



*Jean - Monnet - Lehrstuhl  
für Europäische Integration*

Freie Universität



Berlin

## *Berliner Online-Beiträge zum Europarecht Berlin e-Working Papers on European Law*

herausgegeben vom  
edited by

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht  
Chair of Public Law and European Law

Prof. Dr. Christian Calliess, LL.M. Eur  
Freie Universität Berlin

Nr. 69

01.11.2011

Oliver Lepsius:

### **Über Märkte, Wettbewerb und Gemeinwohl – Plädoyer für einen Paradigmenwechsel**

Zitiervorschlag:

Verfasser, in: Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, Nr. 1, S. 1-17.



***Prof. Dr. Oliver Lepsius\****

Dieser Beitrag ist erschienen in: *Adolf-Arndt-Kreis* (Hrsg.), *Staat in der Krise - Krise des Staates? Die Wiederentdeckung des Staates*, 2010, S. 25 ff.

## **Über Märkte, Wettbewerb und Gemeinwohl – Plädoyer für einen Paradigmenwechsel**

Die Bestimmung des Gemeinwohls bereitet uns seit jeher Schwierigkeiten. Sie ist eine politische Frage. In der Demokratie kommt die Kompetenz, das Gemeinwohl zu definieren, in erster Linie dem Parlament zu. Von ihm erwarten wir, einen Kompromiß herzustellen zwischen den verschiedenen Interessen in einer pluralen Gesellschaft. Die Konkretisierung des Gemeinwohls ist genauso eine Aufgabe des Parlamentes wie das Aufzeigen der Wege, wie es zu verwirklichen ist: in erster Linie durch gesetzliche Instrumente, die Kompetenzen übertragen, Verantwortung erzeugen, Grenzen ziehen. Es handelt sich um einen politischen Prozeß, der sich in den Foren und Formen des Rechts abspielt. Viele wirken daran mit, nicht nur Staatsorgane und Kompetenzträger, sondern mittelbar auch die Gesellschaft, die auf die politische Willensbildung der Organe Einfluß nehmen kann. Der Prozeß der Gemeinwohlkonkretisierung kennt also viele Akteure und er kann zurückgreifen auf ein großes Reservoir an Gestaltungsmöglichkeiten und Instrumenten.

### **I. Auslagerung der Gemeinwohlkonkretisierung aus den politischen Instanzen**

#### **1. Entsubjektivierung politischer Entscheidungen**

Seit einiger Zeit beobachten wir einen Gesinnungswandel. Gemeinwohlkonkretisierung und Instrumentenwahl werden aus den verfassungsrechtlich zuständigen Organen, in erster Linie dem Parlament, an andere Kompetenzträger delegiert:<sup>1</sup> zum einen an die Expertokratie, an Räte und Beiräte, an Experten, denen man überlegenen Sachverstand zutraut, zum anderen an internationale Stäbe und Formen der intergouvernementalen Zusammenarbeit, die sich nationalen Verantwortlichkeiten und Legitimationsbedürfnissen zu entziehen drohen, und schließlich an die Anonymität marktwirtschaftlicher Verteilungsmechanismen. Wer trifft heu-

---

\*Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Allgemeine und Vergleichende Staatslehre an der Universität Bayreuth.

<sup>1</sup> Vgl. dazu etwa *Martin Morlok*, Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung? *VVDStRL* 62 (2003), S. 37 ff.; *Lothar Michael*, Rechtsetzende Gewalt im kooperierenden Verfassungsstaat, 2002.

te die politisch brisanten Entscheidungen, die das Leben der Menschen, Wohl und Wehe der Gemeinschaft bestimmen? Mehr denn je sind es der sogenannte neutrale Sachverstand von Expertengremien, internationale Organisationen und Foren der intergouvernementalen Zusammenarbeit und schließlich ist es, wie man gerne verkürzend sagt: der Markt. Wir beobachten eine Auslagerung der Politik ins Neutrale der Expertokratie, ins Unüberschaubare der Internationalität oder ins Anonyme des Marktes.

Bei aller Unterschiedlichkeit dieser Auslagerungszonen sticht eine Gemeinsamkeit ins Auge: Sie liefern Begründungen für politisches Handeln, die nicht auf politischen Werturteilen oder rechtfertigungsbedürftigen Abwägungsentscheidungen beruhen. Im Gegenteil: Ihre Begründungen sind strukturell unpolitisch, sie sollen keine politischen Wertungen enthalten. Der Experte muß sich auf unpolitischen Sachverstand berufen. Experten dürfen nicht mit politischer Zweckmäßigkeit argumentieren, sonst wären sie keine Experten. Internationale Gremien schnüren Kompromisse, die nach außen weder transparent noch nachverhandelbar sind. Schnürten sie keine Kompromisse, bedürfte es keiner internationalen Organisationsstruktur, weil die national zuständigen Organe selbst handeln könnten. Ruft man nach der Rationalität des Marktes, hofft man auf selbstregulierende Prozesse, die zu Allokationen ohne politische Einflußnahme führen. Märkte folgen ihrer wirtschaftlichen Eigenlogik. Ob nun Experten, Märkte oder internationale Organe handeln: Das Gemeinsame dieser Auslagerungszonen liegt in ihrer Subjektlosigkeit und Eigenrationalität. Man kann keine Personen nennen, die Verantwortung tragen und man kann keine Kriterien erkennen, über die sich nach Für und Wider streiten ließe. Klare Zuständigkeiten sind beseitigt und verantwortliche Kompetenzträger nicht mehr auszumachen. Inhaltlich folgen die Ergebnisse scheinbar unpolitischen Kriterien: Marktprozessen, Sachgesetzmäßigkeiten, antizipierbaren Kausalverläufen oder Absprachen, Verhandlungskompromissen und „Paketen“, die nicht mehr in Frage gestellt bzw. „aufgeschnürt“ werden dürfen.

Hier wird auch deutlich, worin das Eigeninteresse der politisch Handelnden an der Auslagerung besteht: Die Auslagerung entlastet vor dem Zwang zur Begründung. Vermieden wird die genuin politische Frage, warum so und nicht anders entschieden wurde. Wie viel leichter ist es auf scheinbar determinierte Faktoren abzustellen, auf das Wissen der Experten, den Kompromißzwang auf internationaler Ebene oder die Sachgesetzmäßigkeiten des Marktes. Dieser Auslagerungsprozeß wird gerne auch als Globalisierung beschrieben und mit der Frage verknüpft, ob der Staat seine besten Tage gesehen habe, abtreten könne oder wiederzubeleben sei. Diese Beschreibungen haben etwas Schicksalhaftes an sich. Sie atmen den Geist der Geschichtsphilosophie. Sie tun so, als ob wir Gefangene einer Entwicklung seien, die unver-

meidlich, unumkehrbar oder unbeeinflussbar sei. Dabei wird übersehen: Die Auslagerung der politischen Frage der Gemeinwohlkonkretisierung ist eine bewußte Entscheidung der politischen Gremien selbst gewesen. Insofern erhebt sich die Notwendigkeit, wie ein politisches Bewußtsein für den Argumentationsprozeß erzeugt werden kann, daß die für ein demokratisches Gemeinwesen elementare Frage der Gemeinwohlbestimmung als eine politische Frage begreift und sie in Foren behandelt, die politische Kriterien artikulieren und verarbeiten können. Man kann das Problem auch anders formulieren: Warum sind grundlegende Verteilungsentscheidungen bei Experten, bei Formen der intergouvernementalen Zusammenarbeit von Regierungen oder bei Märkten in vielen Fällen schlecht aufgehoben?

## 2. Die Sehnsucht der Politik nach der Verantwortungslosigkeit des Marktes

Hierbei möchte ich mich auf eine Form der Auslagerung konzentrieren, nämlich die Überantwortung zentraler Fragen der Daseinsvorsorge und Infrastruktursicherung, also der Bereitstellung und Sicherung öffentlicher Güter an „den“ Markt und „den“ Wettbewerb. In den letzten zwanzig Jahren folgte die Politik der Überzeugung, eine privatwirtschaftliche Aufgabenerfüllung in den Formen von Markt und Wettbewerb sei alternativen Formen (z.B. hoheitlichen) überlegen. Der Markt Sorge dafür, daß Leistungen nachfragegerecht, kostengünstig und effizient erbracht werden, der Wettbewerb dafür, daß Innovationen stattfinden. Der Staat ziehe sich demgegenüber auf eine Gewährleistungsverantwortung zurück:<sup>2</sup> Er setzt wettbewerbs- und marktbezogenes privates Handeln frei, unterstützt es und verpflichtet es zugleich auf gemeinwohlbezogene Ergebnisse.<sup>3</sup> Das erfolgt etwa dadurch, daß der Post Universaldienstpflichten auferlegt werden.<sup>4</sup> Sie kann nicht aus Renditegründen die Postzustellung auf der Hallig Hooge aufgeben. Oder dadurch, daß Netzzugangsrechte eingeräumt werden. So muß etwa die Deutsche Bahn AG auf ihren Gleisen Güterzüge dulden, die von Lokomotiven privater Anbieter gezogen werden.<sup>5</sup> Oder etwa dürfen Bürger ihren durch Photovoltaik-Anlagen erzeugten Strom in die Verbrauchsnetze einspeisen, die überwiegend privaten Energieversorgern gehö-

<sup>2</sup> Dazu *Andreas Voßkuhle*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), S. 266 ff. (289 ff.); *Gunnar Folke Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 898-905, 990-998; ders., Staatswissenschaft, 2003, S. 289-296, 473-475, 585-590; *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, S. 172-174, *Helmuth Schulze-Fielitz*, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2006, § 12 Rn. 51 ff., 154 ff.; *Claudio Franzius*, Der „Gewährleistungsstaat“ – Ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?, *Der Staat* 42 (2003), S. 493 ff.

<sup>3</sup> *Hinnerk Wißmann*, Regulierung, in: Evangelisches Staatslexikon, 4. Aufl. 2006, Sp. 1978 (1979).

<sup>4</sup> Im Umfang der Post-Universaldienstleistungsverordnung nach § 11 Abs. 2 PostG. Näher dazu: *Matthias Ruffert*, Post, in: M. Fehling/ders. (Hrsg.), Regulierungsrecht, 2010, § 11 Rn. 39-41; *Michael Fehling*, Instrumente und Verfahren, ebd., § 20 Rn. 45-47.

ren.<sup>6</sup> Eine merkwürdige Mischung ist entstanden, die marktwirtschaftliche Leistungserbringung mit öffentlichen Zwecken verbindet. Den dahinterstehenden Grundgedanken könnte man auch so formulieren: Es liegt im Interesse aller, daß sich einige am Gemeinwohl bereichern. Die einen genießen den Profit, die anderen höheres Leistungsniveau.

