

geltende Typisierung verwiesen; die Verweisung wurde angesichts der vergleichbaren Situation für sachgerecht erachtet.⁴⁸

Da auch nach Rechtsänderung durch Art. 4 Abs. 26 Nr. 2 KostRMoG vom 5. 5. 2004 eine Gleichbehandlung von Behörden in Bezug auf die Anwaltskosten der anderen Verfahrensbeteiligten beabsichtigt ist und diese ausweislich der amtlichen Begründung zu Nr. 7002 die Pauschale in jeder eigenständigen gebührenrechtlichen Angelegenheit fordern können, muss dies auch für juristische Personen und Behörden gelten.⁴⁹

10. Fazit

§ 162 Abs. 2 Satz 3 VwGO kann ohne Verständnis der geschichtlichen Entwicklung unter Einbeziehung der Grundsätze, dass nur tatsächlich entstandene Aufwendun-

48 BT-Drucks. 14/6854 Nr. 19 und BT-Drucks. 14/7744 Nr. 9.

49 So im Ergebnis auch VG Gelsenkirchen 12. 10. 2007 – 11 K 2937/06 – NVwZ-RR 2008, 359.

gen erstattungsfähig sind, die Pauschale »anstatt« dieser Aufwendungen verlangt werden »kann« (Ermessen) und die Behörde stets die Kostenminderungspflicht und das Übermaßverbot im Blick haben muss, nicht verständlich ausgelegt werden. Legt man die vorgenannten Grundsätze und Auslegungsprinzipien jedoch zugrunde, erschließt sich problemlos, dass die Pauschale der Nr. 7002 der Anl. 1 zum RVG kein Mittel zum »Geldverdienen« für die Behörde ist. Sie ist weder ihrer Pflicht enthoben darzulegen, dass überhaupt erstattungsfähige Auslagen entstanden sind, noch kann sie zur »Vereinfachung« – aber zu Lasten des Bürgers – von der am wenigsten belastenden (»kostengünstigsten«) Geltendmachung ihrer Auslagen absehen. Im Gegenteil: Sie muss (vgl. den Grundsatz in § 24 Abs. 2 VwVfG) auch hier »die für die Beteiligten günstigen Umstände berücksichtigen«. Sie ist verpflichtet, die kostengünstigste Variante der Auslagenerstattung zu wählen. Damit dies gerichtlich nachvollzogen werden kann, muss diese Entscheidung – wie jede Ermessensentscheidung (vgl. § 39 Abs. 1, insbes. Satz 3 VwVfG) – »gerichtsverwertbar« begründet werden. Fehlt es hieran, ist die Kostenforderung nicht erstattungsfähig; ein Kostenfestsetzungsantrag ist abzulehnen.

Berichte

Die 49. Assistententagung Öffentliches Recht: »Recht und Markt – Wechselbeziehungen zweier Ordnungen«, Bonn, 10. bis 13. März 2009

Von *Lena Heuner*, Institut für Informations- und Wirtschaftsrecht, Universität Karlsruhe

Eröffnungsabend:

Die 49. Assistententagung im Öffentlichen Recht begann mit Jazz, genauer mit den »Jazzmen«, die musikalisch durch den Abend führten und Füße wippen ließen.

Wenn vielleicht auch nicht beabsichtigt, so erwies sich das durch diese Musikauswahl symbolisch verkörperte Thema »Freiheit« als passende Begleitung für die folgenden Grußworte und den Festvortrag.

Nach einer Einführung in das Tagungsthema »Recht und Markt« von Mitorganisator *Niels Petersen* begrüßten *Prof. Dr. Christian Hillgruber* (Universität Bonn) und *Prof. Dr. Christoph Engel* (MPI zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern Bonn) die Teilnehmer. Sie zeichneten dabei das Bild der Tagung als Möglichkeit, eigenständig und eigenverantwortlich wissenschaftliche Freiheit zu erfahren, »Neues und neu zu denken«, erste wissenschaftliche Kontakte zu knüpfen, ein Gespür für die eigene Zunft zu bekommen, die »Eigenarten und Unarten« der anderen Teilnehmer zu entdecken und langsam »frecher zu werden«. Diese Worte holten nicht nur die erfahrenen, bereits wissenschaftlich orientierten Teilnehmer ab, sondern integrierten gerade auch Erstteilnehmer. Gleichzeitig konnten sie auch als Maßstab für das Tagungsprogramm und die folgenden Tage dienen: Würde frei gedacht, diskutiert und miteinander umgegangen werden?

