

Lüdemann, Jörn

Working Paper

Öffentliches Wirtschaftsrecht und ökonomisches Wissen

Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, No. 2012/18

Provided in Cooperation with:

Max Planck Institute for Research on Collective Goods

Suggested Citation: Lüdemann, Jörn (2012) : Öffentliches Wirtschaftsrecht und ökonomisches Wissen, Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, No. 2012/18, Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Bonn

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/84993>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

**Preprints of the
Max Planck Institute for
Research on Collective Goods
Bonn 2012/18**



**Öffentliches Wirtschafts-
recht und ökonomisches
Wissen**

Jörn Lüdemann



MAX PLANCK SOCIETY



Öffentliches Wirtschaftsrecht und ökonomisches Wissen

Jörn Lüdemann

revised version

December 2012

I. Worum es gehen soll*

Die staatliche Wirtschaftsverwaltung steht zum Teil vor geradezu herkulischen Aufgaben. Längst muss sie nicht mehr nur einen prüfenden Blick auf Gaststätten und Handwerksbetriebe werfen, um nur zwei gewerberechtliche Traditionsaufgaben herauszugreifen. Sondern sie soll etwa auch auf den immer dynamischeren und immer stärker verwobenen Finanzmärkten durch qualitative Aufsicht für Markt- und Systemstabilität Sorge tragen und in den Netzwirtschaften durch sektorspezifische Regulierung Wettbewerb ermöglichen.¹ Anspruchsvoller könnten die Aufgaben moderner Wirtschaftsverwaltung kaum mehr sein.

Solche ehrgeizigen wirtschaftspolitischen Ziele prägen unabweislich auch die Anatomie des öffentlichen Wirtschaftsrechts. Je planender, vorsorgender und gestaltender die Exekutive agieren und je tiefer sie zum Puls dynamischer Märkte vordringen soll, desto weniger kann bereits das Wirtschaftsrecht Speicher fertiger Antworten sein und desto größer ist in der Folge auch der Bedarf an extrajuridischem Wissen für die rechtsanwendenden Instanzen (II.). Über theoretische und empirische Einsichten, die sich für das öffentliche Wirtschaftsrecht fruchtbar machen lassen, verfügen in besonderem Maße die Wirtschaftswissenschaften. Eine zunehmend wichtigere Funktion der Wissenschaft vom öffentlichen Wirtschaftsrecht kann man darin sehen, dieses nachbarwissenschaftliche Wissen nach rechtseigenen Kriterien auch für die Rechtspraxis verfügbar zu machen (III.). Solche rechtswissenschaftlichen Rezeptionsleistungen sind zwar weder trivial, noch aus einer wissenschaftstheoretischen Perspektive völlig bruchlos möglich. Die reflektierte Rezeption ökonomischer Theorie und Empirie ermöglicht aber gerade bei ambitionierten staatlichen Interventionen in das Wirtschaftsgeschehen eine deutlich größere Entscheidungsrationalität als das exklusive Vertrauen auf rechtsinternes Wissen (IV.). Im Folgenden soll das besondere Augenmerk der Anwendung des positiven Rechts gelten, bei dem die Rezeption ökonomischen Wissens noch voraussetzungsvoller und für viele auch weit weniger selbstverständlich ist als in der rechtswissenschaftlichen Gesetzgebungsberatung.² Ein kurzes Fazit schließt die Skizze ab (V.).

II. Der rechtsinduzierte, variierende Bedarf nach ökonomischem Wissen

1. Die disziplinären Säulen des Wirtschaftsrechts

Von den drei disziplinären Säulen des Wirtschaftsrechts – dem zivilen Wirtschaftsrecht, dem Wirtschaftsstrafrecht und dem öffentlichen Wirtschaftsrecht – hat sich die Wissenschaft vom

* Für die kritische Lektüre des Textes und hilfreiche Kommentare danke ich Prof. Dr. Christoph Engel, Prof. Dr. Andreas Funke und Yoan Hermstrüwer.

¹ Vgl. zu diesen Aufgaben auch die Beiträge von *Ann-Katrin Kaufhold*, Transfer und Transformation ökonomischen Wissens im Recht der Bankenaufsicht, *Eike Michael Frenzel*, Schnittstellen für extrajuridisches Wissen im Regulierungsverwaltungsrecht – Status quo und Perspektive (in diesem Band).

² Zum Umgang mit rechtsexterner Theorie im Rahmen der wissenschaftlichen Politikberatung *Jörn Lüdemann*, Rechtsetzung und Interdisziplinarität in der Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Andreas Funke/Jörn Lüdemann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie*, 2009, S. 119 ff.

zivilen Wirtschaftsrecht in Deutschland bislang am weitesten für ökonomisches Wissen geöffnet. Kam es in den 1980er Jahren auch in der Zivilrechtswissenschaft noch zu erbitterten Auseinandersetzungen in den heiligen Hallen der Juristenzeitung um den Bedarf und die Erlaubtheit ökonomischer Argumente im Recht,³ wie sie für wissenschaftliche Frühphasen methodischer Innovationen charakteristisch sind,⁴ gehört die Rezeption ökonomischen Wissens mittlerweile für weite Teile des Schwesterfachs schon fast zum guten Ton.⁵ Vor allem der jüngeren Generation von Zivilrechtswissenschaftlern geht der Umgang mit ökonomischen Argumenten inzwischen leicht von der Hand.⁶

Die Wissenschaft vom öffentlichen Wirtschaftsrecht hat sich demgegenüber (wie die Verwaltungsrechtswissenschaft insgesamt) über weite Strecken deutlich reservierter gezeigt. Doch die Zeiten ändern sich auch hier. In den letzten Jahren wird der Bedarf an ökonomischem Wissen auch im öffentlichen Wirtschaftsrecht immer häufiger angemeldet und von einer wachsenden Zahl von Verwaltungsrechtswissenschaftlern durch eigene Beiträge gedeckt.⁷

³ Legendär die Philippika von *Karl-Heinz Fezer*, Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach, JZ 1986, S. 817 (823); *ders.*, Nochmals: Kritik an der ökonomischen Analyse des Rechts, JZ 1988, S. 223 ff., dagegen *Claus Ott/Hans-Bernd Schäfer*, Die ökonomische Analyse des Rechts – Irrweg oder Chance wissenschaftlicher Rechtserkenntnis?, JZ 1988, S. 213 ff.; *Gebhard Kirchgässner*, Führt der homo oeconomicus das Recht in die Irre?, JZ 1991, S. 104 ff. Zu früheren Begegnungen von Rechtswissenschaft und Ökonomie, namentlich zu rechtsökonomischen Ansätzen im 19. Jahrhundert sowie zu den verbliebenen Vorbehalten in moderner Zeit siehe die differenzierte Studie von *Kristoffel Grechenig/Martin Gelter*, Divergente Evolution des Rechtsdenkens. Von amerikanischer Rechtsökonomie und deutscher Dogmatik, *RabelsZ* 72 (2008), 513 ff.

⁴ Vgl. zu den Reflexionsphasen der Rechtsökonomik in Deutschland *Jörn Lüdemann/Stefan Magen*, Besprechungsaufsatz zu Klaus Mathis, Effizienz statt Gerechtigkeit?, in: *ZRP* 2009, S. 97 (97 ff.).

⁵ Siehe stellvertretend etwa die zivilrechtlichen Habilitationsschriften von *Holger Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht. Eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Reichweite und Grenzen vertragsschlussbezogener Aufklärungspflichten, 1999; *Horst Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz. Mechanismen der Unternehmensreorganisation und Kooperationspflichten im Reorganisationsrecht, 1999; *Matthias Leistner*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb. Eine grundlagenorientierte Studie unter besonderer Berücksichtigung der europäischen Perspektive, 2007; *Stefan Bechtold*, Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts. Ein rechtsökonomischer Beitrag zu einer Rechtsetzungslehre des Privatrechts, 2010; *Wolfgang Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch. Eine rechtsvergleichende Neubestimmung des Verhältnisses von Recht und Ökonomie in der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, 2010; *Florian Möslein*, Dispositives Recht. Zwecke, Strukturen und Methoden, 2011; *Gisela Rühl*, Statut und Effizienz. Ökonomische Grundlagen des Internationalen Privatrechts, 2011; *Jens-Hinrich Binder*, Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien im Kapitalgesellschaftsrecht, 2012.

⁶ So auch *Holger Fleischer/Daniel Zimmer*, Effizienzorientierung im Handels- und Wirtschaftsrecht, in: *dies.* (Hrsg.), *Effizienz als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht*, 2008, S. 9 (11).

⁷ Vgl. exemplarisch nur *Matthias Schmidt-Preuß*, Das Regulierungsrecht als interdisziplinäre Disziplin – am Beispiel des Energierechts, in: *Jürgen F. Baur et al.* (Hrsg.), *FS für Gunter Kühne zum 70. Geburtstag*, 2009, S. 329 ff.; *Christoph Engel*, Paketvermittelte Telefonie, 2006; *Thomas Fetzer*, Staat und Wettbewerb in dynamischen Märkten. Eine juristisch-ökonomische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der sektorspezifischen Telekommunikationsregulierung in Deutschland und den USA, 2012; *Stefan Magen*, Rechtliche und ökonomische Rationalität im Emissionshandel, in: *Towfigh et al.* (Hrsg.), *Recht und Markt. Wechselbeziehungen zweier Ordnungen*, 2009, S. 9 ff.; *Anne van Aaken*, Opportunities for and Limits to an Economic Analysis of International Economic Law, in: *Transnational Corporations Review* 2011, S. 27 ff.; *Jürgen Kühling*, Sektorspezifische Regulierung der Netzwirtschaften. Typologie, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Wirtschaftsverfassungsrecht, 2004; *Mario Martini*, Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung. Möglichkeiten und Grenzen einer marktgesteuerten staatlichen Verwaltung des Mangels, 2008; *Roland Broemel*, Strategisches Verhalten in der Regulierung, 2010; *Karl M. Meessen*, Auf der Suche nach einem der Wirtschaft gemäßen Wirtschaftsrecht (Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht; H. 119), 2012; *Markus Ludwigs*, Unternehmensbe-

2. Wirklicher oder vermeintlicher Bedarf?

Dass auch die Wissenschaft vom öffentlichen Wirtschaftsrecht immer häufiger auf ökonomisches Wissen rekurriert, ist – auch wenn manche es vielleicht hoffen mögen – keine bloße akademische Mode, die vorübergehen wird wie einst die Schlaghose.⁸ Ebenso wenig ist die Rezeption einer unkritischen Interdisziplinaritätseuphorie geschuldet, wie sie in der modernen Wissenschaftspolitik mitunter bizarre Blüten treibt. Und man macht es sich schließlich auch zu leicht, die wachsende Rezeptionsbereitschaft vieler Verwaltungsrechtswissenschaftler allein unter die Kategorie wissenschaftssoziologischer Gruppenprozesse – namentlich der von ANDREAS VOßKUHLE proklamierten Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft⁹ – zu verbuchen, deren eherne Gesetzmäßigkeiten seit LUDWIG FLECK¹⁰ und THOMAS KUHN¹¹ längst entlarvt sind.

Fraglos: Weil Wissenschaft nicht nur ein Erkenntnis-, sondern immer auch ein sozialer Prozess ist,¹² sind derartige Faktoren für die Wissenschaftsentwicklung nicht irrelevant und man sollte sie deshalb auch nicht aus einem falsch verstandenen Wissenschaftsidealismus heraus leugnen, nach dem nicht sein kann, was nicht sein darf. Aber diese Gründe sind doch nicht die primären Ursachen für die gestiegene Nachfrage nach extrajuridischem Wissen im öffentlichen Wirtschaftsrecht. Die weitaus gewichtigeren Gründe liegen an anderen Stellen, die sich teilweise überlappen und gegenseitig ergänzen.

Aus einer gesellschaftstheoretisch grundierten Perspektive kann man etwa mit INO AUGSBERG¹³ auf das immer fragmentiertere Wissen in der Informations- und Wissensgesellschaft¹⁴

zogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht. Unternehmenseffizienz als neue Rechtskategorie, 2012; Jörn Lüdemann, Wettbewerb und Regulierung in der Telekommunikation. Das Telekommunikationsrecht vor den Herausforderungen dynamischer Märkte, in: ders. (Hrsg.), Telekommunikation, Energie, Eisenbahn: Welche Regulierung brauchen die Netzwirtschaften?, 2008, S. 69 ff. Vgl. etwa auch das ökonomische Grundlagenkapitel in Christian Callies/Stefan Korte, Dienstleistungsrecht in der EU, 2011, § 2.

⁸ Das schließt Konjunkturen der Öffnung und Schließung der Verwaltungsrechtswissenschaft gegenüber den Nachbarwissenschaften freilich nicht aus, vgl. dazu nur Christian Bumke, Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 73 (85 ff.); siehe auch Christoph Möllers, Methoden, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen der Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., 2012, § 3, Rdnr. 42; ders., Theorie, Praxis und Interdisziplinarität in der Verwaltungsrechtswissenschaft, VerwArch 93 (2002), S. 22 (40 ff.).

⁹ Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., 2012, § 1.

¹⁰ Ludwig Fleck, Entstehung und Entwicklung einer wissenschaftlichen Tatsache. Einführung in die Lehre vom Denkstile und Denkkollektiv, 1935.

¹¹ Thomas S. Kuhn, The Structure of Scientific Revolutions, 3. Aufl., 1996.

¹² Zu Gruppenprozessen in der Wissenschaft etwa Friedhelm Neidhardt, Gruppierungsprobleme sozialwissenschaftlicher Führungsteams, in: ders. (Hrsg.), Gruppensoziologie – Perspektiven und Materialien, 1983, S. 552 ff.

¹³ Ino Augsberg, Multi-, inter- transdisziplinär? Zum Erfordernis binnenjuristischer Metaregeln für den Umgang mit extrajuridischem Wissen im Verwaltungsrecht (in diesem Band); vgl. auch dens., Einleitung: Ungewissheit als Chance – eine Problemskizze, in: ders. (Hrsg.), Ungewissheit als Chance. Perspektiven eines produktiven Umgangs mit Unsicherheit im Rechtssystem, 2009, S. 1 ff.

