

Engel, Christoph

Working Paper

Wettbewerb und Gemeinwohl

Discussion Papers of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, No. 2021/8

Provided in Cooperation with:

Max Planck Institute for Research on Collective Goods

Suggested Citation: Engel, Christoph (2021) : Wettbewerb und Gemeinwohl, Discussion Papers of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, No. 2021/8, Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Bonn,
<https://hdl.handle.net/21.11116/0000-0008-62FA-0>

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/245971>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.



Wettbewerb und Gemeinwohl

Christoph Engel





Wettbewerb und Gemeinwohl

Christoph Engel

April 2021

Wettbewerb und Gemeinwohl

Christoph Engel

Abstract

Die Worte Wettbewerb und Gemeinwohl kommen im Grundgesetz nicht vor. In ständiger Rechtsprechung betont das Bundesverfassungsgericht, dass das Grundgesetz keine Entscheidung über die deutsche Wirtschaftsverfassung getroffen hat. Gleichwohl hat das Gericht häufig über das Verhältnis von Wettbewerb und Gemeinwohl entschieden. Es hat den Wettbewerb, also das freie Spiel der Kräfte, vor allem als eine Gefahr für das Gemeinwohl gedeutet. Vor allem sind die einschlägigen Entscheidungen aber sehr cursorisch. Dieser Beitrag systematisiert die Entscheidungspraxis und stellt ihr Kerngedanken der Wettbewerbstheorie entgegen. Für den wirtschaftlichen Wettbewerb finden sich diese Gedanken in der ökonomischen Theorie, für den Stimmenwettbewerb in der politischen Theorie, für den Meinungswettbewerb in der publizistischen Theorie, für den Wettbewerb der Rechtsordnungen in Albert O. Hirschmans Theorie von Widerspruch und Abwanderung.

Schlagwörter: Wettbewerb, Gemeinwohl, Bundesverfassungsgericht, wirtschaftlicher Wettbewerb, Stimmenwettbewerb, Meinungswettbewerb, Wettbewerb der Rechtsordnungen

JEL: A12, D01, D02, D04, D40, D60, D72, F00

I. Einleitung

Im Grundgesetz kommen die Worte „Wettbewerb“ und „Gemeinwohl“ nicht vor. In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nehmen die Begriffe jedoch einen prominenten Platz ein. Bis zum Jahre 1997 ist die Entscheidungspraxis des Bundesverfassungsgerichts allerdings nur sehr selektiv verfügbar. Auch seither veröffentlicht das Gericht nur etwa 5% seiner Entscheidungen¹. Trotzdem ist das vorhandene Material seither sehr viel ergiebiger. Denn das Gericht hat sich vor allem in Entscheidungen über Verfassungsbeschwerden mit Wettbewerb und Gemeinwohl befasst. Die meisten Verfassungsbeschwerden werden nicht von einem der beiden Senate entschieden, sondern von einer der je drei Kammern.

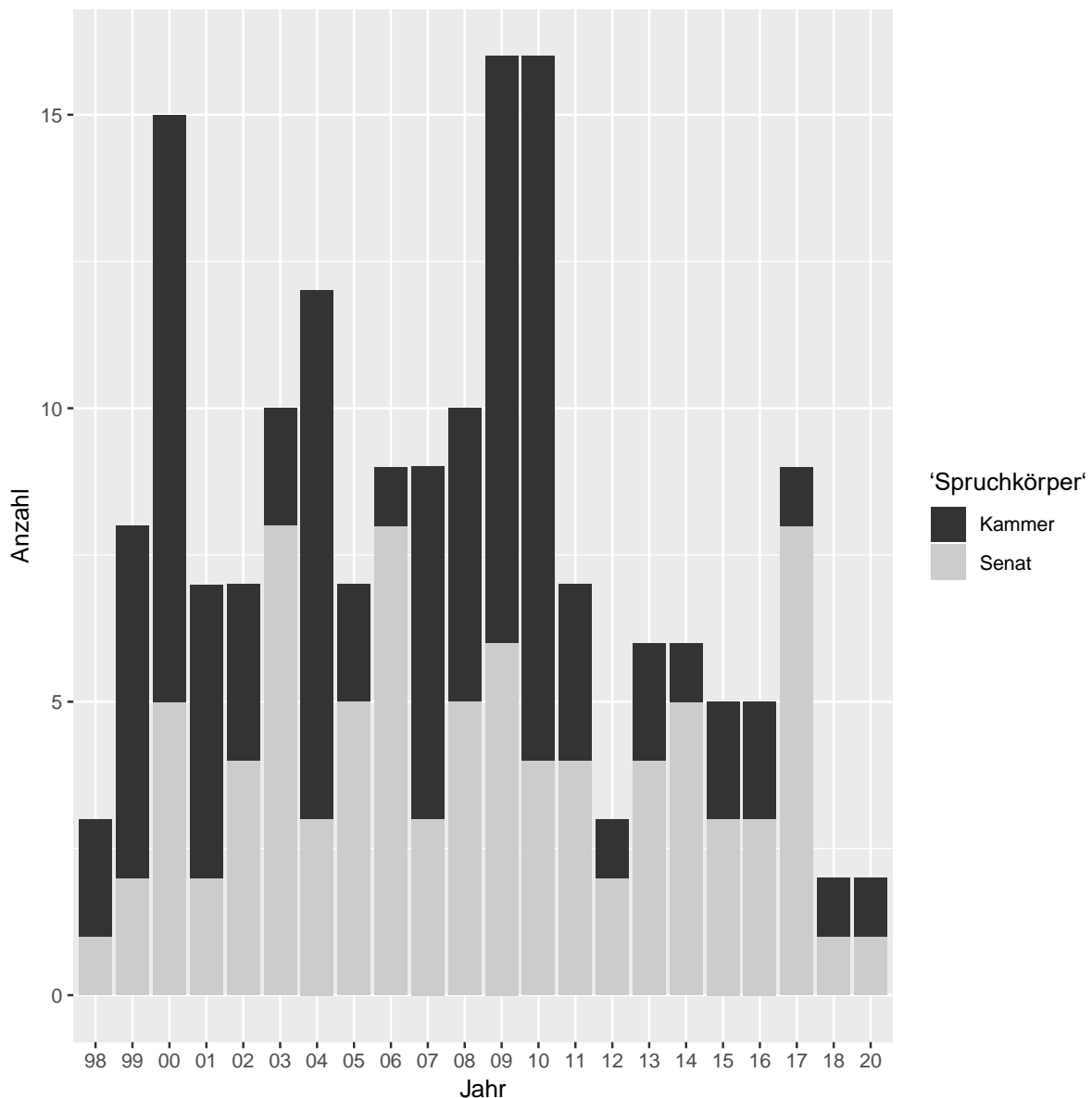
Für die Zeit ab 1998 hat das Gericht 7380 Entscheidungen auf seiner Website zugänglich gemacht. In 424 Entscheidungen kommt das Wort „Wettbewerb“² vor, in 606 das Wort „Gemeinwohl“³. In 174 Entscheidungen taucht sowohl das Wort „Wettbewerb“ wie auch das Wort „Gemeinwohl“⁴ mindestens ein Mal auf. Der folgende Text konzentriert sich auf diese Entscheidungen. Die folgende Abbildung zeigt, dass sie sehr ungleich über die Zeit verteilt sind. In den letzten Jahren hat das Gericht sehr viel seltener über einschlägige Verfahren entschieden.

¹ Im Jahre 2019 hat das Gericht 5210 Verfahren erledigt, davon 4953 Verfassungsbeschwerden, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/Statistik/statistik_2019.html. Auf der Website sind 275 Entscheidungen zugänglich, davon 196 Entscheidungen über Verfassungsbeschwerden.

² Oder ein zusammengesetzter Ausdruck, der das Wortfragment „wettbewerb“ enthält.

³ Oder ein zusammengesetzter Ausdruck, der das Wortfragment „gemeinwohl“ enthält.

⁴ Mit großem oder kleinem Anfangsbuchstaben, für sich allein oder in Wortzusammensetzungen, wie etwa „Wettbewerbslage“ oder „Allgemeinwohl“.



Nicht alle Entscheidungen erweisen sich tatsächlich als einschlägig⁵. Aber es zeigt sich ein facettenreiches Bild. Die meisten Entscheidungen betreffen das Verhältnis von wirtschaftlichem Wettbewerb und Gemeinwohl (II). Das Gericht hat sich aber auch zum Wettbewerb um Stimmen und damit um die parlamentarische Macht geäußert (III), zum Wettbewerb der Meinungen (IV) und zum Wettbewerb zwischen den Rechtsregeln von Gemeinden, Bundesländern und Staaten (V).

Das Bundesverfassungsgericht hat über das Verhältnis von Wettbewerb und Gemeinwohl also oft entschieden. Es hat jedoch kein konsistentes Konzept für dieses Verhältnis entwickelt. Dieser Beitrag stellt der etwas erratischen Entscheidungspraxis Kerngedanken eines solchen Kon-

⁵ Ein Beispiel ist das Lissabon-Urteil. Der Begriff „Allgemeinwohl“ taucht ein einziges Mal auf. Das Bundesverfassungsgericht stellt fest: „So hat der Gerichtshof zahlreiche wichtige soziale Anliegen als zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls anerkannt, die Einschränkungen der Marktfreiheiten des Gemeinschaftsrechts rechtfertigen können“, BVerfG 30.6.2009, es20090630_2bve000208, R 398. Das sagt nichts zu der Frage, wie das Verhältnis von Gemeinwohl und Wettbewerb unter dem Grundgesetz bestimmt ist.

zepts gegenüber. Eine ausgearbeitete Theorie des wirtschaftlichen, politischen, publizistischen oder regulatorischen Wettbewerbs kann er jedoch nicht bieten. Die Themen sind zu groß für solch einen kurzen Beitrag. Doch zumindest die Grundelemente solch einer Theorie sollen deutlich werden, verbunden mit Hinweisen auf tiefer gehende Literatur⁶.

II. Wirtschaftlicher Wettbewerb

1. Wirtschaftsverfassung

Die Weimarer Reichsverfassung enthielt einen ganzen Abschnitt zum „Wirtschaftsleben“ (Art. 151-165 WRV). Er beginnt mit den Sätzen

„Die Ordnung des Wirtschaftslebens muß den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen. In diesen Grenzen ist die wirtschaftliche Freiheit des einzelnen zu sichern“ (Art. 151, 1 und 2 WRV)

Ein vergleichbarer Abschnitt fehlt im Grundgesetz. Das Bundesverfassungsgericht hat daraus geschlossen, dass das Grundgesetz „wirtschaftspolitisch neutral“ ist⁷. Es hat damit der Diskussion um eine „Wirtschaftsverfassung“ eine Absage erteilt⁸. Das Gericht hat es auch abgelehnt, aus einer Zusammenschau der Grundrechte mit Bezug auf das Wirtschaftsleben, also vor allem Art. 14 I, 12 I, 9 I und 9 III GG, auf eine objektivrechtliche Entscheidung der Verfassung zu schließen⁹. Es hätte die Möglichkeit gegeben, die Diskussion wieder aufzunehmen. In Art. 1 III des Vertrags über eine Wirtschafts- und Währungsunion zwischen der Bundesrepublik und der ehemaligen DDR heißt es nämlich:

„Grundlage der Wirtschaftsunion ist die Soziale Marktwirtschaft als gemeinsame Wirtschaftsordnung beider Vertragsparteien. Sie wird insbesondere bestimmt durch Privateigentum, Leistungswettbewerb, freie Preisbildung und grundsätzlich volle Freizügigkeit von Arbeit, Kapital, Gütern und Dienstleistungen; hierdurch wird die gesetzliche Zulassung besonderer Eigentumsformen für die Beteiligung der öffentlichen Hand oder anderer Rechtsträger am Wirtschaftsverkehr nicht ausgeschlossen, soweit private Rechtsträger dadurch nicht diskriminiert werden.“¹⁰

Man hätte sich auch berufen können auf Art. 119 I AEUV:

„Die Tätigkeit der Mitgliedstaaten und der Union [...] umfasst [...] die Einführung einer Wirtschaftspolitik, die [...] dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet ist.“

⁶ Aus der juristischen Literatur zum Verhältnis von Gemeinwohl und Wettbewerb s. einleitend verwiesen auf (Uerpman 1999, Anderheiden 2006, Hoffmann-Riem, Schmidt-Abmann et al. 2006, Isensee 2006a, Rüfner 2006, Schuppert 2008, Wolff 2021).

⁷ BVerfGE 4, 7, 17f. – Investitionshilfe; 50, 290, R 140 – Mitbestimmung.

⁸ Die Diskussion ist nachgezeichnet bei (Ruffert 2009, Badura 2015).

⁹ BVerfGE 50, 290, R 140 – Mitbestimmung.

¹⁰ Vertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik v. 18.5.1990, BGBl. 1990 II S. 537.

Aber das ist nicht geschehen. Welche Grenzen die Verfassung der Wirtschaftspolitik zieht, und wie sie das Verhältnis von Wettbewerb und Gemeinwohl austariert, muss den einschlägigen Grundrechten entnommen werden. Die wissenschaftliche Debatte über verfassungsrechtliche Vorgaben für die Wirtschaftsordnung ist oft berichtet worden¹¹. Das soll hier nicht wiederholt werden.

2. Richterliche Zurückhaltung

Man hätte die Absage des Mitbestimmungsurteils an eine generelle Festlegung der Wirtschaftsordnung als einen Akt verfassungsrichterlicher Selbstbeschränkung lesen können. Das Gericht will nicht vorschnell Festlegungen treffen, deren Tragweite es noch nicht übersehen kann. Wenn diese Lesart zuträfe, dann müsste es heute, mehr als 40 Jahre später, möglich sein, der Verfassungsrechtsprechung ein facettenreicheres Bild der deutschen Wirtschaftsverfassung zu entnehmen. Doch der vorstehende Bericht über die Entscheidungspraxis enttäuscht diese Erwartung.

Das Gericht hat die Beseitigung von Wettbewerb gebilligt¹², aber auch die Belastung Dritter mit dem Ziel, in einem Wirtschaftssektor Wettbewerb zu schaffen¹³. Es hat dem Gesetzgeber gestattet, „ruinösem Wettbewerb“ vorzubeugen¹⁴, aber auch gegen den Missbrauch marktbeherrschender Stellungen vorzugehen¹⁵. Das Gericht hat gesetzliche Marktzutrittsschranken akzeptiert¹⁶, Vorgaben für die Auswahl der Vertragspartner¹⁷, die Ausgestaltung des Angebots¹⁸, und für den Preis¹⁹.

Das Gericht ist dem wirtschaftspolitischen Gesetzgeber nur selten in den Arm gefallen. Den Holzabsatzfonds hat es kassiert²⁰, den sehr ähnlich strukturieren Weinabsatzfonds dagegen nicht²¹. Die Singularzulassung bei den Oberlandesgerichten hat es kassiert²², die strukturell verwandte Kontingentierung der BGH Anwälte dagegen nicht²³. Typischerweise greift das Gericht erst dann ein, wenn einer gesetzlichen Entscheidung der Missbrauch auf die Stirn geschrieben steht. Das hergebrachte Wettmonopol diene vor allem der Erzielung zusätzlicher Einnahmen, nicht dem Schutz vor der Spielsucht²⁴. Ein deutliches Indiz für Missbrauch ist Inkonsistenz²⁵. Wenn die Hersteller Impfstoff versenden dürfen, kann es keine Gesundheitsgefahr bewirken, wenn das auch ein Apotheker tut²⁶. Genauer sieht das Gericht auch hin, wenn der Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit auch die Interessen Dritter berührt: das Fragerecht der

¹¹ S. aus der reichhaltigen Literatur nur (Schmidt 1971, Papier 1984, Kirchhof 2010, Badura 2011, Durner 2019).

¹² Etwa BVerfG 8.6.2010, rs20100608_1bvr201107, R 94 – Rettungsdienst Sachsen.

¹³ Etwa BVerfG 25.8.1999, rk19990825_1bvr149997, R 12 – Leitungsrecht Chemnitz.

¹⁴ Etwa BVerfG 27.2.2008, rk20080227_1bvr129507, R 36 – Rechtsanwälte beim BGH.

¹⁵ Etwa BVerfG 9.10.2000, rk20001009_1bvr162795, R 30 – Pharmagroßhandel.

¹⁶ Etwa BVerfG 28.8.2014, rk20140828_2bvr263909, R 49 – Altpapier.

¹⁷ Etwa BVerfG 10.6.2009, rs20090610_1bvr082508, R 35 – Kontrahierungszwang Basistarif.

¹⁸ Etwa BVerfG 9.6.2004, rs20040609_1bvr063602, R 120 – Ladenschluss.

