

Öffentliches Wirtschaftsrecht

Literaturübersicht

Einführung

Rittner/Dreher, 60 Grundgesetz und das Wirtschaftsrecht, in: Häberle, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 2011, S. 59ff.

Lehrbücher

Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2010
Schliesky, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2008 (vergriffen), 4. Aufl. 2013
Stober, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 17. Aufl. 2011
Badura, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, 4. Aufl. 2011

Grundlagen

Wirtschaftsordnung (17.10.12)

Literaturübersicht.....	1
Einführung	1
Lehrbücher	1
<i>Grundlagen</i>	<i>1</i>
Wirtschaftsordnung (17.10.12).....	1
Status quo: Soziale Marktwirtschaft mit staatswirtschaftlichen Elementen.....	1
Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsordnung	2
Entwicklung der Wirtschaftsverfassung und des Wirtschaftsrechts	2
Mittelalter und Frühe Neuzeit	2
Absolutismus.....	2
Liberalismus.....	2
Schaffung der Rechts- und Wirtschaftseinheit.....	2
Dirigismus und Kriegswirtschaft	3
Soziale Marktwirtschaft	3
Europäisierung	3
Schaffung eines Binnenmarkts	3
Lissabon-Strategie (2000)	3
Privatisierung	3
Währungsunion und Euro-Krise.....	3
Europäische Wirtschaftsregierung.....	3
Internationalisierung	3
Begriff und Abgrenzung des Öffentlichen Wirtschaftsrechts	4
Querschnittsgebiet im Öffentlichen Recht	4
Abgrenzung zum privaten Wirtschaftsrecht.....	4
Abgrenzung zum Wirtschaftsstrafrecht.....	4

Status quo: Soziale Marktwirtschaft mit staatswirtschaftlichen Elementen

Kloepfer, Verfassungsrecht I, 2011 § 25

Marktwirtschaft (Manchester) ⇔ Soziale Marktwirtschaft ⇔ Planwirtschaft

Scheitern des Manchester-Kapitalismus in sozialer Hinsicht
Scheitern des real-existierenden Sozialismus an seiner Ineffektivität

gewisser Wohlstand ist Voraussetzung für (grund-)rechtliche Freiheit

Jedermann ist frei, unter der Brücke zu schlafen.

Wirtschaft ist (Verfassungs-)Voraussetzung für einen modernen Staat

Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsordnung

wirtschaftswissenschaftliche und rechtswissenschaftliche Bedeutung

Entwicklung der Wirtschaftsverfassung und des Wirtschaftsrechts

ursprünglich war alle Wirtschaft Eigen- und Subsistenzwirtschaft

Mittelalter und Frühe Neuzeit

Selbstversorgung auf dem Land

Domänenwirtschaft des Staates und der Herrschaften

Beginn der Arbeitsteilung in den Städten, Übergang zur Geldwirtschaft

Selbstverwaltung durch Zünfte; „Zunftzwang“

Absolutismus

Staat wird zum Finanzstaat

Merkantilismus, einschließlich Bevölkerungspolitik (nach dem Dreißigjährigen Krieg)

Förderung der staatlichen und damit auch der gesellschaftlichen Wohlfahrt („Gute Policey“)

Zollpolitik und Exportförderung

Monopole und Regale, Manufakturwesen

(weiterhin) Zünfte und Zunftzwang in vielen Berufen und Handwerken

Liberalismus

Wirtschaftlich steht nicht mehr der Staat/Fürst im Mittelpunkt, sondern das Individuum/Unternehmer

Ricardo: Freihandelslehre; A. Smith: liberale Wirtschaftsgesellschaft („unsichtbare Hand“)

(wirtschaftliche) Reaktion auf die Niederlage gegen Napoleon

Agrarreform („Bauernbefreiung“) 1807; Gewerbefreiheit (Preußen 1810)

Mit der Gewerbefreiheit ist in Preußen gleichzeitig auch die Gewerbesteuer eingeführt worden.

Staat wird zum Steuerstaat, zunächst in der Form des Nachtwächterstaats

prGewO 1845, andere deutsche Staaten zogen in den 1860ern nach (auch Baden)

GewO des Nordd. Bundes 1869, später als RGewO, heute noch gültig

→ Wirtschaftsrecht als Rahmenordnung und (punktuelles) Interventionsrecht

Schaffung der Rechts- und Wirtschaftseinheit

Deutsches Reich war eine Wirtschafts- und Währungsunion und hatte die Schaffung eines Binnenmarkts zum Ziel.

Wirtschaftsfreiheit und Soziale Frage

Sozialistengesetze und Bismarck'sche Sozialversicherung („Zuckerbrot und Peitsche“)

Staat wird zum Interventionsstaat

Innungen und Handwerkskammern ersetzen funktional die (bereits früher aufgelösten) Zünfte

Dirigismus und Kriegswirtschaft

Totalzugriff, auch regelungstechnisch, des Staates

Zwangskartelle

NS-Zeit: „Führerprinzip“ auch im Unternehmen und in der Wirtschaft

Soziale Marktwirtschaft

Staat wird zum aktiv und bewusst gesellschaftsgestaltenden Staat

ergiebigere Privatwirtschaft als Voraussetzung für Sozialstaat

Kompromiss zwischen linkem (sozialdemokratischem) und liberalen Ideen

- Art. 151–165 WRV (Das Wirtschaftsleben)
- Art. 14 u. Art. 15 GG: Eigentumsfreiheit und Sozialisierung

Wirtschaftssteuerung

- Konjunktursteuerung
- Investitionssteuerung
- Marktregulierung

Europäisierung

Schaffung eines Binnenmarkts

Wirtschaftsraum als Friedensordnung

Wirtschaftliche Grundfreiheiten

Dienstleistungsrichtlinie

→ Abschied von Meisterzwang

Lissabon-Strategie (2000)

Privatisierung

Staat zieht sich auf die Gewährleistungsfunktion zurück

v.a. von Infrastrukturen

Währungsunion und Euro-Krise

Staat wird zum Schuldenstaat

Europäische Wirtschaftsregierung

Internationalisierung

Staat stößt an die Grenzen seiner Gestaltungsmacht

Begriff und Abgrenzung des Öffentlichen Wirtschaftsrechts

Marktregulierung, Markteingriff, Marktteilnahme des Staates

7 Stufen der staatlichen Aufgabenerfüllung¹:

- Vollständige eigene Wahrnehmung (Militär, Polizei)
- Kooperation (Krankenversicherung, Sozial- und Jugendhilfe)
- Steuerung der privaten Tätigkeit (Subventionen, (Lenkungs-)Steuern)
- Aufsicht (Wirtschaftsverwaltungsrecht)
- Sicherstellung (Regulierungsrecht)
- Förderung (Steuerbegünstigung)
- Setzen einer Rahmenordnung (Bürgerliches und Handelsrecht)

heterogenes und dynamisches (= veränderliches) Rechtsgebiet

Wirtschaftsrecht als Oberbegriff zu privatem und öffentlichem Wirtschaftsrecht

Arbeitsrecht, Handelsrecht, Gewerberecht, Steuerrecht, Kartellrecht

Wirtschaftsverwaltungsrecht ist Unterfall des öffentlichen Wirtschaftsrechts

Querschnittsgebiet im Öffentlichen Recht

Kern- und Grundmaterie: GewO

klassisches Gewerbenebenrecht: GaststättenR, HandwerksR („Auskopplungen“ aus GewO)

Auch Umweltrecht ist zu weiten Teilen Wirtschaftsrecht (insb. AbfallR, konzeptionell auch das Wasserwirtschaftsrecht)

Finanz-, Steuer- und Währungsrecht ist klassischerweise Wirtschaftsverfassungsrecht; globalsteuernder Ansatz erfasst aber auch das Wirtschaftsrecht

Europarecht ist urspr. reines Wirtschaftsrecht, zunehmend aber um andere Aspekte (Soziales, Sicherheit, Währung) angereichert

Marktteilnahme des Staates als (Öffentliches) Wirtschaftsrecht

→ zusammengesetztes Teilfach

Abgrenzung zum privaten Wirtschaftsrecht

Überschneidung beim Kartellrecht (GWB) und besonderen Wirtschaftsrecht

Überschneidung v.a. beim Regulierungsrecht

Steuerrecht

Abgrenzung zum Wirtschaftsstrafrecht

¹ Nach *Isensee*, in: HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 73 Rn. 36.

Deutsche und europäische Wirtschaftsverfassung (24.10.2012)

Deutsche und europäische Wirtschaftsverfassung (24.10.2012)	5
Deutsche Wirtschaftsverfassung	5
Grundgesetz	5
Wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes	5
Bewusste Entscheidung	5
aber: Freiheitsrechte	6
Gewährleistungsverantwortung	6
Gesetzgebungszuständigkeit	6
Wirtschaftsgrundrechte	6
Berufsfreiheit (Art. 12 GG)	6
Eigentum (Art. 14 GG)	6
Vereinigungsfreiheit (Art. 9 III GG)	6
Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG)	6
Sozialstaatsprinzip	6
Wahrung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts und der Währungsstabilität	6
Europäische Wirtschaftsverfassung	7
EU als Wirtschaftsraum	7
Primärrecht	7
Kompetenzordnung der EU	7
Grundfreiheiten (Art. 26 ff. AEUV)	7
Diskriminierungsverbot	7
Verbot unmittelbarer Diskriminierung (Art. 18 AEUV)	7
Mittelbare Diskriminierung	7
Inländerdiskriminierung	8
Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 AEUV)	8
Personenverkehrsfreiheiten	8
Aufenthaltsfreiheit (Art. 21 I AEUV)	8
Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 ff. AEUV)	8
Niederlassungsfreiheit (Art. 49 ff. AEUV)	8
Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 ff. AEUV)	8
Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 ff. AEUV)	9
Grundrechtecharta (GRCh)	9
Europäische Wirtschaftsordnung	9
Eigentumsordnung in den Mitgliedstaaten (Art. 345 AEUV)	9
Festschreibung des Binnenmarkts (Art. 26 AEUV)	9
Festschreibung der Marktwirtschaft	9
Sekundärrecht	9
Europäisierung des Wirtschaftsrechts	9
Internationales und Völkerrecht	9

Deutsche Wirtschaftsverfassung

Wirtschaftsordnung ist nicht im einzelnen politisch determiniert, sondern immer das Produkt einer politischen Entscheidung.

→ beträchtlicher wirtschaftspolitischer Spielraum

Wirtschaftsverfassung meint – wie auch sonst – „normative Verfassung“ sowie „Verfasstheit“

Grundgesetz

Wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes

Bewusste Entscheidung

keine (ausdrückliche) Entscheidung des GG → vgl. Art. 15 GG

anders noch Art. 151–165 WRV

Kompromiss im Parlamentarischen Rat

BVerfG: Investitionshilfe-E² gegen insb. *Hans Carl Nipperdey* (1895–1968; bekannt als Vater des bundesdeutschen Arbeitsrechts [als BAG-Präsident]; NS-Vergangenheit; berüchtigt als Assistenten-Ausbeuter)

→ ökonomische Theorien können nicht zur Auslegung des Grundgesetzes herangezogen werden

aber: Freiheitsrechte

Mittelbar aber Verbot absoluter Staatswirtschaft über die Berufs- und Eigentumsfreiheit

Mitbestimmungs-E³: Maßstab für staatliche Wirtschaftseingriffe sind nur die Grundrechte, nicht ein bestimmtes wirtschaftsverfassungsrechtliches Gesamtkonzept

und auch: Schutzpflicht

Gesundheitsschutz, Arbeitsschutz, insb. Atomrecht

Gewährleistungsverantwortung

Regulierungsrecht (Art. 87e, Art. 87f GG, Art. 5 I 2 GG; auch Energiebereich)

Wirtschaftsgrundrechte

Berufsfreiheit (Art. 12 GG)

Tätigkeit muss auf Dauer angelegt sein und mit Gewinnerzielung betrieben werden

P Erlaubtheit

Eigentum (Art. 14 GG)

Grundrecht und Institutsgarantie (objektiver Grundrechtsgehalt)

Vereinigungsfreiheit (Art. 9 III GG)

Vereinigungsfreiheit

aber auch Freiheit gewerkschaftlicher Tätigkeit

Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG)

Sozialstaatsprinzip

Grundversorgung, tw. auch Subventionsrecht

Gesetzgebungszuständigkeit

Schwerpunkt beim Bund (v.a. Art. 74 I Nr. 11 GG, ebenso für Steuern, Art. 105 GG)

Verwaltungszuständigkeit

Verwaltungsföderalismus

kommunale Zuständigkeit für örtliche Daseinsvorsorge

² BVerfGE 4, 7ff. – Investitionshilfe; bestätigt insb. durch BVerfGE 50, 290ff. – Mitbestimmung.

³ BVerfGE 50, 290ff. – Mitbestimmung.

Wahrung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts und der Währungsstabilität

Art. 109 Abs. 2 Var. 2 GG; StabG

Konjunktursteuerung

Art. 88 GG; BBankG

Europäische Wirtschaftsverfassung

EU als Wirtschaftsraum

Europarecht ist strukturell und nach wie vor Wirtschaftsrecht!

→ Schaffung eines Binnenmarkts

// Zollverein

Zusammenschluss der Mitgliedstaaten, zunehmende Einbindung der „Unionsbürger“ (Art. 14 II 1 EUV)

Helmut Kohl: „*Frage von Krieg und Frieden*“

- Fusionsvertrag (1965)
- Einheitliche Europäische Akte (1986)
- Vertrag von Maastricht (1992)
- Vertrag von Amsterdam (1997)
- Vertrag von Nizza (2000)
- (gescheiterter) Europäischer Verfassungsvertrag (2004)
- Vertrag von Lissabon (2009)
- Fiskalpakt (2012)

(noch) keine „Vereinigten Staaten von Europa“

Primärrecht

Kompetenzordnung der EU

Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung

Effektivitätsgebot (*effet utile*)

Subsidiaritätsprinzip

Anwendungsvorrang

Grundfreiheiten (Art. 26 ff. AEUV)

Diskriminierungsverbot

Verbot unmittelbarer Diskriminierung (Art. 18 AEUV)

keine Schlechterstellung aufgrund der Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaats

Mittelbare Diskriminierung

Anknüpfung an sonstige Tatbestandsmerkmale ist möglich, wenn dadurch keine mittelbare (versteckte) Diskriminierung entsteht

Wohnsitz, Sprachkenntnisse, Qualifikationen (soweit keine unionsweite Anerkennung festgelegt)

kann durch „zwingende Gründe des Allgemeinwohls“ gerechtfertigt sein

Verbraucherschutz, Umweltschutz, Gesundheitsschutz, Straßenverkehrssicherheit, Lauterkeit des Wettbewerbs

Inländerdiskriminierung

Inländerdiskriminierung ist wegen des dann fehlenden Binnenmarktbezugs erlaubt

keine Berufung auf Art. 3 I GG möglich, da Besserstellung nicht auf denselben Normgeber (Rechtskreis) zurückführbar

politisch und faktisch (räumliche Mobilität) ist Inländerdiskriminierung aber kaum je länger durchzuhalten

Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 AEUV)

körperliche Waren

weiter Schutzbereich

- mengenmäßige Beschränkungen

spiegelt Zoll- und Handelspolitik des klassischen Nationalstaats wider

- vergleichbare Maßnahmen (Dassonville⁴)

Cassis de Dijon⁵, Reinheitsgebot für Bier⁶

Verkaufsmodalitäten unterfallen Art. 34 AEUV nicht (Keck), wohl aber Verkaufsmodalitäten, die für inländische und ausländische Waren unterschiedlich wirken

reine Verkaufsmodalität: Ladenschluss, Selbstbedienungsverbot in Apotheken

Diskriminierung: Kennzeichnung (Bier, Reinheitsgebot)

Produktbezogene Vorgaben sind grds. geeignet, den Binnenmarkt zu beeinträchtigen

Abmessungen, Etikettierungen, Verpackung

Personenverkehrsfreiheiten

Aufenthaltsfreiheit (Art. 21 I AEUV)

anders als die anderen Grundfreiheiten nicht an eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit geknüpft

Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 ff. AEUV)

nicht nur vorübergehende Niederlassung für unselbständige Tätigkeit

Bosman⁷

Niederlassungsfreiheit (Art. 49 ff. AEUV)

dauerhafte unternehmerische Niederlassung in anderem EU-Staat

Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 ff. AEUV)

unternehmerische Tätigkeit in anderem EU-Staat

zugleich die Freiheit, Dienstleistungen in anderem Mitgliedstaat in Anspruch zu nehmen

⁴ EuGHE 1974, 837ff. – Dassonville.

⁵ EuGHE 1979, 649 – Cassis de Dijon.

⁶ EuGHE 1987, 1227 – Reinheitsgebot.

⁷ EuGH, NJW 1996, 505 – Bosman.

Gesundheitsbehandlung, Abtreibung

Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 ff. AEUV)

Grundrechtecharta (GRCh)

Europäische Wirtschaftsordnung

Eigentumsordnung in den Mitgliedstaaten (Art. 345 AEUV)

Festschreibung des Binnenmarkts (Art. 26 AEUV)

Liberalisierung (Art. 106 AEUV) und Harmonisierung (Art. 114 AEUV)

Beihilfeverbot (Art. 101 ff. AEUV)

Festschreibung der Marktwirtschaft

vgl. Art. 119 Abs. 1 AEUV: „Grundsatz der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“; s. aber Art. 3 III 1 EUV: „wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft“⁸

Sekundärrecht

- Dienstleistungsrichtlinie
- Ausbildungsanerkennungsrichtlinien
- TK-Richtlinien

Europäisierung des Wirtschaftsrechts

Verhinderung von staatlichen Interventionen und damit Ungleichgewichten auf dem Binnenmarkt → Beihilferecht, Kartellrecht, Vergaberecht

Schaffung eines umfassenden Binnenmarkts → Harmonisierung und Liberalisierung, Schaffung von de-/re-regulierten Märkten

Beihilfenrecht, Recht der öffentlichen Unternehmen, Dienstleistungs-RL, Umweltrecht,

Internationales und Völkerrecht

VN sind wirtschaftsneutral, anerkennen aber Menschenrechte, wobei der Schwerpunkt auf den politischen Teilhaberechten und der persönlichen Freiheit liegt

WTO ist auf freien Welthandel hin ausgerichtet, Teilnahme ist aber freiwillig

WTO, GATT, GATS, TRIPs

⁸ EuGHE 2000-I, 8207ff. – Échriolles.

Staat und Wirtschaft

Subventions- und Beihilfenrecht (7.11.2012)

<i>Staat und Wirtschaft</i>	10
Subventions- und Beihilfenrecht (7.11.2012)	10
Terminologie	10
Arten	11
Ziele	11
Haushaltsrechtliche Voraussetzungen	11
Rechtliche Grenzen	12
Völkerrechtliche Grenzen	12
Verfassungsrechtliche Grenzen	12
Europarechtliche Grenzen (Art. 107–109 AEUV)	12
Begriff	12
grundsätzliches Beihilfeverbot (Art. 107 I AEUV)	13
Ausnahmen vom Beihilfeverbot (Art. 107 II, III AEUV)	13
Legalausnahmen (Art. 107 II AEUV)	13
Ermessensausnahmen (Art. 107 III AEUV)	13
Haushaltsrechtliche Grenzen (§ 26 HGrG; § 44 BHO)	13
Subventionsvergabe und -vergabeverfahren	13
Belehrung und Offenbarungspflichten	13
Notifizierung	13
Subventionsvergabe	13
Subventionsüberwachung	14
Beihilfenkontrolle (Art. 108, Art. 109 AEUV)	14
Subvention und Datenschutz	14
Transparenz	14
Rückabwicklung	14
Rückforderungsgrund	14
Beseitigung des Subventionsgrunds	14
Eigentliche Rückforderung	14
Rückgriffe	15
Rechtsschutz	15
Rechtsschutz des Subventionsgebers	15
Rechtsschutz des Subventionsempfängers	15
Rechtsschutz der Konkurrenten	15

Rodi, Die Subventionsrechtsordnung, 2000.

Jede Subvention verzeichnet und verzerrt den Markt.

Terminologie

im europarechtlichen Kontext: „Beihilfe“ (Art. 107 AEUV; früher Art. 87 EGV)

haushaltsrechtlich „Zuwendung“ (§§ 14, 26 HGrG; §§ 23, 44 BHO)

„Subvention“: (spezifisch strafrechtliche) Legaldefinition in § 264 VII StGB; vorausgesetzt in § 12 StabG („Subventionsbericht“)

Subventionen sind alle öffentlichen Leistungen an eine andere Person, die ohne marktmäßige Gegenleistung gewährt werden oder helfen sollen, Ziele im öffentlichen Interesse zu verwirklichen.

Arten

Subventionsgeber gibt Subventionsmittel an Subventionsempfänger, ohne dass dieser eine marktgerechte Gegenleistung erbringt.

- direkte Subvention
 - Geld
 - Darlehen
 - Gewährleistung (Bürgschaftsübernahme)
 - Sachleistung, z.B. Baugrundstücke
- indirekte Subventionen
 - Verschonungssubvention
 - Zölle für ausl. Anbieter
 - Abnahmepflicht zu festgelegten Preisen (Einspeisevergütung)
 - Subventionierung von Abnehmern (Verschrottungsprämien)

Ziele

Statt marktmäßiger Gegenleistung (unmittelbare Äquivalenz) wird eine Verhaltensänderung angestrebt.

Bezweckt wird immer eine Verhaltensänderung, um so (indirekt) ein Ziel zu erreichen.

(Primärer) Subventionszweck

Verhaltensänderung des Subventionsempfängers

Anknüpfungspunkt für Rückforderungen

(Sekundäres) Subventionsziel

Anknüpfungspunkt für die (haushaltsrechtliche) Rechtmäßigkeit

Wirtschaftsförderung

Exportförderung

Strukturwandel (Sozialgestaltung, Umweltschutz...)

Kohleförderung als Förderung des Übergangs

Solarförderung als Förderung des Wandels

Erhöhung der eigenen Wiederwahlchancen

Wachstum des Staatssektors

Haushaltsrechtliche Voraussetzungen

Haushaltsgesetz erforderlich und genügend

kein subventionsrechtlicher Gesetzesvorbehalt (h.M.)

Geldmittel müssen entweder im Haushalt (durch *Haushaltsgesetz*) bereitgestellt (§ 44 HGrG; § 23 BGO) sein oder es muss ein gesetzlicher bzw. vertraglicher Anspruch bestehen (s. § 3 II HGrG/BHO)

Voraussetzungen

- bestimmter Zweck
- erhebliches Interesse
- keine Verwirklichung durch staatliche Stellen

Rechtliche Grenzen

Kein Anspruch auf Subvention

Völkerrechtliche Grenzen

Freihandel

GATT/WTO

Verfassungsrechtliche Grenzen

nochmals (s.o.): Haushaltsgesetz erforderlich und genügend

keine Eingriffsverwaltung → keine gesetzliche Grundlage erforderlich (h.M.) → flexibles Instrument

aber: Einhaltung der Kompetenzgrenzen (Art. 83 ff. GG), Ausn. nach Art. 91a ff. GG

aber: Gleichheitsgebot, Selbstbindung der Verwaltung

anders: Grundrechtseingriff durch Subvention bei Dritten, z.B. in Art. 12 GG

daneben: Vertrauensschutz (aber nur bei der Aufhebung von Subventionen)

Europarechtliche Grenzen (Art. 107–109 AEUV)

Schaffung und Wahrung des Binnenmarkts

eigentliche Beschränkung für Subventionen folgt aus Europarecht

Begriff

Begriff der Beihilfe ist nicht primärrechtlich definiert

Kriterien

enger als Subventionsbegriff, v.a. wegen des Binnenmarktbezugs

Leistung durch Staat oder aus staatlichen Mitteln

Nicht aber: Abnahmepflichten (z.B. Einspeisevergütung)

Begünstigung eines Empfängers oder einer Gruppe von Empfängern

Objektive Betrachtungsweise

Leistung ohne (adäquate) Gegenleistung

Wegen des Anwendungsbereichs des EU-Rechts Beschränkung auf Wirtschaftssachverhalte

Verfälschung des Wettbewerbs

„Selektivität“, materielle und geographische Selektivität

Verfälschungsfahrer reicht aus

keine Verfälschung bei Gießkannenprinzip, sog. „allgemeine Maßnahme“

Solarförderung

Binnenmarktrelevanz (grenzüberschreitenden Bedeutung)

Voraussetzung für alles Europarecht

Bezieht sich also nur auf Wirtschaftssachverhalte

Direkte und indirekte Subventionen

Effet utile

grundsätzliches Beihilfeverbot (Art. 107 I AEUV)

Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen

Ausnahmen vom Beihilfeverbot (Art. 107 II, III AEUV)

Legalausnahmen (Art. 107 II AEUV)

- Sozialsubventionen
- Katastrophenhilfe
- Überwindung der Deutschen Teilung

Ermessensausnahmen (Art. 107 III AEUV)

Haushaltsrechtliche Grenzen (§ 26 HGrG; § 44 BHO)

- Einhaltung der Voraussetzungen des § 14 HGrG; § 23 BHO (Haushaltsplanbindung)
- Festlegung des Nachweises
- Prüfungsrechte

Subventionsvergabe und -vergabeverfahren

Belehrung und Offenbarungspflichten

§ 2 SubvG

§ 3 SubvG

Notifizierung

nur europarechtlich erforderlich (Art. 108 III AEUV)

(Vor-)Prüfung durch EU-Kommission

Subventionsvergabe

freie Wahl der rechtstechnischen Ausgestaltung der Subvention (einstufig/zweistufig)

- ausschließlich öffentlichrechtlich (selten → öff.-rl. Vertrag)
- ausschließlich privatrechtlich (v.a. bei Realsubventionen)
- Zweistufen-Modell („Ob“/„Wie“)

Zwei-Stufen-Modell ist in der Praxis das am weitesten verbreitete, da hier der Staat die Kontrolle über die Subventionsvergabe behält, aber die (v.a. zahlungstechnische) Abwicklung an spezialisierte Stellen (v.a. Förderbanken) abgeben kann

Subventionsüberwachung

Überwachung des Subventionswesens

Beihilfenkontrolle (Art. 108, Art. 109 AEUV)

Subvention und Datenschutz

VO (EG) 259/2008 über die Veröffentlichung landwirtschaftlicher Subventionen: Veröffentlichung der empfangenen Subventionen mit Klarnamen der Empfänger

Transparenz

Subventionsbericht (§ 12 II StabG)

Überwachung der Subventionsempfänger

Nachweise nach § 26 HGrG; § 44 BHO

Überprüfungen nach § 26 HGrG; § 44 BHO

Rückabwicklung

Spiegelbild der rechtstechnischen Ausgestaltung der Subventionsvergabe

„Klassiker“ des Verwaltungsrechts: Nach mitgliedstaatlichem (deutschem) Recht darf eine zu Unrecht gewährte Subvention/Beihilfe nicht mehr zurückgefordert werden (§ 48 II VwVfG). Kann deswegen der EU eine lange Nase gedreht werden? Str., inwieweit der europarechtliche „effet utile“ das deutsche Verwaltungsverfahrensrecht mit seiner starken Berücksichtigung des Vertrauensschutzes überspielt.

