

NILS GROSCHE

# Die unsichtbare Hand des Staates

*Jus Publicum*

---

**Mohr Siebeck**

# JUS PUBLICUM

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 293





Nils Grosche

# Die unsichtbare Hand des Staates

Untersuchung zu Möglichkeiten der Gestaltung  
hoheitlicher Preisbeeinflussung im Recht

Mohr Siebeck

*Nils Grosche*, geboren 1982; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Bonn; Referendariat in Köln; 2012 Promotion (Bonn); 2019 Habilitation (Mainz); Lehrstuhlvertretungen in Konstanz und Frankfurt am Main.

Gefördert durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) – 438182539.

ISBN 978-3-16-159494-6 / eISBN 978-3-16-159495-3

DOI 10.1628/978-3-16-159495-3

ISSN 0941-0503 / eISSN 2568-8480 (Jus Publicum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Stempel Garamond gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort

Die Untersuchung entfaltet eine auf das Recht bezogene Gestaltungsdimension hoheitlichen Handelns, die sie als *unsichtbare Hand des Staates* beschreibt. Zentral ist das Aufzeigen von Möglichkeiten, wie und warum ein hoheitlicher Normadressat die durch das Recht gezogenen Grenzen des Rechts austesten kann. Die Arbeit will so einen Beitrag zum besseren Verständnis von besonders herausfordernden Rechtsfragen leisten.

Der vorliegende Text wurde im Wintersemester 2018/2019 als Habilitationsschrift vom Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz angenommen. Herrn Professor Dr. Matthias Cornils bin ich dankbar für die bereichernde Zeit an seinem Lehrstuhl, seine vertrauensvolle Zuversicht sowie seine im besten Sinne akademische Liberalität. Für ihre Diskussionsbereitschaft sowie die akribische Lektüre der Schrift mit zahlreichen weiterführenden Anregungen danke ich Frau Professorin Dr. Elke Gurlit. Dankbar bin ich zudem Frau Dr. Eva Wagner für die Bereitwilligkeit, die Arbeit im Entstehungsprozess intensiv zu diskutieren und für das freundschaftliche Beiseitestehen in schwierigen Phasen. Abschließend sei noch Herrn Professor Dr. Karsten Schneider gedankt, der mich bei Entstehung der Arbeit immer wieder ermutigt hat und mir in Diskussionen wichtige Impulse gab. Die Deutsche Forschungsgemeinschaft förderte die Publikation mit einer Publikationsbeihilfe. Gewidmet ist dieses Buch meiner Frau Saskia und unseren beiden Töchtern Philina und Lenia.

Bonn und Frankfurt im April 2020

Nils Grosche



## Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	V
A. Einleitung . . . . .	1
I. Untersuchungsgegenstand und die Perspektiven von Problem und Lösung . . . . .	10
1. Bedingtheiten der Wirklichkeit und Bedingtheiten des Rechts . . . . .	10
2. Konstruktions(ohn)macht . . . . .	13
II. Gang der Untersuchung und Erkenntnisanliegen . . . . .	18
B. Symptomatische Rechtsfragen und ihre Entstehung aus einer Konstruktionsperspektive . . . . .	21
I. Preisbeeinflussungsvorgänge im Kontext kompetenzieller Abgrenzung . . . . .	23
1. Dekonstruierte Klarheit: Preisbeeinflussung in Gestalt unmittelbarer und mittelbarer Käufe . . . . .	25
2. Charakteristische Ambivalenzen in der juristischen Argumentation . . . . .	29
3. Fragen jenseits der Beschreibung einer Symptomatik . . . . .	38
II. Preisbeeinflussungsvorgänge im Rahmen allgemeiner Grundrechtsdogmatik . . . . .	39
1. Vermessung des Freiheitsgehalts der Berufsfreiheit über die mittelbare Beeinträchtigung . . . . .	40
2. Graubereich des Grundrechtsschutzes . . . . .	44
3. Implikationen konzeptioneller Neuvermessungen des Gehalts der Berufsfreiheit . . . . .	49
III. Strukturanalogie: Private Konstruktions(ohn)macht . . . . .	52
1. Steuerungsherausforderung durch reaktiv kreative Konstruktionen . . . . .	53
2. Zinsverbot als Aufhänger zivilrechtlicher Umgehungsdogmatik . . . . .	58



3. Private und öffentliche Konstruktionsmacht: Strukturgleichheit eines Effekts und ungleichartige Voraussetzungen . . . . .	64
C. Sichtbarkeit . . . . .	71
I. Begriffliche Abgrenzungen . . . . .	72
1. Sichtbarkeit als direkte Wahrnehmbarkeit . . . . .	72
2. Sichtbarkeit als Offenheit eines Zusammenhangs . . . . .	74
3. Subjektive und objektive Dimensionen von Sichtbarkeit . . . . .	76
II. Sichtbarkeit des ökonomischen Zusammenhangs hoheitlicher Preisbeeinflussung . . . . .	81
III. Sichtbarkeit des rechtlichen Zusammenhangs hoheitlicher Preisbeeinflussung . . . . .	87
1. Sichtbarkeit von Rechtsverletzungen . . . . .	90
2. Rechtsverletzungen und rechtliche Zusammenhänge . . . . .	100
3. Normative Verarbeitung differenzierter Sichtbarkeit rechtlicher Zusammenhänge . . . . .	102
a) Retrospektiv: Rechtsanwendungsfehler und Staatshaftungsrecht . . . . .	104
b) Prospektiv: Öffentlich-rechtlicher Vergleichsvertrag und die Überwindung von Ungewissheit über das Recht . . . . .	108
c) Introspektiv: Erkennbarkeit der Verfassungsrechtslage in der Zeit . . . . .	112
d) Sichtbarkeit als ausschließlich institutionelle Relationsbildung? . . . . .	115
4. Sichtbarkeit rechtlicher Zusammenhänge auch bei indirekten, mittelbaren Einflussdimensionen . . . . .	120
D. Funktionale Merkmale der unsichtbaren Hand des Staates . . . . .	123
I. Zweiseitige Funktionalität: Wirklichkeitsgestaltung und Obfuskationsgestaltung . . . . .	124
1. Wirklichkeitsgestaltung . . . . .	125
2. Obfuskationsgestaltung . . . . .	128
a) Allgemein zur Funktion von Obfuskation . . . . .	128
b) Obfuskation rechtlicher Zusammenhänge . . . . .	130
c) Wirklichkeitsdimension von Obfuskation . . . . .	132
d) Effektive Möglichkeit der Obfuskation rechtlicher Zusammenhänge . . . . .	133
e) Kurationskosten von Obfuskation . . . . .	136
II. Abgrenzung zur Gestaltung im Lichte sichtbarer normativer Differenzierung . . . . .	138

E. Muster der unsichtbaren Hand des Staates . . . . .	145
I. Beschreibung als Standardmuster: Gestaltungsperspektive . . . . .	146
II. Einzelne Konstruktionsmuster . . . . .	150
1. Nadel-im-Nadelhaufen-Effekte-Muster . . . . .	150
a) Grundstruktur des Musters . . . . .	150
b) Entstehung der unsichtbaren Hand durch das Muster . . . . .	154
c) Voraussetzungen für die Entstehung des Musters . . . . .	160
d) Implikationen der Verwendung des Musters . . . . .	164
2. Nebenfolgeneffekte-Muster . . . . .	165
a) Grundstruktur des Musters . . . . .	165
b) Entstehung der unsichtbaren Hand durch das Muster . . . . .	169
c) Voraussetzungen für die Entstehung des Musters . . . . .	174
d) Implikationen der Verwendung des Musters . . . . .	189
3. Aliud-Effekte-Muster . . . . .	194
a) Grundstruktur des Musters . . . . .	194
b) Entstehung der unsichtbaren Hand durch das Muster . . . . .	197
c) Voraussetzungen für die Entstehung des Musters . . . . .	206
d) Implikationen der Verwendung des Musters . . . . .	208
4. Chimäreneffekte-Muster . . . . .	209
a) Grundstruktur des Musters . . . . .	209
b) Entstehung der unsichtbaren Hand durch das Muster . . . . .	211
c) Voraussetzungen für die Entstehung des Musters . . . . .	220
d) Implikationen der Verwendung des Musters . . . . .	224
5. Trajektorieeffekte-Muster . . . . .	225
a) Grundstruktur des Musters . . . . .	225
b) Entstehung der unsichtbaren Hand durch das Muster . . . . .	229
c) Voraussetzungen für die Entstehung des Musters . . . . .	244
d) Implikationen der Verwendung des Musters . . . . .	244
6. Summierungseffekte-Muster . . . . .	246
a) Grundstruktur des Musters . . . . .	246
b) Entstehung der unsichtbaren Hand durch das Muster . . . . .	247
c) Voraussetzungen für die Entstehung des Musters . . . . .	249
d) Implikationen der Verwendung des Musters . . . . .	250
e) Sonderfall: Muster der retroaktiven Summierungseffekte . . . . .	250
7. Muster eines Musterverbunds . . . . .	255
a) Grundstruktur eines Musterverbunds . . . . .	255
b) Entstehung der unsichtbaren Hand durch den Musterverbund . . . . .	255
c) Voraussetzungen für die Entstehung eines Musterverbunds . . . . .	260

