
Privates Wettbewerbsrecht und Gemeinwohlverwirklichung

Christian Kirchner¹

1 Problemstellung

Privates Wettbewerbsrecht dient der Gemeinwohlverwirklichung. Es kann der Gemeinwohlverwirklichung aber auch im Wege stehen. Funktion und Grenzen des privaten Wettbewerbsrechts mit Blick auf die Gemeinwohlverwirklichung aufzuzeigen, ist das Ziel der folgenden Überlegungen. „Privates Wettbewerbsrecht“ wird hier mit „Wettbewerbs- und Kartellrecht“ gleichgesetzt; im Mittelpunkt stehen das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und das gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht im EG-Vertrag einschließlich der Fusionskontrollverordnung. Es geht nicht um die Funktionsbestimmung des Wettbewerbs mit Blick auf dessen Gemeinwohlverwirklichung. Die hier zu behandelnde Fragestellung ist enger. Sie zielt auf die Funktion des Wettbewerbs- und Kartellrechts, also des institutionellen Rahmens für Transaktionen auf Märkten. Diese Rechtsmaterie ist ein Faktor – unter anderen – zur Gewährleistung freien Wettbewerbs. Funktion und Grenzen dieser Rechtsmaterie in Bezug auf die Gemeinwohlverwirklichung können nur bestimmt werden, wenn die Rolle dieser Rechtsmaterie im privatrechtlichen Ordnungsrahmen einer marktwirtschaftlich verfassten Wirtschaftsordnung betrachtet wird. Der Gemeinwohlbeitrag des Wettbewerbs- und Kartellrechts und der seiner Schranken setzt eine Klärung dessen vor, was hier unter Gemeinwohl verstanden werden soll.

Bilden Regeln – und nicht das Handeln im Rahmen von Regeln – den Gegenstand der Untersuchung², kann auf den Ansatz der Neuen Institutionenökonomik zurückgegriffen³.

1 Wiederabdruck aus: P. Kirchhof hrsg., Gemeinwohl und Wettbewerb. C.F. Müller Wissenschaft, Heidelberg 2005, S. 45–83 (mit freundlicher Genehmigung des C.F. Müller Verlages). Lediglich die Literaturverweise wurden aktualisiert.

2 Zur Unterscheidung zwischen der Regelordnung und der Handelsordnung: K. Vanberg, Die Akzeptanz von Institutionen, in: W. Korff u. a. hrsg., Handbuch der Wirtschaftsethik, Bd. 2, Gütersloh 1999, S. 38f.; K. Homann/A. Suchanek, Ökonomik, Tübingen, 2000, S. 41–43, unterscheiden zwischen Handlungen und Handlungsbedingungen; in der englischen Terminologie wird zwischen ‚decisions within rules‘ und ‚decisions on rules‘ unterschieden.

3 Zur Neuen Institutionenökonomik: R. Coase, The New Institutional Economics, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft/Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE),

Im Folgenden soll zuerst das methodische Instrumentarium vorgestellt werden; sodann werden Thesen zur Gemeinwohlverwirklichung entwickelt. Im vierten Kapitel wird das Wettbewerbs- und Kartellrecht in den privatrechtlichen Ordnungsrahmen einer marktwirtschaftlich verfassten Wirtschaftsordnung gestellt, bevor im fünften Kapitel auf die Gemeinwohlausrichtung dieser Rechtsmaterie eingegangen wird. Die Grenzen des Wettbewerbs- und Kartellrechts in Bezug auf die Gemeinwohlverwirklichung werden im sechsten Kapitel aufgezeigt, bevor im siebten Kapitel das Fazit der Untersuchung gezogen wird.

2 Methodischer Ansatz: Neue Institutionenökonomik

Auf den normativen Ansatz der Neuen Institutionenökonomik zuzugreifen, erscheint dann lohnend, wenn eine Verbindung zwischen der Gemeinwohldiskussion dieser wirtschaftswissenschaftlichen Disziplin hergestellt werden kann⁴. Der Vorteil eines solchen Problemzugangs liegt dann darin, dass sich Regelungen des Wettbewerbs- und Kartellrechts, aber auch deren Grenzen, aus der Gemeinwohlperspektive erörtern lassen, dass zugleich aber ein methodisches Instrumentarium zur Verfügung steht, das mit dem der modernen Ökonomik kompatibel ist.

Im Rahmen des Ansatzes der Neuen Institutionenökonomik werden formale oder informelle Regeln zusammen mit dem Instrumentarium ihrer Durchsetzung als Institutionen bezeichnet⁵. Rechtliche Regelungen fallen damit als formale Regeln unter den Institutionenbegriff, allerdings nur insoweit sie tatsächlich durchgesetzt werden. Der institutionentheoretische Zugang zum Recht erfolgt also nicht auf der Ebene des Rechts

Jg. 140, 1984, S. 229-231; H. Feldmann, Eine institutionalistische Revolution? Zur dogmengeschichtlichen Bedeutung der modernen Industrieökonomik, Berlin u. a. 1995; E. Furubotn/R. Richter, Institutions and Economic Theory. The Contributions of the New Institutional Economics, Ann Arbor, Mich. 1997; M. Erlei/M. Leschke/D. Sauerland, Neue Institutionenökonomik, Stuttgart 1999; E. Furubotn/R. Richter, Neue Institutionenökonomik, 2. Aufl., Tübingen 1999; E. Göbel, Neue Institutionenökonomik – Konzeption und betriebswirtschaftliche Anwendung, Stuttgart 2002; S. Voigt, Institutionenökonomik, München 2002. Zur normativen Variante der Institutionenökonomik insbes. I. Pies, Normative Institutionenökonomik, Tübingen 1993.

