

1. Wirtschaftsverfassung(srecht) – Der Begriff, sein Zweck und seine Funktion

Michael Holoubek/Arno Kahl/Stephan Schwarzer

Literatur

Binder, Wirtschaftsrecht² (1999); *Griller*, Zur Systembildung im Wirtschaftsrecht (1989); *derselbe*, Wirtschaftsverfassung und Binnenmarkt, FS Rill (2010) 1; *Holoubek*, Die Interpretation der Grundrechte in der jüngeren Judikatur des VfGH, FS 70 Jahre Republik (1991) 43; *Korinek*, Zum Begriff des Wirtschaftsverfassungsrechts, FS Franz Korinek (1972) 23; *derselbe*, Die verfassungsrechtliche Garantie einer marktwirtschaftlichen Ordnung durch die österreichische Bundesverfassung, WiPolBl 1976, 87; *derselbe*, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, FS Klose (1988) 53; *derselbe*, Verfassungsrechtliche Grundlagen des Eigentumsschutzes und des Enteignungsrechts in Österreich, in: Korinek/Pauger/Rummel (Hrsg), Handbuch des Enteignungsrechts (1994) 3; *Magen*, Ein Wettbewerbskonzept für das Öffentliche Wettbewerbsrecht, in: Kirchhof/Korte/Magen (Hrsg), Öffentliches Wettbewerbsrecht. Neuvermessung eines Rechtsgebiets (2014) 17; *Müller*, Wettbewerbsrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht: eine Neuvermessung, ÖZW 2015, 97; *derselbe*, Wettbewerb und Unionsverfassung (2014); *Müller/Wimmer*, Wirtschaftsrecht³ (2018); *Öhlinger*, Die Wirtschaftsverfassung der EU, in: Griller (Hrsg), Die europäische Wirtschaftsverfassung *de lege lata et ferenda* (2007) 269; *Pöschl/Winkler*, Rechtswissenschaftliche Grundlagen, in: Winkler (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht (2007) 43; *Rill*, Eigentum, Sozialbindung und Enteignung bei der Nutzung von Boden und Umwelt, VVDStRL 51 (1992) 177; *Schäffer*, Die rudimentäre Wirtschaftsverfassung Österreichs, FS Wenger (1983) 3; *Schambeck*, Wirtschaftsverfassung und Verfassungsrecht, FS Franz Korinek (1972) 37; *derselbe*, Verfassungsrecht und Wirtschaftsordnung in Österreich, FS Fröhler (1980) 41; *derselbe*, Wirtschaftsverfassung und Verstaatlichung in Österreich, FS Wenger (1983) 39; *Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht – Allgemeiner Teil (1990); *Storr*, Allgemeiner Teil, in: B. Raschauer/Ennöckl/N. Raschauer (Hrsg), Grundriss des österreichischen Wirtschaftsrechts⁴ (2021) 1; *Thieme*, Wirtschaftssysteme, in: Apolte et al (Hrsg), Vahlens Kompendium der Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik⁵, Bd 1 (2012) 1; *W. Weber*, Der ökonomische Begriff der Wirtschaftsverfassung, FS Franz Korinek (1972) 11; *Wenger*, Grundriss des österreichischen Wirtschaftsrechts I (1989); *derselbe*, Wirtschaftsverfassungsrecht und Wettbewerbsfreiheit, FS Adamovich (1992) 733; *Wimmer/Arnold*, Wirtschaftsrecht in Österreich und seine europäische Integration² (1998).

Inhaltsübersicht

I. Begriff „Wirtschaftsverfassung“	1–3
II. Anbindung an die europäische Ebene	4–6

III. Ökonomische Wirtschaftsverfassung und Funktion der rechtswissenschaftlichen Begriffsbildung „Wirtschaftsverfassungsrecht“	7–10
IV. Anforderungen an die Begriffsbildung heute	11–15
V. Zum Begriff des Wirtschaftsverfassungsrechts heute	16–20
VI. Das Anliegen des Buchs	21–24

