

Schriften zum Öffentlichen Recht

---

Band 1339

**Bauplanungsrechtliche  
Einzelhandelssteuerung  
im Lichte der Rechtsphilosophie  
Friedrich August von Hayeks**

Von

**Jonas Kühne**



**Duncker & Humblot · Berlin**

JONAS KÜHNE

Bauplanungsrechtliche  
Einzelhandelssteuerung  
im Lichte der Rechtsphilosophie  
Friedrich August von Hayeks

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1339

Bauplanungsrechtliche  
Einzelhandelssteuerung  
im Lichte der Rechtsphilosophie  
Friedrich August von Hayeks

Von

Jonas Kühne



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät  
der Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald  
hat diese Arbeit im Jahr 2015 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten

© 2017 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Textforma(r)t Daniela Weiland, Göttingen

Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 978-3-428-15042-7 (Print)

ISBN 978-3-428-55042-5 (E-Book)

ISBN 978-3-428-85042-6 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## Vorwort

Eine Arbeit, deren Titel einen weiten Weg aus den Sphären der Philosophie bis in die Randbereiche des Baurechts ankündigt und die dabei mit Ökonomie, Geographie und Politikwissenschaft eine Reihe weiterer akademischer Felder durchschreitet, wird viele Leser irritieren. Zumal für eine Dissertation, mit der ein Prüfling zunächst eine sorgfältige Beherrschung der Grundmethodik seiner eigenen akademischen Disziplin beweisen soll, mag solch ein Ansatz fast abenteuerlich erscheinen. Doch werden viele zustimmen, dass einer Philosophie die Substanz fehlt, wenn sich aus ihr keine Folgerungen für konkrete Einzelfälle ergeben. Viel zu oft sieht sich das „Philosophieren“ dem berechtigten Vorwurf ausgesetzt, belanglose Begriffsspielereien in einer Parallelwelt der Abstraktion zu betreiben, von der aus sich keine Brücke zu den konkreten Sachfragen der Lebenswirklichkeit bauen lässt.

Nachdem ich mich fünf Jahre meines Studiums fast ausschließlich mit Rechtsdogmatik befasst hatte und vorhersah, den übernächsten, längeren Teil meines Lebens mit der Rechtsanwendung zu verbringen, wollte ich in meiner Dissertation die letzte Chance nutzen, mich intensiv einer besonderen persönlichen Leidenschaft zu widmen: der Staatsphilosophie. Ich hatte mir vorgenommen, dem Vorurteil entgegenzutreten, dass Philosophie nicht mehr als ein folgenloses Spiel mit abstrakten Begriffen ist. Ich wollte dazu ein mir sympathisches staatsphilosophisches System der Prüfung unterziehen, ob es zur Beantwortung praktischer Sachfragen tatsächlich taugt. Und ich war der Auffassung, dass meine Verbindung von Staatsphilosophie und Rechtsdogmatik vor allem auf dem Gebiet der Ökonomie erfolgen muss.

Mein größter Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Joachim Lege, der mir breite Freiräume für diese Ideen einräumte und mich gleichzeitig stets mit Diskussionen, Ratschlägen und wohlthuender Kritik begleitete. Dass es mir gelang, meinen eigensinnigen und rückblickend etwas mutigen Ansatz in einer schlüssigen Arbeit zu Ende zu führen, wurde durch seine Freude an intellektuellen Experimenten wesentlich ermöglicht. Herr Prof. Dr. Joachim Lege war gegenüber neuen Ideen stets aufgeschlossen, bremste mich aber rechtzeitig, wenn ich mich ins Haltlose verrannte. Dass eine Reihe von Kapitelentwürfen ihren Weg nicht in die Druckfassung, sondern stattdessen vollkommen gerechtfertigt in den Papierkorb gefunden haben, ist maßgeblich auch sein Verdienst.

Weiter gilt mein Dank Herrn Prof. Dr. Stefan Habermeier, der sich als Zweitgutachter intensiv mit dieser Arbeit auseinandersetzte. Er spornte mich an, auch jene Thesen meiner Arbeit, die mir bis dahin zu provokant und querdenkerisch

erschienen, mit aller Konsequenz zu vertreten und gab mir so einen wichtigen Impuls. Danken muss ich zudem meinem Vater Christfried Kühne, der sich wie sonst kein Außenstehender viel Zeit nahm, meine Ideen zu diskutieren und ihre Niederschrift zu korrigieren. Mein besonderer Dank gilt schließlich meinem Glück, Marchina Gesa Singraven, nicht nur dafür, dass sie geduldig das Auf und Ab meines Promotionsstudentenlebens ertrug. Die volkswirtschaftlichen Kapitel dieser Arbeit hätten ohne ihren ökonomischen Sachverstand und ihre gnadenlose Kritik nicht auf diesem Niveau durch mich verwirklicht werden können.