F. Hoheitliche Konstruktionsmacht als Thema normativer Reaktion . . . . .	262
I. Orientierung an Möglichkeit oder Wille? . . . . .	266
II. Allgemeines Umgehungsverbot . . . . .	274
1. Anerkennung eines allgemeinen Grundsatzes des Umgehungsverbots als Reaktion . . . . .	274
2. Umgehungsszenarien und ihre Komponenten . . . . .	278
3. Unsicherheit bei der Auswertung von Umgehungsszenarien in komplexen Normstrukturen . . . . .	282
a) Polytelie: Freiheit und hoheitliche Aufgabenwahrnehmung . . . . .	282
b) Abwehr von Umgehungsszenarien und die Abgrenzung unterschiedlicher Funktionsbereiche der Gewalten . . . . .	285
4. Zusammenfassung . . . . .	292
III. Normatives Kriterium der funktionalen Äquivalenz . . . . .	294
1. Verhältnis zum allgemeinen Umgehungsverbot . . . . .	295
2. Funktionale Äquivalenz im Kontext von Polyfunktionalität . . . . .	297
3. Zusammenfassung . . . . .	306
IV. Normatives Kriterium von Intensität und Schwere der Wirkung . . . . .	307
G. Bedeutung der unsichtbaren Hand für die Effektivität des Rechts . . . . .	312
I. Erkennbarer Normwiderspruch und Effektivität als Rechtsfrage . . . . .	318
II. Unsicherheit als Möglichkeit und Effektivität als Rechtsfrage . . . . .	322
III. Effektivität und die Rolle verdeckter Flexibilitätsreserven . . . . .	324
H. Interdisziplinäre Verweisungszusammenhänge . . . . .	332
I. Disziplineigene Explikation im Kontext ökonomischer Informiertheit . . . . .	333
II. Überzeichnung kognitiver Dichotomie: „Ökonomische Gesetze und juristisches Denken“ . . . . .	337
I. Metapher der „unsichtbaren Hand“ als Beschreibungsfolie . . . . .	341
I. Preismechanismus des freien Marktes als Verfahren ohne Entwurf – staatliche Handlungsmacht als Störfaktor . . . . .	341
II. „Unsichtbare Hand“ als Ausdruck oder Folge dezentraler, marktlicher Ordnungsmodelle . . . . .	344
III. Beschreibungsfolie der unsichtbaren Hand des Staates und nichtökonomische Zusammenhänge . . . . .	348

IV. Besonderheit hoheitlicher Gestaltungs(ohn)macht bei ökonomischen Zusammenhängen . . . . .	354
J. Rück- und Ausblick . . . . .	359
Literaturverzeichnis . . . . .	367
Sachregister . . . . .	393



## A. Einleitung

In einer Ordnung, die über Geld als allgemeines Wertmaß verfügt, ermöglichen es (Geld-)Preise, ökonomische Informationen in Gestalt von Zahlen auszudrücken.<sup>1</sup> Die zahlenmäßige Repräsentation wirtschaftlicher Werte ist dabei eine Kulturtechnik, die für vielfältige Zwecke des Wirtschaftsverkehrs die entscheidende informatorische Bezugsebene bildet.<sup>2</sup> Bereits die alltagssprachliche Redensart, nach der „alles seinen Preis hat“, umschreibt den Umstand, dass man mit einem Preis jederzeit eine geldwertquantifizierte Schwelle für individuelle Entscheidungsbereitschaft beschreiben kann.<sup>3</sup> Ob und inwieweit die mit-schwingende Annahme eines absoluten ökonomischen Kalküls, durch das

---

<sup>1</sup> Zur ökonomischen Funktion von Geld als Recheneinheit siehe *O. Issing*, Einführung in die Geldtheorie, 15. Aufl. 2011, S. 2, der insoweit auf die hierauf aufbauenden Formen der Wirtschaftsrechnung auf einzel- und gesamtwirtschaftlicher Ebene hinweist; die wohl prominenteste juristische Perspektive formuliert *F. C. v. Savigny*, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts, 1851, S. 405f.: „Das Geld erscheint zunächst in der Function eines bloßen Werkzeugs zur Messung des Werthes der einzelnen Vermögensbestandtheile. In dieser Function steht das Geld auf gleicher Linie mit anderen Meßwerkzeugen (...). Das Geld erscheint aber daneben noch in einer zweiten und höheren Function, indem es den von ihm gemessenen Werth selbst in sich schließt und so den Werth aller anderen Vermögensstücke vertritt. (...) Das Geld also gewährt seinem Eigentümer eine allgemeine, auf alle Gegenstände des freien privatrechtlichen Verkehrs anwendbare, Vermögensmacht, (...). Diese dem Gelde einwohnende Vermögensmacht hat daher auch das eigenthümliche, daß sie von individuellen Fähigkeiten und Bedürfnissen unabhängig ist, also für Jeden unter allen Umständen gleiche Brauchbarkeit hat“.

<sup>2</sup> Siehe dazu, dass das Ausdifferenzieren eines besonderen Funktionssystems für wirtschaftliche Kommunikation erst durch das Kommunikationsmedium Geld in Gang gebracht wird, indem sich eine bestimmte Art kommunikativer Handlungen systematisieren lässt (Zahlungen und auf sie bezogene Preise) *N. Luhmann*, Die Wirtschaft der Gesellschaft, 7. Aufl. 2015, S. 14; zu kulturellen bzw. zivilisatorischen Wechselwirkungen allgemein *W. N. Goetzmann*, Money changes everything, 2017.

<sup>3</sup> Die Redewendung findet dabei häufig Gebrauch, wenn ein Geldwert gerade kein offen erkennbarer Bestandteil eines Austauschverhältnisses ist. Ein prominentes Beispiel bilden Geschäftsmodelle der Digitalwirtschaft, bei denen stattdessen die „Preisgabe“ von persönlichen Daten in Rede steht, siehe etwa das Bemühen hier ein Austauschverhältnis anderer Art zu kreieren im Wege der Kreation von besonderen Rechtspositionen die Studie des *Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur*, „Eigentumsordnung“ für Mobilitätsdaten?, 2017, insbes. S. 74, oder durch eine Veränderung des Gebrauchs des Wortes „umsonst“ *C. J. Hoofnagle/J. Whittington*, Free: Accounting for the Costs of the Internet’s Most Popular Price, *UCLA Law Review* 2014, S. 606; vgl. auch *L. Specht*, Daten als Gegenleistung – Verlangt die Digitalisierung nach einem neuen Vertragstypus?, *JZ* 2017, S. 763. Dass eine Änderung hin zu einer Transaktion mit Geld eine Transformation der gesellschaftlichen Bedeu-

menschliche Entscheidungsbereitschaft in sämtlichen Lebensbereichen quantifizierbar ist, letztlich zutrifft, kann im Lichte des vorliegenden Untersuchungsthemas dahinstehen. Die Untersuchung bezieht sich nicht auf eine Grundierung normativer Prämissen<sup>4</sup> des hoheitlichen Einflusses auf Preise, also die Frage, wie der hoheitliche Einfluss auf Preise nach Maßgabe eines wirtschaftlichen oder rechtlichen Ordnungsmodells aussehen *soll*, sondern nimmt hiervon unabhängige Aspekte des Rechts hoheitlicher Preisbeeinflussung in den Blick.

