

# A. Grundlagen des Öffentlichen Wirtschaftsrechts

## § 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht in Studium, Wissenschaft und Praxis

### I. Zur Bedeutung des Öffentlichen Wirtschaftsrechts für Studium und Prüfung

#### 1. Öffentliches Wirtschaftsrecht für Rechts- und Wirtschaftswissenschaftler

Als Rechtsmaterie ist das **Öffentliche Wirtschaftsrecht** gleichermaßen für Juristen, Wirtschaftswissenschaftler und Wirtschaftsingenieure relevant. Die Aufnahme wirtschaftsjuristischer Gegenstände in Ausbildungs-, Studien- und Prüfungsordnungen wird damit begründet, dass das Wirtschaftsrecht über Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung den **Rahmen für das unternehmerische Handeln** setze. In rechtswissenschaftlichen Studiengängen ist das teilweise auch als Wirtschaftsverwaltungsrecht bezeichnete Öffentliche Wirtschaftsrecht im Schwerpunktbereich angesiedelt, meistens als Teil eines öffentlich-rechtlich geprägten Fächerspektrums in Verbindung mit Planungs-, Umwelt-, Regulierungs-, Infrastruktur- oder Medienrecht.<sup>1</sup> In wirtschaftswissenschaftlichen Studienangeboten ist das Öffentliche Wirtschaftsrecht oft Bestandteil des Grundstudiums, jedenfalls aber im Wahlfachbereich angesiedelt.

#### 2. Zur akademischen Aufwertung des Öffentlichen Wirtschaftsrechts im Jura-Studium

Die Konzentration auf den Schwerpunkt- und Wahlfachbereich belegt, dass die juristische und ökonomische Bedeutung des Öffentlichen Wirtschaftsrechts an deutschen Universitäten nach wie vor gering eingeschätzt wird<sup>2</sup>. Im Gegensatz zu den Wirtschaftswissenschaften spielen in der gegenwärtigen, **traditionell orientierten Juristenausbildung** Zusammenhänge von Recht und Ökonomie keine tragende Rolle. Zu Recht wird beklagt, die fundamentale Bedeutung eines funktionsfähigen Wirtschaftsrechts für die Entwicklung der Volkswirtschaft sei im Curriculum der Juristen nicht vorgesehen<sup>3</sup>. Forderungen, die Grundzüge des Wirtschaftsverwaltungsrechts zum Kernfach im juristischen Grundstudium zu erheben,<sup>4</sup> blieben bisher ungehört. Im Gegenteil: Weder das Wirtschaftsverwaltungsrecht noch das Öffentliche Wirtschaftsrecht kommen in den Vorschlägen des Juristischen Fakultätentages zur Neuordnung des juristischen Studiums im öffentlich-rechtlichen Pflichtfachbereich vor<sup>5</sup>. Immerhin hat das Thema „Öffentliches Wirtschaftsrecht“ in mehreren Bundesländern Eingang in den Prüfungsstoff für den juristischen Vorbereitungsdienst gefunden.<sup>6</sup>

Neue Anforderungen des Arbeitsmarktes an Juristen haben juristische Fakultäten dazu bewogen, zusätzlich zur Vorbereitung auf das Staatsexamen integrierte **Bachelor-Studiengänge** (LL.B.) anzubieten, die sich unter Anderem intensiv mit wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Fragestellungen befassen (z. B. Fernuniversität in Hagen). Zu achten ist dann allerdings darauf, dass die Studieninhalte einen wirtschaftsrechtsspezifischen

1

2

2a

1 Jura 2005, 721 ff.; s. auch die Übersicht bei Rölf/Rossi-Wilberg, JuS 2007, 297, 300 ff. sowie das Dokument „Die Schwerpunkte in der ersten juristischen Prüfung“, JuS 2012, 278 ff.

2 S. auch Beljin/Micker, JuS 2003, 556; Doerfert, DVBL 2004, 295 f.

3 Schlüchter, Jura 1998, 1, 3; Grundmann, NJW 1998, 2329 f.; Hoffmann, JuS 2004, 262, 264.

4 Deutsche Anwältsverein, Anwaltsblatt 1990, 363, 372.

5 S. Schomerus, JuS 2003, 930, 932.

6 Stelkens, DÖV 2017, 148, 153 ff.

Selbststand aufweisen und nicht nur ein unselbstständiges Durchgangsstadium zum Endziel „Erstes juristisches Staatsexamen“ abbilden. Diese Gefahr besteht namentlich, wenn die Zugangsvoraussetzungen zur Staatsprüfung zusammengefasst und um zusätzliche Veranstaltungen mit ökonomischen Inhalten angereichert werden, ohne dass spezifische Schnittstellen zwischen Recht und Wirtschaft behandelt werden. Insoweit bedarf es also eines zielführenden Designs des jeweiligen Bachelor-Studiengangs, der dann auch darauf ausgerichtet sein sollte, ökonomisch informierte Juristen herauszubilden, die Besonderheiten der wirtschaftswissenschaftlichen Fachsprache erkennen und in die Rechtswissenschaft transportieren können.