Die dahinterstehende Theorie aber geht davon aus, daß Märkte und Wettbewerb grundsätzlich Gemeinwohl-kompatibel und innovativ wirken. In den letzten Jahrzehnten war das Vertrauen in Märkte groß: in ihre Selbstheilungskräfte genauso wie in ihren pluralistischen Charakter, der individuellen Interessen optimale Handlungsmöglichkeiten bei partizipativer Gleichheit verspricht. Auf Märkten kann der Einzelne unmittelbarer und ungezwungener handeln als in der Politik. Und welcher vernünftige Mensch würde im Gedanken des Wettbewerbs etwas Problematisches oder gar Gefährliches sehen, zumal, wenn die staatliche Gewährleistungsverantwortung für Chancengleichheit beim Wettbewerb sorgt?

## **II. Beweislastumkehr zugunsten von Markt und Wettbewerb**

Das Problem dabei ist, daß weithin ein idealisiertes Verständnis von Markt oder Wettbewerb vorherrscht, das ihre Realitätsbedingungen nicht hinreichend differenziert erfaßt. Wir erwarten von Wettbewerb und Markt Leistungen, die diese aber nur unter bestimmten Bedingungen zu erbringen im Stande sind. Anstatt uns Gewißheit zu verschaffen, wann solche Erfolgsbedingungen vorliegen, vertrauen wir zu leichtsinnig puren Ideen, die mit Markt und Wettbewerb assoziiert sind. Es bedarf offenbar erst schwerer Mißstände, um die Erfolgsbedingungen markt- und wettbewerbsbezogener Entscheidungen ins Bewußtsein zu rücken. Die Finanz- und Wirtschaftskrise ist ein sinnfälliger Ausdruck eines blinden Vertrauens in Markt- und Wettbewerbsstrukturen, ohne über ihre Funktionsbedingungen nachzudenken. Heute klagen die einen über das Unvermögen der Manager und sprechen vom Marktversagen, die anderen klagen über das Unvermögen der Politiker und sprechen vom Staatsversagen. Notwendig ist demgegenüber eine Diskussion, unter welchen Bedingungen es zweckmäßig oder politisch wünschenswert ist, die Verteilung gemeinwohlbezogener Güter den Prozessen von Markt und Wettbewerb zu überantworten. Weder eine Verherrlichung noch eine Verdammnis von Markt und Wettbewerb sind dabei hilfreich. Erforderlich ist ihre relationale Bewertung: Unter welchen Bedingungen können und wollen wir uns ihrer bedienen?

---

<sup>5</sup> Nach § 14 Abs. 1-3 AEG. Dazu *Michael Fehling*, Öffentlicher Verkehr (Bahn, ÖPNV), in: M. Ruffert/ders. (Hrsg.), Regulierungsrecht, 2010, § 10 Rn. 51-53.

<sup>6</sup> Nach § 20 EnWG und dem EEG. Dazu *Gabriele Britz*, Energie, in: M. Ruffert/M. Fehling, Regulierungsrecht, 2010, § 9 Rn. 37 ff.

In den letzten zwanzig Jahren haben wir die Frage nach dem Sinn und nach den Grenzen von Markt und Wettbewerb verdrängt. Solche Fragen schienen sich erledigt zu haben. Nach dem Zusammenbruch des Ostblocks und dem Scheitern der Planwirtschaft blieb die Marktwirtschaft als Wirtschaftsmodell übrig. Sie erschien als Sieger, und der Sieger muß sich nicht rechtfertigen. Dabei ging das Gespür für den instrumentellen Charakter der Marktwirtschaft für das Gemeinwesen verloren – ein Gespür, das in der Frühzeit der Bundesrepublik sehr wohl vorhanden war.

## 1. Gestern: Politik als Auftrag der Marktwirtschaft

Blicken wir kurz zurück: Die Schule des Ordoliberalismus, für welche die Namen Franz Böhm<sup>7</sup> oder Walter Eucken<sup>8</sup> stehen mögen, rechtfertigte den Markt wettbewerbstheoretisch und erwartete vom Staat die Regelung der Wettbewerbsbedingungen.<sup>9</sup> Alfred Müller-Armack, der Erfinder des Begriffs der „Sozialen Marktwirtschaft“, verstand darunter ein Wirtschaftssystem, das sich mit einer aktiven Sozialpolitik verbinden läßt.<sup>10</sup> Er wollte die Freiheit des Marktes mit dem sozialen Ausgleich verbinden, was ohne eine aktive Konjunktur- und Sozialpolitik, also eine gestalterische, steuernde Rolle des Staates nicht ging.<sup>11</sup> Mit anderen Worten: Jahrzehntlang begegneten sich Märkte, Wettbewerb und Recht auf gleicher Augenhöhe. Die Diskussion drehte sich um die konstitutive Rolle des Rechts, Wettbewerbsmärkte zu schaffen und zu stabilisieren sowie um die konkrete rechtliche Rahmensetzung des Wettbewerbs. Marktwirtschaft wurde rechtlich institutionalisiert.

Dabei stoßen wir im Wirtschaftsrecht auf eine große Regelungsvielfalt mit unterschiedlicher Regulationsintensität. Gerade die frühe Geschichte der Bundesrepublik ist ein Lehrstück für den parallelen Einsatz scheinbar konträrer wirtschaftspolitischer Maßnahmen (freie Preisbil-

<sup>7</sup> Franz Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933; *ders.*, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, 1950.

<sup>8</sup> Walter Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 1950.

<sup>9</sup> Vgl. zur notwendigen Rahmensetzung des Rechts etwa Horst Ehmke, Wirtschaft und Verfassung, 1962, S. 16 ff.; Wolfgang Fikentscher, Wirtschaftsrecht, Band II, 1983, S. 31-57; Ernst-Joachim Mestmäcker, Recht und ökonomisches Gesetz, 1984; Peter Badura, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, 3. Aufl. 2008.

<sup>10</sup> Alfred Müller-Armack, Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft, 1947; *ders.*, Genealogie der Sozialen Marktwirtschaft. Frühschriften und weiterführende Konzepte, 2. Aufl. 1982.

<sup>11</sup> Zum Programm und zur Herkunft des Begriffs siehe Christian Watrin, Artikel „Marktwirtschaft, Soziale“, in: M. Honecker u.a. (Hrsg.), Evangelisches Soziallexikon, Neuausgabe 2001, Sp. 995 ff.; zur sozialen Marktwirtschaft und zur Prägung des Sozialen durch die Demokratie: Hans F. Zacher, Grundlagen der Sozialpolitik in der Bundesrepublik Deutschland, in: Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung (Hrsg.), Geschichte der Sozialpolitik in Deutschland seit 1945, Band I, Grundlagen der Sozialpolitik, 2001, S. 414 ff.; 459 ff.; Knut Wolfgang Nörr, Eine Symbiose auf Distanz: Soziale Marktwirtschaft und Rechtsordnung in Deutschland, in: P. Koslowski (Hrsg.), Sozialistische Marktwirtschaft soziale Marktwirtschaft, 1996, S. 126 ff.; zur Entwicklung des Begriffs *ders.*, Begriffe die eine Botschaft überbringen, in: K. Acham u.a. (Hrsg.), Der Gestaltungsanspruch der Wissenschaft, 2006, S. 111, 112-117; Jens Kersten, Soziale Marktwirtschaft planen, in: Mittelweg 36, Jg. 18 (2009), 82 ff.; Norbert Reich, Markt und Recht, 1977, S. 82-94.

derung in machen Märkten, Lenkungsmaßnahmen, Bewirtschaftung, Kartellierung in anderen Märkten).<sup>12</sup> Rechtlich wurden Märkte immer differenziert behandelt: Während Konsumgüter der freien Preisbildung unterlagen, wurden die Kohle- und Stahlmärkte kartelliert (EGKS) und Wohnraum bewirtschaftet. Das Wirtschaftswunder beruhte auf einer Mischung wirtschaftspolitischer Maßnahmen, die von der freien Preisbildung bis zur Investitionslenkung reichte – und dafür jeweils politisch begründete Zwecke anführte. Verfassungsrechtlich stand dem wenig entgegen: Wirtschaftslenkende Gesetze dürfen die Wettbewerbslage auch im Interesse einzelner Gruppen verändern, wenn dies durch das öffentliche Wohl geboten ist und schutzwürdige Interessen anderer nicht willkürlich vernachlässigt werden.<sup>13</sup>

Später konzentrierte sich die Diskussion um die politische Rechtfertigung der Marktwirtschaft nicht mehr um die mit ihr verfolgten Zwecke, sondern wurde auf die Abgrenzung zur Planwirtschaft reduziert mit dem Effekt, daß eine instrumentelle Rechtfertigung von Markt und Wettbewerb in Vergessenheit geriet. Der Begriff der Marktwirtschaft bezog seine Kontur nur noch als Gegenbegriff zur Planwirtschaft. Marktwirtschaft mußte nicht mehr instrumentell oder politisch begründet werden, sie war zur Selbstverständlichkeit geworden. Der politische Gestaltungsverlust zeigte sich dann etwa bei der deutschen Einheit, als man glaubte, die möglichst schnelle Transformation in rein marktwirtschaftliche Systeme werde blühende Landwirtschaften erzeugen – und dabei die wirtschaftspolitische Erfahrung der 1950er und 1960er Jahre vergessen hatte, ein Wirtschaftswunder durch eine rechtlich gesteuerte Instrumentalisierung von Wettbewerbsmärkten auszulösen.

