

**Preprints of the
Max Planck Institute for
Research on Collective Goods
Bonn 2008/19**



Ernst-Joachim Mestmäcker

Christoph Engel



MAX PLANCK SOCIETY



Ernst-Joachim Mestmäcker

Christoph Engel

April 2008

Ernst-Joachim Mestmäcker

Christoph Engel*

Abstract

In the US, law and economics is so well established that many law schools have given up on a separate law and economics course. It seems obvious that economic theory matters for the interpretation and the evolution of the law. More recently, the empirical law movement has been gaining momentum which, in its majority, is an application of econometrics to legal issues. Compared to its American counterpart, German legal scholarship looks very different. Ernst-Joachim Mestmäcker has been one of the first German law professors to argue in economic terms, and he has always contrasted German with US law. Yet even this pioneer of a transnational perspective on German law cautions against the dangers of taking economics too seriously. He insists on the law being a tool for governing life, which excludes overly stringent methodology. In economic argument he misses freedom as a normative category that does not collapse with efficiency. He believes that evolutionary economics is much better suited to help the law than neoclassical models. And he is very critical of Richard Posner's work, which he dubs „A Legal Theory without Law”.

Keywords: law and economics, law and philosophy

JEL: K00, K21

* Martin Hellwig danke ich für seine Kommentare zu einer früheren Fassung.

I.

Impossibilium nulla est obligatio. Wenn es ernst wird, flüchten wir Juristen uns ins Lateinische. Und diese Aufgabe ist bitterernst. Das ganze Lebenswerk von Herrn Mestmäcker soll ich würdigen. Als ob ich das könnte! Als ob das irgendjemand könnte! Ich plädiere also auf objektive und auf subjektive Unmöglichkeit. Nach § 275 I BGB trage ich die Beweislast. Also lassen Sie mich begründen, warum ich den konkludenten Vertrag mit Herrn Grundmann und Herrn Riesenhuber nicht erfüllen kann.

Die schiere Zahl der Quellen, aus denen ich schöpfen könnte, ist unübersehbar. 12 große und 9 kleinere Monographien, 21 edited volumes, darunter so gewichtige wie die Kommentare zum GWB und zum europäischen Wettbewerbsrecht, 9 gegebene und 4 erhaltene Festschriften, 198 Aufsätze, von Schriften unter so illustren Pseudonymen wie Monopolkommission oder Wissenschaftlicher Beirat beim Wirtschaftsminister ganz zu schweigen.

Und allein mit der fleißigen Lektüre seines Oeuvre wird man Herrn Mestmäcker natürlich nicht gerecht. Er war nie nur Gelehrter, sondern hat Einfluss genommen. Kaum war er in jungem Alter zum Professor ernannt, wurde er auch schon in den Beirat des Wirtschaftsministers gewählt. Es war die goldene Zeit des Gremiums. Man beriet Ludwig Erhard, dann Karl Schiller, und all deren mehr oder weniger große Nachfolger. 46 Jahre lang hat Ernst-Joachim Mestmäcker hier der deutschen Wirtschaftspolitik seinen Stempel aufgedrückt. Noch größer war der Einfluss des jungen Professors auf das entstehende europäische Kartellrecht. 10 Jahre lang war er Sonderberater der EG-Kommission. Jede Kartellrechtsentscheidung der EG brauchte seinen Segen. Er war der Gründungsvorsitzende der Monopolkommission. Seinem Geschick, vor allem aber seiner Überzeugungskraft ist es zu verdanken, dass ein machtvoller Fürsprecher des Wettbewerbs daraus geworden ist; eigentlich wollten die Politiker so viel Zwietracht säen, dass die Kommission scheitern müsste. Obgleich schon emeritiert, hat er sich schließlich 1997 für die KEK, die Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich, gewinnen lassen und war zum Schluss drei Jahre lang ihr Vorsitzender.

Auch die Landschaft der Wissenschaft hat Ernst-Joachim Mestmäcker kraftvoll gestaltet. Er war der Gründungsrektor der Universität Bielefeld. Es war die Zeit für visionäre Lösungen. Eine ganze Fakultät für Soziologie erhielt die Universität, mit ihrem schüchternen Star Niklas Luhmann. Nach dem Vorbild von Princeton wurde ein Institute of Advanced Studies gegründet, das bis heute quicklebendige ZIF. Sechs Jahre lang war Herr Mestmäcker Vizepräsident der Max-Planck-Gesellschaft. Ihm ist zum Beispiel zu verdanken, dass es nun auch in der Max-Planck-Gesellschaft Ökonomen gibt.

Wie sehr Herr Mestmäcker herausragt, ist natürlich nicht verborgen geblieben. 1980 hat er den Ludwig-Erhard Preis erhalten, 1984 den Hellmut Vits Preis, 1997 den Hanns Martin Schleyer Preis. 1983 hat ihn die Universität Bielefeld zu ihrem Ehrensensator gemacht, 1992 die Max-Planck-Gesellschaft. Das Bundesverdienstkreuz hat er gleich zwei Mal erhalten, im Jahre 1981 und im Jahre 1997. All das wird überstrahlt von der Wahl in den Orden Pour le Mérite.

II.

Wer wollte, wer könnte solch einem reichen Leben gerecht werden? Ich bin sicher, Herr Grundmann und Herr Riesenhuber haben sich diese bange Frage auch gestellt. Aber sie waren in einer komfortableren Lage als ich. Sie hatten die Wahl. Kaum ein akademischer Lehrer hat so viele und so vielfältige Schüler wie Herr Mestmäcker.

Am sichtbarsten ist die Phalanx der Kartellrechtler: Volker Emmerich, Ulrich Immenga, Wernhard Möschel, Winfried Veelken, Heike Schweitzer. Volker Emmerich verdanken wir das Lehrbuch, das fast jede Kartellrechtsvorlesung als Pflichtlektüre verwendet¹. Ulrich Immenga hat Herrn Mestmäcker zu den beiden Kommentierungen angestiftet². Wernhard Möschels Buch³ ist in den Einzelheiten zwar hoffnungslos veraltet, aber immer noch die klügste Verbindung von Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, die man auf dem deutschen Markt findet. Winfried Veelken bohrt lieber bei Streitfragen der Kartellrechtsdogmatik in die Tiefe. Heike Schweitzer ist schließlich die erste, die Herr Mestmäcker zur Koautorin eines Buchs gemacht hat. Gemeinsam haben sie das majestätische Europäische Wettbewerbsrecht in neuem Glanz erstrahlen lassen⁴.