¹⁹ Etwa BVerfG 1.12.2010, rk20101201_1bvr174710, R 17 – Auswärtsbeurkundung II.

²⁰ BVerfG 12.5.2009, rs20090512_2bvr074301, R 67 – Holzabsatzfonds.

²¹ BVerfG 6.5.2014, rs20140506_2bvr113912, R 145 – Deutscher Weinfonds.

²² BVerfG 13.12.2000, rs20001213_1bvr033597, R 28 – Singularzulassung.

²³ BVerfG 27.2.2008, rk20080227_1bvr129507, R 36 – Rechtsanwälte beim BGH.

²⁴ BVerfG 28.3.2006, rs20060328_1bvr105401, R 107 – Sportwetten.

²⁵ Zu der Interpretation von Inkonsistenz als Beweiszeichen (Petersen 2013).

²⁶ BVerfG 11.2.2003, rs20030211_1bvr197200, R 48 – Impfstoffversand.

parlamentarischen Opposition²⁷, oder den effektiven Rechtsschutz für einen Rechtssuchenden²⁸.

Die Macht des Verfassungsgerichts ist prekär. Es kann kaum etwas tun, wenn die Adressaten ihm die Gefolgschaft verweigern. Das gilt ganz besonders, wenn dieser Adressat der Gesetzgeber ist. Er könnte sogar die Zuständigkeiten des Gerichts beschneiden, und könnte künftig willfährige Personen zu Verfassungsrichtern machen. Die Entwicklung in Ungarn und Polen zeigt, dass diese Gefahr nicht bloß eine theoretische ist. Man sollte das Gericht also nicht dafür tadeln, dass es sich der (wirtschafts-)politischen Tragweite seiner Entscheidungen bewusst ist, und dass es sich im Zweifel lieber zurückhält.

Doch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wirkt nicht nur durch ihre Entscheidungen. Mindestens so wichtig ist die Rationalisierung des politischen Diskurses. In Karlsruhe zählt das Argument nicht: aber ich habe die Mehrheit, und deshalb die Macht. Der Schutzbereich der Grundrechte ist so weit gezogen, dass jede Norm des einfachen Rechts, und damit jede Entscheidung des Gesetzgebers, an der Verfassung gemessen werden kann. Der Gesetzgeber muss stets damit rechnen, dass das auch tatsächlich geschieht. Jedes Jahr entscheidet das Gericht über mehr als 5000 Verfahren²⁹. Die meisten davon sind Verfassungsbeschwerden. Das Initiativrecht, die Möglichkeit zur Anrufung des Gerichts, ist damit der politischen Kontrolle durch Regierung und Parlament entzogen. Es liegt in der Hand des Gerichts, welchen Fällen es wie viel Aufmerksamkeit widmet³⁰. Es kann den Fall im Senat entscheiden oder nur in einer Kammer. Es kann eine mündliche Verhandlung anberaumen oder nur schriftlich verhandeln. Es kann Stellungnahmen einholen und Pressemitteilungen herausgeben. Es kann die Entscheidung in fremde Sprachen übersetzen, und es entscheidet vor allem, wie intensiv es sich mit dem Fall auseinandersetzt. Auf all diesen Wegen kann das Gericht steuern, welchen Einfluss seine Entscheidung hat. Je intensiver das Gericht von diesen Möglichkeiten Gebrauch macht, desto mehr kommt es zu einem parallelen Diskurs über denselben politischen Konflikt in einer subsidiären politischen Arena. Sie unterscheidet sich vor allem in einem vom Parlament: es zählt nur, was begründet werden kann. Und die Begründung muss konsistent sein: in sich, aber auch mit den Begründungen für vergleichbare Entscheidungen. Das hat eine disziplinierende, und eine rationalisierende Wirkung auf die Politik³¹.

An sich ist das Verfassungsgericht für diese Aufgabe gut gerüstet. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist ein kraftvolles Instrument zur Strukturierung und damit zur Rationalisierung politischer Entscheidungen³². Aber die Maßstäbe der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit hängen an der Definition des legitimen Ziels. Eine Lehre von der Legitimität der Ziele fehlt immer noch³³. Das hat mit der Scheu vor der Entwicklung einer Staatsaufgabenlehre zu tun³⁴. Es geht um die Sorge vor einem *gouvernement des juges*. Diese Sorge ist berechtigt.

²⁷ BVerfG 7.11.2017, es20171107_2bve000211, R 235 – Auskunft Deutsche Bahn und Finanzmarktaufsicht.

²⁸ BVerfG 12.12.2006, rs20061212_1bvr257604, R 97 – Erfolgshonorar.

²⁹ https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/Statistik/statistik_2019.html.

³⁰ Dieses Ausmaß kann man auch messen, näher (Engel 2020).

³¹ (Engel 2001).

³² Zu der funktionalen Interpretation des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes s. (Gentz 1968, Grabitz 1973, Schnapp 1983, Dechsling 1989, Lerche 1999, Clérico 2001, Schlink 2001, Petersen 2015, Lang 2020)

³³ S. den strukturierten Bericht über die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, und einen ersten Versuch solch einer Lehre bei (Engel 2015a).

³⁴ Zu der Diskussion um eine Staatsaufgabenlehre s. (Bullinger 1965, Salzwedel 1965, Link 1990, Ress 1990, Herzog 2006, Isensee 2006b, Engel 2013).

Das Gericht würde sich verheben, wenn es seine Interpretation des politisch Erstrebenswerten über den politischen Willen der gewählten Vertreter des Volkes setzt.

Vorstellbar ist aber, dass das Verfassungsgericht den Gesetzgeber zwingt, sich ausdrücklich zu entscheiden. In dieser Perspektive gibt das Gericht dem Gesetzgeber nicht vor, welches normative Ziel er verfolgt. Jenseits äußerster Grenzen (wie zum Beispiel Korruption oder offener Diskriminierung) schlägt das Gericht dem Gesetzgeber auch keine normativen Entscheidungen aus der Hand. Es verlangt vom Gesetzgeber aber ein explizites normatives Programm. Es misst die gesetzlichen Interventionen daran, ob sie dieses Programm verwirklichen. Dieses Vorgehen schränkt politisches Handeln ein. Mehrheiten können nicht mehr dadurch gefunden werden, dass ein politisches Programm nur partiell verwirklicht wird, und dass der Gesetzgeber sehenden Auges seiner eigenen Entscheidung widerspricht³⁵. Dieser beschränkte rationalisierende Effekt der Verfassungsgerichtsbarkeit könnte aber mit dem Demokratieprinzip vereinbar sein (die normative Entscheidung bleibt beim Parlament) und der von den Grundrechten gewollten Machtbalance entsprechen.

Auch, wenn das Verfassungsgericht so weit nicht gehen will, kommt es doch nicht um eine Rekonstruktion des normativen Programms herum, das die jeweilige Regelung verfolgt³⁶. Die Entscheidungspraxis des Gerichts zeigt, dass diese Rekonstruktionen sehr ad hoc gefunden werden. Natürlich sind normative Entscheidungen nicht auf das Verhältnis von Wettbewerb und Gemeinwohl beschränkt. Aber zumindest für die Wirtschaftspolitik ist dieses Verhältnis nicht nebensächlich. Die folgenden Überlegungen wollen der Verfassungsrechtsprechung helfen, wenn sie sich vor die Rekonstruktion dieses Verhältnisses gestellt sieht.

3. Gemeinwohl durch Wettbewerb

a) Verfassungsrechtliche Spuren

Art. 14 II GG sagt: „Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen“. Die Stufenlehre zu Art. 12 I GG verlangt, dass objektive Berufszulassungsvoraussetzungen der „Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut“ dienen, subjektive Berufszulassungsvoraussetzungen einem „überragende[n] Gemeinschaftsgut“, und dass Berufsausübungsregelungen „Nachteile und Gefahren für die Allgemeinheit“ abwehren³⁷. Daraus scheint zu folgen, dass die Verfassung einen Gegensatz zwischen Wettbewerb und Gemeinwohl sieht. Dafür kann es Gründe geben.³⁸ Zunächst sollte man aber verstehen, welchen Beitrag Wettbewerb zum Gemeinwohl leisten kann. Es gilt also nicht stets, zwischen Wettbewerb und Gemeinwohl zu wählen. Vielmehr kann sich das gemeine Wohl gerade dadurch verwirklichen, dass Wettbewerb herrscht³⁹.

³⁵ (Brunsson 1989) zeigt dass und warum Inkonsistenz als Mittel der praktischen Politik nicht selten ist.

³⁶ Traditionell werden diese Rekonstruktionen bei der Interpretation der Grundrechtsschranken diskutiert, s. etwa (Breuer 2010).

³⁷ BVerfGE 7, 377, R 78-81 – Apotheken.

³⁸ S. unten ***.

³⁹ Diesen Gedanken entwickeln (Kirchhof 2010, Peters, Giegerich et al. 2010); kritisch gegenüber einer Vereinnahmung des Wettbewerbs dagegen (Klement 2015); zur Ambivalenz des Verhältnisses von Wettbewerb und Gemeinwohl auch (Grzeszick 2006, Kirchhof 2010).

In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts spielt dieser Gedanke bislang praktisch keine Rolle. Natürlich hat das Gericht eine begrenzte Aufgabe: es soll nicht selbst (Wirtschafts-)Politik machen. Es darf nur prüfen, ob der Gesetzgeber bei seiner Ausgestaltung der Wirtschaftspolitik die Grenzen der Verfassung überschreitet. Doch wenn der Gesetzgeber den Wettbewerb beschränkt oder ausschließt, kann der Wettbewerb auch keinen Beitrag zum Gemeinwohl mehr leisten. Die folgenden Überlegungen haben deshalb bei der Frage ihren dogmatischen Ort, ob der Gesetzgeber ein legitimes Ziel verfolgt, wenn er den Wettbewerb beschränkt. Vor allem wären diese Überlegungen aber dort am Platz, wo das Gericht untersucht, ob eine gesetzliche Beschränkung des Wettbewerbs verhältnismäßig ist. Das Gewicht der Beschränkung ergibt sich gerade aus der Minderung der gemeinwohlfördernden Effekte des Wettbewerbs.

b) Wettbewerb als Mechanismus zur Allokation knapper Güter

An dieser Stelle geht es um wirtschaftlichen Wettbewerb⁴⁰. In der klassischen Konstellation stehen viele Nachfrager wenigen Anbietern gegenüber. Die Anbieter bieten Güter oder Dienstleistungen an und erwarten dafür ein Entgelt. Im einfachsten Fall sind die Güter bereits produziert oder der Anbieter ist kompetent und in der Lage, die Dienstleistung auf Zuruf zu erbringen. Solange der Gesetzgeber keinen Kontrahierungszwang einführt, bleibt jedem Nachfrager überlassen, ob er das Gut oder die Dienstleistung zum angebotenen Preis erwerben möchte. Er kann den Anbieter auch wissen lassen, dass er nur zu einem niedrigeren Preis kontrahieren würde. Nehmen wir zunächst an, dass der Anbieter ein Monopol hat. Der potentielle Nachfrager kann dann nicht auf einen anderen Anbieter ausweichen. Nehmen wir weiter an, dass der Anbieter mit jedem potentiellen Nachfrager getrennt verhandeln kann. Wenn der Anbieter weiß, wie viel das Gut oder die Dienstleistung dem Nachfrager wert ist, wird er genau diesen Preis verlangen. Der Nachfrager könnte ablehnen. Aber dann müsste er auf das Gut oder die Dienstleistung verzichten. Auch, wenn der Anbieter die Zahlungsbereitschaft des Nachfragers nicht kennt, kann er durch geschickte Gestaltung der Verhandlungen an diese Information kommen. Er kann zum Beispiel eine geeignete Form der Auktion wählen⁴¹. Wenn dem Anbieter solche Preisdiskriminierung gelingt, eignet er sich den gesamten sozialen Wert der Transaktion an. Der soziale Wert besteht dabei aus dem Gewinn des Anbieters abzüglich seiner Kosten, und aus dem Nutzen des Guts oder der Dienstleistung für den Nachfrager abzüglich des bezahlten Preises.

Bis hierhin hat das Monopol des Anbieters nur Verteilungswirkungen. Der Nachfrager erhält das Gut oder die Dienstleistung zu dem höchsten Preis, den er bereit war, zu bezahlen. Das Gut oder die Dienstleistung werden bereitgestellt. Das Marktergebnis ist also effizient. Der gesamte soziale Gewinn bleibt aber bei dem Anbieter. Traditionell war dieses Ergebnis eher etwas für die ökonomischen Lehrbücher. Waren wurden in Läden verkauft. Jeder Nachfrager konnte den Laden betreten, wann er wollte. Im Laden hatte das Gut einen einheitlichen Preis. Bei vielen Dienstleistungen war das nicht anders. Der Friseur nahm von jedem Kunden den

⁴⁰ Grundlegend zur ökonomischen Wettbewerbstheorie (Tirole 1988).

⁴¹ Für eine praktisch umsetzbare Lösung s. Becker, DeGroot et al. (1964).

gleichen Preis für den gleichen Haarschnitt⁴². Wenn der Anbieter aus solchen praktischen Gründen nur einen einheitlichen Preis setzen kann, schadet ein Monopol auch der (allokativen) Effizienz. Der Anbieter maximiert seinen Gewinn durch einen Preis, bei dem der Markt nicht geräumt wird. Im einfachsten Fall bleibt ein Teil der Waren auf Lager, weil der gesamte Gewinn des Anbieters kleiner wäre, wenn er alle Waren verkauft.

Was ändert sich, wenn es Wettbewerb gibt? Um die Wirkungen von Wettbewerb zu verstehen, müssen wir eine Reihe von Vorfragen klären. Wir nehmen zunächst an, dass zwei Unternehmen wirklich das gleiche Produkt anbieten. Beide hätten auch kein Problem, den gesamten Markt zu versorgen. Jeder Nachfrager kann die Preise vergleichen, zu denen beide Unternehmen anbieten. Schließlich haben beide Unternehmen die gleichen Kosten. Jedes Unternehmen maximiert nach wie vor seinen Gewinn, wenn es den Monopolpreis setzt. Doch wenn es das tut, wird der Konkurrent den Preis unterbieten. Weil er billiger ist, bekommt er den ganzen Markt. Dieses Ergebnis antizipiert der erste Anbieter und senkt den Preis noch weiter. Unter Kosten will allerdings kein Unternehmen verkaufen. Deshalb liegt der Wettbewerbspreis genau bei den Kosten. Wettbewerb hat also einen Verteilungseffekt. Die Anbieter spielen nur ihre Kosten ein. Einen darüber hinaus gehenden Gewinn machen sie nicht. Alle Nachfrager, die bereit gewesen wären, mehr als den Wettbewerbspreis zu bezahlen, erhalten einen Vorteil. Bei gegebenen Kosten führt Wettbewerb zugleich dazu, dass die größtmögliche Zahl an Nachfragern bedient wird. Wettbewerb ist deshalb auch effizient.

Dient Wettbewerb nun dem Gemeinwohl? Das hängt von der Definition des Gemeinwohls ab. Man kann Gemeinwohl utilitaristisch definieren. So geht die Wohlfahrtstheorie vor. Sie will den Menschen nicht vorschreiben, was sie wünschen. Sie verlangt von den Individuen nur, dass sie sich innerhalb ihres Budgets halten. Wie sie das Budget aufteilen, ist ihre Sache. Wettbewerb zwingt die Anbieter dazu, die Preise an den Kosten auszurichten. Güter werden billiger. Die Nachfrager behalten einen Teil des Budgets für die Befriedigung nachrangigerer Wünsche. Auf diese Weise dient Wettbewerb dann in der Tat dem Gemeinwohl.

Warum tritt dieses normativ erwünschte Ergebnis ein? Nicht deshalb, weil die Gesellschaft oder die Rechtsordnung das von den Anbietern erwarten. Auch nicht deshalb, weil die Rechtsordnung interveniert. Das Gewinnstreben der Anbieter genügt. Das liegt daran, dass funktionsfähiger Wettbewerb zu einem Gefangenendilemma führt. Jeder Anbieter verdient dann am meisten, wenn der andere Anbieter den Monopolpreis setzt und er diesen Preis knapp unterbietet. Dann kann er den ganzen Markt zu einem Preis bedienen, der nur wenig niedriger ist als der Monopolpreis. Jeder Anbieter verdient am wenigsten, wenn er den Monopolpreis setzt und er von seinem Konkurrenten unterboten wird. Dann setzt er gar nichts ab. Er macht einen Verlust, weil er keinen Ausgleich für die Produktionskosten erhält. Dieses schlechteste Ergebnis vermeidet jeder Anbieter, indem er von vornherein zum Wettbewerbspreis anbietet. Dann macht er zwar keinen Gewinn, aber auch keinen Verlust.

