

JAN HECKER

Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht

Jus Publicum

172

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM
Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 172



Jan Hecker

Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht

Öffentlich-rechtliche Probleme staatlicher
Wirtschaftsinterventionen zur Steigerung
der Funktionsfähigkeit des Marktes

Mohr Siebeck

Jan Hecker, geboren 1967; Studium der Rechtswissenschaft und der Politikwissenschaft in Freiburg i. Brsg., Grenoble, Göttingen und Cambridge (LL.M.). 1997 Promotion zum Dr.jur. an der Georg-August-Universität Göttingen. 1997–1999 Rechtsanwalt in Berlin und Köln. 1999 Eintritt in das Bundesministerium des Innern, dort seit 2006 Referatsleiter. 2005 Habilitation an der Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder).

Gedruckt mit freundlicher Unterstützung der Köhler-Osbahr-Stiftung zur Förderung von Kunst und Wissenschaft, Düsseldorf.

e-ISBN PDF 978-3-16-151253-7

ISBN 978-3-16-148980-8

ISSN 0941-0503 (Jus Publicum)

Die deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2007 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Stempel Garamond gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2005 von der Juristischen Fakultät der Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder), als Habilitationsschrift angenommen. Vor der Drucklegung wurde sie an einigen Stellen überarbeitet.

Mein Dank gilt in besonderem Maße dem Erstberichterstatter im Habilitationsverfahren, Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Franz-Joseph Peine. Er hat die Entstehung der Arbeit begleitet, mich durch Rat wie durch Zuspruch außerordentlich unterstützt und dafür Sorge getragen, dass ich als „Externer“ in der Fakultät heimisch werden konnte. Danken möchte ich ferner Herrn Prof. Dr. Wolf Heintschel von Heinegg für die ebenso freundliche wie zügige Zweitberichterstattung sowie dem Vorstand der Köhler-Osbahr-Stiftung (namentlich Herrn Prof. Dr. Lothar Michael) für die Gewährung einer Druckbeihilfe.

Gewidmet ist dieses Buch meiner Frau Andrea.

Berlin, Juli 2007

Inhaltsübersicht

Einleitung	1
§ 1 <i>Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht als Modell</i>	9
I. Wirtschaftsaufsicht	9
II. Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht.	27
III. Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht aus Sicht der ökonomischen Theorie des Marktversagens.	37
IV. Marktoptimierung als Betrachtungsgegenstand der rechtswissenschaftlichen Literatur	45
§ 2 <i>Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht als empirischer Befund</i> . . .	51
I. Analyse der Gesetzgebungsverfahren bei GWB, TKG und WpHG.	52
II. Einordnung und Vertiefung der Analyseergebnisse	76
III. Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht und drittschützende Aufsichtsnormen.	82
§ 3 <i>Rechtliche Gestalt der marktoptimierenden Wirtschaftsaufsicht</i> . .	91
I. Steuerungssystematische Charakteristika.	92
II. Normstrukturelle Charakteristika.	113
III. Rechtsgütersystematische Charakteristika	128
§ 4 <i>Verfassungsrechtliche Fragen der marktoptimierenden Wirtschaftsaufsicht</i>	132
I. Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht im Lichte der Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes	132
II. Grundrechtsfragen der marktoptimierenden Wirtschaftsaufsicht	166
III. Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht und Bestimmtheitsgrundsatz	235

§ 5 <i>Verwaltungsrechtliche Fragen der marktoptimierenden Wirtschaftsaufsicht</i>	243
I. Gerichtliche Kontrolldichte bei unbestimmten Rechtsbegriffen der Aufsichtsgesetze	245
II. Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht und verwaltungsgerichtlicher Untersuchungsgrundsatz	264
Ergebnisse	274

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
1. Begriff der marktoptimierenden Wirtschaftsaufsicht.	1
2. Erkenntnisinteresse	2
3. Untersuchungsgang	5
4. Thematische Eingrenzungen	5
a) Europarechtliche Problemebene.	5
b) Ökonomische Problemebene.	6
§ 1 Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht als Modell	9
I. <i>Wirtschaftsaufsicht</i>	9
1. Vorbemerkungen	9
2. Wesentliche Merkmale der Wirtschaftsaufsicht	13
a) Verwaltung als Aufsichtssubjekt.	13
b) Aufsichtstätigkeit	14
c) Rechtsdurchsetzung; Verhältnis zur Wirtschaftslenkung	17
(aa) Wirtschaftsaufsicht als Rechtsdurchsetzung	17
(bb) Wirtschaftsaufsicht und Wirtschaftslenkung.	21
d) Adressat der Wirtschaftsaufsicht	26
II. <i>Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht</i>	27
1. Zum Untersuchungswert des Aufsichtszwecks	27
a) Disziplinäre Perspektiven	27
b) Zweck als Rechtmäßigkeitsdeterminante	28
c) Normzweck als gesetzgeberisch intendierte	
Normwirkung.	29
d) Keine apriorische Zwecksystematik.	31
2. Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht – Gedankliche	
Annäherungen	31
a) Staat und Wirtschaft als verschiedene	
Bewirkungsmechanismen	32

b) Charakteristika der Wirtschaftsaufsicht	33
c) Charakteristika der marktoptimierenden Wirtschaftsaufsicht	34
d) Präzisierungen.	35
<i>III. Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht aus Sicht der ökonomischen Theorie des Marktversagens</i>	<i>37</i>
1. Wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnislage	38
a) Markt.	38
b) Referenzmaßstab zur Beurteilung der Marktfunktionalität	39
c) Typen funktionsdefizitärer Marktzustände	41
2. Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen wirtschaftswissenschaftlichem und rechtswissenschaftlichem Betrachtungsansatz.	43
<i>IV. Marktoptimierung als Betrachtungsgegenstand der rechtswissenschaftlichen Literatur</i>	<i>45</i>
1. Die Einteilung wirtschaftsrelevanter Rechtsnormen unter dem Aspekt der Marktfunktionalität	45
2. Marktoptimierung als Gegenstand zivilrechtlicher Grundlagenuntersuchungen.	47
3. Marktoptimierung als juristische Argumentationsreferenz	49
 § 2 Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht als empirischer Befund	 51
<i>I. Analyse der Gesetzgebungsverfahren bei GWB, TKG und WpHG</i>	<i>52</i>
1. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)	52
a) Erlaß des GWB in den Jahren 1954–1957	52
(aa) Begründung des Regierungsentwurfs	52
(bb) Parlamentarische Beratungen des GWB.	57
b) 2. GWB-Novelle im Jahr 1973	62
2. Telekommunikationsgesetz (TKG).	64
a) Wettbewerbliche Zwecksetzung des TKG	64
b) Marktöffnung – Wettbewerbsförderung	65
c) Telekommunikationsaufsicht als marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht	66

