

Wettbewerb und Intervention

Markus Rehberg

I.	Einführung	50
1.	Rechtsdogmatischer Stellenwert des Wettbewerbsgedankens	50
2.	Zielsetzung	51
II.	Missverständnisse	51
1.	Ausnahmecharakter staatlicher Eingriffe?	52
a)	Verträge: „Vorrang der formellen Privatautonomie“	52
b)	Märkte: „Markt statt Staat“	53
c)	„Mehr Wettbewerb braucht weniger Gesetze“	54
2.	Interventionen	55
a)	„Interventionen sind paternalistisch“	55
b)	„Interventionen sind eine Anmaßung von Wissen“	56
c)	„Wettbewerb ist unergründbar“	57
d)	„Es gibt keine guten oder schlechten Leistungen“	58
e)	„Inhaltskontrolle ist entbehrlich“	60
f)	„Eine Dogmatik der Intervention ist interventionistisch“	62
3.	Mensch und Wettbewerbsordnung	62
a)	„Wettbewerb ist Selbstzweck und darf nicht instrumentali- siert werden“	62
b)	„Nicht Bedürfnisse zählen, sondern Freiheit“	63
c)	„Es gibt keine Verbraucher, nur Bürger“	64
d)	„Nicht das reale menschliche Verhalten zählt, sondern das normative Leitbild“	65
e)	„Was der durchschnittliche Verbraucher leisten kann, soll er auch leisten“	66
III.	Wettbewerbsfreiheit – ein „Wieselwort“	68
1.	„Freiheit“	69
a)	Achtung und Schutz von Integritäten	69
b)	Handlungsmöglichkeiten	70
2.	Konsequenzen	71
IV.	Wettbewerb als Instrument zur Verwirklichung menschlicher Bedürfnisse	73
1.	Notwendigkeit einer Folgenorientierung	73
2.	Kundeninteresse	74
3.	Rechtliche Relevanz von Realität	75
V.	Illustration: Umgang mit Information	77

I. Einführung

1. Rechtsdogmatischer Stellenwert des Wettbewerbsgedankens

Dass Wettbewerb auch positive Effekte¹ hervorbringt und in ganz unterschiedlichen Lebensbereichen wünschenswert sein kann, ist heutzutage weithin akzeptiert. Dieser Befund betrifft nicht nur klassische Märkte, sondern auch traditionelle Domänen des Staates² sowie privates Handeln.³ Rechtlich erfasst der Wettbewerbsgedanke keineswegs nur Vorschriften etwa des UWG, des GWB oder der Art. 81 ff. EGV, sondern genauso das Zivilrecht oder das Öffentliche Recht.⁴ Fragt man sich, an welchen Märkten sich die Wettbewerbstheorie vornehmlich orientieren sollte, so stechen zumindest nach ihrer wirtschaftlichen Bedeutung gerade diejenigen Märkte hervor, die sich durch umfangreiche Regulierung auszeichnen (näher unten II.1.b). Dies zu betonen ist vor allem deshalb wichtig, weil sich die wettbewerbstheoretische Diskussion bisweilen eher – salopp formuliert – am Einkauf bei *Tengelmann* orientiert und genau diese gedankliche Grundorientierung Fehleinschätzungen provoziert.⁵

Angesichts der unbestreitbaren Bedeutung von Wettbewerb bedarf es konkreter Vorstellungen darüber, ob, in welcher Form und unter welchen Voraussetzungen Wettbewerb erwünscht ist, um diese Erkenntnisse dann gegebenenfalls mit anderen Zielen abzustimmen. Dass es selbst in umfassend kodifizierten Rechtsbereichen handfester wettbewerbstheoretischer

1 Vgl. zu den verschiedenen denkbaren Wettbewerbsfunktionen etwa die Darstellungen bei *Emmerich*, Kartellrecht, 10. Aufl. 2006, § 11 (S. 3f.) oder *Schmidt*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 8. Aufl. 2005, S. 28 ff. sowie speziell zur *Kantzenbach/Hoppmann*-Kontroverse die von *Leistner*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, 2007, S. 44 ff.

2 Hier sei nur der Regulierungswettbewerb genannt, der nunmehr auch im Gesellschaftsrecht Einzug gehalten hat, vgl. dazu stellv. *Eidenmüller*, in: Eidenmüller (Hrsg.), Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, S. 6 ff. (§ 1 Rn. 10 ff.).

3 Dementsprechend interessieren sich etwa zunehmend auch Ökonomen für diesen Bereich (vgl. stellv. *Becker*, *The Economic Approach to Human Behavior*, 1976), wenngleich sich über den Erfolg trefflich streiten lässt.

4 Zwingend ist die zumindest für das deutsche Recht typische Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht nicht.

5 Dass die Auswahl des zu ergründenden Lebensabschnittes stark von der jeweils vertretenen theoretischen Grundhaltung abhängt, betont zu Recht *Kuhn*, *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, 2. Aufl. 1976. Zur Bestätigung dieses Befundes genügt im Zivilrecht der Vergleich derjenigen Sachprobleme, die einerseits von klassischen Lehrbüchern (z. B. *Larenz/Wolf*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. Aufl. 2004) und andererseits von *Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 4. Aufl. 2005 aufgegriffen werden.

Maßstäbe bedarf, verdeutlicht allein⁶ § 4 Nr. 10 UWG, wonach unlauter handelt, wer Mitbewerber „gezielt behindert“.⁷ Diese Regelung lässt so ziemlich alles offen, behindert doch selbst derjenige seine Konkurrenten gezielt, der bessere und günstigere Produkte anbietet und dabei ausdrücklich anstrebt, den eigenen Marktanteil zu Lasten anderer zu vergrößern. Die entscheidende Frage, nämlich *welche* gezielte Behinderung unlauter ist, bleibt unbeantwortet.

2. Zielsetzung

Schon angesichts der Fülle wettbewerbstheoretischer Untersuchungen ist das Anliegen dieses Beitrages eher bescheiden: Inhaltlich geht es um das Verhältnis von Wettbewerb und Intervention. Dabei soll weniger für eine grundlegend neue Ausrichtung plädiert als vielmehr gefragt werden, wie wenigstens der unumstrittene Kern wettbewerbsrechtlicher Regelungen begründet werden kann. Letztlich geht es um Selbstverständlichkeiten, die nicht immer als solche ausgesprochen werden. Methodisch wird vor allem für eine stärkere Folgenorientierung geworben, und zwar auch durch den Hinweis, dass es unabhängig von der jeweiligen politischen Grundauffassung wenig hilft, lediglich für mehr oder weniger Freiheit bzw. die Abwägung von Freiheiten zu plädieren. Dass das hier propagierte Vorgehen tatsächlich vorzugswürdig ist, wird abschließend anhand des staatlichen Umgangs mit Information illustriert.

II. Missverständnisse

Der wettbewerbsrechtlichen wie -politischen Diskussion wäre viel gedient, gelänge es, wenigstens manche der hartnäckigsten Fehlvorstellungen oder auch nur inhaltsleeren Aussagen zu vermeiden. Nachfolgend sollen einige derartiger Formulierungen aufgegriffen und auf ihre argumentative Tragfähigkeit hin überprüft werden.

6 Daneben sei auf Begriffe wie „Missbrauch“, „Diskriminierung“, „ohne sachlichen Grund“, „verfälschter/beeinträchtigter Wettbewerb“ o. Ä. verwiesen.

7 Vgl. zu dieser Problematik aus der jüngsten Rechtsprechung BGH, Urt. v. 11.1.2007, GRUR 2007, 800 (Außendienstmitarbeiter).

1. Ausnahmecharakter staatlicher Eingriffe?

a) Verträge: „Vorrang der formellen Privatautonomie“

Bereits auf Vertragsebene, d. h. unabhängig von der Betrachtung ganzer Märkte (dazu unten b), findet sich häufig die These, dass staatliche Eingriffe (insbesondere in Form zwingenden Rechts) nur ausnahmsweise, d. h. bei besonderen Störungen oder Anomalien, erforderlich seien oder sich allenfalls auf eine Geltungsverleihung beschränkten. Es gelte der Vorrang der formellen Privatautonomie.⁸ Tatsächlich erfordert allein die Bereitstellung des Vertrags als rechtliche Institution umfangreiche Eingriffe: Indem der Staat Verträge nach detaillierten zivilprozessualen und vollstreckungsrechtlichen Regeln notfalls in aller Härte durchsetzt, wird der Versprechende überhaupt erst zur glaubwürdigen Teilnahme am Geschäftsverkehr befähigt.⁹ Nicht zu unterschätzen sind auch allgemeine Vorschriften wie etwa §§ 104 ff., 116 ff. BGB. Eine Willenserklärung einschließlich des gerne bemühten *volenti non fit iniuria* ist normativ so lange nichts wert, wie nicht die Ausgangslage geklärt ist, auf deren Basis sie erfolgt.¹⁰ Auch jenseits des Vertragsrechts ist es überhaupt erst die staatliche Anerkennung einer Rechtsfähigkeit (vgl. § 1 BGB), die natürlichen wie juristischen Personen (Integritäts-)Schutz sowie Handlungsmöglichkeiten verleiht. Völlig richtig betont daher *Flume*, dass namentlich der Grundsatz der Privat-

8 Siehe stellv. für diese im Zivilrecht weitverbreitete Auffassung *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, 1997, S. 64 f. („... über die §§ 123, 138 BGB hinaus Störungen Berücksichtigung finden müssen, welche den rechtlichen Geltungsanspruch privatautonomer Gestaltung materiell infrage stellen und zwar vor allem Zwangs- und Ungleichgewichtslagen sowie Störungen des Willensbildungsprozesses“) oder *Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 15 (Privatautonomie als „... Freiheit von Fremdbestimmung ...“; „... zunächst Nichteinmischung der Rechtsordnung in den freien, selbstbestimmten Willen des Individuums“). Dass selbst die eindrucksvoll von *Axelrod*, Die Evolution der Kooperation, 6. Aufl. 2005 modellierten Kooperationsmechanismen fester institutioneller Voraussetzungen bedürfen, beschreibt zutreffend *Höffe*, Kategorische Rechtsprinzipien, 1990, S. 294 ff. Siehe auch unten Fn. 11.

9 Genau deshalb hilft es dem Schuldner nicht immer, wenn zu seinem Schutz Vollstreckungsmöglichkeiten eingeschränkt werden, leidet dadurch doch auch die Werthaltigkeit seiner Versprechen.

10 Man denke nur an Drohung oder Betrug. Instrukтив hierzu *Baumann*, conceptus 28 (1995), 21, 25 ff.; *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, 2001, S. 63 ff., 70. Auch sollte man nicht übersehen, dass sich jede Einwilligung angesichts der begrenzten Aufmerksamkeit des Menschen bei Vertragsschluss auf wenige Elemente erstreckt, vgl. nur *Miller*, 63 Psych Rev 81 (1956). Und dass allein der durch § 123 BGB bewirkte Schutz keineswegs marginal ist, würde spätestens dann deutlich, schützte der Staat nicht mehr vor Gewalt oder Täuschung.

autonomie die Rechtsordnung als Korrelat erfordert.¹¹ Staatliche Intervention bildet eine zentrale Grundlage jeder Vertragsordnung und nicht deren Ausnahme. Sie ist selbstverständlicher, untrennbarer und von jeher unabdingbarer Kernbestandteil zivilrechtlicher Dogmatik. Wer dies verkennt, provoziert Lösungsansätze, welche die rechtliche Realität nicht erklären können und sich allenfalls auf dem Papier als liberal¹² erweisen.

b) Märkte: „Markt statt Staat“

Die hier zunächst nur für Verträge beschriebene Fehlvorstellung setzt sich auf der Marktebene fort. Wiederum findet sich die Grundannahme eines Ausnahmecharakters staatlicher Eingriffe: Märkte bildeten sich von allein heraus und würden durch staatliche Maßnahmen nur behindert.¹³ Demgegenüber hat sich spätestens¹⁴ mit dem Aufkommen der neuen Institutionenökonomik¹⁵ auch in der Wirtschaftswissenschaft die Einsicht durchgesetzt, dass Märkte erst das Ergebnis komplizierter und dabei allzu oft staatlicher Institutionen (z. B. des Eigentums¹⁶) sind.¹⁷ Selbst wenn man den gesamten genuin öffentlich-rechtlichen Sektor oder auch die zuvor beschriebenen hoheitlichen Maßnahmen zur Ermöglichung und Durchsetzung von Verträgen außer Acht ließe, müsste man schon mit der Lupe suchen, um noch einen Bereich auszumachen, der nicht intensiv staatlich reguliert wäre.¹⁸ Hierzu gehören nicht nur die klassischen Netzindustrien (Wasser- und Energieversorgung, Telekommunikation, Straßen-, Schienen-, Wasser- und Luftverkehr u. v. m.) oder die Lebensmittel-, Kosmetik- und Gesundheitsbranche, sondern auch der gesamte Finanzsektor: Mit der Aktie etwa ist jenes Gut, das noch am Ehesten die Idealvorstellungen eines

11 *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 1 2 (S. 1 f.).

12 Näher zu den möglichen Bedeutungen dieses Begriffes unten III.1.

13 Insbesondere die Neoklassik mit ihrem bis heute anhaltenden Einfluss auch auf die Wettbewerbstheorie blendet die staatliche Komponente völlig aus ihren Betrachtungen aus.

14 Vgl. speziell zur Problematik wirtschaftlicher Macht etwa bereits *Böhm*, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, 1950, S. 32, passim.

15 Siehe nur die Darstellung bei *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, 3. Aufl. 2003, S. 339 ff.

16 Genau deshalb werden nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG „Inhalt und Schranken ...“ des Eigentums durch Gesetze bestimmt (Hervorhebung vom Verfasser).

