



Ein Wettbewerbskonzept
für das Öffentliche
Wettbewerbsrecht

Stefan Magen





Ein Wettbewerbskonzept für das Öffentliche Wettbewerbsrecht

Stefan Magen

Juli 2014

Ein Wettbewerbskonzept für das Öffentliche Wettbewerbsrecht*

Stefan Magen

Abstract	1
A. Ein rechtsdogmatisches Wettbewerbskonzept	3
I. Binnenmarkt, Regulierung und Wettbewerbsbezug	4
II. Wettbewerb als Förderung wirtschaftlichen Gemeinwohls durch Ordnung von Freiheit	6
1. Der Gleichlauf von Freiheit und Gemeinwohl	7
2. Zwei grundsätzliche Einwände	8
III. Gemeinwohlbegriff und Gemeinwohlkompetenz	10
1. Wettbewerbsimmanentes und wettbewerbsexternes Gemeinwohl	10
2. Vier zentrale dogmatische Fragestellungen und ihr Bezug zur Ökonomie	12
a) Wettbewerbsbezug der Teilgebiete des öffentlichen Wettbewerbsrechts	12
b) Voraussetzung und Grenzen des Gleichlaufs von Freiheit und Gemeinwohl	12
c) Ratio der wettbewerbsbezogenen Einzelregelungen und Rechtsinstitute	13
d) Zielkonflikte zwischen ökonomischen Gemeinwohlzielen, Rechtsprinzipien und politischen Zielen	13
B. Kernmechanismus und Grundfunktionen von Wettbewerb	14
I. Tausch und Konkurrenz als Kernelemente	15
1. Freier Tausch	16
2. Konkurrenz	18
II. Dezentrale Allokation und Innovation als Gemeinwohlfunktionen	19
1. Dezentrale Koordination von Produktion und Konsum (Allokation)	20
a) Die statische Gleichgewichtsbetrachtung der Neoklassik	20
b) Marktversagen und das Leitbild des vollkommenen Wettbewerbs	21
c) Zielkonflikte zwischen Marktmacht und Effizienz	22
d) Vom Schulenstreit zur ausdifferenzierten Industrieökonomik	23
2. Entdeckung von Wissen	24
3. Anreize für Innovation	27

* Das Manuskript erscheint in: "Gregor Kirchhof/Stefan Korte/Stefan Magen (Hrsg.), Öffentliches Wettbewerbsrecht. Neuvermessung eines Rechtsgebiets, Heidelberg: C.F. Müller, 2014". Es ist im Rahmen eines von den Herausgebern gemeinsam mit Thomas Fetzer, Claudia Fuchs, Klaus F. Gärditz, Christoph Ohler, Frank Schorkopf, Alexander Thiele, Sebastian Unger und Ferdinand Wollschläger durchgeführten Forschungsprojekts entstanden. Den äußerst fruchtbaren Diskussionen dort verdankt es viel. Für wertvolle Anregungen und Kritik zum Text danke ich zudem Christoph Engel, Stefanie Egidy und Dominik Grafenhofer. Alle verbleibenden Fehler sind meine.

C. Der Gleichlauf von Freiheit und Gemeinwohl	28
I. Freiheit als Ziel staatlicher Wettbewerbspolitik im Ordoliberalismus	29
1. Effizienz als Nebenfolge	29
2. Schutz vor privater Marktmacht	30
3. Freiheit als Kriterium zur Abgrenzung der Freiheitssphären	32
a) Regelhaftigkeit	32
b) Leistungswettbewerb	33
II. Effizienz als Ziel der Wettbewerbspolitik in der Wohlfahrtsökonomik	36
1. Eigenwert der Freiheit	36
2. Rechtsstaatlichkeit	36
III. Schutz des Gleichlaufs von Freiheit und Gemeinwohl als Funktion des Ordnungsrahmens	38
1. Wettbewerb aus öffentlich-rechtlicher Sicht	38
2. Wettbewerbsfunktionale Ordnung im Konkurrenzverhältnis	40
3. Wettbewerbsfunktionale Ordnung im Tauschverhältnis	41
a) Eigentum und Tauschmöglichkeiten	41
b) Privatautonomie und Vertragsgestaltung	42
c) Abschlussfreiheit	42
D. Der Wettbewerbsbezug im öffentlichen Wettbewerbsrecht	44
I. Staatliche Gemeinwohlziele als ‚Güterproduktion‘	45
1. Private Güter, Kollektivgüter und öffentliche Externalitäten	45
2. Verteilungszwecke und meritorische Güter	47
3. Mischgüter	47
II. Der Wettbewerbsbezug nach dem Gutscharakter der Gemeinwohlziele	48
1. Wettbewerbsrecht als Recht des Konkurrenzverhältnisses	49
2. Vier Gemeinwohlkonstellationen im öffentlichen Wettbewerbsrecht	51
a) Daseinsvorsorge durch funktionierende Gütermärkte	51
b) Kollektivgüter durch Marktlenkung	52
c) Künstlicher Wettbewerb zum Güterschutz	54
d) Staatlicher Beschaffungswettbewerb	56
III. Wettbewerbsneutralität	57
E. Zusammenfassung	59

Abstract

Das öffentliche Wirtschaftsrecht wurde in den letzten Jahrzehnten durch den europäischen Binnenmarkt und seine Ökonomisierungstendenzen durchgreifend auf den Wettbewerb neu ausgerichtet. Vor diesem Hintergrund schlägt ein gemeinschaftliches Forschungsprojekt vor, weite Teile des öffentlichen Wirtschaftsrechts als „Öffentliches Wettbewerbsrecht“ neu zu konzipieren (vgl. *G. Kirchhof/S. Korte/S. Magen* (Hrsg.), *Öffentliches Wettbewerbsrecht*, im Erscheinen). Der vorliegende Beitrag entwirft hierfür ein rechtsdogmatisches Wettbewerbskonzept, welches als Instrument rechtswissenschaftlicher Analyse gedacht ist.

Der Vorschlag lautet, Wettbewerb in juristischen Begriffen als einen durch rechtliche Ordnung gestützten Gleichlauf von Freiheit und Gemeinwohl zu konzeptualisieren. Für die Rechtswissenschaften wird so erkennbar, dass Marktversagensprobleme auch Freiheitsprobleme sind, und nicht nur Effizienzprobleme. Denn die Funktionsbedingungen von Wettbewerb beschreiben zugleich Voraussetzungen, um wirtschaftliches Gemeinwohl durch, und nicht gegen Freiheitsausübung zu realisieren. Auch hängen die vom Recht zu bewältigenden Zielkonflikte zwischen Freiheit und Gemeinwohl von den Eigenheiten des Sachbereichs ab, insbesondere von der Art des Marktversagens und dem ökonomischen Charakter des Gemeinwohlziels. So sind die dem Wettbewerb immanenten Gemeinwohlleistungen sachlich tendenziell auf private Güter beschränkt. Legitimerweise verfolgt der Staat aber auch wettbewerbsexterne Gemeinwohlziele gegen und über den Wettbewerb, gerade im öffentlichen Wettbewerbsrecht. Diese werden aber nicht sinnvoll als diffuse Sozialpflichtigkeit verstanden, weil die betroffenen Rechtsmaterien in erheblichem Maße auf die ökonomische Eigenlogik des Wettbewerbs Rücksicht nehmen. Die Teilbereiche des öffentlichen Wettbewerbsrechts und ihre Regelungsinstrumente korrespondieren deshalb mit dem ökonomischen Charakter der Gemeinwohlziele. Wettbewerbsexterne Gemeinwohlziele lassen sich als Kollektivgüter, meritorische Güter und Verteilungsziele fassen. In dieser Perspektive erweisen sich die Teilbereiche des öffentlichen Wettbewerbsrechts als Daseinsvorsorge durch funktionierende Gütermärkte, als Bereitstellung von Kollektivgütern durch Marktlenkung, als künstlicher Wettbewerb zum Güterschutz und als staatlicher Beschaffungswettbewerb.

Als normatives Leitbild für den Wettbewerb plädiert das gemeinsame Forschungsprojekt für einen Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, der sich aus einer Zusammenschau wettbewerbsbezogener Gewährleistungen ergibt. Sein Gegenstand ist der Schutz der Funktionsbedingungen von Wettbewerb, weil diese die Basis für den Gleichlauf von Freiheit und Gemeinwohl sind.

Bei wettbewerbsimmanenten Zielen verlangt Wettbewerbsneutralität eine Sicherung oder Herstellung der Funktionsbedingungen, bei wettbewerbsexternen Zielen deren Schutz gegenüber Marktkorrekturen. Für die juristische Analyse der verschiedenen Rechtsinstrumente ist dann von Interesse, welche Zielkonflikte zwischen Freiheit und Gemeinwohl dabei im Einzelnen obwalten. Dies wird nicht unwesentlich von der Art des Marktversagens beeinflusst, über welches die Ökonomie Auskunft geben kann.“

A. Ein rechtsdogmatisches Wettbewerbskonzept

Aus Anlass des vorliegenden Projekts schlägt dieser Beitrag ein rechtsdogmatisches Wettbewerbskonzept vor. Es ist gedacht als Instrument rechtswissenschaftlicher Analyse im öffentlichen Wirtschaftsrecht. Der Vorschlag lautet, Wettbewerb für die Zwecke des öffentlichen Rechts zu konzipieren als einen durch rechtliche Ordnung gestützten Gleichlauf von Freiheit und Gemeinwohl. Als Grundbegriffe des Wettbewerbskonzepts fungieren mithin juristische Begriffe: ‚Freiheit‘ als der auf verschiedenen Ebenen gewährleistete Schutz eigenverantwortlichen Handelns der Marktteilnehmer, und ‚Gemeinwohl‘ als Oberbegriff für die Vielzahl von Aufgabenbestimmungen und Normzwecken, mit denen die wirtschaftlichen Leistungen von Wettbewerbsmärkten zu Regelungszielen erhoben und dadurch mit rechtlicher Relevanz ausgestattet werden.

1
Gleichlauf von
Freiheit und
Gemeinwohl

Das vorgeschlagene Wettbewerbskonzept beruht auf der Beobachtung, dass Wettbewerbsmärkte durch eine aus rechtlicher Sicht relevante Eigenschaft gekennzeichnet sind, nämlich einem (in seinem Umfang noch zu bestimmenden) Gleichlauf von Freiheit und wirtschaftlichem Gemeinwohl. Um die Funktionsweise und Reichweite dieses Gleichlaufs zu beschreiben, wird im Folgenden maßgeblich auf die Ökonomie zurückgegriffen. Allerdings wird dabei nicht das Effizienzziel der Wohlfahrtsökonomie als außerrechtlicher normativer Maßstab übernommen, wie es in der normativen ökonomischen Analyse des Rechts der Fall ist. Die Ökonomie soll vielmehr als zuständige Fachwissenschaft nur das analytisch-deskriptive Rüstzeug liefern, um den Wettbewerbsbezug bestimmter Teilmaterien des öffentlichen Wirtschaftsrechts zu beschreiben und die dort obwaltenden Zielkonflikte zwischen Freiheit und Gemeinwohl zu erfassen. Sie kann insbesondere zu verstehen helfen, welche wirtschaftsbezogenen Gemeinwohlziele tendenziell mit der Freiheit und welche tendenziell nur gegen die Freiheit zu realisieren sind. So ist der Gleichlauf von Freiheit und wirtschaftlichem Gemeinwohl im Wesentlichen auf die Bereitstellung privater Güter (einschließlich von Dienstleistungen) beschränkt, während die Bereitstellung kollektiver Güter oder die Verwirklichung von Verteilungszielen nicht ohne zusätzliche institutionelle (aber nicht notwendig staatliche) Interventionen auskommt. Ohne die Hilfe der Ökonomie wird man auch kaum über den Gemeinplatz hinauskommen, dass Märkte irgendeines Ordnungsrahmens bedürfen. Die praktische Bewältigung konkreter Ordnungsaufgaben verlangt aber oft nach spezifischen Arrangements von Freiheit, Rechtszwang und privatem Druck, die sich nicht juristisch deduzieren lassen. Im öffentlichen Wirtschaftsrecht sind insoweit auch ökonomische Sachgesetzmäßigkeiten wirksam, die sich in der Aufgliederung und den Gehalten der verschiedenen

2
Ökonomie beschreibt
Zielkonflikte

Rechtsmaterien ausprägen. Sie zu berücksichtigen, trägt zu einem besseren rechtsdogmatischen Verständnis bei.

I. Binnenmarkt, Regulierung und Wettbewerbsbezug

- 3 Neuausrichtung zum Wettbewerb
- Im Zuge der Durchsetzung des europäischen Binnenmarktes und der mit ihm einhergehenden Ökonomisierung¹ ist das öffentliche Wirtschaftsrecht in den letzten Jahrzehnten um neue Gebiete gewachsen, und überkommene Materien des nationalen Wirtschaftsverwaltungsrechts haben ihren Charakter verändert. In diesem Prozess wurde binnenmarktrelevantes öffentliches Recht auf die Beseitigung von Marktzugangshindernissen und den Abbau von Wettbewerbsverzerrungen neu ausgerichtet.² So wurden Beihilfen zur Vermeidung binnenmarktbeschränkender Wettbewerbsverzerrungen einer europarechtlichen Kontrolle unterworfen, das Vergaberecht wurde im Lichte der Marktfreiheit reguliert und subjektiviert, durch Liberalisierung und Privatisierung der staatlichen Daseinsvorsorge wurde das Wettbewerbsrecht immer stärker auch gegenüber öffentlichen Unternehmen durchgesetzt und über Sekundärrecht wurde ein sich auf verschiedenste Wirtschaftssektoren ausgefächertes Regulierungsrecht geschaffen.
- 4 Wettbewerbsbezogenes Verwaltungsrecht
- Im Einzelnen unterscheiden sich diese Rechtsgebiete in ihren Regelungszielen und rechtlichen Instrumentarien erheblich, etwa die Netzzugangsregulierung zur Beseitigung von Wettbewerbsbeschränkungen von dem zur Öffnung nationaler Beschaffungsmärkte geschaffenen Vergaberechtsregime.³ Auf einer abstrakteren Ebene verbindet diese Rechtsgebiete aber, dass sie – je auf ihre Weise – in nicht unerheblichem Maße auf die Eigengesetzlichkeiten des Wettbewerbs abgestimmt und auf Marktkonformität des Eingriffs ausgerichtet sind. Ziele und Instrumente dieser aus dem Binnenmarkt entstandenen Bereiche des öffentlichen Wirtschaftsrechts sind mithin in prägender Weise am Wettbewerb orientiert und an seine Funktionsbedingungen angepasst. Das ist augenfällig bei der aus dem Kartellrecht ausgegliederten und in der Bundesnetzagentur institutionalisierten Netzregulierung. *Johannes Masing* nennt sie eine „Verbesonderung des Wettbewerbsrechts“, die als „wettbewerbsbezogenes Verwaltungsrecht“,

1 *Ernst-Joachim Mestmäcker*, Die Interdependenz von Recht und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik, in: Monopolkommission (Hg.), Zukunftsperspektiven der Wettbewerbspolitik, 2005, S. 19 (27): „Historisch gibt es kein Beispiel für eine Rechtsordnung, in der Recht und Ökonomie einen so engen Funktionszusammenhang aufweisen wie in der EU.“

2 Vgl. nur *Jürgen Basedow*, Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung, 1992; *Peter-Christian Müller-Graff*, Die Marktfreiheiten als Herzstück der europäischen Wettbewerbsidee, in: Hermann-Josef Blanke/Arno Scherzberg/Gerhard Wegner (Hg.), Dimensionen des Wettbewerbs, 2010, S. 329.

3 Dazu ausführlich unten, Rn. 74ff.

vom „Verwaltungsrecht in der Tradition des klassischen Sicherheitsrechts“ zu unterscheiden sei.⁴ Es wird allerdings unterschiedlich beurteilt, wie dabei das Verhältnis von Wettbewerb und politisch definierter Gemeinwohlverfolgung zu verstehen ist. Manche sehen das Regulierungsrecht als Ausdruck einer allgemeinen Wirtschaftsaufsicht aus Gemeinwohlgründen, die eine inhaltlich kaum begrenzte „Sozialpflichtigkeit des Wettbewerbs“ (*Oliver Lepsius*)⁵ implementiert. Für andere ist Regulierung eher ein „staatliches Instrument, das seinen begrenzenden Zweck und seinen freiheitlichen Telos gleichsam mit sich führt“ (*Udo Di Fabio*).⁶ Derart begrenzt und freiheitlich verstanden beinhaltet Regulierung nicht die Durchsetzung beliebiger politisch definierter Gemeinwohlerwartungen gegen den Wettbewerb, sondern die Garantie von Gemeinwohlbelangen „in Form von allgemeinen Wettbewerbsparametern oder marktkonformen Instrumenten“ (*Masing*).⁷ Diese letztere gedankliche Linie verlängert und generalisiert der allgemeine, nicht nur auf die Netzregulierung beschränkte Regulierungsbegriff, den *Matthias Ruffert* vorgeschlagen hat. Regulierung sei hoheitliche Einwirkung der Verwaltung auf einen wirtschaftlichen Lebensbereich, um „sowohl Bedingungen für den Wettbewerb zu schaffen und aufrechtzuhalten als auch anstelle einer staatlichen Eigenvornahme die Gemeinwohlsicherung im betreffenden Sektor oder Lebensbereich zu garantieren.“⁸

Ist aber für bestimmte im Binnenmarkt neu oder umgeformte Bereiche des öffentlichen Wirtschaftsrechts prägend, dass Gemeinwohlziele über den Wettbewerb und möglichst in Einklang mit dem Wettbewerb verfolgt werden, und nicht eine diffuse Sozialpflichtigkeit, dann sollten diese Rechtsmaterien auch dogmatisch in ihrem Zusammenhang zum Wettbewerb

5
Öffentliches
Wettbewerbsrecht

4 *Johannes Masing*, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden? Gutachten D zum 66. Deutschen Juristentag, 2006, S. D 5 (44); *ders.*, Übergreifende Grundsätze der Netzregulierung, in: Jörn Lüdemann et al. (Hg.), Telekommunikation, Energie, Eisenbahn, 2008, S. 155 (161).

5 *Oliver Lepsius*, Ziele der Regulierung, in: Michael Fehling/Matthias Ruffert (Hg.), Regulierungsrecht, 2010, § 19 Rn. 1 und passim; die Gemeinwohlpflichtigkeit des Wettbewerbs betont auch *Martin Burgi*, Regulierung: Inhalt und Grenzen eines Handlungskonzepts der Verwaltung, in: FS für Ulrich Battis, 2014, i.E., Ms. S. 5f.

6 *Udo Di Fabio*, Wettbewerbsprinzip und Verfassung, in: ZWeR 2007, S. 266 (272); kritisch auch zu einer „verwaltungsrechtlichen Kategorien verhafteten Ideen der planenden Herrschaft und dauerhaften Gewährleistung von politisch definierten gemeinwohlverträglichen Märkten“.

7 *Masing*, Recht der Regulierungsverwaltung (N 4); *ders.*, Grundsätze der Netzregulierung (N 4), S. 160.

8 *Matthias Ruffert*, Begriff „Regulierung“, in: Fehling/Ruffert (N 5), § 7 Rn. 58; zustimmend *Burgi* (N 5), S. 2f.; Märkte bilden auch eigene Formen von ‚Regulierungsstrategien‘ bei *Martin Eifert*, Regulierungsstrategien, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Abmann, Andreas Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2006, § 19 Rn. 110ff. u. 125ff.; zur Abstimmung von Regulierungsmaßnahmen auf den Wettbewerb ebd. Rn. 138; ausführlich zur Diskussion um den Regulierungsbegriff *Gregor Kirchhof*, Das öffentliche Wettbewerbsrecht – eine Neuvermessung, in diesem Band, § 1 Rn. 4ff.

analysiert und verstanden werden.⁹ Damit aber erweisen sich das Reguli-
erungsrecht und andere Bereiche des öffentlichen Wirtschaftsrechts der
Sache nach als ein öffentliches Wettbewerbsrecht. Denn weder der juris-
tische Sinn und Zweck der einzelnen Regelungsregime, noch die vom
Normgeber zu bewältigenden Zielkonflikte zwischen rechtlichen Prinzipien
und wirtschaftlichen Eigengesetzlichkeiten sind dann ohne diesen Wettbew-
erbsbezug angemessen zu erfassen.

II. Wettbewerb als Förderung wirtschaftlichen Gemeinwohls durch Ordnung von Freiheit

6 Juristisches Wettbewerbskonzept Wenn und soweit die Ausrichtung auf den Wettbewerb für die Materien des
(aus diesem Grunde so genannten) öffentlichen Wettbewerbsrechts prägend
ist, bedarf die rechtsdogmatische Analyse der betroffenen Rechtsgebiete
eines Konzepts davon, was Wettbewerb ist und wie er funktioniert. Wegen
des rechtswissenschaftlichen Erkenntnisinteresses können dafür die
ökonomischen Wettbewerbstheorien¹⁰ aber nicht ohne weiteres übernom-
men werden. Notwendig ist vielmehr ein Konzept des Wettbewerbs, das von
rechtlichen, insbesondere öffentlich-rechtlichen Begriffen ausgeht. Diese
rechtlichen Begriffe müssen aber zugleich auf wirtschaftswissenschaftliche
Einsichten bezogen werden, um die Eigengesetzlichkeiten und Funk-
tionsbedingungen des geregelten Wirklichkeitsbereichs zu berücksichtigen,
soweit diese rechtlich relevant sind.

9 Grundlegend G. Kirchhof (N 7) Rn. 8ff; ausführlich Gregor Kirchhof/Stefan
Korte/Stefan Magen et al., Grundlagen und Dogmatik des öffentlichen Wettbew-
erbsrechts, in diesem Band, § 4.

10 Diskussion der ökonomischen Wettbewerbstheorien bei Chrysostomos Mantzavinos,
Wettbewerbstheorie, 1994; Übersichten bei Ernst-Joachim Mestmäcker/Heike
Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 22004, S. 72ff.; Ulrich Schwal-
be/Daniel Zimmer, Kartellrecht und Ökonomie, 22011, S. 3ff.; Wolfgang Ker-
ber/Ulrich Schwalbe, Ökonomische Grundlagen des Wettbewerbsrechts, in: Günter
Hirsch/Frank Montag/Franz J. Säcker (Hg.), Münchener Kommentar zum Eu-
ropäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Bd. I, 2007, S. 238ff.;
Louis Kaplow/Carl Shapiro, Antitrust, in: Adam. M. Polinsky/Steven Shavell (Hg.),
Handbook of Law and Economics, Vol. II, Amsterdam et al. 2009, S. 1073ff.; Adri-
an Künzler, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? S. 32ff.; Einführungen bei Simon
Bishop/Mike Walker, The Economics of EC Competition Law, London, 32010,
S. 2-001ff.; Eberhard Feess, Mikroökonomie, 32004, S. 247ff.; Damien Gera-
din/Anne Layne-Farrar/Nicolas Petit, EU Competition Law and Economics, Ox-
ford, 2012, S. 59ff.; Massimo Motta, Competition Policy: Theory and Practice,
Cambridge et al. 2004, S. 39ff.; Ingo Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht,
82005; Norbert Schulz, Wettbewerbspolitik: Eine Einführung aus indus-
trieökonomischer Perspektive, 2003.

1. Der Gleichlauf von Freiheit und Gemeinwohl

Dafür angemessene Begriffe sind – auf abstrakter Ebene – in der verfassungsrechtlichen Diskussion um Markt und Wettbewerb bereits eingeführt, nämlich Freiheit und Gemeinwohl.¹¹ Genauer gesagt ist Wettbewerb eine der verschiedenen Konstellationen, bei der der Staat das Gemeinwohl durch die rechtliche Ordnung von Freiheit fördert.¹² Wirtschaftlicher Wohlstand als die dem Wettbewerb spezifische Gemeinwohlleistung¹³ geht dabei erst und vor allem aus der Wahrnehmung dieser Freiheit durch die Bürger hervor, wobei – so *Ernst-Joachim Mestmäcker* – „der Wettbewerb [...] die Voraussetzung dafür [ist], dass wirtschaftliche Handlungsfreiheiten und die Ausübung von Freiheitsrechten mit dem öffentlichen Interesse vereinbar bleiben“.¹⁴ Mit *Paul Kirchhof* verwirklicht „der Verfassungsstaat [...] ein wesentliches Stück des Gemeinwohls durch das Angebot von Freiheitsrechten und in deren Rahmen durch Wettbewerb“.¹⁵ Das ist freilich nicht nur in der Wirtschaft, sondern auch in anderen Bereichen der Grundrechtsausübung der Fall, bei der Meinungsbildung ebenso wie bei Presse, Rundfunk, Kunst, Wissenschaft oder Religion. Für jeden Sachbereich unterschiedlich und besonders sind aber die sozialen „Mechanismen“, die zwischen Freiheit und Gemeinwohl vermitteln, also der rechtliche Ordnungsrahmen und die sozialen Prozesse und Institutionen, die helfen, dass Freiheitsausübung die erhofften gemeinwohldienlichen Wirkungen hat. In diesem Sinn beschreibt *Carl Christian von Weizsäcker* den Markt aus ökonomischer Sicht als einen „gesellschaftlichen Mechanismus, der die Eigenschaft hat, dass aus ihm spontan entstehende Veränderungen mit großer Wahrscheinlichkeit die Eigenschaft der Effizienz haben“.¹⁶ Bezogen auf die Begriffe Freiheit und Gemeinwohl lässt sich Wettbewerb damit bestimmen als die spezifische Art und Weise der sozialen und rechtlichen Organisation, die im Bereich der Wirtschaft dazu beiträgt, dass durch Freiheitsausübung das wirtschaftliche Gemeinwohl gefördert wird.¹⁷ Diese

7
Freiheit und
wirtschaftliches
Gemeinwohl

11 *Paul Kirchhof* (Hg.), *Gemeinwohl und Wettbewerb*, 2005; *Reiner Schmidt*, Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft, in: *HbdStR* IV, 32006, § 92.