Köln, 10. September 2016

*Jonas Kühne*

# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	17
A. Einzelhandelssteuerung durch Bauleitplanung .....	18
B. Friedrich August von Hayek .....	19
C. Ökonomische Analyse des Rechts .....	20
D. Methodisches Vorgehen .....	22

## *Kapitel 1*

<b>Bauplanungsrechtliche Einzelhandelssteuerung</b> .....	23
A. Schutzrichtung bauplanungsrechtlicher Einzelhandelssteuerung: Zentrale Versorgungsbereiche .....	24
I. Funktion und Begriff des Nahversorgungszentrums .....	25
II. Funktion des Innenstadtzentrums .....	27
III. Nebenzentren .....	29
IV. Die mittelständische Struktur der Wirtschaft als Schutzgut (§ 1 Abs. 6 Nr. 8a BauGB) .....	29
B. Maßgebliche Rechtsvorschriften und Regelungsstrukturen .....	31
I. Einzelhandelssteuerung im unbeplanten Innenbereich .....	32
1. Die Schlüsselvorschrift: § 34 Abs. 3 BauGB .....	32
a) Durch § 34 Abs. 3 BauGB geschützte zentrale Versorgungsbereiche .....	33
b) Der Begriff der schädlichen Auswirkungen .....	34
c) Darlegungs- und Beweislast .....	36
2. Rückgriff auf § 11 Abs. 3 BauNVO im faktischen Baugebiet .....	36
II. Planungsinstrumentarien der Gemeinde .....	37
1. Qualifizierter Bebauungsplan .....	37
a) Grundsatz: Ausschluss großflächigen Einzelhandels außerhalb von Kerngebieten nach § 11 Abs. 3 BauNVO .....	37
b) Grobdifferenzierung nach Gebietstypen .....	41
c) Feindifferenzierung innerhalb von Gebietstypen .....	42

2. Einfacher Bebauungsplan nach § 9 Abs. 2a BauGB	44
3. Bestandsschutz, Veränderungssperre und Rückstellung	45
4. Weitere Einflussmöglichkeiten der Gemeinde	46
III. Gesetzliche Planungsvorgaben	48
1. Gebot gerechter Abwägung und städtebauliche Rechtfertigung	48
2. Raumordnungsrecht und Zentrale-Orte-Konzept	49
a) Das Zentrale-Orte-Konzept	50
b) Regelungstechnische Probleme bei raumordnerischer Einzelhandelssteuerung	52
3. Interkommunales Abstimmungsgebot	53
a) Überprüfung von planungsrechtlichen Auswirkungen	54
b) Überprüfung raumordnungsrechtlicher Funktionszuweisungen	55
IV. Rechtskontrolle	56
C. Die Praxis gemeindlicher Einzelhandelssteuerung	57

## *Kapitel 2*

<b>Die Rechtsphilosophie Friedrich August von Hayeks</b>	60
A. Überblick über Hayeks Staatsphilosophie	61
I. Die zwei Ordnungstypen: Kosmos und Taxis	61
II. Die Evolution spontaner Ordnungskräfte	63
III. Der Marktmechanismus	64
IV. Das Recht der spontanen Ordnung	66
1. Recht und Zwang	66
2. Die abstrakte Regel	68
a) Befehl und Gesetz	68
b) Kollision von Zielen	69
c) Materielle Unterscheidung von abstrakt und konkret	70
d) Die Gerechtigkeit abstrakter Regeln	72
3. Der Universalisierbarkeitstest	73
4. Gesetze als Ergebnis eines Evolutionsprozesses	75
5. Die Grenzen der Nomokratie: Schutz öffentlicher Güter	76
V. Staatliche Interventionen, die einer spontanen Ordnung fremd sind; Hayeks Gegnerschaft zur „Mischordnung“	78
VI. Hayeks Auffassung zur Stadtplanung	81
VII. Hayeks Kernproblem: Das Verhältnis von teleokratischen und nomokratischen Ordnungsmethoden	82