17 *Veljanovski*, 1 Int Rev Law Econ 5, 19 (1981) bezeichnet Märkte gar als rechtliche Konstrukte.

18 Instrukтив ist ein Blick auf die Kommentierungen von *Frank* und *v. Jagow* in *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig* (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2004 zu medienspezifischen, produktspezifischen und berufsspezifischen Besonderheiten.

perfekten Marktes¹⁹ verkörpert, so umfassend reguliert wie kaum ein anderes Produkt.²⁰

c) „Mehr Wettbewerb braucht weniger Gesetze“

Eng verwandt mit den gerade beschriebenen Missverständnissen ist die Vorstellung, wonach mehr Wettbewerb mit weniger staatlichen Regeln einhergehe. Tatsächlich verdeutlichen allein die umfangreichen Regelwerke etwa von *FSA* oder *SEC* auf dem Gebiet der Finanzmarktregulierung, aber auch deregulierte Telekommunikations-, Energie- und Transportmärkte, dass sich ein intensiver und produktiver Wettbewerb oft erst nach einer Ausweitung und keineswegs Eindämmung der Gesetzesflut einstellt.²¹ Häufig verschiebt sich einfach nur das staatliche Tätigkeitsfeld.²² Pauschale Aussagen sind hier nicht möglich. Entscheidend ist, dass jede angestrebte Liberalisierung nicht eine bestimmte *Quantität*, sondern eine neue *Art* von Regelungen erfordert, nämlich die gedankliche Neuausrichtung an den mit Wettbewerb verfolgten Zielen (zu diesen siehe unten IV.2.). Diese Ziele gilt es dann unter Berücksichtigung all derjenigen kleinen und häufig unscheinbaren Widrigkeiten zu verwirklichen, die das Leben in so großer Fülle liefert. Um diese Detailarbeit geht es und nicht um die Verkündung hehrer Prinzipien und Grundsätze.

19 Eine der ersten Definitionen stammt von *Marshall*, *Principles of Economics*, 8. Aufl. 1920, S. 329: „Thus at one extreme are world markets in which competition acts directly from all parts of the globe; and at the other those secluded markets in which all direct competition from afar is shut out, . . .“. Aus jüngerer Zeit vgl. *Fritsch/Wein/Ewers*, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik*, 6. Aufl. 2005, S. 26 ff.

20 Man denke für Deutschland nur an die Vorschriften des Aktiengesetzes, das Recht der Rechnungslegung, das Kapitalmarktrecht (Insidervorschriften, Veröffentlichungspflichten, Übernahmevorschriften, organisatorische Vorgaben usw.), das Wertpapierrecht, die Abschlusskontrolle oder selbst das Insolvenzrecht.

21 Dies gilt besonders dann, wenn ein Anbieterwechsel erleichtert und dem entgegenstehende Hindernisse beseitigt werden sollen, vgl. etwa die Rufnummernmitnahme im Mobilfunk oder die Diskussion um gemeinsame Schnittstellen und Softwarestandards, welche die Bildung oder Aufrechterhaltung natürlicher Monopole erschweren und es innovativen Newcomern erleichtern, in einen Wettbewerb einzutreten.

22 Etwa von einer Produkt- zur Vermittlerregulierung, vgl. näher unten V.

2. Interventionen

a) „Interventionen sind paternalistisch“

„Paternalismus“ ist ein schillernder Begriff, der eine ernste wissenschaftliche Auseinandersetzung insbesondere deshalb erschwert, weil er einerseits eine negative Wertung ausdrückt, andererseits jedoch ohne eine inhaltliche Klärung von „Freiheit“ (dazu näher unten III.1.) wenig Gehalt aufweist.²³ Jedenfalls verdeutlichen bereits die vorherigen Ausführungen (oben 1.), dass erst ein ausgefeiltes regulatorisches Umfeld diejenigen Handlungsmöglichkeiten eröffnet, die uns eine Markt- bzw. Vertragsordnung als freiheitlich erscheinen lassen. Oftmals geht es allein um die Frage, *wer* unser Handeln beeinflusst – der Staat oder Private, und bedeutet der Verzicht auf staatlichen Schutz nichts anderes, als uns der Macht privater Personen, Gruppen oder Institutionen auszusetzen, die unser Handeln möglicherweise sehr viel stärker und einschneidender beeinflussen als Maßnahmen eines immerhin an rechtsstaatlich-demokratische Vorgaben gebundenen Staates. Wenngleich etwa hoheitlich vorgegebene Information derzeit alles andere als optimal ist (näher unten V.), gehen doch von ihr erfahrungsgemäß sehr viel geringere Gefahren aus als von den Angaben der am Absatz ihrer Produkte interessierten Anbieter. Für Letztere ist eine selbstbestimmte Entscheidung möglicherweise die größte Bedrohung genau dieser Absatzinteressen. Damit sind Interventionen keineswegs *per se* paternalistisch (sie können es natürlich sein), sondern zur Vermeidung von Paternalismus (etwa in Form der Macht des Stärkeren) unabdingbar. Im Übrigen geht es auch hier wieder um schlichte Detailarbeit, d. h. die sorgfältige Bewertung denkbarer Interventionen und ihrer Auswirkungen.

Dass Staatsfreiheit keineswegs immer die liberalste Option darstellt, sollten auch jene berücksichtigen, die gerne die Bürgergesellschaft (*civil society*) beschwören. Gerade aus liberaler Sicht ist es eine enorme Errungenschaft, wenn Bedürftige ihre Unterstützung von einem anonymen, an die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Rechtsstaatlichkeit (einschließlich des Gesetzesvorbehalts sowie des Verhältnismäßigkeitsgebots) gebundenen Staat erhalten, der sich diese Mittel seinerseits über Steuern verschafft und eben nicht von einer bestimmten (möglicherweise mit

²³ Nichtsdestotrotz spielt dieser Begriff gerade im Sinne einer Abwehr staatlicher Maßnahmen besonders im angloamerikanischen Raum eine nennenswerte Rolle, vgl. nur die Vorschläge eines „Asymmetric Paternalism“ bei *Camerer/Issacharoff/Loewenstein u. a.*, 151 U Pa. L. Rev. 1211 (2003) bzw. eines „Libertarian Paternalism“ bei *Sunstein/Thaler*, 70 U. Chi. L. Rev. 1159 (2003) jeweils m. w. N.

durchaus achtbaren Motiven handelnden) Personengruppe abhängig ist, die – man denke etwa an ein traditionell dörflich/kleinstädtisch-bürgerliches Milieu – mit ihrem Hilfeangebot doch sehr eigene Vorstellungen verknüpft und diese in einer Weise einfordert und durchsetzt, die den zuvor skizzierten staatlichen Standards nicht annähernd vergleichbar ist.

b) „Interventionen sind eine Anmaßung von Wissen“

Es findet sich kaum ein größerer wettbewerbspolitischer Beitrag, in dem nicht mahnend auf die mit einer staatlichen Intervention verbundene Anmaßung von Wissen hingewiesen würde.²⁴ Immerhin sind Interventionen regelmäßig mit der Vorstellung verbunden, dass sie etwas Positives bewirken. Und irren lässt sich hier durchaus. Unser Wissen über die Welt, in der wir leben, ist begrenzt.

Dummerweise betrifft diese Unsicherheit gleichermaßen die Befürwortung staatlichen Unterlassens. Wer sich gegen Interventionen ausspricht, maßt sich gleichermaßen staatliches Wissen an.²⁵ Es ist daher nicht immer ersichtlich, wozu die Formel einer Wissensanmaßung gut sein soll. Was wäre denn die Alternative? Sollen Wissenschaft und Politik den Kopf in den Sand stecken? Sollen wir etwa nicht versuchen, die Welt zu verstehen und unsere Entscheidungen auf all jene – zweifellos unvollkommenen – Erkenntnisse zu stützen, die uns verfügbar sind? Immerhin müssten wir ansonsten gleich unser gesamtes Rechtssystem abschaffen, angefangen mit BGB, UWG und GWB, stellen die mit diesen Interventionen verbundenen Vorstellungen ja auch eine Wissensanmaßung dar. Wer für sein Handeln bzw. Unterlassen auf (wissenschaftliche) Begründungsversuche verzichtet, setzt an deren Stelle Willkür, verschleiert seine wahren Motive und huldigt der blanken Macht.

Wie auch bei den zuvor kritisierten Vorstellungen helfen Vermutungen etwa dergestalt, dass im Zweifel ein Unterlassen besser sei als eine Intervention, nicht weiter. Zum einen wurde bereits verdeutlicht, dass Wettbewerb zahllose Interventionen erfordert. Vor allem lassen derartige Regel-Ausnahme-Aussagen die entscheidenden, nämlich *inhaltlichen* Maßstäbe offen. So benötigen wir konkrete dogmatische Kriterien gerade für die schwierigen Fragen in den regelmäßig diskutierten Grenzbereichen, wo sich eine allgemeine Regel nicht ausmachen lässt. Demgegenüber mögen

24 Vgl. zu dieser Formulierung nur *Hayek*, 79 AER 3 (1989) sowie beispielhaft *Schünemann*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig* (Fn. 18), § 1 UWG Rn. 20 f., 25.

25 Aufschlussreich *Willgerodt*, ORDO 55 (2004), 25.

hitzige Diskussionen im Sinne von „Freiheit oder Sozialismus“ auch heute noch erfreuen, produktiv werden sie aber regelmäßig erst dann, wenn man sich zu differenzierten Fragestellungen durchringt.

Immerhin lassen sich zumindest einige Schlussfolgerungen aus unserem begrenzten Wissen von der Welt ziehen. So sind wir gut beraten, frühzeitige Festlegungen²⁶ zu scheuen und uns stattdessen möglichst viele Optionen zu schaffen bzw. zu erhalten. Wer eine Anschaffung erwägt, mag eine attraktive Einkaufsgelegenheit bewusst verstreichen lassen, ohne zu wissen, ob er später tatsächlich mehr für sein Geld bekommen wird. Ebenso ist unser Schulsystem gut beraten, möglichst allgemeine Grundlagen wie Sprache und Mathematik zu vermitteln, anstatt den Einzelnen vorschnell für ganz spezifische Aufgaben auszubilden. Nicht pauschal beurteilen lässt sich jedoch, ob diese erwünschte Flexibilität im Einzelfall mehr oder weniger Interventionen verlangt. Gleiches gilt für eine weitere denkbare Konsequenz unseres begrenzten Wissens: So mag es empfehlenswert sein, besonders dort, wo Entscheidungen in einem sehr komplexen Umfeld erfolgen und gleichzeitig gravierende Auswirkungen haben, konservativ zu handeln, d. h. aufbauend auf historisch bewährten Situationen und Handlungsmustern eher behutsam voranzuschreiten und sich über die jeweiligen Auswirkungen umfassend zu vergewissern.²⁷

c) „Wettbewerb ist unergründbar“

Eine gewisse Steigerung findet die Vorstellung, man könne auf konkrete Aussagen und Prognosen über unsere Welt verzichten, in der These von der Unergründbarkeit ausgerechnet des Wettbewerbs (also sicher keinem unwichtigen Element).²⁸ Sofern sich hierfür überhaupt eine Begründung findet, wird vor allem auf die Freiheit der Marktteilnehmer verwiesen, die der Wettbewerb gerade voraussetze.²⁹ Doch drängt sich wie bereits zuvor

26 Ökonomisch würde man hier von versunkenen Kosten bzw. spezifischen Investitionen sprechen.

27 Vgl. zu diesem Argument aus wissenschaftstheoretischer Sicht *Detel*, Wissenschaft, in: Martens/Schnädelbach (Hrsg.), Philosophie, Bd. 1, 1998, S. 172, 210f. Ob diese Konsequenz im Sinne etwa eines *Hayek* wäre, sei hier dahingestellt.

28 Die Parallele zum zweiten Gebot des Alten Testaments drängt sich auf: „Du sollst dir kein Bildnis noch irgendein Gleichnis machen, weder von dem was oben im Himmel, noch von dem, was im Wasser unter der Erde ist . . .“

29 Siehe statt vieler *Schünemann*, (oben Fn. 24), § 1 UWG Rn. 21 oder *Köhler*, Einl. UWG, in: Köhler/Bornkamm (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 25. Aufl. 2007, Einl. Rn. 1.6 a. E. m. w. N.: „Denn Wettbewerb setzt Freiheit der Marktteilnehmer voraus und aus diesem Grunde lässt sich nicht vorhersagen, welche Art von Marktprozessen sich aus der Ausübung dieser Frei-

die Frage auf, was die Alternative sein soll. Darüber hinaus ist es schlichtweg falsch, dass die Freiheit der Marktteilnehmer Prognosen über deren Verhalten ausschliesse. Freiheit wird regelmäßig in einer Weise eingesetzt, die sich durchaus prognostizieren lässt, sei es mithilfe der ökonomischen Rationalitätsannahme oder aber empirisch gesicherter Erkenntnisse der kognitiven und der Sozialpsychologie. Sollten wir wirklich nicht davon ausgehen dürfen, dass ein verringertes Angebot genauso zu höheren Preisen führt wie die Entstehung von Monopolen?³⁰ Macht es nicht Sinn, näher zu untersuchen, unter welchen Bedingungen Märkte welche Ergebnisse produzieren? Kurzum: Wollen wir Entscheidungen auf wissenschaftlicher Basis treffen, müssen wir es uns sehr wohl anmaßen, Wettbewerb zu ergründen.

d) „Es gibt keine guten oder schlechten Leistungen“

Nicht nur bei der Bewertung von Interventionen oder des Phänomens Wettbewerb, sondern auch bei Gütern und Dienstleistungen kommt der Jurist bisweilen nicht umhin, sich zu konkreten Aussagen durchzuringen. So liegt es durchaus nahe, gerade einen solchen Wettbewerb für wünschenswert zu erachten und durch darauf zugeschnittene Regeln anzustreben, der zu möglichst guten Produkten, niedrigen Preisen und großer Produktvielfalt führt (näher unten IV.2.). Propagiert man genau das, sieht man sich jedoch erneut dem Vorwurf interventionistischer Wissensanmaßung ausgesetzt. Was ein gutes oder schlechtes Produkt sei, lasse sich objektiv nicht festlegen. Es verbiete sich, Derartiges zum Maßstab rechtlicher Entscheidungen zu machen.³¹ Was richtig oder falsch sei, könne nur der Wettbewerb selbst entscheiden.³²

heit ergeben.“ Ob sich Wettbewerb gut definieren lässt und es daher klug ist, diesen Begriff zum Tatbestandsmerkmal zu erheben, ist eine andere Frage. Doch solange dies nun einmal etwa in UWG und GWB der Fall ist, sollte man diesen Begriff mit Inhalt füllen.