3. Wertpapierhandelsgesetz (WpHG)	69
a) Kapitalmarktrechtlicher Regelungsansatz	69
b) Ökonomische Zwecke der WpHG-Regelungen	70
(aa) Insiderhandelsverbot (§ 14 WpHG)	70
(bb) Ad hoc-Publizität (§ 15 WpHG)	72
(cc) Mitteilungspflichten bei Beteiligungswechseln (§§ 21 ff. WpHG)	73
(dd) Wohlverhaltenspflichten (§§ 31 ff. WpHG)	74
c) Wertpapierhandelsaufsicht als marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht	75
<i>II. Einordnung und Vertiefung der Analyseergebnisse</i>	<i>76</i>
1. Verifizierung und Präzisierung des Ausgangsmodells	76
2. Unterschiedliche Typen marktoptimierender Wirtschaftsaufsicht	78
3. Marktoptimierung und Marktkorrektur	79
a) Interventionscharakter der Marktoptimierung	79
b) Interventionsrichtung als maßgebliches Abgrenzungs- kriterium	80
c) Ökonomisch begründete Marktkorrektur	80
d) Außerökonomisch begründete Marktkorrektur	81
<i>III. Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht und drittschützende Aufsichtsnormen</i>	<i>82</i>
1. Fragestellung	82
2. Drittschützende Normen in TKG, GWB und WpHG	83
3. Perspektive einer funktionalen Deutung des subjektiven öffentlichen Rechts	85
4. Marktoptimierung und drittschützende Aufsichtsnormen auf dem Boden der traditionellen Drittschutzkonzeption	86
5. Einordnung von WpHG, TKG und GWB	89
 § 3 Rechtliche Gestalt der marktoptimierenden Wirtschaftsaufsicht	 91
<i>I. Steuerungssystematische Charakteristika</i>	<i>92</i>
1. Verzahnungen ins Privatrecht	93
a) Vorbemerkungen	93
b) Formen der Verzahnung der marktoptimierenden Wirtschaftsaufsicht ins Privatrecht	94

c) Verzahnung der Normimplementierung	96
d) Steuerungsvorteile öffentlich-rechtlicher Instrumente im Verhältnis zu privatrechtlichen Instrumenten	100
2. Steuerungssystematische Betrachtung des öffentlich- rechtlichen Aufsichtsinstrumentariums	102
a) Vorbemerkungen	102
b) Instrumentelle Besonderheiten	103
c) Aufgabenspezifische Gründe	105
3. Steuerungssystematische Betrachtung des Organisations- und Verfahrensrechts der marktoptimierenden Wirtschaftsaufsicht.	106
a) Vorbemerkungen	106
b) Organisations- und verfahrensrechtliche Besonder- heiten der marktoptimierenden Wirtschaftsaufsicht.	107
c) Korrelation zwischen Aufgabenspezifika und verfahrens- bzw. organisationsrechtlichen Besonderheiten	112
<i>II. Normstrukturelle Charakteristika</i>	<i>113</i>
1. Faktizität und Normativität in marktoptimierenden Aufsichtsnormen	114
a) Privatautonome Funktionsentstehung und aufsichts- rechtlicher Funktionsschutz	114
b) Tatbestandliche Offenheit	115
c) Normative Abstraktion	116
2. Marktoptimierende Aufsichtsnormen als verrechtlichte ökonomische Lehrsätze	117
a) Rezeption wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnis- stände.	117
b) Aufsichtsgesetzgebung als kognitiver Prozeß	118
3. Maßstabsgehalt	120
a) Fragestellung	120
b) These der positivierten Maßstabsfreiheit	121
c) Nebeneinander finaler und konditionaler Programmier- elemente	121
d) Begrenzungswirkung des Gesetzes; Kompensation gesetzlicher Direktionsschwächen.	123
4. Prognostische Elemente	126
a) Ebene der Gesetzgebung	126

b) Ebene der Gesetzesanwendung	127
<i>III. Rechtsgütersystematische Charakteristika.</i>	128
1. Abgestufte Schutzgüterstruktur	128
2. Sozialethische Offenheit der Schutzgüter	129
3. Begünstigte	130
4. Charakter der Pflichtigkeit der Aufsichtsadressaten	130
§ 4 Verfassungsrechtliche Fragen der marktoptimierenden Wirtschaftsaufsicht.	132
<i>I. Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht im Lichte der Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes</i>	132
1. Fragestellung	132
2. Textliche und entstehungsgeschichtliche Prämissen	135
3. Zur Entwicklung der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Diskussion.	137
a) Ausgangspositionen.	137
b) Die Linie des Bundesverfassungsgerichts.	138
(aa) Ordnungsstrukturelle Indeterminiertheit des Grundgesetzes.	138
(bb) Trennung juristischer und ökonomischer Bewertungskriterien.	140
(cc) Grundrechtsdogmatische Präzisierungen	142
(dd) Begrenzte Parallelität ökonomischer und rechtlicher Bewertungskriterien.	143
(ee) Grenzen des Trennungsdenkens.	144
c) Aktuelle Diskussionsbeiträge	146
(aa) Argumentation bezüglich Art. 109 Abs. 2 GG.	146
(bb) Ableitung eines wirtschaftsverfassungsrechtlichen Subsidiaritätsgrundsatzes aus den Grundrechten	147
(cc) Prinzip freiheitlich-sozialer Wirtschaftsordnung (Schmidt-Preuß).	148
(dd) Wirtschaftsverfassungsrechtliche Bedeutung des Staatsvertrags zur Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion vom 18. 5. 1990.	151
4. Konzeptionelle Untermauerung der verfassungs- gerichtlichen Linie	152
a) Schutz der Normativität der Verfassung	152
b) Verhinderung einer Überschreitung funktioneller Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit	154

c) Wahrung der Freiheit des politischen Prozesses	155
d) Folgerungen	157
5. Konsequenzen für den verfassungsrechtlichen Standort der marktoptimierenden Wirtschaftsaufsicht	159
6. Einwirkungen der europäischen Wirtschaftsverfassung?	160
7. Das wirtschaftsverfassungsrechtliche Sonderregime für den Telekommunikations- und Postsektor in Art. 87 f GG	162
 <i>II. Grundrechtsfragen der marktoptimierenden</i>	
<i>Wirtschaftsaufsicht</i>	166
1. Thematische Annäherung	166
a) Überblick über den rechtswissenschaftlichen Forschungsstand	166
b) Diskussionslinien im Kartellverfassungsrecht	169
c) Fragestellungen für die weitere Untersuchung	173
2. Betroffene grundrechtliche Schutzbereiche	177
a) Berufsfreiheit, Eigentumsgarantie, weitere Grundrechte	177
b) Ökonomische Teilfreiheiten	180
c) Grundrechtskonkurrenzen.	181
3. Aufsichtsadressaten als Grundrechtsträger (insbesondere im Hinblick auf den grundrechtlichen Status großer unternehmenstragender Gesellschaften)	182
a) Erörterungsbedarf	182
b) Prinzipieller Einbezug von Großunternehmen in den Grundrechtsschutz	182
c) Intensität des Grundrechtsschutzes von Großunternehmen	184
d) Speziell zur Grundrechtsträgerschaft gemischt- wirtschaftlicher Unternehmen.	186
4. Marktoptimierende Aufsichtsnormen als Grundrechts- eingriff.	187
a) Problemaufriß	187
b) Allgemeiner grundrechtsdogmatischer und grundrechtstheoretischer Problemhintergrund	191
(aa) Zur Entwicklung der Ausgestaltungsdogmatik	191
(1) Institutsgarantien	191
(2) Rechtserzeugte oder normgeprägte Grundrechte, insbesondere die Vertragsfreiheit	192
(3) Die Ausgestaltungsdogmatik Gellermanns	194
(bb) Zur Entwicklung der Eingriffsdogmatik	196