4 C. Kirchner, Gemeinwohl aus institutionenökonomischer Perspektive, in: G.f. Schuppert/F. Neidhardt hrsg., Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, WZB-Jahrbuch 2002, Berlin, 2002, S. 157-177.

5 Vgl. G. v. Schmoller, Grundriss der Allgemeinen Volkswirtschaftslehre, München, 1900, S. 61; E. Furubotn/R. Richter (Fn. 2), S. 7; Richter und Furubotn bezeichnen Institutionen als System formgebundener (formaler) und formungebundener (informeller) Regelungen einschließlich der Vorkehrungen zu deren Durchsetzung; nach K. Homann/A. Suchanek (Fn. 2), S. 24, sind Institutionen „Regelsysteme, in denen bestimmte Verhaltensweisen verbindlich festgelegt sind.“ Ihr Sind und Zweck bestehe darin, die Verlässlichkeit wechselseitiger Verhaltenserwartungen herzustellen, damit Interaktionen möglichst problemlos, zügig und kostengünstig durchgeführt werden können. Zu den verschiedenen Institutionenbegriffen: R. Richter, Ethische Aspekte der Institutionalisierung wirtschaftlicher Prozesse, in: W. Korff u. a., Handbuch der Wirtschaftsethik, Bd. 2, Gütersloh 1999, S. 18-21; auch V. Vanberg (Fn. 2), S. 38f.

in den Büchern (law in the books), sondern auf der des tatsächlich, wirkenden Rechts, des law in action⁶.

Der institutionenökonomische Ansatz befasst sich mit der Entwicklung, der Veränderung und der Wirkungsweise von Institutionen⁷. Insofern handelt es sich zu erst einmal um einen positiven sozialwissenschaftlichen Ansatz, positiv im Sinne, dass danach gefragt wird, wie die Welt ist, nicht danach, wie sie gestaltet werden sollte.

Die normative Institutionenökonomik hingegen fragt danach, ob bestimmte institutionelle Gestaltungen als wünschenswert zu betrachten sind⁸. Hier geht es um die „gute Ordnung“ der Gesellschaft; deshalb wird auch von Ordnungstheorie⁹ gesprochen. Da in diesem Ansatz auf den (hypothetischen) Konsens als legitimationsstiftendes Kriterium abgestellt wird, ist auch von Konsentheorie oder Konsentethik die Rede¹⁰. Im Folgenden soll durchgehend von Ordnungstheorie und Konsentheorie gesprochen werden. Dabei ist allerdings darauf hinzuweisen, dass in der philosophischen Diskussion von Ethik die Rede ist, und von Wirtschaftsethik, wenn die Ethikdiskussion mit dem theoretischen Instrumentarium der Ökonomik verbunden wird¹¹.

Bei der normativen Institutionenökonomik – Ordnungstheorie, Konsentheorie – geht es um die Entwicklung von Gestaltungsvorschlägen und um einen komparativen normativen Problemzugang. Dieser normative Problemzugang verbindet die Neue Institutionenökonomik mit der ökonomischen Theorie der Verfassung in der Tradition der Lehre vom Sozialvertrag¹². Als normatives Kriterium wird im Unterschied zur klassischen Lehre vom Sozialvertrag

6 Dazu: H.-J. Mertens/C. Kirchner/E. Schanze, Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Opladen u. a. 1982, S. 124.

7 Vgl. E. Furubotn/R. Richter (Fn. 2), insbes. S. 33-38; Nachweise zur Neuen Institutionenökonomik in Fn. 3.

8 Vgl. Pies (Fn. 2); K. Homann/C. Kirchner, Ordnungsethik, in: Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie, Bd. 14, P. Herder-Dorneich/K. Schenk/D. Schmidtchen hrsg., Tübingen, S. 195; M. Vogt, Institutionen als Organisationsfaktoren menschlichen Handelns, in: W. Korff u. a. hrsg. Handbuch der Wirtschaftsethik, Bd. 1, Gütersloh, 1999, S. 268-284; C. Kirchner, Kartellrecht und neue Institutionenökonomik: interdisziplinäre Überlegungen, in: J. Kruse/K. Stockmann/L. Vollmer hrsg., Wettbewerbspolitik im Spannungsfeld nationaler und internationaler Kartellrechtsordnungen, Festschrift für Ingo Schmidt zum 65. Geburtstag, Baden-Baden 1997, S. 36f.