30 Vgl. zu Monopolen die Nachweise bei Fn. 80. Demgegenüber spricht *Hayek*, Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, 1968, S. 6 derartigen Erkenntnissen den „... Charakter wissenschaftlicher Theorien ... im strengen Sinn“ ab.

31 Siehe dazu nur Möschel, Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz, 1978, S. 100 oder *Rittner*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 6. Aufl. 1999, S. 37.

32 Stellv. *Markert*, § 20 GWB, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), GWB, 3. Aufl. 2001, § 20 GWB Rn. 16, der wie seine Mitstreiter allerdings nicht erläutert, wie ein wirtschaftlich-sozialer Prozess, der einfach nur geschieht, derartige Autorität beanspruchen kann. Wenn der Wettbewerb zur Versklavung der Menschen führte, wäre das dann auch „unter Wettbewerbsgesichtspunkten“ richtig? Dass wir ein schlicht reales Phänomen damit betrauen, für uns Menschen derartige (Sollens-)Entscheidungen zu treffen, ist eher ungewöhnlich.

In der Tat lässt sich bezweifeln, ob Qualität ohne jegliche Berücksichtigung individueller Umstände bemessen werden kann. Je nach spezifischer Situation und persönlichen Präferenzen können Qualitätsmerkmale ganz verschieden zu gewichten sein. Doch wurde ein hiervon völlig losgelöstes Qualitätsverständnis auch selten ernsthaft vertreten. In der betriebswirtschaftlichen Literatur hat sich längst ein subjektiv-teleologischer Qualitätsbegriff durchgesetzt. Danach ist Qualität der Grad der Eignung eines Produkts für die intendierten Vertragszwecke.³³ Diese Einordnung leuchtet besonders dann ein, wenn man Produkte mit der *commodity-characteristics*-Theorie nicht als ein homogenes Ganzes, sondern als ein Bündel wahrnehmbarer Eigenschaften (Produktattribute) definiert, die jeweils für sich genommen Nutzen stiften.³⁴ Dass eine von der Person losgelöste Qualitätsbeschreibung kaum möglich ist, gilt besonders für Dienstleistungen.³⁵ Denn hier wird der Nachfrager selbst als externer Faktor in den Produktionsprozess mit einbezogen, so dass die Qualität auch von den Eigenheiten und Fähigkeiten des Kunden abhängt.³⁶

Genauso wenig jedoch, wie die Tatsache eines freien Handelns der Marktteilnehmer Prognosen über Wettbewerbsprozesse ausschließt, vereitelt auch die Abhängigkeit der Produktqualität von individuellen Umständen keineswegs tragfähige Qualitätsaussagen.³⁷ Ansonsten wäre die Rede von einem technologischen Fortschritt hochgradig anmaßend, Konrad Zuses Z1-Rechner von genauso guter Qualität wie moderne Hochleistungscomputer und Carl Benz' Automobil von 1886 kein schlechteres Fahrzeug als jene heutiger Fertigung. Die Produzentenhaftung müsste gar als ein einziges großes Missverständnis eingeordnet werden. Tatsächlich lassen sich bei vielen Produkten für die meisten Eigenschaften ohne Weiteres Qualitätsaussagen treffen: Für Fernseher etwa gilt, dass ein hoher Energieverbrauch schlecht, ein geringes Gewicht gut, eine hohe Auflösung erwünscht und ein geringer Kontrast störend ist, während eine Berührung nicht zu Stromschlägen führen sollte. Andere Merkmale wie etwa die Farbe oder

33 Stellv. *Nieschlag/Dichtl/Hörschgen*, Marketing, 19. Aufl. 2002, S. 644 ff., 740 f., 795 ff. Nach DIN EN ISO 9000:2005 ist Qualität der Grad, in dem ein Satz inhärenter Merkmale Anforderungen erfüllt. DIN 55350 definiert Qualität als die Gesamtheit von Eigenschaften und Merkmalen eines Produkts oder einer Tätigkeit, die sich auf deren Eignung zur Erfüllung gegebener Erfordernisse bezieht.

34 Grdl. *Lancaster*, 74 JPE 132 (1966).

35 *Hirte*, Berufshaftung, 1996, S. 205 m. w. N.

36 Vgl. zu dieser für Dienstleistungen typischen Verschränkung von Produkt und Absatz *Jugel/Zerr*, Marketing-ZFP 1989, 162 m. w. N.

37 Speziell zu Information siehe unten V., zur Inhaltskontrolle nachfolgend e).

das Design mögen hingegen sehr unterschiedlich bewertet werden, vor allem wird die Gewichtung der einzelnen Qualitätsmerkmale individuell variieren. Die Liste derartiger Beispiele ließe sich beliebig fortsetzen.

Was bedeutet dies für die wettbewerbstheoretische Diskussion? Nun, man sollte anerkennen, dass das Wettbewerbsrecht nicht umhin kommt, unternehmerisches Verhalten zu bewerten, und sei es nur als notwendiger Bezugspunkt prozedural ausgerichteter Maßnahmen. Häufig sind auch direkte Qualitätsaussagen unumgänglich, etwa wenn Produkte als besonders hochwertig (z. B. „gesund“³⁸) beworben werden und sich damit die Frage einer Irreführung (einschließlich einer Behauptung ins Blaue hinein³⁹) stellt. Für die allgemeineren Vorschriften etwa des UWG und des GWB geht es allerdings weniger um konkrete Qualitätsvorgaben⁴⁰ als vielmehr um die Schaffung eines solchen rechtlichen Rahmens, der dafür sorgt, dass der Markt in großer Vielfalt zu möglichst geringen Preisen solche Produkte hervorbringt, die aus Kundensicht von möglichst hoher Qualität sind (näher unten IV.2.).

e) „Inhaltskontrolle ist entbehrlich“

Wenngleich zumindest das klassische Wettbewerbsrecht häufig auf konkrete inhaltliche Aussagen hinsichtlich der Qualität von Produkten (einschließlich der dazugehörigen Konditionen) oder von Informationen verzichten kann, sollte die praktische Bedeutung von Inhaltskontrolle anerkannt und eine Verfahrensorientierung nicht überzogen werden. Dort, wo ein bestimmter Inhalt missbilligt wird (man denke nur an „Gammelfleisch“), ist es häufig sinnvoll, dies gerade über eine Inhaltskontrolle und nicht über Umwege durchzusetzen.⁴¹ Besonders die begrenzte menschliche Informationsverarbeitungskapazität (näher unten V.) nötigt an vielen Stel-

38 Besonders augenscheinlich wird dies, wenn einerseits argumentiert wird, es gebe keine guten und schlechten Lebensmittel, nur um dann wenig später gesundheitsbezogene Werbeaussagen wie z. B. „hilft Ihrer Gesundheit“ genau damit zu rechtfertigen, der Verbraucher müsse über die Qualität von Lebensmitteln informiert werden, vgl. dazu *Buchner/Rehberg*, GRUR-Int 2007, 394, 397 f.

39 Vgl. dazu stellv. *Kramer*, in: MünchKomm BGB, 5. Aufl. 2006, § 123 BGB Rn. 8 m. w. N. Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht ist zu beachten, dass derartige Angaben keinen Informationsgehalt aufweisen, gerade weil sie ins Blaue hinein getätigt werden.

40 Dies betont zu Recht *Wuttke*, Sicherung des Leistungswettbewerbs durch das Verbot der unbilligen Behinderung in § 26 Abs. 4 GWB, 1995, S. 189.

41 Stellv. *Schön*, FS Canaris Bd. 1, 2007, S. 1191, 1208; *Rehberg*, Der staatliche Umgang mit Information, in: Eger/Schäfer (Hrsg.), Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung, 2007, S. 284, 342 jeweils m. w. N.

len zu einer staatlichen Inhaltskontrolle, die sich gerade deshalb auch tagtäglich vollzieht – man denke nur an die zahllosen Vorgaben im Gesundheits- und Lebensmittelbereich, aber auch an die umfassenden technischen Sicherheitsvorgaben. Rechtlich erfolgt Inhaltskontrolle über verschiedenste Instrumente, sei es über das Deliktsrecht (z. B. die Produzentenhaftung), das öffentliche Recht oder etwa die AGB-Vorschriften. Aufschlussreich ist auch § 434 BGB.

Besonders im angloamerikanischen Schrifttum wird bisweilen dafür plädiert, eine Inhaltskontrolle dadurch zu vermeiden, dass der Staat lediglich dispositive Vorgaben macht, dies jedoch in der Hoffnung, dass der zu Schützende von diesen nur dann abweicht, wenn es wirklich zu seinem Vorteil ist.⁴² Mag dies vereinzelt gelingen, darf man insgesamt skeptisch sein: Ist das Abweichen lediglich eine Formalie (etwa das Leisten einer dritten Unterschrift neben Vertrag und Widerrufsbelehrung oder das Unterschreiben eines gesonderten Formulars), bleibt der Schutz gering: Wer es etwa im Finanzsektor schafft, den Verbraucher von der Güte seiner Produkte zu überzeugen (begründet oder nicht), wird mit seinem Geschäft nicht daran scheitern, diesen auch noch zu denjenigen Maßnahmen zu bewegen, die ein Abweichen von der dispositiven staatlichen Vorgabe erfordert. Schraubt der Staat hingegen die Hürden für ein *opting out* extrem hoch, schrumpft auch der Unterschied zur Inhaltskontrolle und den mit ihr verbundenen Nachteilen (z. B. die Einschränkung der Produktfreiheit und -vielfalt⁴³). Der Staat ist daher besser beraten, vorrangig die Etablierung unabhängiger Beratungsangebote dort zu betreiben, wo dies die Komplexität und wirtschaftliche Bedeutung der Produkte rechtfertigt (näher unten V.). Denn dann wird der gesuchte Schutz nicht durch eine (faktische) Einschränkung der Produktvielfalt erkaufte. Der Vorteil dispositiver Regeln liegt hingegen vor allem in ihrer Hilfestellung für all jene, für die es sich nicht lohnt, eigene Bedingungen auszuhandeln; daneben bieten sie häufig auch einen wichtigen normativen Orientierungspunkt für die weiterhin sehr wichtige Inhaltskontrolle.

42 *Camerer/Issacharoff/Loewenstein u. a.*, 151 U Pa. L. Rev. 1211 (2003); *Sunstein/Thaler*, 70 U. Chi. L. Rev. 1159 (2003).

43 Ein klassisches Beispiel für dieses Dilemma ist der alte Vorschlag, für diverse Produkte Musterbedingungen einzuführen (etwa verbunden mit der Pflicht, auf Abweichungen hinzuweisen), der aber etwa im Versicherungsrecht mit der europäischen Vorgabe kollidiert, Produkthalte zu deregulieren, vgl. dazu *Rehberg*, Der Versicherungsabschluss als Informationsproblem, 2003, S. 240 m. w. N.

f) „Eine Dogmatik der Intervention ist interventionistisch“

Die vorstehenden Ausführungen sollten vor allem verdeutlichen, dass auch beim Wettbewerb kein ernst zu nehmendes Konzept darauf verzichten kann, trotz eines nur begrenzten Wissens von der Welt und ihrer Abläufe genau hierüber Annahmen zu treffen und darauf gestützt operationable Maßstäbe für die Frage zu entwickeln, ob und wie der Staat tätig werden soll.⁴⁴ Die Einsicht, dass man dabei auch irren könnte, ist banal. Gerade wer das derzeitige Ausmaß staatlicher Interventionen für übertrieben hält (eine Frage übrigens, die dieser Beitrag nicht zu beantworten sucht), kann in der politischen Diskussion nur dann glaubwürdig für weniger Staat plädieren, wenn er überhaupt Aussagen dazu tätigt, welche staatlichen Eingriffe sinnvoll sind. Wer Grenzen setzen will, sollte diese Grenzen bestimmen können.

3. Mensch und Wettbewerbsordnung

a) „Wettbewerb ist Selbstzweck und darf nicht instrumentalisiert werden“

Zu den vielfältigen Überhöhungen in der wettbewerbstheoretischen Diskussion gehört die These, wonach Wettbewerb Selbstzweck sei und nicht für konkrete Ziele instrumentalisiert werden dürfe.⁴⁵ Gerade hier sei eine gewisse Skepsis erlaubt. „Wettbewerb“ selbst ist sicher kein Grundrechtsträger, ja es ist nicht einmal ansatzweise erkennbar, weshalb man diesem wirtschaftlich-sozialen Phänomen eigene Interessen, Rechte oder Zwecke zusprechen sollte. Es wäre philosophisch auch äußerst interessant, würde jemand die mit der These des Wettbewerbs als Selbstzweck verbundene Grundvorstellung näher explizieren. Sieht man im Wettbewerb hingegen „nur“ ein Mittel zum Zweck, kann und muss man sich fragen, unter welchen Bedingungen die erhofften positiven Funktionen⁴⁶ eintreten und mit

44 Beispielhaft für die Gegenansicht *Möschel*, Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz, 1978, S. 112: Das Defizit an Vorhersehbarkeit und an Rechtssicherheit, das mit der Beschränkung bloß auf die Forderung nach einer Interessenabwägung verbunden sei (vgl. zu dieser Problematik unten III.2.), bleibe so lange tolerabel, als stärker generalisierte Aussagen die Gefahr in sich trügen, letztlich Wettbewerbserrstattungen zu begünstigen.

