

3. Aussprache und Schlussworte

Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe

Holoubek: Vielen Dank. Meine sehr geehrten Damen und Herren. Ich würde gern mit einem Grundsatzblock beginnen, in dem Fragen nach der Leistungsfähigkeit, der Tauglichkeit, der Differenziertheit von Wettbewerb gestellt werden sollen. Dann gibt es einen großen Block von Diskussionsbeiträgen, in denen Rechtsschutz- und Grundrechtsfragen im Mittelpunkt stehen. Dann habe ich ein paar eher konkrete Nachfragen und schließen würde ich gerne mit einem Block, der sich noch einmal mit der Grundsatzfrage demokratischer Legitimation von Regulierung beschäftigt.

P. Kirchhof: Wir haben für zwei bedeutende Referate zu danken: Sie waren wirklichkeitsnah, gedankenreich, dogmatisch, haben aus den besonderen Teilen einen allgemeinen Teil entwickelt, wirken anregend und inspirierend. Ihr erstes Verdienst besteht darin, dass die Grundkategorien, die gestern Frau Peters formuliert hat, noch einmal verdeutlicht worden sind. Wettbewerb ist nicht nur die Beschreibung von Konkurrenzen – sonst wäre unser Problem fast belanglos. Wettbewerb ist einerseits ein Krisensymptom, wenn es unbedacht von der freiheitsberechtigten Gesellschaft auf den freiheitsverpflichteten Staat übertragen wird. Wettbewerb ist vor allem ein Rechtfertigungsverfahren: Wer in einem fairen Wettstreit der beste war, erhält im Sport die Medaille, im Markt den Auftrag, in der Wissenschaft den Lehrstuhl, bei den Wahlen das Mandat. Doch dieses System ist nur begrenzt anwendbar, weil es die Menschen in Sieger und Besiegte teilt. Hier stellt sich die Grundsatzfrage unseres sozialen Rechtsstaates, ob dieses Prinzip geeignet ist, die für den Staat notwendige Solidarität zu organisieren.

Hier leuchtet der freiheitsrechtliche Ausgangspunkt von Herrn Kersten ein, seine gestufte Gemeinwohlverwirklichung, die Deutung des Kartellrechts als die Garantie der Freiheit in individueller Verantwortlichkeit. Diese Maßstäbe sind vielfach kaum auf den Staat übertragbar. Wenn die Bundesländer in der Bildungspolitik zusammenwirken, die öffentliche Hand bei ARD und ZDF die Wahrnehmung von Grundrechten zentralisiert, braucht die Kartellbehörde nicht einzuschreiten, weil ihre Maßstäbe keine Anwendung finden. Auch eine feindliche

Übernahme, die „schöpferische Zerstörung“, ist im Wettbewerb möglich, steht dem Staat jedoch gegenüber dem anderen Staat nicht zu. Innerhalb des Staates lebt Demokratie zwar von der Alternativität zwischen Regierung und Opposition. Zwischen den Staaten aber gibt es nicht die Alternative, die Funktion des einen durch den anderen – den vermeintlichen Konkurrenten – zu übernehmen.

Besonders problematisch ist der Wettbewerb zu Lasten Dritter. Wenn der Wettbewerb im Finanzmarkt zu unververtretbaren Ergebnissen geführt hat, weil dort nicht eine rare Ware gegen knappes Geld getauscht wird, vielmehr Hoffnungen gekauft werden und damit die Gewinnmaximierung nicht systemimmanent auf eine Kultur des Maßes trifft, führt dieses System zur Belastung der unbeteiligten Steuerzahler. Wir spannen einen Rettungsschirm für die Banken, nicht für die Steuerzahler auf. Wettbewerb setzt stets Verantwortlichkeit voraus. Der Wettbewerber erzielt den Gewinn für sich, trägt dann aber auch den Verlust auf eigene Rechnung.

Die Rationalität des Wettbewerbs ist die Rationalität des Tausches. Diese innere Konsequenz und Mäßigung des Gütererwerbs wird schwächer, wenn das Geld nicht mehr knapp erscheint, die Wettbewerber vielmehr meinen, sie könnten durch Steuerverschonungen und Leistungssubventionen auf den Staatshaushalt übergreifen.

Die individualisierbare Verantwortlichkeit als Bedingung des Wettbewerbs betrifft auch die regulierten Märkte. Wenn eine Regulierungsbehörde entscheidet, die Telefongebühr dürfe nicht steigen, verantwortet nicht sie diese Entscheidung, sondern die privatisierte Aktiengesellschaft. Das Zusammenwirken von staatlicher Regulierung, teilweise auch staatlicher Gewährleistung bei voller ökonomischer Verantwortlichkeit des privaten Unternehmens bringt Entscheidungsmacht und Entscheidungsrisiko nicht bei derselben Person zur Deckung.

Schließlich richte ich noch eine Schlussfrage an Herrn Kersten. Sie haben von der Versteigerung der UMTS-Lizenzen berichtet, die damals hundert Milliarden D-Mark Ertrag für den Staat erbracht haben. Die öffentliche Meinung war über diesen Erfolg begeistert. Doch stellen wir uns vor, der Beamte, der Führerscheine und Baugenehmigungen zu erteilen hat, werde in Zukunft nach dem gleichen Verteilungssystem handeln. Ist dieses großartig oder ermittelt der Staatsanwalt wegen Bestechlichkeit?

Grimm: Ich wollte gern eine Frage stellen, die sich mir schon nach den gestrigen Referaten aufgedrängt hat. Ich stelle sie jetzt, weil sie auch in den heutigen Referaten offen geblieben ist. Wenn das Ziel von Wettbewerb Gemeinwohl ist, und diese Prämisse liegt ja der Themenstellung

der gesamten Tagung zugrunde, dann werden die Alternativen Staat oder Markt zu Mitteln der Zielerreichung. Mittel müssen sich aber auf ihre Eignung befragen lassen. Bezogen auf den Wettbewerb verlangt das eine Klärung der Frage, auf welchen Feldern und unter welchen Bedingungen Wettbewerb qualitätssteigernd wirkt und in welchen Fällen er qualitätsmindernd wirkt. Wo führt er gar zu einem „race to the bottom“? Diese Frage unterscheidet sich von derjenigen, die bei Herrn Potacs eine gewisse Rolle gespielt hat: Was sind exklusive Staatsaufgaben? Meine Frage bezieht sich auf den Bereich der nicht exklusiven Staatsaufgaben. Was kann dort unter Qualitätsgesichtspunkten dem Wettbewerb überlassen werden und was muss in der Verantwortung des Staates bleiben?

Die Bedeutung der Frage ist mir in der Föderalismus-Kommission I besonders deutlich geworden. Dort ging es allerdings nicht um die Alternative Markt oder Staat, sondern darum, welche Gesetzgebungsmaterien nach bundeseinheitlicher Regelung verlangen und welche dem Länderwettbewerb überlassen werden können. Für die Entscheidung wäre es höchst nützlich gewesen, etwas über die gemeinwohl-förderlichen und die gemeinwohl-abträglichen Wirkungen von Regelungswettbewerb zu wissen. In der Föderalismus-Kommission wurde schon die Frage danach als störend empfunden. Die Antwort kann natürlich nicht allein oder auch nur vornehmlich juristisch gegeben werden. Andere Disziplinen haben darüber mehr zu sagen. Ebenso wenig darf sie aber ajuristisch erfolgen. Wo Gemeinwohl das Ziel ist, kann Effizienz nicht alles sein. Zur Qualitätsdefinition müssen zusätzlich die Gemeinwohlziele herangezogen werden, die sich aus der Verfassung ergeben. Die Frage stellt sich daher legitimerweise auch dem Juristen.

Schuppert: Ich möchte anknüpfen an das Referat von Herrn Kersten und die darin enthaltene, mir sehr hilfreich erscheinende Ausdifferenzierung verschiedener Wettbewerbs-Typen. Ich finde das deswegen hilfreich, weil ich aus Ihrem Referat gelernt habe, dass diese verschiedenen Wettbewerbs-Typen verschiedene Governancestrukturen zur Folge haben; abgesehen davon, dass mir dies sehr einleuchtet, bin ich natürlich begeistert darüber, dass nunmehr das Thema „Governancestrukturen“ auf die Agenda des Allgemeinen Verwaltungsrechts gesetzt werden soll.

