

Wirtschaftsrecht
und Wirtschaftspolitik

291

Reinhard Ellger/Heike Schweitzer (Hrsg.)

Die Verfassung der europäischen Wirtschaft

Symposium zu Ehren von Ernst-Joachim Mestmäcker aus
Anlass seines 90. Geburtstages



Nomos

Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik

herausgegeben von

Prof. Dr. Florian Bien, Maître en Droit (Aix-Marseille III)

Prof. Dr. Heike Schweitzer, LL.M. (Yale)

begründet von

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ernst-Joachim Mestmäcker

Band 291

Reinhard Ellger/Heike Schweitzer (Hrsg.)

Die Verfassung der europäischen Wirtschaft

Symposium zu Ehren von Ernst-Joachim Mestmäcker aus
Anlass seines 90. Geburtstages



Nomos

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-4047-5 (Print)

ISBN 978-3-8452-8346-3 (ePDF)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Am 25.9.2016 hat Ernst-Joachim Mestmäcker sein 90. Lebensjahr vollendet. Aus diesem Anlass haben sich im Hamburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, dessen Direktor Ernst-Joachim Mestmäcker von 1979 bis 1994 war, Kollegen, Schüler und Weggenossen des Jubilars am 7. und 8. Oktober 2016 versammelt, um einen der herausragenden Gelehrten des deutschen und europäischen Wirtschaftsrechts mit einem wissenschaftlichen Symposium zum Thema „Die Verfassung der europäischen Wirtschaft“ zu ehren. In dem vorliegenden Band werden die auf dem Symposium gehaltenen Vorträge in überarbeiteter und um Fußnoten ergänzter Form einer breiteren Öffentlichkeit zugänglich gemacht. Es handelt sich dabei um eine Laudatio und fünf Vorträge, deren thematische Ausrichtung sich an den Hauptarbeits- und -interessengebieten des Jubilars orientiert. Die Vorträge zeigen die wesentlichen Entwicklungslinien in den von ihnen behandelten Gebieten auf und verknüpfen dies mit einem Ausblick auf mögliche Zukunftsperspektiven für diese Regelungsmaterien.

In seiner eingangs gehaltenen Laudatio zeichnet *Peter Behrens*, emeritierter Professor an der Universität Hamburg, nicht nur den beruflichen und wissenschaftlichen Lebensweg von Ernst-Joachim Mestmäcker nach, sondern legt auch die juristischen und ökonomischen Grundlagen seines Lebensthemas, nämlich den Schutz der Freiheit des Einzelnen vor wirtschaftlicher Macht dar, indem er auf ihre Wurzeln in der Philosophie Immanuel Kants und im ordo-liberalen Wirtschaftsdenken hinweist.

In seinem grundlegenden Beitrag „Europas Geist der Freiheit – rechtsphilosophische Prinzipien der europäischen Verfassung“ entfaltet *Michael Köhler*, emeritierter Professor an der Universität Hamburg, die geistigen Grundlagen der europäischen Einigungsbewegung. Die dabei herausgearbeiteten philosophischen Grundprinzipien, die für das europäische Rechts- und Staatsdenken ebenso wie für das europäische Einigungswerk prägend sind, zieht er zu einer kritischen Analyse der gegenwärtigen Vertragsstruktur der EU heran und zeigt auf, wie diese Grundsätze perspektivisch als Basis für eine zukünftige politische Verfassung der EU relevant sind.

Im Anschluss daran verfolgt der Beitrag von *Vassilios Skouris* – ehemaliger Präsident des EuGH und Professor an der Universität Thessaloniki – über „Die Rolle der Grundfreiheiten in der europäischen Wirtschaftsverfassung und ihr Verhältnis zur Grundrechte-Charta“ die Entwicklung der Grundfreiheiten von bloßen Zielbestimmungen hin zu unmittelbar an-

wendbaren Beschränkungsverboten, die von den Unionsbürgern als subjektive Rechte geltend gemacht werden können. Demgegenüber sind die Grundrechte zunächst über die gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten und die EMRK in die Rechtsprechung des EuGH eingeflossen, bis sie im Lissabon-Vertrag in der Grundrechtecharta verankert wurden. *Skouris* zeigt eindrücklich Konfliktfelder zwischen den Grundfreiheiten, die die wirtschaftliche Handlungsfreiheit schützen, und den auch auf andere Schutzgegenstände gerichteten Grundrechten auf und arbeitet Lösungsmöglichkeiten für diese Konflikte heraus, die eine möglichst weitgehende Konkordanz von Grundfreiheiten und Grundrechten gewährleisten sollen.

Professor *Holger Fleischer*, Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, zeichnet in seinem Aufsatz „Europäisches Konzernrecht: Eine akteurzentrierte Annäherung“ die Entwicklung des europäischen Konzernrechts nach, wobei er an die 1958 erschienene Habilitationsschrift des Jubilars über „Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre“ anknüpft. Dabei beleuchtet er das Vorgehen der verschiedenen Akteure im Bereich des Konzernrechts auf europäischer Ebene und veranschaulicht die enorme Zersplitterung dieses Rechtsgebietes und die daraus entstehenden Systemspannungen. Der Beitrag endet mit Überlegungen zu konzerngesellschaftsrechtlichen Reformansätzen und warnt vor einer weiteren Atomisierung des Konzernrechts in systematisch nicht aufeinander abgestimmten Einzelregelungen.