Im Gefangenendilemma gibt es allerdings noch eine weitere Möglichkeit. Beide Anbieter können kooperieren. Im Wettbewerbsdilemma bedeutet das: beide setzen den Monopolpreis und

⁴² Vor allem die Verfügbarkeit großer Datensätze, z.B. aus den Scanner-Daten der Supermärkte, macht mittlerweile jedoch personalisierte Angebote praktikabel. Diese Möglichkeit kann zur Preisdiskriminierung genutzt werden.

teilen den Markt unter sich auf. Dann macht jeder zwar einen kleineren Gewinn, als wenn er den ganzen Markt bedienen kann. Aber er macht wenigstens einen positiven Gewinn. Wenn die Anbieter gleichzeitig entscheiden und wenn sie annehmen, dass ihr Wettbewerber alles tut, um seinen Gewinn zu maximieren, ist mit solcher Kollusion allerdings nicht zu rechnen. Wenn der eine Anbieter erwartet, dass der andere den Monopolpreis setzt, wird er diesen Preis knapp unterbieten.

Diese Vorhersage gilt auch noch, wenn man zulässt, dass ein Anbieter auf den anderen reagiert. Jeder stellt sich ja stets besser, wenn er den anderen unterbietet. Das geschieht dann nur Schritt für Schritt, bis der Wettbewerbspreis erreicht ist. Doch in den meisten Märkten wird nicht das gesamte Angebot auf einmal vertrieben. Wenn immer wieder neue Nachfrager hinzutreten, ändert sich das Wettbewerbsverhältnis. Nun kann es sich lohnen, dass ein Wettbewerber auf die Chance verzichtet, durch Unterbietung den gesamten Markt an sich zu ziehen. Er muss dann nämlich in Rechnung stellen, wie sein Konkurrent in der Zukunft auf diese Erfahrung reagieren wird. Die Spieltheorie hat solche Konstellationen intensiv untersucht⁴³. Sie zeigt, dass Kollusion im wiederholten Spiel viel einfacher zu stabilisieren ist. Die Sorge der Monopolisierung kommt zurück.

c) *Wettbewerbsbeschränkungen*

Das Wettbewerbsmodell unterstellt, dass die Wettbewerber in einem institutionenfreien Umfeld aufeinandertreffen. Weil sie Kollusion für unerwünscht halten, verweigern die meisten Rechtsordnungen vertraglichen Abreden zwischen Wettbewerbern über den Preis die Durchsetzung. So ist das auch in § 1 GWB. Aber die Wettbewerber brauchen die Gerichte auch nicht unbedingt. Zunächst haben sie ja ein Koordinationsproblem. Sie müssen sich auf den überhöhten Preis einigen, zu dem sie beide anbieten wollen. Eine explizite Abrede erleichtert diese Koordination. Zusätzlich können sich die Wettbewerber gegenseitig verletzlich machen⁴⁴. Eine von vielen Möglichkeiten ist eine Gebietsabsprache. Dann verspricht jedes Unternehmen, seine Produkte nur in bestimmten geographischen Regionen anzubieten. Wenn das eine Unternehmen in das Gebiet des anderen eindringt, kann das zweite Unternehmen seinerseits das Vertriebsnetz ausweiten.

Kollusion wird allerdings umso schwieriger, je mehr Anbieter es gibt. Jeder Anbieter erhält ja den gesamten Markt, wenn er den kollusiven Preis unterbietet. Es genügt, wenn nur ein Anbieter aus dem Kartell ausschert. Diese Frage ist vielfach im Labor untersucht worden. Es zeigt sich, dass Kollusion schon mit einem dritten Anbieter deutlich weniger wahrscheinlich wird. Mit mehr als vier Anbietern ist sie so gut wie ausgeschlossen⁴⁵. Überdies unterstellen die bisherigen Überlegungen, was in der Wirklichkeit nicht unbedingt richtig ist: die Zahl der Anbieter steht fest. Wenn Unternehmen jedoch Monopolgewinne erzielen, ist es sehr attraktiv für zusätzliche Anbieter, in den Markt einzutreten. In solchen offenen Märkten ist Kollusion nach

⁴³ S. nur (Axelrod 1984), vor allem die Theorie und (experimentelle) Empirie zu der „tit for tat“ Strategie.

⁴⁴ (Williamson 1985: chapter 3.2).

⁴⁵ S. die Meta-Analyse von (Engel 2015b: Figure 2) – vorausgesetzt, die Unternehmen können kein explizites Kartell bilden oder gar durchsetzen; die experimentelle Evidenz betrifft also was das Kartellrecht „tacit collusion“ nennt.

schwerer durchzusetzen. Die gegenwärtigen Anbieter müssen potentielle neue Anbieter wirksam vom Marktzutritt abschrecken.

Die Erwartung von wirksamem Wettbewerb wird schwächer, wenn man die Annahmen näher betrachtet, auf denen die Vorhersage fußt. In vielen Märkten kann ein einziger Anbieter das Angebot gar nicht schnell genug ausweiten, um den gesamten Markt zu bedienen. Viele Produkte sind nicht vollständig homogen. Dann ist die Zahlungsbereitschaft für ein alternatives Angebot kleiner als für das ursprüngliche. Selbst wenn Produkte in technischer Hinsicht vergleichbar sind, gelingt es den Unternehmen oft, sich durch Marketing voneinander abzusetzen. Andere Angebote haben kurze Lebenszyklen. Wettbewerbsdruck stammt in solchen Märkten nicht vom aktuellen, sondern vom potentiellen Wettbewerb. Der gegenwärtige monopolistische Anbieter wird allenfalls durch die Sorge diszipliniert, dass er in der Zukunft durch ein neuartiges Produkt vom Markt gedrängt werden könnte.

Aus all diesen Gründen kann man auch formulieren: Wettbewerb trägt den Keim der Selbstzerstörung in sich. Das ist der tragende Gedanke des Ordoliberalismus. Er setzt auf die Gemeinwohlförderung durch Wettbewerb. Aber er hält Wettbewerb für prekär. Ein starker Staat wird gebraucht, der den Wettbewerb schützt.⁴⁶ Das ist der normative Grund für das Kartellrecht.⁴⁷

Zu diesem Gedanken gibt es Andeutungen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Art. 12 I GG schützt marktbeherrschende Unternehmen nicht vor Verfügungen der Kartellbehörden, mit denen Unternehmen zum Vertragschluss mit kleinen Lieferanten verpflichtet werden. Das ist gerechtfertigt, um „den freien Wettbewerb vor missbräuchlicher Ausübung wirtschaftlicher Machtstellungen zu schützen“⁴⁸. Art. 12 I GG lässt zu, dass die Kopplung von Grundstückskaufverträgen mit Architekten- oder Ingenieurleistungen verboten wird. „Der Wettbewerb unter den verschiedenen Ingenieuren und Architekten soll nicht dadurch ‘manipuliert’ werden, dass ein Wettbewerber ‚sich einer berufsfremden Tätigkeit, die der des Maklers ähnlich ist’, widmet“⁴⁹. Diese Entscheidung ist nicht unproblematisch. Zu einer Verzerrung des Wettbewerbs führt die Kopplung nur dann, wenn ein Anbieter auf einem Markt eine beherrschende Stellung hat (und deshalb auf diesem Markt nicht wirksam durch Wettbewerb kontrolliert ist). Das ist in der Entscheidung jedenfalls nicht dargelegt.

d) *Wettbewerb als Entdeckungsverfahren*

All das sind Überlegungen für ein einziges Produkt. Jeder Haushalt und jedes Unternehmen fragen aber einen ganzen Warenkorb nach. Welche Waren in dem persönlichen Korb liegen, hängt nicht nur von den Wünschen der Person ab. Die einzelnen Produkte müssen auch zueinander passen⁵⁰. Und die Person muss abwägen: worauf müsste sie verzichten, wenn sie ein weiteres Produkt erwirbt? Der Anbieter muss entscheiden, welche Vorprodukte er erwirbt und in welche Produktionstechniken er investiert. Versuche, Nachfrage und Angebot durch zentrale

⁴⁶ Sie die programmatischen Texte (Böhm 1933, Eucken 1940, Böhm 1950).

⁴⁷ (Mestmäcker 1975, Mestmäcker and Schweitzer 2014).

⁴⁸ BVerfG 9.10.2000, rk20001009_1bvr162795, R 30 – Pharmagroßhandel.

⁴⁹ BVerfG 16.6.2011, rk20110616_1bvr239410, R 11 – Grundstückskaufvertrag.

⁵⁰ Die Komplementarität von Produkten ist also bedeutsam.

Planung passend zu machen, sind weitgehend gescheitert⁵¹. Die denkbaren Wünsche, die Präferenzen und die Restriktionen beider Marktseiten sind zu vielgestaltig. Wettbewerb dient dem Gemeinwohl, indem er zentrale Planung durch dezentrale Entscheidungen ersetzt. Das hat zwei Vorteile. Zunächst muss viel weniger Wissen aggregiert werden. Wenn Apple überlegt, ob es das iPad auf den Markt bringt, muss es nicht wissen, wie viele Computer in wie vielen Haushalten stehen. Es genügt die Erwartung, dass es hinreichend viele Haushalte geben wird, die ein ganz leichtes Gerät mit einem großen Bildschirm überall hintragen wollen. Das Unternehmen kann selbst entscheiden, ob es gleich eine große Zahl von Geräten herstellt und mit einer massiven Marketingkampagne in den Markt bringt, oder ob es den Markt lieber erst mit einer kleinen Serie testen will. Das leitet zum zweiten Vorzug von Wettbewerb über. Wer ein neues Produkt anbietet, kann niemals sicher sein, dass der Markt es auch annimmt. Goggle Glasses sind ein Beispiel für ein Produkt, das sich trotz hohem Marketingaufwand nicht durchsetzen konnte. Wenn er sich geirrt hat, macht er Verlust. Er muss vielleicht sogar aus dem Markt ausscheiden. Das ist aber sein eigenes Risiko, nicht das Risiko der gesamten Volkswirtschaft.

Wettbewerb spürt also die Wünsche auf, die unter den gegenwärtigen Bedingungen erfüllbar sind. Darauf beschränkt sich seine information generierende Wirkung aber nicht. Wettbewerb ist noch in einem weitergehenden Sinne ein „Entdeckungsverfahren“⁵². Er lenkt Neugier in die Richtung, in der sie den größten Nutzen für die Volkswirtschaft stiftet. Der Impuls folgt aus dem Streben, den Wettbewerbsdruck zu mindern und positive Gewinne zu machen. Wenn es einem Unternehmen gelingt, einen Rohstoff synthetisch herzustellen, wird viel Arbeitskraft eingespart. Vielleicht werden auch die Transportwege kürzer. Solch eine Prozessinnovation macht es möglich, das Produkt billiger anzubieten. Der Anreiz ergibt sich aus der Möglichkeit, den Preis zumindest anfänglich nur ein wenig unter dem bisherigen Preis festzusetzen. Dann erhält der Anbieter die gesamte bisherige Nachfrage und macht bei jedem abgesetzten Stück einen Gewinn. Auch Produktinnovationen verschaffen einen Wettbewerbsvorsprung. Wenn man mit seinem Telefon auch seinen Kalender führen, Video-Spiele spielen und im Internet surfen kann, eröffnen sich ganz neue Möglichkeiten. Das war einer der Gründe, warum das iPhone den Markt der Smart-Phones so lange angeführt hat. iPhones gibt es noch immer. Aber das iPhone muss sich den Markt längst mit vielen anderen Anbietern teilen. Das ist typisch für Produktinnovationen. Sie verschaffen dem Unternehmen einen Vorsprung. Aber dieser Vorsprung schmilzt über die Zeit ab.

e) *Wettbewerbsverzerrung durch Regulierung*

Das Bundesverfassungsgericht hat sich mehrfach mit einer Folgefrage beschäftigt: wie bewertet die Verfassung staatliche Eingriffe in anderer Absicht, die einzelnen Unternehmen einen Wettbewerbsvorteil verschaffen? Das Gericht hat gebilligt, dass der Gesetzgeber diesen Effekt durch aktive Gestaltung vermeidet. „Würde das Ladenschlussrecht nur für Verkaufsstellen gelten, in denen Arbeitnehmer beschäftigt werden, hätten Inhaber- oder Familienbetriebe insoweit einen Wettbewerbsvorteil, als sie für den geschäftlichen Verkehr mit den Kunden auch während der Zeit geöffnet sein dürften, in denen Verkaufsstellen, die Arbeitnehmer einsetzen,

⁵¹ Zu den französischen Erfahrungen (Veelken 1991).

⁵² (von Hayek 1969).

geschlossen sein müssten“⁵³. Es hat aus Art. 12 I GG sogar einen Anspruch auf solchen Schutz abgeleitet, wenn der Staat „exklusives wettbewerbserhebliches Wissen den Konkurrenten zugänglich“ macht⁵⁴, oder wenn er die Risikoeinstufung einer Bank durch die Bankenaufsicht offenbart⁵⁵.

Solche Entscheidungen mögen im Ergebnis gerechtfertigt sein. Doch der bloße Hinweis auf einen wettbewerbsverzerrenden Effekt kann die Entscheidung nicht tragen. Es kommt darauf an, wie sehr der Zweck der Intervention gefährdet wird, wenn der Staat den wettbewerbsverzerrenden Reflex vermeidet. Das leuchtet bei der Bankenaufsicht eher ein als beim Ladenschluss. Wenn Familienunternehmen länger öffnen dürfen, schadet das den Arbeitnehmern größerer Konkurrenten allenfalls indirekt. Die Konkurrenten machen weniger Umsatz. Deshalb stellen sie weniger Arbeitnehmer ein. Vor allem geht es aber um den Schutz der Gewinnerwartungen der Arbeitgeber. Es ist jedenfalls nicht offensichtlich, warum das ein verfassungsrechtlich legitimes Ziel ist.

f) *Herstellung von Wettbewerb durch staatliche Intervention*

Die Marktwirtschaft war in Deutschland immer unvollkommen. Bis in die achtziger Jahre waren Post, Telekommunikation und Bahn staatliche Monopole. Die Energieversorgungsunternehmen waren zwar zum Teil privatwirtschaftlich organisiert, hatten aber Gebietsmonopole. Tragend war der Gedanke: eine Dopplung der Versorgungsnetze könnte verschwenderisch sein. Das ist ein Argument vom Marktversagen. Versorgungsnetze könnten natürliche Monopole sein⁵⁶. Dann müsste ein Unternehmen kategorisch billiger anbieten können als zwei oder mehr Unternehmen. Über dieses Argument ist theoretisch wie empirisch intensiv gestritten worden⁵⁷. Für die verschiedenen Sektoren hat der Gesetzgeber unterschiedliche Lösungen gefunden. In der Telekommunikation gibt es mittlerweile Leitungswettbewerb, zum Beispiel zwischen den hergebrachten Telefonleitungen und den Fernseekabeln. Die Deutsche Bahn betreibt zwar nach wie vor den Großteil der Schienenwege, muss Konkurrenten aber Zugang gewähren. Konkurrierende Zusteller sind zwar für Pakete, aber nur in engen Grenzen auch für Briefe zugelassen worden.

Wenn der Gesetzgeber in einem ehemals monopolisierten Markt Wettbewerb schaffen will, genügt es nicht, den rechtlichen Schutz des Monopols aufzuheben. Das ehemals geschützte Unternehmen muss fürchten, dass seine Marktstellung erodiert. Dann kann es keine überhöhten Preise mehr verlangen. Deshalb hat es einen Anreiz, den Marktzutritt von Konkurrenten zu verhindern. Das Potenzial zur Verdrängung ist noch größer, wenn das Monopolunternehmen vertikal integriert war. Dann ist ein Wettbewerber auf einem vor- oder nachgelagerten Markt auf komplementäre Leistungen des ehemaligen Monopolisten angewiesen. Der beherrschende Anbieter hat einen Anreiz zur Schlechterfüllung und zu überhöhten Preisen. Prinzipiell könnten die Kartellbehörden gegen solch einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorgehen. Das brächte das Kartellrecht jedoch an die Grenzen seiner

⁵³ BVerfG 9.6.2004, rs20040609_1bvr063602, R 120 – Ladenschluss.

⁵⁴ BVerfG 7.11.2017, es20171107_2bve000211, R 235 – Auskunft Deutsche Bahn und Finanzmarktaufsicht.

⁵⁵ BVerfG 7.11.2017, es20171107_2bve000211, R 367 – Auskunft Deutsche Bahn und Finanzmarktaufsicht.

⁵⁶ (Panzar and Willig 1977).

⁵⁷ (Monopolkommission 2000: Tz. 12-34).