Wenn das aber so ist, dass verschiedene Wettbewerbs-Typen verschiedene Governancestrukturen zur Folge haben, würde es vielleicht lohnen, darüber nachzudenken, ob es noch mehr Wettbewerbs-Typen gibt, und in der Tat ist mir beim Zuhören ein weiterer Wettbewerbs-typ eingefallen, der ebenfalls in spezifischen Governancestrukturen seine Entsprechung findet. Ich denke, man kann als einen vierten Wett-

bewerbs-Typ den sogenannten Reputations-Wettbewerb nennen, den ich im Governance-Jargon, den ich zu beherrschen meine, als „governance by reputation“ bezeichnen möchte. Für diesen Wettbewerbstyp sind mir ad hoc vier Beispiele in den Sinn gekommen. Erstens – heute Nachmittag kommen wir dazu – der Wettbewerb zwischen den Universitäten. Das ist im Wesentlichen ein Reputations-Wettbewerb, und die Humboldt-Universität leidet nicht so sehr darunter, dass sie die Geldmittel nicht bekommt, sondern dass die FU das Rennen gemacht hat und die Humboldt-Universität sich als eine Universität herausstellen könnte, die von vergangener Reputation leben muss; aber das möchte ich nicht beschwören und hoffe im Gegenteil das Beste. Zweitens ein Reputations-Wettbewerb, wie er von der OECD veranstaltet wird, wofür der sogenannte PISA-Wettbewerb ein gutes Beispiel ist. Diesen Wettbewerb haben wir alle noch in unguter Erinnerung: als wir aufwachten, mussten wir feststellen, dass unser Land der Dichter und Denker unter „ferner liefen“ eingestuft worden war. Dieser sog. PISA-Schock hat bekanntlich eine Reisewelle nach Finnland ausgelöst, um vor Ort in Erfahrung zu bringen, was dort anders gemacht wird. Vor allem aber hat – was unter Governancegesichtspunkten interessant ist – die Herrschaft der Bildungsexperten zu einer bemerkenswerten Entstaatlichung der Bildungspolitik geführt.

Der dritte Punkt – und das hat mich ein bisschen gewundert, dass dieser Wettbewerbstyp nicht vorgekommen ist – ist die berühmte offene Methode der Koordinierung oder Open Method of Coordination (OMC). Dies ist ja ein ausgesprochen wettbewerbsorientiertes Verfahren, das mit den berühmten Methoden des bench-marking und des best practice operiert. Hier wäre dann zu fragen, ob dieses auf den ersten Blick so ansprechende Wettbewerbsverfahren – Wettbewerb als Methode von Entdeckungen und Innovationen – wirklich zu den erhofften Ergebnissen führt. Die Ökonomen sagen zunehmend kritisch, dass sich verständigen auf ein „best practice“ häufig so ist, als wollte man es sich auf einem chaiselongue bequem machen. Der eigentliche Witz des Wettbewerbs, wirklich neue Sachen zu entdecken, werde hier verfehlt.

Und dann mache ich eine letzte elegante Abschlussbemerkung, indem ich die These aufstelle, dass „governance by reputation“ natürlich dann besonders gut funktioniert, wenn wir eine funktionierende Reputations-Gemeinschaft haben. Und gäbe es ein schöneres Beispiel für eine Reputations-Gemeinschaft als die Staatsrechtslehrervereinigung, die ja geradezu von einem Reputations-Wettbewerb lebt? Wenn ich also hinfert gefragt würde, was der Vorstand der Vereinigung eigentlich ist, so würde ich in der Wortwahl von Herrn Potacs sagen: Ein legitimierter

Arrangeur für einen Reputations-Wettbewerb, der jährlich in verschiedenen Arenen mit mehr oder weniger Eleganz ausgetragen wird.

Pitschas: Zunächst hat mir an dem Referat von Herrn Potacs gut gefallen, dass er im vierten Abschnitt seiner Überlegungen auf die Möglichkeiten der Effizienzsteigerung durch Wettbewerb eingegangen ist. Es sind insbesondere die Thesen 12 und 13, die mir von Bedeutung zu sein scheinen. Die erste Frage, Herr Potacs, die ich an die beiden Thesen anknüpfen möchte, will herausfinden, worauf Sie denn Ihren Prüfungsauftrag der Verwaltung stützen, ob hinsichtlich der Gemeinwohlerbringung von Effizienz die Rede sein kann. Denn in der These 12 haben Sie ausgeführt, es könnten wirtschaftliche Grundrechte verantwortlich für diesen Prüfungsauftrag sein, aber sich nicht festgelegt. Wenn dem so ist, könnte es vielleicht die objektive Grundrechtsfunktion z.B. von Art. 12 GG sein, die dann im Gesundheitsmarkt die Krankenhäuser gegenüber den niedergelassenen Ärzten bevorzugen lässt, oder woher kommt dieser Prüfungsauftrag? Sie verhelfen zwar mit der Annahme des Prüfungsauftrags dem Optimierungsgebot als Verwaltungsmaßstab, als rechtlichen Handlungsmaßstab der Verwaltung zu einem gewissen Anwendungsvorrang; aber die Frage ist doch dann, was meint dieser Optimierungsmaßstab präzise? Woran orientiert sich die Optimierung? Gibt es vorgezeichnete Messgrößen? Sie führen eine solche Größe ein, den Kostenvergleich, aber der ist wohl doch zu eng gefasst. Die Ökonomik diskutiert deshalb eher den Übergang zu einem allgemeinen Abwägungsmaßstab des „Nutzens“. Würde der Nutzen dann ein im Rahmen der Abwägungsdogmatik rechtlich belangvoller Maßstab sein?

Herr Kersten hat in seinem Referat dankenswerterweise die Instrumente der Regulierung behandelt und die Bereiche der Regulierung aufgegliedert, aber er hat – die Nachfrage wird ausgelöst durch die Finanzkrise – nicht die Finanzmärkte genannt. Fallen diese aus dem Regulierungsansatz, also aus den sektorspezifischen Besonderheiten der in These 20 genannten Regulierung heraus? Gibt es einen Grund dafür? Finanzmärkte stehen in der Tat in einer gewissen Besonderheit zu den von Ihnen im Übrigen genannten Netzregulierungen, aber es wäre doch interessant, diesen Punkt näher zu verfolgen. An ihm entscheidet sich die Dogmatik der Regulierung. Ich stimme Ihnen im Übrigen sehr gerne zu, dass das Regulierungsrecht zu einer eigenen Abwägungsdogmatik finden muss, aber sind wir dann nicht etwas zu klein im Muster? Denn es geht eigentlich um Legitimationsprobleme und da müsste man dann den Blick doch weiten, z.B. auf den Gemeinsamen Bundesausschuss im Gesundheitsrecht, wo sich die Regulierungs-Problematik

ähnlich stellt, aber mit großen, übergreifenden Folgenwirkungen. Also Abwägungsdogmatik ja, aber vielleicht nur bereichsbezogen?

Nettesheim: Herr Kersten hat in vorzüglicher Weise drei Wettbewerbs-Modelle vorgestellt und in ihren Implikationen analysiert. Ich würde vorschlagen, über die Reihung und Zuordnung dieser drei Modelle nachzudenken. Mir scheint den eigentlich gedanklichen Ausgangspunkt das zweite von Ihnen genannte Modell zu bilden: der institutionelle Wettbewerb. In diesem Modell geht es in der Sache um die Verteilung von Eigentumsrechten: das Amt, das Verschmutzungsrecht, im Verkehrsdienstleistungsrecht ist es die Konzession mit Ausschlussfunktion. Den Wettbewerb um die Erlangung derartiger Rechtspositionen hat Frau Peters gestern beschrieben und abgegrenzt als den Wettkampf um etwas, in dem es einen Sieger und viele Verlierer gibt. Neuere Entwicklungen im europäischen Verwaltungsrecht belegen in diesem Zusammenhang, dass das von Herrn Kersten beschriebene Modell noch weitere Differenzierungen zulässt. Die neue, demnächst in Kraft tretende Verordnung 1370/07 zum europäischen Verkehrsdienstleistungsrecht enthält eine interessante Regelungsstruktur. Sie regelt zwar nicht unmittelbar den Verteilungsmodus, will aber sicherstellen, dass jedenfalls mit Blick auf die Vergabe Fairness herrscht: Die Freiheit der Mitgliedstaaten wird mit Blick auf die zu begründende Gemeinwohlverpflichtung und den Ausgleich beschränkt. Ein Markt muss nach dieser Verordnung aber nicht hergestellt werden.

Erst auf einer zweiten Ebene liegt dann das Modell, das Herr Kersten den Regulierungswettbewerb nennt, nämlich die Herstellung eines Marktes. Und auf dritter Ebene liegt die Frage, wie sich die Einzelnen in einem zu optimierenden Wettbewerb im Markt zu verhalten haben.