¹⁴ Gernot Böhme/Nico Stehr, Knowledge Society, 1986; Nico Stehr, Knowledge Societies, 1994; Peter Weingart/Martin Carrier/Wolfgang Krohn, Nachrichten aus der Wissensgesellschaft. Analysen zur Veränderung der

verweisen, auf das sich jedes gesellschaftliche Teilsystem zunehmend einstellen muss.¹⁵ Aus einer eher staatstheoretischen Warte ließe sich auf den vielfach beschriebenen Wandel von Staatlichkeit verweisen,¹⁶ der sich auch in der Wirtschaftspolitik und ihrer steigenden Angewiesenheit auf eine kooperative Wissensgenerierung mit Privaten¹⁷ niederschlägt. Man kann den wissenschaftlichen Fokus aber nicht zuletzt auch – und das ist die Perspektive dieses Beitrags – unmittelbar auf das Tableau des öffentlichen Wirtschaftsrechts richten. Diese Fokussierung liegt nicht nur deshalb nahe, weil der Bedarf an extrajuridischem Wissen, wie eingangs bereits erwähnt, zu einem großen Teil den spezifischen Aufgaben geschuldet ist,¹⁸ die der Gesetzgeber der Wirtschaftsverwaltung übertragen hat. Die theoretische Rückbindung an die rechtlich verfassten Aufgaben bewahrt auch davor, einen Wandel „des“ öffentlichen Wirtschaftsrechts und seiner wissenschaftlichen Anforderungen auszurufen, den es in dieser Allgemeinheit nicht gibt. Denn auch wenn modernere Materien wie das sektorspezifische Regulierungsrecht der Netzwirtschaften naturgemäß besondere wissenschaftliche Aufmerksamkeit auf sich ziehen, verdrängen sie die überkommenen Aufgaben der Wirtschaftsverwaltung doch nicht,¹⁹ sondern legen sich vielmehr wie neue Ringe um den bisherigen Aufgabenstamm herum.²⁰ Wenn manche Abhandlungen sich gleichwohl so lesen, als sei das gesamte öffentliche Wirtschaftsrecht (wie das Verwaltungsrecht überhaupt) von einer einzigen Welle der Erneuerung mitgerissen worden, fragen differenziertere Stimmen völlig zu Recht, ob der Wandel, der da mit breitem Pinsel an die Wand gemalt wird, nicht besser mit dünnerer Feder und den notwendigen Schattierungen gezeichnet worden wäre.

Wissenschaft, 2007, S. 9 ff.; *Hans Mohr*, Wissen – Prinzip und Ressource. Die Zukunft gehört der Wissensgesellschaft, 1999, S. 9 ff.

¹⁵ Für das Rechtssystem *Karl-Heinz Ladeur*, Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft. Von der Gefahrenabwehr zum Risikomanagement, 1996; *Thomas Vesting*, Die Bedeutung von Information und Kommunikation für die verwaltungsrechtliche Systembildung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2008, § 20, Rdnr. 36 ff.; *ders.*, Nachbarwissenschaftlich informierte und reflektierte Verwaltungsrechtswissenschaft. „Verkehrsregeln“ und „Verkehrsströme“, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 165 ff.

¹⁶ Siehe etwa *Andreas Voßkuhle*, Das Konzept des rationalen Staates, in: Gunnar Folke Schuppert/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Governance von und durch Wissen, 2008, S. 13 ff.

¹⁷ Vgl. zum Rückgriff des Staates auf das Wissen gesellschaftlicher Akteure *Andreas Voßkuhle*, Expertise und Verwaltung, in: Hans-Heinrich Trute/Thomas Groß/Hans Christian Röhl/Christoph Möllers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, S. 637 ff.; *Ekkehart Hoffmann*, Externer Sachverständiger im Verwaltungsverfahren, in: Indra Spiecker gen. Döhmman/Peter Collin (Hrsg.), Generierung und Transfer staatlichen Wissens im System des Verwaltungsrechts, 2008, S. 176 ff.; *Ivo Appel*, Methodik des Umgangs mit Ungewissheit, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 327 ff. Zur Entwicklung des Staates zum Wissensstaat *Bardo Fassbender*, Wissen als Grundlage staatlichen Handelns, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, 3. Aufl., 2006, § 76, Rdnr. 1 ff.

¹⁸ Zum Konnex von Aufgabenwandel und Verwaltungsrecht *Michael Stolleis*, Die Entstehung des Interventionsstaats und das öffentliche Recht, ZNR 11 (1989), S. 129 ff.; *Dieter Grimm*, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats, in: *ders.* (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 291 ff.; *Helmuth Schulze-Fielitz*, Staatsaufgabenentwicklung und Verfassung, ebenda, S. 11 ff.

¹⁹ Vgl. zur bleibenden Bedeutung des Gewerberechts etwa *Josef Ruthig*, in: Josef Ruthig/Stefan Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl., 2011, Rdnr. 201 ff.; *Annette Guckelberger*, Einführung in das Gewerberecht, Jura 2007, S. 598 ff.

²⁰ Differenzierend auch *Rainer Wahl*, Die Aufgabenabhängigkeit von Verwaltung und Verwaltungsrecht, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Grundfragen, 1993, S. 177 ff.

Nichts anderes gilt auch für unsere methodische Frage nach der Rezeption rechtsexternen Wissens. Auch hier tut größere Differenzierung Not, als sie in den modernen Methodendebatten häufig an den Tag gelegt wird. So unterschiedlich die Aufgaben der Wirtschaftsverwaltung und die Normen des öffentlichen Wirtschaftsrechts sind, so heterogen ist bei Lichte betrachtet auch der Bedarf nach der Rezeption ökonomischen Wissens. Denn disziplinübergreifende Wissenschaft ist weder ein Naturgesetz noch eine akademische Selbstverständlichkeit; sondern sie ist vielmehr, wie JÜRGEN MITTELSTRAß es zutreffend charakterisiert hat, ein Reparaturinstrument in einer immer ausdifferenzierteren Wissenschaftslandschaft.²¹

Das Plädoyer für transdisziplinäre und interdisziplinäre Forschung ist deshalb auch notwendig als ein doppeltes zu lesen: Es ist einerseits Anerkennung der Notwendigkeit und Unverzichtbarkeit disziplinärer, arbeitsteiliger Forschung, ohne die der Erkenntnisgewinn moderner Wissenschaft nicht gleichermaßen vorstellbar wäre;²² und es ist andererseits zugleich Anerkennung der Begrenztheit von Disziplinen, die ihre eigenen Grenzen überschreiten und gegen den Strom der Spezialisierung schwimmen sollten, *wenn und soweit* sie mit den eigenen Mitteln nicht mehr weiter kommen oder ihre eigenen Aufgaben durch die Rezeption disziplinfremden Wissens angemessener erfüllen können.²³

Wann solche bewussten Grenzüberschreitungen wirklich angezeigt sind, lässt sich aber nicht allein in den luftigen Höhen allgemeiner Interdisziplinaritätsdiskurse beantworten. Auch wenn das Bedürfnis nach grenzüberschreitender Forschung angesichts der immer weitergehenden Ausdifferenzierung des Wissens²⁴ insgesamt steigt: Wie groß der Bedarf und der Nutzen rechtsexterner Theorie für die Wissenschaft vom öffentlichen Wirtschaftsrecht im Letzten wirklich ist, hängt vor allem von den konkreten, in ihren Zielsetzungen und in ihrer gesetzlichen Ausgestaltung ausgesprochen heterogenen Rechtsregeln ab, mit denen Praxis und Wis-

²¹ Jürgen Mittelstraß, *Transdisziplinarität – wissenschaftliche Zukunft und institutionelle Wirklichkeit*, 2003; ders., *Interdisziplinarität oder Transdisziplinarität?*, in: ders., *Die Häuser des Wissens. Wissenschaftstheoretische Studien*, 1998, S. 29 ff.

²² Jürgen Mittelstraß, *Abschied von der vollständigen Universität*, in: ders., *Häuser des Wissens. Wissenschaftstheoretische Studien*, 1998, S. 232 (240): „Voraussetzung für Transdisziplinarität als wissenschaftliche Arbeits- und Erkenntnisform aber sind und bleiben die Disziplinaritäten. Wo keine unterschiedlichen disziplinären Arbeitsformen in Forschung und Lehre sind, dort kann es auch keine transdisziplinären Arbeitsformen geben, dort bleibt die Erkenntnis, die sich zunehmend transdisziplinären Orientierungen verdankt, aus.“; ders., *Natur und Geist. Von dualistischen, kulturellen und transdisziplinären Formen der Wissenschaft*, in: ders., *Häuser des Wissens. Wissenschaftstheoretische Studien*, 1998, S. 91 (107): „wissenschaftliche Transdisziplinarität kann wissenschaftliche Disziplinarität nicht ersetzen“. Siehe auch Matthias Jestaedt, „Öffentliches Recht“ als wissenschaftliche Disziplin, in: Christoph Engel/Wolfgang Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, S. 241 (278); Roland Czada, *Disziplinäre Identität als Voraussetzung von Interdisziplinarität?*, in: Kilian Bizer/Martin Führ/Christoph Hüttig (Hrsg.), *Responsive Regulierung. Beiträge zur interdisziplinären Institutionenanalyse und Gesetzgebung*, 2002, S. 23 (37 ff.).

²³ Ähnlich, allerdings weitergehend im Sinne einer Legitimationsvoraussetzung Eberhard Schmidt-Aßmann, *Zur Situation der rechtswissenschaftlichen Forschung. Eine Gedankenskizze*, JZ 1995, S. 2 (7): „Interdisziplinarität ist nicht das Normale; sie hat sich durch den Nachweis von Defiziten der disziplinären Forschung zu legitimieren.“ Möglich sind interdisziplinäre Ansätze aus der Perspektive einer Wissenschaft freilich stets, worauf Anna Bettina Kaiser, *Multidisziplinäre Begriffsverwendungen. Zum verwaltungswissenschaftlichen Umgang mit sozialwissenschaftlichen Kategorien (in diesem Band) mit Recht* hinweist.

²⁴ Dazu Ino Augsberg, *Multi-, inter-, transdisziplinär? Zum Erfordernis binnenjuristischer Metaregeln für den Umgang mit extrajuridischem Wissen im Verwaltungsrecht (in diesem Band)*

senschaft umgehen müssen.²⁵ Unser Thema ist insofern auch ein Beispiel dafür, dass die Vorstellung einer einheitlichen juristischen „one-size-fits-all“-Methode, die den Rechtsanwender in sämtlichen Regelungsbereichen gleichermaßen adäquat bei seiner Entscheidung am Maßstab des Rechts²⁶ unterstützt, angesichts der wachsenden Heterogenität des Rechts immer mehr an Plausibilität verliert.²⁷ Es gehört zu den zentralen Herausforderungen der juristischen Methodik, sich auf diese Heterogenität in Zukunft deutlich stärker einzustellen.

3. Über den Bedarf im öffentlichen Wirtschaftsrecht

Führen wir uns den rechtsinduzierten und variierenden Bedarf nach ökonomischem Wissen im öffentlichen Wirtschaftsrecht kurz an zwei, bewusst sehr unterschiedlichen Materien des Rechtsgebiets vor Augen: dem Gaststättenrecht als einer vornehmlich ordnungsrechtlichen Materie des Gewerbe(neben)rechts auf der einen Seite und dem Telekommunikationsrecht als dem Paradebeispiel eines modernen Netzregulierungsrechts auf der anderen Seite.

a) *Gaststättenrecht*

Auch bei einer so traditionsreichen Rechtsmaterie wie dem Gaststättenrecht lässt sich ökonomisches Wissen ohne Zweifel sinnvoll nutzen. Das gilt in besonderer Weise für die Rechtsetzung. Geht es etwa um die Frage einer möglichen Deregulierung des Gaststättenrechts,²⁸ wie sie seit der vollständigen Überführung der Gesetzgebungskompetenz auf die Länder²⁹ auf der politischen Agenda steht,³⁰ tun Rechtspolitik und rechtswissenschaftliche Politikberatung gut daran, auch mit Hilfe ökonomischen Wissens sorgsam abzutasten, wo die Mechanismen des Marktes in diesem Sektor staatlicher Intervention tatsächlich bedürfen und wo sich der Staat im Gegenteil besser zurückhalten sollte, um eine ineffiziente und kontraproduktive Überregu-

²⁵ Vgl. Jörn Lüdemann, Netzwerke, Öffentliches Recht und Rezeptionstheorie, in: Sigrid Boysen et al. (Hrsg.), Netzwerke, 2007, S. 266 (279 f.).

²⁶ Andreas von Arnould, Die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht nach einer Öffnung für sozialwissenschaftliche Theorie, in: Andreas Funke/Jörn Lüdemann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2009, S. 65 (77 et passim).

²⁷ In diese Richtung auch Ino Augsberg, Methoden des europäischen Verwaltungsrechts, in: Jörg Philipp Terhechte (Hrsg.), Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2011, § 4, Rdnr. 24 ff.

²⁸ Vgl. etwa Robert Dübbers/Soi Jo, Die Deregulierung des Gaststättenrechts. Der Bürokratieabbau und seine Auswirkungen auf das Gaststättenrecht, NVwZ 2006, S. 301 ff.; Ulrich Schönleiter, Deregulierung im Gaststätten- und Gewerbebereich, GewArch 51 (2005), S. 369 ff.; zur Deregulierung durch Landesgesetze Wolfram Dürr, Sinn oder Unsinn des Brandenburgischen Gaststättengesetzes?, NVwZ 2009, S. 881 f.; Jens-Torsten Lehmann, Deregulierung des Gaststättenrechts in Brandenburg, GewArch 55 (2009), S. 291 ff.; Anja Dillenburger, Das Bremische Gaststättengesetz, NordÖR 2009, S. 298 ff.

²⁹ Das Gaststättenrecht gehört seit der Änderung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG durch die Föderalismusreform im Jahre 2006 nicht mehr zur konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz, sondern fällt in die alleinige Gesetzgebungskompetenz der Länder. Das GastG des Bundes gilt wegen Art. 125a Abs. 1 S. 1 GG allerdings als Bundesrecht fort, wenn die Länder es nicht durch eigene Gaststättengesetze substituieren.