(cc) Mittlere grundrechtsdogmatische Positionen	198
(dd) Grundrechtstheoretische Positionen.	198
(1) Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht im Lichte der institutionellen Grundrechtstheorie Häberles	199
(2) Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht im Lichte des kommunitaristisch-wert- bestimmten Freiheitsbegriffs Morgenthalers	200
(ee) Maßgaben für den weiteren Untersuchungsgang	202
(1) Einbezug der grundrechtstheoretischen Argumentationsebene	203
(2) Prinzipielle Berechtigung der dogmatischen Figur der Ausgestaltung	203
(3) Zu den Entwürfen von Lübke-Wolff und Gellermann	204
(4) Konsequenzen für das weitere Vorgehen	205
c) Eigener Lösungsansatz	206
(aa) Der unterschiedliche Freiheitsbezug von Eingriff und Ausgestaltung.	206
(bb) Erste Annäherung an die Lösung des Zuordnungsproblems	208
(cc) Zur Struktur des verfassungsrechtlichen Steuerungsmechanismus.	210
(dd) Zuordnung marktoptimierender Aufsichtsnormen	212
5. Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht und Grundrechte Drittbetroffener.	215
a) Fragestellung	215
b) Keine Änderung der Eingriffsqualität marktoptimierender Aufsichtsnormen	216
c) Grundrechtliche Schutzpflichten zugunsten Drittbetroffener?	217
d) Wirkung der Interessen Drittbetroffener im Rahmen der grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung?	220
6. Marktoptimierende Aufsichtsnormen und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	221
a) Fragestellungen	221
b) Bindungsstruktur des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	222
(aa) Geeignetheits- und Erforderlichkeitsgebot	222
(bb) Gebote der Legitimität des Eingriffszwecks und der Angemessenheit.	224
(cc) Vergleich und Folgerungen für die Verhältnis- mäßigkeitkontrolle der Wirtschaftsgesetzgebung.	225

c) Marktoptimierende Aufsichtsnormen in der Verhältnismäßigkeitsprüfung.	226
(aa) Allgemeines	226
(bb) Einzelheiten	228
d) Der gesetzgeberische Einschätzungsspielraum beim Erlaß marktoptimierender Aufsichtsnormen	229
(aa) Keine Differenzierung zwischen gegenwärtigen und künftigen Tatsachen.	230
(bb) Auftreten empirischer Unsicherheiten.	231
(cc) Reichweite des gesetzgeberischen Einschätzungsspielraums	231
(dd) Kontrolle von Verfahrenspflichten des Aufsichtsgesetzgebers	234
 III. <i>Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht und Bestimmtheitsgrundsatz</i>	235
1. Vorbemerkung	235
2. Marktoptimierungsspezifische Gesichtspunkte für ein Herunterschrauben der verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen	237
3. Verfassungsorientierte Konkretisierung unbestimmter Aufsichtsnormen	240
 § 5 <i>Verwaltungsrechtliche Fragen der marktoptimierenden Wirtschaftsaufsicht</i>	243
I. <i>Gerichtliche Kontrolldichte bei unbestimmten Rechtsbegriffen der Aufsichtsgesetze</i>	245
1. Bestandsaufnahme der bisherigen Diskussion.	245
a) Kartellaufsicht.	245
b) Wertpapierhandelsaufsicht	249
c) Telekommunikationsaufsicht	250
2. Marktoptimierende Aufsichtsentscheidungen im Lichte der verwaltungsrechtlichen Dogmatik des Beurteilungsspielraumes.	251
a) Zum allgemeinen Stand der Dogmatik des Beurteilungsspielraums.	251
b) Vergleich mit den in der Judikatur anerkannten Fallgruppen verwaltungsbehördlicher Beurteilungsspielräume	253

c) Einbeziehung weiterer normativ erheblicher Umstände	258
(aa) Grundrechtsrelevanz der marktoptimierenden Wirtschaftsaufsicht	259
(bb) Demokratisches Legitimationsniveau der Aufsichtsbehörden	261
(cc) Zweispurigkeit der Rechtsdurchsetzung	262
<i>II. Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht und verwaltungs- gerichtlicher Untersuchungsgrundsatz</i>	<i>264</i>
1. Geltung des Untersuchungsgrundsatzes bei gerichtlichen Verfahren im Bereich der marktoptimierenden Wirtschaftsaufsicht.	264
2. Handhabung des Untersuchungsgrundsatzes in der Rechtspraxis	265
3. Problematik des tradierten Verständnisses des Untersuchungsgrundsatzes	268
4. Berücksichtigung bereichsspezifischer Gegebenheiten der marktoptimierenden Wirtschaftsaufsicht	271
 Ergebnisse	 274
 Literaturverzeichnis	 277
Sachregister	301

Einleitung

1. Begriff der marktoptimierenden Wirtschaftsaufsicht

Auch in einer marktwirtschaftlichen, auf gesellschaftliche Selbststeuerung angelegten Ordnung findet wirtschaftlicher Austausch nicht in einem staats- und rechtsfreien Raum statt. Der Staat stellt den Marktakteuren zivilrechtliche Gestaltungsmittel zur Verfügung¹, die von diesen genutzt werden, um ihren Transaktionen Form, Verbindlichkeit und Durchsetzbarkeit zu verleihen. Zum zweiten setzt der Staat das Recht als Instrument ein, um öffentlichen Belangen gegenüber den Marktakteuren auf hoheitlichem Wege Geltung zu verschaffen. An dieser zweiten, auf *Intervention* in freie ökonomische Handlungszusammenhänge abzielenden Funktion des Rechts im marktwirtschaftlichen Kontext² setzt die vorliegende Arbeit an, wobei sie das Augenmerk speziell auf diejenigen Regelungen konzentrieren möchte, mit denen die *Funktionsfähigkeit des Marktes selbst* gesteigert werden soll. Diese werden hier als *marktoptimierend* bezeichnet. Wird marktoptimierendes Recht durch staatliche Aufsichtsbehörden vollzogen, soll von *marktoptimierender Wirtschaftsaufsicht* die Rede sein. Ihr Gegenstück soll als *marktkorrigierende* Wirtschaftsaufsicht bezeichnet werden; bei dieser intervenieren staatliche Aufsichtsbehörden nicht im ideellen Gleichklang mit dem Marktsystem, sondern wirken Marktimpulsen bewußt entgegen, beispielsweise um außerökonomische Belange (Umwelt, Gesundheit, sozialer Ausgleich) gegen die Marktkräfte durchzusetzen³.

