

JENS MICHAEL MERTENS

Privatrechtsschutz
und vertikale Integration
im internationalen Handel

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

268

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

268

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann



Jens Michael Mertens

Privatrechtsschutz und
vertikale Integration im
internationalen Handel

Mohr Siebeck

Jens Michael Mertens, geboren 1982; 2002–07 Studium der Rechtswissenschaften in Münster und Lyon; ab 2008 Wissenschaftlicher Mitarbeiter am DFG Sonderforschungsbereich „Staatlichkeit im Wandel“ an der Universität Bremen; seit 2010 Referendar am Hanseatischen Oberlandesgericht in Hamburg.

e-ISBN PDF 978-3-16-151770-9

ISBN 978-3-16-150959-9

ISSN 0720-1141 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

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

© 2011 Mohr Siebeck Tübingen.

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

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädle in Nehren gebunden.

Vorwort

Dieses Werk ist eine leicht ergänzte Fassung meiner Doktorarbeit, die der Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Bremen im Frühling dieses Jahres als Dissertation angenommen hat. Die Arbeit habe ich im Rahmen des von der Deutschen Forschungsgemeinschaft finanzierten Sonderforschungsbereichs 597 „Staatlichkeit im Wandel“ verfassen dürfen. Die vorzüglichen Arbeitsbedingungen und der interdisziplinäre Austausch im Rahmen des Teilprojekts A4 haben maßgeblich zum Erfolg meiner Forschung beigetragen.

Dank gilt daher dem gesamten Team des Sonderforschungsbereichs und des Teilprojekts A4, insbesondere jedoch meinem Doktorvater Prof. Dr. Graf-Peter Calliess. Er hat mir anfangs in langen Gesprächen den Einblick in fremde Problemstellungen des transnationalen Rechts erleichtert und mich bis zum Ende der Arbeit durch seine konstruktive Kritik motivierend begleitet. Dank gilt auch den Professores Jörg Freiling, Wolfgang Kerber und Stefan Voigt, die mir durch Rat und Tat den Einstieg in die wirtschaftswissenschaftliche Fachwelt erleichtert haben. In der Endphase der Arbeit haben Prof. Christoph Schmid als Zweitgutachter und Prof. Christian Joerges maßgeblich dazu beigetragen, den Horizont der Arbeit durch Kritik und Anregungen zu erweitern. Großer Dank gilt auch der Studienstiftung des deutschen Volkes, die durch ein Stipendium für mein finanzielles Auskommen gesorgt hat.

Besonders dankbar bin ich für den uneingeschränkten Rückhalt aus meinem persönlichen Umfeld, ohne den ich die Strapazen der Promotion nur schwerlich bewältigt hätte. Der vertrauensvolle Rat meines Vaters als Historiker und meines Bruders als Wirtschaftsmathematiker ist stets wertvoll gewesen. Meinen Eltern möchte ich danken, dass sie mir das Selbstvertrauen und die Standkraft mit auf den Weg gegeben haben, um auch große Herausforderungen erfolgreich zu meistern. Der größte Dank gilt letztlich meiner Freundin Julia. Nicht nur, dass sie mir durch kritische Nachfragen geholfen hat, meine Argumentation zu schärfen; insbesondere hat sie während der nicht immer leichten Promotionszeit stets an meiner Seite gestanden und mir dadurch die Kraft gegeben, letztlich ans Ziel zu gelangen.

Inhaltsübersicht

Einleitung.....	1
<i>A. Gegenstand der Untersuchung.....</i>	1
<i>B. Thesen</i>	8
<i>C. Vorgehensweise.....</i>	9
Erstes Kapitel: Staatlicher Privatrechtsschutz als Fundament der Wettbewerbsordnung in einer Privatrechtsgesellschaft	11
<i>A. Theoretischer Zusammenhang von Privatrecht und Wettbewerbspolitik</i>	12
<i>B. Verstaatlichung des deutschen Privatrechtssystems im 19. Jahrhundert als Grundlage für die Entstehung nationaler Wettbewerbsmärkte</i>	46
<i>C. Systematische Analyse der Grundlagen einer Privatrechtsgesellschaft in der deutschen Kartelldebatte des 20. Jahrhunderts</i>	82
<i>D. Ergebnis des ersten Kapitels</i>	92

Zweites Kapitel: Staatlicher Privatrechtsschutz und Wettbewerbspolitik in der globalisierten Wirtschaft	95
<i>A. Transnationale Unternehmen als Beförderer der globalisierten Wirtschaft</i>	96
<i>B. Wettbewerbspolitische Bewertung vertikal integrierter Strukturen</i>	120
<i>C. Besonderheiten und Konsequenzen der institutionellen Rahmenbedingungen für die Abwicklung grenzüberschreitender Transaktionen</i>	140
<i>D. Ergebnis des zweiten Kapitels</i>	180
Drittes Kapitel: Rückschlüsse für die Ausrichtung der internationalen Wettbewerbspolitik	182
<i>A. Kritische Überprüfung der positiven Bewertung der Steuerung des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs durch vertikale Integration</i>	183
<i>B. Internationaler Privatrechtsschutz als Voraussetzung für die Entstehung globaler Wettbewerbsmärkte</i>	203
<i>C. Ergebnis des dritten Kapitels</i>	230
Schluss.....	232

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht.....	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XIII

Einleitung.....	1
<i>A. Gegenstand der Untersuchung</i>	1
<i>B. Thesen</i>	8
<i>C. Vorgehensweise</i>	9

Erstes Kapitel: Staatlicher Privatrechtsschutz als Fundament der Wettbewerbsordnung in einer Privatrechtsgesellschaft 11

<i>A. Theoretischer Zusammenhang von Privatrecht und Wettbewerbspolitik</i>	12
I. Gegenstand der Wettbewerbspolitik: Wettbewerb als normativer Begriff	12
1. Wettbewerb als Garant wirtschaftlicher Freiheit und Gleichheit	14
2. Wettbewerb als Instrument der Wohlfahrtsmaximierung	18
3. Positionierung.....	22
II. Aufgabenbereich der Wettbewerbspolitik	25
1. Wettbewerbspolitik im engeren Sinne.....	25
2. Wettbewerbspolitik im weiteren Sinne	27
3. Positionierung.....	29
III. Staatlicher Privatrechtsschutz als konstitutive Voraussetzung für Wettbewerbsmärkte	31
1. Absicherung der Transaktionsabwicklung	31
2. Entpersonalisierung der Transaktionsabwicklung.....	41

