

ORDO

*Jahrbuch für die Ordnung
von Wirtschaft und Gesellschaft*

Band 59

Begründet von

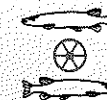
WALTER EUCKEN und FRANZ BÖHM

Herausgegeben von

Hans Otto Lenel

Clemens Fuest · Walter Hamm · Ernst Heuss
Wolfgang Kerber · Martin Leschke · Ernst-Joachim Mestmäcker
Wernhard Möschel · Josef Molsberger · Peter Oberender
Ingo Pies · Razeen Sally · Alfred Schüller
Viktor Vanberg · Christian Watrin · Hans Willgerodt

Sonderdruck



Lucius & Lucius

Ernst-Joachim Mestmäcker

Wettbewerbsfreiheit und unternehmerische Effizienz. Eine Erwiderung auf Schmidtchen

Inhalt

I. Konditional- oder Zweckprogramm und die Leerformel der Freiheit	186
II. Die Interdependenz der Ordnungen oder die strukturelle Kopplung von Wirtschaft und Recht.....	189
1. Das Modell Property Rights	190
2. Freiheit im Nirgendwo	191
III. Gewerbe- und Wettbewerbsfreiheit.....	194
1. Die Institutionalisierung des Wettbewerbs.....	194
2. Zur Leerformel der Wettbewerbsfreiheit	195
3. Wettbewerbsfreiheit im Privatrecht.....	196
4. Gesetzgeberische Ausgestaltung	197
5. „Erlaubte Freiheit“	200
IV. Effizienz und Property Rights	202
V. Coase und Hayek.....	204
Literatur	206
Zusammenfassung	208
Summary: Freedom of Competition and Efficiency of Firms	208

Schmidtchen (2008) setzt sich in seinem Aufsatz „Wettbewerbsfreiheit oder Effizienz“ mit der von mir vertretenen Rechtstheorie und ihrer Anwendung auf das Wettbewerbsrecht auseinander. Die Möglichkeit, auf die überwiegend kritische Wiedergabe meiner Theorie zu antworten, nehme ich gern wahr, weil sie mir Gelegenheit gibt, Fehlvorstellungen oder Missverständnisse zu korrigieren und verbleibende Gegensätze zu kennzeichnen.

Schmidtchen stellt sich die Aufgabe einer normativen Grundlegung der Wettbewerbspolitik. Er nimmt sie in zwei Schritten in Angriff: Im ersten Schritt wird der Teil der normativen Grundlegung, der mit Rechtsnormen zu tun hat, unter Bezug auf die Systemtheorie *Luhmanns* anhand des Gegensatzes von Konditionalprogramm und Zweckprogramm behandelt; im zweiten Schritt geht es um die Rationalität oder die Irrationalität von Wettbewerbsfreiheit als Rechtsprinzip.

I. Konditional- oder Zweckprogramm und die Leerformel der Freiheit

Schmidchen hält es für offensichtlich, dass ich in meiner Rechtstheorie den systemtheoretischen Ansatz von *Luhmann* in dessen Rechtssoziologie von 1972 folge.¹ Daran orientiert sich auch seine Kritik an meiner vermeintlich formalistischen juristischen Denkweise. *Schmidchen* hat jedoch meine Kritik an *Luhmann* (1972) ebenso übersehen wie dessen grundlegend veränderte Position in „Das Recht der Gesellschaft“ von 1993.² Diese Veränderungen betreffen hauptsächlich das hier im Mittelpunkt stehende Verhältnis von Rechtsordnung und Wirtschaftssystem. Gleichwohl ist zunächst das von *Schmidchen* anhand von *Luhmann* (1972) begründete Verständnis von Rechtstheorie kritisch zu würdigen.

Wenn *Schmidchen* meint, das Recht als konditionales Planprogramm entspreche der Auffassung „der meisten Juristen“ und verzichte auf Folgenorientierung ebenso wie auf die Berücksichtigung von Normzwecken, dann werden die Juristen erneut als begriffsgläubige Subsumptionsapparate wahrgenommen. Wenn eine Aussage darüber möglich sein sollte, was die „meisten Juristen“ über das Recht denken, dann lässt sich mit Zuversicht sagen, dass dazu „der Zweck im Recht“ (*Ihering* 1883) und die an den Zweck anknüpfende Folgenorientierung gehören. *Schmidchen* wählt ein Beispiel, das zeigen soll, warum es in meinem Rechtsverständnis und bei *Luhmann* (1972) auf Zweck und Folgenorientierung nicht ankomme. Im Beispiel sollen Kopplungsgeschäfte per se verboten sein: „Gepprüft werden muss dann lediglich, ob ein Verhalten ein Kopplungsgeschäft darstellt oder nicht. Diese Prüfung kann anhand der Definition des Begriffs Kopplungsgeschäft vorgenommen werden.“ Das Beispiel ist schon deshalb ohne Aussagewert, weil es keine Rechtsordnung gibt, in der Kopplungsgeschäfte als solche per se verboten sind. Dazu gehören mindestens die Qualifikation der Normadressaten, die Eigenart des Vertrages, sein Bezug auf Marktverhältnisse und die zu berücksichtigenden Marktwirkungen, die anhand des Zweckes (!) der Normen zu beurteilen sind. Das Beispiel schließt überdies die Vorfrage nach den Gründen aus, warum ein Kopplungsgeschäft per se verboten sein soll oder nicht. Anhand der Kontroversen, die diese „Vorfrage“ im amerikanischen, im europäischen und im deutschen Wettbewerbsrecht begleitet haben, hätte sich *Schmidchen* auch über die für die Auslegung wettbewerbsrechtlicher Normen wesentlichen Kriterien unterrichten können. Der Zweck von Normen gehört neben Wortlaut, Entstehungsgeschichte und systematischem Zusammenhang zum Standard der Rechtsauslegung auch im Wettbewerbsrecht.

Schmidchen hält Per-se-Verbote offenbar für besonders geeignet, die verderblichen Wirkungen juristischer Scheuklappen vorzuführen. Aber auch diese Tatbestände erklären sich nicht „per se“, sie führen vielmehr zu Missverständnissen, wenn man ihren Ursprung im amerikanischen Recht nicht berücksichtigt.³ *Schmidchen* scheint schließlich das Recht als konditionales Planprogramm mit der Subsumption zu identifizieren, die jeder Rechtsanwendung vorausgeht (das „Wenn-dann-Schema“). Er wird damit nicht einmal *Luhmann* (1972) gerecht. *Luhmann* hebt wiederholt hervor, ihm gehe es nicht

darum, eine juristische Kunstlehre zu entwickeln, sondern um die Eigenart des Rechts als Teil von Gesellschaft. Darauf ist im Folgenden einzugehen.

Für *Luhmann* (1972) waren die Elemente des Rechts maßgeblich, die es zu einem im Verhältnis zu seiner Umwelt selbständigen System qualifizieren. Er nennt das bis zur dritten Auflage der Rechtssoziologie die Autopoiesis des Rechts.⁴ Die Eigenschaften dieses Systems werden bestimmt durch die Positivität des Rechts und seine Geschlossenheit gegenüber der Umwelt:⁵

„Das System sichert seine Geschlossenheit dadurch, dass es sich in allen seinen Operationen Selbstreferenz mitlaufen lässt und davon abhängig macht, ob die von Moment zu Moment produzierten Elemente normative Qualität in Anspruch nehmen können oder nicht.“

Es gibt keinen Import von normativer Qualität aus der Umwelt in das System und zwar weder aus der Umwelt im Allgemeinen (Natur) noch aus der innergesellschaftlichen Umwelt (etwa Religion, Moral). Zu der Umwelt, aus der keine Normativität importiert werden kann, gehörte die Wirtschaft. Die Folgenorientierung wurde demgemäß begrenzt durch die Positivität des Rechts und den damit einhergehenden Zwang, jeden Konflikt anhand der Rechtslage zu entscheiden.⁶ Entgegen der Annahme von *Schmidchen* habe ich mich in meinen Arbeiten zur Rechtstheorie nicht an *Luhmann* (1972) orientiert; vielmehr habe ich anhand seiner Theorie zeigen wollen, warum das wirtschaftlich erhebliche Recht ohne dauernden Bezug auf seine ökonomischen Funktionen nicht verstanden werden kann. Als Beweis sind Selbstzitate erlaubt und unvermeidlich.

Zurückgewiesen wurde zunächst die These *Luhmanns*, dass der Jurist die Rationalitätsproblematik des Rechts verkenne, wenn er teleologisch nach dem Zweck einer Regelung frage: „Die von *Luhmann* favorisierte ‚konditionale Programmierung‘ als wahre Rationalität des Rechts ist ihrerseits in hohem Maße selektiv. Sie reduziert jedoch das Recht auf ‚normierte Verhaltensmodelle‘, die zur Lösung erkannter Probleme entworfen werden.“⁷

Große Normenmassen dienen zwar der Sozialplanung mit den Mitteln des Rechts. Gleichwohl sei es nicht gerechtfertigt, diese Erscheinungsform der Positivität des Rechts mit seiner Rationalität zu identifizieren. Damit werde der Teil einer Rechtsordnung, der auf spontaner Regelbildung beruht, als „strukturelle Zulassung von Flexibilität“ systemfunktional verharmlost oder zur bloßen Umwelt des Systems erklärt. Damit verbunden sei der Verlust der Rolle des Rechts, die seit *Kant* die Staatsgewalt legitimiere und begrenze: Die Gewährleistung der gleichen Freiheit unter allgemeinen Gesetzen. Dieser Gedanke habe nichts mit der Annahme eines höheren Naturrechts oder der Rückführung des Rechts auf überholte Moralvorstellungen zu tun. Es handele sich vielmehr darum, ob das Recht Selbstbestimmung gewährleisten könne ohne ideologischen Selbsttäuschungen zum Opfer zu fallen.

4 *Luhmann* (1987, S. 354 ff.).

5 *Luhmann* (1987, S. 357).

6 Es ist dies eine Eigenart aller Rechtsordnungen, die voraussetzen, dass jeder Konflikt der ein Rechtskonflikt ist, auch entschieden werden muss. Ein notwendiger Zusammenhang mit einer positivistischen Rechtstheorie besteht entgegen *Luhmann* nicht.

7 Hierzu und zum Folgenden *Mestmäcker* (1985). Kritisch gewürdigt wurde *Luhmann* (1972, S. 342 und S. 376).

1 Vgl. *Luhmann* (1972).

2 Vgl. *Luhmann* (1993).

3 Siehe den Überblick bei *Mestmäcker* und *Schweitzer* (2004, § 7 II 2 Rn. 31-41).

Die Feststellung, dass *Luhmann* (1972) mit seiner Theorie wesentliche Funktionen des Rechts verdeckte, und die Besonderheiten außer Acht ließ, die aus der Verbindung mit der Wirtschaftsordnung folgen, führte zur Kritik des rechtspositivistischen Kerns dieser Theorie:⁸

„Die Identifikation allen positiven Rechts mit Planung ist bereits in der Hobbeschen Rechtslehre vorgezeichnet. Sie wird in der modernen Rechtssoziologie von *Luhmann* – wiederum unter ausdrücklicher Berufung auf Hobbes – als Planungsproblem der Weltgesellschaft erneut thematisiert.“

Ohne auf die mit der systemfunktionalen Fassung der Fragestellungen verbundenen Komplikationen einzugehen, lässt sich feststellen, dass Systemrationalität als Planungs-rationalität zum Beurteilungsmaßstab des Rechts erhoben wurde. Bei *Luhmann* (1972, S. 342) heißt es:

„Das Recht nähme die Form von normierten Verhaltensmodellen an, die zur Lösung erkannter Probleme entworfen, in Geltung gesetzt, erprobt und nach Maßgabe von Erfahrungen geändert werden. Die Normativität hätte nur noch die Funktion, die Konstanz des Erwartens zu sichern, solange und soweit sie sinnvoll erscheint. Die moralische und die ideologische Begründung des Rechts würde ersetzt werden durch funktionale Kritik.“

Meine Erwiderung (1977, 1984, S. 124) darauf lautete:

„Jenseits aller moralischen und ideologischen Begründungen von Recht ist es eine seiner Hauptaufgaben, die Lösung unbekannter und zur Zeit der Gesetzgebung unerkannter Probleme gesellschaftlicher Interaktion zu ermöglichen. Hieraus sind die wesentlichen Bezüge von Rechtslehre und Wirtschaftstheorie entstanden. Vor allem die zwischen Privatrecht und Wettbewerbsrecht einerseits, Wettbewerbstheorie andererseits.“

Als Anweisung zur positivistischen Resignation wurde schließlich die Definition „Recht ist was recht ist“ zurückgewiesen⁹.

