 89. Eine parallele Funktion erfüllt die Regelung des Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG im Hinblick auf öffentliche und monopolartige Unternehmen.

3. Instrumente

Die zentralen wettbewerbsoptimierenden Instrumente des deutschen wie europäischen Wettbewerbsrechts sind das Verbot wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen (Art. 81 EG, § 1 GWB), die Untersagung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 82 EG, § 19 GWB) sowie die Fusionskontrolle (FKVO, § 35 ff. GWB).³¹ Diese Instrumente spiegeln in ihrer Normstruktur das gestufte Gemeinwohlkonzept optimierter Wettbewerbsfreiheit wider: Sie regeln nicht positiv, was der Wettbewerb leisten soll, sondern verbieten negative Störungen des freien Wettbewerbsprozesses.³² Dafür setzen diese wettbewerblichen Instrumente auf offene Rechtsbegriffe wie "Wettbewerbsbeschränkung", "Marktstrukturmissbrauch"³³ und "wettbewerbswidriger Zusammenschluss". Diese werden durch die Leitlinien der Wettbewerbsbehörden³⁴ und eine fallgruppenorientierte Rechtsprechung konkretisiert und fortentwickelt.³⁵

³¹ Darüber hinaus kommt auch dem Beihilferecht (Art. 87 ff. EG) eine zentrale wettbewerbsschützende Funktion zu (vgl. *W. Kahl/L. Diedrichsen* Subventionsrecht in: Schmidt/Vollmöller [Fn. 25], § 7 Rn. 6, 16; *P. Bultmann* Öffentliches Recht, 2. Aufl. 2008, 296 ff.; *ders.* Beihilferecht und Vergaberecht, 2004, 33 ff.). Das Beihilfeverbot bezieht sich jedoch nicht unmittelbar auf die *Selbst*zerstörungspotenziale des Markts (vgl. oben Fn. 10), so dass es im Rahmen dieser Untersuchung wettbewerbsoptimierender Regelungen nicht eingehend gewürdigt wird.

³² Vgl. *Heise* (Fn. 12), 120; zur Offenheit des Wettbewerbsbegriffs im deutschen Wettbewerbsrecht *M. Lehmann* JZ 1990, 61 (62, 65); *I. Schmidt* (Fn. 8), 170; *Bunte* (Fn. 12), 4, 13, 244; zur Offenheit des Wettbewerbsbegriffs im europäischen Wettbewerbsrecht *Bunte* ebd., 80, 244; *Hatje* (Fn. 15), 703.

³³ H. Schröter in: H. v. d. Groeben/J. Schwarze (Hrsg.) EUV/EGV, 6. Aufl. 2003, Art. 81 EGV Rn. 164.

³⁴ Die Kommission legt in ihren Wettbewerbsleitlinien dar, wie sie das europäische Wettbewerbsrecht anzuwenden und fortzuentwickeln gedenkt. Damit will sie zugleich ein "analytisches Gerüst" für die Rechtspraxis schaffen, das auch die Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten bei der Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts anleiten soll, ohne diese jedoch dadurch rechtlich zu binden. Abhängig von der Entwicklung des Wettbewerbsrechts werden die Leitlinien von Zeit zu Zeit neu überarbeitet (Nr. 3–5 Leitlinien-Art. 81 Abs. 3 EGV [Fn. 16]; Nr. 6 S. 2 und 3 Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen – Leitlinien horizontale Zusammenschlüsse [2004/C 31/03, ABI. EU 2004 Nr. C 31, 5]; Nr. 7 Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit [2001/C 3/02, ABI. 2001, Nr. 3, 2]); grds. zu dieser Handlungsform *G. Pampel* EuZW 2005, 11 ff.; ferner zu den Verwaltungsgrundsätzen des Bundeskartellamts § 53 Abs. 1 S. 3 GWB; grds. zu dieser Handlungsform *S. Klaube* in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 18), § 53 GWB Rn. 4 f.

³⁵ Vgl. Scholz Wirtschaftsaufsicht (Fn. 12), 21; Hecker (Fn. 12), 123 f.

Die zentrale Rolle der Verwaltung im Rahmen dieser Konkretisierung und Fortentwicklung des Wettbewerbsrechts hat die Kommission in den letzten zehn Jahren dazu genutzt, um mit dem europäischen Wettbewerbsrecht auch das europäische Gemeinwohlkonzept neu zu konturieren: Bisher haben der handlungsorientierte Grundsatz unternehmerischer Selbstständigkeit³⁶ und das verhaltensstrukturelle Kriterium der missbräuchlichen Marktbeherrschung³⁷ die Anwendung der drei zentralen kartellrechtlichen Instrumente im Sinn eines optimierten freien Wettbewerbs gesteuert.³⁸ Doch seit Ende der 1990er Jahre verfolgt die Kommission über ihre Leitlinien einen Wechsel von einer ergebnisoffenen zu einer ergebnisorientierten Wettbewerbspolitik – den more economic approach, der Gegenstand eines wettbewerbspolitischen "Kulturkampfes" geworden ist.³⁹ Der more economic approach zielt nicht nur auf eine ökonomische Verfeinerung des kartellrechtlichen Instrumentariums,⁴⁰ sondern sieht aufgrund eines ergebnisorientierten

³⁶ Vgl. EuGH, Rs. 48/69, Slg. 1972, 619 (662 ff.) – ICI; Rs. 40/73–48/73, Slg. 1975, 1663, Rn. 173 – Suiker Unie; Rs. C-49/92, Slg. 1999, I-4125, Rn. 116 – Anic Partecipazioni; Nr. 14 S. 2 Leitlinien-Art. 81 Abs. 3 EGV (Fn. 16); *Emmerich* (Fn. 30), § 4 Rn. 35 ff., bes. 44; *ders.* in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 18), Art. 81 EGV Rn. 133, 135 f.; *H. Schröter* in: v. d. Groeben/Schwarze (Fn. 33), Art. 81 EGV Rn. 6f., 86; zur deutschen Rechtsprechung BGHZ 68, 6 (10 f.) – Fertigbeton; BGH, NJW 1997, 756 (759) – Europapokal-Heimspiel; *Bunte* (Fn. 12), 13, 251; insgesamt *D. Zimmer* in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 18), § 1 GWB Rn. 151 ff.

³⁷ Vgl. EuGH, Rs. 6/72, Slg. 1973, 215, Rn. 26 – Continental Can; Rs. 85/76, Slg. 1979, 461, Rn. 91, 125; BGHZ 73, 65 (73) – Erdgas Schwaben; BVerwGE 114, 160 (173); W. Möschel, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 18), Art. 82 EGV Rn. 119ff., § 19 GWB Rn. 100; H. Schröter in: v. d. Groeben/Schwarze (Fn. 33), Art. 82 EGV Rn. 160; jeweils mwN.

³⁸ Vgl. D. Zimmer WuW 2007, 1198 (1202 f.).

³⁹ Vgl. aus der kaum noch zu überblickenden Literatur einerseits für den *more economic approach M. Albers* Der more economic approach bei Verdrängungsmissbräuchen: Zum Stand der Überlegungen der Europäischen Kommission, 1 ff. (http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/albers.pdf [Abruf am 13. 8. 2009]); D. Schmidtchen WuW 2006, 6 ff.; D. Hildebrand WuW 2005, 513 ff.; C. v. Weizäcker WuW 2007, 1078 ff.; A. Heinemann GRUR 2008, 949 (954); andererseits krit. I. Schmidt WuW 2005, 877; J. Basedow WuW 2007, 712 ff.; E.-J. Mestmäcker WuW 2008, 6 (14); Künzler (Fn. 17); F. Rittner/M. Dreher Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2008, § 14 Rn. 56; W. Möschel JZ 2009, 1040 ff.; gelassen U. Di Fabio ZWeR 2007, 266 (274); differenzierend D. Zimmer WuW 2007, 1198 ff.; zur Rechtsprechung S. Hirsbrunner EuZW 2009, 239 (240 f., 244); für das Beihilferecht A. Bartosch RIW 2007, 681 ff.; P. Oberender (Hrsg.), Der "more economic approach" in der Beihilfekontrolle, 2008 für das Vergaberecht M. Burgi NZBau 2009, 609 (613).

⁴⁰ Vgl. Albers (Fn. 39), 3; darüber hinaus E. Bueren WRP 2004, 567 (569 ff.); D. Hildebrand WuW 2005, 513 ff.; A. Heinemann GRUR 2008, 949 (954); krit. I. Schmidt WuW 2005, 877; Bunte (Fn. 12), 162.

Wettbewerbsbegriffs den Schutzzweck europäischen Wettbewerbsrechts in der Konsumentenwohlfahrt und der effizienten Ressourcenallokation. Im Hinblick auf die Umsetzung des *more economic approach* zeigen sich die Grenzen, aber auch die Möglichkeiten der Kommission als Verwaltungsbehörde, konzeptionell über die Herstellung von Wettbewerb das europäische Gemeinwohlmodell zu verändern.

Die primärvertragliche Grenze dieser Umsteuerung des Wettbewerbsrechts durch die Verwaltung wird überschritten, wenn die Kommission den Gegenstand und Schutzzweck des europäischen Wettbewerbsrechts allein in der Konsumentenwohlfahrt und einer effizienten Ressourcenallokation sehen will.⁴¹ Das europäische Primärrecht schützt – wie wir gesehen haben – den Wettbewerbsprozess als ergebnisoffenes

⁴¹ Vgl. Albers (Fn. 39), 1ff.; programmtisch Nr. 7 S. 1 Leitlinien für vertikale Beschränkungen - Vertikal-Leitlinien (2000/C 291/01, ABI. EU Nr. C 291, 1): "Der Schutz des Wettbewerbs zum Wohl der Verbraucher und zur effizienten Verteilung der Ressourcen ist das Hauptziel der EG-Wettbewerbspolitik."; vgl. auch Nr. 24 Fn. 31 S. 2 Leitlinien-Art. 81 Abs. 3 EGV (Fn. 16); Nr. 8 Leitlinien horizontale Zusammenschlüsse (Fn. 34); Nr. 10 Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen – Leitlinien nichthorizontale Zusammenschlüsse (2008/C 265/07, ABI. EU 2008, Nr. C 265, 6); Kommission, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2005, Nr. 4, 79, 88 u. ö.; krit. E. Bueren WRP 2004, 567 (570); Künzler (Fn. 17), 453 ff. Die Kommission argumentiert im Hinblick auf die Bestimmung des Schutzgutes des europäischen Wettbewerbsrechts keineswegs eindeutig. Ein Beispiel hierfür bilden die Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 EG-Vertrag (Fn. 16): Einerseits bestimmt die Kommission den Schutzzweck des Wettbewerbsrechts wohlfahrtsökonomisch: "Artikel 81 soll den Wettbewerb im Markt schützen, um den Wohlstand der Verbraucher zu fördern und eine effiziente Ressourcenallokation zu gewährleisten. Wettbewerb und Marktintegration dienen diesen Zielen, da die Schaffung und Erhaltung eines offenen Binnenmarktes zu einer effizienten Ressourcenallokation in der gesamten Gemeinschaft zum Wohle der Verbraucher fördert" (Nr. 13 Leitlinien-Art. 81 Abs. 3 EGV [Fn. 16], vgl. ferner ebd., Nr. 33 S. 1). Andererseits stellt sie im Rahmen der Auslegung des Art. 81 Abs. 3 EG fest: "Letzten Endes wird dem Schutz des Wettstreits und dem Wettbewerbsprozess Vorrang eingeräumt vor potenziellen wettbewerbsfördernden Effizienzgewinnen, die sich aus wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen ergeben könnten. In der letzten Voraussetzung des Artikels 81 Abs. 3 wird die Tatsache anerkannt, dass die Rivalität zwischen Unternehmen eine wesentliche Antriebskraft für die wirtschaftliche Effizienz, einschließlich langfristiger dynamischer Effizienzsteigerungen in Form von Innovationen. Mit anderen Worten, der Schutz des Wettbewerbsprozesses bleibt das eigentliche Ziel von Artikel 81 und zwar nicht nur auf kurze, sondern auch auf lange Sicht" (Nr. 105 S. 2-4 Leitlinien-Art. 81 Abs. 3 EGV [Fn. 16], vgl. ferner ebd., Nr. 47 S. 2, Erwägungsgründe 9 S. 1 und 3, 25 S. 1 VO 1/2003); zur konturellen Unschärfe des more economic approach auch U. Immenga ZWeR 2006, 346 (348); A. Heinemann GRUR 2008, 949; Künzler (Fn. 17), 354ff.

Entdeckungsverfahren im Sinn eines gestuften Gemeinwohlkonzepts. Eine Umstellung des Schutzgegenstands des europäischen Wettbewerbsrechts auf ein ergebnisorientiertes Effizienzkonzept der Konsumentenwohlfahrt kann nur durch eine Vertragsänderung erfolgen.⁴² Auch der Vertrag von Lissabon deckt einen solchen Paradigmenwechsel meiner Auffassung nach nicht,⁴³ obwohl neue Begriffskombinationen – wie

⁴² Vgl. *U. Immenga* ZWeR 2006, 346 (365); *D. Zimmer* WuW 2007, 1198 (1204). Dem steht nicht entgegen, dass nach Art. 98 S. 2 EG der Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb den effizienten Einsatz der Ressourcen fördern soll (vgl. hierzu *U. Häde* in: Calliess/Ruffert [Fn. 25], Art. 98 EGV Rn. 4). Diese Regelung hält sich ganz im Rahmen des gestuften Gemeinwohlkonzepts optimierten Wettbewerbs, der mittelbar eine effiziente Ressourcenallokation im Sinn des Art. 98 S. 2 EG "fördert". Deshalb kann Art. 98 S. 2 EG nicht der normative Anknüpfungspunkt für ein erfolgsorientiertes Modell der europäischen Wettbewerbsordnung im geltenden Vertragsrecht sein.

⁴³ Auf französische Initiative hin wird die Gemeinschaftsaufgabe, ein System unverfälschten Wettbewerbs zu schaffen (Art. 3 Abs. 1 lit. g EG), "nur" noch auf der Protokollebene des Vertrags von Lissabon geregelt (P. Behrens EuZW 2008, 193; A. Weitbrecht ECLR 2008, 81 [88]; I. Brinker in: Schwarze [Fn. 17], Art. 81 EGV Rn. 41; Stürner Markt und Wettbewerb über alles?, 2007, 86, 173). Im Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb, das nach Art. 51 EUV-Lissabon Bestandteil der Verträge ist, kommen die Vertragsparteien überein, "dass der Binnenmarkt, wie er in Artikel 3 des Vertrags über die Europäische Union beschrieben wird, ein System umfasst, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt" (ABIEU 2007 Nr. C 306/156, ABIEU 2008 Nr. C 115/309; hierzu Streinz [Fn. 26], Rn. 971a; krit. hinsichtlich der normativen Steuerungskraft A. Lippert DVBI. 2008, 492 [499]; K. M. Meessen JZ 2009, 697 [702]). Darüber hinaus umfasst das neu gefasste Unionsziel "einer in hohem Maße wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft" (Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 2 Fall 2 EUV-Lissabon) neben der sozialen Korrektur marktwirtschaftlicher Fehlentwicklungen auch die Gewährleistung unverfälschten Wettbewerbs (vgl. Huber [Fn. 11], 3. Kap. Rn. 100; Künzler [Fn. 17], 322; im Hinblick auf den Europäischen Verfassungsvertrag bereits J. Schwarze EuZW 2004, 135 [136]). Dies entspricht der ausschließlichen Kompetenz der Union, die "für das Funktionieren des Binnenmarkts erforderlichen Wettbewerbsregeln" festzulegen (Art. 3 Abs. 1 lit b VAEU-Lissabon; Schwarze ebd., 137f.). Darüber hinaus bleiben der "Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb" erhalten (Art. 119 Abs. 1 und 2 VAEU [Art. 4 EG], Art. 127 Abs. 1 S. 3 VAEU [Art. 105 Abs. 1 S. 3 EG]; hierzu Behrens ebd.) und die Wettbewerbsregeln unangetastet (Art. 101 ff. AEUV), was ebenfalls für eine Beibehaltung des Schutzzwecks eines ergebnisoffenen Wettbewerbsprozesses im europäischen Primärrecht spricht (J. Basedow EuZW 2008, 225; Behrens ebd.; Brinker ebd.; Huber ebd.; Meessen ebd.; Künzler ebd.; Stürner ebd., 173; Streinz ebd.; ders./C. Ohler/ C. Hermann Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, 2008, 67 f.; grds. zurückhaltend M. Ruffert AöR 134 (2009), 197 (201 f.); offener hinsichtlich der künftigen Entwicklung Weitbrecht ebd.). Damit lässt sich dem Vertrag von Lissabon keine Grundlage für eine Neubestimmung des Schutzguts des Wettbewerbsrechts im Sinn eines ergebnisorientierten Wettbewerbsverständnisses bzw. des more economic approach entnehmen (Künzler ebd.).

"eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft" (Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 2 Fall 2 EUV-Lissabon) – in Verbindung mit der "protokollarischen" Deklassierung des Systems unverfälschten Wettbewerbs der Kommission gute Argumente für ihren Neuansatz im Wettbewerbsrecht liefert.⁴⁴

Doch auch diesseits der primärrechtlichen Vertragsänderung bestehen Gestaltungsspielräume, die von der Kommission für eine ergebnisorientierte Fortbildung des grundsätzlich ergebnisoffenen europäischen Wettbewerbsrechts genutzt werden. Diese Rechtsfortbildung läuft letztlich auf eine instrumentelle Verallgemeinerung des Abwägungsgrundsatzes des Art. 81 Abs. 3 EG hinaus. EG hinaus des Verbots wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen (Art. 81 EG) spezifiziert: Im Anschluss an die verhaltensweisen (Art. 81 EG) spezifiziert: Im Anschluss an die verhaltensveintierte Feststellung einer Beschränkung freien Wettbewerbs (Art. 81 Abs. 1 EG)⁴⁶ kann eine Abwägung mit den Effizienzvorteilen dieser Wettbewerbsbeschränkung im Sinn des Art. 81 Abs. 3 EG stattfinden, Tür deren Vorliegen das wettbewerbsbeschränkende Unternehmen die Beweislast trägt (Art. 2 S. 2

⁴⁴ In einer Pressekonferenz begründete der französische Präsident *Sarkozy* sein Eintreten für die Streichung des Art. 3 lit. g EG mit der rhetorischen Frage, was "der Wettbewerb als Ideologie" für Europa gebracht habe (zit. *P. Behrens* EuZW 2008, 193). Kommissionspräsident *Barroso* erklärte im Hinblick auf die Streichung des Art. 3 lit. g EG, dass er mit Ausnahme "gewisser Extremisten" niemanden kenne, der den Wettbewerb für ein großes gesellschaftliches Ziel halte (zit. nach *Behrens* ebd.); vgl. zur politischen Botschaft der protokollarischen Deklassierung des Systems unverfälschten Wettbewerbs auch *J. Basedow* EuZW 2008, 225; *Stürner* (Fn. 43), 86, 173; ferner zum "sozialen" Entwicklungspotenzial der europäischen Wirtschaftsverfassung nach Lissabon *C. Semmelmann* Die Wirtschaftsverfassung der EG zwischen Markt und Recht, in: Towfigh u.a. (Fn. 12), 227 (230 f.).

⁴⁵ Vgl. auch D. Zimmer in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 18), § 1 GWB Rn. 16.

⁴⁶ Vgl. Nrn. 24, 32 Leitlinien-Art. 81 Abs. 3 EGV (Fn. 16), zu der aufgrund des *more economic approach* vorgenommenen umfassenden Marktanalyse, die die Kommission zur Feststellung von nicht bezweckten, sondern "nur" bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen im Sinn des Art. 81 Abs. 1 EG favorisiert (*Bunte* [Fn. 12], 82; *I. Brinker* in: Schwarze [Fn. 17], Art. 81 EGV Rn. 40; *D. Zimmer* in: Immenga/Mestmäcker [Fn. 18], § 1 GWB Rn. 155 ff.; zur hilfsweisen Heranziehung von *performance*-Tests *I. Schmidt* [Fn. 8], 79; krit. *Emmerich* [Fn. 30], § 4 Rn. 44).

⁴⁷ Vgl. Nrn. 11, 33 S. 6, 73 ff. Leitlinien-Art. 81 Abs. 3 EGV (Fn. 16); Nr. 136 Vertikal-Leitlinien (Fn. 41); *A. Heinemann* GRUR 2008, 949 (954), zu den Grenzen des Art. 81 Abs. 3 EG, der durch seinen Verbraucherbezug die Entwicklung eines *total welfare standard* ausschließt, der sich vom Verbrauchernutzen emanzipiert; ferner *D. Schmidtchen* WuW 2006, 6 (10).

VO 1/2003⁴⁸).⁴⁹ Parallel eröffnet die Fusionskontrollverordnung ebenfalls die Möglichkeit einer *efficiency-defence* in der europäischen Zusammenschlusskontrolle.⁵⁰ Und schließlich hat die Kommission in ihrem Diskussionspapier zur Anwendung des Art. 82 EG aus dem Jahr 2005 – wiederum in Anknüpfung an die Wertungen des Art. 81 Abs. 3 EG – eine *efficiency-defence* für die Missbrauchskontrolle entwickelt.⁵¹ Daraufhin hat sich 2007 der EuGH in *British Airways* sehr vorsichtig auf den Weg der Rechtsfortbildung begeben,⁵² indem er einen wohlfahrtsökonomischen Effizienzeinwand in die Prüfung des Missbrauchstatbestands des Art. 82 EG integriert hat.⁵³ So hat sich – vor allem aufgrund

⁴⁸ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln vom 16. Dezember 2002 ("Kartellverfahrensverordnung") (ABI. 2002 EG Nr. L 1, 1).