Aus eher verfassungsrechtlicher und europarechtlicher Perspektive stellt sich natürlich die Frage, wie der Übergang zwischen diesen drei Modellen geregelt ist. Man wird davon ausgehen müssen, dass dies im Wesentlichen eine politische Frage ist. Wer – ich erlaube mir noch einmal, darauf zurück zu kommen – die Genese der Verordnung 1370/07 im Verkehrsdienstleistungsrecht vor Augen hat, sieht deutlich, in welchem Umfang und Ausmaß über die Frage der Herstellung von Wettbewerb und die Grenzen, die man politisch hinzunehmen bereit war, politisch gestritten wurde.

Gibt es aber nicht gemeinschaftsrechtlich oder verfassungsrechtlich dann doch noch weitergehende Öffnungspflichten? Immerhin wird europarechtlich aus Art. 10 in Verbindung mit Art. 81, 82 EGV immer wieder abgeleitet, dass es im Übergang von der ersten und zweiten Stufe, so wie ich es jetzt konzeptionalisiert habe, durchaus Öffnungs-

pflichten gibt. Auch vom Europäischen Gerichtshof ist dies jedenfalls angedeutet worden. Bekanntlich wird auch mit Blick auf die von mir erwähnte Verkehrsdienstleistungsverordnung darüber diskutiert, inwieweit aus Art. 12 GG eine Pflicht zur Herstellung von Wettbewerb abgeleitet werden kann. Diese Frage stellt sich, weil die Verordnung in zwei Klauseln darauf verweist, dass die Mitgliedstaaten dort, wo es verfassungsrechtlich geboten ist, dann doch eben nicht völlig frei in der Verteilung von Verkehrsrechten sind. Mir scheint die Klärung der Frage, inwieweit Art. 12 GG eine Pflicht zur Herstellung von Märkten begründet, eines der großen Desiderate der Grundrechtsdogmatik zu sein.

Meessen: Ich möchte etwas zum europäischen Recht sagen, das durch den more economic approach eine neue Interpretation, wenn nicht einen anderen Inhalt erhalten soll. Hieran hat, meine ich, Herr Kersten ganz zu Recht eine rechtsstaatliche Sonde angelegt.

Wenn man sich zunächst einmal dieses Erfordernis der Konsumenten-Wohlfahrt im Rahmen des Gemeinwohl-Ziels des Wettbewerbs ansieht, dann ergibt sich materiell-rechtlich im Rahmen von Art. 81 Abs. 3 EGV, also der Ausnahme zum Verbot wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens, kein Problem. Das Problem steckt insofern eher im Verfahrensrechtlichen. Worauf stützt sich die Ermächtigung der Kommission, ihren neuen Ansatz durchzusetzen? Soweit sie – das ist ja teilweise so geschehen – entsprechende Vorschläge von Gruppenfreistellungs-Verordnungen vorgelegt hat, ist das völlig in Ordnung. Aber darüber hinaus kann sie die Auslegung bestenfalls im Sinne einer Selbstbindung, von der bei neuen Umständen abgewichen werden kann, beeinflussen. Entscheidend wäre aber die Frage, ob und inwieweit die Kommission nach der Verfahrensverordnung eine Möglichkeit hat, die Mitgliedstaaten, die ja jetzt primär Art. 81 und 82 EGV anwenden sollen, zu binden.

Darüber hinaus stellt sich die Frage, was soll Konsumenten-Wohlfahrt im Rahmen von Art. 81 Abs. 1 EGV und im Rahmen von Art. 82 EGV als Eingriffsvoraussetzung bedeuten. Soll dort Konsumentenwohlfahrt, die ja nur ein Ausschnitt allgemeiner Wohlfahrt darstellt, eine Einengung des Vollzugs bewirken? Die British Airways-Entscheidung, die Sie erwähnt haben, Herr Kersten, zu Art. 82 EGV spricht eher dafür, die Konsumenten-Wohlfahrt nicht als unabdingbares Element der Bezeichnung eines Verhaltens als wettbewerbsbeschränkend anzusehen, und ich würde hoffen, dass sich dieser dem Vertragstext entsprechende Standpunkt auch durchsetzt.

Von der überbewerteten Konsumenten-Wohlfahrt abgesehen ist der more economic approach eine Tüte voll Sand, und zwar Sand in der Hand von Anmeldern von Zusammenschlüssen. Der more economic

approach hat schon jetzt dazu geführt, dass die Kommission nicht nur einen chief economist, sondern einen chief economist mit einer Dreißig-Personen-Abteilung hat. Die Kommission arbeitet bei Anmeldungen unter äußerstem Zeitdruck. Das kann genutzt werden durch möglichst komplizierte ökonomische Darstellungen. Es ist sicher eine Arbeitsbeschaffung für unsere befreundete ökonomische Wissenschaft. Ob es dem Kartellrechts-Vollzug dient, frage ich mich aber.

Ruffert: Ich möchte drei Bemerkungen machen, zunächst zu den Grundrechten. Ich fand es sehr wichtig, dass bei Herrn Kersten hervorgehoben wurde, dass der Wettbewerb nicht nur eine Gemeinwohlorientierung hat, sondern auch dazu dient, Grundrechte zu verwirklichen, nämlich die wirtschaftlichen Grundrechte der beteiligten Grundrechtssubjekte. Dies gilt für alle der drei Kategorien von Herrn Kersten. Die Grundrechte stehen im zu optimierenden Wettbewerb im Mittelpunkt. Die unsichtbare Hand wirkt nur über die Grundrechtsausübung. Auch im instrumentellen Wettbewerb spielen sie eine Rolle und werden dort in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu wenig hervorgehoben. Ich denke dabei an die Entscheidung zum Vergaberecht. Auch im Regulierungsbereich haben die Grundrechte eine besondere Bedeutung, und dort liegen auch weitere Gefahren eines Regulierungsermessens, wenn man es nicht in irgendeiner Weise dogmatisch einhegt.

Für meine zweite Bemerkung hat Herr Meessen den Weg bereitet, und so passt es gut, dass ich gleich im Anschluss an ihn sprechen kann. Dieser more economic approach ist eine sehr unglückliche und gefährliche Entwicklung in der Kartellrechtspraxis. Wir verdanken diesem approach etwa auch die „Rettung“ unseres gebührenfinanzierten Rundfunks mit allen Implikationen. Ob der in dieser Sache geschlossene Vergleich wirklich rechtmäßig ist, wird niemand prüfen, was bei einem Vergleich üblich ist. Er hält die Dinge rechtlich offen. Ein wenig Hoffnung gibt es vom Europäischen Gerichtshof aus einer Entscheidung im Juni zum niederländischen Telekommunikationswesen, die ich hier naturgemäß nicht näher referieren kann (Nachtrag: EuGH, Urteil vom 4. 6. 2009, Rs. C-8/08, T-Mobile Netherlands). Hier scheint mir der Gerichtshof mit einer gewissen Deutlichkeit vom Ansatz der Konsumentenwohlfahrt, einer besonderen Ausprägung des more economic approach, den Herr Meessen eben erwähnt hat, abzurücken. Wollen wir es hoffen!

Daran schließt sich meine dritte Bemerkung an. Ich meine, dass sich in diesem more economic approach auch eine gewisse Hybris zeigt, durch Verwaltungsrecht oder durch Verwaltungshandeln, also durch

staatliches Handeln wirtschaftliche Prozesse lenken zu können. Hayeks Formel vom Wettbewerb als Entdeckungsverfahren ist hier schon mehrfach erwähnt worden. Woher soll eigentlich die Kommission wissen, was für den Konsumenten gut ist? – Herr Potacs hat eingangs die Finanzmarktkrise thematisiert; Herr Kirchhof hat sie noch einmal erwähnt. Dabei scheint es mir wichtig zu sein, dass man jetzt nicht reflexartig die Richtung wechselt und Markt und Wettbewerb in den Hintergrund drückt, sondern es ist sehr sorgfältig zu analysieren, welche Elemente des Marktversagens, aber auch welche Elemente des Staatsversagens zu dieser Krise geführt haben. Ich gebe als Stichworte: expansive Geldpolitik in den USA, Aufsichtsversagen wo auch immer (das klassische polizeirechtliche Aufsichtsrecht/Ordnungsrecht lief offensichtlich leer) und zuletzt auch die Aktivität staatlicher Banken in Deutschland, namentlich der Landesbanken.

W. Kahl: Mein Beitrag kann unmittelbar anknüpfen an das, was Matthias Ruffert soeben ausgeführt hat. Die Wettbewerbsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG ist an sich ein potenziell scharfes Schwert. In der Verfassungspraxis der Bundesrepublik Deutschland stellt sie sich gleichwohl eher als stumpfes Schwert dar. Ich würde gerne fragen, woran dies liegen könnte, und dafür zwei ergänzende Aspekte in die Diskussion einführen.