¹ V.a. Definition transaktionsfähiger Rechte („property rights“), Bereitstellung von Mechanismen zur Rechtsübertragung und Rechtsdurchsetzung. Siehe hierzu *R. Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht – AT, S. 43.

² Zur damit einhergehenden Hervorhebung der Qualität des Rechts als instrumentelles Gefüge (im Unterschied zu seiner Qualität als Inbegriff materieller Ordnung) siehe *E. Schmidt-Aßmann*, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, S. 21. Speziell im Kontext der Beziehung zwischen Recht und Wirtschaft *L. Raiser*, Festschrift J. Gierke, S. 187.

³ Ähnliche Schematisierung mit teilweise abweichender Terminologie bei *R. Schmidt*, Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft, HdB StR III, S. 1142 Rn. 8 („Die eigentliche methodologische Kernfrage besteht deshalb darin, in welchem Umfang der Markt zu sichern und welche Abweichungen vom Marktprinzip zulässig, ja im Hinblick auf die Entscheidung für den Sozialstaat sogar geboten sind. Grundsätzlich sind zwei Arten von Regelungen denkbar, nämlich marktkonstituierende bzw. marktschützende einerseits und Marktergebnisse korrigierende andererseits“).

Der Begriff der marktoptimierenden Wirtschaftsaufsicht geht von der Vorstellung des Marktes als eines Steuerungsmechanismus wirtschaftlicher Prozesse aus, der bestimmten Funktionsgesetzen gehorcht und dessen Steuerungseignung prinzipiell durch staatliche Eingriffe verstärkt (systemkonform übersteuert) oder abgeschwächt werden kann; diese Vorstellung wird einstweilen als Prämisse der weiteren Überlegungen vorausgesetzt⁴. Sein klassifikatorischer Ertrag liegt darin, daß er ein gemeinsames Merkmal verschiedener Rechtsgebiete, unter anderem der hier als Referenzgebiete ausgewählten Felder der Kartellaufsicht, der Wertpapierhandelsaufsicht und der Telekommunikationsaufsicht, abbildet. Alle drei der vorgenannten Aufsichtsfelder sollen, wie noch näher darzulegen sein wird⁵, nach der Intention des Gesetzgebers Funktionsbedingungen des Marktes schützen und dessen Steuerungseignung erhöhen; die Kartellaufsicht durch Eindämmung wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens, die Telekommunikationsaufsicht durch Regulierung von Leistungsentgelten und Netznutzungen, die Wertpapierhandelsaufsicht durch Gewährleistung von Markttransparenz und Marktintegrität. In allen Fällen geht es dem Gesetzgeber nicht um die Förderung einzelner Personen oder Gruppen und ihrer jeweiligen individuellen (ökonomischen oder nicht-ökonomischen) Belange, sondern um das Interesse der Allgemeinheit an einer optimalen, der volkswirtschaftlichen Wohlfahrtsförderung dienlichen Funktionalität wirtschaftlicher Abläufe.

2. Erkenntnisinteresse

Mit dem Klassifikationsmerkmal der Marktoptimierung wird von einer jüngeren Forschungsperspektive abgewichen, welche herkömmlichen, meist ordnungsrechtlich geprägten Materien des Wirtschaftsverwaltungsrechts solche in den letzten Jahren neu entstandenen Materien gegenüberstellt, die eine „Regulierung“ privatisierter bzw. liberalisierter Wirtschaftszweige anstreben. Letztere werden vielerorts als Keimzellen eines modernen „Regulierungsverwaltungsrechts“ wahrgenommen und unter diesem Gesichtspunkt rechtssystematisch entfaltet⁶. Die vorliegende Arbeit zieht mit dem Kartellrecht und dem Telekommunikationsrecht Materien aus beiden Segmenten auf ein- und dieselbe Betrachtungsstufe und schließt zudem mit dem Wertpapierhandelsrecht zusätzlich ein Rechtsgebiet ein, das bislang in der Wirtschaftsverwaltungsrechtslehre nahezu keine Aufmerksamkeit gefunden, sondern – als Teil

⁴ Eingehendere Überlegungen folgen in § 1.

⁵ Unten § 2.

⁶ Mit unterschiedlichen Akzentsetzungen *M. Ruffert*, AöR 124 (1999), 237 ff.; *M. Bullinger*, DVBl. 2003, 1355 ff.; *J. Masing*, Die Verwaltung 37 (2004), *Th. V. Danwitz*, DÖV 2004, 977 ff.; 1 ff., *F.-J. Säcker*, AöR 130 (2005), 180 ff.; *M. Burgi*, DVBl. 2006, 269 ff. In vielem grundlegend *G. Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung.

des Kapitalmarktrechts – weitgehend eine Domäne zivilrechtlicher Autoren bildet⁷.

Untersuchungen zum „Regulierungsverwaltungsrecht“ kommen zu dem Ergebnis, daß dessen Spezifika nicht auf Ebene der Handlungs- und Organisationsformen zu finden sind. Die Formenlehre des allgemeinen Verwaltungsrechts weise einen hinreichenden Abstraktionsgrad auf, um auch das rechtliche Instrumentarium der neuen Regulierungsgesetze (v. a. Telekommunikations- und Postrecht, Energierecht, Eisenbahnrecht) erfassen und abdecken zu können⁸. Besonderheiten des Regulierungsverwaltungsrechts werden vielmehr auf „mittlerer Ebene“ gesehen: Die einzelnen Regulierungsgesetze seien durch bestimmte Regulierungsintentionen⁹ und bestimmte Regulierungsstrukturen¹⁰ gekennzeichnet, die als Ausgangspunkte einer verwaltungsrechtlichen Systembildung zwischen allgemeinem Verwaltungsrecht und speziellen Fachgesetzen in Betracht kämen.