Radikal hat *Luhmann* schließlich ein System der Weltgesellschaft in Frage gestellt, das darauf angewiesen sei, seine Probleme als Privatinteressen in regionalen politischen Systemen zu vertreten und durchzusetzen.¹⁰ Unverkennbar ist hier sein Blick auf die europäische Integration, die mit Hilfe marktwirtschaftlicher Prozesse politische Ziele verfolgt. Daraus folgte für *Luhmann* der Verdacht, dass auf weitere Entwicklungsmöglichkeiten hin gesehen, jene aus den Hochkulturen überlieferte Festlegung auf normative, politisch rechtliche Mechanismen eine Fehlspezialisierung der Menschheitsentwicklung gewesen sein könnte, an die sich eine weitere Evolution nicht anschließen lasse: „Mit dem Recht haben wir uns auf Systemebenen festgelegt, auf denen die Evolution menschlicher Sozialsysteme zu höherer Komplexität nicht fortgeführt werden kann.“¹¹ Die von *Luhmann* in Betracht gezogene Alternative war die Reduzierung des Rechts auf Planung der Gesellschaft. Das Recht müsse als eine Struktur der Gesellschaft, die Rechtskategorie als Kategorie gesellschaftlicher Planung gesehen werden. Die Sicherung der Kontinuität des Erwartens werde als Teilmoment in den Planungskontext aufgenommen und durch ihn relativiert. Stabilität sei nicht mehr Voraussetzung, Stabilisierung sei das Problem planerischen Entscheidens.¹² Demgegenüber wurde auf die Her-

ausforderung hingewiesen, die gleiche Freiheit unter allgemeinen Gesetzen im Rahmen der gegenwärtigen Wirtschaftsordnung zu verwirklichen.¹³

Diese retrospektive Betrachtung beweist nicht, dass *Schmidchen* der Plantheorie des Rechts bei *Luhmann* folgt, aber sie zeigt, dass er die gegen *Luhmann* entwickelte Rechtstheorie, welche die Beziehung zu Wettbewerb und Markt in den Mittelpunkt stellt, nicht berücksichtigt hat. Die von *Schmidchen* anhand von *Luhmann* (1972) begründete und mir zugeschriebene formalistische Rechtstheorie, welche es von vornherein ausschließen soll, Wettbewerb und Effizienz in den Blick zu nehmen, erweist sich als ein folgenreicher Irrtum.

II. Die Interdependenz der Ordnungen oder die strukturelle Kopplung von Wirtschaft und Recht

Die in Erinnerung gerufene kritische Auseinandersetzung mit *Luhmann* (1972) verweist zugleich auf ein Verständnis von Recht und Ökonomie, über das in der Tradition dieses Jahrbuchs Übereinstimmung zu bestehen schien. Diese Übereinstimmung verdankt sich keiner einheitlichen Ideologie, nicht einmal einer gemeinsamen Fragestellung, wie der Beitrag von *Schmidchen* beweist. Es geht vielmehr um die Vereinbarkeit von individueller und gesellschaftlicher Rationalität im Licht sich stetig weiter differenzierender akademischer Disziplinen. Weitere Schwierigkeiten folgen daraus, dass die gemeinsamen Traditionen der verschiedenen Disziplinen fortschreitend verblassen. Mit der „Interdependenz der Ordnungen“ schien ein Befund und eine Fragestellung formuliert zu sein, die den Blick für die jeweils andere Disziplin öffneten, ohne sie in ihrer Eigenart und Rationalität in Frage zu stellen. *Manfred Streit* (1995, S. 148) hat die hier zu berücksichtigenden Beiträge von Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaft im Anschluss an *Walter Eucken*, *Friedrich von Hayek* und *Franz Böhm* zusammengefasst:

„Die Normativität des zu einer Marktwirtschaft erforderlichen Regelsystems beginnt sich zu erschließen, wenn berücksichtigt wird, dass im Geltungsbereich des Privatrechts die Rechtssubjekte grundsätzlich gleichgeordnet sind. Das gleiche Recht für alle gilt sowohl für ihre Kooperation, die sich in erster Linie auf der Grundlage von Verträgen vollzieht, als auch für die Regelung von Konflikten mit Hilfe des Rechts und unter Inanspruchnahme des Staats als Wahrer der Privatrechtsordnung. Zur Gleichordnung gehört auch, dass die individuellen Interessenssphären – nicht zuletzt durch Eigentumsrecht – gegeneinander abgegrenzt sind. Auf diese Weise finden die Handlungsmöglichkeiten des Einzelnen dort ihre Grenzen, wo deren Wahrnehmung die Freiheit anderer beschränken würde. Die Normativität des Privatrechts besteht also darin, dass es eine für alle gleiche Freiheit gewährleisten soll.“

Es gehört zu den ermutigenden sozialwissenschaftlichen Entwicklungen, dass *Luhmann* diese gegenseitige Öffnung der Systeme Recht und Wirtschaft in seine Theorie aufgenommen hat. In *Luhmann* (1993) wird das Verhältnis von Recht und Umwelt, insbesondere das Verhältnis des Rechts zu Wirtschaft und Politik neu formuliert.¹⁴ Die neue Kategorie der strukturellen Kopplung von Recht und Wirtschaft bestätigt, dass es in diesem Verhältnis nicht um gegenseitige Ausgrenzungen geht. Der von *Schmidchen* vorgeschlagene Anschluss an *Luhmann* (1972) wird im Folgenden mit *Luhmann* (1993)

⁸ Hierzu und zum Folgenden *Mestmäcker*, (1977, 1984, S. 104 und 124). Die Kritik bezieht sich auf *Luhmann* (1972, Bd 2, S. 358).

⁹ *Mestmäcker* (1987, S. 20 ff.) sowie (1993, S. 12) zu *Luhmann* (1987, S. 362 f.).

¹⁰ *Luhmann* (1972, S. 339).

¹¹ *Luhmann* (1972, S. 339 f.).

¹² *Luhmann* (1972, S. 297).

¹³ *Mestmäcker* (1989), auch (1993 S. 11-25, hier S. 15).

¹⁴ *Luhmann* (1993, besonders S. 440 ff.).

fortgeführt, weil *Schmidchen* den Juristen außer den Wirtschaftswissenschaften die Sozialwissenschaften nahe legt (S. 178) und den Soziologen offenbar ein den Juristen überlegenenes Verständnis des Rechts zutraut.

Zu widerlegen ist eine der grundlegenden Thesen von *Schmidchen*, „dass es unmöglich ist, in Konfliktsituationen, also solchen Situationen, in denen ein mehr an Freiheit des A ein weniger an Freiheit des B impliziert, ein Maximum an Freiheit zu verwirklichen“ (S. 158). Es soll damit in Übereinstimmung mit von *Weizsäcker* bewiesen werden, dass die Orientierung des Wettbewerbsrechts am Prinzip der Wettbewerbsfreiheit unmöglich sei.¹⁵

1. Das Modell Property Rights

Schmidchen entwirft das Modell, das zu diesem Ergebnis führt, anhand der Konflikte, die aus der Ausübung von Property Rights entstehen: „Ein mehr an Rechten des Einen (Stärkung seiner Rechtsposition) verlangt notwendig ein weniger für den Anderen (Schwächung seiner Rechtsposition)“ (III 4). Diese Rechnung geht jedoch nur auf, wenn man Rechte als Güter behandelt, deren Wert nach einem von allen Beteiligten anerkannten Maßstab vergleichend gewichtet werden kann. Dies ist in der Tat die Meinung von *Jeremy Bentham*, dem Vater des Utilitarismus: „Kein Gesetz kann ein Individualrecht begründen (pleasure) ohne zugleich eine Pflicht und einen Verstoß zu erzeugen (pain)“.¹⁶ Ausgeschlossen sei es, dem Begriff des Rechts einen Inhalt zu geben, ohne zugleich seinen Nutzen (utility) in Rechnung zu stellen.¹⁷ Deshalb könne die Freiheit nicht Gegenstand von Rechten sein. Solange der Gesetzgeber nicht tätig geworden sei, solange er nicht befohlen oder verboten habe, seien alle Handlungen frei: Alle Personen sind in Freiheit (at liberty) solange es kein Recht gibt.¹⁸ Diese Argumentation führt dazu, dass es ein Widerspruch in sich ist, innerhalb der Rechtsordnung von Freiheitsrechten auch nur zu sprechen („nonsense on stilts“). *Schmidchen* scheint die Lieblingsthese von *Bentham* zu bestätigen, dass wir alle unbewusst, ob wir wollen oder nicht, Utilitaristen seien. Selbst wenn dies zutreffen sollte, folgt daraus entgegen *Schmidchen* (und *Bentham*) nicht, dass sich auch das Recht in den Dienst des größten Glücks der größten Zahl stellen sollte.

Die Eigenart der Rechtsordnung, in der es Property Rights gibt, wird ferner auch dann verkannt, wenn man diese Rechte als sich überschneidende Kreise zeichnet und folgert, der Rechtsinhaber dürfe durch sein Handeln einem Anderen einen negativen oder positiven externen Effekt auferlegen (III 4). Vorausgesetzt wird damit eine Instanz, die Property Rights zuteilt, und folglich dem A nicht geben kann, ohne dem B etwas zu nehmen. Diese Annahme trägt jedoch nicht zum Verständnis eines Systems bei, in dem bei gegebener Verteilung von Property Rights zu unterstellen ist, dass die Rechte gegen Eingriffe gesichert sind und Veränderungen durch freie Handlungen möglich sind:

¹⁵ Zum Ausgangspunkt der Kontroverse ist zu verweisen auf von *Weizsäcker* (2007, S. 1078-1084). Die Kritik von *Weizsäcker* richtet sich gegen *Basedow* (2007, S. 112-175). Zur Kritik an von *Weizsäcker* siehe auch *Mestmäcker* (2008, S. 6 und 14).

¹⁶ *Bentham* (1776, 1977, S. 88).

¹⁷ *Bentham* (1789, 1970), S. 16).

¹⁸ *Bentham* (1802, 1970, S. 253).