Erstens: staatliche Informationstätigkeit. Insoweit nimmt das Bundesverfassungsgericht das Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit seit der Glykol-Entscheidung im Grunde nicht mehr ernst. Methodisch wird Art. 12 GG hierzu auf der Ebene eines verengten sogenannten Gewährleistungsgehalts mit tatbestandsimmanenten Schranken überzogen und in das weitgehende Ausgestaltungsbefehl des einfachen Gesetzgebers gestellt. Bei Lichte besehen erweist sich dies als eine neue Form sozialer Grundrechtstheorie, wie Stefan Rixen in seiner Habilitationsschrift überzeugend dargelegt hat. Diese neue soziale Grundrechtstheorie hat eine klare antiökonomische Stoßrichtung. Verfassungsrechtlich ist sie meines Erachtens indes unhaltbar, weil sie Wortlaut und Systematik des Grundgesetzes verfehlt. Artikel 14 Abs. 1 GG ist ein normgeprägtes Grundrecht, Art. 12 GG nicht. Art. 14 GG nennt explizit eine Sozialpflichtigkeit der Freiheit, Art. 12 GG nicht. Für die richterliche Kontrolle hat dieser Neuansatz erhebliche, negative Konsequenzen. Sie findet nämlich praktisch nicht mehr statt. Die Rechtfertigung dieser Praxis mit funktionellrechtlichen Argumenten kann dabei nicht überzeugen, weil dasselbe Gericht bei anderen Grundrechten, wie etwa den Persönlichkeitsrechten, durchaus sehr akribisch und genau hinsieht. Es irrt aber im Einzelfall nicht nur der Anti-Terrorgesetzgeber (und bedarf da-

her der Kontrolle) – es irrt auch der Wirtschaftsgesetzgeber, etwa der sozialversicherungsrechtliche Reformgesetzgeber, der Regulierungsgesetzgeber und der mitunter hyperaktive Gesetzgeber, der auf die Finanz- und Wirtschaftskrise reagiert. Folglich sollte aber in den verschiedenen Freiheitsbereichen nicht länger mit zweierlei Maß gemessen werden.

Zweitens: Gemeindewirtschaftsrecht. In diesem Bereich hat bekanntlich der einzelne private Wettbewerbsteilnehmer eine gleichfalls sehr schwache Position, weil die Zivilgerichtsbarkeit sich aus der Kontrolle des Marktzutritts öffentlicher Konkurrenten zurückgezogen hat und die Verwaltungsgerichtsbarkeit diesen Rechtsschutz ihrerseits bislang überwiegend auch nicht gewährt, weil sie die Klagebefugnis weder kommunalrechtlich noch auf der Grundlage von Art. 12 GG in seiner norminternen oder normexternen Wirkung für gegeben hält. Demgegenüber lassen sich dem Referat von Jens Kersten zwei wichtige Gegenthesen entnehmen, die es festzuhalten gilt: (1) Die Wettbewerbsfreiheit ist kein institutionelles Grundrecht, sondern sie ist ein klassisches, individuelles Freiheitsrecht. (2) Auch die staatliche Regulierung stellt grundsätzlich einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG dar und ist daher rechtfertigungsbedürftig. Beide Thesen bilden eine gute Grundlage für eine notwendige Reaktivierung der Wettbewerbsfreiheit und der Berufsfreiheit allgemein in der deutschen Grundrechtsdogmatik.

Hieran anknüpfend hätte ich zwei Fragen an beide Referenten. Wie würden Sie den von mir für Deutschland dargestellten Befund in der rechtsvergleichenden Perspektive bewerten? Handelt es sich bei der dargestellten Wirkungsschwäche der Wettbewerbsfreiheit („stumpfes Schwert“) um einen deutschen Sonderweg oder vielleicht sogar um den Regelfall in Europa? Diese Frage richtet sich besonders an Herrn Potacs, mit der Bitte um Vertiefung der österreichischen Sicht. Die zweite Frage zielt auf die Wettbewerbsfreiheit als EU-Grundrecht. Es ist ja erstaunlich, dass dieses Grundrecht, obwohl es in Gestalt der Unternehmerfreiheit ausdrücklich in der EU-Grundrechte-Charta normiert ist, ein solches Schattendasein führt, wie Jens Kersten berichtet hat. Hier scheint mir interessant, nach den Gründen zu fragen, warum eine traditionell in besonderem Maße wettbewerbsbasierte Rechtsordnung meint, auf einen individuellen Grundrechtsschutz durch die Wettbewerbsfreiheit weitgehend verzichten zu können.

Ress: Ich möchte auf die Frage von Herrn Grimm zurückkommen, die Herr Potacs behandelt hat. Welche Aufgaben des Staates lassen sich eigentlich auch als allgemeine Aufgaben in eine Wettbewerbsordnung ausgliedern? Mir scheint, dass dafür die von Ihnen angegebenen Krite-

rien, die Sie in der These 6 und 7 mit dem Rückzug auf eine staatliche Gewährleistungsverantwortung umschrieben haben, nicht klar genug die Grenzen einer solchen, doch für den Bürger in seiner Rechtsstellung, auch Grundrechtsstellung radikalen Konsequenz darlegen. Ich glaube, dass der Ersatz, der angeboten wird, nämlich eine effiziente, auf rationale Ergebnisgewinnung ausgerichtete Verwaltung, nicht ausreicht. Effizienz ist in meinen Augen nicht das Eigentliche, die eigentliche staatliche Kategorie, wenn man sie als wirtschaftliche Effizienz versteht, sondern es kommt hinzu, was mit Max Webers Zitaten schon gestern anklang: Verlässlichkeit, Sicherheit, Vertrauen. Alles dies sind Aspekte, die bei der Frage der Ausgliederung staatlicher Aufgaben in eine private Wettbewerbsverwaltung geprüft werden müssen. Es ist angeklungen hier in der Diskussion, dass der Aspekt der allgemeinen Aufgaben auch im EG-Recht zu einer langen Diskussion etwa über die Frage der Stellung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks geführt hat, auch zur Abgrenzung der Gebühren von Beihilfen. Auch hier ist die Umschreibung der allgemeinen Aufgabe parallel zu dem, was Herr Potacs vorher zur Ausgliederung gesagt hat, in meinen Augen nicht völlig klar. Ich vermisse ein präzises Kriterium. Die Verlagerung in die private Wettbewerbs-Sphäre, das hat Herr Potacs in seiner These 21 sehr treffend beschrieben, hat eine Verdünnung des Rechtsschutzes zur Folge. Unter diesem Aspekt müsste meiner Ansicht nach die Frage in jedem Einzelfall geprüft werden, inwieweit die Verdünnung des Rechtsschutzes eine derartige Verlagerung rechtfertigt. Bei Herrn Kersten ist angeklungen, dass z.B. zur Deutschen Bahn praktisch kein Wettbewerber existiert. Das gibt es auch in vielen anderen Bereichen. Ich würde behaupten, auch zum Postdienst ist es schwer, sich wirklich einen effizienten Wettbewerber vorzustellen. Unsere kleinen Dienste, die da existieren, können diese Funktionen nicht wahrnehmen. Und wenn es keinen effizienten Wettbewerber gibt, dann stellen sich in der Tat meiner Ansicht nach Probleme der Ausgliederungsrechtfertigung.

Gallwas: Ich verdanke Herrn Kirchhof das Stichwort für das, was ich sagen möchte, nämlich: Wettbewerb zu Lasten Dritter. Hier scheint mir tatsächlich ein ganz wesentliches Problem zu liegen. Es geht ja nicht nur um Art. 12 GG im Hinblick auf die beteiligten Unternehmer, sondern auch um die Grundrechte Dritter. Wenn wir die Konfliktsituation zwischen einem optimierten und instrumentalisierten Wettbewerbs einerseits und den Drittdinteressen andererseits haben, dann stehen wir vor dem klassischen Grundrechtskonflikt zwischen Gemeinwohlrealisierung und Individualinteresse. Und das führt uns zu der Frage, die auf einer früheren Tagung von Frau Weber-Dürler behandelt worden ist,

und zwar: wie wirken Grundrechte dann, wenn es sich nicht um einen klassischen Eingriff handelt, sondern um Beeinträchtigungen in anderen Konstellationen, in anderen Handlungsmodalitäten. Ich möchte in diesem Zusammenhang auf die Gegenstände der Passauer und der St. Galler Tagung hinweisen, wo wir bereits darüber nachgedacht haben, zu welchen Problemen der Gewährleistungsstaat für die Grundrechte führt; und, gestatten Sie mir das in aller Bescheidenheit zu sagen, wir hatten ja auch schon mal in Speyer darüber gesprochen, inwieweit die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private an den Grundrechtsgewährleistungen vorbeigeht. Ich habe es damals mit der Denkfigur einer Garantenpflicht des Staates versucht: Wo sich der Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben Privater bedient, hat er den Drittbetroffenen so zu stellen, wie dieser stehen würde, wenn der Staat die Aufgabe selbst erledigte. Und dann noch ein praktisches Beispiel für Ihre Vorstellungen und Ideen: Denken Sie bitte auch an das SGB VIII. Dort finden Sie die Regelung, dass Private Aufgaben der Jugendwohlfahrt erfüllen. Dabei sind sie von Gesetzes wegen einem Regulierungsziel und Regulierungsinstrumenten unterworfen. Für die Privaten gibt es insoweit die Besonderheit, dass ihnen nicht erst bei einer Beeinträchtigung des Kindeswohls die Konzession entzogen wird, sondern hierfür schon die Gefährdung des Kindeswohls ausreicht. Ich finde, die Vorverlagerung des Schutzes Dritter ist ein gutes Beispiel für das Erfordernis besonderer Vorkehrungen zum Schutze Dritter bei der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben oder Verwaltungsaufgaben durch Private.