Mit einem Feuerwerk verschiedenartigster Bezüge zu Niklas Luhmann, William Shakespeares »Kaufmann von Venedig« und Bertolt Brechts »Leben des Galilei« unterlegte *Prof. Dr. Dr. Udo di Fabio, Richter am Bundesverfassungsgericht*, seinen Festvortrag über »Die Freiheit des Geldes«. Er zeichnete nach, wie das Geld vom Mittel-

alter über Renaissance und Neuzeit bis heute zu Freiheit geführt habe und führe. Durch eine selbstbezügliche Geldwirtschaft, das Verleihen und Leihen von Geld, entstünden ein neuer Warenkreislauf und neue Handlungsmöglichkeiten, die individuelle Unabhängigkeit und Selbstbestimmtheit hervorbrächten, sodass die Zukunft plan- und gestaltbar werde. Geld weise eine freiheitliche Tendenz auf, da es indifferent gegenüber Status sei, gleiche Chancen biete und den Einzelnen aus sozialen Abhängigkeiten und Ordnungssystemen löse. Diese Befreiung durch das Geld sei schon immer von den Systemen, die auch »auf das Ganze« gerichtet seien, namentlich dem Christentum im Mittelalter und dem Islam, mit Furcht beobachtet worden. Andererseits sei die Abhängigkeit vom Geld auch ein »faustischer Pakt«, dessen Konsequenzen in Krisenzeiten mit Liquiditäts- und Vertrauensverlusten und fehlenden Bezügen des Marktes zur Realwirtschaft gravierend sein könnten. Eine ungebundene Freiheit des Geldes könne es daher nicht geben, vielmehr seien autonome Institutionen und überschaubare Haftungs- und Verantwortungssysteme notwendig, um zu gewährleisten, dass der Mensch als Wesen im Mittelpunkt bleibe. Aufsicht und Intervention des Staates im Markt bestünden aber nur dann den »Test«, wenn sie überflüssig seien.

1. Tagungstag:

Recht, so *Stefan Magen* (MPI zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern Bonn) in seinem Vortrag »Rechtliche und ökonomische Rationalitäten im Emissionshandelsrecht«, habe eine genuin eigene, von der Ökonomie verschiedene Rationalität, derer sich Juristen bewusst

sein sollten. Die Rolle der Juristen sei nicht auf die bloße Auslegung und Anwendung von Recht, auf die Kontrolle fremder Vorschläge beschränkt. Vielmehr könnten sie sich aktiv an der Schaffung neuen Rechts beteiligen und das einbringen, wofür sie Experten seien: Rechtsstaatlichkeit, Gemeinwohlbelange, gerechter Ausgleich von Interessen. Diese rechtliche Rationalität werde durch die Integration ökonomischer Aspekte nicht gefährdet, ja, sie könne sogar manchmal nur dann überhaupt erst zur Geltung gelangen, wenn ökonomische Aspekte beachtet würden. Dies illustrierte *Magen* an Beispielen aus dem Emissionshandelsrecht wie der Zuteilung von Berechtigungen oder den Stilllegungsregelungen. Hier würde eine Verkenntung ökonomischer Gesichtspunkte dazu führen, dass juristisch gewollte Ziele wie die Schaffung von Modernisierungsanreizen ihre Wirkung verfehlen.