9 Der Begriff „Ordnungstheorie“ wird insbes. von Streit verwendet: M. Streit, Freiburger Beiträge zur Ordnungsökonomik, Tübingen 1995; in der wirtschaftsethischen Diskussion ist von „Ordnungsethik“ die Rede: K. Homann/C. Kirchner (Fn. 8), S. 189-211.

10 K. Homann, Die Legitimation von Institutionen, W. Korff u. a. hrsg., Handbuch der Wirtschaftsethik, Bd. 2, Gütersloh 1999, S. 58.

11 Zur Wirtschaftsethik vgl. das umfassende Werk: W. Korff u. a. hrsg., Handbuch der Wirtschaftsethik, Bd. 1-4, Gütersloh 1999. In diesem Werk wird stark auf einen Ethikbegriff abgestellt, in dem die Wertung in die Gestaltung von Institutionen gelegt wird und nicht als Postulat für das Handeln des individuellen Akteurs angemahnt wird.

12 Buchanan, The domain of constitutional economics, in: Constitutional Political Economy 1, S. 1-18; K. Ballestrin, Vertragstheoretische Ansätze in der politischen Philosophie, in: Zeitschrift für Politik 30, 1983, S. 1-17; I. Pies (Fn. 3), S. 121-146; W. Kersting, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, Darmstadt 1996; K. Homann, Die Legitimation von Institutionen, in: W. Korff u. a., Handbuch der Wirtschaftsethik, Bd. 2, Gütersloh 1999, S. 63f.

nicht auf den aktuellen Konsens der beteiligten Akteure, sondern auf den hypothetischen Konsens abgestellt¹³. Nun heißt dies aber nicht, dass Spekulationen darüber zulässig wären, was unter verschiedenen Annahmen als zustimmungsfähig angesehen werden kann. Der methodische Ansatz bleibt insofern streng innerhalb des Rahmens der Wirtschaftswissenschaft, als die Diskussion innerhalb des ökonomischen Paradigmas stattfindet¹⁴. Dies will sagen, es wird von Ressourcenknappheit und eigennutzorientiertem Rationalverhalten der individuellen Akteure ausgegangen. Dabei wird von systematisch unvollkommener Information und von beschränkter Rationalität (bounded rationality) ausgegangen.

Handelnde Akteure sind Individuen, nicht Kollektive (methodologischer Individualismus). In der normativen Variante der Neuen Institutionenökonomik wird der methodologische Individualismus durch den normativen Individualismus ergänzt. Entscheidend sind also nicht Ziele, die den Akteuren von außen vorgegeben werden, sondern ihre eigenen Präferenzen (normativer Individualismus)¹⁵. Es kann davon ausgegangen werden, dass rational handelnde Akteure, die ihr Verhalten am Eigennutz orientieren, nicht bereit sind, Lösungen zu akzeptieren, die ihnen Opfer abverlangen. Zustimmungsfähigkeit einer Lösung kann dann auch nicht bedeuten, dass gefragt wird, ob alle betroffenen Akteure, die ihre eigene Position und die auf sie zukommenden Konsequenzen kennen, der Lösung zustimmen werden. Das wäre der aktuelle, nicht der hypothetische Konsens. Der hypothetische Konsens zeichnet sich dadurch aus, dass von der hypothetischen Situation ausgegangen wird, dass die Akteure zwar allgemein die Konsequenzen unterschiedlicher Lösungen abschätzen können, aber nicht wissen, ob sie selbst zu den möglichen Gewinnern oder zu den Verlierern gehören. Sie handeln unter dem Schleier des Nichtwissens (veil of ignorance)¹⁶. Dann bedeutet Zustimmungsfähigkeit einer Lösung, dass Akteure der betreffenden Lösung zustimmen, weil sie entweder einen eigenen Vorteil erwarten können oder, für den Fall, dass die Lösung für sie nachteilig ausfallen sollte, dies im Lichte der Unsicherheit, ob sie Gewinner oder Verlierer sein werden, hinnehmbar erscheint. Es wird zu zeigen sein, dass dieses theoretische Konstrukt des hypothetischen Konsenses gegenüber gängigen wohlfahrtsökonomischen Problemzugängen insbesondere dann vorzuzugswürdig ist, wenn es um die Erörterung von Gemeinwohlfragen geht (dazu näher in III).

13 K. Homann/C. Kirchner (Fn. 8), S. 203; C. Kirchner (Fn. 4), S. 36; V. Vanberg (Fn. 2), S. 41; K. Homann, (Fn. 12), S. 58-65; C. Kirchner, Formen innerstaatlicher Interaktionsregeln für wirtschaftliche Prozesse, in W. Korff u. a., Handbuch der Wirtschaftsethik, Bd. 2, Gütersloh 1999, S. 133.

14 Zum „ökonomischen Paradigma“: R. Richter/E. Furubotn (Fn. 2), S. 2-5; C. Kirchner, Ökonomische Theorie des Rechts, Berlin 1997, S. 12-20.