I. Begriff „Wirtschaftsverfassung“

- 1 Der Begriff „Wirtschaftsverfassung“ bezeichnet sehr Unterschiedliches und wird in der Literatur daher auch als „Kulminationspunkt“ einer diesbezüglichen Begriffsverwirrung bezeichnet.¹ Abgesehen von der bloßen Beschreibung des tatsächlichen Zustands, also der so – sowohl metajuristisch als auch metaökonomisch – verstandenen „Verfassung“ der Wirtschaft, also ihres Zustands, kommt dem Begriff zunächst einmal in einem ökonomischen Sinn Bedeutung zu.² Es geht dabei mit Blick auf die Funktionsweise der Koordination wirtschaftlicher Einzelpläne im Wesentlichen und vergrößernd darum, verschiedene „Wirtschaftsverfassungen“ zu unterscheiden.³ Die Extrempole bilden dabei bekanntlich die „Wirtschaftsverfassung des Wettbewerbs“, die dem wettbewerblichen Koordinationsprinzip folgt, einerseits und die „Wirtschaftsverfassung des Plans“, die der staatlich planenden Koordination entspricht, andererseits. Wenngleich diese reinen Typen von Wirtschaftsverfassungen in der Realität nicht vorkommen, dienen sie dennoch zur typologischen Einordnung konkret verwirklichter Modelle im Sinne einer „sozialistischen“ (Planwirtschaft) oder „kapitalistischen“ (Marktwirtschaft)⁴ Wirtschaftsordnung bzw eines solchen Wirtschaftssystems.⁵ Rechtlich ist ein solches Begriffsverständnis nicht relevant.
- 2 Heute verwendet die Ökonomie den Begriff „Wirtschaftsverfassung“ häufig in einem normativen Sinn. Wenngleich damit nicht unbedingt nur verfassungsrechtliche Regelungen gemeint sind, so bezeichnet die so verstandene Wirtschaftsverfassung doch die der Wirtschaft vom Staat gegebene „Verfas-

1 W. Weber, FS Franz Korinek, 11. Dort auch näher zum im Folgenden Dargestellten.
2 Zum Ursprung in den Wirtschaftswissenschaften finden sich Nachweise bei Müller, Wettbewerb, 75; Griller, FS Rill, 75 (FN 261) mwN.
3 Vgl dazu bezogen auf den liberalen Staat des 19. Jahrhunderts auch Wimmer/Arnold, Wirtschaftsrecht, 5 („Gestaltung der Wirtschaft als Funktion der Gesellschaft selbst“, „liberale Wirtschaftsverfassung“).
4 Ausschlaggebende Kriterien: Eigentumsordnung, Lenkungssystem, Wirtschaftsziele, Preisbildungsprozess, Möglichkeit des Marktzutritts etc (zB bei W. Weber, FS Franz Korinek, 19, der zu vier „Konstellationen“ kommt. Wohl übernommen von Schäffer, FS Wenger, 13. Auch Storr, in: B. Raschauer/Ennöckl/N. Raschauer, Grundriss, Rz 29 ff; Müller/Wimmer, Wirtschaftsrecht, Rz 297).
5 Die Begriffe werden auch synonym verwendet. Storr, in: B. Raschauer/Ennöckl/N. Raschauer, Grundriss, Rz 26, 30 nennt es etwa Wirtschaftssystem. So wohl auch Griller, FS Rill, 9 mwN.

sung“. Damit sind sämtliche rechtlich verankerten Normen und Institutionen gemeint, die Entscheidungs- und Handlungsspielräume von (privaten und öffentlichen) Wirtschaftseinheiten bestimmen,⁶ unabhängig von ihrer Stellung im Stufenbau der Rechtsordnung. Da auch nicht formell zum Verfassungsrecht zählende rechtliche Regelungen für die Wirtschaft zT von großer Bedeutung sind, können so zwar sämtliche einschlägige Gesetze zur Wirtschaftsverfassung gezählt werden, der Begriff der Wirtschaftsverfassung verliert zugleich jedoch erheblich an Operationalität, weil er in einem „Zwischenbereich“⁷ von für die Wirtschaft wichtigem formellem Verfassungsrecht und einfachgesetzlichem (Wirtschafts-)Recht zu liegen kommt. Die Berechtigung dieser Auffassung, die das gesamte Wirtschaftsrecht zur Wirtschaftsverfassung zählt und daher juristisch „unbrauchbar“⁸ ist, kann man damit begründen, dass es für Ökonomen bedeutungslos ist, ob eine auf die Wirtschaft bezogene rechtliche Norm formell dem Verfassungsrecht angehört oder auf unterverfassungsrechtlicher Ebene angesiedelt ist. Unabhängig davon, dass dieser Sicht freilich etwa entgegengehalten werden kann, dass es auch für Ökonomen von Belang ist, in welchem verfassungsrechtlichen Rahmen wirtschaftspolitische Gestaltungsmöglichkeiten des einfachen Gesetzgebers bestehen, führt dies zu der hier verfolgten Erkenntnis, dass auch der juristische Begriff der Wirtschaftsverfassung eine weitere und eine engere Bedeutung haben kann.