⁴⁹ Vgl. Nr. 41 S. 2 Leitlinien-Art. 81 Abs. 3 EGV (Fn. 16).

⁵⁰ Vgl. Art. 2 Abs. 1 S. 2 lit. b i.V.m. Erwägungsgrund 29 VO 139/2004; hierzu Bunte (Fn. 12), 218 ff.; Mestmäcker/Schweitzer (Fn. 15), § 25 Rn. 141 ff.; grds. zum Streit um die praktische Anwendbarkeit von Erwägungsgrund 29 ablehnend J. Basedow WuW 2007, 712 (714), krit. U. Immenga ZWeR 2006, 346 (353f., 361); Rittner/Dreher (Fn. 39), § 14 Rn. 95; befürwortend C. v. Weizsäcker WuW 2007, 1078 (1081 ff.); insgesamt krit. zur Möglichkeit der Rechtsfertigung von Fusionen durch Effizienzvorteile Immenga ebd., 355 f.; E.-J. Mestmäcker WuW 2008, 6 (20). Nach Nr. 76 ff., insbes. Nr. 78 Leitlinien horizontale Zusammenschlüssen (Fn. 34) müssen Effizienzvorteile den Verbrauchern zugute kommen, fusionsspezifisch und überprüfbar sein, damit sie von der Kommission bei der Beurteilung eines Zusammenschlusses berücksichtigt und im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt akzeptiert werden können. Die Nachweispflicht liegt bei den Anmeldern (Nr. 87); vgl. auch Nr. 21 Leitlinien nichthorizontale Zusammenschlüsse (Fn. 41); zur entsprechenden Entscheidungspraxis Kommission, WuW 2008, 115, Rn. 1099 ff. - Ryanair/Aer Lingus; zur entsprechenden Rechtssprechung EuG, Rs. T-177/04, Slg. 2006, II-1931, Rn. 72 - easyjet; EuG, Rs. T-282/06, Slg. 2007, II-2149, Rn. 133 ff. - Sun Chemical; S. Hirsbrunner EuZW 2009, 239 (241).

⁵¹ Vgl. Kommission, DG (Fn. 41), Nr. 4, 79, 84ff.; *Albers* (Fn. 39), 11; hierzu *A. Heinemann* GRUR 2008, 949 (951f.); *Bunte* (Fn. 12), 161f.; krit. *Emmerich* (Fn. 30), § 9 Rn. 6; § 10 Rn. 7; *W. Möschel* in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 18), Art. 82 EGV Rn. 121; *Künzler* (Fn. 17), 456, 461 ff.; insgesamt zur "Modernisierung" des Art. 82 EG durch den *more economic approach D. Hildebrand* WuW 2005, 513 (517ff.).

⁵² Vgl. demgegenüber *Künzler* (Fn. 17), 462 f., der eine ausdrückliche Änderung des Art. 82 EG für die Einführung einer *efficiency-defence* in Art. 82 EG für erforderlich hält; krit. auch *U. Immenga* ZWeR 2006, 346 (352); *A. Weitbrecht/J. Mühle* EuZW 2008, 551 (554f.).

⁵³ Vgl. EuGH, Rs. C-95/04, EuZW 2007, 306, Rn. 69, 84ff., bes. Rn. 86 – British Airways: "Die Beurteilung der objektiven wirtschaftlichen Rechtfertigung einer Rabattoder Prämienregelung eines Unternehmens in beherrschender Stellung erfolgt anhand sämtlicher Umstände des Einzelfalls [...]. Es ist zu ermitteln, ob die für den Wettbewerb nachteilige Verdrängungswirkung einer solchen Regelung durch Effizienzvorteile ausgeglichen oder sogar übertroffen werden kann, die auch dem Verbraucher zugutekommen. Steht die Verdrängungswirkung dieser Regelung in keinem Zusammenhang

des federführenden Gestaltungsanspruchs der Kommission – das europäische Wettbewerbsrecht gewandelt und mit ihm das Gemeinwohlkonzept der Herstellung von Wettbewerb als Freiheit: Grundsätzlich schützt das europäische Wettbewerbsrecht auch weiterhin unmittelbar den Wettbewerbsprozess, den es als ergebnisoffenes Entdeckungsverfahren mit der mittelbaren Erwartung bisher unbekannter sozialer, technischer und wirtschaftlicher Innovation verbindet. Es durchbricht diesen Grundsatz jedoch, wenn ein Marktteilnehmer durch seine maximierte individuelle Wettbewerbsfreiheit zwar den optimierten freien Wettbewerb beeinträchtigt, aber konkret überwiegende Effizienzvorteile für das Gemeinwohl nachweisen kann, ohne dadurch den offenen Wettbewerbsprozess insgesamt in Frage zu stellen.⁵⁴

mit Vorteilen für den Wettbewerb und die Verbraucher oder geht sie über dasjenige hinaus, was zur Erreichung solcher Vorteile erforderlich ist, so ist diese Regelung als missbräuchlich anzusehen" (Klammerzusatz durch den Verfasser). Die Einordnung des Effizienzeinwands ist umstritten: Für eine Einordnung als wohlfahrtökonomische efficiency-defence spricht seine Formulierung als verbraucherorientierte Abwägungsregel (D. Zimmer WuW 2007, 1198 [1205 f.]; aA J. Basedow WuW 2007, 712 [714 f.], der allerdings Effizienzerwägungen im Rahmen der Missbrauchsprüfung des Art. 82 EG grds. für möglich hält). Dies gilt selbst dann, wenn die Ausführungen des EuGH nicht den Differenzierungsgrad des Effizienzeinwands des Diskussionspapiers der Kommission von 2005 erreicht (Kommission, DG [Fn. 41], Nr. 4, 79, 84ff.). Gegen die Einordnung als wohlfahrtsökonomischer Effizienzeinwand lässt sich anführen, dass der EuGH die efficiency-defence in die Prüfung der Wettbewerbsauswirkungen integriert (Künzler [Fn. 17], 465 Fn. 317; demgegenüber Albers [Fn. 39], 11, für die Einbeziehung von Effizienzgewinnen in die Missbrauchsprüfung). Gerade diese Unklarheiten sprechen dafür, British Airways als den ersten Ansatz einer möglichen Rechtsentwicklung durch den EuGH zu verstehen, bei dem abzuwarten bleibt, ob weitere rechtsfortbildende Schritte folgen (vgl. für eine zurückhaltende Einordnung der efficiency-defence in British Airways die Anmerkung von M. Holzinger EuZW 2007, 313 [314]). In jüngerer Zeit lässt der EuGH jedoch eine deutliche Distanz zum more economic approach erkennen (EuGH, Rs. C-8/08, EuZW 2009, 505 [Rn. 38] - T-Mobile Netherlands; Rs. C-501/06P u.a., Rn. 63 - GlaxoSmithKline).

54 Diese differenzierte Abwägung von optimiertem freien Wettbewerb und individuell maximierter Wettbewerbsfreiheit unter Gemeinwohlgesichtspunkten ist nicht mit der Anerkennung einer allgemeinen *rule of reason* nach US-amerikanischen Vorbild identisch: Der europäischen Neukonturierung des Wettbewerbsrechts geht es nicht schlicht um eine "vernünftige Einschränkung" eines Kartellverbots, das – wie § 1 Sherman Act – keine Freistellungsnormen (Art. 81 Abs. 3 EG) kennt, sondern um eine *efficiency-defence*, die den normativen Vorrang freien Wettbewerbs als prozedurale Gewährleistung nachhaltiger Gemeinwohlerwartungen vor einer individuell maximierten Wettbewerbsfreiheit mit Gemeinwohleffekten respektiert (vgl. zur *rule of reason* in historischer Perspektive *O. Lepsius* Verwaltungsrecht unter dem Common Law, 1997, 111 ff., 170 ff.; in kartellrechtliche Perspektive *Bunte* [Fn. 12], 94 ff.; in europarechtlicher Perspektive *W. Weiβ* in: Calliess/Ruffert [Fn. 25], Art. 81 EGV Rn. 108 ff.; jeweils mwN).

4. Organisation

In organisatorischer Hinsicht ist Wettbewerbsverwaltung vernetzte Verwaltung. Die europäische Kartellverfahrensverordnung von 2002 (VO 1/2003) hat in Verbindung mit der 7. GWB-Novelle von 2007 das Europäische Netzwerk von Wettbewerbsbehörden geschaffen. Dadurch soll eine dezentrale Anwendung des europäischen Kartellverbots (Art. 81 EG)⁵⁵ und der europäischen Missbrauchsaufsicht (Art. 82 EG)⁵⁶ durch die nationalen Kartellbehörden und Gerichte ermöglicht werden.⁵⁷ Dieses "Europäische Wettbewerbsnetz"⁵⁸ verknüpft zunächst Verwaltungsbehörden, wenn es Informations- und Abstimmungspflichten zwischen nationalen Kartell-,⁵⁹ Regulierungs- und Verbraucherschutzbehörden⁶⁰ sowie der Kommission⁶¹ etabliert. Es vernetzt aber

⁵⁵ Dafür wurde das Kartellverbot des Art. 81 EG von einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt in einen unmittelbar anwendbaren Freistellungstatbestand "uminterpretiert" (Art. 1 Abs. 2 VO 1/2003; krit. A. v. Bogdandy EuZW 2001, 357 ff.; ders./F. Buchhold GRUR 2001, 798 ff.; zur unmittelbaren Anwendung des Art. 81 Abs. 3 EG Monopolkommission Kartellpolitische Wende in der Europäischen Union? – Zum Weißbuch der Kommission vom 28. April 1999, Sondergutachten 28, 1999, 16 ff., 22 ff.; E.-J. Mestmäcker EuZW 1999, 523 [525 ff.]; A. Deringer EuZW 2000, 5 [6 ff.]; W. Möschel JZ 2000, 61 ff.; E. Bueren WRP 2004, 567 [575]; J. Basedow WuW 2007, 712; zur Verschiebung des Subsumtionsrisikos I. Brinker in: Schwarze [Fn. 17], Art. 81 EGV Rn. 6).

56 Vgl. zur unmittelbaren Anwendung Art. 82 EG die Regelung des EuGH, Rs. 13/61, Slg. 1962, 97 (111 ff.); K. Schmidt BB 2003, 1237 (1238).

⁵⁷ Vgl. Erwägungsgründe 3 S. 1, 6, 7 S. 1, 8, 19 S. 2 VO 1/2003; Kommission, Weissbuch über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag, Arbeitsprogramm der Kommission Nr. 99/027 (1999/C 132/01, ABI. 1999, Nr. C 132, 1), Nr. 6, 8, 46f., 58ff., 69, 75; *A. Weitbrecht* ECLR 2008, 81 (87); *Bunte* (Fn. 12), 27, 51 ff., bes. 58. Demgegenüber bleibt es bei der getrennten Verwaltung im Rahmen der Fusionskontrolle (Art. 3 Abs. 3 VO 1/2003; § 35 Abs. 3 GWB; *Bunte* [Fn. 12], 346; zur Vernetzung der Zusammenschlusskontrolle Erwägungsgrund 14 S. 1 VO 139/2004).

⁵⁸ Nr. 1 S. 5 Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden – Bekanntmachung Europäisches Wettbewerbsnetz (2004/C 101/3, ABI. EU 2004, Nr. C 101, 43); vgl. bereits Kommission (Fn. 57), Nr. 91; ferner *W. Kahl* Die Verwaltung 42 (2009), 463 (466ff.); *C. Franzius* VBLBW 2009, 121 (122).

⁵⁹ Vgl. insbesondere zur Stellung des Bundeskartellamts im Europäischen Wettbewerbsnetzwerk *H. Jochum* VerwArch 94 (2003), 512 ff.; *U. Böge* EWS 2003, 441 ff.

⁶⁰ Vgl. § 50c Abs. 1 GWB. Darüber hinaus arbeiten die Kartellbehörden im Rahmen der Erfüllung ihrer Aufgaben mit der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, der Deutschen Bundesbank und den Landesmedienanstalten zusammen (§ 50c Abs. 2 GWB).

⁶¹ Vgl. Erwägungsgründe 15–18, Art. 11–13 VO 1/2003; Nr. 3 ff. Bekanntmachung Europäisches Wettbewerbsnetz (Fn. 58); §§ 48–50b GWB; vgl. speziell zur Einbezie-

auch Exekutive und Judikative, wenn es der Kommission das Recht einräumt, in nationalen Gerichtsverfahren zu Wettbewerbsstreitigkeiten Stellung zu nehmen,⁶² und den nationalen Gerichten zugleich untersagt, von getroffenen oder auch nur angekündigten Entscheidungen der Kommission abzuweichen.⁶³ Es vernetzt Exekutive und Legislative, wenn die Tätigkeitsberichte des Bundeskartellamts und die Gutachten der Monopolkommission von der Bundesregierung kommentiert dem Gesetzgeber zugeleitet werden müssen.⁶⁴ Es vernetzt Öffentliches Recht und Privatrecht,⁶⁵ wenn es neben dem behördlichen Kartellverfahren in der privatrechtlichen Schadensersatz- und Unterlassungsklage von Unternehmen ein zentrales Instrument der dezentralen Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts sieht.⁶⁶ Es vernetzt

hung von Vertretern nationaler Wettbewerbsbehörden über den Ausschuss für Kartell- und Monopolfragen in die europäische Wettbewerbsaufsicht Erwägungsgrund 19 f., Art. 14 VO 1/2003.

⁶² Vgl. Erwägungsgrund 21 S. 2, Art. 15 VO 1/2003; § 90f. GWB; zum Anspruch der Kommission als "amicus curiae" Kommission (Fn. 57), Nr. 107; Nr. 17ff.; Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 81 und 82 der Vertrags (ABI. EU 2004 Nr. C 101, 54); hierzu A. v. Bogdandy EuZW 2001, 357 (360); ders./F. Buchhold GRUR 2001, 798 (804): H. Schröter in: v. d. Groeben/Schwarze (Fn. 33), Art. 81 EGV Rn. 43; A. Zuber, Die EG-Kommission als amicus curiae, 2001, 104ff.; krit. W. Durner EuR 2004, 547 (573).

⁶³ Vgl. Art. 16 VO 1/2003; darüber hinaus § 33 Abs. 4 S. 1 GWB zur Bindung der Gerichte an bestandskräftige Entscheidungen der Kartellbehörde, der Kommission, der Wettbewerbsbehörden bzw. der als Wettbewerbsbehörden handelnden Gerichte eines anderen Mitgliedstaats im Rahmen eines Schadensersatzprozesses wegen Verletzung der Art. 81 f. EG bzw. des GWB; hierzu BT-Drs. 15/3640, 54; *M. Sura* in: E. Langen/H.-J. Bunte (Hrsg.) Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 2. Bd., 10. Aufl. 2005, Art. 16 VO Nr. 1/2003 Rn. 6.

⁶⁴ Vgl. § 44 Abs. 3, § 53 Abs. 2 GWB.

⁶⁵ Vgl. programmatisch W. Hofmann-Riem DVBl. 1994, 1381 (1386f.); ders. AöR 119 (1994), 590 (609 ff.); ders./E. Schmidt-Aβmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996; Lenski (Fn. 12), 111 f.; J. P. Schaefer "Markt" und "Gemeinwohl" als Integrationsprinzipien zweier ineinandergreifender Normordnungen, in: Towfigh u.a. (Fn. 12), 117 (127 ff.); pointiert C. Engel JZ 1995, 213 ff., zum "Zivilrecht als Fortsetzung des Wirtschaftsrechts mit anderen Mitteln".

⁶⁶ Vgl. § 33 GWB; Erwägungsgrund 7 VO 1/2003; EuGH, Rs. C-453/99, Slg. 2001, I-6297, Rn. 26f. – Courage; Rs. C-295/04–298/04, Slg. 2001, I-6297 Rn. 59f., 91 – Manfredi; pointiert C. Nowak EuZW 2001, 717; I. Brinker/J. C Balssen FS Bechtold, 2006, 69 (75); A. Weitbrecht ECLR 2008, 81 (88); K. Schmidt ZEuP 2004, 881 (883 ff.); H. Köhler GRUR 2004, 99 ff.; M. Lutz WuW 2005, 718 (726 ff.); Drexl (Fn. 17), 765, 770, 772 f., 776, 782, 785; T. Eilmannsberger, in: R. Streinz (Hrsg.) EUV/EGV, 2003,

schließlich Behörden und Zivilgesellschaft, wenn Interessenverbände – etwa der Verbraucher – im Kartellverfahren beteiligt werden.⁶⁷

Damit ist dieses "neue System einer dezentralen Anwendung des Wettbewerbsrechts"68 eine Governance-Struktur, die öffentliche, private und zivilgesellschaftliche Akteure zu einem dynamischen Prozess der Konkretisierung, Durchsetzung und Fortbildung des Wettbewerbsrechts vernetzt.69 "Warum eigentlich" – so fragt Karsten Schmidt – "soll das Kartellrechtssystem anders sein als die Märkte selbst: kein unbewegliches Gitter aus Stahl, sondern ein zusammenhängendes, jedoch bewegliches Netz? … oder anders gesagt: keine starre Doktrin, sondern ein Entdeckungsverfahren!"70 Doch die Antwort auf diese fragende Feststellung Karsten Schmidts muss differenziert ausfallen: Einerseits überzeugt dieses wettbewerbliche Governance-Konzept funktional, indem es sich auf die Dynamik des Wettbewerbs einlässt: Regelungsgegenstand und Regelungsstruktur entsprechen einander.71 Andererseits artikuliert sich aber auch ein öffentlich-rechtliches Unbehagen in dieser neuen Governance-Kultur:

Zum einen ist das Wettbewerbsnetz keineswegs so dezentral, wie es beteuert: Es ist auf die Kommission zugeschnitten, die im Wettbe-

Art. 81 EGV Rn. 105 ff.; W. Weiß in: Calliess/Ruffert (Fn. 25), Art. 81 EGV Rn. 149; Hecker (Fn. 12), 93 ff.; grundlegend J. Masing Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997, 19 ff.; F. Schoch Die europäische Perspektive des Verwaltungsverfahrens- und des Verwaltungsprozeßrechts, in: E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Strukturen des europäischen Verwaltungsrechts, 1999, 279 (309 f.); W. Kahl Begriff, Funktionen und Konzepte von Kontrolle, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 3. Bd., 2009, § 47 Rn. 238.

⁶⁷ Vgl. § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB; grds. A. v. Bogdandy/F. Buchhold GRUR 2001, 798 (801); ferner zur Ausweitung der Möglichkeit von Verbands- und Gruppenklagen Kommission, Weissbuch "Schadensersatz wegen der Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts" (KOM [2008] 165 endgültig), 4ff.; I. Brinker in: Schwarze (Fn. 17), Art. 81 EGV Rn. 77; allgemein für das Wettbewerbsrecht Lenski (Fn. 12), 112.

⁶⁸ Erwägungsgrund 19 S. 1 VO 1/2003.

⁶⁹ Vgl. zu diesem engen in der Unterscheidung zum weiten Governance-Begriff G. F. Schuppert Die Verwaltung 40 (2007), 463 (467 ff.); J. Kersten Governance in der Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft, in: E. Grande/S. May (Hrsg.), Perspektiven der Governance-Forschung, 2009, 45 ff.

⁷⁰ K. Schmidt BB 2003, 1237 (1244).

⁷¹ Vgl. zur Regelungsstruktur als zentraler Kategorie der Governance-Forschung *H.-H. Trute/W. Denkhaus/D. Kühlers* Die Verwaltung 37 (2004), 241 (257 ff.); *G. F. Schuppert* Governance im Spiegel der Wissenschaftsdisziplinen, in: ders. (Hrsg.), Governance-Forschung, 2. Aufl. 2006, 371 (374); *ders.* Die Verwaltung 40 (2007), 463 (482 ff.); *ders.* Diskussionsbeitrag, VVDStRL 67 (2008), 336 (337).

werbsnetz ihre zentrale Stellung als "Hüterin des Wettbewerbs"⁷² behauptet.⁷³ Sie hat über das Netzwerk jederzeit die Möglichkeit, einen Wettbewerbsfall an sich zu ziehen, so die nationalen Wettbewerbsbehörden (Art. 11 Abs. 6 S. 1 VO 1/2003) oder die nationalen Gerichte den Stellungnahmen der Kommission nicht folgen (Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003).⁷⁴ Gerade diese letztgenannte Interventionsmöglichkeit der

⁷² Vgl. Kommission (Fn. 57), Nr. 8f., 10f., 83, zu ihrem Vorsatz, im Rahmen des dezentralen Europäischen Wettbewerbsnetzes ihre "führende Rolle" als "Hüterin der Verträge des Gemeinschaftsinteresses" zu erhalten, um insbesondere in der Konzentration auf die "bedeutendsten Fälle" der "Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs" und der "Aufrechterhaltung wettbewerbsfähiger Marktwirtschaft" zu dienen; vgl. zustimmend H.-G. Kamann/C. Horstkotte WuW 2001, 458 (465); grds. A. v. Bogdandy EuZW 2001, 357 (358); ders./F. Buchhold GRUR 2001, 798 (801, 805).