- 3** Eine Alternative zur klassischen und künftigen Juristenausbildung bieten die auf Empfehlungen des Wissenschaftsrates beruhenden und von der Wirtschaft begrüßten<sup>7</sup>, gegen energischen Widerstand u. a. des Juristen-Fakultätentages<sup>8</sup> an zahlreichen **Fachhochschulen** geschaffenen grundständigen Studiengänge **Wirtschaftsrecht** oder Verbundstudiengänge „**Betriebswirtschaft, Schwerpunkt Wirtschaftsrecht**“. Diese und andere Angebote – so etwa duale Studiengänge an Berufsakademien, die Berufsausbildung und Studium verzahnen – eröffnen die Chance zum Erwerb von Mischqualifikationen, die Problemlösungskompetenz an der Schnittstelle zwischen Wirtschaft und Recht, Betrieb und Verwaltung vermitteln<sup>9</sup>. Ausweislich des statistischen Jahrbuches der Anwaltschaft 2017/18<sup>10</sup> studieren 90 Prozent der Studierenden an Fachhochschulen, die die Fachgruppe „Rechtswissenschaft“ belegt haben, das Fach „Wirtschaftsrecht“. Das zeigt, dass mit diesem Studienangebot eine nachgefragte Alternative gegenüber der Beschäftigung als Volljurist zur Verfügung steht, die eine auch in der Wirtschaft gewünschte Spezialisierung ermöglicht.
- 4** Großes Gewicht wird im Öffentlichen Wirtschaftsrecht, teilweise in Ausformung als Wirtschaftsverwaltungsrecht, in jüngerer Zeit **postgradualen wirtschaftsjuristischen Zusatz-, Ergänzungs-, Aufbau- und Masterstudiengängen** eingeräumt. Daneben haben einige Universitäten interdisziplinäre und international ausgerichtete Bachelor- und Masterstudiengänge zum Wirtschaftsrecht entwickelt<sup>11</sup>. Die Zielrichtung geht insoweit oftmals dahin, rechtswissenschaftliches Grundwissen mit der ökonomischen Basis zu verknüpfen – so z. B. im Falle des Master-Studiengangs „Wirtschaftswissenschaften für Juristen“, den die wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der TU Chemnitz für Absolventen des ersten juristischen Staatsexamens oder eines gleichwertigen Studienabschlusses anbietet und der nach einer ökonomischen Grundlagenausbildung darauf angelegt ist, juristisches Wissen z. B. im Bereich „Wirtschaft und Regulierung“ an ökonomischen Phänomenen und deren Funktionsweise zu spiegeln, um so die Studierenden zu ökonomisch informierten Juristen auszubilden.
- 4a** Jenseits dieser Hochschuloptionen ist das Öffentliche Wirtschaftsrecht Gegenstand des Berufsbildungsgesetzes und der Handwerksordnung in Gestalt binnenmarktrechtlich inspirierter Fortbildungsabschlüsse zum **Bachelor Professional** und zum **Master Professional** (§§ 42c und d HwO) im Interesse einer Akademisierung des Handwerks. Diese Fortbildungsoptionen wollen die handwerkliche Ausbildung für Berufsanfänger attraktiver machen. Sie reagieren darauf, dass handwerkliche Betriebe einen stärkeren Professionalisierungsgrad benötigen. Vor allem wenn sie eine erhebliche Größe und Umsatzstärke erreichen sind die insoweit bestehenden Unterschiede zu produzierenden

---

<sup>7</sup> S. Konegen-Grenier, WiSt. 1994, 207, 210.

<sup>8</sup> S. u. a. die Würzburger Thesen, JuS 1995, 749 ff. und dagegen z. B. Hoffmann-Riem, JuS 1997, 208 ff.

<sup>9</sup> S. zu den Konzepten u. a. Schomerus, JuS 2001, 1244 ff.; Hoffmann, JuS 2004, 262 ff.

<sup>10</sup> Kilian/Dreske, Statistisches Jahrbuch der Anwaltschaft 2017/18, Tabelle 6. 1. 9.

<sup>11</sup> S. näher Gravenhorst/Klöhn, Jura 2001, 791 f.; Hoffmann, JuS 2004, 262 ff.; Kilian, NJW 2017, 3043, 3045.

Unternehmen in den Bereichen Industrie und Dienstleistungen eher gering.<sup>12</sup> Den daraus resultierenden Bedarf an handwerklich geschulten Führungskräften in Handwerksbetrieben erfüllen die §§ 42a ff. HwO, indem sie nach Abschluss der Ausbildung in einem anerkannten Handwerksberuf die Voraussetzungen dafür schaffen, dass Führungs- und Leitungsfunktionen übernommen werden können, was zwingend auch Kenntnisse im (Öffentlichen) Wirtschaftsrecht erfordert. Dazu kann sich der Absolvent kaskadenartig vom Geprüften Berufsspezialisten über den Bachelor auf den Master Professional entwickeln. Die einzelnen Fortbildungsstufen bauen aufeinander auf.<sup>13</sup>

## II. Zur Bedeutung des Öffentlichen Wirtschaftsrechts für Wissenschaft und Praxis

Unbeschadet der aufgezeigten akademischen Aufwertung wird das Wirtschaftsverwaltungsrecht in der **Forschung** oft eher stiefmütterlich behandelt<sup>14</sup>. Das rechtswissenschaftliche Interesse beschränkt sich in der Regel auf bestimmte Ausschnitte oder auf einzelne Zweige, wie etwa das Medienwirtschaftsrecht, das Kapitalmarktrecht, das Regulierungsrecht, das Vergaberecht oder das Subventionsrecht. Bisweilen ist aber auch zu beobachten, dass das Öffentliche Wirtschaftsrecht als geschlossenes Rechtsgebiet aus seinem wissenschaftlichen Schattendasein heraustritt und an Reputation gewinnt. Eine vertiefte wissenschaftliche Beschäftigung ist vor allem vor dem Hintergrund angebracht, dass das Wirtschaftsverwaltungsrecht wegen seiner Vielgestaltigkeit, Dynamik, Innovationsfähigkeit und rechtspolitischen Schlüsselfunktion zunehmend die Rolle eines modernen Referenzgebietes des Verwaltungsrechts übernimmt<sup>15</sup>. Allerdings ist zu konstatieren, dass es an visionären und evolutionären Entwürfen zur Zukunftsgestaltung dieser Materie mangelt<sup>16</sup>.

