DB · Heft 51/52 vom 20. 12. 1985

Dipl.-Kfm. Rainer Lademann, Göttingen

Die Leitbilder des funktionsfähigen und des freien Wettbewerbs

Probleme von Wettbewerbsleitbildern bei der Anwendung des Kartellrechts

1. Leitbilder und Rechtsanwendung

Schutzzweck des GWB ist es, „den Wettbewerb" herzustellen, zu erhalten und zu fördern. Einem Schutzzweck kann ein Gesetz jedoch nur gerecht werden, wenn das zu schützende Rechtsgut eindeutig erkennbar ist, also definiert wurde. Gerade dies ist aber bei dem Begriff „Wettbewerb" nicht der Fall. Der Ausschuß für Wirtschaftspolitik hat im Rahmen der Begründung des Entwurfs zum GWB vielmehr bewußt auf eine Legaldifinition verzichtet, weil er sie für nicht möglich gehalten hat[1]). Wettbewerb ist damit also ein unbestimmter Rechtsbegriff. Bei unbestimmten Rechtsbegriffen ist es nicht möglich zu entscheiden, ob ein Sachverhalt der Realität (Verhalten von Unternehmen, Marktstruktur) darunter subsumiert werden kann. Es ist also unbestimmt, ob eine unternehmerische Verhaltensweise als wettbewerblich zu qualifizieren ist oder nicht. Aus diesem Grund ist auch die schutzzweckadäquate Bewertung des andauernden Konzentrations-Prozesses im Handel und veränderten Marktverhaltens nicht a priori möglich. So haben die Untersagungsverfügungen der Kartellbehörden im Rahmen der Fusionskontrolle[2]) oder gegenüber Verkäufen unter dem Einstandspreis[3]) im Handel deutlich werden lassen, daß die Beurteilung des im Handel anhaltenden Konzentrationsprozesses große Schwierigkeiten bereitet. Maßnahmen gegenüber Marktmacht hängen dabei entscheidend von der Auslegung des Wettbewerbsbegriffes ab, die aufgrund der gesetzgeberischen Enthaltung gegenüber einer Legaldefinition im Rahmen der Rechtsfortbildung erfolgen muß.

Eine teleologische Auslegung[4]) des Kartellrechts hilft den Institutionen der Rechtsanwendung nur wenig weiter, weil auch einzelne Normen des GWB — etwa der Marktbeherrschungsbegriff im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht — wiederum auf unbestimmte Rechtsbegriffe rekuriert. Die Subsumtionsentscheidungen von Kartellbehörden bzw. Gerichten — d. h. die Zuordnung eines konkreten (realen) Sachverhalts unter eine abstrakte Norm — basieren vielmehr auf Leitbildern der Wettbewerbspolitik. Leitbilder haben in diesem Zusammenhang gewissermaßen eine Scheinwerferfunktion; sie beleuchten die kartellrechtlich relevant erachteten Tatsachen. Die normative Funktion von Leitbildern hat zur Folge, daß sie jeweils unterschiedliche Interpretationen des Wettbewerbsbegriffs nach sich ziehen und zu teilweise konträren Konsequenzen in der Wettbewerbspolitik und im Kartellrecht führen.

Innerhalb der folgenden Ausführungen werden nun die Leitbilder des funktionsfähigen und des freien Wettbewerbs skizziert und auf ausgewählte Aspekte ihres logischen wie faktischen Wahrheitsgehalts geprüft. Gleichzeitig sollen die Implikationen der Wettbewerbsleitbilder für die Grundlinien der Wettbewerbspolitik herausgearbeitet werden.

2. Erfahrungswissenschaftliche Probleme von Leitbildern

Obwohl Leitbilder als Werturteile weder falsch noch wahr sein können und daher erfahrungswissenschaftlich nicht überprüfbar sind, lassen sie sich zum Gegenstand einer erfahrungswissenschaftlichen Analyse machen. So können Leitbilder nur dann zur Richtschnur einer rational begründbaren praktischen Wettbewerbspolitik/-rechtsprechung avancieren, wenn zwei Bedingungen erfüllt sind:

— Die Leitbilder müssen in hinreichend operationale Zielkataloge transformiert werden, an denen sich das praktische Handeln politischer und rechtlicher Instanzen ausrichten kann.

— Die Ziele müssen realistisch sein, d. h. prinzipiell unter Einsatz wettbewerbspolitischer Mittel erreicht werden können.

Die Gestaltungsaufgabe der Wettbewerbspolitik — Zielsetzung, Mittelwahl, Zielrealisation — erfordert jedoch, daß technologisches Wissen über wirksame Ziel-Mittel-Beziehungen vorhanden ist. Ob bestimmte Ziele erreicht werden sollen, setzt aus der Sicht einer praktikablen Wettbewerbspolitik voraus, diese Ziele auch erreichen zu können. Damit rückt die Frage in den Mittelpunkt, wie die wettbewerbspolitischen Leitbilder begründet werden.

Da diese Begründung durchgängig auf wirtschaftswissenschaftliche Aussagen zurückgreifen, sind sie prinzipiell auch einer erfahrungswissenschaftlichen Kritik zugänglich. Werturteile, Normen und Gesetze lassen also eine indirekte realwissenschaftliche Beurteilung zu, indem die zu ihrer Rechtfertigung angeführten Annahmen über Zusammenhänge der Realität auf ihren Wahrheitsgehalt überprüft werden. Erfahrungswissenschaftliche Aussagen müssen dabei sowohl logisch als auch faktisch konsistent sein, d. h. dürfen nicht an der Realität scheitern. Auf diese Weise kann die Wirtschaftswissenschaft grundsätzlich zwei Funktionen[5]) wahrnehmen, die über ihre rein erkenntnisgewinnende Aufgabe hinausgeht:

— Gestaltungsfunktionen
Beratung politischer Entscheidungsträger bei der Auswahl zielführender Mittel unter Verwendung bewährter wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse.

— Kritikfunktion
Analyse von Ziel-Mittel-Beziehungen auf Realisierungschancen, Kompatibilität oder unbeabsichtigte Nebenwirkungen unter Verwendung bewährter wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse.

Vor diesem Hintergrund ist daher zu fordern, daß die Wettbewerbspolitik sich auf möglichst bewährtes Wissen stützt, also die Erkenntnissituation bei der Festlegung von Maßnahmen berücksichtigt. Auch die Rechtsprechung muß sich ggf. Unzulänglichkeiten bei Subsumtionsentscheidungen anrechnen lassen, sofern sie sich auf logisch wie faktisch falsche oder unbegründete Annahmen stützt.

3. Leitbilder der praktischen Wettbewerbspolitik

3.1. Funktionsfähiger Wettbewerb

3.1.1. Grundlagen und Entwicklung des Leitbildes

In den 60er Jahren wurde das der Wirtschaftspolitik der Nachkriegszeit und der Verabschiedung des GWB zugrunde gelegte Leitbild der vollkommenen Konkurrenz[6]) vom Leitbild des funktionsfähigen Wettbewerbs abgelöst. Für die Implementierung einer marktwirtschaftlichen, auf Privateigentum beruhenden Ordnung

---

1) Vgl. Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik über den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2. Wahlperiode 1953, zu Drucksache 3644, S. 13.

2) Vgl. u. a. BKartA, WuW/E 1971 ff., BKartA, WuW/E 2060—2076, kommentierend *Barth,* Zur Problematik der Bestimmung des relevanten Marktes von Handelsunternehmungen, in: BB, 1984, 1457 ff.

3) Vgl. u. a. BKartA, WuW/E, 2029 ff., kommentierend *Lademann,* R., Schutzzweck- und Rechtstatsachenprobleme bei der Untersagung von Verkäufen unter dem Einstandspreis nach § 37a Abs. 3 GWB, DB 1984, 758—766.

4) Zu den Auslegungsansätzen vgl. mit weiteren Nachweisen *Dubischar,* R., Vorstudium zur Rechtswissenschaft, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1974, S. 93 ff., S. 120 ff.

