

Das Öffentliche Recht
Habilitationen

Band 1

Unternehmensbezogene
Effizienzanforderungen
im Öffentlichen Recht

Unternehmenseffizienz
als neue Rechtskategorie

Von

Markus Ludwigs



Duncker & Humblot · Berlin

MARKUS LUDWIGS

Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen
im Öffentlichen Recht

Das Öffentliche Recht
Habilitationen

Band 1

Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht

Unternehmenseffizienz
als neue Rechtskategorie

Von

Markus Ludwigs



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn hat diese Arbeit
im Jahre 2012 als Habilitationsschrift angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2013 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 2195-707X
ISBN 978-3-428-13984-2 (Print)
ISBN 978-3-428-53984-0 (E-Book)
ISBN 978-3-428-83984-1 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die Arbeit wurde im Sommersemester 2012 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn als Habilitationsschrift angenommen. Für die Drucklegung wurde das Manuskript überarbeitet und auf den Stand vom 1. Oktober 2012 gebracht.

Sehr herzlich danken möchte ich an erster Stelle meinem verehrten akademischen Lehrer, Herrn Professor *Dr. Matthias Schmidt-Preuß*. Die Zeit als Assistent an seinem Lehrstuhl war die wissenschaftlich anregendste und prägendste meines Lebens. Er hat das Projekt vom ersten Tag an mit einem Engagement betreut, das seinesgleichen sucht. Von der Themenfindung über die stete Bereitschaft zu bereichernden und inspirierenden Gesprächen bis hin zur zügigen Korrektur hat er die Entstehung der Arbeit in allen Entwicklungsstufen maßgeblich gefördert. Seine Fürsorge und sein umfassender Rat waren für mich weit über das Fachliche hinaus von unschätzbarem Wert. Hierfür schulde ich ihm meine aufrichtige und fortdauernde Verbundenheit.

Herrn Professor *Dr. Wolfgang Löwer* danke ich nicht nur für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens, sondern auch für zahlreiche wertvolle Hinweise.

Die Deutsche Forschungsgemeinschaft hat das Habilitationsprojekt in den Jahren 2010 und 2011 in Form der Finanzierung der „Eigenen Stelle“ großzügig gefördert. Ohne diese Unterstützung wäre mir die Erforschung der interdisziplinären Thematik in dieser Form nicht möglich gewesen.

Dem Verlag Duncker & Humblot und insbesondere Herrn *Dr. Florian R. Simon*, LL.M., danke ich für die Gelegenheit zur Eröffnung der neuen Reihe „Das Öffentliche Recht: Habilitationen“.

Für die kritische Lektüre des Manuskripts möchte ich meinem langjährigen Lehrstuhlkollegen und guten Freund, Herrn *Dr. Felix Hardach*, danken. Wichtige Anregungen habe ich zudem im Rahmen eines Vortrags vor den Teilnehmern des Kolloquiums „Recht und Ökonomie“ an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn erhalten.

Ohne den uneingeschränkten Rückhalt meiner Familie hätte diese Arbeit nicht entstehen können. Von meinen Eltern, *Monika* und *Hans Ludwigs*, habe ich jede nur erdenkliche Unterstützung erfahren. Ein besonderer Dank

gilt meiner Mutter für ihre ebenso gründliche wie zügige Lektüre des Manuskripts. Nicht in Worte fassen lässt sich schließlich der Dank, den ich meiner Frau, Privatdozentin *Dr. Kathrin Kroll-Ludwigs*, schulde. Sie stand, trotz eigener erheblicher Arbeitsbelastung mit ihrer Habilitationsschrift, immer an meiner Seite und hat mich durch ihre Unterstützung auch durch schwere Phasen der Habilitationszeit getragen.

Würzburg, im November 2012

Markus Ludwigs

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	29
A. Erkenntnisinteresse und Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands ..	29
B. Gang der Untersuchung	31
I. Grundlagen der Effizienz in Ökonomie und Öffentlichem Recht	31
II. Unternehmenseffizienz als neue Rechtskategorie	32
<i>Teil 1</i>	
Grundlagen der Effizienz in Ökonomie und Öffentlichem Recht	34
Kapitel 1	
Effizienzkonzepte in den Wirtschaftswissenschaften	35
§ 1 Effizienzkonzept der Betriebswirtschaftslehre	35
§ 2 Effizienzkonzept der Volkswirtschaftslehre	39
A. Effizienzkonzept der Wirtschaftstheorie	40
I. Allokative Effizienz	40
1. Wohlfahrtsökonomische Präzisierungen	40
2. Pareto-Kriterium	43
a) Grundaussagen	43
b) Wohlfahrtsökonomische Marginalbedingungen	44
c) Pareto-Optimum und Wettbewerbsgleichgewicht	45
d) Kritik	48
aa) Begrenzte Einsetzbarkeit in der Wirtschafts- und Rechtspolitik	48
bb) Kritik am Modell der vollkommenen Konkurrenz	49
3. Kaldor/Hicks-Kriterium	53
a) Grundaussagen	53
b) Kritik	54
c) Alternativen	56
II. Produktive Effizienz	57
1. Allokation der Ressourcen innerhalb des einzelnen Unterneh- mens	58
2. Allokation der Ressourcen zwischen den Unternehmen	59
3. Produktive Effizienz als Teilmenge der allokativen Effizienz	60

4. Trade-offs zwischen produktiver und allokativer Effizienz ...	61
a) Theorie des Second-Best	61
b) Williamson-Trade-Off	62
III. Dynamische Effizienz	64
B. Theorie der Regulierung	67
I. Normative Theorie der Regulierung	67
1. Natürliches Monopol	68
2. Externe Effekte	71
3. Informationsasymmetrien	72
II. Positive Theorie der Regulierung	74
1. Überblick	74
2. Bewertung	76
§ 3 Zwischenbilanz und Ausblick	77