Neben der Wissenschaftsrelevanz ist die **Praxisbedeutung** des Öffentlichen Wirtschaftsrechts unübersehbar. Denn diese Materie bildet den unverzichtbaren Rahmen für die juristische Steuerung der Wirtschaft und die ökonomische Entfaltung von Unternehmen, Verbänden und Verbrauchern zur Realisierung des Triple-Bottom-Konzepts, das neben ökonomischen auch ökologische und soziale Rahmenbedingungen aufrichtet (s. u. *Rn. 40 und Rn. 109 ff.*). Die Verwendungsmöglichkeiten des Wirtschaftsverwaltungsrechts in klassischen und modernen juristischen und ökonomischen Berufen sind vielfältig. Im Vordergrund dieses gerade im Bereich der internetbezogenen Dienstleistungen<sup>17</sup> expandierenden Marktes stehen die Unternehmens-, Wirtschafts- und Verwaltungsberatung, die Rechtsgestaltung und das Konfliktmanagement<sup>18</sup>. Hinsichtlich einer anwaltlichen Spezialisierung auf das Wirtschaftsverwaltungsrecht im Rahmen einer Tätigkeit als **Fachanwalt für Verwaltungsrecht** bieten nach § 43c BRAO in Verbindung mit § 8 Fachanwaltsordnung mehrere Veranstalter unter dem Titel „Wirtschaftsverwaltungsrecht“ spezielle Vorbereitungskurse an.

## III. Literaturhinweise

### 1. Textausgaben

Becksche Textausgabe Öffentliches Wirtschaftsrecht (Loseblattsammlung)  
Becksche Textausgabe Europäisches Wirtschaftsrecht (Loseblattsammlung)

12 S. dazu *Born*, GewArch. 2021, 267 ff.

13 Dezidiert krit. *Krimphove*, GewArch. 2021, 263 ff.

14 S. näher *Stober*, DÖV 1995, 125 ff.; ders., in: *FS für Maurer*, 2001, S. 827 ff.

15 Zustimmend *Masing*, JZ 2011, 753, 757; *Fehling*, JZ 2016, 540 ff.; zurückhaltend *Kluth*, DVBl 2021, 1467.

16 Vgl. dazu z. B. *Fehling*, JZ 2016, 540 ff.; s. auch *Knauff*, DÖV 2017, 969 ff.

17 S. dazu aus juristischer Perspektive dezidiert *Krönke*, Öffentliches Digitalwirtschaftsrecht, 2020.

18 *Kilian*, NJW 2017, 3043, 3046.

- Sodan (Hg.), Öffentliches, Privates und Europäisches Wirtschaftsrecht, 22. Aufl. 2022*  
*Stober (Hg.), Wichtige Gesetze für Wirtschaftsverwaltung und die öffentliche Wirtschaft, 34. Aufl. 2022*  
*Stober (Hg.), Wichtige Klimaschutzgesetze für Unternehmen, 2023*  
*Stober (Hg.), Quellen zur Geschichte des Wirtschaftsverwaltungsrechts, 1986*

## 2. Lehr- und Handbücher

- Huber/Unger, Öffentliches Wirtschaftsrecht, in: Schoch (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2018, 627 ff.*  
*Ehlers/Fehling/Pünder (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht Band 1, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2019*  
*Fetzer, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Steiner (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2018, S. 693 ff.*  
*Frotscher/Kramer, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, 7. Aufl. 2019*  
*Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht, 13. Aufl. 2023*  
*Kluth, Wirtschaftsrecht, 2019*  
*Kirchhof/Korte/Magen (Hg.), Öffentliches Wettbewerbsrecht – Neuvermessung eines Rechtsgebiets, 2014*  
*Kilian/Wendt, Europäisches Wirtschaftsrecht, 8. Aufl. 2022*  
*Knauff, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2020*  
*Krajewski, Wirtschaftsvölkerrecht, 5. Aufl. 2021*  
*Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2020*  
*Schliesky, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2014*  
*Schmidt/Wollenschläger (Hg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2019*  
*Schulte/Kloos (Hg.), Handbuch Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2016*  
*Stober (Hg.), Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht, 1993*  
*Stober/Pischke (Hg.), Deutsches und Internationales Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2022*  
*Stober/Eisenmenger, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, 18. Aufl. 2023*  
*Tietje (Hg.), Internationales Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2021*  
*Weiß/Ohler/Bungenberg, Welthandelsrecht, 3. Aufl. 2022*  
*Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2022*

## 3. Fallsammlungen

- Glaser/Klement, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2009*  
*Gurlit/Ruthig/Storr, Klausurenkurs im Öffentlichen Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2017*  
*Pache/Knauff, Fallhandbuch Europäisches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2023*  
*Schöbener/Jahn, Fälle zum öffentlichen Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2009*

## 4. Schriftenreihen

- Basedow/Hopt/Roth (Hg.), Schriftenreihe Europäisches Wirtschaftsrecht*  
*Burgi u. a. (Hg.), Schriften zum Öffentlichen Wirtschaftsrecht*  
*Stober/Korte (Hg.), Studien zum Öffentlichen Wirtschaftsrecht*

# § 2 Methodische Erschließung und Abgrenzung des Öffentlichen Wirtschaftsrechts

## I. Das Öffentliche Wirtschaftsrecht im System der Gesamtrechtsordnung

### 1. Notwendigkeit und Bedeutung des Öffentlichen Wirtschaftsrechts

- 8 Öffentliches Wirtschaftsrecht ist als Rechtsmaterie nur erforderlich, wenn der Staat das Verhalten von Wirtschaftssubjekten regeln will. Es geht insoweit also um die **Steuerung von Wirtschaftsprozessen** in Form einer legislativen, judikativen oder administrativen Beeinflussung von **Unternehmern** und **Verbrauchern** oder **Wirtschaftsverbänden** (s. u. Rn. 20ff.) zur Durchsetzung ökonomischer und gemeinwohlorientierter Ziele. Beschäftigt sich der Staat nicht mit der Lenkung, der Überwachung oder der Förderung der Wirtschaft (s. u. Rn. 847 ff.), dann bedarf es keines Öffentlichen Wirtschaftsrechts

oder Wirtschaftsverwaltungsrechts. Der Staat greift dann nur im Rahmen der allgemeinen polizeilichen Gefahrenabwehr und Risikovorsorge ein, indem er das gesellschaftliche Leben im Übrigen normiert und hoheitlichen Maßnahmen unterwirft.