³⁰ So ist etwa jüngst im Hessischen Gaststättengesetz, das zum 1.5.2012 in Kraft getreten ist (GVBl. 2012, S. 50), die Erlaubnispflicht zum Betreiben einer Gaststätte weggefallen. Auch die bisherige obligatorische Gaststättenunterrichtung durch die Industrie- und Handelskammer ist entfallen. Angehende Gastwirte müssen den Betriebsbeginn nunmehr lediglich beim zuständigen Gewerbeamt anzeigen. Im Fall eines Alkoholausschanks müssen sie zusätzlich ihre Zuverlässigkeit nachweisen und das Gewerbe spätestens sechs Wochen vor Betriebsbeginn anzeigen. Zu den Einzelheiten umfassend Kurt Meixner, Hessisches Gaststättenrecht, 2012.

lierung zu vermeiden. Ökonomisches Wissen kann hier das implizite,³¹ allein aber nicht ausreichende³² Wissen der Verwaltungsrechtswissenschaft sinnvoll ergänzen und damit einen wertvollen Beitrag zu einer rationalen Rechtspolitik leisten. Denn auch wenn Juristen sich gerade in ökonomischen Zusammenhängen, anders als etwa in medizinischen und naturwissenschaftlichen Kontexten,³³ erstaunlicherweise häufig selbst für hinreichend kompetent halten³⁴ (vielleicht weil sie den Wirtschaftsteil der F.A.Z. lesen), bleibt unser Alltags- und Erfahrungswissen aus einer wissenschaftstheoretischen Perspektive doch deutlich hinter dem szientistischen Wissen der Wirtschaftswissenschaften zurück.³⁵

Bedarf besteht auch bei der beinahe spiegelbildlichen verfassungsrechtlichen Frage der Erforderlichkeit im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Ob dem Gesetzgeber kein milderes, gleich geeignetes Mittel zur Verfügung steht, um seine wirtschaftspolitischen Ziele zu erreichen, verlangt vom Rechtsanwender eine komparative Instrumentenanalyse, zu der die Wirtschaftswissenschaften theoretische und empirische Einsichten beitragen können, über die die Wissenschaft vom öffentlichen Wirtschaftsrecht selbst nicht in gleicher Weise verfügt.³⁶

Geht es hingegen um die Rechtsanwendung im Gaststättenrecht, der hier das besondere Augenmerk gelten soll, drängt sich der Bedarf nach ökonomischem Wissen nicht gleichermaßen auf. Und das nicht ohne Grund. So lassen sich etwa die vornehmlich ordnungsrechtlichen Ziele des Gaststättengesetzes auch ohne eine Vergewisserung ökonomischer Zusammenhänge hinreichend exakt erfassen. Die Bekämpfung des Alkoholmissbrauchs, der Schutz der Jugend, der Gäste und der Beschäftigten vor Gefahren für Leben, Gesundheit und Sittlichkeit oder der

³¹ *Arno Scherzberg*, Zum Umgang mit implizitem Wissen. Eine disziplinübergreifende Perspektive, in: Gunnar Folke Schuppert/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Governance von und durch Wissen*, 2008, S. 240 ff. Die Bedeutung des impliziten Wissens betont eindringlich *Bernd Grzeszick*, *Steuert die Dogmatik?*, in: Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?*, 2012, S. 97 (107 f.).

³² Ausführlich *Jörn Lüdemann*, *Rechtsetzung und Interdisziplinarität in der Verwaltungsrechtswissenschaft*, in: Andreas Funke/Jörn Lüdemann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie*, 2009, S. 119 (124 ff.); *ders.*, *Die Grenzen des homo oeconomicus und die Rechtswissenschaft*, in: Christoph Engel/Markus Englerth/Jörn Lüdemann/Indra Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), *Recht und Verhalten. Beiträge zu Behavioral Law and Economics*; 2007, S. 7 (29 f.).

³³ Vgl. etwa zur „Wissenschaftsabhängigkeit arzneimittelrechtlicher Risikobeurteilungen“ *Udo Di Fabio*, *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat. Zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere am Beispiel der Arzneimittelüberwachung*, 1994, S. 292 ff.

³⁴ Ähnliche Beobachtung bei *Stefan Huster*, *Rechtswissenschaft als Realwissenschaft? Anmerkungen zu Hans Alberts Konzeption der Jurisprudenz*, in: Eric Hilgendorf (Hrsg.), *Wissenschaft, Religion und Recht*, 2006, S. 385 (396 f.); *Oliver Lepsius*, *Sozialwissenschaften im Verfassungsrecht – Amerika als Vorbild?*, JZ 2005, S. 1 (2 ff.).

³⁵ Siehe zur Überlegenheit wissenschaftlicher Theorien gegenüber Alltags- und Erfahrungswissen *Hans Albert*, *Rechtswissenschaft als Realwissenschaft. Das Recht als soziale Tatsache und die Aufgabe der Jurisprudenz*, 1993, S. 27; *Karl R. Popper*, *Logik der Forschung*, 10. Aufl., 1994, S. XVIII.

³⁶ Vom Nutzen rechtsexternen Wissens für das Verhältnismäßigkeitsprinzip eingehend *Christoph Engel*, *Das legitime Ziel als Element des Übermaßverbots. Gemeinwohl als Frage des Verfassungsdogmatik*, in: Winfried Brugger/Stephan Kirste/Michael Anderheiden (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt*, 2002, S. 103 ff.; mit besonderem Blick auf ökonomische Theorie auch *ders.*, *Besonderes Verwaltungsrecht und ökonomische Theorie*, Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Bonn, 2011/2; ferner *Niels Petersen*, *Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?*, *Der Staat* 49 (2010), S. 435 ff.; *Emanuel V. Towfigh/Niels Petersen*, *Ökonomik in der Rechtswissenschaft*, in: *dies. et al.*, *Ökonomische Methoden im Recht*, 2010, S. 1 (10 ff.).

Schutz der Allgemeinheit vor Belästigungen³⁷ sind als gesetzlich vorgegebene Ziele für den Rechtsanwender als solche unmittelbar einsichtig beziehungsweise der Erfahrung zugänglich und bedürfen keiner aufwändigen theoretisch-ökonomischen Rekonstruktion, um etwa auf dem Wege der teleologischen Interpretation sachgerecht Eingang in administrative und judikative Entscheidungsprozesse zu finden.

Das bedeutet selbstverständlich nicht, um nicht missverstanden zu werden, dass sich mit ökonomischer Theorie zu den Zielen und den Instrumenten des Gaststättenrechts nichts sagen ließe. So könnte man etwa, um nur ein Beispiel zu geben, das gaststättenrechtliche Institut der Nachschau (§ 22 Abs. 2 GastG), das es der Gewerbeaufsicht unter anderem erlaubt, einen prüfenden Blick in die Küche einer Gaststätte zu werfen, in den Kategorien der wohlfahrtstheoretischen Marktversagenstheorie rekonstruieren und auf dieser Grundlage eine Informationsasymmetrie zwischen Gastwirt und Gast zu Lasten des Gastes identifizieren,³⁸ die man effizienter durch eine spezialisierte und fachkundige staatliche Aufsichtsinstanz ausgleicht,³⁹ als wenn jeder hungrige Kunde vor dem Verzehr selbst die Küche einer Gaststätte inspiziert. Auch ließe sich in diesem Kontext etwa an die ökonomischen Konzepte der Erfahrungs- und Vertrauensgüter anknüpfen. Von einem Erfahrungsgut spricht man in der Ökonomie, wenn der Konsument die Qualität eines Produkts oder einer Dienstleistung erst nach dem Konsum feststellen kann; als Vertrauensgut wird ein Gut bezeichnet, dessen Qualität sich selbst im Anschluss an den Konsum nicht sicher feststellen lässt.⁴⁰ Aber bei Lichte betrachtet bietet der Rekurs auf ökonomische Kategorien an dieser Stelle kaum mehr als eine theoretische Reformulierung eines bereits in langer Tradition verstandenen und der Praxis ohnehin präsenten Zusammenhangs,⁴¹ der durch die Verwendung nachbarwissenschaftlicher Einsichten und Vokabeln nicht substantiell gewönne.⁴² Weil das so ist, besteht für eine Rezeption rechtsexternen

³⁷ Vgl. zu den Zwecken des Gaststättenrechts nur *Josef Ruthig*, in: Josef Ruthig/Stefan Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl., 2011, Rdnr. 404; *Jan Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., 2010, S. 240; *René Pörtl*, Gaststättenrecht. Kommentar zum Gaststättengesetz, 5. Aufl., 2003, vor § 1, Rdnr. 12 ff.

³⁸ Zu Informationsasymmetrien als Marktversagenkategorie siehe etwa *Michael Fritsch/Thomas Wein/Hans-Jürgen Ewers*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 7. Aufl., 2007, S. 283 ff.; *Juergen B. Donges/Andreas Freytag*, Allgemeine Wirtschaftspolitik, 3. Aufl., 2009, S. 204 ff.; *Friedrich Breyer/Martin Kolmar*, Grundlagen der Wirtschaftspolitik, 3. Aufl., 2010, S. 303 ff.; sowie den Überblick bei *Martin Leschke*, Regulierungstheorie aus ökonomischer Sicht, in: Michael Fehling/Matthias Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, 2010, § 6, Rdnr. 60 ff.

³⁹ An dieser Stelle mag man aus einer ökonomischen Perspektive zwar mit guten Gründen auch fragen, ob der Staat im Wege der Nachschau die Küche tatsächlich selbst inspizieren muss, oder ob nicht vielmehr etwa auch eine Zertifizierung der Gastwirte ausreichen würde, vgl. dazu grundsätzlich nur *Jean-Jacques Laffont/Jean Tirole*, A Theory of Incentives in Procurement and Regulation, 9. Aufl., 2010. Diese Entscheidung ist allerdings eine genuine Entscheidung des Gesetzgebers und nicht des Rechtsanwenders, um die es mir an dieser Stelle geht. Dem Rechtsanwender bleibt nichts anderes übrig, als die Entscheidung des Gesetzgebers zur Nachschau hinzunehmen. Dass die Aufsichtsbehörde die Gaststätte von sich aus vor die Wahl stellt, ließe sich mit dem geltenden GastG wohl nicht vereinbaren.

⁴⁰ Grundlegend zu Erfahrungsgütern *Phillip Nelson*, Information and Consumer Behaviour, *Journal of Political Economy* 78 (1970), S. 311 ff.; zu Vertrauensgütern *Michael R. Darby/Edi Karni*, Free Competition and the Optimal Amount of Fraud, *Journal of Law and Economics* 16 (1973), S. 67 ff.

⁴¹ Vgl. nur die Kommentierung der Norm bei *René Pörtl*, Gaststättenrecht. Kommentar zum Gaststättengesetz, 5. Aufl., 2003. Allgemein zur Nachschau im Gewerbebereich *Markus Thiel*, Auskunftsverlangen und Nachschau als Instrumente der Informationsbeschaffung im Rahmen der Gewerbeaufsicht, *GewArch* 2001, S. 403 ff.

⁴² In diese Richtung zielt wohl auch die (übergeneralisierte) Kritik *Karsten Schmidts*, nach dem die ökonomische Analyse insgesamt nur dazu diene, „gesunden Menschenverstand in neue Worte zu kleiden“, zitiert bei *Michael*

Wissens jedenfalls im Rahmen der Rechtsanwendung auch kein wirklicher Bedarf im oben skizzierten Sinne.⁴³

Dass man die meisten juristischen Fragen ökonomisch reformulieren kann, bedeutet also nicht, dass dies auch in allen Fällen erforderlich oder tunlich wäre. Bringt die Rezeption rechtsexternen Wissens statt eines Erkenntnisgewinns vor allem eine Steigerung der Komplexität mit sich, kann das für die unter Entscheidungszwang und Zeitnot stehenden Rechtswender im Gegenteil mitunter sogar hinderlich und kontraproduktiv sein.⁴⁴

Ebenso wenig benötigt man im Gaststättenrecht in aller Regel vertieftes ökonomisches Wissen, um mit den Spielräumen des Gesetzes adäquat umzugehen oder eine sachgerechte und verhältnismäßige Rechtsfolgenwahl zu treffen. Um auch an dieser Stelle nur ein Beispiel herauszugreifen: Nach § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GastG ist eine beantragte Gaststättenerlaubnis zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die für den Gewerbebetrieb erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt. Über die allgemeinen Zuverlässigkeitsanforderungen des Gewerberechts hinaus⁴⁵ kennt das GastG eine Reihe exemplarischer Unzuverlässigkeitsvermutungen, die das Resultat geronnener Erfahrungen der Rechtsordnung sind.⁴⁶ Aber auch jenseits dieser gesetzlich normierten Regelbeispiele lässt sich der unbestimmte Rechtsbegriff der Zuverlässigkeit in den erfahrungsgesättigten Fallgruppen der gaststätten- beziehungsweise gewerberechtlichen Dogmatik sehr gut einfangen.

In einem solchen *ordnungsrechtlichen* Kontext kommt gerade die besondere Stärke der Rechtsdogmatik zum Tragen, die aus der Erfahrung regelmäßig wiederkehrender Grundkonflikte ein Netz von Leitlinien auf der Ebene zwischen Norm und Einzelfall knüpft, das einer steten Verfeinerung und Korrektur durch Rechtsprechung und Rechtswissenschaft zugänglich

Fehling, Ökonomische Analyse im Öffentlichen Recht als Methode zur Reformulierung und Operationalisierung von Gerechtigkeitsfragen, in: Professorinnen und Professoren der Bucerius Law School (Hrsg.), *Begegnungen im Recht. Interdisziplinäre Ringvorlesung der Bucerius Law School zu Ehren Karsten Schmidts* anlässlich seines 70. Geburtstags, 2011, S. 39 (65). Mitunter kann es durchaus hilfreich sein, einen intuitiv verstandenen Zusammenhang noch einmal exakt zu explizieren und in präzise Worte zu fassen.