Kapitel 2

Herkömmliche Perspektive der Effizienz im Öffentlichen Recht	78
A. Das verfassungsrechtliche Wirtschaftlichkeitsprinzip	80
I. Begriffsverständnis und -abgrenzung	81
1. Begriff der Wirtschaftlichkeit	81
2. Begriffsabgrenzung	83
II. Wirkungsweise	85
1. Formaler Charakter	85
2. Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip	87
3. Außenwirksamkeit und Kontrolldichte	88
III. Das Wirtschaftlichkeitsgebot als allgemeines Verfassungsprinzip?	89
1. Grundrechte	90
2. Gemeinwohlbindung	91
3. Rechtsstaatsprinzip	92
4. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	93
5. Zusammenfassung	95
B. Effizienz als „Herausforderung an das Verwaltungsrecht“	96
I. Aufgabenträgerschaft	96
II. Verwaltungsorganisation	98
1. Das Recht der Verwaltungsorganisation als „Wirtschaftlichkeitsreserve“	99
2. Insbesondere: Das Neue Steuerungsmodell	99
III. Verwaltungsverfahren	102
1. Cursorische Bestandsaufnahme	102
2. Beschleunigungsgesetzgebung als Antriebsmotor	104
3. Kritik der Beschleunigungsgesetzgebung	104
IV. Materielles Verwaltungsrecht	107

V. Verwaltungsgerichtsbarkeit und Verwaltungsprozessrecht	108
C. Fazit	111

Teil 2

Unternehmenseffizienz als neue Rechtskategorie	112
---	-----

Kapitel 1

Perspektivwechsel – Effizienz als Handlungsanforderung gegenüber Unternehmen	112
---	-----

A. Unternehmenseffizienz als neue Dimension im Öffentlichen Recht . . .	112
B. Begriff des Unternehmens	113
C. Einbruchstellen unternehmensbezogener Effizianzorderungen	115
I. Direkte Rezeption im Gesetz	115
II. Ausfüllung rechtlicher Generalklauseln	116
III. Verankerung allgemeiner Zielvorstellungen	117
D. Regeln der Transformation	118
E. Gang der weiteren Untersuchung	120

Kapitel 2

Unternehmenseffizienz im Regulierungsrecht – Effizienz als Benchmark im Rahmen von Entgeltregulierung und Frequenzvergabe	121
--	-----

§ 1 Entgeltregulierung in den Netzwirtschaften	122
A. Einleitung	122
B. Ökonomische Grundlagen	124
I. Korrektur von Marktversagen	125
II. Umfang der Entgeltregulierung	126
1. Disaggregierter Regulierungsansatz und Global Price Cap-Regel	126
2. Alternativen zur Netzzugangs- und Netzentgeltregulierung?	129
III. Mechanismen der Entgeltregulierung	130
IV. Maßstab der Entgeltregulierung	134
1. Regulierung zu Durchschnittskosten bzw. Fully Distributed Costs	134
2. Regulierung zu Grenz- bzw. Inkrementalkosten	136
a) Ramsey-Boiteux-Preise	140
b) Efficient Component Pricing Rule	141
c) Gemeinkostenzuschlag	143
3. Zusammenfassung	143
V. Zwischenfazit	144

C. Rechtliche Ausgestaltung	144
I. Konzeptionelle Grundlegung	145
1. Netzzugangs- und Netzentgeltregulierung	145
2. Umfang der Entgeltregulierung	146
3. Maßgeblicher Zeitpunkt der Entgeltregulierung	149
a) Telekommunikation	150
b) Energie	154
c) Eisenbahnen	157
4. Mechanismen der ex-ante-Entgeltregulierung	159
a) Telekommunikation	159
aa) Einzelentgeltgenehmigung	160
bb) Price-Cap-Verfahren	160
cc) Behördliche Wahlmöglichkeit	163
b) Energie	164
aa) Einzelgenehmigungsverfahren	165
bb) Anreizregulierung	165
c) Eisenbahnen	167
d) Zusammenfassung	169
5. Unterscheidung von Maßstab und Methode	169
a) Methodendreiklang	170
b) Sektorspezifische Analyse	173
aa) Telekommunikation	173
(1) Kostenprüfung	173
(2) Vergleichsverfahren	174
(3) Analytische Kostenmodelle	175
(4) Vorrang der Kostenprüfung?	176
bb) Energie und Eisenbahnen	177
6. Zwischenfazit	179
II. Effizienz als zentraler Maßstab der Entgeltregulierung	180
1. Einheitlicher Entgeltmaßstab auf Basis des Als-ob-Konzepts?	180
a) Ökonomische Grundlagen des Als-ob-Wettbewerbs	182
b) Rezeption des Als-ob-Konzepts im Recht	186
aa) Nationales Kartellrecht	186
bb) Europäisches Kartellrecht	187
cc) Sektorspezifisches Regulierungsrecht	189
c) Der Als-ob-Wettbewerbspreis als Entgeltmaßstab?	191
d) Zwischenfazit	192
2. Europarechtliche Grundlagen	193
a) Grundsatz der Kostenorientierung	193
aa) Rechtslage in den einzelnen Sektoren	193
bb) Vereinbarkeit von Kostenorientierung und Anreizregulierung	196

