

**Markus Schott**

PD Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt

# **Staat und Wettbewerb**

**Der Schutz des institutionellen und des wirtschaftlichen Wettbewerbs vor staatlichen Beeinträchtigungen in der Schweiz und in der Europäischen Union**



**DIKE**



**Nomos**

# Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis .....	XVIII
Materialienverzeichnis .....	XLIII
Abkürzungsverzeichnis.....	XLV
<b>Einleitung .....</b>	<b>1</b>
<b>1. Teil: Grundlagen der Wettbewerbstheorie .....</b>	<b>9</b>
§ 1 Das Wettbewerbsprinzip .....	9
I. Der Begriff des Wettbewerbs .....	9
A. Definition und Abgrenzung.....	9
B. Merkmale des wirtschaftlichen Wettbewerbs .....	10
II. Funktionen des Wettbewerbs .....	12
A. Allokationsfunktion.....	12
B. Innovations- und Informationsfunktionen.....	13
C. Verteilungsfunktion.....	14
D. Freiheitsfunktion .....	15
III. Das wettbewerbstheoretische Grundmodell der vollkommenen Konkurrenz.....	16
A. Voraussetzungen .....	17
B. Marktergebnis .....	18
C. Wohlfahrtsverluste bei staatlicher Preisregulierung und Monopolisierung .....	20
D. Wirkung und Kritik .....	21
1. Realitätsferne Annahmen .....	21
2. Vernachlässigung der Dynamik des Wettbewerbs .....	22
IV. Wettbewerb und Wirtschaftssystem.....	23
A. Plan- und Entscheidungsträger.....	24
B. Information über den volkswirtschaftlichen Prozess .....	25
C. Motivierung und Sanktionierung .....	25
D. Abstimmung von Einzel- und Gesamtinteressen .....	26
§ 2 Fehlfunktionen des Wettbewerbs: Marktversagen .....	26
I. Externe Effekte.....	28
A. Das Problem .....	28
B. Mögliche Massnahmen .....	30
1. Staatliche Bereitstellung.....	30
2. Zwingende Vorschriften.....	31
3. Abgaben.....	31

4. Vereinbarungen .....	32
5. Handelbare Schädigungsrechte .....	34
II. Subadditivität der Kostenfunktionen.....	34
A. Das Problem.....	34
B. Mögliche Massnahmen .....	37
1. Abbau von Marktschranken .....	38
2. Eingrenzung des Monopolbereichs .....	39
3. Preisregulierung.....	40
III. Informationsmängel .....	42
A. Das Problem.....	42
1. Asymmetrisch verteilte Information.....	43
2. Nutzen- und Preiskenntnis.....	45
3. Unsicherheit.....	45
B. Mögliche Massnahmen .....	46
IV. Öffentliche Güter.....	47
V. Staatliche Umverteilung und Wettbewerb .....	49
<b>§ 3 Fehlfunktionen der (Wirtschafts-)Politik: Staatsversagen .....</b>	<b>52</b>
I. Probleme kollektiver Entscheidungen.....	53
II. Delegationsprobleme in repräsentativen Demokratien .....	55
A. Wahlberechtigte .....	56
B. Politiker und Parteien.....	56
C. Beamte und die Verwaltung.....	58
D. Interessengruppen .....	59
E. Lösungsmöglichkeiten .....	60
<b>2. Teil: Der Wettbewerb zwischen Gemeinwesen .....</b>	<b>63</b>
<b>§ 4 Theorie des Staatenwettbewerbs .....</b>	<b>63</b>
I. Charakteristika des Staatenwettbewerbs .....	63
A. Begriff .....	63
B. Modelle und Funktionen des Staatenwettbewerbs.....	66
II. Determinanten des Staatenwettbewerbs.....	70
A. Kategorien von Wettbewerbsfaktoren.....	70
B. Autonomie und Mobilität als Grundvoraussetzungen.....	72
III. Probleme des Staatenwettbewerbs .....	74
A. Hindernisse des Staatenwettbewerbs .....	74
1. Probleme des Widerspruchs .....	74
2. Probleme der Abwanderung.....	77
3. Harmonisierungskartelle und weitere Wettbewerbsbeschränkungen .....	78