B. Interpretation: Das Mischordnungsproblem .....	84
I. Planwirtschaftliche Regulierung mit positiver Zielrichtung (Teleokratie) .....	84
II. Marktwirtschaftliche Regulierung mit negativer Zielrichtung (Nomokratie) .....	86
III. Parallelexistenz beider Ordnungstypen .....	89
IV. Mischordnung (Planung von Wettbewerbskausalitäten) .....	90
1. Charakter der Mischordnung .....	90
2. Probleme der Mischordnung .....	92
a) Ineffizienz der teleokratischen Intervention .....	92
b) Die mittelfristige Notwendigkeit, Mischordnungsregeln nachzukorrigieren und die Teleokratie auszudehnen .....	93
aa) Mischordnungsregeln können ihr Wettbewerbsergebnis nicht auf Dauer garantieren .....	93
bb) Das Mischordnungstrilemma .....	94
(1) Die erste Option: Die Mischordnungsregeln gelten fort .....	94
(2) Die zweite Option: Rückkehr zur Nomokratie .....	95
(3) Die dritte Option: Nachkorrektur der Mischordnungsregeln .....	96
(4) Nachkorrekturen können nicht durch Rechtsauslegung vorgenommen werden .....	98
c) Zusammenfassung: Die sich ausdehnende Mischordnungsineffizienz .....	100
3. Versuchung zur Mischordnung .....	101
V. Fazit: Die Parallelordnung ist der Mischordnung überlegen .....	102

*Kapitel 3*

**Einzelhandelssteuerung als Mischordnung** 104

A. Methodisches Vorgehen .....	105
B. Einzelhandelssteuerung durch Bauleitplanung .....	106
I. Positives Planergebnis .....	107
1. Erhaltung der Nahversorgung .....	107
2. Verringerung der Verkehrsbelastung .....	108
3. Erhaltung gewachsener Zentren .....	109
II. Mutmaßliches Ergebnis interventionsfreien Wettbewerbs .....	109
1. Auswirkungen auf die Nahversorgung .....	110
2. Auswirkungen auf die Verkehrsbelastung .....	111
3. Auswirkungen auf die gewachsenen Zentren .....	111
III. Geplante Wettbewerbskausalität .....	113

1.	Erhaltung der Nahversorgung .....	113
2.	Reduktion von PKW-Emissionen .....	114
3.	Erhaltung gewachsener Zentren .....	114
IV.	Marktungleichgewicht bei Ausstieg aus der Mischordnung .....	115
1.	Marktungleichgewicht bei Ausstieg aus dem Nahversorgerschutz .....	116
2.	Marktungleichgewicht bei Ausstieg aus dem Schutz gewachsener Zentren ..	117
V.	Nachkorrekturbedarf im Regelsystem der Mischordnung .....	118
1.	Nachkorrektur oder Untergang der verbrauchernahen Nahversorger .....	119
a)	Erstes Szenario: Zunahme des PKW-Besitzes .....	119
b)	Zweites Szenario: Abnahme der einzelhandelsrelevanten Kaufkraft im Quartier .....	120
c)	Drittes Szenario: Planungsrechtlich nicht beeinflussbare Managementent- scheidungen .....	120
d)	Methoden der Nachkorrektur .....	122
2.	Nachkorrektur oder Untergang der gewachsenen Zentren .....	123
a)	Erstes Szenario: Zunahme des PKW-Besitzes .....	123
b)	Zweites Szenario: Verlust der kulturell-ästhetischen Qualität der gewach- senen Zentren im Binnenwettbewerb .....	124
c)	Drittes Szenario: Abnahme der einzelhandelsrelevanten Kaufkraft .....	124
d)	Viertes Szenario: Nachbargemeinde lässt größere Einkaufsparks zu .....	125
aa)	Das Problem zwischengemeindlichen Regulierungswettbewerbs .....	126
bb)	Nachkorrektur durch das Gebot interkommunaler Abstimmung .....	127
VI.	Zusammenfassung: Die Wirkung einzelhandelssteuernder Bauleitpläne .....	128
C.	Einzelhandelssteuerung im unbeplanten Bereich .....	129
I.	Steuerungswirkung des § 34 Abs. 3 BauGB .....	130
1.	Positives Planergebnis und das Ergebnis interventionsfreien Wettbewerbs ..	130
2.	Geplante Wettbewerbskausalität .....	131
3.	Marktungleichgewicht bei Ausstieg aus der Mischordnung .....	131
4.	Nachkorrekturbedarf im System der Mischordnung .....	132
a)	Minimalgewinngarantie durch Auslegung .....	132
b)	Verkaufsflächenvergleich .....	133
c)	Zehn-Prozent-Regel .....	133
aa)	Nahversorgung .....	134
(1)	Erstes Szenario: unterversorgter Markt .....	134
(2)	Zweites Szenario: gesättigter Markt .....	134
(3)	Drittes Szenario: Marktentwicklungen, die nicht nach § 34 Abs. 3 BauGB genehmigungsbedürftig sind .....	135