5) Vgl. zu Wissenschaftsfunktionen aus kritisch-rationaler Sicht *Schanz,* G., Einführung in die Methodologie der Betriebswirtschaftslehre, Köln 1975, S. 75 ff., vor allem S. 97 ff., S. 107 ff.

6) Vgl. zum Modell der vollkommenen Konkurrenz *Schumann,* J., Grundzüge der mikroökonomischen Theorie, 3. neubearb. u. erw. Auflage, Berlin/Heidelberg/New York 1980, S. 165 ff., S. 187 ff.

besaß das mit dem Leitbild der vollkommenen Konkurrenz verbundene Marktmodell einer weitestgehend dezentralen und machtlosen Wirtschaft zunächst eine nicht zu unterschätzende Legitimationsfunktion. Gesetzgeber, Kartellbehörden gelangten jedoch aufgrund neuer nationalökonomischer Forschungsergebnisse zu der Erkenntnis, daß das Leitbild der vollkommenen Konkurrenz nicht nur immer weniger der realen (Konzentrations-)Entwicklung entsprach, sondern wirtschaftspolitisch gar nicht wünschenswert war[7]). Die Übernahme des neuen Leitbildes vom funktionsfähigen Wettbewerb wurde vor allem von der Überzeugung getragen, Unvollkommenheitselemente des Marktes seien eine entscheidende Voraussetzung, damit der Wettbewerb die ihm zugedachten Funktionen bestmöglich erfüllen könne.

So enthält der Tätigkeitsbericht des BKartA von 1966 die Überzeugung, „die Erfahrung bestätigt ... die wissenschaftliche Erkenntnis, daß gewisse Konzentrationserscheinungen und Kooperationsformen ... den Wettbewerb vielfach nicht abschwächen, sondern ihn eher im Hinblick auf die Erfüllung seiner dynamischen Funktionen intensivieren können"[8]). Von daher ging mit diesem Leitbildwechsel zunächst — und das ist zu betonen — auch ein Abrücken von der Dominanz des Marktstrukturdenkens zugunsten einer mehr am Marktergebnis orientierten Denkweise einher. Diese Sichtweise erlaubte, von einer polypolistischen Marktstruktur und den Vollkommenheitsprämissen zugunsten effizienterer Betriebsgrößen und einem aus der Sicht der Nachfrage vorteilhaften Maß an Produktdifferenzierung abzusehen. In dem „magischen Dreieck" zwischen atomistischer Marktstruktur, Massenproduktionsvorteilen und Produktdifferenzierung sah man die Bedingungen als gegeben an, die die Funktionsfähigkeit am besten gewährleisten würden[9]). Folgende Übersicht zeigt einen Funktionskatalog, der durch Wettbewerb prinzipiell erfüllt werden könne:

Übersicht 1: Wettbewerbsfunktionen und Workable-Competition-Ansatz

Funktionsinhalte	Art der Funktion	Funktionswirkung	Funktionsresultate
Einkommensverteilung	statische Funktionen	Verteilungsfunktion	Verteilung des Sozialprodukts
Angebotszusammensetzung		Steuerungsfunktion	Zusammensetzung des Sozialprodukts
Produktionssteuerung			Maximierung des Sozialprodukts
Anpassungsflexibilität	dynamische Funktionen		
Technischer Fortschritt		Antriebsfunktion	

nach *Kantzenbach*, E., 1966, S. 19.

Wettbewerb bedingt zunächst eine an Vermarktungsgesichtspunkten orientierte Allokation der Produktionsfaktoren (Produktionssteuerung). Aus der Produktion resultiert einerseits eine spezifische Zusammensetzung der von den Marktteilnehmern abzusetzenden Güter und Dienstleistungen (Angebotszusammensetzung), andererseits eine Einkommensverteilung und letztlich die Verteilung des Sozialprodukts nach der jeweiligen Marktleistung. Die Produktion und die dadurch erfolgende Angebotszusammensetzung steuern gleichzeitig die Zusammensetzung des Sozialprodukts. Unter der Voraussetzung einer bedarfsgerechten Angebotszusammensetzung wird die gesamte Produktion auch nachgefragt, so daß Anpassungsprozesse nicht stattzufinden brauchen. Zeitliche, quantitative und qualitative Disparitäten zwischen Angebot und Nachfrage liegen in dezentralen Wirtschaftssystemen mit jeweils autonomen Willensbildungszentren jedoch in der Natur der Sache. Die statischen Funktionen beinhalten daher aufgrund der systembedingten Unsicherheit im Absatzbereich bereits das dynamische Element eines von möglichen Disparitäten ausgehenden Anpassungsdruckes. Die größte Bedeutung für Veränderungen im Markt sowohl für die Angebotszusammensetzung, Produktionssteuerung und Einkommensverteilung als auch für den Anpassungsdruck, geht jedoch vom technischen Fortschritt aus. Der Anreiz, mittels Innovationen einen Wettbewerbsvorsprung und Gewinn zu erzielen, wird als entscheidender Antrieb ökonomischen Handelns gesehen. Technischer Fortschritt zwingt gleichzeitig die übrigen Marktteilnehmer, sich an die neuen Marktbedingungen anzupassen, um nicht aus dem Markt auszuscheiden. Vorstoßender, innovativer und verfolgender, imitativer Wettbewerb soll so gleichzeitig sicherstellen, daß das Sozialprodukt maximiert wird[10]). Die Funktionserfüllung wurde also zum Beurteilungsmaßstab des Wettbewerbs erhoben.

Der bedeutsamste Erkenntnis-Fortschritt des Konzepts des funktionsfähigen Wettbewerbs besteht einerseits in der Berücksichtigung dynamischer Elemente. Andererseits wurde dem Phänomen Marktmacht eine grundsätzlich neue Würdigung zuteil. Marktmacht wurde nun für Wettbewerbsprozesse in einem dezentralen System als konstitutiv angesehen, ja sogar als notwendige Bedingung für die Erfüllung der dynamischen Funktionen. Nach diesem Verständnis äußert sich Wettbewerb als eine Abfolge von Vorstoß und Verfolgung. Mit technischen Innovationen stoßen Unternehmen vor, entwickeln Machtpositionen, die Vorsprungsgewinne erlauben. Andere Unternehmen folgen in diese gewinnträchtigen Märkte durch Imitationen nach und sorgen dafür, daß die monopolartigen Innovationsgewinne wieder aufgezehrt werden[11]).

Im Gegensatz zum statischen Konzept des vollkommenen Wettbewerbs wird Marktmacht in dem theoretischen Neuansatz so lange akzeptiert, wie sie durch Innovationen entsteht und der Vorsprung durch die Anpassung der Konkurrenz an den technischen Fortschritt wieder egalisiert werden kann.

Wettbewerb wird nach dem Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs als eine Veranstaltung zur Maximierung des Sozialprodukts gesehen[12]). Als Motor und damit als Ursache des Wirtschaftswachstums wird der durch technischen Fortschritt ausgelöste Prozeß von Vorstoß und Verfolgung betrachtet. Hierin dürfte auch der entscheidende Grund für den Leitbildwechsel liegen. Dieses Leitbild entsprach nämlich einer stark expansiven Wirtschaftsentwicklung in den 60er Jahren und dem ordnungspolitischen (bis heute geltenden) Selbstverständnis einer diskretionären Wirtschafts- und Wettbewerbspolitik. Damit konnte quasi die marktwirtschaftliche Dynamik mit einer auf die Sozialpflichtigkeit der Wirtschaftsordnung zurückgehenden indirekten systemadäquaten Wirtschaftslenkung verbunden werden.

Das Leitbild des funktionsfähigen Wettbewerbs wurde im deutschen Sprachraum vor allem durch *Kantzenbach* eingeführt und mit der Frage nach der (funktions-)optimalen Wettbewerbsintensität verbunden[13]).