12 *Jens Kersten*, Die Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe, in: *VVDStRL* 69 (2010), S. 288ff.

13 Zu dem zugrunde liegenden, offenen Gemeinwohlbegriff vgl. *Christoph Engel*, Offene Gemeinwohldefinitionen, *Rechtstheorie* 32 (2001), S. 23ff.

14 *Mestmäcker*, Interdependenz von Recht und Ökonomie (N 1), S. 19 (23f.).

15 *Paul Kirchhof*, Das Wettbewerbsrecht als Teil einer folgerichtigen und widerspruchsfreien Gesamtrechtsordnung, in: ders. (N 11), S. 3. *Di Fabio* spricht von der Freiheit des Marktes als einem „wunderbar nützlichen Teilbereich der Gesellschaft“, ders. (N 6), S. 268).

16 *Carl C. von Weizsäcker*, Zur Gemeinwohlorientierung des Wettbewerbs, in: *P. Kirchhof* (N 11), S. 93.

17 Vgl. *Paul Kirchhof*, Staatliche Verantwortlichkeit und privatwirtschaftliche Freiheit, in: *FS für Walter Schmitt Glaeser*, 2003, S. 3 (16): „Das individuelle Erfolgsstreben fördert das Interesse der Gesellschaft nachhaltiger als staatlich reguliertes Wirtschaften“; dem folgend *Bernd Grzeszick*, Hoheitskonzept – Wettbewerbskonzept, in:

Eigenschaft des Wettbewerbs, aus individueller Freiheitsausübung wirtschaftliches Gemeinwohl zu generieren, sei im Folgenden Freiheitskonnex genannt.

2. *Zwei grundsätzliche Einwände*

- 8 Allerdings tun sich die Rechtswissenschaften zum Teil schwer damit, die wirtschaftlichen Leistungen von Wettbewerbsmärkten als Gemeinwohlziele zu werten, dies aber freilich aus gegenläufigen Gründen.
- 9 Im öffentlichen Recht gibt es eine Tendenz, nur explizite Ziele staatlichen Handelns als Gemeinwohlziele zu fassen, nicht aber die aus der Freiheitsausübung der Bürger selbst erwachsenden Zustände. Gemeinwohl wird dann mit Staatsaufgaben gleichgesetzt. Für den Wettbewerb wird diese Tendenz verstärkt durch eine Sichtweise, die Märkte als eine Sphäre von Egoismus und Rücksichtslosigkeit wahrnimmt, aus der gleichsam begriffsnotwendig kein Gemeinwohl hervorgehen kann.¹⁸ Nicht die Märkte selbst, sondern nur deren Beschränkung kann dann im Gemeinwohl liegen. Diese Sicht wechselt aber Prozess und Ergebnis. Sie müsste auch, ernst genommen, der nicht unerheblichen Zahl von Gesetzen, die auf die Steigerung der Wirtschaftstätigkeit abzielen, ein legitimes Gemeinwohlziel absprechen.¹⁹ Tendenziell beschränkt sie Gemeinwohl auf Sozialpolitik und übersieht dabei aber, dass Wettbewerb die materiellen Ressourcen für Sozialpolitik generiert und dass der Bedarf nach Sozialpolitik ohne funktionierende Wettbewerbsmärkte wesentlich größer wäre. Allerdings gibt es gute Gründe, sozialen Ausgleich primär nicht durch unmittelbare Eingriffe in den Marktmechanismus zu bewerkstelligen (von Arbeitsmärkten abgesehen), sondern durch progressive Einkommensbesteuerung, Sozialversicherungsrecht und Arbeitsrecht. So war es jedenfalls im Konzept der sozialen Marktwirtschaft ursprünglich vorgestellt, die nach dem bekannten Wort *Müller-Armacks* „das Prinzip der Freiheit auf dem Markt mit dem Prinzip des sozialen Ausgleichs“ verbinde.²⁰ Daraus folgt aber nicht, dass Wettbewerbsmärkte gemeinwohlfeindlich seien, sondern nur, dass es legitime sozi-
- Gemeinwohlfeindlichkeit des Wettbewerbs?

HbdStR IV, 32006, § 78 Rn. 19; aus ökonomischer Sicht in der Sache ebenso *von Weizsäcker*, Gemeinwohlorientierung des Wettbewerbs (N 16), S. 94.

18 *Siegfried Broß*, Daseinsvorsorge – Wettbewerb – Gemeinschaftsrecht, in: JZ 2003, S. 874ff.

19 Kritisch auch *Ernst-Joachim Mestmäcker*, Die Rolle des Rechts im liberalen Gemeinwesen, in: ders., Recht und ökonomisches Gesetz, 21984, S. 136 (142); *Heike Schweitzer*, Staatliche Gemeinwohlverantwortung und Wettbewerb, in: Ulrich Becker/Jürgen Schwarze (Hg.), Gemeinwohlverantwortung im Binnenmarkt, 2010, S. 1ff.

20 *Alfred Müller-Armack*, Soziale Marktwirtschaft. 1956, S. 390. Nach Müller-Armack soll dem freien Markt allerdings ein Vorrang zukommen, als soziale Interventionen die „Marktapparatur“ nicht stören sollen.

alpolitische Gemeinwohlgründe geben mag, die von ihnen erzeugte Verteilung des wirtschaftlichen Wohlstands zu ändern. Das zeigt sich deutlich im Bereich der sog. Daseinsvorsorge bzw. der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Dort werden häufig nicht andere Güter oder Dienstleistungen bereitgestellt als auf Wettbewerbsmärkten, als vielmehr die gleichen Güter zu anderen Preisen oder in anderer Qualität (die nicht immer besser sind).²¹

Aus gegenläufigen Gründen sträubt sich aber auch der für das deutsche Wettbewerbsrecht so einflussreiche Ordoliberalismus dagegen, die wirtschaftlichen Leistungen von Wettbewerbsmärkten im Wettbewerbsrecht als gesetzgeberisches Gemeinwohlziel zu verstehen. Anders als die vorgenannte Position streitet er allerdings nicht ab, dass die Leistungen des Wettbewerbs im öffentlichen Interesse liegen. Er wehrt sich aber dagegen, diese Wohlstandsleistungen als Anlass und Begründung für wettbewerbsrechtliche Eingriffe in die Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer zu nehmen, etwa wenn deren Verhalten aufgrund von Wettbewerbsbeschränkungen die Wohlfahrtsleistungen des Wettbewerbs beeinträchtigt. Nur die Wettbewerbsfreiheit selbst, aber nicht Effizienz, könne ein sinnvolles und legitimes Ziel von Wettbewerbspolitik sein.²² Hier wird nicht das Gemeinwohl gegen die Freiheit abgeschottet, sondern die Freiheit gegen das Gemeinwohl. Für das öffentliche Recht kann diese Interpretation des Wettbewerbsrechts aber schon deshalb nicht übernommen werden, weil dem Normgeber Beschränkungen der Wettbewerbsfreiheit aus Gemeinwohlgründen nicht pauschal verwehrt werden können. Schon gar nicht kann man dem Normgeber die Berechtigung absprechen, sich die wirtschaftlichen Leistungen des Wettbewerbs als Gemeinwohlziele zu eignen zu machen und die Wettbewerbsfreiheit aus diesem instrumentellen Grund gegenüber privaten Beeinträchtigungen zu schützen. In einem nicht unwichtigen Punkt trifft sich der Ordoliberalismus aber mit dem Verfassungsrecht, nämlich dass der Freiheitsausübung als solcher ein Eigenwert zukommt, und sich ihr Wert mithin nicht instrumentell auf soziale Nützlichkeit reduzieren lässt.²³ Auch dort, wo ihre Ausübung negative Folgen hat, muss sie als Schranke gesetzgeberischer Eingriffe berücksichtigt werden.

Keiner der Vorbehalte hindert mithin, Wettbewerb in öffentlich-rechtlichen Begriffen als einen Bereich zu beschreiben, der im Prinzip von einem Gleichlauf von Freiheit und Gemeinwohl geprägt ist. Natürlich ist zu klären, was die Voraussetzungen, die Reichweite und die Grenzen dieses Frei-

10
Schutz der Freiheit vor
dem Gemeinwohl?

11
Gemeinwohl mit der
Freiheit oder gegen
die Freiheit

21 Vgl. *Mestmäcker* (N 19), S. 136 (142); *Schweitzer* (N 19), S. 1ff.; Unterschiede bestehen aber in den Gemeinwohlzielen, siehe unten, Rn. 79ff.

22 Ausführlich unten, Rn. 43ff.

23 Ausführlich unten, Rn. 55.

heitskonnexes sind. Es kann auch unterschiedliche Auffassungen darüber geben, in welchem Umfang Marktergebnisse aus sozial-, verteilungspolitischen oder anderen wettbewerbsexternen Gemeinwohlgründen korrigiert werden sollten. Das ändert aber nichts an dem grundsätzlichen Bild eines (wenngleich beschränkten) positiven Zusammenhangs zwischen (einer bestimmten Form der) Freiheitsausübung und (einem bestimmten Aspekt von) Gemeinwohl. Und es ändert nichts daran, dass Korrekturen oder Eingriffe in den Wettbewerb den Gleichlauf von Freiheit und wirtschaftlichem Gemeinwohl stören können und so Zielkonflikten aufwerfen. Die rechtsdogmatisch interessante Frage lautet mithin, ob, in welchem Sinn und in welchem Maß wettbewerbsbezogene Regelungen des öffentlichen Rechts wirtschaftliches Gemeinwohl *mit* der Freiheit oder *gegen* die Freiheit verfolgen.

III. Gemeinwohlbegriff und Gemeinwohlkompetenz

1. *Wettbewerbsimmanentes und wettbewerbsexternes Gemeinwohl*

12 Wenn von einem Gleichlauf von Freiheit und Gemeinwohl die Rede ist, ist
Nur Ausschnitt aus dem Gemeinwohl damit nur ein bestimmter Aspekt oder ein bestimmter Ausschnitt aus den wirtschaftsbezogenen Gemeinwohlgründen angesprochen. Denn der Freiheitskonnex bezieht sich nur auf die spezifische Form von wirtschaftlichem Wohlstand, die funktionierende Wettbewerbsmärkte hervorbringt. Die Leistungen von Wettbewerbsmärkten bedienen also nur einen Teil des wirtschaftlichen Gemeinwohls. Ökonomisch gesprochen erstrecken sie sich nur auf die möglichst effiziente Befriedigung der Bedürfnisse der Bürger durch Bereitstellung privater Güter.²⁴ Insoweit wird im Folgenden von wettbewerbsimmanenten Gemeinwohlleistungen gesprochen.²⁵ Kollektive Güter und Verteilungsfragen können dagegen zwar auch wirtschaftliche Gemeinwohlfragen betreffen, bedürfen aber regelmäßig einer institutionellen Intervention. Insoweit kann man von wettbewerbsexternen Gemeinwohlzielen sprechen.²⁶

13 Es wird hier also weder unterstellt, dass der von Wettbewerbsmärkten
Konkretisierungs- kompetenz des Gesetzgebers erzeugte Wohlstand die einzig legitime Form wirtschaftlicher Gemeinwohlziele darstellt, noch ist bestritten, dass funktionierende Wettbewerbsmärkte eine Reihe von unerwünschten Folgen zeitigen können, die zu bekämpfen (auch durch Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit) ebenso legitime Ge-

24 Ausführlich unten, Rn. 76.

25 Ausführlicher unten, Rn. 69ff. u. 76.

26 Ausführlicher unten, Rn. 69ff. u. 77.

meinwohlziele darstellen können. Damit ist auch klar, dass die Gemeinwohlleistungen des Wettbewerbs nur einen Ausschnitt aus der Menge möglicher Gemeinwohlziele abdecken. Deren Festlegung obliegt aus öffentlich-rechtlicher Sicht dem Normgeber, der im Rahmen seiner Kompetenzen und Bindungen das wirtschaftliche Gemeinwohl konkretisieren und dafür auch die Freiheit der Bürger einschränken kann.²⁷

Trifft der Normgeber allerdings bei der Verfolgung von Gemeinwohlzielen in der sozialen Wirklichkeit auf Restriktionen, die in der Funktionsweise und Eigengesetzlichkeit von Wettbewerb begründet sind, kann ein ökonomisch informiertes Wettbewerbskonzept hilfreich sein, um die Reaktionen des Normgebers auf diese Sachzusammenhänge rechtsdogmatisch zu würdigen. Der Normgeber ist dann in der Wahl von Ziel und Mittel immer noch frei, aber er kann Wohlstand nicht durch beliebige Ordnung von Freiheit herbeiregeln, und er kann dem Wettbewerb nicht beliebige Gemeinwohlziel oktroyieren, ohne möglicherweise dessen Funktionsfähigkeit und damit die eigentlichen, wirtschaftlichen Gemeinwohlwirkungen des Wettbewerbs zu gefährden. Der Normgeber kommt dann nicht umhin, sich de facto zu den – mehr oder weniger beeinflussbaren, und mehr oder weniger bekannten – wirtschaftlichen Sachzusammenhängen zu verhalten, und muss seine Entscheidung gegebenenfalls vor Grundrechten und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip rechtfertigen.²⁸ Nicht selten ist er aber bereits – sei es aus politischem Entschluss oder im Blick auf höherrangiges Recht – von sich aus bestrebt, die Eigengesetzlichkeit und Funktionsbedingungen des Wettbewerbsmechanismus zu berücksichtigen, auf denen die positive Verknüpfung von Freiheit und Gemeinwohl beruht, um Wohlstand auf freiheitsschonende Weise zu ermöglichen.

Diese sachlichen Restriktionen beschreibt und analysiert die Ökonomie als die zuständige Fachwissenschaft auf dem Stand ihres Wissens.²⁹ Bei ihr kann man sich informieren, auf welche Weise und unter welchen Bedingungen die Freiheitsausübung der Wirtschaftssubjekte zu Gemeinwohl im Sinne wirtschaftlichen Wohlstands führt, welche rechtlichen (institutionellen) Voraussetzungen dafür gegeben sein müssen, welche Grenzen und unerwünschten (z.B. sozialen) Folgen der Marktmechanismus haben kann

14
Eigengesetzlichkeiten
des Sachbereichs

15
Ökonomie als
Fachwissenschaft

27 So auch aus ökonomischer Sicht *Wolfgang Kerber*, Should competition law promote efficiency?, in: Josef Drexl/Laurence Idot/Joel Moneger (Hg.), *Economic Theory and Competition Law*, Cheltenham/Northampton, 2008, S. 93 (115ff.).

28 Zum Verhältnis von Ökonomie und Verhältnismäßigkeit ausführlich *Christoph Engel*, Öffentliches Wirtschaftsrecht aus der Sicht der ökonomischen Theorie, in: Dirk Ehlers/Michael Fehling/Hermann Pünder (Hg.), *Besonderes Verwaltungsrecht I.*, 2012, S. 40 (44ff.).

29 *Burgi* (N 5), S. 1: Die Wirtschaftswissenschaften erweisen "analytische Strukturen und Erkenntnisse, an die die juristische Auseinandersetzung anknüpfen kann."

und welche staatlichen Interventionen insoweit in Betracht kommen. Die Antworten sind natürlich mit theoretischen Problemen und faktischen Unsicherheiten behaftet und zudem wertungsabhängig. Das gibt guten Grund, weshalb der Normgeber bei der Rezeption ökonomischer Analysen und Empfehlungen politisches Ermessen hat. Für die Rechtsdogmatik wird der Blick in die Ökonomie dadurch aber nicht überflüssig. Denn es gehört ja gerade zu den Charakteristika der unter dem Begriff des öffentlichen Wettbewerbsrechts versammelten Rechtsmaterien, dass der Normgeber im Rahmen seiner Regelungsziele selbst auf die Marktkonformität der Intervention bedacht war und das rechtliche Instrumentarium entsprechend zugeschnitten wurde. Die explizite oder implizite Rücksichtnahme des Normgebers selbst auf die Eigenstrukturen des Wettbewerbs markiert insoweit die Grenzen, innerhalb derer der Wettbewerbsbezug Gegenstand der Rechtsdogmatik ist (während er jenseits dessen in den Bereich der Rechtspolitik oder Rechtskritik fällt). Für das öffentliche Wettbewerbsrecht sind dabei vier rechtsdogmatische Fragestellungen von besonderem Interesse.

2. *Vier zentrale dogmatische Fragestellungen und ihr Bezug zur Ökonomie*

a) *Wettbewerbsbezug der Teilgebiete des öffentlichen Wettbewerbsrechts*

16 Wettbewerbsbezug
Erstens ist der Wettbewerbsbezug der einzelnen Materien unter Bezugnahme auf die Ökonomie näher zu beschreiben. Das betrifft vor allem die Fragen, mit welcher Zielsetzung in den Wettbewerb eingegriffen wird (z.B., um dessen Funktionsfähigkeit zu gewährleisten oder Gemeinwohlziele jenseits der dem Wettbewerb immanente Gemeinwohlfunktion zu verfolgen) und an welcher Stelle des Wettbewerbsmechanismus der Eingriff erfolgt (z.B., in das Konkurrenzverhältnis zwischen Unternehmen oder in das Tauschverhältnis zwischen Unternehmen und Konsumenten). In diesen Fragenkreis gehört auch, wie sich die Regelung zu den Funktionen des Wettbewerbs verhält, ob sie diese als Ziel übernimmt, sie schonend zu korrigieren oder bewusst zu durchbrechen sucht.

b) *Voraussetzung und Grenzen des Gleichlaufs von Freiheit und Gemeinwohl*

17 Zielkonflikte
Die Ökonomie ist aber auch aufschlussreich für die Frage, welche Freiheitseinschränkungen mit bestimmten Gemeinwohlzielen oder Eingriffen in Bezug auf den Wettbewerb verbunden sind. Zwar werden Fragen rechtlicher Ordnung in der Wohlfahrtstheorie traditionell nicht in Bezug auf Freiheit als

ein normatives Ziel behandelt. Mit der Modellannahme des Homo Oeconomicus geht die Ökonomie aber von einem Akteur aus, der frei nach seinen Interessen handelt und nicht intrinsisch an Normen oder Regeln gebunden ist. Sind dann aus Sicht der Ökonomie „Institutionen“ notwendig, um ein bestimmtes Wohlfahrtsziel zu erreichen, etwa weil ein sog. Marktversagen vorliegt, dann wird damit in der Sache nichts anderes angesprochen als die zur Erreichung des Gemeinwohlziels notwendigen Freiheitseinschränkungen durch rechtlichen oder sozialen Druck. Hinweise aus der Ökonomie auf die Notwendigkeit von Institutionen sind also zugleich Hinweise auf Zielkonflikte zwischen Freiheit und Gemeinwohl³⁰ und damit auf Voraussetzungen bzw. Grenzen des Freiheitskonnexes.³¹

c) *Ratio der wettbewerbsbezogenen Einzelregelungen und Rechtsinstitute*

Drittens sind die Teilmaterien des öffentlichen Wettbewerbsrechts, wie gesagt, selbst in nicht unerheblichem Ausmaß auf den Wettbewerb abgestimmt. Soweit dies der Fall ist, ist auch der dogmatische Sinn und Zweck bestimmter Regelungen und Institute in den Teilmaterien des öffentlichen Wettbewerbsrechts ohne ökonomische Bezugnahmen weder nachzuvollziehen noch zu würdigen. Das gilt insbesondere für diejenigen Rechtsinstitute, in denen der Zugriff auf den oder die Anpassung an den Wettbewerb unmittelbar umgesetzt wird. So kann man die juristische Ratio der Netzzugangsregulierung nicht ohne das ökonomische Konzept der natürlichen Monopole erfassen.³²

18
Ratio Legis

d) *Zielkonflikte zwischen ökonomischen Gemeinwohlzielen, Rechtsprinzipien und politischen Zielen*

Auch Normen, die unmittelbar oder mittelbar ökonomische Konzepte umsetzen, werden oftmals nicht von der ökonomischen Funktion determiniert, dienen aber – viertens – dazu, das ökonomischen Konzept mit den Rechts-

19
Juristische
Zielkonflikte

30 Vgl. *Martin Hellwig*, Private Interessen, Öffentliche Interessen und die Rolle der staatlichen Regulierung, in: Uwe Jens/Hajo Romahn (Hg.), *Wirtschaftliche Macht – Politische Ohnmacht?*, 2009.

31 Vgl. *Carl. C. von Weizsäcker*, Asymmetrie der Märkte und Wettbewerbsfreiheit, in: Viktor Vanberg (Hg.), *Evolution und freiheitlicher Wettbewerb*, 2009, S. 211 (212ff.); ausführlich: *ders.*, *Freedom, Wealth and Adaptive Preferences*, Draft 2013, MPI for Research on Collective Goods, S. 11ff., 58ff.

32 *Roland Broemel*, *Strategisches Verhalten in der Regulierung*, 2010, S. 78ff.; *Thomas Fetzer*, *Staat und Wettbewerb in dynamischen Märkten*, 2013, S. 57ff.; *Markus Ludwigs*, *Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht*, 2013, S. 124f.; aus ökonomischer Sicht *Paul Joskow*, *Regulation of Natural Monopoly*, in: Polinsky/ Shavell (N 10), S. 1227ff.; *Felix Höffler*, *Regulierung von Netzindustrien aus ökonomischer Sicht*, in: Jörn Lüdemann et al. (Hg.), *Telekommunikation, Energie, Eisenbahn*, 2008, S. 3ff.; *Martin Leschke*, *Regulierungstheorie aus ökonomischer Sicht*, in Fehling/Ruffert (N 5), § 6, Rn. 99ff.

prinzipien wie Freiheit, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit (Konsistenz, Bestimmtheit, Justiziabilität, etc.)³³ und demokratische Legitimation (Wesentlichkeit, Unabhängigkeit von Behörden³⁴) in Einklang zu bringen sowie Verteilungs- und andere Folgeprobleme zu lösen.³⁵ Diese Fragen fallen primär in den Gegenstandsbereich der Rechtswissenschaften und werden entsprechend im ökonomischen Modell häufig nicht thematisiert. Die Rechtswissenschaften müssen sie aber unter Berücksichtigung der ökonomischen Eigenheiten des Wettbewerbs behandeln, weil sonst die ökonomische Seite der dem Normgeber aufgegebenen Zielkonflikte unbeleuchtet bliebe. Anders kann man zum Beispiel nicht beurteilen, ob man es bei den in Bezug auf Rechtsstaatlichkeit und demokratische Legitimation zu recht kritisierten Auktionen³⁶ nach dem TKG mit einem notwendigen Zielkonflikt zwischen ökonomischen Zielen und rechtlichen Prinzipien zu tun hat, mit unzureichenden Rechtsgrundlagen³⁷ oder mit fehlerhaften Einzelfallentscheidungen über das Auktionsdesign.³⁸

B. Kernmechanismus und Grundfunktionen von Wettbewerb

20 Gleichlauf von Freiheit und Gemeinwohl
 Spätestens seit der von der Europäischen Kommission angestoßenen Debatte über den „more economic approach“ werden in Deutschland Freiheit und Effizienz vor allem als Gegensätze wahrgenommen.³⁹ Dabei dreht sich die Auseinandersetzung bei Lichte besehen eigentlich um Rechtsstaatlich-

33 Zur Netzregulierung *Masing*, Grundsätze der Netzregulierung (N 4), S. 155 (173): „Die Ausgestaltung der Regulierungsinstrumente steht insoweit zum Teil vor schwierigen Balancierungsanforderungen, die darauf gerichtet sein müssen, Effizienzgesichtspunkte mit der uneingeschränkten Wahrung rechtsstaatlicher Grundsätze zu verbinden.“

34 Zum Spannungsverhältnis von Unabhängigkeit und demokratischer Legitimation bei der Netzregulierung siehe *Masing*, Grundsätze der Netzregulierung (N 4), S. 169.

35 Am Beispiel des Emissionshandels *Stefan Magen*, Rechtliche und ökonomische Rationalität im Emissionshandelsrecht, in: Emanuel Towfigh et al. (Hg.), Recht und Markt, 2009, S. 9ff.

36 *Klaus F. Gärditz*, Öffentliche Versteigerung, in diesem Band, § 6 Rn. #.

37 Zu den rechtlichen Anforderungen *Gärditz* (N 36); *Mario Martini*, Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung, 2008, S. 343ff.; *Ferdinand Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 420ff.

38 Zu den Fehlern der deutschen UMTS-Auktion *Christian Ewerhart/Benny Moldovanu*, The German UMTS Design, CESifo Working Paper 680 (9), 2002; *Stefan Niemeier*, Die deutsche UMTS-Auktion, 2002, S. 208ff.