Rückforderungsgrund

vorgeschalteter Rückforderungsbeschluss der EU-Kommission (Art. 108 II AEUV)

typischer Fall: Förderung heimischer Industrie oder Wählergeschenke

Beseitigung des Subventionsgrunds

Zunächst muss der Subventionsgrund (das „Ob“) beseitigt werden

- Rücknahme eines (schon ursprünglich) rechtswidrigen VA (§ 48 II VwVfG)
- Widerruf eines rechtmäßigen oder rechtswidrig gewordenen VA (§ 49 III VwVfG)
- Kündigung von Verträgen (bei zweistufiger Subventionsvergabe)

Bestandskraft auch des rechtswidrigen VA, Rücknahme nach § 48 VwVfG, ggf. Reduzierung des Rücknahmeermessens auf Null

Eigentliche Rückforderung

Dann kann die Leistung zurückgefordert werden

Rückerstattung

- nach § 49a VwVfG (einstufige Subventionsvergabe)
- aufgrund öff.-rl. Erstattungsanspruchs (zweistufige Subventionsvergabe)
- oder nach § 812 ff. BGB (einstufige privatrechtliche Subventionsvergabe)

§ 5 SubvG

bei europarechtswidrigen Beihilfen kein Rücknahmeermessen, kein Vertrauensschutz, keine Entreicherung

Rückgriffe

Rückabwicklung im Bund-Länder-Verhältnis gegenüber der EU nach Art. 104a VI GG

Rechtschutz

Kollision von Rechtmäßigkeit und Vertrauensschutz → beides Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips

Rechtschutz des Subventionsgebers

Rechtsschutz kann gering sein, weil Subventionsgeber definitionsgemäß Teil der öffentlichen Hand

rechtswidriges Subventionsziel muss hinter (höherrangigem) Ziel des Freihandels- und des Binnenmarkts zurückstehen

Rechtschutz des Subventionsempfängers

Vertrauensschutz, nicht aber bei Kenntnis der Rechtswidrigkeit (§ 48 II Nr. 3 VwVfG)

öffentliche Hand kann sich bei bösem Glauben nicht auf Rechtswidrigkeit berufen (vgl. § 48 IV 1 VwVfG), wohl aber bei arglistiger Täuschung usw. (§ 48 IV 2 VwVfG)

europarechtlicher effet utile überlagert mitgliedstaatlichen Vertrauensschutz

Rechtschutz der Konkurrenten

Grundsatz: kein Anspruch auf Subvention

aber: grundrechtlicher Anspruch auf Gleichbehandlung (Art. 3 I GG)

sachliche Differenzierungsgründe

- *Begrenztheit und Erschöpfung der Mittel*

- *Priorität der Antragstellung*

- ...

→ entweder Rückforderung der Subvention beim rechtswidrig Begünstigten oder (außerhaushaltsmäßige) Gewährung an Benachteiligten

Öffentliche Unternehmen. Privatisierung. Sozialisierung (14.11.12)

Öffentliche Unternehmen. Privatisierung. Sozialisierung (14.11.12).....	16
Wirtschaftsteilnahme der öffentlichen Hand	16
Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsteilnahme	16
Kanon staatlicher Aufgaben	16
Privatisierungsgebote	17
Privatisierungsverbot.....	17
Kompetenz	17
Öffentliche Unternehmen	17
Erscheinungsformen.....	17
Rechtsformen	18
Regiebetrieb	18
Eigenbetrieb	18
(rechtsfähige) Anstalt	18
Körperschaft	18
Privatrechtsform	18
Zweck und Grenzen	18
Wettbewerbsrecht (Art. 106 AEUV).....	18
Kommunalrecht (Art. 28 II GG).....	18
Haushaltsrecht	19
Rechnungsprüfung	19
Grundrechtsfähigkeit und Grundrechtsverpflichtung öffentlicher Unternehmen	19
Privatisierung	19
Formen	19
Formelle Privatisierung	19
Funktionale Privatisierung	19
Beleihung.....	20
Konzession	20
PPP/ÖPP	20
Aufgabenprivatisierung, materielle Privatisierung.....	20
Grenzen.....	20
Gewaltmonopol	20
Sozialstaatsprinzip.....	20
Privatisierungsfolgenverantwortung.....	20
(Re-)Etatisierung, (Re-)Kommunalisierung.....	21
Schaffung von Monopolen.....	21
Enteignung (Art. 14 GG)	21
Vergesellschaftung (Art. 15, Art. 74 I Nr. 15 GG)	21
Konfiskation.....	21

Wirtschaftsteilnahme der öffentlichen Hand

Marktteilnahme des Staates

Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsteilnahme

wirtschaftspolitische Neutralität des GG (s.o.)

(marktwirtschaftliche) Wirtschaftsordnung schließt Marktteilnahme des Staates nicht aus, solange Private strukturprägend für die Wirtschaftsordnung bleiben → punktuelle bzw. sektorielle öffentliche Wirtschaftstätigkeit möglich

Kanon staatlicher Aufgaben

klassisch: Sicherheit und Recht → Gewaltverbot

<i>Hobbes' Gesellschaftsvertrag</i>

modern: Sozialstaat

aber: keine festen Konturen staatlicher Aufgaben (s.a. Art. 345 AEUV) → politische Gestaltungsmöglichkeit

Privatisierungsgebote

- Eisenbahnwesen (Art. 87e GG)
- Telekommunikation und Post (Art. 87f GG)
- VEB.e (Art. 25 EV)

Privatisierungsverbot

- Fluglotsen (Art. 87d I 1 GG, s.a. die Ausnahme für grenzüberschreitende Kooperation in Art. 87d I 2 GG)

siehe das Gebot der Dt. Flugsicherung für Teile des spanischen Luftraums

- kein Privatisierungsverbot per se für Aufgaben der Daseinsvorsorge⁹

Riester- und Rürup-Rente

- kein Privatisierungsverbot aus Demokratiegebot (Art. 20 II GG)
- kein europarechtliches Privatisierungsverbot (Art. 345 AEUV; vgl. auch Art. 106 AEUV)

Kompetenz

Bund braucht eine Verwaltungskompetenz nach Art. 83 ff. GG, die Kommunen sind für alle Fragen der örtlichen Gemeinschaft zuständig (Art. 28 II GG), ansonsten die Länder nach Maßgabe des Landesverfassungsrechts

Öffentliche Unternehmen

Definition:

- öffentliche Trägerschaft
 - einschl. gemischtwirtschaftlicher Unternehmen
- (gewisse) organisatorische Verselbständigung
- wirtschaftliche Tätigkeit
 - Gewinnerzielung und Kostendeckung aber nicht erforderlich

Erscheinungsformen

Ursprung: Domänen, herrschaftliche Manufakturen, Merkantilismus

KPM

Später auch Industriebeteiligungen, z.B. VEBA, VIAG, Salzgitter AG

- Infrastruktur

Post, Bahn, Sparkassen, Lufthansa, Flughäfen, Flugsicherung, Stadtwerke mit Wasser, Energie, ÖPNV und Abfall („Munizipal-Sozialismus“)

- Finanzdienstleistungsunternehmen

KfW, Landesbanken, Sparkassen, früher auch Feuerversicherungen

⁹ BVerfGE 107, 59, 93 – Wasserverband.

Rechtsformen

es gibt kein Gesellschaftsrecht für öffentliche Unternehmen

„öffentliche Unternehmen“ (Art. 106 AEUV) ist begrifflich unabhängig von der gesellschaftsrechtlichen Rechtsform

Regiebetrieb

auch haushaltsrechtlich unselbständiger Wirtschaftsteil = Verwaltungsabteilung

Eigenbetrieb

klassische Form des öffentlichen Unternehmens, besonders im Kommunalbereich verbreitet
keine außenrechtliche Verselbständigung → volle Haftung des Trägers

unselbständige Anstalt

unselbständige Anstalt, aber mit eigenständiger Wirtschaftsführung

(rechtsfähige) Anstalt

Sparkassen

tw. auch als „Kommunalunternehmen“

Vorteil gegenüber GmbH/AG: weitergehende Einwirkungsrechte des Trägergemeinwesens als nach GmbHG/AktG

ggf. haftungsmäßige Separierung, praktisch aber kaum realisierbar

Körperschaft

insb. Zweckverbände

Wasserverband

Privatrechtsform

Haftungsbegrenzung erforderlich (§ 65 I Nr. 2 BHO) → kaum darstellbar bei KG, oHG usw.

Modifizierung des Gesellschaftsrechts (§ 53, 54 HGrG, § 394 f. AktG)

ohne Beleihung kein hoheitliches Handeln möglich

Zweck und Grenzen

keine Aussage in der Verfassung und den Verträgen (vgl. Art. 345 AEUV)

Wettbewerbsrecht (Art. 106 AEUV)

„öffentliche Unternehmen“ sind an das Diskriminierungsverbot (in Bezug auf andere EU-Bürger) und das europäische Kartell- und Beihilferecht gebunden (Art. 106 AEUV) → Grundsatz der Gleichbehandlung von öffentlichen und privaten Unternehmen

Ausnahme aber für Unternehmen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (Art. 106 II AEUV = Daseinsvorsorge)

Kommunalrecht (Art. 28 II GG)

Gemeinden können in ihrem, dem „kommunalen Wirkungskreis“ auf jede Weise tätig werden aber Schrankentrias:

- öffentlichen (Neben-)Zweck
- angemessenes Verhältnis zur eigenen Leistungsfähigkeit

- Subsidiarität zu privater Aufgabenerfüllung

gegenwärtig Aufweichung der Subsidiaritätsklausel, allerdings mit Unterschieden in den Bundesländern

- daneben: Wirkungskreise von Kommunalunternehmen müssen primär auf das Gemeindegebiet beschränkt sein (Territorialitätsprinzip)

P: Sparkassen

Haushaltsrecht

Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (§ 7 BHO/LHO)

Prüfung von Privatisierungsmöglichkeiten (§ 7 I 2 BHO/LHO)

Rechnungsprüfung

Überlagerung des Gesellschafterrechts des GmbHG und des AktG durch §§ 53–55 HGrG

Grundrechtsfähigkeit und Grundrechtsverpflichtung öffentlicher Unternehmen

Grundsatz: Staat kann nicht Träger von Grundrechten sein.

P Grundrechtsbindung bei fiskalischen Hilfsgeschäften

P Grundrechtsfähigkeit von gemischten Unternehmen

aber: Art. 28 GG zugunsten kommunaler Unternehmen

ähnlich auch nach EU-Recht: öff. Unternehmen sind Berechtigte und u.U. Verpflichtete der Grundfreiheiten (vgl. Art. 54 II AEUV)

Privatisierung

Trennung von Aufgabenverantwortung und Aufgabenwahrnehmung

unterscheide formelle und materielle Privatisierung mit oder ohne staatliche Gewährleistung

insgesamt ist Privatisierung nicht ein Entweder-Oder, sondern ein gradueller Prozess

Formen

Formelle Privatisierung

Organisationsprivatisierung

100% der Anteile in öffentlicher Hand (Eigengesellschaft)

Motive: Lockerung des Haushaltsrechts (Wirtschafts- statt Haushaltsplan) und öffentlichen Dienstrechts

Funktionale Privatisierung

Erfüllungsprivatisierung

Öffentliche Aufgabenerfüllung durch Private

(direkte) Gewährleistungsverantwortung

Beleihung

Konzession

PPP/ÖPP

nicht als Organisationstyp geregelt, kein allgemeines ÖPP-Gesetz

ÖPP-Beschleunigungsgesetz v. 2005 war ein Artikelgesetz ohne allerdings eine Kodifizierung der ÖPP

P: lange Bindung der öffentlichen Hand, v.a. weit über die Wahlzyklen hinaus

- Betriebsführungsmodell
- Betreiber-/Erwerbermodell

Bau und Betrieb einer Anlage, nach Ablauf der Vertragslaufzeit Eigentumsübergang auf den Staat

- Leasingmodell

Privater baut und verleast (mit fester, meist langer Laufzeit)

- Konzessionsmodell

Privater Betreiber erhält nicht Entgelt von der öffentlichen Hand, sondern kann Entgelte von Nutzern (z.B. Maut, Fahrpreise) erheben

- Kooperationsmodell

Gründung einer gemeinsamen Gesellschaft, Kontrolle (§ 65 I Nr. 3 BHO/LHO beim Staat)

- Outsourcing

Reinigung o. Wachdienst durch Private

Aufgabenprivatisierung, materielle Privatisierung

grundsätzlich marktförmige Aufgabenerfüllung, ggf. Regulierungsverwaltung und staatliche Gewährleistungsverantwortung

- Telekommunikation
- Post
- ÖPNV
- Gas & Wasser (tw.)

Verkauf des Wohnungsbestands der Stadt Dresden → soziale Abfederung durch „Sozialcharta“

Grenzen

Gewaltmonopol

→ Eingriffsverwaltung

Funktionsvorbehalt für den öffentlichen Dienst (Art. 33 IV GG)

P: Abschleppunternehmen, Parkraumbewirtschaftung

Sozialstaatsprinzip

aber keine staatliche Pflicht zur Eigentätigkeit

Privatisierungsfolgenverantwortung

P ist das ein Rechtsbegriff?

Dresdner Sozialcharta nach der Privatisierung des kommunalen Wohnungsbestands

(Re-)Etatisierung. (Re-)Kommunalisierung

Schaffung von Monopolen

beachte die Grenzen durch Eigentumsrecht, Berufsfreiheit und Vertrauensschutz

GKV ⇔ PKV

Enteignung (Art. 14 GG)

Enteignung (gegen Entschädigung, Art. 14 III GG)

HRE:

FMStG, FMStErG mit Rettungsübernahmegesetz (RettungsG): Enteignungsmöglichkeit aber nicht auf der Basis des Art. 15 GG, sondern des Art. 14 III GG

Enteignungsmöglichkeit kam aber letztlich nicht zur Anwendung, sondern es reichten Modifizierungen des Gesellschaftsrechts (Erhöhung des Eigenkapitals und Erleichterung des Squeeze-Out); Enteignung nur als „letztes Mittel“, weil nach der Lehman-Pleite 2008 große Unsicherheit herrschte

Vergesellschaftung (Art. 15, Art. 74 I Nr. 15 GG)

keine Entscheidung zwischen Marktwirtschaft und Sozialismus

nicht einmal beschränkt auf die Alternative zw. Marktwirtschaft und Sozialismus, sondern auch autoritäre Staatswirtschaft ist danach (in wirtschaftspolitischer) Hinsicht möglich

Beschränkt auf die wichtigsten Produktionsmittel des 19. u. 20. Jahrhunderts

es fehlen Kapital (Banken!) und Know-how → Bsp. für Zeitgebundenheit von Normen

Gemeineigentum/Gemeinwirtschaft ≠ Staatseigentum

Gemeinwirtschaft ist nicht auf Gewinn, sondern auf Bedarfsdeckung hin ausgelegt

Vergesellschaftung darf nicht aus (reinen) Fiskalzwecken erfolgen

zuständig sind Bund und Länder (konkurrierende Gesetzgebung, Art. 74 I Nr. 15 GG)

Konfiskation

Enteignung ohne Entschädigung

nach dem GG nicht erlaubt

Bitte §§ 97 ff. GWB mitbringen

Vergaberecht (21.11.12)

Vergaberecht (21.11.12).....	22
Normwerke	23
Völkerrecht	23
Europarecht	23
Primärrecht	23
Sekundärrecht.....	23
Zögerliche Umsetzung im deutschen Recht	24
Deutsches Vergaberecht.....	24
Haushaltsrecht	24
Wirtschaftlichkeitsgebot (§ 6 HGrG; § 7 BHO).....	24
Interessenbekundungsverfahren (§ 7 II 2 BHO).....	24
Öffentliche Ausschreibung (§ 30 HGrG; § 55 BHO)	24
Kartellvergaberecht (§§ 97 ff. GWB).....	24
(Landes-)Vergabegesetze	24
Vergabeordnungen (früher: Verdingungsordnungen)	24
Rechtsnatur und Entwicklung.....	24
Vergabehandbücher.....	25
Ziele des Vergaberechts.....	25
Wirtschaftliche Beschaffung.....	25
Wirtschaftlichkeitsgebot (§ 6 HGrG; § 7 BHO/LHO)	25
Transparenz (§ 97 I GWB).....	25
Diskriminierungsfreiheit	25
Wettbewerbsprinzip	25
Wirtschafts- und sozialpolitische Nebenziele	25
Konjunktursteuerung	25
Mittelstandsförderung	25
Außerwirtschaftliche Ziele (§ 97 IV 2 GWB).....	25
Vergabeverfahren.....	26
Voraussetzungen	26
Öffentlicher Auftraggeber (§ 98 GWB)	26
Öffentlicher Auftrag (§ 99 GWB)	26
Legaldefinition (§ 99 I GWB)	26
Vertrag	26
Vertragsgegenstand.....	26
Entgeltlichkeit.....	26
Ausnahmen	26
Konzession.....	26
Inhouse-Vergabe.....	26
Instate-Vergabe.....	27
Schwellenwerte (§ 2 VgV).....	27
Verfahren oberhalb der Schwellenwerte	27
Vergabegrundsätze	27
Wettbewerbsgrundsatz (§ 97 I GWB)	27
Transparenzgrundsatz (§ 97 I GWB).....	27
Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 97 II GWB)	27
Berücksichtigung des Mittelstands (§ 97 III GWB)	27
Bieterqualifikation (§ 97 IV GWB).....	27
Wirtschaftlichkeit (§ 97 V GWB).....	27
Verwirklichung des Binnenmarktes	27
Subjektives Recht (§ 97 VII GWB).....	27
Verfahrensarten (§ 101 GWB)	27
Verfahrensablauf (VOL/A, Teil 2 – offenes Verfahren)	28
Ausschreibung (§ 30 HGrG; § 55 BHO/LHO).....	28
Bekanntmachung	28
Vergabeunterlagen.....	28
Angebotsabgabe	28
Vergabe	28
Prüfungs- und Bewertungsverfahren	28
Vergabekriterien	28

Zuschlag	28
Nachprüfungsverfahren (§§ 102 ff. GWB)	28
Vergabekammern	28
Verfahren unterhalb der Schwellenwerte	28
Maßgebliche Normen	28
Ausschreibungspflicht (§ 55 BHO/LHO).....	29
Rechtsschutz	29
Sonderfall interkommunale Zusammenarbeit	29
Sonderfall Sozialversicherungen.....	29

Marktteilnahme des Staates als Nachfrager nach Waren und Dienstleistungen

Staat stellt die benötigten Waren und Dienstleistungen nicht selbst her, sondern greift auf den privaten Sektor zurück

ca. 15% des BIP entfallen auf öffentliche Aufträge

staatliche Nachfrage ist nicht nur (reine) Beschaffung, sondern auch Wirtschaftsförderung, Wirtschaftslenkung und Konjunktursteuerung

Staat handelt privatrechtlich (fiskalisches Hilfsgeschäft)

Vergaberecht: rechtliche Vorgaben für die öffentliche Verwaltung bei der Beschaffung der sachlichen Mittel zu ihrer Aufgabenerfüllung

Normwerke

keine einheitliche Kodifikation

Völkerrecht

1996: Government Procurement Agreement (GPA; Regierungsbeschaffungsabkommen)

EU ist Vertragspartei → Vergaberichtlinien

Europarecht

Primärrecht

Grundlage: europarechtliche Grundfreiheiten und Diskriminierungsverbot → Verwirklichung des Binnenmarkts

Vergabegrundsätze, abgeleitet aus Primärrecht:

- Gleichbehandlung
- Transparenz
- Verhältnismäßigkeit
- gegenseitige (mitgliedstaatliche) Anerkennung
- Begründungspflicht für ablehnende Entscheidungen

Sekundärrecht

Primärrecht wird konkretisiert durch

- Vergabekoordinierungsrichtlinie (VKR) 2004/18/EG
- Sektorenkoordinierungsrichtlinie (SKR) 2004/17/EG (für Wasser, Energie und Verkehr)
- Rechtsmittelrichtlinien i.d.F. d. RL 2007/66/EG

Zögerliche Umsetzung im deutschen Recht

zögerliche und unzureichende Umsetzung, weil Vergaberecht in Deutschland traditionell haushaltsrechtlich und fiskalisch konzipiert war

ursprünglich: haushaltsrechtliche Regelung (vgl. § 30 HGrG, § 55 BHO/LHO) → reine Verwaltungsbindung

dann: Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben in den Verdingungsordnungen → aber Scheu vor dem Paradigmenwechsel, v.a. vor den individuellen Rechtsschutzmöglichkeiten → unzureichende Richtlinienumsetzung, weil nicht durch Gesetz¹⁰

1993: Umsetzung in §§ 57a–57c HGrG und VgV → unzureichende Richtlinienumsetzung, da keine subjektiven (Klage-)Rechte der Verfahrensbeteiligten

seit 1998: heutige Regelung

Deutsches Vergaberecht

Kaskadenhafte Regelung: Haushaltsrecht – §§ 97 ff. GWB – VgV – Vergabeordnungen

Haushaltsrecht

Wirtschaftlichkeitsgebot (§ 6 HGrG; § 7 BHO)

Interessenbekundungsverfahren (§ 7 II 2 BHO)

Prüfung, ob marktmäßig erbrachte Leistungen wirtschaftlicher sind als von der öffentlichen Hand erbrachte

Öffentliche Ausschreibung (§ 30 HGrG; § 55 BHO)

Kartellvergaberecht (§§ 97 ff. GWB)

1998: Schaffung der Regelung („kartellrechtliche Lösung“) als eine Reaktion auf die bis dahin geltende haushaltsrechtliche Lösung, nach der die Marktteilnehmer keine subjektiven Rechte hatten

VgV: basiert auf § 97 VI u. § 127 GWB

Sektorenverordnung (SektVO) speziell für Verkehr, Trinkwasser und Energie

(Landes-)Vergabegesetze

in manchen Ländern

Tariftreueerklärungen, Mittelstandsförderung, Frauenförderung

Vergabeordnungen (früher: Verdingungsordnungen)

Rechtsnatur und Entwicklung

von Verdingungsausschüssen erstellte Regelungskataloge → urspr. privatrechtliche (Verbände-)Vereinbarungen (aus der Weimarer Zeit)

Verdingungsausschüsse bestehen heute aus Vertretern der öffentlichen Hand, insb. der Kommunen, der Wirtschaft und der Gewerkschaften

dann: Übernahme der Verdingungsordnung als (intern wirkende) Verwaltungsvorschriften → keine subjektive Rechtsposition der Marktteilnehmer

¹⁰ EuGH, Rs. C-433/93 – Vergaberichtlinien.

heute: §§ 4–7 VgV verweisen auf Vergabeordnungen

- Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) (bis 2002: „Verdingungsordnung...“)
- Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL) (bis 2009: „Verdingungsordnung...“)
- Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) (bis 2009: „Verdingungsordnung...“)

Zusatz „/A“ (VOL/A, VOB/A) verweist auf den jeweiligen Teil „A“ des Normwerks

Vergabehandbücher

Ziele des Vergaberechts

Wirtschaftliche Beschaffung

Wirtschaftlichkeitsgebot (§ 6 HGrG; § 7 BHO/LHO)

Minimalprinzip

Maximalprinzip

Sparsamkeitsprinzip

Transparenz (§ 97 I GWB)

Korruptionsbekämpfung

Vetternwirtschaft, Hoflieferanten, Bestechung

Diskriminierungsfreiheit

Gleichbehandlungsgebot

Grundrechtsschutz, insb. Verwirklichung des Gleichheitsprinzips

europäische Grundfreiheit

Wettbewerbsprinzip

Wirtschafts- und sozialpolitische Nebenziele

Konjunktursteuerung

Mittelstandsförderung

Aufteilung in Fach- und Teillose (vgl. § 97 III GWB)

Außerwirtschaftliche Ziele (§ 97 IV 2 GWB)

Tariftreueklausel

Verbot, Tropenhölzer zu verbauen (Kollision mit Freihandelsabkommen)
--

Vergabeverfahren

Voraussetzungen

Öffentlicher Auftraggeber (§ 98 GWB)

- institutionelle Auftraggeber (Nr. 1): Bund, Länder, Kommunen, AKS
- funktionale Auftraggeber (Nr. 2): Staatsbetriebe
- Zusammenschluss von Auftraggebern (Nr. 3): Zweckverbände
- Sektorenauftraggeber (Nr. 4): staatliche beherrschte oder mit Monopolrechten ausgestattete Infrastrukturunternehmen

TK-Sektor und Post sind wegen des dort inzw. herrschenden Wettbewerbs nicht mehr Vergaberecht unterworfen

- projektbezogene Auftraggeber (Nrn. 5 u. 6): öffentlich finanzierte oder konzessionierte Auftraggeber

Öffentlicher Auftrag (§ 99 GWB)

Legaldefinition (§ 99 I GWB)

Vertrag

2 übereinstimmende WE.en

auch öffentlichrechtlicher Vertrag

auch (wesentliche) Vertragsänderung

kein öffentlicher Auftrag i.S.d. § 99 I GWB ist der Subventionsvertrag

kein öffentlicher Auftrag ist die Veräußerung von öffentlichen Unternehmen, es sei denn, diese sei vorher (zur Umgehung) mit einer Aufgabe betraut worden

Vertragsgegenstand

Lieferleistung, Bauleistung, Dienstleistung (§ 99 II–IV GWB)

Abgrenzung untereinander nach § 99 VII GWB

Entgeltlichkeit

Ausnahmen

Konzession

Nutzungsmöglichkeit statt Entgelt

Baukonzession unterfällt Vergaberecht

Dienstleistungskonzession nicht, aber Anwendbarkeit des EU-Primärrechts

Inhouse-Vergabe

vergaberechtlich ist Inhouse-Vergabe möglich, weil öffentliche Hand unabhängig von ihrer organisatorischen Struktur auf ihre Ressourcen zugreifen können darf

insb. an Kommunalunternehmen

Teckal-Kriterien

- öffentliches Unternehmen als Auftragnehmer
- Kontrolle über Auftragnehmer
- Erfüllung einer wesentlichen öffentlichen Aufgabe durch Auftragnehmer

Instate-Vergabe

EuGH, NZBau 2009, 527ff. – Stadtreinigung Hamburg.