b)	Sektorübergreifender bzw. sektorspezifischer Effizienz-	
	kostenmaßstab?	197
aa)	Telekommunikation	197
(1)	Richtlinienrechtliche Vorgaben	197
(2)	Der Pure-LRIC-Ansatz der EU-Kommission.....	199
(3)	Berechnung der Kapitalkosten.....	201
bb)	Energie	205
cc)	Eisenbahnen.....	208
c)	Zwischenfazit	213
3.	Grundrechtliche Schranken	214
a)	Anwendbarer Grundrechtsmaßstab.....	215
b)	Grundrechtsfähigkeit	217
aa)	Judikatur des BVerfG	217
bb)	Kritische Würdigung	220
cc)	Maßgeblichkeit der privatrechtlichen Rechtsform	222
dd)	Konsequenzen der Sichtweise des BVerfG	223
c)	Grundrechtspositionen.....	223
aa)	Garantie freier Preisbildung.....	223
(1)	Staatliche Preisreglementierung als Berufsaus-	
	übungsregelung	224
(2)	Typisierende Betrachtung.....	225
bb)	Eigentumsgrundrechtlicher Schutz der Unternehmens-	
	substanz	226
cc)	Intensivierungen des Grundrechtsschutzes.....	228
dd)	Abschwächungen der Intensität des Grundrechts-	
	schutzes.....	230
(1)	Reduzierter Grundrechtsschutz von Großunter-	
	nehmen?	230
(2)	Erhöhte Sozialbindung des Netzeigentums.....	232
ee)	Zusammenfassung	233
d)	Legitimationsbasis der Entgeltregulierung.....	234
aa)	Widerstreitendes Grundrecht auf Netzzugang?.....	234
bb)	Wettbewerb als Leitbild	235
cc)	Weitere Ziele der Entgeltregulierung.....	236
e)	Auflösung des Spannungsverhältnisses und Zwischenfazit	237
4.	Die KeL als zentraler Entgeltmaßstab in der TK-Regulierung	239
a)	Einzelbestandteile des KeL-Maßstab.....	239
aa)	Langfristige Zusatzkosten.....	240
(1)	Berechnung der Kapitalkosten.....	241
(2)	Zusatzkosten und Langfristbetrachtung.....	242
bb)	Angemessener Zuschlag für Gemeinkosten.....	244
cc)	Angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals ..	245
(1)	WACC-Ansatz.....	246

(2) Bestimmung der Parameter der WACC-Formel . . .	247
(3) CAPM-Methode	249
(4) Vereinbarkeit des CAPM mit den Prüfkriterien des § 32 Abs. 3 TKG	250
b) Das Effizienzkriterium des KeL-Maßstabs	254
aa) Real beobachtbare Effizienz oder fiktives Effizienz- optimum?	255
(1) Zulässigkeit der Ausrichtung an einem fiktiven Effizienzmaßstab	255
(2) Scorched-Node-Ansatz	256
bb) Objektiver oder unternehmensindividueller Effizienz- begriff?	258
cc) Bestenauslese oder Durchschnittsbetrachtung?	261
dd) Zusammenfassung	263
c) Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen aus § 28 TKG	263
aa) Grundstruktur des § 28 TKG	264
bb) § 28 TKG als Effizienzmaßstab?	265
cc) Spezifische Effizienzanforderungen des Missbrauchs- verbots	266
(1) Veränderte „Stoßrichtung“ des Effizienzkriteri- ums	266
(2) Einheitlicher oder divergierender Referenzpunkt?	267
d) Abweichungen und Ausnahmen vom KeL-Maßstab	270
aa) Berücksichtigung sog. neutraler Aufwendungen	271
bb) Reichweite des KeL-Maßstabs im Rahmen der Price- Cap-Regulierung	272
cc) Ausnahmen nach § 31 Abs. 2 TKG	275
(1) Der Retail-Minus-Maßstab für Resale-Zugangs- leistungen	275
(2) § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG als Auffangtat- bestand	277
dd) Abkehr vom KeL-Maßstab im Rahmen der NGN-Mi- gration?	278
e) Zwischenfazit	279
5. Der Effizienzkostenmaßstab in der Energieregulierung	280
a) § 21 EnWG als Zentralnorm der Netzentgeltregulierung	281
b) Der Effizienzkostenmaßstab des § 21 Abs. 2 EnWG	284
aa) Das Effizienzkriterium des Entgeltmaßstabs	284
bb) Strukturelle Vergleichbarkeit der Netzbetreiber	289
cc) Verzinsung des eingesetzten Kapitals	290
dd) Wettbewerbsanaloge Kosten gem. § 21 Abs. 2 S. 2 EnWG	294
c) Anreizregulierung	295

aa) Regulierungsformel	296
bb) Ausgangsniveau	297
(1) Erste Regulierungsperiode	298
(2) Folgende Regulierungsperioden	299
cc) Dreiteilung der Kostenanteile	300
(1) Beeinflussbare und nicht beeinflussbare Kosten-	
anteile im EnWG	301
(2) Dreiteilung der Kostenanteile in der ARegV.....	305
dd) Effizienzvorgaben	305
(1) Individuelle Effizienzvorgabe	306
(a) Ermittlung der Ineffizienzen.....	306
(aa) Effizienzvergleich für Verteilernetzbe-	
treiber.....	307
(bb) Effizienzvergleich für ÜNB und FNB ..	309
(cc) Bestimmung des individuellen Effi-	
zienzwerts	310
(dd) Abzubauenende Ineffizienzen.....	312
(b) Verteilungsfaktor	313
(c) Abweichende Bestimmung der Effizienzvor-	
gabe	314
(2) Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor	315
(a) Einstandspreisentwicklung	316
(b) Produktivitätsfortschritt	317
d) Zwischenfazit	320
6. Effizienzkosten- oder Vollkostenansatz in der Eisenbahnregu-	
lierung?.....	321
a) Entgelte für den Zugang zu Schienenwegen	321
aa) Entgeltmaßstab und Entgeltgrundsätze	322
bb) Vereinbarkeit mit den unionsrechtlichen Vorgaben ...	325
b) Entgelte für die Nutzung von Serviceeinrichtungen	327
c) Zwischenfazit und Ausblick	329
D. Fazit	330
§ 2 Frequenzvergabe im Telekommunikationssektor	331
A. Einleitung	331
B. Ökonomische Grundlagen	333
I. Beseitigung von Marktversagen	333
II. Methoden der Frequenzvergabe	334
III. Irrelevanz der Erstzuteilung für eine effiziente Ressourcenaus-	
nutzung?.....	337
IV. Auktionsformen.....	337
1. Charakterisierung: Die vier Standardauktionsformen	338
2. Kategorisierung.....	339
V. Einfache und multiple Auktionen.....	340