⁴³ Eine andere Frage ist, ob man die Kategorien des Marktversagens etwa dazu nutzt, um das öffentliche Wirtschaftsrecht zu strukturieren. Auch hier kann es ausgesprochen hilfreich sein, ökonomische Theorie dazu einzusetzen, um Gemeinsamkeiten offen zu legen und Instrumentenvergleichen aus verschiedenen Rechtsmaterien eine theoretische Vergleichsbasis zu bieten.

⁴⁴ Zum Problemkontext *Niklas Luhmann*, Funktionale Methode und juristische Entscheidung, in: AöR 94 (1969), S. 1 ff.; *Josef Esser*, Juristisches Argumentieren im Wandel des Rechtsfindungskonzepts unseres Jahrhunderts, 1979, S. 20 ff.

⁴⁵ *Annette Guckelberger*, Einführung in das Gewerberecht, Jura 2007, S. 598 ff.; *Josef Ruthig*, in: Josef Ruthig/Stefan Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl., 2011, Rdnr. 247 ff. Guter Überblick auch bei *Martin Eifert*, „Zuverlässigkeit“ als persönliche Tätigkeitsvoraussetzung im Besonderen Verwaltungsrecht, JuS 2004, S. 565 ff.

⁴⁶ Danach gilt insbesondere als unzuverlässig, wer „dem Trunke ergeben ist oder befürchten lässt, dass er Unerfahrene, Leichtsinrige oder Willensschwache ausbeuten wird oder dem Alkoholmissbrauch, verbotenem Glücksspiel, der Hehlerei oder der Unsittlichkeit Vorschub leisten wird oder die Vorschriften des Gesundheits- oder Lebensmittelrechts, des Arbeits- oder Jugendschutzes nicht einhalten wird“.

ist.⁴⁷ Solche dogmatischen Konstrukte, die dem Rechtsanwender als Rechtserkenntnisquelle dienen können,⁴⁸ sollte die Wissenschaft vom öffentlichen Wirtschaftsrecht mitunter zwar durchaus auf den Prüfstand rechtsexterner Theorie stellen, um mögliche Fehlentwicklungen der Dogmatik aus einer Außenperspektive zu erhellen. Das ist schon deshalb ratsam, weil etwa die Rechtsprechung nur einen Ausschnitt der Fälle zu Gesicht bekommt,⁴⁹ Richter in der Entscheidungsperspektive *ex post* bestehende Risiken aufgrund psychologischer Fallstricke mitunter verzerrt wahrnehmen⁵⁰ und unserer juristischen Dogmatik insgesamt eine Tendenz zur Verkrustung und Verselbständigung innewohnt,⁵¹ die es von Zeit zu Zeit aufzubrechen, jedenfalls aber in das heilsame Verfremdungslicht rechtsexterner Theorie⁵² zu stellen gilt. Im Alltag der Rechtsanwendung und Rechtskonkretisierung ist eine Rezeption ökonomischer Theorie oder Empirie im Gaststättenrecht aber häufig entbehrlich.

b) Telekommunikationsrecht

Wo das Gaststättenrecht Bedarf nach ökonomischem Wissen hat, da kommt auch das Telekommunikationsrecht nicht ohne rechtsexterne Hilfe aus; der Bedarf ist hier sogar noch einmal deutlich größer. So ist eine rationale Rechtspolitik im Telekommunikationsrecht an vielen Stellen ohne ökonomische Theorie beinahe undenkbar. Denn anders als in einem ordnungsrechtlichen Traditionsgebiet wie dem Gaststättenrecht kann das Telekommunikationsrecht nicht in gleicher Weise über Jahrzehnte Erfahrungen sammeln und aus einer Fülle immer wiederkehrender Konstellationen im Laufe der Zeit Ordnungsmuster herausbilden, die sich in der historischen Entwicklung durch Versuch und Irrtum immer weiter verfeinern und verbessern lassen. Für eine solche gründliche Evolution von Regeln, wie sie namentlich unser Bürgerliches Gesetzbuch auch heute noch über weite Strecken prägt und wie sie etwa auch der

⁴⁷ Die Frage nach der Leistungsfähigkeit von Dogmatik (vgl. dazu jüngst die anregenden Beiträge in Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?, 2012) hängt dabei wiederum erheblich von ihrem Einsatzgebiet ab.

⁴⁸ Zur notwendigen Unterscheidung von Rechtserzeugungs- und Rechtserkenntnisquelle *Oliver Lepsius*, Kritik der Dogmatik, in: Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?, 2012, S. 39 (43 ff.).

⁴⁹ Siehe dazu etwa mit Blick auf den Umgang mit Präzedenzfällen *Cass R. Sunstein*, Why Societies Need Dissent, 2003, S. 59 ff.

⁵⁰ Wie psychologische und verhaltensökonomische Studien zeigen, tendieren Richter wie alle Menschen im Angesicht eines bereits eingetretenen Schadens dazu, die Schadensneigung eines Verhaltens in aller Regel deutlich höher einzuschätzen, als sie es tatsächlich ist. Vgl. zu diesem sog. *hindsight bias* etwa *Baruch Fischhoff*, Hindsight is not Equal to Foresight. The Effect of Outcome Knowledge on Judgment under Uncertainty, in: Journal of Experimental Psychology: Human Perception Performance 1 (1975), S. 288 ff.; *Jeffrey J. Rachlinsky*, A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight, in: Sunstein (Hrsg.), Behavioral Law and Economics, 2000, S. 95 ff.; *Reid Hastie/David Schkade/John W. Payne*, Juror Judgements in Civil Cases. Hindsight Effects on Judgments of Liability for Punitive Damages, Law and Human Behaviour 23 (1999), S. 597 ff.; *Chris Guthrie/Jeffrey J. Rachlinsky/Andrew Wistrich*, Inside the Judicial Mind, Cornell Law Review 86 (2001), S. 777 ff. Überblick auch bei *Markus Englerth*, Verhaltensökonomie, in: Emanuel Towfigh/Niels Petersen et al., Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. 165 (181).

⁵¹ *Martin Eifert*, Zum Verhältnis von Dogmatik und pluralisierter Rechtswissenschaft, in: Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?, 2012, S. 79 (86 f.).

⁵² Diese Formulierung verdanke ich *Udo Di Fabio*.

Rechtstheorie FRIEDRICH VON HAYEKS zugrunde liegt,⁵³ fehlt in diesem Rechtsgebiet wie in vielen anderen modernen Materien des Verwaltungsrechts schlicht die Zeit. Das gilt in besonderer Weise für den wettbewerblichen Kern des Telekommunikationsgesetzes, das Marktregulierungsverfahren nach §§ 9 ff. TKG.

Zugleich fehlt es häufig auch an der Gleichartigkeit der Regulationssituationen, die Voraussetzung eines kontinuierlichen Lernprozesses sein könnte. So unterscheiden sich etwa die zentralen Herausforderungen der gegenwärtigen Regulierung auf den Telekommunikationsmärkten deutlich von den Problemen zur Zeit des ersten Telekommunikationsgesetzes aus dem Jahre 1996. Ging es in der Anfangsphase der Telekommunikationsregulierung noch vor allem darum, die ehemaligen Staatsmonopole aufzubrechen und Wettbewerb in einem wettbewerbspolitischen Ausnahmebereich⁵⁴ überhaupt erst möglich zu machen, gehört zu den Zentralfragen des heutigen Telekommunikationsrechts namentlich der sachgerechte Umgang mit neuen beziehungsweise neu entstehenden Märkten.⁵⁵ Will das Telekommunikationsrecht bei Fragen wie den adäquaten Rahmenbedingungen für den Ausbau hochleistungsfähiger öffentlicher Telekommunikationsnetze der nächsten Generation⁵⁶ oder der kontrovers diskutierten Netzneutralität⁵⁷ nicht einfach ins Blaue hinein regulieren, bleibt einer wissenschaftlich fundierten Rechtspolitik gar nichts anderes übrig, als sich auch der theoretischen Hilfe der Nachbarwissenschaften zu bedienen, um die Kausalzusammenhänge sowie das Zusammenspiel von Innovation und Regulierung zu verstehen und den Rechtsrahmen sachgerecht darauf einzustellen.

⁵³ *Friedrich August von Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit. Eine Neufassung der liberalen Grundsätze der Gerechtigkeit und der politischen Ökonomie*, 2003, S. 461 f.; *ders.*, Arten des Rationalismus, in: *ders.*, Freiburger Studien. Gesammelte Aufsätze, 2. Aufl., 1994, S. 75 (86).

⁵⁴ *Rolf H. Weber, Wirtschaftsregulierung in wettbewerbspolitischen Ausnahmebereichen*. 1986.

⁵⁵ *Pio Baake/Justus Haucap/Jürgen Kühling/Sascha Loetz/Christian Wey, Effiziente Regulierung in dynamischen Märkten. Ökonomische Studie mit integriertem Rechtsgutachten*, 2007, *Christian Koenig/Sascha Loetz/Marion Senger, Die regulatorische Behandlung neuer Märkte im Telekommunikationsrecht*, K&R 2006, S. 258 ff.; *Johannes Dietlein/Alexandra Brandenburg, Regulierung „Neuer Märkte“ im Telekommunikationsrecht am Beispiel von VDSL*, IR 2006, S. 208 ff.; *Bernd Holznagel, Innovationsanreize durch Regulierungsfreistellung. Vom Umgang mit neuen Diensten und Märkten im Medien- und TK-Recht*, MMR 2006, S. 661 ff.; *Jörn Lüdemann, Wettbewerb und Regulierung in der Telekommunikation. Das Telekommunikationsrecht vor den Herausforderungen dynamischer Märkte*, in: *ders.* (Hrsg.), *Telekommunikation, Energie, Eisenbahn: Welche Regulierung brauchen die Netzwirtschaften?*, 2008, S. 69 (71 ff.); *Thomas Fetzer, Staat und Wettbewerb in dynamischen Märkten. Eine juristisch-ökonomische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der sektorspezifischen Regulierung in Deutschland und den USA*, 2012.

⁵⁶ Vgl. nur *Roman Inderst/Jürgen Kühling/Karl-Heinz Neumann/Martin Peitz, Der Ausbau neuer Netze in der Telekommunikation. Institutionelle, ökonomische und juristische Betrachtungen*, 2012; *Thomas Fetzer, Next-Generation-Regulierung für Next Generation Networks. Juristische und ökonomische Anforderungen an die Regulierung des TKG*, MMR 2010, S. 515 ff.

⁵⁷ Vgl. nur *Barbara van Schewick, Internet Architecture and Innovation*, 2010; *Simon Schlauri, Network Neutrality. Netzneutralität als neues Regulierungsprinzip des Telekommunikationsrechts*, 2010; *Ulrike Berger-Kögler/Benedikt Kind, Netzneutralität. Eine juristische und ökonomische Analyse*, 2010; *Ulrike Berger-Kögler/Jörn Kruse, Net Neutrality Regulation of the Internet?*, *International Journal of Management and Network Economics* 2 (2011), S. 3 ff.; *Mario Martini, Wie viel Gleichheit braucht das Internet? Netzneutralität als Stellschraube für die Zukunft des Internets*, *VerwArch.* 2011, S. 315 ff.; *Bernd Holznagel, Internetdienstefreiheit und Netzneutralität*, *AfP* 2011, S. 532 ff.; sowie die Beiträge in *Michael Kloepfer* (Hrsg.), *Netzneutralität in der Informationsgesellschaft*, 2011, und *Indra Spiecker gen. Döhmman/Jan Krämer* (Hrsg.), *Network Neutrality and Open Access*, 2011.

Ähnliches gilt für die verfassungsrechtliche Beurteilung des einfachgesetzlichen Telekommunikationsrechts. Geht es beispielsweise um die im juristischen Schrifttum lebhaft diskutierte Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur,⁵⁸ tut die Wissenschaft vom öffentlichen Wirtschaftsrecht gut daran, sich neben den normativen Anforderungen des Demokratieprinzips auch der steuerungstheoretischen Aspekte sorgsam zu vergewissern, also die Gründe präzise zu rekonstruieren, die für und gegen eine (relative) Unabhängigkeit gerade in diesem konkreten Fall sprechen.⁵⁹ Hierzu kann die Regulierungsökonomik wertvolle Einsichten beitragen und die verfassungsrechtliche Entscheidung auf fruchtbare Weise rationalisieren.

Anders als in weiten Teilen des Gaststättenrechts ist ökonomisches Wissen in weitem Umfang aber auch für die *Rechtsanwendung* im Telekommunikationsrecht unverzichtbar.⁶⁰ Auch hier gilt es zunächst allerdings zu differenzieren. Denn Telekommunikationsrecht ist nicht gleich Telekommunikationsrecht. Vielmehr sind unter dem Dach des TKG⁶¹ ausgesprochen heterogene Teilbereiche versammelt, wie ein Blick auf den Zielkatalog des § 2 Abs. 2 TKG deutlich macht.⁶² Die Telekommunikationsregulierung soll neben der Schaffung und Erhaltung von Wettbewerb auch der Wahrung der Nutzer- und Verbraucherrechte dienen, den Schutz der Telekommunikationsdaten sicherstellen, die Entwicklung des europäischen Binnenmarktes befördern, die Grundversorgung der Bevölkerung mit Telekommunikationsdienstleistungen garantieren, für eine effiziente und störungsfreie Frequenznutzung und eine effiziente Nutzung der Nummern Rechnung tragen und die öffentlichen Sicherheit gewährleisten.⁶³ Von all

⁵⁸ Vgl. dazu nur *Jürgen Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 275 ff.; *Johannes Masing*, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, 2006, S. D 73 ff.; *ders.*, Die Regulierungsbehörde im Spannungsfeld von Unabhängigkeit und parlamentarischer Verantwortung, in: Hartmut Bauer/Detlef Czybulka/Wolfgang Kahl/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Wirtschaft im offenen Verfassungsstaat*. FS für Reiner Schmidt zum 70. Geburtstag, 2006, S. 521 ff.; *Klaus Oertel*, Die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde nach §§ 66 ff. TKG, 2000, S. 154 ff. und 200 ff.; *Jens-Peter Schneider*, Flexible Wirtschaftsregulierung durch unabhängige Behörden im deutschen und britischen Telekommunikationsrecht, ZHR 2000, S. 513 (535 ff.); *Hans-Heinrich Trute*, Regulierung – am Beispiel des Telekommunikationsrechts, in: Carl-Eugen Eberle/Martin Ibler/Dieter Lorenz (Hrsg.), *Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart*. FS für Winfried Brohm zum 70. Geburtstag, 2002, S. 169 (183 ff.); *Bernd Holznagel/Pascal Schumacher*, Die politische Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur, in: Ludwig Gramlich/Cornelia Manger-Nestler (Hrsg.), *Europäisierte Regulierungsstrukturen und –netzwerke. Basis einer künftigen Infrastrukturvorsorge*, 2011, S. 37 ff.; zu unabhängigen Regulierungsbehörden allgemein siehe auch die anregenden Beiträge in *Johannes Masing/Gérard Marcou* (Hrsg.), *Unabhängige Regulierungsbehörden. Organisationsrechtliche Herausforderungen in Frankreich und Deutschland*, Tübingen 2010.