15 Zum normativen Individualismus und der darauf basierenden Konsensethik: J. Buchanan (Fn. 12); K. Homann, Die Interdependenz von Zielen und Mitteln, Tübingen 1980, S. 70f.; I. Pies (Fn. 3), S. 136f.; E. Mack, Ökonomische Rationalität, Berlin 1994, S. 91-101; K. Homann/C. Kirchner (Fn. 9), S. 197; Kirchner (Fn. 14), S. 20f.; M. Vogt (Fn. 8), S. 281; K. Homann (Fn. 12), S. 58.

16 Zum „Schleier des Nichtwissens“: J. Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt/ Main (englisches Original unter dem Titel „A Theory of Justice“, Cambridge/Mass. 1971), S. 159-166; zum Schleier der Unwissenheit und dem Schleier der Unsicherheit: V. Vanberg (Fn. 1), S. 46-48; zur Verknüpfung der Schleierlehre mit dem auf Kant zurückgehenden Universalisierungsgrundsatz der modernen Ethik: K. Homann (Fn. 12), S. 62.

3 Thesen zur Gemeinwohlverwirklichung

3.1 Gemeinwohlverwirklichung als offene Zielsetzung

Das Gemeinwohl – lange als eine nicht ungefährliche Leerformel abgetan¹⁷ – ist in den letzten Jahren wieder zum Objekt wissenschaftlicher Diskussion geworden¹⁸. Die Skepsis gegenüber diesem Begriff war der Befürchtung entsprungen, hier werde der Versuch unternommen werden, „Gemeinwohl“ qua Definition mit materiellem Inhalt zu füllen und dann daraus Konsequenzen für eine normative Gesellschaftstheorie zu ziehen¹⁹. In der jüngeren Diskussion hingegen besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass es sich bei „Gemeinwohl“ um ein offenes Konzept handelt²⁰.

Es lässt sich historisch zeigen, dass der Bezug zum „Gemeinwohl“ in einer Zeit eine Lückenfüllungsfunktion hatte, in der eine Legitimation von Herrschaft – allein – unter Berufung auf das Gottesgnadentum des Fürsten nicht mehr möglich erschien²¹.

Die Berufung auf das Gemeinwohl spielt im Sozialvertrag, der als hypothetische Grundlage der Herrschaftslegitimation gedacht wird²², eine entscheidende Rolle. In einem solchen Konzept von Gemeinwohl ist es notwendig, den Begriff des Gemeinwohls offen zu halten, die Gemeinwohlverwirklichung als offene Zielsetzung zu begreifen²³. Es erscheint dann durchaus sinnvoll, nicht von dem Gemeinwohl im Singular zu sprechen, sondern von einzelnen Gemeinwohlbelangen²⁴. Das hat – auch – den Vorteil, dass das Ziel

17 Vgl. hier insbesondere die Vorbehalte gegen den Leerformelcharakter des „Gemeinwohls“: M. Streit, *Theorie der Wirtschaftspolitik*, 4. Aufl., Düsseldorf, 1991, S. 182; C. Blankart 2001: *Öffentliche Finanzen in der Demokratie*, 4. Aufl., München, 2001, S. 3; R. Richter, *Ethische Aspekte der Institutionalisierung wirtschaftlicher Prozesse*, in: W. Korff u. a. hrsg., *Handbuch der Wirtschaftsethik*, Bd. 2, Gütersloh 1999, S. 35.

18 H. Münkler/K. Fischer, *Gemeinwohl und Gemeinsinn. Thematisierung und Verbrauch sozio-moralischer Ressourcen in der modernen Gesellschaft*, in: Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften, *Berichte und Abhandlungen*, Bd. 7, 1999, S. 237- 265; H. Münkler/K. Fischer hrsg., *Gemeinwohlkonkretisierungen und Gemeinsinnerwartungen. Zur Relevanz unbestimmter Rechtsbegriffe*, Berlin 2002; G. Schuppert/F. Neidhardt hrsg., *Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz*, WZB-Jahrbuch 2002, Berlin 2002; f. Neidhardt, *Zur Einführung: Fragen zum Gemeinwohl*, in: G. Schuppert/F. Neidhardt hrsg., S. 13 (mit der Frage nach einer „Themenkonjunktur“ für „Gemeinwohl“ als Konzept); G. Schuppert/F. Neidhardt, *Gemeinwohl, das. Oder: Über die Schwierigkeiten, dem Gemeinwohlbegriff Konturen zu verleihen*, in: G. Schuppert/F. Neidhardt hrsg. (Fn. 4), S. 19-64.

19 G. Schuppert (Fn. 18), S. 28f.

20 Vgl. etwa Engel, Ch., „Offene Gemeinwohldefinitionen“, in: *Rechtstheorie*, Bd. 32, Heft 1, 2001, S. 23-52; G. Schuppert (Fn. 18), insbes. S. 21-24; Kirchner (Fn. 8), S. 172f.; f. Breyer/M. Kolmar, *Grundlagen der Wirtschaftspolitik*, Tübingen 2001, S. 15, weisen darauf hin, dass der Begriff des Gemeinwohls nicht operational, sogar in hohem Maße interpretationsbedürftig sei.