(4) Zusammenfassung: Auswirkungen einer Zehn-Prozent-Regel auf die quartiereigene Nahversorgung .....	136
bb) Gewachsene Zentren und Zentrenästhetik .....	137
(1) Erstes Szenario: Fließende Aushöhlung des Zentrenumsatzes ...	137
(2) Zweites Szenario: Einheitlich geplanter zentraler Versorgungsbereich sperrt gewachsene Zentren .....	137
(3) Drittes Szenario: Verlust der kulturell-ästhetischen Qualität der gewachsenen Zentren im Binnenwettbewerb .....	138
(4) Viertes Szenario: Marktentwicklungen, die nicht nach § 34 Abs. 3 BauGB genehmigungsbedürftig sind .....	138
(5) Zusammenfassung: Auswirkungen einer Zehn-Prozent-Regel auf die gewachsenen Zentren .....	139
cc) Ergebnis: Steuerungswirkung der Zehn-Prozent-Regel .....	139
d) Lösung des Problems durch materielle Auslegung? .....	140
5. Zusammenfassung: Steuerungswirkung von § 34 Abs. 3 BauGB .....	141
II. Steuerungswirkung des § 11 Abs. 3 BauNVO i. V. m. § 34 Abs. 2 BauGB .....	141
1. Positives Planergebnis und das Ergebnis interventionsfreien Wettbewerbs ..	142
2. Geplante Wettbewerbskausalität .....	142
3. Marktungleichgewicht bei Ausstieg aus der Mischordnung .....	143
4. Nachkorrekturbedarf .....	143
a) Strikte Anwendung der 800-m <sup>2</sup> -Formel .....	144
aa) Erstes Szenario: Unterversorgung .....	144
bb) Zweites Szenario: Gewachsenes Einzelhandelsgebiet .....	145
cc) Drittes Szenario: Marktentwicklungen, die nicht genehmigungsbedürftig sind .....	146
b) Korrektur nach § 11 Abs. 3 S. 4 BauNVO durch Auslegung .....	146
5. Zusammenfassung: Die Steuerungswirkung von § 11 Abs. 3 BauNVO .....	149
III. Ergebnis: Einzelhandelssteuervorschriften im unbeplanten Bereich sind teileokratisch unbefriedigend .....	149
D. Einzelhandelssteuerung durch Raumordnungsrecht .....	150
I. Positives Planergebnis .....	151
1. Erhaltung der zentralörtlichen Gliederung .....	151
a) Das System zentraler Orte .....	151
b) Die Festlegung zentraler Orte in den Landesentwicklungsplänen .....	152
2. Verpflichtung der Gemeinden zum Schutz ihrer zentralen Versorgungsbereiche .....	153
II. Mutmaßliches Ergebnis interventionsfreien Wettbewerbs .....	153
1. Wirkung auf die zentralörtliche Gliederung .....	153
2. Wirkung auf die zentralen Versorgungsbereiche .....	154

III.	Geplante Wettbewerbskausalität	154
1.	Erhaltung der zentralörtlichen Gliederung	154
2.	Schutz der zentralen Versorgungsbereiche	156
IV.	Marktungleichgewicht bei Ausstieg aus der Mischordnung	156
1.	Ungleichgewicht in der zentralörtlichen Gliederung	156
a)	Keine Anpassung der zentralörtlichen Gliederung der Einzelhandelsstruktur	157
b)	Keine Anpassung der Einzelhandelsstruktur im innergemeindlichen Wettbewerb	157
2.	Schutz zentraler Versorgungsbereiche	158
V.	Nachkorrekturbedarf	158
1.	Erhaltung der zentralörtlichen Gliederung	158
a)	Erstes Szenario: Schrumpfende Kaufkraft	158
b)	Zweites Szenario: Verlagerung der Bevölkerung	159
c)	Drittes Szenario: Wandel der Verbrauchermobilität	160
d)	Viertes Szenario: Ausbreitung kleinflächigen Einzelhandels	160
e)	Fünftes Szenario: Wirtschaftliches Versagen einer Gemeinde	161
f)	Auslegungsspielraum und Auslegungsprobleme	161
2.	Schutz zentraler Versorgungsbereiche	163
VI.	Zusammenfassung: Die Steuerungswirkung des Raumordnungsrechts	164
E.	Ergebnis: Die einzelhandelssteuernde Mischordnung und ihr Problem	165
I.	Das Verhältnis von Bauleitplanung und Planersatz	166
II.	Landesrechtliche Vorgaben des Raumordnungsrechts	167
III.	Zusammenfassung und offene Fragen	168