Leistungsfähigkeit. Der Gesetzgeber hat die Aufsicht deshalb der Bundesnetzagentur übertragen. Ihre Befugnisse gehen deutlich weiter als die Befugnisse der Kartellbehörden. Sie sind in Grenzen auch zur Marktgestaltung berechtigt. Außerdem hat der Gesetzgeber auf ursprünglich schlechte Erfahrungen reagiert und den Rechtsschutz der ehemaligen Monopolisten stark eingeschränkt. Im Ergebnis ist richtig, dass das Bundesverfassungsgericht dieses Regulierungsermessens gebilligt hat. Der tragende normative Grund wird aus der Entscheidung aber nicht deutlich⁵⁸.

Wenn der Gesetzgeber das Marktverhalten eines ehemaligen Monopolisten beschränkt, um Wettbewerb zu schaffen, ist das relativ einfach zu rechtfertigen. Man kann schon zweifeln, ob ehemalige staatliche Unternehmen oder Unternehmen mit maßgeblichem unternehmerischen Einfluss des Staates überhaupt Grundrechtsschutz genießen⁵⁹. Jedenfalls rechtfertigt die historisch überkommene Marktmacht aber staatliche Eingriffe⁶⁰. Dass der Gesetzgeber Dritte (z.B. für die Gewährung von Leitungsrechten) in die Pflicht nimmt, ist schwerer zu begründen. Zumindest hätte das Gericht darlegen müssen, warum Wettbewerb vorzugswürdig ist. Die bloße Entscheidung des Gesetzgebers für einen Systemwechsel ist ein sehr schwaches Argument⁶¹. Auch eine Entscheidung zum Energiesektor ist sehr kursorisch. Art. 12 I GG erlaubt dem Gesetzgeber, im Energiesektor vom System des verhandelten zum System des regulierten Netzzugangs überzugehen. Wenn er das tut, kann er auch Mehrerlöse abschöpfen, die bei Anbietern im Moment des Übergangs anfallen. Das verhindert „Wettbewerbsverzerrungen“⁶². Die Intervention wirkt eher fiskalisch motiviert. Neu eintretende Wettbewerber wären durch Marktverhaltenskontrolle viel besser geschützt.

4. Wettbewerb als Gefahr für die Wohlfahrt

a) Externalitäten

Klassische Argumente des Marktversagens haben in der jüngsten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts keine Rolle gespielt. Sie würden aber Beschränkungen des Wettbewerbs konsistent begründen. Der klassische Grund für ein Versagen des Marktes ist eine Externalität⁶³. Was dem Handelnden nützt, schadet einem Dritten. Genauer: der Handelnde erlegt dem Dritten eine Last auf, gegen die dieser sich nicht wehren kann. Solange man nur an Effizienz interessiert ist, muss man allerdings eine Einschränkung machen. Wenn der Handelnde von der Rechtsordnung nicht gehindert wird, dann können er und der Betroffene das Problem vertraglich lösen⁶⁴. Der Betroffene kann dem anderen das implizite Recht abhandeln, ihn zu schädigen. Diese vertragliche Lösung funktioniert jedoch von vornherein nicht, wenn die Verhandlungskosten prohibitiv hoch sind. So liegt es vor allem dann, wenn die Gruppe der

⁵⁸ BVerfG 8.12.2011, rk20111208_1bvr193208, R 38 – Regulierungsermessens. In der Entscheidung heißt es nur „Die erkennbaren Schwierigkeiten einer gerichtlichen Vollkontrolle dieser Tatbestandsmerkmale“ rechtfertigen den Eingriff. Tiefer gehen (Masing 2003, Hecker 2007, Gärditz 2010, Proelß 2011, Fetzer 2013).

⁵⁹ BVerfG 7.11.2017, es20171107_2bve000211, R 269 ff. – Auskunft Deutsche Bahn und Finanzmarktaufsicht.

⁶⁰ (Züll 2014)

⁶¹ Vgl. BVerfG 25.8.1999, rk19990825_1bvr149997, R 12 – Leitungsrecht Chemnitz; ebenso BVerfG 26.8.2002, rk20020826_1bvr014202, R 34 – Leitungsrecht Landshut.

⁶² BVerfG 21.12.2009, rk20091221_1bvr273808, R 38 – Mehrerlösabschöpfung.

⁶³ Eine leicht zugängliche Einführung ist Endres (2000). Tiefer geht Cornes and Sandler (1996). Zu den Implikationen für das Recht Engel (2002).

⁶⁴ Das ist der tragende Gedanke des grundlegenden Texts von (Coase 1960).

Betroffenen groß ist und wenn niemand individuell schwer betroffen ist. Dann lohnt für jeden einzelnen der Aufwand nicht, die Gruppe der Betroffenen zu organisieren⁶⁵. Ein klassischer Anwendungsfall sind Schäden an der Umwelt.

Eine weitere Gefahr des Wettbewerbs ist durch die Finanzkrise ins allgemeine Bewusstsein getreten. Was ein Unternehmen zur Mehrung des eigenen Gewinns tut, kann andere Unternehmen mit sich ziehen. Weil sie mit dem ersten Unternehmen direkt vertraglich verbunden waren und nun nicht mehr liefern oder zahlen können. Aber auch, weil das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht gestört wird⁶⁶. Das Bundesverfassungsgericht hat sich mit dem Thema zwar mehrfach beschäftigt, war aber auf die Folgen für die deutsche Souveränität fixiert⁶⁷, nicht den Konflikt zwischen Gemeinwohl und Wettbewerb.

b) *Versorgungssicherheit*

Man kann erwarten, dass unter Wettbewerb viele Wünsche erfüllt werden, und mehr, als bei jeder anderen Organisation des Verhältnisses von Anbietern und Nachfragern. Aber manche Wünsche werden unerfüllt bleiben. Wenn der Briefbote erst ein Boot besteigen muss, um drei Haushalte auf einer Hallig zu beliefern, wird er das nicht zu dem Preis tun, zu dem Briefe in einer dicht besiedelten Großstadt ausgetragen werden. Vielleicht findet sich auch gar niemand, der Tag für Tag die anstrengende und manchmal riskante Überfahrt auf sich nehmen will. Wettbewerb garantiert also nicht Versorgungssicherheit. Das Bundesverfassungsgericht hat dieses Argument für den Rettungsdienst akzeptiert⁶⁸.

Dass jedermann die Chance haben soll, im Notfall gerettet zu werden, wird nicht zu Streit führen. An sich ist dafür aber kein staatliches Monopol erforderlich. Der Staat könnte stattdessen einem oder mehreren konkurrierenden Anbietern auferlegen, auch weniger attraktive Aufträge zu übernehmen. In der Telekommunikation ist diese Lösung ausgearbeitet. Nach § 78 TKG kann die Bundesnetzagentur Anbietern auferlegen, Basisdienste für jeden Nachfrager zu erbringen, der das verlangt⁶⁹. Das Bundesverfassungsgericht hat die parallele Lösung für die private Krankenversicherung ausdrücklich gebilligt.⁷⁰ Solch eine staatliche Auflage will erreichen, dass der Anbieter die Versorgung weniger lukrativer Abnehmer aus den Einnahmen von besonders attraktiven Abnehmern quersubventioniert.

Für die Aufrichtung eines staatlichen Monopols braucht man ein zusätzliches Argument. Es könnte sich aus der Schwierigkeit ergeben, die Verletzung einer Versorgungspflicht nachzuweisen. Vor allem die Qualität von Dienstleistungen ist schwer zu überprüfen⁷¹. Am Beispiel eines Rettungseinsatzes: es ist nicht einfach nachzuweisen, dass das Unternehmen

⁶⁵ (Olson 1965: chapter 1 and 2).

⁶⁶ Den juristischen Folgen gehen nach (Thiele 2014, Kaufhold 2016).

⁶⁷ BVerfG 21.6.2016, rs20160621_2bvr272813en – Outright Monetary Transactions; BVerfG 18.7.2017, rs20170718_2bvr085915 – Anleihenkauf EZB; BVerfG 10.10.2017, rs20171010_2bvr085915 – Anleihenkauf EZB; BVerfG 25.4.2019, rk20190425_2bvr172816 – Ankauf von Unternehmensanleihen; BVerfG 30.7.2019, rs20190730_2bvr168514 – Bankenunion; BVerfG 5.5.2020, rs20200505_2bvr085915 – Anleihenkauf EZB; BVerfG 6.5.2020, rk20200506_2bvr033118 – Umschuldung griechischer Staatsanleihen; BVerfG 26.5.2020, rk20200526_2bvr004316 – Expanded Asset Purchase Program; BVerfG 15.6.2020, rk20200615_2bvr007120 – Ankauf von Vermögenswerten des Unternehmenssektors; s. zu diesem Aspekt (Egidy 2019).

⁶⁸ BVerfG 8.6.2010, rs20100608_1bvr201107, R 94 – Rettungsdienst Sachsen.

⁶⁹ Näher (Cornils 2006).

⁷⁰ BVerfG 10.6.2009, rs20090610_1bvr082508, R 35 – Kontrahierungszwang Basistarif.

⁷¹ Näher (Laffont and Tirole 1993).

einen weniger kostspieligen Auftrag erst etwas später erhalten hat. Die Sorge um Regulierungsversagen sollte aber konkret dargelegt werden.

Dieses Argument würde nicht greifen für die Abfallbeseitigung. Das Bundesverfassungsgericht hat ein Monopol der Gemeinden für das Einsammeln von Altpapier mit der „Sicherstellung der jederzeitigen Abfallbeseitigung“ vor Art. 12 I GG gerechtfertigt⁷². Hier wäre Schlechterfüllung einer Betriebspflicht leicht nachzuweisen. Ein anderes Argument hätte mehr Gewicht: wenn die Gemeinde die Entsorgung einem privaten Anbieter überlässt, wird sie ihre eigenen Kapazitäten abbauen. Wenn der private Anbieter die Aufgabe schlecht erfüllt, kann die Gemeinde nicht kurzfristig mit eigenem Personal einspringen. Dadurch könnte die Gemeinde erpressbar werden. Die Erfüllung einer Betriebspflicht lässt sich jedoch auch auf andere Weise sichern, z.B. durch die Vereinbarung von Konventionalstrafen.

Risiken können die Leistungsfähigkeit eines einzelnen Individuums übersteigen. Solange hinreichend unwahrscheinlich ist, dass sich das Risiko realisiert, kann sich das Individuum mit anderen zusammentun, die dem gleichen Risiko ausgesetzt sind. Alle verpflichten sich, einzuspringen, wenn sich das Risiko bei einem Individuum verwirklicht. Stattdessen können auch alle kontinuierlich einen Betrag in eine gemeinsame Kasse einzahlen, die im Fall der Fälle einspringt. Auch wenn ein Individuum durch das erwartbare Risiko nicht überfordert wäre, kann es doch ein Interesse an der Glättung seines (erwarteten) Einkommens und Vermögens haben. Auch dann nützt eine Versicherung. Im Wege der Arbeitsteilung kann auch ein dritter Anbieter die Aufgabe übernehmen. Nichts davon verlangt ein Einschreiten des Rechts. Versicherungen werden auch am Markt angeboten⁷³.

Manche Risiken will die Rechtsordnung jedoch nicht akzeptieren. Niemand soll verhungern oder obdachlos werden. In jüngerer Zeit ist die Sorge hinzugetreten, dass Menschen die Kosten für ihre Pflege im Alter nicht aufbringen können. Das Bundesverfassungsgericht hat den Kontrahierungszwang für Versicherte und Versicherer mit dem Argument vor Art. 2 I GG gerechtfertigt: „Soweit der durch die Pflegebedürftigkeit hervorgerufene Hilfsbedarf finanzielle Aufwendungen notwendig macht, ist es ein legitimes Konzept des zur sozialpolitischen Gestaltung berufenen Gesetzgebers, die dafür notwendigen Mittel auf der Grundlage einer Pflichtversicherung sicherzustellen“⁷⁴. Das kann nicht richtig sein. Mit dem gleichen Argument könnte man auch einen Kontrahierungszwang für den öffentlichen Nahverkehr, Sinfonieorchester oder Volkshochschulen rechtfertigen.

Konsistent ist ein anderes Argument. Wenn jemand in Not gerät, lässt ihn der Staat nicht allein. Diese an sich gewiss wünschenswerte Entscheidung der Rechtsordnung verzerrt die Anreize. Wer ohnehin wenig Geld hat, mag lieber auf Einschränkungen verzichten, die für die Kosten der Absicherung erforderlich wären. Aber es ist Vorsicht geboten. Die gleiche Logik kann verwendet werden, um einen Überwachungsstaat zu begründen. Denn mit der Gewissheit auf die sozialstaatliche Wohltat spielt auch, wer höhere Risiken eingeht als andere. Wenn man den Gedanken zu Ende denkt, kann man mit einer einzigen sozialstaatlichen Sicherung die weitge-

⁷² BVerfG 28.8.2014, rk20140828_2bvr263909, R 49 – Altpapier.

⁷³ Zur Versicherungstheorie s. (Mossin 1968, Schlesinger 2000).

⁷⁴ BVerfG 3.4.2001, rs20010403_1bvr201495, R 85 – Pflegeversicherung.

hende Gängelung individueller Freiheit begründen. So könnte der Staat den Bürgern etwa genügend Sport und genügend Schlaf verordnen, weil dann weniger wahrscheinlich wird, dass sie Sozialhilfe beziehen.

c) *Erfahrungs- und Vertrauensgüter*

Wenn jemand für seinen Garten einen Spaten kaufen will, kann er die Angebote in seinem Gartencenter vergleichen. Er kann den Spaten in die Hand nehmen und zum Beispiel prüfen, ob das Blatt fest mit dem Stamm verbunden ist. Bevor er bezahlt, hat er sich also persönlich einen guten Eindruck von der Qualität der konkurrierenden Angebote verschafft. Bei vielen Gütern und erst recht Dienstleistungen ist es viel schwerer, die Qualität vorab zu prüfen. Manche Güter muss man erst erwerben, um beim Gebrauch herauszufinden, ob der Hersteller das Qualitätsversprechen eingehalten hat⁷⁵. Bei anderen Gütern und Dienstleistungen ist nicht einmal das möglich. Dem Nachfrager fehlt auf Dauer die Kompetenz, um die Qualität zu beurteilen. Wenn das Problem ungelöst bleibt, versagt der Markt. Wenn jeder Nachfrager befürchtet, schlechte Qualität zu erhalten, wird schließlich nur noch schlechte Qualität nachgefragt. Die guten Anbieter müssen aus dem Markt ausscheiden, weil niemand bereit ist, für bessere Qualität einen höheren Preis zu bezahlen⁷⁶.

Dieses Argument hat das Bundesverfassungsgericht benutzt, um die richterliche Kontrolle der vertraglich vereinbarten Vergütung eines Strafverteidigers vor Art. 12 I GG zu rechtfertigen: „Der Mandantenschutz zählt als Ausprägung des allgemeinen Verbraucherschutzes zu den schutzwürdigen Gemeinwohlbelangen.“ Es handelt sich „bei dem Vertragsgegenstand um eine immaterielle Leistung [...], deren Gegenwert der Rechtsuchende selten ermessen kann. Hinzu kommt die asymmetrische Informationsverteilung zwischen Mandant und Rechtsanwalt hinsichtlich der Erfolgsaussichten der Rechtssache [...]. Dieses Problem mangelnder Transparenz lässt sich durch einen Preiswettbewerb unter den Rechtsanwälten nicht lösen“⁷⁷. Das Gericht muss die Angemessenheit jedoch im Einzelfall prüfen. Es darf nicht pauschal Honorare kürzen, die das Fünffache der gesetzlichen Vergütung übersteigen.

Beschränkungen für die Vereinbarung von anwaltlichen Erfolgshonoraren hat das Gericht vor Art. 12 I GG gerechtfertigt zum „Schutz der anwaltlichen Unabhängigkeit“⁷⁸, zum „Schutz der Rechtsuchenden vor einer Übervorteilung durch überhöhte Vergütungssätze“⁷⁹ und zum Schutz der „prozessualen Waffengleichheit“⁸⁰. Es ist nicht anzunehmen, dass der „Preiswettbewerb unter den Rechtsanwälten [genügen] wurde. Soweit nicht Unternehmen betroffen sind, stellen Rechtsstreitigkeiten für die Mandanten typischerweise singuläre, außergewöhnliche Ereignisse dar, die zum Teil auch den höchstpersönlichen Bereich berühren. Diese Rahmenbedingungen machen es unwahrscheinlich, dass Mandanten vor der Beauftragung eines bestimmten Rechtsanwalts weitere Angebote einholen und damit die

⁷⁵ (Nelson 1970).

⁷⁶ (Akerlof 1970).

⁷⁷ BVerfG 15.6.2009, rk20090615_1bvr134207, R 20 – Anwaltsvergütung; s. auch BVerfG 12.12.2006, rs20061212_1bvr257604, R 68 – Erfolgshonorar.