⁷³ Vgl. krit. zu den Zentralisierungstendenzen der Kommission im Europäischen Wettbewerbsnetz U. Böge/A. Scheidgen EWS 2002, 201 (205f.); A. Weitbrecht/J. Mühle EuZW 2008, 551; relativierend A. v. Bogdandy/F. Buchhold GRUR 2001, 798 (801): "gewisse Hierarchisierung zu Gunsten der Kommission und zu Lasten der nationalen Behörden"; grds. krit. P. M. Huber FS Brohm, 2002, 127 (137), zu den in Governance-Netzwerken versteckten "etatistischen Machtansprüchen" der Kommission.

⁷⁴ Die Kommission kann jederzeit ein eigenes Wettbewerbsverfahren eröffnen (Art. 2 Abs. 1 Verordnung [EG] Nr. 773/2004 der Kommission vom 07. 04. 2004 über die Durchführung von Verfahren auf der Grundlage der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag durch die Kommission [ABI. EU 2004 Nr. L 12, 18]). Ein nationales Gericht darf in diesem Fall keine Entscheidung erlassen, die einer angekündigten Kommissionsentscheidung zuwiderläuft, so dass es nur sein Verfahren aussetzen oder die Rechtsfrage dem EuGH vorlegen kann (Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003, Art. 234 EG; auch Nr. 13 Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 81 und 82 der Vertrags [ABI. EU 2004 Nr. C 101, 54]; bereits Kommission [Fn. 57], Nr. 15, 102 f.). Diese Interventionsmöglichkeit der Kommission geht über die Rechtsprechung des EuGH in Delimits (EuGH Rs. C-234/89, Slg. 1991, I-935, Rn. 47) und Masterfoods (EuGH, Rs. C-344/98, Slg. 2000, I-11369, Rn. 51 ff.) zur Vermeidung divergierender Entscheidungen zwischen Kommission und nationalen Gerichten hinaus: Aufgrund der späteren kartellrechtlichen Interventionsmöglichkeit entfaltet bereits die Stellungnahme der Kommission eine normative Vorwirkung im nationalen Gerichtsverfahren, die einer exekutiven Weisung an den Richter sehr nahekommt (W. Durner EuR 2004, 547 [568 ff.]; in diese Richtung auch J. Schwarze/A. Weitbrecht Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts, 2004, § 11 Rn. 59). Dies stellt einen verfassungswidrigen Übergriff der Verwaltung in die Unabhängigkeit der Gerichte dar, die sowohl im deutschen (Art. 97 GG) als auch im europäischen Verfassungsrecht (Art. 6 Abs. 1 EUV, Art. 6 EMRK., Art. 47 Abs. 2 CGR) garantiert ist (Durner ebd., 562 ff.; für einen Verstoß gegen die Unabhängigkeit der Gerichte auf der Grundlage des Weissbuchvorschlags der Kommission bereits W. Möschel JZ 2000, 61 [65 f.]; F. Rittner EuZW 2000, 129; W. Jaeger WuW 2000, 1061 [1067]; A. Deringer EuZW 2000, 5 [9]; A. Geiger EuZW 2001, 116 [117]; J. Gröning WRP 2001, 83

Exekutive in die Judikative aber zeigt, dass wir offenbar in der allgegenwärtigen Diskussion um die Unabhängigkeit von Wettbewerbs- und Regulierungsbehörden⁷⁵ die Wahrung der Unabhängigkeit unserer Gerichte in Governance-Strukturen vollkommen aus den Augen verloren haben.⁷⁶

Zum anderen ist die Stellung des Bürgers bzw. der Unternehmen im europäischen Wettbewerbsnetz angesichts des *more economic approach* grundrechtlich unterentwickelt: Die Rolle der Wettbewerber im Europäischen Wettbewerbsnetz wird primär funktional über ihre institutionelle Leistung für das europäische Wettbewerbssystem bestimmt: Sie setzen über das Schadensersatzrecht das europäische Wettbewerbsrecht dezentral durch. Die Anerkennung der individuellen Wettbewerbsfreiheit als grundrechtlicher Maßstab des Wettbewerbsrechts und des Wettbewerbsnetzes ist damit jedoch nicht verbunden.⁷⁷ Dies mochte halbwegs überzeugen, solange das europäische Wettbewerbsrecht die individuelle Wettbewerbsfreiheit durch seine marktoptimierenden Normen institutionell geschützt hat und die Unternehmen ihre wirtschaftliche Handlungsfreiheit im Wettbewerb zivilrechtlich einklagen und

^{[98];} A. Montag/F. Rosenfeld ZWeR 2003, 107 [131]; aA H.-G. Kamann/C. Horstkotte WuW 2001, 458 [465]; W. Bartels ZfRV 2002, 83 [87]; G. Hirsch ZWeR 2003, 233 [249]; H. H. Schneider in: G. Hirsch/F. Montag/F. J. Säcker [Hrsg.] Münchner Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht [Kartellrecht], 1. Bd. 2007, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 5; M. Sura in: Langen/Bunte [Fn. 63], Art. 16 VO Nr. 1/2003 Rn. 4; A. Klees Europäisches Kartellverfahrensrecht mit Fusionskontrollverfahren, 2005, § 8 Rn. 107: J. Bornkamm ZWeR 2003, 73 [77], der jedoch konstatiert, dass Art. 16 VO 1/2003 "in gewissem Umfang die ungewohnte Ohnmacht des nationalen Richters deutlich macht"; trotz massiver verfassungs- und europarechtlicher Bedenken auch Schwarze/Weitbrecht ebd., § 11 Rn. 59ff., bes. 61). Dieser exekutive Eingriff in die Unabhängigkeit des Richters kann auch nicht durch die Möglichkeit einer Vorlage an den EuGH kompensiert werden (aA Drexl [Fn. 17], 780 f.; Mestmäcker/Schweitzer [Fn. 15], § 5 Rn. 43; Schneider ebd., Art. 16 VO 1/2003 Rn. 5; Sura ebd., Art. 16 VO Nr. 1/2003 Rn. 4; Schwarze/Weitbrecht ebd., § 11 Rn. 61), da ein exekutiver Eingriff in die richterliche Unabhängigkeit weder nach nationalem noch nach europäischem Verfassungsrecht gerechtfertigt werden kann (Durner ebd. 571; aA Bartels ebd., 87; Schneider ebd., Art. 16 VO 1/2003 Rn. 5).

⁷⁵ Vgl. für einen Überblick über die Diskussion *M. Ruffert* Verselbständigte Verwaltungseinheiten: Ein europäischer Megatrend im Vergleich, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Fn. 17), 431 ff.; *C. Möllers* Die drei Gewalten, 2008, 132 ff.

⁷⁶ Vgl. speziell zur Notwendigkeit einer Neubestimmung der Gewaltenteilung im europäischen Wettbewerbssystem *E.-J. Mestmäcker* WuW 2008, 6 (22); bereits *W. Möschel* JZ 2000, 61 (65 f.); *W. Durner* EuR 2004, 547 (556).

⁷⁷ Bis heute lässt der EuGH die Anerkennung der Wettbewerbsfreiheit als individuelles Grundrecht offen (EuGH Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973, Rn. 64; Rs. C-200/96, Slg. 1998, I-1953, Rn. 71).

durchsetzen konnten. Doch im Rahmen des durch den *more economic approach* geprägten europäischen Wettbewerbsrechts wird nicht mehr schlicht die unternehmerische Handlungsfreiheit der Wettbewerber voneinander abgegrenzt. Vielmehr findet eine Einzelfallabwägung zwischen dem freien Wettbewerb und der individuell maximierten Wettbewerbsfreiheit im Hinblick auf soziale, technische und wirtschaftliche Gemeinwohlbelange statt. Diese Abwägung lässt sich nicht mehr angemessen über ein allein institutionelles Wettbewerbsverständnis, sondern nur als Konflikt zwischen der subjektiven und objektiven Dimension der Wettbewerbsfreiheit als Grundrecht abbilden. Die normative Entfaltung der nun in Art. 16 CGR⁷⁸ garantierten Wettbewerbsfreiheit⁷⁹ und die Sicherung der Unabhängigkeit der Gerichte⁸⁰ steht im europäischen Wettbewerbsnetz also noch aus.

III. Instrumenteller Wettbewerb

1. Konzept

Das Konzept instrumentellen Wettbewerbs sieht im Wettbewerb ein hoheitliches Steuerungsmittel. Im Unterschied zum Konzept optimierten Wettbewerbs ist der Wettbewerb nicht Schutzgegenstand, sondern Handlungsinstrument der Verwaltung: Die Verwaltung veranstaltet Wettbewerb, um einen Erfolg zu erzielen, der dem Gemeinwohl dient. Dabei kann der Staat die Intensität des Wettbewerbs durch die rechtliche Ausgestaltung der konkreten Wettbewerbsstruktur steuern, die maßgeblich durch den Wettbewerbsgegenstand, die Motivation der Wettbewerber und die anvisierten Gemeinwohlziele bestimmt wird. Im Rahmen dieser Ausgestaltung der Wettbewerbsintensität muss der Staat zugleich das Hauptproblem dieses Konzepts bewältigen, das im ökonomischen Eskalationspotenzial instrumentellen Wettbewerbs liegt: Nicht die Veranstaltung, sondern die verfassungskonforme Begrenzung

⁷⁸ Vgl. zur Garantie der Wettbewerbsfreiheit durch Art. 16 CGR *J. Schwarze* EuZW 2001, 517 (518); *ders.* EuZW 2004, 135 (139); *ders.* in: ders. (Fn. 17), Art. 16 GRC Rn. 3; *Kahl* (Fn. 25), § 1 Rn. 39; *M. Ruffert* in: Calliess/Ruffert (Fn. 25), Art. 16 GRCh Rn. 2.

⁷⁹ Vgl. krit. zur Vernachlässigung der Wettbewerbsfreiheit als subjektives Recht für die normative Entfaltung des europäischen Wettbewerbsrechts *U. Di Fabio* ZWeR 2007, 266 (275); *M. Dreher* WuW 2008, 23 (24f.); *Drexl* (Fn. 17), 779 ff.; *Schröter* (Fn. 30), 240.

⁸⁰ Vgl. W. Durner EuR 2004, 547 (572 ff.); skeptisch in der verfassungsrechtlichen Entwicklungsperspektive H. Dreier DÖV 2002, 537 (545).

ist die zentrale Herausforderung der Herstellung instrumentellen Wettbewerbs als Verwaltungsaufgabe.

2. Verfassung

Mit den unterschiedlichen Ausgestaltungs- und damit zugleich Begrenzungsmöglichkeiten der Intensität instrumentellen Wettbewerbs variiert auch die verfassungsrechtliche Bewertung dieses Konzepts im Einzelfall: Es kann im Fall des Förderwettbewerbs – etwa im Wissenschaftsrecht – an einen verfassungsrechtlichen Gemeinwohlauftrag anknüpfen. Es hat in der wettbewerblichen Ausgestaltung freiwilliger Konkurrenz um knappe Güter – etwa um Ämter im Beamtenrecht – grundrechtliche Teilhabeansprüche und Diskriminierungsverbote zu beachten. Und es muss sich im Fall staatlicher Zwangsmärkte – etwa im Emissionshandel – als Grundrechtseingriff rechtfertigen.

3. Instrumente

Instrumenteller Wettbewerb hat als Handlungsform der Verwaltung eine lange Tradition, für die die Ausschreibung von Ämtern und Aufträgen steht. ⁸¹ Doch in den letzten fünfzehn Jahren hat sich der Anwendungsbereich instrumentellen Verwaltungswettbewerbs stark ausgedehnt: Wettbewerb bestimmt nicht mehr nur die Ämtervergabe, sondern die gesamte öffentliche Personalwirtschaft. ⁸² Wettbewerb prägt nicht nur die wissenschaftliche Konkurrenz um Fördergelder, sondern das gesamte Hochschulsystem. ⁸³ Emissionen wird nicht nur ordnungs-

⁸¹ Vgl. BT-Drs. 16/10117, 14, im Hinblick auf die im Haushaltsrecht verankerten Vergaberegeln unterhalb der Schwellenwerte: "Wettbewerb ist dabei Mittel, aber nicht Zweck der Normen."

⁸² Vgl. U. Battis NVwZ 2009, 409 (411 ff.); ders. BBG, 4. Aufl. 2009, § 8 Rn. 1 ff., § 9 Rn. 1 ff.; ders. in: Sachs (Hrsg.) GG, 5. Aufl. 2009, Art. 33 Rn. 19, 27 ff., 40; A. Musil Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung, 2005, 218 ff.; T. Hebeler Verwaltungspersonal, 2008, 92 ff., 169 ff.

⁸³ Vgl. zur kontroversen Diskussion *Monopolkommission*, Wettbewerb als Leitbild der Hochschulpolitik, Sondergutachten 30, 2000; *D. Müller-Böling* Die entfesselte Hochschule, 2000, 1ff.; *P. Oberender/J. Fleischmann* ORDO 54 (2003), 93 ff.; *R. Münch* Die akademische Elite, 2007, 297 ff.; *ders.* Globale Eliten, lokale Autoritäten, 2009, 93 ff.; aus juristischer Perspektive *M. Erhardt* WissR 32 (1999), 1 ff.; *K. F. Gärditz* NVwZ 2005, 407 (409 ff.); *ders.* Hochschulorganisationsrecht und verwaltungsrechtliche Systembildung, 2009, 252 ff.; *C. v. Coelln* DVB1. 2009, 1090 ff.; *Lepsius* (Fn. 11), § 19 Rn. 22; *Musil* (Fn. 82), 255 ff., 317 ff.; *Stürner* (Fn. 43), 19 f., 240, 247.

rechtlich vorgebeugt, sondern sie werden als knappe Verschmutzungsrechte gehandelt.⁸⁴

Eine neue Dimension instrumentellen Wettbewerbs stellt die Versteigerung als Handlungsform der Verwaltung dar, weil sie allein im Preis das maßgebliche Entscheidungskriterium sieht. ⁸⁵ Damit tritt bei der Versteigerung das ökonomische Eskalationspotenzial instrumentellen Wettbewerbs in Reinform auf. Dies hat die Versteigerung von UMTS-Frequenzen im Jahr 2000 für 50 Milliarden Euro gezeigt. ⁸⁶ Doch trotz der durchgreifenden verfassungsrechtlichen Einwände ⁸⁷ wird – wie bis-

⁸⁴ Vgl. *G. Lübbe-Wolff* NVwZ 2001, 481 (489); *U. Mager* DÖV 2004, 561 (562ff.); *Stürner* (Fn. 43), 28; *M. Martini* Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung, 2008, 757ff.; jeweils mwN.

⁸⁵ Vgl. für die Versteigerung von Jagdrechten sowie die Diskussion um die Versteigerung von Start- und Landerechten (Slots) *C. Koenig* Die öffentlich-rechtliche Verteilungslenkung, 1994, 163 ff., 408 ff.; *Martini* (Fn. 84), 716 ff.; *J. Saurer* Das ökonomische Paradigma als Herausforderung an die verwaltungsrechtliche Systembildung – dargestellt am Beispiel der Handelbarkeit von Nutzungsrechten, in: Towfigh u.a. (Fn. 12), 183 (191 ff. mwN).

⁸⁶ Vgl. zum Ablauf dieses konkreten Versteigerungsverfahrens detailliert R. Breuer FS Maurer 2001, 24 (31 ff.).

⁸⁷ Das Versteigerungsverfahren nach § 11 TKG 1996/§ 61 TKG 2004 beruht auf dem weder theoretisch noch praktisch überzeugenden Schluss von der Abgabe des Höchstgebots auf eine effiziente Nutzung der Frequenzen als dem gesetzlichen Zweck des Versteigerungsverfahrens (§ 11 Abs. 4 S. 1 TKG 1996, § 61 Abs. 4 S. 1 TKG 2004; BT-Drs. 13/3609, 39; 15/2316, 80; zustimmend U. Hufeld JZ 2002, 871 [874]; K. Ritgen AöR 127 [2002], 351 [356ff., 397f.]; S. Storr K&R 2002, 67 [70]; W. Wegmann in: F. J. Säcker [Hrsg.] BK-TKG, 2. Aufl. 2009, § 61 Rn. 3, 23 f.; M. Martini Die Versteigerung - ein Allokationsmodell auf dem Siegeszug? Zur Rolle des Marktes in der staatlichen Verteilungsordnung, in: M. Bungenberg u.a. [Hrsg.], Recht und Ökonomik, 2004, 249 [263 f.]; zu Recht aA Kirchhof [Fn. 6], 6; B. Grzeszick DVBI. 1997, 878 [884]; R. Breuer FS Maurer 2001, 24 [29, 37ff.]; F. Becker Die Verwaltung 35 [2002], 1 [3 ff.]). Darüber hinaus wird das Versteigerungsverfahren auch nicht den Regulierungszielen des TKG gerecht: Die durch die dynamische Versteigerung verursachten Kosten belasten entgegen § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG im Endeffekt die Verbraucher, schaffen entgegen § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG Marktzutrittsschranken für Newcomer und vernachlässigen entgegen § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG die flächendeckende Grundversorgung zu erschwinglichen Preisen (Breuer ebd., 35 ff.; Becker ebd., 7 ff.; aA J. A. Kämmerer NVwZ 2002, 161 [165]; zurückhaltend C. Koenig ZRP 2001, 252 [254ff., bes. 257]). Diesen regulierungsrechtlichen Einwänden kann nur zum Teil verfahrensrechtlich Rechnung getragen werden, beispielhaft durch die Sicherung der Grundversorgung über Leistungspflichten des obsiegenden Bieters oder die Verwendung des Versteigerungserlöses für die Sicherung der Grundversorgung (Martini ebd., 264ff.; Koenig ebd., 257; J. Ruthig in: H.-W. Arndt/T. Fetzer/J. Scherer [Hrsg.] TKG, 2008, § 61 Rn. 5, 14). Doch auch durch diese Verfahrenssicherungen kann das Hauptproblem der Frequenzversteigerung nicht gelöst werden: Den Versteigerungspreis

her – auch im kommenden Frühjahr eine Frequenzversteigerung nach den Grundsätzen der offenen, aufsteigenden und simultanen Mehrrundenauktion durchgeführt.⁸⁸ Dabei wird die Begrenzung des ökonomischen Eskalationspotenzials weniger im Auktionsdesign⁸⁹ als vielmehr

zahlen – selbst wenn es sich um "versunkene" Kosten handelt – letztlich die Verbraucher. Die eskalierenden Versteigerungseinnahmen sind "Danaergeschenke" (Koenig ebd., 257); vgl. darüber hinaus zum Streit um die finanzverfassungsrechtliche Einordnung des Versteigerungserlöses Breuer ebd., 42 ff.; Becker ebd., 10 ff.; Hufeld ebd., 875 ff.; Martini ebd., 269 ff.; R. Hahn/A. M. Hartl in: K.-D. Scheuerle/T. Mayen (Hrsg.) Telekommunikationsgesetz, 2. Aufl. 2008, § 61 Rn. 33 mwN. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 105, 185 [193]) hat die finanzverfassungsrechtliche Einordnung des Versteigerungserlöses offengelassen (P. Selmer NVwZ 2003, 1304 [1305]: "Meisterleistung thematischer Enthaltsamkeit"; Hahn/Hartl ebd., § 61 Rn. 32). Der Gesetzgeber hat jedoch in Kenntnis dieser kontroversen verfassungsrechtlichen Diskussion die Versteigerung als ein rechtsstaatlich unbedenkliches Verfahren eingeordnet (BT-Drs. 15/2316, 80; Hahn/Hartl ebd., § 61 Rn. 35).

88 Bisher wurden vier Frequenzversteigerungen durchgeführt: ERMES (1996), GSM (1999), UMTS/IMT (2000), BWA (2006) (M. Geppert in: ders./H.-J. Piepenbrock/R. Schütz/F. Schuster [Hrsg.], TKG, 3. Aufl. 2006, § 61 Rn. 30). In allen vier Fällen erfolgte die Versteigerung in Form der offenen, aufsteigenden, simultanen Mehrrundenauktion: Alle zu versteigernden Frequenzen werden gleichzeitig aufgerufen. Die zugelassenen Bieter geben gleichzeitig und geheim ihre Gebote in einem festgesetzten Zeitrahmen ab. Nach jeder Auktionsrunde werden den Bietern die jeweiligen Höchstgebote elektronisch mitgeteilt. Das Verfahren wird solange fortgesetzt, bis kein valides Angebot mehr abgegeben wird (M. Geppert ebd., § 61 Rn. 46; J. Ruthig in: Arndt/Fetzer/Scherer [Fn. 87], § 61 Rn. 13; W. Wegmann in: Säcker [Fn. 87], § 61 Rn. 36; R. Hahn/A. M. Hartlin; Scheuerle/Mayen [Fn. 87], § 61 Rn. 22.). Auch die für das Frühjahr 2010 geplante Frequenzauktion soll nach diesem Auktionsverfahren durchgeführt werden (Bundesnetzagentur, Entwurf zur Anhörung einer Entscheidung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen über die Festlegungen und Regelungen für die Durchführung des Verfahrens zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 800 MHz, 1,8 GHz und 2.6 GHz für den drahtlosen Netzzugang zum Angebot von Telekommunikationsdienten [Auktionsregeln]; Entscheidung gemäß §§ 55 Abs. 9, 61 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 4 und 5, 132 Abs. 1 und 3 TKG - Aktenzeichen: BK 1a - 09/002 [http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/16777.pdf (Abruf: 23. 9. 2009)], 1, 5, 22 ff.).