**Beispiele:** Polizeiliche Schließung eines Betriebes wegen Seuchen- oder Einsturzgefahr.

Die fundamentale Bedeutung der Wirtschaft für Existenz, Wohlstand und Fortschritt eines Volkes ist heute allgemein anerkannt. Denn Güter und Dienste sind in jeder Wirtschaft knapp und jedes Gemeinwesen muss sich um die Bedarfsdeckung und die hierfür nötige **Infrastruktur** (s. u. Rn. 852ff.) kümmern. Die Volks- und die Betriebswirtschaft, die privatwirtschaftliche Betätigung und die rechtliche Verantwortung der Unternehmen hängen entscheidend von den grundlegenden rechtlichen Vorgaben des jeweiligen **Wirtschafts- und Verwaltungsrechtssystems** ab (s. u. Rn. 93ff.).

**Beispiele:** Ein auf Wettbewerb und Markt basierendes Wirtschaftsrechtssystem hat andere Rechtsgüter zu schützen als eine planwirtschaftlich gelenkte Rechtsordnung.

Aus diesen und anderen Gründen verzichtet kein Staat auf die öffentlich-rechtliche Steuerung der Wirtschaft. Sie ist Ausdruck der **staatlichen Verantwortung für die Wirtschaft** und besitzt den Rang einer zentralen Staats- und Rechtsaufgabe (s. u. Rn. 141ff. und Rn. 847ff.). Selbst der liberale Staat hält einen rechtlichen Rahmen bereit, mit dem er wirtschaftliches Handeln ermöglicht und begleitet<sup>19</sup>. Er hat mindestens zu gewährleisten, dass Versorgung und Entsorgung funktionieren (sog. **wirtschaftliche Gewährleistungsverwaltung**) (s. u. Rn. 855ff.)<sup>20</sup>. Zusammengefasst ist das Öffentliche Wirtschaftsrecht daher Regelbestandteil einer jeden hoheitlichen Rechtsordnung.

## 2. Rechtsvergleichende Perspektive

Aus einer rechtsvergleichenden Perspektive<sup>21</sup> bedarf es einer Differenzierung nach Rechtskreisen, um die Bedeutung des Öffentlichen Wirtschaftsrechts bzw. des Wirtschaftsverwaltungsrechts zu erschließen. Dem vom **Common Law** und damit dem Case Law geprägten **anglo-amerikanischen Rechtskreis** (USA, Kanada, UK, Australien, Neuseeland, Indien, Singapur, Hongkong) sind die Materien Öffentliches Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsverwaltungsrecht fremd<sup>22</sup>. Stellvertretend sei eine britische Aussage zitiert „The idea of a unified concept of economic administrative law is alien to the legal system of the United Kingdom“<sup>23</sup>. Hier liegt der Schwerpunkt der ökonomischen Regulierung im Allgemeinen Verwaltungsrecht. Daneben wird sie allenfalls aspektiv, punktuell problembezogen als economic regulation oder speziell z. B. als constructed market law<sup>24</sup> gepflegt.

Ganz anders verhält es sich mit dem vom **Civil Law** bzw. Roman Law dominierten, systematisch angelegten **kontinentaleuropäischen Rechtskreis**. Insoweit hat das Wirtschaftsverwaltungsrecht bzw. Öffentliche Wirtschaftsrecht in Österreich, der Schweiz, Deutschland, Frankreich, den meisten mittel- und osteuropäischen Staaten sowie teilweise im südostasiatischen Rechtsraum (Japan, Volksrepublik China, Taiwan, Südkorea) eine intensive eigenständige rechtliche Behandlung erfahren<sup>25</sup>. Insoweit fällt auf, dass sich zahlreiche Staaten am deutschen Recht orientieren, das sich im Wettbewerb der Rechtskreise zu einem Exportschlager entwickelt hat<sup>26</sup>. Mit der Wahl dieses Bezugs-

19 Saladin, Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, S. 132 ff.; BVerfGE 15, 235, 240.

20 S. etwa Schuppert (Hg.), Der Gewährleistungsstaat, 2005.

21 Kischel, Rechtsvergleichung, 2015.

22 S. zum Begriff des Common Law Lepsius, Verwaltungsrecht unter dem Common Law, 1997, S. 31 ff.

23 Lyall, An Introduction to British Law, Baden-Baden, 1994, S. 118 f.

24 Masing, AÖR 128 [2003], 558 ff.; Breuer, in: FS für W. Brohm, 2003, S. 310.

25 S. zu Japan Fahje, Wirtschaftsverfassungsrecht in Japan, 2007; zu Südkorea Chang, Die Vergemeinschaftung des deutschen Wirtschaftsverwaltungsrechts, 2005, S. 8 und zur Volksrepublik China Xie, Chinesisches und deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, 2007.

26 Stober, DÖV 2002, 547 ff.; s. allgemein Peters/Giegerich, VVDStRL 69 [2010], 9 ff. und 65 ff.

punktes ist ein erhebliches Potenzial für wirtschaftsrechtsvergleichende Forschung verbunden, weil die jeweiligen Rechtslagen aufgrund historischer oder gesellschaftspolitischer Unterschiede nicht im Detail gleichgeschaltet sind.