39 Vgl. nur *Martin Hellwig*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?, in: FS für Ernst-Joachim Mestmäcker zum 80. Geburtstag, 2006, S. 231 (245); *Ernst-Joachim Mestmäcker*, Rechtliche und ökonomische Grundlagen marktwirtschaftlicher Ordnungen, in: Vanberg (N 31), S. 1ff.; *ders.*, A Legal Theory without Law, 2007; *Wernhard Möschel*, Wettbewerb zwischen Handlungsfreiheiten und Effizienzzielen, in: FS für Ernst-Joachim Mestmäcker zum 80. Geburtstag, 2006, S. 355ff.; *ders.*, Der Missbrauch marktbeherrschender Stellungen nach Art. 82 EG-Vertrag und der „More Economic Approach“, in: JZ 2009, S. 1040ff.; *Dieter Schmidchen/Max Albert/Stefan Voigt* (Hg.), The More Economic Approach to European Competition Law, 2007.

keit und Methoden der Rechtsanwendung.⁴⁰ Die Konflikte zwischen Freiheit und Effizienz werden in ihr dagegen überzeichnet.⁴¹ Prinzipielle Konflikte beschränken sich im Wesentlichen auf den überschaubaren Kreis von Konstellationen, in denen Marktmacht effizient sein kann.⁴² Bei wirksamem Wettbewerb wie auch im Regelfall der ineffizienten Marktbeschränkungen laufen Freiheit und Effizienz dagegen parallel: sie sind entweder beide unbeeinträchtigt oder beide beeinträchtigt. Diesen Gleichlauf von Freiheit und Gemeinwohl und die ihn ermöglichende Funktionsmechanik des Wettbewerbs nachzuzeichnen, steht im Vordergrund der folgenden beiden Abschnitte. Zunächst werden in diesem Abschnitt (B.) die Kernelemente des Wettbewerbsmechanismus skizziert (Tausch und Konkurrenz) und dessen wesentliche Leistungen festgehalten (möglichst effiziente Allokation und Innovation). Im folgenden Abschnitt (C.) wird dann die Rolle von Freiheit und Institutionen angesprochen.

I. Tausch und Konkurrenz als Kernelemente

Im Folgenden geht es nur um eine Skizze bestimmter Aspekte des ökonomischen Wettbewerbsverständnisses, soweit sie für die Rechtswissenschaften relevant erscheinen. Während die Mikroökonomik bei der Analyse von Angebot und Nachfrage ansetzt und dann deren Koordination über den Preismechanismus untersucht, ist es für die hiesige rechtsdogmatische Rezeption hilfreich, als Kernelement von Wettbewerbsmärkten zunächst zwischen Tausch (der Koordination zwischen den Marktgegensätzen) und Konkurrenz (den Interaktionen der Produzenten bzw. Konsumenten untereinander) zu unterscheiden.⁴³ So lässt sich der durch Probleme des Marktmechanismus verursachte Regelungsbedarf besser verorten und der Marktbezug rechtlicher Interventionen besser beschreiben. Während zum Beispiel das zivile Vertragsrecht ökonomische Probleme im Tauschverhältnis angeht, gehört es nach hiesiger These zu den charakteristischen Merkmalen des öffentlichen Wettbewerbsrechts, dass seine Teilmaterien – wie das traditionelle Kartellrecht – auf das Konkurrenzverhältnis zwischen den Unternehmen bezogen sind.

21
Analyse nach
Interaktions-
verhältnissen

40 Dazu unten, Rn. 50 u. 56.

41 Zum Freiheitsverständnis im Ordoliberalismus unten, Rn. 45ff.

42 Zu Zielkonflikten zwischen Marktmacht und Effizienz siehe unten, Rn. 33.

43 Das folgt der Unterscheidung von Austauschprozessen und Parallelprozessen bei *Erich Hoppmann*, Wettbewerb als Norm der Wettbewerbspolitik, in: *ORDO* 18 (1967), S. 77ff.; *ders.*, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, 1988, S. 265ff.; vgl. auch *Knut Borchardt/Wolfgang Fikentscher*, Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkungen, Marktbeherrschung, 1957, S. 15; *Karl Homann/Andreas Suchanek*, *Ökonomik*, 22005, S. 205f. und S. 253ff.

22 Die Unterscheidung von Tausch und Konkurrenz ist auch wesentlich, um zu
Gemeinwohl durch verstehen, worin die Gemeinwohlwirkungen des Wettbewerbs bestehen, und
Tausch worin nicht. Das Substrat der Gemeinwohlwirkung von Wettbewerb sind
die im freiwilligen Tausch zwischen den Marktseiten erzielten Kooperations-
gewinne.⁴⁴ Der freiwillige Tausch ist deshalb Ausgangs- und Angelpunkt
der wettbewerbsimmanenten Gemeinwohlwirkungen.⁴⁵ Die Konkurrenz zwischen
Unternehmen hat für diese Gemeinwohlwirkungen eine zwar für das Ausmaß der
Gemeinwohlwirkungen überaus bedeutsame, in der Sache aber letztlich instrumentelle
Funktion. Sie multipliziert die Gemeinwohlwirkungen von Tausch.

1. *Freier Tausch*

23 Bekanntermaßen ist Arbeitsteilung neben technischem Fortschritt eine wesentliche
Kooperationsgewinn Quelle wirtschaftlichen Wohlstands in modernen Wirtschafts-
ordnungen.⁴⁶ Als Folge von Arbeitsteilung bieten Produzenten Güter oder
Dienstleistungen an, die für andere von Nutzen sind, aber nicht für sie selbst.
Realisiert werden die Wohlfahrtsgewinne aus Arbeitsteilung deshalb erst durch
den Tausch. Anlass für Tausch ist dabei gerade, dass die Tauschpartner das
getauschte Gut unterschiedlich wertschätzen. Auf Gewinn bedachte Unternehmen
möchten ihre Produktionskosten decken, in denen sich die relative Knappheit der
eingesetzten Ressourcen widerspiegelt, und darüber hinaus einen Gewinn erzielen.
Konsumenten möchten unter den Bedingungen knapper finanzieller Mittel und
alternativer Angebote ihre Bedürfnisse bestmöglich befriedigen, wobei ihre
relative Wertschätzung für ein Gut auf dem Markt in ihrer Zahlungsbereitschaft
für dieses Gut zum Ausdruck kommt. Den (unmittelbaren) Kooperationsgewinn
durch Tauschgeschäfte auf einem Markt kann man dann beschreiben als Differenz
zwischen den Produktionskosten der Unternehmen und den Zahlungsbereitschaften
der Konsumenten. Eine zweite Frage ist, wie dieser Gewinn auf die Tauschparteien
verteilt wird. Das richtet sich nach den gezahlten Preisen, die irgendwo zwischen
Produktionskosten und Zahlungsbereitschaft liegen: In dem Maße, indem die
Marktpreise über den Produktionskosten liegen, erhalten die Unternehmen eine
Produzentenrente. Soweit die Preise unter der Zahlungsbereitschaft der Konsumenten
liegen, erhalten diese eine Konsumentenrente.

44 *Adam Smith*, Der Wohlstand der Nationen, 1974, S. 22ff.; *David M. Kreps*, A Course in Microeconomic Theory, New York, 1990, S. 187ff.

45 Vgl. auch *P. Kirchhof* (N 15), S. 5: nach dem Freiheitsgedanken liegen die wesentlichen Maßstäbe für eine Leistungsverpflichtung im Vertrag.

46 *Smith* (N 44), S. 9ff.; *von Weizsäcker*, Gemeinwohlorientierung des Wettbewerbs (N 16), S. 85 (95f.).

Da rationale Parteien nicht freiwillig tauschen würden, wenn sie der Tausch schlechter stellen würde, haben freiwillige Tauschgeschäfte – Rationalität unterstellt – die Vermutung für sich, wohlfahrtssteigernd im Sinne des Pareto-Kriteriums zu sein.⁴⁷ Solche Wohlfahrtsgewinne aus freiwilligem Tausch sind das ökonomische Substrat der immanenten Gemeinwohlwirkungen von Wettbewerbsmärkten. Das gilt unabhängig davon, ob man Wettbewerb statisch denkt oder dynamisch, und ob man in ihm weniger einen Allokationsmechanismus als vor allem ein Entdeckungsverfahren oder einen Anreiz für Innovationen sieht. All dies wirkt sich wohlfahrtssteigernd nur aus, wenn irgendwo mit Wohlfahrtsgewinn getauscht wird. Man kann nun darüber streiten, ob es ein psychologisch fassbares mentales Substrat von Präferenzen gibt, in welchem Umfang Menschen tatsächlich rational handeln, oder in welchem Ausmaß die mittels Präferenzen beschriebenen Konsumentscheidungen die Konsumenten tatsächlich glücklich machen.⁴⁸ Unabhängig davon beschreiben Präferenzen aber jedenfalls, was Bürger in Ausübung ihrer Wahlfreiheit in der gegebenen Situation als ihren wie auch immer gearteten (hedonistischen, ethischen, religiösen oder anderen) Bedürfnissen entsprechend angesehen haben.⁴⁹ Der Begriff der Pareto-Verbesserung markiert deshalb zumindest Tauschgeschäfte, welche die Bürger in Verfolgung ihrer grundrechtlich geschützten Freiheit freiwillig eingegangen sind, um diejenigen Güter zu erwerben, die sie – unter Berücksichtigung der Beschränktheit ihrer Mittel – anderen Gütern vorziehen. In dieser Interpretation beschreibt Pareto-Effizienz (aber nicht Kaldor/Hicks-Effizienz)⁵⁰ einen Gleichlauf von Freiheit und Wohlfahrt.⁵¹ Mit den normativen Grundentscheidungen eines freiheitlichen Verfassungsstaats ist diese Sicht ohne weiteres kompatibel, und man kann wohlfahrtsökonomische Befunde rezipieren, ohne deren anspruchsvolle normativen Prämissen übernehmen zu müssen. Anders gesagt, fallen Befunde über

47 Zum Vorstehenden statt Vieler *Robert S. Pindyck/Daniel L. Rubinfeld*, Mikroökonomie, 72009, S. 185ff., 383ff. und 409ff.

48 Das sind Themen der Verhaltensökonomik, vgl. etwa *Colin Camerer/George Loewenstein/Matthew Rabin* (Hg.), *Advances in Behavioral Economics*, Princeton 2004, *Cass R. Sunstein* (Hg.), *Behavioral Law & Economics*, Cambridge 2000; *Francesco Parisi/Vernon Smith* (Hrg.), *The Law and Economics of Irrational Behavior*, Stanford 2005; *Christoph Engel et al.* (Hg.), *Recht und Verhalten*, 2007.

49 *von Weizsäcker*, *Asymmetrie der Märkte* (N 31), S. 211 (212ff.); ausführlich: *ders.*, *Freedom, Wealth and Adaptive Preferences* (N 31), S. 11ff. u. S. 58ff.

50 Zu den Effizienz-Kriterien vgl. *Emanuel Towfigh et al.*, *Ökonomische Methoden im Recht*, 2010, S. 32ff.

51 *Mestmäcker*, *Interdependenz von Recht und Ökonomie* (N 1), S. 19 (26f.); *Möschel* (N 39), S. 355 (359 u. 362): „Identität von Handlungsfreiheit und Effizienzziel“; *Hoppmann*, *Wirtschaftsordnung* (N 43), S. 247: „Wettbewerbsfreiheit und ökonomische Vorteilhaftigkeit sind zwei Aspekte desselben wettbewerblichen Prozesses, sie sind zwei Seiten derselben Medaille“; *von Weizsäcker*, *Asymmetrie der Märkte* (N 31), S. 211 (212ff.); ausführlich: *ders.*, *Freedom, Wealth and Adaptive Preferences* (N 31), S. 11ff. u. S. 58ff.; vgl. auch *Hans-Joachim Cremer*, *Regulierung und Freiheit*, in: *Fehling/Ruffert* (N 5), § 5 Rn. 37ff.

beschränkte Rationalität in einer freiheitlichen Betrachtung weniger ins Gewicht.⁵²

2. Konkurrenz

25 Allgemein kann man unter Wettbewerb Konstellationen verstehen, in denen
Negative Akteure derart miteinander in Konkurrenz stehen, dass a) der Ertrag jedes
Interdependenzen Akteurs nicht von seiner absoluten, sondern von der relativen Leistung im
Vergleich zu einem Konkurrenten abhängt, und b) die Erträge der Konkurrenten negativ miteinander korreliert sind.⁵³ Im Wettbewerb gewinnt der Bessere auf Kosten des weniger Guten. Wettbewerbsphänomene dieser Art finden sich in vielen Bereichen und in zahlreichen Spielarten, von der Evolution biologischer Arten bis zum Standortwettbewerb zwischen Staaten.⁵⁴ Wettbewerb als solcher ist allerdings noch kein Garant positiver Folgen. Ob Wettbewerb produktiv oder destruktiv ist, hängt vielmehr vom Kontext ab. Wettbewerb bei der Produktion oder Nutzung von kollektiven Gütern, zum Beispiel um Fischbestände in internationalen Gewässern, ist regelmäßig schädlich bzw. ineffizient. Wettbewerb auf Märkten für private Güter ist dagegen tendenziell vorteilhaft.

26 Wettbewerb auf Märkten bedeutet Konkurrenz der Anbieter um Tausch-
Zwang zu attraktiven möglichkeiten mit den Nachfragern und umgekehrt.⁵⁵ Wettbewerb schafft
Angeboten für die Produzenten einen Anreiz, sich in der Konkurrenz um Tausch-
möglichkeiten einen relativen Vorteil zu verschaffen, etwa indem sie die Preise senken (aufgrund kostengünstigerer Produktionsverfahren oder Organisationen oder zu Lasten ihrer Gewinnmarge) oder neue oder bessere Produkte anbieten oder diese besser bewerben. Dadurch zwingen sich die Unternehmen gegenseitig, ihre Angebote an den Bedürfnissen der Konsumenten (wie sie in deren Kaufentscheidungen zum Ausdruck kommen) auszurichten: „Wettbewerbs Erfolg und Überlebensfähigkeit der Unternehmen hängen davon ab, dass sie ihren Kunden attraktive Angebote machen. Je intensiver der Wettbewerb, desto stärker wirkt dieser Zusammenhang.“⁵⁶ Soweit durch Wettbewerb nur der eine, und nicht der andere Produzent zum

52 Daniel Zimmer, *Weniger Politik!*, 2013, S. 85ff.

53 George J. Stigler, Art. „Competition“, in: *The New Palgrave Dictionary of Economics*, 22008: „two or more parties strive for something that all cannot obtain“; Schmidt (N 10), S. 1: höherer Zielerreichungsgrad eines Konkurrenten bedingt einen niedrigeren Zielerreichungsgrad der anderen.

54 Für eine Überblick verschiedener Formen sozialen Wettbewerbs siehe Ernst Helmstädter, *Wettbewerb als Rangordnungsverfahren*, ORDO 57 (2006), S. 99ff. Anstatt von Konkurrenz spricht Helmstädter von einem „Rangordnungsverfahren“, weil Wettbewerb eine Rangordnung der Konkurrenten hervorbringe.

55 von Weizsäcker, *Asymmetrie der Märkte* (N 31), S. 219ff.

56 Hellwig, *Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?* (N 39) S. 231 (252, siehe auch 264); von Weizsäcker, *Asymmetrie der Märkte* (N 31), S. 221.

Zuge kommt, folgt daraus noch keine Wohlfahrtssteigerung, sondern nur eine Umverteilung zwischen den Produzenten. Das Gemeinwohl wird erst gefördert, wenn aufgrund niedrigerer Preise oder besserer Produkte im Ergebnis mehr oder mit höherem Nutzen getauscht wird. Für die Gewinnchancen des einzelnen Unternehmens ist Konkurrenz dagegen nachteilig.

II. Dezentrale Allokation und Innovation als Gemeinwohlfunktionen

Ganz allgemein kann man die Funktion von Wettbewerbsmärkten darin sehen, die zahllosen Produktionsentscheidungen und Konsumentenscheidungen in einer arbeitsteiligen Wirtschaft dezentral über freiwillige Tauschgeschäfte und den sich in ihnen bildenden Preisen zu koordinieren. Gegenstand der Wettbewerbstheorien und der aus ihnen abgeleiteten Leitbilder für die Wettbewerbspolitik ist die Frage, worin genau die Leistungen des Wettbewerbsmechanismus bestehen und wie genau diese erbracht werden. Die Neoklassik zum Beispiel begreift Wettbewerb als einen Preismechanismus zur optimalen Allokation knapper Ressourcen bei gegebenen Produktions- und Präferenzfunktionen. *Hayeksche* Ansätze thematisieren Wettbewerb als ein Entdeckungsverfahren zur Aufdeckung und Koordination von privatem Wissen, *Schumpetersche* Ansätze als einen Prozess der schöpferischen Zerstörung durch Innovation und Imitation, und evolutionische Ansätze als einen im Rahmen von Institutionen ablaufenden Selektionsprozess.⁵⁷

27
Ökonomische
Wettbewerbstheorien

Für das öffentliche Wettbewerbsrecht betreffen diese ökonomischen Diskussionen die Frage, was genau unter der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs zu verstehen ist, deren Erhalt oder deren Schonung nach hiesiger These zu dem prägenden Zweck der verschiedenen Teilmaterien dieses Rechtsgebiets gehört. Es gehört aber nicht zu den Aufgaben der Rechtswissenschaften, an laufenden ökonomischen Debatten teilzunehmen. Das ist zum Einen auch nicht notwendig, soweit es darum geht, Schnittmengen zwischen den Ansätzen zu konstatieren und die in der Ökonomie diskutierten offenen Fragen als Optionen zur Kenntnis zu nehmen. Insoweit scheinen sich die konkurrierenden Ansätze in gewissem Umfang auch als Teilbeiträge zur Erfassung komplexer Zusammenhänge verstehen zu lassen, deren Integration zu einer einheitlichen Theorie noch nicht gelungen ist. Bei konkreten Anwendungen muss sich der Jurist dann an den Ökonomen wenden, der besser beurteilen kann, wie weit einzelne Aspekte bereits theo-

28
Information, nicht
Teilnahme an
ökonomischen
Debatten

57 Die nachfolgende Skizze orientiert sich an den ausgezeichneten Darstellungen bei Kerber/Schwalbe (N 10) und Schwalbe/Zimmer (N 10).

retisch und empirisch verstanden sind, welche Aspekte in welchem Umfang und in welchen Situationen empirisch relevant sind, und wie Zielkonflikte zwischen verschiedenen Aspekten (etwa zwischen statischer und dynamischer Effizienz) zu behandeln sind. Der Jurist kann sich zum anderen die rechtsdogmatische Frage stellen, wie sich der Normgeber – explizit oder implizit – zu den in der Ökonomie aufgeworfenen Streitfragen verhalten hat, ob und wie diese sich im geltenden Recht widerspiegeln, und welche Probleme bei der rechtspraktischen Umsetzung und welche Zielkonflikte mit Rechtsprinzipien bestimmte ökonomische Ansätze aufwerfen.

1. *Dezentrale Koordination von Produktion und Konsum (Allokation)*

- 29 Dass Wettbewerbsmärkte der produktiven, sparsamen und bedürfnisorientierten dezentralen Allokation knapper Ressourcen dienen sollen, scheint unstrittig. Differenzen bestehen in der Spezifizierung dieses Ziels und in der Art und Weise, wie dessen Umsetzung konzipiert wird. Sie führen zu abweichenden Annahmen über Zielkonflikte zwischen Wettbewerb und Effizienz, insbesondere hinsichtlich der Behandlung von Marktmacht.

a) *Die statische Gleichgewichtsbetrachtung der Neoklassik*

- 30 Bei den neoklassischen Wettbewerbstheorien steht diese Allokationsfunktion im Vordergrund. Dabei wird eine statische Betrachtungsweise zugrunde gelegt, die Ressourcen, die Produkte sowie die Technologie und die Organisation, mit der diese produziert werden, und die Bedürfnisse der Konsumenten werden als gegeben unterstellt. Anbieter und Nachfrager werden in Form von Produktionsfunktionen (welche Menge wird bei welchem Preis produziert) und Nutzenfunktionen (welche Menge wird bei welchem Preis nachgefragt) repräsentiert. Als Ziel des Wettbewerbs wird eine Pareto-effiziente Allokation angenommen. Diese wird in dem Idealfall eines allgemeinen Gleichgewichts auf allen Märkten erreicht. In diesem tritt eine Markträumung ein (alle Produkte werden nachgefragt und alle Nachfrage wird befriedigt), die Marktteilnehmer sind bloße Preisnehmer (keiner kann die Preise beeinflussen) und Mengenanpasser (wählen die beim Marktpreis optimale Menge), und die Produzenten bieten zu Produktionsgrenzkosten an (einschließlich einer marktüblichen Kapitalrendite), machen also keine Gewinne. Ein solcher Zustand stellt sich nach der Theorie bei vollkommenem Wettbewerb ein,⁵⁸ für den aber eine Reihe von Bed-

58 Grundlegend *Gérard Debreu*, *Theory of Value*, New York, 1959; *Kenneth Arrow/Frank Hahn*, *General Competitive Analysis*, San Francisco, 1971; Zusammenfassung bei *Kreps* (N 44), S. 197ff.; *Andreu Mas-Colell/Michael D. Whinston/Jerry R. Green*, *Microeconomic Theory*, New York, 1995, S. 307ff.

ingungen erfüllt sein müssten, die in der Realität selten gegeben sind.⁵⁹ Zu diesen gehören insbesondere homogene Güter, vollständige Informationen (etwa über Tauschgelegenheiten, Produkte und ihre Eigenschaften, Produktionstechnologien, usw.), rationale Akteure, keine Transaktionskosten (keine Kosten für die Suche, den Abschluss und die Abwicklung von Tauschgeschäften), eine atomistische Marktstruktur (sehr viele Anbieter und Nachfrager) und ein Gleichgewicht auf allen Teilmärkten einer Volkswirtschaft. Nicht geleugnet, aber ausgeblendet, werden technologische oder organisatorische Innovationen oder die Einführung neuer Produkte. Derartige Veränderungen werden als exogene Schocks modelliert und implizieren ein neues Gleichgewicht. Auch der Prozess, der von einem Ungleichgewicht zu einem Gleichgewicht führt, wird nicht analysiert. Die Leistung des Wettbewerbs liegen in der neoklassischen Betrachtung darin, die optimale Produktion und den optimalen Konsum von Gütern sicherzustellen.

b) *Marktversagen und das Leitbild des vollkommenen Wettbewerbs*

Dass diese Bedingungen vollkommener Märkte in der Realität häufig nicht gegeben sind, ist anerkannt. So sind Gründe für Marktversagen ubiquitär (unvollständige Informationen, Transaktionskosten, Marktzutrittsschranken, natürliche Monopole, öffentliche Güter, etc.). Auch bewegen sich die realen Marktpreise häufig oberhalb des theoretisch angestrebten Niveaus der Produktionsgrenzkosten. Aus rechtswissenschaftlicher Sicht sollte man aber nicht vergessen, dass der Begriff des Marktversagens die Abweichung von einem extremen Ideal markiert. Er schließt also nicht aus, dass Märkte in einem praktischen Sinn immer noch gut funktionieren, und vielleicht auch besser als bei einer staatlichen Intervention. So kann sich auch ein Markt mit differenzierten Produkten, die jeweils nur von einem Unternehmen angeboten werden, annähernd wie bei vollständiger Konkurrenz verhalten.⁶⁰ Die Frage ist insoweit eher, in welchem Umfang die neoklassische Modellwelt für das Verständnis wirtschaftlicher Prozesse jedenfalls besser geeignet ist als alternative Ansätze.

31
Wettbewerbsmodell als
Analyseinstrument

Auf der anderen Seite ist nicht eindeutig, wie auf Marktversagensgründe reagiert werden soll. Denn die Beseitigung eines Marktversagensgrundes bewirkt nicht notwendig eine Effizienzverbesserung, wenn zugleich andere Marktversagensgründe auf diesem oder einem anderen Markt vorliegen (sog. second best)⁶¹. Die Beseitigung eines Marktversagens kann dann im

32
Problem des
,second best'

59 *Schwalbe/Zimmer* (N 10), S. 15.

60 *Hellwig*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? (N 39), S. 231 (245).

61 *Richard Lipsey/Kelvin Lancaster*, A General Theory of the Second Best, *Review of Economic Studies* 23 (1956), S. 11ff.; *Peter Bohm*, Eintrag "second best", in: Steven

Zusammenspiel mit anderen Gründen auch zu einer Verschlechterung führen. Wird etwa auf einem oligopolistischen Markt Markttransparenz geschaffen, kann es für Oligopolisten leichter werden, ihr Preisverhalten aufeinander abzustimmen und so den Wettbewerb zu beeinträchtigen. Umgekehrt kann es möglich sein, durch Marktbeschränkungen den Wettbewerb zu verbessern, etwa wenn Intransparenz geschaffen und dadurch eine Kollusion von Oligopolisten erschwert wird. Der Wettbewerb wird also nicht notwendig effizienter, wenn er vollkommener ist. Man kann staatliche Interventionen deshalb nicht abstrakt am Leitbild eines „möglichst“ vollkommenen Wettbewerbs orientieren,⁶² sondern muss die Wirkungen der Intervention in konkreten Kontext beachten.⁶³

c) Zielkonflikte zwischen Marktmacht und Effizienz

33
Williamson Trade-Off
und dynamische
Effizienz

Zudem gibt es Konstellationen, in denen potentiell wettbewerbsbeschränkendes Verhalten auch positive Wohlfahrtseffekte hat. So ist es möglich, dass vormals getrennte Unternehmen aufgrund von Skaleneffekten (sinkende Produktionskosten bei höherer Stückzahl) nach einem Zusammenschluss kostengünstiger produzieren können. Dann stehen den unerwünschten Wohlfahrtsverlusten durch die Marktbeschränkung mögliche Effizienzgewinne durch Kosteneinsparung gegenüber (sog. Williamson Trade-Off).⁶⁴ Ähnliches kann gelten, wenn durch eine vertikale Vereinbarung oder Integration von Unternehmen die Transaktionskosten in der Produktionskette gesenkt werden können und dadurch die Produktion billiger, aber die Marktbeschränkungen größer werden.⁶⁵ Befinden sich in einer Produktionskette mehrere marktmächtige Unternehmen, können vertikale Vereinbarungen oder Fusionen auch dem Problem mehrfacher Preisaufschläge entgegenwirken (sog. Double Marginalization).⁶⁶ Von Bedeutung sind zudem Zielkonflikte zwischen dem Ziel der statischen Effizienz, für das Monopolrenten möglichst vermieden werden sollen, und den

N. Durlauf /Lawrence E. Blume (Hg.), The New Palgrave Dictionary of Economics online edition 2008.

62 *Schwalbe/Zimmer* (N 10), S. 15: Vollkommener Wettbewerb sei kein Ziel der Wettbewerbspolitik, sondern eine Idealkonstruktion zur Verdeutlichung der Funktionsweise einer Marktwirtschaft.