<i>B. Verstaatlichung des deutschen Privatrechtssystems im 19. Jahrhundert als Grundlage für die Entstehung nationaler Wettbewerbsmärkte</i>	46
I. Vom vorindustriell-ständischen zum modernen staatlichen Privatrecht.....	48
1. Vorindustrielle Privatrechtsinstitutionen.....	48
2. Kodifikation des materiellen Handelsrechts in Deutschland.....	53
3. Vereinheitlichung des Gerichtswesens in Deutschland.....	56
II. Notwendigkeit des institutionellen Wandels	59
1. Herausforderungen durch die Entwicklung von Wirtschaft und Gesellschaft.....	59
2. Vergleich des vorindustriellen und des staatlichen Privatrechtssystems.....	66
III. Wahrnehmung der wettbewerbsermöglichenden Funktion des Privatrechts	70
1. Motivation für die Kodifikation des materiellen Handelsrechts	72
2. Motivation für die Verstaatlichung des Gerichtswesens	78
 <i>C. Systematische Analyse der Grundlagen einer Privatrechtsgesellschaft in der deutschen Kartelldebatte des 20. Jahrhunderts</i>	82
I. Entwicklung der Kartellwirtschaft und anfängliche Bewertung.....	83
II. Analyse der privatrechtlichen Hintergründe in der ordoliberalen Schule	85
III. Staatlicher Privatrechtsschutz als Kernelement der Privatrechtsgesellschaft.....	89
 <i>D. Ergebnis des ersten Kapitels</i>	92
 Zweites Kapitel: Staatlicher Privatrechtsschutz und Wettbewerbspolitik in der globalisierten Wirtschaft	95
 <i>A. Transnationale Unternehmen als Beförderer der globalisierten Wirtschaft</i>	96
I. Entwicklung des Intrafirmenhandels und seine aktuelle Bedeutung.....	97
II. Transaktionsermöglichende Funktion transnationaler Unternehmen	101
1. Vertikal integrierte Transaktionsabwicklung als unternehmensspezifischer Vorteil.....	101

2. Grundlagen der Transaktionskostentheorie	103
3. Beispielfall	106
III. Ökonomische Theorie und juristische Praxis der Unternehmensstruktur	107
1. Transaktionsabwicklung im transnationalen Konzern	108
2. Transaktionsabwicklung im transnationalen Unternehmensnetzwerk.....	113
3. Transnationale Unternehmen als personenbezogene Institutionen	117
<i>B. Wettbewerbspolitische Bewertung vertikal integrierter Strukturen.....</i>	120
I. Strukturalistischer Ansatz der frühen Wettbewerbspolitik	123
II. Umschwung zur Effizienzorientierung	127
1. Einflüsse der „Chicago School of Antitrust“	127
2. Allgemeine Akzeptanz des Effizienzdenkens in der Post Chicago Ära	130
3. „More Economic Approach“ in der europäischen Wettbewerbspolitik	132
III. Evolutionsökonomische Rechtfertigung vertikaler Integration.....	138
<i>C. Besonderheiten und Konsequenzen der institutionellen Rahmenbedingungen für die Abwicklung grenzüberschreitender Transaktionen</i>	140
I. Defizitärer staatlicher Privatrechtsschutz für grenzüberschreitende Transaktionen	140
1. Territoriale Fragmentierung des Rechts	141
2. Defizite des Internationalen Privat- und Zivilprozessrechts.....	146
3. Beispiel deutsch-amerikanischer Justizkonflikt	151
II. Prohibitive Transaktionskosten auf grenzüberschreitenden Märkten	153
1. Spieltheoretischer Ansatz	154
2. Zusammenhang zwischen nationalen Institutionen und Handelsvolumen.....	155
3. Kosten durch defizitären grenzüberschreitenden Privatrechtsschutz	160
III. Auswirkung der Privatrechtsdefizite auf die Struktur internationaler Märkte	163
1. Substitution des staatlichen Privatrechtsschutzes durch private Governance-Mechanismen.....	163
2. Erhöhtes Ausmaß vertikaler Integration.....	167
3. Zusammenhang mit der Qualität von Privatrechtsinstitutionen ...	171

<i>D. Ergebnis des zweiten Kapitels</i>	180
Drittes Kapitel: Rückschlüsse für die Ausrichtung der internationalen Wettbewerbspolitik	182
<i>A. Kritische Überprüfung der positiven Bewertung der Steuerung des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs durch vertikale Integration</i>	183
I. Volkswirtschaftliche Implikationen: Relativierung des Effizienzarguments	183
1. Der blinde Fleck der Transaktionskostentheorie	183
2. Durch übermäßige vertikale Integration entstehende Kosten.....	186
3. Vertikale Integration als volkswirtschaftlich unterlegene Notlösung	191
II. Gesellschaftspolitische Implikationen: Parallelen zum historischen Kontext	196
1. Rückkehr der Transaktionsabsicherung durch Wettbewerbsbeschränkungen.....	197
2. Rückkehr der Wirtschaftssteuerung durch Subordinationsverhältnisse	200
<i>B. Internationaler Privatrechtsschutz als Voraussetzung für die Entstehung globaler Wettbewerbsmärkte</i>	203
I. Kartellrechtliche „Scheuklappen“ der internationalen Wettbewerbspolitik.....	204
II. Vorrang des Privatrechts als Fundament der globalen Wettbewerbsordnung.....	208
III. Einheitliches „Weltprivatrecht“ als Sackgasse.....	213
IV. Internationaler Privatrechtsschutz durch die kollisionsrechtliche Koordination nationaler Privatrechtssysteme	219
V. Fortschritte im europäischen Rechtsraum	223
VI. Handlungsbedarf auf globaler Ebene	226
<i>C. Ergebnis des dritten Kapitels</i>	230
Schluss	232
Literaturverzeichnis	239
Register	265

Abkürzungsverzeichnis

ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
AEU	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
EuGVÜ	Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen
EuGVVO	Verordnung des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
FKVO	Fusionskontrollverordnung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
IPR	Internationales Privatrecht
IZPR	Internationales Zivilprozessrecht
MEA	More Economic Approach
OECD	Organization for Economic Co-operation and Development
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
Vertikal-GVO	Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen
WTO	World Trade Organization
ZPO	Zivilprozessordnung

Des Weiteren wird verwiesen auf Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 6. Aufl. (Berlin: de Gruyter Recht 2008)

Einleitung

A. Gegenstand der Untersuchung

Es gibt aus Sicht individueller Marktteilnehmer zahlreiche nachvollziehbare Gründe, wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen zu ergreifen, das eigene Verhalten mit anderen Marktteilnehmern abzustimmen oder sich mit solchen zusammenzuschließen.