## 2. Heute: Der Markt als Auftrag der Politik

Zu dieser Vereinseitigung trug besonders auch die neuere wirtschaftswissenschaftliche Theorie bei (Neoklassik, Neoliberalismus). Im Bestreben, eine autonom ökonomische Rechtfertigung des Wirtschaftssystems begründen zu können, die nicht von wissenschaftlich „weichen“ Faktoren wie psychischen Dispositionen, rechtlichen Konstitutivbedingungen, politischen

---

<sup>12</sup> Zu den damaligen wirtschaftspolitischen Überzeugungen vgl. etwa *Hans Rosenberg*, Machteliten und Wirtschaftskonjunkturen, 1978; *Gerold Ambrosius*, Staat und Wirtschaft im 20. Jahrhundert, 1990, S. 104-114; *Knut Borchardt*, Zäsuren in der wirtschaftlichen Entwicklung, in: M. Broszat (Hrsg.), Zäsuren nach 1945, 1990, S. 21 ff; *Werner Abelshausen*, Ordnungspolitische Weichenstellungen nach dem Zweiten Weltkrieg, 1991; *Ullrich Heilemann*, Wirtschaftspolitische Chronik der Bundesrepublik 1960-1995, 1996; *Rudolf Richter*, Deutsche Geldpolitik 1948-1998 im Spiegel der zeitgenössischen wissenschaftlichen Diskussion, 1999; aus der juristischen Literatur siehe etwa *Gert Brüggemeier*, Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus, Materialien zum Wirtschaftsrecht, Band II, 1979, S. 249-304; *Norbert Reich*, Markt und Recht, 1977; S. 29-51; *Knut Wolfgang Nörr*, Die Republik der Wirtschaft, Band I, 1999, Band II, 2007; *ders.*, Im Wechselbad der Interpretationen: der Begriff der Wirtschaftsverfassung im ersten Jahrzehnt der Bonner Republik, in: K. Acham u.a. (Hrsg.), Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverluste, 1998, S. 356 ff..

<sup>13</sup> So seinerzeit BVerfGE 4, 7 (19) – Investitionshilfe [1954].

Interessen oder sozialen Kontexten abhängig zu sein, verlor sie diese Bezüge wirtschaftlichen Handelns aus dem Blick. Statt dessen stützte sie sich auf Modelle und Annahmen, deren mathematische Exaktheit in dem Maße zu wachsen schien, in dem die sozialen Parameter reduziert wurden. Die Wirtschaftswissenschaften verordneten sich einen erstaunlichen Perspektivenwechsel, der die gesellschaftlichen und interdisziplinären Bezüge nur noch nach Maßgabe modelltheoretischer Prämissen wahrhaben wollte. Das institutionelle Erfahrungswissen der Wirtschaftswissenschaften schwand. Lehrstühle für Sozialpolitik oder Wirtschaftsgeschichte wurden abgeschafft oder, wie in den neuen Ländern, gar nicht erst errichtet. In den Wirtschaftswissenschaften überwog nun eine Rechtfertigung des Marktes, die mit dem Modell des homo oeconomicus arbeitete,<sup>14</sup> also der Annahme eines immer nutzenmaximierend handelnden Menschen, sowie auf dem Coase-Theorem fußte,<sup>15</sup> also der Annahme, daß Märkte immer zur effizienten Allokation von Gütern führen, wenn perfekte Information herrscht und die Transaktionskosten null sind. Modellannahmen und Prämissendiskurse begannen die Theorie-Debatte zu prägen.

Aus diesen Grundannahmen wurde zum einen das Argument gegen rechtliche und politische Interventionen in Märkte sowie Lenkungsmaßnahmen abgeleitet. Die wirtschaftspolitischen Maßnahmen sollten sich tunlich auf den Abbau von Informationsasymmetrien beschränken („Allokationsneutralität des Rechts“). Zum anderen beruhigte die neue Wirtschaftstheorie das soziale Gewissen: Nach dem Coase-Theorem kommt es nämlich zur Erzielung eines effizienten Ergebnisses auf die Ausgangsverteilung der Güter nicht an. Die ursprüngliche Verteilung der Verfügungsrechte, also die Eigentumsverteilung, ist für die gesamtwirtschaftliche Effizienz belanglos, weil sich immer ein Pareto-optimales Gleichgewicht einstellt. Diese Annahme verleitete viele zur Vorstellung, die Einkommensverhältnisse und die soziale Herkunft der Wirtschaftssubjekte ignorieren zu können.<sup>16</sup> Soziale Ungleichheit war kein Problem mehr für

---

<sup>14</sup> Dies rechtfertigend *Gebhard Kirchgässner*, *Homo Oeconomicus*, 2. Aufl. 2000. Rechtliche Bewertung m.w.N. bei *Ute Sacksofsky*, Anreize, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band II, 2008, § 40 Rn. 31 ff.; *Jörn Lüdemann*, Die Grenzen des homo oeconomicus und die Rechtswissenschaft, in: C. Engel/M. Englerth/J. Lüdemann/I. Spiecker (Hrsg.), *Recht und Verhalten*, 2007, S. 7 ff.; *Rolf Gröschner*, Der homo oeconomicus und das Menschenbild des Grundgesetzes, in: C. Engel/M. Morlok (Hrsg.), *Öffentliches Recht als ein Gegenstand der ökonomischen Forschung*, 1998, S. 31 ff.; siehe etwa auch *Bruno S. Frey*, Die Grenzen ökonomischer Anreize, in: E. Fehr/G. Schwarz (Hrsg.), *Psychologische Grundlagen der Ökonomie*, 2003, S. 21 ff.

<sup>15</sup> Dazu statt vieler *Lothar Wegehenkel*, Coase Theorem und Marktsystem, 1980; *Horst Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 1995, S. 59 ff.; *Rudolf Richter/Eirik Furubotn*, *Neue Institutionenökonomik*, 2. Aufl. 1999, S. 102 ff.; *Mathias Erlei/Martin Leschke/Dirk Sauerland*, *Neue Institutionenökonomik*, 2. Aufl. 2007, S. 307 f.

<sup>16</sup> Demgegenüber muß daran erinnert werden, daß es in der Realität wohl keine Austauschprozesse gibt, die nicht mit Transaktionskosten verbunden sind. Das aber bedeutet, daß man das Coase-Theorem als wissenschaftliche Annahme nicht mit einem tatsächliche Wirkungen entfaltenden Naturgesetz verwechseln darf. Das Coase-Theorem formuliert Bedingungen, die in der sozialen Welt nicht vorliegen und daher nur normativ wirken. Freilich stellt sich die Frage nach der Sinnhaftigkeit von Annahmen, die keine Verwirklichungschance haben. Anders als Ökonomen operieren Juristen mit solchen Annahmen nicht.

die Wirtschaftstheorie.<sup>17</sup> Ihre Modelle eskamotierten die biblische Volksweisheit „wer hat, dem wird gegeben“.<sup>18</sup> Da sich das ökonomisch erwünschte, effiziente Ergebnis auf Märkten von selbst durchsetzen soll, hat der Staat die Aufgabe, diese Austauschprozesse nicht zu stören sondern möglichst zu erleichtern.

Diese abstrakte, auf Modellen basierende wirtschaftstheoretische Logik wurde zum politischen Maßstab des Rechts erhoben – nicht primär von Wirtschaftstheoretikern, sondern auch von der öffentlichen Meinung. Nicht mehr mußte sich der Markt instrumentell gegenüber der Politik rechtfertigen. Im Unterschied zur Wirtschaftstheorie zur Zeit Müller-Armacks oder des Ordoliberalismus hatte sich die Beweislast nun umgekehrt: Markt und Wettbewerb waren als Instrumente nicht mehr begründungsbedürftig, sondern stellten selbst die Meßlatte für rechtliche Regelungen und das Handeln des Staates dar. Den Ökonomen war gelungen, was Juristen eine Beweislastumkehr nennen. Ihr Effekt war, daß die Sozialpflichtigkeit des Wirtschaftssystems, die Müller-Armack noch klar vor Augen stand, sich nun ins Gegenteil verkehrte. Soziale Eingriffe wurden zur rechtfertigungsbedürftigen Ausnahme.

Das Erstaunlichste an dieser lange Jahre entdifferenzierenden und reduktionistischen Beschreibung des Wirtschaftssystems war, daß sie von der Politik aufgegriffen wurde. Manche meinen, sie läge auch dem Europarecht zugrunde,<sup>19</sup> wenn es dort hieß, die Gemeinschaft sei „dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet“ (Art. 4 Abs. 1 EG a.F.). Vom Vorrang einer wirtschaftsliberalen Politik kann nach Inkrafttreten der Lissaboner Vertragsänderungen definitiv nicht mehr die Rede sein. An die Stelle der primären Verpflichtung auf eine „offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ (bislang Art. 4 Abs. 1 EG, in Zukunft Art. 119 Abs. 1 AEU) ist die Verpflichtung auf die „wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft“ getreten (Art. 3 Abs. 3 EU n.F.).<sup>20</sup>

### 3. Morgen: Neuorientierung im Sinne eines sozialpflichtigen Wettbewerbs

---

<sup>17</sup> Wohl aber für die Sozialwissenschaften, vgl. etwa *Johannes Berger*, Der diskrete Charme des Marktes. Zur sozialen Problematik der Marktwirtschaft, 2009.

<sup>18</sup> Matthäus 25, 29: „Denn wer hat, dem wird gegeben, und er wird im Überfluß haben; wer aber nicht hat, dem wird auch noch weggenommen, was er hat.“

<sup>19</sup> Zur kritischen Diskussion etwa *Stefan Langer*, Grundlagen einer internationalen Wirtschaftsverfassung, 1995, S. 102 ff.; *Armin Hatje*, Wirtschaftsverfassung, in: A. v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 683 (692 ff.).

<sup>20</sup> Zur dadurch erreichten wirtschaftspolitischen Offenheit *Matthias Ruffert*, in: C. Callies/ders. (Hrsg.), Verfassung der Europäischen Union, 2006, Art. I-3 Rn. 25, 37 (zur wortgleichen Korrespondenzvorschrift des VVE); gegen eine normative Aufladung und Überhöhung des Binnenmarktes als „offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ zuvor auch schon *Stefan Langer*, Grundlagen einer internationalen Wirtschaftsverfassung, 1995, S. 102 ff.