21 Vgl. H. Maier, *Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre*, 2. Aufl., München, 1980, S. 159f.; H. Münkler/K. Fischer (Fn. 18), S. 246; C. Kirchner (Fn. 8), S. 157.

22 Vgl. die Literaturnachweise zum Sozialvertrag in Fn. 12.

23 Vgl. die Literaturnachweise in Fn. 20.

24 So mit ausführlicher Begründung: G. Schuppert (Fn. 18), S. 28-50.

der Gemeinwohlverwirklichung jeweils neu gefasst und konkretisiert wird. Aus dieser Perspektive gewinnt die Bezugnahme auf die Gemeinwohlverwirklichung heuristischen Wert. Sie leitet die Diskussion an, wenn es um die Beantwortung von Fragen normativer Gesellschaftstheorie geht.

Auch eine solche offene Fassung des Gemeinwohls macht die Diskussion darüber, wie man sich denn konkret der Gemeinwohlproblematik nähern sollte, nicht entbehrlich. In einem Problemfeld, in dem es um rechtliche Regelungen im Dienste – auch – wirtschaftspolitischer Zielsetzungen geht, richtet sich das Augenmerk wie selbstverständlich auf die ökonomische Diskussion und die Frage, ob sich aus der ökonomischen Theorie Aufschlüsse über Gemeinwohlbelange herleiten lassen²⁵. Indem sich die Politische Ökonomie der Klassik in der Entwicklung der ökonomischen Theorie zur neoklassischen Wohlfahrtstheorie verengt hatte, die das Gemeinwohl auf die aggregierte Nutzenfunktion einer Volkswirtschaft reduziert hatte²⁶, erscheint es notwendig, wenn die offene Zielsetzung der Gemeinwohlverwirklichung definiert werden soll, auf den Ansatz der modernen Wohlfahrtsökonomik²⁷ einzugehen. Da dann in der Freiburger Schule ein Ordnungsansatz (*ordo*) entwickelt worden war, der über den Bereich von Wirtschaft und Gesellschaft hinausgriff und wiederum die Verfassung und den Staat ins Spiel brachte, soll auch auf diesen – den ordoliberalen Ansatz²⁸ – eingegangen werden.

25 Vgl. dazu ausführlich C. Kirchner (Fn. 4), S. 159-170.

26 Zur Verengung der klassischen Politischen Ökonomie zur neoklassischen Wohlfahrtsökonomik: H. Albert, *Individuelles Handeln und soziale Steuerung. Die ökonomische Tradition und ihre Erkenntnisprogramm*, in: H. Lenk hrsg. *Handlungstheorien interdisziplinär. d. IV. Sozialwissenschaftliche Handlungstheorien und spezielle systemwissenschaftliche Ansätze*, München, 1977, S. 177-255; C. Kirchner (Fn. 14), S. 10.

27 Zur Wohlfahrtsökonomik: K. Arrow, *Social Choice and Individual Values*, New York 1951; K. Arrow, *Collected Papers 1: Social Choice and Justice*, Cambridge, Mass. 1983; R. Boadway/N. Bruce, *Welfare Economics*, Oxford 1984; W. Bossert/F. Stehling, *Theorie kollektiver Entscheidungen. Eine Einführung*, Berlin, 1990; J. Hicks, *The Foundations of Welfare Economics*, in: *Economic Journal*, Bd. 49, 1939, S. 696-712; N. Kaldor, *Welfare Propositions of Economic and Interpersonal Comparisons of Utility*, in: *Economic Journal*, Bd. 49 1939, S. 549-552; A. Pigou, *The Economics of Welfare*, 4. Aufl., London 1932; A. Sen, *Collective Choice and Social Welfare*, San Francisco 1970; Breyer / Kolmar (Fn. 18), S. 27-77; C. Kirchner (Fn. 8), S. 160-162.

28 Zum ordoliberalen Ansatz: f. Böhm, *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, Stuttgart 1937; W. Eucken, *Grundlagen der Nationalökonomie*, Berlin u. a. – 7. Aufl., 1959 (Erstausgabe: 1950); W. Eucken, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Tübingen, 6. Aufl. (Erstveröffentlichung: 1952); W. Eucken, *Das ordnungspolitische Problem*, in: *ORDO* 1, 1948, S. 56-90; f. Böhm, *Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft*, hrsg. von E.-J. Mestmäcker, Baden-Baden 1990; H. Grosseckter, *Die Wirtschaftsordnung als Gestaltungsaufgabe. Entstehungsgeschichte und Entwicklungsperspektiven des Ordoliberalismus nach 50 Jahren Sozialer Marktwirtschaft*, Münster/Westf. 1997; A. Müller-Armack, *Stil und Ordnung der Sozialen Marktwirtschaft*, in: ders., *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik. Studien und Konzepte zur Sozialen Marktwirtschaft und zur Europäischen Integration*, Freiburg im Br. 1952, S. 231-242; M. Streit, *Economic Order, Private Law and Public Policy: The Freiburg School of Law and Economics in Perspective*, in: *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)*, 148, 1992, S. 675-704; M. Streit (Fn. 9); H. Nutzinger, *Der ordnungsethische Entwurf von Walter Eucken (Ordo-Liberalismus)*, in: W. Korff u. a. hrsg., *Handbuch der Wirtschaftsethik*,