Mit der „regulierungsverwaltungsrechtlichen“ Perspektive verbinden sich interessante und durchaus handfeste Aussichten. So ergeben sich beispielsweise aus dem Vergleich der jeweiligen Regulierungsintentionen und -strukturen bestimmte Meßlaten, die Unterschiede im rechtlichen Entwicklungsstand zwischen den Regulierungsgesetzen sichtbar machen und so dem Gesetzgeber, vereinzelt womöglich auch der Rechtsprechung, Hinweise für die Überwindung systematischer Rückstände oder Widersprüche bei einzelnen regulierungsrechtlichen Regelungskomplexen an die Hand geben. Dennoch ist die Unterteilung in „alte“ und „neue“, regulierungsrechtliche Materien des Wirtschaftsverwaltungsrechts nicht schlechthin zwingend. Sie darf nicht den Blick für sonstige mögliche Klassifikationsansätze verstellen, mit denen sich – wie dem hier gewählten – andere Erkenntnisinteressen verknüpfen. Daß der „regulierungsverwaltungsrechtliche“ Klassifikationsansatz keinen Exklusivitätsanspruch erheben kann, zeigt sich im Übrigen auch an den Schwierigkeiten, die Regulierungsrechte auf seiner Basis zur „alten“ Materie des Kartellrechts hin abzugrenzen. So soll die staatliche Steuerung bei den Regulierungsrechten „durch eine übergreifende Sicht, bei der output- und marktbezogenen Gemeinwohlbelange planvoll in den Wettbewerbsprozeß implementiert werden“ gekennzeichnet sein¹¹; die Regulierungsrechte erfüllten eine „aktivere, hegendere Aufgabe“¹², zielten auf „gestaltende Wettbewerbsförderung“ statt, wie das

⁷ Dieser Befund gilt zunehmend auch für das Kartellrecht; vgl. *K. Schmidt*, FS Selmer, S. 500.

⁸ *M. Ruffert*, AöR 124 (1999), 244 ff.

⁹ *M. Ruffert*, ebda., S. 246 ff.

¹⁰ *J. Masing*, Die Verwaltung 37 (2004), 8 ff.

¹¹ *J. Masing*, ebda., S. 32.

¹² *J. Masing*, ebda., S. 5.

Kartellrecht, auf eine bloße „Kontrolle von Marktergebnissen“¹³. – So plausibel diese Formeln für sich genommen klingen mögen, so offenbaren sie doch auch, daß die Unterschiede zum Kartellrecht letztlich *gradueller* Art sind, sich im Kern auf die *Intensität* der staatlichen Einwirkung beziehen. Selbst die Ausrichtung auf die Reglementierung von *Netzzugängen* stellt kein Alleinstellungsmerkmal der Regulierungsrechte dar¹⁴. Der Gedanke einer wettbewerblichen Neutralisierung beherrschender Einflüsse auf Schlüsselressourcen ist auch dem Kartellrecht seit langem vertraut (essential facility-Doktrin).

Das Klassifikationsmerkmal der Marktoptimierung lenkt den Blick auf vorhandene substantielle Gemeinsamkeiten zwischen den Regulierungsrechten und dem Kartellrecht, aber auch dem Wertpapierhandelsrecht: Der Gesetzgeber will in allen Fällen die *Systemrationalität des Marktes* zur Geltung bringen. Er bezieht Richtpunkt wie Richtmaß der staatlichen Intervention aus dem Markt selbst, genauer: aus einem anhand wirtschaftstheoretischer Überlegungen entwickelten idealen Funktionsmodell des Marktes. Die Inpflichtnahme der Normadressaten erfolgt nicht aus Motiven des Rechtsgüterschutzes oder in verteilungspolitischer Absicht, sondern zur Stabilisierung eines ökonomischen Ordnungsgefüges, was dem Nutzen der Allgemeinheit dienen soll. Die normativen Grundlagen des Aufsichtshandelns fußen nicht auf sozialetischen Wertungen, die sich aus weltanschaulich begründeten Positionen ableiten; vielmehr sind es kognitiv-technokratische Erwägungen, welche die Normbildung dirigieren.

Die vorliegende Arbeit versucht, aus diesen Befunden Erklärungsansätze für den rechtskonstruktiven Zuschnitt und die öffentlich-rechtliche Problemstruktur von Kartell-, Telekommunikations- und Wertpapierhandelsaufsicht zu entwickeln. Ihre These lautet, daß dem Bewirkungsziel der Marktoptimierung mehr als nur rechtsklassifikatorische Erheblichkeit zukommt: Es prägt in Teilen die rechtliche Gestalt der jeweiligen Aufsichtszweige und ist mit spezifischen verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Problemlagen verknüpft, die aus einem übergreifenden Blickwinkel prägnanter sichtbar gemacht und tiefergehend diskutiert werden können.

Im Unterschied zum „regulierungsverwaltungsrechtlichen“ Forschungsansatz, der im wesentlichen ein verwaltungsrechtssystematisches Erkenntnisinteresse verfolgt, geht es der vorliegenden Arbeit somit auch um die Lösung rechtsdogmatischer Fragen von praktischem Interesse, etwa derjenigen nach dem Eingriffscharakter marktoptimierender Normen, nach den Bedingungen, unter denen sie als verhältnismäßig angesehen werden können, nach Beurteilungsspielräumen der marktoptimierenden Aufsichtsbehörden oder nach der Tragweite des Untersuchungsgrundsatzes in Verwaltungsstreitverfahren über

¹³ M. Ruffert, AöR 124 (1999), S. 279. Ähnlich M. Burgi, DVBl. 2006, 271.

¹⁴ So aber wohl J. Masing, Die Verwaltung 37 (2004), 21 f.

behördliche Aufsichtsmaßnahmen. Müssen marktoptimierende Aufsichtsnormen als Eingriffe in Grundrechte der Normadressaten eingeordnet werden, obwohl sie doch lediglich Funktionsbedingungen eines freiheitlichen Handlungssystems absichern? Welche Anforderungen stellt das grundrechtliche Geeignetheitsgebot an die technokratisch-wissenschaftliche Qualität der legislativen Entscheidungsfindung beim Erlaß marktoptimierender Aufsichtsgesetze? Zwingt der ökonomisch-prognostische Charakter marktoptimierender Aufsichtsakte zu einer Einschränkung gerichtlicher Kontrollbefugnisse? Bedarf in Anbetracht der strukturell bedingten Informationsvorsprünge der Aufsichtsadressaten der verwaltungsgerichtliche Untersuchungsgrundsatz einer marktoptimierungsspezifischen Modifizierung? Diese und weitere Fragen zu klären, soll zur vertieften öffentlich-rechtlichen Durchdringung von Kartell-, Telekommunikations- und Wertpapierhandelsaufsicht beitragen. Es sollen hiermit auch verbreitete Deutungsmuster relativiert werden, die diese Rechtsgebiete nicht unter dem Aspekt des Funktionsschutzes, sondern rein als Ordnungen individuellen Freiheitsausgleichs behandeln und auf diese Weise zu bestimmten, insbesondere verfassungsrechtlichen Problemschichten von vorneherein nicht vorstoßen. Umgekehrt ist zu erhoffen, daß die Projizierung „klassischer“ öffentlich-rechtlicher Problemstellungen auf die marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht an der einen oder anderen Stelle das allgemeine verfassungs- und verwaltungsrechtliche Argumentationsrepertoire bereichert.