63 *Möschel* (N 39), S. 363: „Sumpf von Maß- und Gradfragen, Abwägungsnotwendigkeiten, wie sie für praktische Rechtsanwendung seit je kennzeichnend waren.“

64 *Oliver E. Williamson*, Economics as an Anti-Trust Defense: The welfare trade-offs“, in: *American Economic Review* 58 (1968), S. 18ff.; dazu *Schwalbe/Zimmer* (N 10), S. 421ff.; *Motta* (N 10), S. 238ff.

65 *Oliver E. Williamson*, The Vertical Integration of Production: Market Failure Considerations, in: *American Economic Review* 61 (1971), S. 112ff.; *Schwalbe/Zimmer* (N 10), S. 47ff.; *Bishop/Walker* (N 10), S. 425; *Schulz* (N 10), S. 242ff.

66 *Joseph Spengler*, Vertical Integration and Antitrust Policy, in: *Journal of Political Economy* 58 (1950), S. 347ff.

Gewinnen an dynamischer Effizienz, die durch technische Innovationen entstehen (dynamische Effizienz). Denn die Aussichten auf zumindest temporäre Monopolgewinne sind der primäre Anreiz für Innovationen. In einem vollkommenen Markt mit vollständiger Information würde jede Innovation dagegen sofort kopiert, so dass es (ohne Patentschutz) keinen Anreiz für Investitionen in Neuerungen gäbe.⁶⁷

d) Vom Schulenstreit zur ausdifferenzierten Industrieökonomik

Auch wenn optimale Marktergebnisse im Sinne der allgemeinen Gleichgewichtstheorie nicht zu haben sind, ist es doch weitgehend unstrittig, dass in der relativ effizienten Allokation von Ressourcen eine wesentliche Leistung von Wettbewerbsmärkten liegt. Die praktische wichtige und umstrittene Frage scheint dagegen die nach den Aufgaben staatlicher Wettbewerbspolitik zu sein, also ob und welche Verbesserungen der Allokation durch staatliche Intervention man unternehmen oder besser bleiben lassen sollte.⁶⁸ Effizienzverbesserungen auf realen Märkten lassen sich nun nicht ohne weiteres dadurch erzielen, dass man versucht, möglichst weitgehend die Bedingungen eines vollkommenen Marktes herzustellen. Entsprechend wurde gefordert, Kriterien für einen funktionsfähigen Markt bzw. für eine „workable competition“ zu entwickeln.⁶⁹ Eine einflussreiche Variante davon ist die sog. Harvard School. Für sie war Effizienz nicht das einzig statthafte Ziel. Neben ihm sollte die Wettbewerbspolitik vielmehr auch andere Ziele verfolgen können. Entsprechend stand nicht die Optimierung von Effizienzgewinnen im Vordergrund, sondern die Marktstruktur. Insbesondere die Marktmacht von Unternehmen wurde generell kritisch gesehen und Fusionen und Vereinbarungen bekämpft.⁷⁰ Demgegenüber forderte die sog. Chicago School eine Rückbesinnung auf Effizienz als allein rational handhabbares Kriterium. Auch das Modell vollkommenen Wettbewerbs wurde im Sinne einer hinreichenden Annäherung an die Marktergebnisse („als-ob“) als sinnvolles Leitbild angesehen. Prägend für die Chicago School war eine weniger kritische Beurteilung von Marktmacht. Unternehmenszusammenschlüsse und andere marktbeschränkende Verhaltensweisen wurden, etwa mit Verweis auf Skalenerträge oder Transaktionskostensparnisse, tendenziell als Effizienzverbesserungen gedeutet, da ineffiziente Unternehmen auf Märkten nicht bestehen könnten. Nach der Theorie be-

34

Theorieentwicklung

67 Zur Empirie vgl. *Christoph Engel/Marc Kleine*, Who is Afraid of Pirates? An Experiment on the Deterrence of Innovation by Imitation, Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Bonn, Preprint 2013/7

68 Minimalistisch insoweit *Chrysostomos Mantzavinos*, Das institutionenökonomisch-evolutionäre Wettbewerbsleitbild, in: *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* 225 (2005), S. 205ff.

69 *John Maurice Clark*, *Competition as a Dynamic Process*, 1961.

70 *Kerber/Schwalbe* (N 10), Rn. 1009.

streitbarer Märkte (contestable markets) können sogar auf monopolistischen Märkten Wettbewerbsbedingungen herrschen, wenn ein kostenloser Markteintritt und Marktaustritt möglich ist.⁷¹

35 Obwohl beide Schulen die weitere Entwicklung geprägt haben, haben sich
Post Chicago sowohl das Misstrauen der Harvard School gegenüber Marktmacht als auch
Economics das weitgehende Vertrauen der Chicago School in die Effizienz von
Märkten wohl als zu pauschal erwiesen. Vielerorts ist dieser Schulenstreit
einer differenzierteren, aber auch komplexeren Herangehensweise
gewichen, die auch als Post Chicago Economics bezeichnet wird. Ihr liegt,
wie der Chicago School, in der Regel ein wohlfahrtstheoretisches Effizienz-
kriterium zugrunde (als Gesamt- oder als Konsumentenwohlfahrt). Geprägt
wird sie von den spieltheoretischen Modellen der Industrieökonomik, die
auch als Resultat eines Verwissenschaftlichungsschubs erscheinen.⁷² Im
Unterschied zur Chicago School kommt die spieltheoretische Indus-
trieökonomik aber häufiger zu dem Ergebnis, dass ineffiziente
Marktbeschränkungen möglich sind (durch private Marktzutrittsschranken,
Preiskollusion zwischen Oligopolisten, vertikale Vereinbarungen und
Zusammenschlüsse oder die Fusion von Unternehmen mit relativ geringen
Marktanteilen).⁷³ Im Einklang mit der Chicago School wird aber auch die
Möglichkeit wohlfahrtssteigernder Effekte von Marktbeschränkungen
aufgezeigt, die mit den negativen Effekten abgewogen werden müssen.

2. Entdeckung von Wissen

36 Bekanntermaßen hat *Friedrich von Hayek* in Entgegensetzung zu der
Übereinstimmung und statischen Betrachtungsweise der Neoklassik die entscheidende Funktion
Differenz zur von Wettbewerb darin gesehen, dass er ein Entdeckungsverfahren darstelle,
Neoklassik mit dessen Hilfe eine spontane, von niemandem geplante „Ordnung“
hergestellt werde.⁷⁴ Da *Hayeks* Ansatz insbesondere in der rechtswissen-
schaftlichen Diskussion häufig nur als Kritik an der Neoklassik verstanden
wird, sei zunächst auf einige Übereinstimmungen hingewiesen: Auch für
Hayek hat Wettbewerb die Aufgabe einer (unter realistischen Annahmen)
möglichst effizienten Allokation knapper Güter,⁷⁵ liefert der
Konkurrenzdruck die dafür erforderlichen Verhaltensanreize,⁷⁶ leistet der

71 *William Baumol/John Panzar/Robert Willig*, Contestable Markets and the Theory of Industry Structure, 1982.

72 *Kerber/Schwalbe* (N 10), Rn. 1039.

73 *Kerber/Schwalbe* (N 10), Rn. 1049.

74 *Friedrich. A. von Hayek*, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: ders., Freiburger Studien, 1969, S. 249ff.; ders., Recht, Gesetz und Freiheit, 2003, S. 371ff.

75 *von Hayek*, Recht, Gesetz und Freiheit (N 74), S. 380f.

76 *von Hayek*, Recht, Gesetz und Freiheit (N 74), S. 373ff.

Preismechanismus die notwendige Koordination der individuellen Handlungspläne (wer was produziert und wer was konsumiert)⁷⁷ und tendieren die Wettbewerbsprozesse zumindest vorübergehend zu stabilen Zuständen, die *Hayek* als spontane Ordnung bezeichnet.⁷⁸ *Hayeks* Kritik an der Neoklassik setzt auf einer anderen Ebene an. Sie macht geltend, die Neoklassik übersehe die wesentliche Leistung des Wettbewerbs, indem sie von der Annahme vollständiger Informationen ausgehe. Damit unterstelle sie als gelöst, was eigentlich das entscheidende Problem für die Koordination von Handlungsplänen sei, nämlich das Problem des dezentralen (bzw. privaten) Wissens.⁷⁹ Der *Hayeksche* Ansatz kann insoweit auch als die Analyse eines Aspekts von Wettbewerb verstanden, den die Neoklassik jedenfalls zum damaligen Zeitpunkt nicht behandelte⁸⁰ (heute aber zum Teil, etwa unter dem Stichwort der Informationsasymmetrien thematisiert).⁸¹ Ein wesentlicher Unterschied besteht allerdings in der methodischen Herangehensweise, da *Hayek* keinen der Neoklassik vergleichbaren formal-mathematischen Theorieapparat verwendet. Allerdings stand ein solcher für die *Hayeksche* Fragestellung damals noch nicht zur Verfügung, entwickelt sich aber vielleicht mit der evolutionären Spieltheorie.⁸²

Die eigentliche Leistung des Wettbewerbs besteht für *Hayek* nun nicht in der effizienten Allokation knapper Güter bei vollkommenem Wettbewerb und vollständigen Informationen, sondern in der vorgelagerten Aufgabe, die für eine knappheitsgerechte Allokation notwendigen Informationen zu entdecken.⁸³ Als Entdeckungsprozess überführt der Wettbewerb einen Zustand geringen Wissens in einen Zustand größeren Wissens, wodurch zugleich eine bessere Koordination der Handlungspläne geleistet wird.⁸⁴ Auf Produzentenseite betrifft dies etwa die (in der Neoklassik als jedermann bekannt unterstellten) Informationen über die Bedürfnisse der Konsumenten, über die zu deren Befriedigung am besten geeigneten Produkte, und

37

Entdeckungsprozess

77 *Guido Bünstorf*, Über den Wettbewerb als allgemeines Aufdeckungs-, Ordnungs- und Erkundungsverfahren, in: ORDO 53 (2002), S. 189 (191).

78 *Dieter Schmidchen*, Recht, Eigentum und Effizienz, in: ORDO 55 (2004), S. 127ff.; *ders.* Wettbewerbsschutz durch regelgeleitete Wettbewerbspolitik, in: ORDO 57 (2006), S. 165 (170).

79 *von Hayek*, Recht, Gesetz und Freiheit (N 74), S. 371ff.; *Kerber/Schwalbe* (N 10), Rn. 1032.

80 *Schmidchen*, Wettbewerbsschutz (N 78), S. 165 (173).

81 *Carl C. von Weizsäcker*, Hayek und Keynes: Eine Synthese, in: ORDO 56 (2005), S. 95 (98).

82 Vgl. *Schmidchen*, Recht, Eigentum und Effizienz (N 78), S. (144); zu Möglichkeiten einer Formalisierung vgl. auch *Herbert Gintis*, Hayek's Contribution to a Reconstruction of Economic Theory, in: Roger Frantz/Robert Leeson (Hg.), *Hayek and Behavioral Economics*, London/Basingstoke/New York, 2013, S. 111ff.

83 *Friedrich A. von Hayek*, Die Verwertung des Wissens in der Gesellschaft, in: *ders.* (Hg.), *Individualismus und wirtschaftliche Ordnung*, 21978, S. 103ff.; *Kerber/Schwalbe*, N (10), Rn. 1032.

84 *von Weizsäcker* (N 81), S. 98.

über die Technologien und Organisationsformen, mit denen diese am kostengünstigsten produziert werden können.⁸⁵ Derartige Informationen sind den Produzenten nicht von vornherein bekannt, sondern müssen von diesen in einem Trial-and-Error-Prozess zuerst entdeckt werden. Auch die Konsumenten gewinnen relevante Informationen erst über den Marktprozess, der ihnen Information über die Knappheit eines Gutes,⁸⁶ aber auch über Tauschmöglichkeiten und über die Leistungsfähigkeit von Produzenten verschafft.⁸⁷ Hayek macht insoweit den von der Neoklassik ausgeblendeten Prozessaspekt des Wettbewerbs zum Gegenstand, behandelt die Frage, wie die Koordination der Handlungspläne vor sich geht.⁸⁸ Dies geschieht im Wege dezentraler Selbstorganisation, bei der die Marktakteure auf Preisänderungen reagieren, die bei einer Diskrepanz zwischen Angebot und Nachfrage eintreten.⁸⁹ Der Wettbewerb erlaube es so, ohne zentrale Koordination auf geänderte Umstände zu reagieren, also die spontane Ordnung neu zu justieren.⁹⁰

38 Was die wettbewerbspolitischen Folgerungen anbetrifft, wird das Konzept Unsteuerbarkeit und Wettbewerbspolitik des Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren zum Teil gegen die Berücksichtigung von Effizienzgewinnen in Stellung gebracht, die man aufgrund der Unvorhersehbarkeit des Entdeckungsverfahrens nicht abschätzen könne, und als Argument für die Vorzugswürdigkeit allgemeiner Regeln herangezogen.⁹¹ Angesichts der ohnehin unsteuerbaren Evolution des Marktgeschehens müsse sich die Wettbewerbspolitik darauf beschränken, den Entdeckungsprozessen einen stabilen Rechtsrahmen zu geben.⁹² Das trifft sich mit der im Anschluss an Kant erhobenen Forderung, die Wettbewerbsfreiheit statt der Effizienz zum Ziel der Wettbewerbspolitik zu machen, und an die Stelle folgenorientierter Eingriffe allgemeine Regelungen zur Abgrenzung der Freiheitssphären zu setzen.⁹³ Darauf wird zurückzukommen sein.⁹⁴

85 Kerber/Schwalbe (N 10), Rn. 1032; Bünstorf (N 77), S. 189 (191).

86 von Weizsäcker (N 81), S. 95 (96).

87 Bünstorf (N 77), S. 189 (191).

88 Schmidtchen, Wettbewerbschutz (N 78), S. 165 (173); Bünstorf (N 77), S. 189 (192).

89 Bünstorf (N 77), S. 192.

90 Bünstorf (N 77), S. 192.

91 Mestmäcker, Marktwirtschaftliche Ordnungen (N 39), S. 1 (9); Mantzavinos, Wettbewerbsleitbild (N 68), S. 205 (217ff.); vgl. auch von Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit (N 74), S. 393.

92 Matzavinos (N 68); kritisch Schmidtchen, Wettbewerbschutz (N 78), S. 165ff.

93 Ernst-Joachim Mestmäcker, Wettbewerbsfreiheit und unternehmerische Effizienz, in: ORDO 59 (2008), S. 185 (197ff.); dagegen Dieter Schmidtchen, Zum Verhältnis von Recht und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik, in: ORDO 60 (2009), S. 153ff.

94 Siehe unten, Rn. 50.

3. Anreize für Innovation

Wie Hayek richtete Joseph Schumpeter sein Augenmerk auf einen in der Neoklassik nicht integrierten prozesshaften Aspekt des Wettbewerbs, nämlich auf die Generierung technischen Fortschritts als maßgebliche Ursache für die Steigerung wirtschaftlichen Wohlstands. Anders als das Hayeksche Entdeckungsverfahren, das vor allem auf die Aufdeckung und Kommunikation dezentral bereits vorhandener Information gerichtet ist, wird der Schumpetersche Prozess schöpferischer Zerstörung durch die Schaffung neuer Informationen getrieben, nämlich die Erfindung neuer Produktionsverfahren und Produkte.⁹⁵ Damit wird eine von der Allokation knapper Ressourcen zu unterscheidende Leistung des Wettbewerbs beschrieben, nämlich der Anreiz für Innovationen. Dass hierin eine zentrale Aufgabe des Wettbewerbs liegt, ist unter dem Stichwort der dynamischen Effizienz durchgehend anerkannt, auch in der Neoklassik. Ungeachtet der Ansätze zur formalen Modellierung von Innovationsanreizen⁹⁶ ist allerdings die theoretische Integration dynamischer Effizienz nicht gelungen.⁹⁷ Empirie und Theorie scheinen der Tendenz nach aber dahin zu deuten, dass für dynamische Effizienz eine oligopolistische Marktstruktur vorteilhaft ist.⁹⁸

39
Neue Verfahren und
Produkte

In der Sache beruht der Anreize zur Innovation auf der Aussicht auf zumindest temporäre Monopolgewinne. Technische Innovationen führen im Verhältnis zu Wettbewerbern dazu, dass das innovative Unternehmen kostengünstigere oder bessere Produkte anbieten kann, die den Konkurrenten nicht zur Verfügung stehen. Es kann dadurch nicht nur Nachfrage an sich ziehen, sondern gewinnt auch Spielräume bei der Preissetzung (Marktmacht). Das innovative Unternehmen kann so Preise über den Grenzkosten nehmen. In dem theoretischen Fall eines vollkommenen Marktes würde dieser Vorsprungsgewinn allerdings von den Konkurrenten sofort weggefressen, weil sie aufgrund vollständiger Informationen über Produkte und Produktionstechnologien die Innovation kopieren und dem innovativen Unternehmen Konkurrenz machen würden. Auf realen Märkten nimmt dieser Prozess Zeit in Anspruch, so dass im Wettbewerb Zyklen von Innovation und Imitation auftreten. Sind diese Zyklen zu kurz, um ausreichende Innovationsreize zu sichern, können Patentrechte den Vor-

40
Innovationsanreize
durch
Vorsprungsgewinne

95 Joseph A. Schumpeter, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, 31972; ders., Konjunkturzyklen, Bd. I, 1961.

96 Vgl. Motta (N 10), S. 55ff.

97 Schwalbe/Zimmer (N 10), S. 9.

98 Schwalbe/Zimmer (N 10), S. 49; Philippe Aghion et al., Competition and Innovation: An Inverted-U Relationship, in: Quarterly Journal of Economics 120 (2005), S. 701ff.

sprungsgewinn für die Dauer des Patentschutzes sichern.⁹⁹ Auf der anderen Seite besteht die Gefahr, dass sich die Marktmacht des innovativen Unternehmens dauernd verfestigt.

41 Innovationen sind mithin eine eigene Quelle von Wohlfahrtsgewinnen. Zielkonflikte zwischen statischer und dynamischer Effizienz Denn Verfahrensinnovationen und Organisationsinnovationen sparen Produktionskosten, erhöhen also die Produktionseffizienz, und Produkteinnovationen erhöhen den Nutzen aus dem Konsum. Auf der anderen Seite kann die Preissetzung über den Grenzkosten nicht nur zu einer Monopolrente für das Unternehmen führen, sondern auch zu einem wohlfahrtsschädlichen Rückgang der Nachfrage (deadweight loss). Dann stellt sich die Frage, ob die Wohlfahrtsgewinne die Verluste überwiegen. An dieser Stelle stößt die Wohlfahrtstheorie an eine Wissensgrenze, weil Innovationen und ihre Folgen nicht vorausgesagt und die zu erwartenden Wohlfahrtsgewinne deswegen nicht ex-ante quantifiziert werden können. Das ist insoweit ein Problem, als statische und dynamische Effizienz konträre wettbewerbspolitische Maßnahmen nahelegen: Abbau von Marktmacht und Abschmelzung von Monopolgewinnen vs. temporäre Duldung von Marktmacht und Vorsprungsgewinnen.¹⁰⁰

C. Der Gleichlauf von Freiheit und Gemeinwohl

42 Vorstehend wurden unter Rückgriff auf die Ökonomie die Kernelemente des Nicht allein Wettbewerbsmechanismus (Tausch und Konkurrenz) und die dem Ordoliberalismus oder Wohlfahrtsökonomik Wettbewerb immanenten Gemeinwohlleistungen (Effizienz in Bezug auf Allokation und Innovation) beschrieben. Auf dieser Grundlage ist nun das hier vorgeschlagene juristische Konzept von Wettbewerb als eines Gleichlaufs von Freiheit und Gemeinwohl zu formulieren. Dafür ist zunächst eine Auseinandersetzung mit der wettbewerbsrechtlichen Debatte über die normativen Ziele der Wettbewerbspolitik zu führen. Sie wird zeigen, dass aus öffentlich-rechtlicher Sicht weder – wie der Ordoliberalismus meint – Freiheit als Ziel von Wettbewerbspolitik verstanden werden kann (I.), noch – wie die Wohlfahrtsökonomie fordert – Effizienz deren einziges Ziel sein kann (II.). Als implizites Leitbild des Wettbewerbsrechts erweisen sich vielmehr die Aufrechterhaltung und der Schutz des Gleichlaufs von

99 Dazu *Christoph Engel*, Geistiges Eigentum als Anreiz zur Innovation – Die Grenzen des Arguments, in: Martin Eifert/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hg.), Geistiges Eigentum und Innovation, 2008, 43ff.; *ders.*, When is Intellectual Property Needed as a Carrot for Innovators?, in: *Journal of Competition Law and Economics* 7 (2011), S. 277ff.

100 Besonderen Problemen werfen Innovation und dynamische Effizienz zudem in der Netzregulierung auf; vgl. *Jörn Lüdemann*, Wettbewerb und Regulierung in der Telekommunikation, in: *ders.* (Hg.), Telekommunikation, Energie, Eisenbahn, Tübingen 2008.

Freiheit und Gemeinwohl. Dieses kann zu einem Prinzip der Wettbewerbsneutralität verallgemeinert (III.) und auf das öffentliche Wettbewerbsrecht übertragen werden (D.).

I. Freiheit als Ziel staatlicher Wettbewerbspolitik im Ordoliberalismus

Bekanntermaßen wird im deutschen Wettbewerbsrecht darüber gestritten, ob Freiheit oder Effizienz (bzw. wirtschaftliches Gemeinwohl, in der hiesigen Terminologie) das Ziel der Wettbewerbspolitik sein sollte.¹⁰¹ 43

1. Effizienz als Nebenfolge

Das könnte man zunächst so verstehen, als ob von den Verfechtern der Freiheit diese als Funktion des Wettbewerbs selbst ausgerufen werde, Wettbewerb also gewollt ist, nicht weil er unseren Bedürfnissen dient, sondern weil er mehr Freiheit einräumt. Die Einwände des Ordoliberalismus gegen Effizienz haben aber eine spezifischere Zielrichtung. Man muss insoweit berücksichtigen, dass sich ordolibérale Ansätze in vielerlei Hinsicht an die bereits behandelten Wettbewerbstheorien anlehnen, insbesondere zunächst an das Modell des vollkommenen Wettbewerbs und später an dynamische Wettbewerbskonzepte.¹⁰² Es wird also nicht in Abrede gestellt, dass die effiziente Lösung des Allokationsproblems bzw. des Innovationsproblems eine zentrale Aufgaben von Wettbewerb ist.¹⁰³ Es wird aber bestritten, dass diese Funktionen des Wettbewerbs als normative Grundlage für Eingriffe in die Freiheit der Wettbewerber dienen sollen oder müssen.¹⁰⁴ Abgelehnt wird mithin nur die instrumentelle Sicht auf den Wettbewerb als Mittel einer staatlich gesteuerten Effizienzsteigerung. Vielmehr ergebe sich Effizienz aus dem Schutz der Wettbewerbsfreiheit weitgehend von selbst.¹⁰⁵ Auch 44
Effizienz ist Wirkung,
nicht Ziel

101 Siehe die Nachweise oben, N 39. Eine dritte Position vertritt *Daniel Zimmer*. Nach ihm dient Wettbewerbsrecht dem Schutz der jeweiligen Marktgegenseite (Anbieter oder Nachfrager) vor Ausbeutung durch Marktmacht; *Daniel Zimmer*, *The Basic Goal of Competition Law: To Protect the Opposite Side of the Market*, in: ders. (Hg.), *The Goals of Competition Law*, 2012, S. 486 (496ff.).

102 *Kerber/Schwalbe* (N 10), Rn. 1034; vgl. auch *Wernhard Möschel*, *The Proper Scope of Government Viewed from an Ordoliberal Perspective: The Example of Competition Policy*, in: *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 157 (2001), S. 3ff.

103 *Ulrich Immenga*, *Gefordertes Kartellrecht*, S. 3 (4); *Möschel*, *Wettbewerb* (N 39), S. 359 und S. 365: „schließt nicht aus, dass eine allgemeine soziale Funktion wahrgenommener Freiheitsrechte wie Allokationseffizienz, Entfaltung und Durchsetzung des technischen Fortschritts gleichwohl erkennbar bleibt“.

104 *Mestmäcker*, *Interdependenz von Recht und Ökonomie* (N 1), S. 19 (27ff.).

105 *Franz Böhm*, *Demokratie und ökonomische Macht*, S. 1 (11f.): „Nun hat es allerdings ein guter Stern so eingerichtet, dass nach den Forschungsergebnissen unserer nationalökonomischen Theorie die freiheitliche Wettbewerbswirtschaft auch einen größeren ökonomischen Nutzeffekt darbietet als ein mit erheblichen Besitz-

könne wegen der Offenheit der Wettbewerbsprozesse Effizienz nicht prognostiziert und deshalb nicht als rechtlicher Beurteilungsmaßstab verwendet werden.¹⁰⁶ Wohlstand wird im Ordoliberalismus also nur als eine erwartete und auch erwünschte Nebenfolge der Wettbewerbspolitik gesehen, aber nicht als deren Ziel.

