

# OTTO SCHLECHT

## Entscheidungslinien der deutschen Wettbewerbspolitik

### I. Einführung

Wettbewerbspolitik hat ihren Standort zwischen allgemeiner Ordnungspolitik und speziellem Wettbewerbsrecht. Sie kann sich nur auf dem Boden entfalten, den die Ordnungspolitik bereitet hat. Die Früchte, welche die Wettbewerbspolitik hervorbringt insbesondere das Wettbewerbsrecht -, sind daher abhängig von der Qualität des ordnungspolitischen Bodens, der in Deutschland lange Zeit sehr steinig war (vgl. Möschel, 1988, S. 707 ff.). Entsprechend lange hat es gedauert, bis hierzulande der Boden aufbereitet war, und das Pflänzchen "Wettbewerbsrecht" gedeihen konnte. Jetzt aber hat es sich zu einem kraftvollen Organismus entwickelt.

## II. Die Grundentscheidung für eine aktive staatliche Wettbewerbspolitik in Deutschland

Wettbewerbspolitik und Kartellrecht sind Begriffe, die erst im Nachkriegsdeutschland ihren Platz gefunden haben. In der Weimarer Republik, in der zumindest in der zweiten Hälfte der zwanziger Jahre (Kartellenquete, Salzburger Juristentag) eigentlich gute Chancen für die Entwicklung einer Wettbewerbspolitik und eines Kartellrechts bestanden, sind diese Ansätze zwischen den "Mühlsteinen" (Nörr, 1988, S 24, S 143 ff.) der zwangskartellierenden Politik vor dem und im Ersten Weltkrieg (für die Entwicklung vor 1914 vgl. Schröder, 1988) und der nationalsozialistischen Zeit zerrieben worden. Die Kartell-VO von 1923, oft als Vorläufer der späteren Entwicklung (Herdzina, 1991, S. 126) genannt, bleibt letztlich reines Kartellorganisationsrecht und somit Gesellschaftsrecht der Kartelle: ein Mißstand wurde verwaltet, anstatt ihn zu beseitigen.

Kartellrecht etablierte sich hierzulande erstmals nach dem Zweiten Weltkrieg in Form des alliierten - insbesondere amerikanischen - Entflechtungs- und Dekartellierungsrechts. Die Besatzungsmacht hatte bei seinem Erlaß freilich anderes im Sinn als eine funktionierende Wettbewerbsordnung in Deutschland. Ziel war die dauerhafte Zerschlagung des deutschen Industriepotentials, allerdings auch die Öffnung der bis dahin abgeschotteten deutschen Märkte. Daß hiervon langfristig auch wertvolle positive Impulse ausgehen würden war damals den wenigsten klar. Drastisch formuliert: die Anfänge einer aktiven Wettbewerbspolitik in Deutschland sind weder von Deutschen noch zum deutschen Wohle gemacht worden.

Rückblickend betrachtet lag deren Einfluß aber weniger im Bereich der Wettbewerbspolitik in einem engeren, auf ein

Wettbewerbsrecht abzielenden Sinne, als vielmehr Vordenkerrolle für einen umfassenden, ordnungspolitischen Gesamtansatz. Dementsprechend lagen Erhards große und bleibende Leistungen nicht in der Schaffung des erst 1957 verabschiedeten und bis dahin im Vergleich zum Josten-Entwurf von 1949 und den Regierungsentwürfen von 1952 und 1954 stark zerrudeten und ausgedünnten GWB, sondern in dem kühnen Wurf, welcher in der im Zuge der Währungsreform erfolgten Abschaffung der Preis- und Mengenregulierungen und dem Übergang zu einem System der freien Marktpreisbildung bestand (Schlecht, 1989a, S. 309f)

Erheblichen Einfluß übte die Freiburger Schule auf die Wettbewerbstheorie aus; sie prägte den politischen Wirtschaftsliberalismus in Deutschland. Mittlerweile ist eine Generation der Söhne und Enkel herangewachsen, die das ordoliberalen Banner weiterträgt. Niemand, der sich ernsthaft mit Wirtschafts- und Wettbewerbspolitik in Deutschland beschäftigt, will heute mehr zurück zum Laisser-faire-Liberalismus des 19. Jahrhunderts, den Kardinal Höffner als Paläoliberalismus bezeichnet hat. Auch die Lehren der Chicago-School, mit ihrem weitgehenden Verzicht auf Strukturkontrolle und Kontrolle vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen, haben trotz ihrer akademischen Bedeutung keinen bestimmenden Einfluß auf die Wettbewerbspolitik gewonnen. Die Notwendigkeit einer aktiven staatlichen Wettbewerbspolitik zur Sicherung und Erhaltung der Institution "Wettbewerb", die Bejahung der Frage des "Ob" staatlicher Wettbewerbspolitik, ist heute im wesentlichen außer Streit. Dies ist bleibender Verdienst der Freiburger.