Der Gegenstand der Arbeit betrifft vereinfacht ausgedrückt Fragen der rechtlichen Steuerbarkeit der hoheitlichen Einflussnahme auf ökonomische Prozesse. Preisbeeinflussung als Begriff wird hierbei in der Weise verwendet, dass er jegliche tatsächliche hoheitliche Bewirkung von Preisfolgen einbezieht, also gerade nicht als Abgrenzungsbegriff zu bestimmten Arten hoheitlicher Bewirkung fungiert, etwa zum Begriff der hoheitlichen Preisgestaltung. Ökonomische Folgen zahlenmäßig in Geldwerten ausdrücken zu können, macht für die Zwecke des Untersuchungsgegenstands eine einzigartige Abstraktionsebene verfügbar.<sup>5</sup> Sie ermöglicht über die Transparenz des Bezugspunkts der Wirklichkeitsdimension den klaren Blick auf einen Zusammenhang im Recht, der vorliegend mit dem Bild der *unsichtbaren Hand des Staates* beschrieben wird.

Wie ein konkreter Preis seiner Höhe nach zu einem bestimmten Zeitpunkt letztlich aussieht, hängt in der Regel von vielen Umständen und Einflussfaktoren ab. Der Faktor, der aus der Perspektive öffentlich-rechtlicher Forschung von besonderem Interesse ist, ist derjenige des staatlichen Handelns in einem öffentlich-rechtlich überformten Zusammenhang. Die Qualität staatlichen Handelns als Faktor ökonomischer Ergebnisse steht dabei nicht beziehungslos zu und unabhängig von sonstigen Einflussfaktoren, sondern kann Resultat eines komplexen Zusammenspiels mit diesen sein. Hierdurch entsteht ein Möglichkeitsraum kombinatorischer Vielfalt, in dem unterschiedliche Wege die Realisierung eines Vorgangs der Preisbeeinflussung durch staatliches Handeln in ökonomisch gleicher Weise bedingen können. Ökonomisch gesehen kann beispielsweise die Auferlegung einer Verbrauchssteuer, eines Zolls für ein Zulieferprodukt, die Einführung von Dokumentationspflichten, von Umweltauflagen oder arbeits-

---

tung des in Rede stehenden gesellschaftlichen Verhältnisses bedingen kann, beschreibt *M. J. Sandel*, *What money can't buy*, 2013.

<sup>4</sup> Zur Vorstellung des *ustum pretium* siehe etwa die umfassende Untersuchung von *F. Wittreck*, *Geld als Instrument der Gerechtigkeit*, 2002, die den Beziehungsrahmen von Geld und Recht im Werk von Thomas von Aquin vermisst, S. 25; allgemein *Schmoeckel. Mathias/M. Maetschke*, *Rechtsgeschichte der Wirtschaft*, 2. Aufl. 2016, Rn. 26 ff.; siehe auch *J. Tirole*, *Economics for the common good*, 2017, S. 33 ff.; vgl. in diesem Kontext auch die Vorstellung eines Wandels des Staatsverständnisses durch die „Ökonomisierung sozialer Beziehungen“ bei *M. Wallerath*, *Der ökonomisierte Staat*, JZ 2001, S. 209.

<sup>5</sup> Dabei bedeutet die Zugänglichkeit des Messbaren keine willkürliche Begrenzung des Forschungsinteresses, vgl. zu diesem Risiko *F. A. v. Hayek*, *Die Anmaßung von Wissen*, in: Hayek (Hrsg.), *Die Anmaßung von Wissen*, 1996, S. 3 (4), siehe zu Variationen des Themas in nichtökonomischen Zusammenhängen unten unter I. III.

rechtlichen Bestimmungen, von gewerberechtiglichen Zulassungsanforderungen, die Festlegung von Mindest- oder Höchstpreisen, Arbeitszeitregelungen, die Anpreisung eines Konkurrenzproduktes, die öffentliche Warnung vor einem Produkt oder die Veränderung einer höchstrichterlichen Rechtsprechung zu Haftungsfolgen einen gleichgelagerten Einflussnahmevorgang auf einen Preis mit sich bringen. Mitunter entfaltet bereits die (Nicht-)ankündigung späterer hoheitlicher Handlungen erstrebte eigenständige ökonomische Wirkungen, soweit sich diese Kommunikation als prekäres Datum für die Semantik ökonomischer Erwartungsbildung darstellt.<sup>6</sup>

Dem Ensemble multipler Möglichkeiten zur Realisierung von ökonomisch-identischen Vorgängen von Preisbeeinflussungen durch die hoheitliche Hand<sup>7</sup> begegnen normative Strukturen des Rechts nicht durch Ansätze, bei der rechtliche Anforderungen unbesehen der einem Preisbeeinflussungsvorgang zugrunde liegenden Einzelheiten uniform angelegt würden. Der hoheitliche Preisbeeinflussungsvorgang ist – rechtstechnisch ausgedrückt – nicht das zentral maßgebliche Tatbestandsmerkmal, an dessen Erfüllung unterschiedslos Rechtsfolgen geknüpft werden. Welche rechtlichen Maßstäbe an hoheitliches Handeln anzulegen sind, kann der Rechtsanwender in der Folge regelmäßig nicht durch die Mitteilung der ökonomischen Folgen von hoheitlichem Verhalten abschätzen. Erkennbar ist nur ein als Tatsache beschreibbarer Vorgang der hoheitlichen Einflussnahme auf einen Preis. Rechtlich gesehen macht es etwa einen fundamentalen Unterschied, ob der Preisbeeinflussungsvorgang im Wege der abgabenrechtlichen Belastung eines Wirtschaftsteilnehmers oder durch die staatliche Förderung von Wirtschaftskonkurrenz erfolgt, selbst wenn die ökonomische Implikation der jeweiligen Handlungskontexte als Preisbeeinflussungsvorgang für den in seinem wirtschaftlichen Interesse Betroffenen identisch sein sollte. Und selbstverständlich gelten für gesetzgeberisches, administratives oder gerichtliches Verhalten in rechtlicher Hinsicht jeweils eigene Handlungsmaßstäbe, die sich auch dann nicht angleichen, wenn Entscheidungsfolgen sich in ökonomischer Hinsicht entsprechen. Moderne rechtsdogmatische Unterscheidungen differenzieren zwischen Akteuren, Handlungsformen, gegenständlich umschriebenen Regelungsbereichen sowie -anliegen und

---

<sup>6</sup> Siehe *Deutsche Bundesbank*, Monatsbericht September 2016 – Verteilungseffekte der Geldpolitik. <https://www.bundesbank.de/de/publikationen/berichte/monatsberichte/monatsbericht-september-2016-665030>, (zuletzt abgerufen am 31.3.2020), S. 29.

<sup>7</sup> Es geht bei den hier interessierenden Preisbeeinflussungsvorgängen um reproduzierbare ökonomische Effekte, die sich unter bestimmten, gegebenen Umständen „objektiv“, also von jedermann nachprüfbar einstellen. Sie können insoweit in wissenschaftstheoretischer Sicht als Hypothesen niedriger Allgemeinheitsstufe bezeichnet werden (siehe *K. R. Popper*, *Logik der Forschung*, 11. Aufl. 2005, S. 62) – etwa, dass die Erhöhung der Nachfrage nach einem Gut unter Knappheitsbedingungen den Preis nach oben beeinflusst. Siehe zum diesbezüglich erforderlichen ökonomischen Wissen unten unter C. II. und allgemeiner zu den interdisziplinären Verweisungszusammenhängen der Themenstellung unten unter H.



institutionellen Rollen, wenn das Verhältnis hoheitlicher Gewalt zur Wirtschaft ausgelotet wird.