Johannes Laitenberger, Generaldirektor der GD Wettbewerb der Europäischen Kommission, gibt in seinem Aufsatz „Entwicklungslinien des europäischen Wettbewerbsrechts“ einen umfassenden Überblick über die Veränderungen des europäischen Wettbewerbsrechts – unter Einschluss der Regeln über staatliche Beihilfen – in den vergangenen Jahrzehnten. Dabei hebt er eindrücklich die Bedeutung der Wettbewerbsregeln für das Binnenmarktziel und die wirtschaftliche Integration in Europa hervor. Kennzeichnend für die Entwicklung des europäischen Wettbewerbsrechts ist auch das Vordringen ökonomischer Kategorien bei Auslegung und Anwendung kartellrechtlicher Normen. Als prägend hat sich daneben die parallele Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln des AEUV und der mitgliedstaatlichen Kartellrechtsordnungen und die Zusammenarbeit von Kommission und mitgliedstaatlichen Kartellbehörden auf dem Gebiet Wettbewerbsrechts erwiesen. Schließlich umreißt der Beitrag auch die Herausforderungen, die den europäischen Wettbewerbsregeln durch die digitale Wirtschaft gestellt sind.

In seinem Beitrag „Informationsvielfalt und Wettbewerbsrecht“ geht *Jan Henrik Klement*, Professor an der Universität des Saarlandes, der Frage nach, ob und inwieweit Wettbewerb und Kartellrecht geeignete Instrumente sind, die Medienvielfalt zu gewährleisten. Dabei geht er insbesondere auf die Rolle der kartellrechtlichen Fusionskontrolle im Zusammenspiel mit der rundfunkrechtlichen Konzentrationskontrolle nach dem Rundfunkstaatsvertrag ein. Einen weiteren Schwerpunkt legt der Aufsatz auf die Vielfaltssicherung im Internet, die angesichts der wachsenden Bedeutung dieses Mediums für die Versorgung der Bevölkerung mit Informationen im Verhältnis zu den traditionellen Medien an Wichtigkeit zunimmt.

Das große Interesse, das die Zuhörer den auf dem Symposium gehaltenen Vorträgen entgegenbrachten, zeigte sich an den angeregten und intensiven Diskussionen, die auf jeden Vortrag folgten. Der Verlauf dieser Diskussionen wird in einem von *Jonas Kranz* und *Maximilian Volmar*, Assistenten am Max-Planck-Institut, verfassten Bericht wiedergegeben.

Die Herausgeber dieses Bandes, die das Symposium organisiert haben, danken all denen sehr herzlich, die mit großem Engagement zum Gelingen dieser Veranstaltung beigetragen haben.

Reinhard Ellger
Heike Schweitzer

Inhaltsverzeichnis

Laudatio <i>Peter Behrens</i>	11
Europas Geist der Freiheit <i>Michael Köhler</i>	23
Die Rolle der Grundfreiheiten in der Europäischen Wirtschafts- verfassung und ihr Verhältnis zur Grundrechte-Charta <i>Vassilios Skouris</i>	53
Europäisches Konzernrecht <i>Holger Fleischer</i>	69
Entwicklungslinien des Wettbewerbsrechts der Europäischen Union <i>Johannes Laitenberger und Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Generaldirektion Wettbewerb</i>	109
Informationsvielfalt und Wettbewerbsfreiheit <i>Jan Henrik Klement</i>	153
Diskussionsbericht <i>Jonas Kranz und Maximilian Volmar</i>	191
Autoren und Herausgeber	205

Laudatio

Peter Behrens

Lieber Herr Mestmäcker,
liebe Mestmäcker-Mitschüler, sehr geehrte Geburtstagsgäste!

Ich habe die ehrenvolle Aufgabe, vor dem Eintritt in unser Symposium in gebotener Kürze den Werdegang und akademischen Lebensweg des Geburtstagskindes in Erinnerung zu rufen. Ich erfülle diese Aufgabe anstelle unseres Mitschülers Dieter Reuter, der zu unser aller Bestürzung einem tödlichen Unfall zum Opfer gefallen ist. Ich hoffe, dass er mit dem, was ich sagen möchte, einverstanden gewesen wäre.

Aus Anlass eines heute morgen in der FAZ (Nr. 234 vom 7.10.2016, S. 18) erschienenen Artikels von Haucap und Kühling über „Das Wettbewerbsprinzip als europäischer Sündenbock“, mit dem die Autoren die Wettbewerbskonzeption der EU gegen Kritik von Dieter Grimm in Schutz nehmen, möchte ich mit einer kleinen Begebenheit beginnen, die sich in der „Mittwochsgesellschaft“ zugetragen hat und die bestens zu diesem Artikel passt. Diese Gesellschaft, der Sie, lieber Herr Mestmäcker, angehören, versteht sich als Forum des ideologiefreien Austauschs über aktuelle gesellschaftliche und wissenschaftliche Entwicklungen unter herausragenden Persönlichkeiten aus Wissenschaft, Kultur, Wirtschaft und Politik. Es handelt um eine 1996 von Marion Gräfin Dönhoff wiederbelebte und dann von Helmut Schmidt und Richard von Weizsäcker fortgeführte alte Berliner Tradition.