⁷⁸ BVerfG 12.12.2006, rs20061212_1bvr257604, R 62 – Erfolgshonorar.

⁷⁹ BVerfG 12.12.2006, rs20061212_1bvr257604, R 67 – Erfolgshonorar.

⁸⁰ BVerfG 12.12.2006, rs20061212_1bvr257604, R 69 – Erfolgshonorar.

Grundlage für Preiswettbewerb schaffen⁸¹. Art. 12 I GG verlangt jedoch eine Ausnahme, wenn ein Rechtssuchender andernfalls keine angemessene anwaltliche Vertretung erlangen könnte⁸².

Das strukturell gleiche Problem stellt sich jedoch zum Beispiel auch bei Gebrauchtwagen⁸³. Trotzdem gibt es keine Kammer für Gebrauchtwagenverkäufer. Der Markt löst das Problem selbst. Wer besorgt ist, dass der Gebrauchtwagen versteckte Mängel aufweist, kann das Zertifikat eines unabhängigen Sachverständigen verlangen. Er kann überhaupt nur Verkäufer in Betracht ziehen, die einem Gütesiegel angeschlossen sind, dem er vertraut. Dann löst Reputation das Problem. So liegt es auch bei Fast food. Jeder einzelne Anbieter einer der großen Ketten setzt die Reputation der gesamten Kette auf das Spiel, wenn er schlechte Qualität liefert. Der einzelne Anbieter ist zwar ein selbständiger Gewerbetreibender. Er unterliegt aber der rigorosen Qualitätsaufsicht durch die Kette. Man braucht also zusätzliche Argumente, um Wettbewerbsbeschränkungen für Notare, Rechtsanwälte und Ärzte zu rechtfertigen. Innerhalb der ökonomischen Logik sind sie nicht offensichtlich.

d) *Moralisches Risiko*

In einer Marktwirtschaft ist alles knapp und alles hat seinen Preis. Wenn das Kind 10 € Taschengeld hat, kann es nicht Fastfood kaufen und ins Kino gehen. Es muss sich entscheiden, wie es sein Budget verwenden will. Das müssen die Anbieter von Fastfood und die Kinos in Rechnung stellen. Wenn sie zu teure Angebote machen, bleiben die Kunden aus. Auf diese Weise disziplinieren sich Nachfrager und Anbieter gegenseitig. Wenn das Kind lieber ein neues Smartphone haben will, muss es eine Weile auf Fastfood und Kinobesuche verzichten. Mancher Bedarf ist aber nur abstrakt vorhersehbar. Man kann sich vorstellen, dass man eines Tages in einen Rechtsstreit verwickelt wird und professionelle anwaltliche Hilfe bekommen möchte. Gute Anwälte sind nicht billig. Man kann deshalb vorsorglich Geld zurücklegen. Es gibt aber Bedarfe, die die Leistungsfähigkeit der meisten Menschen übersteigen. Solange solch ein Bedarf relativ selten auftritt, ist trotzdem eine marktwirtschaftliche Lösung möglich. Man versichert sich.

Wer versichert ist, kann jedoch leichtfertig werden. Zumindest finanziell kann ihm ja nichts mehr passieren. Konzeptionell handelt es sich um eine Externalität. Die Kosten der eigenen Leichtfertigkeit trägt die Gemeinschaft der Versicherten. Die Prämie wird höher als sie sein müsste, wenn jeder so sorgfältig bliebe wie ohne Versicherungsschutz. Dieses Problem des „moralischen Risikos“ ist altbekannt. Versicherungen lösen es traditionell vor allem durch einen Selbstbehalt. Wer einen fühlbaren Anteil des Schadens selbst tragen muss, wird vorsichtiger.

Eine Variante dieses Arguments hat das Bundesverfassungsgericht vielfach beschäftigt. „Nach dem Sachleistungsprinzip müssen die Krankenkassen Aufwendungen tragen, die von je unterschiedlichen Dritten beansprucht, verordnet, hergestellt und angepasst werden. Weder

⁸¹ BVerfG 12.12.2006, rs20061212_1bvr257604, R 68 – Erfolgshonorar.

⁸² BVerfG 12.12.2006, rs20061212_1bvr257604, R 97 – Erfolgshonorar.

⁸³ Für Gebrauchtwagen hatte Akerlof (1970) seine Theorie entwickelt.

für Versicherte noch für Ärzte besteht ein Anreiz für eine kostengünstige Versorgung“⁸⁴. Dem ist zuzustimmen. Aber das Bundesverfassungsgericht lässt dem Gesetzgeber weitgehend freie Hand bei der Wahl der Mittel. Der Gesetzgeber darf mit Festbeträgen für Heilmittel reagieren. Aber das ist keine Systementscheidung für Wettbewerb. „Die Erstreckung des Preiswettbewerbs auf den Arzneimittelmarkt der gesetzlichen Krankenversicherung ist eine vom gesetzgeberischen Willen umschlossene Folgewirkung der Festbeträge, nicht aber ein eigenständiges Ziel des Gesetzes. Der Gesetzgeber hat lediglich verdeutlicht, dass der von ihm erwartete Preiswettbewerb ein Mittel der Umsetzung des Wirtschaftlichkeitsgebots ist“⁸⁵. Der Gesetzgeber darf auch ein Höchstalter für die Zulassung als Vertragsarzt vorsehen. Der Gesetzgeber darf davon ausgehen, dass „eine steigende Zahl von Ärzten [einen] Einfluss auf die Ausgabenhöhe der gesetzlichen Krankenversicherung haben werde“⁸⁶. Art. 12 I GG erlaubt dem Gesetzgeber zur „Sicherung der finanziellen Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung“⁸⁷ grundsätzlich auch den Eingriff in die Preisbildung für Arzneimittel. Er darf ein Preis moratorium aber nicht auf Mittel wie orale Kontrazeptiva erstrecken, die normalerweise ohnehin nicht von den gesetzlichen Krankenkassen erstattet werden⁸⁸. Was fehlt ist eigentlich das verfassungsrechtliche Einmaleins. Welche Möglichkeiten zur Eindämmung von moralischem Risiko gibt es? Wie sehr belasten sie die Anbieter von Gesundheitsleistungen, die Patienten und die Versicherungen? Könnte ein gleich wirksamer Schutz mit einer weniger weitreichenden Intervention erreicht werden? Steht das Maß der Intervention im richtigen Verhältnis zu dem normativen Problem?

Andere Entscheidungen zum Wettbewerb um Gesundheitsdienstleistungen lassen sich nicht einmal auf die Gefahr von moralischem Risiko zurückführen. Es ist mit Art. 12 I GG vereinbar, dass private Kliniken, die sich in enger räumlicher Nähe zu Plankrankenhäusern befinden, den krankenhausrechtlichen Entgeltbestimmungen unterworfen werden. Es besteht die „Gefahr eines Wettbewerbs um die Standorte der Kliniken aufgrund unterschiedlicher Vergütungsregelungen, der auf Kosten der gleichmäßigen Versorgung der Versicherten gehen könnte und keine Entlastung der bundesweit tätigen privaten Krankenversicherungen mit sich brächte“⁸⁹.

Art. 12 I GG gibt einem Vertragsarzt einen durchsetzbaren Anspruch gegen die Zulassung von Krankenhausärzten zur vertragsärztlichen Versorgung: „Eine Wettbewerbsveränderung durch Einzelakt, die erhebliche Konkurrenz Nachteile zur Folge hat, kann aber das Grundrecht der Berufsfreiheit beeinträchtigen, wenn sie im Zusammenhang mit staatlicher Planung und der Verteilung staatlicher Mittel steht“⁹⁰. Mit Art. 12 I GG ist auch vereinbar, dass einem Arzt verwehrt wird, sein Dialysezentrum an einen anderen Ort zu verlegen. Das dient dem „Gemeinschaftsinteresse einer ausreichenden, zweckmäßigen und wirtschaftlichen Versorgung [...], sichert] eine wohnortnahe Versorgung aller Versicherten und verhinder[t] eine Entstehung von

⁸⁴ BVerfG 17.12.2002, ls20021217_1bvl002895, R 4 – Festbeträge; s. auch BVerfG 20.3.2001, rs20010320_1bvr049196, R 38 – Altersobergrenze für Vertragsärzte.

⁸⁵ BVerfG 17.12.2002, ls20021217_1bvl002895, R 123 – Festbeträge.

⁸⁶ BVerfG 20.3.2001, rs20010320_1bvr049196, R 45 – Altersobergrenze für Vertragsärzte.

⁸⁷ BVerfG 1.9.1999, rk19990901_1bvr026495, R 10 – Preis moratorium.

⁸⁸ BVerfG 1.9.1999, rk19990901_1bvr026495, R 13 – Preis moratorium. S. aber BVerfG 8.12.2010, rk20101208_1bvr116309, R 23 – Zahnreinigung; BVerfG 11.2.2003, rs20030211_1bvr197200, R 48 – Impfstoffversand.

⁸⁹ BVerfG 20.8.2013, rk20130820_1bvr240212, R 21 – verbundene Privatkrankenhäuser.

⁹⁰ BVerfG 17.8.2004, rk20040817_1bvr037800, R 19 – Zweitzulassung.

Ballungsgebieten“⁹¹. Dagegen hat ein Krankenhaus keinen aus Art. 12 I GG abgeleiteten Anspruch gegen die Aufnahme eines weiteren Krankenhauses in den Krankenhausplan des Landes⁹².

Art. 3 I GG verhindert nicht, dass der Gesetzgeber einen Risikostrukturausgleich zwischen Krankenkassen schafft. Der Gesetzgeber kann ein „eigenständiges, sich von der gewerblichen Wirtschaft unterscheidendes Wettbewerbsmodell für die gesetzliche Krankenversicherung“ schaffen, „eine Wettbewerbsordnung auf der Basis des Solidarprinzips“. Er kann dadurch „solidaritätswidrigen Risikoselektionswettbewerb, also Wettbewerb um die guten Risiken“ verhindern⁹³. Es ist aus diesem Grund mit Art. 3 I GG auch vereinbar, wenn die Portabilität von Altersrückstellungen ausgeschlossen wird⁹⁴. Andererseits kann der Gesetzgeber die Portabilität anordnen, wenn er dadurch den Wettbewerb zwischen privaten Krankenkassen beleben will⁹⁵.

e) *Prohibitive Kosten für den Wechsel des Vertragspartners*

Aus ökonomischer Sicht sind Gewerkschaften Angebotskartelle. Ihre Bildung und Tätigkeit wird von Art. 9 III GG geschützt. Diese Entscheidung der Verfassung entbindet die Rechtsordnung aber nicht von der Notwendigkeit der Grenzziehung. Deshalb braucht die Rechtsordnung Vorstellungen von der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs auf den Arbeitsmärkten. Je mehr auf Wettbewerb Verlass wäre, desto enger sollte Art. 9 III GG ausgelegt werden. Diese Überlegung fehlt in den einschlägigen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.

Es ist mit Art. 9 III und Art. 12 I GG vereinbar, wenn der Gesetzgeber vorschreibt, dass öffentliche Aufträge nur an Unternehmen vergeben werden, die die geltenden Tarifverträge anwenden. „Die Erstreckung der Tariflöhne auf Außenseiter soll einem Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten entgegenwirken. [...] der Gesetzgeber [darf] die Ordnungsfunktion der Tarifverträge unterstützen“⁹⁶. Wenn hinreichende Sicherungen für die Interessen der Minderheit geschaffen werden, ist auch mit Art 9 III GG vereinbar, dass in einem Unternehmen nur der Tarifvertrag der Gewerkschaft Anwendung findet, die die Mehrheit der Beschäftigten vertritt. Der Gesetzgeber darf die „Funktionsfähigkeit des Systems der Tarifautonomie herstellen und sichern“, „um strukturelle Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass Tarifverhandlungen einen fairen Ausgleich ermöglichen und damit - im Sinne der Tarifverträgen zukommenden Richtigkeitsvermutung - angemessene Wirtschafts- und Arbeitsbedingungen hervorbringen können“⁹⁷. Der Gesetzgeber darf eingreifen, um zu „verhindern, dass sich durch die isolierte Ausnutzung einer Schlüsselposition die strukturellen Bedingungen von Tarifverhandlungen in einer Weise entwickeln, dass eine faire Aushandlung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen nicht mehr gewährleistet ist“⁹⁸.

⁹¹ BVerfG 15.8.2018, rk20180815_1bvr178017, R 23 – Dialysezentrum.

⁹² BVerfG 23.4.2009, rk20090423_1bvr340508, R 9 – Krankenhausbedarfsplan.

⁹³ BVerfG 18.7.2005, fs20050718_2bvf000201, R 172 – Risikostrukturausgleich.

⁹⁴ BVerfG 26.6.2013, rk20130626_1bvr114813, R 12 – Portabilität von Altersrückstellungen.

⁹⁵ BVerfG 10.6.2009, rs20090610_1bvr070608, R 203 – GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz.

⁹⁶ BVerfG 11.7.2006, ls20060711_1bvl000400, R 87/90 – Tariftreue.

⁹⁷ BVerfG 11.7.2017, rs20170711_1bvr157115, R 144 f. – Tarifeinheit.

⁹⁸ BVerfG 11.7.2017, rs20170711_1bvr157115, R 156 – Tarifeinheit.

Gründe für ein (zumindest partielles) Versagen dieser Märkte sind weniger offensichtlich, als man denken könnte⁹⁹. Am ehesten überzeugt die Verteilung der Wechselkosten: es ist für den einzelnen Arbeitnehmer typischerweise teurer und riskanter, einen neuen Arbeitgeber zu finden, als für den Arbeitgeber, einen neuen Arbeitnehmer zu finden. Mit diesem Argument verbietet das individuelle Arbeitsrecht die Änderungskündigung. Der Arbeitgeber kann den Arbeitsvertrag nicht kündigen und Neuabschluss zu geringerem Lohn anbieten. Dann muss ein alternativer Mechanismus für die Anpassung von Lohn und Arbeitsbedingungen an veränderte Umstände gefunden werden. Kollektive Verhandlungen können diese Funktion wahrnehmen.

f) *Industriepolitik*

Ein anderes Argument klingt zwar ökonomisch, hat aber keine Grundlage in der ökonomischen Theorie. Wenn die deutschen Weinbauern glauben, dass sie durch gemeinsame Anstrengungen den Absatz ihrer Produkte erhöhen können, mögen sie das (in den Grenzen des Kartellrechts) tun. Es gibt aber keinen Grund, alle Weinbauern zur Mitwirkung zu zwingen¹⁰⁰. In der Sache trifft der Staat damit eine unternehmerische Entscheidung. Das kann er konstitutiv schlechter als vom Wettbewerb kontrollierte Unternehmen¹⁰¹.

5. **Wettbewerb als Gefahr für das Gemeinwohl**

a) *Allokation ohne Rücksicht auf Zahlungsbereitschaft*

Wer utilitaristisch denkt, für den definiert Wohlfahrt das Gemeinwohl. Er strebt nach dem größten Glück der größten Zahl. Das bedeutet auch: knappe Güter erhält, wer bereit ist, am meisten dafür zu bezahlen. Man kann das Gemeinwohl aber auch ganz anders bestimmen. Art. 1 I GG legt nahe, dass Wohlfahrt jedenfalls nicht der einzige Maßstab sein kann. Denn in der Wohlfahrtstheorie hat alles seinen Preis. Die Würde jedes einzelnen ist nach dem Willen der Verfassung dagegen unantastbar. Dieses deontologische Postulat rechtfertigt, Gegenstände dem Handel am Markt zu entziehen¹⁰². Anwendungsfälle sind etwa Spenderorgane oder Studienplätze. Auch solche Güter sind aber knapp. Es muss entschieden werden, wer das Gut erhält. Jüngst ist eine ganze Subdisziplin der Ökonomie entstanden, market design, die sich mit dem institutionellen Rahmen beschäftigt, wenn der Austausch gegen Geld ausgeschlossen ist¹⁰³.

b) *Paternalismus*

Wenn der Staat verhindert, dass ein Gut verkauft wird, setzt er sich über die Präferenzen der Individuen hinweg, die eine hohe Zahlungsbereitschaft für das Gut gehabt hätten. Er schreibt den Menschen aber keine Wünsche vor. Er verhindert nur, dass allein das Einkommen oder das

⁹⁹ Näher (Engel 2000: 64-69).

¹⁰⁰ Anders BVerfG 6.5.2014, rs20140506_2bvr113912, R 145 – Deutscher Weinfonds.

¹⁰¹ Näher (Engel 1998).

¹⁰² (Calabresi and Melamed 1972, Radin 1987).

¹⁰³ Näher (Engel and Schweizer 2019).