Andere Schüler setzen die gesellschaftsrechtliche Tradition fort. Dieter Reuter ist nicht nur Arbeits-, sondern auch Stiftungsrechtler. Michael Becker knüpft an Herrn Mestmäckers Habilitationsschrift an und entwickelt juristische Instrumente zum Schutz der Gesellschafter vor Management und Gesellschaftermehrheit⁵. Rainer Kulms kartiert das juristische Niemandsland zwischen Vertrag und Organisation⁶. Beide sind auch methodisch sofort als Herrn Mestmäckers Schüler erkennbar, weil sie rechtsvergleichend arbeiten.

Im allgemeinen Zivilrecht war Herr Mestmäcker mehr Anstifter als Täter. Ein Aufsatz aus dem Jahre 1958 wurde zum Nucleus für die bereicherungsrechtliche Habilitationsschrift von Reinhard Ellger⁷. Eckart Koch wandelt auf der Grenzlinie zwischen Privatrecht und Kartellrecht. Schließlich hat Herr Mestmäcker in Peter Behrens einen Nachfolger für seine rechtstheoretische Neugier gefunden. Warum und zu welchem Ende treiben wir Juristen ökonomische Analyse, fragt er in seiner Habilitationsschrift⁸.

Wenn man zu den Schülern nur Wissenschaftler rechnet, die Herr Mestmäcker habilitiert hat, dann ist die Liste damit vollständig. Doch drei Namen müssen noch erwähnt werden. Jürgen Basedow ist zwar im strengen Sinne ein Schüler von Ulrich Drobnig. Doch erst die Nähe zu Ernst-

1 Volker Emmerich, Kartellrecht. München (2006).

2 Ulrich Immenga und Ernst Joachim Mestmäcker, Wettbewerbsrecht. Kommentar. München (2007).

3 Wernhard Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen. Köln (1983).

4 Ernst-Joachim Mestmäcker und Heike Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht. München (2004).

5 Michael Becker, Verwaltungskontrolle durch Gesellschafterrechte : eine vergleichende Studie nach deutschem Verbandsrecht und dem amerikanischen Recht der corporation. Tübingen (1997).

6 Rainer Kulms, Schuldrechtliche Organisationsverträge in der Unternehmenskooperation. Baden-Baden (2000).

7 Reinhard Ellger, Bereicherung durch Eingriff. Das Konzept des Zuweisungsgehalts im Spannungsfeld von Ausschließlichkeitsrecht und Wettbewerbsfreiheit. Tübingen (2002).

8 Peter Behrens, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts. Politische Ökonomie als rationale Jurisprudenz. Tübingen (1986).

Joachim Mestmäcker hat ihn zum Kartellrecht gebracht, wo er nun als Vorsitzender der Monopolkommission wohltuend wirkt. Brigitte Haar ist nach der Promotion zu Klaus Hopt gewechselt; Herr Mestmäcker war zu dieser Zeit schon emeritiert. Ihre ausgeprägt wirtschaftsrechtliche, intensiv rechtsvergleichende Sicht auf das Gesellschaftsrecht ist aber stark von Herrn Mestmäcker beeinflusst. Schließlich hatte Herr Mestmäcker zu Recht die schönsten Hoffnungen in Marek Schmidt gesetzt. Eine schreckliche Krankheit hat verhindert, dass er seiner blitzgescheiten Dissertation zu Standesrecht und Standesmoral⁹ die begonnene Habilitationsschrift hinzufügen konnte.

Vor dieser Folie sollte mir der Beweis der subjektiven Unmöglichkeit gelingen. Der Apfel vom mestmäckerschen Baum der Erkenntnis, der vor Ihnen steht, ist am weitesten vom Stamm gefallen. Dass ich Öffentlichrechtler geworden bin, mag noch angehen. Denn im Wirtschaftsrecht der Telekommunikation, dem Herr Mestmäcker die meiste Energie als Direktor des Hamburger Max-Planck-Instituts gewidmet hat, verschwimmt die Grenze zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht. Doch für Herrn Mestmäckers Geschmack traue ich den Sozialwissenschaften zu viel zu. Er beobachtet mit wohlwollender Skepsis, dass sich in meine Texte immer mehr Formeln einschleichen, und dass wir neuerdings sogar ins Labor gehen.

III.

Auch wenn Sie mir den Beweis der Unmöglichkeit abnehmen, werden Sie mich auf § 311a BGB verweisen. Sie werden mir kaum abnehmen, dass ich das Leistungshindernis nicht schon gekannt habe, als ich die Einladung zu diesem Vortrag angenommen habe. Ich fürchte deshalb, ich schulde Schadensersatz. Geldleistungen wären der Situation wenig angemessen. Mit echter Naturalrestitution wird es allerdings auch nichts; das folgt aus der Unmöglichkeit. Ich kann nur das Angebot einer Ersatzleistung machen und darauf hoffen, dass sich die Veranstalter darauf im Wege der Novation einlassen. Statt das wissenschaftliche Werk von Herrn Mestmäcker in seiner Gänze zu würdigen, will ich versuchen, nur einen Schnitt durch das Oeuvre zu legen. Ich will Herrn Mestmäckers Aussagen zum Verhältnis von Recht und Ökonomie nachgehen.

Gottlob ist das keine Nebensächlichkeit. Fast alle Texte von Herrn Mestmäcker haben Fragen zum Gegenstand, die auch die Ökonomen interessieren. Viele Texte verwenden ganz offen ökonomische Konzepte. Andere reiben sich an Implikationen des ökonomischen Paradigmas oder der ökonomischen Methode, die der Jurist Mestmäcker schwer verdaulich findet. Die Berührungen zur Ökonomie sind auch nicht auf einzelne der Rechtsgebiete beschränkt, zu denen Herr Mestmäcker publiziert hat. Wenigstens unter diesem einen Blickwinkel kann ich deshalb einen großen Teil des Werks von Herrn Mestmäcker aufscheinen lassen.