#### *Kapitel 4*

	<b>Effizienzanalyse einzelhandelssteuernder Rechtsnormen</b>	169
A.	Methodik, Terminologie und Effizienzmaßstab	169
I.	Spieltheoretische Prognose rationalen Verhaltens	169
II.	Wertungsmaßstab: Effizienzniveau gemessen an den Präferenzen des Regulierers	171
III.	Abstraktes Wettbewerbsschema: Effizienzverluste durch Mischordnungsinterventionen im Modell der Substitutionskonkurrenz	175
1.	Die Erfüllung von Verbraucherpräferenzen im nomokratischen Wettbewerb	176
a)	Das Modell vollständiger Konkurrenz	176
b)	Reale Abweichungen vom Modell vollständiger Konkurrenz	177

c) Modifikation des Modells: Substitutionskonkurrenz statt vollständige Konkurrenz .....	178
d) Optimale Produktdifferenzierung durch Wettbewerb .....	180
e) Zusammenfassung: Die Wirkungen des Wettbewerbs .....	181
2. Die Beeinträchtigung des Verbrauchernutzens durch Mischordnungsinterventionen .....	181
a) Ineffizientes Differenzierungsergebnis: Zentral geplant, statt wettbewerblich gewachsen .....	182
b) Ineffiziente Differenzierungsmethode: Marktzutrittsbarrieren .....	182
c) Zusammenfassung: Effizienzverluste durch Mischordnungsinterventionen .....	184
3. Die Instabilität der Mischordnung .....	185
4. Die Überlegenheit der Parallelordnung .....	186
IV. Weiteres Vorgehen: Einordnung von Einzelhandelswettbewerb und Einzelhandelssteuerung in das abstrakte Modell .....	188
B. Schutz der Nahversorgung .....	188
I. Entwicklung der Nahversorgung in der reinen Nomokratie .....	189
1. Standortdifferenzierung in der Nomokratie .....	189
a) Das unternehmerische Interesse an Standortdifferenzierung .....	189
b) Der Einfluss der Motorisierung: Standortpräferenzen verlieren an Gewicht .....	191
2. Das Verkaufsflächenwachstum .....	192
3. Das Nutzenniveau von mobilen und immobilien Verbrauchern .....	193
II. Auswirkungen einzelhandelssteuernder Interventionen auf die Nutzenstruktur ..	195
1. Planerische Zielsetzung: Lenkung der mobilen Verbraucher zu den quartier-eigenen Nahversorgern .....	195
2. Kosten bei Steuerungserfolg .....	196
a) Erhöhung der variablen Vertriebskosten und Monopolgewinne .....	196
b) Regulierungsaufwand als Kostenfaktor .....	197
3. Kosten bei Steuerungsmisserfolg .....	198
a) Wahrscheinlichkeit des Misserfolgs .....	198
b) Zusätzliche Kosten für immobile Verbraucher .....	199
4. Ergebnis: Ineffizienz und Kontraproduktivität der Mischordnung .....	200
III. Parallelordnungsvorschlag: Gemeindlicher Eigenbetrieb von Nahversorgern ...	200
C. Schutz der gewachsenen Zentren .....	202
I. Entwicklung gewachsener Zentren in der reinen Nomokratie .....	202
1. Produktdifferenzierung beim Handel mit zentrenrelevanten Gütern .....	202
a) Inhaltliche Differenzierung (Service/Preis) .....	202
b) Standortdifferenzierung (Agglomeration/Isolation) .....	203