Seit wenigen Jahren ist das Verständnis für die sozialen Voraussetzungen wirtschaftlichen Verhaltens auch in der wirtschaftswissenschaftlichen Theorie wieder im Steigen begriffen, ausgelöst durch sozialpsychologische Forschungen zur Präferenzbildung, die spieltheoretisch verarbeitet werden können (behavioral law and economics).<sup>21</sup> Grundannahmen des homo oeconomicus mußten inzwischen korrigiert werden, und auch die Prämissen des Coase-Theorems lassen sich angesichts der neueren psychologischen Forschung kaum aufrecht erhalten.<sup>22</sup> Ein Wandel in der theoretischen Beschreibung und Erklärung wirtschaftlichen Verhaltens liegt in der Luft. Langsam verläßt die ökonomische Theorie ihre Welt des Modellplatonismus und beginnt sich wieder gegenüber den Sozial- und Rechtswissenschaften zu öffnen. Wir stehen also vor der Notwendigkeit, die Bedingungen von Markt und Wettbewerb zu erhellen. Dazu gibt nicht nur das Versagen der Finanzmärkte Anlaß, auch der neue Rechtsrahmen des Europarechts, der soziale, regionale und umweltpolitische Belange einfordert, zwingt uns, Markt und Wettbewerb als Instrumente und nicht als Selbstzweck zu begreifen. Nicht zuletzt brauchen wir eine neue Bewertung von Markt und Wettbewerb, weil das vor zwanzig Jahren gegebene Wohlstandsversprechen deregulierter und liberalisierter Märkte nicht eingetreten ist, sondern dazu geführt hat, daß die Lohnquote kontinuierlich gesunken und die Vermögensspreizung kontinuierlich gestiegen ist. Die nivellierte Mittelstandsgesellschaft der 1980er Jahre existiert nicht mehr, und viele tun sich heute schwer, im Begriff der Sozialen Marktwirtschaft das spezifisch Soziale noch zu finden. Das neoliberale Paradigma ist theoretisch defizitär und empirisch widerlegt. Aber intellektuell haben wir daraus noch nicht hinreichende Schlüsse gezogen.

Die Frage sollte also lauten: Unter welchen Bedingungen können Markt und Wettbewerb politisch sinnvolle Instrumente sein? Wann ist das Gemeinwohl dort gut aufgehoben? Welche rechtlichen Rahmenregelungen sind für welche Wettbewerbsmärkte aus Gemeinwohlgründen erforderlich? Wann darf und wann muß der Staat eingreifen? Dies freilich ist ein großes, zu großes Thema für einen einführenden Beitrag zum Thema dieses Bandes. Die Leser werden,

---

<sup>21</sup> Vgl. C. Sunstein (Hrsg.), *Behavioral Law and Economics*, 2000; B. Frey (Hrsg.), *Economics and Psychology*, 2007; C. Engel/M. Englerth/J. Lüdemann/I. Spiecker (Hrsg.), *Recht und Verhalten: Beiträge zu behavioral law and economics*, 2007.

<sup>22</sup> Insbesondere psychologisch nachgewiesene Besitzeffekte lassen an seinen Prämissen zweifeln: Menschen geben für die Bewahrung eines ihnen gehörenden Gutes mehr Geld aus als die Wiederbeschaffung des gleichen Gutes erforderte. Das ist ökonomisch irrational und widerspricht den Prämissen des Coase-Theorems. Überdies ist dann die Ausgangsverteilung der Güter gerade nicht unerheblich. Vgl. zu Besitzeffekten (endowment effect) etwa Daniel Kahneman/Jack Knetsch/Richard Thaler, *Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem* (1991), hier zitiert nach dem Wiederabdruck in: C. Sunstein, *Behavioral Law and Economics*, 2000, S. 211 ff.; Jack Knetsch, *The Endowment Effect and Evidence of Nonreversible Indifference Curves*, in: *The American Economic Review* 79 (1989), S. 1277 ff.

hoffe ich, so nachsichtig sein, mir daher das Kursorische, Punktuelle und Vorläufige meiner Bemerkungen zu verzeihen. Es geht um Anstöße, nicht um abschließende Antworten.

### III. Wettbewerb und Markt: Differenzierungen statt Gleichklang

Zwischen Markt und Wettbewerb besteht ein kategorialer Unterschied. Beide sind nicht notwendig aufeinander bezogen: Es gibt Märkte ohne Wettbewerb (man spricht dann von Monopolen) und es gibt Wettbewerb ohne Märkte (etwa den Wettbewerb um politische Ideen oder wissenschaftliche Reputation). Ein perfekter Markt ist mit einem Monopol vollständig vereinbar und genauso besteht ein perfekter Wettbewerb ohne Markt. Beim Markt handelt es sich um eine Institution, beim Wettbewerb um eine Verhaltensform und Effizienzbedingung.

Jenseits eines intuitiven Alltagsverständnisses hat sich in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur kein Konsens herausgebildet, welchen theoretischen Status Wettbewerb hat, wie er zu definieren und herzuleiten ist und was dementsprechend als Beschränkung oder Gewährleistung von Wettbewerb zu verstehen ist. In der wettbewerbspolitischen Diskussion lassen sich daher verschiedene Wettbewerbskonzeptionen mit unterschiedlichen normativen Prämissen, theoretischen Ansätzen und politischen Empfehlungen unterscheiden.<sup>23</sup> Leichter zu kategorisieren ist Wettbewerb in der Rechtswissenschaft. In der Rechtsordnung besitzt Wettbewerb eine Doppelnatur: Er ist sowohl ein Ziel rechtlicher Regulierung als auch ein Mittel zur Erfüllung des Gemeinwohls.<sup>24</sup> Einerseits wollen wir, wie es in vielen Gesetzen heißt, „wirksamen und unverfälschten Wettbewerb“ institutionalisieren, andererseits behandelt das Recht Wettbewerb als ein Mittel zur Verwirklichung bestimmter Gemeinwohlziele, etwa zur kostengünstigen und haushaltsschonenden Leistungserbringung in der Daseinsvorsorge. Aber: Zwischen beiden Dimensionen wird nicht nur zu wenig unterschieden sondern auch tendenziell der intrinsische und der instrumentelle Wert des Wettbewerbs miteinander verquickt: Wettbewerb soll zugleich Gegenstand und Mittel rechtlicher Regelungen sein. Deutlich wird die janusköpfige Natur des Wettbewerbs in der juristischen Unterscheidung von Kartellrecht und Regulierungsrecht: Während das Kartellrecht Wettbewerb als Regelungsgegenstand be-

<sup>23</sup> So *Wolfgang Kerber*, Artikel Wettbewerb, Wettbewerbspolitik, in: M. Honecker u.a. (Hrsg.), *Evangelisches Soziallexikon*, 2001, Sp. 1755 f.

<sup>24</sup> Vgl. *Oliver Lepsius*, Ziele der Regulierung, in: M. Fehling/M. Ruffert (Hrsg.), *Regulierungsrecht*, 2010, § 19 Rn. 32; *Jens Kersten* unterscheidet insofern zwischen optimiertem und reguliertem Wettbewerb und fügt die Kategorie des instrumentellen Wettbewerbs hinzu, womit Ausschreibungsverfahren des Vergaberechts erfaßt werden sollen; vgl. *Herstellung von Wettbewerb durch die Verwaltung*, VVDStRL 69 (2010). Vgl. auch *Werner Heun*, *Universalprinzip Wettbewerb – Die Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Rechtswissenschaft 2010*, S. 99 (101 f.).

greift, verwendet das Regulierungsrecht Wettbewerb als Regelungsmittel.<sup>25</sup> Ohne hier in die Tiefe gehen zu können, zeigt sich jedoch bereits, daß von einem einheitlichen oder kanonisierten Begriff von Wettbewerb kaum gesprochen werden kann, weder in den Wirtschafts-, noch in den Rechtswissenschaften. Wettbewerb hat vielfältige Erscheinungsformen und darf nicht als vorgegebene evidente Größe behandelt werden.

#### **IV. Bedingungen von Wettbewerb – Grenzen von Wettbewerb**

##### **1. Innovationen und Wettbewerbsmärkte**

Unterschiedlich sind vor allem auch die Effekte, die Wettbewerb hervorbringen kann.<sup>26</sup> Seitdem Friedrich v. Hayek diese Formulierung aufgeworfen hat, hört man oft, Wettbewerb sei das beste Entdeckungsverfahren.<sup>27</sup> Wettbewerb garantiere Innovationen. Das stimmt häufig, aber nicht prinzipiell. Auch hier muß man differenzieren. Wenn das leitende Motiv privatwirtschaftlicher Wettbewerber Gewinnstreben ist, treiben Profite zwar die Leistungsbereitschaft an. Dies kann zur laufenden Verbesserung der Angebote führen, muß es aber nicht. Innovationen werden nämlich unterbleiben, wenn die Vermarktung bestehender Produkte lukrativer ist als die Entwicklung neuer. Innovationen kosten bekanntlich ihren Preis, der sich in „perfekten“ Wettbewerbsmärkten schwerer auf den Verbraucher umlegen läßt als in Oligopolen oder Monopolmärkten. Überwiegt Gewinnstreben, kann es rational sein, auf Forschung und Entwicklung zu verzichten, weil sie Kosten verursacht, denen keine abschätzbaren Gewinne gegenüberstehen und es die Gewinne erhöht, wenn Infrastrukturmaßnahmen, Investitionen oder Innovationen unterbleiben oder verschoben werden, weil diese die Gewinnspanne verringern.

Innovationen können auch unter der Beharrungskraft bestehender Märkte leiden. Für den Erfolg erneuerbarer Energien ist etwa die ökonomische Beharrungskraft bestehender großer Leitungsnetze ein Hindernis, weil Windkraft und Sonnenenergie nicht mehr wie einst Kohle und Kernenergie große Kraftwerke und ein entsprechendes überregionales Leitungsnetz erfordern, sondern als lokale Kraftwerke mit kleinräumigen, dezentralen Verteilernetzen auskommen. Für Energiekonzerne, die überregionale Netze wirtschaftlich betreiben wollen, wäre

---

<sup>25</sup> *Oliver Lepsius*, Ziele der Regulierung, a.a.O., § 19 Rn. 58 f.

<sup>26</sup> Vgl. *Günter Knieps*, Wettbewerbsökonomie, 3. Aufl. 2008, S. 3-19, 67-77; *Norbert Schulz*, Wettbewerbspolitik, 2003; *Manfred Neumann*, Wettbewerbspolitik: Geschichte, Theorie und Praxis, 2000; *Klaus Herdzina*, Wettbewerbspolitik, 5. Aufl. 1999, S. 37 ff.; *Christoph Engel*, Wettbewerb als sozial erwünschtes Dilemma, in: Recht und spontane Ordnung, FS Ernst-Joachim Mestmäcker, 2006, S. 155 ff.