In Österreich hat sich vor 50 Jahren mit guter Begründung die bis heute herrschende Auffassung durchgesetzt, dass die Wirtschaftsverfassung im juristischen Sinn – in einem engeren Verständnis – der „Inbegriff der wirtschaftsbezüglichen Normen der Staatsverfassung“⁹ ist. Für diese – typologische – Begriffsabgrenzung sind also zwei Kriterien einschlägig: einerseits die formelle Zugehörigkeit einer Norm zum Verfassungsrecht, andererseits und als materielles Kriterium ihre „in einem besonderen Maße“ bestehende Bezogenheit auf die Wirtschaft. Auf der Grundlage einer so verstandenen Wirtschaftsverfassung kann dann ermittelt werden, für welches Wirtschaftsmodell sich eine Verfassung entschieden hat, welche Modelle sie (noch) trägt und welche sie ausschließt.¹⁰

3

6 *Thieme*, in: Apolte et al, *Vahlens Kompendium*, 11. Weitere, ältere Nachweise bei *W. Weber*, FS Franz Korinek, 16 (FN 22 ff).

7 *W. Weber*, FS Franz Korinek, 17.

8 *Schäffer*, FS Wenger, 4. Vgl auch *Schambeck*, FS Franz Korinek, 41.

9 Grundlegend *Korinek*, FS Franz Korinek, 26 ff. Auch *Schambeck*, FS Franz Korinek, 38; *derselbe*, FS Wenger, 42; *Schäffer*, FS Wenger, 5 mwN; *Wimmer/Arnold*, Wirtschaftsrecht, 14 (FN 42a); *Griller*, FS Rill, 1 f; *Öhlinger*, in: *Griller*, Wirtschaftsverfassung, 269 f; *Müller*, Wettbewerb, 76.

10 *Schäffer*, FS Wenger, 6.

II. Anbindung an die europäische Ebene

- 4 Unter Beibehaltung der zuletzt erwähnten, auf breitem Konsens beruhenden Definition der Wirtschaftsverfassung (des Wirtschaftsverfassungsrechts) stellt sich seit dem Beitritt zum EWR und ein Jahr später zur EU (auch) für Österreich die Frage, ob bzw wie sich der Begriff des Wirtschaftsverfassungsrechts verändert hat. So lesen wir etwa bei *Bernhard Raschauer* (und nunmehr *Stefan Storr*), dass das Wirtschaftsverfassungsrecht „die für das Wirtschaftssystem und die staatliche Wirtschaftsingerenz systemprägenden verfassungsrechtlichen *und unionsrechtlichen* Determinanten und Beschränkungen“ sind.¹¹ Dies zeigt, dass das formelle Kriterium des Begriffs Wirtschaftsverfassung unter Druck geraten ist. Die Bezugnahme auf sämtliche, also sowohl im Primär- als auch im Sekundärrecht beheimateten wirtschaftsbezüglichen Determinanten wirft Fragen auf.
- 5 Zunächst ist es unbestritten und heute eine Binsenweisheit, dass das Unionsrecht das nationale Recht, auch das Verfassungsrecht, in vielerlei Hinsicht gerade auch im Bereich des Wirtschaftsrechts intensiv beeinflusst und überformt. So wird für das unionale Primärrecht übereinstimmend vertreten, es besitze Verfassungscharakter¹² und sei in grundsätzlicher Hinsicht daher auch zur Wirtschaftsverfassung zu zählen. Problematisch erscheint es jedoch, auch das Sekundärrecht zur Wirtschaftsverfassung zu zählen. Zwar wird die nationale Verfassung auch durch das Sekundärrecht beeinflusst und auch verändert und besitzt in diesem Sinn „Verfassungspotential“, weshalb solches Sekundärrecht auch zur Wirtschaftsverfassung gezählt werden kann. Dass dies zum einen eine Annäherung an die in den Wirtschaftswissenschaften gebräuchliche Begriffsbildung darstellt und zum anderen mit einem gewissen Verlust begrifflicher Schärfe verbunden ist, ist evident.¹³ Daher wird dieser Auffassung auch mit guten Gründen unter Hinweis auf das Erfordernis einer „sparsamen“ Verwendung des Verfassungsbegriffs widersprochen und vorgeschlagen, das Sekundärrecht nicht dem Wirtschaftsverfassungsrecht zuzuzählen.¹⁴
- 6 Freilich bestehen aber auch „in die andere Richtung“ Probleme hinsichtlich der Grenzen des Begriffs der Wirtschaftsverfassung unter Einschluss des Unionsrechts. Gemeint ist damit, dass das wirtschaftsbezügliche Primärrecht mit Blick auf den Verfassungsbegriff vor allem in der Hinsicht überfrachtet erscheint, dass es ein detailliertes Wettbewerbsrecht auf Verfassungsebene enthält. Das ist aus historischer Sicht und unter Hinweis auf den Charakter der europäischen Integration als Friedensprojekt, das zunächst vor allem auf wirtschaftliche Integration aufgebaut hat, freilich verständlich. Eine solche wirtschaftliche Inte-

11 *Storr*, in: B. Raschauer/Ennöckl/N. Raschauer, Grundriss, Rz 26, Hervorhebung nur hier.