4. Staatlicher Protektionismus .....	80
B. Unerwünschte Auswirkungen des Staatenwettbewerbs .....	82
1. "Race to the Bottom" .....	83
2. Störung der Sozialpolitik .....	86
3. Verschiebung der Steuerlast .....	87
4. Beeinträchtigung der Rechtssicherheit .....	88
IV. Anforderungen an eine rechtliche Ordnung des Staatenwettbewerbs ..	89
<b>§ 5 Institutioneller Wettbewerb auf der internationalen Ebene: die Europäische Union.....</b>	<b>92</b>
I. Die Europäische Union als Institution des Systemwettbewerbs .....	93
II. Elemente der europäischen Wettbewerbsordnung für die Mitgliedstaaten .....	96
A. Stellung des Systemwettbewerbs in den programmatischen Normen von EGV und EUV .....	96
1. Betonung von Kooperation und freiem Wirtschaftsverkehr in den Präambeln .....	97
2. Konzentration auf die Förderung der Solidarität und des wirtschaftlichen Wettbewerbs in den Ziel- und Aufgabenbestimmungen .....	98
B. Die Grundsätze der europäischen Integration als Grundordnung des europäischen Systemwettbewerbs .....	101
1. Beschränkte Effektivität der Kompetenzausübungsregeln von Art. 5 EGV .....	101
2. Undeutliche Konturen des Grundsatzes der Gemeinschaftstreue gemäss Art. 10 EGV .....	108
3. Möglichkeiten einer wettbewerblichen Ausgestaltung der Gemeinschaftsbeziehungen durch das Institut der verstärkten Zusammenarbeit .....	110
C. Die mobilitätsfördernde Funktion der Grundfreiheiten .....	114
1. Die Bedeutung des freien Warenverkehrs für unternehmerische Standortentscheide .....	114
2. Effektive exit-Möglichkeiten aufgrund der Freizügigkeit der Arbeitnehmer .....	116
3. Wirksamer Schutz der Niederlassungsfreiheit insbesondere gegenüber steuer- und gesellschaftsrechtlichen Einschränkungen .....	118
4. Der Schutz des freien Dienstleistungsverkehrs und seine Bezüge zur Warenverkehrs- und Niederlassungsfreiheit .....	122
5. Die Bedeutung des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs für den Systemwettbewerb .....	124

- D. Differenzierte Wettbewerbseffekte von Rechtsharmonisierung und gegenseitiger Anerkennung..... 127
  - 1. Rechtsharmonisierungen gestützt auf die Generalklausel von Art. 94 EGV..... 128
  - 2. Die zusätzliche Harmonisierungsgrundlage von Art. 95 EGV..... 129
  - 3. Probleme der Rechtsangleichung und die Methode der gegenseitigen Anerkennung ..... 132
  - 4. Auswirkungen auf den Staatenwettbewerb ..... 133
- E. Verhinderung von Subventionswettkämpfen durch die Beihilfenkontrolle ..... 136
  - 1. Grundsätzliches Verbot selektiver staatlicher Vorteilsgewährung ..... 136
  - 2. Differenzierte Ausnahmeregelung und -praxis ..... 138
  - 3. Auswirkungen auf den Staatenwettbewerb ..... 142
- F. Wettbewerbsförderung durch das Vergaberecht ..... 144
- G. Steuerwettbewerb in der Europäischen Union ..... 146
  - 1. Steuerrelevante Gemeinschaftskompetenzen ..... 146
  - 2. Weit entwickelte Harmonisierung der indirekten Steuern ..... 148
  - 3. Ansätze zu einer formellen Harmonisierung der direkten Steuern..... 150
  - 4. Auswirkungen auf den Staatenwettbewerb ..... 153
- H. Die Ausgleichsmechanismen der Struktur- und Regionalpolitik ..... 157
  - 1. Fehlen eines allgemeinen europäischen Finanzausgleichs ..... 157
  - 2. Instrumente zur Erreichung der Kohäsions- und Konvergenzziele ..... 158
  - 3. Auswirkungen auf den Staatenwettbewerb ..... 162
- I. Systemwettbewerb in weiteren Politikbereichen ..... 164
  - 1. Wettbewerbsunterdrückung in der Agrarpolitik..... 164
  - 2. Spielraum für Systemwettbewerb in der Industriepolitik..... 165
  - 3. Unterschiedliche Wettbewerbskonzepte in der Wirtschafts- und Währungspolitik ..... 166
  - 4. Entzerrung des Wettbewerbs und Stärkung der Wettbewerbsposition gegenüber Drittstaaten durch die gemeinsame Handelspolitik..... 168
  - 5. Konzentration der europäischen Sozialpolitik auf den Arbeitnehmerschutz..... 170
  - 6. Der Schutz vor Fehlfunktionen des Wettbewerbs durch die europäische Umweltpolitik..... 172
  - 7. Die Bedeutung des europäischen Wettbewerbsrechts für den Systemwettbewerb ..... 174