<sup>27</sup> *Friedrich v. Hayek*, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, 1968.

es von der Warte ihres Gewinnstrebens aus kontraproduktiv, dezentrale Netze zu fördern.<sup>28</sup> Ihr Gewinnstreben verlangt die Amortisation der bestehenden Netze. Schon aufgrund der ökonomischen Beharrungskraft der bestehenden Produktionsmittel und gegebenen Infrastruktur ist ein wettbewerblich ausgelöster Technologiewechsel unwahrscheinlich. Gewinnstreben und Wettbewerb im Markt führen dazu, die bestehenden Strukturen zu verbessern, nicht aber, sie auszutauschen. Das aber bedeutet: Der Wettbewerb allein ist keine Garantie für Technologiesprünge, welche die bestehenden Infrastrukturen (z.B. Netze) und Produktionsmittel (z.B. Großkraftwerke) ersetzen. Ohne rechtliche Maßnahmen läßt sich die ökonomische Beharrungskraft der Netze (Amortisation der Investitionen) nicht beheben. Neue Energiemärkte werden durch einen rein gewinnwirtschaftlich orientierten Leistungswettbewerb behindert. Das läßt sich verallgemeinern: Wenn ein Markt entstanden ist, der erhebliche Investitionen erforderte, dann wird die strukturelle Veränderung dieses Marktes an der Amortisation dieser Investitionen scheitern.

## **2. Innovationen ohne Wettbewerbsmärkte**

Die Innovationskraft des Wettbewerbs darf daher nicht verallgemeinert oder prinzipiell vorausgesetzt werden. Ein auf Gewinnstreben ausgerichteter Wettbewerb kann auch zu strukturellen Innovationshindernissen führen. Kostspielige Innovationen sind, zumal wenn sie längere Entwicklungszeiträume erfordern, unter privatwirtschaftlichen Wettbewerbsbedingungen nicht zu realisieren. Man denke nur an große technische Errungenschaften des 20. Jahrhunderts. Sie wurden überwiegend zu militärischen Zwecken entwickelt und erforderten mitunter jahrzehntelange staatliche Alimentierung ohne jede plausible ökonomische Renditeerwartung. Kein privater Wettbewerber wäre je in der Lage gewesen, technische Entwicklungen wie die Kernenergie, Satelliten, Düsenflugzeuge oder das Internet – um einige zu nennen – zu entwickeln und zur Produktreife zu führen. Militärischen Zwecken (Logistikkette, Transportsicherheit) diente auch die Einführung des Containers, der wiederum eine zentrale Voraussetzung für die Globalisierung des Warenaustauschs geworden ist.<sup>29</sup> Dem Container verdanken wir schließlich, daß sich australischer Wein zu Billigpreisen konsumieren läßt, weil ein modernes Containerschiff leicht 100.000 Tonnen mit einer Besatzung von 25 Mann befördert, während ein klassischer Frachter für 10.000 Tonnen 40 Mann benötigte – von den bedeutend längeren Liegezeiten in den Häfen einmal abgesehen. Jedenfalls gilt: Sowohl der technologische Fort-

---

<sup>28</sup> Vgl. *Hermann Scheer*, Energieautonomie: eine neue Politik für erneuerbare Energien, 2005; *ders.*, Erneuerbare Energien und die Strukturrevolution der Energiebereitstellung, in: *vorgänge* 40 (2001), S. 4-16; *ders.*, Solare Weltwirtschaft: Strategien für die ökologische Moderne, 5. Aufl. 2002.

schritt als auch die technischen Voraussetzungen der Globalisierung hängen zum großen Teil von Innovationsentscheidungen ab, die im wirtschaftlichen Wettbewerb nicht getroffen worden wären.

Nicht wenige moderne Wettbewerbsmärkte beuten militärische Errungenschaften aus und entwickeln diese weiter: Was wäre die moderne Informations- und Kommunikationstechnologie ohne Satelliten oder Internet? Bei allen Lobpreisungen über die Privatisierung des Telefonverkehrs darf nicht vergessen werden, daß die technischen Basisinnovationen militärischen, also staatlichen Ursprungs sind. Sie sind nur entstanden, weil ihre Entwicklung nicht unter einer pekuniären Renditeerwartung stand. Primäres Ziel dieser Erfindungen war nicht Profit, sondern Macht, Ehrgeiz, Ansehen, militärische Überlegenheit oder auch Idealismus und Fortschrittsgläubigkeit der Menschheit, die neben allen militärischen Zwecken bei der Raumfahrt, man denke an die ISS, keine geringe Rolle spielten. Für alle diese Innovationen gilt: Hätten wir das Investitionsverhalten auf Wettbewerbsmärkte reduziert, wären diese Innovationen nie entstanden.

Ein anderes Beispiel für die Bedingungen und Grenzen von Wettbewerb bietet der Umweltschutz. Heute wissen wir, in welchem Umfang der ökologische Fortschritt von staatlicher Innovationsförderung, ordnungsrechtlichen Maßnahmen, Subventionen und Lenkungssteuern abhängt. Bis ein ökologischer Wettbewerb in Ansätzen entstanden ist, weil entsprechende Produkte erschwinglich und damit kompetitiv wurden (Solar-Anlagen, Windkraft), bedurfte es jahrzehntelanger staatlicher Alimentierung bestimmter Branchen und einer entsprechenden Wirtschaftslenkung.

### **3. Ein Beispiel: Batterietechnik und Innovation**

Ein Produkt, in dem es seit einem Menschenalter keine Innovationen gab, ist die Energiespeichertechnik. Betrachten wir den Markt um das Produkt Batterie: Offenbar hat sich der Wettbewerb um dieses Produkt (zahlreiche Anbieter und Produkte) nicht in Innovationen niedergeschlagen. Batterien haben wie eh und je eine sehr begrenzte Speicherkapazität, sind schwer und voluminös, umweltschädlich zu entsorgen. Entwicklungsstillstand von 1950 bis 2000. Jahrzehntlang verkehrten etwa bei der Bundesbahn batteriegespeiste Elektrotriebwagen auf nicht elektrifizierten Eisenbahnstrecken, umweltschonend und mit hohem Fahrkomfort. Sie

---

<sup>29</sup> Dazu *Hans Jürgen Witthöft*, *Container: eine Kiste macht Revolution*, 2000.

waren allgegenwärtig, in Aachen und in Augsburg, in Bochum und in Braunschweig.<sup>30</sup> In den 1990er Jahren verschwand diese umweltfreundliche Technologie von den Schienen, weil es keinen Entwicklungsfortschritt in der Speichertechnologie gab. Die alten Akkutriebwagen waren in die Jahre gekommen, Dieseltriebzüge traten die Nachfolge an.

Auch das Elektroauto war technisch schon vor Jahrzehnten machbar. Aber abgesehen von den Elektrowägelchen mit denen die Deutsche Bundesbahn einst das Gepäck auf den Bahnsteigen umlud oder die Deutsche Bundespost Pakete auf den ostfriesischen Inseln zustellte, setzten sich Elektrofahrzeuge nicht durch. Sie waren technisch machbar, aber wenig zweckmäßig. Immer wieder scheiterte der Fortschritt an der Energiespeichertechnik. Der ausbleibende Technologiesprung im Bereich der Batterietechnologie verhinderte weitere Fortschritte bei Energie und Umwelt, vom Elektroauto bis zur Speicherung erneuerbarer Energien. Man muß fragen, warum es bei einem offensichtlich für Zukunftstechnologien entscheidenden Produkt wie Batterien unter den hergebrachten Wettbewerbsbedingungen nicht zum nötigen technischen Fortschritt gekommen ist. Versagt hier nicht die beschworene Innovationskraft des Wettbewerbs? Wirken hier nicht Beharrungskräfte bestehender Märkte (Verbrennungsmotoren, Leitungsnetze)? Von alleine, durch die unsichtbare Hand des Marktes, entsteht hier keine innovationsauslösende Nachfrage. Ohne Lenkungsmaßnahmen, Innovationsanreize und subventionierte Produkte bleibt der Fortschritt auf diesem Gebiet eine Schnecke. Erst seitdem die staatlich geförderten erneuerbaren Energien moderne Speichertechnik benötigen und seitdem Umweltauflagen zur Reduktion fossiler Brennstoffe geführt haben, ist ein Innovationswettbewerb bei der Energiespeichertechnik entstanden. Die Politik, nicht der Wettbewerb, löste die Innovation aus: In den letzten zehn Jahren wurden drei mal effizientere Batterietechniken (Lithium-Ionen-Batterien, Nickel-Hybrid Batterie, Wasserstoffbrennstoffzelle) und neue stationäre Speichertechniken (unterirdische Wasserstoff- und Gasspeicher, Schwungräder) entwickelt. Jetzt erst beobachten wir Innovationen. Dieser Innovationswettbewerb ist politisch motiviert und rechtlich induziert.

#### **4. Wettbewerb und Eintönigkeit**

Aber nicht nur hinsichtlich der Innovationskraft zeigen sich Grenzen des Wettbewerbsmodells. Wunder darf man von ihm auch nicht bei der Angebotsvielfalt, Pluralität und Originalität erwarten. Probleme entstehen durch die erstaunliche Konformität und Uniformität von

---

<sup>30</sup> Näheres bei *Franz Rittig*, Akku-Triebwagen: frühe „Batterie-Züge“, 2006; *Helmut Brinker*; Die Akkutriebwagen ETA 150 (515) und ETA 176 (517): Entwicklung, Einsatz und Ende der deutschen Akkutriebwagen, 1989.

Entscheidungen, die gerade unter Wettbewerbsbedingungen getroffen werden. Sie sind zum einen die Folge sozialpsychologischer Prozesse (Herdentrieb und Gruppendenken, Anpassungsdruck).<sup>31</sup> Wir haben diese sozialpsychologischen Prozesse im Vorlauf der Finanzkrise gut beobachten können: In den Finanzmärkten handelten plötzlich alle nach denselben Kriterien und kopierten die Verhaltensformen. Der Wettbewerb bei Finanzdienstleistungen führte nicht zu einem Pluralismus der Handlungsformen, zu konkurrierenden Angeboten, Nachdenklichkeit oder Skepsis, sondern umgekehrt zu einem konformistischen Gruppendenken. Die sozialpsychologische Wirtschaftsforschung beobachtete, wie die Akteure der betroffenen Institutionen (Investmentbanker, Börsenaufsicht, Notenbanken) nicht als selbständige Individuen handelten, sondern sich informellem Gruppendruck beugten. In solchen Gruppenprozessen wird Konformität eingeklagt und kritisches Querdenken unterdrückt.<sup>32</sup>

Konformität und Gruppendruck wird zum anderen verursacht durch eine Vereinheitlichung der Vergleichsparameter im Rahmen des Wettbewerbs, etwa durch technische Standardisierung oder durch Angleichung der Produkte. Um unterschiedliche Leistungen vergleichen zu können, müssen sich diese vergleichen lassen. Der Zwang zur Vereinheitlichung als Voraussetzung effektiven Wettbewerbs kann zu einer Reduktion der tatsächlichen Angebotsvielfalt in qualitativer Hinsicht führen, weil sich die Angebote gleichen müssen, um wettbewerbslich beurteilt werden zu können.