⁹ Marek Schmidt, Standesrecht und Standesmoral. Ein Beitrag zu den rechtlichen Grenzen der Wettbewerbsregulierung durch Standesorganisationen. Baden-Baden (1993).

IV.

Ich beginne mit einem Buch, das vor mehr als 50 Jahren erschienen ist. Auf den ersten Seiten seiner Dissertation aus dem Jahre 1952 zitiert Herr Mestmäcker Adam Smith:

„dass sich Angehörige desselben Gewerbes selten treffen, und sei es zum Vergnügen oder zum Zeitvertreib, ohne dass die Unterhaltung mit einer Verschwörung gegen das Publikum oder einer Verabredung endet, die Preise zu erhöhen“¹⁰

um sogleich fortzufahren:

„Die Aufgabe dieser Arbeit besteht darin, den Wegen nachzugehen, auf denen Wettbewerber die Statistiken in den Dienst solcher Verschwörungen gestellt haben. Hinzu kommt die Frage, inwieweit die unter den Voraussetzungen der vollständigen Konkurrenz [...] systemgerechte Wirkung der Marktübersicht unter anderen tatsächlichen Voraussetzungen modifiziert wird“¹¹.

Dieses normative Programm wird in der Arbeit entfaltet. In einer Marktwirtschaft streitet eine Vermutung dafür, dass Transparenz wünschenswert ist. Die Nachfrager können nur dann rational entscheiden, wenn ihnen die konkurrierenden Angebote bekannt sind. Die Anbieter finden nur dann zum Gleichgewicht, wenn sie die Marktverhältnisse richtig einschätzen.

„Obwohl die Marktform der vollständigen Konkurrenz ein gedankliches Modell ist, das in reiner Form in der Wirklichkeit nicht vorkommt, kann durch die Annäherung der tatsächlichen Bedingungen an die theoretischen Voraussetzungen des Modells ein Ergebnis erreicht werden, das sich dem der Theorie nähert“¹².

Steht die Information aber allein den Verkäufern zur Verfügung, wandelt sie sich zu einem Instrument, mit dem die wenigen Verkäufer die weit verstreuten Käufer ausbeuten¹³. Preismeldungen können benutzt werden, um ein Preiskartell durchzusetzen¹⁴ oder um das Kartellverbot durch Preisführerschaft zu umgehen¹⁵. Mestmäcker beruft sich an dieser Stelle ausdrücklich auf die Theorie des Randwettbewerbs von George Stigler¹⁶. Auch die Theorie des monopolistischen Wettbewerbs von Edward Chamberlin¹⁷ nutzt Mestmäcker: die natürliche Neigung einzelner Unternehmen, sich durch Preisunterbietung einen separaten Vorteil zu verschaffen, endet, wenn solche Vorteile sofort öffentlich werden. Im unvollkommenen Markt kann Transparenz deshalb das sozial unerwünschte monopolistische Ergebnis stabilisieren¹⁸.

10 Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. London (1776), I:X:II.

11 Ernst-Joachim Mestmäcker, *Verbandsstatistiken als Mittel zur Beschränkung und Förderung des Wettbewerbs in den Vereinigten Staaten und Deutschland*. Frankfurt (1952), 4.

12 Ebd., 53.

13 Ebd., 56.

14 Ebd., 72.

15 Ebd., 74.

16 George J. Stigler, *The Kinky Oligopoly Demand Curve and Rigid Prices*, in: *Journal of Political Economy* 55 (1947) 432-449.

17 Edward Chamberlin, *The Theory of Monopolistic Competition*. Cambridge (1933), 46-53.

18 Mestmäcker, *Verbandsstatistiken* (FN 11), 78f.

V.

Auch in der Habilitationsschrift wird man bei der Suche nach ökonomischen Spuren fündig. Das Buch beginnt¹⁹ mit einem Zitat von Adam Smith:

„Direktoren von Aktiengesellschaften verwalten das Geld anderer Leute, nicht ihr eigenes; von ihnen kann man nicht die gleiche peinliche Sorgfalt erwarten, mit der Gesellschafter einer Personengesellschaft die eigenen Geschäfte führen“²⁰.

Später wird das Grundproblem des Konzernrechts als die Trennung von Herrschaft und Haftung rekonstruiert²¹. Mestmäcker beruft sich dafür auf den Klassiker von Berle und Means²².

„Beherrschen dieselben Personen mehrere Aktiengesellschaften, so können sie ihren Gewinn dadurch steigern, dass sie die Gesellschaft, an der sie im höheren Maße beteiligt sind, auf Kosten einer anderen Gesellschaft bevorzugen. Das hat Steinitzer schon früh mathematisch belegt. Für die Aktionäre ist es lohnend, sich in der Gesellschaft selbst zu schädigen, an der sie geringer beteiligt sind“²³.

Mestmäcker besteht auf einer angemessenen empirischen Fundierung. Die Interessen der Aktionäre sind im Konzern gerade nicht gleichgerichtet²⁴. Zum Beleg der Konzentration des unternehmerischen Eigentums in der Hand weniger Unternehmen nutzt Mestmäcker amerikanische Statistiken, und bedauert deren Fehlen für Deutschland²⁵. Als eine der wichtigsten Konzentrationsursachen diagnostiziert er das steuerrechtliche Schachtelprivileg, und kritisiert dessen „Anreiz“effekte²⁶. Vor allem stellt er seine Frage aber in den Kontext der Suche nach einer angemessenen Wirtschaftsverfassung:

„Den Ausgangspunkt bildet nicht die kapitalistische oder spätkapitalistische Rechts- oder Wirtschaftsordnung, verstanden als Produkt einer vermeintlich zwangsläufigen historischen Entwicklung. Unter Verkehrswirtschaft ist eine der reinen Formen der Wirtschaftsordnung zu verstehen; als solche ist sie, wie Eucken nachgewiesen hat, neben Zentralverwaltungswirtschaft und Eigenwirtschaft eine der elementaren Formen jeder Volkswirtschaft. Diese Erkenntnis ist für die Rechtswissenschaft unmittelbar wichtig; sie gestattet es, wirtschaftliche und wirtschaftspolitische Sachverhalte differenzierend zu erkennen, die Wirkungen rechtlicher Entscheidungen auf eine Wirtschaftsordnung zu berechnen und an die Stelle von Alltags-Betrachtungen zur Wirtschaftspolitik wissenschaftlich begründete, durchsichtige und nachprüfbare Aussagen zu setzen“²⁷.