Sie, lieber Herr Mestmäcker, haben dort einmal einen Vortrag über das Verhältnis öffentlicher Unternehmen und gemeinwirtschaftlicher Dienste zum System unverfälschten Wettbewerbs gehalten. Sie haben erläutert, in welcher Weise die Kommission entsprechend den unionsrechtlichen Anforderungen gewährleistet, dass sich auch die öffentlichen Hände, soweit sie selbst unternehmerisch handeln oder auf das Marktverhalten von Unternehmen Einfluss nehmen, die Spielregeln des Binnenmarkts und des Wettbewerbssystems beachten. Darauf hat Helmut Schmidt, damals ebenfalls Mitglied der Gesellschaft, als Vollblutpolitiker mit blankem Entsetzen reagiert. Er ließ sich zu der Bemerkung hinreißen, die Europäische Kommission sei auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts seit den 1970er

Jahren „immer verrückter“ geworden, „ob die Kerle Monti, van Miert oder wie immer geheißten haben“. Dieser kleine Disput in der „Mittwochs-gesellschaft“ ist geradezu der personifizierte Ausdruck des prekären Verhältnisses von Wettbewerb und Politik, von Markt und Staat, von rechtlicher Bindung und diskretionärer Entscheidung öffentlicher Amtsträger, mit dem Sie sich Ihr Leben lang sowohl wissenschaftlich als auch praktisch auseinander gesetzt haben. Nach wie vor sind die Wettbewerbsregeln, die auch die Beihilfenkontrolle einschließen, für Politiker ein Stein des Anstoßes. Dieter Grimm („Europa ja – aber welches?“) sieht in den vom EuGH für unmittelbar anwendbar erklärten Wettbewerbsregeln eine wesentliche Quelle des Akzeptanzverlusts der EU und hat die Legitimität ihres supranationalen Charakters jüngst sogar unter verfassungs- und demokratietheoretischen Aspekten in Frage gestellt. Haucap und Kühling sind dem heute morgen in der FAZ ganzseitig zu Recht entgegengetreten.

Blickt man zurück in Ihr Geburtsjahr, lieber Herr Mestmäcker, dann war damals die Welt für die öffentlichen Hände noch ganz in Ordnung. Von einer Bindung an Wettbewerbsregeln konnte nach der Kartellverordnung von 1923 überhaupt keine Rede sein. Im Gegenteil: die epidemische Kartellierung der Wirtschaft und der Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen standen lediglich unter einem ministeriellen Interventionsvorbehalt, von dem praktisch kein Gebrauch gemacht worden ist. Und Franz Böhm hat sich schon 1928 in einem Vortrag zum Problem der privaten Macht über die erstaunliche juristische Vernachlässigung des Kartell- und Monopolproblems in Rechtswissenschaft und Rechtsprechung beklagt. Heinrich Kronstein gab einem 1946 in der Yale Law Review veröffentlichten Artikel den Titel „Cartel Control: A Record of Failure“.

Es ist Franz Böhm, Ihrem akademischen Lehrer und damaligen Mitglied des Bundestages, zu verdanken, dass nach dem Krieg – sieht man von den besatzungsrechtlichen Provisorien einmal ab – auch Deutschland im Jahre 1958 – also nahezu 70 Jahre nach dem Erlass des amerikanischen Sherman Act 1890 – gegen erhebliche Widerstände ein Kartellrecht bekam, das seinen Namen halbwegs verdiente. Zur gleichen Zeit haben andere Vertreter der ordoliberalen Schule wie insbesondere Hans von der Groeben als Leiter der deutschen Verhandlungsdelegation für die Ausarbeitung des EWG-Vertrags erfolgreich darauf hingewirkt, dass auch in das Gemeinschaftsrecht vergleichsweise strenge Wettbewerbsregeln aufgenommen wurden, die ohne Änderung des Wortlauts noch heute Bestandteil des AEUV sind. Was diese Regeln im Einzelnen bedeuten würden, wusste damals allerdings niemand so genau. Es ist Ihr großes Verdienst,

dass Sie die Auslegung der Wettbewerbsregeln zu einem zentralen Gegenstand der Rechtswissenschaft gemacht haben.

Der biographische Schlüssel dazu liegt in Ihrer frühen persönlichen und intellektuellen Begegnung mit Franz Böhm. Sie waren 1944 als Angehöriger der Flakhelfergeneration noch von der Schulbank weg zum Militärdienst an der Ostfront einberufen worden, sind aber bei Kriegsende nach einer abenteuerlichen Flucht vor den anrückenden russischen Truppen gerade noch heil in den Westen Deutschlands gelangt und 1946 an der Universität Frankfurt zum Studium der Rechtswissenschaften zugelassen worden. Franz Böhm sind Sie dem Vernehmen nach bereits als Student durch eine unkonventionelle Klausurlösung des Problems der besitzlosen Übereignung von Sachen aufgefallen. (Er hat Sie nach einem Tag Bedenkzeit dafür mit der Spitzennote belohnt). Von hier an nahm Ihr akademischer Werdegang seinen konsequenten Verlauf: zunächst Assistenz, dann Promotion und 1958 Habilitation bei Franz Böhm.