Durch Vertrag, durch zurechenbare unerlaubte Handlungen oder durch Wettbewerb. *Luhmann* hat diese Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, um eine auf subjektiven Rechten beruhende Ordnung zu ermöglichen, systemtheoretisch erfasst. Sein Verdienst besteht darin, dass er die rechtlichen Bestimmungsgründe dieser Entwicklung zusammenfasst, ohne die Ergebnisse der hier besonders ergiebigen rechtsphilosophischen und rechtstheoretischen Tradition (*Kant* und *Hume*, *Hayek* und *Böhm*) zu verkürzen. Im Mittelpunkt der hier zu besprechenden Strukturen stehen Vertragsfreiheit und subjektive Rechte, ökonomisch gesprochen Tausch und Property Rights. Subjektive Rechte, heißt es bei *Luhmann*, seien die wohl bedeutendste Errungenschaft der neuzeitlichen Rechtsentwicklung.¹⁹ Und der Vertrag sei eine der bedeutendsten evolutionären Errungenschaften der Gesellschaftsgeschichte.²⁰ In beiden Bereichen geht es um die Personalisierung von Rechtslagen. Aber erst ihr Zusammenwirken erklärt Gesellschaftsstrukturen, die bestimmend sind für das Wirtschaftssystem. Subjektive Rechte ermöglichen „eine rechtstechnisch brauchbare Entfaltung des Freiheitsparadoxes“, also die Notwendigkeit von Freiheitsbeschränkungen als Bedingung von Freiheit, eine Einschließung des Ausgeschlossenen, eine Individualisierung von Willkür.²¹ Im Hinblick auf die bei *Schmidchen* im Mittelpunkt stehende vermeintlich nicht aufzulösende Paradoxie der Freiheitsrechte ist es gerechtfertigt, ihre Auflösung in der Zusammenfassung von *Luhmann* (1993, S. 291) zu zitieren:

„Im Rahmen seiner subjektiven Rechte kann Jedermann nach Belieben handeln; seine Motive werden rechtlich nicht kontrolliert; und wenn man dies einschränken will, muss (und kann) man dem Vorhaben die Rechtsform einer Einschränkung der subjektiven Rechte geben. Weitere Errungenschaften, die am Ende des 18. Jahrhunderts zur Verfügung stehen, setzen dies voraus und nutzen es für anschließende Generalisierungen aus – so die von Stand und Herkunft unabhängige allgemeine Rechtsfähigkeit und die Positivierung des Rechts, mit der die rechtlichen Grenzen der Blankettform Freiheit verschoben werden können, wenn dafür ein Bedarf besteht.“

Es geht mithin um die für subjektive Rechte vorauszusetzende Befugnis, über sie zu verfügen (Vertragsfreiheit), und um die allseitige rechtliche Anerkennung der daraus entstehenden veränderten Rechtszuständigkeiten. Zu dieser Entwicklung gehört die mit der Erklärung der Menschenrechte einhergehende allgemeine, von Staat und Beruf unabhängige Rechtsfähigkeit und eine Positivierung des Rechts, mit der die Grenzen der „Blankettform Freiheit“ verschoben werden können. *Kant* (1797, 1969, S. 238) spricht von der Notwendigkeit, Freiheit in einer positiven Rechtsordnung zu verwirklichen, welche die Grenzen des äußeren Mein und Dein normiert.²²

2. Freiheit im Nirgendwo

Wenn *Schmidchen* im Anschluss an von *Weizsäcker* wiederholt feststellt, wer sich auf die Formel berufe, die Freiheit des Einzelnen ende dort, wo sie die Freiheit der Anderen beeinträchtige, lande im Nirgendwo, dann wird eine Meinung widerlegt, die ich nicht vertreten habe. Sollte aber mit der „viel benutzten Formel“ *Kant* in Bezug genommen sein, so würde es sich um ein folgenreiches Fehlzitat handeln. Unberück-

¹⁹ *Luhmann*, (1993, S. 291).

²⁰ *Luhmann*, (1993, S. 459).

²¹ *Luhmann*, (1993, S. 291).

²² Zur Freiheit als regulatives Prinzip *Kant* (1797, 1969, S. 221).

sichtigt bliebe nämlich der Teil der Formel, der ihr erst einen normativen Inhalt gibt. Über die Vereinbarkeit der gleichen Freiheit des Einen mit der Freiheit des Anderen ist „nach einem allgemeinen Gesetz“ zu entscheiden.²³ Das allgemeine Gesetz verweist auf die durch den Gesetzgeber ausgestaltete Rechtsordnung und schließt Einzelfallgesetze ebenso aus wie Befehle oder verbindliche Weisungen nach Plan. Weil Freiheit ohne Regel zur bloßen Beliebigkeit führt, ist sie zu ihrer Verwirklichung auf den Gesetzgeber angewiesen. Aus der Freiheit als solcher lassen sich keine anwendbaren Normen ableiten. Sie bedarf zu ihrer Verwirklichung Regeln, die es gestatten, über das äußere Mein und Dein zu urteilen. Diese von mir wiederholt hervorgehobene schlechthin grundlegende Bedingung für die Möglichkeit einer freien Ordnung wird von *Schmidchen* nicht berücksichtigt. Im Nirgendwo landet man auch dann, wenn man von der Möglichkeit ausgeht, dass es Gesellschaften ohne Property Rights (subjektive Rechte) oder Gesellschaften ohne Verträge geben könne. Oder wenn man annimmt, dass sich subjektive Rechte, insbesondere die Wettbewerbsfreiheit gegenseitig neutralisieren, wenn sie im Wettbewerb aufeinander treffen.

a) Subjektive Rechte und Vertragsfreiheit

Der These sich gegenseitig ausschließender Wettbewerbsfreiheiten liegt die Vorstellung zugrunde, dass es sich bei subjektiven Rechten hauptsächlich um Abwehrrechte handelt, die den Status quo garantieren. Diese Funktionen haben sie gewiss auch. Der Eigentümer, der sich nicht aufkaufen lässt, hat in der Literatur und in der Geschichte tiefe Spuren hinterlassen. Er tritt auf als Repräsentant von Männermut vor Fürstenthronen und ist als Spekulant oder Querkopf der Albtraum planender Kommunalverwaltungen. Deshalb werden subjektive Rechte, insbesondere das Eigentum, durch den Gesetzgeber begrenzt und ausgestaltet. Die Grenzen, die auch dem Gesetzgeber gezogen sind, normieren die Grundrechte.

Subjektive Rechte sind aber nicht nur Abwehrrechte, sie sind im Gegenteil das Medium, das alle Veränderungen in der Verfügung über nutzbare Ressourcen vermittelt. Der Vertrag ist das wichtigste Mittel, die bei subjektiven Rechten immer mitgedachte „Blankettform Freiheit“ wechselnden individuellen und gesellschaftlichen Bedürfnissen anzupassen. Ohne Verträge kann wirtschaftlich nicht rational gehandelt oder geplant werden: „Verträge stabilisieren auf Zeit eine spezifische Differenz unter Indifferenz gegen alles Andere, inclusive die Betroffenheit von den am Vertrag nicht beteiligten Personen und Gesellschaften“.²⁴ Erst die Verbindung der Vertragsfreiheit mit den subjektiven Rechten führt zu der Auflösung traditioneller, durch Stand und Beruf normierter Rechtspositionen. Das Individuum wird zur Entschädigung für den Verlust fester Rechtspositionen mit subjektiven Rechten ausgestattet.²⁵

Verträge sind das Instrument, das die Rechtsordnung zur Verfügung stellt, diese „Ausstattung der einzelnen durch Eigentum und andere subjektive Rechte“ zum Gegenstand des Rechtsverkehrs zu machen. *Luhmann* fügt hinzu, dass die Vertragsfreiheit

ihre Entsprechung im Disziplinierungsinstrument der Märkte finden müsse. Er erfasst damit einen für das Verständnis des Privatrechts und der mit ihm verbundenen Rechts- und Wirtschaftsordnung grundlegenden Sachverhalt.²⁶ Subjektive Rechte und Verträge setzen den Einzelnen instand, von den nur ihm zugänglichen Informationen vollen Gebrauch zu machen. Individuelle Rechtspositionen werden durch ein System von Regeln gerechten Verhaltens in die Privatrechtsordnung eingefügt. Diese normiert berechnete Erwartungen, insbesondere die vertragliche, deliktsrechtliche oder wettbewerbsrechtliche Haftung für Tun oder Unterlassen. Der übergeordnete Grundsatz lautet: Relevant sind nur die Umstände, die den Teilnehmern bekannt sind oder bei gehöriger Sorgfalt bekannt sein können. Dies begrenzt zugleich die Umstände, die vom Richter in sein Urteil einzubeziehen sind.

b) Strukturelle Kopplung

Luhmann hat in der bereits erwähnten Weiterentwicklung seiner Rechtssoziologie die strukturelle Kopplung von Recht und Wirtschaft in seine Theorie aufgenommen. Solche Kopplungen entstehen, wenn ein System bestimmte Eigenschaften seiner Umwelt dauerhaft voraussetzt und sich strukturell darauf verlässt.²⁷ Die Begriffe oder Institutionen, die diese Kopplung leisten, sind Vertragsfreiheit, Eigentum, andere subjektive Rechte und die Konkurrenz. Ein Vergleich mit der Rolle von Vertragsfreiheit und subjektiven Rechten bei *Max Weber* bestätigt die historische Dimension der Fragestellung, aber zugleich den überlegenen Zugriff auf das seit *Karl Marx* im Mittelpunkt stehende Verhältnis von Recht und Wirtschaftssystem. *Max Weber* übernimmt von *Bentham* nicht nur dessen Rechtspositivismus, sondern auch die Einteilung der Rechtssätze in verbietende, gebietende und erlaubende.²⁸ Zu den erlaubenden oder ermächtigenden Rechtssätzen gehören bei *Max Weber* alle „so genannten Freiheitsrechte und die Vertragsfreiheit“. Sie seien für die Wirtschaftsordnung besonders wichtig. Alle subjektiven Rechte stünden nämlich im Dienst der Marktverbreiterung. Auf diese Weise dienten sie nur noch dem Verwertungsstreben des Kapitals mit Sachen, Gütern und Menschen. In deutlicher Anlehnung an *Karl Marx* heißt es zusammenfassend zur Vertragsfreiheit: „Das Resultat der Vertragsfreiheit ist also in erster Linie: Die Eröffnung der Chance durch kluge Verwendung von Güterbesitz auf dem Markt, diesen unbehindert durch Rechtsschranken als Mittel der Erlangung von Macht über andere zu nutzen.“²⁹

Demgegenüber kommt es darauf an, die aus der Ausübung subjektiver Rechte entstehenden Konflikte und das damit verbundene Spannungsverhältnis von subjektiven Rechten und objektivem Recht rechtlich und wirtschaftlich zu bewältigen. Dazu gehört außer dem notwendigen Personenbezug aller subjektiven Rechte auf den Rechtsträger selbst und auf die davon betroffenen Dritten ein Verfahren für die Lösung von Konflikten, das diesem Zweck dient. Die mit subjektiven Rechten stets verbundenen Klagebefugnisse lassen sich in Analogie zum Vertragsrecht auch als „spezifische Differenz un-

23 *Kant* (1797, 1969, S. 230).

24 *Luhmann* (2003, S. 459).

25 *Luhmann* (1993, S. 487).

26 Dazu *Mestmäcker* (2007, S. 35 und 47).

27 *Luhmann* (1993, S. 441).

28 *Weber* (1976, S. 397-440).