45 Stellv. *Köhler* (oben Fn. 29), Einl. Rn. 1.16, § 1 UWG Rn. 36; *Möschel*, § 19, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *GWB*, 3. Aufl. 2001, § 19 *GWB* Rn. 104; *Schünemann* (oben Fn. 24), § 1 UWG Rn. 18 ff. Nach *Hayek* (oben Fn. 30), S. 3 ist „... Wettbewerb nur deshalb und insoweit wichtig, als seine Ergebnisse unvorhersagbar und im Ganzen verschieden von jenen sind, die irgend jemand bewusst anstreben hätte können ...“

46 Weshalb diese auch in keinem größeren Lehrbuch oder Kommentar verschwiegen werden, vgl. oben Fn. 1.

welchen Nachteilen dies möglicherweise erkaufte werden müsste. Gerade wer andere Menschen von den Vorzügen des Wettbewerbs überzeugen möchte, kommt schwerlich umhin, auf dessen positiven Effekte zu verweisen.

Eine ganze andere Frage ist, ob man für jede Entscheidung nach deren Auswirkungen fragt. Hat man etwa bestimmte Marktstrukturen wie z. B. Monopole als typischerweise schädlich identifiziert, mag man diese selbst dann bekämpfen, wenn sich im Einzelfall konkrete Nachteile nicht sicher ermitteln lassen. Genauso lässt sich die Frage individueller Betroffenheiten von jener der Einräumung subjektiver Klagerechte entkoppeln. Ob Derartiges dann auch die Rede vom Wettbewerb als Institution⁴⁷ rechtfertigt oder gar nahelegt, sei hier dahingestellt. Bisweilen werden die entscheidenden Gesichtspunkte mit diesem Begriff eher verdeckt als deutlich ausgesprochen. Jedenfalls sollte man nicht übersehen, dass das, was etwa gegen Monopole spricht, nicht im Wettbewerb als Selbstzweck fußt, sondern auf der schlichten Erkenntnis, dass Monopole dem Menschen regelmäßig weniger Auswahl, höhere Preise, schlechtere Produkte sowie die persönliche Abhängigkeit von einem Anbieter bringen.

b) „Nicht Bedürfnisse zählen, sondern Freiheit“

Freiheit ist ein wertvolles Gut. Gerade in Deutschland können wir uns glücklich schätzen, in einer Gesellschaft zu leben, die dem Einzelnen so viele Entfaltungsmöglichkeiten bietet wie vielleicht noch nie zuvor. Besonders unter Wissenschaftlern braucht es für den Wert von Freiheit nicht viel Überzeugungsarbeit, beruht die Wahl dieses Berufswegs nicht zuletzt auf den damit verbundenen persönlichen Freiräumen. Leider wird gerade im Wettbewerbsrecht das verständliche Anliegen nach mehr Freiheit in einen wenig fruchtbaren Freiheitspathos übersteigert. Zum einen sollte man auch in den glücklichen Zeiten von Wohlstand und Frieden nicht die große Suppenfrage⁴⁸ vergessen, d. h. die schlichte Erkenntnis, dass zuerst das Fressen und erst dann die Freiheit kommt:⁴⁹ Vorrangig sind solche Elementarinte-

47 Grdl. *Raiser*, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: *Summum ius, summa iniuria*, 1963, S. 145, der mit diesem Begriff allerdings Inhalte vertritt, denen nicht jeder Wettbewerbsrechtler zustimmen mag. Aufschlussreich auch *Mestmäcker*, Der verwaltete Wettbewerb, 1984, S. 78 ff.

48 Anlässlich des Tagungsortes darf dieser Tribut an *Heinrich Heine* nicht fehlen, vgl. dazu nur aus der Düsseldorfer Heine-Ausgabe (DHA) Bd. III, 334 ff. (Die Wanderraten, aus: Romanzero); Bd. XV, 31 (Geständnisse).

49 Frei nach *Bertolt Brecht*, bei dem sich ein Bezug zu Düsseldorf leider nicht so gut herstellen lässt.

ressen wie Nahrung, Gesundheit oder Sicherheit zu befriedigen, bei denen es wenig Erkenntnisgewinn verspricht, diese als Freiheiten etwa im Sinne einer Nicht-Verhunger- oder Nicht-Erkrankungs-Freiheit umzuformulieren.

Weiterhin haben viele Menschen ganz andere Anliegen als nur Freiheit, die paternalistisch zu ignorieren wir uns zumindest bei demokratischem Grundverständnis nicht anmaßen sollten.⁵⁰ Wird etwa ein Käufer über eine wichtige Eigenschaft des Kaufgegenstands getäuscht und bezahlt so hunderte Euro zu viel, oder wurde er gar bedroht, so mag der klassisch ausgebildete Jurist darin vor allem die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit⁵¹ oder – kantisch formuliert – die Behandlung als Objekt beklagen. Befragt man jedoch die Opfer nach ihrer eigenen Sicht, nimmt man sie also als Person ernst, wird ihnen diese Entwürdigung häufig relativ gleichgültig sein und werden sie stattdessen vor allem den finanziellen Verlust bedauern. Wer eine Semmel kauft, will vornehmlich etwas Leckeres essen und nicht immer nur dadurch seine Entscheidungsfreiheit ausleben. Damit aber ist auch die Wettbewerbstheorie gut beraten, genau dieses Kundeninteresse zu beherzigen und rechtliche Rahmenbedingungen daraufhin zu befragen, ob sie diesem realen Bedürfnis jedenfalls auch gerecht werden.

c) „Es gibt keine Verbraucher, nur Bürger“

Öffnet man sich der Einsicht, dass Wettbewerbsrechtler versuchen müssen, Wettbewerbsprozesse möglichst gut zu verstehen, fällt der Blick unweigerlich auf eine ganz zentrale Komponente – den Menschen. Besonders die kognitive und die Sozialpsychologie einschließlich verwandter Disziplinen wie etwa der Marketing-Theorie⁵² oder der Konsumentenforschung⁵³ liefern schon längst zahlreiche gleichermaßen konkrete wie empirisch belegte Erkenntnisse über die tatsächliche Leistungsfähigkeit *jedes* Menschen – und nicht nur eines kleinen Prozentsatzes notorisch unmündiger Personen. Wer eine liberale Gesellschaftsordnung propagiert, sollte sich fragen, wie er diese Liberalität angesichts der bisweilen sehr ernüchternden Realitäten unserer menschlichen Existenz und zahlloser Widrigkeiten von oft sehr

50 Dies gilt ganz unabhängig von der philosophischen Grundfrage, ob es einen Kern an Würde, Freiheit o. Ä. geben sollte, den wegzugeben niemand befugt ist.

51 Siehe nur *Kramer*, in: MünchKomm BGB, 5. Aufl. 2006, § 123 BGB Rn. 1, 37 m. w. N. Dass dieser Gesichtspunkt daneben auch einen (intrinsischen) Grund für das Anfechtungsrecht liefern mag, ist eine andere Frage.

52 Stellv. *Kotler/Bliemel*, Marketing-Management, 10. Aufl. 2005; *Nieschlag/Dichtl/Hörschgen*, Marketing, 19. Aufl. 2002.

53 Stellv. *Kroeber-Riel/Weinberg*, Konsumentenverhalten, 8. Aufl. 2003.

technischer Natur nicht nur in einer Traumwelt, sondern hier auf Erden verwirklichen kann.⁵⁴ Was die so beliebte Rede von einer Bürgergesellschaft anbelangt, so liegt die für manche vielleicht traurige Wahrheit eher darin, dass die meisten Menschen vor allem Arbeitnehmer, Mieter und Verbraucher sind, ihr Bürgerdasein hingegen allenfalls beim sonntäglichen Spaziergang bzw. alle zwei Jahre an der Wahlurne ausleben.⁵⁵ Dies zu erkennen, hilft jedenfalls nicht dem Wettbewerb. Akzeptiert man das, klärt sich auch gleich ein weiteres Missverständnis: Verbraucherschutz steht keineswegs in einem Spannungsverhältnis zum Wettbewerb und ist kein Fremdkörper in einem davon zu trennenden, ohne dieses Element „rein“ ablaufenden Prozess, sondern natürliche Konsequenz eines modernen Verständnisses von Wettbewerb.

d) „Nicht das reale menschliche Verhalten zählt, sondern das normative Leitbild“

Betont man die begrenzten kognitiven Fähigkeiten jedes (Durchschnitts-)Menschen oder nimmt man gar das im Wettbewerbsrecht so unbeliebte Wort vom Verbraucherschutz in den Mund, so drängt sich der Einwand auf, dass nicht das reale menschliche Verhalten interessiert, sondern nur das Menschen- bzw. Verbraucherleitbild, d. h. das, was die Rechtsordnung normativ dem Menschen abverlangt. In der Tat sind die Ebenen von Sein und Sollen sorgsam zu trennen. Es gibt durchaus Bereiche, in denen der Staat gut daran tut, mehr an Anstrengung vorauszusetzen bzw. einzufordern, als es der Leistungsfähigkeit bzw. -bereitschaft des Durchschnittsmenschen entspricht. Gerade weil niemand an einer Folgenorientierung vorbeikommt und Recht menschliches Verhalten und damit auch Wettbewerbsprozesse beeinflusst, d. h. Anreize setzt, ist das vom Recht eingeforderte Maß an Anstrengung zumindest ein zu berücksichtigender Parameter.⁵⁶

54 Wiederum frei nach *Heine* (diesmal: Caput I., aus: Deutschland. Ein Wintermärchen, DHA Bd. IV, 91).

55 Eindrucksvoll *Braun*, Bürger und Verbraucher, 2005, der zutreffend darauf hinweist, dass hier das Zivilrecht immerhin schon weiter fortgeschritten scheint als das öffentliche Recht.

56 Wie stark Individuen tatsächlich auf rechtliche Anreize reagieren, ist im Einzelnen umstritten (zurückhaltend *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, 2003, S. 168 ff. mit eingehender Darstellung der Empirie) und stark situationsabhängig – ein gleichermaßen spannendes wie praktisch relevantes Forschungsfeld. Professionelle Akteure wie etwa Unternehmen beherzigen Derartiges jedenfalls durchaus.

Andererseits wäre es illusionär zu glauben, der Verweis auf die Normativität von Leitbildern liefere den willkommenen Anlass, die Realität menschlichen Verhaltens zu ignorieren und auf deren sicher oft mühselige und entmutigende Berücksichtigung zu verzichten.⁵⁷ Zwar reagiert der Mensch durchaus auf rechtliche Anreize, doch fällt es ihm selbst mittel- und langfristig schwer, seine generelle kognitive Leistungsfähigkeit signifikant zu verbessern und tief verankerte Verhaltensmuster zu überwinden. Nicht zuletzt die Erfahrung mit dem Kommunismus lehrt, dass sich Menschen nur schwer zu „gutem“ Verhalten erziehen lassen – ein Irrglaube, den auch eine liberale Gesellschaftsordnung vermeiden sollte.

Dass es unsinnig ist, an kognitiven Realitäten vorbeizuregulieren, lässt sich auf vielerlei Art illustrieren. So wird es angesichts zunehmend ausdifferenzierter und damit häufig auch immer kleinerer Märkte wichtiger, dass überhaupt möglichst viele Personen am Wettbewerb teilhaben. Es bedarf rechtlicher Rahmenbedingungen, die es einem größtmöglichen Anteil der Bevölkerung sehr leicht machen, die Anbieter zu immer stärkeren Anstrengungen anzustacheln und so zu einer Intensivierung des Wettbewerbs beizutragen. Wettbewerb braucht Menschen.⁵⁸ Auch rein normativ betrachtet ist es durchaus erstrebenswert, dass möglichst viele Personen – unabhängig von ihren intellektuellen Fähigkeiten – die mit einer Marktwirtschaft verbundenen Vorteile tatsächlich nutzen können. Der Mensch bleibt das Maß. Auch sollte man nicht behaupten, dass, wer eine realitätsnahe Sicht des Menschen propagiert, letztlich die Kategorien von Privatautonomie oder Vertrag preisgibt. Ganz im Gegenteil ist es illiberal und entwürdigend, auf Basis einer Scheinwelt zu argumentieren und die vielen Widrigkeiten der realen menschlichen Existenz und der sie umgebenden Welt zu missachten. Wem die Freiheit der Menschen am Herzen liegt, sollte sie ganz konkret anstreben und damit ein Menschenleitbild formulieren, das auf realitätsgerechten Anforderungen basiert. In jedem Fall steht dieses Leitbild am Ende, nicht am Anfang wettbewerbstheoretischer Erwägungen.

e) „Was der durchschnittliche Verbraucher leisten kann, soll er auch leisten“

Versucht man nun, ein dem zu beurteilenden Sachproblem angemessenes Leitbild zu formulieren, stößt man oft auf ein weiteres Missverständnis. So

⁵⁷ In diese Richtung geht es jedoch, wenn nach *Schünemann*, FS Brandner, 1996, S. 279, 290 die normative Definition eines Menschenbildes der Kritik einer Lebensferne (dort des BGB) den Boden entziehen soll.