VI.	Theorie einfacher Auktionen	341
1.	Spieltheoretische Analyse	341
2.	Insbesondere: Das Revenue Equivalence Theorem.....	344
3.	Abweichungen vom Revenue Equivalence Theorem	346
a)	Risikoaverse Bieter.....	346
b)	Unterschiedliche Wertschätzungen von Auktionsteilnehmern	348
aa)	Independent Private Value-Model und Common Value-Model	348
bb)	Affiliated Value-Model	349
c)	Asymmetrische Bieterstruktur	351
d)	Bieterkollusion.....	352
4.	Zusammenfassung	353
VII.	Theorie multipler Auktionen.....	354
1.	Zeitliche Abfolge.....	354
2.	Preisfestlegung.....	355
3.	Schluss von der höchsten Zahlungsbereitschaft auf die effiziente Nutzung.....	356
VIII.	Zwischenfazit	357
C.	Rechtliche Ausgestaltung	358
I.	Einbettung in das Gesamtsystem der Frequenzverwaltung	358
1.	Internationale und europäische Vorgaben	358
2.	Überblick zur nationalen Frequenzordnung	361
II.	Einzelzuteilung im effizienzorientierten Vergabeverfahren.....	362
1.	Frequenzknappheit	363
2.	Auswahl zwischen Versteigerungs- und Ausschreibungsverfahren	365
a)	Übereinstimmende Zielsetzung und konzeptionelle Unterschiede.....	365
b)	Vorrang des Versteigerungsverfahrens	367
3.	Verfahrenstypunabhängige Vorgaben	368
4.	Verfahrenstypspezifische Vorgaben.....	369
a)	Ausgestaltung des Versteigerungsdesigns	369
b)	Bestimmung der Eignungskriterien beim Ausschreibungsverfahren.....	372
5.	Effizienz der Frequenznutzung als Auswahlkriterium	373
a)	Effizienzbegriff des § 61 Abs. 3 S. 1 TKG	373
b)	Rekurs auf die ökonomische Logik des Versteigerungsverfahrens	374
c)	Transformation ins Recht	375
6.	Juristische Kritik an Auswahlmaßstab und Auswahlmethode .	377
a)	Schluss von der höchsten Zahlungsbereitschaft auf die effiziente Nutzung	378

b)	Widerspruch zu den Regulierungszielen des TKG	379
aa)	Kostenabwälzung auf die Verbraucher	379
bb)	Marktzutrittsschranken für Newcomer	382
cc)	Flächendeckende Grundversorgung zu erschwinglichen Preisen	383
c)	Frequenzhortung, Kollusion, „Winner’s Curse“, Kommerzialisierung	383
d)	Verfassungsrechtliche Einwände	385
aa)	Grundrechtsverstoß	386
(1)	Prüfungsmaßstab	386
(2)	Grundrechtstheoretische Einordnung	386
(3)	Sachgerechtigkeit	389
(a)	Auswahlmaßstab	389
(b)	Auswahlmethode	390
(4)	Individuelle Zumutbarkeit	392
(5)	Ergebnis	393
bb)	Verletzung der bundesstaatlichen Finanzverfassung ..	394
e)	Zwischenfazit	397
7.	Abschließende Vergabeentscheidung	397
III.	Exkurs: Frequenzhandel	398
D.	Fazit	399

Kapitel 3

**Unternehmenseffizienz im Energieumweltrecht –
Die Schlüsselrolle der Energieeffizienz**

401

A.	Einleitung	403
I.	Begriff der Energieeffizienz	403
II.	Begriffsabgrenzung	405
1.	Ressourceneffizienz und Öko-Effizienz	405
2.	Energieeinsparung	406
B.	Ökonomische Grundlagen	407
I.	Korrektur von Marktversagen	407
1.	Makroökonomische Perspektive	408
2.	Mikroökonomische Perspektive	409
II.	Instrumente zur Steigerung der Energieeffizienz	411
1.	Trade-Offs zwischen Energieeffizienz und allokativer Effizienz	412
2.	Rebound-Effekt	413
3.	Emissionszertifikate	414
4.	Umweltabgaben	417
5.	Weißer Zertifikate	418

6. Subventionen	419
7. Zwingende Effizienzstandards	420
8. Etikettierungs-Systeme.....	420
9. Zwischenfazit	421
C. Rechtliche Ausgestaltung	422
I. Entwicklungslinien der Energieeffizienzpolitik	422
1. Historische Entwicklung	422
2. Aktuelle Entwicklung.....	425
II. Aktueller Stand unternehmensbezogener Energieeffizienzanforderungen	427
1. Produkte.....	428
a) Energieverbrauchskennzeichnung	428
b) Ökodesign	429
2. Gebäude.....	430
3. Energie- und Industrieanlagen	432
a) Förderung von Energieerzeugungsanlagen mit KWK	432
b) Energieeffizienzanforderungen der neuen EU-Industrieemissionsrichtlinie.....	434
c) Emissionshandel	436
aa) Grundstrukturen des Emissionshandelssystems	437
bb) Erste und zweite Handelsperiode	439
cc) Dritte Handelsperiode.....	444
(1) Etablierung einer EU-einheitlichen Obergrenze... ..	444
(2) Versteigerung als Grundprinzip	445
(a) Ausnahmen vom Grundprinzip und Grundrechtskonformität	445
(b) Ausgestaltung des Versteigerungsverfahrens ..	448
(3) Kostenlose Zuteilung anhand von Benchmarks ..	449
dd) Zusammenwirken unterschiedlicher Effizienzkonzepte.....	451
4. Verkehr.....	452
5. Energiedienstleistungen	454
III. Übergreifende Strukturmerkmale.....	456
1. Mehrebenencharakter	457
2. Instrumentenmix	458
a) Direkte Verhaltenssteuerung	459
b) Steuerung durch ökonomische Anreize	460
c) Regulierte Selbstregulierung.....	462
d) Informationelle Steuerung.....	463
e) Bewertung.....	464
3. Multifinalität.....	466
4. Dynamische Grundausrichtung.....	467
a) Externe Dynamisierung	467

b)	Inhärente Dynamisierung	468
aa)	Dynamische Technikstandards	469
bb)	Iterative Regulierung	470
cc)	Perspektiven	471
c)	Rechtliche Grenzen der Dynamisierung	472
aa)	Grundrechte der Regelungsadressaten	473
bb)	Grundsatz der Rechtssicherheit	473
5.	Hoher Konkretisierungsgrad des Effizienzkriteriums	474
IV.	Das Energieeffizienzgebot des § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BImSchG.	475
1.	Grundpflicht zur Energieeffizienz als Paradigma	475
2.	Bisherige Praxisrelevanz des Energieeffizienzgebots	477
3.	Leitlinien zu Konkretisierungen der Grundpflicht zur Energieeffizienz.	478
a)	Bezugsgegenstand von Energieeffizienzvorgaben	478
aa)	Vorgaben zur Anlagentechnik	479
bb)	Vorgaben zur Auswahl der Energieträger	480
b)	Maß der geforderten Effizienz	481
c)	Eigenständige Bedeutung des Sparsamkeitsgebots?	483
4.	Zwischenfazit	485
D.	Fazit	485