Nicht nur – bei dem Thema der Tagung naheliegenden – interdisziplinären, sondern auch intradisziplinären Einfluss wurde durch den Vortrag des Zivilrechtlers *Markus Rehberg* (Universität München) eingebracht. Er behandelte »Spezifika des Systemwettbewerbs und ihre Bedeutung für die staatliche Kompetenzordnung«. Dabei untersuchte er die staatlichen Regulierungsinstrumente des Bestimmungsländprinzips, Herkunftslandprinzips, der Harmonisierung und der Gewährung freier Rechtswahl auf ihren Erfolg im Wettbewerb rechtlicher Systeme und der Implementierung zwingenden Rechts. Als Bewertungskriterien zog er etwa heran, inwieweit das jeweilige Regulierungsinstrument die Berücksichtigung lokaler Besonderheiten oder die Umsetzung politischer Präferenzen zulasse, Anpassungskosten, Abwanderungs- oder Optimierungsdruck erzeuge. Jedes dieser Instrumente habe Vor- und Nachteile, die im Einzelfall abhängig von den politischen Wertentscheidungen geklärt werden müssten.

Pascal Schuhmacher (Universität Münster) beschäftigte sich in seinem Vortrag mit »Kriterien für eine Gestaltung des Übergangs vom sektorspezifischen Regulierungsrecht in das allgemeine Kartellrecht«. Dabei konzentrierte er sich besonders auf die Telekommunikationswirtschaft, denn hier sei die sektorspezifische Regulierung durch das Telekommunikationsgesetz von Anfang an nur auf Zeit ausgelegt gewesen. Allerdings bestehe Uneinigkeit über die Vorgehensweise; die dazu bereits bestehenden Ansätze wurden von *Schuhmacher* jeweils dargestellt. Er kritisierte diese jedoch und hielt ihnen ein viertes Modell, den sog. »more economic approach« entgegen. Dieser Ansatz biete flexible Lösungen gerade für Grauzonen, in denen die Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes nicht eindeutig sei. Hier würde mit einer sog. »ladder of remedies« rechtsfolgenbezogen und unter Zuhilfenahme ökonomischer Gesichtspunkte im Einzelfall entschieden, ob ein Markt der allgemeinen Missbrauchsaufsicht durch die Kartellbehörden oder der telekommunikationspezifischen Regulierung durch die Bundesnetzagentur unterfalle.

Über »Staatliche Daten als Güter – Informationen öffentlicher Stellen zwischen Arkantradition und wirtschaftlicher Nutzung« sprach *Gerrit Hornung* (Universität Kassel). Staatliche Informationen – etwa im Bereich von Statistik, Rechtsprechung, Logistik oder der gerade erst am 10. 2. 2009 im Geodatenzugangsgesetz geregelten Geobasisdaten – seien Wirtschaftsgüter von erheblichem Wert. Hier habe eine Entwicklung von dem historischen Amtsgeheimnis zu einem grundsätzlichen Zugangsrecht stattgefunden. Wirtschaftliche Verwertungsinteressen seien dabei für die Frage des Zugangs irrelevant, grundsätzlich aber zulässig und nur bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der konkreten Verwendung mit Gegenrechten Dritter abzuwägen. Problematisch sei es aber, dass z. T. erhebliche Kosten von den Behörden erhoben würden, obwohl sie oft gesetzlich verpflichtet zum Sammeln der Informationen seien. Diese Kosten würden sich vor dem Hintergrund des wirtschaftlichen Wertes der Informationen als Wettbewerbsnachteil für den Standort Deutschland erweisen.

2. Tagungstag:

Mit ihrem Vortrag: »Marktregulierung im Meinungskampf – Konvergenz der Kommunikation, Konvergenz der Regulierung, Konvergenz der Dogmatik« trat *Sophie-Charlotte Lenski* (Universität München) für eine Aufgabe der starren Abgrenzung von Wirt-

schafts- und Meinungsmärkten ein. Meinungen seien Teil des Wirtschaftsmarktes, und der ökonomische Markt habe gleichzeitig Einfluss auf sie. Grenzen zwischen Unterhaltung und Politik, Werbung und Kritik würden verschwimmen und der Staat nicht nur die Rolle einer Regulierungsinstanz, sondern auch diejenige eines Akteurs einnehmen. Daher sei auch die wettbewerbsrechtliche Dogmatik auf die staatliche Teilhabe am Meinungsmarkt übertragbar, genauso wie der Staat auch verfassungsrechtliche Anforderungen an das Agieren Privater stelle. Ein Beispiel könnten Untersagungsansprüche einer Partei gegen Wahlkampfaussagen einer anderen Partei sein, also eine Art parteipolitisches Wettbewerbsrecht.