Franz Böhm und seine Mitstreiter hatten es aufgrund der Erfahrungen mit den ungezügelten Kartellierungstendenzen in der Wirtschaft der Weimarer Republik und dem beispiellosen Machtmissbrauch der Nationalsozialisten einschließlich der politisch gesteuerten Zwangskartellierung als ihre wichtigste Aufgabe angesehen, das Phänomen der Macht durch eine Gesamtordnung zu bewältigen, die auf der Idee der individuellen Freiheit beruht. Im Vorwort zu Böhms programmatischer Schrift von 1937 über „Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung“ hatten Böhm, Eucken und Großmann-Doerth das Konzept einer (marktwirtschaftlichen) Wirtschaftsverfassung formuliert, das Wirklichkeitsnähe und grundsätzliches Denken miteinander verknüpfen sollte. Daraus zogen sie die entscheidende Schlussfolgerung, dass „nur die Ausrichtung an dieser Idee die Handhabe gibt, wirklich zuverlässige und schlüssige Grundsätze für die Auslegung vieler Teile des öffentlichen oder privaten Rechts zu gewinnen“. Und sie fügten hinzu, dass diese Aufgabe nur lösbar sei, „wenn sich der Jurist der Ergebnisse wirtschaftswissenschaftlicher Forschung bedient“. Dass dieses Denken auf einen gerade eben dem Krieg Entronnenen einen tiefen und prägenden Eindruck hinterlassen musste, lässt sich nur allzu gut nachempfinden. Es war die Stunde der Befreiung der Nationalökonomie von einem sterilen Historismus und der Rechtswissenschaft von einer bornierten Begriffsjurisprudenz. Franz Böhm vermittelte Ihnen ein Erkenntnisprogramm, das nach den Systemfunktionen von Rechtsnormen fragte und damit eine ganz neue Art von Rechtswissenschaft ermöglichte.

Es war nur natürlich, dass Sie Franz Böhm schon als sein Doktorand auf das Feld des Wettbewerbsrechts gefolgt sind. Mit Ihrer Dissertation über „Verbandsstatistiken als Mittel zur Förderung und Beschränkung des Wettbewerbs in den USA und Deutschland“ haben Sie sich einem zentralen und unter dem Stichwort „Informationsaustausch“ auch heute wieder hochaktuellen Phänomen der Verhaltensabstimmung unter Wettbewerbern gewidmet. Damit begann die kaum überschaubare Fülle Ihrer wettbewerbsrechtlichen Arbeiten.

Sie haben sich früh auch mit besonderer Intensität der europäischen Dimension gewidmet. Ihr „Europäisches Wettbewerbsrecht“ und der monumentale mehrbändige Kommentar, den Sie zusammen mit Herrn Immenga – inzwischen unter Einbeziehung seines Schülers, Herrn Körber – herausgeben, sind zu Leuchttürmen unter den Standardwerken geworden. Beide Werke ruhen auf einem breiten Fundament sowohl monographischer Publikationen als auch unzähliger weit verstreuter Aufsätze, die Sie zum Glück wiederholt auch in Sammelbänden zugänglich gemacht haben. Gerade ist ein weiterer Sammelband unter dem programmatischen Titel „Europäische Prüfsteine der Herrschaft und des Rechts“ erschienen.

Es kann Ihnen nicht hoch genug angerechnet werden, dass Sie die ordolibérale Tradition in der Rechtswissenschaft nicht nur aufgenommen, sondern maßgeblich weiterentwickelt haben. Entgegen einem Missverständnis, das sich vor allem in der angelsächsischen Kritik am Ordoliberalismus festgesetzt hat, ist die Freiburger Schule keine zeitbedingte Episode ohne aktuelle Bedeutung geblieben. Im Gegenteil: Es ist Ihnen zu verdanken, dass manches, was zeitbedingt war, wie etwa das Leitbild des vollkommenen Wettbewerbs, überwunden und durch neuere Erkenntnisse ersetzt und ergänzt worden ist. Sie selbst haben das Hayeksche Konzept des Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren in Ihr Denken integriert. Manche interventionistischen Untertöne der Freiburger haben Sie dadurch korrigiert, dass Sie die Wettbewerbsregeln als Spielregeln und nicht als Interventionsermächtigungen verstanden wissen wollen. Auf der anderen Seite ist längst auch die Bedeutung vielfältiger Friktionen, mit denen reale Märkte aufgrund von Marktversagen, Transaktionskosten oder Verhaltensanomalien konfrontiert sind, in das ordolibérale Denken eingegangen. Auch die Anschlussfähigkeit der Institutionenökonomik an die Idee der Wirtschaftsverfassung liegt auf der Hand.

Das Ergebnis ist zwar bis zu einem gewissen Grad der Verlust an innerer Geschlossenheit wie sie noch der Freiburger Schule eigen war. Die zunehmende Differenzierung liegt aber ganz auf der von Franz Böhm postulierten Linie der Verknüpfung von Wirklichkeitsnähe und grundsätz-

lichem Denken. Und sie bezeugt die Lebendigkeit und Aktualität des Ordoliberalismus wie er sich inzwischen über vier oder gar fünf Generationen hinweg in mancherlei Varianten entwickelt hat und in jüngster Zeit auch sogar im angelsächsischen Raum auf zunehmendes Interesse stößt. Was die Familie seiner Vertreter eint, ist die für die Rechtsanwendung folgenreiche Überzeugung, dass Wettbewerb aus der Wahrnehmung der individuellen Freiheiten in den Formen des Privatrechts resultiert. Franz Böhm hatte demgemäß den Begriff der Privatrechtsgesellschaft geprägt. Die durch die Wettbewerbsregeln gezogenen Grenzen der Ausübung der individuellen Freiheiten sollen ihren systemkonformen Gebrauch sichern.