Holoubek: Eine Spontan-Wortmeldung von Herrn Häberle.

Häberle: Ich darf unmittelbar anknüpfen an die Bemerkung von Herrn Gallwas, der auf die Passauer Tagung verwies. Dort ging es um die Einheit der Verwaltung. Referenten waren meines Wissens Herr Bryde, kann das sein? und Herr Haverkate, und ich bitte zu fragen die beiden eindrucksvollen Kollegen – nebenbei, ich bin froh, dass ich Emeritus bin, weil ich unfähig wäre, alles zu lernen und zu lehren, was Sie heute so eindrucksvoll vorgetragen haben – ich stelle die Frage: Wo bleibt die Einheit der Verwaltung, die wir damals als großes Tagungsthema diskutiert haben, angesichts der subtilen Herausverlagerung und Differenzierungsprozesse, Netzwerke und ähnlicher Dinge? Mein altes Gehirn würde das wenigstens jetzt noch lernen wollen, ohne es mehr lehren zu können.

N. Weiß: Ich habe eine ganz kurze Frage, die sich gut anschließt an das, was Herr Ress und Herr Gallwas gerade gesagt haben. Sie haben beide

über staatliches Handeln gesprochen und der Bürger kam nicht ausdrücklich vor. Ich habe ihn immer im Gemeinwohl mitgemeint vermutet, aber die Frage, die sich mir dann gestellt hat: resultiert aus dieser Form des wettbewerblichen Handelns des Staates selbst, der Ermöglichung von Wettbewerb und des Wirkens im Wettbewerb, eine besondere Schutzbedürftigkeit des Bürgers, aus der bestimmte Rechtsschutzanforderungen folgen? Oder gibt es eine konkrete Schutzverantwortung des Staates auch schon in diesem Prozess? Wie steht es um Beteiligungsrechte des Bürgers?

Leg: Fünf Randbemerkungen. Sie betreffen vor allem den Wettbewerb als „staatliche Veranstaltung“ (im Allgemeinen Landrecht hieß es so schön „Veranstaltung des Staates“, wie noch heute in der polizeilichen Generalklausel). – Bemerkung eins zu Herrn Potacs' These 18: Sie sprechen dort von der Verwaltung als „aktiv stimulierender Instanz“ für den Wettbewerb. Ich muss gestehen, mich erinnert das ein bisschen an die DDR, jedenfalls an Planwirtschaften, und vom Ziel her an den Wohlfahrtsstaat, an den Staat, der die Bürger glücklich machen will. – Zweite Bemerkung: Herrn Kerstens These 5, die Herr Meessen schon angesprochen hat, scheint mir in eine ähnliche Richtung zu gehen, indem Konsumentenwohlfahrt eine Art Staatsziel bildet. – Dritte Bemerkung: Die Konsumenten-Wohlfahrt erinnert mich wiederum an die Diskussion gestern Nachmittag über die Demokratie, die angeblich in Arenen stattfindet. Muss man sich dann das Publikum, also die Staatsbürger, als Politik-Konsumenten vorstellen in einem Gladiatorenkampf? Ich glaube, dass dieses Paradigma fragwürdig ist und möchte dazu einen Zivilrechtler zitieren, nämlich den geschätzten Kollegen Boris Schinkels aus Greifswald: „Was soll man von einem Gesellschaftsvertrag halten, der von Verbrauchern geschlossen wird?“

Vierte Bemerkung, Herr Kersten, zu Ihrer These 7: Dort geht es um den Nachweis eines Marktteilnehmers – wenn ich es recht verstanden habe – dass ein Suboptimum für den Markt doch das Optimum für das Gemeinwohl ist. Für mich stellt sich dann die Frage (sie ist ebenfalls schon angeklungen): Kann man das ökonomisch überhaupt nachweisen? Die zweite Frage: Wer kann es? Und die dritte Frage: Wie verhindert man Korruption? – Fünfte Randbemerkung: Ich möchte Herrn Kahl in einem Punkt sehr entschieden widersprechen, nämlich darin, dass die Wettbewerbsfreiheit eine urtümliche Freiheit sei wie das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit oder dergleichen. Auch der Markt ist nämlich, genau betrachtet, eine „Veranstaltung des Staates“. Es gibt keinen Markt ohne Marktveranstalter, ein solcher „Markt“ wäre vielmehr Freibeuterei. Und deshalb ist ein Eingriff in die Wettbewerbs-

freiheit, soweit er auf regulierten Märkten stattfindet, eben erst ein Eingriff – sagen wir – zweiter oder dritter Ordnung (Herr Gallwas, das folgt Ihrer Richtung). Und deshalb sind z.B. Universaldienst-Abgaben auf dem Post- oder Telekommunikationsmarkt nicht so zu beurteilen wie Sonderabgaben nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, sondern wie eine Art Beitrag zu der Veranstaltung „regulierter Markt“.

Letzte Bemerkung. Große Zustimmung zu Herrn Kerstens These, dass man die Abwägungsfehlerlehre des Planungsrechts nicht auf das Regulierungsrecht übertragen sollte, und zwar schon deshalb, weil diese hochausdifferenzierte Abwägungsfehlerlehre größtenteils ein eher sinnloses Konstrukt ist – man erwischt ohnehin nur die „dicken Hunde“. Gerade die Leitentscheidung im 34. Band des Bundesverwaltungsgerichts hätte man sehr viel schlichter lösen können: Wenn eine Gemeinde einen Bebauungsplan allein zu dem Zweck aufstellt, einem verschuldeten Bauern das Ackerland zu vergolden, dann ist das keine gerechte Abwägung.

Frowein: Ich möchte zwei wohl eher banale Fragen stellen. Wettbewerb hat ja viel mit Geldverdienen zu tun und es ist ja deutlich, dass die juristischen Personen des öffentlichen Rechts hier selber auch intensiv tätig sind. Zwei Fälle: Einmal die Tätigkeit der deutschen Landesbanken, juristischen Personen des öffentlichen Rechts, die zu den größten Verlierern der Finanzkrise gehören. Was hat hier nicht funktioniert? Zweite Frage, die mich stärker interessiert: Wie ist es mit den Kommunen und Kommunalverbänden, die ihre Daseinsvorsorge-Einrichtungen in die USA veräußert haben und zurückgeleast haben mit evidenten Risiken? Nach meiner Kenntnis haben nur die Kommunalaufsichtsbehörden des Landes Schleswig-Holstein und eines anderen Bundeslandes, das im Moment bei mir nicht präsent ist, dieses kommunalaufsichtsrechtlich verhindert. Dagegen haben Baden-Württemberg und viele andere Länder geglaubt, enorme Gewinne machen zu können, die sich in enorme Verluste verwandelt haben.

Wißmann: Ich möchte zwei Bemerkungen machen, die an die Systematisierungsleistung von Herrn Kersten anschließen. Zunächst zur Verfertigung des Regulierungsermessens: Es ist sofort überzeugend, dass es hier nicht eine umfassende Bereichslösung geben kann in dem Sinne „Wo Regulierung drauf steht, ist Regulierungsermessens drin“. Ich möchte aber doch den hier zu beobachtenden Prozess gegen die Kritik, die im Referat anklang, im Grundsatz verteidigen, und zwar sowohl im Hinblick auf den dahinterstehenden Ansatz als auch auf den gewählten

Modus. Also: In Einzelfragen findet unter dem Stichwort des „Regulierungsermessens“ eine Abweichung von unserem gewohnten Muster einer gerichtlichen Vollkontrolle der exekutiven Gesetzesanwendung statt. Mit etwas Distanz zu unseren fest eingeübten Sichtweisen müssen wir nun zunächst feststellen, dass dieses Modell historisch und rechtsvergleichend eher eine Besonderheit darstellt. Es gibt dafür allerdings gute Gründe, von denen die gleichmäßige Gesetzesanwendung durch Verwaltung und Gericht hervorzuheben ist. Sie hat eine starke funktionale Logik, weil sie die Beteiligten wechselseitig diszipliniert und die Arbeitsweise der Verwaltung bestimmen kann. Verfassungsrechtlich ist ein solches Modell aber nicht Eins zu Eins vorgegeben, gefordert ist – auf einer anderen Ebene liegend – vielmehr effizienter Rechtsschutz. Deswegen kann man Modifizierungen gegenüber unserem Grundmodell dort anbringen, wenn der effektive Rechtsschutz durch andere Mechanismen sichergestellt wird, insbesondere durch eine ergebnisrelevante Verfahrenskontrolle.