4 Wohlfahrtsmaximierung als Gemeinwohlverwirklichung

Wenn man auf der Grundlage einer utilitaristischen Gesellschaftsphilosophie die Steigerung des individuellen Nutzens der Mitglieder der Gesellschaft als vornehmsten Ziel der Gesellschaftspolitik ansieht und die Zu- oder Abnahme des aggregierten Gesamtnutzens zum normativen Kriterium erhebt, lässt sich die Maximierung dieser gesellschaftlichen Wohlfahrt mit der Gemeinwohlverwirklichung gleichsetzen²⁹. Es ist dann nicht verwunderlich, dass es in der Wirtschaftswissenschaft kaum eine explizite Gemeinwohldiskussion gibt, wohl aber eine intensive Diskussion um das Ziel der Wohlfahrtsmaximierung. Wenn man – wie dies in einer individualistischen Gesellschaftstheorie notwendigerweise der Fall ist – Nutzen individuell bestimmt, tauchen sowohl bei der Nutzenaggregation als auch bei jeglicher Art von Nutzenvergleichen Probleme auf. Diese Probleme kann man nur dann ausblenden, wenn man für eine Steigerung der gesamtgesellschaftlichen Wohlfahrt fordert, dass zumindest der Nutzen einer Person steigt, ohne dass es zu irgendwelchen Nutzeneinbußen bei anderen Personen kommt (Definition der Pareto-Superiorität). Man blendet dann zwar die genannten methodischen Probleme aus, handelt sich aber ein viel schwerwiegenderes Problem ein, dass nämlich der Status Quo normativ gerechtfertigt werden kann, solange eine solche pareto-superiore Strategie nicht möglich ist. Da aber bei fast jeder Veränderung den Vorteilen der Gewinner Nachteile der Verlierer gegenüberstehen, ist dann der Status Quo jeweils der Veränderung vorzuziehen, nur weil ein wertender Vergleich der Nutzengewinne und -Verluste vom methodischen Ansatz her ausscheidet.

Nun ließe sich diese Dilemmasituation aufbrechen, wenn man eben solche wertenden Nutzenvergleiche zuließe, wie dies dem Kaldor-Hicks-Theorem entspricht, das als Modifizierung der paretianischen Wohlfahrtsökonomik begriffen werden kann. Diesem Theorem zufolge stellt ein Zustand gegenüber einem anderen dann eine Wohlfahrtssteigerung dar, wenn aus den Nutzengewinnen der Gewinner die Verluste der Verlierer ausgeglichen werden können. Nun wirft dieser scheinbare Ausweg aus dem Dilemma zwei neue Fragen auf. Wie ist das Problem interpersoneller Nutzenvergleiche zu lösen? Wie lässt sich rechtfertigen, dass die Verlierer zwar kompensiert werden könnten, auf die tatsächliche Kompensation aber verzichtet wird? Mit Blick auf den institutionenökonomischen Ansatz, der unter II. 4 zu entwickeln sein wird, sei hier bereits angedeutet, dass man die Frage der Kompensationsmöglichkeit präzisieren könnte. Können die Verlierer damit rechnen, dass sie zwar in der Folgeperiode Wohlfahrtseinbußen hinzunehmen haben, in den weiteren Folgeperioden aber auf Wohlfahrtsmehrungen zählen können, wäre die gesellschaftspolitische Maßnahme, die ihnen in der ersten Periode Wohlfahrtseinbußen zumutet, aus ihrer Sicht zustimmungsfähig. Was hier methodisch getan wird, ist die Konstruktion einer pareto-superioren Strategie, die die Wohlfahrtsentwicklung nicht nur in der direkten

Band 1, Gütersloh 1999, S. 496-501; zur Gegenüberstellung des ordo-liberalen Ansatzes von Eucken und dem liberalen Ansatz von Hayek: I. Pies, *Ordnungspolitik in der Demokratie*, Tübingen 2000, S. 17-40.

29 Einzelnachweise in C. Kirchner (Fn. 8), S. 160-162.

Folgeperiode in den Blick nimmt, sondern die weiter in die Zukunft greift. Da die Zukunftserwartungen notwendigerweise mit großen Unsicherheiten belastet sind, wird dann nicht auf die tatsächlichen Entwicklungen abgestellt, sondern auf die Einschätzung seitens der betroffenen Akteure. Das ist im Kern eine Abkehr vom wohlfahrtsökonomischen Kalkül. Entscheidend ist nämlich nicht, dass es tatsächlich zu Wohlfahrtssteigerungen kommt, sondern dass die Akteure solche erwarten.