Den ordoliberalen Ansatz haben Sie vor allem im Hinblick auf die europäische Integration fruchtbar gemacht. Der auch vom EuGH anerkannte Verfassungscharakter des Gemeinschaftsrechts kam Ihnen dabei entgegen. Das Zusammenspiel der Verkehrsfreiheiten und der Wettbewerbsregeln fügte sich in geradezu idealer Weise der Konzeption einer marktwirtschaftlichen Wirtschaftsverfassung. Die unmittelbar anwendbaren Normen des primären Gemeinschaftsrechts garantierten nach der Rechtsprechung des EuGH die subjektiven Rechte, aus deren Wahrnehmung Binnenmarkt und Wettbewerb entstanden. Für den, der in Hierarchien denkt, handelte es sich also nicht um eine illegitime Selbstermächtigung der EU (so jüngst Dieter Grimm), sondern im Gegenteil: um die Ermächtigung der Bürger, ihre wirtschaftlichen Angelegenheiten selbst in die Hand zu nehmen. So sind die Bürger zu Agenten des Unionsinteresses geworden. Walter Hallstein hatte schon 1962 treffend von der Wirtschaftsgemeinschaft als einer Rechtsgemeinschaft gesprochen, die auf der Wahrnehmung individueller Rechte beruht. Dass dies der Modus der wirtschaftlichen Integration in der Europäischen Gemeinschaft war und noch immer ist, haben Sie in immer neuen Varianten dargelegt, mit besonderer Klarheit schon zusammen mit Hans von der Groeben in dem umfassenden und immer noch lesenswerten ersten Bielefelder Bericht von 1972 über die „Ziele und Methoden der europäischen Integration“, der dort am Zentrum für interdisziplinäre Forschung (ZIF) entstanden ist.

Nun ist allerdings seit 1972 einiges geschehen, was Sie immer wieder veranlasst hat, das ordoliberale Konzept der Wirtschaftsverfassung und der Rechtsgemeinschaft gegen eine Kritik zu verteidigen, die sich auf den Vorrang der Wahrnehmung öffentlicher Interessen durch demokratisch legitimierte Organe der EU und ihrer Mitgliedstaaten beruft. Da ist zunächst einmal die mit dem Vertrag von Maastricht einsetzende Proliferation politischer Kompetenzen der Union. Aus diesem Anlass haben Sie, lieber Herr Mestmäcker, sich in zahlreichen Beiträgen mit dem Verhältnis

von marktwirtschaftlicher Verfassung und politischer Gestaltung auseinander gesetzt. Der Schlüssel zu deren Vereinbarkeit liegt in der Bindung der politischen Kompetenzen der Union und ihrer Mitgliedstaaten an den im AEUV verankerten „Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“. Das heißt nichts anderes als dass die Instrumente zur Durchsetzung politischer Ziele andere sein müssen als die Marktabschottung und die Wettbewerbsbeschränkung.

So verhält es sich insbesondere auch mit der Verfolgung sozialer Ziele, die in dem vom Lissaboner Vertrag verwendeten Begriff der „sozialen Marktwirtschaft“ impliziert sind. Auch re-distributive Ziele müssen verfolgt werden, ohne den Binnenmarkt und das Wettbewerbssystem außer Kraft zu setzen. Der Gerichtshof kontrolliert dies über das Verhältnismäßigkeitsprinzip, von dem sein ehemaliger Präsident Skouris einmal gesagt hat: „It protects individuals against a restriction to an unnecessary extent of their rights by a measure benefiting the community.“ Wenn also das Fehlen einer politischen Union oder einer Sozialunion beklagt wird, dann liegt das nicht an der Wirtschaftsverfassung der EU. Es ist vielmehr das durch sehr unterschiedliche Allgemeinwohlvorstellungen begründete Zögern der mitgliedstaatlichen Regierungen, entsprechende Kompetenzen aus der Hand zu geben und auf die Union zu übertragen. Solange und soweit das Allgemeinwohl der Völker als in den Nationalstaaten aufgehoben angesehen wird, ist seine Vergemeinschaftung unmöglich. Sie haben das einmal auf die Formel gebracht: „Von Hegel führt kein Weg nach Europa.“ Dass allerdings Kommission und Rat von sich aus viele – vielleicht zu viele – politische Zügel regulatorisch in die Hand genommen haben, steht auf einem anderen Blatt. Die Kritik an einer zu weitgehenden Zentralisierung auf zu vielen Politikfeldern erstreckt sich aber bemerkenswerter Weise nicht auf die Kernbestandteile von Binnenmarkt und Wettbewerbssystem als solche. Und so lange die nationalen Regierungen den Urteilen ihrer Gerichte noch Gehorsam zollen, wird sich daran angesichts der Verrechtlichung der Wirtschaftsverfassung wohl auch nichts ändern.