Vergabe an Zweckverbände o.ä.

Schwellenwerte (§ 2 VgV)

Festlegung durch Europäische Kommission (Art. 78 RL 2004/18/EG; vgl. § 2 VgV)
entscheidend für das Verfahren ist das Über- oder Unterschreiten von Schwellenwerten

Verfahren oberhalb der Schwellenwerte

*irreführenderweise teilweise „Europaweite Ausschreibung“ genannt
betrifft europaweit etwa 15% der Aufträge*

Umsetzung der Vorgaben aus dem GPA in §§ 97 ff. GWB

§§ 4–7 VgV verweisen auf VOB/A, VOL/A und VOF („Schubladensystem“)

Vergabegrundsätze

Wettbewerbsgrundsatz (§ 97 I GWB)

Wahrung des Geheimwettbewerbs

Transparenzgrundsatz (§ 97 I GWB)

Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 97 II GWB)

Diskriminierungsverbot

keine Beschränkung auf Angebote aus bestimmter Region (§ 6 I Nr. 1 VOB/A)

Berücksichtigung des Mittelstands (§ 97 III GWB)

Aufteilung von Ausschreibungen auf Fach- und Teillose

Grenze: Unwirtschaftlichkeit und technische Schwierigkeiten (§ 97 III 3 GWB)

Bieterqualifikation (§ 97 IV GWB)

Wirtschaftlichkeit (§ 97 V GWB)

Verwirklichung des Binnenmarktes

EU-weite Ausschreibungen

Subjektives Recht (§ 97 VII GWB)

Verfahrensarten (§ 101 GWB)

- Offenes Verfahren: Regelverfahren mit Ausschreibung
- Nichtoffenes Verfahren: Dringlichkeit, Geheimhaltung, kein Erfolg im offenen Verfahren
- Verhandlungsverfahren: nur ein Anbieter (z.B. Patentinhaber)
- Wettbewerblicher Dialog (§ 6 VgV)
- Rahmenvereinbarung (§ 3 VIII 2 VgV)
- Elektronische Auktion, dynamische Beschaffung (§ 101 VI GWB)

Verfahrensablauf (VOL/A, Teil 2 – offenes Verfahren)

Ausschreibung (§ 30 HGrG; § 55 BHO/LHO)

Bekanntmachung

Vergabeunterlagen

- Anschreiben (= Aufforderung zur Angebotsabgabe)
- Leistungsbeschreibung

CPV (“Common Procurement Vocabulary“)-Codes zur datenbankgestützten Recherche

- Allgemeine Vertragsbedingungen

Angebotsabgabe

Bindefrist bis zur Erteilung des Zuschlags → Änderungen und Rücknahme ist nicht mehr möglich

Vergabe

Prüfungs- und Bewertungsverfahren

- Eingangsvermerk auf ungeöffnete Umschläge
- Prüfung auf Vollständigkeit und fachlich u. rechnerische Richtigkeit
- Aussortieren bei fehlenden Eignungsmerkmalen der Bieter (§ 97 IV GWB)

Vergabekriterien

(alleiniger) Maßstab ist das Wirtschaftlichkeitsprinzip (§ 97 V GWB)

ökologische und soziale Kriterien können berücksichtigt werden (vgl. § 97 IV 2 GWB)

Zuschlag

Angebotsangabe als Vertragsangebot, Zuschlag als Annahme

Stillhaltefrist vor Erteilung des Zuschlags (§ 101a I 3 GWB)

Vorabinformation der unterlegenen Bieter vor Zuschlag (§ 101a I GWB)

Nachprüfungsverfahren (§§ 102 ff. GWB)

Sicherung des Verfahrens durch Rechtschutzmöglichkeit

Vergabekammern

ähnlich dem gerichtlichen Verfahren (§§ 107–115 GWB)

Beschwerde zum OLG (Vergabekammer) möglich (§§ 116–124 GWB)

Fehlerfolge (§ 101b GWB)

Verfahren unterhalb der Schwellenwerte

80%–90% der Aufträge liegen unter den Schwellenwerten

s.a. Ausnahmetatbestände des § 100 II GWB

Maßgebliche Normen

keine Geltung von §§ 97 ff. GWB, VgV, VOB, VOL und VOF

aber: Geltung des (allg.) EU-Primärrechts, des Haushaltsrechts und des Gleichheitssatzes

subjektive Rechte nur über Selbstbindung der Verwaltung

Ausschreibungspflicht (§ 55 BHO/LHO)

Herstellung von Markttransparenz

Rechtsschutz

nur objektivrechtliche Dimension: keine subjektivrechtlichen Positionen der Bieter

P: Rechtsweg: Ordentliche Gerichtsbarkeit (BVerwG¹¹); Verwaltungsrechtsweg¹² (a.A.)

Sonderfall interkommunale Zusammenarbeit

Grundsatz des beschränkten örtlichen Wirkungskreises

einvernehmliche Zusammenarbeit und damit auch Tätigkeit der einen Gemeinde auf dem Gebiet der anderen ist aber möglich

Sonderfall Sozialversicherungen

Aushandlung zwischen den „Sozialpartnern“

¹¹ BVerwG, Beschl. v. 2.5.2007, Az. BVerwG 6 B 10.07.

¹² OVG Koblenz, NZBau 2005, 411–412.

Wirtschaftsverwaltungsrecht: Allgemeines

Instrumente. Strukturen. Institutionen (27.11.)

<i>Wirtschaftsverwaltungsrecht: Allgemeines</i>	30
Instrumente. Strukturen. Institutionen	30
Grundsatz	31
Anforderungen	31
Instrumente	31
Eröffnungskontrolle	31
Erlaubnisfreiheit	31
Anzeige	31
Genehmigung	31
Überwachung	32
Informationssammlung	32
Auskunftsrechte	32
Nachschau	32
Messungen und Prüfungen	32
Verbote	32
Rat	32
Informelle Absprachen	32
Auflage	32
Anordnung	33
Öffentliche Warnung	33
Abberufung der Geschäftsleitung	33
Genehmigungsentzug. Untersagung	33
Sanktion	33
Verwaltungszwang	33
Ordnungswidrigkeiten	33
Strafbarkeit	33
Regulatorische Ermöglichung	33
Institutionen	33
Verwaltungszuständigkeit	33
Staatliche Verwaltung	34
Allgemeine und besondere Gewerbebehörden	34
Regulierungsverwaltung	34
Unabhängigkeit	34
Indienstnahme Privater	34
Akkreditierung	34
Selbstverwaltung	34
Vorteile	34
Kammern	34
Rechtsnatur und Mitgliedschaft	34
Pflichtmitgliedschaft („Kammerzwang“	34
Aufgaben	34
Innungen (§§ 52 ff. HwO)	35
Selbstregulierung	35
Regulierte Selbstregulierung	35
Vorschrift interner Maßnahmen	35
Kontrollmechanismen	35
Frühwarnsysteme	35
Betriebsbeauftragte	35

E. Stein, Die Wirtschaftsaufsicht, 1967.

tw. auch „Lenkungsrecht“ (Rittner) genannt

Grundsatz

Abschied vom Zunftwesen und Merkantilismus

Gewerbefreiheit!

→ staatliche Aufsichtseingriffe müssen immer verhältnismäßig sein

Anforderungen

Fachliche Eignung (z.B. § 33 I Nr. 4 KWG)

wirtschaftliche Leistungsfähigkeit (§ 13 I Nr. 1 PBefG)

Zuverlässigkeit (insb. § 35 GewO)

Instrumente

unterschiedliche Kategorisierungen:

- nach Eingriffsintensität
- nach Überwachung – Eingriff – Sanktion (*E. Stein*)

Eröffnungskontrolle

repressive Überwachung ⇔ präventive Überwachung

Erlaubnisfreiheit

Rechtsdienstleistungen (§ 3 RDG)

nur anlassbezogene Kontrolle → allgemeines Gefahrenabwehrrecht

Anzeige

Synonyma: Meldepflicht

Kenntnis der Behörde von einer bestimmten Tätigkeit und damit von potentiell
Aufsichtsbedarf

§ 14 GewO; § 6 TKG

Genehmigung

(präventives oder – seltener – repressives) Verbot mit Erlaubnisvorbehalt

Personal- und Sachkonzession

- Überprüfung der Zuverlässigkeit
 - z.B. § 30 I Nr. 1 GewO (Privatkrankenhaus), § 4 I 1 Nr. 1 GastG (Gaststätte)
- Überprüfung der Fachkunde
 - z.B. § 7 I HwO (Handwerker), § 13 I Nr. 3 PBefG (Fuhrgeschäft), § 4 BRAO (Rechtsanwälte)
- Überprüfung der der Kapitaldeckung
 - z.B. § 13 I Nr. 1 PBefG
- usw.

Allgemein präventive Funktion, ausnahmsweise aber auch repressiv (§ 6 KrWaffG¹³)

Überwachung

Dampfkesselaufsicht (Mitte 19. Jhd.); Versicherungsaufsicht (1901); Kreditaufsicht (1931; Weltwirtschaftskrise!); Energiewirtschaft (1935); Luftverkehr (1936); Personenbeförderung (1943)

Kein Gefahrenverdacht erforderlich → Überwachung ist normierter
Gefahrerforschungseingriff

Informationssammlung

Personalakte für Rechtsanwälte (§ 58 BRAO)

Auskunftsrechte

Prüfung von Unterlagen

Selbstbelastungsverbot

Nachschau

P: Unverletzlichkeit der Wohnung: Gilt das auch für Geschäftsräume → BVerfG: nein,
jedenfalls nicht während der (üblichen) Geschäftszeiten

Warum aber überhaupt Gleichsetzung von (privater) Wohnung und Geschäftsraum, zumal wenn dieser durch eine (anonyme) Kapitalgesellschaft geführt wird?

Messungen und Prüfungen

Grenzwertmessungen Warentests, Probenentnahmen Prüfung von Jahresabschlüssen usw.

Verbote

repressive Aufsichtsmittel

Verbote haben immer (nur) Reservefunktion (Verhältnismäßigkeit!!)

tw. auch „Berichtigungsmittel“ genannt (E. Stein)

Opportunitätsprinzip: Staat kann eingreifen, muss es aber nicht (anders bei der
Strafverfolgung)

Rat

Beratung § 73 II Nr. 1 Alt. 1 BRAO

Informelle Absprachen

weiches Aufsichtsmittel

Rechtsschutzdefizit

Auflage

oft in Form einer vorbehaltenen nachträglichen Auflage zur Genehmigung

¹³ Amtlich: Ausführungsgesetz zu Artikel 26 Abs. 2 des Grundgesetzes v. 1961.

Anordnung

Öffentliche Warnung

BVerfG: Kein Grundrechtseingriff

Abberufung der Geschäftsleitung

auch: Abberufungsverlangen hinsichtlich des betrieblichen Datenschutzbeauftragten (§ 38 V 3 BDSG)

Genehmigungsentzug. Untersagung

repressives Aufsichtsmittel

Rücknahme u. Widerruf einer Genehmigung (§ 25 PBefG; § 35 KWG; ansonsten §§ 48, 49 VwVfG)

Gewerbeuntersagung wg. Unzuverlässigkeit (§ 35 GewO)

Untersagung ist keine Sanktion

Sanktion

Verwaltungszwang

Unmittelbarer Zwang – Zwangsgeld – Zwangshaft

Ordnungswidrigkeiten

Normerläuterndes Gespräch – Verwarnung – Geldbuße

Strafbarkeit

in schweren Fällen, v.a. bei Schädigungs- oder Bereicherungsabsicht, auch Strafbarkeit

Regulatorische Ermöglichung

über das klassische Wirtschaftsverwaltungsrecht hinaus ermöglicht Regulierungsverwaltung eine wirtschaftliche Tätigkeit u.U. erst

Frequenzvergabe

Entgeltregulierung

Öffnung monopolistischer Strukturen

→ VL Regulierungsverwaltung

Institutionen

Verwaltungszuständigkeit

Grundsatz der Länderzuständigkeit

Verwaltungsföderalismus

Ausnahmen:

- funktionale Ausnahme: z.B. Atomrecht (Bundesauftragsverwaltung)
- materielle Ausnahme: Regulierungsrecht (BNetzA; BAFin)
- Selbstverwaltungskörperschaften auf Bundes- und Landesebene

Staatliche Verwaltung

Allgemeine und besondere Gewerbebehörden

Regulierungsverwaltung

Agenturen: Vorbilder waren die u.s.-amerikanische „Independent Regulatory Agency“ → europäische Agenturen

Unabhängigkeit

P: ministerielle Weisung

Indienstnahme Privater

Akkreditierung

Datenschutz-Audit (in SH und Bremen)

GS-Zeichen (§§ 20 ff. ProdSG; früher §§ 7 ff. GPSG)

Selbstverwaltung

Vorteile

- Entlastung der staatlichen Verwaltung
- Indienstnahme des Sachverständigen in der Branche

P Gemeinwohlorientierung

Kammern

Handwerkskammern, IHK, Landwirtschaftskammern (nach Landesrecht), berufsständische Kammern
--

Ursprung: mittelalterliche Zünfte

Rechtsnatur und Mitgliedschaft

Körperschaften des öffentlichen Rechts (§ 3 I IHK-G) → keine Grundrechtsberechtigung

Satzungsmacht

Pflichtmitgliedschaft („Kammerzwang“)

BVerfG: kein Schutz durch negative Vereinigungsfreiheit (Art. 9 GG) oder

Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 GG), sondern nur nach Art. 2 I GG

Voraussetzungen

- legitime Aufgabe:
- Geeignetheit: Kammer muss ihre Aufgabe gerade in der Kombination besser erfüllen als staatliche Aufsichtsverwaltung einerseits und private Wirtschaftsverbände andererseits
- Erforderlichkeit: gerade des Zwangsverbands
- Übermaßverbot: nur unwesentliche Beschränkung der unternehmerischen Handlungsfreiheit

europarechtlich unproblematisch, da Dienstleistungsfreiheit nicht betroffen (kein Sitz im Kammerbezirk) und keine Diskriminierung hinsichtlich der Niederlassungsfreiheit

Aufgaben

freiwillige und pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben sowie übertragene Aufgaben

(|| Kommunalrecht)

Rechtsschutz gegen Aufgabenüberschreitung

Innungen (§§ 52 ff. HwO)

Körperschaft des öffentlichen Rechts

freiwillige Mitgliedschaft

Aufgabe: Förderung der gemeinsamen gewerblichen Interessen (§ 53 I 1 HwO)

Selbstregulierung

Regulierte Selbstregulierung

Selbstverpflichtung

§ 38a BDSG, Kodices

Vorschrift interner Maßnahmen

Kontrollmechanismen

Frühwarnsysteme

Betriebsbeauftragte

betriebliche Datenschutzbeauftragte

umweltrechtliche Beauftragte (§§ 59 ff. KrWG; §§ 53 ff. BImSchG; §§ 64 ff. WHG; § 8b TierSchG;
§ 6 IV GenTG)

Wirtschaftsordnungsrecht**Gewerberecht (5.12.12)**

<i>Wirtschaftsordnungsrecht</i>	36
Gewerberecht (5.12.12)	36
Gewerberecht als Allgemeiner Teil des Wirtschaftsordnungsrechts (GewO)	37
Systematik	37
Allgemeiner Teil	37
Begrenzter Anwendungsbereich	37
Gewerbebegriff (§ 6 GewO)	37
Erlaubtheit	37
Nicht-Verbotenheit	37
Keine soziale Unwertigkeit	38
Selbständigkeit	38
Dauerhaftigkeit	38
Gewinnerzielungsabsicht	38
Gewerbefähigkeit (Ausschluss von Urproduktion und Freien Berufen)	38
Urproduktion	38
Freie Berufe	39
Verwaltung eigenen Vermögens	39
Gewerbefreiheit (§ 1 I GewO)	39
Allgemeines Gewerberecht (Stehendes Gewerbe)	39
Zuverlässigkeit als Zentralbegriff	39
Zuverlässigkeit	39
Tatsachen mit Bezug zum Gewerbe	39
Prognose künftiger Unzuverlässigkeit	39
(Fachliche) Voraussetzung	40
Eröffnungskontrolle	40
Gewerbeanzeige	40
Gewerbegenehmigung	40
Gewerbeüberwachung	40
Auskunft und Nachschau (§ 29 GewO)	40
Gewerbezentralregister (§ 149–153 GewO)	40
Besondere Überwachungsbedürftigkeit (§ 38 GewO)	40
Eingriffsrechte	40
Gewerbeuntersagung (§ 35 GewO)	40
Voraussetzung: Unzuverlässigkeit	41
Sektorielle Gefahr	41
Stilllegungsverfügung (§ 15 II GewO)	41
Sanktionen (§§ 144–148b GewO)	41
Besondere Gewerbearten	41
Reisegewerberecht (§§ 55 ff. GewO)	41
Grundsätzliche Erlaubnispflicht	41
Marktgewerberecht (§§ 64 ff. GewO)	41
Marktveranstaltungsfreiheit	41
Privatmärkte (§§ 63–68 GewO)	41
Marktfestsetzung	41
Marktprivilegien	41
Marktdurchführungspflicht (§ 69 II GewO)	42
Marktteilnahme (insb. § 70 GewO)	42

Gewerberecht als Allgemeiner Teil des Wirtschaftsordnungsrechts (GewO)

Systematik

Allgemeiner Teil

hat die Funktion eines allgemeinen Teils des Gewerbe- und Wirtschaftsverwaltungsrechts
ist seinerseits Besonderes Gefahrenabwehr und Ordnungsrecht

3 Gewerbearten:

- stehendes Gewerbe (§§ 14 ff. GewO)
- Reisegewerbe (§§ 55 ff. GewO)
- Marktgewerbe (§§ 64 ff. GewO)

aus dem Gewerberecht sind im Laufe der Zeit immer mehr relevante Materien ausgegliedert worden (→ Besonderes Gewerberecht; insb. Handwerks-, Gaststätten- u. Umweltrecht); so enthält die GewO nur noch die allgemeinen Regeln und die „unwichtigen Gewerbe“ (s. v. a. §§ 30–34e GewO)

daneben auch arbeitsrechtliche Vorschriften (§§ 105 ff. GewO)

Begrenzter Anwendungsbereich

(ungeschriebene) Herausnahme nicht-gewerbsmäßige Tätigkeiten:

- Urproduktion
- Freie Berufe
- Vermögensverwaltung

gesetzliche Beschränkung des Anwendungsbereichs (§ 6 GewO) → teilweise Redundanzen

funktionaler Gewerbebegriff → Herausnahme von ordnungsrechtlich unbedenklichen (Bagatell-)Fällen

z.B. Online-Versteigerungen sind nicht erlaubnispflichtig nach § 34b GewO, weil bei funktionaler Betrachtungsweise und unter Berücksichtigung des fernabsatzrechtlichen Widerrufsrechts keine mit konventionellen Versteigerungen vergleichbare Gefahrenlage vorliegt¹⁴

Gewerbebegriff (§ 6 GewO)

Gewerbe: Jeder erlaubte, auf Gewinnerzielung ausgerichtete, selbständige und auf Dauer angelegte Tätigkeit, die nicht Urproduktion, Freier Beruf oder Verwaltung eigenen Vermögens ist¹⁵

Funktion der Definition: Umschreibung des anwendbaren speziellen Ordnungsrechts

(Neben-)Folge: Gewerbesteuerpflicht, wenngleich GewStG einen eigenständigen Gewerbebegriff hat

Erlaubtheit

Nicht-Verbotenheit

kein allgemeines Verbot

kein allgemeines Verbot, sondern nur Verbot einer bestimmten Modalität (z.B. Verbot der Schwarzarbeit) oder Straftat bei Gelegenheit einer gewerblichen Tätigkeit führt nicht zum Ausschluss der GewO (und GewStG)

¹⁴ Ausf. Martini, in: Pielow, BeckOK GewO, 20. Ed.2012, § 34b GewO, Rn. 21 f.

¹⁵ BVerwG, NJW 1997, 772; allg. M.

Keine soziale Unwertigkeit

Transmission einer Sittlichkeitsnorm in das Recht

GewO bleibt hinter Art. 12 I GG zurück

erlaubt: Astrologie, Wahrsagerei, Swingerclub, heute auch Prostitution

verboten und sozial unwertig: Betteln, „*gewerbsmäßige*“ Hehlerei, verbotenes Glückspiel, früher auch Prostitution, Scheinselbständigkeit

Grenzfälle: Zwergenweitwurf, Zurschaustellung von Menschen im Käfig

Selbständigkeit

Übernahme unternehmerischen Risikos

Handeln auf eigene Rechnung und auf eigene Gefahr

inhaltliche Unabhängigkeit

auch bei Franchisenehmern

Abgrenzung zu Angestellten

P Scheinselbständigkeit → arbeits- und sozialversicherungsrechtlich Arbeitnehmer, gewerberechtlich (als Ordnungsrecht) aber Gewerbetreibende

Dauerhaftigkeit

Wiederholungs- und Fortsetzungsabsicht

kann auch bei nur saisonaler Tätigkeit vorliegen, nicht aber beim bloßen Einspringen

P: ein längeres Bauprojekt (h.M. (+))

Gewinnerzielungsabsicht

Abgrenzung zur Gemeinnützigkeit und zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben

unmittelbar gemeinnützige Tätigkeit ist allerdings kein Gewerbe, selbst wenn tatsächlich Gewinne erzielt werden

auf tatsächliche Gewinnerzielung kommt es nicht an

unerheblich ist die Gewinnverwendungsabsicht (z.B. für karitativen Zwecke)

Gewerbefähigkeit (Ausschluss von Urproduktion und Freien Berufen)

traditionell wird das Gewerberecht vom Recht der Urproduktion (Landwirtschaft, Bergbau) und den Freien Berufen (Architekten, Steuerberater, Rechtsanwälte) unterschieden (§ 6 I 1 GewO) → Voraussetzung der GewO gelten für Bauern und Rechtsanwälte nicht

Urproduktion

Landwirtschaft, Jagd, Bergbau; sog. primärer Sektor

aus historischen Gründen ausgenommen (vgl. § 6 I 1 GewO. Fischerei, ansonsten Gewohnheitsrecht)

Annexfähigkeit (Brot aus eigenem Getreide, Verkauf eigener Produkte) (+)

P: Mastbetrieb (da Fremdfutter und Fremdvieh) (-)

P: Wind- und Solarparks, jedenfalls aber Anwendbarkeit des EnWG, daneben des Bau- und Bodenrechts

Freie Berufe

wissenschaftliche, künstlerische oder schriftstellerische Tätigkeit

Kunst ⇔ Kunstgewerbe

Dienstleistung, die eine höhere Bildung voraussetzt

Ärzte, Rechtsanwälte, Architekten

Lotsen (+), obwohl kein akademischer Beruf

Repetitor (+), Hauslehrer

Nachhilfeunterricht (-), da auch von Schülern erbracht

jeweils spezifische Gefahrenneigung, daher spezielle Berufseingangsvoraussetzungen und (vielfache) berufsständische Kontrolle

Verwaltung eigenen Vermögens

ansonsten kaum abgrenzbar

allerdings Gesamtbetrachtung, so dass bei umfangreicher Tätigkeit auch Gewerbe angenommen wird

Gewerbefreiheit (§ 1 I GewO)

seit 1810 (in Preußen)

heute Art. 12 I GG

§ 1 I GewO gilt auch für Ausländer, ausländische juristische Personen und die öffentliche Hand

Gewerbeschein (§ 15 GewO) ist nur die Bestätigung der Anzeige (§ 14 GewO)

jede Einschränkung der Gewerbe- und Wirtschaftsfreiheit muss auf Gesetz beruhen

→ subjektives Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung und ggf. Genehmigung (bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen)

betrifft nur das „Ob“ einer Tätigkeit, nicht auch das „Wie“

Allgemeines Gewerberecht (Stehendes Gewerbe)

„stehendes Gewerbe“ ist jedes Gewerbe, das kein Reise- und kein Marktgewerbe ist

Zuverlässigkeit als Zentralbegriff

Zuverlässigkeit

vgl. nur § 35 GewO

Tatsachen mit Bezug auf das Gewerbe, die die Prognose stützen, dass das Gewerbe in Zukunft nicht (mehr) ordnungsgemäß ausgeübt wird

Tatsachen mit Bezug zum Gewerbe

Verkehrsdelikt und Personenbeförderung

Prognose künftiger Unzuverlässigkeit

- einschlägige Straftat oder OWi (+)
- Verletzung steuer- und sozialabgabenrechtlicher Pflichten (+), aber Abwägung

- Beschäftigung von Schwarzarbeitern (+)
- finanzielle Leistungsfähigkeit (-)
 - P Überschuldung
- Fehlen elementarer Kenntnisse

Nichtschwimmer als Schwimmlehrer¹⁶

(Fachliche) Voraussetzung

Eröffnungskontrolle

Gewerbeanzeige

grundsätzlich genügt eine Anzeige

einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung

Gewerbegenehmigung

genehmigungsbedürftig nur bei besonderer Anordnung

§§ 30–34e GewO; GastG, HwO, PBefG

Reisegewerbe (§ 55 II GewO)

keine besondere Gewerbepflichtigkeit für E-Commerce (§ 4 TMG)

regelmäßig ein präventives Verbot mit Genehmigungsvorbehalt

Gebundene Entscheidung → Anspruch auf Genehmigung (subjektives Recht)

regelmäßig Personalkonzession, aber auch als Sach- oder gemischte Konzession denkbar

regelmäßig keine Konzentrationswirkung

Kriterien

- (gewerberechtliche) Zuverlässigkeit
- geeignete Räumlichkeiten (z.B. Privatkrankenanstalten, § 30 I 1 Nr. 2–4 GewO)
- finanzielle Leistungsfähigkeit
- Sachkunde (Bewachungsgewerbe, § 34a I 3 Nr. 3 GewO)

Gewerbeüberwachung

Auskunft und Nachschau (§ 29 GewO)

zentrale Wirtschaftsüberwachungsnorm

Gewerbezentralregister (§ 149–153 GewO)

Besondere Überwachungsbedürftigkeit (§ 38 GewO)

Eingriffsrechte

Gewerbeuntersagung (§ 35 GewO)

gewerberechtliche Generalklausel

Verhältnis zur allg. polizeilichen Generalklausel?