2. Die Bewertung der Einkaufsästhetik durch den Markt (Ästhetik als öffentliches Gut) .....	205
3. Die gewachsenen Zentren im Wettbewerb .....	206
a) Der Wettbewerbsvorteil der Innenstadt: Agglomeration zahlreicher wirtschaftlicher Funktionen in zentraler, ästhetisch gestalteter Lage .....	207
b) Wettbewerbsnachteile der Innenstadt .....	207
4. Zusammenfassung: Die Überlebensfähigkeit von Innenstädten und anderen gewachsenen Zentren im nomokratischen Wettbewerb .....	208
II. Auswirkungen einzelhandelssteuernder Interventionen auf die Nutzenstruktur ..	209
1. Zielsetzung der Intervention .....	209
2. Kosten der Intervention .....	210
a) Generell: Unerfüllte Verbraucherpräferenzen und Monopolpreise .....	210
b) Außerhalb der gewachsenen Zentren: Verzerrung des Wettbewerbs der Angebotsformen .....	211
c) Innerhalb der Innenstädte: Überagglomeration und Funktionsverlust .....	212
d) Unternehmenskonzentration und Oligopolstrukturen .....	214
3. Ergebnis: Die einzelhandelssteuernde Intervention konterkariert unter erheblichen Wohlstandsverlusten ihr eigentliches Ziel .....	215
III. Parallelordnungsvorschlag: Wettbewerbliche Anreizmodifikation durch Subventionierung des Innenstadthandels .....	215
D. Schutz einer geplanten zentralörtlichen Gliederung .....	217
I. Raumaufteilung in der reinen Nomokratie .....	217
1. Zwischengemeindliche Flächenaufteilung im Wettbewerb .....	217
2. Die Zentrale-Orte-Theorie von Christaller .....	218
a) Zentrale-Orte-Theorie als affirmative Wettbewerbsprognose .....	218
b) Grenzen des Marktes: Verwaltungsprinzip und Verkehrsprinzip .....	219
c) Schwächen der Zentrale-Orte-Theorie .....	220
aa) Modellcharakter .....	220
bb) Ungenaue empirische Daten .....	222
cc) Der Wert der Zentrale-Orte-Theorie .....	223
3. Das Verhältnis nomokratischer Wettbewerbsergebnisse zu dem Idealergebnis im Sinne der Zentrale-Orte-Theorie .....	224
II. Auswirkungen einzelhandelssteuernder Interventionen auf die Raumaufteilung ..	225
1. Monopolismus und Vereitelung einer Gleichgewichtsdifferenzierung .....	225
2. Fehlanordnung zentraler Orte durch hoheitliche Fehlplanung .....	226
3. Benachteiligung kleiner Gemeinden .....	227
4. Ergebnis: Regulierung an den Verbraucherinteressen vorbei .....	228
III. Die Zentrale-Orte-Theorie in der teleokratischen Parallelordnung .....	231

E. Verhinderung von Verkehrsbelastungen .....	233
I. Verkehrsbelastung in der reinen Nomokratie .....	233
II. Parallelordnung: Internalisierung externer Effekte durch Treibstoffbesteuerung	234
III. Auswirkungen einer einzelhandelssteuernden Intervention auf den Straßenverkehr .....	235
F. Ergebnis: Die Ineffizienz der einzelhandelssteuernden Mischordnung .....	236

**Schlussbetrachtung** 238

A. Zusammenfassung des Argumentationsgangs .....	238
I. Bauplanungsrechtliche Einzelhandelssteuerung .....	238
II. Auf Hayek gestützte Mischordnungstheorie .....	239
III. Mischordnungstheorie und Einzelhandelssteuerung .....	240
IV. Ökonomische Ineffizienz .....	241
V. Eine irrationale Regulierungspraxis setzt sich beharrlich fort .....	242
B. Ausblick: Einzelhandelssteuerung als Folge eines Demokratieversagens? .....	242
I. Demokratietheorie und Demokratiekritik Hayeks .....	243
1. Ausweitungstendenzen der Mischordnung werden durch den demokratischen Prozess verstärkt .....	243
2. Der Zerfall der Demokratie .....	245
II. Einzelhandelssteuerung als Ausfluss einer „Schacher-Demokratie“? .....	246
1. Interessenkonstellation: Wettbewerbsaversion etablierter Einzelhändler ....	246
2. Lobbyismus der Einzelhandelsverbände auf Staatsebene .....	247
3. Lobbyismus des mittelständischen Einzelhandels gegen Großprojekte auf kommunaler Ebene .....	249
C. Fazit: Eine verbraucherschädliche Regulierungspraxis wird fortbestehen .....	250

<b>Literaturverzeichnis</b> .....	252
-----------------------------------	-----

<b>Sachwortverzeichnis</b> .....	269
----------------------------------	-----



## Einleitung

„Der Monopolpreis ist jederzeit der höchste, der zu erreichen ist. Der natürliche Preis hingegen oder der Preis der freien Konkurrenz ist der niedrigste, der sich zwar nicht jedes Mal, aber doch lange Zeit hindurch erzielen lässt. Jener ist jedes Mal der höchste, der von den Käufern erpresst werden kann oder von dem sich annehmen lässt, dass sie ihn bewilligen werden; dieser dagegen ist der niedrigste, den die Verkäufer im allgemeinen gerade noch nehmen müssen, wenn sie ihre Geschäfte nicht einstellen sollen.“<sup>1</sup>