Der offensichtlichste dieser Beweggründe ist das Erzielen von Monopolrenten. In ihren Anfängen waren daher sowohl die US-amerikanische als auch die deutsche und europäische Wettbewerbspolitik darauf ausgerichtet, die Marktmacht einzelner Unternehmen zu begrenzen. Man verfolgte die Idealvorstellung des vollständigen Wettbewerbs einer Vielzahl von Marktteilnehmern ohne Einfluss auf den Gesamtwirtschaftsprozess.

Auf einen weiteren, jedoch erst auf den zweiten Blick erkennbaren Beweggrund wurde seit den 1950er Jahren insbesondere von Ökonomen und Juristen aus dem Umfeld der „Chicago School“ hingewiesen. Sie stellten heraus, dass Wettbewerbsbeschränkungen und Unternehmenszusammenschlüsse nicht nur destruktive, auf persönliche Vorteile zulasten der Allgemeinheit abzielende Auswirkungen haben, sondern Wirtschaftsprozesse effizienter gestalten und so der Gesamtwirtschaftsleistung und dem Wohl der Konsumenten zuträglich sein können. Eine wichtige theoretische Grundlage für diese effizienzorientierte Denkweise bildete auch die Transaktionskostenökonomie. Diese beleuchtet das Unternehmen als alternative Organisationsmöglichkeit zur Abwicklung wirtschaftlicher Transaktionen zwischen unabhängigen Parteien auf Märkten. Ihre Kernaussage ist, dass Transaktionen ab einer gewissen Komplexität und einer gewissen Höhe der vorab geleisteten Investitionen aufgrund der opportunistischen Natur und der beschränkten Rationalität der Akteure nicht mehr gewinnbringend zwischen unabhängigen Parteien auf Märkten abgewickelt werden können. Das Risiko, vom Transaktionsgegner übervorteilt zu werden, wird unwirtschaftlich hoch. Potenzielle wirtschaftliche Ressourcen müssen somit aufgrund von Marktversagen zwischen unabhängigen Parteien ungenutzt bleiben.

Wird die Markttransaktion hingegen durch eine unternehmensinterne Transaktion substituiert (vertikale Integration), so können Hierarchie- und

Abhängigkeitsstrukturen die notwendige Transaktionssicherheit auch für komplexere Formen des Austauschs herstellen. Auf den ersten Blick wettbewerbsbeschränkend erscheinende Maßnahmen, insbesondere vertikale Abreden und Zusammenschlüsse, können Ausdruck eben dieser unternehmensinternen Transaktionsabwicklung sein und deshalb aufgrund ihres beschränkenden Charakters die arbeitsteilige Wirtschaftsweise fördern. Sie können als Katalysator des wirtschaftlichen Austauschs transaktionsermöglichende Funktion haben. Das wohlstandsfördernde Potenzial vertikaler Integration, auf Märkten nicht nutzbare Ressourcen zu mobilisieren, wird in Fachkreisen so hoch geschätzt, dass sowohl Coase und jüngst auch Williamson für ihre Arbeiten mit dem Wirtschafts-Nobelpreis ausgezeichnet worden sind.¹

Will man den positiven Effekt von Wettbewerbsbeschränkungen in der Praxis berücksichtigen, liegt jedoch ein Folgeproblem auf der Hand: Wann Wettbewerbsbeschränkungen effizienzsteigernd und wann lediglich auf die Erzielung von Monopolrenten gerichtet sind, ist schwer zu differenzieren. Die moderne Wettbewerbspolitik zieht sich daher auf eine evolutionsökonomische Argumentation zurück, nach der sich das optimale Niveau vertikaler Integration stets automatisch einstellt. Akteure, die auf ein zu hohes oder zu niedriges Maß vertikaler Integration zurückgreifen, müssen durch die selektive Wirkung des Wettbewerbs mit besser angepassten Konkurrenten zwangsweise aus dem Markt ausscheiden. Konsequenterweise wird daher in den USA bereits seit den 1980er Jahren und zunehmend durch den „More Economic Approach“ auch in der Europäischen Union (EU) bei vertikalen Absprachen und Zusammenschlüssen eine äußerst liberale Wettbewerbspolitik propagiert.

Besonders auf internationaler Ebene kann das Unternehmen sein transaktionsermöglichendes Potenzial ausspielen. Aufgrund der territorialen Fragmentierung staatlichen Rechts und der nur unzureichenden internationalen Kooperation der verschiedenen Rechtsordnungen ist der wirtschaftliche Austausch zwischen unabhängigen Marktteilnehmern durch große rechtliche Unsicherheit belastet. Transnationale Unternehmen hingegen können die Unsicherheiten zwischen Akteuren fremder Rechtsordnungen und Kulturen selbstständig lösen, indem sie durch interne Abhängigkeits- und Hierarchiestrukturen die Interessen der verschiedenen weltweit verstreuten Unternehmensteile auf den gemeinsamen Erfolg des Gesamtunternehmens ausrichten. Konflikte, die den Handel zwischen unabhängigen

¹ Vgl. dazu *The Economic Sciences Prize Committee of the Royal Swedish Academy of Sciences*, Scientific Background on the Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 2009: Economic Governance (2009) 5: “[...]Williamson’s research not only helps to explain observed regularities but also entails better utilization of the world’s scarce resources”.

Parteien scheitern lassen würden, treten so nicht auf oder können zumindest innerhalb der Unternehmenshierarchie gelöst werden. Auf diese Weise ermöglichen es transnationale Unternehmen, komplexe Produktionsprozesse durch weltweite Arbeitsteilung effizient zu gestalten und so bislang ungenutzte Ressourcen zu mobilisieren.

Ein überwältigender Teil der grenzüberschreitenden Waren- und Dienstleistungsströme wird daher nicht zwischen unabhängigen Transaktionspartnern auf Märkten abgewickelt, sondern in Form von „Intrafirmenhandel“. Insbesondere seit den 1980er Jahren hat das Wachstum von ausländischen Direktinvestitionen dasjenige des Im- und Exporthandels sowie der Gesamtwirtschaftsleistung weit hinter sich gelassen.² Schätzungen bezüglich des heutigen Anteils von Intrafirmenhandel am weltweiten Gesamthandel schwanken zwischen 43% und 73%.³ Die dominante Stellung transnationaler Unternehmen auf globalen Märkten spiegelt deren Fähigkeit wider, grenzüberschreitende Transaktionen effektiver organisieren und absichern zu können, als dies durch andere Organisationsformen möglich wäre.⁴ Dazu bemerkt Schmidt-Trenz:

„Auch [...] die multinationale Firma [...] gelangt zu einer neuen Rechtfertigung auf dieser Grundlage. Denn jede Form der grenzüberschreitenden Integration kann nämlich als Mittel betrachtet werden, jene unverzichtbare relationale Beziehung aufzubauen, die sich in Ermangelung wirksamer protektiver Instanzen von alleine trägt. Manager von Mutter- und Tochterunternehmen befinden sich in einer solchen »lock-in«-Beziehung und erzielen so – infolge einer hohen Wiederbegegnungswahrscheinlichkeit – kooperative Ergebnisse angesichts einer internationalen Transaktion, die in das Unternehmen hineingeholt worden ist. Hier liegt wohl unzweifelhaft eine bislang übersehene Ursache des Strebens nach Integration gerade in der Außenwirtschaft.“⁵

So beachtenswert diese integrative Leistung transnationaler Unternehmen auch sein mag, sind aus wettbewerbspolitischer Sicht dennoch Bedenken anzumelden. Die pauschale evolutionsökonomische Rechtfertigung vertikaler Abreden und Zusammenschlüsse, die in der aktuellen Wettbewerbspolitik prägend ist, lässt bei internationalen Sachverhalten einen entscheidenden Aspekt außer Acht. Die Rahmenbedingungen für die Bewertung

² Vgl. *Budzinski*, *The Governance of Global Competition* (2008) 10 ff.; *Kantzenbach*, *Wettbewerbspolitik in der globalisierten Weltwirtschaft*, in: *Theurl/Smekal* (Hrsg.), *Globalisierung. Globalisiertes Wirtschaften und nationale Wirtschaftspolitik* (2001) 231 (233); *Safarian*, *Have Transnational Mergers or Joint Ventures Increased?*, in: *Kantzenbach et al.* (Hrsg.), *Competition Policy in an Interdependent World Economy* (1993) 9 (10).

³ *Kutschker/Schmid*, *Internationales Management* (2008) 142. Zur beschränkten Aussagekraft diesbezüglicher statistischer Daten siehe jedoch *Dunning/Lundan*, *Multinational Enterprises and the Global Economy*, 2nd ed. (2008) 18.

⁴ *Dunning/Lundan*, *MNEs and the Global Economy* (2008) 197.

⁵ *Schmidt-Trenz*, *Außenhandel und Territorialität des Rechts: Grundlegung einer neuen Institutionenökonomik* (1990) 285.

transaktionsermöglichender Wettbewerbsbeschränkungen unterscheiden sich bei grenzüberschreitenden Sachverhalten fundamental von denen auf nationaler Ebene. Im zwischenstaatlichen Bereich besteht kein Privatrechtssystem, das mit den staatlichen Privatrechtsregimes der Nationalstaaten – zumindest innerhalb der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) – vergleichbar wäre. Während die Argumentation der Transaktionsökonomien stets hintergründig voraussetzt, dass Transaktionen im Schutze des nationalen Privatrechtssystems abgewickelt werden, ist dies auf internationaler Ebene gerade nicht der Fall. Ein erwartungsstabiler Austausch zwischen unabhängigen und einander unbekanntem Transaktionspartnern (freier Markttausch) setzt voraus, dass ein allgemein gültiges Rechtssystem besteht, das – notfalls unter Einsatz legitimer Gewalt – Eigentumspositionen schützt und Verträge wirksam durchsetzt (staatlicher Privatrechtsschutz). Aufgrund weitreichender Defizite im Bereich des Internationalen Privatrechts (IPR) und Internationalen Zivilprozessrechts (IZPR) besteht jedoch für die Parteien grenzüberschreitender Transaktionen nicht die Möglichkeit, diese wirtschaftlich konkurrenzfähig im Wege des freien Markttausches abzuwickeln. Vielmehr sind sie gezwungen, über private Ordnungsmechanismen selbstständig hinreichende Transaktionssicherheit herzustellen.

Vor diesem Hintergrund ist der Organisationsrahmen des Unternehmens oftmals ohne Alternative, um den globalen Austausch wirtschaftlich zu ermöglichen.⁶ Auch solche Transaktionen, die auf dem Binnenmarkt eines OECD-Staats von den niedrigen Bürokratiekosten und den starken Wettbewerbsanreizen des Marktes profitieren, müssen bei grenzüberschreitenden Konstellationen in Abhängigkeits- und Hierarchiestrukturen eingebettet werden. Sie sind damit gleichsam den Kosten durch erhöhten Verwaltungsaufwand und fehlende Wettbewerbsanreize ausgesetzt. Das Ausmaß der eingesetzten vertikalen Integration bei grenzüberschreitenden Geschäften ist aufgrund des mangelhaften staatlichen Privatrechtsschutzes größer als bei rein innerstaatlichen Transaktionen. Vertikale Integration auf grenzüberschreitenden Märkten besteht nicht notwendigerweise, weil sie sich aufgrund überlegener Effizienz gegenüber der Abwicklung vergleichbarer Transaktionen auf dem freien Markt durchgesetzt hat, sondern gegebenenfalls, weil unter den gegenwärtigen privatrechtlichen Rahmenbedingungen keine Alternative zur Verfügung steht. Die durch das erhöhte Ausmaß vertikaler Integration entstehenden Kosten schmälern die Kooperationsrente – und führen dazu, dass viele Transaktionen, die nur auf dem Markt gewinnbringend organisiert werden könnten, letztlich vollständig unterbleiben.

⁶ *Kutschker/Schmid*, Internationales Management (2008) 142; *Klau*, Firmeninterner Handel: Eine theoretische und empirische Analyse des unternehmensinternen Außenhandels multinationaler Unternehmen (1995) 146.

Aus volkswirtschaftlicher Perspektive stellt vertikale Integration bei grenzüberschreitenden Transaktionen daher häufig nur eine Ausweichreaktion auf das Fehlen der institutionellen Rahmenbedingungen für den freien Markttausch dar. Die evolutionsökonomische Argumentation, dass allein die Existenz vertikal integrierter Marktstrukturen Beleg für deren Effizienz sei, kann nicht gelten, solange es den Akteuren aufgrund fehlenden staatlichen Privatrechtsschutzes faktisch nicht möglich ist, ihre Transaktionen zwischen unabhängigen Parteien abzuwickeln.

Überlegene Effizienz kann somit auch nicht pauschal zur Rechtfertigung negativer gesellschaftspolitischer Konsequenzen vertikaler Integration dienen. So widerspricht es den Grundsätzen einer auf Freiheit und Gleichheit der Marktteilnehmer beruhenden Wirtschaftsverfassung, wenn die seit der Beseitigung ständischer Gesellschaftsstrukturen im Zuge der Aufklärung und Industrialisierung überwunden geglaubten Steuerungsmittel der Hierarchie, Abhängigkeit und Weisung in Form von Unternehmensstrukturen im globalisierten Handel zurückkehren. Die Konzentration privatwirtschaftlicher Macht ist für die Wahrung der Interessen der schwachen Glieder des Wirtschaftssystems bedenklich, da transnationale Unternehmen beispielsweise Druck auf öffentlich-rechtliche Akteure ausüben können und durch Lobbyarbeit Sozialstandards abzusenken versuchen.