Im Bereich der Regulierung ist der Ansatzpunkt nun meines Erachtens: Die heilsame Reduzierung von Komplexität, die sonst immer stattfindet in dem Modell der gleichläufigen Anwendung des Gesetzes in Verwaltung und Gericht, funktioniert dort nicht. Die Richter können zum einem mit dem Datenmaterial nicht in gleicher Weise umgehen wie etwa die Bundesnetzagentur, schon von der Masse her, auch von den zugrundeliegenden ökonomischen Modellen. Das heißt, es ist für die Kontrolle der Verwaltungsentscheidungen die bewusste Umstellung auf eine Außenperspektive notwendig. Und dort scheint mir der Anschluss an das Planungsermessen, an die Planungskontrolle, ein naheliegender Ausgangspunkt zu sein. Zunächst ganz pragmatisch deshalb, weil das Bundesverwaltungsgericht sich natürlich daran orientiert, was es in anderen Sonderbereichen ausgearbeitet hat. Ich würde den entsprechenden Prozess als Transformation bekannter Rechtsfiguren ansehen, nicht als Parallelisierung. Dazu gehört dann auch, dass dogmatisch weitergearbeitet werden muss im Sinn einer bereichsspezifischen Ausdifferenzierung.

Die zweite Bemerkung zielt auf die These 19, die verfassungsrechtliche Vorgabe von reguliertem Wettbewerb. Für mich stellt sich eine gegenläufige Leitfrage: Kann die Verwaltungsrechtswissenschaft, wenn sie, wie hier heute geschehen, staatliches Handeln systematisiert, auch Orientierung geben, für welche Felder staatlicher Tätigkeit eine Öffnung für wettbewerbliche Prozesse rechtspolitisch Sinn macht, weil Funktionsvoraussetzungen des Wettbewerbs erkennbar werden? Wie steht es konkret etwa bei bestimmten Bereichen im Gesundheits- oder Sozialrecht?

Holoubek: Eine Spontan-Wortmeldung von Herrn Schneider.

H.-P. Schneider: So hilfreich Ihre Unterscheidung zwischen instrumentellem und reguliertem Wettbewerb ist: Wie lassen sich diese analytischen Kategorien auf komplexere Systeme übertragen? Ich denke hier an die Alterssicherung. Wir haben ja hier eine Vielfalt von Systemen: gesetzliche Rentenversicherung, berufsständische Versorgungswerke in Form von Körperschaftlicher Selbstverwaltung, Betriebsrentensysteme, private Rentenversicherungen sowie Mischformen (Stichwort Riesterrente), wo wir überall Wettbewerb finden. Ist es nicht so, dass bei komplexeren Staatsaufgaben diese Kategorien doch eher nur theoretischen Wert haben, aber in der Praxis nicht sehr viel taugen?

Holoubek: Noch einmal spontan, Herr Gallwas.

Gallwas: Mein Gedächtnis hat mich ein wenig im Stich gelassen. Frau Weber-Dürler hat nicht in Passau gesprochen, sondern in einer anderen bedeutenden Stadt, die – wie gesagt – meinem Gedächtnis entfallen ist. Aber ich wollte noch etwas Weiteres hinzufügen: Vielleicht könnten Sie in ihre Überlegungen auch die Dimension Zeit einbeziehen. Die Probleme des Wettbewerbs zu Lasten Dritter zeichnen sich womöglich im Moment der Regulierung noch nicht in vollem Umfang ab, sondern erst Laufe des Regulierten. Insoweit bedarf es kontinuierlicher Beobachtung und gegebenenfalls einer Nachsteuerung.

Groß: In beiden Referaten ist das Thema der demokratischen Legitimation insbesondere in Bezug auf die Regulierungsbehörden angesprochen worden. Beides Mal sind allerdings nur zwei Instrumente thematisiert worden, nämlich die gesetzliche Bindung, also gesetzliche Vorgaben für die Regulierungsbehörde, und das Einzelweisungsrecht, insbesondere bei Herrn Kersten. Das sind aber bei weitem nicht alle bekannten Legitimationsinstrumente. Es gibt etwa bei der Bundesnetzagentur eine besondere personelle Legitimation durch die Auswahl der Leitung und die Befristung ihrer Amtszeit. Es gibt ein besonders elaboriertes Verfahren, Stichwort Legitimation durch Verfahren. Es gibt eigene Berichtspflichten und gerade diese Berichtspflichten bestehen explizit auch gegenüber dem Parlament, so dass eine besondere Verantwortung jetzt nicht über den Umweg des Ministers, sondern direkt gegenüber dem deutschen Parlament besteht. Und die Frage ist, ob nicht gerade in einem solchen – wie wir es ja vielfach diskutiert haben – dynamischen, komplexen Aufgabenfeld wie der Marktregulierung sowohl der Gesetzgeber wie auch ein fernes Ministerium in Berlin gar nicht in der Lage

sind, die Analysen, die die Regulierungsbehörden vornehmen, entweder zu antizipieren als Gesetzgeber, oder im Einzelfall zu kontrollieren und zu beeinflussen, wie das ein Ministerium sonst vielleicht machen kann. Ist das nicht ein starkes, aus der Sachaufgabe stammendes Argument für jedenfalls ein anderes Verständnis von gesetzlicher Regulierung, das stärker mit Zielvorgaben arbeitet, und vielleicht ein Argument für eine stärkere Abkoppelung von der politischen Ebene?

Dafür spricht übrigens noch ein zweites Argument. Die Regulierungsbehörden sind ja in den einzelnen Aufgabenbereichen unterschiedlich, aber doch meistens in einen europäischen Regulierungsverbund eingebunden, mit inzwischen zum Teil starken Einflussrechten anderer Regulierungsbehörden und der Kommission. Gerade deshalb schreiben die europäischen Richtlinien die Unabhängigkeit vor, um nationale und damit eben auch partikuläre Einflüsse auf die Regulierung eher zu reduzieren. Und wenn man das weiter denkt, muss nicht so eine nationale Regulierungsbehörde gerade auch dem europäischen Gesetzgeber gegenüber verantwortlich sein und nicht einem nationalen Ministerium?

Mehde: Mir geht es auch um die demokratische Legitimation und insbesondere die Frage des Einzelweisungsrechts. Ich habe keinen Zweifel, dass es ein Einzelweisungsrecht nach deutschem Verfassungsrecht stets geben sollte, jedenfalls ein ministerialfreier Raum sehr problematisch ist. Dennoch verlangen aber die europäischen Richtlinien die Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur. Das Regulierungsverwaltungsrecht fügt sich zwar in das deutsche Verwaltungsrechtssystem ein, aber gleichzeitig handelt es sich um einen sehr besonderen Regelungsbereich. Dieser Regelungsbereich ist nicht nur dadurch gekennzeichnet, dass man Wettbewerb erst einmal herstellen muss, sondern insbesondere dadurch, dass einer der Wettbewerber in staatlichem Eigentum steht. Der Staat ist dort als Unternehmer tätig und der Staat ist als Eigentümer rechtlich vorgesehen. Art. 87e Abs. 3 GG verlangt, dass der Bund Mehrheitseigentümer bleibt, soweit das Netz der Deutschen Bahn betroffen ist. Das heißt, das Grundgesetz selbst konzipiert Eigentumsrechte als Einflussnahmemöglichkeit, als eine Steuerungsressource des Staates. Und wenn das so ist, dass selbst das Grundgesetz den Staat als Eigentümer konzipiert und das Eigentum als eine Einflussnahmemöglichkeit vorsieht, muss man doch konzedieren, dass das für die Regulierung eine besondere Herausforderung ist, dass Regulierung europarechtlich vor diesem Hintergrund zu sehen ist. Die Unabhängigkeit, die vom europäischen Recht verlangt wird, ist also eine Reaktion auf eine strukturelle Gefährdung des Wettbewerbs. Andere Regulierungs-

optionen sind dort sehr schwer zu finden, wenn man nicht auf europäischer Ebene ein Privatisierungsgebot sehen möchte, was hier wohl kaum mehrheitsfähig wäre. In diesem Spannungsfeld zwischen Unabhängigkeit auf der einen Seite und der eigentlich notwendigen Einzelweisungsbefugnis der Ministerien auf der anderen Seite hat sich der deutsche Verfassungsstaat in eine Zwickmühle gebracht und wir wissen, dass man aus einer Zwickmühle kaum heraus kommt, ohne Regeln zu brechen.