Auch weil ökonomische Implikationen hoheitlichen Handelns so ubiquitär erscheinen<sup>8</sup>, bilden ökonomische Folgen für sich genommen aus rechtlicher Sicht nicht den zentralen Dreh- und Angelpunkt normativer Fragestellungen. Ihre Relevanz erfahren sie vielmehr zuvörderst in den Ausdifferenzierungen des öffentlichen Wirtschaftsrechts, das auf verschiedenartige Rechtsquellen verteilt ist und je eigene Lösungsstrategien für sachbereichsspezifische Herausforderungen beinhaltet. Allgemeine Aussagen zu Preisbeeinflussungsvorgängen der hoheitlichen Hand jenseits von Reflexionen von auf erheblicher Abstraktionsebene liegenden normativen Ordnungstypen<sup>9</sup> zu treffen, scheint vor

---

<sup>8</sup> Jedenfalls bedarf es nicht geringer Begründungslasten, die ökonomische Relevanz eines bestimmten hoheitlichen Verhaltens sicher ausschließen zu können (siehe jüngst etwa die Einordnung der Verfügbarkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunkangebots auch als Preisfaktor bei der Autovermietung BVerfGE 149, 222 Rn. 114). Auch schlichthoheitliches Verhalten wie bspw. die Informationserteilung kann etwa die Informationsbeschaffungskosten berühren, die ansonsten aufzuwenden wären bzw. die Einpreisung von Unsicherheit im Hinblick auf nicht zugängliche Informationen. Es verwundert daher weder, dass im Rahmen der statistischen Erfassung der hoheitlichen Preisbeeinflussung im Hinblick auf einen Vollständigkeitsanspruch Praktikabilitätsprobleme bestehen wie auch, dass selbst bei einem solchen Versuch nur Szenarien alternativer staatlicher Einflussnahme reflektiert werden könnten, siehe zu dem Versuch der quantifizierbaren Erfassung der staatlich administrierten Preise in einen Verbraucherpreisindex auch *Sachverständigenrat für die Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung*, Jahresgutachten 2008/2009. [http://www.sachverstaendigenrat-wirtschaft.de/fileadmin/dateiablage/download/gutachten/ga09\\_ges.pdf](http://www.sachverstaendigenrat-wirtschaft.de/fileadmin/dateiablage/download/gutachten/ga09_ges.pdf) (zuletzt abgerufen am 31.3.2020), S. 477: „Weiterhin ist die Auslegung des Begriffs der „staatlichen Einflussnahme“ zu klären: Staatliche Preisbeeinflussung geschieht nicht nur über eine direkte Festsetzung der Preise, sondern auch indirekt über Vorschriften für die Produktherstellung und Produktgestaltung, wie bspw. Normierungen, Regulierungen hinsichtlich Produktqualität und Produktsicherheit oder Umweltauflagen. Wegen vielfältiger Produktionsverflechtungen sind hiervon alle Güter des Warenkorbs in unterschiedlicher Intensität betroffen; die exakte Abgrenzung eines Teilindex unter differenzierter Berücksichtigung der alternativen Möglichkeit staatlicher Einflussnahme wäre kaum durchführbar.“

<sup>9</sup> Als eine solche Diskussion kann die in der rechtswissenschaftlichen Literatur immer wieder anzutreffende Auseinandersetzung mit dem Wirtschaftsmodell bzw. mit der diesbezüglichen Neutralität des Grundgesetzes (siehe BVerfGE 4, 7 [17f.] – *Investitionshilfe*) verstanden werden, siehe diese umfassend nachzeichnend J. Hecker, *Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht*, 2007, S. 137ff.; vgl. auch O. Lepsius, *Verfassungsrechtlicher Rahmen der Regulierung*, in: Fehling (Hrsg.), *Regulierungsrecht*, 2010, § 4 Rn. 13ff. zur „eigentlichen Bedeutung“ der Neutralitätsformel U. Di Fabio, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen/Klein (Hrsg.), *Grundgesetz*, 2018, Art. 2 Abs. 1 Rn. 88, nach der der Gesetzgeber innerhalb der Grenzen des Grundgesetzes in seiner Wirtschaftspolitik frei und nicht an bestimmte wirtschaftstheoretische Modelle und Lehrmeinungen gebunden sei, der freiheitliche Charakter des Grundgesetzes eine grundsätzlich marktwirtschaftliche Wirtschaftsordnung aber voraussetze; siehe zur konzeptionellen Unklarheit der Rezeption (liberal-demokratischer Staatsrechtswissenschaften) in Bezug auf den positivrechtlich gänzlich anderen Regelungsansatz unter der Weimarer Reichsverfassung Grob, *Die Entstehung des Sozial- und Interventionsstaats im Spiegel der bürgerlich-liberalen Staatsrechtswissenschaften*. [https://www.theodor-heuss-haus.de/fileadmin/user\\_upload/pics/Unser\\_Programm/Heuss-Forum/](https://www.theodor-heuss-haus.de/fileadmin/user_upload/pics/Unser_Programm/Heuss-Forum/)

dem Hintergrund der Verflechtung wirtschaftlicher Sachverhalte, der gleichzeitigen Verflechtung hoheitlicher, rechtlich angeleiteter Handlungskontexte und der Anzahl möglicher Verbindungslinien zwischen beiden ein wenig Ertrag versprechendes Unterfangen. Bereits die schiere Potentialität der Verstrebungen von hoheitlichem Handeln und ökonomischer Einflussnahme wirkt überfordernd.<sup>10</sup> Dabei schreitet grundsätzlich die Tendenz zunehmender Komplexität ökonomischer<sup>11</sup> wie auch im Gefolge der Entfaltung von Quantität und Ver-

---

THK\_2015/Groh\_-\_Sozial-\_und\_Interventionsstaat.pdf, (zuletzt abgerufen am 31.3.2020), S. 7 ff.; den Weimarer Ansatz und dessen potentielle Rolle als Anknüpfungspunkt für rechtliche Fragestellungen reflektierend K. Waechter, Ist eine Wirtschaftsverfassung heute nützlich?, JZ 2016, S. 533.

<sup>10</sup> Als eine spezifische Klassifikation kann bspw. der Abschnitt bei U. Scheuner, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVDStRL 1953, S. 1 (26 ff.) über Formen der wirtschaftlichen Intervention begriffen werden, wo Formen der unmittelbaren und mittelbaren Interventionen ausdifferenziert werden. Die bei Scheuner verwendete Begriffsbestimmung der staatlichen Intervention erfolgt durch Gegenüberstellung zu einer lediglich polizeilich überwachenden Ordnung in Richtung einer aktiveren Lenkung und Beeinflussung des Wirtschaftsablaufes. Bereits diese Begriffsbestimmung zeigt an, dass Beeinflussung und Lenkung voneinander abgegrenzt werden. Schwierigkeiten eines Zugriffs angesichts vielschichtiger Einflussdimensionen spiegelt sich auch in der Bewertung von Diskussionen über begriffliche Abgrenzungen im Kontext des öffentlichen Wirtschaftsrechts als „schillernd“, weil „Begrifflichkeiten das jeweilige politische und ökonomische Vorverständnis reflektieren, zum anderen aber auch die Typisierung und Kategorisierung eines Rechtsgebiets leisten sollen, das sich angesichts seiner Heterogenität und Dynamik einer Typisierung zu entziehen scheint oder jedenfalls nur auf hohem Abstraktionsniveau ermöglicht“, so J. Ruthig/S. Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2015, Rn. 21.

<sup>11</sup> Dabei lassen sich unterschiedliche Aspekte benennen, die prägend sind für die inhärente Komplexität wirtschaftlicher Beziehungen, siehe W. Elsner/T. Heinrich/H. Schwardt, The microeconomics of complex economies, 2015, S. 59: Wertschöpfungsketten, die örtlich dezentral und größtenteils (auch auf globaler Ebene) fragmentiert sind und dadurch sehr viele und sehr unterschiedliche Akteure an Produktions- und Innovationsgeschehen beteiligen; die Verbreitung von grenzüberschreitenden Informations- und Kommunikationstechnologien mit den ihnen eigenen nutzungsbezogenen Netzwerkeffekten; lokale Cluster und Netzwerke mit neuen Formen der Koordination und Kooperation.

flechtung staatlicher Aktionsfelder<sup>12</sup> und der auf diese bezogenen Interaktionszusammenhänge voran.<sup>13</sup>