3. Untersuchungsgang

Die Untersuchung beginnt in § 1 mit Klärungen zur administrativen Betätigungsform der Wirtschaftsaufsicht und mit einer zunächst modellhaften Skizze des speziellen Zwecktypus der marktoptimierenden Wirtschaftsaufsicht, der dabei auch aus Sicht der ökonomischen Theorie (Marktversagenslehre) beleuchtet werden soll. In § 2 wird dieses Modell anhand einer vorwiegend auf die Gesetzesmaterialien gestützten Zweckanalyse von GWB, TKG und WpHG empirisch erhärtet und weiter ausdifferenziert. In § 3 soll die rechtliche Gestalt der marktoptimierenden Wirtschaftsaufsicht in steuerungssystematischer, normstruktureller und rechtsgütersystematischer Hinsicht analysiert werden. In §§ 4 und 5 folgen sodann die verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Untersuchungsabschnitte.

4. Thematische Eingrenzungen

a) *Europarechtliche Problemebene*

Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht wird in der vorliegenden Arbeit am Beispiel und Maßstab des deutschen Verfassungs- und Verwaltungsrechts un-

tersucht. Inwiefern sie im europäischen Recht Klärungsbedarf hervorruft, bleibt außer Betracht, wengleich an dieser Stelle hervorzuheben ist, daß auch durch Gemeinschaftsorgane vereinzelt marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht betrieben wird (etwa durch die Kommission im Rahmen der europäischen Kartellaufsicht). Für diese thematische Eingrenzung spricht nicht nur das arbeitsökonomisch begründete Gebot einer exemplarisch angelegten Stoffbehandlung, sondern auch der Umstand, daß das europäische Recht weit geringeren Erörterungsstoff als das deutsche Recht bietet. Dies gilt insbesondere in Bezug auf die Grundrechtsprobleme der marktoptimierenden Wirtschaftsaufsicht, bei denen das deutsche Verfassungsrecht mit seiner stärker ausdifferenzierten Grundrechtsdogmatik erheblich mehr Problem- und Diskussionszonen eröffnet als das europäische Recht. Aber auch etwa die Frage nach kontrollreduzierten aufsichtsbehördlichen Beurteilungsspielräumen liegt nur im deutschen Recht nahe, da hier – im Gegensatz zum europäischen Recht – eine administrative Entscheidungsfreiheit bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe lediglich in Ausnahmefällen in Betracht kommt, die besonderer rechtlicher Begründung bedürfen.

Die Beschränkung auf das nationale Recht als Untersuchungsmaßstab bedeutet indes nicht, daß die europäische Rechtsordnung nachfolgend vollständig ausgeklammert werden könnte. So erscheint es im wirtschaftsverfassungsrechtlichen Untersuchungsabschnitt (unten § 4 I.) sinnvoll, das gemeinschaftsrechtliche Bekenntnis zum „Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft“ (Art. 4 EGV) einzubeziehen. Ferner zwingt der europarechtliche Hintergrund zweier hier behandelter Referenzgesetze (TKG, WpHG) insofern zum Rekurs auf die europäische Ebene, als im Rahmen ihrer Zweckanalyse (unten § 2) immer wieder die einschlägigen europäischen Richtlinien einschließlich ihrer Erwägungsgründe zu berücksichtigen sein werden.

b) Ökonomische Problemebene

Marktoptimierenden Aufsichtsgesetzen liegen Annahmen des Gesetzgebers über wirtschaftliche Kausalzusammenhänge zugrunde. Mit dem Erlaß marktoptimierender Aufsichtsgesetze stellt der Gesetzgeber das Recht gezielt in den Dienst ökonomischer Gestaltungsabsichten. Er ordnet rechtliche Institutionen dergestalt, daß sie bestimmte wirtschaftliche Wirkungen erzeugen. Unter diesen Aspekten ergibt sich ein Bezug zwischen dem Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit und der Forschungsrichtung der ökonomischen Analyse des Rechts, deren Anliegen darin besteht, rechtliche Institutionen auf ihre ökonomischen Funktionen hin zu analysieren¹⁵. Aus Sicht dieser Forschungs-

¹⁵ Hierzu aus der deutschen Literatur *H. Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip; *P. Behrens*, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts; *B. Schäfer/C. Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts. *H.-D. Assmann/C. Kirchner/E. Schanze*, Ökonomische

richtung wäre zu fragen, ob die marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht in ihren realisierten Formen die ihr zugeordneten Wirkungen tatsächlich erzeugt oder ob es dem Gesetzgeber möglich wäre, durch einen anderen Zuschnitt des Aufsichtsinstrumentariums einen höheren Wirkungsgrad zu erreichen.

Diese Frage liegt außerhalb des Erkenntnisinteresses der vorliegenden Arbeit, die ihren Untersuchungsgegenstand aus einer rein juristischen Perspektive angeht. Von Interesse ist für sie, in welcher Weise die marktoptimierende Zwecksetzung der in Rede stehenden Wirtschaftsinterventionen die rechtliche Gestalt der Interventionsgesetze prägt (unten § 3) und mit welchen verfassungs- und verwaltungsrechtsdogmatischen Problemlagen diese Interventionen verbunden sind (unten §§ 4 und 5). Die vorliegende Arbeit spürt – plakativ gesagt – juristischen Reflektionen eines bestimmten, vorausgesetzten wirtschaftspolitischen Zweckkalküls nach, statt ökonomische Funktionen juristischer Institutionen zu analysieren. Die ökonomische Perspektive bezieht sie nur insoweit ein, als es zur definitorischen Klarstellung ihres Untersuchungsgegenstandes erforderlich erscheint; deshalb wird in § 1 III die Frage behandelt, in welchem Verhältnis die Kategorie der Marktoptimierung zur ökonomischen Kategorie des Marktversagens steht und wie sich also juristische und ökonomische Begriffsvorstellungen zum vorliegenden Untersuchungsgegenstand zueinander verhalten.

Die Ausklammerung der ökonomischen Problembezüge beruht gleichfalls auf einer bewußten thematischen Festlegung. Sie geschieht keinesfalls in der Vorstellung, daß Problemzugänge anderer Disziplinen weniger ertragreich wären. Wie fruchtbar gerade die ökonomisch-analytische Beschäftigung mit dem vorliegenden Themenkreis sein kann, wird durch Untersuchungen belegt, in denen – unter der weiter gespannten Perspektive der Regulierungstheorie – staatliche Eingriffe in das Marktgeschehen in Bezug auf ihre tatsächlichen Funktionsbedingungen und -grenzen analysiert werden; sie sind vor allem in der angelsächsischen Literatur anzutreffen¹⁶, in der das instrumentelle, wirkungsorientierte Verständnis rechtlicher Institutionen seit jeher einen hohen

Analyse des Rechts. Speziell mit Blickrichtung auf das öffentliche Recht *O. Lepsius*, DV 32 (1999), 429; *C. Engel/M. Morlok* (Hrsg.), Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung; *M. Bungenberg u. a.* (Hrsg.), Recht und Ökonomik. Aus der angelsächsischen Literatur (stellvertretend für viele weitere): *R. A. Posner*, *Economic Analysis of Law*; *A. M. Polinsky*, *An introduction to Law and Economics*; *R. Cooter/Th. Ulen*, *Law and economics*.