Kantzenbachs Untersuchung wird von der Zielsetzung getragen, „... realistische Neuansätze für eine Wettbewerbstheorie zu entwickeln, die einer rationalen Wettbewerbspolitik auch in Einzelfragen als Basis dienen können"[14]). Im Hinblick auf eine praktikable Wettbewerbspolitik verspricht *Kantzenbach* folglich, ein vermeintlich leistungsfähiges Konzept vorzulegen, das operable und wissenschaftlich bewährte Handlungsanweisungen umfaßt. Da hiermit der wohl einmalige Fall gegeben scheint, bei dem der Ansatz eines Forschers zum herrschenden Leitbild politischer und rechtlicher Instanzen avancierte, soll der Anspruch des Konzepts nunmehr detaillierter analysiert werden.

3.1.2. Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität

„Im Gegensatz zum statistischen Modell der vollständigen Konkurrenz erfordert die optimale Wettbewerbsintensität in dynamischer Betrachtung keine theoretischen Grenzfälle der Marktform. Sie wird vielmehr in der Regel im Bereich weiter Oligopole mit mäßiger Produktdifferenzierung zu finden sein. Ihre Verwirklichung braucht deshalb auch nicht notwendig einen Verzicht auf die Ausnutzung

7) Vgl. BT-Drs. 1158, Anlage 1 AV, ebenso die Übersicht bei *Schmidt*, J., US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht, Berlin 1973, S. 26 f.
8) BT-Drs. VI 1950, S. 8.
9) Vgl. *Kantzenbach*, E., Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, Göttingen 1966, S. 28 ff., S. 49 ff.
10) Vgl. ebenda, S. 32 ff., siehe auch den Überblick bei *Klauss*, G., Die Bestimmung von Marktmacht, Berlin 1975, S. 18 ff.
11) Vgl. *Schmidt*, J., a.a.O., S. 26 f., auch *Hoppmann*, E., Marktmacht und Wettbewerb, Tübingen 1977, S. 10 f.
12) Vgl. *Kantzenbach*, E., a.a.O., S. 128 f.
13) Vgl. ebenda, S. 11.
14) Ebenda, S. 11.

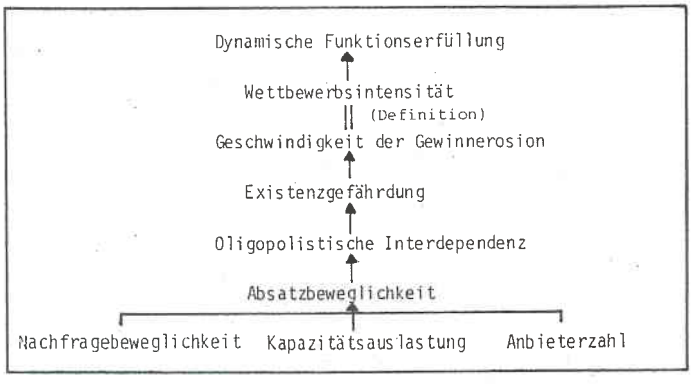
möglicher Massenproduktionsvorteile oder Produktdifferenzierung zu beinhalten[15])."

Den zentralen Begriff der Wettbewerbsintensität definiert *Kantzenbach* wie folgt:

> „Für die Beurteilung der Intensität eines Wettbewerbsprozesses scheint mir die Geschwindigkeit, mit der die Vorsprungsgewinne, die der technische Fortschritt den Unternehmen einbringt, von der Konkurrenz wieder weggefressen werden ... ein sinvoller und realistischer Maßstab zu sein[16])."

Nach *Kantzenbach* ist die Wettbewerbsintensität wiederum von der von Innovatoren ausgehenden Existenzgefährdung der Konkurrenten abhängig. Die durch Vorsprungsgewinne der Innovatoren ausgelösten Anpassungsprozesse nehmen dabei mit steigender oligopolistischer Interdependenz zu. Der Interdependenzgrad hängt wiederum von der Absatzbeweglichkeit ab, die im wesentlichen von der Nachfragebeweglichkeit, der Anbieterzahl und der Kapazitätsauslastung determiniert wird[17]). Ein vereinfachtes Begründungsschema zeigt Übersicht 2.

Übersicht 2: Begründungsschema zur optimalen Wettbewerbsintensität



Die Wettbewerbsintensität hängt letztendlich von den Ausweichmöglichkeiten der Nachfrager, der Fähigkeit einzelner Unternehmen, auftretende Mehrnachfrage zu befriedigen und der Anbieterzahl ab. Wie begründet *Kantzenbach* nun jedoch die Aussage, in weiten Oligopolen mit mäßiger Produktdifferenzierung sei die Wettbewerbsintensität optimal? Zu diesem Zweck führt er die Unterscheidung in effektive und potentielle Wettbewerbsintensität ein[18]). Während im Polypol die absoluten Unternehmensgrößen, tradierte Verhaltensweisen und fehlende Gewinnanreize innovatives Verhalten beschränken, gerät der Wettbewerb „... im Bereich enger Oligopole ... an die monopolistische Konkurrenzschwelle ..."[19]). Die potentielle Wettbewerbsintensität sei im engen Oligopol infolge extrem hoher oligopolistischer Interdependenz zwar maximal, effektiv würde sie jedoch durch die steigende Gefahr von Wettbewerbsbeschränkungen oder den Übergang vom Leistungswettbewerb zum wirtschaftlichen Machtkampf geringer bzw. überoptimal sein. Streben nach langfristigem Leistungsvorsprung durch innovatorische Kostensenkung könnte als Auslesekriterium vom Besitz ökonomischer Macht abgelöst werden. Damit sei die dynamische Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs im Bereich weiter Oligopole mit mäßiger Produktdifferenzierung optimal.

3.1.3. Kritik am Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität

Die Eignung des Leitbildes für die praktische Wettbewerbspolitik hängt davon ab, ob und inwieweit *Kantzenbachs* Konzept erfahrungswissenschaftlich begründet ist.

Ausgangspunkt der *Kantzenbach'schen* Analyse waren statische und dynamische Funktionen, die vom Wettbewerb erfüllt werden könnten. Eine erfahrungswissenschaftliche Aussage läge vor, wenn Wettbewerb als Bestimmungsgrund der Funktionen angesehen werden könnte, Wettbewerb als das Bewirkende und die Funktionen als das Bewirkte also unabhängig voneinander definiert werden[20]).

Das wäre der Fall gewesen, wenn Wettbewerb mit marktwirtschaftlicher Ordnung gleichgesetzt worden wäre. Dann entspräche die Verknüpfung von Wettbewerb und Funktionen durchaus unserem Erfahrungswissen: Dezentrale Koordination führt in der Tat zu einer bestimmten Einkommensverteilung und Angebotszusammensetzung. Nur bliebe bei dieser Interpretation völlig offen, welche Funktionsausprägung jeweils realisiert wird, *Kantzenbachs* Aussagen erhielten somit den Charakter von Leerformeln. Ein Blick auf die Begründung der Funktionen zeigt jedoch, daß *Kantzenbach* Wettbewerb nicht einfach mit Marktwirtschaft gleichsetzt. So verhindere Wettbewerb „... eine Ausbeutung aufgrund von Marktmacht", steuere Wettbewerb das Angebot nach Käuferpräferenzen, „... lenkt die Produktionsfaktoren in ihre produktivsten Einsatzmöglichkeiten", begrenze das Ausmaß an Fehlinvestitionen und „... beschleunigt die Durchsetzung des technischen Fortschritts ..."[21]). Diese Aussagen scheitern unmittelbar an der Realität, mißt man sie an der Marktwirtschaft schlechthin, denn die Geschichte der Marktwirtschaft weist teilweise völlig konträre Erfahrungen auf. So beschleunigt Marktwirtschaft nicht in jedem Falle die Durchsetzung des technischen Fortschritts, etwa in kartellierten Branchen. Auch dürften Obsoleszenzstrategien, wenn auch systembedingt und daher in vielen Märkten unausweichlich, nicht unbedingt den Käuferpräferenzen entsprechen. Ob etwa das Marktsystem zwangsläufig die Ausbeutung der Marktteilnehmer verhindert, muß abgesehen von der Schwierigkeit einer erfahrungswissenschaftlichen Erfaßbarkeit zumindest aufgrund der kontroversen Bewertung der vorgefundenen Einkommensverteilung bezweifelt werden.