Dennoch ist gerade diese Vielschichtigkeit, durch die unterschiedliches hoheitliches Verhalten je für sich in einen ökonomisch gleichen Vorgang der Einflussnahme auf einen Preis einmünden kann, für den Untersuchungsgegenstand zentraler Hintergrund. Sie liefert den Anlass, sich mit der Normativität rechtlicher Begrenzungen der hoheitlichen Einflussnahme auf ökonomische Prozesse in Gestalt von Preisen auseinanderzusetzen. Es geht dabei nicht darum, wie das Verhältnis staatlicher Hoheitsgewalt zur Wirtschaftsordnung losgelöst von bzw. auf Grundlage einer konkreten normativen Ordnung ausgestaltet werden sollte, beispielsweise welches grundrechtliche Freiheitsverständnis die Anwendung der Wirtschaftsgrundrechte anleiten soll<sup>14</sup> oder wie grundlegende Verteilungsfragen im Verfassungsrecht verortet und verarbeitet werden.<sup>15</sup> Vielmehr

<sup>12</sup> Der Aspekt scheint in unterschiedlichen rechtswissenschaftlichen Kontexten auf, wenn etwa die Bestimmung der hoheitlichen Einflussakte der Verwaltung nicht ohne weiteres präzise katalogartig gefasst werden kann, soweit bspw. die Vielfalt administrativer Handlungspraxis dadurch beschrieben ist, dass zu ihr alles gehört, „was der Verwaltung zurechenbar ist“, vgl. *E. Schmidt-Assmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsrecht, 2. Aufl. 2006, Sechstes Kapitel Rn. 1. Aus grundrechtstheoretischer Sicht beklagt *K.-H. Ladeur*, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, 2004, S. 15 einen „perversen Zirkel der Regulierung“, bei dem die Ausdehnung der Staatsfunktionen eine immer weiterreichendere Regulierung erfordert, die ihrerseits, statt Probleme abzuspannen, wieder neuen Bedarf für Regulierungen schafft. Die Last der Gerichte im Zusammenhang zunehmender Komplexität beschreibt *J. Masing*, Wissen und Verstehen in der „Wissensgesellschaft“, in: Appel/Hermes/Schönberger (Hrsg.), Öffentliches Recht im offenen Staat, 2011, S. 147 (162). In normtheoretischer Sicht wird das Thema der Komplexität bei *K. Schneider*, Offene Rechtsquellenarchitektur (Manuskript), 2017 behandelt, der darlegt, dass asynchrone Abhängigkeiten in uneleganten Rechtsquellenarchitekturen die implizite Komplexität in die Höhe treiben, zur Eleganz von Rechtsquellenarchitekturen siehe C IV., zu asynchronen Abhängigkeiten D III. 9. Implizite Komplexität wird hierbei als zentrale Herausforderung von Rechtsordnungen beschrieben, siehe ebd. C. III. 1.

<sup>13</sup> Siehe mit Blick auf das Wirtschaftsverfassungsrecht mit den Stichworten der Europäisierung, der Globalisierung und Ökonomisierung *M. Ruffert*, Zur Leistungsfähigkeit der Wirtschaftsverfassung, AöR 2009, S. 197 (201 ff.); allgemein *W. Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht, Recht und Innovation, 2016, S. 146, der die Anzahl der betreffenden Variablen, Vernetztheit der und Interdependenzen im Hinblick auf die beteiligten Variablen, die Vielzieligkeit, die Dynamik der Problemsituationen, Unterschiedlichkeit beteiligter Akteure, mangelnde Erwartungssicherheit, Knappheit von Ressourcen und die Unvorhersehbarkeit von Kausalverläufen als Indikatoren nennt; zur Dämpfung der Komplexität durch offene Rechtsquellenarchitektur *Schneider* (Fn. 12 in A), insbes. C. III. sowie zu den aus dem Typ der Superverbundordnung wachsenden Anforderungen und langfristig uneinlösbaren Gewährleistungen B. II. und III.

<sup>14</sup> Hierzu umfassend in jüngerer Zeit bspw. *J. H. Klement*, Wettbewerbsfreiheit, 2015; allgemein zum Spannungsverhältnis von Regulierung und Freiheit *H.-J. Cremer*, Regulierung und Freiheit, in: Fehling (Hrsg.), Regulierungsrecht, 2010, § 5.

<sup>15</sup> Siehe etwa die Verfassungsentwicklung nachzeichnend *F. Meinel*, Verteilung als Verfassungsfrage. Zur Entwicklung einer Problemstellung, in: Boysen/Kaiser/Meinel (Hrsg.), Verfassung und Verteilung, 2015, S. 19; zu der Verortung *H. M. Heinig*, Maßstäbe für Verteilungskonflikte im demokratischen Verfassungsstaat, in: Boysen/Kaiser/Meinel (Hrsg.), Ver-

geht es in erster Linie um einen Teilaspekt des Vermögens des Rechts, die Lebensverhältnisse im Hinblick auf ökonomische Implikationen hoheitlichen Handelns regeln zu können.<sup>16</sup>

Soweit die an dem bloßen Ergebnis orientierte hoheitliche Absicht einer bestimmten Preisbeeinflussung nicht darauf angewiesen ist, eine bestimmte Stellschraube zu bedienen, sondern in einer von ökonomischer Komplexität geprägten Wirtschaftsordnung auf ganz verschiedene Weisen umgesetzt werden kann, wird dieser Umstand multipler Realisierungsmöglichkeiten zu einem Themenfeld, das rechtswissenschaftlicher Untersuchung bedarf.<sup>17</sup> So stellt sich beispielsweise die Frage, in welcher Hinsicht und durch welche Arten und Weisen die Funktionsweise rechtlicher Regeln, die das Verhältnis hoheitlichen Handelns und ökonomischer Prozesse zum Gegenstand haben<sup>18</sup>, herausfordert

---

fassung und Verteilung, 2015, S. 53; als „Ringens um Verteilungskonzeptionen“ deutet *F. Schorkopf*, Verteilungszuständigkeit und politische Zugehörigkeit im Mehrebenensystem, in: *Boysen/Kaiser/Meinel* (Hrsg.), *Verfassung und Verteilung*, 2015, S. 73, Diskussionen über die Zukunft der europäischen Integration (am Beispiel des mittelfristigen Finanzrahmens 2014–2020 und der Geldpolitik der EZB).

<sup>16</sup> Zu dieser hier leicht variierend in Bezug genommenen, tradiert *Philipp Heck* zugeschriebenen Formulierung mit Blick auf die Diskussion der Normativität der Verfassung des Grundgesetzes *U. Volkmann*, *Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland*, 2013, S. 285 ff.; siehe zur Normativität der Verfassung allgemein und vergleichend auch *K.-H. Ladeur*, Normqualität und Verbindlichkeit der Verfassungssätze, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band XII*, 2015, § 261 (siehe dort insbesondere zum Verhältnis zur Normativitätskonzeption in der Reflektion der Weimarer Verfassung Rn. 26 ff.). Um einem Missverständnis früh vorzubeugen, sei bemerkt, dass das Schlagwort eines Anspruchs der Normativität nicht herangezogen wird, um die Inhalte formalisierter Normen (bspw. eines verschriftlichten Verbots, an einer bestimmten Stelle die Straße zu überqueren oder bestimmte wirtschaftliche Tätigkeiten vorzunehmen) einer diese untergrabenden Praxis in der Wirklichkeit gegenüberzustellen (in der etwa eine soziale Norm die Überquerung der Straße an selbiger Stelle etabliert hat oder die Vornahme der verbotenen wirtschaftlichen Tätigkeit erfolgt), siehe zu dieser Gegenüberstellung von Form und Realität *C. Möllers*, *Die Möglichkeit der Normen*, 2015, S. 273 ff.; zu den besonderen Facetten der Effektivitätsfrage des Untersuchungsthemas siehe eingehend unten unter G.

<sup>17</sup> Der Hinweis auf die Gleichheit tatsächlicher ökonomischer Folgen durch unterschiedliche hoheitliche Handlungskontexte als eine Aussage über Tatsachen ist in seiner Spezifität ebenso wenig geeignet, juristische Bewertungen zu vereinheitlichen, wie der generelle Verweis auf die Gleichheit von Folgen in tatsächlicher Hinsicht hierzu geeignet ist. So mag etwa für sich genommen die auf hoheitliches Handeln rückführbare Folge, ein bestimmtes Sportereignis zu verpassen, gleich sein. Dennoch unterscheidet das Recht nach Maßgabe verschiedenartiger Ursachen, etwa das Verpassen aufgrund einer zugangsbeschränkenden Verfügung von demjenigen durch eine langwierige Verkehrskontrolle weit im Vorfeld der Veranstaltung, siehe zur Variation der Unsichtbaren-Hand-Thematik in nichtökonomischen Zusammenhängen unten unter I. III.