Angesichts dieser und zahlreicher weiterer Bedenken ist es kaum verwunderlich, dass allerorten die Forderung nach einem verbesserten internationalen Wettbewerbsschutz laut wird. Im Fokus der Debatte stehen dabei klassische kartellrechtliche Probleme, die aus der parallelen Tätigkeit verschiedener nationaler und supranationaler Wettbewerbsbehörden sowie aus den Partikularinteressen ihrer Heimatländer erwachsen. So werden etwa die Konflikte unterschiedlicher materieller Wettbewerbsregimes, die extraterritoriale Anwendung von Kartellrecht nach dem Auswirkungsprinzip sowie die Problematik schlichter Nicht- bzw. Fehlanwendung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften aus nationalstaatlichen Interessen diskutiert. Im Detail ist man sich uneinig, ob eine globale Wettbewerbsbehörde zu schaffen sei, ein an die WTO angelehntes Wettbewerbsregime implementiert oder doch „nur“ die Zusammenarbeit der nationalen Wettbewerbsbehörden gestärkt werden müsse. Einigkeit hingegen herrscht bei einer Vielzahl von Autoren über die grundsätzliche Notwendigkeit, der Dominanz transnationaler Unternehmen mit kartellrechtlichen Instrumentarien entgegenzutreten.

Zweifelsohne leisten diese kartellrechtlichen Debatten einen wertvollen Beitrag für die Ordnung der globalen Wirtschaft. Die Argumentation dieser Arbeit setzt jedoch einen Schritt früher an. Kartellrechtliche Maßnahmen können lediglich restriktiv ungewünschte Machtkonzentrationen eindämmen, während dabei die Ursachen für deren Entstehung unberücksichtigt

bleiben. Um das Problem grundlegend zu entschärfen, müssen die *wettbewerbsermöglichenden* Elemente der Wirtschaftsverfassung, also die institutionellen Rahmenbedingungen für die Abwicklung von Transaktionen im Wege des freien Markttauschs, stärker in den Blick genommen werden. Es wird das Argument hervorgehoben, dass transnationale Unternehmen gerade deshalb so dominante Stellungen innehaben, weil sie vor dem Hintergrund der Defizite des internationalen staatlichen Privatrechtsschutzes grenzüberschreitende Transaktionen durch interne Koordinations- und Hierarchiestrukturen mit ausreichender Transaktionssicherheit abwickeln können. Kleinere Marktteilnehmer hingegen, die innerhalb der einzelnen OECD-Staaten ein funktionierendes staatliches Privatrechtssystem als kostengünstige institutionelle Alternative vorfinden, müssen bei grenzüberschreitenden Geschäften auf kostenintensive externe Institutionen wie Schiedsgerichte, Handelsnetzwerke, Mittelsmänner oder Banken zurückgreifen.

Ein Rückblick auf die historische Entwicklung moderner Wettbewerbsmärkte auf nationaler Ebene verdeutlicht diese Argumentation. Bis ins 19. Jahrhundert hinein war die Absicherung von Transaktionen durch ständische Korporationen wie Zünfte und Gilden geprägt. Im partikularstaatlich zersplitterten Deutschland gab es kein einheitliches Privatrechtssystem, das die Abwicklung von Handelsgeschäften auf nationaler Ebene außerhalb der korporatistischen, personenbezogenen Hierarchie- und Abhängigkeitsbeziehungen ermöglicht hätte. Während der technische Fortschritt und die Beseitigung von politischen Handelshemmnissen – insbesondere durch den Abbau der innerdeutschen Zollgrenzen – den Weg für den unbeschränkten Handel auf nationaler Ebene bereitet hatten, fehlte es nach wie vor an einem deutschlandweit gewährleisteten staatlichen Privatrechtsschutz. Der schlagartig gewachsene Umfang anonymer Märkte überforderte die überkommenen Privatrechtseinrichtungen, welche auf standesrechtlichen Subordinationsverhältnissen sowie engmaschigen Reputationsnetzwerken beruhten. Um die Steuerung der Wirtschaft durch Hierarchiestrukturen zu beseitigen und das volle Potenzial des durch die Gewerbefreiheit eingeführten Prinzip des Wettbewerbs auf freien Märkten nutzen zu können, mussten zunächst durch die Einführung eines einheitlichen Handelsrechts sowie eines einheitlichen Gerichtsaufbaus nebst einheitlichem Prozessrecht die Grundvoraussetzungen des staatlichen Privatrechtsschutzes geschaffen werden. Die Verstaatlichung des Privatrechts war somit eine grundlegende Voraussetzung für den Paradigmenwechsel von der ständisch geprägten Gesellschaft der frühen Neuzeit zur Privatrechtsgesellschaft moderner Prä-

gung, welche auf der privatautonomen Koordination gleichgeordneter Privatrechtssubjekte aufbaut.⁷

Zu dieser historischen Entwicklung weist die momentan zu beobachtende globale Ausdehnung von Märkten deutliche Parallelen auf. Nun ist es die Ausdehnung der Märkte von nationaler auf internationale Ebene, welche die Grenzen der überkommenen Privatrechtsinstitutionen überschreitet. Sinkende Transport- und Kommunikationskosten sowie der Abbau nationaler Handelshemmnisse haben eine weltweite Vernetzung wirtschaftlicher Aktivitäten ermöglicht. Das in der westfälischen Ordnung verhaftete System nationaler Privatrechtsordnungen hingegen ist nicht in der Lage, freien Markttausch im globalen Wirtschaftsverkehr hinreichend abzusichern. Mangels international funktionsfähiger Privatrechtsinstitutionen sind globale Märkte nach wie vor auf vertikal integrierte Abhängigkeits- und Hierarchiestrukturen zur Absicherung grenzüberschreitender Transaktionen angewiesen. Sie bleiben damit ebenso hinter ihren Möglichkeiten zurück wie die auf nationale Ebene gewachsenen Märkte des 19. Jahrhunderts vor der Etablierung eines einheitlichen nationalen Privatrechtssystems. Denn es fehlt auf internationaler Ebene an der transaktionsrechtlichen Komponente der Wirtschaftsverfassung.