Kantzenbach kann folglich nur einen bestimmten Wettbewerb gemeint haben, der diese Einwände aufhebt, eben die optimale Wettbewerbsintensität im weiten Oligopol[22])! Damit jedoch wird Wettbewerb mit der Funktionserfüllung gleichgesetzt, also über sie definiert. Wettbewerb bewirkt also nicht die optimale Funktionserfüllung, er ist vielmehr mit ihr identisch. Eine zirkuläre Verknüpfung — Wettbewerb, der die Funktionen erfüllt, ist Wettbewerb — stellt jedoch eine erfahrungswissenschaftlich nicht wiederlegbare Aussage dar[23]). *Kantzenbach* geht vielmehr von einem ganz bestimmten Wettbewerbsbegriff aus, der prinzipiell keinen Wahrheitsgehalt beanspruchen kann. Es handelt sich vielmehr um ein Modell mit einer Fülle von Ceteris-paribus-Klauseln, das lediglich den Eindruck empirisch gehaltvoller Erfahrungssätze über wettbewerbliche Marktprozesse hervorruft. Derartige Scheinkausalitäten und „Ergebnisse des Modelldenkens verwandeln sich so unter der Hand in verbindliche Wertmaßstäbe für die praktische Wirtschaftspolitik"[24]).

Zur Rettung des Konzepts ließe sich nun einwenden, bei den Funktionen handle es sich um normative Aussagen derart, Wettbewerb solle diese Aufgaben erfüllen. Da Wissenschaft keine Werturteile begründen kann, müßten mit den Funktionen politisch vorgegebene Zielvorgaben gemeint sein. In diesem Fall wäre zu prüfen, ob Marktprozesse diese Funktionen erfüllen können. Im Sinne eines technologischen Gebrauchs von Erfahrungswissen müßte die Ökonomie über zieladäquate, bewährte Erkenntnisse verfügen. Gerade aber dieser Anforderung wird das *Kantzenbach'sche* Konzept nicht gerecht. Eine Begründung, warum die Geschwindigkeit der Gewinnerosion von der Anbieterzahl, Kapazitätsauslastung und Nachfragebeweglichkeit abhängt, enthält *Kantzenbach* dem Leser vor. Inwieweit diese Faktoren erklärungskräftig sind und sich in empirischen Untersuchungen bewährt haben, bleibt dadurch völlig offen. Ebenso bleibt eine erfahrungswissenschaftliche Beziehung zwischen den Wettbewerbsfunktionen und der Wettbewerbsintensität unbegründet[25]). Wann etwa weite Oligopole und mäßige Produktdifferenzierung vorliegen, wird ebenso wenig dargelegt, wie die Eignung der Gewinnerosion als Maßstab für die Wettbewerbsintensität[26]). Ohne einen solchen Zusammenhang müßte ansonsten bereits aus der Anbieterzahl, der Kapazitätsauslastung und der Nachfragebeweglichkeit auf die Funktionserfüllung zurückgeschlossen werden. Durch die Gleichsetzung weiter Oligopole mit Funktionserfüllung würde *Kantzenbachs* Ansatz jedoch nicht mehr an der Realität scheitern können. Solange das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität die Erfüllung der Funktionen nicht nachprüfbar macht, bleibt es eine empirisch gehaltlose Leerformel. Diese erfahrungswissenschaftlich erforderlichen Präzisierungen dürften auch nicht erbringbar

15) Ebenda, S. 49.
16) Ebenda, S. 39 f.
17) Vgl. ebenda, S. 40 ff.
18) Vgl. ebenda, S. 45.
19) Ebenda, S. 45.
20) Vgl. *Schmidtchen,* D., Wettbewerbspolitik als Aufgabe, Baden-Baden 1978, S. 90.
21) *Kantzenbach,* E., a.a.O., S. 16 f.
22) Ebenso *Schmidtchen,* D., a.a.O., S. 97.
23) Vgl. ebenda, S. 96.
24) Ebenda, S. 105.
25) Vgl. ebenda, S. 93 f.
26) Vgl. ebenda, S. 91.

sein, weil *Kantzenbach,* wie auch das Leitbild vom funktionsfähigen Wettbewerb, auf dem Partialmarktkonzept[27]) aufbaut.

Nach dem Partialmarktkonzept setzt sich der Gesamtmarkt aus einer Vielzahl von Einzelmärkten zusammen, auf denen jeweils optimale Wettbewerbsintensität herrschen müßte. Das würde jedoch erfahrungswissenschaftlich exakt abgrenzbare Einzelmärkte voraussetzen, eine Voraussetzung, die jedoch nicht existiert. Der Markt als Ganzes ist interdependent und im Prinzip unzerlegbar[28]). Alle Marktteilnehmer konkurrieren um die gesamte Nachfrage. Umsätze eines Unternehmens sind auch prinzipiell für Unternehmen anderer Branchen verloren. Daher läßt sich intersubjektiv nicht exakt angeben, welcher Marktteilnehmer noch zu einem relevanten Markt gerechnet werden muß und welcher nicht. Da dies nicht von der Realität vorgegeben, sondern in das Belieben des Forschers gestellt ist, also willkürlich erfolgt, kann auch das für die optimale Funktionserfüllung erforderliche weite Oligopol mit der mäßigen Produktdifferenzierung nicht erfahrungswissenschaftlich begründet werden. Die Optimumbedingungen bleiben dadurch völlig ungelöst. Das Konzept von der optimalen Wettbewerbsintensität ist somit nicht erfahrungswissenschaftlich begründet und daher als „Erkenntnisgrundlage" der praktischen Wettbewerbspolitik ungeeignet.

3.1.4. Implikationen und Eignung des Leitbildes für die praktische Wettbewerbspolitik

Während die erfahrungswissenschaftliche Begründung des Leitbildes äußerst unbefriedigend ist und daher empirisch gehaltvolle Gestaltungsempfehlungen aus ihm zumindest derzeitig kaum reduziert werden können, scheint man im politischen Raum zu glauben, von einer bewährten Theorie ausgehen zu können: „Aufgrund neuer theoretischer Erkenntnisse und praktischer Erfahrungen haben wir inzwischen dazugelernt, daß in dem Modell eines . . . polygopolistisch strukturierten Marktes die dynamischen Funktionen des Wettbewerbs und damit auch der Gedanke des gesamtwirtschaftlichen Wachstums nur in unzureichendem Maße verwirklicht werden. Die neue Theorie des ‚funktionsfähigen Wettbewerbs' (. . .) ist insofern ein besserer Ausgangspunkt[29])."

Das Zitat verdeutlicht zweierlei:

(1) Zum einen ist man offenbar überzeugt, die neue ‚Theorie' stelle einen brauchbaren Ausgangspunkt wettbewerbspolitischen Handelns dar, die Funktionen des Wettbewerbs zu realisieren.

(2) Zum anderen steht der Wettbewerb offenkundig im Dienste des Wirtschaftswachstums. Funktionsfähiger Wettbewerb ist als Mittel wirtschaftlicher Expansion erwünscht.