2. Schutz vor privater Marktmacht

45 Als primäre Aufgabe der Wettbewerbsbehörden sieht der Ordoliberalismus
Marktmacht vielmehr den Schutz der Wettbewerbsfreiheit vor illegitimer privater
beeinträchtigt Marktmacht.¹⁰⁷ Versteht man nun unter Wettbewerbsfreiheit die Abwesen-
Handlungsfreiheit heit rechtlicher Ge- oder Verbote, dann verfügen alle Marktteilnehmer
nicht zunächst über die gleiche (rechtliche) Handlungsfreiheit. Art. 12 GG schützt
insoweit das Recht des Unternehmers, am Markt teilzunehmen und die Bedingungen der Marktteilnahme, insbesondere Art, Qualität und Preise der angebotenen Güter und Leistungen selbst festzusetzen.¹⁰⁸ In vergleichbarer Weise wird die Wettbewerbsfreiheit von dem Ordoliberalismus nahe stehenden Ökonomen definiert als Freiheit zur Wahl der dem Unternehmen verfügbaren Aktionsparameter: „Organisation, Produktion und Vertrieb“¹⁰⁹, oder konkreter: „Preis, Qualität, Konditionen, Rabatte, Reklame, Nebenleistungen und anderes mehr“.¹¹⁰ Jede Intervention der Wettbewerbsbehörden zur Bekämpfung von Marktmacht bedeutet insoweit zunächst einmal eine Einschränkung dieser Wettbewerbsfreiheit. Es ist aber nicht offensichtlich, in welchem Sinn eine solche Maßnahme, wie der Ordoliberalismus behauptet, auch dem Schutz der Wettbewerbsfreiheit der Konkurrenten dienen kann.¹¹¹ Nicht nur müsste dafür die Schutzrichtung der Wettbewerbsfreiheit auch auf das horizontale Verhältnis zwischen den privaten Unternehmen ausgedehnt werden. Es ist vielmehr unklar, inwieweit durch Marktmacht überhaupt die Wettbewerbsfreiheit der Konkurrenten geschmälert sein kann. Denn die Marktmacht eines Unternehmens lässt die Freiheit seiner Wettbewerber zur Marktteilnahme und zur Wahl seiner Aktionsparameter als solche völlig unberührt. Nehmen wir das Beispiel eines

ständen von ökonomischer Macht durchsetztes marktwirtschaftliches System, ...“; grundsätzlich zum Ziel des Wettbewerbsrechts ebd. S. 5ff.

106 *Mestmäcker*, Interdependenz von Recht und Ökonomie (N 1), S. 19 (28f.).

107 *Böhm* (N 105), S. 5ff.; *Mestmäcker*, Interdependenz von Recht und Ökonomie (N 1); zu Böhms Verständnis von Marktmacht vgl. *Wulf-Henning Roth*, Kartell- und Wettbewerbsrecht, in: Karl Riesenhuber (Hg.), Privatrechtsgesellschaft, 2007, S. 175ff.; kritisch aus ökonomischer Sicht *Hellwig*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? (N 39), S. 231 (240ff.).

108 BVerfGE 106, 275 (299); 114, 196 (244); 121, 317 (345); 130, 131 (141).

109 *Hellwig*; Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? (N 39), S. 231 (252).

110 *Hoppmann*, Wirtschaftsordnung (N 43), S. 267.

111 Vgl. *Mestmäcker*, Interdependenz von Recht und Ökonomie (N 1), S. 19 (28): Marktbeherrschung sei eine Marktstruktur, in der „Dritte in ihren Wahl- und Handlungsmöglichkeiten vom Marktbeherrscher abhängen.“

Monopolisten, der aufgrund eines natürlichen Monopols das einzige Unternehmen auf einem Markt ist und seine Produkte zu überhöhten Monopolpreisen anbietet, die potentielle Wettbewerber aufgrund fehlender Skaleneffekte und hoher Marktzutrittskosten aber nicht wirtschaftlich unterbieten können. Selbst in diesem Extremfall wird die Wettbewerbersfreiheit in dem obigen Verständnis durch den marktbeherrschenden Monopolisten nicht beeinträchtigt. Denn die Wettbewerber können ungehindert produzieren, anbieten und bewerben, was und wie sie möchten. Zu den ihnen möglichen Preisen finden sie nur keine Abnehmer. Sicherlich verursacht das Monopol Ineffizienzen und schädigt die Interessen von Konsumenten und Wettbewerbern. Das aber sind noch keine Verkürzungen der Wettbewerbersfreiheit.¹¹²

Ein Freiheitsproblem wirft Marktmacht erst auf, wenn man unter Freiheit hier nicht Handlungsfreiheit versteht, sondern die Freiheit, durch die eigenen Handlungen auch tatsächlich die gewünschten Zustände oder Ergebnisse zu erzielen, also gewinnbringende Tauschgeschäfte mit den Kunden abzuschließen. Eine derartige Ausweitung des Freiheitsschutzes auf die faktischen Folgen von Freiheitsausübung ist aber jedenfalls dann problematisch, wenn der gewünschte Erfolg, wie bei der Marktteilnahme, maßgeblich von der freiwilligen Mitwirkung privater Dritter abhängt. So wird dem Monopolisten in obigem Beispiel in der Sache vorgeworfen, seinen Kunden Angebote zu unterbreiten, die diese freiwillig annehmen, weil sie attraktiver sind als die der potentiellen Wettbewerber. Das Freiheitsrecht des Art. 12 GG ist hier jedenfalls nicht betroffen, denn es schützt keine Wettbewerbspositionen oder Gewinnchancen.¹¹³

46
Schutz des faktischen
Handlungserfolgs?

Erweitert man dagegen den Schutz der Wettbewerbersfreiheit auf reale Freiheitschancen, kann man für das Wettbewerbsrecht hier normative beachtliche Freiheitsprobleme sehen. Das hilft aber dem Ordoliberalismus nicht. Denn dann muss nicht nur Marktmacht, sondern auch wirksamer Wettbewerb als Freiheitsbeeinträchtigung gewertet werden, weil sich in beiden Fällen Konkurrenten gegenseitig in ihren Handlungsmöglichkeiten beeinträchtigen. So beschränkt nicht nur der Monopolist im Beispiel die faktischen Freiheitsräume potentieller Wettbewerber, indem er ihnen durch attraktivere Angebote an die Kunden eine reale Chance auf den Markteintritt verbaut. Auch im funktionierenden Wettbewerb wird über

47
Wettbewerb als
faktisches
Zwangssystem

112 Dagegen sieht *Martin Hellwig* im Verdrängungswettbewerb eine unzulässiger Beschränkung der Handlungsspielräume der Wettbewerber vgl. *Hellwig, Wirtschaftspolitik als Rechtsanwendung, Zum Verhältnis von Jurisprudenz und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik, Walter-Adolph-Jöhr-Vorlesung 2007, St. Gallen 2007, S. 34ff.*

113 BVerfGE 106, 275 (299); 114, 196 (244); 121, 317 (345); 130, 131 (141).

freiwillige Kaufentscheidungen vermittelt faktischer Zwang ausgeübt, indem die Wettbewerber sich gegenseitig durch günstigere Angebote daran hindern, von ihren Kunden Preise über dem Marktpreis zu verlangen. Dieser Wettbewerbsdruck ist auch nicht minder folgenreich, weil Unternehmen, die im Wettbewerb nicht bestehen, aus dem Wettbewerb ausscheiden müssen. Auch funktionierender freier Wettbewerb ist, so betrachtet, ein „Zwangssystem“.¹¹⁴

48 Notwendigkeit der Abgrenzung Sein weites Freiheitsverständnis stellt den Ordoliberalismus mithin vor der Notwendigkeit, ein Kriterium anzugeben, nach dem in konsistenter Weise illegitimes von legitimem Konkurrenzverhalten abzugrenzen ist.¹¹⁵ Darin liegt die essentielle, auch für das öffentliche Wettbewerbsrecht zentrale Frage jeder Freiheitsanalyse des Wettbewerbs. Ein naheliegendes Kriterium läge hier in den unterschiedlichen Wirkungen, die der faktische horizontale Druck bei wirksamem Wettbewerb und bei Marktmacht erzeugt. Im ersteren Fall begründet er die Funktionsfähigkeit des Marktes und sorgt für dessen Gemeinwohlleistungen, im zweiten Fall führt er zu Ineffizienzen und zu Umverteilungen zu Gunsten des Monopolisten. Darauf wird zurückzukommen sein. Es wären aber jedenfalls keine Freiheitskriterien, wie sie der Ordoliberalismus vertritt.

3. *Freiheit als Kriterium zur Abgrenzung der Freiheitssphären*

49 Materielles Kriterium vs. Form der Abgrenzung Jedes Wettbewerbsrecht, das zwischen erlaubtem und nicht-erlaubtem Wettbewerbsverhalten unterscheidet, grenzt Freiheiten voneinander ab. Dadurch wird Freiheit aber noch nicht zum Ziel der Wettbewerbspolitik. Das ist erst der Fall, wenn Freiheit auch das materielle Kriterium für die Abgrenzung der Freiheitssphären der Wettbewerber stellt oder das Abgrenzungskriterium zumindest aus freiheitsbezogenen Gründen abgeleitet würde. Insoweit ist es hilfreich, zwei Aspekte zu unterscheiden: die Frage des materiellen Abgrenzungskriteriums (Freiheit vs. Effizienz) und die Frage der Form der Abgrenzung (allgemeine Regeln vs. Einzelfallentscheidungen).¹¹⁶

a) *Regelmäßigkeit*

50 per-se rules vs. rules of reason Einen engen Zusammenhang zur Freiheit hat zunächst das formale Kriterium, welches insbesondere von *Ernst-Joachim Mestmäcker* in der Tradition der kantianischen Rechtstheorie befürwortet wird, nämlich dass die Abgren-

114 von Weizsäcker, Asymmetrie der Märkte (N 31), S. 219.

115 Hellwig, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? (N 39), S. 261.

116 Vgl. Martin Hellwig, Wirtschaftspolitik als Rechtsanwendung (N 112), S. 15; ders., Effizienz oder Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?? (N 39), S. 260f.

zung von Freiheitssphären tunlichst nach einer allgemeinen Regel zu erfolgen habe, die von den Wirkungen abstrahieren müsse.¹¹⁷ Wettbewerbspolitik solle danach möglichst durch Anwendung allgemeiner Regeln (per-se rules) erfolgen, und nicht interventionistisch auf der Grundlage diskretionärer Tatbestände und einer Abwägung von positiven und negativen Effekten im Einzelfall (rules of reason).¹¹⁸ Damit wird verbunden, dass sich die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Marktmacht nicht an den Auswirkungen unternehmerischer Maßnahmen (effects based approach) orientieren sollte, sondern an der Marktstruktur und am Marktverhalten (form based approach). Im Hinblick auf die Ziele der Wettbewerbspolitik ist aber zu bedenken, dass Regelhaftigkeit über die Auswahl der Regel, deren Inhalt und Zweck, nichts aussagt. Das Regelpostulat taugt deshalb nicht als Kriterium zur Auswahl zwischen verschiedenen Regeln. Als bloße Form ist es vielmehr unterdeterminiert. Ihm können deshalb auch allgemeine Normen genügen, deren Sinn und Zweck ausschließlich in Effizienzerwägungen liegt.¹¹⁹ Die Allgemeinheit kann sogar auch ökonomisch gefordert sein. Eigentumsregelungen z.B., auf denen die Funktionsfähigkeit von Märkten nicht unwesentlich ruht, sollten auch aus ökonomischer Sicht gut definiert sein.¹²⁰ Als Frage der rechtsstaatlichen Qualität ist Regelhaftigkeit ein wichtiges Desiderat.¹²¹ Das Regelpostulat als solches erhebt aber die Wettbewerbsfreiheit noch nicht zum Maßstab und Ziel der Wettbewerbspolitik.¹²²

b) Leistungswettbewerb

Ein materielles Abgrenzungskriterium müsste zeigen, aus welchem Freiheitsgrund die Freiheitsrechte des marktmächtigen Unternehmens zurückstehen müssen, was also Marktmacht illegitim macht, obwohl sie doch auf legitimen Leistungen des Unternehmens beruhen kann.¹²³ Dafür sind im Rahmen des Ordoliberalismus Kriterien vorgeschlagen worden, die sich aber bei näherem Besehen als versteckte oder mittelbare Effizienzkriterien erweisen. So vertritt *Franz Böhm*, legitime Wettbewerbsfreiheit sei von vornherein auf die Freiheit begrenzt, zu Preisen kaufen oder verkaufen zu

51

Keine Freiheit bei Marktmacht?

117 *Mestmäcker*, Interdependenz von Recht und Ökonomie (N 1), S. 19 (24ff.); *ders.*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? (N 93), S. 185ff.; dagegen *Dieter Schmidtchen*, Wettbewerbsfreiheit oder Effizienz?, in: ORDO 59 (2008), S. 143ff.

118 Diskussion bei *Schmidtchen*, Wettbewerbschutz (N 78), S. 165 (178ff.).

119 *Viktor J. Vanberg*, Wettbewerbsfreiheit und ökonomische Effizienz, in: *ders.* (N 31), S. 107 (123).

120 *Robert Cooter/Thomas Ulen*, Law & Economics, Boston et al. 62012, S. 88ff.

121 *Gregor Kirchhof*, Die Allgemeinheit des Gesetzes, 2009.

122 Wettbewerbsfreiheit ist, kantianisch gesprochen, eine Frage der „äußeren Freiheit“, während das Regelpostulat für Kant in der Fähigkeit zur Selbstgesetzgebung gründet, d.h. in der menschlichen Vernunft.

123 *Hellwig*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? (N 39), S. 231.

dürfen, die sich in einem Markt bei vollständiger Konkurrenz bilden. Oder er hält es für illegitim, Preise unabhängig vom Verhalten der Konkurrenten setzen zu können (was nur der Fall ist, wenn die Unternehmen nicht durch Wettbewerb diszipliniert werden).¹²⁴ *Böhms* Position bedeutet nicht nur, Marktmacht per se für illegitim zu erklären. Sie läuft in der Tendenz auch darauf hinaus, die Wettbewerbsfreiheit nur insoweit zu schützen, als ihre Ausübung mit den Bedingungen einer effizienten Ressourcenallokation übereinstimmt. Denn den Unternehmen wird im Ergebnis rechtliche Freiheit nur zuerkannt, wenn ihre faktischen Freiheitsräume durch den privaten Druck der Konkurrenz bereits auf die gemeinwohldienlichen Optionen zurückgestutzt sind.¹²⁵ Auf diese Weise wird der Sache nach aber Effizienz, und nicht die Wettbewerbsfreiheit als Abgrenzungskriterium gewählt.

52 *Ähnlich verhält es sich aber auch mit dem Vorschlag des Ökonomen Martin Hellwig. Er plädiert in Anknüpfung an die ordoliberalen Tradition ebenfalls für den Schutz der Wettbewerbsfreiheit als normatives Ziel der Wettbewerbspolitik zu betrachten, hält aber Marktmacht nicht per se für illegitim.*¹²⁶ Damit stellt sich die Frage nach der Abgrenzung des legitimen vom illegitimen Freiheitsgebrauchs. Dies soll nach den positiven bzw. negativen Wettbewerbswirkungen des Wettbewerbsverhaltens geschehen. Positiv und damit legitim seien solche Verhaltensweisen, die Ausdruck von Leistungswettbewerb sind.¹²⁷ Dieser liegt in dem Bemühen des Unternehmens, Kunden durch möglichst attraktive Angebote zu gewinnen.¹²⁸ Illegitim

124 *Franz Böhm*, Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung, *Süddeutsche Juristenzeitung* 1 (1946), S. 141 (146ff.); Diskussion und weitere Nachweise bei *Hellwig*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? (N 39), S. 241ff.

125 Deutlich *Böhm* (N 124), S. 148: „Wer privatwirtschaftliche Autonomie in Anspruch nimmt, darf auf dem Markt keine Macht besitzen, um wer über Marktmacht verfügt, hat keinen Anspruch auf privatwirtschaftliche Autonomie.“; kritisch *Hellwig*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? (N 39).

126 *Hellwig*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? (N 39), S. 231 (262ff.); vgl. auch *ders.*, Wirtschaftspolitik als Rechtsanwendung (N 112), S. 34ff.

127 *Hellwig*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? (N 39), S. 231 (262ff.). Zum Konzept des Leistungswettbewerbs bei *Franz Böhm* siehe *ders.*, Wettbewerb und Monopolkampf, 2010 [1933], S. 91 f., 206ff.; *ders.*, Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung (N 124), S. 147; *ders.*, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, 1950, S. 27ff.; zu Böhms Verständnis ausführlich *Roth* (N 107), S. 175 (180f.); zu Rezeptionen in der Ökonomie; *Hellwig*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? (N 39), S. 243, 248, 252 und 264; *Kerber* (N 27), S. 115f. Dass der Topos des Leistungswettbewerbs auch zur Beschränkung legitimen Wettbewerbsverhaltens missbraucht wurde (vgl. *Ernst-Joachim Mestmäcker*, Der verwaltete Wettbewerb, S. 13ff., insb. S. 25f.) ist nicht dem Konzept anzukreiden. Zum verwandten Konzept der „competition on the merits“ im europäischen Wettbewerbsrecht siehe *Europäische Kommission*, DG Competition discussion paper on the application of Article 82, Brüssel, 2005, S. 18f., S. 37 u. S. 39; rechtsvergleichend *OECD*, Competition on the Merits.

128 So die Interpretation von *Hellwig*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? (N 39), S. 243, 248, 252 und 264; vgl. auch *von Hayek*, Recht, Gesetz und Freiheit (N 74), S. 378.

im seien dagegen Verhaltensweisen, die den Leistungswettbewerb behindern, indem sie andere Unternehmen davon abhalten, ihrerseits mit möglichst attraktiven Angeboten um Kunden zu werben. Im Unterschied zu den oben genannten Kriterien wird in dieser Interpretation des Leistungswettbewerbs nicht mehr jede Form von Marktmacht als illegitimes Verhalten betrachtet. Denn auch ein marktmächtiges Unternehmen kann sich um seine Kunden bemühen. Soweit es dies tut, nimmt es seine Wettbewerbsfreiheit nach *Hellwig* in legitimer Weise in Anspruch nimmt.¹²⁹ Liegen, wie häufig, positive und negative Wettbewerbswirkungen vor, seien beide abzuwägen.¹³⁰ Als Indiz für legitimes oder illegitimes Verhalten soll nun aber die Konsumentenwohlfahrt dienen, da sie Rückschlüsse über die Attraktivität der Angebote und die Folgen positiver und negativer Wettbewerbswirkungen zulasse.¹³¹ Auch so wird die Legitimität von Wettbewerbsverhalten nicht nach der Freiheit der Wettbewerber beurteilt, sondern nach der Wohlfahrt der Konsumenten, und nicht Freiheit, sondern ein Teilaspekt der Gesamtwohlfahrt, fungiert als Abgrenzungskriterium.¹³²

Was in beiden Varianten unter dem Topos des Leistungswettbewerbs als Kriterien legitimen Wettbewerbsverhaltens angesprochen wird, bezeichnet der Sache nach nichts anderes als die Funktionsbedingungen des Wettbewerbs, nämlich die Bedingungen, unter denen die Unternehmen im Markt gezwungen sind, ihre Tätigkeit an den Bedürfnissen der Kunden auszurichten.¹³³ Die Ausübung der Wettbewerbsfreiheit wird mithin nur für legitim gehalten, wenn sie der Funktionslogik des Wettbewerbs entspricht. Diese Sichtweise trifft sich mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, nach der ein grundrechtlicher Schutz der Marktteilnahme nur nach Maßgabe der Funktionsbedingungen des Marktes besteht.¹³⁴ Die Funktionsbedingungen sind aber zugleich auch die Voraussetzungen, unter denen der Wettbewerb seine wirtschaftlichen Gemeinwohlleistungen erbringt, nämlich tendenziell effiziente Ergebnisse. Nur das zeichnet sie normativ aus. Das heißt, auch der Ordoliberalismus kommt nicht umhin, Freiheitsinteressen zumindest auch nach den Gemeinwohlwirkungen des Wettbewerbsverhaltens abzugrenzen.¹³⁵

53
 Freiheitsschutz folgt
 der Funktionslogik des
 Marktes

129 *Hellwig*, Wirtschaftspolitik als Rechtsanwendung (N 112), S. 37.

130 *Hellwig*, Wirtschaftspolitik als Rechtsanwendung (N 112), S. 37ff.

131 *Hellwig*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? (N 39), S. 264ff.; *ders.* Wirtschaftspolitik als Rechtsanwendung (N 112), S. 38.

132 Daran ändert auch nichts, dass weitere, mittelbare Effizienzwirkungen nach *Hellwig* außer Betracht bleiben sollen; vgl. *Hellwig*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? (N 39), S. 264ff.

133 Mit der Differenz, dass *Hellwig* auch die Freiheit, Marktmacht auszuüben, als schützenswert ansieht, wenn diese im Interesse der Kunden ausgeübt wird.

134 BVerfGE 105 252 (265); 110, 274 (288); 115, 205 (152); 116, 135 (152).

135 Vgl. *von Weizsäcker*, Asymmetrie der Märkte (N 31), S. 239f..

II. Effizienz als Ziel der Wettbewerbspolitik in der Wohlfahrtsökonomik

54 Auch wenn Freiheit nicht als alleiniges normatives Ziel der Wettbewerbspolitik taugt, weist der Ordoliberalismus doch auf wesentliche Gesichtspunkte hin. Insbesondere zeigen seine berechtigten Einwände, dass auch Effizienz nicht als alleiniges Ziel der Wettbewerbspolitik gelten kann.

1. *Eigenwert der Freiheit*

55 Die Wohlfahrtsökonomie übersieht zunächst den Eigenwert, der den Freiheitsinteressen der Unternehmen aus rechtlicher Sicht zukommt. Im Lichte der Freiheitsrechte und der sie tragenden Menschenwürde erweist sich gerade aus öffentlich-rechtlicher Sicht die Freiheitlichkeit des Wirtschaftssystem als ein schützenswertes Interesse, das auch unabhängig von den wünschenswerten Gemeinwohlfolgen ins Gewicht fällt.¹³⁶ Dem kann man auch mit verhaltensökonomischen Gründen zustimmen, weil Menschen eben nicht nur Präferenzen über Güter haben, sondern auch für Verfahren, und besonders für Freiheit und Autonomie.¹³⁷ Freiheit ist deshalb ein Schutzgut von eigener Dignität, dessen Wert bei staatlichen Interventionen in den Wettbewerb eigenständige Berücksichtigung verdient.

Grundrechte und Verhaltensökonomik

2. *Rechtsstaatlichkeit*

56 Vor allem aber dringt der Ordoliberalismus mit dem Regelpostulat auf die Einhaltung wesentlicher rechtsstaatlicher Belange, die ebenfalls unabhängig von der Frage des normativen Ziels der Wettbewerbspolitik Beachtung verdienen.¹³⁸ Sie gelten allerdings nicht absolut, schon weil Freiheitseinschränkungen durch Ermessensentscheidungen im Einzelfall rechtsstaatlich kein Ausnahmefall sind. Es scheint allerdings sehr vom jeweiligen Regelungsproblem und Rechtsbereich abzuhängen, ob Rechtsstaatlichkeit und Effizienz im Konflikt liegen oder Hand-in-Hand gehen. Das gilt im Wettbewerbsrecht insbesondere aufgrund der oben geschilderten Entwicklung der Wettbewerbsökonomie hin zu einer ausdifferenzierten, spieltheoretisch ansetzenden Industrieökonomik. Diese Entwicklung hat den aus juristischer Sicht folgenreichen Effekt, dass häufig nicht mehr eindeutig gesagt werden kann, welche Wohlfahrtsfolgen eine bestimmte Marktstruktur oder Verhaltensweise hat. Ein Grund dafür ist, dass spieltheo-

Prognoseprobleme der modernen Industrieökonomik

136 *Udo Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Komm. z. GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 117.

137 Siehe *Stefan Magen*, Zur Legitimation privaten Rechts, in: Christian Bumke/Anne Röthel (Hg.), Privates Recht, 2012, S. 229 (231), mit weiteren Nachweisen aus der verhaltenswissenschaftlichen Literatur.