12 ZB *Müller*, Wettbewerb, 82 ff; *Griller*, FS Rill, 3 mwN.

13 Zu diesem „Verfassungspotential“ *Griller*, FS Rill, 8 f mwN.

14 *Müller*, Wettbewerb, 76 ff, 89.

gration gewichtet den Wettbewerb naturgemäß (rang)höher als dies in (mitglied) staatlichen Rechtsordnungen typischerweise der Fall (gewesen) ist.¹⁵ Wird dies heute als unangemessen empfunden, ist dies nur vor dem Hintergrund der Weiterentwicklung von der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zur Europäischen Union in ihrer aktuellen Ausprägung zu sehen. Mangels ausreichend tiefgehender wirtschafts- und fiskalpolitischer Integration ist das Wettbewerbsrecht aber bis heute zur Sicherung der – wirtschaftlichen – Integration im Primärrecht unverzichtbar. So partizipiert das – wenngleich durch den Vertrag von Lissabon allenfalls „kontextsensiblere“ – Wettbewerbsprinzip aber auch an den zentralen (wirtschafts)verfassungsrechtlichen Grundprinzipien der Union, wie den wirtschaftlichen Grundrechten oder den Werten der Rechtsstaatlichkeit, Freiheit und Gleichheit des Art 2 EUV.¹⁶

III. Ökonomische Wirtschaftsverfassung und Funktion der rechtswissenschaftlichen Begriffsbildung „Wirtschaftsverfassungsrecht“

Die rechtswissenschaftliche Begriffsbildung zum Thema „Wirtschaftsverfassungsrecht“¹⁷ muss, soll sie sinnvoll sein, den Bezug zur ökonomischen Wirtschaftsverfassung herstellen. Dass die rechtswissenschaftliche Begriffsbildung die ökonomischen Realitäten (zutreffend) aufnehmen und erfassen muss, ist eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für die Zweckmäßigkeit der rechtswissenschaftlichen Begriffsbildung. Als weitere wesentliche Anforderung tritt hinzu, dass mit dem rechtswissenschaftlichen Begriff eine Beziehung zwischen der Verfassung im rechtlichen Sinn und der Wirtschaftsverfassung im ökonomischen Sinn auf den Punkt gebracht wird. Da es um eine rechtswissenschaftliche Begriffsbildung und damit um eine rechtswissenschaftliche Systematisierungsleistung geht, ist diese Beziehung von der „rechtlichen Seite“ her zu denken, also von der Funktion der Verfassung (im rechtlichen Sinn) in Bezug auf die Wirtschaft (im ökonomischen Sinn).

Die *Korinek*'sche Begriffsbildung des Wirtschaftsverfassungsrechts hat diese Anforderungen erfüllt. Aus ökonomischem Blickwinkel war die Diskussion durch den Gegensatz zweier Wirtschaftssysteme geprägt: die Marktwirtschaft auf der einen und die Planwirtschaft auf der anderen Seite. Sie unterscheiden sich in ihrer idealtypischen Ausprägung durch unterschiedliche Antworten auf die Frage nach dem Koordinationsmechanismus und der Eigentumsord-

15 Auf der anderen Seite stellt sich das Primärrecht freilich etwa insofern wiederum als lückenhaft dar, als tragende Grundsätze, wie zB autonome Geltung, unmittelbare Anwendbarkeit und Anwendungsvorrang, nicht positiviert sind.

16 Vgl hierzu *Müller*, Wettbewerb, 92 f, 95 f.

17 Es geht um rechtswissenschaftliche Begriffsbildung, die Zweckmäßigkeitskriterien folgt.

nung an Produktionsmitteln. Die Marktwirtschaft geht von dezentralen, privatautONOMEN Planträgern bei der Koordination von Austauschbeziehungen und dementsprechend von Privateigentum an den Produktionsmitteln aus. Die Planwirtschaft setzt auf einen Planträger zur Koordination und eine kollektive (staatliche) Eigentumsordnung.