⁸⁹ Der Entwurf der Auktionsregeln für die im Frühjahr 2010 geplante Versteigerung von Frequenzen reflektiert das ökonomische Eskalationspotenzial der offenen, aufsteigenden, simultanen Mehrrundenauktion und versucht, ihm durch die folgenden Verfahrensregelungen zu begegnen (Bundesnetzagentur, Entwurf [Fn. 88]): Ständiger Informationsfluss an alle Bieter (10, 22, 26, 28f.), Möglichkeit des Gebotwechsels zwischen verschiedenen Frequenzen (22), differenzierte Festlegung der Mindestinkrimente (6f., 25f.), Möglichkeit von fünf Bieterbefreiungen (waivers) (8f., 27) und Rücknahmeoption von Höchstgeboten (9, 27f.). Diese Beschränkungsversuche des ökonomischen Eskalationspotenzials erfüllen jedoch nicht die verfassungsrechtlichen

in der Tatsache liegen, dass die *new economy* der Geschichte angehört und eine Weltwirtschaftskrise die Gegenwart prägt. 90 Will der Staat also das ökonomisch zugespitzte Steuerungspotenzial der Versteigerung nutzen, muss er zugleich ihr ökonomisches Eskalationspotenzial verfassungskonform begrenzen. Dies gilt nicht nur, wenn der Staat wie im Fall von Emissionszertifikaten die Versteigerung als umweltpolitisches Steuerungsinstrument nutzt (§ 21 ZuG 2012), sondern insbesondere auch dann, wenn er die Versteigerung wie im Fall der elektronischen Auktion im fiskalischen Eigeninteresse einsetzen will (§ 101 Abs. 6 S. 1 GWB).91

Das Emissionshandelsrecht sieht in der Versteigerung von Luftverschmutzungsrechten keine fiskalische Einnahmequelle. Sie ist ein ökologisches Steuerungsinstrument, das auf der Grundlage des umweltrechtlichen Verursacherprinzips den betriebswirtschaftlichen Innovationsdruck erhöhen will, klimafreundlich zu produzieren.⁹² In Deutschland werden Emissionszertifikate ab dem Jahr 2010 versteigert

Anforderungen: Die gewählte englische Auktionsform kennt keine fiskalische Begrenzung. Deshalb genügt sie im Hinblick auf den Versteigerungszweck, eine effektive Frequenzallokation herzustellen (§ 61 Abs. 4 S. 1 TKG), nicht dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (vgl. speziell zum ökonomischen Eskalationspotenzial von Versteigerungen *R. Breuer* FS Maurer 2001, 24 [35]; aA *U. Hufeld* JZ 2002, 871 [874f.], der das Eskalationsrisiko der Verantwortung der Bieter zuweist).

⁹⁰ Vgl. H. Bünder UMTS-Auktionen. Wettlauf um die Digitale Dividende (3. 9. 2009) (http://www.fazfinance.net/Aktuell/Wirtschaft-und-Konjunktur/Wettlauf-um-die-Digitale-Dividende-7434.faz?print=1 [Abruf am 18. 9. 2009]).

⁹¹ Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 23. 4. 2009 (BGBl. I, 790).

⁹² Die RL 2009/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG zwecks Verbesserung und Ausweitung des Gemeinschaftssystems für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten (ABI. EU 2009, Nr. L 140, 63) sieht eine Reduktion der CO2-Emissionen um 21 % bis 2020 gegenüber 2005 vor (I. Zenke/C. Telschow IR 2009, 29 [30]). Dabei soll ab der dritten Handelsperiode die Versteigerung die Grundform der Zertifikatsverteilung darstellen (Art. 10 Abs. 1 S. 1 RL; Zenke/Telschow ebd., 30; B. W. Wegener ZUR 2009, 283 [286]; S. Jungnickel/P. Dulce NVwZ 2009, [623]). Eine vollständige Versteigerung der Zertifikate ist für den Stromsektor und für die Abscheidung und Speicherung von CO2 ab 2013 vorgesehen. Die Kommission will bis zum 31. 6. 2010 eine Versteigerungsverordnung über den zeitlichen und administrativen Ablauf sowie sonstige Aspekte der Versteigerung erlassen, um ein offenes, transparentes und nicht diskriminierendes Verfahren sicherzustellen (Art. 10 Abs. 4 RL 2009/29/EG; Zenke/Telschow ebd., 31). Die Richtlinie 2008/101/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG zwecks Einbeziehung des Luftverkehrs in das System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft (ABI. EU 2009, Nr. L 8, 3) sieht eine Versteigerung von 15 % der Zertifikate vor, wobei der Anteil der versteigerten Zertifikaten nach dem 1. 1. 2013 im Rahmen der allgemeinen Überprüfung der RL erhöht werden kann (Erwägungsgrund 20 S. 2, Art. 3d Abs. 1 und 2 RL).

(§ 21 Abs. 1 S. 1 ZuG 2012).93 Für die verfassungsrechtliche Bewertung dieser Form instrumentellen Wettbewerbs kommt es auf die Ausgestaltung des Versteigerungsverfahrens an.⁹⁴ Eine Versteigerung nach dem Modell der englischen Auktion - alle Zertifikate auf einmal zu den höchsten Geboten (§ 156 S. 2 BGB)95 - wäre in seinen ökonomischen und industriepolitischen Folgen unkalkulierbar und schon deshalb nicht mit der Unternehmensfreiheit vereinbar. Aus diesem Grund hat sich die Emissionshandels-Verordnung 201296 für eine andere Gestaltung der Versteigerung entschieden: Es werden wöchentlich nur 870 000 der jährlich 40 Millionen Berechtigungen versteigert (§ 2 Abs. 1 und 2 EHVV 2012).97 Die Versteigerung erfolgt nach dem Einheitspreisverfahren in nur einer Bieterrunde bei geschlossenem Orderbuch das heißt: Es findet kein gegenseitiges dynamisches Überbieten statt. Der von allen erfolgreichen Bietern zu entrichtende Zuschlagspreis entspricht dem niedrigsten Gebot, dessen Mengenorder noch durch die wöchentlich versteigerte Gesamtmenge befriedigt werden kann (§ 3 Abs. 4 und 5 EHVV 2012).98 Daher wird sich der Zuschlagspreis am wöchentlichen Handelswert der Emissionszertifikate orientieren, zu dem ein Unternehmen alternativ zur Versteigerung Zertifikate auf dem Emissionshandelsmarkt kaufen kann. 99 Auf diese Weise wird der Preis

⁹³ Vgl. BT-Drs. 16/13189, 1, 7; *S. Kolbes* NVwZ 2007, 857 (862); *S. Jungnickel/P. Dulce* NVwZ 2009, 623.

⁹⁴ Vgl. S. Magen Rechtliche und ökonomische Rationalität im Emissionshandelsrecht, in: Towfigh u.a. (Fn. 12), 9 (19ff.) grundsätzlich für die verfassungsrechtliche Möglichkeit, Emissionszertifikate zu versteigern J. A. Kämmerer NVwZ 2002, 161 (162ff.); E. Enders LKV 2007, 193 (196); Martini (Fn. 84), 770ff.; ders./J. Gebauer ZUR 2007, 225 (229ff.); B. W. Wegener ZUR 2009, 283 (286); aA M. Rebentisch NVwZ 2006, 747 (749ff.); M. Burgi/P. Selmer Verfassungswidrigkeit einer entgeltlichen Zuteilung von Emissionszertifikaten, 2007.

⁹⁵ Vgl. zur englischen Auktion *Martini* (Fn. 84), 313 ff.; *ders.* (Fn. 87), 262; *R. Bork* in: J. v. Staudinger, BGB, 2003, § 156 Rn. 1 ff.; *E. A. Kramer* in: K. Rebmann/F. J. Säcker/R. Rixecker (Hrsg.) Münchner Kommentar, 4. Aufl. 2001, § 156 BGB Rn. 4; krit. *R. Breuer* FS Maurer 2001, 24 (47).

⁹⁶ Verordnung über die Versteigerung von Emissionsberechtigungen nach dem Zuteilungsgesetz 2012 (Emissionshandels-Versteigerungsverordnung 2012 – EHVV 2012) (BGBI. 2009 I, 2048); Gesetzesbegründung BT-Drs. 16/13189.

⁹⁷ Vgl. BT-Drs. 16/13189, 8.

⁹⁸ Vgl. BT-Drs. 16/13189, 8f.

⁹⁹ Vgl. BT-Drs. 16/13189, 2, 7. Für das Funktionieren des Emissionshandelssystems ist damit die gegenseitige Stabilisierung von Versteigerungs- und Handelspreis essentiell. In der ersten Handelsperiode (2005–2007) unterlag der Preis für die kostenlos ausgegebenen Zertifikate extremen Schwankungen, die von 30 Euro zu Beginn und 0,01 Euro zum Ende dieser Handelsperiode reichten (*I. Zenke/C. Telschow* IR 2009, 29 [32 Fn. 11]; *M. Martini/J. Gebauer* ZUR 2007, 225). Dieser Preissturz war maß-

für Zertifikate durch die Versteigerung nicht fiskalisch maximiert, sondern umweltökonomisch optimiert,¹⁰⁰ was für eine verfassungskonforme Fortentwicklung des Emissionshandelssystems spricht.

Im Gegensatz dazu verfolgt die elektronische Auktion, die durch die GWB-Novelle 2009 in das deutsche Vergaberecht eingeführt wurde, eine rein fiskalische Finanzierungsfunktion für die Verwaltung: "Die elektronische Auktion," so der neue § 101 Abs. 6 S. 1 GWB, "dient der elektronischen Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots" und damit dem Gemeinwohlbelang einer wirtschaftlichen staatlichen Haushaltsführung. Bisher wurde die elektronische Auktion im deutschen Vergaberecht noch nicht näher ausgestaltet;¹⁰¹ und Vorsicht ist in der Tat geboten: Das europäische Richtlinienvorbild stellt sich unter der elektronischen Auktion ein iteratives Versteigerungsverfahren für preisstandardisierte Güter vor;¹⁰² verfahrensrechtlich heißt dies:¹⁰³ Auf einer ersten Stufe geben die Bieter je für sich ein Angebot ab, das vom öffentlichen Auftraggeber im Hinblick auf seine Wirtschaftlichkeit evaluiert wird.¹⁰⁴ Sodann beginnt

geblich durch den Verfall der Zertifikate am Ende der ersten Handelsperiode bedingt, so dass die Übertragbarkeit von Emissionsberechtigungen in die folgende Handelsperiode Voraussetzung für deren Wertstabilität ist (Zenke/Telschow ebd.; S. Kolbes NVwZ 2007, 857 [867]).

¹⁰⁰ Vgl. zu den ergänzenden Marktaufsichtsmechanismen des § 5 Abs. 2 und 3 EHVV 2012 BT-Drs. 16/13189, 9f.

¹⁰¹ Vgl. zur Ausgestaltungsbedürftigkeit M. Müller/T. Ernst NJW 2004, 1768 (1772);
J. Ruthig NZBau 2006, 208 (212); M. Burgi/H. Gölnitz DÖV 2009, 829 (834f.).

¹⁰² Vgl. Erwägungsgrund 22 Art. 1 Abs. 6, Art. 56 Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (ABI. EU 2004, Nr. L 134, 1); Erwägungsgrund 18, Art. 1 Abs. 7, Art. 54 Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABI. EU 2004, Nr. L 134, 114).

¹⁰³ Vgl. hierzu und zum Folgenden M. Opitz NZBau 2003, 183 (190f.); M. Knauff EuZW 2004, 141 (142); S. Rechten NZBau 2004, 366 (369f.); A. Kullack/R. Terner ZfBR 2004, 346 (347f.); J. Ruthig NZBau 2006, 208 (212); M. Müller Elektronische Auktionen und dynamische Beschaffungssysteme, in: R. Pitschas/J. Ziekow (Hrsg.), Vergaberecht im Wandel, 2006, 125 (131ff.); J. Byok NVwZ 2009, 551 (553f.); Martini (Fn. 84), 280ff.; W. Frenz Handbuch Europarecht, 3. Bd., 2007, Rn. 3272ff.; C. Fuchs Instrumente und Verfahren staatlicher Verteilungsverwaltung, in: Towfigh u.a. (Fn. 12), 205 (216); zur Frage der Zulässigkeit von elektronischen Auktionen im Rahmen der unterschwelligen Vergabe P. Probst ThürVBI. 2002, 245ff.

¹⁰⁴ Diese wirtschaftliche Evaluation des jeweils ersten Angebots ist für das Versteigerungsverfahren von zentraler Bedeutung, damit die Bieter nicht zunächst finanziell überteuerte Gebote abgeben, um diese sodann im eigentlichen Steigerungsverfahren nur scheinbar nachzubessern (vgl. zu dieser Gefahr M. Knauff EuZW 2004, 141 [142]).

auf der zweiten Stufe das eigentliche Steigerungsverfahren, in dem die Bieter immer wieder erneut elektronisch aufgefordert werden, ihre Angebote zu verbessern - sprich: für den Staat zu verbilligen - und sich so gegenseitig zu unterbieten. Dabei kann jeder Bieter am eigenen Computerbildschirm verfolgen, welchen Bieterrang er im Hinblick auf das niedrigste Gebot gerade einnimmt. 105 Das Problem dieses Verfahrens besteht darin, wie die Schranke staatlicher Effizienzmaximierung gezogen wird, obwohl diese doch gerade der zentrale Zweck der Auktion ist: Darf der öffentliche Auftraggeber die privaten Bieter in der elektronischen Auktion vom homo oeconomicus in den homo ludens überführen, der durch die Schnelligkeit des mouse-Klicks dazu verleitet wird, ein nicht mehr kostendeckendes Angebot abzugeben?¹⁰⁶ Die Antwort auf diese Frage, die vor allem auch der Berufsfreiheit genügen muss. 107 ergibt sich aus dem europäischen und deutschen Verständnis des Vergaberechts als Teil des Wettbewerbsrechts: Öffentliche Auftraggeber müssen bei der elektronischen Auktion den Grundsatz freien Wettbewerbs beachten. Deshalb dürfen sie über ihre Marktmacht das Versteigerungsverfahren nicht in einen ruinösen Bieterwettbewerb überführen. 108 Diese Einrede freien Wettbewerbs lässt sich in der Struktur des elektronischen Auktionsverfahrens abbilden: Evident niedrige Angebote muss der Staat ablehnen bzw. den Bieter um nähere Aufklärung hinsichtlich ihrer Wirt-

¹⁰⁵ Vgl. zum Problem der Bieteranonymisierung und Angebotsvertraulichkeit *P. Probst* ThürVBl. 2002, 245 ff.; *S. Rechten* NZBau 2004, 366 (370); *Müller* (Fn. 103), 137 ff.; *ders./T. Ernst* NJW 2004, 1768 (1772).

¹⁰⁶ Vgl. auch krit. M. Opitz NZBau 2003, 183 (191); S. Rechten NZBau 2004, 366 (370); A. Kullack/R. Terner ZfBR 2004, 346 (347f.); Martini (Fn. 84), 281 f.

¹⁰⁷ Die grundrechtlichen Dimensionen des Vergaberechts sind nach wie vor umstritten. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Frage, ob in der einzelnen Auftragsvergabe ein Eingriff in die Berufsfreiheit der abgelehnten Konkurrenten liegt (vgl. zum Streitstand *J. F. Lindner* DÖV 2003, 185 [186, 191 f.]; *Huber* [Fn. 20], 441 ff.; jeweils mwN). In der vorliegenden Fragestellung geht es jedoch nicht um die grundrechtliche Bewertung der einzelnen Auftragsvergabe, sondern um die grundrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung des Vergabeverfahrens: Das Versteigerungsdesign muss der in Art. 12 Abs. 1 GG garantierten Berufsfreiheit gerecht werden, deren objektive Dimension die Freiheit des Wettbewerbs vor dem Missbrauch der staatlichen Marktmacht auch im elektronischen Versteigerungsverfahren schützt.

¹⁰⁸ Vgl. § 97 Abs. 1 GWB; Art. 56 Abs. 9 RL 2004/17/EG; Art. 54 Abs. 8 UAbs. 2 RL 2004/18/EG; grds. zum Vergaberecht als Teil des Wettbewerbsrechts aus europäischer Perspektive *Frenz* (Fn. 103), Rn. 1699 ff., aus deutscher Umsetzungsperspektive *Bunte* (Fn. 12), 427. Ein ruinöser Bieterwettbewerb würde letztlich auch nur zu Monopolisierungseffekten auf den Nachfragemärkten der öffentlichen Hand führen, was auf lange Sicht höhere Preise für die Verwaltung zur Folge hätte (*M. Müller/T. Ernst* NJW 2004, 1768 [1772 f.]).

schaftlichkeit bitten.¹⁰⁹ Für das Auktionsende sollte kein fixer Zeitpunkt gewählt, sondern eine zeitlich retardierende Lösung gefunden werden, um ein "unlauteres Ausnützen des letzten Moments"¹¹⁰ durch die öffentlichen Auftraggeber zu verhindern.

4. Organisation

Diese verfahrensrechtlichen Ausgestaltungen instrumentellen Wettbewerbs beschränken nicht nur das ökonomische Eskalationspotenzial dieser staatlichen Handlungsform, sondern ermöglichen zugleich auch deren verwaltungsorganisatorisch dezentralen Einsatz, dessen Rechtmäßigkeit insbesondere im Konkurrentenstreit gerichtlich überprüft wird.¹¹¹

IV. Regulierter Wettbewerb

1. Konzept

Das Konzept regulierten Wettbewerbs zielt auf die Herstellung "gemeinwohlpflichtigen Wettbewerbs."¹¹² Es ist in seiner europäischen Form im Rahmen der Liberalisierung und Privatisierung von Telekommunikation, Post, Energie und Bahn entstanden.¹¹³ Regulierung¹¹⁴

¹⁰⁹ Vgl. Art. 57 RL 2004/17/EG, Art. 55 RL 2004/18/EG; hierzu *Frenz* (Fn. 103), Rn. 3289, mit Betonung der bieterschützenden Wirkung dieser Regelung; allerdings krit. *M. Opitz* NZBau 2003, 183 (191); *A. Kullack/R. Terner* ZfBR 2004, 346 (347f.).
¹¹⁰ A. Kullack/R. Terner ZfBR 2004, 346 (347f.).

¹¹¹ Vgl. *Battis* BBG (Fn. 82), § 9 Rn. 30ff.; *ders.* in: Sachs (Fn. 82), Art. 33 Rn. 41; *R. Schmidt* Die Rechtsgarantie gerichtlicher Kontrolle in einer globalisierten Wirtschaft, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Fn. 17), 529 (533 f.); *P. M. Huber* Konkurrenzschutz (Fn. 20).

¹¹² J. Masing DJT 66 (2006), D 5 (D 44); vgl. ferner ders. Zur Möglichkeit und Notwendigkeit übergreifender Grundsätze der Netzregulierung, in: J. Lüdemann (Hrsg.), Telekommunikation, Energie, Eisenbahn, 2008, 155 (158): "Herstellung von gemeinverträglichem Wettbewerb auf Netzen"; Lepsius (Fn. 11), § 19 Rn. 1, 28 ff., 44: "sozialpflichtiger Wettbewerb".

¹¹³ Vgl. zu den US-amerikanischen Wurzeln des Regulierungsrechts *J. Masing* AöR 128 (2003), 558 ff.; *ders.* Die Verwaltung 36 (2003), 1 (2f.); *D. Eberle* PVS 44 (2003), 483 (486 ff.); *T. v. Danwitz* DÖV 2004, 977 (978 f.); *M. Holoubek* ÖJT 17 (2009), Bd. I/1, 13 ff.; *Lepsius* (Fn. 11), § 19 Rn. 31; *C. Berringer* Regulierung als Erscheinungsform der Wirtschaftsaufsicht, 2004, 83 ff.; *M. Fehling* Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, 2001, 63 ff.