*Adam Smith*

Vor über 200 Jahren veröffentlichte der schottische Philosoph Adam Smith sein Hauptwerk „The wealth of the nations“. Die Einsicht, dass Profitstreben und Wettbewerb an einem freien Markt den Wohlstand aller vermehren, gehört seitdem zum intellektuellen Gemeingut der westlichen Welt. Können Nachfrager zwischen verschiedenen unabhängigen Anbietern frei wählen, geraten letztere in ein Konkurrenzverhältnis und werden sich mit immer besseren Angeboten wechselseitig übertreffen. Dieser Marktmechanismus lenkt die gesellschaftlichen Wirtschaftskräfte wie eine „unsichtbare Hand“<sup>2</sup>, und seine Steuerungsleistung ist grundsätzlich jeder Bedarfsplanung durch eine zentrale Befehlsinstanz überlegen. Spätestens seit der Zusammenbruch der UdSSR das weltweite Versagen der Zentralverwaltungswirtschaft offenkundig machte, bezweifelt kaum noch jemand, dass eine Gesellschaft ihren Wohlstand nur erhalten kann, wenn sie eine Freiheitsphäre für marktwirtschaftlichen Wettbewerb offen hält.

Damit ist die Debatte über das Verhältnis von Staat und Markt in der Wirtschaftspolitik noch bei weitem nicht abgeschlossen. Einigkeit besteht nur über das „ob“ marktwirtschaftlicher Organisation. Welches Ausmaß an Aufgaben dem Markt übertragen werden soll, ist dagegen in allen gesellschaftlichen Bereichen umstritten. Während die eine Seite auf die höhere Effizienz marktwirtschaftlicher Lenkung verweist, klagt die andere über Turbokapitalismus und den Verlust sozialer Gerechtigkeit. Auch in den Wirtschaftswissenschaften ist anerkannt, dass der Markt keinesfalls alle Ansprüche befriedigen kann. Mit dem Begriff des „Marktversagens“<sup>3</sup> verbindet sich die Erkenntnis, dass der Marktprozess nur dann den gesellschaftlichen Wohlstand optimieren wird, wenn ihn staatliche Maßnahmen

---

<sup>1</sup> *Smith* (1776/2004), S. 65.

<sup>2</sup> *Smith* (1776/2004), S. 458.

<sup>3</sup> Zum Begriff des Marktversagens *Klump* (2011), S. 61 ff.; *Pindyck/Rubinfeld* (2013), S. 443 und S. 834 ff.; *Eichberger* (2004), S. 195 ff.; *Issing* (1987); siehe zu den in der Volkswirtschaftslehre anerkannten Staatsaufgaben *Welfens* (2008), S. 483 ff.; *Bofinger* (2011), S. 195 ff.

ergänzen. Ebenso wie sozialistische Vorstellungen von einer hypereffizient durchorganisierten Konsensgesellschaft gehören auch anarchokapitalistische Gesellschaftskonzepte<sup>4</sup> in den Bereich der Utopie. Die Frage „Staat oder Markt?“ bleibt in der politischen Diskussion kontrovers.

Auch diese Arbeit widmet sich dem Verhältnis von Marktwirtschaft und staatlicher Lenkung. Sie bewertet den Ansatz, Einzelhandelsbetriebe mit den Instrumentarien des Bauplanungsrechts zu steuern.

## A. Einzelhandelssteuerung durch Bauleitplanung

Auf den ersten Blick scheint es, als versinnbildliche sich das marktwirtschaftliche Prinzip in der Einzelhandelsbranche geradezu. Flanieren wir durch die Einkaufspassagen einer größeren Stadt, können wir durch die Schaufenster beobachten, wie der Konkurrenzkampf um unsere Gunst als Käufer tobt. Bei einem Blick in unseren Briefkasten finden wir Werbebroschüren mit den Lockangeboten der bekannten Supermarkt- und Discountketten. Geschäftsaufgaben, Neueröffnungen, Räumungsverkäufe und Aktionswochen runden das Bild von einem ungehemmten Konkurrenzkampf ab. Es wirkt, als kenne der Wettbewerb in der Einzelhandelsbranche keine Grenzen.