## 5. Demotivation durch Wettbewerbsdruck

Schließlich darf der Gedankenreichtum und Entdeckergeist des Menschen auch nicht ausschließlich in Wettbewerbsformen gelenkt werden. Der Mensch kommt schließlich nicht auf gute Ideen, nur weil er unter Wettbewerbsdruck handelt. Man sollte vielmehr den Idealismus des Menschen betonen, ohne Rücksicht auf Zeit und Kosten an der Entwicklung von Ideen und Produkten mitzuwirken. Man denke nur an das unermeßliche Engagement Zigtausender, die an Open-source Software oder Wikis im Netz mitarbeiten. Wikipedia und offene Quellen leben nicht von Preis und Profit, sondern von Status und Ehre, vom freiwilligen Dienst, kooperative Kreativität zu leben.<sup>33</sup> Hier entsteht gemeinschaftlich und idealistisch erzeugtes

---

<sup>31</sup> Vgl. aus der umfangreichen psychologischen Literatur etwa *Eva Traut-Mattausch/Dieter Frey/Claudia Peus* (Hrsg.), *Behavioral Economics and Economic Psychology, Special Issue Journal of Psychology* 216 (2008), 195-253; *Eva Jonas/Günter Maier/Dieter Frey*, *Psychologie des Geldes*, in: Frey/Rosenstiel (Hrsg.), *Wirtschaftspsychologie. Enzyklopädie der Psychologie* Bd. 6, 2007, S. 75-134; *Dieter Frey/Stefan Schulz-Hardt*, *Selektive Informationssuche und Gruppenheterogenität: Der Einfluß verschiedener Formen der Gruppenheterogenität auf Selbstbestätigungsprozesse bei Entscheidungen*, *Gruppendynamik* 30 (1999), 161-174.

<sup>32</sup> Vgl. *Dieter Frey/Andreas Lenz*, *Gruppendruck, Gier und Verdrängung*, *Süddeutsche Zeitung*, 3.1.2009.

<sup>33</sup> Vgl. *Cass Sunstein*, *Infotopia. How many minds produce knowledge*, 2006, S. 174 ff.

Wissen, das sich Wettbewerbsbedingungen widersetzt. Gerade junge Menschen verwirklichen sich über gemeinsame Plattformen im Netz, die quer zu marktmäßig organisiertem Wettbewerb liegen.

Diesen intrinsischen Antrieb des Menschen Neues zu erdenken, zerstört indes, wer Institutionen und soziale Systeme, die nicht marktwirtschaftlich funktionieren, unter ein Wettbewerbsregime stellt, um die Leistung zu erhöhen. Wir beobachten dies in der Hochschulpolitik: Werden durch Idealismus und Ethos geprägte Institutionen auf Wettbewerb umgestellt, passen die Menschen ihr Verhalten den Wettbewerbsparametern an, was die geschilderten kontraproduktiven Effekte haben kann.<sup>34</sup> Konformität, Rentabilität und Effektivität treten an die Stelle eines Verhaltens, das von Idealismus gespeist und unter keiner Kosten-Nutzen-Bilanz zu rechtfertigen ist. Aber Menschen handeln nicht nur, um Profit zu erwirtschaften, sondern auch aus Altruismus, Idealismus oder Pflichtbewußtsein. Arbeit dient nicht nur dem Lebensunterhalt, sondern auch der Selbstverwirklichung; sie wird nicht nur vom Profit angetrieben, sondern auch von der Kreativität. Wer indes meint, die Leistungsbereitschaft des Menschen ließe sich primär durch die Implementation des Wettbewerbs steuern oder wer eine Generation unter dem Leitprinzip des profitorientierten Wettbewerbsdrucks erzieht, darf sich nicht über eine Verarmung des menschlichen Lebens, den Niedergang von Pflichtgefühl, Ethos und Ehrenamt oder eine Kultur der Unverantwortlichkeit wundern. Die Verabsolutierung des Wettbewerbsgedankens demotiviert Anreize, die nicht profitgesteuert sind – und dazu zählen die meisten menschlichen Verhaltensformen.

## 6. Zwischenfazit

Man darf die innovative Kraft des Wettbewerbs nicht übertreiben, wie es heute aber weithin getan wird. Wettbewerb ist keine Garantie für Innovation, eher schon für Effizienz.<sup>35</sup> Die Stärken des Wettbewerbs liegen in der Befriedigung der Bedürfnisse der Konsumenten, vor allem durch Konkurrenz, Angebot und Preisdruck. In den Augen vieler soll Wettbewerb aber darüber hinaus zum Gleichklang von Innovation und Effizienz führen. In Wirklichkeit handelt es sich hier jedoch nicht um gleichgerichtete Ziele. Mitunter stehen sie sogar in einem Zielkonflikt. Es will also wohl überlegt sein, wann Wettbewerb als politisch gewolltes Instrument

---

<sup>34</sup> Dazu mit Beispielen für Fehlsteuerung durch quantitative Indikatoren *Jochen Gläser/Stefan Lange/Grit Laudel*, Auswirkungen der evaluationsbasierten Forschungsfinanzierung an Universitäten auf die Inhalte der Forschung, *WissR 42* (2009), 329 ff.; *Klaus Ferdinand Gärditz*, Evaluationsbasierte Forschungsfinanzierung im Wissenschaftsrecht, in: *WissR 42* (2009), 353 (376 ff., 381 ff.); siehe auch *Peter Michael Lynen*, Kreativität und Innovation – Möglichkeiten und Grenzen staatlicher Steuerung, in: FS Dieter Leuze, 2003, S. 385 (398 f.).

institutionalisiert wird. In der politischen Rhetorik jedenfalls wird dieses noch zu oft zu undifferenziert gefordert und vorausgesetzt. Man blicke nur in den Koalitionsvertrag der schwarz-gelben Bundesregierung, in dem das Wort Wettbewerb wie eine abgegriffene Heilslehre wirkt.

## V. Märkte statt Markt

### 1. Differenzierung zwischen Märkten

Eine ähnliche Differenzierung ist gegenüber dem Begriff der Marktwirtschaft angebracht. Dieser Begriff lebte, wie schon erwähnt, aus der Polarisierung zur Planwirtschaft. Heute kommt dem Begriff der Marktwirtschaft indes kein sinnvoller Beschreibungswert mehr zu, weil die jeweiligen Austauschprozesse zu unterschiedlich sind, als daß sie einen abstrahierenden Singular verdienen. Statt von der Marktwirtschaft sollte man von der Märktewirtschaft sprechen. Denn welche Gemeinsamkeiten haben heute noch Märkte, die eine terminologische oder gar kategoriale Vereinheitlichung des Marktes rechtfertigten? Man kann grob zwischen Gütermärkten, Arbeitsmärkten und Finanzmärkten unterscheiden. Heute spricht man auch dann von Märkten, wenn gar nicht klar ist, welches Produkt auf ihnen eigentlich gehandelt werden soll. Wir reden vom Bildungsmarkt oder führen den Begriff des Marktes ein, wenn es um staatliche Leistungen oder den Vollzug von Gesetzen geht (Rechtsstaat und Verwaltung als „Produkt“).<sup>36</sup>

Zu unterschiedlich sind die Märkte. Man vergleiche nur einmal Märkte, die Sachgüter betreffen. Manche Sachgüter lassen sich beliebig vermehren (etwa Zahnpastatuben), andere sind knapp und nicht vermehrbar (Grundstücke). Schon innerhalb der Gütermärkte bestehen grundlegende Differenzen, weil manche Güter natürlich knapp sind. Ganz anders funktionieren Dienstleistungsmärkte oder Arbeitsmärkte. Sie sind an begrenzte Ressourcen der Infrastruktur oder der Netze (Energie, Transport) gebunden oder setzen beim Arbeitsmarkt langjährige Investitionen in das sogenannte Humankapital (Ausbildung, Berufserfahrung) voraus. Bevor es das Produkt „Arbeit“ gibt, ist jahrzehntelange Aufzucht und nicht geringe (Aus-)Bildung erforderlich. Selbst beim gleichen Produkt „Arbeit“ erweisen sich die Arbeitsmärkte

---

<sup>35</sup> Dazu *Martin Hellwig*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? Zur normativen Grundlegung der Wettbewerbspolitik, in: *Recht und spontane Ordnung*, FS Ernst-Joachim Mestmäcker, 2006, S. 231 ff.

<sup>36</sup> Siehe etwa *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Justitieller Wettbewerb – Konfliktbewältigung in einer angebotsorientierten Rechtsschutzordnung, in: *ders.*, Modernisierung von Recht und Justiz, 2001, S. 52 ff.; *ders.*, Der Notarberuf im Wandel – Diener am Rechtsstaat oder Unternehmer?, in: *ebd.*, S. 308 ff.

als höchst unterschiedlich. Der Arbeitsmarkt für Facharbeiter gehorcht aufgrund der voraussetzungsvolleren Ausbildung anderen Gesetzen als der für Leiharbeiter.

Manche Märkte werden erst artifiziell geschaffen, etwa ein Markt für Emissionszertifikate<sup>37</sup> oder ein Markt für öffentlichen Schienenpersonennahverkehr in Abgrenzung zum Eisenbahnfernverkehr, der einen rechtlich gewollt anderen Markt darstellt.<sup>38</sup> Mehr denn je schaffen wir heute durch rechtliche Regelungen neue Märkte.<sup>39</sup> Manche Märkte handeln mit Realgütern (Zahnpastatuben), andere mit bloßen Rechtskonstrukten (Finanzdienstleistungen). Manche Märkte funktionieren vorzüglich in Oligopolstrukturen (etwa der Lebensmittelgroßhandel in Deutschland oder der Markt für große Passagierflugzeuge), andere hingegen nicht (man denke an das Oligopol der vier großen Energieversorger in Deutschland).