Transnationale Unternehmen als Institutionen zur Absicherung grenzüberschreitender Transaktionen sind somit unter den gegebenen Rahmenbedingungen notwendig für die internationale Arbeitsteilung. Ihre Dominanz stellt jedoch weder aus gesellschaftspolitischer noch aus volkswirtschaftlicher Sicht einen Idealzustand dar. Diese Arbeit nimmt es sich zur Aufgabe, die wettbewerbspolitische Bedeutung des staatlichen Privatrechtsschutzes zu beleuchten. Es wird für die Fortentwicklung eines funktionsfähigen staatlichen Privatrechtsschutzes auf internationaler Ebene plädiert, um den für viele Transaktionen theoretisch überlegenen freien Markttausch auch in der Praxis des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs attraktiv zu gestalten – und auf diese Weise zugleich die Bedeutung der Wirtschaftssteuerung durch vertikal integrierte Strukturen zu verringern. Es soll das Bewusstsein dafür geschärft werden, dass insbesondere die justizielle Zusammenarbeit, die Angleichung zivilprozessualer Vorschriften sowie die Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen unabdingbare Voraussetzung dafür sind, die wirtschaftliche Durchführung grenzüberschreitender Transaktionen auch ohne Einbettung in hierarchisierte Ordnungsmechanismen zu ermöglichen. So kann Privatrechtsschutz einen wichtigen – wenn auch selbstverständlich nicht hinreichenden – Beitrag für die Entstehung globaler Marktstrukturen schaffen, die sich an den

⁷ Böhm, Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, ORDO 17 (1966) 75; vgl. unten Kap.1 C. III., S. 90 ff.

normativen Gütern der Freiheit und Gleichheit aller Marktteilnehmer orientieren.

Da es marktförmigen Austausch überhaupt erst ermöglicht, stellt das Privatrecht eine notwendige, wenn auch nicht hinreichende Bedingung für die Entstehung von Wettbewerbsmärkten dar. Systematisch geht es anderen Komponenten der Wirtschaftsverfassung, wie z.B. der Etablierung regulativer Rahmenbedingungen, voran. Erst im systematisch letzten Schritt ist der durch das Privatrecht ermöglichte Wettbewerb durch das Kartellrecht vor seiner Selbstauflösung zu schützen. Da es auf internationaler Ebene nach wie vor am systematisch vorangehenden Element des Privatrechts fehlt, ist Privatrechtspolitik die derzeit am dringlichsten zu akzentuierende Komponente der globalen Wettbewerbspolitik.

Daher wird in dieser Arbeit selektiv die wettbewerbspolitische Bedeutung des Privatrechts thematisiert. Andere, im Gesamtkontext einer globalen Wirtschaftsverfassung aber nicht weniger wichtige Aspekte, können nur am Rand betrachtet werden. Als Dissertation, die sich spezifisch der Beziehung zwischen Privatrechtsschutz und vertikal integrierter Strukturen im internationalen Handel widmet, erhebt die Arbeit somit nicht den Anspruch, ein vollständiges Modell einer Weltwirtschaftsverfassung zu formulieren.

B. Thesen

Die skizzierte Problematik lässt sich in folgenden Thesen zusammenfassen, die der weiteren Untersuchung zugrunde liegen:

These 1: Ein allgemein gültiges Rechtssystem, das – notfalls unter Einsatz legitimer Gewalt – Eigentumspositionen schützt sowie Verträge wirksam durchsetzt (staatlicher Privatrechtsschutz) und dadurch die Abwicklung von Transaktionen zwischen voneinander unabhängigen, einander unbekanntem und gleichgeordneten Marktteilnehmern ermöglicht (freier Marktaustausch), ist konstitutive (obgleich nicht hinreichende) Voraussetzung für die Entstehung von Wettbewerb.

These 2: Fehlt ein solcher Privatrechtsschutz, wird die für den wirtschaftlichen Austausch notwendige Erwartungsstabilität durch die Abwicklung von Transaktionen in Abhängigkeits- und Hierarchiestrukturen hergestellt (vertikale Integration).

These 3: Die positive Bewertung transaktionsermöglichender vertikaler Integration in der modernen Wettbewerbspolitik greift bei grenzüberschrei-

tenden Sachverhalten zu kurz. Da Transaktionen im internationalen Handel aufgrund des defizitären staatlichen Privatrechtsschutzes nicht erwartungsstabil zwischen unabhängigen Parteien abgewickelt werden können, wird auf die Hierarchie- und Abhängigkeitsstrukturen privater Governance-Mechanismen zurückgegriffen. Vertikale Integration stellt im internationalen Kontext daher oftmals eine alternativlose Ausweichstrategie dar, für die keine absolute Effizienzvermutung gelten kann.

These 4: Tatsächlich ist das erhöhte Ausmaß vertikaler Integration auf internationalen Märkten weder volkswirtschaftlich noch gesellschaftspolitisch wünschenswert. Die vermachteten und hierarchisierten Marktstrukturen verursachen hohe Kosten, bieten defizitäre Anreizstrukturen und unterminieren, ohne durch Effizienzvorteile gerechtfertigt zu sein, die Prinzipien der wirtschaftlichen Freiheit und Gleichheit aller Marktteilnehmer innerhalb einer Privatrechtsgesellschaft.

These 5: Wettbewerbspolitische Vorschläge, die sich auf die Ebene des internationalen Kartellrechts konzentrieren, setzen einen Schritt zu spät an. Dem Kartellrecht logisch voran geht die Gewährleistung staatlichen Privatrechtsschutzes auf internationaler Ebene, um den unpersönlichen wettbewerblichen Austausch gleichgeordneter Wirtschaftssubjekte zu ermöglichen.

C. Vorgehensweise

Zunächst wird im ersten Kapitel der theoretische Zusammenhang von Wettbewerbspolitik und Privatrecht erörtert. Auf institutionenökonomischer Grundlage wird herausgearbeitet, warum staatlicher Privatrechtsschutz eine konstituierende Voraussetzung für die Entstehung von Wettbewerb ist – und warum personengebundene Institutionen prinzipbedingt mit freiem Wettbewerb nicht vereinbar sind. Diese theoretischen Erörterungen werden durch eine historische Analyse untermauert. Es wird zum einen analysiert, inwieweit die wettbewerbsermöglichende Funktion des Privatrechts bereits im Rahmen der Verstaatlichung des Privatrechtssystems im 19. Jahrhundert wahrgenommen wurde. Zudem wird die ideengeschichtliche Entwicklung des Privatrechts als Teil der ordoliberalen Wirtschaftsverfassung analysiert, um die Stellung des Privatrechts als Fundament der Wettbewerbsordnung in einer auf der Koordination gleichgeordneter Marktteilnehmer beruhenden Privatrechtsgesellschaft festzumachen.