19 Ernst-Joachim Mestmäcker, *Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre : eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem Aktienrecht und dem Recht der Corporations in den Vereinigten Staaten*. Karlsruhe (1958), 3.

20 Smith *Wealth of Nations* (FN 10), V.I.iii.i.a.18.

21 Mestmäcker, *Konzerngewalt* (FN 19), 24.

22 Adolf Augustus Berle und Gardiner Coit Means, *Modern Corporation and Private Property*. New York, Chicago (1932).

23 Mestmäcker, *Konzerngewalt* (FN 19), 28 f. unter Verweis auf Erwin Steinitzer, *Ökonomische Theorie der Aktiengesellschaften*. Leipzig (1908).

24 Mestmäcker, *Konzerngewalt* (FN 19), 10.

25 Ebd., 20.

26 Ebd., 12.

27 Ebd., 23 unter Berufung auf Walter Eucken, *Die Grundlagen der Nationalökonomie*. Berlin, New York, (1965), natürlich in einer damals schon erschienenen Auflage.

VI.

Über Herrn Mestmäckers dritten großen Gegenstand, das Wirtschaftsrecht von Medien und Kommunikation, kann ich selbst als Zeitzeuge Auskunft geben. Zu meinen Kollegen in dem Forschungsprojekt Wirtschaftsrecht der grenzüberschreitenden Telekommunikation gehörten die Ökonomen Reinhard Wieck, Henning Knorr²⁸ und Stefan Weyhenmeyer²⁹ und der Politikwissenschaftler Andreas Tegge³⁰. Das erste Symposium hatte den programmatischen Titel: The Law and Economics of Transborder Telecommunications. Daran waren die Ökonomen Jürgen Müller, Lee McKnight, Karl-Heinz Neumann und Carl Christian von Weizsäcker beteiligt³¹. Nicht weniger klangvoll sind die Namen der Ökonomen, die zu dem rundfunkpolitischen Symposium mit dem Titel „Offene Rundfunkordnung“ beigetragen haben: Erich Hoppmann, Gabriele Braun, Eberhard Witte, Horst Greiffenberg, Jörn Kruse und Helmut Gröner³². An dem Abschluss-symposium haben die Ökonomen Günter Knieps, Werner Neu und Jörn Kruse mitgewirkt³³.

In unseren Diskussionen war der Austausch über die Fächergrenzen hinweg ganz selbstverständlich. Herr Mestmäcker hätte keinem Juristen durchgehen lassen, dass ihn die Theorie der natürlichen Monopole nichts angehe. Er sollte bitte auch erklären können, wie price cap regulation funktioniert. Und wie soll man etwas Vernünftiges zum Recht der Standardisierung beitragen, wenn man nicht weiß, was Netzexternalitäten sind? Ein schönes Beispiel für gelungene Interdisziplinarität ist die Dissertation von Brigitte Haar. Ihr Thema ist die Schnittstelle zwischen Regulierung und Kartellrecht in der Telekommunikation. Um die für Deutschland und Europa neue Frage zu verstehen, wertet sie nicht nur die reiche juristische Literatur aus den Vereinigten Staaten aus. Sie setzt sich auch mit der Theorie der Marktzutrittschranken und von Kampfpreisstrategien auseinander³⁴.

VII.

Ein Beispiel für die ganz unbefangene Argumentation in ökonomischen Kategorien findet sich schließlich in dem kleinsten von Herrn Mestmäckers Arbeitsgebieten, im Urheberrecht. In ökonomischen Kategorien begründet er, warum Verwertungsgesellschaften die überlegene Lösung sind. Wenn jeder Urheber die Durchsetzung des Ausschließlichkeitsrechts in die eigenen Hände

28 Henning Knorr, *Ökonomische Probleme von Kompatibilitätsstandards. Eine Effizienzanalyse unter besonderer Berücksichtigung des Telekommunikationsbereichs*. Baden-Baden (1993).

29 Stefan Weyhenmeyer, *Integrierte Unternehmensstrukturen in der Telekommunikation und staatliche Industriepolitik*. Baden-Baden (1994).

30 Andreas Tegge, *Die Internationale Telekommunikations-Union. Organisation und Funktion einer Weltorganisation im Wandel*. Baden-Baden (1994).

31 Ernst-Joachim Mestmäcker, (Hrsg.) *The Law and Economics of Transborder Telecommunications*, Baden-Baden 1987.

32 Ernst Joachim Mestmäcker, (Hrsg.) *Offene Rundfunkordnung. Prinzipien für den Wettbewerb im grenzüberschreitenden Rundfunk*, Gütersloh 1988.

33 Ernst Joachim Mestmäcker, (Hrsg.) *Kommunikation ohne Monopole II. Ein Symposium über Ordnungsprinzipien im Wirtschaftsrecht der Telekommunikation und der elektronischen Medien*, Baden-Baden 1995.

34 Brigitte Haar, *Marktöffnung in der Telekommunikation. Zum Verhältnis von Wirtschaftsaufsicht und Normen gegen Wettbewerbsbeschränkungen im US-amerikanischen Recht, im europäischen Recht und im deutschen Recht*. Baden-Baden (1995).

nahme, würden die Transaktionskosten explodieren. Verwertungsgesellschaften fällt es auch leichter, für die verschiedenen Gruppen von Nutzern maßgeschneiderte Verträge zu schreiben und dadurch auf die unterschiedlich ausgeprägte Preiselastizität der Nachfrage zu reagieren. Dadurch kommt es zwar zur Preisdiskriminierung. Zugleich verbessert sich aber die allokativen Effizienz. Daraus entsteht allerdings ein Machtproblem, weshalb die Verwertungsgesellschaft unter der Aufsicht des Kartellrechts stehen. Verwertungsgesellschaften fällt es außerdem leichter, das anticommons-Problem unter Kontrolle zu halten, das aus dem Zusammenwirken vieler Rechteinhaber erwächst. Es ist etwa für die Filmindustrie typisch. Schließlich sind Verwertungsgesellschaften ein Instrument der Gegengewichtsbildung gegenüber machtvollen Musiknutzern, wie etwa den Rundfunkveranstaltern³⁵.