⁵⁸ Vgl. ganz generell zur Problematik kleiner Zahlen *Kahn*, 19 *Kylos* 23 (1966).

wird häufig zumindest unterschwellig unterstellt, man solle einem (durchschnittlich aufmerksamen) Verbraucher genau das abverlangen, was dieser zu leisten auch imstande sei. Tatsächlich ist hier schon der Ansatz falsch: Entscheidend ist, wie viel an Anstrengung vom Einzelnen sinnvollerweise verlangt werden sollte. Für die Diskussion etwa von Irreführung oder Informationspflichten bedeutet dies, dass selbst wenn ein Kunde in der Lage wäre, sich durch genauestes Hinschauen oder umfangreiche Recherchen ein eigenes Bild zu verschaffen, dies keineswegs immer sinnvoll ist, möchte man nicht in die Zeiten vor der menschlichen Arbeitsteilung zurückfallen. Häufig verfügt bereits der Hersteller über die relevanten Informationen und kann diese sehr viel leichter verfügbar machen als der Kunde durch eigene Anstrengungen. Anders formuliert hat der Kunde häufig Besseres zu tun (d. h. es ist angesichts des damit verbundenen Aufwands für ihn irrational) als sich zum Experten fortzubilden, bevor er ein Produkt erwirbt oder dessen Erwerb auch nur erwägt.⁵⁹

Besonders deutlich wird diese Einsicht bei Betrug oder Drohung. Hier kommt zu Recht niemand auf den Gedanken, eine Strafbarkeit, Schadensersatzansprüche oder auch nur ein Anfechtungsrecht mit dem Argument zu verweigern, ein Beraubter habe den gefährlichen Weg ja nicht beschreiten oder sich sonstwie wappnen können. Ebenso wenig wird dem Betrogenen vorgehalten, dass er den Betrug erkennen bzw. ihn durch Vorsichtsmaßnahmen verhindern konnte.⁶⁰ Generell sollte die Rechtsordnung Werbende ganz unabhängig davon bei ihrem Wort nehmen, ob sich der Kunde vielleicht denken konnte, dass „in der Werbung ja ohnehin viel gelogen wird“.⁶¹

Im Ergebnis sind Gesetzgeber wie Rechtsprechung gut beraten, statt des Leitbildes eines jederzeit aufmerksamen und sich vor jeder Transaktion umfangreich kundig machenden Verbrauchers eher die Problemlosigkeit des Kaufverhaltens in den Vordergrund zu stellen, d. h. eine routinemäßige und vereinfachte Bedürfnisbefriedigung zu ermöglichen.⁶² Der Staat ist

59 Siehe zu diesen schon lange diskutierten Fragen nur aus der Ökonomik *Stigler*, 69 JPE 213 (1961) sowie unten V.

60 Ebenso wenig hilft es dem Taschendieb, wenn der Bestohlene seine Geldbörse besser hätte sichern können usw.

61 Gleichermaßen amüsant wie instruktiv: *Carlill v Carbolic Smoke Ball Company* [1893] 1 QB 256 (vgl. dazu auch <http://www.carbolicsmokeball.co.uk> [Stand: 3. 10. 2007]). Aus neuerer Zeit siehe § 434 Abs. 1 S. 3 BGB oder *Köndgen*, Selbstbindung ohne Vertrag, 1981, S. 284 ff., 298 ff., 341 ff., passim; *Lehmann*, Vertragsanbahnung durch Werbung, 1981, S. 194 ff., 216 ff.; *Alexander*, Vertrag und unlauterer Wettbewerb, 2002, S. 166, 176, 182 ff., 191; *Leistner* (oben Fn. 1), S. 464 ff., passim jeweils m. w. N.

62 *Kroeber-Riel/Weinberg*, Konsumentenverhalten, 8. Aufl. 2003, S. 694 f., 699, 715.

dazu da, die Anstrengungen der Menschen zu verringern, nicht um sie – ökonomisch unsinnig – zu vergrößern. Es ist daher begrüßenswert, wenn bei der Leitbilddiskussion zunehmend wieder der konkrete Personenkreis bzw. die jeweilige Situation berücksichtigt wird.⁶³ Am europäischen Maßstab des Durchschnittsverbrauchers mag man bei all dem ruhig festhalten.

Übrigens führt die hier propagierte Realitätsnähe keineswegs zwangsläufig zu mehr Aufwand oder Intervention. Denn zum einen ist es natürlich der Kunde, der über den Preis all die Lasten trägt, die den Unternehmen auferlegt werden. Weiterhin führt gerade die beschränkte menschliche Informationsverarbeitungskapazität dazu, dass manche gut gemeinte staatliche Maßnahme tatsächlich ihre Wirkung verfehlt (vgl. etwa zur Anordnung von Informationspflichten unten V.). „Weniger“ ist also bisweilen „mehr“.

III. Wettbewerbsfreiheit – ein „Wieselwort“

Dass Freiheit für viele Personen – den Verfasser eingeschlossen – ein wichtiges und schützenswertes Gut ist, wurde bereits erwähnt. Was liegt da näher, als im Wettbewerbsrecht eine Wettbewerbsfreiheit zu propagieren, zumal sich genau diese Formulierung zumindest in Deutschland großer Beliebtheit erfreut?⁶⁴ Leider scheint es selbst bei längerer Recherche nicht möglich, wenigstens eine Stimme zu finden, die klipp und klar formuliert, was genau mit diesem Begriff gemeint sein soll. Dies erstaunt, geht es hier doch nach Ansicht mancher um geradezu *den* zentralen wettbewerbstheoretischen Ausgangspunkt.

Wie könnte Wettbewerbsfreiheit zu verstehen sein? Dass es kaum überzeugt, dem wirtschaftlich-sozialen Phänomen „Wettbewerb“ Freiheitsrechte o. Ä. zuzusprechen, wurde bereits dargelegt (vgl. oben II.3.a).⁶⁵ Die folgende Untersuchung unterstellt daher zunächst, dass Wettbewerbsfrei-

63 In diesem Sinne bereits RG, Urt. v. 10. 5. 1904, RGZ 58, 129 oder neuerdings BGH, Urt. v. 20. 10. 1999, GRUR 2000, 619, 621 („Orient-Teppichmuster“). Siehe auch die Erwägungsgründe 18f. der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern, ABl. EG L 149/22 v. 11. 6. 2005.

64 Dies gilt besonders für die Formel der Rechtsprechung einer auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung bzw. Funktion des GWB, vgl. nur BGH, Urt. v. 10. 10. 2006, GRUR 2007, 256, 257 („Preselection“) m. w. N.

65 Hier sei noch ergänzt, dass wenn „Wettbewerb“ ein wie auch immer geartetes, alleinstehendes Zurechnungsobjekt wäre, noch nicht einmal eine Interessenabwägung in Betracht käme, bedarf es für eine solche doch immer mindestens zweier „Subjekte“.

heit in unglücklicher Formulierung eigentlich die Freiheit aller oder jedenfalls bestimmter Marktteilnehmer meint. Auf dieser Basis wird dann nach denkbaren Bedeutungen von „Freiheit“ gefragt, um diese daraufhin zu überprüfen, ob wenigstens eine davon konkrete Erkenntnisse verspricht. Diese begriffliche Klärung ist schon deshalb unumgänglich, weil davon nicht nur der Gehalt von „Wettbewerbsfreiheit“, sondern auch die Bedeutung von so schillernden Schlagworten wie etwa „Paternalismus“ (vgl. oben II.2.a) abhängt.

1. „Freiheit“

Ein sehr rudimentäres, aber auch klares Verständnis definiert Freiheit als die Abwesenheit jeglicher Beeinflussung privaten Handelns durch den Staat bzw. die Gemeinschaft. Für die wettbewerbstheoretische Diskussion trägt diese Vorstellung wenig bei. Denn mit der These, der Staat solle sich aus privaten Angelegenheiten heraushalten, lassen sich Existenz und Inhalt von Recht offensichtlich nicht begründen, ja fällt selbst eine Grenzziehung zur Anarchie schwer. *Everything goes* hat mit Recht nichts gemein – von Gerechtigkeit ganz zu schweigen. Ein für praktische Zwecke verwendbares Freiheitsverständnis sollte dem Staat zumindest eine gewisse Rolle zubilligen.

a) Achtung und Schutz von Integritäten

Ein erster Schritt in diese Richtung besteht darin, bestimmte Freiheitssphären zu definieren (z. B. das Recht auf körperliche Unversehrtheit) und sich nicht nur staatlicher Eingriffe hierin zu enthalten, sondern diese Freiheitsräume auch aktiv vor Beeinträchtigungen durch Private zu schützen. Tatsächlich wird genau dieser Ansatz vielfach umgesetzt und leistet gute Dienste.⁶⁶ Andererseits hilft diese Vorstellung zumindest⁶⁷ im Zivil- und Wettbewerbsrecht gleich aus mehreren Gründen nicht weiter: Erstens verlangt Wettbewerb die Möglichkeiten von Verträgen und die Existenz von Märkten. Dies wiederum erfordert zumindest in modernen Gesellschaften

66 Beispielhaft Art. 1 GG, wonach es Verpflichtung jeder staatlichen Gewalt ist, die menschliche Würde „... zu achten und zu schützen ...“.

67 Für das Verfassungsrecht kann wieder auf Art. 1 GG (i. V. m. Art. 20 GG) verwiesen werden: Der Staat ist verpflichtet, dem mittellosen Bürger das Existenzminimum, d. h. die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein, auch notfalls aktiv durch Sozialhilfe o. Ä. zu sichern, vgl. BVerfG, Urt. v. 5. 6. 1973, BVerfGE 35, 202, 236; BVerfG, Beschl. v. 18. 6. 1975, BVerfGE 40, 121, 133.

erhebliche staatliche Anstrengungen, die von ganz anderer Natur sind und weit über das hinausgehen, was als bloßer Schutz bestimmter Freiheits-sphären bezeichnet werden könnte (vgl. oben II.1.)): Der rechtliche Rahmen für Institutionen wie Verträge, Eigentum oder Märkte lässt sich mit einem rein negativen Freiheitsverständnis nicht erfassen. Zweitens erfordert der Umstand, dass Menschen tagtäglich aufeinandertreffen, permanent eine Abwägung zwischen den Freiheiten verschiedener Personen, ohne dass die Forderung nach einer Abwägung von Freiheiten für genau diese Abwägung Maßstäbe anzubieten hätte (dazu gleich mehr). Drittens ist ein rein negatives Freiheitsverständnis hochgradig unsozial. Die Freiheit des Mittellosen, sich Brot kaufen zu dürfen, lässt ihn verhungern.

b) Handlungsmöglichkeiten

Immerhin gibt es noch ein weiteres Freiheitsverständnis, das wenigstens einige der gerade angedeuteten Schwierigkeiten überwindet und gerade für das Wettbewerbsrecht gewisse Hilfe bieten kann. Danach ist frei, wem möglichst viele und hochwertige Handlungsmöglichkeiten (Optionen) real zur Verfügung stehen. Allein dadurch etwa, dass der Staat durch vielfältige Anstrengungen Vertragsschlüsse ermöglicht und Märkte gewährleistet, eröffnet er Individuen wie Unternehmen eine enorme Bandbreite von Handlungsmöglichkeiten. Andererseits ist dieses Freiheitsverständnis auch sensibel für tatsächliche Hindernisse und die damit verbundenen sozialen Fragestellungen. So kann unser Mittelloser die Option einfordern, sich ganz real Brot kaufen zu können – notfalls mit staatlicher Hilfe. Es ist durchaus ein wichtiges Stück Freiheit, wenn jeder Bürger – ganz gleich ob krank oder gesund, arm oder reich, alt oder jung, intelligent oder dumm – notfalls von der Gemeinschaft so viel an Solidarität erfährt, dass auch er von zumindest einigen Freiheiten profitieren kann. Nach diesem Verständnis ist auch Umverteilung ein Freiheitsdienst und ist diejenige Freiheit, von der eine Durchschnittsfamilie träumt, vor allem jene, einmal im Jahr nach Spanien fahren zu können. Das eingangs beschriebene Freiheitsverständnis, der Staat möge sich aus privaten Angelegenheiten heraushalten, ist aus dieser Sicht „nur“ ein wichtiger Teilaspekt: Staatliche Tätigkeit kann reale Handlungsmöglichkeiten beschneiden, sei es dadurch, dass diese verboten oder aber rein faktisch verhindert werden. So muss jede Umverteilung bekanntlich von den Leistungsträgern der Gesellschaft bezahlt werden, was gleichermaßen deren finanzielle Ressourcen wie auch deren Leistungsbereitschaft zu schmälern droht. Die mit diesem Dilemma verbundenen Diskussionen sind aus der Politik hinreichend bekannt.