Zu (1): Wird *Kantzenbachs* Ansatz zum Ausgangspunkt wettbewerbspolitischen Handels erhoben, müßte ebenso wie im Falle der vollkommenen Konkurrenz für funktionsfähigen Wettbewerb auf allen Märkten Sorge getragen werden. Das implizit zugrunde gelegte Partialmarktkonzept führt dann bekanntermaßen zu den z. B. bei der Mißbrauchsaufsicht und den Fusionskontrollverfahren bestehenden Problemen bei der Abgrenzung relevanter Märkte. Damit nicht genug: Im Rahmen dieser intersubjektiv nicht eindeutig bestimmbaren Märkte müßte sodann ermittelt werden, ob die letztlich willkürlich festgelegten Marktstrukturen die Wettbewerbsfunktionen erfüllen. Damit wäre in eine Prüfung der Marktergebnisse und des Marktverhaltens einzusteigen. In diesem Zusammenhang müßten dann z. B. folgende Fragen geklärt werden[30]):

— Ist die vorgefundene Einkommensverteilung (Gewinnhöhe) leistungs- oder machtbedingt?
— Entsprechen die vorgefundenen Preise ‚wettbewerbsbedingten' Preisen?
— Entspricht die aus dem Angebot mögliche Marktversorgung den Bedürfnis- und Präferenzstrukturen der Konsumenten?
— Ist der vorgefundene technische Fortschritt niedriger als der im funktionsfähigen Wettbewerb mögliche?
— Gibt es vorstoßenden oder verfolgenden Wettbewerb? Ist das beobachtete Verhalten ausreichend funktional?
— Streben die Marktteilnehmer nach leistungsbedingten Wettbewerbsvorteilen oder sind die eingesetzten Wettbewerbsparameter Ausdruck von Marktmacht?

Um diese Fragen beantworten zu können, müßte das Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs erfahrungswissenschaftlich bewährte Aussagen bereitstellen, was es jedoch, wie gezeigt, nicht vermag.

Eine von diesem Leitbild geprägte Wettbewerbspolitik setzt daher Wissen voraus, das (bislang) nicht existiert[31]). Die im Rahmen dieses Konzepts erforderliche Funktionsfähigkeitsprüfung auf dem Partialmarkt stellt eine Faktenfrage dar, deren Beantwortung Gerichte und Kartellbehörden jedoch erfahrungswissenschaftlich vor ein unlösbares Problem stellt. Wenn aber leitbildadäquate Eingriffe in den Marktprozeß nicht erfahrungswissenschaftlich begründet werden können, dann impliziert das Leitbild auf der Ebene der Rechtsanwendung ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit[32]). Kein Marktteilnehmer weiß bei seiner Planung, ob er den Rubikon der optimalen Wettbewerbsintensität nicht bereits überschritten hat.

In dieser Situation präsentiert sich heute in weiten Bereichen das deutsche Kartellrecht. Die erfahrungswissenschaftliche Kritik an Begründungen zu Urteilen und Untersagungsverfügungen[33]) bestätigt einen nicht von der Hand zu weisenden Verdacht, die angeführten Begründungen dienten lediglich der nachträglichen Rechtfertigung und Rationalisierung einer rechtlichen Entscheidung. Die wettbewerbspolitisch erwünschten Urteile können auf diese Weise beliebig produziert werden. Diese Einwände gewinnen noch an Gewicht, wenn man die Konsequenzen einer (wachstumsorientierten) Instrumentalisierung[34]) des GWB beleuchtet.

Zu (2): Betrachtet man Wettbewerb als Mittel des gesamtwirtschaftlichen Wachstums — stellt man also vor allem auf seine dynamische Funktionsfähigkeit ab — dann zieht diese Instrumentalisierung möglicherweise ein interventionistisches Kartellrecht nach sich, „. . . dann erhalten die Kartellbehörden wirtschaftslenkende Funktion"[35]). Durch die indirekte Verpflichtung der Marktteilnehmer auf eine übergeordnete, gesamtwirtschaftliche Zielsetzung könnte das systembegründende Autonomie- und Dezentralisierungsprinzip von Dirigismus abgelöst werden.

Derartig systemsprengende Substanz könnte etwa in der Diskussion und rechtlichen Handhabung der Nachfragemacht des Handels angelegt sein. Entscheidender Einwand gegen Nachfragemacht ist, daß sie zu nicht leistungsbedingten Gewinnverlagerun-

---

27) Das Partialmarktdenken ist eng mit dem von *Stackelberg'schen* Elementarmarktkonzept verwandt, wonach unvollkommene Märkte sich aus vollkommenen Elementar(Produkt-)märkten zusammensetzen. Vgl. *Stackelberg,* H. v., Grundlagen der theoretischen Volkswirtschaftslehre, 2. Auflage, Tübingen/Zürich, S. 219 ff., S. 240 ff., Kritisch zum Partialmarktkonzept *Hoppmann,* E., a.a.O., 1977, S. 19 ff.

28) Vgl. *Hoppmann,* E., Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, Baden-Baden 1974 a, S. 30.

29) *Schlecht,* O., Wettbewerbspolitik und die wettbewerbspolitischen Absichten der Bundesregierung, Vortrag auf dem 22. Deutschen Betriebswirtschaftler-Tag vom 2. 10. 1968, in: *Dürrhammer,* W., Wettbewerb, Konzentration und die Fragen der Kontrolle der Marktmacht, Konzentration ohne Kontrolle, Hrsg. Großer, D., S. 207, Köln, Opladen 1969.

30) Vgl. dazu die kritischen Ausführungen zu den Testkriterien für die Beurteilung des funktionsfähigen Wettbewerbs bei *Klauss,* G., a.a.O., S. 23 ff.

31) Ebenso, *Klauss,* G., a.a.O., S. 26 ff., S. 31 f.

32) Vgl. zum Problem der Rechtssicherheit bei der Handhabung des GWB *Meier,* G., Rechtsstaatsprinzip und Handhabung des GWB, in: WuW 4/1983, S. 275 ff.

33) Vgl. u. a. *Barth,* K., a.a.O., S. 1457 ff., *Lademann,* R., a.a.O., S. 758 ff., *Treis,* B., Die Analyse der Annahmen über das Käuferverhalten in ausgewählten Urteilen der Wettbewerbsrechtsprechung, Betriebswirtschaftslehre und Recht, Hrsg. A. Heigl / P. Uecker, Gabler-Sonderdruck, Bericht von der Wiss.-Tagung des Verbandes der Hochschullehrer für Betriebswirte e. V., vom 17.-19. 5. 1978 in Nürnberg.

34) Vgl. *Immenga,* U., Politische Instrumentalisierung des Wettbewerbs, Tübingen 1976, S. 3 ff.

35) *Hoppmann,* E., Volkswirtschaftliche und wirtschaftspolitische Bedeutung des Kartell- und Monopolrechts, in: Hoppmann, E. / Mestmäkker, E. J., Normenzwecke und Systemfunktionen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1974 b, S. 16.

gen führe. Prinzipiell habe jeder Nachfrager des Handels jedoch lediglich einen Anspruch auf die Honorierung seiner Abnahmeleistung, die im wesentlichen in der Abnahmemenge zum Ausdruck kommt[36]). Diese Sichtweise entbehrt vor dem Hintergrund des Leitbildes vom funktionsfähigen Wettbewerb durchaus nicht der Logik. Da technischer Fortschritt dabei annahmegemäß die zentrale Rolle für ein hohes Wirtschaftswachstum spielt, darf der Handel die Industrie bei der Funktionserfüllung nicht durch Gewinnverlagerungen behindern. Der Handel wird somit als verlängerter Arm der Industrie gesehen. Eigenständiges Handelsmarketing hat im System dieser Denkweise daher grundsätzlich keinen Innovationscharakter, ergo im Sinne des technischen Fortschritts keinen „Leistungsbezug". Machtpositionen des Handels werden daher aufgrund fehlenden (vermeintlichen) Leistungsbezugs bzw. nicht durch technischen Fortschritt und Beitrag zum Wachstum legitimiert! Die einzige Leistung, die der Handel im Lichte dieser Sichtweise hervorbringen kann, ist offenbar die mengenmäßige Bewältigung des Warenstroms[37])! Überpointiert zu Ende gedacht, stünde ihm im Gegensatz zur Industrie daher auch gar kein Gewinnanspruch zu. Erzwingt der Handel jedoch vom Hersteller über die Abnahmeleistung hinausgehende Vergünstigung, stört er die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs.