8. Europäischer Infrastrukturwettbewerb .....	176
III. Fazit .....	177
<b>§ 6 Institutioneller Wettbewerb auf der nationalen Ebene: die Schweizer Kantone .....</b>	<b>185</b>
I. Institutioneller Wettbewerb im Bundesstaat .....	185
A. Zusammenhänge zwischen Föderalismus und Wettbewerb .....	185
B. Eigenarten des Wettbewerbs zwischen Gliedstaaten .....	192
II. Das föderale Verhältnis zwischen Bund und Kantonen als Grundlage und Rahmen des interkantonalen Wettbewerbs .....	195
A. Verfassungsrechtliche Fixierung von Bestand und Rechtsstellung der Kantone.....	196
B. Verfassungsrechtlich gewährleistete Autonomie der Kantone .....	198
1. Tragweite .....	198
2. Traditionsreiche formelle Schutzvorschriften .....	200
3. Schrittweise ausgebaut materielle Schutzvorschriften .....	202
C. Relativierungen des interkantonalen Wettbewerbs durch den kooperativen Föderalismus .....	206
1. Wettbewerb und Kooperation als Grundmuster gliedstaatlichen Verhaltens .....	206
2. Das Gebot der Bundestreue und die Lauterkeit des interkantonalen Wettbewerbs.....	207
3. Gestaltung des interkantonalen Wettbewerbs durch öffentlichrechtliche Verträge zwischen Kantonen .....	208
a. Verfassungsrechtliche Vorgaben .....	208
b. Die neuen Interventionsmöglichkeiten des Bundes mittels Allgemeinverbindlicherklärung und Beteiligungsverpflichtung.....	210
c. Würdigung .....	215
4. Wettbewerbseffekte gemeinsamer Organisationen und interkantonaler Organe .....	221
III. Elemente des schweizerischen Wettbewerbsföderalismus .....	225
A. Die Stärkung der voice-Option durch die ausgebauten demokratischen Mitwirkungsrechte .....	225
1. Ausgestaltung und Schutz kantonaler politischer Rechte .....	225
2. Bedeutung für den interkantonalen Wettbewerb .....	228
B. Kantonale Autonomiebereiche aufgrund der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen .....	232
1. Die Entwicklung der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung .....	232
2. Bedeutung für den interkantonalen Wettbewerb.....	236