Einen ähnlich weiten, auch Märkte auf ideeller Grundlage erfassenden Marktbezug zog *Jan Schaefer* (Universität Heidelberg) in seinem Beitrag zu »Markt« und »Gemeinwohl« als Integrationsprinzipien zweier ineinander greifender Ordnungen« heran. So wie sich der Gegensatz von Staat und Markt aufhebe, verliere auch die Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht ihre Bedeutung und könne daher – gleichlaufend mit dem Europarecht – aufgegeben werden. Stattdessen könnten markt- und gemeinwohlabasierte Normen unterschieden werden, von *Schaefer* als permissive und autoritäre Normen bezeichnet. Permissive Normen seien all jene, die der freien Entfaltung und autonomen Entscheidung des Einzelnen diene. Zu diesem Normkreis zählten der Schutzbereich der Grundrechte, aber auch vertragliche oder bereicherungsrechtliche Ansprüche. Den autoritären Normen unterfielen die Regelungen, die Fremdsteuerungselemente enthielten und die Letztentscheidungsbefugnis dem Staat vorbehalten, so etwa die Grundrechts-schranken oder §§ 242, 226 BGB.

Einen Gegenpunkt dazu setzte das Referat von *Eric Alain Dieth* (Universität Zürich), der sich fragte: »Recht – als Prostituierte des Marktes oder als Schutz vor Vermarktung?«. Dem von ihm abgelehnten Konzept des »homo oeconomicus« mit seiner egoistischen Nutzenorientierung stellte er einen »homo interactivus« entgegen: Dieser sei Teil einer Gesellschaft, in der Würde, Freiheit und Autonomie des Einzelnen im Vordergrund ständen und in der er Anerkennung finde. Welches Menschenbild dominiere, sei nicht von der Realität vorgegeben, sondern Ergebnis einer sozialen Konstruktion. Das neoliberale Menschenbild sah er als Postulat, das einer privilegierten Oberschicht diene. Dem Recht käme demgegenüber die Aufgabe zu, Schutz vor diesen marktfundamentalistischen Auswirkungen zu bieten als Mittel von Diskurs, Vielfalt, Konsens, Integration und Konfliktlösung. Das Recht sei also nicht in den Dienst des Marktes zu stellen, sei kein dazu komplementäres System, sondern stelle vielmehr dessen Gegenpol dar.

Als zweiter Zivilrechtler stellte sich *Dirk Zetzsche* (Universität Düsseldorf) vor mit dem Thema: »Finanzintermediäre als Katalysatoren zwischen Markt und Recht. Zum Verhältnis von zivil- und öffentlich-rechtlichem Rechtsschutz im Recht der Finanzmarktauf-sicht«. Angesichts dieses gebietsübergreifenden Themas sei ihm besonders an einer öffentlich-rechtlichen Einschätzung gelegen. Das Gebiet der Finanzmarktintermediäre wie etwa Fonds, Kreditbanken oder Beteiligungsgesellschaften sei durch eine Vielzahl von Normen geregelt – neben zivilem Bankenrecht und Gesellschaftsrecht etwa auch durch das öffentlich-rechtliche Bankenaufsichtsrecht. Trotzdem gebe es für Anleger bei einer Schlechtleistung der Intermediäre keinen ausreichenden Rechtsschutz, wenn die Aufsichtsbehörden nicht von sich aus tätig würden: Nach der herrschenden Meinung sei bei einem Verstoß gegen kapitalmarktrechtliche Vorschriften weder ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB verletzt, noch bestehe ein subjektives Recht auf Einschreiten gegen die Aufsichtsbehörden. Diese Meinung unterzog *Zetzsche* einer kritischen Analyse und kam zu dem Ergebnis, dass es unter teleologischen Gesichtspunkten einen Rechtsschutz geben müsse, um zu einem wertegerechten und systemkonsistenten Recht zu kommen.