VIII.

Scheinbar also Entwarnung. Liest man seine Texte nur sorgfältig genug, hat Herr Mestmäcker gegen ökonomische Theorie gar nichts einzuwenden. Es ist nicht mehr als ein Stilunterschied, wenn davon in meinen Texten etwas mehr vorkommt. Die interdisziplinäre Umgebung meines Instituts steckt eben an. Kein Grund, mich besorgt zu fragen, ob mein akademischer Lehrer den wissenschaftlichen Weg billigt, den ich eingeschlagen habe.

Nun ist Herr Mestmäcker natürlich viel zu weise, viel zu großmütig, wahrscheinlich auch viel zu neugierig, um die Wissenschaft seiner Schüler offen zu missbilligen. Aber in der ihm eigenen, vornehmen Art hat er doch zum Ausdruck gebracht, dass er es so nicht machen würde, und dass er dafür seine Gründe hat. Dass er der eng verstandenen ökonomischen Analyse des Rechts nicht viel abgewinnen kann, hatte er in unseren gemeinsamen Hamburger Jahren schon gelegentlich bemerkt. Und eine viel weniger lang zurückliegende Äußerung ist so schön, dass sie es verdient, hier wiederholt zu werden: „In letzter Zeit haben Sie ja die Spieltheorie entdeckt. Ich glaube Ihnen, dass es Spaß macht. Aber können wir damit etwas zum Recht beitragen?“ Den Gründen für Herrn Mestmäckers Zurückhaltung will ich im folgenden nachgehen.

IX.

Herr Mestmäcker besteht auf der Autonomie des Rechts³⁶. In der ökonomischen Analyse hat das Recht zu Gunsten der Ökonomie abgedankt³⁷. Es gibt nur noch den Blick von außen auf das Recht als einen Untersuchungsgegenstand einer Sozialwissenschaft³⁸. Rechtsgelehrsamkeit hat

35 Ernst-Joachim Mestmäcker, *Collecting Societies in Law and Economics*, in: Mestmäcker (Hrsg.), *Wirtschaft und Verfassung in der Europäischen Union. Beiträge zu Recht, Theorie und Politik der europäischen Integration*. Baden-Baden (2006) 709-724, 713-716.

36 Ernst-Joachim Mestmäcker, *Die Interdependenz von Recht und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik*, in: Monopolkommission (Hrsg.), *Zukunftsperspektiven der Wettbewerbspolitik*. Baden-Baden (2004) 19-35, 21.

37 Ernst-Joachim Mestmäcker, *A Legal Theory without Law. Posner v. Hayek on Economic Analysis of Law*. Tübingen (2007), 21, s. auch 44.

38 Ebd., 14.

keinen disziplinären Ort mehr. Das Recht kann seinen größten Schatz nicht mehr nutzen: die in Jahrhunderten gesammelten Erfahrungen³⁹.

Oder spezifischer für das Kartellrecht:

„Die verschiedenen Funktionen des Wettbewerbs sind Gegenstand der Wirtschaftswissenschaften. Es mag deshalb naheliegen, in der Ermittlung der von den Wettbewerbsregeln geschützten Wettbewerbsfunktionen ein primär ökonomisches Problem zu sehen. Damit würde man indessen die normierende Wirkung des Wettbewerbsrechts und die Eigenart der Rechtsanwendung verkennen. [...] Die Erkenntnisse [der Wirtschaftswissenschaften] lassen sich im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen nur unter Berücksichtigung der Eigengesetzlichkeit der Rechtsanwendung nutzbar machen⁴⁰.

„Die Natur der Sache begrenzt die möglichen Lösungen, ohne sie aber inhaltlich eindeutig zu bestimmen. Unerlässlich bleibt die Ableitung von Wertmaßstäben und ihre Anwendung im Rahmen von Werturteilen. [...] So unerlässlich die Berücksichtigung der Wirtschaftswissenschaft für die Analyse der Interessenlage und die Beurteilung der von einer bestimmten Entscheidung von Interessenkonflikten ausgehenden Wirkungen ist, so notwendig ist es, die sich aus der Eigenart des Privatrechtssystems ergebenden Besonderheiten und Grenzen zu beachten. Auch sie sind - jetzt im Verhältnis zu den Wirtschaftswissenschaften - Teil der Natur der Sache⁴¹.

Hinzu tritt die Eigengesetzlichkeit der Rechtsanwendung.

„Der Richter muss jeden ihm unterbreiteten Fall entscheiden, ohne unter Berufung auf den Erkenntnisstand der für ihn erheblichen Wissenschaften sein Urteil aussetzen zu können. Die Mittel zur Erforschung des Sachverhalts sind durch die Regeln des Zivilprozesses vorgegeben. In den Werturteilen ist der Jurist an das Gesetz gebunden. Man muss diese tief greifenden Unterschiede zwischen den Wissenschaften sorgfältig berücksichtigen, wenn über die Voraussetzungen des Zusammenwirkens Klarheit bestehen soll⁴².

Dazu gehört insbesondere das notwendig prekäre Verhältnis des Juristen zum Gesetzgeber:

„Theories of law and of democracy are not independent from each other. In a democracy, the most important source of law is, of course, legislation adopted by elected representatives of the people. [...] There are, however, constitutional rules applied by independent courts that may take precedence over legislation. It is this tension between the democratic legitimacy of ordinary legislation and constitutional rules as interpreted by 'wise old men' that is the major theme⁴³.

39 Ebd., 44.

40 Mestmäcker und Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht (FN 4), §2, R 76.

41 Ernst-Joachim Mestmäcker, Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft im Aktienrecht, in: Raiser (Hrsg.), Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik. Berlin (1964) 103-119, [467].