5 Ordoliberaler Ansatz

Soll Wettbewerbs- und Kartellrecht in einen Gemeinwohlkontext gestellt werden, so liegt es nahe, auf den ordoliberalen Ansatz zuzugreifen. In diesem Ansatz wird Wettbewerb nicht als bloßes Instrument zur Erreichung maximaler gesellschaftlicher Wohlfahrt begriffen; er wird als Ordnungsfaktor in seiner gesellschaftlichen und gesellschaftspolitischen Funktion als Grundlage einer freien Gesellschaft gesehen³⁰. Er ist das zentrale Ordnungsprinzip der sozialen Marktwirtschaft³¹. Zugleich wird zwischen marktwirtschaftlicher Ordnung und demokratisch-rechtsstaatlicher Verfassung unterschieden: Staat und Gesellschaft sind getrennt³². Der Staat ist Garant des Wettbewerbs, setzt diesem aber zugleich Grenzen. Wenn zentrale Gemeinwohlbelange dies verlangen, hat Wettbewerb – und damit das Kartellverbot – zurückzutreten. So haben bereits die Schöpfer des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Jahre 1957 das Kartellverbot unter bestimmten Bedingungen eingeschränkt³³. Nach § 8 Abs. 1 GWB³⁴ kann der Bundesminister für Wirtschaft auf Antrag die Erlaubnis zu einem Vertrag oder Beschluss im Sinne der kartellrechtlichen Vorschrift, die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen für unwirksam erklärt (§ 1 GWB), erteilen, „wenn ausnahmsweise die Beschränkung des Wettbewerbs aus überwiegenden Gründen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls notwendig sind“.

Im Lichte der Theorie der Trennung von Staat und Gesellschaft ist aus ordoliberaler Sicht eine solche Begrenzung des Wettbewerbsprinzips durch den Rekurs auf die „überwiegenden Gründe der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls“ als ein Wechsel aus dem Bereich der Wirtschaft (Wettbewerbsprinzip) in den Bereich Staat (überwiegende Gründe des Gemeinwohls) zu deuten. Also fallen Handlungen, die sich (direkt) auf das Gemeinwohl beziehen, in den Bereich der demokratisch-rechtsstaatlichen Verfassung. Sie sind damit, da der Gemeinwohlbegriff – wie besprochen – ein offener Begriff ist, politisch – nämlich

30 Vgl. M. Streit, Das Wettbewerbskonzept der Ordnungstheorie, in: ders. (Fn. 28), S. 61.

31 Vgl. u. a. A. Müller-Armack (Fn. 28).

32 M. Streit (Fn. 28), S. 61; H. Mertens/C. Kirchner/E. Schanze (Fn. 6), S. 95.

33 Die Trennung zwischen wettbewerbslichen und außerwettbewerbslichen Gesichtspunkten findet sich bereits in § 2 des Regierungsentwurfs des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen aus dem Jahre 1952; a. a. O., S. 4.

34 Dazu näher unter VI. 2. b) aa).

demokratisch – zu legitimieren. Das – ungelöste – Problem ist dann, wie der Gemeinwohlbegriff politisch zu füllen ist, soll er nicht der Beliebigkeit anheimfallen.

Der ordoliberalen Ansatz der Freiburger Schule hat einen eigenen wirtschaftstheoretischen wie auch einen wirtschaftspolitischen Ansatz entwickelt, aber keine Staatstheorie. Dies mag seinen Grund darin haben, dass zur Zeit, als dieser Ansatz geschaffen wurde, eine ökonomische Theorie der Politik, nämlich eine Neue Politische Ökonomie³⁵ noch nicht existierte. Auch die Neue Institutionenökonomik ist später entstanden³⁶. In neuerer Zeit ist die Lücke im ordoliberalen Ansatz aber konsequent geschlossen worden, in dem Elemente der Neuen Politischen Ökonomie und der Neuen Institutionenökonomik integriert worden sind³⁷. Dann erscheint es zweckmäßig, die Diskussion des ordoliberalen Ansatzes an dieser Stelle abzubrechen und sich dem institutionenökonomischen zuzuwenden.

6 Institutionenökonomischer Ansatz: Vergleich zum wohlfahrtsökonomischen Ansatz

Der institutionenökonomische – konsens-theoretische, ordnungstheoretische -Ansatz basiert anders als der wohlfahrtsökonomische nicht auf dem Fundament der utilitaristischen Philosophie, sondern auf dem vertragstheoretischen Fundament³⁸. Die Legitimation von gesellschaftspolitischen Entscheidungen wird nicht in tatsächlichen oder postulierten Wohlfahrtsverbesserungen gesucht, sondern in der Frage, ob eine solche Entscheidung zustimmungsfähig ist oder nicht³⁹.