¹⁶ BVerwG, NJW 1961, 1834, 1834.

Voraussetzung: Unzuverlässigkeit

- Straftaten und Ordnungswidrigkeiten: Bezug zum Gewerbe erforderlich
- Steuer- und Abgabenrückstände nur bei einer gewissen Dauer und Höhe
- Rechtsverstöße ggn. wirtschaftsbezogene Pflichten (+)
- Vertragsverstöße nur ausnahmsweise
- Insolvenz und Überschuldung
- nur ausnahmsweise bei fehlender Qualifikation (soweit nicht ausdr. ges. gefordert)

Sektorielle Gefahr

Schutz der Allgemeinheit oder Schutz der Beschäftigten

nicht: Schutz einzelner Privater, insb. Vertragspartner

Stillegungsverfügung (§ 15 II GewO)

P: bloß formelle Illegalität (formelle Gewerberechtswidrigkeit bei materieller Gewerberechtmäßigkeit) →

Sanktionen (§§ 144–148b GewO)

Besondere Gewerbearten

Reisegewerberecht (§§ 55 ff. GewO)

erhöhtes Schutzbedürfnis wegen der räumlichen Beweglichkeit des Gewerbetreibenden

erhöhtes Schutzbedürfnis, da Reisegewerbetreibende aktiv auf Vertragspartner zugehen

Grundsätzliche Erlaubnispflicht

allgemein erlaubnispflichtig (§ 55 II GewO) → Reisegewerbekarte

Ausnahmsweise Erlaubnisfreiheit (§ 55a, § 55b GewO)

Ausnahmsweises Verbot (§ 56 GewO)

Marktgewerberecht (§§ 64 ff. GewO)

Recht der Märkte, Messen und Ausstellungen

landesrechtliche Abweichungsmöglichkeit nach Art. 125a I i.V.m. Art. 74 I Nr. 11 GG

Marktveranstaltungsfreiheit

jeder darf Märkte veranstalten, die aber erst nach Marktfestsetzung (§ 69 GewO) in den Genuss von Marktprivilegien kommen

Privatmärkte (§§ 63–68 GewO)

Anforderungen richten sich nach denen an ein stehendes oder Reisegewerbe,

Marktfestsetzung

keine Konzentrationswirkung (z.B. für Straßenrecht, Lärmschutz

Marktprivilegien

Marktfestsetzung (§ 69 GewO) ist keine notwendige Erlaubnis, sondern Voraussetzung für sog. „Marktprivilegien“

- keine Reisekartenpflicht
- Lockerung von arbeits- und jugendarbeitsschutzrechtlichen Vorgaben
- kein Ladenschluss

- kein Sonntagsarbeitsverbot
- tw. Ausnahme vom Gaststättenrecht

Marktdurchführungspflicht (§ 69 II GewO)

Marktteilnahme (insb. § 70 GewO)
zu festgesetzten und staatlichen (kommunalen) Märkten besteht ein Zulassungsanspruch
bei zu großer Nachfrage nach Teilnahme Ermessensentscheidung nach sachlichen Kriterien:

- „neu vor alt“

nicht aber: „alt vor neu“, da keine Chance für Neueinsteiger

- „bekannt und bewährt“
- Priorität
- Rotationsprinzip
- Attraktivität

nicht aber: Ortsansässigkeit

- Losentscheid

Dies sind dieselben Kriterien wie bei der Vergabe öffentlicher Konzessionen!

Gewerbenenrecht (12.12.12.)

Gewerbenenrecht (12.12.12.).....	43
Teilgebiete in der GewO (§§ 29–38 GewO).....	44
Handwerksrecht	44
Allgemeines	44
Entwicklung	44
Sinn und Zweck.....	44
Begriff des Handwerks.....	44
Anwendungsbereich	44
Begriff des Handwerks.....	45
Gewerbe (s. GewO).....	45
stehendes Gewerbe (vgl. §§ 14 ff. GewO).....	45
Selbständigkeit (§ 1 I 1 HwO).....	45
Handwerksfähigkeit (§ 1 II HwO).....	45
Handwerksmäßigkeit (§ 1 II 1, § 18 II 1, 18 II 2 HwO)	45
Arten des Handwerks	45
Zulassungspflichtiges Handwerk (§ 1 II HwO).....	45
Zulassungsfreies Handwerk (§ 18 II 1 HwO).....	45
Handwerkähnliches Gewerbe (§ 18 II 2 HwO)	45
Arten des Handwerksbetriebs.....	45
Hauptbetrieb	45
Nebenbetrieb (§ 2 Nr. 3 HwO)	46
Hilfsbetrieb (§ 3 III HwO).....	46
Qualifikationen	46
Meisterzwang (§ 7 Ia HwO).....	46
Betriebsleiter	46
Meisterprüfung (§ 7 Ia, § 45 II HwO)	46
Ausnahmebewilligung (§ 8 HwO).....	46
Ausübungsberechtigung in einem anderen Handwerk (§ 7a HwO).....	46
Altgesellenregelung (§ 7b HwO).....	46
EU-Ausländer (§ 9 HwO).....	46
Verfassungsrechtliche Probleme	46
Einschränkung der Berufsfreiheit (Art. 12 I GG)	46
Gleichheit (Art. 3 I GG)	47
Eröffnungskontrolle	47
Zulassungspflicht. Handwerksrolle (Anl. A zu HwO)	47
Eintragung in die Handwerksrolle (§ 10 HwO).....	47
Anzeigepflicht	47
Anzeigepflicht bei zulassungsfreiem Handwerk (Anl. B1 HwO)	47
Anzeigepflicht bei handwerksähnlichem Gewerbe (Anl. B2 HwO)	47
Überwachung (§ 17 HwO).....	47
Eingriffsbefugnisse	47
Lösung aus der Handwerksrolle (§ 13 HwO)	47
Untersagung (§ 16 III HwO)	47
Selbstverwaltung.....	47
Handwerkskammern.....	47
Handwerksinnungen.....	47
Gaststättenrecht.....	47
Allgemeines	47
Gesetzgebungskompetenz	47
Zweck.....	48
Anwendungsbereich.....	48
Qualifikationsanforderungen.....	48
Eröffnungskontrolle	48
Genehmigungspflicht	48
Auflagen (§ 5 GastG; § 6 I 1 bbgGastG)	48
Anzeigepflicht	48
Überwachung (§ 22 GastG; §§ 3, 9 bbgGastG)	49
Eingriffsbefugnisse	49
Aufhebung (§ 15 GastG).....	49

Anordnung und Untersagung (§ 6 bbg GastG).....	49
Gaststättenschließung (§ 31 GastG i.V.m. § 35 GewO).....	49
Gewerbeuntersagung (§ 31 GastG i.V.m. § 15 II GewO)	49
Spezialgesetze	49
Glückspielrecht	49
Ladenschlussgesetz	49
Jugendschutz	49
Datenschutzrecht (im nicht-öffentlichen Bereich)	49

Evaluation

BT des Gewerberechts

tw. in GewO, tw. in Spezialgesetzen

Teilgebiete in der GewO (§§ 29–38 GewO)

- Privatkrankenanstalten (§ 30 GewO)
- Lustbarkeiten (§ 33a, § 33b GewO)
- Glückspiel (§ 33c–§ 33i GewO)
- Pfandleihe (§ 34 GewO)
- Sicherheitsgewerbe (§ 34a GewO)
- Versteigerer, Makler, Versicherungsvertreter (§§ 34b ff. GewO)

Handwerksrecht

Allgemeines

Entwicklung

- Ursprünge im Mittelalter
- HwO v. 1953 → klassisches Mittelstandsgesetz
- Handwerks-Novelle 2004 → Aufgabe des Meisterzwangs

Sinn und Zweck

ursprünglich zünftische Eigeninteressen

später dann Schutz des Handwerks (Mittelstandsschutz und -förderung) zur Sicherung des Leistungsstands und des gewerblichen Nachwuchses

seit 2004: nicht mehr Schutz des Handwerks, sondern Schutz vor (schlechtem) Handwerk, Förderung der Ausbildungsbereitschaft und -fähigkeit des Handwerks

Folge der Zweckänderung: Verhältnismäßigkeit des (strengen) Meisterzwangs bei vielen Berufen nicht mehr gegeben

aber: starke systematische Beharrungskräfte in der HwO

Begriff des Handwerks

Anwendungsbereich

Abgrenzung nach unten zum Minderhandwerk, nach oben zum Industriebetrieb

Begriff des Handwerks

Gewerbe (s. GewO)

stehendes Gewerbe (vgl. §§ 14 ff. GewO)

→ andernfalls gelten §§ 55 ff. GewO

Selbständigkeit (§ 1 I 1 HwO)

auch schon im Gewerbebegriff enthalten

Handwerksfähigkeit (§ 1 II HwO)

Tätigkeit aus Anl. A HwO muss wesentlicher Bestandteil eines Gewerbes sein (§ 1 II HwO)

wesentliche Teiltätigkeit genügt, Kombination mehrerer unwesentlicher Teiltätigkeiten nicht

→ Gesamtbetrachtung (§ 1 III HwO)

ansonsten Minderhandwerk (§ 1 II 2 HwO)

insb.

- Erlernbarkeit in 1–3 Monaten
- jedenfalls der handwerksbezogenen Bestandteile
- keinen Ursprung in einem Handwerksberuf

Montagen, Schlüsseldienst, einfache Anstreicharbeiten

Handwerksmäßigkeit (§ 1 II 1, § 18 II 1, 18 II 2 HwO)

Abgrenzung zur industriellen Produktion

nur wenig systematisiert und zudem dynamischer Handwerksbegriff → Gesamtbild eines Betriebes

insb.

- Mitarbeit des Betriebsinhabers
- geringe Arbeitsteilung
- hoher Anteil an Handarbeit
- geringe Betriebsgröße
- niedriger Kapitaleinsatz
- individuelle Fertigung und Dienstleistung

Arten des Handwerks

Zulassungspflichtiges Handwerk (§ 1 II HwO)

gesetzestechnischer Normalfall

Zulassungsfreies Handwerk (§ 18 II 1 HwO)

Handwerkähnliches Gewerbe (§ 18 II 2 HwO)

Arten des Handwerksbetriebs

Hauptbetrieb

einschließlich von Zweigstellen

Nebenbetrieb (§ 2 Nr. 3 HwO)

muss mit einem (Handwerks- oder sonstigen) Betrieb zusammenhängen
handwerksrollenpflichtig, außer bei unerheblichem Nebenbetrieb (§ 3 I HwO)

Hilfsbetrieb (§ 3 III HwO)

nicht handwerksrollenpflichtig

Qualifikationen

Meisterzwang (§ 7 Ia HwO)

stark durchlöchernte Regelung

Betriebsleiter

abgestellt wird auf den (vom Inhaber u.U. personenverschiedenen) Betriebsleiter

Meisterprüfung (§ 7 Ia, § 45 II HwO)

→ meisterhafte Beherrschung des Handwerks und Fähigkeit zur selbständigen Ausbildung von Lehrlingen (vgl. § 45 II HwO)

„Großer Befähigungsnachweis“

Meisterbrief bloß als „Qualitätssiegel“

Ausnahmebewilligung (§ 8 HwO)

Vorliegen der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten (§ 8 I 1 HwO)

langjährige Erfahrung durch Berufstätigkeit (+)

Durchfallen bei der Meisterprüfung (-), auch bei langjähriger Erfahrung

Meisterprüfung als unzumutbare Belastung

familiäre Belastung (alleinerziehender Bäcker)

Ausübungsberechtigung in einem anderen Handwerk (§ 7a HwO)

Altgesellenregelung (§ 7b HwO)

EU-Ausländer (§ 9 HwO)

Verfassungsrechtliche Probleme

Einschränkung der Berufsfreiheit (Art. 12 I GG)

Schutz von Leben und Gesundheit rechtfertigt Beschränkungen eher als bloße Ausbildungsplatzsicherung

→ Regelungen müssen differenziert sein

→ HwO muss insgesamt berufsfreiheitsfreundlich ausgelegt werden

→ früher weitgehende Ausnahmen für Industriebetriebe müssen i.S.d. Schutzes von Leben und Gesundheit eng(er) ausgelegt werden

Gleichheit (Art. 3 I GG)

Unterscheidung zwischen Handwerk und Industrie → Rechtfertigung wegen regelmäßig persönlicher Mitarbeit des Betriebsinhabers¹⁷ → heute aber ist Mittelstandsschutz kein Zweck des Gesetzes mehr

Inländerdiskriminierung → § 7b HwO ist strenger als §§ 1 ff. EWR/EG-HwV

Eröffnungskontrolle

Zulassungspflicht. Handwerksrolle (Anl. A zu HwO)

Eintragung in die Handwerksrolle (§ 10 HwO)

Eintragung in die Handwerksrolle ist Voraussetzung für die selbständige Ausübung eines zulassungspflichtigen Handwerks

Eintragungsvoraussetzung ist aber nicht personen-, sondern inzw. betriebsbezogen (vgl. § 7 I 1 HwO: Betriebsleiter)

*Handwerksrolle (§ 6 HwO): Verzeichnis der Inhaber eines Handwerksbetriebs → personenbezogen
Handwerkskarte (§ 10 II 1 HwO): Bescheinigung über die Eintragung in Handwerksrolle*

Anzeigepflicht

zudem Anzeigepflicht bei Betriebsbeginn (= Gewerbeanmeldung) (§ 16 I HwO)

Anzeigepflicht bei zulassungsfreiem Handwerk (Anl. B1 HwO)

Anzeigepflicht bei handwerksähnlichem Gewerbe (Anl. B2 HwO)

Überwachung (§ 17 HwO)

Auskunft (§ 17 I HwO)

Betretungsrecht (§ 29 II GewO)

Eingriffsbefugnisse

Löschung aus der Handwerksrolle (§ 13 HwO)

betrifft nur zulassungspflichtige (und eingetragene) Handwerke

Untersagung (§ 16 III HwO)

Selbstverwaltung

Handwerkskammern

Handwerksinnungen

Gaststättenrecht

Allgemeines

Gesetzgebungskompetenz

Nach FödRef I nun Länderkompetenz

¹⁷ BVerfGE 13, 97, 123.

GastG besteht als Bundesrecht fort (Art. 125a I 1 GGG), wenn nicht durch Landesgesetz davon abgewichen wird

bremGastG; bbgGastG, thürGastG

bawGastG hat das BundesGastG übernommen und nur punktuell abgeändert

subsidiär ist die GewO anwendbar (ausd. § 1 II bbgGastG)

Zweck

traditionell: Schutz vor Alkoholmissbrauch, Unsittlichem und Jugendschutz

auch: Beschäftigten- und Umweltschutz (Lärm)

Rauchverbot als spezielles Gaststättenrecht

Anwendungsbereich

anwendbar auf Schank- und Speisewirtschaften, die öffentlich zugänglich sind (§ 1 I GastG; § 1 I bbgGastG)

Verzehr vor Ort („alsbald“)

Außenverkauf bei Käsebrötchen (-), bei Fischbrötchen (+)

nicht anwendbar aber auf Kantinen (§ 25 GastG; § 1 III bbgGastG)

Qualifikationsanforderungen

Eröffnungskontrolle

Genehmigungspflicht

Anspruch auf Genehmigungserteilung (vgl. § 4 GastG)

anders von 1930 bis in die 50 Jahre, als zusätzlich ein „Bedarf“ vorliegen musste, um die Menge des Alkoholausschanks zu begrenzen

Versagungsgründe (personenbezogen oder raumbezogen)

- Unzuverlässigkeit, aber in gaststättenrechtlicher Ausprägung, also u.a. ohne weiteres auch an (einschlägig) Vorbestrafte
- Unzuverlässigkeit aber auch im Hinblick auf die Duldung von Straftaten von Gästen
- Alkoholmissbrauch
- Unsittlichkeit
 - heute aber fast nur noch in Bezug auf Jugendliche
 - kein Versagungsgrund sind Bordelle, Swingerclubs, Peepshows und Darkrooms (arg. ProstG)
- fehlende Behindertengerechtigkeit (§ 4 I Nr. 2a GastG)

Auflagen (§ 5 GastG; § 6 I 1 bbgGastG)

Anzeigepflicht

Brandenburg (§ 2 bbgGastG)

nicht (mehr [2005]) anwendbar auf Beherbergungsgewerbe (§ 2 II Nr. 4 GastG)

nicht für Straßenwirtschaften (§§ 14, 26 GastG)

Überwachung (§ 22 GastG; §§ 3, 9 bbgGastG)

Überprüfung von alkoholausschenkenden Gaststätten (§ 3 bbgGastG)

Eingriffsbefugnisse

Aufhebung (§ 15 GastG)

Anordnung und Untersagung (§ 6 bbg GastG)

Gaststättenschließung (§ 31 GastG i.V.m. § 35 GewO)

Gewerbeuntersagung (§ 31 GastG i.V.m. § 15 II GewO)

Spezialgesetze

regeln nur einen Ausschnitt einer gewerblichen Tätigkeit, z.B. eine besondere Gefährdungslage

Glückspielrecht

Ladenschlussgesetz

Jugendschutz

Datenschutzrecht (im nicht-öffentlichen Bereich)

§ 38, insb. § 38 IV, V BDSG

Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden (EuGH v. 9.3.2010)

Umweltrecht als Wirtschaftsrecht (19.12.2012)

Umweltrecht als Wirtschaftsrecht (19.12.2012)	50
Prinzipien des Umweltrechts	51
Vorsorgeprinzip	51
Verursacherprinzip und Gemeinlastprinzip	51
Kooperationsprinzip	51
Integrationsprinzip	51
Instrumente	52
Umweltplanung	52
Umweltverträglichkeitsprüfung	52
Direkte Verhaltenssteuerung	52
Indirekte Verhaltenssteuerung	53
Umweltinformationen	53
Ökonomische Steuerungsinstrumente	53
Umweltabgaben	53
Umweltsubventionen	53
Zielvereinbarungen	53
Umwelthaftung	53
Beweislastumkehr	53
Gefährdungshaftung	53
Deckungsvorsorge	53
Fondslösungen	53
Nachbarschaftsrecht	53
Umweltschadensrecht	54
Sanktionen	54
Umweltbezogene Betriebsorganisation	54
Umweltwirtschaftsrecht (Teilgebiete des Umweltrechts)	54
Anlagengenehmigung als Betriebsgenehmigung	54
Immissionsschutzrecht	54
Anlagenbezogener Immissionsschutz (§§ 4–31a BImSchG)	55
Genehmigungsbedürftige Anlagen (§§ 4 ff. BImSchG)	55
Förmliches Genehmigungsverfahren (§ 10 BImSchG)	55
Vereinfachtes Verfahren (§ 19 BImSchG)	55
Genehmigungswirkung	55
Erlöschen, Untersagung und Widerruf (§ 18–21 BImSchG)	55
Anordnungen (§ 17 BImSchG)	55
Nicht-genehmigungsbedürftige Anlagen (§§ 22 ff. BImSchG)	56
Betreiberpflichten (§ 22 BImSchG)	56
Nachträgliche Anordnung (§ 24 BImSchG)	56
Betriebsuntersagung (§ 25 BImSchG)	56
Gentechnikrecht	56
Genehmigungsverfahren (§ 10 GenTG)	56
Regulierungsrecht	56
Abfallrecht	56
Abfall(wirtschafts)planung (§§ 30 ff. KrWG)	57
Produktionsverantwortung	57
Anlagengenehmigung	57
Organisationsvorgaben für Betriebe (§§ 58–61 KrWG)	57
Produktion	57
Produkt- bzw. Herstellerverantwortung (§§ 23–27 KrWG)	57
Konsumverantwortung	57
Öffentliche Absatzförderung (§ 35 KrWG)	57
Organisation der Abfallentsorgung	57
Rücknahmesysteme (§ 25 KrWG)	57
Atomrecht	58
Bewirtschaftung von Allgemeingütern	58
Wasserrecht	58
Gewässereigentum (§ 4 WHG)	58
Allgemeine Sorgfaltspflicht (§ 5 I WHG)	58
Öffentlichrechtliche Bewirtschaftung	58

Grundsätze (§ 6 WHG).....	58
Genehmigungsfreier Gebrauch	59
Genehmigungsvorbehalt für Gewässerbenutzungen (§ 8 WHG).....	59
Art der Genehmigung.....	59
Genehmigungstypen: Erlaubnis und Bewilligung.....	59
Erlaubnis	59
Bewilligung (§ 14 WHG).....	59
gehobene Erlaubnis (§ 15 WHG).....	60
Rechtsschutz	60
Wasserbezogene Anlagenebene (§§ 60–63 WHG)	60
Bodenschutzrecht	60
Naturschutzrecht.....	60
Klimaschutzrecht.....	60

Nutzung von Gemeingütern und Entsorgung von Wirtschafts- und Konsumgütern

Umweltrecht ist immer auch Wirtschaftsrecht (Wirtschaftsaufsichtsrecht, Regulierungsrecht oder Ressourcennutzungsrecht)!

junges Rechtsgebiet mit alten Wurzeln (Wasserrecht)

Anlagenrecht (§§ 16–28 GewO alt)

Umweltschutz als Staatsziel (Art. 20a GG)

Prinzipien des Umweltrechts

Antropozentrik ↔ Ökozentrik

Vorsorgeprinzip

Umweltplanung

Gefahren- und Risikovorsorge

Ressourcenvorsorge

aber: Hinnahme von Restrisiken

Verursacherprinzip und Gemeinlastprinzip

Verursacher soll Umweltbeeinträchtigung tragen

in vielen Fällen sind aber der Verursacher und sein Beitrag kaum feststellbar

dann aber pauschalierter Verursachungsbeitrag, z.B. durch Umweltabgaben

Kooperationsprinzip

Umweltschutz als gesamtstaatliche und gesamtgesellschaftliche Aufgabe

Zusammenarbeit von Verursachern, Behörden und Verbrauchern

Integrationsprinzip

spiegelt die Interdependenz zwischen den einzelnen Umweltmedien (Boden, Luft, Wasser usw.) wider

ist wegen der Zersplitterung in einzelne Umweltgesetze gegenwärtig nur unvollkommen verwirklicht

Instrumente

Zusammenwirken verschiedener Instrumente (Instrumentenverbund)

Teilweise neue und originelle Instrumente (UmwR als innovatives Rechtsgebiet)

- UVP
- Emissionszertifikatehandel
- Zielfestlegungen (planwirtschaftliches Instrument)
- ...