42 Ebd., [468].

43 Mestmäcker, Legal Theory (FN 37), 19 f.

X.

Vor allem glaubt Herr Mestmäcker nicht an den Nutzen der exakten, beinahe naturwissenschaftlichen Methode der modernen Ökonomie für das Recht. Er betont, dass Recht nicht vom jeweiligen historischen Kontext abstrahieren darf⁴⁴. Er warnt vor der verführerischen Einfachheit und Stringenz ökonomischer Modelle⁴⁵, vor der „Hypostasierung modelltheoretischer Annahmen als Beurteilungsmaßstab“⁴⁶:

„Keine Wettbewerbstheorie erlaubt außerhalb mathematischer Modelle apodiktische Aussagen über die Reichweite eines Verbotes wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen“⁴⁷.

Besonders eindringlich ist eine Passage aus dem Vortrag zum 30jährigen Jubiläum der Monopolkommission:

„Erich Schneider [...] rief in seinem Einleitungsvortrag aus: Das Meer der Tatsachen ist stumm, erst unsere Theorie bringt sie zum Reden. Aber die Tatsachen, die erst durch Theorie erkennbar werden, sind begrenzt durch die der Theorie beziehungsweise dem Modell zu Grunde liegende Annahmen. [...] Ökonomen müssten den Schock von Männern der Praxis, von Politikern und Unternehmern ertragen, wenn diese die tiefe Kluft wahrnehmen zwischen theoretisch möglichen und praktisch geforderten Aussagen über die ökonomische Wirklichkeit. In der rechtswissenschaftlichen Literatur [...] wird dieser Befund in der Regel nicht als Schock empfunden, sondern eher mit Erleichterung wahrgenommen, scheint er doch die Autonomie des Rechtes zu bestätigen“⁴⁸.

Oder noch farbiger zur Rezeption von Adam Smith:

„Die im Zuge der Spezialisierung fortschreitende Trennung der Disziplinen hat es mit sich gebracht, dass jeweils verschiedene Teile des Werkes als rechtswissenschaftlich oder wirtschaftswissenschaftlich relevant erscheinen. Innerhalb der Nationalökonomie glaubt man dem ‚größten Ökonomen aller Zeiten‘ höchstes Lob zu spenden, indem man dartut, dass seine Werke nicht zur Geschichte geworden sind und dass sie ohne Geschichte verständlich sind: Sie können gelesen werden ‚wie die neueste Ausgabe einer Fachzeitschrift‘. Hierin kommt nicht zuletzt das Selbstverständnis der Nationalökonomie als einer exakten Wissenschaft zum Ausdruck. ‚Man konstruiert und organisiert eine Börse für wissenschaftliche Reputationen, deren Kurse davon bestimmt werden, was ein Problem ist und wie seine zutreffende Lösung lautet‘. An dieser Börse hat der Kurs von Adam Smith besonders bei den beamteten akademischen Kursmaklern geschwankt wie der eines Spekulationspapiers.“⁴⁹

44 Ebd., 57.

45 Mestmäcker und Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht (FN 4), §2, R 91.

46 Ernst-Joachim Mestmäcker, Das Prinzip der rule of reason und ähnliche Ausnahmemechanismen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, in: Mestmäcker (Hrsg.), Recht und ökonomisches Gesetz. Baden-Baden (1984) 674-703, 696.

47 Mestmäcker und Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht (FN 4), § 2, R 97.

48 Mestmäcker, Interdependenz (FN 36), 21.

49 Ernst-Joachim Mestmäcker, Die sichtbare Hand des Rechts. Über das Verhältnis von Rechtsordnung und Wirtschaftssystem bei Adam Smith, in: Mestmäcker (Hrsg.), Recht und ökonomisches Gesetz. Baden-Baden (1984) 104-135, 105.

XI.

Herr Mestmäcker ist kein Freund der Wohlfahrtstheorie, also des normativen Zweigs der neoklassischen Ökonomie. Die Wohlfahrtstheoretiker würden ihm sicher zustimmen, dass man positive und normative Analyse auseinander halten soll⁵⁰. Viele würden auch seine Skepsis gegenüber der Anreicherung von Nutzenfunktionen mit Argumenten teilen, die das ökonomische Modell gegenüber positiven oder normativen Einwänden immunisieren sollen; die Aussagen werden dann gar zu leicht beliebig⁵¹. Fast alle Ökonomen werden gern einräumen, dass der Gesetzgeber natürlich auch Verteilungsziele verfolgen darf⁵². Mit etwas mehr Mühe mag man ihnen auch den Nutzen unveräußerlicher Rechte nahe bringen und sie davon überzeugen, dass manche werthaltigen Positionen zum Schutz der Würde des Menschen besser nicht handelbar sind⁵³.

Bei den folgenden Aussagen würde ich dagegen mit dem beharrlichen Widerstand meiner ökonomischen Kollegen rechnen⁵⁴:

„Cost-benefit analysis is end-neutral. It can be applied to any given purpose. Constitutions, statutes and precedents, however, are as a rule not end-neutral. The question then is how to accommodate the normative implications of economic analysis with diverse non-economic legal purposes. In law, the relation of ends to means is more than a pragmatic methodological operation.“⁵⁵

„Legal rules in a free order are not end-related and must abstract from the multitude of individual plans they are to coordinate. In the economic analysis of law the key concepts -- rational choice and efficiency -- are end-related“⁵⁶

„If economic analysis does more than making products of law amenable to the application of price theory, the 'more' requires legal analysis of economic systems“⁵⁷.

Sie werden es nicht als besonders fair empfinden, wenn ihnen erst Blindheit gegenüber den verfolgten Zwecken vorgeworfen wird, dann aber die Zweckhaftigkeit ihrer normativen Analyse. Sie werden einräumen, dass die Lösung multidimensionaler normativer Probleme schwer ist. Aber sie werden den Juristen kein Monopol für die Lösung der schwersten Probleme zugestehen wollen - und hinter vorgehaltener Hand vielleicht sogar bezweifeln, dass die Juristen können sollen, wofür den Ökonomen einstweilen die konzeptionellen Instrumente fehlen.