C.	Abbau von interkantonalen Mobilitätshindernissen durch Niederlassungsfreiheit und Binnenmarktgewährleistungen.....	240
1.	Ausgestaltung und Schutz der interkantonalen Freizügigkeit.....	240
2.	Bedeutung für den interkantonalen Wettbewerb.....	246
D.	Interkantonaler Steuerwettbewerb .....	251
1.	Die bundesstaatliche Ausscheidung und Abgrenzung der Steuerbefugnisse.....	252
2.	Bundesrechtliche Vorgaben für die direkten Steuern der Kantone .....	255
a.	Verbote von Doppelbesteuerung und Steuerabkommen ....	256
b.	Dynamik der Steuerharmonisierung .....	259
c.	Die Grundsätze der Besteuerung und die Verteilung der Steuerlast.....	265
3.	Bedeutung für den interkantonalen Wettbewerb.....	276
a.	Verfassungsrechtlicher Rahmen und Schranken des lauterer Steuerwettbewerbs .....	278
b.	Realien des interkantonalen Steuerwettbewerbs.....	284
E.	Interkantonaler Infrastrukturwettbewerb .....	288
1.	Die Aufteilung der Infrastrukturverantwortung im Bundesstaat.....	290
a.	Sicherheit .....	291
b.	Bildung und Forschung.....	291
c.	Verkehr .....	293
d.	Energie, Versorgung und Kommunikation.....	294
e.	Geld- und Währungspolitik .....	295
f.	Sozial- und Gesundheitswesen .....	296
g.	Recht und Rechtsdurchsetzung.....	297
2.	Vorgaben der Bundesverfassung für die kantonalen Infrastrukturen .....	299
3.	Bedeutung für den interkantonalen Wettbewerb.....	303
F.	Interkantonaler Wettbewerb auf dem Gebiet der Raumplanung...308	
1.	Raumplanungsverantwortung im Bundesstaat .....	309
a.	Die Aufteilung der Raumplanungsbefugnisse zwischen Bund und Kantonen .....	309
b.	Die inhaltlichen Vorgaben der Bundesverfassung.....	310
c.	Die raumplanerische Grundsatzgesetzgebung des Bundes .....	310
2.	Bedeutung für den interkantonalen Wettbewerb.....	316
IV.	Ausgleichsmechanismen zum Abbau interkantonomer Disparitäten ....	325
A.	Der bundesstaatliche Finanzausgleich (im engeren Sinne).....	326
1.	Grundzüge des Finanzausgleichs nach der NFA.....	326

2. Ausgestaltung des Ressourcenausgleichs.....	328
3. Ausgestaltung des geografisch-topografischen und des soziodemografischen Lastenausgleichs.....	330
B. Die Regionalpolitik des Bundes.....	332
C. Bedeutung für den interkantonalen Wettbewerb.....	335
V. Fazit.....	341
<b>3. Teil: Die Ordnung des wirtschaftlichen Wettbewerbs in der Schweiz.....</b>	<b>351</b>
<b>§ 7 Entwicklung der Wettbewerbswirtschaft in der Schweiz.....</b>	<b>351</b>
I. Agrarwirtschaft.....	351
II. Gewerbe und frühe Industrialisierung im <i>Ancien Régime</i> .....	355
III. Durchbruch und Entfaltung der Wirtschaftsfreiheit im Bundesstaat .....	358
<b>§ 8 Die verfassungsrechtliche Ordnung des wirtschaftlichen Wettbewerbs.....</b>	<b>364</b>
I. Der Wettbewerb in der Wirtschaftsverfassung .....	366
A. Die Bedeutung der wirtschaftsbezogenen Grundrechte für den Wettbewerb.....	366
1. Die Wirtschaftsfreiheit: Gewährleistung staatlicher Wettbewerbsneutralität und Gebot der Wettbewerbsoptimierung .....	366
2. Die Garantie des Privateigentums als Grundvoraussetzung des wirtschaftlichen Wettbewerbs.....	371
3. Relativierung der Wettbewerbskoordination durch die Koalitionsfreiheit.....	372
B. Koordinationsrelevante Staatsverantwortung im Wirtschaftsbereich.....	373
1. Wettbewerbsfreundliche Grundsätze der Wirtschaftsordnung .....	374
2. Wettbewerbsförderung durch die Gewährleistung des schweizerischen Binnenmarktes.....	375
3. Aktive staatliche Wettbewerbspolitik zur Bekämpfung schädlicher privater Wettbewerbsbeschränkungen .....	376
4. Weite Befugnisse zur Regelung von Berufsausübung und Konsumentenschutz.....	378
5. Globalsteuerung der Wirtschaft durch staatliche Geld-, Währungs- und Konjunkturpolitiken.....	379
6. Aussenwirtschaftspolitik und Landesversorgung zwischen Protektionismus und Freihandel.....	380
7. Wettbewerbsbeschränkende Struktur- und Landwirtschaftspolitiken .....	383