2. Konsequenzen

Möchte man der Idee einer Wettbewerbsfreiheit zumindest eine gewisse Kontur verleihen, so erzwingt dies ein Freiheitsverständnis, das gerade die Schaffung realer Handlungsmöglichkeiten zum Inhalt hat. Denn nur so kann man überhaupt erklären, warum der Staat all diejenigen Anstrengungen zur Gewährleistung von Wettbewerb unternimmt, deren Notwendigkeit zumindest im Grundsatz anerkannt ist (man denke nur an BGB, GWB und UWG). Und da diese Freiheit nicht vom Himmel fällt, sind Freiheit und (liberale) Interventionen⁶⁸ keineswegs ein zwangsläufiger Gegensatz. Nicht minder wichtig ist, dass die Propagierung realer Handlungsmöglichkeiten weltabgewandte Lösungen zumindest erschwert: Wer eine tatsächliche und nicht nur eine Konjunktiv-Freiheit anstrebt, wird es als ganz selbstverständlich empfinden, dass wir die Welt und ihre Misslichkeiten mit allen uns verfügbaren Erkenntnismitteln erforschen und Handlungsfreiheit unter genau diesen Umständen zu verwirklichen suchen. Schließlich genügt eben auch nur das zuletzt beschriebene Freiheitsverständnis denjenigen normativen Mindeststandards, die das Fundament gleichermaßen unserer religiösen Traditionen wie auch jener der Aufklärung und des Humanismus bilden,⁶⁹ was besonders mancher – vermeintlich vom Wettbewerbsgedanken getragenen – Polemik gegen die Idee der sozialen Gerechtigkeit⁷⁰ einen faden Beigeschmack verleiht.⁷¹

68 Wenn die im Text verwandten Begrifflichkeiten wie etwa „liberale Interventionen“ (*Rüstow*), „soziale Marktwirtschaft“ (*Müller-Armack*), „Marktkonformität“ (*Röpke*) oder „Rahmenpolitik“ (*Röpke*) Sympathie für ordoliberale Grundhaltungen (im Sinne auch eines *Böhm, Eucken, Großmann-Doerth* oder *Erhard*) vermuten lassen, so ist dies gewollt.

69 Vgl. nur die klassische Passage *Kants* zum „guten Willen“ im ersten Abschnitt seiner 1785 erschienenen Grundlegung zur Metaphysik der Sitten oder speziell für das Christentum nur die berühmte neutestamentarische Passage bei *Matthäus* 19,16–24: „Eher geht ein Kamel [die an sich korrekte Übersetzung lautet womöglich Schiffstau] durch ein Nadelöhr, als dass ein Reicher in das Reich Gottes gelangt.“ Wenn die großen Weltreligionen eine politische Botschaft gemein haben, dann ist es dieses Anliegen sozialer Gerechtigkeit.

70 So aber *Hayek*, *Recht, Gesetzgebung und Freiheit*, Bd. 2, 1981, S. 98: „Womit wir es im Falle der ‚sozialen Gerechtigkeit‘ zu tun haben, ist einfach ein quasi-religiöser Aberglaube von der Art, dass wir ihn respektvoll in Frieden lassen sollten, solange er lediglich seine Anhänger glücklich macht, den wir aber bekämpfen müssen, wenn er zum Vorwand wird, gegen andere Menschen Zwang anzuwenden. Und der vorherrschende Glaube an ‚soziale Gerechtigkeit‘ ist gegenwärtig wahrscheinlich die schwerste Bedrohung der meisten anderen Werte einer freien Zivilisation.“

71 Anders als „Wettbewerbsfreiheit“ hat „soziale Gerechtigkeit“ eine durchaus nachvollziehbare Bedeutung: „Gerechtigkeit“ adressiert schlichtweg die Ebene des Sollens (im Gegensatz zum Sein), während „sozial“ vor allem fordert, nicht all diejenigen im Stich zu lassen, die nicht für

Haben wir also der Idee der Wettbewerbsfreiheit – wenn auch möglicherweise ganz anders als im Sinne ihrer Vertreter – doch noch hinreichend Kontur gegeben, um daraus konkrete wettbewerbstheoretische Maßstäbe abzuleiten? Nun, für Euphorie besteht kein Anlass, da selbst ein solches Konzept – wie jede allein auf Freiheit setzende Vorstellung⁷² – keinerlei Aussage darüber trifft, wie die einzelnen Handlungsoptionen zu gewichten sind, wenn sie unweigerlich an vielerlei Stellen kollidieren.⁷³ Hiervon ist übrigens genauso dasjenige Freiheitsverständnis betroffen, das sich auf den Schutz von Integritäten beschränkt. Wie wenig gerade das Wettbewerbsrecht mit der Forderung nach einer Abwägung von Freiheiten gewinnt, lässt sich leicht illustrieren. Was soll die Rechtsordnung denn entgegenen, wenn sich ein Monopolist auf die Freiheit beruft, mit seinem Monopol all das anzufangen, was dieses Monopol nun einmal ermöglicht? Welches sind denn die sich aus dem Gedanken der Wettbewerbsfreiheit ergebenden Maßstäbe, anhand derer man begründen könnte, dass die Freiheit, Kunden zu diskriminieren oder zu knebeln, hier je nach Einzelfall geringer wiegen mag als die Interessen der Abnehmer? Was wendet man ein, wenn der Werbende sich auf die Freiheit beruft, andere täuschen zu dürfen, oder der Saboteur ein Freiheitsrecht bemüht, Sabotage zu betreiben? Da nun einmal nicht jede Freiheit und nicht jedes Interesse gleichermaßen beachtlich ist, bedarf es Maßstäbe, um Freiheiten zu bewerten. Erst hier beginnt die dogmatisch interessante Diskussion, was sich spätestens bei neuartigen Wettbewerbsmethoden zeigt. Der Verweis auf die jeweiligen Besonderheiten des Einzelfalles oder die Notwendigkeit einer Fallgruppenbildung hilft nicht weiter, da beides irgendwelche Maßstäbe verlangt. Gleich-

sich selbst (und ihre Handlungsfreiheiten) sorgen können, d. h. die Armen, Schwachen, Kranken, Alten, Einfältigen usw. unserer Gesellschaft (vgl. dazu oben Fn. 67, 69).

72 Diese hier nur angedeutete Problematik betrifft bereits den kantischen Ansatz einer rein apriorisch-formalen Verallgemeinerung, da sich *jede* Handlungsmaxime verallgemeinern lässt, wenn man nur die damit verbundenen Konsequenzen auch für sich selbst akzeptiert: Wer im Sinne eines „no risk, no fun“ die Zulässigkeit eines freien Tötens für allgemein erstrebenswert hält, hat mit *Kant* kein Problem. Vgl. zur diesbezüglichen, frühzeitig etwa von *Hegel* aufgeworfenen Kritik die Darstellung bei *Habermas*, Erläuterungen zur Diskursethik, 1991, S. 21 ff. (der dieses Problem für seine Diskurstheorie überwunden sieht) oder auch den Versuch des Kantianers *Höffe* (oben Fn. 8), S. 206 ff. speziell zur Versprechensbindung, diesem Dilemma dadurch zu entgehen, dass er auf die sprachliche Ebene ausweicht. Noch in einer weiteren Hinsicht passt hier die Parallele zu *Kant*, zeigen sich die Probleme jedes weltabgewandten Denkens gerade in dessen nun einmal idealistischer, d. h. für moralische Fragen explizit apriorischer Philosophie.

73 Treffende Kritik bei *Wuttke* (Fn. 40), S. 73 ff. m. w. N. Argumentationsregeln etwa im Sinne von *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 1983 sind zwar in vieler Hinsicht bemerkenswert, lösen dieses Problem jedoch nicht.

ches gilt für das Ausmaß einer Schädigung, da hierzu erst bestimmt werden muss, wonach sich Vorliegen und Intensität eines Schadens bemessen sollen.

Als ernüchterndes Fazit unser Betrachtungen zur Wettbewerbsfreiheit muss festgehalten werden, dass dieses Konzept zur Begründung selbst einfachster und völlig unproblematischer wettbewerbsrechtlicher Grundsätze ungeeignet ist. Dass diese Inhaltsleere dem Wettbewerb noch nicht geschadet hat, dürfte allein der wettbewerbspolitischen Integrität seiner Vertreter zu verdanken sein. Für die unumgängliche Diskussion mit weniger glühenden Anhängern des Wettbewerbsgedankens ist diese Vagheit keineswegs ermutigend. Zwar begibt sich jeder wettbewerbstheoretische Ansatz, der mehr sein möchte als eine risikofreie, weil nichtssagende Formel, notwendig auf einen schmalen Grad zwischen liberaler und schädlicher Intervention. „Konkret“ heißt immer auch „angreifbar“ und „irrtumsgefährdet“. Doch ist genau diese Herausforderung unausweichlich. Wer der notwendigen Grenzziehung ausweicht, schützt nicht den Wettbewerb, sondern gefährdet ihn. Speziell für die Wissenschaft gilt, dass wenn sie tragfähige Kriterien verweigert, sich der Staat eben seine eigenen sucht.

IV. Wettbewerb als Instrument zur Verwirklichung menschlicher Bedürfnisse

1. Notwendigkeit einer Folgenorientierung

Das zuvor beschriebene Dilemma führt zu einer schlichten Einsicht: Ohne eine gewisse Folgenorientierung⁷⁴ lassen sich praktische Handlungsempfehlungen nicht ableiten. Folgenorientierung bedeutet dabei zunächst lediglich, realitätsbezogene Ziele als wünschenswert festzulegen und dann zu fragen, wie und mit welchen Auswirkungen dieses Ziel tatsächlich verwirklicht werden kann. Dabei scheint es angebracht, einem weitverbreiteten Missverständnis vorzubeugen: Konsequenzialismus hat weder zwingend etwas mit Effizienzdenken (im Sinne von Utilitarismus und ökonomischer Analyse des Rechts)⁷⁵ oder gar einem Strafcharakter des Privatrechts

74 Vgl. dazu die umfassende Darstellung von *Deckert*, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, 1995.

75 Siehe dazu stellv. *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl. 2005 sowie zu den Schwierigkeiten, bei der Annahme von Transaktionskosten oder gar Irrationalitäten über-

zu tun.⁷⁶ Die zu wählenden Ziele können sehr viel bescheidener sein als etwa die Maximierung des Nutzens von 80 Millionen Einwohnern.

2. Kundeninteresse

Um welche Ziele geht es speziell im Wettbewerbsrecht⁷⁷ bzw. welche sollten maßgeblich sein? Bereits andernorts (vgl. oben II.3.) wurde dargelegt, dass eine Wettbewerbsordnung ihre politische Überzeugungskraft vor allem der Tatsache verdankt, dass sie die Bedürfnisse der Menschen befriedigt, indem sie nicht nur zahllose Produkte (Güter wie Dienstleistungen) formal bereitstellt, sondern dem Einzelnen auch deren Nachfrage ganz real ermöglicht: nämlich durch die Chance, diese Inanspruchnahme durch das erfolgreiche Angebot der eigenen Arbeitskraft zu finanzieren. Wettbewerb sollte möglichst vielen Menschen einen realistischen Zugang zu mehr Wohlstand und den damit verbundenen realen Handlungsoptionen eröffnen.

Damit liegt es nahe, Wettbewerbsrecht (einschließlich seiner konkreten Anwendung im Einzelfall) daran zu messen, ob es zu einer Form von Wettbewerb führt, welche die selbst gewählten Bedürfnisse autonomer Kunden größtmöglich erfüllt,⁷⁸ d. h. insbesondere zu niedrigen Preisen, hoher Qualität, großer Produktvielfalt und hochwertigen Arbeitsangeboten führt.⁷⁹ Dass den Unternehmen dabei nicht genügend Raum für Entfaltung, Innovation und Abgrenzung zur Konkurrenz verbliebe, kann nicht ernsthaft behauptet werden – allenfalls wird das erfolgreiche Bestehen im Wettbewerb noch herausfordernder. Ein erster Anwendungsversuch fällt ermutigend aus: Für die zuvor bemühten Beispiele, bei denen das Konzept der Wett-

haupt ein taugliches Effizienzkriterium zu finden, *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, 3. Aufl. 2003, S. 541 ff. oder *Rehberg* (Fn. 41), S. 304 ff.

76 Vgl. zu Letzterem den auch sonst sehr lesenswerten Aufsatz von *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 360 ff.

77 Eine instruktive Darstellung zur Folgenorientierung im Wettbewerbsrecht findet sich bei *Schmidt*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 8. Aufl. 2005, S. 28 ff.

78 Dies schließt die Relevanz anderer Zwecke nicht aus, zumal Zielkonflikte ohnehin unausweichlich sind. Führte etwa eine bestimmte Form von Wettbewerb zu Umweltschäden, muss es prinzipiell erlaubt sein, diese Fragen auch im Wettbewerbsrecht anzugehen. Die entscheidende Frage ist allein, ob sich dieses Rechtsgebiet (etwa in Form von UWG und GWB) praktisch gut dazu eignet, derartige Sorgen zu bewältigen, was nicht pauschal beantwortet werden kann.

79 Dass die Verwirklichung des Kundeninteresses im deutschen Wettbewerbsrecht lange Zeit lediglich als – quasi zufälliger – Reflex der Berücksichtigung anderer Interessen (namentlich jener der Mitbewerber) angesehen wurde (vgl. zur Historie *Fezer*, in: *Fezer* (Hrsg.), *Lauterkeitsrecht*, 2005, § 1 UWG Rn. 31 ff.), ist keine Errungenschaft, sondern ein Armutszeugnis.

bewerbsfreiheit keine Argumente zu liefern vermochte, nämlich Monopole und Sabotage (vgl. oben III.2.), ermöglicht die Besinnung auf das Kundeninteresse erste Antworten: Monopole führen bekanntlich genauso zu hohen Preisen⁸⁰ und weniger und schlechteren Produkten⁸¹ wie die gegenseitige Sabotage von Unternehmen und sind nicht zuletzt genau deshalb problematisch.

Wie bereits an anderer Stelle betont wurde (vgl. oben II.2.d), erzwingt die hier propagierte Folgenorientierung nicht, dass man auch jede Entscheidung im Einzelfall an ihren Auswirkungen messen müsste. Es ist regelmäßig sinnvoller, die Produkthanbieter mittels dafür zugeschnittener Rahmenbedingungen in einen möglichst scharfen Wettbewerb zu treiben, als sich staatlicherseits direkt um einzelne Kundenbedürfnisse zu kümmern. Allein mit dieser Aufgabe hat der Staat genug zu tun. Entscheidend ist jedoch, dass mit dem Kundeninteresse ein tragfähiger Maßstab zur Verfügung steht, anhand dessen sich dieser Rahmen bewerten lässt und einzelne Fallgruppen entwickelt werden können.