<sup>18</sup> Deutlich finden sich solche etwa in der Rechtsprechung des BVerfG zur Preisintervention, BVerfGE 134, 204 (Rn. 70) – *Werkverwertungsverträge*: „Vergütungsregeln und hierauf gründende Entscheidungen, die auf die Einnahmen, welche durch eine berufliche Tätigkeit erzielt werden können, und damit auch auf die Existenzhaltung von nicht unerheblichem Einfluss sind, beschränken die Freiheit der Berufsausübung“ unter Verweis auf BVerfGE 101,

werden können, welche Bedeutung eine solche Herausforderung letztlich hat und welche Reaktionsmöglichkeiten überhaupt bestehen. Eine im Mittelpunkt der Untersuchung stehende Frage ist dabei auch diejenige danach, ob und, wenn ja, wie sich ein hoheitlicher Regelungsadressat im Lichte normativer Anforderungen ökonomischer Komplexität bedienen kann.

Die Untersuchung stellt insoweit eine Einflussnahme in den Vordergrund, die sie durch ein bestimmtes Attribut beschreibt: die hoheitliche Hand, die nicht sichtbar nach außen tritt, die aber als unsichtbare Hand Auswirkungen auf einen ökonomischen Zusammenhang, einen Wert, nimmt. Damit werden Quelle, Gegenstand und, wenn auch an dieser Stelle noch mit relativer Unschärfe, Art des Einflusses als ein miteinander verflochtenes Beziehungsdreieck in den Vordergrund gestellt. Die Komponente des „Unsichtbaren“ als Attribut des hoheitlichen Wirkens bringt zum Ausdruck, dass auf einen Vorgang der Einflussnahme Bezug genommen wird, der jedenfalls bei oberflächlicher Betrachtung in bestimmter Hinsicht verborgen bleibt.

Verborgeneheit in einem juristischen Analysekontext löst als Begriff zunächst einmal rechtsstaatliches Unbehagen aus, jedenfalls in einer Rechtsordnung, die normative Werte wie die Klarheit und die Wahrheit von Normen<sup>19</sup> zum Referenzpunkt macht und vor deren Hintergrund die hintersinnige Verschleierung von eigentlichen Handlungsmotiven, wie sie noch in Machiavellis Klugheitsregeln zum Ausdruck zu kommen scheint, normativ diskreditiert ist.<sup>20</sup> In ihr ist

331 (347) – *Berufsbetreuer*. Siehe auch BVerfGE 114, 196 (242) – *Beitragssatzsicherungsgesetz*: „Jede Preisreglementierung berührt die berufliche Betätigung, enthält also eine Berufsausübungsregelung“; vgl. im europäischen Recht in Bezug auf die Festsetzung einheitlicher Preise (für verschreibungspflichtige Humanarzneimittel) als Maßnahme gleicher Wirkung nach Art. 34 AEUV EuGH, Rs. C-148/15, – *Deutsche Parkinson Vereinigung e.V.* unter dem Gesichtspunkt der gesteigerten Angewiesenheit nichtinländischer Warenanbieter auf den Preiswettbewerb, Rn. 23 f.

<sup>19</sup> Zur rechtstaatlich gebotenen „Normenwahrheit“ bei der Heranziehung der rechtfertigenden Gesetzeszwecke siehe etwa BVerfGE 132, 334 (Rn. 50) – *Rückmeldegebühr Berlin*, nach der der Gesetzgeber sich an dem erkennbaren Inhalt einer getroffenen Regelungen festhalten lassen und der Gesetzesvollzug sich hieran ausrichten können muss, denn Rechtsnormen dürften nicht zum Mittel der Desinformation über das politisch Entschiedene und zu Verantwortende werden, vgl. auch BVerfGE 107, 218 (256) – *Beamtenbesoldung Ost I*; 108, 1 (20) – *Rückmeldegebühr Baden-Württemberg*; 114, 196 (236) – *Beitragssatzsicherungsgesetz*; 114, 303 (312) – *Kostendämpfungspauschale*; 118, 277 (366) – *Verfassungsrechtlicher Status der Bundestagsabgeordneten*; siehe früh BVerfGE 17, 306 (318) – *Mitfahrzentrale*, in der eine – gemessen an dem gesetzgeberischen Ziel – ungewöhnliche Gestaltung die Verfassungswidrigkeit bedingte, da eine solche der Sachlage zuwiderlaufende Gesetzesgestaltung, die die wahren Absichten des Gesetzgebers verschleiert, gegen das Rechtsstaatsprinzip verstoße.

<sup>20</sup> Zur Abkehr vom Machiavellismus als außenpolitische Leitidee des Grundgesetzes BVerfGE 123, 267 (346) – *Lissabon*. Reflektierend über die Ambivalenzen der Rezeption des Machiavellischen (und gleichzeitig wohl auch Weberschen) Politikverständnisses in der Politischen Theorie und Ideengeschichte *H. Münkler/G. Strassenberger*, Politische Theorie und Ideengeschichte, 2016, S. 38 ff. In seinem Satz von der transzendentalen Formel des öffentlichen Rechts formuliert *I. Kant*, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis (1793)/Zum Ewigen Frieden (1795), 1992, Anhang II, S. 99:

gerade die Sichtbarkeit der Ausübung hoheitlicher Herrschaftsgewalt verlässliche Grundlage für aufgeklärte Entscheidungen im Prozess demokratischer Herrschaftsorganisation.<sup>21</sup> Sichtbarkeit ist es auch, die es ermöglicht, rechtliche Kontrolle in einem gewaltengegliederten System in effektiver und effizienter Weise auszuüben. Bei der Gegenüberstellung der bloßen Begrifflichkeiten des sichtbaren und des unsichtbaren staatlichen Handelns bedarf es daher keiner vertieften Vergewisserung darüber, welches Attribut sich durch eine Spannungslage zu normativen Anforderungen auszeichnet.<sup>22</sup>

Die Leichtigkeit und intuitive Ergebnissgewissheit einer ohne ausgreifenden Herleitungsaufwand gewonnenen normativen Bewertung lässt bereits vermuten, dass hier nur dem ersten Anschein nach eine zentrale Fragestellung des in der Untersuchung aufgegriffenen Themenfeldes liegt. Selbst ein ausgreifend und elaboriert begründeter normativer Satz, nach dem das hier erst in seiner Idee angedeutete unsichtbare hoheitliche Wirken ganz grundsätzlich zu vermei-

---

„Alle auf das Recht anderer Menschen bezogene Handlungen, deren Maxime sich nicht mit der Publizität verträgt, sind unrecht“. Zur Begründung wird ausgeführt, dass eine „Maxime, die ich nicht darf laut werden lassen, ohne dadurch meine eigene Absicht zugleich zu vereiteln, die durchaus verheimlicht werden muss, wenn sie gelingen soll, zu der ich mich nicht öffentlich bekennen kann, ohne daß dadurch unausbleiblich der Widerstand aller gegen meinen Vorsatz gereizt werde, (...) diese notwendige und allgemeine, mithin *a priori* einzusehende Gegenbearbeitung aller gegen mich nirgendwo von anders als von der Ungerechtigkeit her haben (kann), womit sie jedermann bedroht“, aaO S.100; allgemein zu einem gebotenen Mischverhältnis zwischen Transparenz und legitimen Geheimhaltungsgründen im Verfassungsstaat *M. Jestaedt*, Das Geheimnis im Staat der Öffentlichkeit, AöR 2001, S. 204.