8. Staatlich kontrollierte Alkohol- und Glücksspielwirtschaft ....	385
9. Relativierungen der Wettbewerbskoordination auf den Wohnungs- und Arbeitsmärkten.....	386
II. Der wirtschaftliche Wettbewerb im übrigen Verfassungsrecht .....	387
A. Wettbewerbsrelevanz der Verfassungsziele und -prinzipien .....	388
1. Die übergeordneten Zwecke der Freiheit, Wohlfahrt und Chancengleichheit .....	388
2. Vielfältige Bezüge zwischen Nachhaltigkeitsziel und Wettbewerbskoordination.....	389
3. Neutralität der rechtsstaatlichen Grundsätze gegenüber dem Wettbewerb.....	395
B. Die Bedeutung der nicht-wirtschaftsbezogenen Grundrechte und Sozialziele für den Wettbewerb .....	397
1. Gegenseitige positive Wechselwirkungen zwischen Wettbewerb und Freiheitsrechten.....	397
2. Eingriff in den Preismechanismus durch das Lohnleichheitsgebot von Mann und Frau.....	398
3. Ergänzung der Wettbewerbskoordination durch soziale Grundrechte .....	399
a. Verteilungswirkungen des Rechtes auf Hilfe in Notlagen..	399
b. Direkte und indirekte Markteffekte des Rechts auf unentgeltliche Prozessführung.....	400
c. Anspruch auf unentgeltlichen Grundschulunterricht zwecks Korrektur von Fehlfunktionen des Bildungsmarktes .....	401
4. Differenzierte staatliche Verantwortung in den verschiedenen Bereichen der Sozialziele .....	402
C. Koordinationsrelevante Staatsverantwortung ausserhalb des Wirtschaftsbereichs .....	403
1. Umfang und Grenzen der staatlichen Infrastrukturverantwortung.....	403
a. Offen formulierte Infrastrukturbefugnisse.....	403
b. Das Verhältnis zwischen Wirtschaftsfreiheit und Monopolisierung.....	407
2. Differenzierte Staatsverantwortung für Bildung, Forschung und Kultur.....	411
3. Staatliche Ordnungen des Umweltschutzes und der Raumnutzung.....	416
4. Ineinandergreifen von staatlicher und wettbewerblicher Koordination für Leistungen der sozialen Sicherheit und des Gesundheitswesens .....	418