Holoubek: Meine sehr geehrten Damen und Herren, wir sind damit am Ende der Diskussion angelangt. Das Schlusswort haben die Referenten.

Kersten: Ganz herzlich möchte ich mich für die vielen Anregungen und auch für die kritischen Anmerkungen bedanken. Zugleich bitte ich um Verständnis, dass ich schon aus Zeitgründen nicht zu allen Fragen Stellung nehmen kann.

Vielleicht darf ich zunächst die Frage von Herrn Kirchhof aufgreifen: Als ich das Thema übernommen habe, dachte ich mir: Das ist wunderbar. Ich werde in meinem Vortrag über Freiheit sprechen. Denn Wettbewerb soll ja Ausdruck von Freiheit sein. Als ich mich sodann in das Thema eingearbeitet hatte, musste ich jedoch feststellen, dass in den Wettbewerbsordnungen von Freiheit gar nicht mehr viel übrig bleibt, weil der Wettbewerb hyperreguliert oder nicht einmal als Grundrecht anerkannt ist. Insbesondere letzteres hat mich im Hinblick auf die Europäische Union als einer Wirtschaftsgemeinschaft sehr gewundert.

Diese Verwunderung berührt auch die Fragen, die Herr Schuppert und Herr Nettesheim gestellt haben: Wie sind die Kategorien des optimierten, instrumentellen und regulierten Wettbewerbs entstanden? Sie sind aus der Not geboren. Ich habe mir zunächst überlegt, dass Wettbewerb eine Freiheit ist und dass es sodann – quasi als Gegenteil – Wettbewerb als Instrument gibt. Dies hat mich zugleich zu einer dritten Kategorie geführt: dem Wettbewerb „zwischen“ Freiheit und Instrument. Diese Kategorisierung – und dies betrifft den Einwand von Herrn Schneider hinsichtlich des Realitätsbezugs dieser Typenbildung – erschien mir jedoch zu symmetrisch und deshalb die Wettbewerbswirklichkeit nicht zu treffen. Gerade um diese Wettbewerbswirklichkeit besser abzubilden und eine allzu symmetrische Typisierung von Wettbewerbsordnungen zu vermeiden, habe ich mich für die Unterscheidung von optimiertem, instrumentellem und reguliertem Wettbewerb entschieden.

Wie steht es um die Versteigerungen? Ich halte die Versteigerungen von UMTS-Frequenzen für verfassungswidrig. Dabei bin ich mir be-

wusst, dass diese Auffassung hier in diesem Raum sehr umstritten ist. Zugleich muss man aber auch sehen, dass es Konstellationen gibt, in denen ökonomische Instrumente wie die Versteigerung ein durchaus angemessenes Handlungsinstrument sind. Dies gilt jedenfalls, soweit sie verfassungskonform ausgestaltet werden. Herr Potacs hat insofern den Zertifikatehandel von Baugenehmigungen angesprochen. Wenn unsere Städte weiter schrumpfen, kann es gut sein, dass wir nach dem Vorbild der USA eine solche ökonomische Handlungsoption wählen, um den Rückbau unserer schrumpfenden Städte und Gemeinden zu steuern. Ich möchte keine Lanze für diese Entwicklung brechen. Man muss aber auch die Realitäten sehen: Wir werden zu einer Neubestimmung des Grundeigentums in unseren Städten kommen, wenn sich die gegenwärtige demographische und ökologische Entwicklung fortsetzt. Ökonomische Instrumente können dann eine Handlungsoption sein, damit unsere Städte noch halbwegs funktionieren.

Auf die Frage von Herr Pitschas möchte ich antworten, dass eine weitergehende sektorale Überprüfung der Validität meiner Typisierung von optimiertem, instrumentellem und reguliertem Wettbewerb selbstverständlich erforderlich ist. Dies gilt insbesondere für Referenzgebiete wie das Sozialrecht, die ich schlicht aus Gründen des Umfangs meines Referats nicht einbeziehen konnte.

Herr Wißmann hat die These unterstrichen, dass das Planungsrecht doch ein Vorbild für die dogmatische Bewältigung des Regulierungsermessens sein kann. Ich würde Ihnen, Herr Wißmann, so gerne zustimmen, denn ich bin Planungsrechtler: Wenn die dogmatische Parallele von Regulierungs- und Planungsermessens, die das Bundesverwaltungsgericht zieht, richtig wäre, so würde das bedeuten, dass wir Planungsrechtler – 50 Jahre nach J. H. Kaiser – nun endlich wieder einmal zur Avantgarde gehörten. Das würde mich wirklich freuen. Wenn ich trotz dieser verlockenden Aussicht davon Abstand nehme, verstoße ich letztlich gegen meine wissenschaftsstrategischen Interessen als Planungsrechtler. Doch die Ablehnung der dogmatischen Parallele von Planung und Regulierung ist in der Sache begründet: Planung und Regulierung – die Gestaltung von Territorium und von Wettbewerb – sind kategorial verschieden. Deshalb macht es aus meiner Sicht auch keinen Sinn, dogmatische Kategorien aus dem Planungs- in das Regulierungsrecht zu übertragen.

Der more economic approach war Gegenstand mehrerer Fragen: Der Begriff der Konsumentenwohlfahrt ist offen. Es ist nicht klar, ob er in Art. 81 Abs. 3 EG eine limitierende oder eine extensive Wirkung entfaltet. Wirtschaftspolitisch bin ich kein Verfechter des more economic approach. Unabhängig von meiner persönlichen wirtschaftspolitischen

Auffassung muss ich aber als Jurist prüfen, ob der more economic approach nach geltendem Recht umgesetzt werden kann oder nicht. Ich habe zu differenzieren versucht: Ein Austausch des Schutzguts des europäischen Wettbewerbsrechts durch die Kommission verstößt gegen das Primärrecht. Im Rahmen des Primärrechts ist in Anknüpfung an die Wertung des Art. 81 Abs. 3 EG sowie Erwägungsgrund 29 und Art. 2 Fusionskontrollverordnung eine beschränkte Umsetzung des more economic approach aber möglich. Umstritten ist die Verankerung des more economic approach natürlich für Art. 82 EG: Aufgrund der Normstruktur des Art. 82 EG kann man eine efficiency defence nur über die Bestimmung der Wettbewerbsbeschränkung in die Prüfung dieser Regelung einführen. Ich sehe das aus rechtsstaatlichen Gründen kritisch, halte es im Ergebnis aber nach geltender Rechtslage für möglich.

Herrn Kahl kann ich nur vollkommen zustimmen und muss insofern Herrn Lege und Herrn Gallwas leider widersprechen: Der Gewährleistungsstaat hat nach meiner Auffassung in der Grundrechtsdogmatik nichts verloren. Er ist ein verwaltungsrechtswissenschaftlicher Schlüsselbegriff. Dabei sollte man es auch belassen. Wir leben nicht in einem Gewährleistungsstaat, sondern – wie es die Staatsfundamentalnomen des Grundgesetzes zum Ausdruck bringen – in einem demokratischen, rechtsstaatlichen und sozialen Bundesstaat. Jenseits der Frage, ob der Begriff des Gewährleistungsstaats nicht epistemologisch „durch“ ist, gehört er jedenfalls nicht in die Grundrechtstheorie, damit er nicht – wie in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 12 GG – zu Freiheitsverlusten führt. Demgegenüber ist er im Verwaltungsrecht gut aufgehoben. Hier entfaltet er seine Funktion.

Herr Häberle hat nach der Einheit der Verwaltung gefragt. Sie wird meiner Auffassung nach durch das Demokratieprinzip gewährleistet. Auch hier finden sicherlich Ausdifferenzierungsprozesse statt, auf die Herr Groß hingewiesen hat. Ich stimme Ihnen – Herr Groß – vollkommen zu: In meinem Referat habe ich die Diskussion stark verkürzt. Im Hinblick auf die demokratische Legitimation der Bundesnetzagentur ließe sich – in Ergänzung Ihrer Argumente – auch noch der Beirat nennen, durch den Vertreter des Bundestags und des Bundesrats die Bundesnetzagentur kontrollieren. Für eine angemessene demokratische Legitimation der Entscheidungen der Bundesnetzagentur genügt dies jedoch meiner Auffassung nach nicht, da viele dieser Entscheidungen gerade durch ein nur eingeschränkt normativ vorstrukturierbares Regulierungsermessen gekennzeichnet sind. Aber die demokratische Kontrolle der Bundesnetzagentur muss nicht über die Ministerialverwaltung erfolgen. Gegenwärtig entspricht die ministerielle Kontrolle

der Bundesnetzagentur jedoch der Verfassungs- und Gesetzeslage – ich glaube, da sind wir uns einig, Herr Mehde. Man kann die demokratische Legitimation der Regulierungsbehörden gegenüber dem Parlament sicherlich auch anders ausgestalten. Das würde ich sofort unterschreiben. Dass das Europarecht eine solche Gestaltung aber gegenwärtig fordert, sehe ich nicht. Selbst wenn der Staat Eigentümer der Deutschen Bahn AG ist, wahrt das Ressortprinzip die europarechtlich geforderte Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde.