P Belastungskumulation

// Steuerrecht

Umweltplanung

Ausprägung des Vorsorgeprinzips

Globalsteuerung ist freiheitsfeindlich und grenzt an Planwirtschaft

→ Fachplanung mit wechselseitigen Berücksichtigungspflichten

Umweltverträglichkeitsprüfung

Medienübergreifender Ansatz (Integrationsprinzip)

Europarechtlich vorgegeben

UVP und Strategische Umweltplanung (SUP) nach UVPG

Instrument der Entscheidungsvorbereitung

- Vorverfahren (Feststellung der UVP-Pflicht)
- Einreichung der Unterlagen durch Vorhabenträger
- Erörterung durch Vorhabenträger und Verwaltung
- „Scoping“ (Feststellung des Untersuchungsrahmens)
- Ermittlung der Umweltauswirkungen
- Einbindung der Öffentlichkeit
- Darstellung der Umweltauswirkungen
- Bewertung der Umweltauswirkungen → Berücksichtigung im späteren Genehmigungsverfahren

Direkte Verhaltenssteuerung

Klassisches ordnungs- und gefahrenabwehrrechtlichen Anzeige- und Meldepflichten

- Anzeige- und Anmeldepflichten
- Überwachungsbefugnisse
 - Fremd- und Eigenüberwachung
- Erlaubnisse und Bewilligungen
- Ge- und Verbote
 - Repressive und präventive Genehmigungsvorbehalte
 - Personalkonzession, Realkonzession, Typenzulassung

Anlagen- (insb. §§ 4 ff. BImSchG) und produktbezogene (§ 3 ff. ProdSG) Pflichten

Legalisierungswirkung von Genehmigungen

Konzentrationswirkung (§ 13 BImSchG, § 22 GenTG)

Indirekte Verhaltenssteuerung

Indirekte Steuerung als weniger eingriffsintensiv meist verhältnismäßiger

Aber auch Verlust an rechtstaatlichen Kontrollmöglichkeiten

Umweltinformationen

Informationszugangsrechte

Umweltwarnungen (**P**: Gesetzesvorbehalt)

Register (Schadstoffregister)

Ökonomische Steuerungsinstrumente

Zertifikate, z.B. Emissionszertifikatehandel

Umweltabgaben

Verwirklichung des Verursacherprinzips

Lenkungsabgaben – Finanzierungsabgaben

Ressourcennutzungsgebühr: Abwasserabgabe, Wasserpfennig

Lenkungs Sonderabgaben: Entschädigungsfonds Abfallrückführung

Luftverkehrssteuer

Umweltsubventionen

Steuervergünstigung: Schrottprämie

Einspeisevergütung

Umweltabsprachen

Einschl. Mediation

Geringe Rechtsförmlichkeit → geringerer Rechtsschutz, v.a. auch für Dritte

Zielvereinbarungen

Umwelthaftung

Privatrechtliches Umweltrechtsinstrument, damit aber auch ein Instrument der indirekten Verhaltenssteuerung

Beweislastumkehr

§ 6 I UmwHG

Gefährdungshaftung

§ 89 WHG; §§ 25 ff. AtG; §§ 32 GenTG; UmwHG

Schützt nicht die Umwelt als solche, sondern Schäden von Individuen → Erleichterung der prozessualen Anspruchsdurchsetzung

Deckungsvorsorge

Fondslösungen

Nachbarschaftsrecht

P Summationsschäden

Umweltschadensgesetz (USchadG): Informations-, Schadensbegrenzungs- und Sanierungsmaßnahmen

Umweltschadensrecht

Begründet nur Pflichten gegenüber der öffentlichen Hand, nicht auch gegenüber Privaten

- Informationspflicht
- Vermeidungsmaßnahmen
- Schadensbegrenzungsmaßnahmen
- Sanierungsmaßnahmen

Sanktionen

§§ 324–330d StGB

Umweltordnungswidrigkeitenrecht

Umweltbezogene Betriebsorganisation

Eigenkontrolle

Umweltschutzbeauftragte i.F.v. v.a. Betriebsbeauftragten
Umweltzertifizierungen
Umweltaudit

Umweltwirtschaftsrecht (Teilgebiete des Umweltrechts)

nicht genau abgrenzbar, insb. zum (allg.) Wirtschaftsrecht (z.B. beim Energierecht)

Teilgebiete untereinander stehen in kompliziertem Vorrang- und Koordinationsverhältnis (keine integrierte Vorhabengenehmigung)

Umweltgesetzbuch (UGB) im Jahre 2009 kurz vor Fertigstellung gescheitert

- Immissionsschutzrecht
- Naturschutzrecht
- Bodenschutzrecht
- Wasserrecht
- Abfallrecht
- Atomrecht
- Gentechnikrecht
- Klimaschutzrecht

Anlagengenehmigung als Betriebsgenehmigung

Immissionsschutzrecht

geregelt im Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG)

klassisches Umweltrecht

entwickelte sich aus dem anlagenbezogenen Gewerberecht (§§ 16–28 GewO a.F.), diese in der Tradition der preußischen Dampfkesselgesetzgebung

vor allem Schutz vor Partikeln (Geruch, Ruß), Gasen, Lärm u. nicht-ionisierende Strahlung

maßstabsgebend für die umweltrechtliche Dogmatik

Ausgangspunkt für das Genehmigungsverfahren

Anlagenbezogener Immissionsschutz (§§ 4–31a BImSchG)

BImSchG geht über die reine Regelung von Anlagen heute weit hinaus

Begriff der Anlage (§ 3 V BImSchG)

Genehmigungsbedürftige Anlagen (§§ 4 ff. BImSchG)

- Einhaltung der Voraussetzungen des § 5 BImSchG
- Einhaltung der aufgrund von § 7 BImSchG ergangenen RVO.en

Förmliches Genehmigungsverfahren (§ 10 BImSchG)

Spalte 1 des Anhangs der 4. BImSchV

Parallele zum Planfeststellungsverfahren

- (informelle Vorverhandlungen)
- Antragstellung (§ 10 I 1 BImSchG)
- öffentliche Bekanntmachung (§ 10 III, IV BImSchG)
- Einwendungen (§ 10 VI BImSchG)

*(formelle und materielle) Präklusion nicht vorgebrachter Einwendungen
Präklusion wirkt auch zivilrechtlich (§ 14 BImSchG)*

- öffentliche Erörterung (§ 10 VI BImSchG)
- häufig: UVP
- Genehmigung (§ 10 VII, VIII BImSchG)

*Genehmigungsfrist (7 bzw. 3 Monate) nach vollständiger Antragstellung
Vollgenehmigung oder Teilgenehmigungen oder Vorbescheid*

Vereinfachtes Verfahren (§ 19 BImSchG)

Spalte 1 des Anhangs der 4. BImSchG

vereinfachtes Verfahren → keine Präklusion → weniger Rechtsicherheit für Anlagenbetreiber
→ aber § 19 III BImSchG

Genehmigungswirkung

Sachkonzession

Gestattungswirkung: Erlaubnis zum Betrieb einer Anlage

Konzentrationswirkung (§ 13 BImSchG) grundsätzlich umfassend

Sat1-Ballon

*erfasst aber nicht: Planfeststellungen, bergrechtliche Zulassungen, atomrechtliche Genehmigungen,
wasserrechtliche Erlaubnisse und Bewilligungen und gentechnische Entscheidungen
erfasst auch nicht das Gewerbe*

Erlöschen, Untersagung und Widerruf (§ 18–21 BImSchG)

landesrechtlich bestimmte Entschädigung bei Widerruf (§ 21 V BImSchG)

Anordnungen (§ 17 BImSchG)

Lockerung des durch die Genehmigung vermittelten Bestandsschutzes

„Quasi-Auflagenvorbehalt“

Ermessen der Behörde, aber ggf. Ermessenreduzierung auf Null durch Dritte

Nicht-genehmigungsbedürftige Anlagen (§§ 22 ff. BImSchG)

Nichterwähnung in 4. BImSchV → keine Genehmigung erforderlich → nur repressive Aufsicht

Betreiberpflichten (§ 22 BImSchG)
strukturell verwandt mit § 5 BImSchG

keine Vorsorgepflicht, auch nicht aus allgemeinen Prinzipien ableitbar
nachbarschützend

- Verhinderungspflicht
- Minimierungspflicht
- Abfallbeseitigungspflicht
- Konkretisierte Pflichten aus § 23 BImSchG
 - z.B.
 - Kleinf FeuerungsanlagenVO (1. BImSchV)
 - FeuerbestattungsVO (§ 27. BImSchG)

Nachträgliche Anordnung (§ 24 BImSchG)

Betriebsuntersagung (§ 25 BImSchG)

Gentechnikrecht

geregelt im Gentechnikgesetz (GenTG)

Regelung des Ungewissen; Abwägung von Chancen und Risiken

Genehmigungspflicht gentechnischer Anlagen (§ 8 GenTG), differenzierend nach Gefahrenstufe

Genehmigungsverfahren (§ 10 GenTG)

Verfahrensvorgaben

- § 10 VII GenTG: Stellungnahme der Zentralen Kommission für die Biologische Sicherheit (ZKBS); allerdings ist diese nur zu berücksichtigen; keine Bindungswirkung
- § 10 VIII GenTG: Anhörungsverfahren ersetzt Vorverfahren
- § 18 GenTG i.V.m. GenTAnhV: Öffentlichkeitsbeteiligung (ähnlich den BImSchG-Vf)

Materielle Anforderungen (§ 11 GenTG)

- Zuverlässigkeit
- Sachkunde
- Risikobewertung
- Gefahrenvorkehrungen
- Einhaltung der ABC-Waffenverbote

Konzentrationswirkung, außer für atomrechtliche Genehmigungen (§ 22 I GenTG)

privatrechtsgestaltende Wirkung (§ 23 GenTG)

Regulierungsrecht

Abfallrecht

geregelt im Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG)

zunächst Abfallbeseitigungsgesetz, dann Abfallgesetz, dann Zusatz der Kreislaufwirtschaft, dann Wegfall des „Abfalls-“; nun Abfallwirtschaft (vgl. Art. 74 I Nr. 24 GG)

Ursprung im Ordnungsrecht

Verpackungsteuer

„Grüner Punkt“

Abfallvermeidung vor Abfallverwertung vor Abfallbeseitigung

Abfall(wirtschafts)planung (§§ 30 ff. KrWG)

Produktionsverantwortung

Anlagene genehmigung

richtet sich nach BImSchG (§ 13 KrWG i.V.m. § 5 I 1 Nr. 3 BImSchG bzw. § 22 I 1 Nr. 3 BImSchG)

Organisationsvorgaben für Betriebe (§§ 58–61 KrWG)

Produktion

anlageninterne Kreislaufführung, abfallarme Produktgestaltung (§ 13 KrWG-E)

Produkt- bzw. Herstellerverantwortung (§§ 23–27 KrWG)

Ganzheitliche Produktverantwortung

mögliche, durch RVO zu schaffende Pflichten (§ 24 KrWG): Verbote, Beschränkungen, Kennzeichnungen, Rücknahmepflichten

Konkretisierung etwa in VerpackungsVO, AltfahrzeugVO, ElektroG, BatterieG

- *VerpackV: Rücknahmepflicht von Transport- und Umverpackungen, Rücknahmesystem („Grüner Punkt“) für Verkaufsverpackungen; Pfandsystem für Einmalgetränkeverpackungen*
- *AltfahrzeugVO:*
- *ElektroG*
- *BatterieG*

Konsumverantwortung

Vermeidung

Getrenntsammlung (ab 2015) (§ 11, § 14 KrWG)

Rückgabepflichten (§ 25 KrWG)

Überwachungsbefugnisse (§§ 47 ff. KrWG)

Öffentliche Absatzförderung (§ 35 KrWG)

Organisation der Abfallentsorgung

Nebeneinander von öffentlicher und privater Abfallwirtschaft

Vorrang des öffentlichrechtlichen Entsorgungssystems (vgl. § 17 II Nr. 4, III KrWG)

BVerwG: Altpapierurteil¹⁸

Rücknahmesysteme (§ 25 KrWG)

¹⁸ BVerwGE 134, 154–166.

VerpackVO → Grüner Punkt

Atomrecht

Annex zum Energie(wirtschafts)recht

geregelt im Atomgesetz (AtG)

ursprünglich Wirtschaftsförderungsrecht mit einem Strahlenschutzaspekt, zukünftig reines Technikfolgenrecht („Ausstieg aus dem Ausstieg aus dem Ausstieg“)

ungelöste Endlagerungsproblematik

Bewirtschaftung von Allgemeingütern

Wasserrecht

geregelt v.a. im Wasserhaushaltsgesetz (WHG)

ältester Teil des Umweltrechts

seiner Konzeption nach Wirtschaftsrecht (Ressourcennutzungsrecht)

Deutschland hat genug Wasser (positive Wasserbilanz), fraglich ist aber, ob es genug sauberes Wasser gibt

Hochwasserschutz als Teil des Katastrophenrechts

Gewässereigentum (§ 4 WHG)

fließendes Wasser ist nicht eigentumsfähig → keine Sache i.S.d. § 90 BGB

Wasserstraßen sind Eigentum des Bundes (vg. Art. 89 GG)

Grundeigentum berechtigt nicht zur Nutzung des Wassers (§ 4 III WHG)

ggf. Duldungspflicht der legalen Nutzung durch Dritte

Allgemeine Sorgfaltspflicht (§ 5 I WHG)

konkretisiert für die Abwasserbeseitigung in § 55 I WHG

Öffentlichrechtliche Bewirtschaftung

öffentlichrechtliche Benutzungsordnung

Teil des öffentlichen Sachenrechts

auch das Grundwasser darf wegen seiner Knappheit zum öffentlichen Gut erklärt werden¹⁹

Benutzung bedarf der Erlaubnis bzw. Bewilligung (§ 8 WHG)

Wasserversorgung (§ 50 WHG)

Unterhaltungspflicht (§§ 39–42 WHG)

Grundsätze (§ 6 WHG)

Bewirtschaftungspflicht → gilt nur für öffentliche Hand, denn das Wasser ist ein öffentliches Gut

- Bewirtschaftungsziele für Oberflächengewässer (§ 27 WHG)
- Bewirtschaftungsziele für Küstengewässer (§ 44 WHG)
- Bewirtschaftungsziele für Grundwasser (§ 47 WHG)

¹⁹ BVerfG 58, 300, 328 ff. – Nassauskiesung.

- Ausnahmeregelungen (§ 31 WHG, ggf. i.V.m. § 44 S. 1 WHG bzw. § 47 III 1 WHG)

Genehmigungsfreier Gebrauch

- Eigentümer- und Anliegergebrauch (§ 26 WHG)
- Inhaber alter Rechte (§ 20 WHG)
- Gemeingebrauch (§ 25 WHG)
- Gemeingebrauch auch von Wasserstraßen (|| Straßenrecht)
- manche Grundwassernutzungen (§ 46 WHG)
- (private) Gefahrenabwehr (§ 8 II WHG)

Genehmigungsvorbehalt für Gewässerbenutzungen (§ 8 WHG)

verhaltensbezogene Genehmigungspflicht

unterfällt nicht der immissionsschutzrechtlichen Konzentrationswirkung (§ 13 BImSchG)

Art der Genehmigung

repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt, da Bewirtschaftungsermessen → kein Anspruch auf Erteilung einer Genehmigung (§ 12 II WHG), sondern nur auf ermessenfehlerfreie Entscheidung

gezielte Einwirkungen („echte Benutzungen“), § 9 I WHG

- Wasserentnahme
- Entnahme von Stoffen
- Einleiten von Stoffen

insb. auch (Flüssig-)Abfallentsorgung (WHG geht KrWG vor)

nicht aber: Indirekteinleitung (Einleitung in Kläranlage, dazu aber § 58 WHG)

- Aufstauen von Oberflächengewässern

sonstige Einwirkungen („unechte Benutzungen“), § 9 II WHG)

- Aufstauung usw. von Grundwasser
- Auffangtatbestand in § 9 II Nr. 2 WHG

Sonderfall Düngung: Beachtung der „guten fachlichen Praxis“ (§ 6 PflSchG, § 3 II 1 DüngG) ist keine Einwirkung (h.M.), wohl aber das „Entsorgen“ von Gülle usw.

Gewässerausbau (§§ 67 ff. WHG)

- Spezialfall zu den Genehmigungstatbeständen → Planfeststellung

Genehmigungstypen: Erlaubnis und Bewilligung

Unterschied: Verfahren und Bestandskraft

überkommene Unterscheidung aus der Zeit vor dem VwVfG

Erlaubnis

begründet eine „Befugnis“

Regeltyp der Genehmigung

keine besonderen Verfahrensvorschriften

entschädigungsfrei widerrufbar (§ 18 I WHG)

Bewilligung (§ 14 WHG)

begründet ein „Recht“

in der Praxis sehr selten

formalisierteres Verfahren (§ 11 II WHG)

Präklusion und privatrechtsgestaltende Wirkung (§ 16 II WHG)

eingeschränkte Widerrufbarkeit (§ 18 II WHG)

gehobene Erlaubnis (§ 15 WHG)

Rechtsschutz

privatrechtliche Streitigkeiten sind selten → verwaltungsgerichtliche Auseinandersetzung
über kollidierende wasserrechtliche Genehmigungsinhalte → VK/AK

Wasserbezogene Anlagengenehmigung (§§ 60–63 WHG)

Abwasseranlagen (§ 60 I WHG)

Abwasserbehandlungsanlagen (§ 60 II WHG)

Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen (§§ 62 f. WHG)

Bodenschutzrecht

geregelt vornehmlich im Bundes-Bodenschutzgesetz, aber auch im Düngerecht

Schutz des Bodens vor Kontaminierung

→ strukturell Gefahrenabwehrrecht

in weiten Teilen aber auch Sanierungsrecht für sog. Altlasten (Folgenbeseitigungsrecht)

Naturschutzrecht

geregelt vornehmlich im Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG)

Schutz der Landschaft

geht auf nationalsozialistische Zeit (1935) zurück

Naturschutzgebiete mit Beschränkung der Nutzungsmöglichkeiten

Artenschutz

Verhältnis Landwirtschaft und Landschaftsschutz

*ursprünglich galt der Landwirt als geborener Landschafts- und Umweltschützer
(„Kulturlandschaften“, Agrarprivileg), inzwischen wird er vom Gesetz als potentieller Schädiger
eingestuft*

Klimaschutzrecht

geregelt u.a. im Treibhausgasemissionshandelsgesetz (TEHG)

Umweltrecht mit weltweitem Fokus → „Globale Erwärmung“, Ozonschicht

Treibhausgaszertifikatehandel als innovatives Instrument

Freie Berufe, insb. Rechtsanwälte (9.1.2013)

Freie Berufe (9.1.2013)	61
Begriff des Freien Berufs	61
Qualifikation und gesetzliche Voraussetzungen	62
„Befähigung zum Richteramt“ (§ 4 BRAO)	62
Berufsrecht	62
Eröffnungskontrolle	62
Zulassung	62
Aufsicht (§ 56 BRAO)	62
Einwirkungsmöglichkeiten	62
Belehrung (§ 73 II Nr. 1 BRAO)	62
Rüge (§ 74 BRAO)	63
Antrag auf anwaltsgerichtliches Verfahren (§ 122 BRAO)	63
Rücknahme und Widerruf der Zulassung (§ 14 BRAO)	63
Unterlassungsverfügung (§ 8 UWG)	63
Sanktionen	63
Berufsrechtliche Sanktionen durch Kammer	63
Sanktionen durch Anwaltsgerichte (§ 114 BRAO)	63
Warnung (§ 114 I Nr. 1 BRAO)	63
Verweis (§ 114 I Nr. 2 BRAO)	63
Geldbuße (§ 114 I Nr. 3 BRAO)	63
zeitlich begrenztes Vertretungsverbot (§ 114 I Nr. 4 BRAO)	63
Ausschließung aus der Rechtsanwaltschaft (§ 114 I Nr. 5 BRAO)	63
Strafrecht	63
Zivilrechtliche Haftung	64
Pflichtverletzung	64
Strenger Sorgfältigkeitsmaßstab	64
Modifikationen des Sorgfaltsmaßstabs	64
Kausalität	64
Verschulden	64
Entschuldigte Fehler	65
Schaden	65
Haftungserweiterung und Haftungsbegrenzung	65
Begrenzung und Beschränkung der Haftung	65
Haftungsbeschränkung durch Individualabrede	65
Formularmäßige Haftungsbeschränkung	65
Haftungsbegrenzung durch Mandatsbegrenzung	65
Verjährung	65
Versicherungspflicht	65
Wettbewerbsrechtliche Haftung (§ 8 UWG)	65

Wirtschaftsaufsichtsrecht jenseits des Wirtschaftsaufsichtsrechts

v. Lewinski, Grundriss des Anwaltlichen Berufsrechts, 3. Aufl. 2012
Peitscher, Anwaltsrecht, 2013.

Begriff des Freien Berufs

artes liberales

Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Ärzte, Zahnärzte, Architekten [?]

Merkmal des Freien Berufs (vgl. Gewerberecht)

- Bildung höherer Art
- Üblicherweise mit der Voraussetzung einer akademischen oder künstlerischen Bildung

Qualifikation und gesetzliche Voraussetzungen

„Befähigung zum Richteramt“ (§ 4 BRAO)

Berufsrecht

früher „Standesrecht“

durch berufsständisches Gremium beschlossen und vom Staat geprüft → „regulierte Selbstregulierung“

Satzungsversammlung als „Anwaltsparlament“ → strukturelle Mehrheit von Einzel- und Kleinanwälten

Eröffnungskontrolle

Zulassung

Anspruch auf Zulassung → keine Bedarfskontrolle

Versagungsgründe

- Grundrechtsverwirkung (§ 7 Nr. 1 BRAO)
- Verlust der „bürgerlichen Ehrenrechte“ (§ 7 Nr. 2 BRAO)
- anwaltliches Berufsverbot (§ 7 Nr. 3 BRAO)
- richterliches Berufsverbot (§ 7 Nr. 4 BRAO)
- Unwürdigkeit (§ 7 Nr. 5 BRAO)
- Bekämpfung der FDGO (§ 7 Nr. 6 BRAO)
- gesundheitliche Mängel (§ 7 Nr. 7 BRAO)
- unvereinbarer Zweitberuf (§ 7 Nr. 8 BRAO)
- Vermögensverfall (§ 7 Nr. 9 BRAO)
- Beamter (§ 7 Nr. 10 BRAO)

Aufsicht (§ 56 BRAO)

Pflichtmitgliedschaft in Kammern

Personalakte (vgl. § 58 BRAO)

Anzeigepflichten (§ 56 III BRAO)

Auskunftspflicht gegenüber der Kammer (§ 56 I BRAO), aber Vorrang der Verschwiegenheitspflicht (§ 56 I 2 BRAO)

Erscheinenspflicht vor der Kammer (§ 56 I BRAO)

Durchsetzung durch Zwangsgeld (§ 57 BRAO)

Keine (ersatzweise) Zwangshaft

Einwirkungsmöglichkeiten

Belehrung (§ 73 II Nr. 1 BRAO)

kein Verwaltungsakt

„belehrender Hinweis“

Rüge (§ 74 BRAO)

keine materielle Sanktion → kein *ne bis in idem*

Antrag auf anwaltsgerichtliches Verfahren (§ 74a BRAO)

Antrag auf anwaltsgerichtliches Verfahren (§ 122 BRAO)

Rücknahme und Widerruf der Zulassung (§ 14 BRAO)

Unterlassungsverfügung (§ 8 UWG)

Strukturell GoA

Sanktionen

Berufsrechtliche Sanktionen durch Kammer

Keine, sondern nur Antrag auf anwaltsgerichtliches Verfahren

Sanktionen durch Anwaltsgerichte (§ 114 BRAO)

Verfahren nach StPO

Anklageerhebung (nur) durch StA, aber auf Antrag der Kammer (§ 122 BRAO)

Warnung (§ 114 I Nr. 1 BRAO)

z.B. bei Verstößen gegen das anwaltliche Werberecht

Verweis (§ 114 I Nr. 2 BRAO)

Ausschluss für fünf Jahren von Ehrenämtern der anwaltlichen Selbstverwaltung

Geldbuße (§ 114 I Nr. 3 BRAO)

wiederholte Nichtbeantwortung von Anfragen von Mandanten, Kollegen oder Kammer
Bummelei (auch ohne messbaren Schaden)
Nichtrücksendung von Empfangsbekanntnissen
außerberuflichen Beleidigungen und Körperverletzungen

zeitlich begrenztes Vertretungsverbot (§ 114 I Nr. 4 BRAO)

(versuchte) Strafvereitelung
Anstiftung zur Falschaussage

Ausschließung aus der Rechtsanwaltschaft (§ 114 I Nr. 5 BRAO)

Untreue (§ 266 StGB) gegenüber dem eigenen Mandanten
Betrug
Aussagedelikte
krankhafter Querulantenwahn

→ kein lebenslanger Ausschluss → „Suspension“

Strafrecht

Gebührenüberhebung (§ 352 StGB)
Parteierrat (§ 356 StGB)

Untreue

(schwere) Steuerhinterziehung (§ 370a AO)

Insolvenzstraftaten (§§ 283 ff. StGB)

§ 261 StGB (Geldwäsche), trotz Privilegierung bei den Anzeigepflichten

Täterschaft und Teilnahme an Delikten des Mandanten

Zivilrechtliche Haftung

Kein Ehrendienst

keine immunity of the bar

kein „Rechtsanwaltsprivileg“ analog zum Richterspruchprivileg nach § 839 II BGB

Pflichtverletzung

alle anwaltlichen Haupt- und Nebenleistungspflichten

Strenger Sorgfältigkeitsmaßstab

„erforderliche Sorgfalt eines besonnenen und gewissenhaften Anwalts“

„Beratungs-, Belehrungs-, Warn-, Aufklärungs-, Informations-, Hinweis-, Erörterungs-, Prüfungs-, Kontroll-, Schutz-, Sicherungs-, Verhütungs-, Betreuungs- und Interessenwahrungspflicht“

Modifikationen des Sorgfaltsmaßstabs

Umstände des Mandats (~)

Haftungsverschärfung (+): FA, Doppelqualifikationen, Werbeaussagen, Legal Opinion

Haftungsmilderungen (-): Zeitdruck, bloße Vorabprüfung

Kausalität

Fehler in der eigenen Kanzlei: Organisationsverschulden, Wiedereinsetzung

Fehler eines anderen Anwalts: Mandatsbegrenzung

Fehler des Mandanten: Mitteilungsobliegenheiten

Fehler eines Gerichts: Haftungsverschiebung zulasten des RAs → besser: gestörte Gesamtschuld

Verschulden

ausgesprochen strenger Sorgfaltsmaßstab

jeder Rechtsirrtum zu Anwalts Lasten

Maßstab eines „juristischen Supermanns“

→ faktische Gefährdungshaftung

Entschuldigte Fehler

Verlassen auf (mehrere) Kommentare

(Verfahrens-)Fehlentscheidung des Gerichts, mit der vernünftigerweise nicht hatte gerechnet werden können