Eine weitere wirtschaftsverfassungsrechtlich erhebliche Herausforderung hat der Vertrag von Maastricht durch die Einführung der Währungsunion und die Schaffung einer europäischen Zentralbank mit sich gebracht. Die für die Funktionsfähigkeit des Preismechanismus konstitutive Bedeutung der Geld- und Wechselkurspolitik haben Sie ebenfalls in zahlreichen Beiträgen unter wirtschaftsverfassungsrechtlichen Aspekten hervorgehoben. Die Bindung der nationalen Finanz- und Haushaltspolitiken an rechtliche Regeln hat sich als kaum durchsetzbar erwiesen. Kollektive Rettungsschirme der Mitgliedstaaten und die Politik des billigen Geldes

der EZB kaufen Zeit, aber die erforderlichen strukturellen Reformen bleiben aus. Es zeigt sich einmal mehr, dass die Wirtschaftsverfassung der EU auf Voraussetzungen beruht, die sie selbst nicht garantieren kann, nämlich dem Rechtsgehorsam der nationalen Regierungen.

In Goethes „Maximen und Reflexionen“ findet sich der beherzigenswerte Satz: „Es ist nicht genug zu wissen, man muss auch anwenden; es ist nicht genug zu wollen, man muss auch tun.“ Ich bin sicher, lieber Herr Mestmäcker, dass Sie sich dieses Motto schon als junger Wissenschaftler hinter den Spiegel gesteckt haben.

Da ist an erster Stelle Ihre Rolle als akademischer Lehrer hervorzuheben. Sie haben als Lehrstuhlinhaber nacheinander in Saarbrücken, in Münster und anschließend in Bielefeld, aber auch noch nach Ihrem Wechsel in das Direktorium des hiesigen Max-Planck Instituts im Jahre 1979 bis zu Ihrer Emeritierung 1994 mit Ihrem Wissen zahlreiche Schüler geprägt, die inzwischen ihrerseits wieder zahlreiche Schüler in Ihrem Geist geprägt haben. Das ist unter dem Gesichtspunkt der Nachhaltigkeit eigentlich Ihr größtes Verdienst. Und das ist Ihnen gelungen nicht durch Indoktrination oder Anordnung, sondern aufgrund der Faszination und Überzeugungskraft die Ihr Denken auf uns Schüler ausgeübt hat. Führung und Anleitung durch Vorbild ist stets Ihre pädagogische Devise gewesen und Sie haben Ihren Schülern dabei immer ein denkbar großes Maß an wissenschaftlicher Freiheit gewährt. Was für Sie zählte, war allein die Qualität des Ergebnisses; in diesem Sinne haben Sie immer einen „effects-based approach“ befolgt.

Sie haben sich aber stets auch aus dem rein akademischen Rahmen hinausbegeben und auf die praktische Umsetzung Ihrer Erkenntnisse in der Lebenswirklichkeit hingewirkt. Ihre zehnjährige Tätigkeit als Sonderberater der Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft in Fragen der Wettbewerbspolitik und der Wirtschaftspolitik ist bis heute folgenreich gewesen. Im Fall Continental Can haben Sie in Opposition zu Ihrem akademischen Kontrahenten René Joliet (dem späteren Richter am EuGH) erreicht, dass die Kommission und der EuGH die Abwehr von Beeinträchtigungen der jeweiligen Marktstruktur und der dadurch bedingten wirtschaftlichen Handlungsfreiheiten der Marktteilnehmer, insbesondere der Wahlfreiheit der Abnehmer, als Schutzzweck der Wettbewerbsregeln festgeschrieben hat.

Eine andere Stoßrichtung Ihres ordoliberalen Ansatzes waren die weitgehend monopolisierten öffentlichen Sektoren. Es ist Ihnen zu verdanken, dass die ursprünglichen Art. 37 EWGV über die Handelsmonopole und Art. 90 EWGV über öffentliche Unternehmen und Dienstleistungen von

allgemeinem öffentlichem Interesse in einem mit dem System unverfälschten Wettbewerbs kompatiblen Sinne ausgelegt wurden. Es ist nicht zuletzt Ihrem hier im Max-Planck-Institut initiierten Telekommunikationsprojekt zu verdanken, dass jedenfalls auf den Telekommunikationsmärkten weitgehend marktwirtschaftliche Verhältnisse herrschen mit heute allerdings ganz neuen Herausforderungen aufgrund der nunmehr privatwirtschaftlichen Monopolisierungstendenzen. Das Telekommunikations- und Medienrecht ist so zu einem weiteren Schwerpunkt Ihrer wissenschaftlichen Tätigkeit geworden.

Ihre Beschäftigung mit den rechtlichen Grundlagen der marktwirtschaftlichen Ordnung hat Sie – ganz in der Tradition Franz Böhms – auch zu einer immer intensiveren Auseinandersetzung mit den ökonomischen Lehren vom Wettbewerb veranlasst. Das hat die Beschäftigung mit den englischen Klassikern des Liberalismus, insbesondere mit Adam Smith nahegelegt, dessen Denkfigur der unsichtbaren Hand des Marktes Sie die Denkfigur der „sichtbaren Hand des Rechts“ an die Seite gestellt haben. Es ist Ihr bleibendes Verdienst, dass Sie immer wieder mit Nachdruck betont haben, die Marktwirtschaft sei keine regellose, sich selbst stabilisierende Wirtschaftsordnung, sondern ein institutionell sehr voraussetzungsvoller Mechanismus zur Koordinierung individueller Wirtschaftspläne im Eucken'schen Sinne. „Institutions matter“ ist heute ein weltweit anerkanntes Motto.