⁵⁹ Zur Einzelfallabhängigkeit der Rechtfertigung für die Unabhängigkeit von Behörden mit Recht etwa auch *Christoph Ohler*, Diskussionsbemerkung, VVDStRL 70 (2011), S. 452 f.

⁶⁰ Siehe dazu auch *Eike Michael Frenzel*, Schnittstellen für extrajuridisches Wissen im Regulierungsverwaltungsrecht. Status quo und Perspektive (in diesem Band). Zur Parallelfrage im Bankenaufsichtsverfahren *Ann-Katrin Kaufhold*, Transfer und Transformation ökonomischen Wissens im Recht der Bankenaufsicht (in diesem Band).

⁶¹ Telekommunikationsgesetz (TKG 2012 neu) vom 22. Juni 2004 (BGBl. I S. 1190) zuletzt geändert durch Gesetz vom 3. Mai 2012 (BGBl. I S. 958).

⁶² Zu Recht kritisch zu dieser beachtlichen Multifinalität und der dadurch bedingten unnötig weiten Optionenräume der Bundesnetzagentur vor allem mit Blick auf den Verbraucherschutz *Wolfgang Durner*, Schutz der Verbraucher durch Regulierungsrecht, VVDStRL 70 (2011), S. 398 (431 ff.).

⁶³ Zu den verschiedenen Bereichen vgl. nur *Jürgen Kühling/Alexander Elbracht*, *Telekommunikationsrecht*, 2010; *Jens-Peter Schneider*, *Telekommunikation*, in: Michael Fehling/Matthias Ruffert (Hrsg.), *Regulierungsrecht*, 2010, § 8, Rdnrn. 3-10; sowie die Kommentierung von *Josef Ruthig* in: *Wolfgang Arndt/Thomas Fetzner/Joachim Scherer* (Hrsg.), *Telekommunikationsgesetz. Kommentar*, 2008, § 2, Rdnr. 5 ff.

diesen heterogenen Aufgabenbereichen, die sich in ihrem Bedarf nach ökonomischem Wissen deutlich unterscheiden, ist der Rezeptionsbedarf bei der Marktregulierung nach §§ 9 ff. TKG, in der das wirtschaftsrechtliche Herz des Gesetzes schlägt, fraglos am größten.

Wenn es etwa in § 21 Abs. 1 S. 1 TKG heißt: „Die Bundesnetzagentur kann [...] Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, verpflichten, anderen Unternehmen Zugang zu gewähren einschließlich einer nachfragegerechten Entbündelung, insbesondere wenn andernfalls die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten nachgelagerten Endnutzermarktes behindert [...] würde“, so ist schon das Normprogramm ohne regulierungsökonomische Kenntnisse im Grunde nicht verständlich. Warum und wann genau Telekommunikationsnetzbetreiber für eine Übergangszeit⁶⁴ gezwungen werden müssen, zuzulassen, dass ihre Konkurrenten ihre Netzinfrastrukturen nutzen, um auf diese Weise mit ihnen in Wettbewerb treten zu können, bleibt einer rein juristischen Betrachtung letztlich verschlossen.⁶⁵ Wie wenig das Grundanliegen der Marktregulierung mitunter selbst von Wirtschaftsrechtlern verstanden wird, belegt ein Blick in die einschlägige wissenschaftliche Fachliteratur, die ohne die Rezeption ökonomischen Wissens auszukommen meint.⁶⁶ Schlicht falsch sind etwa die folgenden Ausführungen zum Telekommunikationsrecht in der Habilitationsschrift von JAN HECKER: „Der Wettbewerb, dessen allgemeiner Schutz das GWB und dessen sektorspezifischer Schutz das TKG anstrebt, soll nicht durch die Regelungen der beiden Gesetze erst in Gang gesetzt werden. [...] Die Aufsichtsgesetze zielen lediglich auf die Absicherung der betreffenden Funktionen, deren Existenz vorausgesetzt, ge-

⁶⁴ Die Marktregulierung im Telekommunikationsrecht ist im Unterschied etwa zum Kunden- und Datenschutzrecht des TKG bewusst als Übergangsrecht konzipiert. Nach der Konzeption des Gesetzgebers soll die Regulierung entfallen, sobald die Märkte nachhaltig wettbewerbsorientiert funktionieren (BT-Drs. 13/3609, 37). Es ist ihm mit anderen Worten also vom Gesetzgeber eingestiftet worden, sich mit der Zeit selbst überflüssig zu machen. Die Märkte werden dann in das allgemeine Wettbewerbsrecht überführt. Im Telekommunikationssektor stehen die Chancen dazu besser als in den anderen Netzwirtschaften. Denn während es etwa im Recht der Eisenbahnregulierung aus volkswirtschaftlichen und ökologischen Gründen nicht einfach zu einer Duplizierung der Netzinfrastrukturen kommen kann und Regulierung hier deshalb auf absehbare Zeit eine staatliche Aufgabe bleiben wird (siehe dazu nur *Michael Fehling*, Das Recht der Eisenbahnregulierung, in: Jörn Lüdemann (Hrsg.), Telekommunikation, Energie, Eisenbahn: Welche Regulierung brauchen die Netzwirtschaften?, S. 118 ff.), ist die Konzeption als Übergangsrecht im Telekommunikationssektor angesichts der technischen und wettbewerblichen Dynamik theoretisch deutlich realistischer. Auch die praktischen Regulierungserfahrungen in diesem Sektor stimmen insoweit optimistisch; die Europäische Kommission hat die Anzahl der Märkte, die für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, deutlich reduziert. Zum *Phasing out* sektorspezifischer Regulierung vgl. nur *Günter Knieps*, *Phasing out Sector-Specific Regulation in Competitive Telecommunications*, *Kyklos* 50 (1997), S. 325; *Wernhard Möschel*, Der 3-Kriterien-Test in der Telekommunikation, *MMR* 2007, S. 343 ff.); allgemein auch *Pascal Schumacher*, Kriterien für eine Gestaltung des Übergangs vom sektorspezifischen Regulierungsrecht in das allgemeine Kartellrecht, in: Emanuel V. Towfigh et al. (Hrsg.), *Recht und Markt. Wechselbeziehungen zweier Ordnungen*, 2009, S. 53 ff. Allerdings bestehen unterschiedliche Auffassungen darüber, wie schnell der Übergang in das allgemeine Kartellrecht gehen kann. Während zum Teil davon ausgegangen wird, dass das GWB schon heute ausreicht, sehen andere den Zeitpunkt für einen vollständigen Ausstieg noch nicht gekommen.

⁶⁵ Zum wettbewerblichen Problem etwa *Felix Höffler*, Regulierung von Netzindustrien aus ökonomischer Sicht, in: Jörn Lüdemann (Hrsg.), Telekommunikation, Energie, Eisenbahn: Welche Regulierung brauchen die Netzwirtschaften, 2008, S. 3 ff.

⁶⁶ Rechtfertigung der „rein juristischen Perspektive“ bei: *Jan Hecker*, Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht. Öffentliche Probleme staatlicher Wirtschaftsintervention zur Steuerung der Funktionsfähigkeit des Marktes, 2007, S. 6 ff.

nauer gesagt privater Initiative überlassen wird.⁶⁷ Diese Aussage ist deshalb unzutreffend, weil es gerade zu den Kernaufgaben der Telekommunikationsregulierung gehört, Wettbewerb nicht nur zu schützen, sondern auch durch hoheitliche Regulierung erst herzustellen beziehungsweise zu ermöglichen.⁶⁸

Nichts anderes gilt auch für den zweiten Pfeiler der Marktregulierung, die Entgeltregulierung nach §§ 27 ff. TKG.⁶⁹ Weshalb der Staat in einer Marktwirtschaft tatsächlich nicht umhin kommt, ausnahmsweise in die Preisbildung auf Märkten zu intervenieren, um Wettbewerb zu ermöglichen und zu fördern,⁷⁰ erschließt sich nicht allein aus juristischer Erfahrung, einem Blick in die Geschichte des öffentlichen Wirtschaftsrechts oder aus dem Vergleich mit anderen staatlichen Marktinterventionen. Wer nicht bereit ist, zu den regulierungstheoretischen Gründen (und Grenzen) der Preisregulierung vorzudringen, kann den Sinn der einschlägigen Vorschriften nicht präzise erfassen und sie aus diesem Grunde auch nicht sachgerecht anwenden.

Aber selbst wenn das Einmaleins der Regulierungsökonomik nach und nach in das juristische Wissen einsickert und schließlich zum Gemeingut der Wirtschaftsrechtler wird,⁷¹ muss die Rechtsanwendung im konkreten Fall doch immer wieder auf ganz spezifisches ökonomisches Wissen rekurren. Der Grund dafür liegt in der besonderen Verantwortung der Exekutive für die Telekommunikationsregulierung. Denn das Telekommunikationsrecht ist ein Paradebeispiel dafür, dass der Gesetzgeber die rechtliche Bindung der Verwaltung sehr weit zurückgenommen hat. Zwar war die Vorstellung, das Verwaltungsrecht sei ein Speicher fertiger Antworten, bekanntlich schon immer falsch. Darüber besteht heute nicht zuletzt angesichts der textuellen Kommunikation von Recht und der Notwendigkeit des Konkretisierungsbedarfs

⁶⁷ Jan Hecker, Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht. Öffentlich-rechtliche Probleme staatlicher Wirtschaftsin-
tervention zur Steuerung der Funktionsfähigkeit des Marktes, 2007, S. 114.

⁶⁸ Vgl. nur Jean-Jacques Laffont/Jean Tirole, Competition in Telecommunications; Günter Knieps, Wettbewerbsökonomie. Regulierungstheorie, Industrieökonomie, Wettbewerbspolitik, 3. Aufl., 2008, S. 21 ff.; Michael Fritsch/Thomas Wein/Hans-Jürgen Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 7. Aufl., 2007, S. 222 ff., 255 ff.; Felix Höffler, Regulierung von Netzindustrien aus ökonomischer Sicht, in: Jörn Lüdemann (Hrsg.), Telekommunikation, Energie, Eisenbahn: Welche Regulierung brauchen die Netzwirtschaften?, 2008, S. 3 ff.; Iris Henseler-Unger, Die Bundesnetzagentur als Regulierungsbehörde, in: Jörn Lüdemann (Hrsg.), Telekommunikation, Energie, Eisenbahn: Welche Regulierung brauchen die Netzwirtschaften?, 2008, S. 37 (42 f.); Thomas Fetzer, in: Hans-Wolfgang Arndt/Thomas Fetzer/Joachim Scherer (Hrsg.), TKG. Kommentar, 2008, § 1, Rdnr. 25. Jens Kersten, Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe, VVDStRL 69 (2010), S. 288 (316 f.). Richtig ist allerdings, dass das Telekommunikationsrecht mittlerweile nicht mehr wie noch in den Anfangszeiten der Regulierung primär diesem Ziel verpflichtet ist, sondern gerade auch der Absicherung und der Förderung von bestehendem Wettbewerb dient.

⁶⁹ Vgl. dazu auch Eike Michael Frenzel, Schnittstellen für extrajuridisches Wissen im Regulierungsverwaltungsrecht – Status quo und Perspektive (in diesem Band).

⁷⁰ Zur Notwendigkeit der Entgeltregulierung als Ergänzung der Zugangsregulierung vgl. nur Jürgen Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften. Typologie, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Wirtschaftsverfassungsrecht, 2004, S. 284 ff.

⁷¹ Andreas von Arnould, Die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht nach einer Öffnung für sozialwissenschaftliche Theorie, in: Andreas Funke/Jörn Lüdemann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2009, S. 65 (79) hat mit Recht darauf hingewiesen, dass ein „Gutteil des Erfahrungswissens, das in den Prozess jurisdizienteller Bearbeitung des Rechtstoffs einfließt, [...] dem Erkenntnishaushalt anderer Disziplinen“ entstammt.

durch die Exekutive zu Recht weitestgehend Konsens.⁷² Doch der Gesetzgeber schöpft gerade im öffentlichen Wirtschaftsrecht die Skala zwischen den beiden – nur theoretisch existenten⁷³ – Endpunkten einer vollständigen Gesetzesbindung und einer totalen Bindungslosigkeit der Verwaltung immer weiter in Richtung einer sich verflüchtigenden Rechtsbindung aus.