- 9 Es ist unbestritten und vielfach beschrieben, dass diese idealtypische Modellkonstruktion einer Volkswirtschaft sich nie wirklich in realen Wirtschaftsordnungen entsprechend abgebildet hat. Die einschlägige Debatte ist insbesondere vor dem historischen Hintergrund von – wiederum idealtypisch – zwei miteinander konkurrierenden politischen Systemen von „Ost“ und „West“ zu sehen, die die Jahrzehnte nach dem Zweiten Weltkrieg geprägt haben. Die Diskussion um die Wirtschaftsordnung ging unter diesem Blickwinkel immer auch wesentlich um das zutreffende Verständnis der Organisation von demokratischer Herrschaftsgewalt in Staaten. Das erklärt, warum der Begriff des „Wirtschaftsverfassungsrechts“ in einem rechtswissenschaftlichen Sinn, also ausgehend von der rechtlichen Funktion der Verfassung, vor dem Hintergrund dieser sowohl ökonomischen wie politischen Dichotomien besondere „Sprengkraft“ entfaltet hat.
- 10 Er brachte nämlich auf den Punkt, wie die „Grundordnung des Staates“ die politischen Kräfte begrenzt und bestimmt, wenn sie die Wirtschaftsordnung ausgestalten. Daher war die – in westlichen Verfassungsstaaten geführte – Diskussion über die „Wirtschaftsverfassung“ im rechtlichen Sinn wesentlich eine solche darüber, inwieweit diese Grundordnung des Staates (die Verfassung im rechtlichen Sinn) die politischen Akteure bei der Ausgestaltung der konkreten Wirtschaftsordnung eines Staates im Einzelnen bestimmt¹⁸. Aus diesem Grund war für *Karl Korinek* seine Begriffsbildung des „Wirtschaftsverfassungsrechts“ untrennbar mit der aus dem so definierten Wirtschaftsverfassungsrecht abgeleiteten Schlussfolgerung verbunden, dass die österreichische Wirtschaftsverfassung eine „grundsätzliche marktwirtschaftliche Ordnung“ konstituiert¹⁹. In der Folge wurde – in Österreich wie in Deutschland – viel darum gestritten, ob und gegebenenfalls wo auf der Skala von freier Marktwirtschaft zu sozialer Marktwirtschaft die Verfassung die Grenzen für die politischen Handlungsräume setzt²⁰.

18 Siehe zum Zusammenhang von politischer Verfassung und wirtschaftlicher Ordnung *Schmidt*, Wirtschaftsrecht, 66 ff.

19 *S Korinek*, WiPolBl 1976, 87, 96; *derselbe*, FS Klose, 53; *derselbe*, in: *Korinek/Pauger/Rummel*, Handbuch, 44 ff; *Schambeck*, FS Fröhler, 41 ff; *Schäffer*, FS Wenger, 3; *Rill*, Eigentum, 177 ff; *Holoubek*, FS 70 Jahre Republik, 54; *Binder*, Wirtschaftsrecht, 3; *Griller*, Systembildung, 11.

20 Die Verfassungsgerichte haben in Abgrenzung dazu hingegen zumeist die These von der „wirtschaftspolitischen Neutralität“ der Verfassung in den Vordergrund gestellt.

IV. Anforderungen an die Begriffsbildung heute

Man kann heute wohl davon ausgehen, dass der Marktwirtschaft ihr sinnstiftender Widerpart der Planwirtschaft in einem idealtypischen Sinn verloren gegangen ist²¹. Auszugehen ist heute – mit Blick auf die ökonomische Wirtschaftsordnung – von dem Umstand, dass die realen Wirtschaftssysteme als „mixed economies“ zu beschreiben sind²². Die zentrale Frage im Verhältnis von Verfassung im rechtlichen Sinn (verstanden als Grundordnung des Staates) zur Wirtschaftsordnung im ökonomischen Sinn liegt heute nicht mehr im mehr oder weniger weitgehenden Ausschluss der Planwirtschaft, sondern in der Frage, mit welcher Zielsetzung und wie (nämlich unter welchem Einsatz von Wettbewerb) der Staat (die politischen Akteure) die Wirtschaft – in einem weiten, ökonomischen Sinn – regulieren darf oder muss. 11

Auszugehen ist daher heute von einer Wirtschaftsordnung, die auf Markt und Wettbewerb aufbaut, also grundsätzlich auf Privateigentum an Produktionsmitteln und auf dezentralen Austauschverhältnissen.²³ Die Beziehung der Verfassung im rechtlichen Sinn zur so definierten Marktwirtschaft (Markt und Wettbewerb) ist durch die Frage nach dem Vorhandensein und gegebenenfalls nach der Intensität und der Zielsetzung (dem „Zweck“) staatlicher Intervention in Markt und Wettbewerb gekennzeichnet. 12

Richtet man daher den Blick auf die staatliche Intervention in die Wirtschaft, so lassen sich diese Interventionen nach zwei Ordnungskriterien unterscheiden: 13

- Einmal anhand des „**Zwecks**“ (der Zielsetzung) der staatlichen Intervention in Markt und Wettbewerb und zum zweiten
- anhand der **Funktion**, die die staatliche Regulierung Markt und Wettbewerb zuschreibt.

Betrachtet man zunächst den **Zweck** einer staatlichen Intervention in Markt und Wettbewerb, so ist vorab festzuhalten, dass – vor dem Hintergrund des realen Bildes der mixed economy – Ausgangspunkt grundsätzlich der Markt 14

21 Spätestens seit China durch entsprechende Wirtschaftsreformen den Weg gegangen ist, in wesentlichem Ausmaß marktwirtschaftliche Elemente in seinem politischen Herrschaftssystem zuzulassen, fehlt es an einem großen, am Ideal der Planwirtschaft ausgerichteten Staat.