¹¹⁴ Der Begriff der "Regulierung" hat sich in den letzten fünfzehn Jahren gefestigt: Regulierung ist die zielplurale Gestaltung von Marktprozessen, insbesondere in den infrastrukturellen Netzwirtschaften (*Schulze-Fielitz* [Fn. 2], § 12 Rn. 57 ff.; *M. Ruffert*

will freien Wettbewerb zwischen oder auf diesen Netzen herstellen und muss dabei zugleich deren Daseinsvorsorgeleistungen garantie-

AöR 124 [1999], 237 [241 ff.]; H.-H. Trute FS Brohm, 2002, 169 [170 ff.]; M. Holoubek Aufgaben, Organisation und Verfahren von "Regulierungsbehörden" vor dem Hintergrund verfassungsrechtlicher Anforderungen, in: A. Duschanek [Hrsg.], Beiträge zur Ausgliederungsdiskussion, 2002, 48ff.; ders. ÖJT 17 [2009], Bd. I/1, 19ff., 91ff.; A. Voβkuhle [Fn. 2], 304ff.; M. Burgi DVBI. 2006, 269 [270f.]; H. C. Röhl JZ 2006, 831 f.; F. Schorkopf JZ 2008, 20 [21]; W. Kahl Die Verwaltung 42 [2009], 463 [479 ff.]; H. Wißmann Regulierung, Deregulierung, in: W. Heun/M. Honecker/M. Morlok/ J. Wieland [Hrsg.], Evangelisches Staatslexikon, 2006, 1978 [1983, 1986]; M. Fehling Regulierung als Staatsaufgabe im Gewährleistungsstaat Deutschland - Zu den Konturen eines Regulierungsverwaltungsrechts -, in: H. Hill [Hrsg.], Die Zukunft des öffentlichen Sektors, 2006, 91 [92 ff.]; für ein weitergehendes Verständnis von Regulierung C. Bumke Die Verwaltung 41 [2008], 227 [228]; W. Kahl Die Verwaltung 42 [2009], 463 [479 ff.]; M. Eifert Übergreifende Regulierungsstrategien, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle [Fn. 2], § 19 Rn. 1 ff.; C. Franzius Gewährleistung im Recht, 2009, 416ff.). Die Legaldefinition von "Regulierung" in § 3 Nr. 13 TKG (1996) verwies schlicht auf die durch das Telekommunikationsgesetz eröffneten Maßnahmen. Sie versprach insofern keinen Erkenntnisgewinn und wurde deshalb zu Recht nicht in das TKG 2004 übernommen. Die Konturen des Regulierungsverwaltungsrechts ergeben sich durch eine allgemeine Abstraktion aus den Instrumenten, Verfahren und Organisationsformen des TKG, PostG, EnWG und AEG. Sie werden durch die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur für diese regulierungsrechtlichen Sektoren weiter geschärft (§ 2 Abs. 1 BNAG). Aufgrund der materiell-rechtlichen Grundlage geht die Bestimmung des Regulierungsbegriffs damit über die formelle Betrachtung hinaus, "regulation is what regulators do" (A. Schebstadt WuW 2005, 6 [8] mwN; zur US-amerikanischen Grundlage dieser formellen Begriffsbestimmung Lepsius [Fn. 11], § 19 Rn. 67). Aufgrund dieser positivrechtlichen Anknüpfung des verwaltungsrechtswissenschaftlichen Zugangs kann nicht mehr - wie zu Beginn der europäischen und deutschen Regulierungsdebatte - unter Rückgriff auf das "Wesen" von Regulierung argumentiert werden (T. v. Danwitz DÖV 2004, 977 [980]). Ein Beispiel hierfür bietet etwa Martin Bullinger in seinem programmatischen Aufsatz Regulierung als modernes Instrument zur Ordnung liberalisierter Wirtschaftszweige (DVBI. 2003, 1354): Der Gestaltungsauftrag der Regulierung "sprengt" nach Bullinger "die herkömmliche kontinentaleuropäische Vorstellung von gesetzlichen Vorschriften, die durchgeführt werden und deren Durchführung gerichtlich kontrolliert wird. In den Vordergrund rückt eine Art von "Mobilmachung" aller Staatsorgane für ein bestimmtes Ziel, die Regulierung" (1358), wobei die unabhängige Regulierungsbehörde im Rahmen ihrer administrativen Gestaltungsaufgabe eine "quasi-gesetzgeberische" und "quasi-richterliche Tätigkeit" (1359, 1361) ausübt (vgl. zu Recht krit. A. Schebstadt WuW 2005, 6 [10]; T. Mayen in: Scheuerle/Mayen [Fn. 87], § 116 Rn. 3; ders. DJT 66 [2006], O 45 [O 52f.]; T. Attendorn DVBI. 2008, 1408 [1417]; F. Schorkopf JZ 2008, 20: "Zielvorstellungen guter Ordnung im neuen Verwaltungsrecht", die rechtsstaatliche Bindungen überspielen; zur selektiven terminologischen Rezeption allerdings BVerwGE 130, 39 [44f.]: Einordnung der Marktdefinition im Sinn des § 10 TKG als eine "der Bundesnetzagentur vom Gesetzgeber übertragene quasi-gesetzliche Aufgabe, die auf den Erlass einer abstrakt-generellen Regelung zielt.").

ren. ¹¹⁵ Deshalb konstituiert das Regulierungsrecht einen von vornherein sozial, ökologisch, ökonomisch, technisch und territorial konditionierten Wettbewerb. ¹¹⁶ Die konzeptionelle Eigenständigkeit regulierten Wettbewerbs gegenüber den Konzepten optimierten und instrumentellen Wettbewerbs kommt dabei in der spezifischen Doppelfunktion des Wettbewerbs als Regulierungsziel und als Regulierungsmittel zum Ausdruck: ¹¹⁷ Das Regulierungsrecht sieht in der Herstellung von Wettbewerb ein selbstständiges Regulierungsziel ¹¹⁸ und damit einen eigenständigen Gemeinwohlbelang. ¹¹⁹ Diesem kommt es auf die Überwindung der ehemaligen staatlichen Monopolstrukturen ¹²⁰ und auf die dauerhafte wettbewerbliche Neutralisierung "natürlicher Netzmonopole" ¹²¹ zugunsten des "langfristigen Entdeckungspotentials des freien

¹¹⁵ Vgl. J. Masing DJT 66 (2006), D 5 (D 46); Lepsius (Fn. 11), § 19 Rn. 1, 3, 27; Wißmann (Fn. 114), 1982; C. Engel Die Verwaltung 30 (1997), 429 (455); W. Kahl Die Verwaltung 42 (2009), 463 (479 ff.). "Der Markt kennt keinen Infrastrukturauftrag" (Martini Versteigerung [Fn. 87], 264), was freilich nicht die Möglichkeit ausschließt, dass die "unsichtbare Hand" eines funktionierenden Markts die Grundversorgung "gleichsam nebenbei gewährleistet" (M. Fehling DÖV 2002, 793 [797], im Hinblick auf Art. 87f Abs. 1 GG).

¹¹⁶ Vgl. § 1, § 2 Abs. 2 TKG; § 1, § 2 Abs. 2 PostG; § 1 EnWG; § 1 Abs. 1 S. 1 AEG; pointiert *Lepsius* (Fn. 11), § 19 Rn. 43, 49; darüber hinaus *J. Masing* Die Verwaltung 36 (2003), 1 (6); *ders.* HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 90 Rn. 36; *ders.* DJT 66 (2006), D 5 (D 20, D 46f., D 160); *T. v. Danwitz* DÖV 2004, 977 (984); *M. Burgi* DVBl. 2006, 269 (271); *ders.* NJW 2006, 2439; *S. Storr* DVBl. 2006, 1017 (1018); *Wiβmann* (Fn. 114), 1979, 1982; *C. Koenig* DVBl. 2009, 1082.

¹¹⁷ Vgl. Lepsius (Fn. 11), § 19 Rn. 2, 32.

¹¹⁸ Vgl. § 1, § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG, § 1, § 2 Abs. 2 Nr. 2 PostG; § 1 Abs. 2 EnWG; § 1 Abs. 1 S. 1 AEG.

¹¹⁹ Vgl. BVerwGE 114, 160 (191); 118, 226 (239 f.): *J. Masing* DJT 66 (2006), D 5 (D 46: "Im Kern hat Regulierung aber den Wettbewerb als Wettbewerb zu ermöglichen und schon damit die Gemeinwohlinteressen zu befördern.", D 50); *ders.* Möglichkeit (Fn. 112), 168; *H. C. Röhl* JZ 2006, 831 (834); *M. Fehling* Das Recht der Eisenbahnregulierung, in: Lüdemann (Fn. 112), 118 (124); *J.-P. Schneider* Stand und Perspektiven der Energiemarktregulierung, in: Lüdemann, ebd., 107; *Heise* (Fn. 12), 41. Wenn *Oliver Lepsius* (Fn. 11), § 19 Rn. 33, betont, die regulierten Branchen unterlägen keinem freien Wettbewerb, so bezieht sich dies auf die Abwägung des Wettbewerbs als Regulierungsziel mit den übrigen sozialen, ökologischen, ökonomischen, technischen oder territorialen Regulierungszielen, nicht jedoch auf das Verhältnis der Wettbewerber auf den regulierten Märkten.

¹²⁰ Vgl. BVerwGE 114, 160 (180); 117, 93 (101 f.); 118, 226 (234).

¹²¹ Vgl. *C. Engel* Die Verwaltung 30 (1997), 429 (470 f.); *J. Masing* DJT 66 (2006), D 5 (D 10, D 50); *Lepsius* (Fn. 11), § 19 Rn. 15; 10; *Heise* (Fn. 12), 46 ff., 99 ff.; *G. Britz* in: dies./J. Hellermann/G. Hermes (Hrsg.) EnWG, 2008, Vorb. §§ 20 ff. Rn. 2 f., 13; *M. Schmidt-Preuβ* FS R. Schmidt, 2006, 547 (548): "Das natürliche Monopol kennt keinen Wettbewerb."

Markts"122 an.¹23 Das Regulierungsrecht sieht im Wettbewerb aber auch zugleich ein Regulierungsmittel, da die Wettbewerbsstruktur den instrumentellen Ansatzpunkt bietet, um die sozialen, ökologischen, ökonomischen, technischen und territorialen Gemeinwohlziele in die Daseinsvorsorgemärkte zu implementieren.¹24 Damit wird das Hauptproblem dieses Konzepts deutlich, das in der verfassungskonformen Bestimmung des exekutiven Ermessens für die Gestaltung regulierten Wettbewerbs als Verwaltungsaufgabe liegt.

2. Verfassung

Die Verfassung regulierten Wettbewerbs wird durch Art. 87e und Art. 87f GG bestimmt. Sie öffnet Eisenbahn, Telekommunikation und Post für eine wettbewerbliche Leistungserbringung¹²⁵ und fordert zu-

¹²² J. Masing DJT 66 (2006), D 5 (D 46); vgl. auch K. F. Gärditz NVwZ 2009, 1005 (1009); M. Eifert Innovationsfördernde Regulierung, in: ders./W. Hoffman-Riem (Hrsg.), Innovationsfördernde Regulierung, 2009, 11 (16).

¹²³ Es mag sein, dass das technisch innovative Telekommunikations- und Postrecht eines Tages vom Konzept des regulierten Wettbewerbs zum Konzept des optimierten Wettbewerbs übergeht; im Energie- und Bahnrecht ist aufgrund der "natürlichen Monopole" der regulierte Wettbewerb eine Daueraufgabe (*F. J. Säcker ZNER 2004, 98 [100]; J. Masing DJT 66 [2006], D 5 [D 50]; ders.* HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 90 Rn. 49; *Kahl Die Staatsaufsicht, 2000, 392; Lepsius [Fn. 11], § 19 Rn. 67; Heise [Fn. 12], 97 f.; I. Henseler-Unger Die Bundesnetzagentur als Regulierungsbehörde, in: Lüdemann [Fn. 112], 37 [41]; <i>M. Wagemann Zum Verhältnis von Regulierungs- und Kartellrecht, in: Lüdemann, ebd., 53 [65]; krit. A. Schebstadt IR 2004, 223 ff.; ders.* WuW 2005, 6 [13]; weiterführend *P. Schumacher Kriterien für eine Gestaltung des Übergangs vom sektorenspezifischen Regulierungsrecht in das allgemeine Kartellrecht, in: Towfigh u.a. [Fn. 12], 53 [68 ff.]).*

¹²⁴ Vgl. zur instrumentellen Dimension des Wettbewerbs im Regulierungsrecht *M. Burgi* DVBl. 2006, 269 (271); *J.-P. Schneider* (Fn. 119), 106; *Eifert* (Fn. 114), § 19 Rn. 127; *Lepsius* (Fn. 11), § 19 Rn. 1, 29, 58. Im Unterschied zu dieser juristischen Perspektive stellt die ökonomische Regulierungstheorie auf ein rein instrumentelles Wettbewerbsverständnis ab (vgl. *F. Höffler* Regulierung von Netzindustrien aus ökonomischer Sicht, in: Lüdemann [Fn. 112], 3; zur Unterscheidung zwischen der juristischen und der ökonomischen Bewertung des Wettbewerbs in der Regulierung *Fehling* [Fn. 119], 123 f.).

¹²⁵ Vgl. für die Bahn Art. 87e Abs. 3 S. 1 GG; hierzu M. Möstl FS Scholz, 2007, 833 (835 ff.); ders. in: Maunz/Dürig (Fn. 7), Art. 87e (2006) Rn. 65; für die Telekommunikation und Post Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG; hierzu J. Hecker (Fn. 12), 162 ff.; H. Gersdorf in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.) GG, 5. Aufl. 2005, Art. 87f Rn. 60; grds. vor dem Hintergrund der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes J. Masing HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 90 Rn. 29. Die regulierende Marktgestaltung ist also keineswegs ein "Fremdkörper in einer Marktwirtschaft" (so aber A. Schebstadt IR

gleich eine angemessene Grundversorgung ein. 126 Analoges ergibt sich auch ohne ausdrückliche verfassungsrechtliche Verankerung für den Energiebereich. 127 Der Gesetzgeber muss bei seiner Konkretisierung dieser verfassungsrechtlichen Vorgaben allerdings beachten, dass seine regulierenden Regelungen in die Grundrechte der regulierten Unternehmen eingreifen; und dies gilt ungeachtet des regulierungsrechtlichen Ziels, durch die Ausgestaltung multipolarer Rechtsverhältnisse Wettbewerb herzustellen. 128 Das Regulierungsrecht darf insofern nicht durch eine Verkürzung der Grundrechte auf auszugestaltende Gewährleistungsbereiche oder gesetzgeberische Normprogramme zu einem Freiheitsverlust durch gewährleistungsstaatlichen Theorieüberschuss führen. 129

3. Instrumente

Die Instrumente regulierten Wettbewerbs im Telekommunikations-, Post-, Energie- und Bahnrecht bilden einen "bunten Flickentep-

^{2004, 223 [324];} ders. WuW 2005, 6 [11]), sondern weist einen "ordo-liberalen Kern" auf (so zu Recht J. Masing Die Verwaltung 36 [2003], 1 [5]).

¹²⁶ Vgl. BVerfGE 108, 370 (393 f.); BVerwGE 114, 160 (168 f., 180, 191); 118, 226 (240): Kirchhof (Fn. 6), 11; A. Voβkuhle (Fn. 2), 291 ff.; grundlegend M. Eifert Grundversorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen im Gewährleistungsstaat, 1998, 175 ff.; für die Bahn Art. 87e Abs. 4 S. 1 GG; hierzu M. Möstl FS Scholz, 2007, 833 (841 ff.); ders. in: Maunz/Dürig (Fn. 7), Art. 87e (2006) Rn. 183; für die Telekommunikation und Post H. Gersdorf in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 125), Art. 87f Rn. 19; zu den europarechtlichen Vorgaben K. Windthorst in: Sachs (Fn. 82), Art. 87e Rn. 3 ff. (Bahn), Art. 87f Rn. 7ff. (Post und Telekommunikation).

¹²⁷ Vgl. J. Masing Die Verwaltung 36 (2003), 1 (7).

¹²⁸ Vgl. BVerwGE 114, 160 (189 ff.); 118, 226 (238 f.); VG Köln MMR 2003, 814 (817); M. Burgi DVBl. 2006, 269 (272 ff.); S. Storr DVBl. 2006, 1017 (1019); P. M. Huber FS Stober, 2008, 547 (550 f.); M. Schmidt-Preuß FS R. Schmidt, 2006, 547 (551 f., 554 f.); J. Masing DJT 66 (2006), D 5 (D 157 ff.); ders. HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 90 Rn. 10; ders. Möglichkeit (Fn. 112), 167, 173; M. Ludwigs JZ 2009, 290 (294); C. Koenig DVBl. 2009, 1082 (1088 f.); K.-D. Scheuerle in: ders./Mayen (Fn. 87), § 1 Rn. 7 f.; T. Mayen ebd., § 30 Rn. 10; aA H.-H. Trute FS 50 Jahre BVerwG, 2003, 857 (863 f., 874 f.); Lepsius (Fn. 11), § 19 Rn. 49. Dies gilt freilich nur, wenn diese Unternehmen grundrechtsfähig sind (P. M. Huber FS Stober, 2008, 547 [548]).

¹²⁹ Vgl. zu einem gewährleistungsstaatlichen Grundrechtsverständnis W. Hoffmann-Riem Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte, in: M. Bäuerle u.a. (Hrsg.), Haben wir wirklich Recht?, 2004, 53 (59 ff., 71 ff.); ders. Der Staat 43 (2004), 202 (218, 227); hierzu zu Recht krit. W. Kahl Der Staat 43 (2004), 167 (201); ders. AöR 131 (2006), 579 (609); S. Rixen Wettbewerb (Fn. 21), 118 ff.; ders. Sozialrecht (Fn. 21), 240 ff.; zur Diskussion der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Berufsfreiheit oben Fn. 23.

pich"130. Doch ungeachtet der sektorenspezifischen Besonderheiten lassen sich auf der Grundlage des Telekommunikations-, Post-, Energiewirtschafts- und Eisenbahngesetzes "Grundmuster"131 erkennen. Diese tragen zwar kein allgemeines Regulierungsgesetz. 132 Aber sie lassen sich zu einem verwaltungsrechtswissenschaftlichen Allgemeinen Teil 133 des Regulierungsrechts verdichten: 134 Missbrauchsverbot, 135 Entflechtung, 136 Informationstransparenz, 137 Zusammenschaltung, 138 Netz-

¹³⁰ T. Mayen DJT 66 (2006), O 45; vgl. auch M. Ludwigs WuW 2008, 534 (550); E. Schmidt-Aβmann Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2006, 140; krit. J. Masing DJT 66 (2006), D 5 (D 15: "disparate Normierung", D 20: "disparate Antworten").

¹³¹ Schmidt-Aβmann (Fn. 130), 139; vgl. darüber hinaus ders. DJT 66 (2006), D 5 (D 38, D 41 u. ö.): "Grundstrukturen"; ders. ebd, D 40, und S. Storr DVBI. 2006, 1017 (1022): "Regulierungsmuster"; J. Masing Die Verwaltung 36 (2003), 1 (8): "Regulierungsstrukturen"; ders. HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 90 Rn. 39, und ders. VerwArch 95 (2004), 151 (156): "Modelle" der Regulierung; J. Kühling Sektorenspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, 65: "Struktur".

¹³² Vgl. zur kontroversen Diskussion *J. Masing* DJT 66 (2006), D 5ff.; *T. Mayen* DJT 66 (2006), O 45ff.; *I. Pernice* DJT 66 (2006), O 85ff.; *M. Burgi* NJW 2006, 2439ff.; *S. Storr* DVBl. 2006, 1017; *H. C. Röhl* JZ 2006, 831 (836ff.); *W. Kahl* Die Verwaltung 42 (2009), 463 (483 ff.).

¹³³ Vgl. *J. Masing* DJT 66 (2006), D 5 (D 102); *ders.* Möglichkeit (Fn. 112), 155 ff. Dabei ist der klarstellenden Anmerkung von *Michael Fehling* vollkommen zuzustimmen, dass die Konturierung eines Allgemeinen Teils des Regulierungsverwaltungsrechts, der sich vor allem auf Wettbewerbsfragen konzentriert, nicht zu einer Verengung der vielfältigen Zielinterdependenzen des Regulierungsrechts führen darf (*Fehling* [Fn. 119], 146).

¹³⁴ Vgl. hierzu und zum Folgenden *M. Fehling* DÖV 2002, 793 (797); *J. Masing* Die Verwaltung 36 (2003), 1 (8ff.); *ders.* HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 90 Rn. 40ff.; *ders.* DJT 66 (2006), D 5 (D 50f., 102ff.); *S. Storr* DVBl. 2006, 1017 (1022); *Schmidt-Aβmann* (Fn. 130), 139f.; *Wiβmann* (Fn. 114), 1985; *J.-P. Schneider* (Fn. 119), 108ff.; *Schulze-Fielitz* (Fn. 2), § 12 Rn. 59; *Eifert* (Fn. 114), § 19 Rn. 130ff.; *Lepsius* (Fn. 11), § 19 Rn. 15; *Berringer* (Fn. 113), 121ff.; *Kühling* (Fn. 131), 65ff.; aus der Perspektive der Bundesnetzagentur *Henseler-Unger* (Fn. 123), 42ff.

¹³⁵ Vgl. § 42 TKG; § 30 f. EnWG; hierzu grds. *J. Masing* DJT 66 (2006), D 5 (D 102 ff.).

¹³⁶ Vgl. § 17, § 24 TKG; § 10 PostG; §§ 6ff. EnWG; §§ 9f. AEG; hierzu grds. *J. Masing* DJT 66 (2006), D 5 (D 29, D 114ff.); zu den Stufen des Entflechtung *F. Hölscher* in: Britz/Hellermann/Hermes (Fn. 121), § 6 Rn. 11 ff.; speziell für das Eisenbahnrecht *Fehling* (Fn. 119), 132 f., 138 ff., 147.

¹³⁷ Vgl. § 12, § 20, § 22 Abs. 3, § 23, § 26, § 35 TKG; § 7 Abs. 2 und 3, § 21 Abs. 4, § 22 Abs. 4, § 30 Abs. 2, § 36 S. 1 PostG, § 19, § 20 Abs. 1, § 74 EnWG; § 14d AEG; hierzu grds. *J. Masing* DJT 66 (2006), D 5 (D 31 f., D 36 ff.).