Sie, lieber Herr Mestmäcker, sind nun allerdings in letzter Zeit mit dem ordoliberalen Wettbewerbsverständnis in einen fundamentalen Gegensatz geraten zu dem von der Kommission favorisierten wohlfahrtsökonomischen Gegenentwurf, dem sogenannten „more economic approach“, dem zu Folge die Wettbewerbskonformität einer Unternehmensstrategie nach ihrem in Mengen und Preisen messbaren ökonomischen Nutzen für die Verbraucher beurteilt werden soll. Es handelt sich bei diesem „effects-based approach“ um einen Frontalangriff auf den ordoliberalen „rule-based approach“, der als formalistisch missverstanden wird. In Ihrer Fundamentalkritik an Richard Posner unter dem Titel „A Legal Theory without Law“ haben Sie glasklar dargelegt, dass ein Wettbewerbsrecht, das den Gebrauch der individuellen Handlungsfreiheit an seinen konkreten Effizienzwirkungen misst statt an seiner Konformität mit den systembegründenden Wettbewerbsregeln, kein Recht mehr ist. Die utilitaristische Maxime: „handle effizient“ ist mit der Maxime: „entscheide frei im Rahmen der Wettbewerbsregeln“ unvereinbar, von unlösbaren Quantifizierungsproblemen bei der Messung von Effizienzen, insbesondere wenn sie dynamischer Natur sind, einmal ganz abgesehen. Im Fall GlaxoSmith-

Kline hat es aber auch der EuGH ganz in Ihrem Sinne abgelehnt, einen konkreten Verbraucherschaden zur Voraussetzung einer Wettbewerbsbeschränkung zu machen. Er hat damit implizit das wirtschaftsverfassungsrechtliche Verständnis vom Wettbewerb als einem auf der Ausübung subjektiver Rechte beruhenden Interaktionssystem bestätigt. Effizienzwirkungen können demgemäß zuverlässig nur dem Wettbewerbsprozess insgesamt zugeschrieben werden. Diesem Verständnis kann allenfalls ein Regutilitarismus gerecht werden, der nicht nach den Effizienzwirkungen einzelner Handlungen fragt sondern nach den Effizienzwirkungen, die eine Regel im Falle ihrer regelmäßigen Befolgung normalerweise hat.

Die interdisziplinäre Beschäftigung mit den Wechselwirkungen von Recht und Ökonomie, die schon Franz Böhm gefordert hatte, durchzieht Ihr gesamtes wissenschaftliches Werk. Als Anerkennung dafür hat Ihnen die Wirtschafts- und sozialwissenschaftliche Fakultät der Universität zu Köln den Ehrendoktor rer. pol. verliehen.

Ein weiterer Grundzug Ihrer Arbeiten ist die Rechtsvergleichung. Das klingt zunächst einmal in diesem Hause nicht besonders aufregend. Das Besondere und durchaus Aufregende daran ist aber, dass Sie aufgrund Ihres Denkens in Ordnungen Rechtsvergleichung als Systemvergleichung betrieben haben. Unvergessen sind in diesem Zusammenhang die Symposien, die wir bereits vor der Wende mit russischen und vor allem mit ungarischen Kollegen durchgeführt haben, um die jeweils systembildenden rechtlichen Institutionen zu vergleichen.

Und hier darf auch ein anderer Brückenschlag nicht unerwähnt bleiben: der transatlantische. Die durchgängige Rechtsvergleichung mit dem amerikanischen Recht ist für Sie immer eine Selbstverständlichkeit gewesen. Sie haben sich schon für Ihre Dissertation „vor Ort“ in den USA mit dem amerikanischen Antitrustrecht vertraut gemacht. Aber auch Ihre grundlegenden konzernrechtlichen Arbeiten sind durch die transatlantische Rechtsvergleichung geprägt. Für Ihre wegweisende Habilitationsschrift über „Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre“ haben Sie an der Georgetown University in Washington die entsprechenden Studien zum amerikanischen corporation law unternommen. Ihre Verbindung zu den USA hat aber nicht zuletzt auch in Ihren wiederholten Gastprofessuren an der University of Michigan in Ann Arbor Ausdruck gefunden, einer Law School, mit der dieses Institut seit Ernst Rabel und dem Ihnen eng verbundenen Eric Stein bis auf den heutigen Tag durch vielfältige, über die Generationen hinweg gepflegte persönliche Kontakte verbunden ist.

Sie haben sich aber zeitlebens nicht auf die literarische und pädagogische Vermittlung Ihrer Einsichten beschränkt, sondern früh begonnen,

sich auch in der praktischen Politikberatung zu engagieren. Eine erste praxisberatende Tätigkeit reicht sogar zurück in die Referendarzeit als Sie die Möglichkeit erhielten, in der Dekartellierungsabteilung der amerikanischen Besatzungsbehörde (High Commission) mitzuwirken. Von Ihrer Rolle als Sonderberater der Kommission war schon die Rede. Sie sind in Washington als Sachverständiger vor einem Senatsausschuss zu Antitrust- und Monopolfragen aufgetreten. 1960 traten Sie für insgesamt 46 Jahre an die Stelle von Franz Böhm als Mitglied des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und haben dort viele wirtschaftspolitische Stellungnahmen maßgeblich beeinflusst. Sie haben in den 1960er Jahren in der berühmten ersten Biedenkopf-Kommission zur Auswertung der Erfahrungen bei der Unternehmensmitbestimmung mitgewirkt. 1964–1970 waren Sie Mitglied der vom Bundestag eingesetzten Kommission zur Untersuchung der Wettbewerbsgleichheit von Presse, Funk, Fernsehen und Film. Als 1973 die Monopolkommission gegründet wurde, haben Sie als erster für 5 Jahre deren Vorsitz übernommen. Später sind Sie dann ab 1997 Mitglied und für drei Jahre auch Vorsitzender der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) geworden.