Podiumsdiskussion

Unter der Überschrift »Der Umgang mit systemischen Risiken in den Finanzmärkten – zwischen Selbstregulierung und hoheitlicher Aufsicht« diskutierten in hochkarätiger Besetzung *Leonhard Fischer* (Co-Chief Executive Officer bei RHJ International), *Prof. Dr. Ernst-*

Ludwig von Thadden (Universität Mannheim) und Prof. Dr. Wolfgang Löwer (Universität Bonn) unter der Moderation von Oliver Stock (Ressortleiter Finanzzeitung, Handelsblatt). Dabei wurden nicht nur die Maßnahmen der akuten Krise, sondern auch Strategien für die Zukunft erörtert. Fischer störte sich insbesondere daran, dass es eine zu frühe Festlegung darauf gegeben habe, dass keine Bank bankrott gehen dürfe, sodass die jüngere Generation nun einen Blankoscheck habe ausstellen müssen und die Banken nicht bestraft würden, die (sich ver-)spekuliert hätten – und das seien nicht alle gewesen, wie etwa das Beispiel der Credit Suisse zeige. Letztlich sei jede Bank systemrelevant. Einigkeit herrschte über die Notwendigkeit einer europäischen Lösung und die Einführung eines speziellen Insolvenzrechts für Banken als vernünftige Option. Auch die Tagungsteilnehmer beteiligten sich rege, insbesondere mit zukunftsgerichteten Beiträgen.

3. Tagungstag:

»Das ökonomische Paradigma als Herausforderung an die verwaltungsrechtliche Systembildung – dargestellt am Beispiel der Handelbarkeit von Nutzungsrechten« war Gegenstand von Johannes Saurers (Universität Bayreuth) Vortrag. Im klassischen Verwaltungsrecht seien Genehmigungen und Nutzungsrechte nicht oder nur sehr eingeschränkt übertragbar gewesen. Nun aber sei eine Entwicklung erkennbar von einer beschränkten Übertragbarkeit, z. B. von aus der Genehmigung erwachsenden Rechten im Taxengewerbe oder von Milchquoten im Europäischen Agrarrecht, hin zu fast börsenmäßig strukturiertem Handel, wie etwa von Emissionen oder Frequenzen. Diese oft durch Europarecht angeregten Veränderungen hätten die Verkehrsfähigkeit der jeweiligen öffentlich-rechtlichen Rechtspositionen erheblich erhöht und zu einer Modernisierung des Verwaltungsrechts geführt. Kennzeichnende Elemente dieser Entwicklung seien Prozeduralisierung (da für die Übertragung zunehmend nur noch die Einhaltung von Verfahrensregeln Voraussetzung sei), Dezentralisierung, Diversifizierung und Herausbildung hybrider Strukturen zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht. Damit habe sich auch der verwaltungsrechtliche Systembegriff geändert.

Zu ähnlichen Ergebnissen gelangte Claudia Fuchs (Wirtschaftsuniversität Wien), die zu »Instrumente[n] und Verfahren staatlicher Knappheitsverwaltung. Auf dem Weg zu einem System des »Verteilungsverwaltungsrechts?« referierte. Bei knappen Gütern wie etwa den Fiaker-Standplätzen in Wien werde eine Verteilungsentscheidung erforderlich. Fuchs konzentrierte sich dabei auf die Entscheidungen, die eine Auswahl unter mehreren Konkurrenten beinhalten. Diese Auswahl könne unterschiedlich erfolgen: Oft würde sie durch die jeweilige Behörde getroffen, allerdings ohne dass Vorgaben für die Auswahl existierten. Dies führe regelmäßig zu verfassungsrechtlichen Problemen. Entwickelt hätten sich aber auch andere, ausdifferenzierte Verfahren wie etwa das Vergabeverfahren, die Ausschreibung oder die Auktion, die stärker wettbewerbsfördernd und oft streng formalisiert ausgestaltet seien. Dabei sei insbesondere bei Verstärkungen neues Terrain betreten worden. Hier finde eine Auswahl nicht nach qualitativen, sondern nach quantitativen Kriterien statt; wer das höchste Gebot abgebe, bekomme auch den Zuschlag, sodass hier besonders deutlich eine Prozeduralisierung zutage trete. Auf welches dieser Verteilungsverfahren der Staat zurückgreife, hänge dabei von politischen Zielvorgaben des Gesetzgebers ab.