29 *Weber* (1976, S. 439).

ter Indifferenz gegen alles andere“ definieren. Konflikte werden dezentralisiert und lokalisiert. Sie werden begrenzt auf das den Beteiligten von Rechts wegen zurechenbare Handeln oder Unterlassen. Die „Indifferenz“ gilt bei Verträgen für die Motive der am Konflikt Beteiligten, für ihre Folgeplanungen und für die Fernwirkungen der erfolgreich abgeschlossenen Transaktionen. Die Interessen Dritter werden von der Beurteilung aus materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Gründen ausgeschlossen. Diese Begrenzung hat im Vertragsrecht eine lange Tradition. Aber auch die gerichtliche Streitbeilegung setzt einen Streitgegenstand voraus, der durch den konkreten Konflikt und den für seine Beurteilung erheblichen Sachverhalt begrenzt ist.

III. Gewerbe- und Wettbewerbsfreiheit

Schmidchen schlägt vor, die Wettbewerbsfreiheit als ein institutionelles und unteilbares Rechtsgut dadurch zu schützen, dass man allen Teilnehmern am Wettbewerbsspiel individuelle Handlungsrechte, Property Rights, zuteile (Einleitung I). Die Property Rights sollen sodann die Grenzen definieren, innerhalb deren die Inhaber des Rechts tun und lassen können, was sie wollen und die niemand ohne seine Zustimmung überschreiten dürfe. Wörtlich heißt es: „Wettbewerbsrecht tut genau dies: Es spezifiziert Property Rights und ordnet sie personell zu.“ Eben dies tut der Gesetzgeber nicht, wenn er Normen gegen Wettbewerbsbeschränkungen in Kraft setzt.

1. Die Institutionalisierung des Wettbewerbs

Schmidchen verkennt den grundlegenden Unterschied der Wettbewerbsfreiheit von Property Rights, welche Nutzungsrechte zuweisen. Die Wettbewerbsfreiheit ist zunächst dadurch definiert, dass sie zur Teilnahme am Wettbewerb berechtigt. Welche Mittel die Teilnehmer im Wettbewerb einsetzen, um Erfolg zu haben, ist in den Grenzen zwingenden Rechts und der guten Sitten ihnen überlassen. Zur Gretchenfrage des Wettbewerbsrechts führt die Beurteilung der Wettbewerbsfolgen: Jeder erfolgreiche Wettbewerb, auch der mit rechtmäßigen Mitteln geführte Wettbewerb, schädigt Mitbewerber. Das gilt unabhängig davon, welche Property Rights davon betroffen sind. Die mit jedem Wettbewerb verbundene Gefahr, in seinen Erwartungen enttäuscht, also geschädigt zu werden, führt zur Frage nach dem zulässigen Selbstschutz. Diesen Schutz versprechen Vereinbarungen zwischen Unternehmen, durch die sie sich über die Modalitäten des Wettbewerbs oder über seinen Ausschluss verständigen. Das Kartellverbot soll solche Vereinbarungen verhindern.

Die scheinbar einfachen Fragen nach der erlaubten Schädigung Anderer im Wettbewerb und den Grenzen der Vertragsfreiheit im Wettbewerb verweisen erneut auf die strukturelle Kopplung von Rechtssystem und Wirtschaftssystem, die sich im Anschluss an die Institutionalisierung von Eigentum und Vertragsfreiheit fast unbemerkt ergeben hat: „Es geht um das folgenreiche Rechtsprivileg, das vorsätzliche Schädigungen erlaubt, wenn sie im Rahmen wirtschaftlicher Konkurrenz erfolgen.“³⁰

30 *Luhmann* (1993, S. 465).

Die Institutionalisierung des Wettbewerbs als einer Institution des Privatrechts im Rahmen einer marktwirtschaftlichen Ordnung ist eine späte Rechtsentwicklung. *Franz Böhm* hat sie auf die Einführung der Gewerbefreiheit zurückgeführt. Die darin zum Ausdruck kommende Entscheidung zugunsten eines herrschaftsfreien Ordnungsprozesses verändere die gesellschaftliche Funktion aller auf das Wirtschaftsleben bezüglichen Privatrechtsinstitute. Aber erst aus der Wettbewerbsfreiheit folge das für die Kooperation ausschlaggebende Macht und Erfolg verteilende Ordnungsprinzip.³¹ Daraus folgt der Vorrang der Konkurrenzfreiheit vor dem Grundsatz der Vertragsfreiheit und vor dem Grundsatz der allgemeinen zivilrechtlichen Handlungsfreiheit.³²

2. Zur Leerformel der Wettbewerbsfreiheit

Trotz dieser Genealogie ist die Wettbewerbsfreiheit in den Ruf gekommen, ein Reservat von Juristen zu sein, die an die Formalität des Rechts glauben oder als Richter ohne Störung durch Ökonomie klassifizieren oder subsumieren möchten. Die Wettbewerbsfreiheit als Grundlage des Wettbewerbsrechts führe zu einer Leerformel. Jeder Wettbewerber könne sich auf Wettbewerbsfreiheit berufen, es gebe aber keine Maßstäbe für konkurrierende Wettbewerbsfreiheiten. Einer von mehreren möglichen Auswegen aus dem Dilemma sei die Effizienz der Marktergebnisse. Sie seien zu ermitteln anhand der Gesamtwohlfahrt (so *Schmidchen*) oder der Konsumentenwohlfahrt (so die EG-Kommission). Der Auslöser der Kontroverse ist der „more economic approach“ der EG-Kommission.³³

Wettbewerbsfreiheit und Effizienz haben eine lange und kontroverse Geschichte. Sie bewerten komplexe Sachverhalte, also sind sie anfällig für Ideologien. Es ist deshalb geboten die Wettbewerbsfreiheit in das System der Freiheitsrechte und in das System der subjektiven Rechte im Privatrecht einzuordnen.

Die Wettbewerbsfreiheit ist als Gewerbefreiheit Teil des bereits erwähnten evolutionären und revolutionären Prozesses, der die Einzelnen mit Vertragsfreiheit und subjektiven Rechten in Unabhängigkeit vom Staat ausgestattet hat. Nationale Besonderheiten erklären, warum die wirtschaftlichen Freiheitsrechte im Gefolge der französischen Revolution in den einzelnen europäischen Staaten eine ganz verschiedene verfassungsrechtliche und wirtschaftspolitische Bedeutung gewonnen haben. Die Verwirklichung der Gewerbefreiheit, der die Wettbewerbsfreiheit weitgehend entspricht, war in Deutschland Teil der verspäteten politischen und rechtlichen Umsetzung der wirtschaftlichen Freiheitsrechte. Der Begriff fasst rechtssystematische Bezüge zusammen, denen verschiedene positiv-rechtliche Konkretisierungen zugrunde liegen. Die folgenden Funktionen sind zu unterscheiden:

Die Wettbewerbsfreiheit ist als Gewerbe- und Berufsfreiheit ein Grundrecht auf freie Wahl und Ausübung wirtschaftlicher Tätigkeiten und ein Abwehrrecht gegen den Staat.

31 *Böhm* (1933, S. 118-127).

32 *Böhm* (1933, S. 129) sowie auch (1958, S. 167-203).

33 Das Schrifttum ist kaum noch übersehbar. Siehe den Überblick bei *Kerber* (2007) sowie *Schwalbe* und *Zimmer* (2006) und *Zimmer* (2007, S. 1198-1209).

Als subjektives Recht begründet sie ein Recht oder eine Chance auf Teilnahme am Wettbewerb. Die auf der Ebene des Privatrechts entstehenden Wettbewerbsbeziehungen unterscheiden sich vom Vertragsrecht ebenso wie vom Recht der unerlaubten Handlungen.

Die aus Wettbewerb entstehenden Marktprozesse wurden zwar zuerst privatrechtlich erheblich, aber erst Normen gegen Wettbewerbsbeschränkungen erfassen den Wettbewerb in seiner systematischen Bedeutung für die Rechts- und Wirtschaftsordnung im Ganzen. Die den Wettbewerb kennzeichnende aktuelle oder potentielle kämpferische Rivalität der beteiligten Unternehmen gehört zu seinen auch rechtlich immer vorausgesetzten Eigenarten. Schon deshalb lassen sich den im Wettbewerb stehenden Unternehmen keine gegenseitigen Abwehrrechte zuweisen.

Die Notwendigkeit, die Rechtsverhältnisse, die aus der Ausübung von Freiheitsrechten entstehen, gesetzlich zu regeln, ist keine Besonderheit der Wettbewerbsfreiheit. Die Wettbewerbsfreiheit ist das regulative Prinzip für die Ausgestaltung des Wettbewerbsrechts. Es bleibt als übergreifender Zweck für Auslegung und Kritik des geltenden Rechts erheblich. Als Ordnungsprinzip hatte sich die Wettbewerbsfreiheit mit politisch wirksamen, zum Teil noch vertretenen Gegenpositionen auseinanderzusetzen:

- Mit dem Verständnis als vorläufigem, jederzeit widerrufbarem Verzicht des Staates auf Regulierung;
- mit ihrer Reduzierung auf einen geduldeten, aber zu überwindenden Naturzustand;
- mit der Annahme, jede rechtliche Regelung sei mit wahrer Freiheit unvereinbar;
- zuletzt und neuerdings mit der These, sie führe sich als subjektives Recht selbst ad absurdum.

3. Wettbewerbsfreiheit im Privatrecht

Wer von dem Recht auf Teilnahme am Wettbewerb Gebrauch macht, setzt sich dadurch dem Risiko aus, durch erlaubten Wettbewerb geschädigt zu werden. Das ist die juristische Erscheinungsform des Prinzips der „negativen Rückkopplung“. Solange das Handeln im Wettbewerb und seine Wirkungen gesetzlich nicht geregelt waren, wurden grundlegende Konflikte zuerst von der Rechtsprechung auf der Grundlage der privatrechtlichen Generalklauseln entschieden. Die Rechtsprechung hat in Deutschland von dieser Möglichkeit bekanntlich widersprüchlichen Gebrauch gemacht. Sie hat Kartellverträge auf der Grundlage der Vertragsfreiheit für wirksam gehalten, Kampfpreise von Kartellen als sittenwidrige Schädigung verurteilt und Schädigungen im Wettbewerb nur dann als sittenwidrig behandelt, wenn sie geeignet waren, die wirtschaftliche Existenz eines Unternehmens zu vernichten.

Normen gegen Wettbewerbsbeschränkungen sind anhand des Schutzzwecks der Wettbewerbsfreiheit für Wettbewerbsverhältnisse auf der Ebene des Privatrechts entwickelt worden. Entgegen *Schmidtchen* wird in Deutschland und Europa nicht verkannt, dass Wettbewerbspolitik Interessenkonflikte zwischen Privaten zum Gegenstand hat. Die behördlichen Zuständigkeiten (public enforcement) für die Anwendung des Wettbewerbsrechts widersprechen dem nicht. Public enforcement als Ersatz und Ergänzung eines an das Privatrecht anknüpfenden Rechtssystems lagen dem deutschen GWB von

Anfang an zugrunde. Weil auch behördlich angewendetes Wettbewerbsrecht privatrechtliche Wettbewerbsverhältnisse zum Gegenstand hat, wird die Rechtmäßigkeit von Entscheidungen des Bundeskartellamts von den Zivilgerichten und nicht von den Verwaltungsgerichten überprüft. Es bedarf ferner keiner neuen Entwicklungen, um kartellrechtliche Streitigkeiten zu „reprivatisieren“. Seit Inkrafttreten des GWB sind private Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche bei Verletzung eines Schutzgesetzes begründet.