Im zweiten Kapitel wird dieser Zusammenhang von Privatrecht und Wettbewerbspolitik auf die aktuelle Struktur der globalisierten Wirtschaft übertragen. Insbesondere werden die dominante Form der Abwicklung grenzüberschreitender Transaktionen innerhalb transnationaler Unternehmensstrukturen und deren wettbewerbspolitische Bewertung betrachtet. Es wird gezeigt, dass die vertikale Integration grenzüberschreitender Transaktionen derzeit für die globale Arbeitsteilung notwendig ist, weil die Defizite des internationalen staatlichen Privatrechtsschutzes deren rentable Organisation mittels freien Markttauschs nicht zulässt.

Auf Grundlage der Ergebnisse der ersten beiden Kapitel wird im dritten Kapitel der momentan in der wettbewerbspolitischen Theorie und Praxis vorherrschende „More Economic Approach“ kritisch beurteilt. Es wird gezeigt, dass in der aktuellen Wettbewerbspolitik die Bedeutung des Privatrechts als das Fundament der Wettbewerbsordnung in Vergessenheit geraten ist und daher internationale Privatrechtspolitik die am dringlichsten zu verfolgende Wettbewerbspolitik auf globaler Ebene ist.

Erstes Kapitel

Staatlicher Privatrechtsschutz als Fundament der Wettbewerbsordnung in einer Privatrechtsgesellschaft

Sucht man in der Literatur nach Verbindungen zwischen Wettbewerbspolitik und Privatrecht, so beschränken sich diese weitgehend auf die Ebene der privatrechtlichen Durchsetzung von kartellrechtlichen Vorschriften.¹ Das Privatrecht wird auf seine Hilfsfunktion zur Unterstützung überlasteter Wettbewerbsbehörden bei der effektiven Durchsetzung solcher Regeln reduziert, die den freien Wettbewerb auf bestehenden Märkten schützen sollen.

Die wettbewerbsermöglichende Funktion des Privatrechts spielt in der wettbewerbspolitischen Theorie und Praxis indes kaum eine Rolle.² Wettbewerbspolitische Erwägungen beschränken sich zumeist auf die korrigierende Funktion des Kartellrechts, das wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen verhindern soll. Kann jedoch mangels hinreichenden staatlichen Privatrechtsschutzes der freie Markttausch nicht hinreichend abgesichert werden, fehlt es bereits an der Grundvoraussetzung für die Entstehung von Wettbewerb zwischen voneinander unabhängigen und gleichgeordneten Akteuren, dessen Schutz Gegenstand kartellrechtlicher Maßnahmen wäre.

Um diesen Gedankengang auszudifferenzieren, wird im Folgenden die konstitutive Funktion des Privatrechts für die Entstehung von Wettbewerbsmärkten zunächst theoretisch aufgearbeitet (A.). Weiterhin wird die Verstaatlichung des Privatrechtssystems im Zeitalter der Industrialisierung

¹ *Mestmäcker*, Über das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht, AcP 168 (1968) 233; *Basedow*, Who will Protect Competition in Europe? From Central Enforcement to Authority Networks and Private Litigation, in: *Einhorn* (Hrsg.), Spontaneous Order, Organization and the Law – Liber Amicorum Ernst-Joachim Mestmäcker (2003) 15; *ders.* (Hrsg.), Private Enforcement of EC Competition Law (2007); *Heinemann*, Interferenzen zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht in der Wettbewerbspolitik, in: *Epiney et al.* (Hrsg.), Die Herausforderung von Grenzen: Festschrift für Roland Bieber (2007) 681; *Hempel*, Privater Rechtsschutz im deutschen Kartellrecht nach der 7. GWB-Novelle, WuW 54 (2004) 362; *Möschel*, Behördliche oder privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts?, WuW 57 (2007) 483.

² Selbst bei *Schmidt*, Wirtschaftsrecht: Nagelprobe des Zivilrechts – Das Kartellrecht als Beispiel, AcP 206 (2006) 169, der grundlegende Fragen des Verhältnisses zwischen Zivil- und Wettbewerbsrecht aufarbeitet, wird die transaktionsermöglichende Funktion des Privatrechts nicht deutlich benannt.

auf ihre wettbewerbspolitische Funktion hin untersucht (B.). Zuletzt wird diese wettbewerbsermöglichende Funktion durch die Erkenntnisse aus der systematischen Analyse des Privatrechts als Kernelement des ordoliberalen Konzepts der „Privatrechtsgesellschaft“ in der Kartelldebatte des 20. Jahrhunderts untermauert (C.).

A. Theoretischer Zusammenhang von Privatrecht und Wettbewerbspolitik

Bricht man das Verständnis von Wettbewerbspolitik auf den kleinsten gemeinsamen Nenner herunter, so bleibt wenig Greifbares. Einigkeit herrscht lediglich darüber, dass Wettbewerbspolitik den Teilbereich der Wirtschaftspolitik umfasst, der sich auf Wettbewerb bezieht. Jenseits dieses schmalen Grundkonsenses lassen sich zwei Konfliktpunkte ausmachen, anhand derer ein begriffliches Fundament für den weiteren Untersuchungsgang gelegt wird. Zum einen herrscht Uneinigkeit darüber, wie genau „Wettbewerb“ als der Bezugsgegenstand von Wettbewerbspolitik zu definieren ist (I.). Zum anderen gilt es zu diskutieren, ob der Aufgabenbereich der Wettbewerbspolitik übergreifend sämtliche wirtschaftspolitischen Maßnahmen einbeziehen soll, die auf die Herstellung und Aufrechterhaltung von Wettbewerb abzielen, oder ob er auf kartellrechtliche Maßnahmen zu beschränken ist (II.). In einem abschließenden Schritt wird dann die konstitutive Funktion des Privatrechts für die Entstehung von Wettbewerb aus institutionentheoretischer Perspektive aufgeschlüsselt (III.).

I. Gegenstand der Wettbewerbspolitik: Wettbewerb als normativer Begriff

Die Frage, was genau unter „Wettbewerb“ zu verstehen ist, lässt sich als die Gretchenfrage der Wettbewerbspolitik verstehen.³ Weist man auf die Schwierigkeiten hin, diesen Begriff prägnant und umfassend zu definieren, so befindet man sich in prominenter Gesellschaft.⁴ Nicht selten wird es gar für unmöglich erklärt, Wettbewerb als Leitbild für die Wettbewerbspolitik

³ Hoppmann, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb (1988) 276.