Kapitel 4

**Unternehmenseffizienz im EU-Kartellrecht –
Der More Economic Approach und die Efficiency Defense** 488

A.	Einleitung	488
B.	Ökonomische Grundlagen	490
I.	Effizienz als Ziel der Wettbewerbspolitik	490
1.	Systemtheoretischer Ansatz	491
2.	Wohlfahrtsökonomischer Ansatz	492
3.	Zwischenbilanz	496
II.	Effizienzmaß: Total Welfare Standard oder Consumer Welfare Standard?	496
1.	Gesamtwohlfahrtsstandard	497
2.	Konsumentenwohlfahrtsstandard	498
3.	Diskussion	500
C.	Rechtliche Ausgestaltung	502
I.	Allgemeine Ziele und Rechtsgrundsätze des Unionsrechts	503
1.	Ableitung des Effizienzprinzips aus den Unionszielen?	503
2.	Rolle der unternehmerischen Freiheitsrechte	506
3.	Rechtssicherheit	507
4.	Zwischenfazit	508

II.	Analyse der Wettbewerbsregeln in den drei Säulen	508
1.	Kartellverbot.	509
a)	Verbotstatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV	510
b)	Freistellungsregelung des Art. 101 Abs. 3 AEUV	512
aa)	Positive Voraussetzungen	513
bb)	Negative Voraussetzungen.	516
c)	Zwischenfazit	517
2.	Missbrauchsverbot.	517
a)	Normative Grundlage einer Effizienzverteidigung	518
b)	Konkretisierung in der Prioritätenmitteilung der EU-Kommission.	521
c)	Beweislastverteilung.	523
d)	Zwischenfazit	525
e)	As-efficient-competitor-Test	526
3.	Zusammenschlusskontrolle	528
a)	Berücksichtigung von Effizienzen im Rahmen des neuen SIEC-Tests	529
aa)	Zusammenschlussbedingte Effizienzvorteile als Ausgleichsfaktor	530
bb)	Integrierter Ansatz oder Effizienzverteidigung?	533
b)	Konkretisierung der Effizienzverteidigung in Kommissions-Leitlinien	534
c)	Zwischenfazit	538
4.	Exkurs: Diskussion im nationalen Kartellrecht	539
D.	Fazit.	540

Kapitel 5

	Synthese – Prägende Strukturmerkmale der Unternehmenseffizienz	543
A.	Interdisziplinarität.	543
I.	Regulierungsrecht	544
1.	Entgeltregulierung in den Netzwirtschaften	544
2.	Frequenzvergabe im Telekommunikationssektor.	546
II.	Energieumweltrecht.	547
III.	EU-Kartellrecht	548
B.	Multifunktionalität	548
I.	Rechtspflicht.	549
II.	Genehmigungsvoraussetzung	549
III.	Anreiz.	550
IV.	Auswahl- und Verteilungskriterium.	551
V.	Einwand.	551
VI.	Kombination unterschiedlicher Funktionen.	552

VII. Zwischenfazit.....	553
C. Multifinalität.....	553
D. Grundrechtsfestigkeit	556
I. Regulierungsrecht.....	556
1. Entgeltregulierung in den Netzwirtschaften.....	556
2. Frequenzvergabe im Telekommunikationssektor	557
II. Energieumweltrecht	558
III. EU-Kartellrecht	558
E. Fazit	559
Resümee	560
Literaturverzeichnis	562
Sachwortverzeichnis	653

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere/r Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	am Ende
AEG	Allgemeines Eisenbahngesetz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AK-GG	Alternativ-Kommentar zum Grundgesetz
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
Anl.	Anlage
AnwBl	Anwaltsblatt
AöR	Archiv des Öffentlichen Rechts
ARegV	Anreizregulierungsverordnung
AsylVfG	Asylverfahrensgesetz
ausf.	ausführlich
AV	Affiliated Values
Az.	Aktenzeichen
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVGh	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BB	Betriebs-Berater
Bd./Bde.	Band/Bände
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie e. V.
BerlKommEnR	Berliner Kommentar zum Energierecht
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BHO	Bundeshaushaltsordnung
BImSchG	Bundes-Immissionsschutzgesetz
BImSchV	Bundes-Immissionsschutzverordnung
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BK	Beschlusskammer

BK-GG	Bonner Kommentar zum Grundgesetz
BKartA	Bundeskartellamt
BMU	Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
BNetzA	Bundesnetzagentur
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache
BREFs	Best Available Techniques Reference Documents
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BTO Elt.	Bundestarifordnung Elektrizität
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BVT	Beste Verfügbare Techniken
BWL	Betriebswirtschaftslehre
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CAPEX	Capital Expenditure
CAPM	Capital Asset Pricing Model
CDM	Clean-Development Mechanism
CDU	Christlich Demokratische Union
CE	Communauté Européenne
CEER	Council of European Energy Regulators
CEP	Centrum für Europäische Politik
CEPT	Conférence Européenne des Administrations des Postes et des Télécommunications
Ch.	chapter/chapitre
CMLR	Common Market Law Review
CO ₂	Kohlendioxid
CR	Computer und Recht
CSU	Christlich-Soziale Union
CV	Common Values
DAX	Deutscher Aktienindex
DB	Der Betrieb
DEA	Data Envelopment Analysis
DEHSt	Deutsche Emissionshandelsstelle
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe(n)
DJT	Deutscher Juristentag