<sup>21</sup> Siehe zum EU-Recht insoweit das Prinzip „as open as possible“ (Grundsatz der Offenheit) beschrieben in *K. Lenaerts/P. van Nuffel*, European Union Law, 3. Aufl. 2010, Rn. 20-017ff. unter Bezugnahme auf Art. 15 AEUV; In der Entscheidung zur Einführung des Euro wird die allgemeine Sichtbarkeit und Verstehbarkeit von hoheitsgewaltbegründenden Entscheidungsverfahren sowie den jeweils verfolgten Zielvorstellungen als Demokratievorsetzung hervorgehoben, BVerfGE 97, 350 (369) – *Euro*; vgl. auch *C. Möllers*, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, 2008, S. 58 bezogen auf unsichtbare demokratische Herrschaft durch informelles Handeln; dazu, dass das Demokratieprinzip ein objektives Staatsprinzip ist, „das – auch soweit es auf den Konsens zwischen Staat und Bürgern und auf die Transparenz staatlichen Handelns angelegt ist – konkrete rechtliche Schlußfolgerungen zugunsten des einzelnen Bürgers nicht ohne weiteres zuläßt“, BVerwG, NJW 1991, 936 (937), hierauf bezugnehmend und die besonderen Schwierigkeiten einer mehr auf Zusammenhänge und Handlungsgefüge als Einzelvorgänge bezogenen Ebene herausstellend *Schmidt-Assmann* (Fn. 12 in A), Zweites Kapitel Rn. 79.

<sup>22</sup> Vgl. auch *W. Leisner*, Der Unsichtbare Staat, 1994, der eine Spannung zwischen Machtabbau und Verschleierung aufgreift („Marsch aus der Öffentlichkeit“, S. 5); siehe auch die vielfältigen Verknüpfungen tradierter rechtlicher Grundsätze mit dem Gedanken der Transparenz bei *J. Bröhmer*, Transparenz als Verfassungsprinzip, 2004, S. 38ff.; siehe kritisch zu („nackten“) Transparenzforderungen von Informationen vor dem Hintergrund der Möglichkeit ihrer Verständlichkeit *Lessig*, Against Transparency. <https://newrepublic.com/article/70097/against-transparency>, (zuletzt abgerufen am 31.3.2020); siehe differenzierend zwischen Output- und Inputtransparenz argumentierend und bei letzterer den Nutzen von Transparenz im Verhältnis zu den Kosten in Zweifel ziehend *Sunstein*, Output Transparency vs. Input Transparency. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2826009](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2826009), (zuletzt abgerufen am 31.3.2020).

den sei, hängt aber in der Luft, wenn nicht zumindest in anschaulichen Zügen die Vermittlung gelingt, was eigentlich sein Gegenstand sein sollte. Denn das Charakteristische, um nicht zu sagen das eigentlich Interessante des Unsichtbaren für den wissenschaftlichen Betrachter ist, dass es nicht in gleicher Weise verfügbar ist wie das Sichtbare, der Zusammenhang sprichwörtlich nicht ins Auge springt.<sup>23</sup> Die Aufgabe, Aussagen über spezifische normative Wertungen über die *unsichtbare Hand des Staates* zu gewinnen, unterscheidet sich insoweit von der Aufgabe, Aussagen über das zu gewinnen, was konzeptionell hinter dem über das Bild von der *unsichtbaren Hand des Staates* beschriebenen Vorhang liegt. Hierzu bedarf es überhaupt erst einer Vergewisserung, inwieweit die Sprechweise von der *unsichtbaren Hand des Staates* Substanz hat und welche Verknüpfungen sich insoweit rechtswissenschaftlich aufzeigen lassen. Dies bildet die zentrale Herausforderung der Untersuchung.

## I. Untersuchungsgegenstand und die Perspektiven von Problem und Lösung

### 1. Bedingtheiten der Wirklichkeit und Bedingtheiten des Rechts

Das Verhältnis von Hoheitsgewalt und wirtschaftlicher Tätigkeit, insbesondere die Grenzen und Möglichkeiten der Einflussnahme sind ein gleichermaßen fort-dauerndes wie zentrales Thema des Rechts.<sup>24</sup> Bei diesem zeigt sich ein Wechselspiel eines durch Dynamik geprägten Lebensbereichs, der im Windschatten technologischer und gesellschaftlicher Wandlungsprozesse liegt, und eines durch Dynamik geprägten Bereichs des Rechts, in dem die Besonderheiten heterogener Sektoren verarbeitet und effiziente Steuerungsmodelle vor dem Hintergrund verflochtener Rechtsquellenstrukturen gefunden werden müssen.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Zum Konzept der Sichtbarkeit unten unter C.

<sup>24</sup> Symptomatisch ist die auf die Rechtsordnung des Grundgesetzes bezogene Feststellung, dass die verfassungsrechtlichen Grenzen der staatlichen Einflussnahme auf die Wirtschaft als Themenfeld angesehen wird, welches das BVerfG am häufigsten beschäftigt hat, siehe W. Kluth, Bundesverfassungsgericht und wirtschaftslenkende Gesetzgebung, in: Schmidt-Assmann/Dolde/Ehlers (Hrsg.), Beiträge zum öffentlichen Wirtschaftsrecht, 2005, S. 11 (12); M. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland – Vierter Band 1945–1990, 2012, S. 273 konstatiert, dass nach dem Investitionshilfeurteil des BVerfG „fast alle wirtschaftslenkenden Maßnahmen der Bundesrepublik auf den Prüfstand des Verfassungsrechts gestellt“ wurden.

<sup>25</sup> Siehe etwa die Studie von T. Fetzer, Staat und Wettbewerb in dynamischen Märkten, 2013, S. 319ff. (am Referenzbeispiel des Telekommunikationsrechts); siehe zum Finanzmarktrecht S. Augsberg, Hybride Regulierungsinstrumente im Finanzmarktrecht, Die Verwaltung 2016, S. 369 (370); allgemein zu Begriff und Gegenstand des Öffentlichen Wirtschaftsrechts Ruthig/Storr (Fn. 10 in A), Rn. 20ff.; J. Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2013, § 3 Rn. 1 ff.; vgl. auch die geschichtliche Darstellung bei R. Schmidt, Öffentliches

## Sachregister

- Aliud-Effekte*-Muster 194 ff., 256, 260  
Ambiguität, konstruierte 135 f.  
Amtsermittlungsgrundsatz 109  
Äquivalenzargument 42  
Ausfallrisiko 34, 193, 234
- Beurteilungsspielraum 183, 258, 338
- Chimäreneffekte*-Muster 209 ff.
- Dassonville*-Formel 161 f., 230  
Desinformation, Verbot der 8, 97, 270  
Dialog der Gerichte 24, 69 f., 243 f.  
Differenzargument 43 f.  
Diskriminierung, faktische 121, 151, 156, 349 f.  
Dogmatik 79 ff.
- Effektivität 312 ff.  
– hoheitlicher Aufgabenerfüllung 14 f.  
– des Rechts und Flexibilität der Normadressaten 324 ff.  
– des Rechts und mangelnde Rechtsdurchsetzung 319 ff.  
– des Rechts und die Möglichkeit von Rechtsunsicherheit 322 ff.
- Effet utile 31  
Eingriff, enteignungsgleicher 106  
EMRK-Beitritt 70, 324  
Enteignung 16, 140 f., 156 ff., 196 f.  
Ergebnisgewissheit, intuitive 9, 338  
Ermessensmissbrauch im Unionsrecht 97  
EU-Beihilferecht 215 ff., 220 ff., 224 f.  
Europäischer Stabilitätsmechanismus (ESMV) 92 f., 132, 134 f., 178, 201 ff., 240 ff.  
European Safe Bonds (ESBies) 233 ff.
- Finanzinnovationen 57, 61 f., 64, 68, 263, 279, 283  
Flexibilität, verdeckte 324 ff.  
Folgerichtigkeit 182 f., 189  
Formenmissbrauch 205, 276  
Funktionale Äquivalenz als normatives Kriterium 294 ff.
- Geld 1  
Gesamtbetrachtung, wertende 179 f., 246  
Gestaltungsmacht siehe Konstruktionsmacht  
Gestaltungsperspektive 21 ff., 27 f., 38 f., 50 f., 146 ff., 217 f., 223 f., 243 f., 249, 265 f., 352 f.  
Gewaltenteilung 343  
Grundfreiheitsdogmatik 161 f., 177, 181 f., 185, 208, 219, 230, 248 f.  
Grundrechtsdogmatik 39 ff., 139 ff., 126 f., 156 ff., 175 f., 184, 248, 298 ff., 311, 348 f.  
Grundrechtseingriff,  
– additiv und kumulativ 246 ff.  
– mittelbarer 22, 40, 45 ff., 126 f., 157 ff., 298 ff., 353  
Grundrechtsverständnisse 43, 49 ff., 305  
Güterbeschaffung 140 f., 196 f.
- Haftungsversprechen, implizites 225 ff.  
Handlungsformen und *Aliud-Effekte*-Muster 202 ff.  
Haushaltsautonomie 238 f.
- Informationstätigkeit, staatliche 42, 126 f., 295 f., 298 ff.  
Instrumentalfunktion des Staates 14  
Intensität als normatives Kriterium 307 ff.