22 *Fischbach/Wollenberg*, Volkswirtschaftslehre I¹³ (2007) 76; *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre⁵ (2016) 55 f. „In jedem Land dieser Welt finden wir ein wirtschaftliches Mischsystem vor – darunter versteht man eine Kombination aus privaten Unternehmen, die über den Markt agieren, und staatlicher Regulierung, Besteuerung und Programme.“

23 Zu Tausch und Konkurrenz als Kernelemente des Wettbewerbs, *Magen*, in: Kirchhof/Korte/Magen, Wettbewerbsrecht, 27 ff.

unter Wettbewerbsbedingungen (Wettbewerbsmarkt) ist.²⁴ Dabei ist es wiederum hilfreich, zum Verständnis des Wettbewerbsmarktes zwischen Tausch (der Koordination zwischen den Marktgegensetzen) und Konkurrenz (den Interaktionen der Produzenten bzw Konsumenten jeweils untereinander) zu unterscheiden.²⁵ Vor diesem Hintergrund kann die staatliche Intervention in den Wettbewerbsmarkt darauf gerichtet sein,

- Markt und Wettbewerb (Tausch und Konkurrenz) funktionsfähig zu erhalten oder
- funktionsfähig zu machen,
- strukturelle Defizite von Markt und Wettbewerb (Tausch und Konkurrenz) auszugleichen²⁶ oder
- die Konkurrenz (Wettbewerb) als Verfahren zur Bestimmung des Tausches, also der Koordinationsbeziehung zwischen Produzenten und Konsumenten, zur Erreichung externer Gemeinwohlziele zu begrenzen, zu lenken oder zu ersetzen.

- 15 Mit den Zwecken staatlicher Interventionen in die Wirtschaft zusammenhängend, aber als Ordnungskriterium eigenständig zweckmäßig kann die staatliche Intervention weiters daraufhin beurteilt werden, welche **Funktion** sie dem Wettbewerbsmarkt zuschreibt. Das kann diejenige sein, dass „der Markt“ Gemeinwohl hervorbringt²⁷: sie kann im – in bestimmter Weise regulierten – Wettbewerbsmarkt das effiziente Instrument zur Erreichung externer Gemeinwohlziele sehen, oder sie kann Wettbewerb als – aus diesem Grund insoweit „auszuschaltende“ – Bedrohung von (externen) Gemeinwohlzielen erachten.

V. Zum Begriff des Wirtschaftsverfassungsrechts heute

- 16 Die Suche nach einem zweckmäßigen Begriff des „Wirtschaftsverfassungsrechts“ geht – nach wie vor – von der Verfassung im rechtlichen Sinn (Grundordnung des Staates) aus: Es geht also um Verfassungsrecht (innerstaatlich

24 Insofern ist das herkömmliche Bild, dass die Wirtschaftsverfassung eine „grundsätzlich marktwirtschaftliche Ordnung“ garantiert, eine gute Beschreibung dieses Ausgangspunktes.

25 Siehe mwH *Magen*, in: Kirchhof/Korte/Magen, Wettbewerbsrecht, 27.

26 Funktionsfähigkeit und struktureller Defizitenausgleich sind insofern miteinander zusammenhängende Zielsetzungen, als sie – im Hinblick auf Markt und Wettbewerb – auf „interne Ziele“ von Markt und Wettbewerb gerichtet sind. Sie unterscheiden sich durch die Ausgangslage: funktionierender Wettbewerbsmarkt (so schützt das Kartellrecht im engeren Sinn vor Vermachtung des Wettbewerbsmarktes durch die Produzenten untereinander) im ersten Fall und Wettbewerbsmarkt mit einem strukturellen Defizit, das ausgeglichen werden muss, im zweiten Fall (Beispiel: Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung).

27 Siehe *Magen*, in: Kirchhof/Korte/Magen, Wettbewerbsrecht, 37 ff.

gesehen) im formellen Sinn und Verfassungsrecht im „materiellen Sinn“, dieses in mehrfacher Weise: Zum einen zählen zum Wirtschaftsverfassungsrecht in diesem Sinn das nationale formelle Verfassungsrecht und das Unionsverfassungsrecht, also das Primärrecht²⁸. Weiters zählen zum Wirtschaftsverfassungsrecht im hier verstandenen Sinn insbesondere auch die (höchstgerichtliche) Rechtsprechung, die Verfassungsrecht im formellen Sinn bzw primäres Unionsrecht konkretisiert und fortbildet. Gleiches gilt für die Praxis anderer Verfassungsorgane (Unionsorgane), wenn diese formelles Verfassungsrecht oder primäres Unionsrecht konkretisieren und fortentwickeln²⁹.