¹³⁸ Vgl. §§ 16–18 TKG; § 12 ff. EnWG; § 13, § 14 Abs. 3a AEG; hierzu grundsätzlich *J. Masing* DJT 66 (2006), D 5 (D 53).

zugang,¹³⁹ Entgeltregulierung¹⁴⁰ und Universaldienste.¹⁴¹ Diese Regulierungsinstrumente sind – dem Konzept regulierten Wettbewerbs entsprechend – final auf die Herstellung gemeinwohlpflichtigen Wettbewerbs ausgerichtet.¹⁴² Bei ihrer Anwendung sind die Konflikte zu lösen, die in der Konkurrenz sozialer, ökonomischer, ökologischer, technischer und territorialer Regulierungsziele angelegt sind:¹⁴³ Diese Zielkonflikte kennzeichnen den proaktiven Gestaltungsauftrag der Regulierungsverwaltung, in dessen verfassungskonformer Bewältigung – wie wir bereits gesehen haben – eines der Hauptprobleme des Konzepts regulierten Wettbewerbs liegt. Dabei gilt es im aktuellen "Verwirrspiel um die administrativen Freiräume"¹⁴⁴ der Regulierungsverwaltung zwei Extreme zu vermeiden: auf der einen Seite eine vor-

¹³⁹ Vgl. 19 TKG; §§ 17 ff. §§ 20 ff. EnWG; § 14 Abs. 1 S. 1 AEG; hierzu grds. *J. Masing* DJT 66 (2006), D 5 (D 110 ff.).

¹⁴⁰ Vgl. §§ 30 ff. TKG, §§ 21 ff. EnWG; § 14 Abs. 4 und 5 AEG; hierzu grds. *J. Masing* DJT 66 (2006), D 5 (D 117 ff.).

¹⁴¹ Vgl. §§ 78 ff. TKG; §§ 36 ff. EnWG; *J. Masing* Die Verwaltung 36 (2003), 1 (25 ff.); *ders.* HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 90 Rn. 37; zu der besonderen Situation im Eisenbahnrecht *Fehling* (Fn. 119), 135 f.

¹⁴² Vgl. BVerwGE 130, 39 (46f.): "Die Regulierungsverfügung ist [...] Ausdruck einer gesetzlich ausgeformten Gestaltungsfreiheit, die sich auf die Verwirklichung des gesetzlichen Regulierungsauftrags und die prospektive Bewältigung der damit zusammenhängenden Probleme erstreckt." (Klammerzusatz durch den Verfasser); *M. Döhler* Die Verwaltung 34 (2001), 59 (81); *J. Masing* Die Verwaltung 36 (2003), 1 (7); *ders.* DJT 66 (2006), D 5 (D 11, D 152 ff.); *ders.* FS R. Schmidt, 2006, 521 (531); *ders.* Möglichkeit (Fn. 112), 170; *M. Burgi* DVBI. 2006, 269 (271); *S. Storr* DVBI. 2006, 1017 (1019); *F. Schorkopf* JZ 2008, 20 (21); *J. Lüdemann* Wettbewerb und Regulierung in der Telekommunikation, in: ders. (Fn. 112), 63 (70); *Schmidt-Aβmann* (Fn. 130), 141; *Lepsius* (Fn. 11), § 19 Rn. 61 ff.; *G. Britz* in: dies./Hellermann/Hermes (Fn. 121), Vorb. §§ 20 ff. Rn. 17.

¹⁴³ Vgl. hierzu und zum Folgenden BVerwGE 114, 160 (168, 180: "wettbewerbsgestaltende Regulierung"); W. Kahl Die Verwaltung 42 (2009), 463 (479 ff.); ders. (Fn. 123), 392; M. Döhler Regulative Politik und die Transformation der klassischen Verwaltung, in: J. Bogumil/W. Jann/F. Nullmeier (Hrsg.), Politik und Verwaltung, 2006, 208 (214); H.-H. Trute FS 50 Jahre BVerwG, 2003, 857 (858); H. C. Röhl JZ 2006, 831 (837); Eifert (Fn. 114), § 19 Rn. 128, 136 ff.; Lepsius (Fn. 11), § 19 Rn. 8, 15, 54 ff.; K. F. Gärditz DVBI. 2009, 69 (72); für das Energierecht M. Schmidt-Preuß HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 93 Rn. 14; J. Hellermann/G. Hermes in: Britz/Hellermann/Hermes (Fn. 121), § 1 Rn. 41. Nach Oliver Lepsius (ebd., § 19 Rn. 62, 64) lassen sich die regulierungsrechtlichen Zielkonflikte allerdings nicht durch eine Rechtsgüterabwägung lösen: Es bedürfe insofern einer Lösung auf der politischen Ebene, die der juristischen Abwägung vorausliege.

¹⁴⁴ *Döhler* (Fn. 143), 219; vgl. auch *H.-H. Trute* FS 50 Jahre BVerwG, 2003, 857 (860).

schnelle Überdehnung, auf der anderen Seite eine vorschnelle Verkürzung des Regulierungsermessens. 145

Eine vorschnelle Überdehnung des Regulierungsermessens liegt in der regulierungs*politischen* Hyperfinalisierung aller soeben aufgezählten regulierungsrechtlichen Handlungsinstrumente: Sie dienen zwar alle dem Ziel, gemeinwohlpflichtigen Wettbewerb herzustellen. Dies bedeutet aber nicht, dass sie auch alle durch ein allgemeines Regulierungsermessen gekennzeichnet sind, das zwangsläufig mit einer Reduzierung der gerichtlichen Kontrolldichte einhergehen müsste. ¹⁴⁶ Gerade vor dem Hintergrund des Eingriffscharakters des Regulierungsrechts und der Garantie effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) kommt es auf die Analyse der Normstruktur des einzelnen Regulierungsinstruments an, ob die gerichtliche Kontrolldichte reduziert ist oder nicht. ¹⁴⁷

Wo jedoch regulierungsrechtliche Gestaltungsspielräume anzuerkennen sind, dürfen sie nicht vorschnell verkürzt werden. Die Gefahr einer solchen Verkürzung liegt im Augenblick vor allem in der rechtsdogma-

¹⁴⁵ Vgl. zum Begriff des "Regulierungsermessens" *J.-P. Schneider* Liberalisierung der Stromwirtschaft durch regulative Marktorganisation, 1999, 261 ff.; 301 ff., 372 ff., 380 ff.; *M. Röhl* Die Regulierung der Zusammenschaltung, 2002, 191 ff.

¹⁴⁶ Vgl. P. Badura FS Großfeld, 1999, 35 (43); K. F. Gärditz DVBI. 2009, 69 (76);
T. Mayen DJT 66 (2006), O 45 (O 62 ff.); ders. in: Scheuerle/Mayen (Fn. 87), § 116
Rn. 6, § 137 Rn 38; aA H.-H. Trute FS Brohm, 2002, 169 (188); M. Bullinger DVBI.
2003, 1354 (1359); J. Masing DJT 66 (2006), D 5 (D 152 ff.); J.-P. Schneider (Fn. 145),
534, 536.

¹⁴⁷ Vgl. T. v. Danwitz DÖV 2004, 977 (982); J.-C. Pielow DÖV 2005, 1017 (1023 f.); M. Burgi DVB1. 2006, 269 (274); ders. NJW 2006, 2439 (2444); S. Storr DVB1. 2006, 1017 (1022); H. C. Röhl JZ 2006, 831 (839); M. Ludwigs JZ 2009, 290 (295 ff.); K. F. Gärditz NVwZ 2009, 1005 (1008). Die Rechtsprechung hält sich bei der Anerkennung einer Reduzierung der gerichtlichen Kontrolldichte im Regulierungsverwaltungsrecht bisher zurück: zur Anerkennung eines nur eingeschränkt überprüfbaren Letztentscheidungsrechts der Verwaltung für die Marktdefinition und Marktanalyse (§§ 10f. TKG) BVerwG, NVwZ 2008, 1359 (1360); VG Köln Urt. v. 8. 3. 2007 -1 K 3918/06, juris Rn. 35ff.; für die Verzinsung des eingesetzten Eigenkapitals im Fall der Entgeltgenehmigung (§ 3 Abs. 3 TEntgV [§ 31 Abs. 2 S. 1 TKG 2004]) VG Köln MMR 2003, 814 (817): "Beurteilungsfreiraum"; aA OVG Münster CR 2006, 101 (103); T. v. Danwitz DVBI. 2003, 1405 ff.; für einen Beurteilungsspielraum für die Entgeltgenehmigung nach § 23a i.V.m. § 21 EnWG A. Groebel in: Britz/Hellermann/ Hermes (Fn. 121), § 21 Rn. 70, 129; aA M. Burgi DVBl. 2006, 269 (275); insgesamt zum Streitstand T. Mayen in: Scheuerle/Mayen (Fn. 87), § 137 Rn. 37, 39, 41 mwN. Demgegenüber ist etwa die Anwendung des Verbots missbräuchlichen Verhaltens eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht (§ 42 TKG, § 30 EnWG) gerichtlich voll überprüfbar (T. Mayen in: Scheuerle/Mayen [Fn. 87], § 116 Rn. 5; ders. DJT 66 [2006], O 45 [O 66]; M. Ludwigs JZ 2009, 290 [296]; aA J. Masing DJT 66 [2006], D 5 [D 154f.]).

tischen Parallelisierung des Regulierungs- mit dem Planungsermessen. Diese dogmatische Parallele von Planungs- und Regulierungsrecht hat das Bundesverwaltungsgericht im Telekommunikationsrecht gezogen. 148 Das TKG verbindet die Marktdefinition (§ 10 TKG) und Marktanalyse (§ 11 TKG) mit der Regulierungsverfügung (§ 13 Abs. 1 S. 1 TKG) – im konkreten Streitfall einer Zugangsverpflichtung (§ 21 TKG) - in einem Verwaltungsakt (§ 13 Abs. 3 TKG). Dieser ergeht in einem komplexen Verwaltungsverfahren, in dem die Bundesnetzagentur die interessierten Parteien, das Bundeskartellamt, die Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten und schließlich insbesondere die Kommission konsultieren muss, die über ein Vetorecht verfügt (§ 10 Abs. 3, § 11 Abs. 3, § 12, § 123 Abs. 1 S. 1 TKG). 149 Das Bundesverwaltungsgericht hat dabei sowohl für die Marktanalyse und Marktdefinition als auch für die Zugangsverpflichtung zu Recht ein Letztentscheidungsrecht der Bundesnetzagentur anerkannt, das nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar ist.

Im Fall der Marktanalyse und Marktdefinition ergibt sich dies direkt aus dem in § 10 Abs. 2 S. 2 TKG ausdrücklich vorgesehenen Beurteilungsspielraum, 150 bei dessen Ausfüllung die Bundesnetzagentur die

¹⁴⁸ Vgl. BVerwGE 130, 39 (46f.); BVerwG, NVwZ 2008, 1359 (1360); ferner BVerfG, MMR 2008, 590; bereits VG Köln MMR 2003, 814 (818).

¹⁴⁹ Vgl. *Döhler* (Fn. 143), 222; aus europarechtlicher Perspektive *H.-H. Trute* FS Selmer, 2004, 565 (574ff.); grds. zur verfahrens- und beteiligungsrechtlichen Strukturierung von Beurteilungsspielräumen im Regulierungsrecht *C. Koenig/A. Neumann* CR 2005, 487; *Wiβmann* (Fn. 114), 1984; ferner *Lüdemann* (Fn. 142), 83, zur Vorwirkung des Vetorechts der Kommission im Hinblick auf das Einlenken der nationalen Regulierungsbehörden.

¹⁵⁰ Vgl. zu dem damit eingeräumten gestalterischen Regulierungsermessen T. v. Danwitz DÖV 2004, 977 (982); J. Masing DJT 66 (2006), D 5 (D 153 Fn. 323); S. Storr DVBI. 2006, 1017 (1022); M. Schmidt-Preuß FS R. Schmidt, 2006, 547 (556f.); K. F. Gärditz DVB1. 2009, 69 (76); M. Ludwigs JZ 2009, 290 (295); C. Franzius DVB1. 2009, 409 (410); Döhler (Fn. 143), 214. Streit besteht jedoch über die Reichweite dieses Beurteilungsspielraums: Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG, NVwZ 2008, 1359 [1360]) fasst den Gegenstand des Beurteilungsspielraums weit: Zum einen soll er innerhalb der Marktdefinition des § 10 TKG sowohl die Marktabgrenzung (§ 10 Abs. 1 TKG) als auch die Regulierungsbedürftigkeit dieses Markts (§ 10 Abs. 2 TKG) umfassen (aA im Sinn einer vollen gerichtlichen Überprüfung der Marktabgrenzung und eines Beurteilungsspielraums hinsichtlich dessen Regulierungsbedürftigkeit C. Kirchner/T. Käseberg in: Scheuerle/Mayen [Fn. 87], § 10 Rn. 57 mwN; T. Mayen ebd., § 13 Rn. 49 f. mwN). Zum anderen sieht das Bundesverwaltungsgericht (ebd.) die Marktdefinition und die Marktanalyse in einem funktional nicht auflösbaren Zusammenhang, so dass sich der Beurteilungsspielraum nicht nur auf § 10 TKG bezieht, sondern auch auf § 11 TKG erstreckt.

Markt-Empfehlungen¹⁵¹ und die Marktanalyse-Leitlinien¹⁵² der Kommission weitestgehend zu berücksichtigen hat.¹⁵³ Dieser Beurteilungsspielraum wird von dem Bundesverwaltungsgericht nach allgemeinen Grundsätzen überprüft: Gesetzes-, Verfahrens-, Sachverhalts- und Wertungskonformität.¹⁵⁴

Im Fall der Zugangsverpflichtung ergibt sich das exekutive Letztentscheidungsrecht aus der Normstruktur des § 21 Abs. 1 TKG: Die Bundesnetzagentur kann dem marktmächtigen Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes die Verpflichtung auferlegen, anderen Unternehmen Zugang zu seinem Netz zu gewähren, wenn anderenfalls die Entwicklung eines nachgelagerten Endnutzermarkts behindert würde. Die Bundesnetzagentur muss bei der Rechtfertigung dieser Zugangsverpflichtung nach § 21 TKG prüfen, ob diese in einem angemessenen Verhältnis zu den allgemeinen Regulierungszielen des TKG steht (§ 2 Abs. 2 TKG). Diese allgemeinen Regulierungsziele werden von § 21 Abs. 1 TKG noch einmal ausdrücklich für die konkrete Abwägung beispielhaft konkretisiert: Nutzungsalternativen, Nutzungskapazitäten, Investitionsrisiken, Zuweisungsgehalt gewerblicher Schutzrechte und geistigen Eigentums, europaweite Dienste und Wettbewerbsentwicklung sind von der Bundesnetzagentur durch Abwägung zu einem Ausgleich zu bringen. Nach der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts ist diese abwägende Zugangsentscheidung der Bundesnetzagentur dadurch gekennzeichnet, dass sich die Anwendung der unbestimmten Rechtsbegriffe und der Ermessenausübung nicht voneinander trennen lassen. Sie sind "vielmehr Bestandteil des [der Bundesnetzagentur] in Anlehnung an das Planungsermessen eingeräumten Regulierungsermessens."155 Dieses Regulierungsermessen überprüft das Bundesverwaltungsgericht nach den im Planungsrecht entwickelten Grundsät-

¹⁵¹ Vgl. Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors (ABI. EU 2007, Nr. L 344, 65).

¹⁵² Vgl. Leitlinien der Kommission für Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (ABI. EG 2002, Nr. C 165, 6).

¹⁵³ Vgl. VG Köln, MMR 2006, 422 (424); Urt. v. 8. 3. 2007 – 1 K 3918/06, juris Rn. 31, 57 ff.; *C. Koenig* DVBl. 2009, 1082 (1087); zu der damit verbundenen weitestgehenden Vorprägung der Entscheidungen nationaler Regulierungsbehörden *H.-H. Trute/R. Broemel* ZHR 170 (2006), 706 (731).

 ¹⁵⁴ Vgl. BVerwGE 130, 39 (48f.); BVerwG, NVwZ 2008, 1359 (1361); VG Köln Urt.
 v. 8. 3. 2007 – 1 K 3918/06, juris Rn. 35 ff.; ferner R. Schütz in: Geppert/Piepenbrock/Schütz/Schuster (Fn. 88), § 10 Rn. 111; C. Kirchner/T. Käseberg in: Scheuerle/Mayen (Fn. 87), § 10 Rn. 55 ff.; T. Mayen ebd., § 137 Rn. 39.

¹⁵⁵ BVerwG, NVwZ 2008, 1359 (1364 [Klammerzusatz durch den Verfasser]), unter Bezug auf BVerwGE 130, 39 (48f.).

zen: Abwägungsausfall, Abwägungsdefizit, Abwägungsfehleinschätzung und Abwägungsdisproportionalität. 156

Diese Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Regulierungsermessen steht noch am Anfang. Doch so viel lässt sich bisher sagen: Als verwaltungsrechtswissenschaftliche Kategorie ergibt sich Regulierungsermessen normstrukturell als Folge final überformter Konditionalprogramme.¹⁵⁷ Final überformte Konditionalprogramme können positivrechtlich als Beurteilungsspielraum oder als Ermessensausübung ausgestaltet sein. 158 Wesentlich ist, dass der Gesetzgeber für die Ausfüllung der unbestimmten Rechtsbegriffe bzw. die Ermessensausübung nicht nur einen "schlichten" norminterpretatorischen also regulierungs rechtlichen, sondern einen normgestalterischen also regulierungspolitischen Bezug zu den allgemeinen Regulierungszielen herstellt, um der Verwaltung die Gestaltung gemeinwohlpflichtigen Wettbewerbs im Einzelfall zu eröffnen.¹⁵⁹ Dieses Regulierungsermessen der Verwaltung darf - entgegen der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts - nicht durch eine Parallele des Regulierungs- zum Planungsrecht vorschnell dogmatisch verengt werden: 160 Diese Parallele zum Planungsrecht mag aufgrund der verfahrensrechtlichen Abschich-

¹⁵⁶ Vgl. BVerwG, NVwZ 2008, 1359 (1364), unter Bezugnahme auf die ständige Rechtsprechung zum Planungsermessen; bereits BVerwGE 130, 39 (48f.); grds. auch H.-J. Piepenbrock/R. Attendorn in: Geppert/Piepenbrock/Schütz/Schuster (Fn. 88), § 21 Rn. 332 ff. Demgegenüber war in der Literatur äußerst umstritten, ob § 21 TKG einen Beurteilungsspielraum (E. Heun CR 2003, 465 [490]; W. Möschel/J. Haug MMR 2003, 500 [506]; U. Ellinghaus CR 2004, 23 [28]), Ermessen (R. Schütz MMR 3002, 518 [521]; J. Scherer NJW 2004, 3001 [3005]) oder einen planerischen Gestaltungsspielraum (T. Mayen CR 2005, 21 [23]; ders. in: Scheuerle/Mayen [Fn. 87], § 21 Rn. 12) eröffnet.

¹⁵⁷ Vgl. zu "sekundären Elastizitäten" der Kombination von Konditional- und Finalprogrammen *N. Luhmann* VerwArch 55 (1964), 1 (12 ff.); *P. Oberndorfer* Die Verwaltung 5 (1972), 257 (262); *A. Ingold* Erstplanungspflichten im System des Planungsrechts, 2007, 78 ff.; demgegenüber *J.-P. Schneider* (Fn. 145), 531 ff., für eine Schwerpunktverschiebung von Konditionalprogrammen zu Final- und Aufgabenprogrammen mit prozeduraler Steuerung von Optimierungsentscheidungen.

¹⁵⁸ Vgl. J. Masing DJT 66 (2006), D 5 (D 156); M. Ludwigs JZ 2009, 290 (292); zum unterschiedlichen dogmatischen Verständnis von "Ermessen" und "Beurteilungsspielraum" im europäischen und deutschen Recht einschließlich der notwendigen dogmatischen "Übersetzungen" VG Köln Urt. v. 8. 3. 2007 – 1 K 3918/06, juris Rn. 60.

¹⁵⁹ Vgl. *J. Masing* DJT 66 (2006), D 5 (D 156); *K. F. Gärditz* NVwZ 2009, 1005 (1006, 1010); *ders.* DVBI. 2009, 69 (75ff.).