Zu »Markt und Recht in der Wirtschaftsverfassung der EG« trug Constanze Semmelmann (Universität Fribourg) vor. Anders als ihre

beiden Vorredner rückte sie stärker kollidierende Interessen von Markt und Recht in den Vordergrund und untersuchte unter anderem anhand der Urteile des Europäischen Gerichtshofes in Sachen »Viking Line« (Rs. C-438/05), »Laval« (Rs. C-341/05) und »Rüffert« (Rs. C-346/06), ob darin eher der Freiheit des Marktes oder arbeits- und sozialpolitischen Interessen der Vorzug gegeben werde. Dabei verteidigte sie die Auslegung des Europäischen Gerichtshofes. Diese sei – angesichts der in diesen Bereichen im Wesentlichen bei den Mitgliedstaaten verbliebenen Kompetenzen – oft extensiv, aber durch die Rationalität und Transparenz des Verfahrens, die Partizipation der Mitgliedstaaten daran und die rechtsvergleichende Auslegung des Gerichtshofes legitimiert. Im Ergebnis verkörpere sich darin das Bild einer gemischten, offenen Wirtschaftsverfassung.

Alfred Früh (Universität Zürich) unternahm den Versuch einer Begriffsklärung und schloss mit einer Darstellung über »Die Entwicklung des Marktkonzepts im Wettbewerbsrecht«. Anhand mehrerer Gerichtsurteile zeigte er den Einfluss unterschiedlicher Markt-konzepte auf die Rechtsprechung auf. So fasse die Rationalitätstheorie den Markt als objektive Wirklichkeit, der Konstruktivismus diesen eben als Konstrukt auf. Im ersteren Fall sei der Markt dann Tatfrage, im letzteren Rechtsfrage und falle damit in die originäre Zuständigkeit des Gerichts. Vor allem bei der Beurteilung der Frage der Marktmacht im Kartellrecht wirke es sich entscheidend aus, was als Markt angesehen und wie die Abgrenzung von Märkten vorgenommen würde. Mit der Zeit seien hier immer mehr Elemente hinzugekommen – neben der Produktgleichartigkeit und Produktdifferenzierung z. B. auch die Flexibilität der Anbieter oder die Kundenpräferenz. Letztlich sei die Markt-abgrenzung also ungeklärt. Dies könne so erklärt werden, dass es den Markt als abgrenzbares System nicht gebe, sondern nur eine Summe von Einzelbeziehungen. Die verschiedenen Ansätze dienten den Gerichten gleichwohl als »Werkzeugkiste«, aus denen sie sich das passende Handwerkszeug holen könnten.

Fazit:

Das Selbstverständnis der Juristen im Wechselbereich von Markt und Recht, das Verhältnis dieser beiden Bereiche und insbesondere die Regulierung und Deregulierung von Märkten durch das Recht: Dies waren die hochaktuellen, umstrittenen und praxisrelevanten Themen dieser 49. Assistententagung Öffentliches Recht. Die außerordentliche Relevanz dieser Themen zeigte sich nicht zuletzt in der Tatsache, dass es den Veranstaltern gelang, trotz der gegenwärtigen Finanzkrise eine Vielzahl renommierter Kanzleien als Sponsoren zu gewinnen und so neben den Inhalten auch ein großzügiges und abwechslungsreiches Rahmenprogramm auf die Beine zu stellen.

Und was den bereits erwähnten »Maßstab« für das Tagungsprogramm betrifft: Ja, diese Tagung ist ihm gerecht geworden: Eigenständiges und neues Denken, freie Diskussionen und einprägende Begegnungen – für Erstteilnehmer gab es wohl keinen aufschlussreicheren und anregenderen Start in die wissenschaftliche Arbeit, und auch für Erfahrene gab es wertvolle Erkenntnisse und interessante Denkanstöße. Emanuel Towfigh, Niels Petersen, Sebastian Lutz-Bachmann, Anne-Kathrin Lange, Holger Grefrath und Klaus Schmolke – habt vielen Dank! Nun kann man gespannt sein auf die Jubiläumstagung, die 50. Assistententagung Öffentliches Recht, ausgerichtet von der Universität Greifswald vom 23. bis 26. 2. 2010 mit dem Thema: »Risiko im Recht – Recht im Risiko.«!