Soweit kommt sämtliches (formelles wie materielles) Verfassungsrecht und primäres Unionsrecht als Teil des „Wirtschaftsverfassungsrechts“ in Betracht. Insbesondere ist auch das primäre Wettbewerbsrecht des AEUV als primäres Unionsrecht Teil des Wirtschaftsverfassungsrechts. **17**

Was nun die materielle Komponente der Begriffsbildung, also die inhaltliche Beschreibung der Beziehung zwischen Verfassung im rechtlichen Sinn und Wirtschaftsordnung im ökonomischen Sinn anlangt, ist auf die staatliche Steuerung/Regulierung von Markt und Wettbewerb abzustellen. Die Wirtschaftsverfassung im Sinne von Wirtschaftsverfassungsrecht bilden also alle jene Vorgaben des formellen und materiellen Verfassungs- und primären Unionsrechts, die die „unterverfassungsgesetzliche“ staatliche Intervention in die Wirtschaft, das heißt in Markt und Wettbewerb, bestimmen. Die Wirtschaftsverfassung im rechtlichen Sinn, also das Wirtschaftsverfassungsrecht, gibt Auskunft darüber, welche Ziele staatliche Wirtschaftsregulierung unter welchen Voraussetzungen verfolgen darf oder muss und welche Funktion unter welchen Voraussetzungen und Bedingungen diese staatliche Regulierung der Wirtschaft dem Wettbewerb zuschreiben darf oder muss. **18**

Auf der Ebene der Begriffsbildung konkretisieren wir mit unserem Ansatz daher die Beschreibung von *Karl Korinek*, dass Regelungen des Wirtschaftsverfassungsrechts für die Wirtschaft von besonderer Bedeutung sein müssen, in zweifacher Weise: **19**

- erstens dahingehend, dass diese besondere Bedeutung darin liegt, dass das Verfassungs- bzw primäre Unionsrecht Determinanten dafür vorgibt, mit welcher Zielsetzung (im oben genannten Sinn) die unterverfassungsgesetzliche Rechtsetzung Wettbewerbsmärkte ausgestalten und beschränken darf oder muss.

28 Detailabgrenzungen etwa im Hinblick auf allgemeine Rechtsgrundsätze etc können hier dahinstehen.

29 So etwa, wenn die Bundesregierung in ständiger Übung davon ausgeht, dass in der Bundesregierung bei der Beschlussfassung Einstimmigkeit herrscht. Nicht zum Wirtschaftsverfassungsrecht zählt es aber, das sei zur Sicherheit erwähnt, wenn Verfassungsorgane ihre durch Verfassungsrecht im formellen Sinn bzw primäres Unionsrecht zugewiesenen Kompetenzen wahrnehmen und politische oder rechtliche Akte setzen.

- Zweitens kennzeichnet das Wirtschaftsverfassungsrecht seine Begrenzung- und Steuerungs-(Determinierungs-)wirkung im Hinblick auf die Funktion, die diese staatliche (unionale) Regulierung (im Sinn der oben angesprochenen Kategorisierung) dem Wettbewerbsmarkt zuschreibt.

- 20** Diskutabel ist, ob der im obigen Ansatz im formellen Kriterium (staatliches Verfassungsrecht und Unionsverfassungsrecht) enthaltene Ausschluss des Völkerrechts zweckmäßig ist. Es ließe sich auch überlegen, neben dem staatlichen Verfassungsrecht und dem Unionsverfassungsrecht bestimmte Vorschriften des Völkerrechts miteinzubeziehen, denen vergleichbar zum formellen (Unions-)Verfassungsrecht eine Bedeutung oder Funktion als „Grundordnung“ der Staatengemeinschaft im hier interessierenden Sinn zukommt. Diesem Gedanken ist ein eigener Beitrag in diesem Buch gewidmet.

VI. Das Anliegen des Buchs

- 21** Aus einem so verstandenen Begriff des Wirtschaftsrechts bzw der Wirtschaftsverfassung im rechtlichen Sinn folgt für das Konzept dieses Buchs:

Es geht zunächst *nicht* darum, Wirtschaftsverfassung als jenes Verfassungsrecht zu beschreiben, das bestimmte idealtypische Wirtschaftsordnungsmodelle, auch wenn sie differenzierter als in der Dichotomie von Marktwirtschaft und Planwirtschaft gefasst werden, begrenzt oder ausschließt. Es geht also nicht darum zu ermitteln, ob das Wirtschaftsverfassungsrecht ein klassisch liberales, ein ordoliberales, ein neoliberales oder ein soziales Modell der Marktwirtschaft vorgibt oder präferiert. Die Annahme ist, dass diese idealtypischen Charakterisierungen im realen Modell der mixed economy zu grobschlächtig sind, um zu heuristisch wertvollen Aussagen zum Inhalt des Wirtschaftsverfassungsrechts als Bezugsgröße beizutragen. Dies vor dem Hintergrund, dass die Planwirtschaft als Widerpart der Marktwirtschaft als sinnstiftendes Gegenmodell heute weder in ausreichender Qualität noch Quantität existiert.