Versteckte Entscheidungen: nicht Amtl. Samml., nicht NJW, MDR oder speziellen Fachzeitschrift, nicht aktueller Kommentar, **P**: juris/Internet

aktuelle Entscheidungen Karenzzeit von 2–4 Wochen, bei Fristablauf kürzer

Schaden

Haftungserweiterung und Haftungsbegrenzung

(Partner) gesamtschuldnerisch und unbegrenzt

LLP entspricht GmbH

P: Scheinsozieren

Begrenzung und Beschränkung der Haftung

Haftungsbeschränkung durch Individualabrede

schriftliche Individualvereinbarung (§ 51a I Nr. 1 BRAO) auf die Mindesthaftpflichtversicherungssumme (250.000 €, § 51 IV Nr. 1 BRAO bzw. 2,5 Mio. € für Rechtsanwaltsgesellschaften, § 59j II 1 BRAO), weil insoweit ein Versicherungsschutz bestehen muss (§ 51 BRAO)

Formularmäßige Haftungsbeschränkung

AGB: Beträge über versicherten 1 Mio. € nur für Fälle einfacher Fahrlässigkeit

aber auch von Hauptleistungspflichten

Haftungsbegrenzung durch Mandatsbegrenzung

Aufteilung von Dauermandaten in Teilmandate

Sprachwahl (Konditional, Konjunktiv)

Beschränkung der Beratung auf bestimmte Aspekte

Verjährung

normalen Verjährung (§ 195 BGB: drei Jahre) bei Kenntnis

jedenfalls 10 Jahre nach Entstehen des Anspruchs oder 30 Jahre nach der haftungsauslösenden Handlung (§ 199 III BGB)

keine vertragliche Verkürzung möglich

Versicherungspflicht

bei Erlöschen des Versicherungsschutzes → Zulassungsverlust schnell

Wettbewerbsrechtliche Haftung (§ 8 UWG)

Kammern und Wettbewerber

Wirtschaftsregulierungsrecht

Allgemeines Regulierungsrecht (16.1.2013)

<i>Wirtschaftsregulierungsrecht</i>	66
Allgemeines Regulierungsrecht (16.1.2013)	66
Begriff und Herkunft	67
Grund für Regulierung	67
Unvollkommen funktionierender Markt	67
Knappe Güter oder Infrastruktur	67
Sicherstellung (flächendeckender und angemessener) Versorgung	67
Netzökonomie	67
Vorfindliches Monopol	67
Essential Facilities	67
Netzexternalitäten	67
Voraussetzungen	68
Gewährleistungsverantwortung	68
Problemfelder von insb. Infrastrukturmärkten	68
Allgemeine Kartellprobleme	68
Externalitäten	68
Soziales Marktversagen	68
Statische vs. dynamische Effizienz	68
Regulierung	69
Grundsatz der Gewerbefreiheit	69
Regulierung des Marktzugangs	69
Regulierung des Marktverhaltens	69
Preisregulierung	69
Missbrauchskontrolle	69
Instrumente	69
Publizierung	69
Marktgestaltung	69
Kontrahierungszwänge	69
Daseinsvorsorgepflicht	70
Untersagungsbefugnis	70
Selbstregulierung	70
Regulierungsbehörde	70
Unabhängigkeit von Eingriffsverwaltung	70
Gründe für Unabhängigkeit	70
Europäische Regulierungsverbände	70
Regulierungsrecht	70
Begriff der Marktregulierung	70
Regulierungsmodelle	71
Staatliche Leistungserbringung	71
(Hoheitliches) Monopol	71
Planwirtschaft	71
Regulierungsrecht i.e.S.	71
Dekartellierung	71
Asymmetrische Regulierung	71
Entbündelung	71
Ex post-Regulierung	71
Ex ante-Regulierung	71
Marktmäßige Erbringung und Sicherstellung öffentlicher Interessen	71
Freier Markt	72
Privatwirtschaftliche Selbstregulierung	72
Verhältnis Kartellrecht–Regulierungsrecht	72

Begriff und Herkunft

Maßgeblicher Einfluss des Europarechts, das wiederum von den USA beeinflusst wurde
Vor allem im Bereich der sog. „Versorgungswirtschaft“

Regulierungsrecht war eine Weile ein Buzzword

keine Legaldefinition, durchaus aber ein Rechtsbegriff

Grund für Regulierung

meist mehrere abstrakter Zwecke und (konkreterer) Ziele von Regulierung

Ziel- und Zweckbündel → tw. disparat

Zweck: § 1 I EnWG; § 1 TKG; § 1 PostG

Ziele: § 1 II EnWG; § 2 II TKG; § 2 II PostG

Unvollkommen funktionierender Markt

insb. natürliches Monopol (Infrastruktur) oder Überempfindlichkeit (Finanzmarkt)

bei fehlendem Infrastrukturwettbewerb bedarf es Sicherstellung (jedenfalls) des Dienstewettbewerbs

Privatisierungsfolgenrecht

Knappe Güter oder Infrastruktur

Sunk Costs für Energie- oder TK-Infrastruktur

Enge des Frequenzraums

Sicherstellung (flächendeckender und angemessener) Versorgung

Daseinsvorsorge

Social Regulation

Netzökonomie

Vorfindliches Monopol

Ggf. verstärkt durch soziale Macht (Postgewerkschaft o.ä.)

Essential Facilities

Essential Facilities-Doktrin kommt aus angelsächsischem Raum

verankert u.a. in § 19 IV Nr. 4 GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen = Kartellgesetz)

Netzexternalitäten

Wert des Netzes steigt mit jedem Nutzer für alle Nutzer → Konzentrationseffekt

- Skaleneffekt (Economies of Scale)

*Begünstigt durch hohe Fix- und niedrige variable Kosten
aber auch Grenznutzen der Größe (Verbürokratisierung)*

- Verbundvorteile (Economies of Scope)

Triple Play

- Dichtevorteil, Nachbarschaftseffekt (Economies of Density)

Vergraben von Kabeln lohnt sich nicht parallel

→ gemeinsame Nutzung von Infrastrukturen

- Markteintrittskosten (Sunk Costs)

UMTS-Lizenz

Begünstigt ruinösen Wettbewerb (solange Marktaustritt ungünstiger ist als Marktteilnahme unter Verlust)

US-Eisenbahnmarkt Ende des 19. Jahrhunderts

→ Telekommunikationsmarkt begünstigt „natürliches Monopol“

nun aber Infrastrukturwettbewerb (Funk vs. Kabel), sonst jedenfalls Dienstewettbewerb

Voraussetzungen

Gewährleistungsverantwortung

Trennung von Aufgabenverantwortung und Aufgabenerfüllung

Erfüllungsverantwortung – Gewährleistungsverantwortung - Auffangverantwortung

Problemfelder von insb. Infrastrukturmärkten

Allgemeine Kartellprobleme

Externalitäten

Auswirkungen des Marktverhaltens, die nicht im Marktpreis abgebildet sind

- Positive Externalitäten

Neuartige Dienste

- Negative Externalitäten

Umweltverschmutzung, Tarifwirrwarr

→ Internalisierung externer Kosten (z.B. Zertifikatehandel)

Soziales Marktversagen

Markt schafft nicht die (sozial oder politisch) erwünschte oder rechtliche gebotene (Art. 87f GG) Güterbereitstellung

Flächendeckende TK-, ÖPNV- oder Energieversorgung zu angemessenen Preisen

Statische vs. dynamische Effizienz

Regulierung, insb. Zugangsverpflichtung, bremst Innovation (z.B. NGNs)

Regulierung des Zugangs begünstigt Trittbrettfahrer (Freerider)

Bei Zusammenschaltung kein Netzauf- und -ausbau

herkömmliches Regulierungskonzept stößt an seine Grenze, da sie auf statische Effizienz hin ausgerichtet ist (Entmonopolisierung eines bestehenden Marktes bei bestehenden Infrastrukturen), nicht aber auf dynamische Effizienz (Aufbau neuer Infrastrukturen)²⁰

→ Wettbewerber können neue Infrastruktur nutzen, ohne das Risiko der Investition zu nutzen

→ Risikobeteiligungsmodelle (§ 2 III Nr. 4, § 15a II, § 30, § 32 III Nr. 2 TKG)

Regulierung

Grundsatz der Gewerbefreiheit

vgl. die etwas verquere Formulierung in Art. 3 II TK-GenehmigungsRL 2002/20/EG:
„Allgemeingenehmigung“

bloße Anzeigepflicht (§ 6 TKG, § 5 EnWG [für Energielieferungen])

Genehmigungspflicht (§ 4 EnWG [für Versorgungsnetzbetrieb]); § 32 I KWG)

Regulierung des Marktzugangs

zwischen den 1930ern und 1950ern, teilweise auch noch später: Bedürfnisprüfung →
Festigung von Monopolen

Zweigstellen von Banken (KWG 1939), Energieversorgung (§ 3 II Nr. 2 EnWG 1998)

nicht nur Eröffnungskontrolle, sondern auch Marktöffnungskontrolle

Regulierung des Marktverhaltens

ist nur so lange erforderlich, wie der Wettbewerb nicht funktioniert

Preisregulierung

P Feststellung des „angemessenen Preises“ ohne Markt

Strombörse, Emissionshandel, Frequenzhandel

Missbrauchskontrolle

bekannte kartellrechtliche Figur (§§ 19, 20 GWB)

Instrumente

Regulierung führt regelmäßig zu Vergrößerung der Normmenge

Schaffung zusätzlicher Instrumente neben dem herkömmlichen Wirtschaftsverwaltungsrecht

Publizierung

Die in Dtl. eigentlich präferierte Selbstverwaltung wird durch Aufsichtsrecht ersetzt

Marktgestaltung

Kontrahierungszwänge

Zugangsregulierung

Entgeltregulierung

²⁰ Fetzer, MMR 2010, 515ff.

Daseinsvorsorgepflicht

Grundversorgung (§§ 36 ff. EnWG); Universaldienstleistungspflicht (§§ 78 ff. TKG, §§ 11 ff. PostG)

Untersagungsbefugnis

§ 126 TKG, § 65 EnWG

P Verhältnis zur gewerberechtlichen Generalklausel des § 35 GewO

Selbstregulierung

Vorrang der privatautonomen Regelung

Rahmen für privatautonome Regelungen

Regulierungsbehörde

Britz, Organisation und Organisationsrecht der Regulierungsverwaltung in der öffentlichen Versorgungswirtschaft, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, 2010, § 21.

Existenz einer eigenständigen Regulierungsbehörde ist kein notwendiges Merkmal von Regulierung

BNetzA, Eisenbahnbundesamt (EBA)

Unabhängigkeit von Eingriffsverwaltung

bestimmt sich nach dem jeweiligen Fachrecht

Ausn. aber nach § 4 I 1 BEVVG für Fachaufsicht über BNetzA im Eisenbahnbereich

Gründe für Unabhängigkeit

- Politikferne
- fachliches Niveau (Jugendmedienschutz)
- Pluralität
- Ordnungspolitik

Europäische Regulierungsverbände

GEREK im TK-Bereich

Regulierungsrecht

„Better Regulation“ (s. Art. 8 V TK-RahmenRL, § 2 III TKG)

Regulierung bedeutet zunächst einmal ein Mehr an Normen („Re-Regulierung“)

Begriff der Marktregulierung

Eingriff des Staates in das freie Spiel der Kräfte

- um dysfunktionale Marktmechanismen zu unterbinden (Externalisierung, z.B. Umweltverschmutzung)
- um Markt zu ersetzen (Emissionszertifikatehandel; kartellrechtliches Diskriminierungsverbot)
- um Markt zu schaffen und dadurch Wettbewerb zu ermöglichen (klassisches Kartellrecht)
- um Wettbewerb zu schaffen (Aufbrechen monopolistischer Märkte)
- aus sozialpolitischen Gründen (Jugendschutz, Verbraucherschutz)

Regulierungsmodelle

Staatliche Leistungserbringung

Eigenerfüllung durch öffentliche Unternehmen (→ VL Öffentliche Unternehmen)

(Hoheitliches) Monopol

Vollständiges Monopol

Infrastruktur als öffentliches Gut (*Musgrave*) in staatlicher Verwaltung (Modell: Autobahn)

Wasserver- und -entsorgung, ÖPNV, Eisenbahnfernverkehr

Planwirtschaft

Abgeschwächt: hoheitliche Vorgaben für Dienstqualität und Universaldienstleistung

Regulierungsrecht i.e.S.

Dekartellierung

Zerschlagung des Monopolisten

Dt. Chemie- und Stahlindustrie nach dem II. Weltkrieg; Baby-Bells in USA

Asymmetrische Regulierung

Vorschriften und Verfahren, die nur für den Monopolisten gelten

Entbündelung

Trennung von hoheitlichem (Regulierung, Beamtenversorgung) und unternehmerischem Bereich

Trennung der einzelnen Dienstebene und Dienste

Ausschluss von prohibitiven Dumpingpreisen des Monopolisten oder Quersubventionierung durch Angebotsbündel

Aber: Rosinenpickerei („Milk Skimming“) der anderen Anbieter möglich

Ex post-Regulierung

Ansatz des allgemeinen Kartellrechts (GWB): erst mal den Markt machen lassen und ggf. (nachträglich) eingreifen; Anknüpfung an „marktbeherrschende Stellung“

Ex ante-Regulierung

So z.B. auch die Fusionskontrolle des allgemeinen Kartellrechts

muss den Markt und damit den Wettbewerb erst schaffen, insb. bei vorfindlicher „marktbeherrschende Stellung“

Deutschen Telekom AG, Stromversorgungsunternehmen

Marktmäßige Erbringung und Sicherstellung öffentlicher Interessen

Zulassungs- und Anzeigeverfahren

größter Teil des Gewerberechts usw.

Regulierte Selbstregulierung

§ 38a BDSG

Freier Markt

Abwesenheit von Regulierung

ggf. auch nur temporär

z.B. sog. „Regulierungsferien“ (§ 9a TKG a.F.)

Eingriffe nur über Gefahrenabwehrrecht

Rechtsdienstleistungsrecht

Privatwirtschaftliche Selbstregulierung

UWG

Verhältnis Kartellrecht–Regulierungsrecht

Regulierung (nur) als Aufgabe auf Zeit?

Auslandstelefonate werden inzwischen gar nicht mehr reguliert

Regulierungsrecht ist sektorspezifisches Kartellrecht

aber oft parallele Zuständigkeit von BKartA und BNetzA → z.B. Zusammenarbeit nach § 132 I TKG

unterschiedliche Gerichtsbarkeit: ordentliche Gerichtsbarkeit (BKartA) und Verwaltungsrechtsweg (BNetzA), insb. VG Köln

Telekommunikationsrecht (23.1.13)

Telekommunikationsrecht (23.1.13).....	73
Allgemeines	74
Grundsatz: Anbieterfreiheit (§ 6 TKG).....	75
Allgemeines	75
Regulierungsgrundsätze (§ 2 III TKG)	75
Regulierungskonzepte (§ 15a TKG)	75
Marktdefinition (§ 10 TKG).....	75
Bestimmung des relevanten Markts (§ 10 I TKG)	76
Sachliche Relevanz.....	76
Räumliche Relevanz.....	76
Bestimmung der Regulierungsbedürftigkeit (§ 10 II TKG)	76
3-Kriterien-Test	76
Weitestgehende europarechtliche Vorgaben	76
Berücksichtigung von regionalen Märkten (§ 2 II Nr. 5 TKG).....	77
Besonderheiten bei „Neuen Märkten“	77
Regulierungsferien (§ 9a TKG a.F.).....	77
Berücksichtigungspflicht (§ 2 III Nr. 4, § 15a II TKG, § 21 I Nr. 3, § 28 I 2 § 30 III 3 TKG)	77
Marktanalyse (§ 11 TKG).....	77
Regulierungsverfügung (§ 13 TKG)	77
Entscheidungsinhalt	77
Ermessensentscheidung.....	78
Drittsschutz der Verfügung	78
Verfahren (§§ 132–136 TKG).....	78
Einheitliche Regulierungsentscheidung.....	78
Verfahrensmaßstäbe	78
Transparenz	78
Konsultationen (§ 12 TKG)	78
Regulierungsermessen	78
Durchsetzung	78
Überprüfung von Regulierungsentscheidungen	79
(Eigen-)Überprüfung der Regulierungsentscheidungen (Art. 16 VI RRL; § 14 TKG)	79
Regulierungsperiode.....	79
(Fremd-)Überprüfung durch Aufsicht	79
BNetzA.....	79
GEREK.....	79
Europäische Kommission	79
Gerichtliche (Fremd-)Überprüfung	79
Rechtsschutz für Diensteanbieter.....	79
Rechtsschutz für Dritte.....	79
Zugangsregulierung (§§ 16–26 TKG)	79
Konstellationen	80
Zusammenschaltung.....	80
Zugang zu Netzbestandteilen	80
Entbündelung (TAL-VO 2887/2000).....	80
Zugang zu technischer Infrastruktur (§ 21 II Nr. 5 TKG).....	80
Resale (§ 21 II Nr. 3 TKG).....	80
Betreiberauswahl (Call by Call) und Betreibervorauswahl (Preselection) (§ 40 TKG)	80
Fakturierung und Inkasso (§ 21 II Nr. 7 TKG).....	80
Zusammenschaltung (§§ 16 ff. TKG)	81
Europarecht	81
Verfassungsrecht	81
Allgemeine Verpflichtung (§ 16 TKG).....	81
Marktmachtabhängige Zugangsregulierung (§ 19 ff. TKG)	81
Diskriminierungsverbot (§ 19 TKG).....	81
Auferlegung einer Zugangsverpflichtung (§§ 21 ff. TKG)	81
Zugangsvereinbarung (§ 22 TKG).....	82
Zusammenschaltungsentgelt (§ 30 II TKG)	82
Betreiber(vor)auswahl (§ 40 TKG; § 21 III Nr. 6 TKG 2012)	82
Mietleitungen (§ 41 TKG).....	82

Marktmachtunabhängige Zugangsregulierung	82
Zusammenschaltung (§ 16 TKG)	82
Endnutterzugang (§ 18 I 2 TKG)	82
Gemeinsame Nutzung von Infrastrukturen (§ 77a TKG 2012)	82
Anordnungsbefugnis (§ 25 TKG)	82
Transparenz (§ 26 TKG)	83
Entgeltregulierung (§ 27–39 TKG).....	83
Vorgaben.....	83
Europarecht	83
Verfassungsrecht	83
Allgemeine Maßstäbe (§§ 27–29 TKG).....	83
Verbot missbräuchlicher Entgelte (§ 28 TKG)	83
Verfahren (§ 29 TKG).....	83
Zugangsentgelt (§§ 30–38 TKG)	83
Zeitpunkt der Regulierung.....	83
Verfahren der Entgeltregulierung.....	83
Risikobeteiligungsmodelle (§ 30 III 2, § 32 III Nr. 3 TKG 2012)	83
Endkundenentgelt (§ 39 TKG).....	84
Missbrauchsaufsicht (§§ 42, 43 TKG).....	84
Allgemeines Kartellrecht	84
Weitere Regulierungsinstrumente.....	84
Funktionelle Trennung (Art. 13a ZugangsRL, § 40 TKG)	84
Förderung und Anerkennung von Risikobeteiligungsmodellen.....	84
Herstellung von Markttransparenz durch Information (§ 45n TKG)	84
Anordnung gemeinsamer Nutzung von Infrastrukturen (§ 77a TKG)	84
Frequenzordnung und Frequenzvergabe (§§ 52–65 TKG)	84
Frequenzbereichszuweisung.....	85
Internationale Ebene	85
Europa	85
CEPT	86
EU	86
National	86
Frequenz(nutzungs)plan (§ 54 TKG)	86
Frequenzzuteilung (§§ 55, 60 TKG)	86
Verfahren.....	87
Universaldienst (§§ 78–87 TKG).....	87
Definition (§ 78 I TKG)	87
Erschwinglichkeit (§ 78 I, § 79 TKG).....	87
Universaldienstverpflichtung (§ 80 TKG).....	87
Verfahren zur Auferlegung der Universaldienstverpflichtung (§ 81 TKG).....	87
Verbindlichkeit der Verpflichtung (§ 85 TKG).....	88
Universaldienstleistungsabgabe	88
Ausgleich des Universaldienstdefizits (§ 82 TKG)	88
Universaldienstleistungsabgabe (§ 83 TKG).....	88
Post.....	88

Kühling/Elbracht, Telekommunikationsrecht, 2. Aufl. 2012.

TK-Recht als ein, wenn nicht das Referenzgebiet des Regulierungsrechts

Allgemeines

TelegraphenwesenG v. 1892; Verreichlichung (Art. 48 RV; Abschluss durch Art. 170 I WRV); FAG; TKG 1996; TKG 2004; TKG 2012

Liberalisierung und Privatisierung nach Art. 87f GG

Telekommunikation ist nur die technische Seite der Signalübermittlung, Inhalte und Empfängerzahl (1 zu 1, 1 zu n) ist egal

Telekommunikation schließt auch (die technische Seite des) Rundfunks ein → Telekom als traditionelle Betreiberin der Fernmeldetürme

Stark europäisiertes Rechtsgebiet

Grundsatz: Anbieterfreiheit (§ 6 TKG)

§ 6 TKG: (bloße) Meldepflicht, keine Lizenz mehr erforderlich

→ bedeutet vor dem Hintergrund der Gewerbefreiheit (§ 1 I GewO) die grds. Freiheit, TK-Dienstleistungen zu erbringen

§ 3 Abs. 2 GenehmigungsRL 2002/20/EG spricht etwas verquer nicht von „Freiheit“, sondern von „Allgemeingenehmigung“

Bestätigung nach § 6 III TKG entspricht dem Gewerbeschein nach § 15 GewO

Allgemeines

Dreischritt der Marktregulierung:

- **Marktdefinition**
- **Marktanalyse**
- **Regulierungsentscheidung**

Regulierungsgrundsätze (§ 2 III TKG)

gesetzliche Vorgabe, die ihrerseits auf RRL beruht (§ 2 III TKG; Art. 8 V RRL)

P: Abgrenzung zu Regulierungszielen i.S.d. § 2 II TKG; Grundsatz ist konkreter, da es Mittel zur Erreichung des Ziels (Zwecks) beschreibt

→ Vorstrukturierung des Ermessens und des Beurteilungsspielraums der BNetzA

Regulierungskonzepte (§ 15a TKG)

Ziel: Vorhersehbarkeit des Regulierungshandelns

Bis 2012 mit ähnlicher Funktion Vorhabenplan (§ 122 II TKG) und Verwaltungsgrundsätze (§ 122 III TKG)

Rechtsform: Verwaltungsvorschrift → Binnenrecht mit faktischer Außenwirkung

keine Pflicht zu Regulierungskonzepten („kann“), aber begrenztes Antragsrecht der Unternehmen (§ 15a IV TKG)

Informationserhebung nach § 77a III TKG und § 127 II 2 TKG (zukünftige Netz- und Dienstentwicklung)

→ § 15a TKG bewirkt keine erhebliche Änderung in der Praxis

Marktdefinition (§ 10 TKG)

zunehmend intermodaler Wettbewerb

Entscheidung durch Präsidentenkammer (§ 132 IV 2 TKG), Einvernehmen des BKartA (§ 123 I 1 TKG)

aber auch umgekehrt Einvernehmen der BNetzA zu Entscheidungen des BKartA nach § 123 I 3 TKG

Voraussetzung für die Regulierung von marktmächtigen Unternehmen (asymmetrische Regulierung)

Bestimmung des relevanten Markts (§ 10 I TKG)

Sachliche Relevanz

Bestimmung der Substituierbarkeit aus Nachfragersicht (wie im allgemeinen Kartellrecht) → Nachfrageelastizität

hypothetische Preiserhöhung und Bewertung der Ausweichreaktionen der Nachfrager → was von Ausweichreaktionen betroffen ist, gehört zu einem (einheitlichen) Markt, was nicht von Ausweichreaktionen betroffen ist, gehört zu einem anderen (Abgrenzung)

Bestimmung der Anbietersubstituierbarkeit → Angebotselastizität

hypothetische Preiserhöhung und Beobachtung der Anbieter → wer kann kurzfristig in den Markt eintreten (Markteintrittskosten)

P Regelung hypothetischen Marktverhaltens und sogar hypothetischer (zukünftiger) Märkte

Räumliche Relevanz

Ausdehnung eines Netzes und Einheitlichkeit der Regulierung

lokale Teilnehmernetzbetreiber (NetCologne): Ortsnetz
Mobilfunk: Frequenzen werden national vergeben → Markt ist jeweiliger Mitgliedstaat
Satellit: entsprechend der Abdeckung ganz Europa

Bestimmung der Regulierungsbedürftigkeit (§ 10 II TKG)

„Märkte [...], die durch beträchtliche und anhaltende rechtlich und strukturell bedingte Marktzutrittsschranken gekennzeichnet sind, längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren und auf denen die Anwendbarkeit des allgemeinen Wettbewerbsrechts [= Kartellrechts] nicht ausreicht, um dem betreffenden Marktversagen entgegenzuwirken“ (§ 10 II 1 TKG)

3-Kriterien-Test

- beträchtliche und anhaltende strukturell oder rechtlich bedingte Marktzutrittsschranken
- keine längerfristige Tendenz zu wirksamem Wettbewerb
- Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts reicht allein nicht aus, um dem betreffenden Marktversagen entgegenzuwirken

Weitestgehende europarechtliche Vorgaben

„weitestgehend“ durch europarechtliche Vorgaben vorstrukturiert (§ 10 II 3 TKG)

- Märkte-Empfehlung der Kommission (2003/311/EG): 18 potentiell regulierungsbedürftige Märkte
- Märkte-Empfehlung der Kommission (2007/879/EG): (nur noch) 7 potentiell regulierungsbedürftige Märkte
 - Anschlüsse (Markt 1)
 - Connection-Verbindungsaufbau (Markt 2)
 - Connection-Anrufzustellung (Markt 3)
 - Entbündelter Großkunden-Zugang zur TAL (Markt 4)

- Breitbandzugang für Großkunden (Markt 5)
- Abschlussegment Mietleitungen für Großkunden (Markt 6)
- Anrufzustellung im Mobilfunk (Markt 7)

Berücksichtigung von regionalen Märkten (§ 2 II Nr. 5 TKG)

Art. 8 V lit. e RRL nur in Form eines Regulierungsgrundsatz umgesetzt

widerspricht etwas dem faktischen Leitbild der einheitlichen Wirtschaftsverhältnisse in Dtl.