50 Mestmäcker, Legal Theory (FN 37), 46 f.

51 Ebd., 21 f.

52 Ebd., 48.

53 Ebd., 47.

54 Zur Behandlung des Werturteilsproblems bei den Ökonomen s. Ian Malcolm David Little, A Critique of Welfare Economics. Oxford, (1950); E. J. Mishan, Welfare Economics. Ten Introductory Essays. New York, (1969).

55 Mestmäcker, Legal Theory (FN 37), 13.

56 Ebd., 37.

57 Ebd., 14.

XII.

Herr Mestmäcker kreidet der normativen Ökonomik vor allem eine Unterlassung an: sie spricht nicht von Freiheit⁵⁸. Im Gefolge Immanuel Kants fordert er eine Rechtsordnung, in der

„everybody may pursue his happiness in anyway to his liking as long as he respects the liberty of others, in turn compatible with the same liberty of everybody under a general rule. A government based upon the principle of benevolence towards the people represents the greatest possible despotism, that is, a regime which would abolish all liberties and leave citizens without rights. In a constitution based upon the principle of justice, the people have inalienable rights against their sovereign“⁵⁹.

Deshalb besteht die Funktion des Rechts darin,

„freies und zweckgerichtetes Handeln aufeinander abzustimmen, ohne aber die Vielfalt der zu Grunde liegenden und häufig widersprüchlichen Zwecke als solche in Bezug zu nehmen. Mit einer freien Ordnung sind Regeln deshalb im Grundsatz nur vereinbar, wenn sie in diesem Sinne abstrakt und verbietend sind, ohne ein bestimmtes Handlungsergebnis vorzuschreiben“⁶⁰.

Aus der Freiheitsperspektive geraten zusätzliche Aufgaben des Rechts in den Blick. Wettbewerb bedarf auch als „Entmachtungsverfahren“ des Schutzes⁶¹. Mit den Hirschman'schen Kategorien von Abwanderung und Widerspruch⁶² ist es nicht getan. Das Gesellschaftsrecht, aber auch das Staatsrecht müssen sich auch um „erzwungene Abwanderung“ und „erzwungenen Beitritt“ kümmern⁶³.

XIII.

Sieht man genauer hin, richtet sich Herrn Mestmäckers Kritik nicht gegen jedwede Integration von Recht und Ökonomie, sondern vor allem gegen die ökonomische Neoklassik. Mestmäcker ist ganz offen auf der Seite eines heterodoxen ökonomischen Ansatzes. Ökonomen würden ihn als „Österreicher“ bezeichnen. Das ist natürlich kein Versuch, den Westfalen zu expatriieren, sondern eine Aussage zum wissenschaftlichen Glaubensbekenntnis. Seinem programmatischen Text über die ökonomische Analyse des Rechts hat Herr Mestmäcker einen Satz von Friedrich-August von Hayek als Motto vorausgeschickt:

58 S. aber Martin Hellwig, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? Zur normativen Grundlegung der Wettbewerbspolitik, in: Engel und Möschel (Hrsg.), Recht und spontane Ordnung. Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum achtzigsten Geburtstag. Baden-Baden (2006) 231-268.

59 Mestmäcker, Legal Theory (FN 37), 18.

60 Mestmäcker und Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht (FN 4), §2, R 93.

61 Ebd., §2, R 99.

62 Albert O. Hirschman, Exit, Voice, and Loyalty. Responses to Decline in Firms, Organizations, and States. Cambridge, Mass. (1970)

63 Ernst-Joachim Mestmäcker, Organisationen in spontanen Ordnungen, in: Mestmäcker (Hrsg.), Recht in der offenen Gesellschaft. Baden-Baden (1993) 74-98, 82 f., 88.

„The economist's retrospective interpretation of how the market system operates does not, however, mean that we are now able to replace it by some deliberate arrangements“⁶⁴.

Am kürzesten sagt es die folgende Kapitelüberschrift:

„Efficiency: the purpose of legal rules or the product of competition (Posner versus Hayek)“⁶⁵.

Das Wissensproblem ist kategorial.

„If we knew in advance the most efficient allocation of resources there would be no need to rely on at times wasteful and erratic markets and competition“⁶⁶.

Das sagt jemand, der sein ganzes wissenschaftliches Leben für den Wettbewerb gestritten hat!

„Die Ungewissheit über das Ergebnis der unternehmerischen Entscheidungen kennzeichnet den Wettbewerb als Entdeckungsverfahren. [...] Wettbewerbstheorie und Wettbewerbsrecht haben [...] nicht die Aufgabe, wirtschaftlich richtiges Verhalten vorzuschreiben [...]. Sie haben vielmehr die Frage zum Gegenstand, welches Verhalten mit der Wettbewerbsfreiheit Dritter und dem Wettbewerb als Prozess unvereinbar ist“⁶⁷.

„Die wichtigsten Funktionen des Wettbewerbs kommen deshalb nicht in den Blick, wenn man von vollständiger Transparenz und Allwissenheit der Marktteilnehmer ausgeht. Das Problem besteht vielmehr gerade darin, zu erklären, warum es für den einzelnen möglich ist, unter Bedingungen der Ungewissheit über zukünftige Entwicklungen rational zu handeln“⁶⁸.

„Die grundsätzliche Offenheit des Wettbewerbs als eines Entdeckungsverfahrens macht es ferner unmöglich, den konkreten Ablauf gewünschter Marktprozesse durch ein Modell zu beschreiben. Die Freiheitsbereiche, in die andere Marktteilnehmer nicht eingreifen dürfen, müssen deshalb negativ abgegrenzt werden. Die Aufgabe des Kartellrechts beschränkt sich darauf, Wettbewerb in regelgeleitetes Verhalten zu verwandeln. Man nennt diese Regeln Spielregeln, deren Eigenart darin besteht, dass sie konfliktregelnde Normen im Rahmen einer Kampfordnung sind“⁶⁹.

Das hat weit reichende Folgen für die Ausgestaltung und Anwendung des Kartellrechts. Herr Mestmäcker hält nichts von efficiency tests.

„Wie immer die verschiedenen Arten der efficiencies gegeneinander abgewogen werden, der wichtigste Einwand ist die Unkenntnis der Unternehmen selbst sowie der Behörden und Gerichte über die relevanten Wirkungszusammenhänge“⁷⁰.