138 So auch *Hellwig*, Wirtschaftspolitik als Rechtsanwendung (N 112), S. 16ff.

retische Aussagen stark von Annahmen abhängen, die der Modellierung zugrunde gelegt werden, aber nicht ohne weiteres verifiziert werden können. Entsprechend weiß man häufig zwar, was unter wohl definierten theoretischen Bedingungen möglich, aber kaum, was im Einzelfall gegeben ist.¹³⁹ Deshalb haben Versuche der empirischen, ökonomischen Überprüfung und Versuche zur Simulation der Folgen wettbewerbspolitischer Maßnahmen in der Wettbewerbspraxis enorm an Bedeutung gewonnen. Insbesondere hat es sich etabliert, im Rahmen von Wettbewerbsverfahren einzelne Fälle mit erheblichem Aufwand durch ökonomische Gutachten empirisch zu überprüfen.¹⁴⁰ Die juristische Praxis gerät dadurch in eine starke Abhängigkeit von Experten, die häufig nicht zu übereinstimmenden Stellungnahmen kommen, aber beachtliche Verfahrenskosten verursachen. Die Abhängigkeit spieltheoretischer Aussagen von theoretischen Modellannahmen und empirischen Parameterwerten macht es zudem sehr schwer, die Voraussetzungen ökonomischer Effizienzeffekte in allgemeine Regeln zu gießen. Hier ist es also die Struktur des ökonomischen Wissens, die den Versuch effizienter Wettbewerbspolitik in die Einzelfallbetrachtung zwingt. Der Fortschritt in den Wirtschaftswissenschaften hat insoweit zwar auf der einen Seite dazu geführt, dass man vielleicht die auf realen Märkten tatsächlich ablaufenden Prozesse wesentlich besser versteht. Er hat paradoxerweise aber gerade dadurch auch die Grenzen zu Tage gebracht, die einer wissenschaftlichen Prognose der Wohlstandsfolgen unternehmerischer und wettbewerbspolitischer Maßnahmen gesetzt sind. Zu dieser (objektiv auch vorher schon bestehenden) Ergebnisunsicherheit tritt allerdings auf rechtlicher Seite eine erhebliche Rechtsunsicherheit, die ihrerseits schädliche Wohlstandsfolgen haben kann.¹⁴¹

Soweit dies möglich ist, scheint deshalb eine im Grunde nur von Wirtschafts- und Rechtswissenschaftlern sowie der Wettbewerbspraxis gemeinsam zu bewerkstellende Suche nach möglichst verallgemeinerbaren Entscheidungselementen sinnvoll.¹⁴² Diese regelhaften Elemente sollten sowohl eine im Mittel der Fälle brauchbare Annäherung an die rele-

57
Interdisziplinäre
Regelsuche

139 Vgl. *Christian Ewald*, Ökonomie im Kartellrecht: Vom more economic approach zu sachgerechten Standards forensischer Ökonomie, in: ZWeR 2011, S. 15 (25ff.).

140 *Schwalbe/Zimmer* (N 10), S. 270ff.

141 *André Schmidt/Stefan Voigt*, Bessere europäische Wettbewerbspolitik durch den „more economic approach“? Einige Fragezeichen nach den ersten Erfahrungen, in: ORDO 58 (2007), S. 33ff.

142 *Roman Guski*, Regelbildung als Entdeckungsverfahren – Kontrolldichte, Rechtsstaatlichkeit und Prozeduralität im EU-Kartellrecht, in: ZWeR 2012, S. 243ff.; *Hellwig*, Wirtschaftspolitik als Rechtsanwendung (N 112), S. 16ff.; *Arndt Christiansen/Wolfgang Kerber*, Competition Policy With Optimally Differentiated Rules Instead of „Per Se Rules Vs Rule of Reason“, in: *Journal of Competition Law and Economics* 2 (2006), S. 215ff.; *Alexander Morell*, (Behavioral) Law and Economics im europäischen Wettbewerbsrecht, 2011.

vanten ökonomischen Effekte bieten, also auch eine im Verwaltungs- und Gerichtsverfahren praktikable und vorhersagbare Entscheidung von Fällen ermöglichen, die aus Rechtsbegriffen zu gewinnen ist und ohne eine umfängliche sachverständige Begutachtung im Einzelfall auskommt.¹⁴³ Wo Effizienz als Abgrenzungskriterium dient, sollte man also, soweit möglich, nach Regeleffizienz und nicht nach Einzelfalleffizienz suchen. In gewisser Weise wird so die Regelbildung selbst zum Entdeckungsverfahren.¹⁴⁴ Wo aber weder die Bildung effizienter Rechtsregeln möglich ist, noch mit vertretbarem Aufwand treffsichere Einzelfallentscheidungen gelingen, sind legitime Gründe für eine staatliche Intervention nicht ersichtlich.

III. Schutz des Gleichlaufs von Freiheit und Gemeinwohl als Funktion des Ordnungsrahmens

1. Wettbewerb aus öffentlich-rechtlicher Sicht

58
Gleichlauf als
implizites Leitbild des
Wettbewerbsrechts

Dass nun weder Freiheit noch die immanenten Gemeinwohlfunktionen des Wettbewerbs für sich als normative Leitbilder des Wettbewerbsrechts taugen, überrascht im Grunde aus öffentlich-rechtlicher Sicht wenig. Öffentliches Recht thematisiert Wettbewerb aus der Perspektive der staatlichen Gewalt. Aus dieser Warte beinhaltet Wettbewerbsrecht zunächst einmal hoheitliche Eingriffe in die Freiheit der Wirtschaftssubjekte, die sich aus Gemeinwohlfunktionen rechtfertigen müssen, aber auch Freiheitsbetätigung schützen und ermöglichen müssen. Die Perspektive ist also die der staatlichen Beschränkung von Freiheit *aus* Gemeinwohlgründen, aber auch die der Ermöglichung von Freiheit *als* Gemeinwohlziel. Wettbewerb gibt aus dieser Warte ein besonderes Bild ab, denn funktionierender Wettbewerb zeigt sich *zugleich* als ein Raum weitgehender grundrechtlicher Freiheit, als auch als ein Raum hohen wirtschaftlichen Wohlstands. Im funktionierenden Wettbewerb, aber nur dort, gehen Freiheit und Gemeinwohl Hand-in-Hand. Dieser Gleichlauf von Freiheit und Gemeinwohl ist weitgehend, aber nicht allumfassend, nicht voraussetzungslos, und auch nicht grenzenlos. Aber soweit Freiheit und Gemeinwohl Hand-in-Hand gehen, verdienen die Funktionsbedingungen und die Eigengesetzlichkeiten des Wettbewerbs Schutz. Denn staatliche Eingriffe sind eher gerechtfertigt, wenn sie der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs dienen, weil sie dann in der Tendenz Freiheit *und* Wohlstand stärken. Die Funktionsbedingungen von Wettbewerb verdienen also Berücksichtigung, weil sie die Grundlage für den *Gleichlauf* von Freiheit und Gemeinwohl darstellen. An die Ökonomie gewandt:

143 Ulrich Schwalbe, Per-se Regeln und der ‚More Economic Approach‘, in: Vanberg (N 31), S. 61 (74f.).

144 Guski (N 142), in: ZWeR 2012, S. 243ff.

Marktversagen – das Fehlen der Funktionsvoraussetzungen – bezeichnet nicht nur ein Wohlfahrtsproblem, sondern auch ein Freiheitsproblem. Insofern ist dem Ordoliberalismus beizupflichten. Denn bei Marktversagen muss das Gemeinwohl gegen die Freiheit realisiert werden. Beeinträchtigen staatliche Maßnahmen dagegen selbst die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, bedürfen sie einer stärkeren Rechtfertigung, weil und soweit sie dadurch in der Tendenz Freiheit *und* Wohlstand verkürzen. Funktionsschutz für den Wettbewerb sichert deshalb einen größeren Entfaltungsraum für die Freiheit insgesamt. Das ist Gegenstand des für das hiesige Projekt zentralen Prinzips der Wettbewerbsneutralität.¹⁴⁵

Zu den Funktionsbedingungen von Wettbewerb gehört allerdings wesentlich auch ein rechtlicher Ordnungsrahmen. In der deutschen Tradition hat darauf der Ordoliberalismus hingewiesen.¹⁴⁶ In der modernen Ökonomie wird diese Notwendigkeit unter dem Stichwort der Institutionen diskutiert.¹⁴⁷ Für das hiesige Wettbewerbskonzept folgt daraus, dass auch Funktionsschutz nicht ohne Einschränkungen der Freiheit auskommt, sondern die Funktionsfähigkeit von Wettbewerb auf bestimmten Schranken aufbaut. Für das öffentliche Recht ist aber vielleicht die Mahnung nicht fehl am Platz, dass der Ordnungsrahmen nicht beliebig gewählt werden kann, wenn man den Gleichlauf von Freiheit und Gemeinwohl nicht untergraben oder gefährden will. Es ist für das Rechtssystem einer hochentwickelten Marktwirtschaft sicherlich kein Zufall, dass derartige in vieler Hinsicht auch nicht festzustellen ist, wenn man das marktrelevante Recht in seinen Grundzügen betrachtet. Man trifft vielmehr auf Arrangements von Freiheit, privatem Druck und Rechtszwang, die im Grundsatz deutlich auf die Funktionsbedingungen von Wettbewerb zugeschnitten sind und somit aus juristischer Sicht den Gleichlauf von Freiheit und Gemeinwohl ermöglichen und schützen. Anders gesagt, werden die individuellen Freiheitsräume durch den rechtlichen Ordnungsrahmen in nicht unerheblichem Ausmaß wettbewerbsfunktional strukturiert. Die faktischen Freiheitsräume der Marktteilnehmer werden dadurch aber nicht nur verkürzt, sondern auch um ein Vielfaches erweitert. Denn gerade durch ihre Freiheitsbeschränkungen eröffnen Kartellrecht, Eigentum und Vertragsrecht wirtschaftliche Handlungsmöglichkeiten, die ohne dies zwar rechtlich zugänglich, aber faktisch weitgehend verschlossen wären. Es ist also der Ordnungsrahmen, der,

59

Ordnungsrahmen
spiegelt ökonomische
Sachgesetzmäßigkeiten

145 Kirchhof/Korte/Magen et al., (N 9), Rn. 39ff.; unten, Rn. 92ff.

146 Kerber/Schwalbe (N 10), Rn. 1034; z.B. Böhm (N 124), S. 148.

147 Christian Kirchner, Privates Wettbewerbsrecht und Gemeinwohlverwirklichung, in: Paul Kirchhof (N 11), S. 45 (57ff.); Rudolf Richter/Eirik G. Furubotn (Hg.), The New Institutional Economics of Markets, Cheltenham 2010; dies., Neue Institutionenökonomik, 42010; Mathias Erlei/Martin Leschke/Dirk Sauerland, Neue Institutionenökonomik, 22007.

richtig gesetzt, gerade durch seine Beschränkungen dazu beiträgt, dass sich der Wettbewerb zu einem Raum der Freiheit und des Wohlstands entfalten kann. Das sei nachfolgend skizziert.

2. *Wettbewerbsfunktionale Ordnung im Konkurrenzverhältnis*

60 Rechtszwang zum Schutz privaten Wettbewerbsdrucks

Besonders deutlich wird die wettbewerbsfunktionale Ordnung der Freiheitsräume im Kartellrecht. In der Diskussion um das Freiheitsverständnis des Ordoliberalismus war bereits deutlich geworden, dass Wettbewerb zwischen Unternehmen wie Zwang wirkt, auch wenn es sich nicht um Rechtszwang handelt, sondern nur um faktischen privaten Druck, den die Konkurrenten aufeinander ausüben, indem sie um die Gunst der Kunden werben.¹⁴⁸ Von dem durch Marktmacht ausgeübten faktischen Druck unterscheidet sich der Wettbewerbsdruck darin, dass letzterer die Unternehmen zwingt, sich im Interesse der Konsumenten und damit gemeinwohldienlich zu Verhalten. Marktmacht dagegen mindert den faktischen Zwang zu gemeinwohldienlichem Verhalten, indem sie dem marktmächtigen Unternehmen Spielräume zur Preisgestaltung verschafft,¹⁴⁹ die es zu Lasten der Konsumenten ausnutzen kann. Wenn nun das Kartellrecht durch Kartellverbote, Fusionskontrolle und Missbrauchskontrolle die Entstehung und den Missbrauch von Marktmacht bekämpft, dann zwingt es die Unternehmen mit den Mitteln des Rechts, den wechselseitigen privaten Druck aufrecht zu erhalten. Das Wettbewerbsrecht sieht es mithin als seine Aufgabe an, die Freiheitsräume der Unternehmen durch Rechtszwang so zu verkürzen, dass diese sich gegenseitig zu gemeinwohldienlichem Verhalten zwingen. Ganz im Sinne des Gleichlaufs von Freiheit und Gemeinwohl ist diese durch privaten Druck unterstützte Ordnung wirtschaftlicher Prozesse sowohl für die Wirtschaftsergebnisse weit überlegen (sie ermöglicht nicht nur eine dezentrale Koordination der Handlungspläne, sondern vor allem auch eine dezentrale Vermittlung von Informationen, die der öffentlichen Hand als ‚zentralem Planer‘ fehlen) und schafft zugleich weit ausgreifende reale Freiheitsräume (weil die Notwendigkeit einer Mikrosteuerung der Wirtschaftstätigkeit durch die öffentliche Hand entfällt).

148 Siehe oben, Rn. 47.

149 Siehe oben, Rn. 45ff.

3. Wettbewerbsfunktionale Ordnung im Tauschverhältnis

Der Bedarf nach einer funktional strukturierten Ordnung von Freiheit und Zwang besteht aber auch im Tauschverhältnis. Er wird durch klassische zivilrechtliche Institute bedient. Deren ökonomische Funktionen werden von der ökonomischen Analyse des Rechts und der Institutionenökonomie beschrieben. Um auf die wettbewerbsermöglichende Funktion dieser Rechtsinstitute hinzuweisen, reicht ein Blick auf einige Grundmuster aus. 61

a) Eigentum und Tauschmöglichkeiten

Ausgangs- und Angelpunkt der Gemeinwohlwirkungen des Wettbewerbs ist der im freiwilligen Tausch realisierte Kooperationsgewinn.¹⁵⁰ Ein Anreiz zum Tausch besteht aber nur, wenn eine nicht tauschvermittelte Nutzung von Gütern verhindert wird.¹⁵¹ Mit anderen Worten muss die unmittelbare Nutzung von Gütern aus den Freiheitsräumen der Konsumenten praktisch ausgeschlossen werden. Fehlt es daran, ist Kooperation durch Tauschgeschäfte nicht erreichbar, d.h., Tausch ist in den realen Freiheitsräumen der Tauschpartner nicht enthalten. Für umso mehr Güter nicht-tauschvermittelte Nutzungen ausgeschlossen werden, für umso mehr Güter wachsen die Tauschmöglichkeiten und dadurch die realen Freiheitsräume.¹⁵² Ein solcher Ausschluss kann durch sozialen Druck des Produzenten selbst, also durch Selbsthilfe, geschehen. Das verursacht aber für den Produzenten hohe Schutzkosten, macht die Aussichten des Produzenten auf Gewinn fragil und unsicher und kann die Reichweite von Tausch deshalb nur beschränkt verbessern.¹⁵³ Dezentrale Nutzungsregelungen, die Ausschluss auf der Grundlage sozialen Druck leisten, können hier eine zusätzliche Erweiterung bringen. Einen wirklichen Durchbruch für eine gesellschaftsweite und mittlerweile globale Marktwirtschaft ermöglichen aber erst rechtlich definierte und durchgesetzte 'Verfügungsrechte' (property-rights), also das private Eigentum.¹⁵⁴ Deren Schutz durch Rechtszwang – Delikts- und Strafrecht – ermöglicht die Freiheitsräume für Tauschmöglichkeiten, in denen sich Tauschgewinne als Grundlage des wirtschaftlichen Gemeinwohls realisieren lassen.¹⁵⁵ Auch insoweit beruht der Wettbewerb also auf einer funktionalen Verknüpfung von Freiheit und Zwang im Dienste des wirtschaftlichen Gemeinwohls. 62 Anreiz zum Tausch

150 Siehe oben, Rn. 23.

151 *Richard Posner*, *Economic Analysis of Law*, Austin et al. 82011, S. 40.

152 Zu Gütern, bei denen Ausschluss nicht möglich ist (öffentliche Güter) oder nicht effizient (Klubgüter) siehe unten, Rn. 82.

153 *Cooter/Ulen* (N 120), S. 283ff.

154 *Christoph Engel*, Die soziale Funktion des Eigentums, in: Thomas von Danwitz/Otto Depenheuer/Christoph Engel, Bericht zur Lage des Eigentums, 2002, S. 9ff.

155 Die mit der Definition von Verfügungsrechten verbundene Abgrenzung von Freiheitsräumen ist also kein Nullsummenspiel.

b) *Privatautonomie und Vertragsgestaltung*

63 Opportunistisches Verhalten Eine solche Ausweitung der Tauschmöglichkeiten (und der durch sie ermöglichten Gemeinwohlwirkungen) durch – freiwillig eingegangenen – rechtlichen Zwang findet aus anderen Gründen bei der Privatautonomie statt. Beim Abschluss von Tauschgeschäften haben die Tauschpartner sowohl gleichläufige Interessen (die Tauschgewinne) als auch gegenläufige Interessen (deren Verteilung). Für das Ausmaß der Gemeinwohlwirkungen (die Höhe der Tauschgewinne) ist es dabei unerheblich, wie diese auf die Tauschpartner aufgeteilt werden. Interessenkonflikte zwischen den Tauschpartnern werden allerdings zum Problem, wenn die Gelegenheit zu opportunistischem Verhalten besteht.¹⁵⁶ Dies kann zum Beispiel der Fall sein, wenn ein Tausch nicht simultan vollzogen wird, wenn der Tauschpartner die Qualität der Leistung nicht beobachten kann (Informationsasymmetrien) oder wenn eine Partei in einem fortgesetzten Austauschverhältnis verlorene Investitionen tätigen muss (Hold-Up-Probleme). Solche Konstellationen geben einer Partei strategische Möglichkeiten, die sie zum Nachteil der anderen auszunutzen kann (sog. moralisches Risiko), zum Beispiel, indem sie nach einer Vorleistung der anderen Partei ihre eigene Leistung schuldig bleibt, schlecht leistet oder die faktische Bindung der anderen Partei für Nachverhandlungen ausnutzt. Solche Missbrauchsrisiken werden zu Hindernissen für die Realisierung von Tauschgewinnen, wenn sie dazu führen, dass Tauschgeschäfte aus Furcht vor Ausnutzung nicht zustande kommen. Durch den Abschluss rechtlich bindender Verträge und über die Vereinbarung geeigneter Vertragsklauseln können die Parteien aber dafür sorgen, dass Ausbeutungsmöglichkeiten ausgeschlossen werden und der Tausch doch zustande kommt. Indem das Recht hier den Parteien eine Selbstbindung ermöglicht, weil es ihnen seinen Rechtszwang zur Verfügung stellt, schränken es zwar zum einen Freiheitsräume durch Ausschluss opportunistischer Handlungsoptionen ein, erweitert die Freiheitsräume aber zugleich um zusätzliche Tauschmöglichkeiten. Auch in dieser Konstellation dient die Verknüpfung von Freiheit und Zwang der Förderung des wirtschaftlichen Gemeinwohls.¹⁵⁷

c) *Abschlussfreiheit*

64 Tauschgewinne und Konkurrenzdruck Die Freiheit der Parteien, über Vertragspartner und Konditionen frei entscheiden zu können, stellt sicher, dass die vereinbarten Tauschgeschäfte für beide Seiten vorteilhaft sind, vorausgesetzt die Parteien handeln rational.

156 *Oliver E. Williamson*, The New Institutional Economics, *Journal of Economic Literature* 38 (2000), S. 595 (601).

157 Zum Einsatz des Lauterkeitsrechts zur Bekämpfung von Informationsasymmetrien vgl. *Roth* (N 107), S. 175 (202f.).

Sie sorgt auch dafür, dass jeder Marktteilnehmer sich denjenigen als Vertragspartner aussuchen kann, der ihm das attraktivste Angebot macht, und ist damit zugleich Voraussetzung von Konkurrenz. Die Abschlussfreiheit ist mithin in doppelter Hinsicht Bedingung für die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbsmechanismus. Durch sie bleibt aber die Verteilung der Tauschgewinne den Parteien und ihrer jeweiligen Verhandlungsmacht überlassen. Allerdings kommt den Konsumenten hier der Wettbewerb zugute, der im Grenzfall vollständigen Wettbewerbs die Gewinne der Unternehmen auf eine marktübliche Kapitalrendite reduziert (sog. ökonomischer Nullgewinn) und Wettbewerb auch sonst die Gewinne eher zugunsten der Konsumenten verteilt.¹⁵⁸

Voraussetzung für die Gemeinwohlwirksamkeit des freiwilligen Tauschs ist allerdings, dass insbesondere die Konsumenten rational handeln, also tatsächlich diejenigen Tauschgeschäfte eingehen, die ihren Bedürfnissen am besten entsprechen. Das wird durch Befunde der Verhaltensökonomik zum Teil in Frage gestellt.¹⁵⁹ Dann können individuelle Freiheitsausübung und individuelles Wohl auseinanderfallen. Allerdings ist empirisch keineswegs klar, wie gravierend dieses Problem ist. Zwei gegensätzliche Reaktionen auf diesen Befund kann man beobachten: Der sog. freiheitliche Paternalismus (libertarian paternalism) sucht nach Wegen, individuelle Entscheidungen möglichst freiheitsschonend und Verzicht auf Zwang psychologisch so zu beeinflussen, dass die tatsächliche Freiheitsausübung wieder mit dem individuellen Wohl übereinstimmt („nudges“).¹⁶⁰ Diese Vorgehensweise wird im Zusammenhang des Verbraucherschutzes eingehend diskutiert und erprobt.¹⁶¹ Die andere Reaktion ist, Wahlentscheidungen als eigenverantwortliche Freiheitsausübung zu interpretieren und Präferenzen dann nicht wegen ihres Beitrags zum individuellen Wohlbefinden, sondern wegen ihres Freiheitscharakters für normativ relevant zu halten.¹⁶² Dann verlieren die tatsächlichen Folgen der Entscheidung für das individuelle Wohlergehen an Bedeutung. Es hängt mithin von der spezifischen Interpretation des Gemeinwohls ab, ob Irrationalitäten bei der Entscheidungsfindung den Freiheitskonnex in Frage stellen oder nicht. Dieses Problem wird nicht nur im

65
Beschränkte
Rationalität und
Freiheit

158 von Weizsäcker, *Asymmetrie der Märkte* (N 31), S. 221ff.

159 Umfassend Klaus Schmolke, *Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht*, 2014.

160 Richard H. Thaler/Cass R. Sunstein, *Nudge, Wie man kluge Entscheidungen anstößt*, 2009; Cass A. Sunstein, *Empirically Informed Regulation*, in: *Univ. Chicago Law Review* 78 (2011), S. 1349ff.

161 Etwa durch die Generaldirektion Gesundheit und Verbraucher der Europäischen Kommission.

162 Vgl. von Weizsäcker, *Asymmetrie der Märkte* (N 31), S. 212ff.; Zimmer (N 52), S. 85ff.

zivilen Vertragsrecht erörtert, sondern gewinnt auch im öffentlichen Recht an Bedeutung.¹⁶³

D. Der Wettbewerbsbezug im öffentlichen Wettbewerbsrecht

- 66 Gleichlauf von Freiheit und Gemeinwohl als Leitgedanke Das vorstehend skizzierte Wettbewerbskonzept begreift Wettbewerb in öffentlich-rechtlichen Begriffen als einen durch rechtliche Ordnung gestützten Gleichlauf von Freiheit und Gemeinwohl: Im Zusammenspiel von Tausch- und Konkurrenzprozessen und durch den Ordnungsrahmen gestützt, sorgt individuelle Freiheitsausübung auf Wettbewerbsmärkten für eine vergleichsweise effiziente Bereitstellung privater Güter. Diesen Gleichlauf von Freiheit und Gemeinwohl zu ermöglichen und zu schützen, ist eine Funktion der klassischen Materien des rechtlichen Ordnungsrahmens.¹⁶⁴ Dieser Leitgedanke prägt aber auch die hier als öffentliches Wettbewerbsrecht interpretierten Rechtsmaterien.¹⁶⁵
- 67 Gemeinwohlziele und Gütercharakteristika Manche Bereiche des öffentlichen Wettbewerbsrechts verfolgen allerdings wettbewerbsexterne Gemeinwohlziele. Deren ökonomische Eigenschaften beeinflussen die Art, die Ziel und die Instrumente einer möglichen staatlichen Intervention. Für eine rechtswissenschaftliche Analyse des öffentlichen Wettbewerbsrechts ist es deshalb aufschlussreich, die von der öffentlichen Hand verfolgten Gemeinwohlziele anhand ihrer ökonomischen Gütercharakteristika weiter zu klassifizieren, weil diese den Wettbewerbsbezug der mit ihnen befassten Rechtsmaterien mit prägen und insoweit nicht zufällig mit der dogmatischen Unterscheidung in die vier Bereiche des gesicherten, ermöglichten, gelenkten und geschaffenen Wettbewerbs korrespondieren.
- 68 Gütercharakteristika und Zielkonflikte Von Bedeutung sind die Gütercharakteristika zudem für den Gleichlauf von Freiheit und Gemeinwohl. Ökonomisch betrachtet sind die Eigenschaften nicht-privater Güter Gründe für Marktversagen. Jedes Versagen des Marktes, Effizienz oder ein anderes, politisch gewünschtes Ziel hervorzubringen, bedeutet aber der Tendenz nach zugleich die Notwendigkeit einer mit Freiheitseingriffen verbundenen Intervention, wenn das Ziel dennoch verwirklicht werden soll. Die ökonomischen Gütercharakteristika sagen insoweit etwas über die bei bestimmten Interventionen zu erwartend-

163 Vgl. z.B. *Christoph Engel/Elke Weber*, The Impact of Institutions on the Decision How to Decide, in: *Journal of Institutional Economics* 3 (2007), S. 323ff.; *Johannes Hellermann/ Wolfgang Durner*, Schutz der Verbraucher durch Regulierungsrecht, in: *VVDStRL* 70 (2011), S. 366ff. bzw. S. 398ff.

164 Dazu oben, Rn. 58ff.

165 *Kirchhof/Korte/Magen et al.*, (N 9), Rn. 34ff.

en Zielkonflikte zwischen Freiheit und Gemeinwohl aus. Der folgenden Klassifizierung geht es also nicht um eine normative Staatsaufgabenlehre, sondern um eine Instrumentenlehre, die Anhaltspunkte dafür gibt, welche öffentlichen Interessen Wettbewerbsmärkte von sich aus befriedigen können, und welche Gemeinwohlziele demgegenüber jenseits, gegen oder durch die Lenkung von Wettbewerb zu verfolgen sind.