3. Rechtliche Relevanz von Realität

Bevor die im Vergleich zum Konzept der Wettbewerbsfreiheit sehr viel größere Operationabilität des hier propagierten Grundverständnisses anhand des staatlichen Umgangs mit Information illustriert werden soll, sei zunächst die bereits mehrfach beschworene Notwendigkeit einer stärkeren Hinwendung zur Realität vertieft. Wer hierauf bezogene konkrete Ziele formuliert und diese nicht in einer Scheinwelt, sondern unter den gegebenen Umständen verwirklichen will, muss untersuchen, wie sich rechtliche Entscheidungen tatsächlich auswirken. Damit wird der Jurist auch andere Wissenschaften berücksichtigen müssen, namentlich die Ökonomik,⁸² die kognitive und die Sozialpsychologie oder auch – besonders bei sehr technischen Märkten wie vielen Netzindustrien – die Ingenieurs- und Naturwissenschaften. Wer als Jurist Entscheidungen mit bisweilen weitreichen-

80 Vgl. aus ökonomischer Sicht etwa die Darstellungen bei *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2006, S. 19ff. oder *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 18. Aufl. 2005, S. 245 ff.

81 Hinsichtlich der Menge und der Qualität sei an das Angebot der damaligen Deutschen Post an von ihr zugelassenen Telefonen oder auch Modems erinnert.

82 Zur Klarstellung sei darauf hingewiesen, dass eine solche positive Berücksichtigung der Ökonomik (vgl. dazu *Friedman*, *Essays in Positive Economics*, 1953) nichts mit normativen Kriterien wie etwa dem der Effizienz, der Gesamtwohlfahrt o. Ä. zu tun hat. Hier geht es allein um die Beschreibung von Zuständen und Wirkungszusammenhängen.

den Konsequenzen trifft, handelt verantwortungslos, berücksichtigt er nicht auch die Auswirkungen seiner Entscheidung, soweit es ihm nach seinen Fähigkeiten, dem damit verbundenen Aufwand und dem Erkenntnisstand der einschlägigen Wissenschaften möglich ist.

Welche Disziplinen dabei hilfreich sind, hängt naturgemäß vom jeweiligen Problem ab. Entscheidet eine Gesundheitsbehörde über die Zulassung eines Medikaments oder ein Gericht über den irreführenden Charakter der Bewerbung eines Lebensmittels als „gesund“, wird man im Zweifel medizinischen, biologischen oder chemischen Sachverstand benötigen. Im Energie- oder Telekommunikationssektor mag technisches Wissen gefragt sein. Geht es darum, das Verhalten von Unternehmen im Markt zu verstehen, liegt ein Rückgriff auf die ökonomische Eigennutz- und Rationalitätsannahme nahe: Insbesondere sollte man offen aussprechen, dass viele Firmen ihre Kunden notfalls belügen, bedrohen oder vielleicht auch versklaven würden, diene es der Gewinnsteigerung und liebe es ein untätiger Staat nur zu. Der Kunde, etwa in Gestalt eines typischen Verbrauchers, ist hier keineswegs integrier, wie allein der „Volkssport“ Versicherungs- und Steuerbetrug hinlänglich dokumentiert. Allerdings liefern die kognitive und die Sozialpsychologie immer eindringlicher empirisch belegte Hinweise, dass das Verhalten jedes Menschen (und nicht nur eines kleinen Prozentsatzes notorisch Unkundiger) kognitiven Begrenzungen (Irrationalitäten⁸³) unterliegt, die zu ignorieren sich keine Rechtsordnung leisten kann (näher unten V.).

Die Ökonomik zeigt sich derartigen Einwänden zunehmend aufgeschlossen, obwohl diese Öffnung gerade dort fundamentale methodische Grundsatzen aufwirft.⁸⁴ Juristen sollten dem nicht nachstehen, zumal dies kei-

83 Es bringt der Ökonomik wenig, Fälle von Irrationalität unter vermeintlicher Wahrung der Rationalitätsannahme in solche begrenzte Rationalität umzudefinieren, wie dies gerne geschieht (vgl. nur *Spindler/Klöhn*, Korreferat zu Markus Rehberg, in: Eger/Schäfer (Hrsg.), *Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtentwicklung*, 2007, S. 355, 356 m. w. N.). Wenn eine Person glaubt, das Ergebnis von 2×2 sei 5, so hat es keinen Erkenntniswert, diese Kalkulation insofern als rational zu definieren, als das menschliche Gehirn unter den gegebenen Umständen (etwa seiner physiognomisch bedingten Grenzen) eben nur zu dem Ergebnis „5“ kommen könne. Gerade weil die ökonomische Rationalitätsannahme eine (heuristische) *Annahme* ist und gerade nicht den Anspruch erhebt, dass die Welt tatsächlich so beschaffen sei (vgl. dazu nur den gerade in Fn. 82 zitierten *Friedman*), ist es ganz logisch und keine Schande, dass die reale Welt dieser Annahme widersprechen kann. Rein sprachlich ist der Begriff „Irrationalität“ weiter und damit für verschiedenste Konzeptionen offener als jede andere Abweichung von „Rationalität“, da eben nur die bloße Negation. Begrifflichkeiten wie jene der begrenzten Rationalität (*bounded rationality*) verdeutlichen vielmehr, dass die ganze Problematik der Irrationalität in der Ökonomik noch keineswegs zu Ende gedacht ist.

84 Vgl. dazu bereits die Nachweise in Fn. 75.

neswegs verlangt, sich umfassend in fremde Disziplinen einzuarbeiten, sich dort an die Speerspitze der theoretischen Diskussion zu stellen oder gar eigene empirische Studien durchzuführen. Es reichte völlig aus, nähmen wir Juristen allein diejenigen empirisch gesicherten Erkenntnisse wahr, die uns die einschlägigen Wissenschaften liefern. Dass Wettbewerbsrecht hierdurch zu einer mühseligeren Angelegenheit wird als bei einer Propagierung von Wettbewerbsfreiheit, soll nicht verschwiegen werden. Wer sich mit Rechtsfolgen auseinandersetzt, muss konkrete Ziele definieren, sich gegenüber anderen Disziplinen (Ökonomik, Psychologie u. v. m.) öffnen und letztlich konkrete Maßnahmen vorschlagen – ja noch schlimmer: Schlussendlich wird man auch noch daran gemessen, ob die eigenen Vorschläge tatsächlich mit den vorhergesagten Nebenwirkungen zur Zielverwirklichung beitragen.

Abschließend sei auf die vielleicht wichtigste Herausforderung einer bewusst der Welt zugewandten Wettbewerbstheorie hingewiesen: Oft muss man hier sich und anderen eingestehen, dass der Markt – gleichwie ausgeklügelt er rechtlich gestaltet wird – ständig äußerst unbefriedigende Ergebnisse produziert, die wir häufig nur deshalb hinnehmen, weil staatliche Eingriffe versagen oder mit zu nachteiligen Nebenfolgen verbunden sind.⁸⁵ Diese Defizite mitsamt der damit verbundenen, auch emotionalen Spannung auszuhalten und offen auszusprechen anstatt sie zu ignorieren, ist vielleicht die wichtigste Voraussetzung für eine tatsächlich liberale und wettbewerbsorientierte Rechtskultur.

V. Illustration: Umgang mit Information

Zum Abschluss dieses Beitrags soll die Tauglichkeit einer Folgenorientierung im Allgemeinen und speziell der Ausrichtung am Kundeninteresse anhand eines praktisch bedeutsamen Problemkreises illustriert werden, nämlich des staatlichen Umgangs mit Information.⁸⁶ Nachdem das soge-

85 Kontroverse Beispiele gibt es hier zuhauf, etwa das der Prohibition. Ebenso mag man beklagen, dass der Kosmetikindustrie vor allem an mit ihrem Aussehen unzufriedenen und wenig selbstsicheren Kund(inn)en gelegen ist, da dies den eigenen Absatz fördert. Dennoch wird man vielleicht davor zurückschrecken, deshalb solche Werbung zu verbieten, die gerade diese Unzufriedenheit fördert, etwa indem sie unerreichbare Schönheitsideale propagiert.

86 Die folgenden Ausführungen basieren im Wesentlichen auf einem früheren Beitrag des Verfassers (vgl. oben Fn. 41), aus dem hier lediglich einige zentrale Gesichtspunkte aufgegriffen werden.

nannte Informationsmodell⁸⁷ im europäischen Recht bereits länger eine zentrale Stellung einnimmt, hält es nunmehr endgültig auch im Wettbewerbsrecht Einzug. So verlangt namentlich Art. 7 der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken⁸⁸ die Versorgung des Kunden mit „wesentlicher Information“.⁸⁹

Wie ist die Anordnung immer neuer Informationspflichten im Lichte der hier propagierten Methodik zu bewerten? Ein sicherlich naheliegender Ausgangspunkt ist die Erwägung, dass Information die Bedürfnisse derjenigen Adressaten berücksichtigen sollte, zu deren Gunsten sie angeordnet wird. Erstrebt ist eine möglichst hohe Informationsqualität, über die sich durchaus Aussagen treffen lassen (vgl. dazu auch oben II.2.d): Information ist von schlechter Qualität, wenn sie falsch bzw. unvollständig, d. h. irreführend ist. Ebenso leidet die Qualität, wenn sie einen solchen Umfang erreicht, dass sie der Adressat nicht mehr verarbeiten kann. Weiterhin ist Information umso besser, je genauer sie auf die individuellen Bedürfnisse des zu Informierenden abgestimmt ist. Schließlich gibt es durchaus objektive Kriterien, anhand derer man die Verständlichkeit von Information und damit ein weiteres Qualitätsmerkmal beurteilen kann, genauso wie Information in zeitlicher Hinsicht so strukturiert sein sollte, dass sie genau dann verfügbar ist, wenn sie zur Entscheidungsfindung größtmöglich beiträgt.⁹⁰

Bevor eine staatliche Vorgabe ernsthaft erwogen wird, ist nicht nur für jedes der hier aufgeführten Qualitätsmerkmale zu fragen, ob und wie gut nicht bereits der Markt⁹¹ für eine hohe Informationsqualität sorgt. Ebenso wichtig wie banal ist es, dass es auch bei einer staatlichen Anordnung letztlich der Kunde ist, der die Kosten derartiger Informationen über den Preis trägt. Im Ergebnis werden sich die Antworten je nach Produkt, über das informiert wird, deutlich unterscheiden. Während der Wettbewerb bei Tele-

87 Vgl. zu diesem *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, 1983, S. 62 ff.

88 Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), ABl. EG Nr. L 149 S. 22.

89 Vgl. zu dieser Thematik jüngst *Fezer*, WRP 2007, 1021, 1026 ff. sowie § 5 a UWG-E des Referentenentwurfs vom 19. 6. 2007.

90 Eingehend *Rehberg* (Fn. 41), S. 310 ff.

91 Dabei sei nochmals (vgl. oben II.1.b) betont, dass bereits die Existenz eines Marktes umfangreiche Rahmenbedingungen voraussetzt.

fontarifen verständliche Konditionen durchaus zu fördern vermag, sieht es etwa bei Versicherungen deutlich anders aus.⁹² Eine zentrale Fragestellung ist häufig, ob der Kunde die Qualität wichtiger Produkteigenschaften wenigstens nach dem Kauf beurteilen kann. Ist dies nicht der Fall (sog. Vertrauenseigenschaften⁹³), erschwert dies die Wirksamkeit gleich einer ganzen Reihe rechtlicher Instrumente: Wer etwa schlecht beraten wurde, dies aber mangels eigener Problemkenntnis nicht bemerkt, wird dann auch nicht von ihm zustehenden Haftungsansprüchen Gebrauch machen, weshalb ihm selbst die ausdrückliche Vereinbarung von Garantien o. Ä. nicht hilft. Ebenso wenig kann er anhand der ihm zuteil werdenden Beratung gute von schlechten Beratern unterscheiden, so dass es ihm wenig bringt, etwa ein Erfolgshonorar zu vereinbaren (sog. Immanenzdilemma).⁹⁴

Gerade in wettbewerbstheoretischen Diskussionen wird gerne darauf verwiesen, dass sich der Verbraucher selbst schützen könne, wenn er es denn nur wolle. Mag dies im Einzelfall durchaus zutreffen (vgl. aber oben II.3.e), zeigt gerade das Beispiel der Information, dass derartige Auswege häufig theoretisch sind. Denn meistens ist es gerade die (anfängliche) Unkenntnis von der Existenz eines Problems bzw. eines Informationsbedarfs, die dazu führt, dass der an sich gebotene Informationssuchprozess erst gar nicht in Gang gesetzt wird, oder aber dass umgekehrt nur deshalb auf Information verzichtet wird, weil man hinsichtlich der Konsequenzen eines solchen Verzichtes nichtsahnend ist.

Hält man angesichts der hier nur angedeuteten Zusammenhänge im konkreten Fall Informationen für notwendig und stellt nicht bereits der Markt diese zur Verfügung, sind weitere Überlegungen anzustellen. An erster Stelle steht eine Bestandsaufnahme. So sollte sich der Staat überhaupt erst einmal einen Überblick darüber verschaffen, wie viel an Information derzeit bereits angeordnet wird, einschließlich der Rechtsprechung. Dann sind die staatlich angeordneten Informationen gemäß den bereits dargelegten Qualitätsmerkmalen zu optimieren. Speziell die Einsicht in die begrenzte Verarbeitungskapazität des Einzelnen spricht – insgesamt betrachtet – eher für

92 Dieses Problem ergibt sich speziell bei Versicherungen daraus, dass kein Produkt ohne umfangreiche, dessen Inhalt erst bestimmende Versicherungsbedingungen auskommt und sich daher die Anbieter nicht insofern von ihren Konkurrenten absetzen können, als ihr Produkt extrem verständlich ist, vgl. eingehend dazu *Rehberg* (Fn. 43), S. 39 ff.