Wie indes in einem marktwirtschaftlichen System von festen Funktions- und Gewinnverteilungen zwischen Industrie und Handel ausgegangen werden kann, ist angesichts dezentraler Strukturen, dem dem Marktverhalten zugrunde liegenden Autonomieprinzip[38]), aber auch grundrechtlich geschützter Gewerbe- und Berufsfreiheit[39]) völlig unverständlich. Aus übergeordneten, wachstumspolitischen Zielen würde eine ganze Wirtschaftsstufe folglich in einen staatlich verordneten Funktionszusammenhang gezwängt werden, der mit einem freiheitlichen Wettbewerb kaum vereinbar ist.

3.2. Leitbild von der Freiheit des Wettbewerbs

3.2.1. Grundlagen und Entwicklung des Leitbildes

Der heutige, vor allem von *E. Hoppmann* und *F. A. v. Hayek* vertretene Neoliberalismus läßt sich auf grundlegende Ideen von *A. Smith* zurückführen[40]). Das Konzept stützt sich sowohl auf eine normative als auch auf eine erfahrungswissenschaftliche Komponente.

In normativer Hinsicht beruft sich *Hoppmann* auf ein anthropologisches Argument: „Sich um die Wette bewerben, ist ein ursprünglicher menschlicher Trieb[41])." Nach *Fikentscher* ist Wettbewerb „. . . Ausfluß des in der Persönlichkeit des Menschen wurzelnden Erwerbs- und Leistungstriebes, der sich mit den Kräften anderer Menschen messen muß, wo die erwerbbaren Güter nur begrenzt zur Verfügung stehen"[42]). Deshalb zieht *Hoppmann* den Schluß, „eine wirtschaftspolitische Grundentscheidung für den Primat des Wettbewerbs ist nichts anderes als die Bejahung der aus diesem Trieb resultierenden menschlichen Beziehungen und Prozesse"[43]). Diese auf die ‚menschliche Natur' zurückgreifende Begründung enthält im Kern ein individualistisches Menschenbild, bei dem das Handeln darauf gerichtet ist, in der sozialen Auseinandersetzung und ökonomischen Daseinsbewältigung individuelle Vorteile zu erzielen. Den normativen Gehalt bezieht diese Argumentation also daher, die gesamtwirtschaftliche Koordination solle sich den auf individuellem Nutzenstreben basierenden Verhaltensmechanismus zunutze machen. Akzeptiert man dieses Menschenbild, zieht es konsequenterweise auch die Bejahung individueller Freiheit im Marktprozeß nach sich. „Insofern läßt sich sagen, das Ziel der Wettbewerbspolitik sind Marktprozesse, die aus der Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer herauswachsen und in denen ihre Freiheiten zugleich erhalten bleiben[44])." Über die anthropologische Begründung eines freien Wettbewerbs hinaus greifen Vertreter dieses Ansatzes auf weitere erfahrungswissenschaftliche Argumente zurück. Indem Marktteilnehmer jeweils „. . . keinen übergeordneten Zweck sondern lediglich ihre eigenen, frei gesetzten Zwecke verfolgen"[45]), können sie durch Gütertausch und der implizierten Arbeitsteilung wechselseitig ihre individuellen Vorteile vergrößern. Gleichzeitig bewirkt die Suche nach Tauschpartnern einen Anreiz zur Leistungssteigerung, da der Abschluß mit der Marktgegenseite so erleichtert werden würde. Leistungssteigerung und individuelle Vorteilhaftigkeit setzen jedoch voraus, daß kein Marktteilnehmer die Möglichkeit haben darf, „. . . dem wettbewerblichen Prozeß auszuweichen"[46]).

Die ökonomische Vorteilhaftigkeit der Marktergebnisse wird also lediglich aus der Sicht der individuellen Zielsetzung gesehen. Eine übergeordnete Zielsetzung, etwa im Sinne der *Kantzenbach*'schen Wettbewerbsfunktionen, könne daher in einem dezentralen System, sowie auf Grund autonom gesetzter Zwecke handelnder Marktteilnehmer grundsätzlich nicht verfolgt werden. Während individuelle Freiheit und individuelle Vorteile lediglich als zwei Seiten derselben Medaille angesehen werden, bestehe zwischen dem Ziel Wettbewerbsfreiheit und gesamtwirtschaftlicher, überindividueller Zwecksetzung ein Zielkonflikt. Sieht man nämlich Wettbewerb lediglich als Instrument für übergeordnete Ziele an, so zieht diese Entscheidung die Unterordnung der Marktteilnehmer unter diese Zwecke nach sich. Freiheit und Funktionserfüllung schließen daher einander aus[47]).

Neben dieser mehr formal-logischen Argumentation stützt sich die neuere neoliberale Schule vor allem auf Erkenntnisse des systemtheoretischen Ansatzes[48]).

Wettbewerb im Sinne von Koordination im Marktsystem wird als evolutorischer Prozeß gesehen. Die Koordination erfolgt dabei über Anreize (Gewinn) und Sanktionen (Verluste). Auf diese Weise bringe das Marktsystem evolutorisch neue Problemlösungen hervor (Innovationen), beseitige Fehler (Selektion), verbreite neue Problemlösung (positive Rückkopplung) und stabilisiere sich durch negative Rückkopplung (Homöostasis) [49]). Der in einem polyzentrischen System angelegte Zwang zur Koordination führt dazu, daß zwischen den Marktteilnehmern Informationen vermittelt und Wissen verwertet werden, „. . . das niemand in seiner Gesamtheit kennt"[50]). Daher wird Wettbewerb im Marktsystem auch als Problemlösungs- und Entdeckungsverfahren bezeichnet. Auf *A. Smith* geht dabei die Erkenntnis zurück, die Marktteilnehmer ten-

---

36) Vgl. z. B. Regierungsbegründung zur vierten GWB-Novelle BT-Drs. 8/2136, S. 24 f.

37) Man kommt um den Eindruck nicht herum, daß der Handel den Verdacht einer unproduktiven Wirtschaftsstufe immer noch nicht abschütteln konnte. Im Gegenteil, vor dem Hintergrund dieser Überlegungen scheint eine Debatte um die Funktionen des Handels erst noch bevorzustehen. Offensichtlich sind maßgebliche Personen und Institutionen über 1758 und François *Quesnay* nicht hinausgekommen. Die sogenannte Funktionstheorie des BGH ist in diesem Zusammenhang zu sehen, wenn sie auch auf anderen Begründungen aufbaut. Vgl. dazu *Baumbach, W. / Hefermehl,* A., Wettbewerbsrecht, 14. neubearb. Auflage, München 1983.

38) Monopolkommission, Sondergutachten 7, Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Baden-Baden 1977, Tz. 75 ff., die diese Problematik unter dem Gesichtspunkt des Nebenleistungswettbewerbs diskutiert.

39) Vgl. *Scholz,* R., Berufsbild und Wettbewerbsrecht, in: BB, Beilage 5 zu Heft 21/1980, S. 1 ff. und die dort angeführte Literatur.

40) Vgl. den Überblick und die dort angeführte Literatur bei *Alsmöller,* H., Wettbewerbspolitische Ziele und kooperationstheoretische Hypothesen, Tübingen 1982, S. 137 ff.

41) *Hoppmann,* E., Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, in: Schneider, H. K., Grundlagen der Wettbewerbspolitik, Berlin 1968, S. 14.

42) *Fikentscher,* W., Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen und Verträge mit Dritten, in BB, 1956, 796.

43) *Hoppmann,* E., a.a.O., 1968, S. 14.

44) Ebenda, S. 16.

45) Ebenda, S. 17.

46) Ebenda, S. 18.

47) Vgl. ebenda, S. 19, 22 ff.