Vermögen über die Erfüllung eines Wunschs entscheiden. Das ist anders, wenn der Staat handelt, um der „Spielsucht“ entgegenzutreten¹⁰⁴. Konzeptionell geht es dabei um Paternalismus. Der Staat ignoriert einen Wunsch nicht nur. Er tritt ihm sogar aktiv entgegen. In einem freiheitlichen Staat ist Paternalismus nicht leicht zu rechtfertigen¹⁰⁵. Suchtgefahren mögen noch am ehesten angehen, wenn sich nachweisen lässt, dass sich ein Individuum nur schwer aus seiner Sucht befreien kann.

c) *Realistischere Verhaltensannahmen*

Das normative ökonomische Modell ist nicht nur individualistisch. Es macht auch Annahmen über die Beweggründe der Individuen. Im sog. Standardmodell wird angenommen, dass ein Individuum seinen langfristigen Gewinn maximiert. Es sieht vorher, welche Wirkungen seine heutigen Entscheidungen auf sein künftiges Wohlergehen haben. Es erwartet, dass sich alle anderen Individuen genauso verhalten. Dass diese Annahmen heroisch sind, ist leicht einzusehen. Ein ganzer Zweig der Ökonomie beschäftigt sich mit der Kritik an diesen Annahmen¹⁰⁶. Viele juristische Institutionen lassen sich als (implizite) Antwort auf weniger heroische Verhaltensannahmen begreifen. Absolut geschütztes Eigentum verhindert z.B., dass sich Individuen auf die Einsicht Dritter verlassen müssen. Es genügt, wenn Dritte wissen, dass der Staat Eigentumsverletzungen sanktionieren wird. Man braucht die Erwartung nicht, dass sich der Zugriff auf fremdes Eigentum nicht lohnen wird, weil der ursprüngliche Besitzer sich wirksam wehren kann¹⁰⁷. Ein zentraler Gegenstand dieser Literatur war das Verhalten von Anbietern im Wettbewerb¹⁰⁸. Einstweilen sind die normativen Folgen dieser empirischen Ergebnisse aber noch sehr wenig ausgearbeitet¹⁰⁹.

d) *Institutionenschutz*

Auch die vielen Beschränkungen für Rechtsanwälte und Notare sind am ehesten mit einem Argument außerhalb des ökonomischen Modells zu rechtfertigen. Art. 12 I GG erlaubt die Kontingentierung der Anwälte, die beim BGH in Zivilsachen votieren. Das „Ziel der Vermeidung von Rechtsmitteln ohne hinreichende Erfolgsaussichten [...] wäre gefährdet, wenn so viele Rechtsanwälte zugelassen würden, dass hierdurch ein ruinöser Wettbewerb unter den Revisionsanwälten einsetzen würde“¹¹⁰. Dagegen ist das Verbot nicht mit Art. 12 I GG vereinbar, dass Rechtsanwälte vor mehr als einem Oberlandesgericht auftreten. „[D]ie qualitative Verbesserung der forensischen Rechtsberatung und die durch das Vier-Augen-Prinzip er-

¹⁰⁴ BVerfG 28.3.2006, rs20060328_1bvr105401, R 98 – Sportwetten.

¹⁰⁵ Zur normativen juristischen Diskussion über Paternalismus s. (Rachlinski 2003, Sunstein and Thaler 2003, Mitchell 2004, Englerth 2007, van Aaken 2007).

¹⁰⁶ Einen guten Überblick gibt (Dhami 2016). Zur Bedeutung für das Recht s. (Zamir and Teichman 2014, Zamir and Teichman 2018).

¹⁰⁷ S. das Experiment von Bar-Gill and Engel (2020).

¹⁰⁸ S. die Meta-Studie von Engel (2015b).

¹⁰⁹ Ausnahmen sind etwa (Bernheim and Rangel 2005, Bierbrauer 2020).

¹¹⁰ BVerfG 27.2.2008, rk20080227_1bvr129507, R 36 – Rechtsanwälte beim BGH.

mögliche unabhängige Erfolgseinschätzung für die Berufung“ genügen nicht als Rechtfertigung¹¹¹. Auch das Verbot anwaltlicher Erfolgshonorare kann nicht mit der Sorge um eine „Zunahme substanzloser Prozesse“ begründet werden¹¹².

Ein Notar muss für Auswärtsbeurkundungen erhöhte Gebühren berechnen. Dadurch soll ein „Verdrängungswettbewerb unter den Notaren“ verhindert werden. Die „Versorgung der Bevölkerung mit notariellen Dienstleistungen [...] ist aber auch dann gefährdet, wenn sich ein Notar Wettbewerbsvorteile dadurch verschafft, dass er das Entstehen von Zusatzgebühren systematisch vereitelt und auf diese Weise den Rechtsuchenden seine Amtstätigkeit gegen geringere Kosten anbieten kann“¹¹³. Aus diesen Gründen kann ein Notar sogar aus dem Amt entfernt werden, wenn er systematisch Verträge so gestaltet, dass er seine Leistungen billiger anbieten kann¹¹⁴.

Man müsste zeigen, wie Wettbewerbsdruck die Auswahl der Fälle und die Art verändert, in der Anwälte und Notare diese Fälle bearbeiten. Die erwartbaren (oder beobachteten) Effekte müssten einen normativ missbilligten Einfluss auf die Entwicklung des Rechts haben. Man kann sich fragen, ob die Aufhebung des Lokalisationsprinzips für Rechtsanwälte diese Wirkung gehabt hat. Erst dadurch konnte sich die Anwaltschaft nach angelsächsischem Vorbild organisieren und die Kanzleien stärker auf Gewinnerzielung ausrichten. Hat diese Entwicklung nachteilige Folgen für die Richtung der Rechtsentwicklung gehabt?

III. Stimmenwettbewerb

1. Spuren in der Verfassungsrechtsprechung

Seit die Entscheidungen umfassender (online) dokumentiert sind, war das Bundesverfassungsgericht nur mit Randfragen des politischen Wettbewerbs um parlamentarische Macht befasst. Die 5% Klausel für Wahlen zum Europäischen Parlament hat es kassiert. „Die Einschätzung des Gesetzgebers, dass das Europäische Parlament mit dem Wegfall der Fünf-Prozent-Sperrklausel in seiner Funktionsfähigkeit beeinträchtigt werde, kann sich nicht auf ausreichende tatsächliche Grundlagen stützen und trägt den spezifischen Arbeitsbedingungen des Europäischen Parlaments sowie seiner Aufgabenstellung nicht angemessen Rechnung“¹¹⁵. Auch für die Kommunalwahlen in Schleswig-Holstein hat das Gericht die 5%-Klausel aufgehoben. Die „Funktionsfähigkeit“ der Gemeindevertretungen sei nicht in gleicher Weise wie beim Bundestag gefährdet¹¹⁶. Das Gericht hat dagegen ein Gebot zur Einführung einer Ersatzstimme bei den Bundestagswahlen abgelehnt. Nach der Vorstellung der Antragsteller hätte jeder Wähler die Möglichkeit gehabt, zwei Stimmen abzugeben: eine Hauptstimme, und eine Eventualstimme für den Fall, dass die mit der Hauptstimme gewählte Partei an der 5% Klausel scheitert. Das Bundesverfassungsgericht hat eingewandt: die 5% Klausel dient der

¹¹¹ BVerfG 13.12.2000, rs20001213_1bvr033597, R 28 – Singularzulassung.

¹¹² BVerfG 12.12.2006, rs20061212_1bvr257604, R 71 – Erfolgshonorar.

¹¹³ BVerfG 1.12.2010, rk20101201_1bvr174710, R 17 – Auswärtsbeurkundung II.

¹¹⁴ BVerfG 9.4.2015, rk20150409_1bvr057415, R 18 – Vertragsaufspaltung.

¹¹⁵ BVerfG 9.11.2011, cs20111109_2bvc000410, R 96 – 5% Europawahl.

¹¹⁶ BVerfG 13.2.2008, ks20080213_2bvk000107, R 119 ff. – 5% Schleswig-Holstein.

„Sicherung des Charakters der Wahl als eines Integrationsvorgangs“ und der „Sicherung der Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung“¹¹⁷.

Das Bundesverfassungsgericht hat für möglich gehalten, dass finanzielle Zuwendungen an Fraktionen und politische Stiftungen den Parteienwettbewerb verzerren¹¹⁸. Im Ergebnis hat es einen Organstreit der Ökologisch-Demokratischen Partei jedoch mit der Begründung für unzulässig erklärt, dass der Nachweis nicht hinreichend substantiiert sei¹¹⁹. Auch eine mit gleicher Begründung erhobene Wahlprüfungsbeschwerde hielt das Gericht nicht für hinreichend substantiiert¹²⁰. Dagegen hat das Gericht das Recht auf Chancengleichheit für verletzt gehalten, wenn zwar Zuschüsse an Parteien steuerfrei sind, nicht dagegen Zuschüsse an kommunale Wählervereinigungen¹²¹.

Dem Bundespräsidenten räumt das Bundesverfassungsgericht einen relativ weiten Spielraum bei Äußerungen ein, die eine Partei als nachteilig empfindet¹²². Die Maßstäbe für Regierungsmitglieder sind dagegen strenger. Sie dürfen ihr Amt nicht dazu missbrauchen, den politischen Wettbewerb zu verzerren¹²³. Insbesondere dürfen sie keine Ressourcen der Regierung dafür in Anspruch nehmen¹²⁴. Die bloße Äußerung kann jedoch eine einfache Teilnahme am Meinungswettbewerb darstellen und ist dann zulässig¹²⁵.

2. Stimmenwettbewerb als Mechanismus

Wahlen machen das Unvergleichbare vergleichbar. Politische Meinungen sind multidimensional. Kein Wähler ist verpflichtet, konsistente Meinungen zu haben. Noch viel weniger muss er seine Meinungen an einem einzigen normativen Maßstab messen. Er muss sich also zum Beispiel nicht zwischen Effizienz und Verteilung entscheiden, oder zwischen Antidiskriminierung und seinen religiösen Überzeugungen. Trotzdem muss das Gemeinwesen Entscheidungen treffen. Wahlen machen das möglich. Sie machen künstlich alle politischen Anliegen mit allen anderen Anliegen vergleichbar. Jeder Wähler hat nur eine Stimme. Er muss deshalb all seine politischen Wünsche und Überzeugungen in eine einheitliche normative Währung übersetzen: welcher Partei will er seine Stimme geben? Durch diesen Mechanismus wird der Wettbewerb um normative Anliegen in einen Wettbewerb um die Macht übersetzt¹²⁶.

Dieser Wettbewerb dient dem Gemeinwohl in einem fundamentalen Sinne: das Gemeinwesen wird handlungsfähig. Niemand kann Entscheidungen mit fundamentaler Opposition blockieren. Auch wenn ihm eine getroffene Entscheidung zutiefst zuwider ist, wird er doch auf die nächste Wahl verwiesen. Der Stimmenwettbewerb erzwingt Kompromisse, wo es nach der individuellen Überzeugung eigentlich nichts zu verhandeln gibt. Deshalb darf man auch den Gedanken nicht zu weit treiben: wer gewählt ist, übt Staatsgewalt aus; auch das Wahlvolk ist

¹¹⁷ BVerfG 19.9.2017, cs20170919_2bvc004614, R 62 – Eventualstimme.

¹¹⁸ BVerfG 15.7.2015, es20150715_2bve000412, R 62-65 – ÖDP.

¹¹⁹ BVerfG 15.7.2015, es20150715_2bve000412, R 69 – ÖDP.

¹²⁰ BVerfG 19.9.2017, cs20170919_2bvc004614, R 37 – Eventualstimme.

¹²¹ BVerfG 17.4.2008, ls20080417_2bvl000405 – Parteierschaft.

¹²² BVerfG 10.6.2014, es20140610_2bve000413 – NPD.

¹²³ BVerfG 16.12.2014, es20141216_2bve000214, R 32 – Schwesig.

¹²⁴ BVerfG 16.12.2014, es20141216_2bve000214, R 54 – Schwesig.

¹²⁵ BVerfG 16.12.2014, es20141216_2bve000214, R 70 – Schwesig.

¹²⁶ S. zur Demokratie als Wettbewerbsordnung auch (Köhler 2006, Hatje 2010, Kotzur 2010).

ein Staatsorgan. Deshalb sind sie dem Gemeinwohl verpflichtet¹²⁷. Die Verfassung entzieht bestimmte Entscheidungen durch die Grundrechte der Disposition der Mehrheit. Ein positives normatives (Gemeinwohl-)Programm darf man aber weder den Gewählten noch den Wählern vorgeben. Sonst hebt man den entscheidenden Gemeinwohlbeitrag des Stimmenwettbewerbs wieder auf.

Der Wettbewerbsdruck zwischen Parteien ist sogar tendenziell noch höher als auf den Produktmärkten. Denn an den meisten Produktmärkten können mehrere Anbieter nebeneinander bestehen und um Marktanteile kämpfen. Zwischen Parteien geht es grundsätzlich dagegen um Alles oder Nichts, um Regierung oder Opposition. Im stärker austarierten politischen System der Bundesrepublik ist das bekanntlich nicht ganz richtig. Die Verhältnismäßigkeitswahl erzwingt regelmäßig Koalitionen. Die politische Macht im Bund und den Ländern ist oft nicht gleich verteilt. Dann kann der Bundesrat die Balance verändern. Trotzdem haben Parteien einen starken Anreiz, die Wünsche und Überzeugungen der Wähler zu erfassen und geeignet zu bündeln. In diesem Sinne wirkt auch der Stimmenwettbewerb als „Entdeckungsverfahren“.

Es ist bemerkenswert, dass ein grundsätzlicher Gegensatz zwischen dem Parteienwettbewerb und dem Gemeinwohl nur selten diskutiert wird¹²⁸. Dass der Parteienwettbewerb dem Gemeinwohl dient, wird normalerweise nicht bezweifelt. Die Aufmerksamkeit gilt denkbaren Verzerrungen dieses Wettbewerbs. Aber auch in dieser Hinsicht sollte der Vergleich mit dem wirtschaftlichen Wettbewerb überraschen. Das Parteien- und Wahlrecht wird normalerweise nicht als ein Recht zum Schutz der Funktionsfähigkeit des Parteienwettbewerbs konzeptualisiert, obwohl auch zwischen Parteien Kollusion möglich wäre, oder der Missbrauch marktbeherrschender Stellungen. Die meiste Aufmerksamkeit gilt Verzerrungen durch den Staat selbst¹²⁹, also der Parallele zu Subventionen, und der (missbilligten) Wettbewerbsteilnahme des Staates.

IV. Meinungswettbewerb

1. Spuren in der Verfassungsrechtsprechung

Die großen Zeiten des Kampfs um den Rundfunk sind vorbei. Seit das Bundesverfassungsgericht seine Entscheidungen online verfügbar macht, hat es nur noch Nachhutgefechte gegeben. In seiner Entscheidung zum Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag hat das Gericht seine Position zum Verhältnis von wirtschaftlichem Wettbewerb und Meinungsvielfalt bekräftigt: „bei einer Steuerung des Verhaltens der Rundfunkveranstalter allein über den Markt [ist] das für die Funktionsweise einer Demokratie besonders wichtige Ziel der inhaltlichen Vielfalt gefährdet“. „Der wirtschaftliche Wettbewerbsdruck und das publizistische Bemühen um die immer schwerer zu gewinnende Aufmerksamkeit der Zuschauer führen beispielsweise häufig zu wirklichkeitsverzerrenden Darstellungsweisen, etwa zu der Bevorzugung des Sensationellen

¹²⁷ Hartmann (2009) nimmt das allerdings nur für Abstimmungen an, nicht für Wahlen.

¹²⁸ Eine Ausnahme ist Hartmann (2009).

¹²⁹ (Engel 2006a, Kuch 2017).

und zu dem Bemühen, dem Berichtsgegenstand nur das Besondere, etwa Skandalöses, zu entnehmen“. Das Gericht ist auch besorgt um die „mit der Konzentration im Rundfunk verbundenen Risiken einer einseitigen Einflussnahme auf die öffentliche Meinungsbildung“¹³⁰. Vergleichbare Argumente benutzt das Gericht auch für die Rechtfertigung des Verbots der Fernsehberichterstattung aus dem Gerichtssaal¹³¹ und für die Rechtfertigung der Filmförderabgabe¹³².