¹⁶⁰ Vgl. zu Recht krit. zu einer Parallelisierung von Regulierungs- und Planungsrecht T. Attendorn DVBI. 2008, 1408 (1409, 1415, 1415); C. Franzius DVBI. 2009, 409 (413); Lepsius (Fn. 11), § 19 Rn. 62, 64; T. v. Danwitz DÖV 2004, 977 (982); A. Schebstadt WuW 2005, 6 (9); K. F. Gärditz NVwZ 2009, 1005 (1008).

tung von Marktdefinition und Regulierungsverfügung im europäischen Regulierungsverbund¹⁶¹ und dem finalen Charakter von Regulierung und Planung nahe gelegen haben.¹⁶² Doch sie übersieht den kategorialen Unterschied zwischen Regulierung und Planung.¹⁶³ Und sie beginnt schon jetzt mit der Übertragung der Kategorien der Planrechtfertigung, Planungsziele, Planungsleitsätze und Optimierungsgebote in das Regulierungsrecht eine dogmatisch überschießende Innentendenz zu entwickeln.¹⁶⁴ Dieser Planungs*dogmatik*transfer engt die gestalterische Offenheit des Regulierungsrechts vorschnell ein.¹⁶⁵ Die gleichwertigen Regulierungsziele kennen (bisher) keine Zielhierarchien.¹⁶⁶

¹⁶¹ Vgl. programmatisch K.-H. Ladeur/C. Möllers DVBI. 2005, 525 (527 ff.); C. Möllers Materielles Recht – Verfahrensrecht – Organisationsrecht, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Fn. 17), 489 (508); dieser Argumentation folgend BVerwG, NVwZ 2008, 1359 (1360); J. Masing DJT 66 (2006), D 5 (D 156); T. Mayen in: Scheuerle/Mayen (Fn. 87), § 13 Rn. 53; I. Pernice DJT 66 (2006), O 85 (O 126 ff.); allgemein im Hinblick auf die Notwendigkeit der Einräumung eines entsprechenden Beurteilungsspielraums Döhler (Fn. 143), 213; C. Franzius EuR 2002, 660 (680 ff.); ders. DVBI. 2009, 409 (410); H.-H. Trute FS Selmer, 2004, 565 (571); T. Mayen in: Scheuerle/Mayen (Fn. 87), § 13 Rn. 4; gds. zum europäischen Regulierungsverbund H.-H. Trute FS Selmer, 2004, 565 ff.; G. Britz EuR 2006, 46 ff.; J. Masing DJT 66 (2006), D 5 (D 43); F. Arndt Die Verwaltung 39 (2006), 100 ff.: Kahl (Fn. 66), § 47 Rn. 218 ff.

¹⁶² Vgl. für eine Parallelisierung von Planungs- und Regulierungsrecht aufgrund des jeweils finalen Charakters bereits zuvor K.-H. Ladeur K&R 1998, 479 (485ff.); J.-P. Schneider ZHR 164 (2000), 513 (527); J. Masing DJT 66 (2006), D 5 (D 154); M. Burgi DVBl. 2006, 269 (275); S. Storr DVBl. 2006, 1017 (1019); F. Schorkopf JZ 2008, 20 (21).

¹⁶³ Vgl. K. F. Gärditz NVwZ 2009, 1005 (1008), der zu Recht auf den Unterschied zwischen der sehr weiten territorialen Strukturierung des Planungsrechts und dem im Vergleich dazu engeren Auftrag einer gemeinwohlpflichtigen Wettbewerbsregulierung hinweist; krit. auch K.-H. Ladeur/C. Möllers DVBl. 2005, 525 (534): "keine paradoxe Marktplanung"; C. Koenig DVBl. 2009, 1082: "kein Mandat zur hoheitlichen Wettbewerbsplanung"; Schulze-Fielitz (Fn. 2), § 12 Rn. 59: keine "weitgehend kontrollfreie staatliche Wettbewerbsplanung". Die Diskussion um das Verhältnis von Regulierungsund Planungsrecht schließt sich an die zeitgeistgeprägte Debatte um das Wettbewerbsrecht als "ein Instrument der planenden Verwaltung" an (E. Günther Das GWB als Instrument der planenden Verwaltung, in: J. H. Kaiser [Hrsg.], Planung II, 1966, 257 ff.; zu Recht krit. T. v. Danwitz DÖV 2004, 977 [982]; differenziert zum Verhältnis von Wettbewerb und Planung K. F. Gärditz Europäisches Planungsrecht, 2009, 75 ff.).

¹⁶⁴ Vgl. T. Mayen CR 2005, 21 (23f.); ders. DJT 66 (2006), O 45 (O 64f.); ders. in: Scheuerle/Mayen (Fn. 87), § 21 Rn. 16ff., bes. Rn. 20, 25 f.; zu Recht krit. T. Attendorn NVwZ 2009, 19 (20); H.-J. Piepenbrock/R. Attendorn in: Geppert/Piepenbrock/Schütz/Schuster (Fn. 88), § 21 Rn. 74.

¹⁶⁵ Vgl. *T. Attendorn* DVBl. 2008, 1408 (1415); *H.-J. Piepenbrock/R. Attendorn* in: Geppert/Piepenbrock/Schütz/Schuster (Fn. 88), § 21 Rn. 73 ff.

¹⁶⁶ Vgl. Fehling (Fn. 119), 123; H.-J. Piepenbrock/R. Attendorn in: Geppert/Piepenbrock/Schütz/Schuster (Fn. 88), § 21 Rn. 75; demgegenüber für eine Ausprägung von

Deshalb sollte das Regulierungsrecht zu einer eigenen Abwägungsdogmatik für die Gestaltung gemeinwohlpflichtiger Märkte finden. 167

4. Organisation

Für die Verwaltung regulierten Wettbewerbs wurde die Bundesnetzagentur geschaffen. ¹⁶⁸ Ihre Vernetzung im europäischen Regulierungsverbund ¹⁶⁹ und mit dem Bundeskartellamt ¹⁷⁰ ist bereits im Rahmen der Diskussion ihrer Regulierungsinstrumente zum Ausdruck gekommen. Auch die Verwaltung regulierten Wettbewerbs institutionalisiert eine Governance-Struktur, in der vor allem eine Frage streitig ist: Ist die Bundesnetzagentur Einzelweisungen des Bundeswirtschaftsministeriums unterworfen? Und wenn ja: Sollte sie nicht politisch unabhängig sein? Die Rechtslage ist umstritten, stellt sich aber meiner Auffassung nach wie

Zielhierarchien G. Hermes in: ders./D. Sellner (Hrsg.) Beck'scher AEG-Kommentar, 2006, § 1 Rn. 32 ff.

¹⁶⁷ Vgl. *T. Attendorn* DVBl. 2008, 1408 (1415f.); *H.-J. Piepenbrock/R. Attendorn* in: Geppert/Piepenbrock/Schütz/Schuster (Fn. 88), § 21 Rn. 73 ff.

¹⁶⁸ Vgl. *Kahl* (Fn. 66), § 47 Rn. 121f., zur dogmatischen Einordnung der Regulierungsals Gewährleistungsaufsicht in das System der Amts-, Behörden- und Staatsaufsicht.

¹⁶⁹ Vgl. *Eifert* (Fn. 114), § 19 Rn. 143; aus verwaltungswissenschaftlicher Perspektive *Döhler* (Fn. 143), 220 f.

¹⁷⁰ Die Abgrenzung von Kartell- und Regulierungsrecht ist systematisch nicht überzeugend geregelt, so dass einem "Regulierungswettbewerb" (S. Storr DVBI. 2006, 1017 [1025]) zwischen Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur vorgebeugt werden muss: § 111 Abs. 1 und 2 EnWG schließt die Anwendbarkeit der §§ 19f. GWB insbesondere für den Bereich des Netzzugangs und der Entgeltregulierung aus. § 2 Abs. 3 PostG und § 14b Abs. 2 S. 1 AEG beschränken sich auf die Feststellung, dass die Regelungen des GWB bzw. die Zuständigkeit der Kartellbehörden unberührt bleiben. Dies ist im Hinblick auf eine klare Zuständigkeitsabgrenzung ebenso ambivalent wie § 2 Abs. 3 S. 1 TKG, nach dem die Vorschriften des GWB neben dem Telekommunikationsrecht anzuwenden sind, soweit nicht das TKG "ausdrücklich eine abschließende Regelung trifft" (vgl. zu den entsprechenden Abstimmungspflichten zwischen Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt § 123 Abs. 1 TKG; § 58 EnWG; umfassend J. Masing DJT 66 [2006], D 5 [D 23]; M. Ludwigs WuW 2008, 534ff.). Will man diese Abgrenzung nicht der im Einzelfall äußerst umstrittenen Auslegung der Zuständigkeitsvorschriften überlassen, bietet sich zunächst eine Regelung nach dem Vorbild des § 111 EnWG auch im Telekommunikation-, Post- und Eisenbahnrecht an; dies gilt insbesondere auch für eine klarstellende Aufzählung der abschließenden regulierungsrechtlichen Regelungen in § 111 Abs. 2 EnWG (Ludwigs ebd., 550; aA H. C. Röhl JZ 2006, 831 [836ff.], der eine Abgrenzung nach den Grundsätzen des § 2 Abs. 3 TKG favorisiert). Die Anwendung des Art. 81 und Art. 82 EG sollte auf der Grundlage des Art. 35 Abs. 1 VO 1/2003 für die regulierungsrechtlichen Fallgestaltungen ebenfalls der Bundesnetzagentur zugewiesen werden (G. Kühne FS Immenga, 2004, 243 [259]; Ludwigs, ebd.; aA K. F. Gärditz EWS 2005, 490 [497]).

folgt dar: Die Bundesnetzagentur unterliegt als selbstständige Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundeswirtschaftsministeriums (§ 1 S. 2 BNAG) dem ministeriellen Einzelweisungsrecht.¹⁷¹ Das Europarecht verlangt keine Weisungsfreiheit der nationalen Regulierungsbehörden.¹⁷²

171 Vgl. für die Weisungsgebundenheit der Bundesnetzagentur P. Badura in: ders./ T. v. Danwitz/M. Herdegen/J. Sedemund/K. Stern (Hrsg.) Beck'scher PostG-Kommentar, 2. Aufl. 2004, § 44 Rn. 61 ff., § 46 Rn. 24 ff.; T. Mayen DÖV 2004, 45 (46 ff., 53 ff.); ders. in: Scheuerle/Mayen (Fn. 87), § 116 Rn. 12, 16, § 117 Rn. 2; K. F. Gärditz NVwZ 2009, 1005 (1007); S. Bulla Netzregulierung am Beispiel des Telekommunikationsrechts, in: Schmidt/Vollmöller (Fn. 25), § 11 Rn. 25 ff.; M. Ruffert in: Säcker (Fn. 87), § 116 Rn. 15; M. Geppert in: ders./Piepenbrock/Schütz/Schuster (Fn. 88), § 116 Rn. 13; § 117 Rn. 1 f.; differenzierend Fehling (Fn. 113), 277, und G. Hermes in: Britz/Hellermann/Hermes (Fn. 121), § 59 Rn. 21 ff., § 61 Rn. 9, 12 ff.; Weisungsbefugnis nur an den Präsidenten der Bundesnetzagentur, der sodann wiederum gegenüber den Beschlusskammern weisungsbefugt ist; vgl. für die Weisungsfreiheit der Bundesnetzagentur J.-P. Schneider ZHR 164 (2000), 513 (535ff.); U. Hufeld JZ 2002, 871 (873); M. Bullinger DVBI. 2003, 1355 (1361); H.-H. Trute FS Brohm, 2002, 169 (185); ders. Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 2), § 6 Rn. 68; M. Paulweber Regulierungszuständigkeiten in der Telekommunikation, 1999, 112 ff.; K. Oertel Die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde nach §§ 66ff. TKG, 2000, 321ff., 432ff.; zurückhaltend Schmidt-Aßmann (Fn. 130), 142. Die Pflicht zur Veröffentlichung und zur Begründung der allgemeinen bzw. Einzelweisungen des Bundeswirtschaftsministeriums sind unterschiedlich geregelt: Nach § 117 S. 1 TKG müssen Weisungen des Bundeswirtschaftsministeriums im Bundesanzeiger veröffentlicht werden. Dies meint allgemeine sowie Einzelweisungen (C. Schmidt NVwZ 2006, 907 [908]; T. Mayen in: Scheuerle/Mayen [Fn. 87], § 117 Rn. 2f.). § 44 PostG i.V.m. § 66 Abs. 5 TKG 1996 fordert, dass allgemeine Weisungen im Bundesanzeiger zu veröffentlichen sind. § 61 EnWG sieht vor, dass allgemeine Weisungen mit Begründung im Bundesanzeiger zu publizieren sind. Energierechtliche Einzelweisungen müssen folglich derzeit nicht veröffentlicht und begründet werden. Eine einheitliche Regelung, die sowohl die Veröffentlichung als auch die Begründung aller Weisungen des Bundeswirtschaftsministeriums an die Bundesnetzagentur vorschreibt, ist rechtspolitisch aus Transparenzgründen sowie aufgrund der damit einhergehenden politisch disziplinierenden Wirkung angezeigt (J. Masing DJT 66 [2006], D 5 [D 94f.]; ders. FS R. Schmidt, 2006, 521 [533]; ders. HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 90 Rn. 48; G. Hermes in: Britz/Hellermann/Hermes [Fn. 121], § 61 Rn. 3; aus der Perspektive der Bundesnetzagentur Henseler-Unger [Fn. 123], 41).

172 Vgl. *P. Badura* in: ders./v. Danwitz/Herdegen/Sedemund/Stern (Fn. 171), § 44 Rn. 65; *M. Ruffert* in: Säcker (Fn. 87), § 116 Rn. 13 i.V.m. 15; *J. Masing* DJT 66 (2006), D 5 (D 94); *U. Ehricke* Die Regulierungsbehörde für Gas und Strom, 2004, 41 f. Das Europarecht verlangt, dass die nationalen Regulierungsbehörden ihre Aufgaben unparteiisch und transparent ausüben (Art. 3 Abs. 3 RL 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. 3. 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste – Rahmen-Richtlinie, ABI. EG 2003, Nr. L 108, 33). Sie müssen insbesondere dafür sorgen, dass die Regulierungsbehörden rechtlich und funktional von den regulierten Unternehmen unabhängig sind (Art. 3 Abs. 2 S. 1 RL 2002/21/EG; Art. 23 Abs. 1 S. 2 RL 2003/54/EG des Euro-

Weder Grundgesetz¹⁷³ noch Gesetzgeber stellen die Bundesnetzagentur ausdrücklich von ministeriellen Weisungen frei, indem sie andere Formen der demokratischen Verantwortung der Bundesnetzagentur gegenüber dem Bundestag geschaffen hätten.¹⁷⁴ Ministeriellen Einzelweisun-

päischen Parlaments und des Rates v. 26. 6. 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der RL 96/92/EG - Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie, ABI. EG Nr. L 176, 37; Art. 25 Abs. 1 S. 2 RL 2003/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26. 6. 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der RL 98/30/EG -Erdgasbinnenmarkt-Richtlinie, ABI. EU 2003, Nr. L 176, 57; Art. 22 UAbs. 1 RL 97/67/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15. 12. 1997 über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft und die Verbesserung der Dienstequalität - Postdiensterichtlinie. ABI. EG 1998, Nr. L 15, 14; Art. 30 Abs. 1 S. 2 RL 2001/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26. 2. 2001 über die Zuweisung von Fahrwerkkapazitäten der Eisenbahn, die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenhahninfrastruktur und die Sicherheitsbescheinigung - Eisenbahnrichtlinie, ABI. EG 2001, Nr. L 75, 29). Wenn Mitgliedstaaten an regulierten Unternehmen beteiligt sind, ist eine wirksame strukturelle Trennung der hoheitlichen Funktion von Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem Unternehmenseigentum und der -kontrolle sicherzustellen (Art. 3 Abs. 2 S. 2 RL 2002/21/EG). Diese Trennung wird durch die unterschiedliche Ressortzuordnung von Anteilsbeteiligung und Regulierungsaufsicht gewahrt (J. Masing ebd.; C. Schmidt DÖV 2005, 1025 [1028]; T. Mayen in: Scheuerle/Mayen [Fn. 87], § 116 Rn. 11). Da das Europarecht nicht die Weisungsfreiheit der nationalen Regulierungsbehörden fordert, kann auch der allgemeine Hinweis der Einbindung der nationalen Regulierungsbehörden in den europäischen Regulierungsverbund nicht die Weisungsfreiheit der Bundesnetzagentur begründen (T. Mayen in: Scheuerle/Mayen [Fn. 87], § 116 Rn. 15; aA H. C. Röhl JZ 2006, 831 [835, 837 f.]; grds. I. Pernice DJT 66 [2006], O 85 [O 130, O 134f.]).

¹⁷³ Vgl. auf verfassungsrechtlicher Ebene Art. 88 S. 2 GG für die Europäische Zentralbank (vgl. hierzu *B. Pieroth* in: H. D. Jarass/B. Pieroth [Fn. 23], Art. 88 Rn. 5); Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG für den Bundesrechnungshof (vgl. hierzu *H. D. Jarass* in: ders./B. Pieroth, ebd., Art. 114 Rn. 4; grds. *Kahl* [Fn. 66], § 47 Rn. 83 ff.).

174 Vgl. zu den verfassungsrechtlichen Möglichkeiten einer parlamentarischen Regulierungsaufsicht *G. Hermes* in: Britz/Hellermann/Hermes (Fn. 121), § 61 Rn. 13. Der Beirat, der aus jeweils 16 Bundestags- und 16 Bundesratsvertretern zusammengesetzt ist (§ 5 Abs. 1 S. 1 Halbs. 1 BNetzAG), kann für sich genommen nicht die demokratisch notwendige Legitimation der Entscheidungen der Bundesnetzagentur absichern (*T. Mayen* DÖV 2004, 45 [53]; *ders.* in: Scheuerle/Mayen [Fn. 87], § 116 Rn. 15). Seine Antrags-, Beratungs-, Auskunfts-, Vorschlags-, Koordinierungs- und Kontrollfunktionen (§ 7 BNetzAG i.V.m. § 120 TKG, § 44, § 46 Abs. 2 S. 2 PostG, § 60 EnWG) stellen jedoch wesentliche demokratische Legitimationsbausteine für die parlamentarische Verantwortung der Entscheidungen der Bundesnetzagentur dar (*Oertel* [Fn. 171],451 ff.; *G. Hermes* Legitimationsprobleme unabhängiger Behörden, in: H. Bauer/P. M. Huber/K.-P. Sommermann [Hrsg.], Demokratie in Europa, 2005, 457 [472]; *ders.* FS Zuleeg, 2005, 410 [411 ff.]; *ders.* in: Britz/Hellermann/Hermes, ebd., § 60 Rn. 10; *J. Masing* DJT 66 [2006], D 5 [D 85], zu einer institutionalisierten

gen steht auch nicht die Stellung der Beschlusskammern der Bundesnetzagentur entgegen,¹⁷⁵ die nicht die Unabhängigkeit von Vergabekammern besitzen (§ 105 Abs. 1 und 4 GWB).¹⁷⁶ Ihr justizähnliches Verfahren mag die Begründung von Einzelweisungen erschweren,¹⁷⁷ ohne diese jedoch auszuschließen.¹⁷⁸ Auch die Überlegung, die Bundesnetzagentur müsse durch einen gesetzlichen Ausschluss des ministeriellen Weisungsrechts aus der Tagespolitik herausgenommen werden,¹⁷⁹ überzeugt nicht: Die lange Geschichte des Bundeskartellamts¹⁸⁰ und die bis-

parlamentarischen Beobachtung der Bundesnetzagentur; aA *C. Schmidt* NVwZ 2006, 907 [909]: "Politisches Leitungsgremium, welches mit der Unabhängigkeit hoheitlicher Regulierungsarbeit nicht zu vereinbaren ist").

175 Vgl. zu der insofern perplexen Gesetzesbegründung einerseits BT-Drs. 13/4438, 38; "Die Einrichtung von Beschlusskammern als Kollegialspruchköpern sichert gerade bei der Organisationsform einer oberen Bundesbehörde eine politisch weitgehend [!] unabhängige Entscheidung der Regulierungsbehörde" (Hervorhebung und Klammerzusatz durch den Verfasser) – Weitgehende politische Unabhängigkeit garantiert eben keine vollständige politische Unabhängigkeit; andererseits BT-Drs. 13/4864, 82: "Für den Status und die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde ist es erforderlich, daß nicht jede Entscheidung durch das zuständige Bundesministerium kassiert werden kann. Gerade aus diesem Grund sind die unabhängigen Beschlusskammern eingeführt worden." – Dies lässt sich im Sinn einer Weisungsunabhängigkeit verstehen; zur Begründung der ministeriellen Einzelweisungsunabhängigkeit J. Neveling ZNER 2005, 263; demgegenüber zu Recht für die Begründung des ministeriellen Einzelweisungsrechts P. Badura in: ders./v. Danwitz/Herdegen/Sedemund/Stern (Fn. 171), § 44 Rn. 64f.

¹⁷⁶ Vgl. *G. Hermes* in: Britz/Hellermann/Hermes (Fn. 121), § 59 Rn. 23; zur Unabhängigkeit der Vergabekammern *K. Stockmann* in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 18), § 105 GWB Rn. 4ff.

¹⁷⁷ Vgl. BT-Drs. 13/4864, 72, 82; *P. Badura* in: ders./v. Danwitz/Herdegen/Sedemund/Stern (Fn. 171), § 44 Rn. 25; *J. Masing* FS R. Schmidt, 2006, 521 (533); *ders*. HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 90 Rn. 48; *Ruffert* (Fn. 75), 450; *Kühling* (Fn. 131), 377.

178 Vgl. *P. Badura* in: ders./v. Danwitz/Herdegen/Sedemund/Stern (Fn. 171), § 44 Rn. 64f., § 46 Rn. 24ff.; *T. Mayen* DÖV 2004, 45 (53f.); *Ruffert* (Fn. 75), 450; aA *H.-H. Trute* Legitimation (Fn. 171), § 6 Rn. 68; *Kühling* (Fn. 131), 378; *M. Bosman* Die Beschlusskammern der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, 2002, 67 ff.; differenzierend *Möllers* (Fn. 161), 508: faktische Weisungsfreiheit; *M. Ruffert* in: Säcker (Fn. 87), § 116 Rn. 50: faktische Unabhängigkeit.