D. Die Bedeutung der öffentlichrechtlichen Abgaben für den wirtschaftlichen Wettbewerb .....	424
1. Die Besteuerungsgrundsätze und das Gebot der Wettbewerbsneutralität .....	424
2. Wettbewerbsverzerrungen durch differenzierte Verbrauchssteuern .....	426
3. Wettbewerbsrelevanz weiterer bundesrechtlicher Abgaben .....	429
III. Fazit .....	431
<b>§ 9 Der Schutz des wirtschaftlichen Wettbewerbs vor staatlicher Beeinträchtigung .....</b>	<b>435</b>
I. Der verfassungsrechtliche Schutz durch die Wirtschaftsfreiheit .....	436
A. Der weite Anwendungsbereich der Wirtschaftsfreiheit .....	437
1. Schutz von öffentlichen Unternehmen und vor staatlicher Wirtschaftstätigkeit .....	437
2. Weitere Präzisierungen und Ausnahmen .....	443
B. Bedeutung der allgemeinen Eingriffsvoraussetzungen für den Wettbewerbsschutz .....	446
1. Keine besonderen Anforderungen an die gesetzliche Grundlage zum Schutz des Wettbewerbs .....	446
2. Zusammenhang zwischen öffentlichem Interesse und Wettbewerbsrelevanz eines Eingriffs .....	450
3. Zusammenhänge zwischen Verhältnismässigkeit und Erfordernis der Wettbewerbsneutralität .....	451
4. Kaum gefestigte Kerngehaltsgarantie mit Bezug auf Beeinträchtigungen des Wettbewerbs .....	453
C. Die Ausrichtung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit auf den Wettbewerbsschutz .....	453
1. Der Streit um die Definition des Schutzbereichs .....	454
2. Die umstrittene Tragweite der Abweichungsbedingungen, insbesondere des Regalvorbehalts .....	462
D. Der Schutz der Wettbewerbsneutralität durch den Anspruch auf Gleichbehandlung der (direkten) Konkurrenten .....	467
1. Die Ausformung des Gleichbehandlungsanspruchs durch Rechtsprechung und Lehre .....	467
2. Ausprägungen und Einschränkungen des Gleichbehandlungsanspruchs .....	469
3. Schwächung des Wettbewerbsschutzes aufgrund der Beschränkung des Anwendungsbereichs auf die direkten Konkurrenten .....	475
E. Umsetzungs- und Durchsetzungsmechanismen des verfassungsrechtlichen Wettbewerbsschutzes .....	477

1. Verwirklichung der Wirtschaftsfreiheit in der Gesetzgebung .....	477
2. Ausgestaltung des gerichtlichen Schutzes der Wirtschaftsfreiheit .....	480
3. Probleme des gerichtlichen Wettbewerbsschutzes .....	482
a. Eingeschränkte Anfechtbarkeit des verfügbaren Staatshandelns .....	482
b. Strenge Legitimationspraxis gegenüber Konkurrentenbeschwerden .....	484
c. Einschränkungen der Verfassungsgerichtsbarkeit .....	489
II. Die wichtigsten Grundlagen des gesetzlichen Schutzes .....	491
A. Der verstärkte Schutz vor Marktzugangsschranken im Innern durch das Binnenmarktgesetz .....	492
1. Beschränkung des Anwendungsbereichs auf interkantonale und interkommunale Marktzugangsschranken .....	492
2. Das Recht auf freien Marktzugang und seine Einschränkungen .....	494
3. Durchsetzung durch betroffene Private und die WEKO .....	496
4. Würdigung .....	497
B. Gewährleistung des Wettbewerbs auf den Submissionsmärkten durch das öffentliche Beschaffungsrecht .....	499
1. Der Anwendungsbereich der Submissionserlasse und die Bedeutung der Schwellenwerte .....	500
2. Verfahrensgrundsätze und Vergabekriterien .....	502
3. Ausgestaltung des gerichtlichen Rechtsschutzes und weiterer Aufsichtsmittel .....	504
4. Würdigung .....	508
C. Der Schutz des Wettbewerbs vor staatlichen Beeinträchtigungen durch das Wettbewerbsrecht .....	515
1. Geltung des Wettbewerbsrechts für staatliche Stellen .....	516
a. Der kartellrechtliche Unternehmensbegriff und der Vorbehalt wettbewerbsausschliessender Vorschriften .....	516
b. Lauterkeitskontrolle gegenüber staatlichen Wettbewerbshandlungen .....	521
c. Überwachung staatlich administrierter Preise .....	522
2. Die ausnahmsweise Zulassung von Wettbewerbsbeschränkungen als indirekter staatlicher Eingriff in die Wettbewerbskoordination .....	523
a. Das weite wirtschaftspolitische Ermessen des Bundesrates .....	523
b. Kritik und Zustimmung in der Lehre .....	525
3. Würdigung .....	528

III. Fazit.....	530
<b>Schlussbetrachtung .....</b>	<b>537</b>
I. Wettbewerb und Recht .....	537
II. Institutioneller Wettbewerb.....	540
III. Wirtschaftlicher Wettbewerb .....	546
IV. Zusammenspiel der Wettbewerbsebenen .....	550
Stichwortverzeichnis .....	557