Abschließend möchte ich mich noch einmal ganz herzlich beim Vorstand für die Überlassung dieses spannenden Themas bedanken.

Potacs: Herzlichen Dank für die Fragen. Ich werde mich bemühen, sie, so gut ich kann, knapp, aber trotzdem möglichst fundiert, zu beantworten. Zunächst zu Herrn Kirchhof und der von ihm angesprochenen Problematik eines Wettbewerbs zu Lasten Dritter und seiner Beziehung zum Solidaritätsprinzip. Es ist eine wesentliche Aufgabe der Herstellung von Wettbewerb durch die Verwaltung, dass sie in dieser Hinsicht modifizierend und regulierend wirkt und den Gefahren unerwünschter externer Effekte, die im Widerspruch zum Solidaritätsprinzip stehen, entgegenwirkt. Freilich ist dabei immer der Regulierungsaufwand abzuwägen und zu überlegen, inwieweit es unter Bedachtnahme auf sämtliche zu berücksichtigende Aspekte nicht sinnvoller erscheint, die betreffende Aufgabe durch staatliche Eigenleistungen zu erbringen.

Herrn Grimm stimme ich zu, dass die Frage der Wettbewerbseignung zur Erreichung eines Gemeinwohlzieles mit der Bestimmung einer exklusiven Staatsaufgabe nicht unbedingt etwas zu tun hat. Exklusive Staatsaufgaben können zumindest zum Teil sowohl im Wettbewerb als auch durch staatliche Eigenleistungen erbracht werden. Über exklusive Staatsaufgaben und Wettbewerbseignung lassen sich zwar theoretische Erwägungen anstellen, letztlich bestimmt aber das positive staatliche Recht, welche Aufgaben im Wettbewerb erbracht werden dürfen oder müssen, und welche nicht. Soweit das staatliche Recht hier einen Spielraum offen lässt, hat eine Entscheidung für oder gegen die Gemeinwohlerfüllung durch Wettbewerb nach Maßgabe politischer Überlegungen zu erfolgen, wobei die Effizienz ein wichtiger, wenngleich nicht der einzige Gesichtspunkt ist. Auswirkungen auf den Rechtsschutz, die demokratische Legitimation oder die Behördenorganisation sind ebenfalls in Rechnung zu stellen.

Die von Herrn Pitschas gestellte Frage nach dem rechtlich verbindlichen Prüfungsauftrag für die Wettbewerbseignung der Gemeinwohlerfüllung lässt sich wiederum nur anhand der Verfassungsordnungen der jeweiligen Staaten beantworten. In Deutschland und Österreich

wird ein solcher Prüfungsauftrag in gewissem Umfang aus den verfassungsrechtlichen Effizienzgeboten für die Verwaltung abgeleitet. Aber auch den Grundrechten werden bestimmte Vorgaben entnommen, wobei zumindest in Österreich von einem relativ weitgehenden rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ausgegangen wird. Wenn aber die Gemeinwohlerfüllung dem Wettbewerb geöffnet wird, dann löst dies jedenfalls grundrechtliche Teilhabeansprüche aus. Unter dem Aspekt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist es dann durchaus relevant, ob und inwieweit sich Beschränkungen grundrechtlicher Positionen durch Effizienzüberlegungen rechtfertigen lassen.

Ich muss Herrn Ress zugestehen, dass meine Ausführungen und Thesen zu staatlichen Eigenleistungsvorbehalten und -geboten keine ganz klare Abgrenzung erkennen lassen. Doch lässt sich eine völlige Klarheit auf kaum einer Ebene ausmachen, auf der diese Problematik diskutiert wird. Zunächst sind wir auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene zum Teil nur auf Ansätze in der Rechtsprechung des EuGH, Standpunkte in Kommissionspapieren und bestimmte dogmatische Erwägungen angewiesen, die mit gewissen Unsicherheiten behaftet sind. Gleiches gilt vielfach für die Ebene der staatlichen Verfassungsordnungen, die staatliche Eigenleistungsgebote keineswegs immer explizit zum Ausdruck bringen und deren Begründung mitunter einen erheblichen dogmatischen Aufwand erfordert. Noch schwieriger gestaltet sich diese Abgrenzung auf politischer Ebene, wo die Sinnhaftigkeit staatlicher Eigenleistungen oder einer Wettbewerbsöffnung nur unter Bedachtnahme auf eine wertende Abwägung bestimmt werden kann. Soweit dann eine Entscheidung zugunsten des Wettbewerbs getroffen wird, hat die Verwaltung für eine flächendeckende Gemeinwohlerfüllung zu sorgen. Gelingt dies nicht durch den Marktwettbewerb allein, dann ist eben auf andere Maßnahmen wie das im Post- und Telekommunikationsbereich gemeinschaftsrechtliche vorgegebene „Universaldienstmodell“ zurückzugreifen.

Zu der von Herrn Häberle angesprochenen Einheit der Verwaltung möchte ich feststellen, dass sie durch die Gemeinwohlerfüllung im Wettbewerb partiell verloren geht und nur mehr auf der Gewährleistungsebene bestehen bleibt. Aber auch hier wird sie durch die Tendenz zur Dezentralisierung der Behördenorganisation weiter aufgeweicht.

Zur Bemerkung von Herrn Lege, wonach das aktive Gestalten der Steuerungsverwaltung an die DDR erinnere, darf ich nur anmerken, dass trotz aller Kritik an der Steuerungsverwaltung der Rechtsschutz hier doch besser funktionieren dürfte als meiner Vermutung nach jener gegen die Verwaltung der DDR.

Herrn Frowein gebe ich Recht, dass die staatlichen Interventionen zugunsten der Banken anlässlich der Wirtschaftskrise tatsächlich eine

Form der Herstellung von Wettbewerb durch die Verwaltung darstellen. Doch habe ich in meinen Vortrag nicht alle möglichen Varianten dieser Verwaltungstätigkeit behandelt, sondern nur die Schaffung von Marktstrukturen durch die Verwaltung zur Erfüllung von Gemeinwohlzielen. Bei den Interventionen für die Banken steht aber ein anderer Gesichtspunkt im Vordergrund, und zwar die Erhaltung von Marktstrukturen durch die Schaffung von Vertrauen. Bei Spekulationen durch Gemeinden, die auch in Österreich stattgefunden haben, geht es ebenfalls weniger um die Schaffung von Marktstrukturen durch die Verwaltung, sondern mehr um die Beteiligung der Verwaltung am Wettbewerb. Auch dieser Aspekt stand in meinen Ausführungen nicht im Vordergrund.

Zuletzt noch ein Wort zur demokratischen Legitimation der Regulierungsbehörden. Ich will nicht verleugnen, dass sich diese durch verschiedene Mechanismen wie eine verfahrensrechtliche Einbindung oder personelle Abhängigkeiten in gewissem Umfang gewährleisten lässt. Auch unterliegen Regulierungsbehörden zumindest zum Teil einer ministeriellen Weisungsbindung. Dies alles vermag aber letztlich nichts an der Einschätzung zu ändern, dass es sich bei Regulierungsbehörden ihrem Charakter nach um de facto weitgehend unabhängige Sachverständigenbehörden handelt. Mit diesem Selbstverständnis treten die Regulatoren in Österreich auch in der Öffentlichkeit auf.

Auch ich möchte mich nochmals herzlich für die Fragen bedanken.

Holoubek: Sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen, wir sind am Ende des Vormittags angelangt. Ich denke, um noch einmal an Herrn Schuppert anzuknüpfen, Sie werden alle Ihre eigene reputationsverwaltungsrechtliche Analyse dieses Halbtages machen. Wenn ich in einer ersten Wahrnehmung sagen darf: ich glaube, wir haben der Vereinigung heute Vormittag keine Schande gemacht. Jedenfalls haben wir für den gastronomischen Wettbewerb, der jetzt ausbricht, faire Rahmenbedingungen geschaffen. Wir sind pünktlich fertig. Sie haben eineinhalb Stunden Zeit für die Mittagspause und es geht hier pünktlich um 14h15 weiter mit „Universitäten im Wettbewerb“.