Ofcom-Ansatz: in GB aber Definition nicht räumlich, sondern nach Wettbewerbssituation (Ballungsräume mit viel Wettbewerb ⇔ Gegenden mit wenigstens zwei Wettbewerbern ⇔ nur vom Ex-Monopolisten versorgte Gebiete)

Besonderheiten bei „Neuen Märkten“

Regulierungsferien (§ 9a TKG a.F.)

eingeführt 2007: „Regulierungsferien“, „lex Telekom“ → EuGH-Urteil v. 3.12.2009 (Rs. C-424/07) → Streichung nicht erst durch TKG 2012, sondern schon vorher durch G v. 24.5.2011 (BGBl. I S. 506)

sollte den Breitbandausbau fördern durch zeitweise Regulierungsfreistellung
nur dem Ziel, nicht aber dem Mittel nach europarechtskonform

Berücksichtigungspflicht (§ 2 III Nr. 4, § 15a II TKG, § 21 I Nr. 3, § 28 I 2 § 30 III 3 TKG)
Neuregelung in TKG 2012

Berücksichtigungspflicht der BNetzA bei den Investitionsrisiken bei der Zugangs- und Entgeltregulierung

Marktanalyse (§ 11 TKG)

Prüfung, ob auf den nach § 10 TKG festgelegten regulierungsbedürftigen Märkten „wirksamer Wettbewerb“ (§ 11 I 2, § 3 Nr. 31 TKG) besteht (§ 11 I 1 TKG)

wirksamer Wettbewerb besteht nach § 11 I 2 TKG nicht, wenn Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht existiert (Def. in § 11 I 3 TKG; sog. SMP-Unternehmen [„significant market power“])

→ letztlich geht es um die Ermittlung der Existenz von marktmächtigen Unternehmen

kein fester Marktanteil, aber ab 40% gilt Vermutung beträchtlicher Marktmacht, ab 50% eine solche Fiktion; letztlich kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an, auch die Marktmacht auf Nachbarmärkten (§ 11 I 5 TKG)
--

Entscheidung durch Präsidentenkammer (§ 132 IV 2 TKG)

europarechtliche Vorgaben (§ 11 I 4 TKG), vor allem bei länderübergreifenden Märkten (§ 11 II TKG)

Regulierungsverfügung (§ 13 TKG)

basiert auf Art. 7–7b, Art. 14 RRL und setzt § 9 II TKG um

schließt Marktdefinition und -analyse mit ein (§ 13 III TKG) und bildet einen einheitlichen Verwaltungsakt (§ 132 I 2 TKG)

Entscheidungsinhalt

- Diskriminierungsverbot (§ 19 TKG)

- Transparenzverpflichtung (§ 20 TKG)
- Zugang zu Netz und Infrastruktur (§§ 21–23 TKG)
- getrennte Rechnungsführung (§ 24 TKG)
- Entgeltregulierung (§§ 27, 30, § 39 TKG)
- Ermöglichung der Betreiber Auswahl und -vorauswahl (§ 40 TKG)
- Angebot von Mietleitungen (§ 41 TKG)

Ermessensentscheidung

Ermessensreduzierung auf Null

Drittschutz der Verfügung

h.M. (+), da Wettbewerbsschutz auch Konkurrentenschutz ist → Klagebefugnis

Verfahren (§§ 132–136 TKG)

stets ist nach § 15 TKG eine Konsultation nach § 12 TKG durchzuführen

ausgebautes Verfahren als Ausgleich für Unabhängigkeit

justizförmiges Verfahren vor den Beschlusskammern

- kollegiale Besetzung (§ 132 II TKG)
- umfassende Beteiligungsrecht (§ 134 TKG)
- mündliche Verhandlung (§ 135 III TKG)
- Beschlusskammern sind Ausschüsse i.S.d. § 88 VwVfG²¹

Abstimmung mit dem BKartA (§ 123 TKG)

Einheitliche Regulierungsentscheidung

keine isolierte Anfechtbarkeit der Marktdefinition oder -analyse

Verfahrensmaßstäbe

Transparenz

- Veröffentlichung der Maßnahmen der Zugangsregulierung (§ 26 TKG) und Entgeltregulierung (§ 36 TKG)
- Veröffentlichung ministerieller Weisungen (§ 117 TKG)
- Tätigkeitsbericht (§ 121 TKG)
- Mitteilung über die einggenommenen Abgaben (§ 147 TKG)

Konsultationen (§ 12 TKG)

Art. 6–7b RRL

beteiligungsintensive Ausprägung des Regulierungsverfahrens

Regulierungsermessen

Beurteilungsspielraum oder Ermessen oder etwas sui generis

Durchsetzung

Untersagung (§§ 126 f. TKG)

²¹ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2010, § 13 Rn. 16.

Überprüfung von Regulierungsentscheidungen

(Eigen-)Überprüfung der Regulierungsentscheidungen (Art. 16 VI RRL; § 14 TKG)

zukünftig: Auflösung des Sprachtelefoniemarkts durch VoIP und Integration in den für Datendienste

Regulierungsperiode

3+3 Jahre (§ 14 II TKG), früher 2 Jahre (§ 14 II TKG a.F.)

(Fremd-)Überprüfung durch Aufsicht

BNetzA

Unabhängigkeit des Regulierers!

kein Widerspruchsverfahren bei Regulierungsentscheidungen (§ 132 TKG)

Ministerielle Einwirkungsrechte (vgl. § 117 TKG)

GEREK

Europäische Kommission

stets ist nach § 15 TKG eine Konsultation nach § 12 TKG durchzuführen

Europäische Kommission kann mitgliedstaatliche Regulierungsentscheidung stoppen (Art. 7 VI RRL: „Veto“; § 12 II Nr. 3 TKG)

Unterrichtung des BMWi durch BNetzA nach § 12 II Nr. 3 S. 4 TKG gibt Möglichkeit, dass BRD gegen Kommissionsentscheidung vor dem EuGH klagt

Gerichtliche (Fremd-)Überprüfung

Rechtsschutz für Diensteanbieter

aber: Ermessensspielraum (§ 10 II 2 TKG) → insoweit keine Überprüfbarkeit durch Gerichte (vergleichbar mit Prüfungsentscheidungen)

Verkürzung des Rechtswegs auf eine Tatsacheninstanz (§ 137 III TKG) → Konsequenz aus dem ausgebauten Verwaltungsverfahren

Zuständig wegen des Sitzes der BNetzA ist das VG Köln

Informationssystem zu Rechtsbehelfen (§ 138a TKG) → BNetzA als „übermächtiger Gegner“ wird durch Transparenz „gezähmt“

Rechtsschutz für Dritte

UWG, UKlaG

Kunden sind bei Verstoß gegen Kundenschutzvorgaben aktivlegitimiert (§§ 44 TKG)

§ 137 TKG

Zugangsregulierung (§§ 16–26 TKG)

Seit 2012 erstreckt sich die Zugangsregulierung auch auf „passive Infrastrukturen“ (§ 21 III Nr. 1 TKG) wie Leerrohre und Masten.

Zugang des einen Unternehmens zum Netz und zur Infrastruktur eines anderen sowie zu den Endkundenanschlüssen

ONP = Open Network Provision

Konstellationen

Zusammenschaltung

Nutzung des Netzes eines Wettbewerbers

- Originierung = Übergabe an das Netz des Netzbetreibers
- Terminierung = Übergabe aus dem Netz des Netzbetreibers
- Roaming = Übergabe an das Netz des Netz- und TAL-Betreibers

Zugang zu Netzbestandteilen

Zugang zu Bestandteilen des Netzes eines Wettbewerbers

- TAL
- Mietleitung

Entbündelung (TAL-VO 2887/2000)

marktmächtiger Anbieter darf nicht (nur) Pakete anbieten²²

Line-Sharing = Telefonie und DSL über dieselbe physische Leitung

Bitstrom-Zugang (ATM-Bitstrom u. IP-Bitstrom)

Zusammenschaltung bezieht sich nur auf TK-Netze, nicht auch auf Inhalteanbieter (z.B. Youtube), so dass stark die Netzlast erhöhende Dienste keine Frage der TK-Regulierung sind.

Zugang zu technischer Infrastruktur (§ 21 II Nr. 5 TKG)

Kollokation

Funkmasten, aber auch Abrechnungseinrichtung (Drittanbieterrechnung auf der Telefonrechnung)

Resale (§ 21 II Nr. 3 TKG)

(bloßer) Weiterverkauf von TK-Leistungen Dritter

regulierungsrechtlich ambivalent: fördert Dienstewettbewerb (§ 2 II Nr. 2 TKG), hemmt aber den Aufbau weiterer und konkurrierender Infrastruktur (§ 2 II Nr. 3 TKG)

Betreiberauswahl (Call by Call) und Betreibervorauswahl (Preselection) (§ 40 TKG)

Pflicht („muss“), gilt aber nicht für Mobilfunkmarkt (§ 40 II 2 TKG)

Fakturierung und Inkasso (§ 21 II Nr. 7 TKG)

notwendige Annexleistung insb. für Call by Call, weil der Anbieter nicht über Bestandsdaten des Nutzers verfügt und deshalb keine Rechnung stellen kann; auch wäre eine Rechnungsstellung für Kleinbeträge nicht wirtschaftlich

Inkasso (einschließlich des Mahnwesens) ist aber vornehmlich Sache des Diensteanbieters

²² BVerwGE 114, 160, 180ff.

Zusammenschaltung (§§ 16 ff. TKG)

Zugangsregelungen setzen nicht beim Zugang des Kunden zu einzelnen Anbietern an, sondern betreffen den Zugang der Anbieter zum (End-)Nutzer über den Weg der Zusammenschaltung

Europarecht

ZugangsRL

führt zu harmonisierten Märkten in EU (keine fortwirkenden hoheitlichen TK-Monopole mehr) und zur Marktöffnung (Liberalisierung)

Verfassungsrecht

Eingriff in Eigentum (freie Verfügung über das Netz) und die Allgemeine Handlungsfreiheit (Kontrahierungszwang)

Eckwerte von Schmidt-Preuß²³ für eine Zulässigkeit der Zusammenschaltung: (1) Ausnahme von der Regel, (2) Angewiesenheit des Anschlussbegehrenden, (3) freie Kapazität, (4) keine Gefährdung der Unternehmensexistenz und (5) Amortisation der Investitionskosten.

Allgemeine Verpflichtung (§ 16 TKG)

Endkundenzugang (§ 18 TKG)

*s. aber die Differenzierung zwischen § 18 I 1 und § 18 I 2 TKG
Diskriminierungsverbot (§ 18 II TKG)*

Marktmachtabhängige Zugangsregulierung (§ 19 ff. TKG)

→ asymmetrische Regulierung

Incumbent Local Exchange Carrier (Etablierter Betreiber des Ortsnetzes)

Nach wie vor ist die DTAG dominant auf der „letzten Meile“
--

Diskriminierungsverbot (§ 19 TKG)

insb. gegen Besserstellung von Tochterunternehmen

marktmächtiger Anbieter darf bei Zusammenschaltung nicht diskriminieren

Transparenzgebot (§ 20 TKG) ermöglicht (technisch) der Zusammenschaltung

getrennte Rechnungsführung (§ 24 TKG) dient der Kontrolle des Diskriminierungsverbot

ggf. Entgeltregulierung (s.u.)

Auferlegung einer Zugangsverpflichtung (§§ 21 ff. TKG)

betrifft nur den Zugang der Netzbetreiber untereinander

Zugangsverpflichtung umfasst auch die Zusammenschaltung

Vorrang des individuell ausgehandelten Netzzugangs (§ 22 TKG) vor Standardangebot (§ 23 TKG), was aber hinsichtlich der unterschiedlichen wirtschaftlichen Stärke problematisch ist

Vorgaben durch Regulierungsverfügung (§ 21 TKG), die dann durch Anordnungen (§ 25 TKG) konkretisiert werden kann, wenn keine Zusammenschaltungsvereinbarung zustandekommt

²³ Schmidt-Preuß, RdE 1996, 1ff.

§ 21 I TKG 2004 ist Ermessensnorm, wobei hinsichtlich der Entschließungsentscheidung kein Ermessen besteht (Art. 12 ZugangsRL), sondern nur hinsichtlich der Auswahlentscheidung; § 21 I TKG stellt aber klar, dass sowohl Entschließungs- als auch Auswahlermessen besteht.

unterscheide „kann“ (§ 21 I, II TKG), „soll“ (§ 21 III TKG) und „muss“ (§§ 40, 41 TKG)

kann auch zu Pflicht zu einem „Standardangebot“ (§ 23 TKG) erweitert werden

Abwendung der Zugangsverpflichtung nur zur Sicherheit des TK-Netzes (§ 21 IV TKG)

Zugangsvereinbarung (§ 22 TKG)

Pflicht akzessorisch zu Zugangsverpflichtung nach § 21 TKG

Pflicht zu Abgabe eines Angebots innerhalb von drei Monaten (§ 22 I TKG)

Entgeltregulierung nach § 30 I 1 TKG

Zusammenschaltungsentgelt (§ 30 II TKG)

bei Zugangsverpflichtung nach § 21: ex ante-Regulierung (§ 30 I 1 TKG)

wenn keine Zugangsverpflichtung nach § 21: ex post-Regulierung (§ 30 II TKG)

kann aber auch Teil einer Zugangsanordnung sein (§ 25 V TKG)

Betreiber(vor)auswahl (§ 40 TKG; § 21 III Nr. 6 TKG 2012)

Pre-Selection und Call by Call: Ermöglichung der freien Anbieterwahl aus Nutzersicht

Mietleitungen (§ 41 TKG)

basiert (ursprünglich) auf der MietleitungsRL v. 1992

Marktmachtunabhängige Zugangsregulierung

Gewährleistung des umfassenden Ende-zu-Ende-Zugangs

Roaming

Zusammenschaltung (§ 16 TKG)

Angebotszwang (~ Kontrahierungszwang)

keine Vorgabe für Konditionen für nicht-marktmächtige Anbieter, außer es geht um Endnutzerzugang (§ 18 TKG) → jedenfalls über einen marktmächtigen (und deshalb regulierten) Anbieter ist Zugang zu (allen) Endnutzer erzwingbar

strenge Zweckbindung der hierbei ausgetauschten Informationen (§ 17 TKG)

Endnutzerzugang (§ 18 I 2 TKG)

kein Instrument zur Wahrung der (inhaltlichen) Netzneutralität, weil „Dienste“ hier „Telekommunikationsdienste (§ 3 Nr. 25 TKG) und „telekommunikationsgestützte Dienste“ (§ 3 Nr. 25 TKG) meint, nicht aber Telemediendienste (wie z.B. Youtube)

Gemeinsame Nutzung von Infrastrukturen (§ 77a TKG 2012)

systematisch Wegerecht

Anordnungsbefugnis (§ 25 TKG)

Regulierungsentscheidung nach § 13 TKG, die die Entscheidung nach §§ 10, 11 TKG einschließt

Transparenz (§ 26 TKG)

Veröffentlichung der Regulierungsmaßnahmen

Entgeltregulierung (§ 27–39 TKG)

gilt nur für marktmächtige Unternehmen (§ 27 I TKG; Ausn.: § 30 IV TKG)

Vorgaben

Europarecht

EntgeltRL

Verfassungsrecht

einschlägig ist nur Art. 2 I GG

Allgemeine Maßstäbe (§§ 27–29 TKG)

Missbrauchsverbot (§ 27 I TKG)

Konsistenzgebot für Regulierung (§ 27 II TKG)

Grundsatz der Transparenz

Grundsatz der Kostenorientierung

Verbot missbräuchlicher Entgelte (§ 28 TKG)

Verfahren (§ 29 TKG)

maßgeblich durch betriebswirtschaftliche Berechnungen bestimmt und daher von deren unterschiedlichen Modellen abhängig

Anordnungen (§ 29 TKG)

Zugangsentgelt (§§ 30–38 TKG)

„gestufte Regulierung“

Zeitpunkt der Regulierung

ex ante-Regulierung (§§ 30 ff. TKG): Entgelt muss vorab genehmigt werden

dient der Verhinderung von Monopolgewinnen und der der Verdrängung schwächerer Anbieter

ex post-Regulierung (§ 38 i.V.m. § 28 TKG)

Verfahren der Entgeltregulierung

- kostenorientierte (Einzel-)Entgeltregulierung

hoher Verwaltungsaufwand, der wenig Anreiz für Effizienzverbesserungen hat, weil Vorteile an die Verbraucher weitergegeben werden

- Price Cap-Verfahren

Orientierung am Preis (und nicht an den Kosten)

Risikobeteiligungsmodelle (§ 30 III 2, § 32 III Nr. 3 TKG 2012)

kartellrechtlich als eine Form von Unternehmenszusammenschlüssen nicht unproblematisch

Endkundenentgelt (§ 39 TKG)

hatte früher Relevanz hinsichtlich der der DTAG, nun aber immer weniger

Missbrauchsaufsicht (§§ 42, 43 TKG)

Setzt aber auch die Festlegung eines relevanten Markts nach §§ 10, 11 TKG voraus
entspricht der allgemeinen kartellrechtlichen Generalklausel des § 19 I GWB
gilt auch für die Fälle, in denen (noch) keine Regulierungsverfügung erlassen wurde

- Behinderungsmissbrauch
- Konditionenmissbrauch (AGBs)

Vorteilsabschöpfung (§ 43 TKG)

allg. Untersagungsbefugnis (§ 126 TKG)

entspricht § 35 GewO

Verhältnis der Normen: §§ 42 f. TKG ist speziell für Missbrauchs-TB.e und setzt Verfahren nach 2. Teil d. TKG voraus → kaum praktischer Anwendungsbereich

Allgemeines Kartellrecht

Soweit keine Marktabgrenzung und -definition stattgefunden hat, gilt nur allg. Kartellrecht, insb. § 19 IV Nr. 4 GWB

Weitere Regulierungsinstrumente

Funktionelle Trennung (Art. 13a ZugangsRL, § 40 TKG)

buchhalterische Trennung schon jetzt nach § 24 TKG

neues Instrument aufgrund europarechtlicher Vorgaben

Ultima ratio

Anordnung, vertikale Integration aufzuheben und in selbständige Geschäftsbereiche zu überführen

Verfahren bei freiwilliger vertikaler Trennung (§ 41 TKG)

Förderung und Anerkennung von Risikobeteiligungsmodellen

Risikobeteiligungsmodelle (§ 2 III Nr. 4, § 15a II TKG, § 21 I Nr. 3, § 28 I 2 § 30 III 3 TKG)

Herstellung von Markttransparenz durch Information (§ 45n TKG)

Anordnung gemeinsamer Nutzung von Infrastrukturen (§ 77a TKG)

Frequenzordnung und Frequenzvergabe (§§ 52–65 TKG)

Frequenzraum als Common Good

Frequenzordnung betrifft nicht nur Telefon, sondern auch die terrestrische Rundfunkübertragung, Seefunk, militärisches Fernmelden, Radioteleskopie, Mikrowellenherd, Kurzstreckenfunk (Bluetooth usw.)

durch TKG geregeltes Frequenzband: 9 kHz–3000 GHz (U-Boot-Kommunikation bis Infrarotfernbedienung)

auch kabelgebundene Funkübertragung kann mangels perfekter Abschirmung zu Interferenzen führen

bestimmte Dienste benötigen bestimmte Ausschnitte aus dem Frequenzspektrum → Knappheitsproblem

Digitalisierung hat Übertragungskapazität erhöht („digitale Dividende“) und begnügt sich mit schmaleren Frequenzbändern, was aber das Problem nur mildert, nicht löst

Art. 9 RRL: technikneutrale Nutzung der Frequenzen

6 Ebenen der Frequenzverwaltung

- VO Funk (ITU)
- (CEPT/EU)
- Frequenzbereichszuweisung (§ 53 TKG)
- Frequenz(nutzungs)plan (§ 54 TKG/§ 54 TKG 2012)
- Frequenzzuteilung (§ 55 TKG)
- Überwachung (§ 64 TKG)

Frequenzbereichszuweisung

P: Frequenzräume und Rechts- und Verwaltungsräume sind nicht kongruent → jedenfalls nachbarstaatliche, praktisch aber weltweite Koordinierung nötig

internationale Kooperation führt(e schon früh) zu Standardisierungen (etwa für Radios und heute für Telefone [Tri- und Quad-Band-Handy])

Internationale Ebene

Zuständig ist die ITU

gegründet 1864, seit 1948 Sonderorganisation der VN

Ausrichtung der Weltfunkkonferenz (World Radiocommunication Conference, WRC)

früher: World Administrative Radio Conference (WARC)

nächste WRC (WRC-15) findet 2015 in statt, die übernächste (WRC-18) dann 2018

Beschluss und Fortschreibung der „Vollzugsordnung für den Funkdienst“ (VO Funk; engl. Radio Regulation [RR]), dessen wichtigster Bestandteil insoweit der Internationale Frequenzbereichsplan ist

Internationaler Frequenzbereichsplan teilt Erde in 3 Zonen ein (1: Europa, Afrika, Naher Osten, frühere Sowjetunion, Mongolei; 2: Nord- und Südamerika; 3: restliches Asien und Ozeanien) → regional unterschiedliche Zuweisungen möglich

Europa

CEPT (Conférence Européen des Administrations des Postes et des Télécommunication) und EU

CEPT

1959 gegründet; mit den Funkfrequenzen beschäftigt sich das dortige Electronic Communications Committee (ECC)

maßgebliches Koordinierungsgremium für EU-Staaten und darüber hinaus (insg. 48 Mitgliedstaaten; Deutschland wird von BNetzA vertreten (§ 140 TKG)

aber: keine Durchsetzungsmöglichkeit

EU

bisher nur vereinzelte Frequenzregelungen

RL 87/372/EWG – GSM
RL 90/544/EWG – ERMES
RL 91/287/EWG u. RL 96/2/EG – DECT
E 128/99/EG – UMTS

Beobachtung der ITU- und CEPT-Entscheidungen

E 676/2002/EG („Frequenzentscheidung“): Bildung eines Funkfrequenzausschusses (Policy Making)

National

Plan hat die Gestalt einer Rechtsverordnung, ist also (materielles) Gesetz und hat Außenwirkung

z.Zt. Frequenzbereichszuweisungsplanverordnung, FreqBZPV

daneben auch Inanspruchnahme von Frequenzen durch BMVg und andere (Sicherheits-)Behörden, was aber aus Geheimhaltungsgründen nicht veröffentlicht wird. Zur Koordinierung werden die betroffenen „Bundes- und Landesbehörden“ beteiligt (§ 54 I 2 TKG)

Frequenz(nutzungs)plan (§ 54 TKG)

Plan, der auf dem Frequenz(nutzungs)plan (§ 54 TKG) basiert

Parallele zur Raumplanung

Plan hat die Gestalt einer Verwaltungsvorschrift und damit keine (unmittelbare) Außenwirkung, was aber wegen der darauf dann beruhenden Frequenzzuteilung auch entbehrlich ist

Frequenzzuteilung (§§ 55, 60 TKG)

Frequenzzuteilung erfolgt nie gerätebezogen, sondern immer auf einen Zweck hin

Normalfall: Allgemeinzuteilung (§ 55 II TKG)

- Einzelzuteilung (§ 55 III TKG)
- Sonderfall: Orbit- und Frequenznutzung für Satelliten (§ 56 TKG)
- Sonderfall: Rundfunkfrequenzen (§ 57 I TKG)

Technische Rundfunkübertragung ist Telekommunikation und kann vom Bund geregelt werden; Rundfunkinhalte (im Inland) unterliegen der Regelungsgewalt der Länder

- Sonderfall: Sicherheitsrelevante Anwender (§ 57 II–VI TKG)
- Sonderfall: Erprobung und kurzzeitige Abweichung (58 II TKG)
- Sonderfall: Amateurfunk

Teilnahme am Amateurfunkdienst nach § 3 AFuG nach fachlicher Prüfung

Verfahren

gebundene Entscheidung (§ 55 V TKG: „...werden zugeteilt“)

Vergabeverfahren (§§ 55 IX, 61 TKG)

Entscheidung durch die BNetzA-Präsidentenkammer (§ 55 IX, § 132 III TKG)

Frequenzen können auch neu und anders zugeteilt werden

LTE und Theaterfunk (drahtlose Mikrophone)

Frequenznutzungsbeitrag (§ 143 TKG)

Universaldienst (§§ 78–87 TKG)

Definition (§ 78 I TKG)

Universaldienstleistungen sind ein Mindestangebot an Diensten für die Öffentlichkeit, für die eine bestimmte Qualität festgelegt ist und zu denen alle Endnutzer unabhängig von ihrem Wohn- oder Geschäftsort zu einem erschwinglichen Preis Zugang haben müssen und deren Erbringung für die Öffentlichkeit als Grundversorgung unabdingbar geworden ist.

früher (gem. Postreform I): „Pflichtleistungen“ (der DBP)

- Festnetzanschluss für Sprachtelefonie sowie Fax und (seit 2012) „funktionalen Internetzugang (§ 78 II Nr. 1 TKG)
- Zugang zur Sprachtelefonie über Internetanschluss (VoIP) (§ 78 II Nr. 2 TKG)
- öffentliches Teilnehmerverzeichnis (§ 78 II Nr. 3 TKG)
- Telefonauskunft (§ 78 II Nr. 4 TKG)
- öffentliche Telefonanschlüsse („Telefonzelle“) (§ 78 II Nr. 5 TKG)
- Notrufmöglichkeit (§ 78 II Nr. 6 TKG)

Erschwinglichkeit (§ 78 I, § 79 TKG)

unterschiedliche Berechnungsmethoden (§ 79 I u. II TKG)

Vergleichspreis (§ 79 I TKG)

Privilegierung von Großstädten (< 100 000 Einwohner)

Marktmacht (§ 79 II i.V.m. § 28 TKG)

Universaldienstverpflichtung (§ 80 TKG)

4% Marktanteil oder beträchtliche Marktmacht

Bislang musste noch keine Universaldienstleistungsverpflichtung auferlegt werden.