DM	Deutsche Mark
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
Dok.	Dokument
DTAG	Deutsche Telekom AG
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EAG	Europäische Atomgemeinschaft (= EURATOM)
EAGCP	Economic Advisory Group for Competition Policy
EBPG	Energiebetriebene-Produkte-Gesetz
EC	European Community
ECC	Electronic Communications Committee
E.C.L.R.	European Competition Law Review
ECMR	European Community Merger Regulation
ECP	Efficient Component Pricing
ed(s).	editor(s)
EDL-G	Energiedienstleistungsgesetz
EDL-RL	Energiedienstleistungsrichtlinie
EEX	European Energy Exchange
EG	Europäische Gemeinschaft(en)/EG-Vertrag
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EHVV	Emissionshandels-Versteigerungsverordnung
EIBV	Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung
EIU	Eisenbahninfrastrukturunternehmen
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EL	Ergänzungslieferung
EMAS	Eco-Management and Audit-Scheme
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
endg.	endgültig
EnEG	Energieeinsparungsgesetz
EnEV	Energieeinsparverordnung
engl.	englisch
EnVKG	Energieverbrauchskennzeichnungsgesetz
EnVKV	Energieverbrauchskennzeichnungsverordnung
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
EP	Europäisches Parlament/Europäischen Parlaments
ERegG-E	Eisenbahnregulierungsgesetz (Entwurf)
ERMES	European Radio Messaging Services
Erwggr.	Erwägungsgrund/Erwägungsgründe
esp.	spanisch
et	Energiewirtschaftliche Tagesfragen

et al.	et alii/et aliae/et alia
etc.	et cetera
EU	Europäische Union, European Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht
Europ.	Europäisches
EurUP	Zeitschrift für Europäisches Umwelt- und Planungsrecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuWettbR	Europäisches Wettbewerbsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
e.V.	eingetragener Verein
evtl.	eventuell
EVPg	Energieverbrauchsrelevante-Produkte-Gesetz
EVU	Energieversorgungsunternehmen
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f.	folgende (Singular)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FDP/F.D.P.	Freie Demokratische Partei
ff.	folgende (Plural)
FG	Festgabe
FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e. V.
FK	Frankfurter Kommentar
FKVO	Fusionskontroll-Verordnung
Fn.	Fußnote
FNB	Fernleitungsnetzbetreiber
FreqBZPV	Frequenzbereichszuweisungsplanverordnung
FreqNPAV	Frequenznutzungsplanaufstellungsverordnung
frz.	französisch
FS	Festschrift
FStrG	Bundesfernstraßengesetz
FTEG	Gesetz über Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen
GA	Generalanwalt/Generalanwältin
GasNEV	Gasnetzentgeltverordnung
GEREK	Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation
GewArch	Gewerbearchiv
GfU	Gesellschaft für Umweltrecht e. V.
GG	Grundgesetz

ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GO Bay	Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern
GO NW	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein Westfalen
GRCh	Grundrechte-Charta
GRL	Genehmigungsrichtlinie
GS	Gedächtnisschrift
GSM	Global System for Mobile Communications
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HEW	Hamburgische Electricitäts-Werke AG
HGrG	Haushaltsgrundsatzgesetz
HHL	Handelshochschule Leipzig
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber/Herausgeberin(nen)
hrsg.	herausgegeben
HS	Halbsatz
HStR	Handbuch des Staatsrechts
Ibid.	ibidem
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. E.	im Ergebnis
i. e. S.	im engeren Sinne
IFG	Informationsfreiheitsgesetz
IMF	International Monetary Fund
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
i. O.	im Original
IPRI	International Performance Research Institute
IPV	Independent Private Values
IR	InfrastrukturRecht
i. S.	im Sinne
i. S. d.	im Sinne des
it.	italienisch
ITU	International Telecommunication Union
i. V. m.	in Verbindung mit
IVU	Integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung
JI	Joint Implementation
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen-Zeitung

Kap.	Kapitel
KeL	Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung
KG	Kammergericht
KGSt	Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung/ Verwaltungsmanagement
km	Kilometer
KOM	Europäische Kommission
K & R	Kommunikation & Recht
krit.	kritisch/kritischer
KrWG	Kreislaufwirtschaftsgesetz
kWh	Kilowattstunde
KWK(G)	Kraft-Wärme-Kopplung(sgesetz)
Lfg.	Lieferung
LHO	Landeshaushaltsordnung
Lit.	Literatur
lit.	littera(e)
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung (Lindenmaier-Möhring)
LRIC	Long Run Incremental Costs
l. Sp.	linke Spalte
m. a. W.	mit anderen Worten
m. Fn.	mit Fußnote
Mio.	Million(en)
MMR	MutliMedia und Recht
Mrd.	Milliarden
MüKo	Münchener Kommentar
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NABEG	Netzausbaubeschleunigungsgesetz Übertragungsnetz
NEEAP	Nationaler Energieeffizienz-Aktionsplan
n. F.	neue Fassung
NGA	Next Generation Access
NGN	Next Generation Network
NIÖ	Neue Institutionenökonomik
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
No.	Number
NordÖR	Zeitschrift für Öffentliches Recht in Norddeutschland
N & R	Netzwirtschaften und Recht
Nr(n).	Nummer(n)
NRW	Nordrhein Westfalen
NSM	Neues Steuerungsmodell
NuR	Natur und Recht

NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NWVerf.	Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen
NZP	Nationaler Zuteilungsplan
o.	oben
ÖAR	Ökonomische Analyse des Rechts
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
ÖPNV	Öffentlicher Personennahverkehr
OK	Online-Kommentar
OLG	Oberlandesgericht
ONP	Open Network Provision
OPEX	Operational Expenditure
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
OVG	Oberverwaltungsgericht
p. a.	per annum
PKW	Personenkraftwagen
PKW-EnVKV	PKW-Energieverbrauchskennzeichnungsverordnung
PostG	Postgesetz
ProMechG	Projekt-Mechanismen-Gesetz
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdE	Recht der Energiewirtschaft
RegTP	Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post
REMM	Resourceful, Evaluating, Maximizing Man
RET	Revenue Equivalence Theorem
RFF	Resources for the Future
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer(n)
RPI	Retail Price Index
RRL	Rahmenrichtlinie
Rs.	Rechtssache(n)
r. Sp.	rechte Spalte
Rspr.	Rechtsprechung
s.	siehe
S.	Seite/Satz
SAVE	Specific Actions for Vigorous Energy Efficiency
Schweiz.	Schweizerische
SDSRV	Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbands e. V.
SFA	Stochastic Frontier Analysis
SIEC-Test	Significant impediment to effective competition – Test
SJES	Swiss Journal of Economics and Statistics
SLC-Test	Significant lessening of competition – Test
Slg.	Sammlung

sog.	so genannt(e/er/en)
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
Spstr.	Spiegelstrich
SRU	Sachverständigenrat für Umweltfragen
str.	strittig, streitig
StromNEV	Stromnetzentgeltverordnung
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
TAL	Teilnehmeranschlussleitung
TEHG	Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz
TEntgV	Telekommunikations-Entgeltregulierungsverordnung
TK	Telekommunikation
TKG	Telekommunikationsgesetz
TNV	Telekommunikations-Nummerierungsverordnung
TOTEX	Total Expenditure
Tz.	Textziffer(n)
u.	und/unten
u. a.	unter anderem/und andere
UA	Unterabsatz
UBA	Umweltbundesamt
ÜNB	Übertragungsnetzbetreiber
UK	United Kingdom
UMTS	Universal Mobile Telecommunications System
UPR	Umwelt und Planungsrecht
Urt.	Urteil
U.S.	United States
USA	United States of America
usw.	und so weiter
UTR	Umwelt- und Technikrecht
UVP	Umweltverträglichkeitsprüfung
u. U.	unter Umständen
v.	von/vom
Verf.	Verfasser
VerfGH NW	Verfassungsgerichtshof Nordrhein Westfalen
VerfGH RP	Verfassungsgerichtshof Rheinland Pfalz
VerkPBG	Verkehrswegeplanungsbeschleunigungsgesetz
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VO Funk	Vollzugsordnung für den Funkdienst
Vol.	Volume
Vorbem.	Vorbemerkung(en)

VR	Verwaltungs-rundschau
vs.	versus
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechts- lehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WACC	Weighted Average Cost of Capital
WIK/wik	Wissenschaftliches Institut für Infrastruktur und Kommunika- tionsdienste GmbH
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb – Entscheidungssammlung
z. B.	zum Beispiel
ZfE	Zeitschrift für Energiewirtschaft
ZfW	Zeitschrift für Wirtschaftspolitik
ZgS	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium (online)
ZNER	Zeitschrift für Neues Energierecht
ZRL	Zugangsrichtlinie
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
z. T.	zum Teil
ZuG	Zuteilungsgesetz
ZUM(-RD)	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (Rechtsprechungs- dienst)
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
zust.	zustimmend
ZuV	Zuteilungsverordnung
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Einleitung

A. Erkenntnisinteresse und Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands

Die Effizienz stellt für das Recht eine interdisziplinäre Herausforderung dar. Den bisherigen Untersuchungen zur Implementierung ökonomischer Effizienzvorstellungen im Öffentlichen Recht liegt eine *staatszentrierte Sicht* zugrunde. Im Mittelpunkt steht das Prinzip der Wirtschaftlichkeit hoheitlichen Handelns. Die als Wirtschaftlichkeit definierte Effizienz wird dabei vor allem als Maßstab für die Exekutive analysiert.

Auf den Punkt gebracht wird die Staatsbezogenheit dieses Ansatzes, wenn es heißt, dass Wirtschaftlichkeit für das Öffentliche Recht „als unmittelbarer Normgegenstand nur da ein Thema [ist], wo es um Funktionswahrnehmungen des Staates und seiner verschiedenen Handlungseinheiten geht“.¹ Die Auswirkungen auf die einzelnen Wirtschaftsteilnehmer werden hier allenfalls reflexiv erfasst.

Daneben kann „Effizienz“ aber noch aus einem anderen Blickwinkel betrachtet werden: dem des einzelnen Unternehmens. Anlass für einen solchen *Perspektivwechsel* ist die zunehmende Inkorporation ökonomischer Effizienzanforderungen in Vorschriften sowohl des nationalen wie auch des europäischen Rechts. Hierdurch erfolgt eine „Metamorphose“ von einem ökonomischen in einen juristischen Effizienzbegriff. Im Zuge dieser Juridifizierung wird das Effizienzkriterium in vielfältiger Weise gegenüber den Wirtschaftsteilnehmern und hier wiederum insbesondere gegenüber den Unternehmen aktiviert. Sie selbst werden zu unmittelbaren Adressaten und Promotoren rechtlicher Effizienzanforderungen, hinter denen eine Vielzahl unterschiedlicher Regelungsziele stehen kann.

Das Recht setzt dabei nicht einseitig auf den klassischen Gestaltungsmodus imperativer Zweckverwirklichung („command and control“)², sondern greift auf filigranere Mechanismen zurück. Ein prägnantes Beispiel

¹ *Schmidt-Jortzig*, in: Butzer (Hrsg.), *Wirtschaftlichkeit*, S. 17 (18); grundlegend zur staatszentrierten Perspektive: *Leisner*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, S. 5 ff., 58 ff., der für einen „Abschied vom Effizienzstaat“ plädiert; krit. *Häberle*, *AöR* 98 (1973), 625 (634 f.); aus jüngerer Zeit: *Fehling*, in: Trute et al. (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, S. 461 (476 ff.); *Schmidt-Aßmann*, *Ordnungsidee*, Kap. 6 Tz. 64 ff.

hierfür liefert die Vergabe knapper Funkfrequenzen im Telekommunikationssektor. Sie ist darauf ausgerichtet festzustellen, welcher Antragsteller am besten geeignet ist, „die zu vergebenden Frequenzen *effizient* zu nutzen“³ (§ 61 Abs. 3 S. 1 TKG). Zur Ermittlung des *effizienten Nutzers* bedient sich das Recht mit dem Versteigerungsverfahren eines selbstregulativen Mechanismus. Dieser soll die Unternehmen dazu veranlassen, ihre „wahre“ Wertschätzung für die knappe Ressource „Frequenz“ und damit zugleich ihre (auf dieser Grundlage prognostizierte) Fähigkeit zur effizienten Frequenznutzung *aus Eigenantrieb* zu offenbaren.