¹⁶ Neben anderen *A. Ogus*, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, 1994; *ders.*, *Regulation, Economics and the Law*, 2001; *R. Baldwin/M. Cave*, *Understanding Regulation – Theory, Strategy and Practice*, 1999; *R. Posner*, *Antitrust Law*, 2. Aufl. 2001; *St. Breyer*, *Regulation and its Reform*, 1982; *ders./R. Stewart*, *Administrative Law and Regulatory Policy*, 1992. Aus der deutschen Literatur siehe etwa *K. Berg* (Hrsg.), *Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaats*, 2001; *K. König/A. Benz* (Hrsg.), *Privatisierung und staatliche Regulierung*, 1997; *G. F. Schuppert* (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und schlankem Staat*, 1999.

Stellenwert genießt. Die Regulierungstheorie (theory of regulation) beschäftigt sich insbesondere mit Erklärungsmodellen für die Existenz staatlicher Regulierungsmechanismen, mit Methoden zur Bewertung des Regulierungsnutzens bzw. zur Identifizierung von „regulatory failure“, mit Fragen der konstruktiven Ausgestaltung von Regulierungseingriffen (einschließlich der Frage, von welcher staatlichen bzw. überstaatlichen Ebene aus ein Regulierungseingriff zweckmäßigerweise erfolgen sollte) sowie mit den Zusammenhängen zwischen Regulierung und Privatisierung.

Regulierungstheoretische Forschungserkenntnisse sind von praktischem Nutzen im Rahmen der Politikberatung. Sie vermitteln dem Gesetzgeber Hinweise darauf, wie er ein Regulierungsgesetz abfassen muß, um möglichst gute Ergebnisse zu erzielen. Diese Hinweise freilich können mittelbar auch in normativer Hinsicht relevant sein. Im Rahmen des unter § 4 folgenden verfassungsrechtlichen Untersuchungsabschnitts wird dargelegt werden, daß die Forderung nach einer *zwecktauglichen (und das heißt letztlich: regulierungstheoretisch fundierten) Ausgestaltung von Aufsichtsgesetzen* im grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz durchaus ein gewisses (gelegentlich unterschätztes) verfassungsrechtliches Fundament besitzt. Juristische und regulierungstheoretische Untersuchungsansätze zu staatlichen Wirtschaftsinterventionen erfüllen, wie sich hieran zeigt, komplementäre Funktionen: Die Analyse rechtlicher Anforderungen an den Interventionsstaat zeigt auf, welchen Stellenwert die Rechtsordnung der tatsächlichen Umsetzung regulierungstheoretischer Erkenntnisse einräumt.

§ 1 Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht als Modell

Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht ist durch eine Kombination zweier Elemente gekennzeichnet. *Wirtschaftsaufsicht* steht für einen besonderen Betätigungsmodus des Staates, *Marktoptimierung* für einen besonderen Zweck der staatlichen Betätigung. – Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht stellt sonach einen *speziellen Zwecktypus der Wirtschaftsaufsicht* dar. Der Staat unternimmt mit ihr den Versuch, durch Einsatz administrativer Mittel *die Funktionsfähigkeit des Marktmechanismus zu steigern*. Hierin hebt sie sich von sonstigen Zwecktypen der staatlichen Wirtschaftsaufsicht ab, namentlich solchen, bei denen nichtökonomischen Belangen (sozialer, ökologischer, kultureller usf. Art) *gegen* das Spiel der Marktkräfte Geltung verschafft werden soll.

Um der weiteren Untersuchung begrifflichen Halt zu vermitteln, sollen in diesem § 1 beide Elemente präzisiert werden. Zunächst wird das zugrundegelegte Verständnis von *Wirtschaftsaufsicht* dargelegt (unten I.). Anschließend wird der spezielle Zwecktypus der *marktoptimierenden* Wirtschaftsaufsicht modellhaft entworfen und von anderen Zwecktypen der staatlichen Wirtschaftsaufsicht abgegrenzt (unten II.), um im nächsten Schritt in Bezug zur ökonomischen Theorie des Marktversagens gesetzt zu werden (unten III.). Unter IV. folgt ein Überblick über die bisherige Wahrnehmung des Phänomens staatlicher Marktoptimierung in der rechtswissenschaftlichen Literatur.

I. Wirtschaftsaufsicht

1. Vorbemerkungen

Als Wirtschaftsaufsicht ist nach verbreiteter Definition diejenige staatliche Tätigkeit zu bezeichnen, welche die selbstverantwortliche Teilnahme am privatwirtschaftlichen Wirtschaftsverkehr mit den dafür geschaffenen Rechtsregeln in Einklang zu halten sucht¹. Die Auffassungen darüber, welche konkreten

¹ R. Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht – AT, S. 300, 340. Ähnlich W. Kabl, Die Staatsaufsicht, S. 362; P. Badura, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 272; G. Püttner, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 26 f.; R. Stober, Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrechts, S. 620; U. Battis/C. Gusy, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 196; P. Tettinger, Rechtsanwen-

staatlichen Betätigungsfelder im Einzelnen der Wirtschaftsaufsicht zuzurechnen sind, variieren freilich². Gleiches gilt hinsichtlich ihres systematischen Standorts im Wirtschaftsverwaltungsrecht, hinsichtlich ihrer Abgrenzung zu sonstigen Formen staatlicher Einwirkung auf die Wirtschaft³ sowie hinsichtlich ihrer rechtsdogmatischen Grundlagen⁴. Als einigermaßen gesichert können nur bestimmte Annäherungswerte angegeben werden: Es geht um einen erhöhten Grad der rechtlichen Bindung Privater, der sich in der Möglichkeit zum Erlaß zwangsweise durchsetzbarer Verhaltensbefehle manifestiert (*subordinatives Moment*); die Verhaltensbefehle richten sich gegen Wirtschaftssubjekte und somit auf einen speziellen, gemeinhin mit der Herstellung und Verteilung geldwerter (knapper) Güter umschriebenen Wirklichkeitsausschnitt⁵ (*ökonomisches Moment*); für die Tätigkeit der Verwaltung spielt häufig neben der Prüfung und ggf. Beseitigung konkreter Gefahren oder Mißstände auch das Element der vorbeugenden, verdachtsunabhängigen Beobachtung eine Rolle (*Moment des speziellen Betätigungsmodus*). Mehr als ein schemenhaftes Bild ist damit freilich nicht gewonnen. *Bullingers* Feststellung aus dem Jahr 1964, ein klar ausgeformtes Institut der Staatsaufsicht existiere lediglich in Bezug auf die Aufsicht über selbständige Verwaltungsträger⁶ (mit der die Wirtschaftsaufsicht im *ius supremæ inspectionis* wohl einen gemeinsamen dog-

dung und gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungsrecht, S.254; *M. Bullinger*, VVDStRL 22 (1965), 286 (bezogen auf den Begriff „Staatsaufsicht in der Wirtschaft“).