⁴ So z.B. zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs ebd. 235; Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht. Eine interdisziplinäre Einführung, 8. Aufl. (2005) 1; Emmerich, Kartellrecht – Ein Studienbuch, 11. Aufl. (2008) 2; Schulz, Wettbewerbspolitik – Eine Einführung aus industrieökonomischer Perspektive (2003) 1 f.

zu definieren.⁵ Die Begriffsbestimmung beruht letztlich auf Wertvorstellungen, da Wettbewerb ein normativer Gegenstand ist.⁶

Unstrittig, jedoch wenig aussagekräftig, lässt sich Wettbewerb als „Streben von zwei oder mehr Personen bzw. Gruppen nach einem Ziel [...], wobei der höhere Zielerreichungsgrad des einen i. d. R. einen geringeren Zielerreichungsgrad des(r) anderen bedingt (z.B. sportlicher, kultureller oder wirtschaftlicher Wettkampf)“ definieren.⁷ Wie die der abstrakten Definition nachgeschobenen Beispiele belegen, lässt diese sich auf eine Vielzahl verschiedener Konstellationen übertragen und besitzt daher kaum Abgrenzungspotenzial. Selbst die Beschränkung auf wirtschaftlichen Wettbewerb ist weiter auslegungsbedürftig.

Ein Blick in die Literatur verspricht auf den ersten Blick Aufklärung. Wenig überraschend beziehen sämtliche aktuellen Standardwerke zur Wettbewerbspolitik ihre Ausführungen – teils ausdrücklich, teils implizit – auf moderne Marktwirtschaften. Schmidt etwa leitet aus der Übertragung seines weiten Wettbewerbsbegriffs „auf das Wirtschaftsleben“ die Existenz von Märkten mit mindestens zwei antagonistisch agierenden Anbietern oder Nachfragern ab, setzt also ein marktwirtschaftliches Arrangement voraus.⁸ Auch Willeke beschäftigt sich mit „Wettbewerbspolitik innerhalb ‚kapitalistisch-marktwirtschaftlicher‘ Ordnungen“.⁹ Neumann leitet sein Werk mit dem Hinweis ein, dass „[i]n einer Marktwirtschaft [...] die Wettbewerbspolitik den Eckstein der Wirtschaftspolitik“ bilde.¹⁰ Auch Emmerich will seine Ausführungen auf Wettbewerb als „System von Marktprozessen“ bezogen verstanden wissen.¹¹ Herdzina weist zwar auf historische Formen von Wettbewerbspolitik außerhalb moderner marktwirtschaftlicher Zusammenhänge hin,¹² widmet sein Lehrbuch aber im Folgenden ebenfalls ausschließlich der Wettbewerbspolitik in der modernen Marktwirtschaft. Der für das heute allgemein verbreitete Verständnis von Wettbewerbspolitik relevante Wettbewerb findet somit in einem marktwirtschaftlichen Arrangement statt.

Wenn auch bis hierher Einigkeit herrscht, scheiden sich im Detail die Geister. Den Begriff des Wettbewerbs mit Inhalt füllen verschiedene wettbewerbspolitische Leitbilder, die ihm unterschiedliche Eigenschaften und

⁵ *Mestmäcker*, Europäisches Wettbewerbsrecht (1974) 169; *Schulz*, Wettbewerbspolitik (2003) 2; *Herdzina*, Wettbewerbspolitik, 5. Aufl. (1999) 7 ff.

⁶ *Hoppmann*, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb (1988) 276 f.

⁷ *Schmidt*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht (2005) 1.

⁸ Ebd. 1 f.

⁹ *Willeke*, Wettbewerbspolitik (1980) 5.

¹⁰ *Neumann*, Wettbewerbspolitik – Geschichte, Theorie und Praxis (2000) 1.

¹¹ *Emmerich*, Kartellrecht (2008) 2.

¹² *Herdzina*, Wettbewerbspolitik (1999) 1.

Funktionen zumessen.¹³ In der Literatur ist unter anderem von „vollständigem und unvollständigem, von freiem, arbeitsfähigem, funktionsfähigem, wirksamem, atomistischem, innovatorischem, schöpferischem, initiatorschem, potenziellem Wettbewerb die Rede“.¹⁴ Der Konflikt ist vorprogrammiert, da die Leitbilder zwar in sich schlüssige Konzepte darstellen, jedoch teils gegenläufige Ziele verfolgen. Seit jeher wird daher um die „richtige“ Konzeption von Wettbewerb gestritten. Grob vereinfacht lassen sich die vertretenen Ansätze in zwei Kategorien einordnen. Auf der einen Seite stehen effizienzorientierte Leitbilder, die Wettbewerb ausschließlich zur Steigerung der ökonomischen Wohlfahrt instrumentalisieren wollen (2.). Dagegen verwarren sich insbesondere Juristen aus dem ordnungspolitischen Lager, die dem Wettbewerb überdies auch eine gesellschaftspolitische, meta-ökonomische Funktion zuweisen (1.).¹⁵ Abschließend wird diskutiert, welche Variante vorzugswürdig ist (3.).

1. Wettbewerb als Garant wirtschaftlicher Freiheit und Gleichheit

Historisch betrachtet gründete die Idee des Wettbewerbs in der klassischen Schule der Nationalökonomie. Für Adam Smith bezog sich der Wettbewerbsbegriff insbesondere auf die Beseitigung von feudal-merkantilistischen Wirtschaftsbeschränkungen, die vonseiten des Staates die Handlungsfreiheit der Bürger begrenzten. Aus der individuellen wirtschaftlichen Freiheit sollte sich ein dynamischer Prozess aus Aktion und Reaktion entwickeln, der, gelenkt durch die „invisible hand“, zu einer Wohlstandsmaximierung führen würde.¹⁶ Wettbewerb war danach insbesondere durch die Abwesenheit staatlicher Bevormundung und Reglementierung sowie dem Prinzip der vollständigen Privatautonomie gekennzeichnet.

An dieser Vorstellung von Wettbewerb als Mechanismus zur Steuerung wirtschaftlicher Aktivitäten zwischen formell gleichgeordneten und machtlosen Akteuren orientiert bildete sich das neoklassische Gleichgewichtsmodell der vollständigen Konkurrenz heraus.¹⁷ Dieses mathematische Modell baute insbesondere auf den Prämissen auf, dass alle Marktteilnehmer

¹³ Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht (2005) 2.

¹⁴ Herdzina, Wettbewerbspolitik (1999) 8.

¹⁵ Einen guten Überblick über die Grundpositionen der Debatte bietet Möschel, Juristisches versus ökonomisches Verständnis einer Wettbewerbsbeschränkung, in: *Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V.* (Hrsg.), Die Wende in der Europäischen Wettbewerbspolitik (2003) 55.

¹⁶ Smith, An Inquiry into the Nature and the Causes of the Wealth of Nations (1776) Book IV., Chapter II.

¹⁷ Diesem Konzept folgen u.a. Chamberlin, The Theory of Monopolistic Competition – A Re-orientation of the Theory of Value, 8th ed. (1965) 11 ff.; Robinson, The Economics of Imperfect Competition, 2nd ed. (1969) 18 ff.; Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 7. Aufl. (2004) 247 ff.