Im Telekommunikationsrecht ist die Ausdünnung der gesetzlichen Maßstäbe nachgerade auf die Spitze getrieben. Der Gesetzgeber hat die entscheidenden Fragen der Regulierung häufig nur angedeutet. Die gesetzliche Programmsteuerung beschränkt sich bei der Marktregulierung auf ein Minimum. Die Bundesnetzagentur muss sich das konkrete Regulierungsprogramm im Wege der Eigenprogrammierung im Konzert mit anderen nationalen und europäischen Regulierungsinstanzen teilweise erst selbst schaffen, der Vollzug ist also in besonderem Maße rechtsetzend. So legt die Bundesnetzagentur die Teilmärkte, die der Regulierung unterfallen, in einem aufwändigen, kooperativen Verfahren mit den anderen Behörden des europäischen Regulierungsverbundes⁷⁴ eigenständig fest, §§ 9 ff. TKG. All das ist in der wirtschaftsrechtlichen Literatur ebenso wie im allgemeinen verwaltungsrechtlichen Schrifttum, das das Telekommunikationsrecht zu einem ihrer zentralen Referenzgebiete⁷⁵ erkoren hat,⁷⁶ vielfach beschrieben worden und muss hier nicht noch einmal erneut ausgebreitet werden.⁷⁷

⁷² Aus verschiedenen Perspektiven *Horst Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat. Genese, aktuelle Bedeutung und funktionale Grenzen eines Bauprinzips der Exekutive, 1991, S. 165 ff.; *Matthias Jestaedt*, Rechtsprechung und Rechtsetzung. Eine deutsche Perspektive, in: Wilfried Erbguth/Johannes Masing (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen, 2005, S. 25 (27 ff.); *Karl-E. Hain*, Unbestimmter Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum – ein dogmatisches Problem rechtstheoretisch betrachtet, in: Rainer Grote et al. (Hrsg.), Die Ordnung der Freiheit. FS für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag, 2007, 35 ff.

⁷³ Ebenso wenig, wie es eine vollständige Gesetzesbindung gibt, gibt es auch das andere Extrem nicht in Reinform. Denn selbst finale Normen geben zumindest noch ein Ziel vor. Überdies ist die Verwaltung immer auch an das Verfassungsrecht, häufig auch an das Europarecht, sowie an das Organisations- und Verfahrensrecht gebunden, vgl. nur *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, S. 200 f.

⁷⁴ Zur Telekommunikationsregulierung im europäischen Verbund *Hans-Heinrich Trute*, Der europäische Regulierungsverbund in der Telekommunikation – ein neues Modell europäisierter Verwaltung, in: Lerke Osterloh/Karsten Schmidt/Hermann Weber (Hrsg.), Staat, Wirtschaft, Finanzverfassung. FS für Peter Selmer zum 70. Geburtstag, 2004, S. 565 ff.; *Karl-Heinz Ladeur/Christoph Möllers*, Der europäische Regulierungsverbund für die Telekommunikation im deutschen Verwaltungsrecht, DVBl. 2005, S. 525 ff.; *Jörn Lüdemann/Stefan Bechtold*, Telekommunikationsregulierung zwischen Dezentralisierung und Kohärenzsicherung, in: Michael Stolleis/Wolfgang Streeck (Hrsg.), Aktuelle Fragen zu politischer und rechtlicher Steuerung im Kontext der Globalisierung, 2007, S. 167 ff.; *Anne Hombergs*, Europäisches Verwaltungskooperationsrecht auf dem Sektor der elektronischen Kommunikation, 2006; *Matthias Schumacher*, Das EU-Richtlinienpaket zur Neuordnung der Telekommunikationsmärkte und seine Umsetzung im TKG 2004. Ein Referenzgebiet für die Entwicklung eines neuartigen Typs europäischen Verwaltungskooperationsrechts, 2007.

⁷⁵ Zur Referenzgebetsmethodik *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsverträge im Städtebaurecht, S. 117 (117, 129); *ders.*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, S. 8 ff.; *Andreas Voßkuhle*, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., 2012, § 1, Rdnrn. 43 ff.

⁷⁶ Vgl. nur *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Telekommunikationsrecht als europäisiertes Verwaltungsrecht, DVBl. 1999, S. 125 ff.; *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., 2006, S. 139 ff.

⁷⁷ Statt vieler *Hans-Heinrich Trute*, Regulierung – am Beispiel des Telekommunikationsrechts, in: Carl-Eugen Eberle/Martin Ibler/Dieter Lorenz (Hrsg.), Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart. FS für Winfried Brohm zum 70. Geburtstag, 2002, S. 169 ff.; *ders.*, Das Telekommunikationsrecht – Eine Herausforderung für die Verwaltungsgerichte, in: Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, S. 857 ff.; *Johannes Masing*, Grundstrukturen eines Regulierungsverwaltungsrechts.

Dass die eigentliche Normierung im Telekommunikationsrecht zu wesentlichen Teilen im Verwaltungsverfahren stattfindet, ist dabei keineswegs vornehmlich das Ergebnis eines allgemeinen Trends des deutschen Verwaltungsrechts hin zu einer Prozeduralisierung, wie sie im Schrifttum mitunter behauptet beziehungsweise ausgerufen wird.⁷⁸ Ebenso wenig ist die Normstruktur allein der im Vergleich zum deutschen Verwaltungsrecht größeren Neigung des europäischen Rechts zu Finalprogrammen geschuldet.⁷⁹ Der zentrale Grund für die besondere Gestalt des Telekommunikationsrechts sind vielmehr die ganz spezifischen Aufgaben der Marktregulierung im Telekommunikationssektor, die sich von anderen Aufgaben des öffentlichen Wirtschaftsrechts, auch von denen des GWB, deutlich unterscheiden. Denn das Telekommunikationsrecht will nicht weniger, als Wettbewerb auf Märkten gestalten, die sich beständig wandeln. Das geht angesichts der dynamischen Entwicklung von Wettbewerb, Technik und Märkten im Telekommunikationssektor nur mit einer entsprechenden Anpassung der gesetzlichen Programmsteuerung. Je tiefer die Wirtschaftsverwaltung zum Puls der Märkte vordringen und je proaktiver und gestaltender sie in die Märkte intervenieren soll, desto mehr muss der Gesetzgeber das Verwaltungsrecht entmaterialisieren, flexibilisieren und Entscheidungen auf die Exekutive delegieren. Solange man am Ziel der wettbewerbsorientierten Regulierung der Telekommunikationsmärkte festhält, führt mit anderen Worten kein Weg daran vorbei, an zentralen Stellen des TKG die gesetzliche Programmdichte in einem Maße zurückzunehmen, mit dem sich das deutsche Verwaltungsrecht nicht ohne Grund schwer tut.⁸⁰

Das hat freilich weit reichende Bedeutung für den Bedarf nach ökonomischem Wissen im Rahmen der Rechtsanwendung. Denn was der Gesetzgeber nicht vorentschieden hat, das muss die Regulierungsbehörde in wissensgenerierenden und gestaltenden Verwaltungsverfahren

Regulierung netzbezogener Märkte am Beispiel Bahn, Post, Telekommunikation und Strom, DV 36 (2003), S. 1 ff.; *Christian König/Andreas Neumann*, Legitimation durch Regulierungsverfahren? Erste Erfahrungen mit der neuen Marktregulierung, CR 2005, S. 487 (487 ff.); *Matthias Knauff*, Regulierungsverwaltungsrechtlicher Rechtsschutz, VerwArch 98 (2007), S. 382 (401 ff.); *Burkard Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009, S. 122 ff.; *Jens-Peter Schneider*, Rechtsschutz im Regulierungsverwaltungsrecht, in: Michael Fehling/Matthias Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, 2010, § 22, Rdnr. 19.

⁷⁸ Übergeneralisierung einzelner prozeduraler Arrangements etwa bei *Christian Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010.

⁷⁹ Das überzeugt schon deshalb nicht, weil das europäische Telekommunikationsrecht in der Anfangsphase der Regulierung weit weniger final als konditional ausgerichtet war. Erst mit dem Richtlinienpaket zur elektronischen Kommunikation aus dem Jahr 2002, das Deutschland mit dem TKG 2004 umgesetzt hat, sind die legislativen Vorgaben erheblich zurückgenommen worden. Der Grund für diesen Wechsel liegt vor allem in dem bereits erwähnten Wandel des Regulierungsumfeldes. Solange das primäre Ziel der Regulierung darin bestand, die ehemaligen staatlichen Monopole in den Wettbewerb zu überführen, erschien es noch möglich, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber die Marktentwicklung abschätzte und seine Prognosen in abstrakt-generelle Normen goss, die für die Regulierung aller marktbeherrschenden Unternehmen in gleicher Weise galt. Angesichts der zwischenzeitlich eingetretenen Liberalisierungserfolge und der immer größeren Dynamik auf den Märkten, deren Bestimmung und Abgrenzung sich in permanentem Wandel befindet, erwies sich die rechtsnormbasierte Regelungstechnik als ein viel zu enges regulatorisches Korsett. Deshalb wurden zentrale Entscheidungen auf die sachnäheren und flexibleren Regulierungsbehörden übertragen.

⁸⁰ Das bedeutet freilich nicht, dass die weiten Spielräume der Bundesnetzagentur in jedem Fall gerechtfertigt und notwendig sind, wie etwa die Debatte um den ehemaligen § 9a TKG gezeigt hat, vgl. dazu m.w.N. *Jörn Lüdemann*, Wettbewerb und Regulierung in der Telekommunikation. Das Telekommunikationsgesetz vor den Herausforderungen neuer Märkte, in: ders. (Hrsg.), Telekommunikation, Energie, Eisenbahn: Welche Regulierung brauchen die Netzwirtschaften?, 2008, S. 69 (73 ff.).

ren nachholen und damit funktional gleichsam an die Stelle des Gesetzgebers treten. Entsprechend groß ist ihr Bedarf an Regulierungswissen. Rekuriert die Bundesnetzagentur neben dem praktischen und technischen Wissen der Marktteilnehmer nicht auch auf theoretisches Wissen der Regulierungsökonomik, kann man angesichts der komplexen Aufgaben der Bundesnetzagentur von einer rationalen Regulierung kaum sprechen. Im rationalen (Rechts-) Staat⁸¹ darf aber nicht nur der Gesetzgeber nicht „gedankenlos“ agieren, wie es das Bundesverfassungsgericht einmal plastisch formuliert hat.⁸² Je offener die Programmierung der Verwaltung durch den Gesetzgeber ist, desto mehr muss dieses Postulat auch für das Verwaltungsverfahren gelten.

III. Die Rolle der Wissenschaft vom öffentlichen Wirtschaftsrecht

Dass angesichts immer anspruchsvoller Aufgaben der Wirtschaftsverwaltung der Bedarf nach ökonomischem Wissen in manchen Gebieten erheblich gestiegen ist, wirft die Frage nach der Rolle der Wissenschaft vom öffentlichen Wirtschaftsrecht auf.

Wie bereits erwähnt, wird zum einen die Aufgabe immer wichtiger, für die Rechtspolitik gesetzliche Lösungen vorzudenken.⁸³ Das gilt nicht nur für das materielle Recht. Gerade wenn weite Spielräume der Wirtschaftsverwaltung unabdingbar sind, besteht auch erheblicher Bedarf danach, die *verfahrens- und organisationsrechtlichen Regelungen* möglichst so einzurichten, dass sie die gewünschten Regulierungsergebnisse befördern. So spielt es angesichts

⁸¹ *Andreas Voßkuhle*, Das Konzept des rationalen Staates, in: Gunnar Folke Schuppert/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Governance von und durch Wissen*, 2008, S. 13 ff.; *Helmuth Schulze-Fielitz*, Rationalität als rechtsstaatliches Prinzip für den Organisationsgesetzgeber, in: Paul Kirchhof/Moris Lehner/Arndt Raupach/Michael Rodi (Hrsg.), *Staaten und Steuern. FS für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag*, 2000, S. 311 ff.; *ders.* Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, S. 454 ff.; *Thomas Groß*, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999, S. 199 ff.

⁸² BVerfGE 75, 246 (268).

⁸³ Zu dieser Aufgabe der Verwaltungsrechtswissenschaft siehe insbesondere *Andreas Voßkuhle*, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Bd. I, 2. Aufl., 2012, § 1, Rdnr. 15 et passim; *ders.* Methode und Pragmatik im öffentlichen Recht. Vorüberlegungen zu einem differenziert-integrativen Methodenverständnis am Beispiel des Umweltrechts, in: Hartmut Bauer/Detlef Czybulka/Wolfgang Kahl/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Umwelt, Wirtschaft und Recht*, 2002, S. 171 ff.; *Christoph Engel*, Rationale Rechtspolitik und ihre Grenzen, JZ 2005, S. 581 ff.; *Martin Eifert*, Verwaltungsrecht zwischen klassisch dogmatischem Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, in: VVDStRL 67 (2008), S. 286 ff.; *ders.*, Zum Verhältnis von Dogmatik und pluralisierter Rechtswissenschaft, in: Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider, *Was weiß Dogmatik?*, Tübingen 2012, S. 79 (94); *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Innovationsoffenheit und Innovationsverantwortung durch Recht, in: AöR 131 (2006), S. 255 (261 ff.); *Gunnar Folke Schuppert*, Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft im Wandel. Von Planung über Steuerung zu Governance?, in: AöR 133 (2008), S. 79 (99); *Helmuth Schulze-Fielitz*, Staatsrechtslehre als Wissenschaft: Dimensionen einer nur scheinbar akademischen Fragestellung, in: *ders.* (Hrsg.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft (Die Verwaltung; Bh. 7)*, Berlin 2007, S. 11 (45); *Janbernd Oebbecke*, Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungswissenschaft, in: *Helmuth Schulze-Fielitz* (Hrsg.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, 2007, S. 211 (221); *Felix Uhlmann*, Interdisziplinarität in Rechtsetzung und Rechtsetzungslehre, in: Martina Caroni/Sebastian Heselhaus/Klaus Mathis/Roland Norer (Hrsg.), *Auf der Scholle und in lichten Höhen. FS für Paul Richli zum 65. Geburtstag*, St. Gallen 2010, S. 781 ff.. Als Ziel auch anerkannt von *Friedrich Schoch*, Gemeinsamkeiten und Unterschiede von Verwaltungsrechtslehre und Staatsrechtslehre, in: *Helmuth Schulze-Fielitz* (Hrsg.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft (Die Verwaltung; Bh. 7)*, Berlin 2007, S. 177 (209).

der kognitiven Dimension komplexer Regulierungsentscheidungen beispielsweise eine zentrale Rolle, wie die Kompetenzen in europäischen Verwaltungsverbänden verteilt sind, die gerade im öffentlichen Wirtschaftsrecht von besonderer Bedeutung sind.⁸⁴ Soll der europäische Verwaltungsverbund in Bereichen hoher Unsicherheit gerade auch ein Lernverbund sein,⁸⁵ spricht regulierungstheoretisch viel dafür, die Kompetenzen der europäischen Zentralbürokratie nicht aus Gründen einer einheitlichen Regulierung im europäischen Binnenmarkt so stark zu machen, dass für dezentrales Lernen in den Mitgliedstaaten kein nennenswerter Raum mehr verbleibt.⁸⁶ Die Wissenschaft vom öffentlichen Wirtschaftsrecht kann hier einen wichtigen Beitrag zu einer rationalen Rechtspolitik leisten,⁸⁷ indem sie ökonomisches und juristisches Wissen problembezogen zueinander führt.⁸⁸

Aber auch in der Rechtsanwendung fällt der Wissenschaft vom öffentlichen Wirtschaftsrecht eine bedeutsame Rolle beim Umgang mit ökonomischem Wissen zu, indem sie neben ihren traditionellen Aufgaben der Systematisierung und Dogmatisierung das szientistische Wissen der Nachbarwissenschaften bedarfsgerecht auch für die Rechtspraxis erschließt. Diese Leistung, die über eine reine Übersetzungsleistung hinausgeht, ist zum einen für das Verständnis der wirtschaftsrechtlichen Normen relevant, die wie etwa im Telekommunikationsrecht ökonomisches Wissen gleichsam inkorporiert haben.⁸⁹ Ebenso kann die Wissenschaft vom öffentlichen Wirtschaftsrecht ökonomisch geprägte Instrumente⁹⁰ wie die Versteigerung von Frequenzen für die verfassungsrechtliche Würdigung aufhellen oder für die Frage der gerichtli-

⁸⁴ Siehe nur die Beiträge in Jens-Peter Schneider/Jürgen Schwarze/Peter Christian Müller-Graff (Hrsg.), *Vollzug des Europäischen Wirtschaftsrechts zwischen Zentralisierung und Dezentralisierung*. XVIII. Kolloquium der Wissenschaftlichen Gesellschaft für Europarecht am 26. November 2004, 2005.