Auch gegen *Möschels* Verständnis des Wettbewerbs als eines auf der Ebene des Privatrechts angesiedelten Interaktionsprozesses, der aus der Ausübung individueller Handlungsfreiheiten entsteht (*Möschel*, 2006), hat *Schmidtchen* den Einwand der Leerformel erhoben (S. 160 f.). Die These, *Möschel* habe sich mit diesem Einwand gar nicht auseinandergesetzt, ist nur verständlich, wenn man mit *Schmidtchen* annimmt, dass bei *Möschel* nicht vom Privatrecht die Rede sei und die Leerformel allein durch Effizienz und Property Rights zu überwinden sei. Unbeachtet bleiben auf diese Weise die im Privatrecht entwickelten Methoden über konkurrierende Handlungsfreiheiten und kollidierende Interessen zu entscheiden.

Dagegen spricht nicht, dass die Beurteilung von Wettbewerbsschäden eine Gretchenfrage des Wettbewerbsrechts geblieben ist. Die englischen Gerichte haben nach Common Law jeden Schadensersatz aus unerlaubter Handlung wegen Wettbewerbsschäden abgelehnt. Es gibt wichtige Stimmen im amerikanischen Schrifttum³⁴, die es bei diesem Zustand belassen möchten. Die Vorsicht des US-Supreme Court in der antitrustrechtlichen Beurteilung von predatory pricing ist so ausgeprägt, dass das Gericht diesem Ergebnis nahe kommt.³⁵

4. Gesetzgeberische Ausgestaltung

Mit der gesetzgeberischen Ausgestaltung der Wettbewerbsfreiheit kommt notwendig das Ermessen des Gesetzgebers, aber auch der Beurteilungsspielraum von Behörden und Gerichten ins Spiel. Auch hier meinen von *Weizsäcker* und *Schmidtchen*, bei Konkurrenz oder Konflikten von mehreren Wettbewerbsfreiheiten müsse immer ein dem Kriterium der Wettbewerbsfreiheit exogenes Ziel vorgegeben sein, deshalb seien wir logisch gezwungen, Konsequentialisten zu sein. Die Wettbewerbsfreiheit hat mit anderen gesetzgeberisch ausgestalteten subjektiven Rechten gemeinsam, dass sie rechtlich geschützte Interessen konkretisiert. Rechtsauslegung und Rechtsanwendung bestehen in der Ermittlung der gesetzlich bewerteten Interessen. Daraus sind die Maßstäbe für die Entscheidung von Interessenkonflikten unter Berücksichtigung der Schutzzwecke von Verbotsnormen zu entnehmen. Die Interessen der an Wettbewerbsbeschränkungen beteiligten Unternehmen sind im Lichte des Wettbewerbsprozesses, an dem sie teilnehmen, und im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs zu beurteilen.

Die Geschichte der Preisbindung zweiter Hand bietet für diese Entwicklung und für die schwankende Bewertung kollidierender Interessen mit und ohne Berücksichtigung der Wettbewerbsfreiheit reiches Anschauungsmaterial.

³⁴ Epstein (1995, S. 109-110).

³⁵ Zuletzt US-Supreme Court (2007).

Ich lasse im Folgenden die Besonderheiten außer Acht, die aus der Wahl der Gesetzgebungstechnik und den verschiedenen Sanktionen im Privatrecht, Verwaltungsrecht oder Verwaltungsstrafrecht (Bußen) folgen. Vorgreiflich sind jedoch die folgenden Grundsätze. Wettbewerbsrechtliche Normen müssen nicht nur der Rationalität des Rechts, sondern auch der ökonomischen Rationalität des Verfahrens Wettbewerb Rechnung tragen. Die Gebots- oder Verbotsnormen sollen so beschaffen sein, dass die Unternehmen in der Lage sind, über ihr Verhalten ex ante und anhand von Informationen zu entscheiden, die ihnen zugänglich sind.³⁶ Die Sanktionen sollen ihrerseits mit den Erfordernissen des Wettbewerbs und dem wettbewerbsorientierten Handeln der Unternehmen vereinbar sein.

Der Zusammenhang des Wettbewerbs mit dem Effizienzprinzip ist eng. Es ist die Peitsche des Wettbewerbs, welche die Unternehmen im Eigeninteresse zum möglichst kostengünstigen Einsatz ihrer Ressourcen und zum technischen und wirtschaftlichen Fortschritt zwingt. Damit ist jedoch nicht entschieden, dass sich das einzelwirtschaftliche Prinzip der Effizienz als Maßstab dafür eignet, ob ein Verhalten, das den Wettbewerb beschränkt, erlaubt oder verboten sein sollte.³⁷ Das Effizienzprinzip als Teil der Gesamt- oder Konsumentenwohlfaht führt methodisch zu einer Neuauflage des Als-Ob-Wettbewerbs.

Die Grundfrage nach dem Verhältnis von Wettbewerbsfreiheit und Effizienz wird landläufig als Zweck-Mittel-Relation erörtert. Das bestätigen Verfassungsgipfel der EU. Weil es niemand gebe, der den Wettbewerb um seiner selbst willen schützen wolle, könne man das Ziel unverfälschten Wettbewerbs im EG-Vertrag getrost streichen. Dafür wird der französische Präsident *Sarkozy* zitiert. Der entsprechenden These von Kommissionspräsident *Barosso* habe ich selbst zugehört.

In dem mit Recht berühmten *Alcoa* Urteil sagt der Richter *Learned Hand* zum Monopol: Nothing but death is an absolute.³⁸ Dasselbe gilt gewiss für die Wettbewerbsfreiheit. Aber auch dieser Befund schließt nicht aus, dass es Gründe für die Orientierung des Wettbewerbsrechts an der Wettbewerbsfreiheit gibt, die unempfindlich sind für exogene Ziele und nicht zu Zirkelschlüssen führen. Für exogene Ziele sorgt der politische Prozess im Überfluss. Fast jeder Politiker, der sich mit Wettbewerb befasst, weiß in der Regel genau, was der Wettbewerb tun und vor allem was er nicht tun sollte.

Die Wettbewerbsfreiheit sichert die Freiheitsrechte, aus denen Wettbewerb entsteht. Die Verkehrs- und Grundfreiheiten im EU-Vertrag zeigen, wie vielfältig und verschieden die rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhänge sind, in denen ihre Anwendung zum Wettbewerb führt. Der Schutzzweck Wettbewerbsfreiheit stellt sicher, dass jeder auf den Märkten entstehende, auch der neue und unvorhersehbar entstandene Wettbewerb vor privaten oder öffentlichen Eingriffen zu schützen ist. Von neu entstandenem Wettbewerb kann man getrost sagen, dass er anhand des durch ihn geänderten Status quo häufig als zweckwidrig kritisiert wird. Dumping ist das Stichwort, mit dem unerwarteter oder auch nur lästiger Wettbewerb diskreditiert werden soll.

36 Das gilt insbesondere für die Anwendung des Missbrauchsverbots in Art. 82 EGV. Für die Anwendung des Missbrauchsverbots in Art. 82 zuletzt EuG 10.4.2008 Deutsche Telekom AG/Europäische Kommission T 271/03 Rn. 192.

37 Übereinstimmend *Hellwig* (2006) und (2007).

38 U.S. v. Aluminum Co. of America, 148 F 2d 416 (2d Cir. 1945).

Aus dem Prinzip der Wettbewerbsfreiheit folgt unter anderem, dass die gesetzlichen Eingriffe in den Wettbewerb und die daraus folgenden Schranken für die Handlungsfreiheit der Unternehmen nicht weitergehen dürfen als es ihr Zweck – der von Beschränkung befreite Wettbewerb – erfordert. Das gilt zugunsten und zu Lasten der betroffenen Unternehmen. Es gilt aber auch für Rechtsprechung und Verwaltung. Sie sollen die am Eigeninteresse orientierte dezentrale Planung der Unternehmen nicht durch ihr eigenes Urteil ersetzen. Auch Abhilfemaßnahmen (remedies) sollen nicht zur Regulierung führen.

Als ein wirtschaftlich und rechtlich erheblicher Zugang zum Verständnis von Handlungsfreiheiten und Wettbewerb hat sich seit Adam Smith die Metapher der Spielregel erwiesen.³⁹ Zu einer Spielregel gehören die Entscheidung über das Recht, am Spiel teilzunehmen, die Regeln über zulässige und unzulässige Einsätze, schließlich die Akzeptanz des allseitigen Risikos zu gewinnen oder zu verlieren, also das wiederholt erwähnte Prinzip der negativen Rückkopplung. Der Gedanke der Spielregel wird von *Schmidchen* und von *Hayek* zur Erklärung der eigenen Theorie herangezogen. Das Vorbild *Adam Smith* (1759, 1974, S. 234) konfrontiert die Selbstgewissheiten eines zentralen Planers oder Regulierers mit den Erfordernissen einer freien Ordnung.⁴⁰

„In dem großen Schachspiel der menschlichen Gesellschaft hat jeder sein eigenes Bewegungsgesetz, das ganz verschieden von dem sein kann, das der Gesetzgeber durchsetzen will. Wenn diese Prinzipien (das Prinzip freie Handlungen und die Gebote des Gesamtsystems) zusammentreffen, und in ein und dieselbe Richtung weisen, wird das Spiel der menschlichen Gesellschaft harmonisch sein und zu Glück und Erfolg führen. Sind sie aber entgegengesetzt oder verschieden, so wird es ein miserables Spiel werden und die Gesellschaft wird zu jeder Zeit den höchsten Grad der Unordnung aufweisen.“

Hier ist mithin von den Prinzipien die Rede, an denen sich der Gesetzgeber orientieren sollte, der die Handlungsfreiheiten seiner Bürger respektiert. Die Entscheidung darüber, was Recht und Unrecht ist, steht nicht im Belieben des Gesetzgebers. Er muss vielmehr das Bewegungsgesetz der Gesellschaft in Rechnung stellen, das aus den freien Handlungen freier Bürger hervorgeht. Der Wettbewerb gehört zum Bewegungsgesetz der Gesellschaft und die allgemeinen und abstrakten Regeln des Rechts sind es, die damit im Grundsatz übereinstimmen.

Schmidchen beruft sich für seine Interpretation der Spielregel auf „die Klassiker“. Nach seiner Definition ist ein Spiel vollständig beschrieben durch die Spielform und die Auszahlungsmenge (S. 165 Fn. 27). Im Konzept des dynamischen Wettbewerbs sei der Wettbewerb perfekt, wenn er den maximal möglichen sozialen Überschuss verwirkliche (S. 164). Eine solche Analyse ist nach *Hayek* mit dem Konzept der Spielregel „Wettbewerb“ unvereinbar. Man veranstaltet Wettbewerb nur, weil das Ergebnis unbekannt ist, das mit seiner Hilfe erreicht werden soll. Daraus ergeben sich weit reichende Folgerungen: Wenn wir die Tatsachen, die wir mit Hilfe des Wettbewerbs entdecken wollen, nicht schon vorher kennen, können wir auch nicht feststellen, wie wirksam er zur Entdeckung aller relevanten Umstände führt, die hätten entdeckt werden können (*Hayek* 1968, 2003, S. 132 f.). Die Korrektur der Ergebnisse wäre nur durch die Wiederholung des Spiels möglich; eine Möglichkeit, die von vornherein ausgeschlossen ist, die aber die Eigenart einer Spielregel noch einmal hervortreten lässt.

39 *Smith* (1759, 1974, S. 234).