² So nimmt, um nur ein Beispiel zu nennen, *R. Gröschner*, Überwachungsrechtsverhältnis, S. 128, die Versicherungsaufsicht aus; anders insoweit *M. Bullinger*, VVDStRL 22 (1965), 266, und *H. Jarras*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 13. Weitere Beispiele für solche Variationen bei *Th. Meyer*, Staatsaufsicht über Private, S. 180f.

³ Vgl. z. B. einerseits *R. Schmidt*, Wirtschaftspolitik, S. 299, der die Gesamtheit staatlicher Einwirkungen auf die Wirtschaft in Maßnahmen der Wirtschaftspolitik und Maßnahmen der Wirtschaftsaufsicht unterteilt, und andererseits *G. Püttner*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, der zwischen Wirtschaftsaufsicht, Globalsteuerung und Wirtschaftsförderung differenziert. Viele Autoren unterscheiden zwischen Wirtschaftsaufsicht und Wirtschaftslenkung, etwa *R. Stober*, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 301; *H. Jarras*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 12; *R. Gröschner*, Überwachungsrechtsverhältnis, S. 128f. Hierzu näheres unter 2.c.bb.

⁴ Anschaulich in der scharfen Auseinandersetzung *R. Gröschners*, Überwachungsrechtsverhältnis, S. 52ff., mit *E. Stein*, Wirtschaftsaufsicht. Gröschner will den Aufsichtsbegriff wegen seiner vermeintlich etatistischen Färbung durch den Überwachungsbegriff ersetzt sehen (S. 126). Hierzu näheres unter 2.b.

⁵ Die Konsumtion durch Endverbraucher als eine weitere Dimension der Wirtschaft spielt für den Begriff der Wirtschaftsaufsicht keine wesentliche Rolle. Aufsichtsadressaten sind meist nur die Verteiler oder Hersteller (worunter hier auch die zuweilen begrifflich abgesonderte Gruppe der Erzeuger gefaßt wird) wirtschaftlicher Güter; so auch – bezogen auf den Begriff „Wirtschaftsüberwachung“ – *R. Gröschner*, ThürVBl 1996, 217.

⁶ VVDStRL 22 (1965), 264.

mengeschichtlichen Ursprung besitzt⁷), erscheint auch heute noch zutreffend⁸.

An Gründen fallen unmittelbar ins Auge: Die Vielgestaltigkeit der einschlägigen gesetzlichen Regelungen (gerade im Vergleich zur Staatsaufsicht über selbständige Verwaltungsträger) sowie ihre historisch gestückelte, wildwüchsige Entwicklung⁹; das Fehlen prägnant vorgeformter Lebensverhältnisse¹⁰; die Verschiedenheit der jeweils verfolgten Interventionskonzepte; schließlich ganz allgemein die soziale Komplexität und die Sinnvariabilität der Bezugsgröße „Wirtschaft“, die der präzisen juristischen Erfassung strukturell Schwierigkeiten bereiten müssen¹¹. Das Recht der Wirtschaftsaufsicht steht vor demselben Problem wie das Wirtschaftsrecht insgesamt, über dessen Begriff bis heute keine Einigkeit besteht¹²: Sein Gegenstand ist wenig konturenscharf. Hinzu kommt, daß es mit dem Thema direkter staatlicher Interventionen in den „freien“ wirtschaftlichen Prozeß ein Terrain betrifft, das seit jeher Schauplatz kontrovers geführter, zum Teil auch ideologisch eingefärbter Grundlegendiskussionen ist¹³. Daher ist es im erhöhten Maße abhängig von verfassungsrechtlichen und -politischen Vorverständnissen¹⁴.

Unter methodischen Aspekten ist hinzuzufügen: Es handelt sich bei der Wirtschaftsaufsicht um eine rechtsklassifikatorische Kategorie, mithin um ein

⁷ *Ebda.*, S. 275 ff. Ausführlich zur Dogmengeschichte R. Gröschner, Überwachungsrechtsverhältnis, S. 5 ff. Zur Staatsaufsicht über selbständige Verwaltungsträger grundlegend W. Kahl, Staatsaufsicht.

⁸ Vgl. auch R. Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht – AT, S. 300 („gewiß kein homogenes Rechtsinstitut“) im Anschluß an E. Steindorf, Einführung in das Wirtschaftsrecht, S. 109, sowie P. Tettinger, Rechtsanwendung und gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 253.

⁹ M. Bullinger, VVDStRL 22 (1965), 268. Überblick über die wesentlichen Gesetzgebungsetappen bei H. Mösbauer, Staatsaufsicht über die Wirtschaft, S. 16 ff.

¹⁰ So für das öffentliche Wirtschaftsrecht insgesamt W. Henke, DVBl. 1983, 982.

¹¹ Vgl. E. Schwark, Anlegerschutz durch Wirtschaftsrecht, S. 68.

¹² Vgl. H. Jarras, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 7; R. Weimar/P. Schmikowski, Grundzüge des Wirtschaftsrechts, S. 1 ff.; W. Henke, DVBl. 1983, 982; W. Brohm, DÖV 1979, 18; H.-G. Koppensteiner, Rechtstheorie 4 (1973), 1 ff.; W. R. Schlupe, FS Hug, S. 25 ff.; R. Stober, FS Maurer, S. 828.

¹³ Ähnlich P. Tettinger, Rechtsanwendung und gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 254. Verfassungsrechtliche und -politische Grundlegendiskussionen über das Staat-Wirtschaft-Verhältnis sind bekanntlich vor allem in den ersten beiden Jahrzehnten der Bundesrepublik geführt worden („Streit um die Wirtschaftsverfassung“); instruktiver Überblick bei U. Scheuner, in: ders. (Hrsg.), Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft, S. 9 ff.

¹⁴ Exemplarisch E. Stein, Wirtschaftsaufsicht, dessen Aufsichts begriff von einem extrem weiten Verständnis staatlicher Gewährleistungsverantwortung gegenüber dem Wirtschaftsgeschehen geprägt ist und zugleich die im 3. Quartal des 20. Jahrhunderts auf einem Höhepunkt befindliche Zuversicht in das wirtschaftspolitische Steuerungsvermögen des Staates widerspiegelt.