Ebenfalls nicht unerwähnt bleiben darf Ihr Engagement in der akademischen Selbstverwaltung. An der Universität Bielefeld haben Sie das Gründungsrektorat übernommen; ihr sind Sie weiterhin als Ehrensensator verbunden. Im Rahmen der Max-Planck-Gesellschaft haben Sie sich sechs Jahre lang für eine Vizepräsidentschaft zur Verfügung gestellt; auch hier sind Sie zum Ehrensensator ernannt worden. Sie waren aber weise genug, nicht die Präsidentschaft zu übernehmen; das hätte Sie zu unser aller Nachteil für Jahre von Ihrer wissenschaftlichen Arbeit abgehalten.

Last but not least, lieber Herr Mestmäcker, sind die außerordentlichen Ehrungen zu erwähnen, die Ihnen zuteil geworden sind und die belegen, dass Sie nicht nur als Rechtswissenschaftler höchste Reputation genießen, sondern dass weit über die Fachgrenzen hinaus auf Ihr Urteil Wert gelegt wird. Ich erwähne an erster Stelle Ihre Aufnahme in den Orden pour le mérite für Wissenschaften und Künste. Der Orden versteht sich als eine sich selbst ergänzende »freie Vereinigung von hervorragenden Gelehrten und Künstlern« bestehend aus je 40 inländischen und ausländischen Mitgliedern unter der Schirmherrschaft des Bundespräsidenten. Dieser außerordentlichen Ehrung vorausgegangen waren das Verdienstkreuz 1. Klasse des Verdienstordens der Bundesrepublik Deutschland, der Hanns Martin Schleyer-Preis „für hervorragende Verdienste um die Festigung und Förderung der Grundlagen eines freiheitlichen Gemeinwesens“, die schon

erwähnte Ehrendoktorwürde der Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln, der Ludwig Erhard-Preis für Wirtschaftspublizistik, der Ernst Hellmut Vits-Preis der Gesellschaft zur Förderung der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster, und Sie sind schließlich auch Seniorsmitglied der Akademie der Wissenschaften in Hamburg.

Bevor ich nun zum Ende komme, einige wenige Worte zu Ihrer Person. Um eine gewisse Repräsentativität hinsichtlich der Ihnen zugeschriebenen Attribute zu erreichen, habe ich mir einmal die Laudationes in den Festschriften zu ihrem 70. und 80. Geburtstag angesehen. Dort finden sich viele treffende Charakterisierungen wie etwa: Liebenswürdige, Gastfreundschaft, spezifische Eleganz, Klugheit, intellektuelle Unbestechlichkeit, stets das Übergeordnete zum Ausgangspunkt nehmend, das schlechthin Zwingende der Argumentation, auch: ein leicht irisches Erscheinungsbild. Ich würde dem nur noch hinzufügen wollen: Humor, subtile Ironie, ja: wenn es denn nötig ist, auch ein Sarkasmus, der Fehlentwicklungen blitzartig auf den Punkt bringt. Als Kostprobe erlaube ich mir einen von Herrn Mussler kürzlich in der FAZ zitierten Satz aus Ihrem Munde wiederzugeben: „Wenn die Rettungsschirme und die Staaten, die sie in Anspruch nehmen, groß genug werden, wird der Weg in den Abgrund vergemeinschaftet.“

Lieber Herr Mestmäcker, auch im Laufe von neun Jahrzehnten kann nicht alles verwirklicht werden, was man sich vorgenommen hat. Ich möchte hier nur Ihren bisher vergeblichen Wunsch erwähnen, die Max-Planck-Gesellschaft möge ein Institut für Aufklärungsforschung gründen. Wer allerdings das Privileg hat, Sie gelegentlich in Ihrem häuslichen Arbeitszimmer zu besuchen, zwischen sich und Ihnen nur ein Gebirge aufgeschlagener Bücher und Manuskripte, der erfährt, dass Sie sich in letzter Zeit selbst immer intensiver der Aufklärungsforschung widmen. Sie waren ja immer schon auch der Rechtstheoretiker und Rechtsphilosoph, der die geistesgeschichtlichen Grundlagen einer an der Idee der Freiheit orientierten Rechts- und Wirtschaftsordnung aufgespürt hat. Immanuel Kant und der ihm sehr vertraute Adam Smith waren Ihnen immer ganz präsent. Sie beschäftigen sich in letzter Zeit wieder intensiv mit den Klassikern des englischen Liberalismus (insbesondere Hobbes, Ferguson, Hume), aber auch mit Zeitgenossen wie John Rawls und Armatiya Sen.

Was kann es im hohen Alter Befriedigenderes geben, als immer tiefer die geistesgeschichtlichen Fundamente dessen zu ergründen, was man als Gelehrter sein ganzes Leben lang wissenschaftlich gedacht und erdacht hat. Das tun Sie mit der Ihnen eigenen kritischen Souveränität, mit der Sie