40 Übersetzung des Verfassers.

Die Ex-post-Beurteilung von wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen anhand von „efficiencies“ gerät mit den genannten Grundsätzen unabhängig davon in Konflikt, ob sie an ein gesamtwirtschaftliches Wohlfahrtsmaximum oder an die Konsumentenwohl-fahrt anknüpfen. Bei den in den 60er Jahren in den USA heftig geführten Diskussionen über den „performance test“ und „workable competition“ stand „efficiency“ als Erklärung und Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen im Mittelpunkt. Gleichzeitig sind die mit einer solchen Politik verbundenen Fallstricke deutlich geworden. In den Worten von *Dirlam* und *Kahn* (1954, S. 39): „To put the matter bluntly, the market performance test looks at the wrong end of the process.“ Das gilt entsprechend für den „efficiency“-Test.

Erfahrung und ökonomische Analyse sind unerlässlich, um die vorteilhaften oder schädlichen Wirkungen wettbewerbsrechtlicher Regelungen zu beurteilen, neu einzuführen oder zu korrigieren. Aber das fordert kein vom Wettbewerb verschiedenes Rationalitätsprinzip, wie es Utilitarismus und Wohlfahrtstheorie in ihren verschiedenen Erscheinungsformen postulieren. Diese Ansätze sind vielmehr mit einer Gesamtordnung unvereinbar, die aus Wettbewerb hervorgeht und hervorgehen soll.

Bei *Hayek* (1968, 2003, S. 135) folgt die Absage an alle Kriterien der Wohlfahrt aus dem Befund, dass die Grobstruktur der Wirtschaft keine Regelmäßigkeiten zeigen kann, die nicht Ergebnisse der Feinstruktur sind und dass jene Aggregate oder Durchschnittswerte, die statistisch allein erfassbar sind, keine Informationen über Vorgänge in der Feinstruktur geben. Wettbewerb, Property Rights und Regeln gerechten Verhaltens sind Teil der Feinstruktur, aus der Maßstäbe für die Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen zu entnehmen sind. *Hayek* steht nicht allein mit seiner Kritik an tatsächlichen oder hypothetischen aggregierten Wohlfahrtsergebnissen als Maßstab für die Beurteilung individuellen Verhaltens. Aus dem Zweck der allokativen Effizienz, heißt es in einer vergleichenden Analyse rechtlicher Institutionen, folge im Ergebnis nichts für das Verständnis des Rechts und subjektiver Rechte.⁴¹

5. „Erlaubte Freiheit“

Der Wettbewerbsprozess, in dem über Erfolg oder Misserfolg im Wettbewerb entschieden wird, lässt sich nicht, wie *Schmidchen* am Beispiel von Preiskartellen vorschlägt, auf „protected domains“ zurückführen (S. 166). Verfehlt werden ferner die Funktionen des Wettbewerbs, wenn man die Freiheit (Erlaubnis) als knappes Gut behandelt, über dessen Nutzung durch Allokation von Rechten entschieden werde. Das im Verhältnis zur Rechtsgüterverteilung übergreifende Prinzip ist die Gemeinfreiheit, die in der Wettbewerbsfreiheit stets mitgedacht ist. Den Grundgedanken zeigt der Gegensatz von patentrechtlich geschütztem Wissen und dem im Wettbewerb frei zugänglichen und nutzbaren Wissen.

41 *Komesar* (2001, S. 23). Die Kritik an einer ausschließlich instrumentellen Interpretation von Rechten im Utilitarismus Benthams wie in der an „efficiency“ und „pareto optimum“ orientierten neuen Wohlfahrtstheorie ist ein wesentlicher Bestandteil der eigenen Theorien von *Amartya Sen* (1988) und (2004).

Die Definition von Freiheit als Erlaubnis verweist erneut auf die wohl nicht erkannte Nachfolge nach *Jeremy Bentham*. Danach sind auch Erlaubnisse der Reflex von Normen. Wer aber nur auf Grund einer Erlaubnis frei ist, wird zum Träger utilitaristischer Funktionen. Das von *Schmidchen* wiederholt herangezogene Verbot von Preiskartellen verteilt keine Property Rights zwischen Anbietern und Nachfragern, es stellt vielmehr die Wettbewerbsfreiheit her und überlässt es den Unternehmen und den Märkten, wie sich diese Entscheidung auf die Güterverteilung auswirkt. Die unter der Rubrik Preiskartell mitbehandelten Ansprüche auf Grund von Behinderungsmisbrauch lassen sich nicht als Prozesse definieren, in denen über die Property Rights der Beteiligten entschieden wird. Kampfpreise eines Marktbeherrschers können unter bestimmten Voraussetzungen rechtswidrig sein. Aber das Urteil, das die Rechtswidrigkeit der Preisunterbietung feststellt, weist keine Property Rights zu, sondern stellt die vom Recht gewollte Preisfreiheit der Beteiligten her: Die des bekämpften Unternehmens und die des Unterbieters mit der Maßgabe, dass seine Preispolitik die den Rechtsverstoß begründenden Merkmale, zum Beispiel einen Verkauf unter variablen Kosten, meidet.

Zu der Property Rights-Interpretation der gesetzlichen Tatbestände der Wettbewerbsbeschränkung (Kartell, Fusion, Missbrauchsverbot für beherrschende Unternehmen) nehme ich nicht im Einzelnen Stellung, weil die zuvor erörterten Grundsatzfragen wiederkehren würden. Anlass zu gesonderter Stellungnahme gibt jedoch der Befund, dass *Schmidchen* anhand seiner Theorie die verschiedenen gesetzlichen Tatbestände nach einheitlichen Kriterien beurteilen will, zum Beispiel die Fusion wie ein Preiskartell und beide in Übereinstimmung mit dem Missbrauchsverbot. Kann eine Fusion wegen hoher Transaktionskosten weder durch Vereinbarungen noch durch Klage verhindert werden, so soll die Fusion trotz Marktbeherrschung genehmigt werden; Wohlstandsverluste seien durch eine Kontrolle des Preishöhenmissbrauchs zu verhindern.

Wenn man annehmen darf, dass der Gesetzgeber verschiedene Tatbestände der Wettbewerbsbeschränkung unter Berücksichtigung ihrer ökonomischen Eigenarten normiert, dann vermag eine Interpretation nicht zu überzeugen, die auf diese Eigenarten keine Rücksicht nimmt. Das ist nicht nur ein juristisches, es ist ebenso ein ökonomisches Argument. Die Meinung von *Schmidchen* ist mit der Ratio der Fusionskontrolle unvereinbar. Wenn es eine wettbewerbspolitische Rechtfertigung für die Fusionskontrolle gibt, über die bisher Einigkeit zu bestehen schien, dann ist es ihre Funktion, den Umschlag des Wettbewerbsrechts in verbreitete Preis- und Missbrauchskontrollen zu vermeiden. Die Überlegung von *Schmidchen* hat jedoch einen über ihre konkrete Anwendung hinausgehenden Erkenntniswert: Seine Doktrin der effizienten Zuweisung von Property Rights ist keine Theorie des Wettbewerbs, sondern eine Theorie der Regulierung. Das bestätigt die These (S. 156 f.), dass die Missbrauchskontrolle und nicht die staatliche Genehmigung unternehmerischen Verhaltens das Herzstück einer Ordnung zum Schutz der bürgerlichen Gesellschaft darstelle. Ich belasse es bei der Anmerkung, dass dieser „Trade off“ von Fusionskontrolle und Missbrauchskontrolle einen einmaligen Eingriff (Genehmigung) durch eine flächendeckende und auf Dauer angelegte Regulierung ersetzen würde. Eine bürgerliche Gesellschaft, deren „Herzstück“ eine allgemeine Missbrauchskontrolle sein soll, empfiehlt sich als Kennzeichen eines Überwachungsstaates.

IV. Effizienz und Property Rights

Effizienz ist dasjenige Kriterium, das nach *Schmidtchen* (S. 160) und von *Weizsäcker* den Ausweg aus der Leerformel Wettbewerbsfreiheit verspricht. Um den Verdacht pauschaler, das heißt unbegründeter Urteile zu entgehen (*Schmidtchen*, S. 154 f.) ist es geboten, besonders auf die Begründung des Effizienzkriteriums als „normativer Grundlegung der Wettbewerbspolitik“ einzugehen. *Schmidtchen* fasst die Leitlinie für Effizienz als Rechtsprinzip anhand von *Coase* zusammen: „Folge den Einsichten von *Coase*: Bei Transaktionskosten von Null bewirkt jede eindeutige Spezifikation und eindeutige personelle Zuordnung von Property Rights eine maximale Wertschöpfung (Effizienz). Sind die Transaktionskosten prohibitiv hoch, dann sollen die Property Rights so spezifiziert und personell zugeordnet werden, dass die maximale Wertschöpfung resultiert (S. 166).“

Coase formuliert seine grundlegende These vorab: Traditionell wird in der Ökonomie und im Recht gefragt, welche Sanktionen für den gelten, der schädigend in die Property Rights Dritter eingreift.⁴² In Betracht kommen dann Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche im Privatrecht auf der einen Seite, öffentlich-rechtliche Sanktionen, die vom Verbot bis zur steuerlichen Belastung reichen können, auf der anderen Seite. *Coase* stellt dem die These gegenüber, dass es sich um ein reziprokes Problem handelt, bei dem nicht ausgemacht ist, dass nur die Sanktionen zu Lasten des Schädigers oder Störers rational sind. Die Schäden sind so auszugleichen, dass sie zu einer optimalen Allokation der Ressourcen beitragen.

Coase unterscheidet ein Modell ohne und ein Modell mit Transaktionskosten. Bei Abwesenheit von Transaktionskosten führen zureichend definierte Property Rights bei Vernachlässigung von Einkommenseffekten zu einer optimalen Allokation: „With costless market transactions the decision of the Court's concerning liability for damage would be without effect on the allocation of resources“.⁴³ Eine Diskussion in den Kategorien der Kausalität bestätigt, dass der Schaden von beiden Parteien verursacht und der Ausgleich unter Berücksichtigung der Interessen beider Parteien gesucht wird. *Schmidtchen* hält das Modell ohne Transaktionskosten, das nach *Coase* auf sehr unrealistischen Annahmen beruht⁴⁴, gleichwohl für aussagekräftig (S. 171). Er verwendet es als Maßstab für die Korrektur von Marktverhältnissen mit Wettbewerbsbeschränkungen. Bei positiven Transaktionskosten könnten nicht internalisierte externe Effekte auftreten. Diesem Umstand sollte nach *Coase* durch eine entsprechende Anfangsallokation der Property Rights Rechnung getragen werden. Eine Politik gegen Wettbewerbsbeschränkungen finde hier ihre Legitimation. Sie definiere und schütze Property Rights. Bei Transaktionskosten von Null würde – wie gezeigt – auch bei einem Preiskartell ein Transaktionsvolumen erreicht wie bei vollkommenen Wettbewerb. Bei positiven Transaktionskosten werde es verfehlt. Das Kartellverbot behebe diesen Mangel.