48) Vgl. dazu vor allem *Schmidtchen,* D., a.a.O., S. 111 ff.

49) Vgl. *Hoppmann,* E., a.a.O., 1977, S. 7.

50) Ebenda, S. 7.

dierten aufgrund der Systemzwänge zu einer von niemand bewußt angestrebten Ordnung. Er sprach in diesem Zusammenhang anschaulich von der ‚invisible Hand'. In der heutigen Terminologie würde man sagen, „die Marktergebnisse werden . . . von niemandem bewußt als solche angestrebt, sondern sie sind spontanes Ergebnis des Handelns aller"[51]). Zu dieser Systemeigenschaft kommt als weiteres Merkmal die Komplexität des Systems hinzu. Komplexe Systeme zeichnen sich gegenüber einfachen Systemen dadurch aus, daß nicht alle Systemdeterminaten und -wirkungen vollständig beschrieben werden können. Als Beispiel sind die Vielzahl der möglichen Tauschbeziehungen, Pläne und Ressourcenkonstellationen anzuführen, deren bloße Benennung, geschweige denn deren Zusammenwirken sich der empirischen Erfaßbarkeit allein aus kapazitativen Gründen entziehen dürfte. Des weiteren sind die Marktteilnehmer auf vielen Ebenen wechselseitig miteinander verbunden (Interdependenz). Das ökonomische System setzt z. B. die Existenz eines Kommunikationssystems voraus und wird etwa vom sozio-kulturellen System überlagert. Daher spricht man auch von vermaschten, nicht deterministischen Systemen. Hinzu kommen Interdependenzen, also Rückkopplungsschleifen im ökonomischen System, so daß eindeutig Ursache-Wirkungs-Beziehungen nicht bestehen[52]).

Aus der Unüberschaubarkeit komplexer ökonomischer Systeme resultiert auch die Unvollständigkeit des über sie erhältlichen Wissens. Aus diesem Grunde lassen sich etwa individuelle Marktprozesse in konkreten Partialmärkten nicht durch Merkmale der Marktstruktur, des Marktverhaltens und der Marktergebnisse beschreiben und erklären. Erfahrungswissenschaftliche Konsequenz sei es, sich aufgrund der Eigenschaft komplexer Phänomene auf die Erklärung von Mustern oder Prinzipien zu beschränken[53]). Während aufgrund der systemimmanenten Zwänge zwar erklärt und vorausgesetzt werden könne, wie und daß z. B. Grenzbetriebe und Konzentration entstehen, entzieht sich die Erklärung und Prognose individueller Ereignisse, nämlich welcher Marktteilnehmer als Grenzbetrieb aus dem System ausscheiden und welche Größenverteilung der Unternehmen aus dem Konzentrationsprozeß hervorgehen wird, einem erfahrungswissenschaftlichen Zugriff.

Eine Wettbewerbspolitik wäre nach dieser Auffassung also irreal, wenn sie von dem begrenzten Wissen und den daher beschränkten Gestaltungsmöglichkeiten abstrahierte[54]). Eine praktikable Wettbewerbspolitik kann daher keine Ziele mit der Chance auf Realisierung verfolgen, die die Systemeigenschaften vernachlässigen und die Existenz nicht verfügbarer Erkenntnisse voraussetzen. Gerade in komplexen Systemen lassen sich Ursachen und Wirkungen nicht eindeutig identifizieren, sie liegen vielfach außerdem zeitlich weit voneinander getrennt, so daß die Gefahr besteht, nur Symptome zu erkennen und diese zu kurieren[55]). Als Beispiel können hier die wettbewerbsrechtlichen Maßnahmen gegenüber Nachfragemacht und Konzentration im Handel angeführt werden. So wird z. B. das Problem von herstellerseitigen Überkapazitäten durch Begrenzung des Konditionendrucks keinesfalls gelöst. Auch die Untersagung von Verkäufen unter dem Einstandspreis abstrahiert davon sowie vom ökonomisch begründeten Betriebsformenwandel und von Problemen kleinflächiger Läden bei der Bewältigung der Massendistribution.

Ferner setzt das Gesetz von *Ashby* voraus, daß „. . . jedes kontrollierende System . . . einen größeren (oder zumindest gleich großen) Grad von Komplexität und Variabilität aufweisen (muß) als das zu kontrollierende System"[56]). Die Konsequenzen dieser systemtheoretischen Sicht für die praktische Wettbewerbspolitik dürften offenkundig sein. Entweder senkt man das Anspruchsniveau oder erhöht die Reaktionsmöglichkeiten des Kontrollsystems, sprich die kartellrechtlichen Eingriffsmöglichkeiten.

3.2.2. Implikationen und Eignung des Leitbildes für die praktische Wettbewerbspolitik

Es dürfte deutlich geworden sein, daß die Instrumentalisierung des Wettbewerbs, wie sie von Vertretern des Leitbildes des funktionsfähigen Wettbewerbs impliziert wird, vor dem Hintergrund eines freien Wettbewerbskonzepts abgelehnt wird. Die Wettbewerbspolitik steht daher weniger vor der Frage, was sie will, als vielmehr vor der, was sie kann. Marktinterventionen im Hinblick auf die Herbeiführung bestimmter Marktergebnisse sind nach dem Leitbild des freien Wettbewerbs daher systemwidrig und undurchführbar. Wettbewerb als Entdeckungsverfahren läßt sich nicht im vorherein normieren, wenn das, was normiert werden soll, erst im Nachherein feststeht, also vorerst unbekannt ist. Auch ist kein Wettbewerbsparameter a priori Ausdruck eines funktionsfähigen Wettbewerbs. Eine nach modelltheoretischen Prämissen vorgenommene, faktisch jedoch willkürliche Beschränkung auf den Preiswettbewerb im Rahmen des oben analysierten Leitbilder findet erfahrungswissenschaftlich nämlich keine Bestätigung. Die Aufspaltung des Wettbewerbs in einzelne Parameter „. . . dient der Beschreibung des Unternehmerverhaltens und der Analyse, sie besagt jedoch nicht, daß eine separate Beurteilung möglich ist"[57]). Aufgrund dieser ganzheitlichen Sichtweise werden etwa Preisinterventionen z. B. im Zusammenhang mit dem Als-Ob- und Vergleichsmarktkonzept (nach § 22, Abs. 4 Nr. 2 und 3 GWB) als systeminadäquat abgelehnt[58]).

Das Leitbild des freien Wettbewerbs orientiert daher das wettbewerbspolitische Instrumentarium an der Frage, wie Beschränkungen der Freiheit verhindert werden können[59]). Unternehmensgröße, Konzentration und Marktmacht sind also nur dann problematisch, wenn sie restriktiv, d. h. wettbewerbsbeschränkend sind. Nach *Hoppmann* geht es vor allem darum, von den Marktteilnehmern ausgehende Einschränkungen der Handlungsfreiheit zu verhindern, während Marktunvollkommenheiten, etwa die zeitliche und regionale Differenzierung des Marktes in der Natur der Sache liegen würden und daher zu tolerieren seien[60]).

Ein systemadäquates Kartellrecht solle daher statt auf Maßnahmegesetzen (interventionistisch) auf echten Rechtsgesetzen (normativ-funktional) aufbauen, dürfe also nicht so ausgestaltet sein, „. . . daß in jedem konkreten Einzelfall die wahrscheinlichen positiven und negativen Folgen abgeschätzt werden müssen . . . Es dürfen keine speziellen Ziele des Handelns in sie aufgenommen werden; sie müssen gewiß sein; d. h., sie dürfen nur von Umständen abhängen, die zu wissen oder feststellen zu können von den Betroffenen erwartet werden kann . . ."[61]). Auf diese Weise würden einer politisch motivierten Auslegung von Gesetzen und einem entsprechenden Interventionismus enge Grenzen gesetzt, an Rechtssicherheit würde erheblich gewonnen.