- 13** Eine Brücke zwischen Common Law und Civil Law schlagen das südafrikanische und das schottische Recht, die deshalb als „mixed system“ oder „hybride“ **Rechtsordnungen** bezeichnet werden. Zudem verschwinden die Unterschiede zwischen Common Law und Civil Law aufgrund der Supranationalisierung des Wirtschaftsrechts in der EU, deren Mitgliedstaaten (Art. 52 EUV) teilweise auf dem Common Law aufbauen (Nordirland, Malta und Zypern). Während die Rechtsetzung der Union nach kontinentaleuropäischem Kodifikationsvorbild erfolgt, verbindet die EU-Rechtsprechung schon deshalb beide Rechtsfamilien, weil häufig auf Präzedenzfälle zurückgegriffen wird<sup>27</sup>. Wegen dieser methodischen Annäherung wird auch das Unionsrecht häufig als Hybridform gekennzeichnet<sup>28</sup>.
- 14** Unklar ist die Stellung des Öffentlichen Wirtschaftsrechts im religiös geprägten und von der Scharia beherrschten **islamischen Rechtskreis**, dessen Einzugsbereich vom Nahen Osten bis Südostasien reicht. Einerseits handelt es sich jenseits säkularisierter Erscheinungsformen um geschriebenes Recht mit umfassender Geltung des Korans, der als Gesetzbuch unter Berücksichtigung der Sunna als der Sammlung vorbildlicher Aussagen des Propheten Mohammed insbesondere nach klassischem Verständnis interpretiert wird<sup>29</sup>. Andererseits finden sich im Koran unbeschadet seiner fundamentalen Bedeutung für die islamische Wirtschaftsordnung nur rudimentäre Wirtschaftsrechtsregeln (etwa das Zins-, Glücksspiel, Spekulations- oder Schweinefleischverbot, aber auch das Schächtgebot)<sup>30</sup>, die zur Schaffung islamkonformer Vorschriften und Produkte (z. B. Scharia-Policen) geführt haben.<sup>31</sup> Betrachtet man ferner den im Koran enthaltenen Gedanken der „sozialen Verwendung von Überschüssen“ bzw. das Leitmotiv des Schutzes von Bedürftigen durch die Solidargemeinschaft, dann weist der islamische Rechtskreis auch Elemente einer sozialen Marktwirtschaft auf (s. u. Rn. 106ff.)<sup>32</sup>.

### 3. Konturenlosigkeit

- 15** Unbeschadet seiner beschriebenen ökonomischen und juristischen Bedeutung ist es bisher nicht gelungen, das Öffentliche Wirtschaftsrecht bzw. Wirtschaftsverwaltungsrecht überzeugend von anderen Rechtsmaterien abzugrenzen und seine Eigenheiten herauszupräparieren. Vielmehr belegt die neuere Literatur, dass es noch keine herrschende Meinung über den Begriff sowie den Lehr- und Forschungsgegenstand dieser Disziplin gibt. Nach wie vor ist diese Materie terminologisch, definitorisch, konzeptionell und inhaltlich gleichermaßen umstritten<sup>33</sup>. Die **Konturenlosigkeit**<sup>34</sup> hat mehrere Gründe:
- Das Öffentliche Wirtschaftsrecht schließt eine historische, soziologische, ökonomische, ökologische, ethische, geografische, politische und verwaltungswissenschaftliche Dimension ein, ist also kein typischer Rechtsbegriff, so dass man besser von Wirtschaftsverwaltungswissenschaft sprechen sollte (s. u. Rn. 83ff.).

27 S. etwa EuGH, NVwZ 2014, 283, 285 Rn. 57.

28 Pötters/Christensen, JZ 2012, 289 ff.

29 Popal, Die Scharia, das religiöse Recht – ein Konstrukt, 2006; Bock, NVwZ 2007, 1250 ff.

30 Nagel, Das islamische Recht, 2001, S. 73 ff., 127 ff., 282.

31 Gramlich/Manger-Nestler, WM 2009, 1629 ff. und 1677 ff.; Casper, Rechtswissenschaft 3/2011, 251 ff.; vgl. im Speziellen auch Thurner, Die Implementation des murâbâha-Vertrages in deutsches Recht, 2014.

32 S. näher Traub, in: Muckel (Hg.), Der Islam im Öffentlichen Recht des säkularen Verfassungsstaates, 2008, 582 ff.; Robe, Das islamische Recht, 3. Aufl. 2009.

33 Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Kabl, Verwaltungsverfahren, 2002, S. 67, 107; vgl. für das Öffentliche Wettbewerbsrecht Korte, in: Kirchhof/Korte/Magen (Hg.), Öff. Wettbewerbsrecht, 2014, § 3 Rn. 22 ff.

34 Zustimmend zu diesem Befund Dreher, JZ 2014, 185.

- Die Bezeichnungen Wirtschaft und Verwaltung sind nicht eindeutig zuzuordnen. Deshalb sind unterschiedliche Inhaltsbestimmungen denkbar (privatrechtlich, öffentlich-rechtlich, strafrechtlich, sonderrechtlich [s. u. Rn. 29]).
- Das Öffentliche Wirtschaftsrecht besitzt Querschnittscharakter. Es wirkt sich auf zahlreiche andere Rechts- und Lebensbereiche aus und wird von unterschiedlichen Rechtsregeln beeinflusst (s. u. Rn. 40 ff., 67 ff. und 118 ff.).
- Das Öffentliche Wirtschaftsrecht bezieht unterschiedlich verfasste Rechts- und Wirtschaftsordnungen ein (nationales, europäisches und internationales Wirtschaftsrecht – s. u. Rn. 67 ff., 229 ff. und 503 ff.).
- Das Öffentliche Wirtschaftsrecht ist anders als etwa das Polizei- und Baurecht ein junges Rechtsgebiet.<sup>35</sup> Es ist weder kodifiziert (s. u. Rn. 50 f.) noch vollumfänglich<sup>36</sup> wissenschaftlich durchdrungen sowie in seinen Grenzen nicht klar vermessen, wie die Auslagerung des Immissionsschutzrechts aus der Gewerbeordnung belegt.<sup>37</sup>
- Das Öffentliche Wirtschaftsrecht ist wegen technischem Fortschritt (Gentechnik, Medienwirtschafts-, Wirtschaftsregulierungsrecht<sup>38</sup>, New Economy<sup>39</sup>), Produkt- (Novel Food) und Vertriebsinnovationen (virtuelle Unternehmen), sowie rechtspolitischen Forderungen (Verbraucherschutz) besonders dynamisch (s. u. Rn. 26 ff.)<sup>40</sup>.
- Das Öffentliche Wirtschaftsrecht ist realwirtschaftlich nur teilweise beherrschbar, weil viele Vorgänge kaum juristisch greifbar sind (Vernetzung von Datenmassen, Kapitalmarkttransaktionen).