Die Zweifel an der Schlüsselrolle, die *Schmidtchen* dem Modell von Property Rights ohne Transaktionskosten zuweist, folgen aus *Coase* selbst: das *Coase*-Theorem ist nicht nur und nicht einmal in erster Linie ein Theorem von Property Rights ohne Transakti-

onkosten. Praktisch wichtiger ist die Beurteilung von Eingriffen in Property Rights in der Realität, das heißt unter Berücksichtigung von Transaktionskosten.⁴⁵ Erhalten bleibt zwar bei dieser Betrachtung die grundlegende Einsicht, dass es sich bei Eingriffen in Property Rights im Verhältnis von Störern und Gestörten, von Schädiger und Geschädigtem um ein reziprokes Problem handelt. Gesondert zu würdigen ist jedoch die weitere Errungenschaft des *Coase*-Theorems, dass es sich bei den Produktionsfaktoren, die ein Unternehmen erwirbt, nutzt und gegen Eingriffe verteidigt, um ein Bündel von Handlungsrechten handelt. Die damit verbundene Annäherung an die rechtswissenschaftliche Tradition führt zugleich zur Notwendigkeit neuer Abgrenzungen. Für beide, für Recht und Ökonomie, gilt mit *Coase*, dass ein System, in dem die Rechte der Einzelnen unbegrenzt sind, ein System sein würde, in dem es keine Rechte zu erwerben gäbe. Wir haben es in einer freien Ordnung mithin stets mit der gegenseitigen Abgrenzung und Anpassung von Handlungs- und Verfügungsrechten zu tun. In die dafür notwendige Abwägung sind alle erheblichen Umstände einzubeziehen. Vermögens- oder Handlungsrechte ändern jedoch nichts daran, dass diese Rechte an die physische Realität der geschützten Gegenstände und an rechtlich zwingende Einschränkungen ihrer Mobilität und Teilbarkeit gebunden bleiben. Insbesondere sind Property Rights in der Erscheinungsform von subjektiven Rechten an Sachen nicht beliebig teilbar. Deshalb gewinnen bei der Kollision von Property Rights unter Berücksichtigung von Transaktionskosten die institutionellen Bedingungen maßgebliche Bedeutung, unter denen über den Konflikt zu entscheiden ist. *Coase* unterscheidet die folgenden, mit jeweils verschiedenen institutionellen Bedingungen verbundenen Verfahren: Den vertraglichen Interessenausgleich; die Rechtsprechung, die der reziproken Dimension des Problems in verschiedener Weise Rechnung tragen soll; schließlich den Gesetzgeber, der die Property Rights zugunsten oder zu Lasten des Störers neu zuordnet. Stets geht es um die Frage, ob die Vorteile des Verbots der Störung größer sind als die Verluste, die an anderer Stelle, zum Beispiel beim Störer, eintreten. Ob Vertrag, Rechtsprechung oder der politische Prozess die am besten geeigneten Mittel sind, hängt von der Art der Störung und von den Transaktionskosten zu ihrer Beseitigung ab. Diffuse Schäden, die eine große Zahl von Menschen betreffen, die also wegen hoher Transaktionskosten durch Vertrag oder Rechtsprechung nicht oder nur unzulänglich ausgeglichen werden können, bedürfen gesetzlicher Regelung. Dabei soll die Gesamtwohlfahrt unter Berücksichtigung der Opportunitätskosten optimiert werden. *Coase* fügt hinzu: „Aber es sei selbstverständlich wünschenswert, dass die Wahl zwischen verschiedenen gesellschaftlichen Arrangements zur Lösung ökonomischer Probleme nicht nur Produktionswerte vergleiche, vielmehr seien alle Sphären des Lebens der Menschen zu berücksichtigen. Dazu gehören – nach *Frank Knight* – die Öffnung der Wohlfahrtsökonomie für Kategorien der Ästhetik und des Rechts.“⁴⁶ Hinzuzufügen sind die Unterschiede des Wissens und der Informationen, die den verschiedenen, zur Entscheidung berufenen Institutionen zur Verfügung stehen.

42 *Coase* (1960, S. 1 f.).

43 *Coase* (1960, S. 10).

44 *Coase* (1960, S. 15).

45 Die verbreiteten Zweifel an dem Erkenntniswert des Modells ohne Transaktionskosten entsprechen weitgehend den bekannten Einwänden gegen Modelle der vollkommenen Konkurrenz. Siehe den Überblick bei *Richter* und *Furubotn* (2003, S. 113-115).

46 *Coase*, (1972, S. 43).

Gerichte haben anderes Entscheidungswissen als der Gesetzgeber. Im Gegensatz zum Gesetzgeber können sie die konkrete Interessenlage der am Rechtsstreit Beteiligten berücksichtigen. *Coase* hebt hervor, dass Maß- und Gradfragen und der Interessenabwägung bei gerichtlichen Entscheidungen ausschlaggebendes Gewicht zukommt. Das ganze Recht der Störungen (nuisance) sei flexibel und gestatte den Vergleich des Nutzens, den die Handlung stifte mit den Nachteilen, die sie herbeiführe. Er übernimmt aus der rechtswissenschaftlichen Literatur den Grundsatz: „The whole law of nuisance is an attempt to reconcile and compromise between conflicting interests.“ Jedenfalls sei die Interessenabwägung einer strikten Regel vorzuziehen.⁴⁷

Bezieht man die institutionellen Bedingungen ein, unter denen bei *Coase* über Eingriffe in Property Rights unter Berücksichtigung der reziproken Externalitäten zu entscheiden ist, so lässt sich die von *Schmidchen* behauptete Alleinherrschaft des die Gesamtwohlfahrt maximierenden Effizienzprinzips nicht aufrecht erhalten. Die dargestellten Einschränkungen des Prinzips folgen bei *Coase* aus den Grenzen, die dem vertraglichen und den gerichtlich zu entscheidenden Interessenausgleich gezogen sind. Sie folgen hauptsächlich aus dem begrenzten Wissen der Gerichte und den rechtlich wie tatsächlich begrenzten Verfügungsmöglichkeiten der Beteiligten. Im Wettbewerbsrecht folgen die Grenzen der Beurteilungskriterien aus der Eigengesetzlichkeit des Wettbewerbs und dem erst durch Wettbewerb zu ermittelnden Wissen.

V. Coase und Hayek

Carl Christian von Weizsäcker, auf den sich *Schmidchen* wiederholt beruft, folgert die Nicht-Kollision von Effizienz und Freiheit (Recht) aus einem Vergleich des Coase-Theorems mit der „Rule of Law“ bei *Hayek*.⁴⁸ *Coase* führe die effiziente Zuordnung von Verfügungsrechten unter Berücksichtigung von Transaktionskosten auf kumulatives Richterrecht zurück. Auch *Hayek* sehe in der Rechtsfindung im Common Law den evolutorischen Prozess der Bildung von abstrakten Regeln, die die Freiheit des Individuums in einer produktiven Gesellschaft garantieren. Entscheidend für das Verhältnis dieser theoretischen Ansätze zueinander sei der Begriff der Freiheit. Die Brücke, so meint *von Weizsäcker*, folge aus der sich scheinbar von selbst beantwortenden Frage: In welchem Sinne ist eine zuträgliche, abstrakte Regel etwas anderes als eine abstrakte Regel, die Effizienz befördert? Die Antwort, die beide Positionen zu vereinen scheint, lautet dann: „Den Einzelnen sind solche Handlungen nicht erlaubt, die anderen mehr Schaden zufügen, als sie ihm nutzen“. Die Rule of Law im Sinne von *Hayek* sei danach identisch mit dem Effizienzregime, das nach *Coase* ebenso wie die Rule of Law aus dem Common Law resultieren.

Vorab ist zu bemerken, dass in diesem Szenario der „Dritte“ fehlt. Das ist bei *Hayek* der Wettbewerb, der bei *Coase* nicht vorkommt, weil er den Prozess untersucht, der ohne oder mit Transaktionskosten die Tendenz hat, zu einer effizienten Allokation von Verfügungsrechten bei schädigenden Störungen oder Eingriffen zu führen. Die Rule of Law hat bei *Hayek* eine wirtschaftlich und rechtlich andere Frage zum Gegenstand als

die efficiency bei *Coase*. Regeln gerechten Verhaltens sind Teil der institutionellen Vorkehrungen, die den einzelnen instandsetzen, trotz weitgehender Unwissenheit über eine Gesamtheit von Gesellschaft mehr Wissen zu nutzen als er individuell haben kann. Diese Regeln ergänzen das Preissystem, das seinerseits Wettbewerb voraussetzt. Das Common Law dient *Hayek* als Beleg dafür, dass es möglich ist, in einer spontanen Ordnung Regeln gerechten Verhaltens durch eine Rechtsprechung zu entwickeln, die sich nicht an konkreten Zwecken der Beteiligten, auch nicht am öffentlichen Interesse orientiert. Maßgeblich sind allgemeine Regeln, die sich im Laufe der Zeit herausgebildet haben und Teil der berechtigten Erwartungen geworden sind, welche die Akteure in ihren Plänen in Rechnung stellen können. Bei *Coase* handelt es sich im Falle der hier zu vergleichenden Rolle der Rechtsprechung um Kollisionen von Property Rights und um die Entscheidung der daraus entstehenden Interessenkonflikte. Dem Gericht sind die beteiligten Parteien ebenso bekannt wie die Tatsachen, die für die Beurteilung der reziproken Folgeschäden erheblich sind. Dieses Problem ist nicht Gegenstand des Wettbewerbsrechts. Bei *Hayek* geht es um die Nutzung von Wissen, das erst durch den Wettbewerb gewonnen wird und durch keine andere Art ermittelt werden kann. In den Worten von *Hayek* (1968, 2003, S. 256):

„Die Ordnung manifestiert sich in erster Linie darin, dass die Erwartungen von bestimmten Transaktionen mit anderen Menschen, auf die die Pläne aller Wirtschaftenden aufgebaut sind, in hohem Maße erfüllt werden. Diese wechselseitige Anpassung der individuellen Pläne wird dabei durch einen Vorgang zustande gebracht, den wir, seit dem die Naturwissenschaften auch begonnen haben sich mit spontanen Ordnungen oder selbst organisierenden Systemen zu befassen, gelernt haben, als negative Rückkopplung zu bezeichnen.“

Die durch negative Rückkopplung bewirkte Enttäuschung von Erwartungen ist ein notwendiger Bestandteil des Marktprozesses und der Informationen, die durch das Entdeckungsverfahren Wettbewerb gewonnen werden.

Der aus den verschiedenen Fragestellungen folgende Gegensatz *Hayek/Coase* ist damit noch nicht zureichend gekennzeichnet. Ich kehre zur Ausgangsthese von *von Weizsäcker* zurück: Ob eine Handlung nicht erlaubt ist, weil sie dem Anderen mehr Schaden zufügt als sie ihm Nutzen bringt, lässt sich unter Bedingungen des Wettbewerbs nicht beantworten, weil der einzelne Wettbewerber nicht wissen kann (und auch nicht wissen soll), wie sich seine erfolgreichen oder erfolglosen Aktionen auf Mitbewerber auswirken.

Austauschverträge sind ein wesentlicher Teil des Wettbewerbsprozesses. Auch sie haben bei *Hayek* eine andere Funktion als bei *Coase*. Hier kehrt das bereits behandelte Prinzip der Begrenzung des Vertrages auf die Vertragspartner und seine Neutralität im Verhältnis zu Dritten wieder. Der Vorschlag, bei unvollständigen Verträgen oder bei Vertragsstörungen die „most efficient solution“ nach dem Vorbild des Coase-Theorems zugrunde zu legen, weil sie am ehesten dem gemeinsamen Interesse der Parteien entspreche⁴⁹, verfehlt die für Austauschverträge typische Interessenlage. Für die Verfolgung gemeinsamer Interessen stehen die gesellschaftsrechtlichen Rechtsformen zur Verfügung. Maßgeblich ist im vorliegenden Zusammenhang jedoch der auch von der ökonomischen Analyse akzeptierte Grundsatz, dass dem Willen der Parteien entsprechende

47 *Coase*, (1972 S. 38).