„Der Prozess, in dem bisher getrennt genutzte unternehmerische Ressourcen zu einer neuen Einheit zusammengeführt werden, zeichnet sich durch hohe Komplexität aus. Dieser Prozess ist zu der Zeit, zu der die Wettbewerbsbehörde ihn nach Ef-

64 Mestmäcker, Legal Theory (FN 37), 9.

65 Ebd., 26.

66 Ebd., 34.

67 Mestmäcker und Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht (FN 4), §2, R 81.

68 Ebd., §2, R 92.

69 Ebd., §2, R 94.

70 Ebd., §2, R 90.

fizienzkriterien beurteilen soll, noch nicht beendet. Über den Erfolg entscheidet der Wettbewerb. [...] Die Effizienzprüfung nimmt aber jene methodischen und praktischen Probleme in die vorausschauende Beurteilung von Zusammenschlüssen auf, die der Strukturbezug der Fusionskontrolle verhindern soll⁷¹.

„Was aber die angebotene Lösung - die Konsumentenwohlfaht - angeht, so bleibt von Weizsäcker, und nicht nur er, den Hinweis schuldig, wie man anhand von Konsumentenwohlfaht auf den richtigen Grad von Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktmacht oder relativer Marktmacht zurückschließen kann⁷².

All das gilt nicht nur für das Kartellrecht, sondern für das Recht überhaupt.

„A different [and preferable] approach to law and economics views the economic system as a system of liberty based on a legal order that provides for and guarantees the constituent economic liberties as individual rights. Abstract legal rules for otherwise unregulated individual planning are an integral part of the economic system, providing information that makes a rational division of labour and allocation of resources possible⁷³.

„Private law rules (contract, property, torts) are, however, not merely the instruments of self interest. They simultaneously make individual liberty compatible with the liberty of others under a general rule⁷⁴.

XIV.

Schließen möchte ich mit versöhnlicheren Tönen. Ökonomie und Juristerei sind

„zwei Wissenschaften, die eigene Erkenntnisinteressen und Methoden haben und gleichwohl nicht voneinander lassen können, selbst wenn sie es möchten⁷⁵,

hat Herr Mestmäcker der interdisziplinären Monopolkommission zu ihrem Jubiläum entgegen gerufen. Und in der Rede vor dem Orden Pour le Mérite sagt er:

„Es war die beiderseitige Öffnung der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften füreinander, die erst ihre gemeinsame Bedeutung für marktwirtschaftliche Ordnungen erklärt. [...] Trotz bis heute nicht überwundener methodischer Schwierigkeiten sind Ökonomie und Recht fest aneinander gebunden. Die Klammer bildet die strenge Zucht der Knappheit ökonomischer Ressourcen und die politische Symbiose des Wohlstands der Menschen mit dem öffentlichen Interesse der Staaten⁷⁶.

In einem Vortrag vor dem Verein für Socialpolitik liest es sich so:

„Das Verständnis der Aktiengesellschaft als Institution, die Erkenntnis der den aktienrechtlichen Normen zu Grunde liegenden Interessenkonflikte sowie die Ablei-

71 Mestmäcker, Interdependenz (FN 36), 30 f.

72 Ernst-Joachim Mestmäcker, 50 Jahre GWB. Die Erfolgsgeschichte eines unvollkommenen Gesetzes, in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 58 (2008) 6-22, 15 f.

73 Mestmäcker, *Legal Theory* (FN 37), 22.

74 Ebd., 23.

75 Mestmäcker, Interdependenz (FN 36), 19.

76 Ernst-Joachim Mestmäcker, Europäische Prüfsteine der Herrschaft und des Rechts, in: *Orden Pour le Mérite* 34 (2006) 197-215, 202.

tung der für die Entscheidung dieser Konflikte notwendigen Wertmaßstäbe erfordert den Rückgriff auf die Wirtschaftswissenschaft.

Die Eigengesetzlichkeit der zu regelnden wirtschaftlichen Sachverhalte (Natur der Sache) kann die möglichen rechtlichen Lösungen begrenzen, ohne sie jedoch zu determinieren. Die Interdependenz von Rechts- und Wirtschaftsordnung bewirkt darüber hinaus, dass Funktion und Wirkung aktienrechtlicher Normen ohne die Heranziehung wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnismethoden nicht zureichend erfasst werden können.

Das gleiche gilt für die Explikation der in juristische Entscheidungen eingehenden Werturteile über wirtschaftliche Sachverhalte.

Der unterschiedliche Gegenstand und die unterschiedlichen Methoden der beiden Wissenschaften stehen diesem Zusammenwirken nicht entgegen, wenn es gelingt, Fragestellungen und Aussagen dem jeweiligen Erkenntnisgegenstand anzupassen. Darin liegt ein selbstständiges wissenschaftliches Problem. Eine autonome oder bewusst autonomisierte einzelwissenschaftliche Betrachtung der Aktiengesellschaft vermag nicht einmal den eigenen Erkenntnisgegenstand zureichend zu formulieren. Die Verselbstständigung verzerrt das Bild der zu erkennenden oder zu gestaltenden Wirklichkeit, schafft Scheinprobleme und führt zu Werturteilen, die auf unzureichende Abwägung der in Betracht zu ziehenden Wertmaßstäbe beruhen⁷⁷.

Oder schließlich aus dem Text zum 50jährigen Jubiläum des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in diesem Jahr:

„Es gibt keine Meinungsverschiedenheiten darüber, ob die Wettbewerbsfreiheit einen 'economic approach' verlangt. Es gibt aber Meinungsverschiedenheiten darüber, ob der 'more economic approach' der EG-Kommission [...] der einzig richtige economic approach ist“⁷⁸.

In meinem unverbesserlichen Optimismus glaube ich deshalb fest daran, dass die einzige Differenz zwischen mir und meinem akademischen Lehrer in der richtigen Justierung der Nähe zur Ökonomie besteht – wenn es eine solche Differenz denn überhaupt geben sollte.

77 Mestmäcker, Aktienrecht (FN 41) [455].

78 Mestmäcker, (FN 72) WuW 2008, 14.