Diese Besonderheiten verlangen Entwicklungsoffenheit in der **Definition des Öffentlichen Wirtschaftsrechts bzw. des Wirtschaftsverwaltungsrechts** und verbieten es daher, die umfassten Bereiche festzuschreiben, wenn man nicht von vornherein bestimmte Teilbereiche willkürlich ausklammern will. Letztlich sind es Erfindungsreichum und Unternehmergeist, die das Wirtschaften prägen, aber naturgemäß auf Innovation und ständige Neuerung angelegt sind, um Markterfolge zu generieren. Der damit einhergehenden Entwicklungsoffenheit muss der rechtliche Rahmen folgen, wenn er dem Wirtschaftsgeschehen Grenzen setzen und es in geordnete Bahnen lenken will.

#### 4. Konzepte und Prinzipien

Wirtschaftsverwaltungsrecht ist auch als Öffentliches Wirtschaftsrecht als komplexer Prozess zu verstehen, der normative und reale Wirtschaftsvorgänge sowie Lebenssachverhalte und damit auch deren Wirkungen beachtet. Es leuchtet ein, dass angesichts dieser Verflochtenheit Unsicherheit über die Konzeption, die Dimensionen, die Strukturen und den Kanon des Wirtschaftsverwaltungsrechts besteht. Allerdings ist eine Begriffserklärung und Umschreibung schon wegen der Abgrenzung gegenüber anderen Rechtsmaterien, der Erschließung der spezifischen Inhalte und der anzuwendenden Prinzipien unabdingbar. Sie ist abhängig von der Fragestellung, dem Untersuchungsgegenstand und dem methodischen Vorgehen. Sie kann entweder abstrakt theoretisch und damit losgelöst von einem bestimmten Rechtssystem oder positivrechtlich konkret auf eine bestimmte Rechtsordnung bezogen sein.

Mögliche Anknüpfungspunkte für eine Präzisierung sind Sachprobleme, die einer wirtschaftsrechtlichen Lösung zugeführt werden sollen oder ökonomische Begriffe (wie Unternehmen und Markt, Knappheit und Wettbewerb), individuelle Rechte (Wirtschaftsfreiheiten) oder politische Wertvorstellungen als Berücksichtigung von Einzel-

15a

16

17

<sup>35</sup> Rittner, in: FS für Ulmer, 2003, S. 977 f.

<sup>36</sup> Vgl. aber Kirchhoff/Korte/Magen (Hg.), Öff. Wettbewerbsrecht, 2014.

<sup>37</sup> Zustimmend Knauff, DVBl. 2011, 722, 730.

<sup>38</sup> Möstl, GewArch. 2011, 265 ff.

<sup>39</sup> Ernst, Modernisierung der Wirtschaftsverwaltung durch elektronische Kommunikation, 2005.

<sup>40</sup> Bauschke, Verbraucherschutz im Öffentlichen Recht, 2005; Knauff, DVBl. 2011, 727 ff.

Gruppen- oder Gesamtinteressen (sozialstaatliche Belange, gesamtwirtschaftliche Erfordernisse, Mittelstandsförderung usw.). In der Lehrbuchliteratur werden unterschiedliche Konzepte vertreten. Hingegen wird die Schlüsselfrage nach den spezifischen Wertungen und Prinzipien des Wirtschaftsverwaltungsrechts kaum thematisiert<sup>41</sup>. Insofern handelt es sich bei dieser Materie um einen chaotischen Zweig des Rechtssystems auf der Suche nach klaren Strukturen<sup>42</sup>. Folglich muss verstärkt darüber nachgedacht werden, welche Prinzipien das Öffentliche Wirtschaftsrecht prägen bzw. ob und inwieweit Prinzipien anderer Rechtsgebiete für diese besondere Ausprägung des Wirtschaftsrechts fruchtbar gemacht werden können.

### 5. Eigen-, Mit- und Staatsverantwortung

- 18 a) Die Rolle des Staates und der Staatengemeinschaft.** Dieses Lehrbuch will die Rolle und Verantwortung des Staates, seiner Einrichtungen und Glieder für ökonomische Prozesse unter weltwirtschafts-, unions-, staats- und verwaltungsrechtsprinzipiellen Gesichtspunkten beleuchten. Sie kann etwa in Staatszielen, Staatszwecken, Grundrechten, Grundfreiheiten, Strukturmöglichkeiten, Leitideen usw. zum Ausdruck kommen (sog. **principle guiding rules** oder conceptual basis of legal systems, principes généraux de droit) und sich von einer Vollverantwortung bis zu einer Gewährleistungsverantwortung erstrecken (s. o. Rn. 10ff. und u. Rn. 86ff. und 852ff.).<sup>43</sup> Diese Ausrichtung schließt die Frage nach dem Ob und dem Umfang der eigenwirtschaftlichen Betätigung der staatlichen und kommunalen Verwaltung ein (s. u. Rn. 761ff.).
- 18a** Gleichzeitig reicht die Staatsverantwortung im Zeitalter der Regionalisierung und der Globalisierung der Wirtschaft nicht mehr aus<sup>44</sup>. Wenngleich jeder Staat die Souveränität besitzt, über sein Wirtschaftssystem und die Zusammenarbeit mit anderen Staaten zu entscheiden, entspricht es der ökonomischen Realität, dass sich die Wirtschaft sozusagen verselbstständigt, weil sie sich nicht an nationalen Wirtschaftsgrenzen, sondern an Märkten orientiert und deshalb dem national gesetzten Wirtschaftsrahmen entwächst. Aus diesem Blickwinkel ergibt sich das Problem der **Staatenverantwortung** etwa im Sinne einer Unions-, Mehrebenen-,<sup>45</sup> Verbund- oder Globalverantwortung (s. u. Rn. 67ff., 229ff. und 503ff.), der eine neue Verantwortungsqualität der grenzüberschreitend agierenden Unternehmen gegenübersteht.
- 19 b) Öffentliches Wirtschaftsrecht zwischen Hierarchie, Kooperation und Subsidiarität.** Neben die **Staats-** bzw. **Staatenverantwortung** treten weitere Grundsätze, die auf die staatliche Wirtschaftssteuerung in Form des Öffentlichen Wirtschaftsrechts ausstrahlen, nämlich das Prinzip der **Eigenverantwortung**<sup>46</sup> und das Prinzip der **Mitverantwortung**. Diese modellhaften Grundprinzipien stehen nicht überschneidungsfrei nebeneinander und gestatten nur grobe Abgrenzungen. Jedenfalls beschreiben sie die Schlüsselfrage nach der wirtschaftsrechtlichen Arbeitsteilung zwischen Staat und Privatwirtschaft. Insbesondere geht es darum, ob und inwieweit der Staat in das Wirtschaftsleben eingreifen (**Eingriffswirtschaftsverwaltung**), bestimmte Leistungen bereitstellen (**Leistungswirtschaftsverwaltung**) oder lediglich das Funktionieren des Wirtschaftsgeschehens auch in Krisensituationen<sup>47</sup> sichern soll (Gewährleistungswirtschaftsverwaltung – s. u. Rn. 852ff.)<sup>48</sup>. In diesem Sinne bedeutet Staatsverantwortung staatliche Wirt-