Was will uns das sagen? Märkte sind zu unterschiedlich und zu ausdifferenziert als daß es Sinn machte, sie nach einheitlichen Maßstäben, Erwartungen oder Gesetzen zu behandeln. Es ist politisch daher ausgesprochen kontraproduktiv, in bezug auf Märkte den abstrahierenden Singular zu verwenden. Er wird den Sachproblemen nicht gerecht. Das gilt auch für die wirtschaftswissenschaftliche Theorie, die sich konkreteren Fragen der Austauschbeziehungen und der Wettbewerbsbedingungen in speziellen Märkten zuwenden sollte. Die Rechtfertigung „des“ Marktes oder „der Marktwirtschaft“ scheint mir ein heute unzeitgemäßes Unterfangen. Ein Blick in die Rechtsordnung belehrt uns demgegenüber, wie differenziert wir immer schon mit Märkten umgegangen sind.<sup>40</sup> Manche Märkte werden sich selbst überlassen, andere kontingiert, reguliert, kartelliert oder Lenkungsmaßnahmen unterworfen. Die Geschichte der Wirtschaftspolitik enthält dafür reiches Anschauungsmaterial.

## 2. Besonderheiten bei Finanzmärkten

Was indes passiert, wenn Märkte entdifferenziert und wie ein einheitlicher Markt behandelt werden, konnte man bei der Finanzkrise verfolgen. Unter allen Märkten ist der Finanzmarkt

---

<sup>37</sup> Dazu etwa *Bernd Hansjürgens*, Märkte für handelbare Emissionszertifikate, in: M. Leschke/I. Pies (Hrsg.), *Wissenschaftliche Politikberatung*, 2005, S. 228 ff.; *Reinhard Sparwasser/Rüdiger Engel/Andreas Voßkuhle*, *Umweltrecht*, 5. Aufl. 2003, § 2 Rn. 121 ff.; *Joachim Weimann*, *Umweltökonomik*, 3. Aufl. 1995, S. 209 ff.; *Alfred Endres*, *Umweltökonomik*, 2. Aufl. 2000, S. 106 ff.; *Stefan Magen*, Rechtliche und ökonomische Rationalität im Emissionshandelsrecht, in: E. V. Towfigh u.a. (Hrsg.), *Recht und Markt*, 2009, S. 9 ff.; *Johannes Saurer*, Das ökonomische Paradigma als Herausforderung an die verwaltungsrechtliche Systembildung – dargestellt an der Handelbarkeit von Nutzungsrechten, in: ebd., S. 183 ff.

<sup>38</sup> Vgl. etwa *Michael Fehling*, Öffentlicher Verkehr (Bahn, ÖPNV), in: ders./M. Ruffert (Hrsg.), *Regulierungsrecht*, 2010, § 10 Rn. 1-9.

<sup>39</sup> *Oliver Lepsius*, Verfassungsrechtlicher Rahmen der Regulierung, in: M. Fehling/M. Ruffert (Hrsg.), *Regulierungsrecht*, 2010, § 4 Rn. 4, 52, 64 f.; *ders.*, Ziele der Regulierung, ebd., § 19 Rn. 43.

<sup>40</sup> Überblick ebd., § 4 Rn. 18.

der sonderbarste.<sup>41</sup> Finanzmärkte umgehen den Tausch von Ware oder Arbeit und Geld. Sie handeln Rechtskonstrukte gegen Geld. Die Börse handelt mit Anteilsscheinen von Kapitalgesellschaften, die aus den verschiedensten Märkten stammen. Hinter dem DAX versteckt sich ein Markt der Märkte, der die realwirtschaftlichen Märkte über Rechtskonstrukte als Handelsgut zu einem artifiziellen Finanzmarkt bündelt. Ohne unmittelbare realwirtschaftliche Rückbindung werden auf ihm Versprechen auf Zahlungen gehandelt, die in der Zukunft einzulösen sind. Wenn es dem Finanzmarkt gelingt, über Finanzprodukte deren Realmärkte so zu bündeln, daß ihre reellen Risiken ausgeglichen werden, dann entsteht ein von der Realwirtschaft abstrahierbarer artifizieller Markt, der eigenen Verhaltenserwartungen folgt. Als empirische Regel läßt sich dann formulieren: Vermögenmärkte führen zu Blasen, weil ihnen die Rückbindung an die Gütermärkte abhanden gekommen ist.

In den letzten zwanzig Jahren haben wir beispiellose Kursgewinne an den Aktienmärkten verfolgen können, die sich realwirtschaftlich nicht erklären lassen.<sup>42</sup> Auf die realwirtschaftliche Wertschöpfung jedenfalls läßt sich die Kursexplosion an den Wertpapiermärkten nicht zurückführen. Früher war die Dividende das zentrale Anlegemotiv; heute spielt die Dividende eine eher untergeordnete Rolle sowohl für die Anlageentscheidung als auch für die Kursentwicklung. Hier zeigt sich ein Problem: Wer die Gütermärkte über den Handeln von Anteilsscheinen in einem Finanzmarkt entdifferenziert, der beseitigt gerade die Stärke von Märkten, die sie aber nur in ihrer jeweiligen realwirtschaftlichen Ausdifferenzierung beweisen können: Kostenwahrheit, Kalkulierbarkeit, Transparenz. Die Entdifferenzierung der Gütermärkte zum Finanzmarkt verkehrt diese Vorteile ins Gegenteil.

Finanzmärkte sind im Vergleich zu Gütermärkten erheblich fragiler, weil, erstens reine Rechtskonstrukte gehandelt werden, zweitens die Rückbindung an die Realwirtschaft nur mittelbar über weitere Märkte gelingt und drittens die Zeitdimension für wirtschaftlich rationales Handeln explizit in die Zukunft verlagert wird (Handel von Versprechen und Gewinnchancen). Zwar kennen wir die Zukunftsorientierung auch bei Warenmärkten, für Finanzmärkte ist sie jedoch konstitutiv. Solche Strukturunterschiede von Finanzmärkten erklären, warum sich bei ihnen Verhaltensformen zeigen, die wir von anderen Märkten, Arbeits- und Gütermärkten, nicht kennen. Auf Finanzmärkten herrschen andere Gesetze.

---

<sup>41</sup> Vgl. aus sozialwissenschaftlicher Sicht etwa *P. Windolf* (Hrsg.), *Finanzmarkt-Kapitalismus. Analysen zum Wandel von Produktionsregimen*, Sonderheft 45 der *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 2005; *Johannes Berger*, *Der diskrete Charme des Marktes*, 2009, S. 101 ff.

<sup>42</sup> Vgl. die Entwicklung des Dow-Jones-Indexes: Von 1900 bis 1950 entwickelte sich der Dow-Jones-Index, von der Kursblase 1929 abgesehen, nur unwesentlich. 1980 lag der Index bei 1000 und war rund 25 Jahre um diesen Wert gependelt. 1997 war der Wert von 10000 erreicht, auf dem Höhepunkt 2007 lag er bei 14000.

### 3. Bewertungszeiträume

Auf ein letztes Problem darf abschließend hingewiesen werden: Die realwissenschaftliche Rückbindung der Märkte setzt Bilanzierungszeiträume voraus.<sup>43</sup> Märkte lassen sich nur in einer bestimmten Zeitabhängigkeit und nicht absolut beobachten. Erst in der Bilanz wird auch das Verhalten der Akteure begreifbar. Die relevante Zeit aber bedarf der Definition. Von der Wahl des Bilanzierungszeitraums hängt unsere Wahrnehmung des Marktes ab. Wir reflektieren diesen Umstand nicht, weil wir uns an den jährlichen Bilanzierungszeitraum gewöhnt haben.<sup>44</sup> Das Jahr, nicht aber der Monat oder die Woche, vertaktet wirtschaftlichen Erfolg oder Mißerfolg oder verdeutlicht die Preisentwicklung oder die Geldentwertung.

Im letzten Jahrzehnt setzten sich jedoch kürzere Berichtszeiträume durch, in Deutschland angetrieben durch die Reform der Finanzmärkte und ihre Deregulierung in den USA. 2004 führte die europäische Transparenzrichtlinie Halbjahresberichte<sup>45</sup> und Zwischenmitteilungen der Geschäftsleitung<sup>46</sup> ein. Auch die internationale Rechnungslegungsstandards (IFRS/IAS) sehen Zwischenberichte vor.<sup>47</sup> In den Prime-Finanzmärkten dominiert inzwischen der Quartalsbericht.<sup>48</sup> Von Zwischen- und Quartalsberichten verspricht man sich besseren Anlegerschutz, größere Transparenz, vollständigere Information und dementsprechend niedrigere Transaktionskosten; die Funktionsfähigkeit der Märkte soll gesteigert werden.<sup>49</sup> Nicht wenige gaben sich der Vorstellung hin, die neuen Informationspflichten reduzierten die Transaktionskosten auf ein Minimum, so daß es sich beim Finanzmarkt um den perfektesten aller Märkte handele.

---

<sup>43</sup> Vgl. etwa *Giorgio Behr*, Rechnungslegung, 2005, S. 25, 75 f.; *Jochen Sigloch*, Rechnungslegung, 6. Aufl. 2008, S. 12, 27-30, 143 f.

<sup>44</sup> Vgl. aber etwa *Wolfgang Ballwieser*, Bilanzrecht zwischen Wettbewerb und Regulierung – eine ökonomische Analyse, 2005; *ders.*, The Limitations of Financial Reporting, in: C. Leuz/D. Pfaff/A. Hopwood (Hrsg.), The Economics and Politics of Accounting, 2004, S. 58 ff.

<sup>45</sup> Transparenzrichtlinie v. 15.12.2004 (RL 2004/109/EG). Die Pflicht zur Halbjahresberichterstattung zum Schluß des ersten und dritten Quartals wurde umgesetzt in § 37w WpHG. Vgl. etwa *Martin Zimmermann*, in: A. Fuchs (Hrsg.), Wertpapierhandelsgesetz, 2009, § 37w Rn. 13 ff.; allgemeiner *Bernhard Pellens/Rolf Uwe Fülbier/Joachim Gassen/Thorsten Sellhorn*, Internationale Rechnungslegung, 7. Aufl. 2008, S. 899-913.