2. Der Marktplatz der Ideen

In der amerikanischen Diskussion ist der Gedanke eines „marketplace of ideas“ prominent¹³³. Bei näherem Zusehen trägt die Parallele zum wirtschaftlichen Wettbewerb jedoch nicht. Es gibt keinen sich selbst steuernden Markt der Meinungen. Gewiss konkurrieren verschiedene Meinungen. In diesem Prozess werden erhebliche kreative Leistungen erbracht. Aber man kann schon zweifeln, ob es eine Nachfrage nach Meinungen gibt. Jedenfalls werden Meinungen aber nicht im Tausch gegen ein anderes Gut erworben. Es gibt folglich auch keinen außerhalb der Meinung stehenden neutralen Maßstab, an dem gemessen werden könnte, wie viel dem Abnehmer eine bestimmte Meinung wert ist. Der Meinungsmarkt vermittelt dem Anbieter keine Anreize zur Bildung begehrteter Meinungen. Erfolgreiche Meinungen werden nicht gezwungen, aus dem Markt auszuschneiden. Es gibt keinen intellektuellen Konkurs. Weil ein neutraler Maßstab fehlt, kann man die Effizienz des Meinungsmarkts nicht bewerten.¹³⁴

Der wirtschaftliche Wettbewerb der Medien garantiert auch nicht gleichsam reflexhaft die Vielfalt der Meinungen. Wettbewerb schafft in diesem Markt also nicht als Nebeneffekt das Gemeinwohl. Man muss zur Begründung allerdings auf potentielle, nicht auf beobachtete Gefahren abheben. Die Beobachtung legt eher Meinungslosigkeit nahe als Meinungsverzerrung. Das hat einen einleuchtenden ökonomischen Grund: wer offen für eine bestimmte politische Richtung eintritt, riskiert den Verlust von Kunden mit anderen Überzeugungen. Aber je mehr Marktmacht ein Medienunternehmen hat, oder je wichtiger ihm der politische Einfluss ist, desto eher kann es sich trotzdem dazu entschließen. Dass das keine bloß theoretische Sorge ist, hat Berlusconi in Italien gezeigt. Mit dieser Sorge lässt sich das vom Kartellrecht getrennte Recht der Medienkonzentrationskontrolle begründen.¹³⁵

V. Wettbewerb der Rechtsordnungen

1. Die unsichere Position des Bundesverfassungsgerichts

Das Verfassungsgericht tut sich schwer mit dem Wettbewerb der Rechtsordnungen. Es hat die Kernbrennstoffsteuer für nichtig erklärt, weil dem Bund kein Recht zur „Erfindung“ neuer

¹³⁰ BVerfG 11.9.2007, rs20070911_1bvr227005, R 117-119 – Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag. Auch in BVerfG 25.3.2014, fs20140325_1bvf000111 – ZDF-Rundfunkrat geht es um das Gebot der Staatsferne.

¹³¹ BVerfG 24.1.2001, rs20010124_1bvr262395, R 78 – Berichterstattung aus dem Gerichtssaal.

¹³² BVerfG 28.1.2014, rs20140128_2bvr156112, R 153 – Filmförderabgabe.

¹³³ (Ingber 1984).

¹³⁴ Diese Gedanken habe ich entwickelt in (Engel 1996). In den sozialen Medien gibt es mittlerweile allerdings mit der Zahl der Zugriffe, Likes und Followers eine Art Substitut.

¹³⁵ Ausführlicher (Engel 1996: 46-62).

Steuern zustehe. Diese Entscheidung hat es auch mit folgendem Argument begründet: „Ziel einer ausgewogenen Finanzverfassung ist es, einen unkontrollierten Steuerwettbewerb zwischen den Ländern zu verhindern, den die Einräumung eines Steuererfindungsrechts befördern würde. Gerade finanzschwache Länder könnten dadurch noch weiter ins Hintertreffen geraten“¹³⁶. Es hat den Ländern jedoch gestattet, beim Ladenschluss strenger zu sein als das Bundesgesetz¹³⁷. Das Land Brandenburg hat seinen Gemeinden verboten, ganz auf die Erhebung der Gewerbesteuer zu verzichten, und einen Mindestsatz festgelegt. Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Eingriff in die von Art. 28 II 1 GG geschützte Gemeindeautonomie gebilligt. „Der Gesetzgeber ist befugt einzuschreiten, wenn der grundsätzlich erwünschte interkommunale Steuerwettbewerb schädliche Ausmaße anzunehmen droht oder sich ein Missbrauch der Gestaltungsmöglichkeiten abzeichnet“¹³⁸.

Die Haltung des Gerichts zum zwischenstaatlichen Wettbewerb ist ambivalent. § 32c EStG 1993 sah für gewerbliche Einkünfte einen niedrigeren Steuersatz vor. Die Bundesregierung hat diese Regelung auch mit der Sorge vor einer Abwanderung von Unternehmen begründet.¹³⁹ Das Bundesverfassungsgericht hat diese Begründung zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 3 I GG nicht als solche gelten lassen. Sie kann zur Rechtfertigung nur „ergänzend hinzutreten“¹⁴⁰. Nach der Überzeugung des Bundesverfassungsgerichts gilt für das staatliche Monopol für Sportwetten: „Die Eignung entfällt nicht deshalb, weil das staatliche Wettmonopol nur beschränkt durchsetzbar ist. Es wird immer auch illegale Formen des Glücksspiels geben, die nicht völlig unterbunden werden können. Auch bestehen unter den heutigen technischen Bedingungen die Möglichkeiten, Sportwetten über das Internet weltweit zu platzieren, ohne dass der Staat deren Verfügbarkeit in Deutschland völlig unterbinden könnte. Aus der technischen und ökonomischen Entwicklung folgende Vollzugshindernisse machen jedoch eine prinzipiell geeignete Organisation staatlicher Gemeinwohlverfolgung auf nationaler Ebene nicht ungeeignet“¹⁴¹. Doch das Gericht hat den Betreibern von Kühlhäusern einen Anspruch auf Erleichterungen von der Stromsteuer verwehrt, die das Gesetz dem produzierenden Gewerbe gewährt hat. „Es ist dem Gesetzgeber nicht verwehrt, das Produzierende Gewerbe im Interesse der Sicherung des Wirtschaftsstandorts Deutschland durch Vergünstigungstatbestände vor Wettbewerbsnachteilen zu schützen“¹⁴².

2. Die unsichere Theorie des Systemwettbewerbs

Ist der Systemwettbewerb nun Ausfluss der Gemeindeautonomie, der Eigenständigkeit der Länder im Bund, des Binnenmarkt, der Offenheit der deutschen Volkswirtschaft für den Welthandel? Oder sind das offene Flanken der souveränen Regelungshoheit, die nach Möglichkeit geschlossen werden sollten? Obwohl das Phänomen vertraut ist, ist das normative Denken

¹³⁶ BVerfG 13.4.2017, ls20170413_2bvl000613, R 97 – Kernbrennstoffsteuer.

¹³⁷ BVerfG 14.1.2015, rs20150114_1bvr093112, R 61 – Thüringer Ladenschluss, s. aber die abweichende Meinung des Richters Paulus, der sich gegen einen „Schönheitswettbewerb“ der Länder wendet, R 17.

¹³⁸ BVerfG 27.1.2010, rs20100127_2bvr218504, R 96 – Gewerbesteuer Null.

¹³⁹ BVerfG 21.6.2006, ls20060621_2bvl000299, R 24 f. - § 32c EStG.

¹⁴⁰ BVerfG 21.6.2006, ls20060621_2bvl000299, R 98 - § 32c EStG; s. auch BVerfG 20.4.2004, rk20040420_1bvr061000, R 9 f. – Ökosteuer.

¹⁴¹ BVerfG 28.3.2006, rs20060328_1bvr105401, R 114 – Sportwetten.

¹⁴² BVerfG 20.4.2004, rs20040420_1bvr174899, R 59 – Ökosteuer.

über Systemwettbewerb viel weniger entwickelt als für den Wettbewerb von Unternehmen um Kunden¹⁴³.

Manche Rechtsregeln haben den Zweck, Individuen die Koordination mit anderen Individuen zu erleichtern. Dann ist wenig einzuwenden, wenn verschiedene Regelwerke im Wettbewerb miteinander stehen. Man kann das Regelwerk sogar selbst als ein Produkt interpretieren, das am Markt gegen Entgelt angeboten wird. So liegt es z.B. bei den Regelwerken für die internationale Schifffahrt, den sog. Konnossementen. Das normative Problem beschränkt sich auf Netzexternalitäten¹⁴⁴. Der Wert eines Regelwerks bestimmt sich nicht nur aus der Verlässlichkeit, mit der es typische Konflikte bewältigt. Zum Wert trägt auch seine Verbreitung bei. Das folgt vor allem aus der Vielgestaltigkeit des Lebens. Je verbreiteter ein Regelwerk, desto wahrscheinlich, dass auch eher seltene Konflikte vertretbar gelöst sind. Netzexternalitäten können Marktzutritts Hindernisse schaffen. Im Extremfall gibt es überhaupt nur einen Wettbewerb um den Markt, keinen Wettbewerb im Markt. Das normative Problem besteht dann in Marktmacht. Der dominante Anbieter kann seine Macht missbrauchen, um seine Leistungen weit über Kosten zu verkaufen. Wettbewerbsdruck motiviert ihn nicht mehr zur kontinuierlichen Verbesserung des Regelwerks.

Schwieriger wird es, wenn die Regel ihre Adressaten einschränkt: zum Schutz Dritter; zur Herstellung von sozialem Ausgleich; zur Finanzierung der öffentlichen Haushalte. Dann erfasst man den „Wettbewerb“ besser in den Kategorien von Albert O. Hirschman¹⁴⁵. Eine Demokratie eröffnet den Adressaten einer Regelung „voice“: Sie können die Regel zum Anlass nehmen, bei der nächsten Wahl eine andere Partei zu wählen. Diese Partei kann die belastende Regel ändern. Systemwettbewerb eröffnet einen alternativen Kanal, „exit“. Die Adressaten können sich der Regel entziehen, indem sie den Sachverhalt in geeigneter Weise umgestalten. Dazu müssen sie nicht unbedingt auswandern. Sie können versuchen, stattdessen nur den Anknüpfungspunkt der Regel zu unterlaufen. Druck der Betroffenen ist nicht per se unerwünscht. Problematisch wird es aber, wenn sich dadurch einzelne Gruppen zum Nachteil anderer Privilegien verschaffen.

Auch wenn sich das feststellen lässt, muss eine Rechtsordnung aber nicht notwendig mit der Abwehr von „Umgehungen“ reagieren. Manchmal haben sich nämlich am Ende nicht die Interessen durchgesetzt, die abwandern konnten. Der Effekt ist zuerst im Regelwettbewerb zwischen den amerikanischen Bundesstaaten beobachtet worden. Dort haben sich die strengen kalifornischen Abgasvorschriften für Autos weitgehend durchgesetzt¹⁴⁶. Ähnliche Beobachtungen gibt es für das Verhältnis zwischen den strengeren europäischen und den weniger einschneidenden amerikanischen Regeln zum Datenschutz¹⁴⁷. Das kann aber nur geschehen, wenn der Wirtschaftsraum groß ist, der die strengeren Regeln hat. Dann kann es für die Anbieter zu teuer sein, verschiedene Märkte mit verschiedener Qualität zu beliefern. Sie mögen auch Reputationsnachteile fürchten, wenn ihnen vorgeworfen wird, dass sie die weniger streng regulierten Märkte mit „schlechter“ Qualität beliefern. Diese Strategie mag für

¹⁴³ S. aber (Giegerich 2010, Peters 2010, Kersten 2013, Meessen 2013, Korte 2016). Die folgenden Überlegungen gehen zurück auf (Engel 2006b).

¹⁴⁴ Zur ökonomischen Theorie von Netzexternalitäten s. (Katz and Shapiro 1985, Liebowitz and Margolis 1995).

¹⁴⁵ (Hirschman 1970: insbes. chapter 2).

¹⁴⁶ (Vogel 1995).

¹⁴⁷ (Bradford 2020).

die Europäische Union passen, vielleicht auch innerhalb der Union für die Bundesrepublik als großen Wirtschaftsraum. Für den Regelwettbewerb zwischen Bundesländern oder gar zwischen Gemeinden dürfte dieser Wirkungskanal dagegen kaum Bedeutung haben. Außerdem ist die strengere Regel ja auch nicht automatisch die bessere. Im Umwelt- oder Datenschutz mag das einleuchten. Aber wenn das Anliegen der dominanten Volkswirtschaft in der besseren Überwachung ihrer Bürger besteht (chinesische Sozialpunkte für die Welt?), dann würde sich die Rechtsordnung gern gegen die Bevormundung schützen.

VI. Schlussbemerkung

Wettbewerb und Gemeinwohl sind nicht stets ein Gegensatz. Wirtschaftlicher Wettbewerb ist besser als staatliche Planung im Stande, die vielfältigen Wünsche der Menschen aufzuspüren, zu erfüllen, und gegeneinander abzugleichen. Er motiviert Unternehmen, billigere Produktionsmethoden und bessere Produkte zu entwickeln. Der Wettbewerb um Stimmen macht eine Demokratie überhaupt erst handlungsfähig. Meinungen und Wertentscheidungen stehen nicht ein für allemal fest. Sie müssen sich neuen Meinungen und anderen Wertungen stellen. Diese Offenheit für Veränderung kann man als Leistung des Meinungswettbewerbs beschreiben. Die Betroffenen können sich manchmal gegen belastende Regeln nicht nur bei der nächsten Wahl wehren, sondern auch durch Abwanderung. Das diszipliniert parteiische oder übereifrige Regelbildung. Diese Wirkung kann man als Systemwettbewerb beschreiben.

Doch jeder Wettbewerb trägt den Keim der Selbsterstörung in sich. Unternehmen können sich durch Kartelle, Fusionen, oder die Ausnutzung von Marktmacht gegen Wettbewerbsdruck abschirmen. Parteien können versuchen, die Wahlentscheidung zu ihren Gunsten zu verzerren, z.B. durch den Zuschnitt der Wahlkreise. Einzelne Medien können eine so hohe Reichweite haben, dass andere Stimmen kaum noch gehört werden. Staaten mit einem hinreichend großen Binnenmarkt können der ganzen Welt ihren Willen aufzwingen. Damit Wettbewerb die normativ erwünschten Leistungen erbringt, braucht er also stets einen schützenden Rahmen. Für den wirtschaftlichen Wettbewerb übernimmt das Kartellrecht diese Aufgabe. Für den publizistischen Wettbewerb greift die Medienkonzentrationskontrolle ein. Wenn der Systemwettbewerb innerhalb einer Rechtsgemeinschaft stattfindet, kann das Recht der Länder die Aufgabe für den Wettbewerb der Kommunen übernehmen, das Bundesrecht für den Wettbewerb der Länder, das Recht der Europäischen Gemeinschaft für den Wettbewerb der Mitgliedstaaten. Außerhalb der Rechtsgemeinschaften gibt es jedoch allenfalls Rudimente, etwa im Recht der WTO. Auch für den Stimmenwettbewerb gibt es bislang kein entwickeltes Rahmenwerk.

Wettbewerb macht sich den Eigennutz der Wettbewerber zu nutze. Das genügt, solange die Rechtsordnung darauf vertrauen kann, dass der Eigennutz des einen den Eigennutz des anderen in Schach hält. Der Grund zu solchem Vertrauen fehlt vor allem dann, wenn alle „Anbieter“ das gleichgerichtete Interesse haben, ihre persönlichen Interessen über die Interessen Dritter zu stellen. Dann kommt es zu „Marktversagen“, zu einem Konflikt zwischen Wettbewerb und Gemeinwohl. Er legitimiert Interventionen der Rechtsordnung. Hier klafft im deutschen Verfassungsrecht jedoch nach wie vor eine Lücke. Eine entwickelte Lehre über legitime Ziele

fehlt immer noch. Die erratische Entscheidungspraxis des Bundesverfassungsgerichts zeigt, warum solch eine Lehre wichtig wäre. Dieser Beitrag stellt zumindest erste Bausteine zur Verfügung. Sie sind noch sehr grob und unbehauen. Aber ein Anfang ist gemacht.