⁸⁵ Vgl. zu dieser Perspektive insbesondere *Martin Eifert*, *Europäischer Verwaltungsverbund als Lernverbund*, in: Indra Spiecker gen. Döhmman/Peter Collin (Hrsg.), *Generierung und Transfer staatlichen Wissens im System des Verwaltungsrechts*, 2008, S. 159 ff.; *Anna-Bettina Kaiser*, *Wissensmanagement im Mehrebenensystem*, in: Gunnar Folke Schuppert/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Governance von und durch Wissen*, 2008, S. 217 ff. (insbes. 223 ff.).

⁸⁶ Siehe etwa *Oliver Budzinski*, *Governance of Global Competition. Competence Allocation in International Competition Policy*, 2008; *ders.*, *Toward an International Governance of Transborder Mergers? Competition Networks and Institutions between Centralism and Decentralism*, *New York University Journal of Law and Politics* 36 (2004), S. 1 ff.

⁸⁷ Siehe auch *Ann-Katrin Kaufhold*, *Transfer und Transformation ökonomischen Wissens im Recht der Bankenaufsicht* (in diesem Band); *Eike Michael Frenzel*, *Schnittstellen für extrajuridisches Wissen im Regulierungsverwaltungsrecht – Status quo und Perspektive* (in diesem Band) weist zu Recht auf die Grenzen einer Berücksichtigung wissenschaftlicher Expertise hin.

⁸⁸ Zu den methodischen Fragen einer solchen Aufgabe *Jörn Lüdemann*, *Rechtsetzung und Interdisziplinarität in der Verwaltungsrechtswissenschaft*, in: Andreas Funke/Jörn Lüdemann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie*, 2009, S. 119 ff.

⁸⁹ Zu diesem Charakter regulierungsrechtlicher Normen vor der Folie des Energierechts *Matthias Schmidt-Preuß*, *Das Regulierungsrecht als interdisziplinäre Disziplin – am Beispiel des Energierechts*, S. 329 ff. (insb. S. 330-332).

⁹⁰ Vgl. allgemein zur sog. Ökonomisierung des Verwaltungsrechts *Jens-Peter Schneider*, *Zur Ökonomisierung von Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft. Begriffsbildung und einführende Analyse ausgewählter Beispielfälle*, DV 34 (2001), S. 317 ff.; *Christoph Gröpl*, *Ökonomisierung von Verwaltung und Verwaltungsrecht*, *VerwArch.* 93 (2002), S. 459 ff.

chen Kontrolldichte beim so genannten Regulierungsermessen ökonomische Einsichten um die Notwendigkeit und Grenzen von Spielräumen der Regulierungsbehörden beitragen.⁹¹

Aber noch eine weitere Aufgabe tritt hinzu, die im Selbstverständnis der Wissenschaft vom öffentlichen Wirtschaftsrecht bislang am wenigsten verankert ist. Das Fach kann die Verwaltung auch beim Umgang mit der Eigenprogrammierung und „Optionenwahl“ (HOFFMANN-RIEM) im Rahmen offener Normen unterstützen, indem wir auch insoweit die theoretischen und empirischen Wissensbestände der Nachbarwissenschaften bedarfsgerecht sichten, Regulierungsalternativen erarbeiten und deren jeweiligen Folgewirkungen aufzeigen. An einer solchen nichtdogmatischen Unterstützung der Rechtspraxis besteht vor allem deshalb Bedarf, weil die Nachfrage nach unabhängiger Expertise in Bereichen wie dem Telekommunikationsrecht ausgesprochen hoch ist, die aufwändige und voraussetzungsvolle Rezeption und Anwendung rechtsexterner Theorie aber unter den Bedingungen der praktischen Rechtsanwendung von der Verwaltung regelmäßig nur sehr begrenzt zu leisten ist.⁹² Die Wissenschaft vom öffentlichen Wirtschaftsrecht ist hingegen von Entscheidungszwang institutionell bewusst befreit und aufgrund ihrer Möglichkeit zur Konzentration auf ausgewählte Fragen zu einer eingehenden Reflexion in der Lage. Die Rechtswissenschaft wird insoweit dann weniger als dogmatische Wissenschaft tätig, weil viele der relevanten Fragen keine dogmatischen Fragen sind, denn vielmehr als eine Entscheidungsvorbereitungswissenschaft, die den Rechtsanwender als den verantwortlich Entscheidenden beim Umgang mit seinen weiten Optionenräumen unterstützt.⁹³ Von einer solchen konkreten und problembezogenen wissenschaftlichen Unterstützung kann die Rechtspraxis deutlich eher profitieren, als von der Arbeit an einer allgemeinen Maßstabslehre, wie sie in der Verwaltungsrechtswissenschaft seit einiger Zeit Konjunktur hat. Denn wo den Behörden von Rechts wegen bewusst weite Spielräume eingeräumt werden, liegt wenig Segen darin, diese Spielräume durch wissenschaftlich generierte Maßstäbe wieder zu verengen beziehungsweise zu verrechtlichen.⁹⁴ Im Übrigen sind die angebotenen Maßstäbe regelmäßig auch viel zu abstrakt, um die Verwaltung bei ihrer konkreten Problemlösung wirklich zu erreichen.

⁹¹ Zum Wissensverarbeitung der Verwaltungsgerichte allgemein *Jakob Julius Nolte*, Die Verarbeitung von extrajuridischem Wissen im Verwaltungsgerichtsverfahren (in diesem Band).

⁹² Ausführlicher *Jörn Lüdemann*, Die Grenzen des homo oeconomicus und die Rechtswissenschaft, in: Christoph Engel/Markus Englerth/Jörn Lüdemann/Indra Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), *Recht und Verhalten. Beiträge zu Behavioral Law and Economics*, 2007, S. 7 (44 ff.).

⁹³ Siehe auch *Arno Scherzberg*, Das Allgemeine Verwaltungsrecht zwischen Praxis und Reflexion. Theoretische Grundlagen der modernen Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hans-Heinrich Trute/Thomas Groß/Hans-Christian Röhl/Christoph Möllers (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, 2008, S. 837 (851 ff.).

⁹⁴ Kritisch etwa auch *Christoph Möllers*, Methoden, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2. Aufl., 2012, § 3, Rdnr. 6; *Kay Waechter*, Diskussionsbeitrag, *VVDStRL* 67 (2008), S. 345 (346).

IV. Vorsichtsregeln für die Rezeption ökonomischen Wissens

Gerade wer vom Nutzen rechtsexterner Theorie für das Verwaltungsrecht überzeugt ist, kommt freilich nicht umhin, sein Tun auch insoweit zu reflektieren.⁹⁵ Das bedeutet nicht nur, mit Missverständnissen aufzuräumen, wie sie manchem Fachvertreter auch heute noch geradezu stammtischreif aus der Feder fließen,⁹⁶ obwohl sich bereits eine ganze Reihe rechtswissenschaftlicher Autoren in den letzten Jahren um eine Aufklärung über die Ziele und Methoden der modernen Ökonomik verdient gemacht hat.⁹⁷ Statt immer wieder die alte Grundsatzfrage nach der Erlaubtheit ökonomischer Theorie im Recht zu stellen und zu beantworten, sollten wir in Zukunft mehr Energie auf die Frage zu verwenden, wie eine methodengerechte Rezeption der Nachbarwissenschaften aussehen kann.

Die theoretische Heimstatt für solche Reflexionen kann man als *Rezeptionstheorie der Rechtswissenschaft* bezeichnen. Eine solche Rezeptionstheorie hat, wie an anderer Stelle bereits ausführlicher dargelegt,⁹⁸ vor allem die Aufgabe, wissenschaftstheoretische Vorsichts- und Klugheitsregeln zu formulieren und zu speichern, die den produktiven Umgang mit rechtsexterner Theorie erleichtern und vor Über- und Fehlinterpretationen bewahren. Dazu gehört etwa die Einsicht in den Wert eines Methodenpluralismus,⁹⁹ das Verständnis für sozi-

⁹⁵ Aus unterschiedlichen Perspektiven *Andreas Voßkuhle*, Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht. Vorüberlegungen zu einem differenziert-integrativen Methodenverständnis am Beispiel des Umweltrechts, in: Hartmut Bauer/Detlef Czybulka/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Umwelt, Wirtschaft und Recht. Wissenschaftliches Symposium aus Anlass des 65. Geburtstages von Reiner Schmidt*, 2002, S. 171 (182 ff.); *Matthias Jestaedt*, Perspektiven einer Rechtswissenschaftstheorie, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008, S. 185 (190); *ders.*, „Öffentliches Recht“ als wissenschaftliche Disziplin, in: Christoph Engel/Wolfgang Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, S. 241 (278 ff.); *Oliver Lepsius*, Themen einer Rechtswissenschaftstheorie, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008, S. 1 (14 ff.); *ders.*, Sozialwissenschaften im Verfassungsrecht – Amerika als Vorbild, *JZ* 2005, S. 1 (12 et passim); *Christian Bumke*, Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004, S. 74 (101); *Stefan Magen*, Entscheidungen unter begrenzter Rationalität als Proprium des öffentlichen Rechts, in: Christoph Engel/Wolfgang Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, S. 303 (304); *Martin Morlok*, Vom Reiz und vom Nutzen, von den Schwierigkeiten und von den Gefahren der Ökonomischen Theorie für das Öffentliche Recht, in: Christoph Engel/Martin Morlok (Hrsg.), *Öffentliches Recht als Gegenstand ökonomischer Forschung. Die Begegnung der deutschen Staatsrechtslehre mit der Konstitutionellen Ökonomie*, Tübingen 1998, S. 1 ff.

⁹⁶ Wenn man im Schrifttum etwa lesen muss, die Verwaltungsrechtswissenschaft könne mit ökonomischer Theorie schon deshalb nichts anfangen, weil der Staat auf das Gemeinwohl verpflichtet sei, während die Kunstfigur der Ökonomie, der homo oeconomicus, seinen persönlichen Eigennutz maximiere (ich erspare mir hier den Nachweis), dann sagt das rein gar nichts über die Unbrauchbarkeit der Ökonomie für das Recht aus, sondern allein etwas über die mangelnde Informiertheit des Autors über die Nachbarwissenschaft.

⁹⁷ Vgl. aus dem monographischen Schrifttum etwa *Anne van Aaken*, „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft, 2003; *Horst Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, 3. Aufl., 2005; *Klaus Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit? Auf der Suche nach den philosophischen Grundlagen der Ökonomischen Analyse des Rechts, 3. Aufl., 2009; aus der Lehrbuchliteratur siehe nur *Wolfgang Weigel*, *Rechtsökonomik. Eine methodologische Einführung für Einsteiger und Neugierige*, 2003; *Emanuel V. Towfigh/Niels Petersen et al.*, *Ökonomische Methoden im Recht. Eine Einführung für Juristen*, 2010; *Gisela Rühl*, *Ökonomische Analyse des Rechts*, in: Julian Krüper (Hrsg.), *Grundlagen des Rechts*, 2010, S. 210 ff.

⁹⁸ *Jörn Lüdemann*, Netzwerke, Öffentliches Recht und Rezeptionstheorie, in: Sigrid Boysen et al. (Hrsg.), *Netzwerke*, 2007, S. 266 ff.