- Invention 25
- Keck*-Formel 161 f., 219 f.
- Kollegialrichtlinie-Grundsatz 105
- Kompetenzen 23 ff., 69 f., 181, 186, 193, 248, 304, 323, 341
- Komplexität
- ökonomische 5, 37, 356
  - rechtliche 6, 29, 37 f., 56 f., 62, 85, 96, 116, 118, 136, 148, 243, 336
- Konstitutionalisierung 15
- Konstruktionen, kreative 25
- Konstruktions(ohn)macht 13 ff., 24, 27 ff., 38 f., 46 ff., 51 f., 60 f., 64 ff., 92, 146 ff., 293 f., 321, 362
- private 52 ff.
  - Unterschied private und öffentliche 64 ff.
  - und normative Reaktion 262 ff.
- Konstruktionsperspektive siehe Gestaltungsperspektive
- Kontingenz des Rechts 88 f., 264 f.
- Kontrolle politischer Herrschaft 271 f.
- Kreationskosten 136 ff., 164 f., 189 ff., 208 f., 224 f., 244 f., 250
- Legal engineering 58, 61 f., 64, 133, 262 f.
- Legitimes Ziel 184 ff.
- Machiavellismus 8 f.
- Macht, unsichtbare 74 f.
- Markt als Referenzsystem 344
- Marktversagen 358
- Meinungswettbewerb 343
- Motive, verdeckte 8, 95 ff., 180, 193, 267 ff., 350 ff.
- Muster 146 ff.
- Muster der unsichtbaren Hand 150 ff.
- Muster eines *Musterverbunds* 255 ff.
- Nadel-im-Nadelhaufen-Effekte*-Muster 150 ff., 256, 259 ff., 350
- Nebenfolge, erfreuliche 168, 177, 187
- Nebenfolgeneffekte*-Muster 165 ff., 258 f., 266, 351 f., 361 f.
- Normativität 6 f., 80, 275, 314 ff., 363
- und Krise 13, 236, 316, 325, 363
- Normenwahrheit 8, 98, 188, 270 f., 312
- Obfuskation 79, 128 ff., 147 f., 164 f., 263 f., 298, 312 f., 361
- Offenheit, Grundsatz der 8 f.
- Outright Monetary Transaction*-Programme 23 ff., 69 f., 86, 98, 117, 159 f., 164 f., 177 ff., 187 ff., 258 ff., 265, 268, 274 f., 281 f., 282 ff., 295, 338, 358
- Paradoxie des Haufens 163
- Pfadabhängigkeit 228 f., 244 ff.
- Polytelie 282 ff.
- Polyfunktionalität 297 ff.
- Präjudizien 103, 116, 228
- Preisbeeinflussung, hoheitliche 2
- Preise und Gerechtigkeit 2, 356 f.
- Preissystem
- ökonomische Funktion 355
  - juristische Funktion 355 f.
- Proxykonstruktion 92 f., 95, 118, 132, 134 f.
- Public Sector Purchase*-Programme 24, 159, 179 ff., 193, 242 ff., 257
- Public-Body-Debate* 212 ff.
- pull to compliance* 325
- Quellen des Unsichtbaren 89 ff.
- Rechtsetzung 13, 112, 125, 262, 272, 292, 360
- Rechtsklarheit 71, 89 f.
- Rechtskonkretisierung im Einzelfall 24, 28, 43, 47, 51, 58 ff., 112, 119, 180, 222 f., 264 f., 284 f., 291 f., 293 f., 302 f., 306 f., 310, 322, 325 f.
- Rechtskulturen 98 f.
- Rechtsmissbrauch 96 f., 265, 275
- Rechtsordnung, eindeutige 29, 112, 117 f.
- Rechtspolitik 286 ff.
- Rechtsrealismus 100
- Rechtsreflexe 168
- Rechtssicherheit 59 f., 71, 80, 89, 254, 264
- Rechtsunsicherheit 59 ff., 68 ff., 264, 273, 284 f., 291, 293 f., 314
- Regulierung 11
- Richterliche Rechtsfortbildung und normative Reaktion auf Konstruktionen 58, 290 ff.
- Rückwirkung 251 ff.

- Schwere als normatives Kriterium 307 ff.
- Selektivität von Preisbeeinflussungsvorgängen 98, 159 f., 259
- Sichtbarkeit 27, 71 ff.
- als direkte Wahrnehmbarkeit 72 ff.
  - als Offenheit 74 ff.
  - ökonomischer Zusammenhänge 81 ff.
  - rechtlicher Zusammenhänge 87 ff.
  - subjektive und objektive 76 ff.
  - und institutionelle Konkretisierung 115 ff.
  - und öffentlich-rechtlicher Vergleichsvertrag 108 ff.
  - und Rechtsanwendungsfehler im Kontext des Staatshaftungsrechts 104 ff.
  - und Verfassungsrechtslage in der Zeit 112 ff.
  - und Verhältnis zu mittelbaren Einflussnahmen 120 ff.
- Sonderopfer 152 f., 156 f.
- Steergestaltungen 64, 68, 274, 286 f.
- Steuerungsherausforderung kreativer Konstruktionen 13 ff., 20, 53 ff., 66, 133
- Steuerungsperspektive 11 f., 85, 125 ff.
- Subventionen 47, 85, 211 ff., 308 ff.
- Summierungseffekte*-Muster 246 ff.
- retroaktive 250 ff.
- Trajektorieeffekte*-Muster 225 ff.
- Transmissionsriemen, geldpolitischer 26 f., 33, 95, 131, 136, 165, 178, 181, 191 ff., 234, 257 ff., 358
- Transparenz 9, 130, 267
- Ultra-vires-Prüfung 37, 69 f., 185 f., 284 f.
- Umgehung
- Evidenz 135 f.
  - Szenarien und Komponenten 278 ff.
  - und Rechtsunsicherheit 282 ff.
  - Verbot der 26 ff., 42 f., 54 f., 58 ff., 96 f., 135, 143, 265 ff., 315 f., 350, 365
- Unabhängigkeit
- Gerichte 254, 273, 329
  - Zentralbank 30, 329, 332, 365
- Unsichtbare Hand
- als Metapher 341 ff.
  - des Marktes 341 ff.
  - des Staates und funktionale Merkmale 123 ff.
  - des Staates und ihre Muster 150 ff.
  - des Staates und nichtökonomische Zusammenhänge 348 ff.
  - des Staates und symptomatische Rechtsfragen 21 ff.
- Verbot monetärer Staatsfinanzierung 25 f., 32 f., 35, 88, 144, 275 f., 281 ff., 304, 366
- Verfassungsgerichtsverbund 23 f., 37, 243
- Vergleichsvertrag 108 ff.
- Verhältnismäßigkeit 33, 101 f., 170, 175 ff., 196 f., 231, 247 f., 253, 313 f., 334, 362
- Verkehrswert 355
- Verschleierung von Rechtsverstößen 17, 55, 91, 96 ff., 125, 130 ff., 266, 352, 361
- Vertragsgestaltung, komplexe 55 ff.
- Vertrauensfrage 271 f.
- Vertrauensschutz 251 ff.
- Viehverstellung 55, 58, 61 f., 94, 117, 135
- Welthandelsrecht 151, 211 ff., 316 f., 326 f.
- Wettbewerb 41 ff., 49 f., 75, 217, 220, 226, 300, 309, 336, 342 ff., 357
- Wettbewerbsfreiheit 41 ff., 49 ff., 295, 305, 342
- Wirtschaftsverfassung 4, 13, 357
- Wissen 77
- ökonomisches 84 f., 334 ff.
  - Verhältnis von juristischen und ökonomischen 337 ff.
- Wortlaut 104, 200, 286, 289 f.
- Zinsverbot 52 ff.
- Zwecke, hoheitliche 175 ff., 267 ff.
- Zweckveranlasser 78