Verfahren zur Auferlegung der Universaldienstverpflichtung (§ 81 TKG)

§ 81 I TKG: 1 Monat Frist für Erklärung von Unternehmen, Pflicht unentgeltlich zu übernehmen

§ 81 II TKG: Auferlegung der Pflicht einem Unternehmen nach § 80 TKG

§ 81 III TKG: Ausschreibung, wenn verpflichtetes Unternehmen glaubhaft macht, einen Ausgleich nach § 82 verlangen zu können

§ 81 V TKG: nach erfolgloser Ausschreibung Auferlegung der Pflicht nach Abs. 2; Entscheidung durch Präsidentenkammer (§ 132 III TKG)

Verbindlichkeit der Verpflichtung (§ 85 TKG)

Universaldienstleistungsabgabe

Ausgleich des Universaldienstdefizits (§ 82 TKG)

Universaldienstleistungsabgabe (§ 83 TKG)

Sonderabgabe

- abgegrenzte Sachaufgabe
- homogene, von der Allgemeinheit abgrenzbare Abgabenschuldnet
- spezifische Sachverantwortung (< rechtliche Verantwortung)
- gruppennützige Verwendung der Erträge aus der Sonderabgabe
- Überwachungspflicht (der Abgabe) des Gesetzgebers
- haushaltsmäßige Verselbständigung

Post

PostG

Energiewirtschaft. Verkehrsinfrastruktur. Finanzaufsicht (30.1.2013)

Energiewirtschaft. Verkehrsinfrastruktur. Finanzaufsicht (30.1.2013)	89
Energie(wirtschafts)recht	89
Allgemeines	89
Anwendungsbereich	89
Systematik	90
Versorgungsebenen	90
Sukzessive Gliederung des Gesetzes	90
Genehmigungs- und Anzeigepflichten (Markteintritt)	90
Zulassung von Energie(leitungs)anlagen	90
Planung	90
Netzwirtschaftliche Planung (EnLAG)	90
Genehmigung	91
Genehmigungspflicht für bestimmte Leitungen (§§ 43–45b EnWG)	91
Genehmigung für Netzbetrieb	91
Anzeige der Energielieferung	91
Überwachung (§§ 66 ff. EnWG)	91
Steuerung des Marktverhaltens	91
Netzanschluss (§ 17 ff. EnWG)	91
Anschlusspflicht	91
Interessenausgleich	91
Netzzugang (§ 20 EnWG)	92
Netzzugangsanspruch	92
Grenzen des Netzzugangs	92
Qualitätsregulierung	92
Preis- und Entgeltregulierung	92
Preisbildung	93
Regulierungsverfahren (§ 29 EnWG)	93
Eingriffe	93
Entflechtung (§ 6 ff. EnWG)	93
Grundversorgungspflicht (§ 36 EnWG)	93
Marktfremde Regulierungsziele	93
Ökologisch motivierte Eingriffe in die Preisbildung	93
EEG-Umlage	94
Befreiung vom Netzentgelt für Großabnehmer	94
Offshore-Windanlagen (§§ 17a–17j EnWG)	94
Eisenbahnrecht	94
Finanzmarktregulierung	94
Bankenaufsichtsrecht	94
Versicherungsaufsicht	94
Wertpapierhandelsaufsicht	95
Makroprudentielle Finanzaufsicht	95
Aufsichtsbehörde	95
Gesundheitsrecht	95
Krankenhausplanung und -finanzierung	95

Energie(wirtschafts)recht

EnWG als Referenzgebiet des Regulierungsrechts

Allgemeines

Anwendungsbereich

unterscheide weiten verfassungsrechtlichen (Art. 74 I Nr. 11 GG) und engeren EnWG-rechtlichen Begriff der Energiewirtschaft (nur leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Strom und Gas (vgl. § 3 Nr. 14 EnWG))

unterscheide Strom und Gas untereinander und von anderen Energiearten

Systematik

Versorgungsebenen

3 Stufen der Versorgung (vgl. § 3 Nr. 36 EnWG): Versorgung

- Erzeugung (Strom) oder Gewinnung (Gas) von Energie zur Belieferung von Kunden
- Vertrieb von Energie an Kunden
- Betrieb eines Energieversorgungsnetzes

→ Bergwerke usw. einerseits und auch Energieverbrauchsanlagen keine Energieanlagen

Sukzessive Gliederung des Gesetzes

- Teil 5 (§§ 43–48 EnWG): Planung
- Teil 2 (§§ 6–10c EnWG): Entflechtung als Regulierungsvoraussetzung und Abschichtung der (unproblematischeren) Energieerzeugung und -vermarktung vom (problematischen) Netzbetrieb

kein dem TK-Recht vergleichbarer Netzeffekt, dass der Nutzer für die Kunden beim größten Anbieter am größten ist

- Teil 3, Abschnitt 2 (§§ 17–19a EnWG): (physischer) Netzanschluss
- Teil 3, Abschnitt 3 (§§ 20–29a EnWG): Netznutzung
- Teil 4 (§§ 36–42 EnWG): Sonderregelungen in Bezug auf Letztverbraucher
- Teil 8 (§§ 65 ff. EnWG): sehr ausführliche Verfahrensregelungen

Genehmigungs- und Anzeigepflichten (Markteintritt)

Zulassung von Energie(leitungs)anlagen

Planung

Mätzig, Das Recht der Elektrizitätsversorgungsnetze, 2012, S. 83–105.

Netzwirtschaftliche Planung (EnLAG)

Energieanlagen-Ausbaugesetz (EnLAG)

// Verkehrswege(ausbau)Planung

Transeuropäische (Energie-)Netze werden von der EU geplant (Art. 170 II, Art. 171 I AEUV)
→ aber (auch) nur (schwache) Bindung der Mitgliedstaaten²⁴

raumordnungsrechtliche informatorische Mitteilung im Raumordnungsbericht (§ 25 ROG)

speziell auch Offshore-Netzplan (§§ 17a ff. EnWG)

→ lediglich (negative) Freihaltung von Flächen und Trassen für den Netzausbau, keine aktive Planung des Netzausbaus durch den Staat (Bund)

→ Bedarfsplanung und Netz ist unternehmerische Aufgabe (vgl. §§ 12a ff. EnWG)

²⁴ Europäische Kommission, Entscheidung 1364/2006/EG – Leitlinien-Entscheidung.

Genehmigung

Genehmigungspflicht für bestimmte Leitungen (§§ 43–45b EnWG)

ggf. Konzentrationswirkung (§ 43 V, § 43c EnWG, § 18 III 2 NABEG, § 75 I 1 VwVfG) → schließt dann BImSchG- und andere umweltrechtliche, Bau-, straßen- und wasserrechtliche Genehmigungen ein

Genehmigung für Netzbetrieb

Genehmigung nur für den Netzbetrieb erforderlich (§ 4 I EnWG)

nach § 3 EnWG 1998 war es noch umgekehrt, so dass nicht der Netzbetrieb, sondern der Anlagenbetrieb genehmigungspflichtig war

zusätzlich Zertifizierung und Benennung für Betreiber eines Transportnetzes (§§ 4a ff. EnWG)

Anzeige der Energielieferung

Energielieferung ist nur anzeigepflichtig (§ 5 EnWG)

Überwachung (§§ 66 ff. EnWG)

Ermittlungseingriffsbefugnisse (§ 68 EnWG) und Betretungs- und Auskunftsrechte (§ 69 EnWG) einschließlich Beschlagnahmefugnis (§ 70 EnWG)

Steuerung des Marktverhaltens

Versorgungsinfrastruktur als natürliches Monopol

bis 2005 nur aufgrund von allgemeinem Kartell- und Zivilrecht

Netzanschluss (§ 17 ff. EnWG)

Mätzig, Das Recht der Elektrizitätsversorgungsnetze, 2012, S. 240–281.

Netzanschluss betrifft den (gegenständlichen) Anschluss an ein Stromnetz

Anschlusspflicht

Belieferungspflicht und Kontrahierungszwang in Bezug auf Letztverbraucher (§ 18 EnWG: Netze der allgemeinen Versorgung, § 3 Nr. 17 EnWG)

gab es schon seit EnWG 1935

allgemeine Netzanschlusspflicht für alle vor- und nachgelagerten Netze in Gestalt eines Diskriminierungsverbots (§ 17 I EnWG)

Anschlusspflicht für EEG-Anlagen (§ 5 I EEG) oder KWK-Anlagen (§ 4 I KWKG)

Interessenausgleich

Netzanschluss führt zu Veränderungen der Stromflüsse, die zu Änderungen (= Investitionen) in das Stromnetz führen

keine Pflicht des Anzuschließenden, seine Standortentscheidung nach der Netztopographie auszurichten → dienende Funktion des Netzes

Standortfaktoren für Energieerzeuger:

- Primärenergievorkommen (Kohlegrube; Windkraft, insb. Offshore; Gezeitenkraftwerk; Geothermie
- kein entgegenstehendes Umwelt- oder Planungsrecht

Standortfaktoren für Netzbetreiber

- Gleichgewicht von Einspeisung und Entnahme im örtlichen Zusammenhang
- Bevorzugung von Überland- gegenüber Erdkabeln (Landschaftsschutz)
- Auseinanderfallen von (Öko-)Stromerzeugung und Nachfrage in Deutschland zw. Nord und Süd

→ kraftwerkseitige Entscheidungskompetenz mit nur beschränkten Korrekturrechten der Netzbetreiber

→ Verursachergerechte Kostenverteilung

- unmittelbare Anschlusskosten trägt Anschlussnehmer (§ 8 KraftNAV)
- Netzausbaukosten werden auf die Netznutzungsentgelte umgelegt
- Privilegierung von Kraftwerken (§ 8 III KraftNAV; § 17 VIII Strom NEV) → Netzbau wird von Abnehmern gezahlt

Netzzugang (§ 20 EnWG)

Netzzugang betrifft das Einspeisen und Entnehmen von Strom aus einem Netz

Netzzugang wird vom Netzanschluss unterschieden, weil z.B. Stromhändler (eingekauften) Strom über das Netz ausliefern, ihn aber mangels Energieerzeugungsanlagen nicht selbst einspeisen

Netzzugangsanspruch

→ regulierter Netzzugang statt ausgehandelten Netzzugangs

vertragliche Basis → Regulierung von Vertragsinhalten (insb. § 20 Ia, Ib EnWG)

diskriminierungsfreier Zugang zum Netz (§ 20 I, § 21 I EnWG)

Kontrahierungszwang (§ 24 I, § 25 I StromNZV, § 3 II GasNZV), kein gesetzlicher Netzzugangsanspruch

Grenzen des Netzzugangs

vorrangiger Netzzugang (§ 8 I EEG; § 4 I 1 KWKG) → vorrangige Abschaltung von konventionellen Kraftwerken

Qualitätsregulierung

Mätzig, Das Recht der Elektrizitätsversorgungsnetze, 2012, S. 325–346.

nicht nur „Hinhalten des Drahts“ bzw. „des Rohrs“, sondern Sicherung einer bestimmten Qualität (Frequenz, Spannung, Brennwertzahl) (vgl. § 11 Abs. 1 S. 1, § 12 III EnWG)

(mindere) Qualität soll kein Marktkriterium sein

Qualitätssicherung als unternehmerische Aufgabe (§ 13 EnWG, § 15a EnWG)

Preis- und Entgeltregulierung

Mätzig, Das Recht der Elektrizitätsversorgungsnetze, 2012, S. 349–477.

Kosten für Stromerzeugung (1/3), Transport (1/5) und Vertrieb beträgt 2013 nur noch etwa die Hälfte Preises; Rest ist MwSt. und StromSt (zus. 1/4), EEG-Umlage, Konzessionsabgabe, Aufschlag nach KWKG [Kraft-Wärme-Kopplungs-Gesetz]

Wegen der absehbar unauflöslichen Monopolstruktur ist die Preisregulierung auf Dauer angelegt

Preisbildung

Regelfall: kostenorientierte Preisbildung (§ 21 II 1 EnWG)

anreizorientierte Preisbildung (§ 21a EnWG): Effizienzgewinne sollen beim jeweiligen Unternehmen verbleiben → Schaffung dynamischer Effizienz

Marktpreisbildung (§ 21 II 1 a.E, § 24 S. Nr. 5 a.F. EnWG)

Regulierungsverfahren (§ 29 EnWG)

präventive Aufsicht, anders als im allgemeinen Kartellrecht (nachträgliche Missbrauchsaufsicht)

Eingriffe

Allgemeine aufsichtliche Generalklausel (§ 65 EnWG)

Untersagung eines ursprünglich nicht genehmigungsbedürftigen Energieversorgungsnetzes (§ 4 II 2 EnWG)

spezielle Missbrauchsaufsicht (§§ 30–33 EnWG)

Entflechtung (§ 6 ff. EnWG)

Mätzig, Das Recht der Elektrizitätsversorgungsnetze, 2012, S. 170–239.

klassisch kartellrechtliches Instrument

Sicherung des Wettbewerbs „vor und hinter dem Netz“, also auf den Märkten der Energieerzeugung und der Energielieferung

gilt für vertikal integrierte Unternehmen, die auf zwei oder drei Gliedern der Wertschöpfungskette (i.S.d. § 3 Nr. 36 EnWG) tätig sind

- informatorische Entflechtung (§ 6a EnWG)
- buchhalterische Entflechtung (§ 6b III EnWG)
- rechtliche Trennung von Tätigkeitsbereichen (§§ 7–8 EnWG)
- operationelle Entflechtung (§ 7a I, II Nr. 1, § 8 II, § 9 II, § 10 II 1 EnWG)
- Bildung eines Unabhängigen System- (§ 9 EnWG) bzw. Transportnetzbetreiber (§ 10 EnWG)

Grundversorgungspflicht (§ 36 EnWG)

Marktfremde Regulierungsziele

Ökologisch motivierte Eingriffe in die Preisbildung

EEG, KWKG

EEG-Umlage

EEG-Umlage ist keine Regulierungslast für die Anbieter, die dann allgemein über den Preis auf die Abnehmer umgelegt würde, sondern ein isolierter Posten, der auch die politische Verantwortlichkeit (für die höheren Kosten des Ausbaus Erneuerbarer Energien) zuweist.

Befreiung vom Netzentgelt für Großabnehmer

Aluminium-Hersteller, aber auch Molkereien und ÖPNV-Betriebe, die ausländischer Konkurrenz nur wenig ausgesetzt sind
--

Befreiung vom Netzentgelt für Großabnehmer wird mit der internationalen Wettbewerbsfähigkeit energieintensiver Unternehmen gerechtfertigt.

Der Sache nach handelt es sich um eine (unechte) Verbrauchsteuer
möglicherweise ist es eine verdeckte Beihilfe

Offshore-Windanlagen (§§ 17a–17j EnWG)

Schaffung einer neuen Infrastruktur, nicht Bewältigung einer monopolartigen Struktur
ursprünglich Netzanbindungsanspruch, jetzt Offshore-Netzplan (§§ 17a ff. EnWG) →
gesamthafte Planung

Verfahren und Organisation

Europäisierung der Regulierungsaufsicht

„Agency for the Cooperation of European Regulators“ (ACER)²⁵

Eisenbahnrecht

Schmidt/Staebe, Einführung in das Eisenbahn-Regulierungsrecht, 2010.

Eisenbahn war ursprünglich privatwirtschaftlich, wurde dann verstaatlicht (v.a. in Preußen), dann verreichlicht (Art. 41–47 RV; Art. 89 WRV), nun wieder formell privatisiert (Art. 143a GG), irgendwann dann auch materiell privatisiert (DB-Börsengang)

Trennung von Netz und Betrieb

Finanzmarktregulierung

Finanzmarkt als Gemeingut und (kritische) Infrastruktur

Bankenaufsichtsrecht

Aufsichtsrecht ist irreführend, weil es sich um Regulierungsrecht handelt und Parallelen zum (klassischen) Gewerberecht kaum bestehen

KWG

Versicherungsaufsicht

VAG

²⁵ VO (EG) 713/2009 (EG) v. 13.7.2009 zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden (ABl. EU v. 14.8.2009, Nr. L 211, S. 1).

Wertpapierhandelsaufsicht

Börse als Infrastruktur

WpHG, WpÜG; BörsenG

Makroprudentielle Finanzmarktaufsicht

Aufsicht über die Finanzmärkte, um Systemkrisen zu erkennen

Frühwarnsystem

(implizite) Annahme, die Märkte seien nicht rational

öffentliche und nicht-öffentliche Warnungen und Empfehlungen an die Politik

Aufsichtsbehörde

BAFin

Europäischer Ausschuss für Systemrisiken (European Systemic Risk Board, ESRB)

Gesundheitsrecht

Krankenhausplanung und -finanzierung

Medien- und Presserecht (6.2.2013)

Medien- und Presserecht (6.2.2013)	96
Ausgangspunkt: Medienfreiheit (Art. 5 I GG)	96
Strukturüberlegungen	97
Verfassungsrechtliche Vorgaben	97
Unterscheidung verschiedener Medienarten	97
Presse	97
Rundfunk	97
Telemediendienste	97
Unterschiedliche Regulierungsebenen	97
Übertragung	98
Allgemeines	98
Regulierungsziele	98
Presse-Grosso	98
Telekommunikation	98
Internet	98
Dienste	98
Allgemeines	98
Presse	98
Rundfunk	99
Dualistisches Rundfunkmodell	99
Rundfunkanstalten	99
Private Rundfunkunternehmen	99
Rundfunk-Aufsicht	99
Rundfunkrat für öffentlichrechtlichen Rundfunk	99
Medienanstalten für privaten Rundfunk	99
Zulassung	99
Selbstkontrolle	99
Programmgestaltung	99
Öffentlich-rechtliche Rundfunkfinanzierung	99
Telemedien	100
Inhalte	100
Allgemeines	100
Presse	100
Rundfunk	100
Internet	100
Konvergenz	100
Vor- und nachgelagerten Märkte	101
Wettbewerb aus horizontal benachbarten Märkten	101
Unterschiedliche Regulierungsphilosophie in technisch einheitlichem Medium	101

Seufert/Gundlach, Medienregulierung in Deutschland, 2012.

Ausgangspunkt: Medienfreiheit (Art. 5 I GG)

struktureller Unterschied zur eigentlichen Wirtschaftsregulierung, in der die Regulierung eine Lockerung der traditionellen Wirtschaftsaufsicht bedeutete, während im Bereich der Medien – ähnliches gilt für Kunst – die Regulierung eine tendenzielle Freiheitsbeschränkung bedeutet

Medien- und Meinungsfreiheit bedeutet aber nicht, dass es keine Regelung geben dürfte → Schutzpflicht

Strukturüberlegungen

Verfassungsrechtliche Vorgaben

Meinungsäußerung (Art. 5 I 1 GG) und Medien (Art. 5 I 2 GG)

Schrankenvorbehalt und Wechselwirkungslehre

Rundfunk-Entscheidungen des BVerfG²⁶

keine (Vor-)Zensur (Art. 5 I 3 GG)

Einschränkungen eingeschränkt möglich (Art. 5 II GG); Sonderregelungen für Wissenschaft und Kunst (Art. 5 III GG)

Kommerzielle Kommunikation (Art. 12 GG oder Art 5 I GG)? BVerfG: es kommt darauf an

Unterscheidung verschiedener Medienarten

geschichtliche gewachsene getrennte Regelungsstruktur

Presse

Landesmediengesetze

Beleidigungsschutz

Urheber- u. Leistungsschutzrecht

Rundfunk

RStV, Landesrundfunk- und -mediengesetze

öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Rundfunk (duales Rundfunksystem)

Telemediendienste

TMG, RStV

unterscheide Mediendienste (RStV) und Telemedien (TMG)

Kompetenzgerangel zwischen Bund und Ländern

Unterschiedliche Regulierungsebenen

- Übertragung. Infrastruktur
 - TK-Recht
 - Presse-Grosso
- Dienst
 - TMG, RStV
 - Medienkartellrecht
- Inhalt
 - Zensurverbot (Art. 5 I 3 GG)
 - Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien
 - Presserat (als Selbstregulierungsgremium)

²⁶ BVerfGE 12, 205ff. – 1. Rundfunk-Urteil (Deutschland-Fernsehen GmbH).

Übertragung

Allgemeines

Übertragungsinfrastruktur hat eine Tendenz zum natürlichen Monopol

Telekommunikation (Fernsehtürme), Internet, Presse-Grosso

Regulierungsziele

- Bereitstellung von Infrastruktur
- Sicherstellung der Leistungsfähigkeit
- internationale Koordinierung (Interoperabilität, Störungsvermeidung)
- begrenzte Ressourcen (Funkfrequenzen, Kabelkanäle, Domain-Namen)
- Umweltschutz (Elektrosmog)
- Schaffung von Wettbewerb
- Vielfaltsermöglichung
- Nichtdiskriminierung → Netzneutralität

Presse-Grosso

Telekommunikation

Zuteilung von Sende- und Kabelfrequenzen

Internet

Bandbreite → Netzneutralität

Netzsperrern

P Suchmaschinenmonopole

Dienste

(Qualitäts-)Medien haben Tendenz zum Oligopol

WAZ-Gruppe in NRW

Allgemeines

unterscheide Marktzutrittsregulierung und Marktüberwachung

Zensurverbot (Art. 5 I 3 GG)

kulturelle und informationelle Grundversorgung der Allgemeinheit

Presse

keine Anmelde- und Genehmigungspflicht

journalistische Wahrheitspflicht → journalistische Sorgfaltspflicht: aber nicht einklagbar

Impressumpflicht

Preisbindung (§ 30 GWB)

Pressefusionskontrolle durch die allgemeinen Kartellbehörden (§ 35, § 38 III GWB)

Rundfunk

Rundfunkrechtsprechung des BVerfG²⁷

Dualistisches Rundfunkmodell

staatliche, aber staatsferne Rundfunkerbringung

Pflicht zur positiven Ausgestaltung

Zuständigkeit der Länder

Bund ist nur für die technische Signalübertragung (Telekommunikation) zuständig

Rundfunkanstalten

Binnenpluralismus

Private Rundfunkunternehmen

Privatrundfunk ist nur in dem Maße erlaubt, wie die informationelle Grundversorgung durch öffentlichrechtliche Rundfunkanstalten oder den Markt gewährleistet ist

Fusionskontrolle nach allgemeinem Kartellrecht (GWB), aber

Rundfunk-Aufsicht

unterscheide öffentlichrechtlichen Rundfunk – Privatrundfunk

Unabhängigkeit der Rundfunkaufsicht

Rundfunkrat für öffentlichrechtlichen Rundfunk

Repräsentanten der Gesellschaft → Pluralität

Rundfunkrat ist nur ein beratendes Gremium, wählt aber den Verwaltungsrat, der die Wirtschaftsführung der Rundfunkanstalt überwacht

Medienanstalten für privaten Rundfunk

Zulassung

Öffentlichrechtliche Rundfunkanstalten müssen durch Gesetz errichtet werden

Private Rundfunkanbieter müssen zugelassen werden (§ 20 I RStV), auch weil eine (Vorab-)Kontrolle (Zensur!) des Programms dann nicht mehr möglich ist

Selbstkontrolle

Programmgestaltung

Wertigkeit und Programmausgewogenheit

spezieller Jugendschutz

Werbezeitbeschränkungen (§ 45 RStV)

Öffentlich-rechtliche Rundfunkfinanzierung

früher: GEZ-Gebühr

Werbung

²⁷ BVerfGE 12, 205ff. – Deutschland Fernsehen GmbH (= 1. Rundfunk-Urteil).

Telemedien

früher „Multimedia“

keine besondere Zulassung erforderlich (§ 4 TMG) → „Veranstalterfreiheit“

AKZ-Pflicht (Web-Impressum)

Kommerzielle Telemedien sind meist Gewerbe

Inhalte

Allgemeines

Sicherung der Presse- und Medienvielfalt

privatrechtliches Durchsetzungsdefizit

„Streisand-Effekt“: Klage gegen Luftbild ihres Hauses (2003)

Presse

Selbstregulierung

Presse-Rat

Vorschlag der Berater von Neelie Kroes (EU-Kommissarin für Digitale Fragen), Presseunternehmen von „Medienräten“ kontrollieren zu lassen²⁸

Rundfunk

Private müssen die „Programmgrundsätze“ aus dem MedienG.en beachten

Internet

keine Regulierung

nur ex post-Kontrolle (Beleidigungs- und Urheberrecht)

Konvergenz

befördert durch Digitalisierung

unterscheide technische Konvergenz

leitungs- und funkwellengebundene Datenübertragung

„multimediale“ Endgeräte, Smartphones

inhaltliche Konvergenz

Rundfunk mit Internetauftritt, Presse mit eingebetteten Videos, Blogs

²⁸ F.A.Z. v. 22.1.2013.

Vor- und nachgelagerten Märkte

Wettbewerb aus horizontal benachbarten Märkten

Ausweichen auf „das Internet“ in autoritären Staaten

Abgrenzung des Rundfunks zu Telemedien nach „Meinungsrelevanz“ (bis 12. RÄndStV)

Abgrenzung des Rundfunks von der Presse nach „elektronischer Übermittlung“

Unterschiedliche Regulierungsphilosophie in technisch einheitlichem Medium

Internet als Einkaufsmeile und Meinungsforum

Homeshopping-Kanäle und Rundfunk

Zeitung und Anzeigenblätter