References

- Akerlof, George A. (1970). "The Market for "Lemons". Quality Uncertainty and the Market Mechanism." *Quarterly Journal of Economics* **84**: 488-500.
- Anderheiden, Michael (2006). *Gemeinwohl in Republik und Union*, Mohr Siebeck.
- Axelrod, Robert (1984). *The Evolution of Cooperation*. New York, Basic Books.
- Badura, Peter (2011). *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung. Ein exemplarischer Leitfaden*. Tübingen, Mohr.
- Badura, Peter (2015). "Die Wirtschafts- und Arbeitsordnung der Verfassung: Gesetzgebung, verfassungsgerichtliche Rechtsfindung und verfassungsrechtliche Dogmatik." *Archiv des öffentlichen Rechts*: 333-366.
- Bar-Gill, Oren and Christoph Engel (2020). *Property is Dummy Proof. An Experiment*
- Becker, Gordon M., Morris H. DeGroot and Jacob Marschak (1964). "Measuring Utility by a Single-response Sequential Method." *Behavioral Science* **9**(3): 226-232.
- Bernheim, B. Douglas and Antonio Rangel (2005). Behavioural Public Economics. Welfare and Policy Analysis with Non-Standard Decision Makers. *Behavioral Economics and Its Applications*. P. Diamond and H. Vartiainen. Princeton, Princeton University Press: 7-77.
- Bierbrauer, Felix (2020). Harry Potter and the Welfare of the Willfully Blinded. *Deliberate Ignorance. Choosing Not to Know*. R. Hertwig and C. Engel. Boston, MIT Press: 187-198.
- Böhm, Franz (1933). *Wettbewerb und Monopolkampf. Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung*.
- Böhm, Franz (1950). *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*. Tübingen,, J.C.B. Mohr.
- Bradford, Anu (2020). *The Brussels Effect. How the European Union Rules the World*, Oxford University Press, USA.
- Breuer, Rüdiger (2010). Staatliche Berufsregelung und Wirtschaftslenkung. *Handbuch des Staatsrechts VIII*. J. Isensee and P. Kirchhof. **VIII**: 171-261.

- Brunsson, Nils (1989). *The Organization of Hypocrisy. Talk, Decisions, and Actions in Organizations*. Chichester ; New York, Wiley.
- Bullinger, Martin (1965). "Staatsaufsicht in der Wirtschaft." *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* **22**: 264-328.
- Calabresi, Guido and A. Douglas Melamed (1972). "Property Rules, Liability Rules and Inalienability. One View of the Cathedral." *Harvard Law Review* **85**: 1089-1128.
- Clérico, Laura (2001). *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*. Baden-Baden, Nomos.
- Coase, Ronald (1960). "The Problem of Social Cost." *Journal of Law and Economics* **3**: 1-44.
- Cornes, Richard and Todd Sandler (1996). *The Theory of Externalities, Public Goods and Club Goods*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Cornils, Matthias (2006). "Staatliche Infrastrukturverantwortung und kontingente Markt Voraussetzungen: Unter besonderer Berücksichtigung des Universaldienstes für Telekommunikationsdienstleistungen." *Archiv des öffentlichen Rechts* **131**: 378-422.
- Dechsling, Rainer (1989). *Das Verhältnismäßigkeitsgebot. Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns*. München, F. Vahlen.
- Dhami, Sanjit (2016). *The Foundations of Behavioral Economic Analysis*, Oxford University Press.
- Durner, Wolfgang (2019). *Wirtschaftsverfassung. Besonderes Verwaltungsrecht I*. D. Ehlers, M. Fehling and H. Pünder. Heidelberg, C.F.Müller. **I**: 345-365.
- Egidy, Stefanie (2019). *Finanzkrise und Verfassung. Demokratisches Krisenmanagement in Deutschland und den USA*, Mohr Siebeck.
- Endres, Alfred (2000). *Umweltökonomie*. Stuttgart, Kohlhammer.
- Engel, Christoph (1996). *Medienordnungsrecht*. Baden-Baden, Nomos.
- Engel, Christoph (1998). *Die öffentliche Hand zwischen Innen- und Außensteuerung. Organisation kommunaler Aufgabenerfüllung*. H.-G. Henneke. Stuttgart: 145-222.
- Engel, Christoph (2000). "Arbeitsmarkt und staatliche Lenkung." *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* **59**: 56-98.
- Engel, Christoph (2001). "Offene Gemeinwohldefinitionen." *Rechtstheorie* **32**: 23-52.
- Engel, Christoph (2002). *Abfallrecht und Abfallpolitik*. Baden-Baden, Nomos.
- Engel, Christoph (2006a). *Öffentlichkeitsarbeit der Regierung. Handbuch des Staatsrechts*. J. Isensee and P. Kirchhof. **IV**: 477-505.

- Engel, Christoph (2006b). "Wirtschaftsrecht im Wettbewerb der Systeme. Beiträge zur Ordnungstheorie und Ordnungspolitik, Bd. 172." *Archiv des oeffentlichen Rechts* **131**: 322-324.
- Engel, Christoph (2013). Aufgaben. *Leitgedanken des Rechts. FS Paul Kirchhof*. H. Kube and et al. Heidelberg: 57-69.
- Engel, Christoph (2015a). Das legitime Ziel in der Praxis des Bundesverfassungsgerichts. Eine quantitative Analyse der Entscheidungen des Jahres 2011. *Verhältnismäßigkeit*. M. Jestaedt and O. Lepsius. Tübingen, Mohr: 97-128.
- Engel, Christoph (2015b). "Tacit Collusion. The Neglected Experimental Evidence." *Journal of Empirical Legal Studies* **12**: 537-577.
- Engel, Christoph (2020). Does Efficiency Trump Legality? The Case of the German Constitutional Court. *Selection and Decision in Judicial Process Around the World. Empirical Inquiries*. Y.-c. Chang. Cambridge, Cambridge University Press: 261-286.
- Engel, Christoph and Urs Schweizer, Eds. (2019). *Without Money*. Journal of Institutional and Theoretical Economics.
- Englerth, Markus (2007). Vom Wert des Rauchens und der Rückkehr der Idioten. Paternalismus als Antwort auf beschränkte Rationalität? *Recht und Verhalten*. C. Engel, M. Englerth, J. Lüdemann and I. Spiecker gen. Döhmman. Tübingen, Mohr: 231-258.
- Eucken, Walter (1940). *Die Grundlagen der Nationalökonomie*. Jena, Fischer.
- Fetzer, Thomas (2013). *Staat und Wettbewerb in dynamischen Märkten. Eine juristisch-ökonomische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der sektorspezifischen Telekommunikationsregulierung in Deutschland und den USA*. , Mohr Siebeck.
- Gärditz, Klaus Ferdinand (2010). "Europäisches Regulierungsverwaltungsrecht auf Abwegen." *Archiv des öffentlichen Rechts* **135**: 251-288.
- Gentz, Manfred (1968). "Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen." *Neue Juristische Wochenschrift*: 1600-1607.
- Giegerich, Thomas (2010). "Wettbewerb von Rechtsordnungen." *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* **69**: 57-105.
- Grabitz, Eberhard (1973). "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts." *Archiv des öffentlichen Rechts* **98**: 568-616.
- Grzeszick, Bernd (2006). Hoheitskonzept - Wettbewerbskonzept. *Handbuch des Staatsrechts IV*. J. Isensee and P. Kirchhof. Heidelberg, C.F.Müller. **IV**: 367-393.

- Hartmann, Bernd J (2009). "Eigeninteresse und Gemeinwohl bei Wahlen und Abstimmungen." *Archiv des öffentlichen Rechts* **134**: 1-34.
- Hatje, Armin (2010). "Demokratie als Wettbewerbsordnung." *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* **69**: 135-172.
- Hecker, Jan (2007). *Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht. Öffentlich-rechtliche Probleme staatlicher Wirtschaftsinterventionen zur Steigerung der Funktionsfähigkeit des Marktes*, Mohr Siebeck.
- Herzog, Roman (2006). Ziele, Vorbehalte und Grenzen der Staatstätigkeit. *Handbuch des Staatsrechts*. J. Isensee and P. Kirchhof. Heidelberg, C.F.Müller. **IV**: 81-116.
- Hirschman, Albert O. (1970). *Exit, Voice, and Loyalty. Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang, Eberhard Schmidt-Aßmann and Andreas Voßkuhle (2006). *Grundlagen des Verwaltungsrechts*. München, C.H.Beck.
- Ingber, Stanley (1984). "The Marketplace of Ideas. A Legitimizing Myth." *Duke Law Journal*: 1-91.
- Isensee, Josef (2006a). Gemeinwohl im Verfassungsstaat. *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland IV*. J. Isensee and P. Kirchhof. Heidelberg, C.F.Müller: 3-79.
- Isensee, Josef (2006b). Staatsaufgaben. *Handbuch des Staatsrechts*. J. Isensee and P. Kirchhof: 117-160.
- Katz, Michael L. and Carl Shapiro (1985). "Network Externalities, Competition, and Compatibility." *American Economic Review* **75**: 424-440.
- Kaufhold, Ann-Katrin (2016). *Systemaufsicht. Anforderungen an die Ausgestaltung einer Aufsicht zur Abwehr systemischer Risiken-entwickelt am Beispiel der Finanzaufsicht*, Mohr Siebeck.
- Kersten, Jens (2013). Wettbewerb der Rechtsordnungen? *Handbuch des Staatsrechts XI*. J. Isensee and P. Kirchhof. Heidelberg, C.F.Müller. **XI**: 305-331.
- Kirchhof, Paul (2010). Erwerbsstreben und Maß des Rechts. *Handbuch des Staatsrechts VIII*. J. Isensee and P. Kirchhof. Heidelberg, C.F.Müller. **VIII**: 3-62.
- Klement, Jan Henrik (2015). *Wettbewerbsfreiheit. Bausteine einer europäischen Grundrechtstheorie*, Mohr Siebeck.
- Köhler, Jan (2006). *Parteien im Wettbewerb. Zu den Wettbewerbschancen nichtetablierter politischer Parteien im Rechtssystem der Bundesrepublik Deutschland*. Baden-Baden, Nomos.

- Korte, Stefan (2016). *Standortfaktor Öffentliches Recht. Integration und Wettbewerb in föderalen Ordnungen am Beispiel der Gesetzgebung*, Mohr Siebeck.
- Kotzur, Markus (2010). "Demokratie als Wettbewerbsordnung." *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* **69**: 173-226.
- Kuch, David (2017). "Politische Neutralität in der Parteiendemokratie." *Archiv des oeffentlichen Rechts* **142**(4): 491-527.
- Laffont, Jean-Jacques and Jean Tirole (1993). *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*. Cambridge, Mass., MIT Press.
- Lang, Andrej (2020). "Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Eine rechtsempirische Untersuchung mit rechtsvergleichenden Perspektiven." *Archiv des öffentlichen Rechts* **145**: 75-132.
- Lerche, Peter (1999). *Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*. Goldbach.
- Liebowitz, S.J. and Stephen E. Margolis (1995). "Are Network Externalities a New Source of Market Failure ?" *Research in Law and Economics* **17**: 1-22.
- Link, Christoph (1990). "Staatszwecke im Verfassungsstaat - nach 40 Jahren Grundgesetz." *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* **48**: 10-55.
- Masing, Johannes (2003). "Die US-amerikanische Tradition der "Regulated Industries" und die Herausbildung eines europäischen Regulierungsverwaltungsrechts. Constructed Markets on Networks vor verschiedenen Rechtstraditionen." *Archiv des öffentlichen Rechts* **128**: 558-607.
- Meessen, Karl Matthias (2013). Multinationale und globale Unternehmen im Wettbewerb der Systeme. *Handbuch des Staatsrechts XI*. J. Isensee and P. Kirchhof. Heidelberg, C.F.Müller. **XI**: 777-824.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim (1975). *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung. FS Franz Böhm zum 80. Geburtstag*. E. Saueremann and E. J. Mestmäcker. Tübingen, Mohr: 383-***.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim and Heike Schweitzer (2014). *Europäisches Wettbewerbsrecht*. München, Beck.
- Mitchell, Gregory (2004). "Libertarian Paternalism is an Oxymoron." *Northwestern University Law Review* **99**: 1245-1277.
- Monopolkommission (2000). *Hauptgutachten 1998/1999. Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen*. Baden-Baden, Nomos.

- Mossin, Jan (1968). "Aspects of Rational Insurance Purchasing." *Journal of Political Economy* **76**: 553-568.
- Nelson, Phillip (1970). "Information and Consumer Behavior." *Journal of Political Economy* **78**(2): 311-329.
- Olson, Mancur (1965). *The Logic of Collective Action. Public Goods and the Theory of Groups*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- Panzar, John C and Robert D Willig (1977). "Free Entry and the Sustainability of Natural Monopoly." *Bell Journal of Economics* **8**: 1-22.
- Papier, Hans-Jürgen (1984). Grundgesetz und Wirtschaftsordnung. *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. E. Benda, W. Maihofer and H.-J. Vogel, De Gruyter: 609-652.
- Peters, Anne (2010). "Wettbewerb von Rechtsordnungen." *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* **69**: 7-56.
- Peters, Anne, Thomas Giegerich, Armin Hatje, Markus Kotzur, Michael Potacs, Jens Kersten, Max Emanuel Geis and Christian Bumke (2010). *Gemeinwohl durch Wettbewerb?* Berlin, De Gruyter.
- Petersen, Niels (2013). "Gesetzgeberische Inkonsistenz als Beweiszeichen: Eine rechtsvergleichende Analyse der Funktion von Konsistenzargumenten in der Rechtsprechung." *Archiv des öffentlichen Rechts*: 108-134.
- Petersen, Niels (2015). *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle: eine rechtsempirische Studie verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten*, Mohr Siebeck.
- Proelß, Alexander (2011). "Das Regulierungsermessen – eine Ausprägung des behördlichen Letztentscheidungsrechts?" *Archiv des öffentlichen Rechts* **136**: 402-427.
- Rachlinski, Jeffrey J. (2003). "The Uncertain Psychological Case for Paternalism." *Northwestern University Law Review* **97**: 1165-1225.
- Radin, Margaret Jane (1987). "Market-Inalienability." *Harvard Law Review* **100**: 1849-1937.
- Ress, Georg (1990). "Staatszwecke im Verfassungsstaat - nach 40 Jahren Grundgesetz." *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* **48**: 56-118.
- Ruffert, Matthias (2009). "Zur Leistungsfähigkeit der Wirtschaftsverfassung." *Archiv des öffentlichen Rechts*: 197-239.
- Rüfner, Wolfgang (2006). Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit. *Handbuch des Staatsrechts*. J. Isensee and P. Kirchhof. **IV**: 1049-1108.

- Salzwedel, Jürgen (1965). "Staatsaufsicht in der Verwaltung." *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* **22**: 206-263.
- Schlesinger, Harris (2000). The Theory of Insurance Demand. *Handbook of Insurance*. G. Dionne: 131-151.
- Schlink, Bernhard (2001). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*. P. Badura and H. Dreier. Tübingen, Mohr: 445-465.
- Schmidt, Reiner (1971). *Wirtschaftspolitik und Verfassung: Grundprobleme*. Baden-Baden, Nomos.
- Schnapp, Friedrich E. (1983). "Die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs." *Juristische Schulung*: 850-855.
- Schuppert, Gunnar Folke (2008). "Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft im Wandel: Von Planung über Steuerung zu Governance?" *Archiv des öffentlichen Rechts* **133**(1): 79-106.
- Sunstein, Cass R. and Richard Thaler (2003). "Libertarian Paternalism." *American Economic Review Papers and Proceedings* **93**: 175-179.
- Thiele, Alexander (2014). *Finanzaufsicht. Der Staat und die Finanzmärkte*, Mohr Siebeck.
- Tirole, Jean (1988). *The Theory of Industrial Organization*. Cambridge, Mass., MIT Press.
- Uerpmann, Robert (1999). *Das öffentliche Interesse. Seine Bedeutung als Tatbestandsmerkmal und als dogmatischer Begriff*. Tübingen, Mohr.
- van Aaken, Anne (2007). Begrenzte Rationalität und Paternalismusgefahr: Das Prinzip des schonendsten Paternalismus. *Recht und Verhalten*. C. Engel, M. Englerth, J. Lüdemann and I. Spiecker gen. Döhmman. Tübingen, Mohr Siebeck: 189-230.
- Veelken, Winfried (1991). *Normstrukturen der Industriepolitik: eine vergleichende Untersuchung nach deutschem und französischem Wirtschaftsrecht*. Baden-Baden, Nomos.
- Vogel, David (1995). *Trading Up. Consumer and Environmental Regulation in a Global Economy*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- von Hayek, Friedrich-August (1969). Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren. *Freiburger Studien. Gesammelte Aufsätze von Friedrich-August von Hayek*. F.-A. von Hayek. Tübingen, Mohr: 249-265.
- Williamson, Oliver E. (1985). *The Economic Institutions of Capitalism. Firms, Markets, Relational Contracting*. New York London, Free Press ; Collier Macmillan.
- Wolff, Johanna (2021). *Anreize im Recht. Ein Beitrag zur Systembildung und Dogmatik im Öffentlichen Recht und darüber hinaus*, Mohr Siebeck.

Zamir, Eyal and Doron Teichman (2014). *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford University Press, USA.

Zamir, Eyal and Doron Teichman (2018). *Behavioral Law and Economics*, Oxford University Press.

Züll, Thomas (2014). *Regulierung im politischen Gemeinwesen. Zur demokratischen Legitimation von Wirtschaftsregulierung nach dem Grundgesetz und dem Europäischen Primärrecht*, Mohr Siebeck.