<sup>46</sup> § 37x WpHG; dazu *Zimmermann*, a.a.O., § 37x Rn. 4 ff.

<sup>47</sup> Dazu etwa *Wolfgang Ballwieser*, IFRS-Rechnungslegung, 2. Aufl. 2009; *Alfred Wagenhofer*, Internationale Rechnungslegungsstandards IAS/IFRS, 5. Aufl. 2005, S. 495 ff.; *Bernhard Pellens/Rolf Uwe Fülbier/Joachim Gassen/Thorsten Sellhorn*, Internationale Rechnungslegung, 7. Aufl. 2008, Kap. 30; *Norbert Lüdenbach/Wolf-Dieter Hoffmann*, Haufe IFRS-Kommentar, 6. Aufl. 2008, § 37; *Rolf Uwe Fülbier*, Konzernbesteuerung nach IFRS, 2006, S. 229 ff.

<sup>48</sup> Die Börsenordnungen verlangen Quartalsberichte für den Handel in bestimmten Prime-Märkten (DAX), vgl. etwa § 42 BörsG i.V.m. § 66 BörseO FWB (Frankfurter Wertpapierbörse). Vgl. *Wagenhofer*, a.a.O.

<sup>49</sup> Vgl. *Norbert Lüdenbach*, IFRS, 5. Aufl. 2008, S. 332-334; *Wolf-Dieter Hoffmann*, in: N. Lüdenbach/W.-D. Hoffmann, Haufe IFRS-Kommentar, 6. Aufl. 2008, § 37 Rn. 9 ff.; *Bernhard Pellens* u.a., a.a.O., S. 900 f.

Aber Vorsicht: Auch hier drohen kontraproduktive Effekte!<sup>50</sup> Von den Bilanzierungszeiträumen hängen Gewinne und Verluste maßgeblich ab. Über das Bilanzrecht läßt sich das Wirtschaftsverhalten steuern, sei es im Sinne einer Ausrichtung an kurzfristigen oder einer Einberechnung von längerfristigen Erfolgen.<sup>51</sup> Gemeinwohlziele wie Infrastruktursicherung und Versorgungssicherheit sind längerfristig ausgerichtet. Auch Arbeitskosten, ein für alle Märkte zentrales Element, gehorchen langfristigen Bilanzierungszeiträumen (Ausbildung, Berufserfahrung). Einen kompetenten Mitarbeiter kann man nicht unumwunden einstellen. Mit anderen Worten: Besonders die sozialen Voraussetzungen und Folgen von Märkten lassen sich sinnvollerweise nicht in kurzfristigen Bewertungszeiträumen erheben und kalkulieren.

Das Quartalsdenken indes führt zu einer strukturellen Überschätzung kurzfristiger wirtschaftlicher Erfolge bei gleichzeitiger Vernachlässigung längerfristiger Folgen. Die kurzfristige Bilanzierung des Marktgeschehens wird an den Informationsbedürfnissen des Kapitalmarkts als Markt der Märkte ausgerichtet, nicht mehr jedoch gehorcht die Bilanzierung den Zyklen von Mensch und Umwelt. Menschliche Lebenszyklen (z.B. jahrelange Berufsausbildung) und ökonomische Bewertungszeiträume (Quartalsberichte) klaffen immer weiter auseinander. Bei kurzfristiger Bilanzierung ist es immer rationaler, niemanden einzustellen und auszubilden, weil jedes neue Arbeitsverhältnis mit Anlaufkosten verbunden ist und ein Auszubildender vielleicht in drei Jahren, nicht aber in drei Monaten, sein Geld wert ist. Die Arbeitsleistung von Menschen läßt sich nicht sinnvoll quartalsweise ermitteln, schon weil die Ausbildungszeiten sich auf ein Vielfaches erstrecken und Arbeitsplätze langfristig angelegt sind.

Es kann daher nicht der Sinn sein, durch die Förderung von Wettbewerb Bilanzierungszeiträume zu akzeptieren, die die Berücksichtigung der längerfristig angelegten Gemeinwohlziele strukturell unterminieren. Auch hier müssen rechtliche Regelungen das Wettbewerbsverhalten so ausrichten, daß nicht über falsche Erfolgsparameter (kurzfristige Gewinnerwartung) das Gegenteil erreicht wird. Erhebliche Probleme entstehen auch, wenn Bilanzierungszeiträume, die aus Gründen der Transparenz für Finanzmärkte geschaffen wurden (Quartalsberichte), mittelbar auf Arbeitsmärkten und Gütermärkten ausstrahlen und dort andere Effekte auslösen, wenn das unternehmerische Handeln auf den kurzfristigen Bilanzierungserfolg fixiert wird, um auf Finanzmärkten Erfolg zu haben. Was für Finanzprodukte sachgerecht erscheinen mag, ist für die mit diesen Produkten mittelbar verbundenen Güter- oder Arbeitsmärkte mitunter

---

<sup>50</sup> *Oliver Lepsius*, Ziele der Regulierung, in: M. Fehling/M. Ruffert, Regulierungsrecht, 2010, § 19 Rn. 40 f.

<sup>51</sup> Nach *Lüdenbach*, a.a.O., S. 332 f., ist der Nutzen von Quartalsabschlüssen umstritten. Sie verstärken den Zwang des Managements, sich mit kurzfristigen Erfolgen zu beweisen. Dies könne zu Lasten langfristiger Erfolgsfaktoren, im schlimmsten Fall sogar zur Manipulation des Zwischenabschlusses führen. Skeptisch auch

schädlich und verzerrt dort die Wahrnehmung von Gewinn und Verlust. Über diese Querverbindungen muß man sich klar sein, wenn man Fragen der allgemeinen rechtlichen Rahmensezung wie etwa das Bilanzrecht behandelt.

Bilanzierungszeiträume sind rechtlich erzeugte Konstrukte, die dem Zweck dienen, das Marktgeschehen sinnlich wahrnehmbar zu machen. Der Mensch will erkennen, wie die Marktteilnehmer agieren und demzufolge wie der Markt funktioniert. Er darf sich zu diesem Zweck aber keine Mittel schaffen, die auf viele Märkte nicht passen oder den Bedürfnissen dieser Märkte sogar zuwiderlaufen. Jedenfalls muß ein kritisches Bewußtsein für negative Effekte erzeugt werden, die sich aus Wahrnehmungskonstrukten wie Bilanzen ergeben. Am sinnvollsten wäre ein je nach den Märkten unterschiedliches Bilanzierungsregime. Dies aber scheitert an der Natur der Bilanz, die gerade die verschiedenen Teilmärkte innerhalb eines Unternehmens saldieren und abstrahieren soll, nicht zuletzt auch, um ein Unternehmen kapitalmarktfähig werden zu lassen. Auch durch solche Fragen der Bilanzierungsparameter, die für sich genommen noch nichts mit Finanzmärkten zu tun haben, entsteht eine entdifferenzierende Dominanz der Finanzmärkte und der Börse als eines abstrahierenden Markts der Märkte. Deswegen ist das Bilanzrecht und mit ihm die Notwendigkeit von Quartalsberichten ein hochpolitisches Thema, das nicht an Wirtschaftstheoretiker delegiert werden darf.

## **VI. Paradigmenwechsel**

Was folgt aus alledem? Erstens: Märkte und Wettbewerb sind kein Selbstzweck, wie man jedoch meinen könnte, wenn man der politischen (und zu einem großen Teil auch ökonomischen) Rhetorik der letzten Jahrzehnte Glauben schenkt. Wir brauchen eine moderne Rechtfertigung des kapitalistischen Wirtschaftssystems. Zweitens: Diese Rechtfertigung kann nicht mehr autonom ökonomisch gelingen. Märkte und Wettbewerb müssen wieder stärker als politische Instrumente begriffen werden, über deren Funktions- und Wirkungsbedingungen man sich sektoral und branchenspezifisch Rechenschaft ablegen muß. Drittens: Das Ziel sollte es sein, zu differenzieren und pauschalierende Bewertungen zu vermeiden. Man darf nicht alle Märkte über einen Kamm scheren oder etwa aus dem Versagen der Finanzmärkte auf eine Krise aller Märkte schließen. Es gilt auch, die Märktewirtschaft vor falschen Freunden zu schützen, die durch die rhetorische und wirtschaftstheoretische Inflationierung der mit Märkten und Wettbewerb verbundenen Vorzüge zu ihrer Entwertung beitragen. Statt dessen muß,

viertens, die Beweislast zwischen Recht und Märkten zugunsten der rechtlichen Gestaltungsbedürftigkeit unterschiedlicher Märkte und sektorspezifischen Wettbewerbsverhaltens korrigiert werden.

Die Konsequenz heißt: Wir brauchen eine neue Kriterienvielfalt, sowohl in der wissenschaftlichen Rechtfertigung des Wirtschaftssystems als auch in seiner politischen Behandlung. Erhebliche Gestaltungsspielräume findet eine solche Wirtschaftspolitik beispielsweise im Recht. Neuerdings übernimmt insbesondere das Regulierungsrecht die sektorspezifische Ausgestaltung unterschiedlicher Wettbewerbsmärkte.<sup>52</sup> Im Regulierungsrecht kann man daher heute eine moderne Ausprägung der sozialen Marktwirtschaft erkennen. Das Soziale findet sich im Regulierungsauftrag des Rechts wieder. Wenn mit Regulierungsrecht Angebotsqualität und Pluralismussicherung als Elemente funktionierenden Wettbewerbs bezweckt werden, dann ist es eine primäre Aufgabe von Wirtschaftspolitik und Regulierungsrecht, den Beharrungskräften rationaler marktwirtschaftlicher Verhaltensformen Gegenstrategien an die Seite zu stellen. Sie können in der Parallelität unterschiedlicher Märkte liegen, im Absehen einer Fixierung auf monetäre Parameter, die standardisierte Produkte und Bilanzen voraussetzen oder in der Schaffung von Gegenöffentlichkeiten, die eine Nachfrage nach originellen Leistungen und Gütern generieren. Damit sind nur wenige Gestaltungsmöglichkeiten skizziert. Mehr Mut zur politisch begründeten Regulierung lautet der Ruf der Zeit.

---

<sup>52</sup> Dazu nun umfassend *M. Fehling/M. Ruffert* (Hrsg.), *Regulierungsrecht*, 2010.