Dieser Schein trügt. Weitgehend unbemerkt von der Öffentlichkeit haben Bund, Länder und Gemeinden begonnen, den Wettbewerb im Einzelhandel umfangreichen Regulierungen zu unterwerfen. Der Umfang der maßgeblichen Rechtsvorschriften wächst kontinuierlich. Was zunächst erstaunt: Die Rechtsmaterie, mit welcher die Gemeinden den Wettbewerb im Einzelhandel zu lenken versuchen, ist das Baurecht, namentlich das Baugesetzbuch und die Baunutzungsverordnung. Ursprünglich war das Baurecht wettbewerbsneutral und hatte die Steuerung des Einzelhandels nicht zur Aufgabe. Doch aus gemeindlicher Sicht erwiesen sich Bauleitpläne als geeignetes Instrument, um Einkaufszentren zu verhindern, von denen eine Gefährdung des eigenen Innenstadthandels erwartet wurde. Der Bundesgesetzgeber unterstützte die gemeindlichen Bemühungen. Er begann, das Baurecht zu einem effektiven Instrument zur Wettbewerbssteuerung umzugestalten. Gleichzeitig legten die Bundesländer ihren Gemeinden raumordnungsrechtliche Pflichten zur bauleitplanerischen Steuerung des Einzelhandels auf. Die Einzelhandelssteuerung wurde von einem Fremdkörper zu einer Kernherausforderung des Bauplanungsrechts. Durch die Regulierung sollen die wettbewerbslichen Auswirkungen von Einzelhandelsbetrieben nach gemeindlichen Konzepten gelenkt werden. In den marktwirtschaftlichen Wettbewerb fließen dadurch zunehmend hoheitliche Planungen ein.

---

<sup>4</sup> Siehe z. B. Rothbard (1973/1999); Hoppe (2012).

Die Aufgabe dieser Arbeit wird es sein, die Sinnhaftigkeit einzelhandelssteuernder Regulierungen zu bewerten. Wie sich im Weiteren zeigen wird, geht es dabei nicht allein um die Frage „Staat oder Markt?“. Entscheidend ist vielmehr die Art und Weise, in der staatliche Regulierung und marktwirtschaftlicher Wettbewerb zusammenwirken.

## B. Friedrich August von Hayek

Mit der Aufgabenverteilung zwischen Staat und Markt befasste sich auch der österreichische Ökonom und Sozialphilosoph Friedrich August von Hayek. Hayek entdeckte die Prinzipien des klassischen Liberalismus neu und bereitete sie zeitgemäß auf.<sup>5</sup> Seine Schaffenstätigkeit wurde unter anderem mit dem Wirtschaftsnobelpreis, der Presidential Medal of Freedom und dem „Pour-le-Mérite“-Orden für Wissenschaft und Kunst geehrt. Er gilt neben Milton Friedman als Haupttheoretiker des Neoliberalismus, obgleich er sich selbst nie als neoliberal bezeichnete.<sup>6</sup>

Hayek wurde am 8. Mai 1899 in Wien geboren. Nachdem er 1917 sein Abitur erlangt hatte, kämpfte er ein knappes Jahr im 1. Weltkrieg. 1918 nahm er an der Universität Wien das Studium der Rechtswissenschaften auf. Dieses konnte er mit der Volkswirtschaftslehre kombinieren, welche damals nicht als eigenständiger Studiengang angeboten wurde. 1921 erlangte er die Doktorwürde in der Rechtswissenschaft, 1923 in der Volkswirtschaftslehre. Während seines Studiums arbeitete er beim Abrechnungsamt der österreichischen Handelskammer für den schon damals berühmten Ludwig von Mises. Einen wesentlichen intellektuellen Einfluss übten zudem Carl Menger und Friedrich von Wieser auf Hayek aus. Er arbeitete mit dem Lehrbuch des ersten, besuchte die Vorlesungen des zweiten und kam so mit den Lehren der Wiener Schule der Nationalökonomie<sup>7</sup> in Kontakt. Nach dem Erfolg seiner Promotionen publizierte Hayek in Wien vor allem Beiträge zur Konjunktur- und Kapitaltheorie, einschließlich seiner später mit dem Nobelpreis geehrten Schrift „Preise und Produktion“, die 1931 veröffentlicht wurde.

Im Jahr 1931 folgte er einem Ruf an die London School of Economics. Dort hatte er nicht nur persönlichen Kontakt mit seinem Gegenspieler John Maynard Keynes. Er veröffentlichte im Jahre 1944 „The Road to Serfdom“, eine politische Abhandlung über Zusammenhänge zwischen Faschismus und staatlicher Wirt-

---

<sup>5</sup> Zu den ideengeschichtlichen Einflüssen der hayekschen Philosophie, *Rothlin* (1992), S. 21 ff.

<sup>6</sup> *Boas* (2009), S. 150.

<sup>7</sup> Die Wiener Schule der Nationalökonomie wurde von *Carl Menger* (1840–1921) begründet. Der Ausgangspunkt ihrer ökonomischen Analyse ist die Lehre vom Grenznutzen. Zu ihren Besonderheiten gehören starke philosophische Bezüge, ein subjektiver Wertbegriff, Skepsis gegenüber mathematischen Methoden und eine grundsätzliche Ablehnung hoheitlicher Eingriffen in das Marktgeschehen, siehe dazu *Neck* (2008), S. 11 ff.; *Rothschild* (1986), S. 17 ff.