- 22** Es geht diesem Buch vielmehr darum zu ermitteln, welche Determinierungswirkungen (Begrenzung und Steuerung) vom Verfassungsrecht und vom primären Unionsrecht für die unterverfassungsgesetzliche Regulierung der Wirtschaft ausgehen, wobei diese Determinierungswirkungen die Ziele der Wirtschaftsregulierung und die Funktion im Blick haben, die diese Regulierung Markt und Wettbewerb zuschreibt.
- 23** Als Ergebnis dieses Buchs erhoffen wir uns also eine Antwort darauf, ob und inwieweit die Verfassung im hier zugrunde gelegten materiellen Sinn in den verschiedenen Gebieten die politische Regulierung der Wirtschaft in ihren Zielen und der Einschätzung der Funktionsfähigkeit von Markt und Wettbewerb für diese Ziele bestimmt.

Welche Leistungsfähigkeit erwarten wir damit von einem solchen Begriff des Wirtschaftsverfassungsrechts? Die besondere Leistungsfähigkeit liegt – weil ökonomisch überholt – nicht mehr in der Ausschlusswirkung eines Wirtschaftssystems (der Planwirtschaft oder bestimmter ihrer Spielarten), sondern in möglichst konkreten (und damit wahrscheinlich entsprechend begrenzten) Aussagen über die verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Ausgestaltung der mixed economy. Oder mit anderen Worten: Das Wirtschaftsverfassungsrecht gibt Auskunft darüber, ob und inwieweit der Staat zur Sicherung der internen Gemeinwohlziele des Wettbewerbsmarkts oder zur Verfolgung externer Zwecke Markt und Wettbewerb (den Wettbewerbsmarkt) regulieren muss.³⁰ Ob und inwieweit dieser Wettbewerbsmarkt aus rechtspolitischen Gründen, die nicht auf eine Regulierung von Tausch und Konkurrenz abzielen, beschränkbar ist (Beispiel: Anlagenrecht), ist keine Frage des Wirtschaftsverfassungsrechts und führt zu einer Begrenzung seines Inhalts. Der Vorteil liegt im zu erwartenden höheren Konkretisierungsgrad wirtschaftsverfassungsrechtlicher Aussagen.³¹

30 Das Wirtschaftsverfassungsrecht fragt daher nur danach, wo der Staat/die Union Wettbewerbsmärkte zur Funktionserhaltung interner Gemeinwohlziele oder zur Verfolgung bestimmter externer Zwecke regulieren muss; wo das nicht der Fall ist, ist wirtschaftsverfassungsrechtlich gesehen der (nicht weiter als wirtschaftsverfassungsrechtlich geboten regulierte) Wettbewerbsmarkt die wirtschaftsverfassungsrechtlich vorgegebene Bestimmung von Tausch und Konkurrenz.

31 Folgendes Beispiel sei dargestellt: Die bundesstaatliche Kompetenzverteilung zählt nicht als solche deswegen zum Wirtschaftsverfassungsrecht, weil sie Gesetzgebungsbefugnisse (und Vollzugszuständigkeiten) verteilt, die für die Wirtschaft von Bedeutung sind, sondern nur mit jenen Bestimmungen, denen entsprechende Determinierungswirkung für die staatliche Regulierung von Wettbewerbsmärkten zukommt. Der Kompetenztatbestand „Gewerbe- und Industrie“ zählt also nicht schon schlechthin und deswegen zum Wirtschaftsverfassungsrecht, weil er entsprechende Kompetenzen zur Regelung selbstständiger Wirtschaftstätigkeit einräumt, sondern „nur“ insoweit, als diesem Kompetenztatbestand Aussagen dahingehend zu entnehmen sind, ob und inwieweit der Gesetzgeber von diesem Kompetenztatbestand erfasste selbstständige Wirtschaftstätigkeit auf einem Wettbewerbsmarkt regulieren muss bzw inwieweit er (zB auch als Landesgesetzgeber) kompetenzrechtlich aus diesem Blickwinkel Wettbewerbsmärkte nicht regulieren darf. Anders verhält es sich aber etwa bei Kompetenztatbeständen, die Wirtschaftslenkung zum Gegenstand haben. Da diese per se darauf abzielen, Markt und Wettbewerb zu determinieren, zählen sie schlechthin zum Wirtschaftsverfassungsrecht.