Wenn nicht von der faktischen Zustimmung ausgegangen wird, sondern von der Frage, ob eigennutzorientiert, rational handelnde Akteure einer Entscheidung zustimmen würden, wenn sie ihrerseits darüber im Unklaren wären, ob sie zu den Gewinnern oder Verlierern gehörten, macht dies einen entscheidenden Unterschied zur Verwendung des Kaldor-

35 Vgl. A. Downs, ökonomische Theorie der Demokratie, hrsg. von R. Wildenmann, Tübingen 1968 (amerikanische Originalausgabe unter dem Titel „An Economic Theory of Democracy“, New York 1957); P. Bernholz, Die Entwicklung der Neuen Politischen Ökonomie und ihre Probleme als Teil der Sozialwissenschaften, Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie, Band 1, 1982, S. 1-10; B. S. Frey, Moderne Politische Ökonomie, München 1977; B. S. Frey, Theorie demokratischer Wirtschaftspolitik, München 1981; W. W. Pommerehne/B. S. Frey, hrsg. ökonomische Theorie der Politik, Berlin 1979; P. Bernholz/F. Breyer, Grundlagen der Politischen Ökonomie, Band I: Theorie der Wirtschaftssysteme, 3. Aufl., Tübingen 1993; Bd. 2: Ökonomische Theorie der Politik, Aufl., Tübingen, 1994.

36 Autoren der ersten Publikationen, die man der Neuen Institutionenökonomik zurechnen kann, sind Armen Alchian, Ronald Coase, Douglas North und Oliver Williamson; die Bezeichnung new institutional economics stammt von Williamson: O. Williamson, Markets and Hierarchies. Analysis and Antitrust Implications, New York, S. 1.

37 Insbes. M. Streit (Fn. 28).

38 Vgl. K. Homann/C. Kirchner (Fn. 8); K. Homann (Fn. 8), S. 58-71; V. Vanberg (Fn. 2), S. 40-42; vgl. auchf. Breyer/M. Kolmar (Fn. 20), S. 55.

39 Zum hypothetischen Konsens Nachweise in Fn. 13.

Hicks- Theorems im wohlfahrtstheoretischen Ansatz. Geht beim Kaldor-Hicks- Theorem darum, ob die Verlierer einer Entscheidung, die sie in der direkten Folgeperiode mit einer Wohlfahrtseinbuße belastet, deshalb zustimmen können, weil sie in den Folgeperioden eine Kompensation oder Überkompensation erwarten, so arbeitet der konsenstheoretische Ansatz mit der Frage, ob Akteure unter dem Schleier des Nichtwissens, wenn sie also nicht sicher sein können, ob sie zu den Gewinnern oder Verlierern der betreffenden Entscheidung gehören, einer Entscheidung zustimmen können. Das Besondere an diesem Konsenstest besteht darin, dass die Akteure den Gesamtnutzen der Entscheidung zu beurteilen haben, nicht allein die Auswirkung auf eine bestimmte Gruppe von Akteuren. Auf der anderen Seite wurde oben (III. 2) gezeigt, dass eine Weiterentwicklung des Kaldor-Hicks-Kriteriums sehr wohl zu einer Annäherung zwischen dem wohlfahrtsökonomischen und dem institutionenökonomischen Ansatz führen kann. Wird – wie oben ausgeführt – zwar auf eine Kompensation der Verlierer verzichtet, zugleich aber gefragt, ob diese angesichts ihrer Zukunftserwartungen zustimmen könnten, so stellt diese eine Integration des Konsenstests in die Wohlfahrtsökonomik dar. Allerdings wird dann in Wahrheit auf die tatsächliche Zustimmung, nicht auf die Zustimmungsfähigkeit abgestellt. Kann aber nachgewiesen werden, dass Akteure einer Entscheidung unter gewissen Voraussetzungen tatsächlich zustimmen würden, ist dies ein im Vergleich zum Konsenstest stärkeres Argument. Da die tatsächliche Zustimmung die hypothetische Zustimmung umfasst, kommt es hier zu interessanten Überlappungen zwischen einem weiter entwickelten Kaldor-Hicks-Kriterium und dem institutionenökonomischen Ansatz.

7 „Gemeinwohlverwirklichung“ im institutionenökonomischen Ansatz

Aus institutionenökonomischer Perspektive sind – wie dargelegt – Belange dann als Gemeinwohlbelange zu qualifizieren, wenn die sie verwirklichenden Institutionen aus der Sicht der Regelungsadressaten zustimmungsfähig sind, wenn damit der institutionelle Ordnungsrahmen die Präferenzen dieser Akteure widerspiegelt. Es wird also von den Präferenzen dieser Regelungsadressaten ausgegangen, von denen angenommen wird, dass sie eigennutzorientiert und (beschränkt) rational handeln.

8 Der privatrechtliche Ordnungsrahmen

8.1 Bausteine des Ordnungsrahmens

Der Ordnungsrahmen, innerhalb dessen das private Wettbewerbsrecht seine Wirkungen entfaltet, ist durch Zivil- und Wirtschaftsrecht geprägt. In diesem Rahmen steht die Ausstattung des Einzelnen mit Rechten im Mittelpunkt, die es ihm erlaubt, mit anderen

Unternehmen im öffentlichen Raum
Zwischen Markt und Mitverantwortung
Hüther, M.; Bergmann, K.; Enste, D.H. (Hrsg.)
2015, VIII, 294 S. 14 Abb., Softcover
ISBN: 978-3-658-02645-5