¹⁷⁹ Vgl. BT-Drs. 13/4864, 72; *C. Schmidt* DÖV 2005, 1025 (1029); *J. Masing* DJT 66 (2006), D 5 (D 47, D 78, D 84); *ders.* Möglichkeit (Fn. 112), 159 f.; *ders.* FS R. Schmidt, 2006, 521 (532).

¹⁸⁰ Im Fall des Bundeskartellamts wird die Zulässigkeit der Einzelweisung durch das Bundeswirtschaftsministerium mit Hinweis auf die justizförmige Verfahrensgestaltung der Beschlussabteilungen (§ 51 Abs. 2 S. 1 und Abs. 3, §§ 54–62 GWB) teilweise verneint (*M. Döhler* Die Verwaltung 34 [2001], 59 [71]; *E.-J. Mestmäcker* WuW 2008, 6 [22]; *Bunte* [Fn. 12], 400). Die Einordnung in die Bundesverwaltung (§ 51 Abs. 1 S. 2 GWB) sowie das Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 und 2 GG) spre-

her kurze der Bundesnetzagentur zeigen, dass das ministerielle Einzelweisungsrecht in der Staatspraxis bisher nicht ausgeübt wurde. ¹⁸¹ Diese Staatspraxis wird im Hinblick auf das Bundeskartellamt als "faktische Unabhängigkeit" ¹⁸² beschrieben und auch für die Bundesnetzagentur eingefordert. ¹⁸³ Dabei darf jedoch der Begriff der "faktischen Unabhängigkeit" nicht das Wesentliche verdecken: die demokratische Legitimation: Der Bundeswirtschaftsminister verantwortet die Entscheidungen der Bundesnetzagentur vor dem Bundestag – auch und gerade, wenn er sein Einzelweisungsrecht nicht ausübt. Diese demokratische Verantwortung ist insbesondere auch im Hinblick auf die Ausübung des rechtlich nur eingeschränkt vorstrukturierten Regulierungsermessens für die Bundesnetzagentur von zentraler Bedeutung. ¹⁸⁴ Die demokratische Verantwortung der Bundesnetzagentur gegenüber dem Parlament kann sicherlich sehr unterschiedlich ausgestaltet werden, aufgegeben werden kann sie nicht: Die parakonstitutionellen Vorstellungen eines *regulatory state*, ¹⁸⁵

chen jedoch für eine Einzelweisungsgebundenheit des Bundeskartellamts (M. Bullinger DVBI. 2003, 1354 [1360]; H. Jochum VerwArch 94 [2003], 512 [515ff., 525ff.]; M. Jestaedt Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, 1993, 465 ff.; R. Bechtold GWB, 5. Aufl. 2008, § 52 Rn. 2; P. Badura in: ders./v. Danwitz/Herdegen/Sedemund/Stern [Fn. 171], § 44 Rn. 66).

 ¹⁸¹ Vgl. auch *J. Masing* FS R. Schmidt, 2006, 521 (531, 533: "Weisungsreserve beim Ministerium"); *Döhler* (Fn. 143), 218: "Autoritäts*reserve*" (Hervorhebung im Original).
 ¹⁸² Vgl. zum Begriff *H. Jochum* VerwArch 94 (2003), 512 (524, 541); *T. Mayen* DÖV 2004, 45 (46), ferner *Bulla* (Fn. 171), § 11 Rn. 26.

¹⁸³ Vgl. C. Koenig/J. Kühling WuW 2001, 810 (815 f.); Kühling (Fn. 131), 377, 379; J. Masing Möglichkeit (Fn. 112), 169; K.-P. Sommermann in: v. Mangoldt/Klein/ Starck (Fn. 125), Art. 20 Abs. 2 Rn. 181; aus der Perspektive der Bundesnetzagentur J. Neveling ZNER 2005, 263 (264); Henseler-Unger (Fn. 123), 41.

¹⁸⁴ Vgl. T. Mayen in: Scheuerle/Mayen (Fn. 87), § 116 Rn. 5, 15.

¹⁸⁵ Vgl. grundlegend G. Majone The Future of Regulation in Europe, in: ders. (Hrsg.), Regulating Europe, 1995, 265 ff.; ders. From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Govenrance, in: Journal of Public Policy 17 (1997), 139 ff.; ders. Credibility and Commitment, in: G. Kochendörfer-Lucuius (Hrsg.), Investment Climate, Growth, and Poverty, 2005, 105 ff.; differenzierend zum Konzept des "Regulierungsstaats" E. Grande Entlastung des Staates durch Liberalisierung und Privatisierung? Zum Funktionenwandel des Staates im Telekommunikationssektor, in: R. Voigt (Hrsg.), Abschied vom Staat - Rückkehr zum Staat, 1993, 371 ff.; ders. Vom produzierenden zum regulierenden Staat. Möglichkeiten und Grenzen von Regulierung bei Privatisierung, in: K. König/A. Benz (Hrsg.), Privatisierung und staatliche Regulierung, 1997, 576 ff.; Döhler (Fn. 143), 218; D. Eberle PVS 44 (2003), 483 ff.; G. F. Schuppert Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktoren, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ Voßkuhle (Fn. 2), § 16 Rn. 96ff.; Kahl (Fn. 66), § 47 Rn. 165; M. Ruffert in: Säcker (Fn. 87), § 116 Rn. 15; R. Ruge Die Gewährleistungsverantwortung und der Regulatory State, 2004.

in dem die Regulierungsbehörden ihre Legitimation quasi in sich selbst tragen, laufen auf die Utopie einer unpolitischen Fachverwaltung hinaus. Sie entzieht dem Parlament den Einfluss auf die Regulierung mit dem Argument, diese sei einfach zu wichtig, um in der Demokratie vor der Volksvertretung verantwortet zu werden. ¹⁸⁶ Deshalb gilt für die Demokratie des Grundgesetzes: Regulierungsbehörden können nicht politisch unabhängig sein. ¹⁸⁷

V. Folgerungen

Die Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe verändert unser Verständnis von Verwaltung und Verwaltungsrecht bis in den Allgemeinen Teil hinein: Wettbewerbliche Handlungsformen – wie Vergabe, Versteigerung und Zertifikatehandel – konkurrieren mit tradierten Verwaltungsinstrumenten – wie Verwaltungsakt, Vertrag, Plan und Abgabe. Um der Verwaltung in diesem Wettbewerb der Verwaltungsinstrumente einen reflektierten regulatory choice zu ermöglichen, 188 muss das Allgemeine Verwaltungsrecht als verwaltungsrechtswissenschaftliches Projekt die steuerungstheoretische und rechtsdogmatische Analyse hierarchischer, kooperativer und wettbewerblicher Verwaltungsinstrumente verbinden – und so das methodologische Versprechen unserer Diskussion auf der Freiburger Staatsrechtslehrertagung 2007 einlösen: das Verwaltungsrecht nicht "zwischen", sondern als Verbindung von steuerungswissenschaftlichem Anspruch und rechtsdogmatischem Verständnis. 189 Eine solche Verbindung ist auch ohne eine

¹⁸⁶ Vgl. krit. *Lepsius* (Fn. 11), § 19 Rn. 70; K. F. Gärditz NVwZ 2009, 1005 (1010): "administrative turn".

¹⁸⁷ Vgl. pointiert *Wißmann* (Fn. 114), 1984.

¹⁸⁸ Vgl. *G. F. Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, 2000, 957 ff., bes. 966 ff.; *ders.* Staatswissenschaft, 2003, 591 ff.; *ders.* Governance (Fn. 71), 395 ff.; *Eifert* (Fn. 114), § 19 Rn. 153 ff. *C. Bumke*, Verwaltungsakte, in: W. Hoffman-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Bd., 2008, § 35, vor Rn. 20 Rn. 35 ff.

¹⁸⁹ Vgl. pointiert M.-E. Geis Diskussionsbeitrag, VVDStRL 67 (2008), 339; mit unterschiedlicher Schwerpunktsetzung für eine Verbindung der rechtsdogmatischen und steuerungswissenschaftlichen Perspektive I. Appel Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischem Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67 (2008), S. 286 (252 ff.); M. Eifert Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischem Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67 (2008), S. 286 (314 ff.); F. Schoch, Die Verwaltung-Beiheft 7 (2007), 177 (203); W. Kahl Die Verwaltung 42 (2009), 463 (489 ff.) in zugleich historischer wie methodologischer Dimension C. Bumke, Die Entwicklung der verwaltungswissenschaft-

Vermischung der steuerungstheoretischen und rechtsdogmatischen Perspektive durch eine dialogische Darstellung der einzelnen Handlungsformen im Verwaltungsrecht AT möglich: erstens des steuerungstheoretischen Konzepts, zweitens der rechtsdogmatischen Reflexion und drittens der steuerungspraktischen Erfahrung des jeweiligen Verwaltungsinstruments.¹⁹⁰

Hinsichtlich der Verwaltungsorganisation zeigen insbesondere die Konzepte optimierten und regulierten Wettbewerbs, dass die Analyse und Kritik von Governance-Strukturen auf der Agenda des Allgemeinen Verwaltungsrechts steht.¹⁹¹ Die Vernetzung von hoheitlichen, privaten und zivilgesellschaftlichen Akteuren prägt bereits nachhaltig die Verwaltungsrealität, birgt aber zugleich auch ganz erhebliche verfassungsrechtliche Gefahren für die Entfaltung subjektiver Rechte, die Unabhängigkeit der Gerichte, dezentrale Verwaltungskompetenzen und die demokratische Legitimation.¹⁹² Die Herausforderung besteht hier – wie immer – darin, die Normativität der Verfassung zur Geltung zu bringen.

lichen Methodik in der Bundesrepublik, in: E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, 73 (127).

¹⁹⁰ Vgl. J. Kersten/S. Lenski Die Verwaltung 42 (2009), 501 (528 ff.).

¹⁹¹ Vgl. *Schuppert* (Fn. 185), § 16 Rn. 96ff., 134ff.; zurückhaltend *A. Voßkuhle* Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 2), § 1 Rn. 21, 68ff.

¹⁹² Vgl. W. Kahl Die Verwaltung 42 (2009), 463 (478 ff.); ders. Parlamentarische Steuerung der internationalen Verwaltungsvorgänge, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Fn. 17), 71 (74); Kersten (Fn. 69), 49 ff.

Leitsätze des 2. Berichterstatters über:

Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe

I. Einleitung

(1) Die Verwaltung hat den Wettbewerb als Handlungsform entdeckt, um das Gemeinwohl zu fördern. Die damit einhergehende Verflechtung von Markt und Staat lässt sich anhand von drei Konzepten skizzieren: der Herstellung von optimiertem, instrumentellem und reguliertem Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe.

II. Optimierter Wettbewerb

1. Konzept

- (2) Das Konzept optimierten Wettbewerbs zielt auf die Herstellung von Wettbewerb als Freiheit. Diesem Wettbewerbskonzept liegt ein gestuftes Gemeinwohlverständnis zu Grunde, das den unmittelbaren Schutz der Handlungsfreiheit der Wettbewerber im Marktprozess mit der mittelbaren Erwartung bisher unbekannter sozialer, technischer und wirtschaftlicher Innovation verbindet.
- (3) Das Hauptproblem dieses ergebnisoffenen Wettbewerbskonzepts liegt in der Frage, wie zu verfahren ist, wenn individuell maximierte Wettbewerbsfreiheit den optimierten freien Wettbewerb zwar verletzt, aber dadurch unmittelbar soziale, technische und wirtschaftliche Gemeinwohlziele verwirklicht.

2. Verfassung

(4) Das Konzept optimierter Wettbewerbsfreiheit wird im deutschen Verfassungsrecht grundrechtlich und im europäischen Verfassungsrecht institutionell entfaltet.

3. Instrumente

- (5) Die Kommission konturiert gegenwärtig durch ihren more economic approach im Wettbewerbsrecht das europäische Gemeinwohlkonzept neu. Dem more economic approach liegt ein ergebnisorientiertes Wettbewerbsverständnis zugrunde. Dieses sieht den Schutzzweck des Wettbewerbs in der Konsumentenwohlfahrt und in einer effizienten Ressourcenallokation.
- (6) Da die europäischen Verträge den Wettbewerb als ergebnisoffenes Entdeckungsverfahren schützen, kann eine effizienzorientierte Neubestimmung des Schutzzwecks des europäischen Wettbewerbsrechts nur durch eine Vertragsänderung erfolgen. Der Vertrag von Lissabon legitimiert keinen Paradigmenwechsel von einem ergebnisoffenen zu einem ergebnisorientierten Wettbewerbskonzept.
- (7) Die Kommission hat jedoch ihren Gestaltungsspielraum im Rahmen der bestehenden Verträge genutzt, um in Anknüpfung an die Wertung des Art. 81 Abs. 3 EG das grundsätzlich ergebnisoffene europäische Wettbewerbsrecht effizienzorientiert fortzuentwickeln: Der Grundsatz optimierten freien Wettbewerbs wird durchbrochen, wenn ein Marktteilnehmer durch seine maximierte individuelle Wettbewerbsfreiheit zwar den optimierten freien Wettbewerb beeinträchtigt, aber in der Abwägung konkret überwiegende Effizienzvorteile für das Gemeinwohl nachweisen kann, ohne dadurch im konkreten Fall den freien Wettbewerb grundsätzlich in Frage zu stellen.

4. Organisation

- (8) Wettbewerbsverwaltung ist vernetzte Verwaltung. Bei dem "Europäischen Wettbewerbsnetz" handelt es sich um eine Governance-Struktur, die öffentliche, private und zivilgesellschaftliche Akteure zu einem dynamischen Prozess der Konkretisierung, Durchsetzung und Fortbildung des Wettbewerbsrechts verbindet.
- (9) Einerseits überzeugt diese Governance-Struktur funktional, da sie sich auf die Dynamik des Wettbewerbs einlässt: Regelungsgegenstand und Regelungsstruktur entsprechen einander. Andererseits steht die verfassungsrechtliche Konstitutionalisierung dieser Governance-Struktur im Hinblick auf die normative Entfaltung der grundrechtlich geschützten Wettbewerbsfreiheit sowie die Unabhängigkeit der Gerichte noch aus.

III. Instrumenteller Wetthewerh

1. Konzept

- (10) Das Konzept instrumentellen Wettbewerbs sieht im Wettbewerb ein hoheitliches Steuerungsmittel: Die Verwaltung veranstaltet Wettbewerb, um Gemeinwohlziele effektiv durchzusetzen.
- (11) Das Hauptproblem dieses Konzepts liegt in der verfassungskonformen Begrenzung des ökonomischen Eskalationspotenzials instrumentellen Wettbewerbs.

2. Verfassung

(12) Mit den variablen Ausgestaltungs- und damit zugleich Begrenzungsmöglichkeiten der Intensität instrumentellen Wettbewerbs variiert die verfassungsrechtliche Bewertung dieses Konzepts im Einzelfall.

3. Instrumente

- (13) Von den klassischen Handlungsformen der Ämterausschreibung und Auftragsvergabe ausgehend hat sich das Konzept instrumentellen Wettbewerbs in der Verwaltungspraxis der letzten fünfzehn Jahre stark ausgedehnt. Beispiele für diese Entwicklung sind das Personal-, Hochschul- und Umweltrecht.
- (14) Eine neue Dimension instrumentellen Wettbewerbs eröffnet die Versteigerung als Handlungsform der Verwaltung, weil sie allein im Preis das maßgebliche Entscheidungskriterium sieht. Der Staat muss dieses ökonomische Eskalationspotenzial begrenzen, wenn er wie im Fall von Emissionszertifikaten die Versteigerung als umweltpolitisches Steuerungsinstrument nutzt (Emissionshandels-Verordnung 2012 [2009]). Eine verfassungskonforme Einschränkung des ökonomischen Eskalationspotenzials ist aber insbesondere auch dann angezeigt, wenn der Staat die Versteigerung wie im Fall der elektronischen Auktion im fiskalischen Eigeninteresse einsetzen will (§ 101 Abs. 6 S. 1 GWB [2009]). Diese Beschränkung kann in beiden Fällen durch eine entsprechende Ausgestaltung des Versteigerungsverfahrens erfolgen.

4. Organisation

(15) Die verfahrensrechtliche Ausgestaltung instrumentellen Wettbewerbs ermöglicht dessen verwaltungsorganisatorisch dezentralen Einsatz, dessen Rechtmäßigkeit insbesondere im Konkurrentenstreit gerichtlich überprüft wird.

IV. Regulierter Wettbewerb

1. Konzept

- (16) Das Konzept regulierten Wettbewerbs zielt auf die Herstellung gemeinwohlpflichtigen Wettbewerbs. Es ist in seiner europäischen Form im Rahmen der Liberalisierung und Privatisierung von Telekommunikation, Post, Energie und Bahn entstanden. Regulierung will freien Wettbewerb zwischen oder auf diesen Netzen herstellen und muss dabei zugleich deren Daseinsvorsorgeleistungen garantieren. Deshalb konstituiert das Regulierungsrecht einen von vornherein sozial, ökologisch, ökonomisch, technisch und territorial konditionierten Wettbewerb.
- (17) Die konzeptionelle Eigenständigkeit regulierten Wettbewerbs gegenüber den Konzepten optimierten und instrumentellen Wettbewerbs kommt in der Doppelfunktion des Wettbewerbs als Regulierungsziel und als Regulierungsmittel zum Ausdruck.
- (18) Das Hauptproblem dieses Konzepts liegt in der verfassungskonformen Bestimmung des exekutiven Ermessens für die Gestaltung regulierten Wettbewerbs als Verwaltungsaufgabe.

2. Verfassung

(19) Die Verfassung regulierten Wettbewerbs wird durch Art. 87e und Art. 87f GG sowie den Eingriffscharakter des Regulierungsrechts bestimmt.

3. Instrumente

- (20) Ungeachtet der sektorenspezifischen Besonderheiten des Telekommunikations-, Post-, Energie- und Bahnrechts lassen sich im Vergleich der Regulierungsinstrumente folgende Grundmuster erkennen: Missbrauchsverbot, Entflechtung, Informationstransparenz, Zusammenschaltung, Netzzugang, Entgeltregulierung und Universaldienste.
- (21) Regulierungsinstrumente sind final auf die Herstellung gemeinwohlpflichtigen Wettbewerbs ausgerichtet. Bei ihrer Anwendung sind die Konflikte zu lösen, die in der Konkurrenz sozialer, ökonomischer, ökologischer,

technischer und territorialer Regulierungsziele angelegt sind. Diese Zielkonflikte kennzeichnen den proaktiven Gestaltungsauftrag der Regulierungsverwaltung.

- (22) Im aktuellen Verwirrspiel um die Gestaltungsfreiräume der Regulierungsverwaltung gilt es, zwei Extreme zu vermeiden: auf der einen Seite eine vorschnelle Überdehnung, auf der anderen Seite eine vorschnelle Verkürzung des Regulierungsermessens.
- (23) Eine vorschnelle Überdehnung des Regulierungsermessens liegt in der regulierungspolitischen Hyperfinalisierung aller Regulierungsinstrumente: Sie dienen zwar alle dem Ziel, gemeinwohlpflichtigen Wettbewerb herzustellen. Dies bedeutet aber nicht, dass sie auch alle durch ein allgemeines Regulierungsermessen gekennzeichnet sind, das zwangsläufig mit einer Reduzierung der gerichtlichen Kontrolldichte einhergehen müsste. Es kommt auf die Normstruktur des einzelnen Regulierungsinstruments an, ob die gerichtliche Kontrolldichte reduziert ist.
- (24) Eine vorschnelle Verkürzung des Regulierungsermessens liegt in der Parallelisierung von Regulierungs- und Planungsermessen durch die jüngste TKG-Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Ein Transfer der Planungsrechtsdogmatik wird dem Regulierungsermessen nicht gerecht, da die grundsätzlich gleichwertigen Regulierungsziele (bisher) keine Zielhierarchien kennen. Das Regulierungsrecht muss zu einer eigenen Abwägungsdogmatik für die Gestaltung gemeinwohlpflichtiger Märkte finden.

4. Organisation

- (25) Das Bundeswirtschaftsministerium verfügt über ein Einzelweisungsrecht gegenüber der Bundesnetzagentur.
- (26) Die demokratische Verantwortung der Bundesnetzagentur gegenüber dem Deutschen Bundestag kann sehr unterschiedlich ausgestaltet werden, aufgegeben werden kann sie nicht: Nach dem Demokratieverständnis des Grundgesetzes können Regulierungsbehörden nicht politisch unabhängig sein.

V. Folgerungen

- (27) Die Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe verändert das Verständnis von Verwaltung und Verwaltungsrecht bis in den Allgemeinen Teil hinein.
- (28) Wettbewerbliche Handlungsformen wie Vergabe, Versteigerung und Zertifikatehandel konkurrieren mit tradierten Verwaltungsinstrumenten wie Verwaltungsakt, Vertrag, Plan und Abgabe. Um der Verwal-

tung in diesem Wettbewerb der Verwaltungsinstrumente einen reflektierten regulatory choice zu ermöglichen, muss das Allgemeine Verwaltungsrecht die steuerungstheoretische und rechtsdogmatische Analyse hierarchischer, kooperativer und wettbewerblicher Verwaltungsinstrumente verbinden.

(29) Hinsichtlich der Verwaltungsorganisation zeigen insbesondere die Konzepte optimierten und regulierten Wettbewerbs, dass die verfassungsrechtliche Analyse und Kritik von Governance-Strukturen auf der Agenda des Allgemeinen Verwaltungsrechts steht.