Versucht man das Leitbild eines freien Wettbewerbs kritisch zu würdigen, lassen sich zunächst die Konsequenzen für die praktische Handhabung des Kartellrechts zu Ende denken. Obwohl die Forderung nach mehr Rechtssicherheit uneingeschränkt Zustimmung finden dürfte, muß bezweifelt werden, ob sie sich so fundamental von einem mehr interventionistischen Verständnis unterscheiden würde. Auch ein normativ-funktionales Recht könnte auf eine Würdigung des Einzelfalls kaum verzichten. Denn wie sollte ansonsten beurteilt werden, ob etwa nach einer Fusion der Marktgegenseite genügend Handlungsfreiheit, sprich Ausweichmöglichkeiten, verbleiben, ob der Restwettbewerb und der potentielle Wettbewerb beschränkt werden, usw.

Die aus der Theorie komplexer Phänomene resultierenden Schlußfolgerungen hinsichtlich der Gestaltbarkeit des Marktsystems sind

---

51) *Schmidtchen*, D., a.a.O., S. 182.
52) Vgl. ebenda, S. 111 ff.
53) Vgl. hierzu ausführlich ebenda, S. 129 f.
54) Vgl. ebenda, S. 135.
55) Vgl. ebenda, S. 176 f.
56) Ebenda, S. 184.
57) *Hoppmann*, E., a.a.O. 1974 a, S. 133.
58) Vgl. ebenda, S. 113 ff., *Schmidtchen*, D., a.a.O., S. 193 f.
59) Vgl. *Schmidt*, J., a.a.O., S. 28 f., *Hoppmann*, E., a.a.O. 1977, S. 11 ff.
60) Vgl. *Hoppmann*, E., a.a.O. 1977, S. 13 f.
61) Vgl. *derselbe*, a.a.O. 1974 b, S. 14.

kontrovers zu beurteilen. Einerseits ist es m. E. äußerst verdienstvoll, die im politischen Bereich existierende Überzeugung von der Machbarkeit der Dinge relativiert zu haben. Andererseits lassen die Grenzen des Wissens keineswegs den Schluß zu, wettbewerbspolitisches Handeln nur auf diese Systembedingungen zu beschränken. Die Bejahung des Primats des Wettbewerbs als Koordinationsinstrument zieht nicht notwendigerweise einen unbeschränkten privat-autonomen Bereich nach sich. Die Entscheidung für ein bestimmtes Wirtschaftssystem präjudiziert keineswegs eine und nur eine Wirtschaftsordnung, d. h. die Regeln, die die Koordination in einem Marktsystem kanalisieren sollen. Ebensowenig kann daraus geschlossen werden, lediglich individuelle Vorteilhaftigkeit als Beurteilungskriterium des ökonomischen Systems zuzulassen. Hier gilt prinzipiell analog der gleiche Einwand wie gegen *Kantzenbachs* Zirkeldefinition: Nicht jeder Marktprozeß führt zu wechselseitig-individuellen Vorteilen, sondern manche zu nur einseitigen Vorteilen. Auch bei diesem Leitbild besteht die Gefahr, aufgrund eines ganz bestimmten Marktmodells (freier Wettbewerb) als Erfahrungswissen verkleidete Normen der Wettbewerbspolitik unterzuschieben. Wie vom Sein so kann auch von Modellen keineswegs auf das Sollen geschlossen werden. Das ökonomische System ist als Teil eines Gesellschaftssystems keineswegs naturgegeben, also unwandelbar. Außerdem steht das Marktsystem z. B. über die ökonomischen, sozialen und kulturellen Wirkungen, die es entfaltet, unter politischem Rechtfertigungsdruck. Der Aspekt der Konsensfähigkeit[62]) eines freien wettbewerblichen Systems wird von Vertretern dieses Leitbildes zu sehr vernachlässigt. Erfahrungen mit der freien Marktwirtschaft haben ja gerade zur Gründung der BRD als soziale Marktwirtschaft geführt.

4. Strukturwandel im Handel aus der Sicht der Leitbilder der Wettbewerbspolitik

Nach dieser theoretischen Erörterung der Leitbilder sollen nun knapp deren praktische Konsequenzen für die Würdigung des Strukturwandels im Handel umrissen werden.

Der Strukturwandel im Handel stellt sich im Lichte der zwei Leitbilder jeweils unterschiedlich dar. Legt man das Leitbild des funktionsfähigen Wettbewerbs zugrunde, dann läßt sich die Konzentrationsentwicklung im Handel nicht eindeutig bewerten. Es wäre nämlich zu prüfen, ob der Handel insgesamt funktionsfähig ist und/oder die Funktionsfähigkeit der Industrie erhält bzw. beeinträchtigt. In diesem Zusammenhang müßte beantwortet werden, welche Aufgaben der institutionelle Handel zu erfüllen hätte, wann etwa die optimale Versorgung nach Käuferpräferenzen gegeben wäre, wie z. B. die optimale Handelsstruktur gesamtwirtschaftlich, aber auch im regionalen Wettbewerb aussehen sollte. Die Stellung des Handels müßte gleichfalls gegenüber der Industrie ausgelotet werden. So wären u. a. die Ausweichmöglichkeiten der Anbieter hinsichtlich einer optimalen Funktionserfüllung der Industrie und Begrenzung handelsseitiger Nachfragemacht abzuschätzen. Wären diese Optimumbedingungen gestört, dann würden nach diesem Leitbild Interventionsvoraussetzungen vorliegen. Es dürfte jedoch offensichtlich sein, daß dieses Optimierungskalkül an unserem Erkenntnisstand scheitert.

Darüberhinaus müßten staatliche Kontroll- und Sanktionsinstrumente geschaffen werden, die wohl die Dynamik des Wettbewerbs zum Erliegen bringen und — wären die optimalen Handelsstrukturen jemals erreichbar — in strukturkonservierenden Bestandsschutz, der auch Newcomer ausschließen müßte, übergehen würden.

Nach neoliberalem Leitbild wäre auf jegliches Optimieren von Marktstrukturen oder -ergebnissen zu verzichten. Die Handelskonzentration würde unabhängig von ihrem Ausmaß nicht als wettbewerbspolitisch und kartellrechtlich relevant angesehen werden. Entscheidend wären vielmehr ihre möglicherweise restriktiven Wirkungen auf den Restwettbewerb. Ob eine Per-se-Klassifizierung jedweden Marktverhaltens in kompetitiv und restriktiv gelingen kann und eine Beurteilung des Einzelfalles erübrigen würde, muß angesichts unseres derzeitigen Wissensstandes allerdings ebenso bezweifelt werden.

5. Schlußbemerkung

Jedes Leitbild gibt dem Begriff Wettbewerb einen unterschiedlichen Inhalt, ohne daß jeweils eine explizite Begriffsdefinition erfolgte. Die Konsequenzen des jeweiligen Wettbewerbsverständnisses legen der Wettbewerbspolitik spezifische Handlungsempfehlungen nahe, die jedoch meist nicht erfahrungswissenschaftlich fundiert sind. Trotz des begrenzten Wissensstandes ist aus wettbewerbspolitischer Sicht ein Handlungsbedarf zu bejahen. Die Grenzen zur Überschreitung des ordnungspolitischen Rubikons sind allerdings eng gesteckt. Daher sollte auch angesichts des Interesses an größerer Rechtssicherheit bei der Handhabung des GWB und dessen weitreichenden ordnungspolitischen Konsequenzen über die verstärkt normativ-funktionale Ausgestaltung des Kartellrechts nachgedacht werden.

---

[62]) *Gotthold*, J., Neuere Entwicklungen der Wettbewerbstheorie, Kritische Bemerkungen zur neo-neoliberalen Wettbewerbspolitik, in: ZHR 145, 1981, S. 286 ff. und *Möschel*, W., Neuere Entwicklungen der Wettbewerbstheorie, Kritische Bemerkungen zu kritischen Bemerkungen, in: ZHR 145, 1981, S. 590 ff.