48 *von Weizsäcker* (2003, S. 335-339).

49 *Posner* (2003, S. 96).

Verträge auch die „most efficient solution“ sind⁵⁰. Die Folgewirkungen des Vertrages hängen demgemäß von den Dispositionen der Parteien ab, die nicht Gegenstand des Vertrages sind und durch ihn nicht erklärt werden können. Entsprechend begrenzt sind mögliche Aussagen über die gesamtwirtschaftliche, marktübergreifende Effizienz von Verträgen.

Es bleibt ein Unterschied zu behandeln, den von *Weizsäcker* aus dem Freiheitsbegriff *Hayeks*, aus dem Freiheitsbegriff nach herkömmlichem Verständnis und dem Effizienzbegriff der Mainstream-Ökonomie folgert. *Hayek* gehe im Gegensatz zum herkömmlichen Mainstream nicht vom voll rationalen *Homo Oeconomicus* aus. Der Unterschied zum herkömmlichen Freiheitsbegriff ergebe sich daraus, dass *Hayek* rechtliche Einschränkungen der Freiheit durch Verbote rechtfertige. Die Bindung der Freiheit an Rechtsregeln ist jedoch keine Eigenart des *Hayekschen* Freiheitsbegriffs. Wir kehren zurück zum „Paradox der Freiheit“. Die Möglichkeiten irrationalen Handelns, die *Hayek* einbezieht, sind nicht nur eine Frage der Anthropologie (des Menschenbildes); sie erklären vielmehr die von der Ökonomie verschiedene Eigenart des Rechts. Der *Homo Oeconomicus* handelt in der utilitaristischen Tradition von *Jeremy Bentham* nur dann rechtmäßig, wenn er rational handelt. In der entgegengesetzten Tradition von *David Hume*, *Adam Smith* und *Kant* besteht dagegen Übereinstimmung darüber, dass es ausgeschlossen ist, eine Rechtstheorie auf übereinstimmende Motive, moralische Werturteile, Tugenden oder „Pleasure and Pain“ zu gründen. Deshalb müssen die Regeln gerechten Verhaltens abstrakt und zweckfrei sein. *David Hume* spricht von den „Rules of Justice“ als künstlichen Regeln (artificial rules), die gleichwohl nicht willkürlich sind. Sie müssen gegen die egoistischen Neigungen und das Machtstreben der Menschen entwickelt und im Recht durchgesetzt werden.⁵¹

Normen gegen Wettbewerbsbeschränkungen nehmen als allgemeine Regeln am Paradox der Freiheit teil, indem sie die Funktion von Verträgen, subjektiven Rechten und Wettbewerb aufeinander abstimmen. Die Erfahrung zeigt, dass der Wettbewerb durch Inanspruchnahme eben dieser Rechtseinrichtungen gefährdet werden kann. Alle Unternehmen sind in der Lage und in der Versuchung, Wettbewerb durch Verträge oder Verhaltensweisen auszuschließen oder zu beschränken. Deshalb soll das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen in Übereinstimmung mit den allgemeinen Regeln gerechten Verhaltens die Wettbewerbsfreiheit schützen und gewährleisten.

Literatur

- Basedow, Jürgen (2007), Konsumentenwohlfaht oder Effizienz – Neue Leitbilder der Wettbewerbspolitik?, *Wirtschaft und Wettbewerb*, 57. Jg., S. 112-175.
 Bentham, Jeremy (1776, 1977) *Comment on the Commentaries and a Fragment on Government*, hg. von J.H. Burns und H.L.A., Hart, London.
 Bentham, Jeremy (1789, 1970), *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*, hg. von J.H. Burns und H.L.A. Hart, London.
 Bentham, Jeremy (1802, 1970), *Of Laws in General*, hg. von J.H. Burns und H.L.A. Hart, London.

50 Posner (2003, S. 96 f.).

51 Hume (1740, 1964), S. 252-258).

- Böhm, Franz (1933), *Wettbewerb und Monopolkampf, Eine Untersuchung zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung*, Berlin.
 Böhm, Franz (1958), Wettbewerbsfreiheit und Kartellfreiheit, *ORDO*, Bd. 10, S. 167-203.
 Coase, Ronald H. (1960), The Problem of Social Cost, *Journal of Law and Economics*, Bd. 3, S. 1-44.
 Dirlam, Joel B. und Alfred E. Kahn (1954), *Fair Competition. The law and economics of anti-trust policy*, New York und London.
 Epstein, Richard A. (1995), *Simple Rules for a Complex World*, Cambridge.
 Hayek, Friedrich A. (1968, 2003), Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: ders., *Rechtsordnung und Handelsordnung, Aufsätze zur Ordnungsökonomik*, Tübingen, S. 132-149.
 Hellwig, Martin (2006), Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? Zur normativen Grundlegung der Wettbewerbspolitik, in: *Recht und spontane Ordnung, Festschrift für E.-J. Mestmäcker zum achtzigsten Geburtstag*, Baden-Baden, S. 231-268.
 Hellwig, Martin (2007), *Wirtschaftspolitik als Rechtsanwendung, Zum Verhältnis von Jurisprudenz und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik*, Walter-Adolf-Jöhr-Vorlesung 2007, Universität St. Gallen.
 Hume, David (1740, 1986) *A Treatise of Human Nature, Part Three, Of Morals*, The Philosophical Works of David Hume, Bd. 2, hg. von T. H. Green and T. H. Grose, London.
 Ihering, Rudolf von (1877-1883), *Der Zweck im Recht*, Leipzig.
 Kant, Immanuel (1797, 1969), *Metaphysik der Sitten*, Akademieausgabe Bd. VI, Berlin und New York.
 Kerber, Wolfgang (2007), Ökonomische Grundlagen des Wettbewerbsrechts, in: Günther Hirsch, Frank Montag und Franz-Jürgen Säcker (Hg.), *Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht)*, Bd. 1: Europäisches Wettbewerbsrecht, München, S. 238-430.
 Komesar, Neil K. (2001), *Law's Limits. The Rule of Law and the Supply and Demand of Rights*, New York.
 Luhmann, Niklas (1972), *Rechtssoziologie*, 2 Bände, Reinbek.
 Luhmann, Niklas (1987), *Rechtssoziologie*, 3. Auflage, Reinbek.
 Luhmann, Niklas (1993), *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt.
 Max Weber (1976), *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, 2. Halbband, 5. revidierte Auflage, Tübingen.
 Mestmäcker, Ernst-Joachim (1989), Der Kampf ums Recht in der offenen Gesellschaft, *Rechtstheorie*, Bd. 20, S. 273-288.
 Mestmäcker, Ernst-Joachim (1977, 1984), Die sichtbare Hand des Rechts, in: ders. (Hg.), *Recht und ökonomisches Gesetz*, 2. Auflage, Baden-Baden, 1984, S. 104-135; ursprünglich erschienen in: Horst Baier (Hg.), *Freiheit und Sachzwang. Beiträge zu Ehren Helmut Schelskys*, Opladen, 1977, S. 294-308.
 Mestmäcker, Ernst-Joachim (1993) (Hg.), *Recht in der offenen Gesellschaft*, Baden-Baden.
 Mestmäcker, Ernst-Joachim (2007), Franz Böhm und die Lehre von der Privatrechtsgesellschaft, in: Karl Riesenhuber (Hg.), *Privatrechtsgesellschaft – Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts*, S. 35-52.
 Mestmäcker, Ernst-Joachim (2008), 50 Jahre GWB: Die Erfolgsgeschichte eines unvollkommenen Gesetzes, *Wirtschaft und Wettbewerb*, 58. Jg., S. 6-22.
 Mestmäcker, Ernst-Joachim und Heike Schweitzer (2004), *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2. Auflage, München.
 Mestmäcker, Ernst-Joachim (1985), Schelskys Theorie der Institutionen und des Rechts, in: *Recht und Institutionen, Helmut Schelsky Gedächtnissymposium*, Münstersche Beiträge zur Rechtswissenschaft, Bd. 15, S. 19-31.
 Möschel, Wernhard (2006), Wettbewerb zwischen Handlungsfreiheiten und Effizienzzielen, in: *Recht und spontane Ordnung, Festschrift für E.-J. Mestmäcker zum achtzigsten Geburtstag*, Baden-Baden, S. 355-369.
 Posner, Richard (2003), *Economic Analysis of Law*, 6. Auflage, New York.
 Richter Rudolf und Eirik G. Furubotn (2003). *Neue Institutionenökonomik*, 3. Auflage; Tübingen.
 Schwalbe, Ulrich und Daniel Zimmer, (2006), *Kartellrecht und Ökonomie*, Frankfurt a.M.
 Sen, Amartya (1988), *On Ethics and Economics*, Oxford.

- Sen, Amartya (2004), *Rationality and Freedom*, Harvard.
- Smith, Adam (1759, 1974), *Theory of Moral Sentiments*, Oxford.
- Streit, Manfred (1995), Die Interdependenz der Ordnungen, Eine Botschaft und ihre aktuelle Bedeutung, in: ders., *Freiburger Beiträge zur Ordnungsökonomik*, Tübingen, S. 135-158.
- US-Supreme Court (2007), *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.*, 20. Februar 2007.
- Weizsäcker, Carl Christian von (2003), Hayeks Aufsätze zur Ordnungsökonomik sowie zur politischen Philosophie und Theorie. Besprechung zweier Bände aus Hayeks gesammelten Schriften, *ORDO*, Bd. 54, S. 335-339.
- Weizsäcker, Carl Christian von (2007), Konsumentenwohlfahrt und Wettbewerbsfreiheit. Über den tieferen Sinn des „economic approach“, *Wirtschaft und Wettbewerb*, 57 Jg., S. 1078-1084.
- Zimmer, Daniel (2007), Der rechtliche Rahmen für die Implementierung moderner ökonomischer Ansätze, *Wirtschaft und Wettbewerb*, Bd. 57, S. 1198-1209.

Zusammenfassung

Gegenstand dieses Beitrages ist das Verhältnis von Ökonomie und Recht in der Auslegung und Anwendung von Normen gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Zurückgewiesen wird die im Beitrag zu diesem Band vertretene Meinung von Schmidtchen, „dass es unmöglich ist, in Konfliktsituationen, also solchen Situationen, in denen ein Mehr an Freiheit des A ein Weniger an Freiheit des B impliziert, ein Maximum an Freiheit zu verwirklichen.“ Die These widerspricht der Theorie des Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren ebenso wie dem Verständnis der Wettbewerbsfreiheit im Privat- und Wettbewerbsrecht. Auch anhand des von Schmidtchen zugrunde gelegten Coase-Theorems lässt sich der Widerspruch der Wettbewerbsfreiheit mit sich selbst nicht begründen.

Summary:

Freedom of Competition and Efficiency of Firms

This article deals with the relation of law and economics in the interpretation and application of competition rules. The author takes issue with Schmidtchen's position argued in this volume, "that it is in case of conflicts impossible, to maximize freedom in cases where an additional unit of freedom for A implies an impairment of the same freedom for B." This position is incompatible with the theory of competition as a discovery procedure as well as with the meaning of freedom of competition in private and competition law. The Coase-theoreme, relied on by Schmidtchen, does not permit a finding of a self-contradiction of freedom of competition in dealing with conflicting competitive interests.