93 Grdl. *Darby/Karni*, 16 JLE 67 (1973), wobei auch die Bezeichnung als Glaubenseigenschaften (bzw. -güter) geläufig ist, vgl. etwa *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 504. Zuvor hatte bereits *Nelson*, 78 JPE 311 (1970) auf den Unterschied von Such-/Inspektions- und Erfahrungseigenschaften aufmerksam gemacht.

94 Diese Fortwirkung der mit Vertrauenseigenschaften verbundenen Unkenntnis kann man als Immanenzdilemma bezeichnen, vgl. dazu *Rehberg* (Fn. 41), S. 316 f. m. w. N.

eine Reduktion bestehender Informationspflichten, in diesem Fall also „weniger Staat“.⁹⁵

Andererseits führt die Erkenntnis, dass zu viel Information ab einem gewissen Punkt die Entscheidung sogar verschlechtert (und sei es nur dadurch, dass wichtigere frühere Information verblasst oder relativiert wird), zu dem Ergebnis, dass gute durch schlechte Information torpediert werden kann (Informationskannibalismus⁹⁶): Gerade wenn der Staat qualitativ hochwertige, d. h. etwa sachlich zutreffende, unabhängige und fundierte Information anordnet, droht diese durch gegenläufige Angaben von am eigenen Absatz interessierten, privaten Anbietern ihrer Wirkung beraubt zu werden. „Interessante“ Effekte entstehen auch dann, wenn umgekehrt später einfließende Information eine geringere Wirkung aufweist als solche, die früh wahrgenommen wird, da dann möglicherweise ein Rennen potenzieller Informanten um den „ersten Platz“ einsetzt. Insgesamt gibt es hier zahlreiche, gerade für Juristen gleichermaßen aufschlussreiche wie praktisch relevante Wirkungszusammenhänge.

Jedenfalls bei komplexen Produkten mit großer wirtschaftlicher Bedeutung (man denke nur an den Gesundheitsmarkt oder die immer wichtiger werdende private Altersvorsorge⁹⁷) besteht die zukünftige Herausforderung besonders darin, einen Markt für bestmögliche unabhängige Beratung entstehen zu lassen. Denn nur so wird Produktvielfalt wie Informationsqualität gewahrt, gleichzeitig aber das Ausmaß staatlicher Eingriffe überschaubar gehalten. Hierzu sollte der Staat einerseits dafür sorgen, dass unabhängige Beratung überhaupt als solche identifiziert werden kann (etwa durch klare Berufsbilder mit eindeutigen Bezeichnungen), um dann rigoros die so kommunizierte Unabhängigkeit und Objektivität einzufordern. Informiert würde vornehmlich über die Qualität von Informanten, nicht bestimmter

95 Frühzeitige Kritik hieran bei *Grunewald*, AcP 190 (1990), 609 oder *Kind*, Die Grenzen des Verbraucherschutzes durch Information – aufgezeigt am Teilzeitwohnrechtgesetz, 1998. Zur Problematik speziell der Informationsüberlastung vgl. grundlegend *Jacoby/Speller/Kohn*, 11 JMR 63 (1974); *Jacoby/Speller/Kohn*, 1 JCR 33 (1974) oder die Übersicht bei *Eppler/Mengis*, 20 The Information Society 325 (2004).

96 Dieses Phänomen betrifft nicht nur den Fall, dass eine zusätzliche Informationseinheit den Wert der Gesamtmenge an Information negativ beeinträchtigt, sondern genauso die Beeinträchtigung bestimmter einzelner Informationseinheiten. So mag der Staat vor bestimmten Produkten oder Anbietern warnen, ein privater Anbieter hingegen genau diese Aussage zu relativieren suchen.

97 Zur Größenordnung: Deutsche verfügen über ein Geldvermögen von annähernd 4.300 Milliarden Euro (F.A.Z. v. 26. 2. 2006; F.A.Z. v. 17. 7. 2004, S. 12), die Sparquote beträgt derzeit ca. 11 Prozent (F.A.Z. v. 29. 10. 2004, S. 14), so dass leicht errechnet werden kann, welche finanziellen Auswirkungen ein auch nur leicht verbessertes Anlegerverhalten hätte.

Produkte.⁹⁸ Im Idealfall beschränkte sich die staatlich angeordnete Information auf nur eine einzige Informationseinheit, nämlich die Zugehörigkeit eines Beraters zur Kategorie „unabhängig und qualifiziert“.⁹⁹ Pauschale Antworten sind allerdings auch hier nicht möglich. Je nach gehandeltem Gut bilden sich Intermediäre unterschiedlich leicht aus, mal bedarf es hierzu keiner weiteren Eingriffe, mal einer ausgeklügelten Regulierung, mal lässt sich dieses Konzept überhaupt nicht verwirklichen.

Fragt man abschließend nach der Stichhaltigkeit „des Informationsmodells“, so geht es hier offenbar nicht um ein generelles Für oder Wider, sondern eine möglichst ausgeklügelte und interdisziplinär fundierte Informationsstrategie,¹⁰⁰ an der mitzuwirken auch und gerade Wettbewerbsrechtler berufen sind. Dass man dabei weder um umfangreiche staatliche Maßnahmen noch um die Berücksichtigung von Rechtsfolgen (und damit auch anderer Disziplinen) umhinkommt, hofft der Verfasser mit diesem Beitrag nicht nur für den Bereich der Information verdeutlicht zu haben.

98 Derzeit tut der Staat alles, um die Entstehung eines solchen Beratungsmarktes zu torpedieren, vgl. zum gerade aus wettbewerbsrechtlicher Sicht untragbaren Provisionsabgabeverbot (einem Kunden wird verboten, dadurch für eine unabhängige Beratung zu sorgen, dass er eine vollständige Provisionsabgabe vereinbart und den Berater stattdessen selbst vergütet) *Heiss/Lorenz*, Europäisches Versicherungsvermittlerrecht für Österreich, 1996, S. 31 ff., 102 ff.; *Nell/Karten*, FS Egon Lorenz, 1994, S. 393, 398 ff.; *Rehberg* (Fn. 43), S. 290 ff. A. A. *Martinek/Oechsler*, Die EG-kartellrechtliche Stellung der deutschen Versicherungsvermittler, 1993, passim.

99 *Rehberg*, WM 2005, 1011.

100 Ähnlich *Hadfield/Howse/Trebilcock*, 21 JcP 131 (1998) oder *Schön* (Fn. 41), S. 1211.

Jahrbuch
Junger Zivilrechtswissenschaftler
2007

Recht und Wirtschaft

Düsseldorfer Tagung
6. bis 9. September 2007

Für die Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler e. V.
herausgegeben von

Dr. Dirk Zetzsche
Dr. Andreas Neef
Bernadette Makoski
Dr. Michael Beurskens



RICHARD BOORBERG VERLAG
STUTTGART • MÜNCHEN
HANNOVER • BERLIN • WEIMAR • DRESDEN

Vorwort

Der vorliegende Band dokumentiert die Beiträge der 18. Jahrestagung der Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler, die vom 6. bis zum 9. September 2007 an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf stattfand. Die Veranstaltung stand unter dem Generalthema „Recht und Wirtschaft“.

Diese Begriffe stehen in einem synallagmatischen Verhältnis: Ohne Recht neigt Wirtschaft zu Extremen, ohne Wirtschaft gibt es kein Wirtschaftsrecht. Als Kontrapunkt zu den auf das allgemeine Zivilrecht zugeschnittenen vorherigen Tagungen stand in diesem Jahr das Sonderprivatrecht auf der Agenda. Ob im „grünen“ Bereich des Gewerblichen Rechtsschutzes, dem „blauen“ Bereich des Gesellschafts- und Bankrechts, im Kartell-, Schuld- und Kapitalmarktrecht oder im essenziellen Bereich der Methodik – in all diesen Gebieten wurden die Einwirkungskräfte der Wirtschaft auf das Recht und des Rechts auf die Wirtschaft in den Referaten und Diskussionen offengelegt. Die Spezialität unseres Tagungsthemas hat eher die „ältere“ Assistenzengeneration angesprochen, was der Qualität der Beiträge in Wort und Schrift zuträglich war. Darüber hinaus fand sich mit Teilnehmern aus sieben Nationen ein äußerst internationaler Teilnehmerkreis in Düsseldorf zusammen; dies entspricht dem Selbstverständnis des Tagungsortes als Wirtschaftsstandort mit internationaler Ausrichtung und Bedeutung.

Ohne die Hilfe zahlreicher Mitwirkender wäre unsere Tagung nicht möglich gewesen:

Für die freundliche Begrüßung der Tagungsteilnehmer im Jan-Wellem-Saal des Düsseldorfer Rathauses bedanken wir uns ganz herzlich bei dem Düsseldorfer Oberbürgermeister, Herrn Joachim Erwin, und dem Beigeordneten der Stadt Düsseldorf Herrn Werner Leonhardt sowie bei dem Rektor der Heinrich-Heine-Universität, Herrn Prof. Dr. Dr. Alfons Labisch, und dem Dekan der Juristischen Fakultät, Herrn Prof. Dr. Johannes Dieflein. Herrn Prof. Dr. Dirk Looschelders danken wir für seinen Einführungsvertrag, Herrn Vizepräsidenten des Oberlandesgerichts Düsseldorf Dr. Wilfried Bünten und Herrn Staatssekretär im Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen Jan Söffing für ihre Grußworte im Namen des Oberlandesgerichts und der Landesregierung sowie Herrn Dr. Hans Jürgen Meyer-Lindemann, Managing Partner der Shearman & Sterling LLP, für seine lichtvollen Ausführungen zur Kartellrechtspraxis. Unverzichtbar für das Gelingen der Tagung waren selbstverständlich auch die Beiträge der Refe-

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

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

ISBN 978-3-415-04007-6

© Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG, 2008
www.boorberg.de

Satz: Thomas Schäfer, www.schaefer-buchsatz.de
Druck und Verarbeitung: Bookstation, Sipplingen
Papier: säurefrei, aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff hergestellt;
alterungsbeständig

rentinnen und Referenten sowie die rege Beteiligung aller Teilnehmerinnen und Teilnehmer an den Diskussionen.

Wertvolle Hilfe bei der Vorbereitung und Durchführung der Tagung leisteten Désirée Gobbers, Mussa Rahbari, Christian Steigüber und Anna Weiler.

Großzügige finanzielle Unterstützung gewährten die Anwaltskanzlei Shearman & Sterling LLP, der Verlag C.H. Beck, Grootenhorst & Partner Rechtsanwälte, der Verein der Freunde und Förderer der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf e. V. und der Freundeskreis der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf e. V. Für die gewährte Förderung bedanken wir uns außerdem bei der Hanns Martin Schleyer-Stiftung, Oppenländer Rechtsanwälte, der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V., bei Sellier European Law Publishers, der Goethe-Buchhandlung Teubig GmbH, dem Springer-Verlag, Bird & Bird, Baker & McKenzie, dem Verlag Mohr Siebeck, der Nomos Verlagsgesellschaft und den Rechtsanwälten Reimann Osterrieth Köhler Haft.

Zum Gelingen der Tagung trug schließlich maßgeblich die Unterstützung der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf und der Juristischen Fakultät bei.

Dr. Arnd-Christian Kulow und dem Richard Boorberg Verlag danken wir für Rat und Tat. Auch unsere Tagung hat von seinem Erfahrungsschatz und der logistischen Unterstützung des Richard Boorberg Verlages erheblich profitiert.

Die nächste Jahrestagung der Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler wird vom 3. bis zum 6. September 2008 in Zürich stattfinden (Thema: Einheit des Privatrechts, komplexe Welt: Herausforderung durch fortschreitende Spezialisierung und Interdisziplinarität), die 20. Jahrestagung voraussichtlich in Osnabrück.

Düsseldorf, im Oktober 2007

Dr. Dirk Zetzsche
Dr. Andreas Neef
Bernadette Makoski
Dr. Michael Beurskens

Inhaltsverzeichnis

Gedanken zum Generalthema „Recht und Wirtschaft“	
Dirk Looschelders	9
Primat der Wirtschaft oder Primat des Rechts?	
Matthias Lehmann	25
Wettbewerb und Intervention	
Markus Rehberg	49
Die Bekämpfung der Korruption als Aufgabe für das Privatrecht	
Olaf Meyer	83
Die Gesamtheit im Gesellschaftsrecht – sinnvolles Rechtsinstitut oder verzichtbares Relikt?	
Marco Staake	109
Corporate Governance in Wirtschaftsaufsicht und allgemeinem Gesellschaftsrecht	
Jens-Hinrich Binder	145
Kapitalmarkt und Transparenz: Die Umsetzung der Transparenz-RL 2004 in Österreich und in Deutschland	
Christian Szücs	175
Internationalisierung der Rechnungslegung und private Regelgeber	
Boris P. Paal	215
Das <i>patrimonio destinato</i> zur Verfolgung besonderer Geschäftsvorfälle – eine rechtsökonomische Bewertung der neuen Möglichkeiten einer Haftungssegmentierung im italienischen Aktienrecht	
Janine Oelkers	235
Das Spannungsverhältnis zwischen Patentrecht und Normung – Untersuchung des einseitigen Patenthinterhalts am Maßstab des Art. 82 EG	
Bernadette Makoski	263
Architekten im Binnenmarkt	
Christoph Busch	293