I. Staatliche Gemeinwohlziele als ‚Güterproduktion‘

Alles, was (unmittelbar oder vermittelt) eine positive Wirkung auf die (materiellen oder immateriellen) Interessen der Menschen hat, kann im Grundsatz als ein Gut (bzw. eine Dienstleistung) betrachtet und unter dem Gesichtspunkt der Nutzung knapper Ressourcen ökonomisch analysiert werden. Das gilt nicht nur für handelbare Güter, sondern zum Beispiel auch für ein funktionierendes Rechtssystem. Vieles, was aus öffentlich-rechtlicher Sicht ein potentielltes Gemeinwohlziel ist, lässt sich deshalb ökonomisch als Produktion von „Gütern“ thematisieren.¹⁶⁶ Damit befasst sich in der Ökonomie vor allem die finanzwissenschaftliche Kollektivgüterlehre.

69
Staatsaufgaben in
Recht und Ökonomie

1. Private Güter, Kollektivgüter und öffentliche Externalitäten

Die Kollektivgütertheorie betrachtet die Bereitstellung von Gütern primär unter dem Aspekt der Effizienz und unterscheidet insoweit zwischen privaten Gütern und verschiedenen Arten von Kollektivgütern.¹⁶⁷ Sie unterscheidet private und kollektive Güter aber nicht nach deren rechtlichem Status (etwa zwischen Sachen im privaten oder im staatlichen Eigentum oder zwischen privatrechtlichem Eigentum und öffentlicher Widmung). Für die effiziente Bereitstellung ist vielmehr wichtig, ob ein Gut zwei

70
Finanzwissen-
schaftliche
Kollektivgüterlehre

166 Ausführlicher *Stefan Magen*, Eckpunkte für einen stärker ökonomisch informierten Ansatz im Recht der nichtsteuerlichen Abgaben, in: *Die Verwaltung*, 46 (2013), S. 383 (385ff.).

167 *Robert Musgrave/Peggy Musgrave*, *Public Finance in Theory and Practice*, New York et al., 1989, S. 41ff.; *Robert Musgrave*, Art. 'Public Finance', in: *The New Palgrave Dictionary of Economics*, 2008; *Richard Cornes/Todd Sandler*, *The Theory of Externalties, Public Goods and Club Goods*, Cambridge, 1986; *Charles Blankart*, *Öffentliche Finanzen in der Demokratie*, 2011, S. 58ff.; *Jean Hindriks/G. Myles*, *Intermediate Public Economics*, Cambridge, MA, 2013; *Ewald Nowotny/Martin Zagler*, *Der öffentliche Sektor*, 2009, S. 60ff., grundlegend *Erik Lindahl*, *Die Gerechtigkeit der Besteuerung*, 1919; *Paul Samuelson*, *The Pure Theory of Public Expenditure*, in: *Review of Economics and Statistics* 36 (1954), S. 387ff.; *Robert Musgrave*, *The Theory of Public Finance*, 1959; *James Buchanan*, *An Economic Theory of Clubs*, in: *Economica* 32 (1965), S. 1ff.; *Edward Clarke*, *Multipart Pricing of Public Goods*, in: *Public Choice* 11 (1971), S. 17ff.; zum Stand der Forschung *Martin Hellwig*, in: *Max Planck Institute for Research on Collective Goods (Hrsg.)*, *Status Report 2009-2011*, S. 17ff. (erhältlich unter www.coll.mpg.de).

ökonomisch relevante Eigenschaften aufweist, nämlich Ausschließbarkeit als Möglichkeit, Unberechtigte vom Gebrauch auszuschließen, und Rivalität als Beeinträchtigung der weiteren Gebrauchsmöglichkeiten durch den Gebrauch.¹⁶⁸ Die Kombination beider Eigenschaften bildet die Grundlagen, dass private Güter auf Märkten tendenziell effizient bereitgestellt werden.¹⁶⁹ Fehlt eine oder beide dieser Eigenschaften, kann man von einem Kollektivgut sprechen (die Terminologie ist nicht einheitlich).

		Rivalität	
		ja	nein
Ausschließbarkeit	ja	private Güter	Klubgüter
	nein	Gemeingüter	öffentliche Güter

Tabelle: Private und kollektive Güter

71 Marktversagen im engen Sinn Kollektivgüter sind Spezialfälle des allgemeinen Problems (positiver oder negativer) Externalitäten, also der nicht-marktvermittelten Steigerung oder Minderung des Nutzens anderer Bürger.¹⁷⁰ Sie werden aus unterschiedlichen Gründen von Märkten nicht effizient bereitgestellt.¹⁷¹ Bei Kollektivgütern ergeben sich Probleme aus dem Fehlen einer oder beider der genannten Eigenschaften. Je nachdem welche fehlt, hat man es mit einem (reinen) öffentliches Gut zu tun (nicht ausschließbar und nicht rivalisierend), einem Klubgut (bzw. einem Mautgut oder einem ausschließbaren öffentlichen Gut) (ausschließbar, aber nicht rivalisierend) oder einem Gemeingut (bzw. um eine Almende) (nicht ausschließbar, aber rivalisierend). Kollektivgütern ist gemein, dass ihre effiziente Produktion durch Märkte problematisch ist. Zum Beispiel kann man öffentliche Güter und Gemeingüter mangels Ausschließbarkeit nutzen, ohne dafür ein Entgelt entrichten zu müssen. Die Nutzung von Klubgütern kann dagegen von einem Entgelt abhängig gemacht werden. Das kann aber ineffizient sein, soweit Nutzungen ausgeschlossen werden, die mangels Rivalität keine Kosten verursachen. Kollektivgüter werfen mithin (unterschiedliche) Effizienzprobleme auf¹⁷² und stellen insoweit Marktversagensprobleme im engen, wohlfahrtsökono-

168 Cornes/Sandler (N 167), S. 8ff.

169 Erlei/Leschke/Sauerland (N 147), S. 340ff.

170 Samuelson (N 167), S. 387ff., Cornes/Sandler (N 167), Michael Fritsch, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 82010. S. 80ff.

171 Blankart (N 167).

172 Dazu sogleich, Rn. 77ff.

mischen Verständnis dar. Das gilt auch für sonstige, nicht auf dem Gutscharakter beruhenden (positive oder negative) Externalitäten wie etwa Treibhausgasemissionen, von denen insbesondere die viele Personen betreffenden ‚öffentlichen‘ Externalitäten¹⁷³ für das öffentliche Wettbewerbsrecht relevant sind.

2. Verteilungszwecke und meritorische Güter

Da die Kollektivguttheorie ausschließlich auf das Effizienzziel hin formuliert ist, deckt sie andere normative Gemeinwohlziele nicht ab, wie sie zum Beispiel mit Universaldienstplichten verfolgt werden. So kann der öffentlichen Hand daran gelegen sein, dass bestimmte (private oder kollektive) Güter für bestimmte Gruppen oder insgesamt in größerem Umfang zur Verfügung gestellt werden, als dies von Märkten geleistet würde bzw. effizient wäre. Eine solche Marktkorrektur kann durch Verteilungsgründe (z.B. flächendeckend gleichmäßige Preise) motiviert sein, oder auf anderen normativen Gründen beruhen (z.B. einen Beitrag zur demokratischen Bildung zu leisten, wie beim Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks).¹⁷⁴ Man kann insoweit von Verteilungszwecken und von meritorischen Gütern sprechen.¹⁷⁵ Als Gemeinwohlziele zielen diese auf die Korrektur von Marktversagen in einem weiten, politischen Verständnis.

72
Marktversagen im
weiten Sinn

3. Mischgüter

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass reale Güter in verschiedener Hinsicht Mischgüter sein können. So sind Ausschließbarkeit und Rivalität graduelle Eigenschaften, die ein Gut mehr oder weniger aufweisen kann.¹⁷⁶ Es kann auch sein, dass der Gebrauch eines Gutes erst ab einer bestimmten Auslastung rivalisiert. Z.B. beeinträchtigt die Nutzung einer Fernstraße durch ein weiteres KfZ bis zu einem gewissen Auslastungsgrad die Nutzung durch andere Kraftfahrer nicht. Das ändert sich aber im Berufsverkehr.¹⁷⁷ Güter können auch nebeneinander mehrere Nutzendimensionen mit unter-

73
Mehrere
Nutzendimensionen

173 Daniel Arce/Todd Sandler, The Dilemma of the Prisoners' Dilemma, in: *Kyklos* 58 (2005), S. 3ff.

174 Vgl. BVerfGE 73, 108 (158), 74, 297 (324), 87, 181 (199), 90, 60 (90), 119, 181 (218).

175 Zu dem schillernden Begriff der meritorischen Güter vgl. *Musgrave/Musgrave* (N 167), S. 55ff. Darunter werden zum Teil auch paternalistische Interventionen aus Gründen beschränkt rationalen Verhaltens verstanden (*Horst Zimmermann/Klaus-Dirk Henke/Michael Broer*, *Finanzwissenschaft*, 112012, S. 55ff.), die aber letztlich der Präferenzautonomie der Individuen dienen, vgl. *Thaler/Sunstein* (N 160). Hier sei er auf paternalistische staatliche Interventionen beschränkt, die über Präferenzverwirklichung und damit über das Effizienzziel hinausgehen.

176 *Cornes/Sandler* (N 167), S. 9.

177 *Erik Gawel/Christopher Schmidt*, *Finanzwissenschaftliche Probleme der Gebührenfinanzierung von Verkehrsinfrastruktur nach dem Fernstraßengesetz*, 2010, S. 27ff.

schiedlichen Gutscharakteristika aufweisen. Friedhöfe z.B. sind für die Angehörigen als Orte der würdigen Bestattung und des Totengedenkens private Güter, im Hinblick auf den Seuchen- und Wasserschutz aber öffentliche Güter.¹⁷⁸ Zudem sind mit Verteilungszwecken und meritorischen Gütern nicht andere Arten von Gütern neben den privaten und kollektiven bezeichnet, sondern normative Ziele, die bei der Bereitstellung privater oder kollektiver Güter verfolgt werden. Z.B. beziehen sich Universaldienstverpflichtungen im Bereich der Telekommunikation auf die Bereitstellung eines privaten Gutes, nämlich von Telekommunikationsdienstleistungen. Oder der öffentliche Rundfunk ist ein Klubgut, das aber wegen seines meritorischen Nutzens für die Demokratie nicht marktförmig bereitgestellt wird.¹⁷⁹ Für das öffentliche Wettbewerbsrecht ist der Mischcharakter von Gütern wichtig, um zu verstehen, wie im Bereich des gelenkten Wettbewerbs wettbewerbsexterne Gemeinwohlziele über Interventionen in den Wettbewerb umgesetzt werden.¹⁸⁰

II. Der Wettbewerbsbezug nach dem Gutscharakter der Gemeinwohlziele

74 Topographie der Rechtsbereiche Nach dem Vorgesagten lassen sich die Gemeinwohlziele staatlicher Interventionen für die hiesigen Zwecke unterscheiden in private Güter, kollektive Güter und öffentliche Externalitäten, Verteilungsziele sowie meritorische Güter. Soweit der Markt diese Ziele von selbst hervorbringt, bedarf es keiner staatlichen Intervention. Soweit dies nicht der Fall ist, kann man von einem Marktversagen sprechen. Je nachdem, ob sich das Zurückbleiben auf ein Effizienzziel bezieht (private Güter, Kollektivgüter und öffentliche Externalitäten) oder auf ein anderes politisches Ziel (Verteilungsziele und meritorische Güter) kann man von Marktversagen im engen und im weiten Sinn sprechen. Auf dieser Grundlage lassen sich (nicht trennscharf, aber der Tendenz nach) einzelne Rechtsbereiche bestimmten Typen von Gemeinwohlzielen zuordnen. In dieser Topographie lässt sich (wiederum nicht trennscharf, aber der Tendenz nach) das öffentliche Wettbewerbsrecht im Wirtschaftsrecht verorten und dessen beide Hauptbereiche angeben.

178 Erik Gawel, Öffentliches Interesse im Gebührenrecht, in: *Verwaltungsarchiv* 102 (2011), S. 491 (512ff.).

179 Anna Terschüren, *Die Reform der Rundfunkfinanzierung in Deutschland*, 2013, S. 194ff.

180 Dazu unten, Rn. 81ff.

1. Wettbewerbsrecht als Recht des Konkurrenzverhältnisses

Wettbewerb, wie er hier verstanden wird,¹⁸¹ meint einen bestimmten Modus der Produktion und Allokation von Gütern, nämlich durch das Zusammenspiel von Tausch und Konkurrenz. Nach der Kollektivgüterlehre ist der erhoffte Gleichlauf von Freiheit und Gemeinwohl aber zunächst nur für den Bereich der privaten Güter zu erwarten. Gegenstand von Wettbewerbsrecht im hiesigen Verständnis ist aber nicht die Regulierung privater Gütermärkte insgesamt, es befasst sich also nicht mit allen dort auftretenden Marktversagensproblemen. Gegenstand des Wettbewerbsrechts ist spezifischer das Konkurrenzverhältnis zwischen den Unternehmen.¹⁸² Dagegen ist die Bewältigung von Marktversagen (im engeren wie im weiteren Sinn) in Bezug auf das Tauschverhältnis primär Gegenstand des Privatrechts, insbesondere des Eigentumsrechts (Tauschanreize), des Vertragsrechts (opportunistisches Verhalten) und des Verbraucherschutzrechts (Irrationalität, Verteilung).¹⁸³ Aber auch das Gewerberecht als Sonderordnungsrecht oder als Verbraucherschutzrecht bezieht sich auf das Tauschverhältnis. Verbraucherschutz ist zudem ein wesentlicher, aber nicht der einzige Gegenstand des Lauterkeitsrechts.¹⁸⁴ Wettbewerbsrecht in dem hier verstandenen Sinn ist dagegen primär ein Recht des Konkurrenzverhältnisses.¹⁸⁵ Es befasst sich mit den durch Marktmacht aufgeworfenen Marktversagensproblemen, sei es unmittelbar, oder sei es mittelbar.

75
Recht des
Konkurrenz-
verhältnisses

Für Binnendifferenzierung innerhalb des Wettbewerbsrechts sind dagegen die ökonomischen Charakteristika des betroffenen Gutes bzw. die in Bezug auf dieses verfolgten weiteren Ziele aufschlussreich. Nach der Kollektivgüterlehre besteht die spezifische oder immanente Form der Gemeinwohlleistung von Wettbewerbsmärkten primär in der effizienten Produktion privater Güter. Nur diese Güter werden auf Märkten tendenziell effizient bereitgestellt, und nur für diese wettbewerbsimmanenten Gemeinwohlleistungen gilt der Konnex zwischen Freiheit und Gemeinwohl, der in Anknüpfung an den Ordoliberalismus als Vorzug von Wettbewerb beschrieben worden war. Verfolgt der Staat deshalb Gemeinwohlziele, die sich als effiziente Bereitstellung privater Güter verstehen lassen, dann liegt die wirksamste und freiheitsschonendste Weise, diese umzusetzen, darin,

76
Wettbewerbs-
immanente
Gemeinwohlziele

181 Oben, Rn. 13ff.; *Kirchhof/Korte/Magen et al.* (N 9), Rn. 11.

182 *Kirchhof/Korte/Magen et al.* (N 9), Rn. 12; *Stefan Korte*, Das Öffentliche Wettbewerbsrecht im System der Rechtsgebiete, in diesem Band, § 3, Rn. #; zum Konkurrenzverhältnis siehe oben, Rn. 25f.

183 Siehe oben, Rn. 61ff.

184 Zur Funktion des Lauterkeitsrecht für den Verbraucherschutz *Matthias Leistner*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, 2007, S. 249ff.

185 Mit diesem befasst sich in bestimmter Hinsicht auch das Gewerberecht, aber nur in dem negativen Sinn soweit es Gewerbefreiheit und damit Marktzutritt gewährt.

die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs auf dem betreffenden Markt herzustellen bzw. zu verbessern. Die Umsetzung immanenter Gemeinwohlziele hat dann einen unmittelbaren Wettbewerbsbezug. So liegt es in den Bereichen des rechtlich gesicherten und des rechtlich ermöglichten Wettbewerbs.¹⁸⁶

77 Wettbewerbsexterne Gemeinwohlziele Alle anderen Gemeinwohlziele – die effiziente Bereitstellung von kollektiven Gütern bzw. Lösung von Externalitätenproblemen und die befriedigende Umsetzung von Verteilungszwecken und die meritorischen Zielen – werden dagegen selbst von einem funktionsfähigen Wettbewerb nicht vollbracht, sondern im Gegenteil von diesem regelmäßig verdrängt oder erschwert. Insoweit sind diese Ziele dem Wettbewerb extern, bzw. die Reichweite des Wettbewerbs als Mechanismus zur Gemeinwohlgenerierung beschränkt. Selbst das Ziel einer möglichst effizienten Produktion von Gütern ist nach der Kollektivgüterlehre kein Reservat von Wettbewerbsmärkten, sondern verlangt bei Kollektivgütern nach nicht-marktlichen Institutionen wie einer staatlichen Intervention. Entsprechend werden viele wettbewerbsexterne Ziele wie der Schutz der öffentlichen Sicherheit durch die Polizei oder die Begrenzung negativer öffentlicher Externalitäten durch das Immissionsschutzrecht von der öffentlichen Hand eigenhändig und abgabenfinanziert verfolgt, und damit jenseits des Marktes und ohne Wettbewerbsbezug. Externe Ziele werden aber zu einem Thema des öffentlichen Wettbewerbsrechts, wenn die öffentliche Hand den Wettbewerb für die Zielerreichung instrumentalisiert, etwa indem sie Verkehrsleistungen im Personennahverkehr, die im Markt nicht rentabel wären, über öffentlich bezuschusste Aufträge realisiert, oder öffentlich-rechtliche Emissionsgenehmigungen handelbar macht.¹⁸⁷ Externe Ziele werden dabei im Wege einer Lenkung des privaten Gütermarktes oder durch Schaffung künstlicher Märkte umgesetzt. Entsprechende Interventionen wollen also primär ein wettbewerbsexternes Ziel wirksam erreichen (z.B. eine möglichst kosteneffiziente Reduktion von Treibhausgasen). Zugleich stellt sich aber die Aufgabe, den Wettbewerb auf den betroffenen privaten Gütermärkten nicht zu verfälschen bzw. den Gleichlauf von Freiheit und Gemeinwohl zu schonen. Dieses sekundäre Ziel macht die Rechtsmaterien des rechtlich gelenkten¹⁸⁸ und des rechtlich geschaffenen¹⁸⁹ Wettbewerbs zum Wettbew-

186 *Kirchhof/Korte/Magen et al.* (N 9), Rn. 17ff. und 20ff., unten Rn. 79f.

187 Dazu, in Bezug auf öffentliche Unternehmen, *Helmut Siekmann*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und ökonomische Analyse des Rechts, in: Rolf Stober/Hanspeter Vogel (Hg.), *Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand*, 2000, S. 103 (115ff.)

188 Siehe unten, Rn. 81ff.

189 Siehe unten, Rn. 85ff.

erbsrecht. Ihr Wettbewerbsbezug ist ein mittelbarer, nämlich der Schutz des Wettbewerbs bei der Verfolgung wettbewerbsexterner Ziele.

2. *Vier Gemeinwohlkonstellationen im öffentlichen Wettbewerbsrecht*

Ausgehend von der Unterscheidung zwischen immanenten und externen Gemeinwohlzielen zeichnen sich nach dem Gutscharakter der Gemeinwohlziele vier Gemeinwohlkonstellationen ab, die eng mit der rechtsdogmatischen Unterteilung in die vier Teilbereiche des gesicherten, ermöglichten, gelenkten und geschaffenen Wettbewerbs korrespondieren: Daseinsvorsorge durch funktionierende Gütermärkte (gesicherter und ermöglichter Wettbewerb), Daseinsvorsorge durch Marktlenkung (gelenkter Wettbewerb), künstlicher Wettbewerb zum Güterschutz und staatlicher Beschaffungswettbewerb (beides geschaffener Wettbewerb).

78
Teilbereiche des
Wettbewerbsrechts

a) *Daseinsvorsorge durch funktionierende Gütermärkte*

Der erste in der Dogmatik des öffentlichen Wettbewerbsrechts unterschiedene Bereich des rechtlich gesicherten Wettbewerbs war der Sache nach in den vorangegangenen Abschnitten bereits Thema. Seinen Kern bildet das Kartellrecht.¹⁹⁰ Mit Blick auf die ökonomischen Gütercharakteristika richtet sich das wirtschaftliche Gemeinwohlziel im rechtlich gesicherten Wettbewerb auf die wettbewerbsimmanenten Gemeinwohlleistungen, also die Bereitstellung privater Güter. Entsprechend zielt die staatliche Intervention auf die Wiederherstellung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbsmechanismus, und diese Zielrichtung prägt die Struktur und den Zuschnitt der Rechtsinstrumente. Wettbewerbsexterne Ziele – Kollektivgüter, Externalitäten, Verteilungsziele und meritorische Güter – bleiben dagegen weitgehend unberücksichtigt. In diesem Rahmen halten sich auch Tendenzen im europäischen Wettbewerbsrecht, welche die Zulässigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen auch nach den Folgen für die Konsumentenwohlfahrt bewerten. Dabei geht es primär nicht um Verteilungsfragen im Sinne einer Marktkorrektur, sondern um die Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen bzw. um die Beurteilung des Verhaltens marktmächtiger Unternehmen im Lichte der Gemeinwohlfolgen.

79
Rechtlich gesicherter
Wettbewerb

In den Bereich der Daseinsvorsorge durch funktionsfähige Gütermärkte gehört neben dem Kartellrecht aber auch die Regulierung netzgebundener natürlicher Monopole, also der Kernbereich des Regulierungsrechts, soweit dessen Regelungen auf die Herstellung von wirksamem Wettbewerb

80
Rechtlich ermöglichter
Wettbewerb

190 Alexander Thiele, Verhaltens- und Strukturkontrolle, in diesem Band, § 5.

gerichtet sind. Gegenstand dieser Industrien ist die Produktion von privaten Gütern (bzw. Dienstleistungen), etwa Telekommunikationsdienstleistungen, und die staatliche Intervention sucht deren Bereitstellung zu gewährleisten, indem sie die Funktionsfähigkeit der entsprechenden Märkte herstellt. Der Unterschied zum gesicherten Wettbewerb hat wiederum auch eine ökonomische, auf die Eigengesetzlichkeiten des Sachbereichs rückführbare Grundlage, nämlich dass beim ermöglichten Wettbewerb die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs nach der Art des Marktversagens in ausreichendem Maß nur durch dauerhafte Regulierung herzustellen ist.¹⁹¹

b) Kollektivgüter durch Marktlenkung

81 Die übrigen Bereiche des öffentlichen Wettbewerbsrechts zielen nicht auf
Wettbewerbsexterne die immanenten Gemeinwohlleistungen funktionierender privater Gü-
Primärziele termärkte, sondern auf die Umsetzung wettbewerbsexterner Ziele. Sie ver-
folgen Effizienzziele (kollektive Güter, Externalitäten) und politische Ziele
(Verteilungszwecke, meritorische Ziele), die auch von funktionierenden
privaten Gütermärkten nicht geleistet werden. Nach der Art der Marktver-
sagensgründe sind dabei zwei Konstellationen zu unterscheiden, die zu den
Bereichen des rechtlich gelenkten und des rechtlich geschaffenen Wettbewerbs
parallel liegen. Im rechtlich gelenkten Wettbewerb werden als Primärziele
wettbewerbsexterne Ziele verfolgt, die von privaten Unternehmen mangels
individueller Zahlungsbereitschaft der Nutzer nicht (ausreichend) berücksichtig-
t werden. Hier hat die staatliche Intervention ein Unterproduktionsproblem bzw.
ein Finanzierungsproblem zu bewältigen (dazu sogleich). Im rechtlich geschaffenen
Wettbewerb wird als Primärziel die Nutzung von Gemeingütern bzw. die Verursachung
negativer Externalitäten begrenzt, die mangels Ausschließbarkeit nicht durch Entgelte
beschränkt werden. Hier hat die staatliche Intervention ein Übernutzungsproblem
bzw. ein Problem der Freiheitsbeschränkung zu bewältigen (dazu nachfolgend).
Der staatliche Beschaffungswettbewerb schließlich dient der Besorgung von
Produktionsfaktoren für die staatliche Verfolgung wettbewerbsexterner Ziele.

82 Auf Märkten werden Güter produziert, soweit für sie eine entsprechende
Probleme der Zahlungsbereitschaft besteht und diese über Tauschentgelte zur Finanzierung
Unterproduktion der Produktion herangezogen werden kann. Bei nicht-ausschließbaren,
insbesondere bei öffentlichen Gütern, gibt es zwar eine Zahlungsbereitschaft.
Mangels Ausschließbarkeit kann diese aber nicht von Privaten zur Finanzierung
in Anspruch genommen werden. Denn ohne Ausschluss

191 Siehe Nachweise in N 32.

vom Gebrauch lassen sich keine Eigentumsrechte durchsetzen,¹⁹² so dass Konsumenten öffentliche Güter (z.B. die durch Ordnungs- und Polizeibehörden geschützte öffentliche Sicherheit) unentgeltlich konsumieren können.¹⁹³ Für private Unternehmen bestehen insoweit keine ausreichenden Anreize zur Produktion. Für positive Externalitäten gilt dies gleichermaßen. Bei ausschließbaren Klubgütern (z.B. Straßen außerhalb des Berufsverkehrs) sind private Eigentumsrechte zwar möglich. Ein Ausschluss könnte aber in Verbindung mit fehlender Rivalität zu Effizienzproblemen führen. Nichtrivalität beschreibt nämlich die zunächst positive Eigenschaft, dass eine zusätzliche Nutzung des Gutes keine zusätzlichen Kosten verursacht. Die Erhebung von Entgelten könnte dessen Gebrauch dann ineffizient beschränken.¹⁹⁴ Verzichtet man aus diesem Grund auf Entgelte, stellt sich wiederum das Problem der Unterproduktion. Vergleichbare Probleme stellen sich bei meritorischen Gütern und Verteilungszielen.¹⁹⁵ Beide beinhalten, dass die vom Markt gedeckte Nachfrage nach der politischen Wertung zu gering ausfällt. Bei meritorischen Gütern liegt der Grund etwa darin, dass der Wert eines Gutes (z.B. sachliche Informationen für die politische Meinungsbildung) nach der politischen Entscheidung höher ist, als dies in den Präferenzen der Nachfrager zum Ausdruck kommt. Bei Verteilungszielen bleibt die Zahlungsbereitschaft dagegen mangels hinreichendem Einkommen für bestimmte Personengruppen hinter dem normativ Gewollten zurück.