⁹⁹ Vom Nutzen heterogener Zugänge *Martin Eifert*, Das Verwaltungsrecht zwischen klassisch dogmatischem Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, *VVDStRL* 67 (2008), S. 286 (314 ff.); *Andreas v.*

alwissenschaftliche Modellbildung und ihre Grenzen¹⁰⁰ ebenso wie die Warnung vor einer Verwechslung von Theorie und Realität. Denn die empirischen und theoretischen Einsichten der Nachbarwissenschaften sind natürlich nicht „die“ Wirklichkeit,¹⁰¹ sondern sie sind bloße Abbilder, Interpretationen und Konstruktionen der Realität. Schon deshalb greift auch der Hinweis mancher Öffentlichrechtler zu kurz, Ökonomen seien sich in vielen zentralen Fragen selbst doch völlig uneinig, weshalb die Verwaltungsrechtswissenschaft schon deshalb keine wirkliche Hilfe von ihnen erwarten könne. Solche Bemerkungen zeugen nicht nur von einem erstaunlichen Wissenschaftsverständnis; sie sind auch deshalb überraschend, weil wir Juristen doch selbst seit dem ersten Semester mit theoretischen Disputen sozialisiert werden. Es geht bei der Rezeption ökonomischer Theorie und Empirie nicht um einen Import von fertigen Wahrheiten, denen das Recht ausgeliefert ist: „Ökonomische Theorie bleibt [...] immer Theorie, und sie ist immer nur ein theoretisches Angebot.“¹⁰² Es geht vielmehr stets nur darum, die Rationalität der Rechtsfindung dadurch zu erhöhen, dass man komplexe realwissenschaftliche Zusammenhänge nicht allein mit Alltagstheorien und Erfahrungswissen erfasst,¹⁰³ sondern sich auch insoweit wissenschaftlicher und damit nachvollziehbarer und kritisierbarer Methoden und Einsichten bedient.¹⁰⁴

Wenn man versucht, Vorsichtsregeln für die Rezeption ökonomischer Theorie aufzustellen, dann greifen grobschlächtige Aussagen, wie etwa die ökonomische Theorie habe nur auf der Sachverhaltsebene ihr Recht, während die Normauslegung ausschließlich juristischer Rationalität folge, offensichtlich zu kurz. Oben war bereits die Rede davon, dass sich manche Vorschriften des öffentlichen Wirtschaftsrechts ohne ökonomische Theorie kaum verstehen las-

Arnauld, Die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht nach einer Öffnung für sozialwissenschaftliche Theorie, in: Andreas Funke/Jörn Lüdemann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie*, 2009, S. 65 (106 f.); *ders.*, Präludium: Recht und Spiel, in: *ders.* (Hrsg.), *Recht und Spielregeln*, 2003, S. 1 (11 f.); *Jörn Lüdemann*, Die Grenzen des homo oeconomicus und die Rechtswissenschaft, in: Christoph Engel/Markus Englerth/Jörn Lüdemann/Indra Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), *Recht und Verhalten. Beiträge zu Behavioral Law and Economics*, 2007, S. 7 (33 ff.).

¹⁰⁰ Am Beispiel der Ökonomik *Jörn Lüdemann*, Die Grenzen des homo oeconomicus und die Rechtswissenschaft, in: Christoph Engel/Markus Englerth/Jörn Lüdemann/Indra Spiecker (Hrsg.), *Recht und Verhalten. Beiträge zu Behavioral Law and Economics*, 2007, S. 7 ff.

¹⁰¹ Kritisch zum sicheren Umgang des Fachs mit empirischen Einsichten *Andreas Voßkuhle*, Methode und Pragmatik im öffentlichen Recht. Vorüberlegungen zu einem differenziert-integrativen Methodenverständnis am Beispiel des Umweltrechts, in: Hartmut Bauer/Detlef Czybulka/Wolfgang Kahl/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Umwelt, Wirtschaft, Recht. Wissenschaftliches Symposium aus Anlass des 65. Geburtstages von Reiner Schmidt*, 2002, S. 171 (185); *Christoph Gusy*, „Wirklichkeit“ in der Rechtsdogmatik, *JZ* 1991, S. 213 ff.; *Ino Augsberg*, Von einem neuerdings erhobenen empiristischen Ton in der Rechtswissenschaft, *Der Staat* 51 (2012), S. 117 ff.

¹⁰² *Christoph Engel*, Besonderes Verwaltungsrecht und ökonomische Theorie, Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Bonn, 2011/2, S. 21 (= Öffentliches Wirtschaftsrecht aus der Sicht der ökonomischen Theorie, in: Dirk Ehlers/Michael Fehling/Hermann Pünder (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht I*, 2012, S. 40 ff.)

¹⁰³ Zu den Grenzen am Beispiel des Sicherheitsverwaltungsrechts *Carsten Kremer*, Ungewissheit im Sicherheitsverwaltungsrecht (in diesem Band).

¹⁰⁴ Vgl. *Philippe Mastronardi*, *Juristisches Denken*, 2. Aufl., 2003, S. 153: „Es bleibt immer ein Rest an Entscheidung. Wir dürfen diese aber dann als vernünftig bezeichnen, wenn wir alle Möglichkeiten der Reflexion ausgeschöpft haben.“

sen.¹⁰⁵ Wenn im Schrifttum demgegenüber teilweise darauf hingewiesen wird, dass für die Verwaltung nur die im Recht angelegten Zwecke relevant seien und deren Ermittlung eine „ausschließlich normative Angelegenheit und somit Gegenstand einer normativen Wissenschaft“ seien und deshalb eine Trennung in eine „dogmatische Rechtserkenntniswissenschaft zur Ermittlung dieser Zwecke einerseits und Steuerungswissenschaft als Wissenschaft von den empirischen Folgen und Erfolgsvoraussetzungen rechtlicher Steuerung andererseits“ sachgerecht sei¹⁰⁶, so liegt darin eine fundamentale Verkürzung des eigentlichen Problems. Denn wie ermittelt eine „dogmatische Rechtswissenschaft“ denn einen im Recht angelegten Zweck, wenn dieser ohne steuerungstheoretisches Wissen nicht wirklich verstanden werden kann oder wenn dieser im Text bestenfalls angedeutet ist? Allein mit hermeneutisch-exegetischen Mitteln?

Eng damit verbunden ist eine andere Frage. Häufig besteht Unklarheit darüber, ob das öffentliche Wirtschaftsrecht den Rekurs auf ökonomische Wissensbestände ausdrücklich zulassen muss. Wenn die Norm explizit an ökonomisches Wissen anknüpft,¹⁰⁷ ist das unbestritten. Aber ist der Rekurs ansonsten ausgeschlossen? Das wäre wenig überzeugend. Wenn das öffentliche Wirtschaftsrecht Spielräume belässt, in denen der Gesetzgeber die Fremdprogrammierung der Verwaltung bewusst zurücknimmt, um der Verwaltung einen Raum der Eigenprogrammierung und Optionenwahl zu überlassen: Warum sollte die Verwaltung diesen Raum dann nicht auch mit Hilfe von ökonomischer Theorie, bei deren Erschließung ihr die Wissenschaft vom öffentlichen Wirtschaft zur Seite stehen, rationalisieren? Was wäre denn die Alternative?¹⁰⁸ Die elegante Lösung binnenjuristischer Metaregeln, für die INO AUGSBERG in diesem Band mit guten Gründen votiert,¹⁰⁹ ist für den Gesetzgeber zwar manchmal, aber längst nicht in allen Bereichen des Verwaltungsrechts gleichermaßen gangbar. So kann er etwa im Telekommunikationssektor, um nur ein Beispiel zu geben, den beteiligten Unternehmen gerade nicht die Entscheidung über den Netzzugang und seine Konditionen selbst überlassen. Denn das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, dem gegenüber die Regulierungsentscheidung der Bundesnetzagentur ergeht, würde seinen Konkurrenten den Zugang zu seinen Netzkomponenten oder -einrichtungen regelmäßig nicht gewähren oder allenfalls zu inakzeptablen Konditionen.

¹⁰⁵ Zur Verschleifung von normativer und kognitiver Ebene siehe nur *Ino Augsberg*, Multi-, inter-, transdisziplinär? Zum Erfordernis binnenjuristischer Metaregeln für den Umgang mit extrajuridischem Wissen im Verwaltungsrecht (in diesem Band).

¹⁰⁶ So *Stephan Meyer*, *VerArch* 101 (2010), S. 351 (376), Hervorhebung im Original.

¹⁰⁷ Exemplarisch *Steffen Augsberg*, Pauschalierung als Regulierungsinstrument. Überlegungen zum (bereichsspezifisch modifizierten) Wissenstransfer im Recht der Krankenhausfinanzierung (in diesem Band).

¹⁰⁸ Vgl. dazu aus diskursethischer Perspektive *Philippe Mastronardi*, *Juristisches Denken*, 2. Aufl., 2003, S. 161 f.: „Mit jeder Reflexionsstufe werden die Entscheidungen komplexer. Eine Beschränkung der Reflexion lässt sich daher mit Praktikabilitätsgründen rechtfertigen. Nach den Kriterien der Diskursethik müssen sich die Gründe aber dadurch legitimieren, dass die Reflexionsbeschränkung funktional notwendig und unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit allen Betroffenen zumutbar ist. Auch wer im Einzelfall nicht bis zur Reflexionsstufe (3) vordringt, ist daher im Diskurs auf dieser Ebene gehalten, seinen Verzicht zu begründen. [...] *Der Positivist muss begründen, warum er seinen Entscheid nur formal begründen will.*“ (Hervorhebung im Original).

¹⁰⁹ *Ino Augsberg*, Multi-, inter-, transdisziplinär? Zum Erfordernis binnenjuristischer Metaregeln für den Umgang mit extrajuridischem Wissen im Verwaltungsrecht.

Eine ganz andere Frage ist das Rangverhältnis von ökonomischer und rechtlicher Rationalität. Im rein wissenschaftlichen Gespräch sind die beiden Disziplinen selbstverständlich gleichwertige Partner, zwischen denen es kein akademisches Über- und Unterordnungsverhältnis gibt. Bei der praktischen Rechtsanwendung hat der Rechtsanwender hingegen eine Art positivistisches Privileg (PHILIPPE MASTRONARDI) auf seiner Seite. Er muss nicht etwa begründen, warum Effizienz bei einer Norm des öffentlichen Wirtschaftsrechts nur eine untergeordnete Rolle spielt,¹¹⁰ wenn der Gesetzgeber andere Werte bewusst in den Vordergrund gestellt hat oder von Effizienz sogar ganz bewusst absieht.¹¹¹

Freilich: Für die Wissenschaft vom öffentlichen Wirtschaftsrecht ist die Rezeption rechtsexterner Theorie alles andere als trivial. Und sie ist auch wissenschaftstheoretisch letztlich nicht bruchlos möglich, weil sich ökonomisches Wissen nicht einfach eins zu eins in rechtliche Kontexte übersetzen lässt.¹¹² Aber die Rechtswissenschaft befindet sich nun einmal in einer besonderen Lage, die sie von den anderen Wissenschaften fundamental unterscheidet. Juristische Rationalität ist immer partikulare Fachrationalität und integrative Rationalität zugleich.¹¹³ Je weiter der Gesetzgeber das öffentliche Wirtschaftsrecht zu rechtsexterner Rationalität hin öffnet, desto unvermeidlicher wird es, dieser Entwicklung auch methodisch Rechnung zu tragen. Wenn und soweit die Wissenschaft vom öffentlichen Wirtschaftsrecht einen Beitrag zum Verständnis, zur Anwendung und Fortentwicklung des Rechts leisten möchte, sind wir durch den Wandel der Verwaltungsaufgaben mit anderen Worten immer häufiger „zur Interdisziplinarität verdammt“¹¹⁴.

¹¹⁰ Das öffentliche Wirtschaftsrecht ist, wie das Recht insgesamt, nicht allein auf ökonomische Effizienz fixiert, das entspricht heute allgemeiner Ansicht, vgl. nur *Andreas Voßkuhle*, „Ökonomisierung“ des Verwaltungsrechts, DV 34 (2001), S. 347 ff.; *Anne van Aaken*, „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft, 2003; *Oliver Lepsius*, Zum Einfluss ökonomischen Denkens auf die Rechtsvergleichung, ZVglRWiss. 109 (2010), S. 327 (343); *Michael Fehling*, Ökonomische Analyse im Öffentlichen Recht als Methode zur Reformulierung und Operationalisierung von Gerechtigkeitsfragen, in: Professorinnen und Professoren der Bucerius Law School (Hrsg.), Begegnungen im Recht. Interdisziplinäre Ringvorlesung der Bucerius Law School zu Ehren von Karsten Schmidt anlässlich seines 70. Geburtstags, 2011, S. 39 (43).

¹¹¹ *Christoph Gröpl*, Ökonomisierung von Verwaltung und Verwaltungsrecht, VerwArch 93 (2002), S. 459 (480); *Wolfgang Durner*, Schutz der Verbraucher durch Regulierungsrecht, VVDStRL 70 (2011), S. 398 (433). Dass der Gesetzgeber ganz von Effizienz absieht, dürfte in der Praxis allerdings selten vorkommen, wie *Michael Fehling*, Das Verhältnis von Recht und außerrechtlichen Maßstäben, in: Hans-Heinrich Trute/Thomas Groß/Hans Christian Röhl/Christoph Möllers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, S. 461 (485), zu Recht betont.

¹¹² Zur Assimilation *Anna-Bettina Kaiser*, Multidisziplinäre Begriffsverwendungen. Zum verwaltungsrechtswissenschaftlichen Umgang mit sozialwissenschaftlichen Kategorien (in diesem Band) sowie *Ann-Katrin Kaufhold*, Transfer und Transformation ökonomischen Wissens im Recht der Bankenaufsicht (in diesem Band).

¹¹³ Vgl. *Philippe Mastronardi*, Juristisches Denken, 2. Aufl., 2003, S. 163.

¹¹⁴ *Christoph Engel*, Herrschaftsausübung bei offener Wirklichkeitsdefinition. Das Proprium des Rechts aus der Perspektive des öffentlichen Rechts, in: Christoph Engel/Wolfgang Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 205 (231).

V. Fazit

Disziplinübergreifende Wissenschaft ist kein Allheilmittel und keine Religion. Und sie ist für die Rechtswissenschaft auch nicht unproblematisch, weil es die Eigenrationalität des Rechts zu wahren gilt. Aber die Methoden einer Wissenschaft müssen gegenstandsadäquat sein. Wenn sich das öffentliche Wirtschaftsrecht ändert, weil sich die gesetzlichen *Aufgaben* ändern, dann liegt wenig Segen darin, dass seine Wissenschaft in methodischer Erstarrung verharrt und auf Konzepten insistiert, die diesen neuen Aufgaben alleine nicht mehr angemessen sind. Juristische Rationalität bleibt auch im öffentlichen Wirtschaftsrecht weiterhin unverzichtbar, aber sie muss gerade bei herkulischen Zielen der Wirtschaftsverwaltung, wie wir sie etwa im Recht der Netz- und Finanzmarktregulierung vorfinden, um ökonomisches Wissen bereichert werden, um den Anforderungen des modernen Wirtschaftsrechts zu genügen.