41 S. auch Schmidt-Aßmann, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsseite, 2. Aufl. 2004, S. 134 f., Lüdemann, DVBl. 2014, 95 f.

42 Stober, in: FS für Maurer, 2001, S. 827 f.; zustimmend Knauff, DVBl. 2011, 727 f.

43 Wolff/Bachof/Stober/Kluth, VerwR I, § 4 II 2b.

44 S. jüngst Stoll, DVBl. 2007, 1064 ff.

45 Röhl, DVBl. 2006, 1070 ff.

46 Ebenso Holoubek, VVDStRL 60 [2001], 513, 578 ff.; Bilgen, DÖV 2022, 840 f.

47 Knauff, DÖV 2009, 581 ff.

48 Hoffmann-Riem, ZRP 2007, 101 ff.; allg. Schoch, NVwZ 2008, 241 ff.; Franzius, Gewährleistung im Recht, 2008.

schaftsgesetzgebung, Wirtschaftsverwaltung und Gerichtsbarkeit als Bestandteil eines hierarchisch geordneten Staatskonzeptes (**hierarchischer Staat**).

Demgegenüber beruht der **subsidiäre Staat** (s. u. Rn. 199) auf Eigenverantwortung als der privatautonomen Verantwortung der Wirtschaftssubjekte für Selbstregulierung (Allgemeine Geschäftsbedingungen, Lex Mercatoria, Produktverantwortung einschließlich Risiko-, Compliance- und Customer Relationship Management – s. u. Rn. 917ff.), Selbstverwaltung sowie Selbstkontrolle (Privatinitierte Entwicklung von Gewerbezentren – § 171f BauGB; Schiedsgerichtsbarkeit, Mediation)<sup>49</sup>. Seine Aufgabe ist es, die für die Ausübung der wirtschaftlichen Freiheit notwendigen wirtschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen zu schaffen.<sup>50</sup> Teilweise ist auch von einer Verantwortungsgemeinschaft, einer Verantwortungsteilung, einer Verantwortungsstufung und von dualer Verantwortung von Wirtschaft und Verwaltung die Rede. Diese Stichworte kennzeichnen den **kooperativen Staat**<sup>51</sup>, bei dem die Zusammenarbeit zwischen der öffentlichen Hand und Privaten als zentrale Steuerungsressource zur Organisation von Wirtschaftssubjekten und Märkten im Vordergrund steht.

**Beispiel:** Vorbildfunktion der öffentlichen Hand nach § 4 Gebäudeenergiegesetz; § 1 Abs. 2 S. 2 IfSG.

c) **Unternehmer und Verbraucher als Wirtschaftssubjekte.** Die Differenzierung nach der Eigen-, Mit-, Staats- und Staatenverantwortung ist aus zwei Gründen bedeutsam. 20

aa) **Mikroebene.** Erstens lenkt sie den Blick auf die Wirtschaftssubjekte (s. o. Rn. 8) und den Markt. Denn die Ausgestaltung der Wirtschaftsordnung hat sich am Menschenbild der Rechtsordnung und an den Grundrechten zu orientieren, weil der Mensch das alleinige, letzte Ziel allen Wirtschaftens ist. Immerhin sind Wirtschaftssubjekte Hauptbetroffene sowie Hauptakteure des Wirtschaftsgeschehens. Ihre Anforderungen an das Öffentliche Wirtschaftsrecht unterscheiden sich erheblich von denen des Staates (s. u. Rn. 554). **Wirtschaftsakteur** (vgl. § 2 Nr. 28 ProdSG) ist vornehmlich der Unternehmer, dessen ökonomische Freiheit (s. Art. 16 EU GR Charta) das Öffentliche Wirtschaftsrecht in gemeinwohlorientierte Bahnen lenken will. Es hat den Rahmen für einen optimalen und effizienten Einsatz der betrieblichen Produktionsfaktoren (Kapital, Arbeit, Boden bzw. Umwelt, Zeit, Information) zur Ermöglichung einer angemessenen Wertschöpfung zu schaffen (s. u. Rn. 8). Das Produktsicherheitsrecht konkretisiert den Wirtschaftsakteur dahin, dass darunter Hersteller, Bevollmächtigte, Einführer, Händler, Fulfilment-Dienstleister und andere Personen verstanden werden, die sich mit der Herstellung und Bereitstellung von Produkten auf dem Markt, der Bereitstellung oder der Inbetriebnahme beschäftigen (§ 2 Nr. 28 ProdSG; § 2 Nr. 3 MÜG). Der **Unternehmer im zivilrechtlichen Sinne** wird etwa in § 14 BGB definiert als eine Person, die in Ausübung einer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt (s. zur Legaldefinition auch § 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG). Der EuGH greift auf die Definition des Art. 2 Nr. 2 der Richtlinie 2011/83 zurück und umschreibt Unternehmer als „jede natürliche oder juristische Person, (...), die (...) selbst oder durch eine andere Person, die in ihrem Namen oder Auftrag handelt, zu Zwecken tätig wird, die ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit zuzurechnen sind.“<sup>52</sup>