Eine Reaktion auf das Problem der Unterproduktion ist eine durch Abgaben finanzierte staatliche Umsetzung des Gemeinwohlziels.¹⁹⁶ Der Staat steht dann vor der Wahl, ob er das Kollektivgut eigenhändig bereitstellt, wie dies bei öffentlichen Straßen, öffentlichen Hochschulen oder beim öffentlich-rechtlichen Rundfunk der Fall ist, oder ob er das externe Gemeinwohlziel vermittelt über private Gütermärkte umsetzt,¹⁹⁷ wie es infolge der verschiedenen Liberalisierungs- und Privatisierungswellen im Bereich der Daseinsvorsorge vielfach geschieht.¹⁹⁸ Diese Entscheidung zwischen Staat und Markt liegt dem öffentlichen Wettbewerbsrecht voraus. Werden Güter

83
Eigenhändige oder
wettbewerbsvermittelte
Bereitstellung

192 Ausschließbarkeit ist dabei weniger eine natürliche Eigenschaft des Gutes, als eine Frage der verfügbaren Ausschlusstechnologien und deren Kosten.

193 *Nowotny/Zagler* (N 167), S. 60ff.

194 *Hindriks/Myles* (N 167), S. 191ff.

195 Ausführlicher *Magen*, (N 166), S. 398f.

196 *Musgrave/Musgrave* (N 167), S. 6ff.

197 Ausführlich *Siekman* (N 187).

198 Zur Privatisierung *Matin Burgi*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf, Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages, Gutachten D, Erfurt 2008; *ders.*, Privatisierung, in: Hanno Kube et al. (Hg.), *Leitgedanken des Rechts*, 2013, Bd. II, § 108; zu Gegenbewegungen *ders.*, Privatisierung und Rekommunalisierung aus rechtswissenschaftlicher Sicht, *NdsVbl.* 2012, S. 225ff.

vom Staat hoheitlich oder in durch Verwaltungsmonopole geschützten Bereichen zur Verfügung gestellt, bleibt der Raum für Wettbewerbsrecht verschlossen. Wettbewerbsrecht ist aber betroffen, wenn der Staat ein Gut durch Intervention in private Gütermärkte bereitstellt. Derartiges kommt vor allem bei Mischgütern in Betracht, insbesondere wenn ein privates Gut auch öffentliche Nutzungsdimensionen aufweist, die bei der Produktion nicht oder nicht hinreichend berücksichtigt werden, oder wenn private Güter aus Verteilungsgründen oder aus anderen normativen Erwägungen in größerem Umfang oder in anderer Qualität produziert werden sollen, als dies über die individuelle Zahlungsbereitschaft finanziert werden könnte.¹⁹⁹ Öffentliche Unternehmen, Subventionen, Indienstnahmen, öffentliche Aufträge über die Bedienung eines Marktes sind dann unterschiedliche Möglichkeiten, um lenkend in private Gütermärkte einzugreifen, damit diese kollektive Güter und politische Ziele mit abdecken.

84 Staatliche Lenkungsmaßnahmen gehen allerdings mit der Gefahr einher, den
Schutz vor Wettbewerb zu verzerren und dadurch dessen Funktionsfähigkeit hinsicht-
Wettbewerbs- lich seiner immanenten Leistungen zu gefährden, etwa indem für öffentliche
verzerrungen als Zwecke übermäßige Subventionen gewährt werden, die bestimmten
Sekundärziel Wettbewerbern Vorteile verschaffen, die über die Kosten zur Deckung der
wettbewerbsexternen Ziele hinausgehen. Dann bedarf es staatlicher Rege-
lungen, die mögliche Konflikte zwischen marktexternen öffentlichen Inter-
essen und dem Wettbewerb bewältigen.

c) *Künstlicher Wettbewerb zum Güterschutz*

85 Bei Gemeingütern (etwa natürlichen Ressourcen oder knappen Funkfre-
Problem der quenzen) kommt zur Nichtausschließbarkeit die Rivalität im Gebrauch hin-
Übernutzung zu. Diese Güter können entgeltfrei genutzt werden, werden dadurch aber
tendenziell übermäßig verbraucht. Hier liegt das Effizienzproblem nicht in
einer zu geringen Produktion eines Gutes, sondern in einem übermäßigen
Gebrauch.²⁰⁰ Insoweit sind Gemeingüter ein Sonderfall negativer Exter-
nalitäten,²⁰¹ d.h. der nicht marktvermittelten Beeinträchtigung des Nutzens
(etwa durch Treibhausgasemissionen). Entsprechend liegt die Staatsaufgabe
nicht in der Produktion von Gütern, sondern in der Verhinderung von
Schaden und Gefahren für Güter. Ziel ist der Schutz der Gemeingüter vor
ineffizientem Gebrauch bzw. der Schutz der Bürger vor ineffizienten nega-
tiven Externalitäten, die durch andere Bürger verursacht werden.

199 Ausführlicher *Magen*, (N 166), S. 398f.

200 *Musgrave/Musgrave* (N 167), S. 43 f.

201 *Cornes/Sandler* (N 167).

Natürlich zielt die Staatstätigkeit auch hier auf eine der Allgemeinheit zugute kommende Verbesserung der Situation. Insoweit stellt die öffentliche Sicherheit auch ein vom Staat eigenhändig produziertes öffentliches Gut dar, dessen Produktionskosten (Verwaltungskosten) der Staat über Abgaben finanziert.²⁰² Dieses Gut wird allerdings über eine sehr spezielle Form der „Produktion“ erreicht, nämlich durch die Bekämpfung der von anderen Bürgern ausgehenden Gefährdungen für Güter. Darin liegt eine für das Freiheitsthema entscheidende Besonderheit des Gemeinwohlziels Güterschutz, nämlich dass dieses durch hoheitlichen Zwang realisiert wird.²⁰³ So sind die zum Ressourcenschutz vereinzelt eingesetzten Lenkungsabgaben hoheitliche Maßnahmen.²⁰⁴ Vor allem aber gründen die in den Frequenzauktionen nach dem TKG versteigerten oder im Emissionshandel gehandelten öffentlich-rechtlichen Berechtigungen in Ordnungsrecht, durch das auch das Ausmaß der zulässigen Ressourcennutzung bzw. Externalitäten festgelegt wird.²⁰⁵ Im künstlichen Wettbewerb wird das Primärziel des Güterschutzes mithin durch Ordnungsrecht umgesetzt.

86
Produktion durch
Ordnungsrecht

Der durch die Versteigerung oder den Rechtehandel geschaffene Wettbewerb hat demgegenüber eine rein instrumentelle Funktion für das wettbewerbsexterne Gemeinwohlziel. Er dient dazu, innerhalb des ordnungsrechtlichen Rahmens für eine effiziente Allokation der öffentlich-rechtlichen Rechtspositionen zu sorgen und so das öffentliche Ziel des Güterschutzes effizienter zu erreichen. Durch diesen instrumentellen Wettbewerb werden den Unternehmen einerseits neue Freiheitsräume eröffnet. Wegen des häufig gesteigerten Überwachungsaufwands und dem zusätzlichen privaten Konkurrenzdruck besteht allerdings die Gefahr, dass die unternehmerische Freiheit im Vergleich zu einer rein ordnungsrechtlichen Lösung insgesamt stärker leidet.

87
Instrumenteller
Wettbewerb

In der Regel und insbesondere in den praktisch wichtigen Fällen vermitteln die gehandelten Rechte privaten Unternehmen notwendige ‚Produktionsfaktoren‘ für die Produktion privater Güter (etwa Frequenzen für Mobilfunkdienstleistungen oder die Möglichkeit zum Betrieb von Anlagen, die Treibhausgase emittieren). Dadurch kann der instrumentelle Wettbewerb für öffentliche Rechte erhebliche Auswirkungen auf den Wettbewerb auf den verbundenen Gütermärkten (z.B. für Mobilfunkdienstleistungen oder Strom)

88
Schutz verbundener
Gütermärkte als
Sekundärziel

202 *Magen* (N 166), S. 404.

203 *Magen* (N 166), S. 403f.

204 *Gregor Kirchhof*, Die lenkende Abgabe, in: Die Verwaltung 46 (2013), S. 349ff.; ders., Abgaben, in diesem Band, § 13, Rn. #.

205 *Ferdinand Gärditz*, Öffentliche Versteigerungen, in diesem Band, § 16 Rn. #; *Stefan Magen*, Handelbare Rechte, in diesem Band, § 17 Rn. #.

haben.²⁰⁶ Wie bei der Bereitstellung von Kollektivgütern durch Marktlenkung tritt deshalb beim instrumentellen Wettbewerb als Sekundärziel der Schutz des mittelbar betroffenen Wettbewerbs auf den Gütermärkten hinzu.

d) *Staatlicher Beschaffungswettbewerb*

89 Produktionsfaktoren
für wettbewerbsexterne
 Ziele Einen vielschichtigen Sonderfall bildet der durch Vergaberecht öffentlich-rechtlich strukturierte Beschaffungswettbewerb.²⁰⁷ Gegenstand dieses Wettbewerbs sind private Güter. Allerdings treten als Nachfrager nicht Private auf, sondern der Staat. Das verfolgte Gemeinwohlziel liegt entsprechend nicht in der effizienten Bedürfnisbefriedigung durch den Konsum privater Güter. Die beschafften privaten Güter dienen vielmehr der Erfüllung staatlicher Aufgaben,²⁰⁸ sei es, dass sie als ‚Produktionsfaktoren‘ bei der staatlichen Bereitstellung von kollektiven Gütern und anderen wettbewerbsexternen Zielen Verwendung finden, sei es, dass die Ausführung der Aufgabe im Wege der funktionalen Privatisierung auf Private übertragen wird. Wie beim Wettbewerb zum Güterschutz sind die Primärziele beim Beschaffungswettbewerb mithin wettbewerbsexterne,²⁰⁹ je nachdem, wozu die beschafften Güter Verwendung finden sollen.

90 Geschaffener
Wettbewerb Wie beim Wettbewerb zum Güterschutz dient auch der Beschaffungswettbewerb unter anderem als Instrument zur (kosten-)effizienten Umsetzung wettbewerbsexterner Primärziele. Allerdings könnten Produktionsfaktoren für Staatsaufgaben auch freihändig auf privaten Gütermärkten besorgt werden. Stattdessen werden die Wettbewerbsprozesse durch das Vergaberecht öffentlich-rechtlich strukturiert. Diese verwaltungsrechtliche Überformung hat mehrere, zum Teil gegenläufige Ziele.²¹⁰ Sie dient zunächst dazu, eine Kollusion zwischen öffentlichen Amtsträgern und einzelnen Wettbewerbern zu verhindern, also der Korruptionsbekämpfung²¹¹ bzw. aus ökonomischer Sicht der Bewältigung eines Prinzipal-Agent-Problems.²¹² Das hat eine haushaltsrechtliche Seite, soweit durch Kollusion die Wirtschaftlichkeit der staatlichen Ausgaben beeinträchtigt

206 Zu den UMTS-Auktionen *Stefan Niemeier*, Die Deutsche UMTS-Auktion, 2002; zum Emissionshandel *Roland Ismer*, Klimaschutz als Rechtsproblem, 2014, S. 349ff.

207 Vgl. *Christian Kirchner*, Zur Ökonomik des Vergaberechts, *VergabeR* 2010, S. 725ff.

208 *Martin Burgi*, Die Zukunft des Vergaberechts, *NZBau* 2009, S. 609 (611f.); *ders.*, Die erfolgreiche Aufgabenerfüllung als Basiszweck des GWB-Vergaberechts, in: FS für *Friedhelm Marx*, 2013, S. 75ff.

209 *Burgi* (N 5), S. 8.

210 *Kirchner* (N 207).

211 *Erwin Ruff*, Vorschläge zur Verhinderung von Korruption bei der Ausschreibung von kommunalen Bauleistungen, *KommJur* 2012, S. 287ff.

212 *Christopher Yukins*, A Versatile Prism: Assessing Procurement Law Through the Principal-Agent Model, in: *Public Contract Law Journal* 40 (2010), S. 63ff.

wird, und eine wettbewerbsrechtliche Seite, soweit Kollusion den Anbieterwettbewerb behindert. Ein gegenläufiges wettbewerbsrechtliches Problem entsteht, wenn der Staat als Nachfrager eine marktbeherrschende Stellung einnimmt (Monopson).²¹³ In seiner besonderen europarechtlichen Ausrichtung dient der Beschaffungswettbewerb zudem der Öffnung der nationalen Beschaffungsmärkte, die teils über das hinausgeht, was für eine wirtschaftliche und kollusionsfreie Beschaffung notwendig wäre.

Schlecht gestaltete Vergabeverfahren können allerdings kontraproduktive Ergebnisse hervorbringen.²¹⁴ Nicht nur kommt es zu Zielkonflikten zwischen einer kosteneffizienten Beschaffung und dem zur Herstellung von transparentem Beschaffungswettbewerb zum Teil notwendigen Verfahrensaufwand und Formalismen. Auf vermachteten Märkten kann Beschaffungswettbewerb auch dazu beitragen, Machtpositionen dominanter Unternehmen weiter zu vertiefen.²¹⁵ Wettbewerb kann zudem gefährdet werden, wenn die öffentliche Hand ihre Nachfragemacht nutzt, um zusätzlich vergabefremde wettbewerbsexterne Ziele zu fördern, etwa durch Energieeffizienzstandards oder Tariftreueklauseln.²¹⁶ Auch beim Beschaffungswettbewerb tritt deshalb als Sekundärziel der Schutz der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs auf den mittelbar betroffenen Gütermärkten hinzu.

91
Schutz der betroffenen
Gütermärkte als
Sekundärziel

III. Wettbewerbsneutralität

Nach Auffassung des in diesem Band entfalteten Ansatzes wird das öffentliche Wettbewerbsrecht von einem Leitgedanken durchzogen, dem Prinzip der Wettbewerbsneutralität.²¹⁷ Rechtsdogmatisch ergibt sich nach unserer Auffassung dieser Grundsatz aus einer Zusammenschau wettbewerbsbezogener Gewährleistungen, insbesondere der Berufsfreiheit, dem Gleichheitssatz, den Grundfreiheiten und dem Wettbewerbsrecht im europäischen Primärrecht. Inhaltlich schützt es die Funktionsbedingungen und die Eigenesetzlichkeiten des Wettbewerbs, weil diese Voraussetzungen des Gleichlaufs von Freiheit und Gemeinwohl sind.²¹⁸ Welche Formen dieser Funktionsschutz annimmt, lässt sich anhand der vorstehend differenzierten vier Gemeinwohlkonstellationen skizzieren. Bei der Daseinsvorsorge durch funktionierende Gütermärkte verfolgt die öffentliche Hand wettbewerbsim-

92
Formen des
Funktionsschutzes

213 *Kirchner* (N 207).

214 *Kirchner* (N 207).

215 *Albert Sanchez Graells*, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Oxford 2011; *Blankart* (N 167), S. 516f.; zum Abfallrecht *Tim Goßen*, *Marktversagen und Vertragsversagen bei Entsorgungsdienstleistungen und ihrer Vergabe*, Diss. iur., Bochum 2014.

216 *Blankart* (N 167), S. 524ff.

217 *Kirchhof/Korte/Magen et al.*, (N 9), Rn. 39ff.

218 A.a.O.

manente Gemeinwohlziele.²¹⁹ Funktionsschutz ist hier das primäre Instrument der staatlichen Intervention.²²⁰ Die öffentliche Hand schützt oder erweitert den Gleichlauf von Freiheit und Gemeinwohl, indem sie Wettbewerb sichert (z.B. durch Kartellrecht) oder ermöglicht (z.B. durch Regulierung). Die Reichweite dieser Konstellation ist der Tendenz nach auf private Güter beschränkt. Liegt das Gemeinwohlziel dagegen in der Produktion von kollektiven Gütern, meritorischen Gütern oder der Umsetzung von Verteilungszielen, und sollen diese Ziele mit Hilfe des Wettbewerbs verfolgt werden, bedarf es einer Korrektur bzw. Instrumentalisierung des Wettbewerbsmechanismus. Bei solchen, primär wettbewerbsexternen Zwecken²²¹ dienenden Interventionen ist Funktionsschutz ein sekundäres Ziel, nämlich die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs gegenüber extern motivierten Korrekturen und Instrumentalisierungen zu bewahren. So bedarf es bei der Bereitstellung von Kollektivgütern durch Marktlenkung Vorkehrungen, die verhindern, dass der Wettbewerb auf den betroffenen Gütermärkten verfälscht wird.²²² Wird Wettbewerb als ein Instrument zum effektuierten ordnungsrechtlichen Güterschutz künstlich implementiert, ist auf Beeinträchtigungen für den Wettbewerb auf verbundenen Gütermärkten zu achten.²²³ Und auch staatlicher Beschaffungswettbewerb kann die Vermachtung von Märkten vertiefen oder Wettbewerb durch vergabefremde Zwecke verfälschen.²²⁴

93 Funktionsschutz als
Freiheitsschutz

Im öffentlichen Recht wird die Frage der Funktionsfähigkeit von Wettbewerb von nicht wenigen in erster Linie als ein Problem der Effizienz oder des materiellen Wohlstands wahrgenommen. Dies übersieht, dass die Funktionsfähigkeit von Märkten auch die Grundlage für den Gleichlauf und Freiheit und wirtschaftlichem Gemeinwohl bildet. So gerät aus dem Blick, dass die ökonomische Funktionslogik von Wettbewerb und Marktversagen auch eine rechtlich relevante Freiheitslogik darstellt und als solche von den Rechtswissenschaften zur Kenntnis genommen werden sollte. Insoweit benennt Marktversagen nicht nur Effizienzprobleme, sondern auch Freiheitsprobleme, weil Gemeinwohlziele dann gegen die Freiheit umgesetzt werden müssen. Den beschriebenen Gemeinwohlkonstellationen lassen sich deshalb auch Hinweise auf die Art der Zielkonflikte zwischen Freiheit und Gemeinwohl entnehmen, die in den verschiedenen Bereichen obwalten. Diese können hier nicht im Detail ausgearbeitet werden. Nur einzelne Aspekte seien erwähnt. Betrachtet man die Freiheitsbeeinträchtigungen im Bereich der

219 Oben, Rn. 76.

220 Oben, Rn. 79-80.

221 Oben, Rn. 77.

222 Oben, Rn. 84.

223 Oben, Rn. 88.

224 Oben, Rn. 91.

Daseinsvorsorge durch funktionsfähige Gütermärkte, sollte berücksichtigt werden, dass die Freiheitsräume der marktmächtigen Unternehmen tendenziell nur in dem Maße verkürzt werden, wie dies bei funktionierendem Wettbewerb durch den Zwang des Konkurrenzdrucks ohnehin geschähe. Zugleich werden erhebliche faktische Freiheitsräume für Konsumenten und Konkurrenten eröffnet. Die faktischen Zwänge des Wettbewerbs sprechen andererseits im Bereich der Kollektivgüter durch Marktkorrektur dafür, die Freiheitsbelastungen staatlicher Marktkorrekturen ernster zu nehmen, welche bislang von der Rechtsprechung mit dem Argument ausgeblendet werden, Art. 12 GG schütze keine Wettbewerbspositionen.²²⁵ Denn der private Zwang der Konkurrenz übersetzt jede staatlich verursachte Änderung der Wettbewerbsposition vorhersehbar und unvermeidlich in eine Verkürzung der faktischen Freiheitsräume bis hin zu einem effektiven Marktausschluss. Solche Maßnahmen sollten ab einer gewissen Schwelle als mittelbare Grundrechtseingriffe behandelt oder jedenfalls nach der neuen Formel als rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlungen am Verhältnismäßigkeitsmaßstab gemessen werden. Schließlich sollte nicht aus dem Blick geraten, dass Wettbewerb zum Güterschutz ein im Ordnungsrecht verankertes Instrument bleibt, das häufig eine intensivere Überwachung des beeinträchtigenden Verhaltens erfordert und so Freiheitsräume zusätzlich verkürzen kann. Auch öffnet der künstliche Wettbewerb nicht nur unternehmerische Freiheitsräume, sondern erzeugt auch zusätzlichen Konkurrenzdruck, der die ordnungsrechtlichen Zwangswirkungen verstärken kann.

E. Zusammenfassung

Europäisierung und Ökonomisierung haben das öffentliche Wirtschaftsrecht in den letzten Jahrzehnten in beispiellosem Ausmaß an der Funktionslogik des Wettbewerbs neu ausgerichtet. Die Dogmatik des öffentlichen Rechts hat diese Veränderungen vor allem mit Blick auf die Rolle des Staates und seiner rechtlichen Interventionsinstrumentarien durchdrungen, als Regulierungsrecht, Gewährleistungsrecht, Privatisierungsfolgenrecht oder neue Steuerungsmodi. Auf den Schultern dessen, was dadurch an Systematisierung geleistet wurde, lässt sich heute ein vergleichender Überblick unternehmen, der auch den geregelten Wirklichkeitsbereich stärker einbezieht. Dadurch wird deutlich, wie sehr das öffentliche Wirtschaftsrecht – zwar auf unterschiedliche Weise, aber jeweils substantiell – von der Eigenlogik des Wettbewerbs geprägt wurde. Diesen differenzierten Wettbewerbsbezug zu erfassen, ist Aufgabe des öffentlichen Wettbewerbsrechts.²²⁶

94

Wettbewerbsbezug

225 Siehe oben, Rn. 46.

226 *Kirchhof/Korte/Magen et al.*, (N 9).

95 Wettbewerbskonzept Für diesen Zweck wird in dem vorliegenden Beitrag vorgeschlagen, Wettbewerb in juristischen Begriffen als einen durch rechtliche Ordnung gestützten Gleichlauf von Freiheit und Gemeinwohl zu konzeptualisieren. Für die Rechtswissenschaften wird so erkennbar, dass Marktversagenprobleme auch Freiheitsprobleme sind, und nicht nur Effizienzprobleme. Denn die Funktionsbedingungen von Wettbewerb beschreiben zugleich Voraussetzungen, um wirtschaftliches Gemeinwohl durch, und nicht gegen Freiheitsausübung zu realisieren. Auch hängen die vom Recht zu bewältigenden Zielkonflikte zwischen Freiheit und Gemeinwohl von den Eigenheiten des Sachbereichs ab, insbesondere von der Art des Marktversagens und dem ökonomischen Charakter des Gemeinwohlziels. So sind die dem Wettbewerb immanenten Gemeinwohlleistungen sachlich tendenziell auf private Güter beschränkt. Legitimerweise verfolgt der Staat aber auch wettbewerbsexterne Gemeinwohlziele gegen und über den Wettbewerb, gerade im öffentlichen Wettbewerbsrecht. Diese werden aber nicht sinnvoll als diffuse Sozialpflichtigkeit verstanden, weil die betroffenen Rechtsmaterien in erheblichem Maße auf die ökonomische Eigenlogik des Wettbewerbs Rücksicht nehmen. Die Teilbereiche des öffentlichen Wettbewerbsrechts und ihre Regelungsinstrumente korrespondieren deshalb mit dem ökonomischen Charakter der Gemeinwohlziele. Wettbewerbsexterne Gemeinwohlziele lassen sich ökonomisch als Kollektivgüter, meritorische Güter und Verteilungsziele fassen. In dieser Perspektive erweisen sich die Teilbereiche des Wettbewerbsrechts als Daseinsvorsorge durch funktionierende Gütermärkte, als Bereitstellung von Kollektivgütern durch Marktlenkung, als künstlicher Wettbewerb zum Güterschutz und als staatlicher Beschaffungswettbewerb.

96 Wettbewerbsneutralität Als normatives Leitbild für den Wettbewerb wird hier für den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität plädiert, der sich aus einer Zusammenschau wettbewerbsbezogener Gewährleistungen ergibt.²²⁷ Sein Gegenstand ist der Schutz der Funktionsbedingungen von Wettbewerb, weil diese die Basis für den Gleichlauf von Freiheit und Gemeinwohl sind. Bei wettbewerbsimmanenten Zielen verlangt Wettbewerbsneutralität eine Sicherung oder Herstellung der Funktionsbedingungen, bei wettbewerbsexternen Zielen deren Schutz gegenüber Marktkorrekturen. Für die juristische Analyse der verschiedenen Rechtsinstrumente ist dann von Interesse, welche Zielkonflikte zwischen Freiheit und Gemeinwohl dabei im Einzelnen obwalten. Dies wird nicht unwesentlich von der Art des Marktversagens beeinflusst, über welches die Ökonomie Auskunft geben kann.

227 Kirchhof/Korte/Magen et al., (N 9), Rn. 39ff.