Die Analyse der bislang noch weithin „unentdeckten“ unternehmensbezogenen Dimension der Effizienz im Öffentlichen Recht bildet den Kern dieser Arbeit. Ziel ist die Etablierung einer innovativen und interdisziplinären Rechtskategorie der *Unternehmenseffizienz*. Den Gegenpol des Effizienzstrebens im Recht bilden dabei die Grundrechte der Regelungsadressaten. Sie können unternehmensbezogenen Effizienzanforderungen Grenzen setzen bzw. ihre (grundrechtskonforme) Auslegung steuern.

Als repräsentative Referenzgebiete werden das Regulierungsrecht, das Energieumweltrecht sowie das – auf der Grenzlinie zwischen Privatrecht und Öffentlichem Recht angesiedelte – EU-Kartellrecht herangezogen. Für alle drei Materien ist die enge Verzahnung von Ökonomie und Recht charakteristisch. Sie sind für das hier verfolgte Vorhaben daher prädestiniert und stehen paradigmatisch für die auf ihrer Grundlage zu entwickelnde neue Rechtskategorie der Unternehmenseffizienz. Hiermit soll zugleich eine die staatszentrierte Perspektive erweiternde *Gesamtsicht der Effizienz* eröffnet werden.

In methodischer Hinsicht wird ein *positivrechtlicher* Ansatz zugrunde gelegt. Dies bedeutet, dass die ökonomischen Effizienzkonzepte erfasst, analysiert und aktiviert werden sollen, soweit dies durch die Rezeption im positiven (Öffentlichen) Recht angezeigt erscheint. Es geht also nicht darum, eine am ökonomischen Effizienzziel ausgerichtete Gesetzgebungstheorie zu entwickeln. Stattdessen werden die *de lege lata* bestehenden unternehmensbezogenen Effizienzanforderungen in den Blick genommen. Schlaglichtartig seien insoweit der Genehmigungsmaßstab der „Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung“ in der Netzentgeltregulierung (s. z.B. § 32 Abs. 1 TKG), die Grundpflicht zur „sparsam[en] und effizient[en]“ Energieverwendung im Energieumweltrecht (vgl. § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BImSchG) und der Freistellungstatbestand vom EU-Kartellverbot als Musterbeispiel

² Eingehend zur ganzen Bandbreite der Gestaltungsmodi: *Schmidt-Preuß*, VVDStRL 56 (1997), 160 (162, 185 ff.).

³ Hervorhebung v. Verf.

für eine *efficiency defense* im europäischen Kartellrecht (Art. 101 Abs. 3 AEUV) genannt.

Erst das Zusammenspiel der unterschiedlichen Normenkomplexe ergibt das „Gesamtbild“ der Unternehmenseffizienz im Öffentlichen Recht. Inwieweit es durch die „Harmonie“ oder „Disharmonie“ zwischen juristischer und ökonomischer Logik gekennzeichnet ist, bildet ein zentrales Erkenntnisinteresse dieser Arbeit. Zugleich soll hiermit ein Beitrag zur allgemeinen Debatte über die Grenzen der Rezeptionsfähigkeit fachfremder Erkenntnisse im Recht geleistet werden.⁴

B. Gang der Untersuchung

Die vorliegende Untersuchung gliedert sich in zwei Blöcke: Im ersten Teil gilt es, im Sinne einer grundlegenden Standortbestimmung sowohl die unterschiedlichen Effizienzkonzepte in den Wirtschaftswissenschaften als auch ihre bisherige Rezeption im Öffentlichen Recht zu untersuchen. Das „Herzstück“ der Arbeit bildet sodann der im zweiten Teil zu vollziehende Perspektivwechsel vom Staat zum Unternehmen und die hierauf aufbauende Entfaltung der neuen Rechtskategorie der Unternehmenseffizienz.

I. Grundlagen der Effizienz in Ökonomie und Öffentlichem Recht

Im Rahmen der im ersten Teil erfolgenden Analyse der Grundlagen der Effizienz in Ökonomie und Öffentlichem Recht, ist in einem ersten Kapitel die Komplexität und Vielgestaltigkeit des ökonomischen Effizienzkriteriums offenzulegen. Dabei kann im Ausgangspunkt zwischen betriebs- und volkswirtschaftlichen Ansätzen unterschieden werden: In der *Betriebswirtschaftslehre* kommt vor allem dem *ökonomischen Prinzip* (Wirtschaftlichkeitsprinzip) mit seinen beiden Ausprägungen – dem Minimal- und dem Maximalprinzip – zentrale Bedeutung zu. Demgegenüber liegt der Fokus der Wirtschaftstheorie (als Hauptgebiet der Volkswirtschaftslehre) auf dem „Dreiklang“ aus *allokativer*, *produktiver* und *dynamischer Effizienz*. Die im Zentrum stehende *Allokationseffizienz* wird durch das wohlfahrtsökonomische Effizienzkriterium der *Pareto-Optimalität* präzisiert. Eine kompensations-theoretische Erweiterung hierzu stellt das *Kaldor-Hicks-Kriterium* dar.

Diesen unterschiedlichen Effizienzkonzepten ist im Einzelnen nachzugehen, wobei die bestehenden Verbindungslinien, Spannungslagen (*Trade-offs*)

⁴ Fleischer/Zimmer, in: dies. (Hrsg.), Effizienz als Regelungsziel, S. 9 (9 mit Fn. 4), sprechen insoweit von einem „Forschungsdefizit“.