Im Gegensatz dazu gilt als Unternehmen im Sinne des **Binnenmarktrechts** jede Einheit unabhängig von ihrer Organisationsform oder der Art ihrer Finanzierung, die eine wirt-

49 Brugger, VVDStRL 63 [2004], 101, 128; Calliess/Hoffmann, ZRP 2009, 1 ff.; BVerfGE 98, 106, 120.

50 Ehlers, DV 2013, 485; Bilgen, DÖV 2022, 840, 844.

51 BVerfGE, 98, 102, 121; Voßkuhle, VVDStRL 62 [2003], 267, 270 ff.

52 EuGH, GewArch. 2018, 467 ff.

schaftliche Tätigkeit ausübt,<sup>53</sup> so etwa Aktivitäten im Rahmen der Urproduktion (Landwirtschaft), der Verarbeitung (Handwerk, Industrie) und der Dienstleistungserbringung (Handel, Verkehr, Information). Umfasst sind auch **öffentliche Unternehmen**, die etwa Gegenstand von Art. 106 AEUV sind (*s. u. Rn. 762 ff.*), soweit sie nicht hoheitlich handeln. Besondere Aufmerksamkeit widmet das Unionsrecht kleinen und mittleren Unternehmen (KMU)<sup>54</sup>, die ausdrücklich etwa in Art. 173 und Art. 179 AEUV genannt werden. Es besteht jedoch keine Einigkeit über die präzise Abgrenzung, zumal die Zuordnung unterschiedliche wirtschaftspolitische Ziele verfolgt. In Deutschland werden die kleinen und mittleren Unternehmen als **Mittelstand** zusammengefasst, der immerhin 99,7 % aller Unternehmen<sup>55</sup> ausmacht und als „Rückgrat der Wirtschaft“ bezeichnet wird. Maßgeblich für die Qualifizierung als Mittelstand sind die Kriterien Eigentum und Leitung und damit die rechtliche und ökonomische Unabhängigkeit der geschäftsführenden Eigentümer, die letztlich die individuelle Verantwortung und das unternehmerische Risiko tragen. Die EU-Kommission hat eine Empfehlung zur Definition von kleinen und mittleren Unternehmen angenommen, die sie ab 1.1.2005 Fördermaßnahmen zugrunde legt und mit Erlass der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung bestätigt hat<sup>56</sup> (*s. u. Rn. 946 ff.*):

- **Klein-(Mikro-)unternehmen** sind Unternehmen mit bis zu neun Beschäftigten und einem Jahresumsatz oder einer Bilanzsumme bis zu 2 Mio. Euro.
- **Kleinunternehmen** sind Unternehmen, die keine Mikrounternehmen sind, bis zu 49 Beschäftigte haben und einen Jahresumsatz oder eine Bilanzsumme bis zu 10 Mio. Euro erwirtschaften.
- **Mittlere Unternehmen** sind Unternehmen, die keine Kleinunternehmen sind, bis zu 249 Beschäftigte und einen Jahresumsatz bis zu 50 Mio. Euro oder eine Bilanzsumme bis zu 43 Mio. Euro haben.

- 23** Dem Unternehmer steht als Wirtschaftssubjekt der **Verbraucher** gegenüber. § 13 BGB kennzeichnet ihn als eine Person, die ein Rechtsgeschäft überwiegend zu einem Zweck abschließt, der weder seiner gewerblichen noch seiner selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Es handelt sich also um eine Person, die zu privaten Zwecken am Marktgeschehen teilnimmt<sup>57</sup>. Mangels ausdrücklicher Regelung in Art. 169 AEUV und unterschiedlicher Definitionen in einzelnen Rechtsakten der EU fehlt es an einem einheitlichen Verbraucherbegriff. Nach der Rechtsprechung des EuGH befindet sich ein Verbraucher im Vergleich zu einem Unternehmer in einer unterlegenen Position, da er als wirtschaftlich schwächer und rechtlich weniger erfahren angesehen wird.<sup>58</sup> Kernfrage ist, ob und inwieweit der Staat den Verbraucher gegenüber dem Unternehmer vor Gefahren, Risiken und sonstigen Nachteilen schützen muss (*s. u. Rn. 898*). Jedenfalls haben der Staat und andere öffentliche Stellen in einer modernen Dienstleistungs- und Informationsgesellschaft gegenüber dem Verbraucher, aber natürlich auch gegenüber dem Unternehmer eine dienende Funktion. In diesem Zusammenhang ist auch zu prüfen, ob im Rahmen eines Good-Governance-Konzepts und eines verwaltungsrechtlichen Customer Relationship Managements<sup>59</sup> ein Recht auf eine gute Verwaltung (*s. u. Rn. 1042 ff.*) besteht; Art. 41 EU GR Charta weist hier einen Weg. Öffentliche Unternehmen können nicht nur auf der Anbieter- (*s. o. Rn. 22*), sondern auch

53 EuGH, EuZW 2002, 146.

54 S. näher Roth, DÖV 2020, 1070 f.

55 Sachverständigenrat Jahresgutachten 2002/03, S. 219 ff.; Willem, Förderung des Mittelstands, 2003, S. 5 f.

56 Empfehlung 2003/361 v. 6.5.2003, ABl. EG Nr. L 124 v. 20.5.2003, S. 36 und AGVO EG 800/2008 v. 6.8.2008, ABl. EU Nr. L 214 Anhang I., die durch die VO (EU) 651/2014 ersetzt wurde (Abl. EU L 187, v. 26.6.2014, 1 ff.).

57 EuGHE 1997 I, S. 3767; s. ferner K. Schmidt, JuS 2006, 1 ff.

58 EuGH, GewArch. 2018, 467 ff.

59 Graf/Paschke/Stöber (Hg.), Customer Relationship Management, 2005; Schuppert, Verw. 40 (2007), 463 ff.