Wettbewerb ist eine Veranstaltung, die einen Rahmen benötigt, in dem sie sich vollziehen kann. Dies ist nicht möglich ohne die konstituierenden ordnungspolitischen Elemente, die Walter Eucken in seinen "Grundsätzen der Wirtschaftspolitik" aufgezeigt hat (Eucken, 1952, S. 254 ff.; vgl. auch Oberender, 1989; Starbatty,

1991). Absolute Priorität kommt dabei der Währungspolitik zu. Der Nationalsozialismus hinterließ 1945 eine "Währung", die diesen Namen nicht mehr verdiente, weil infolge zurückgestauter Inflation und Ersetzung des Marktmechanismus durch einen Zuteilungsmechanismus die Preisrelationen nicht mehr die Knappheitsrelationen der Güter wiedergaben. Dem mußte durch die Währungsreform 1948 ein Ende gesetzt werden.

Die zweite Euckensche Grundbedingung findet in Vertragsfreiheit und Privateigentum ihren Ausdruck; Mestmäcker hat sie zu Recht einmal als "Fixsterne" am Privatrechtshimmel bezeichnet (Mestmäcker, 1968, S. 238). Die Situation war insoweit nach 1945 günstig, als der Nationalsozialismus das Privateigentum an Produktionsmitteln sowie Grund und Boden weitgehend unangetastet gelassen hatte.

Zum Wettbewerb gehört schließlich auch die Möglichkeit, in ihm zu scheitern, mit der Folge des vom Wettbewerb erzwungenen Marktaustritts im schlimmsten Fall auch des Konkurses. Ein funktionsfähiges Insolvenzrecht ist daher eine notwendige Ergänzung zum Wettbewerbsrecht. Die seit über einem Jahrzehnt laufende Insolvenzrechtsreform muß deshalb zu Ende geführt werden.

### III. Grundfragen deutscher Wettbewerbspolitik

#### 1. Wechselnde Leitbilder - ein Ziel

Wettbewerb ist das systembegründende Prinzip der Marktwirtschaft. Dementsprechend ist es Aufgabe der Wettbewerbspolitik, dem Streben der Wirtschaftssubjekte nach Verringerung des Wettbewerbs Grenzen zu setzen (Tuchtfeldt, 1973, S. 178). Das Primärziel, an dem wir über fünf Jahrzehnte hinweg festgehalten haben, ist konsequenterweise der Schutz freier Wettbewerbsprozesse.

Ausgehend von dieser Zielbestimmung ergeben sich Folgefragen. Zum einen braucht der Wettbewerbspolitiker wie der Rechtsanwender eine Vorstellung von dem was Wettbewerb ist und wie er sich vollzieht. Er wird fragen, ob es ideale Marktformen gibt, innerhalb der sich Wettbewerb optimal entfalten kann. Zum anderen stellt sich die Frage nach den Sekundär- oder Metazielen, welche mit dem Schutz freier Wettbewerbsprozesse verbunden sind.

#### a) Die Marktformendiskussion

Die Marktformendiskussion der vergangenen Jahrzehnte (vgl. auch Schlecht, 1990, S. 74 ff.) läßt sich dahingehend zusammenfassen, daß wir heute wieder weit vorsichtiger formulieren als etwa vor zwanzig Jahren. Dem Leitbild der vollständigen Konkurrenz, welches noch dem Erlaß des GWB 1958 zugrunde gelegen hatte, folgte das in der Kantzenbach-These (Kantzenbach, 1967) von der optimalen Wettbewerbsintensität in weiten Oligopolen wurzelnde "neue Leitbild" der zweiten GWB-

Novelle (Karte, 1969). Die Ablösung war im wesentlichen bedingt durch die wachende Unzufriedenheit mit der Irrealität der Prämissen des Konzepts der vollständigen Konkurrenz und der völligen Ausblendung der dynamischen Funktionen des Wettbewerbs. Insoweit war sie Ausdruck berechtigter Kritik.

Aber auch das "neue Leitbild" war ein Kind seiner Zeit. Der Zusammenhang mit der damaligen Blüte der Konjunkturpolitik und mit dem Glauben an die "Machbarkeit" der Globalsteuerung ist unverkennbar. Den dynamischen Funktionen des Wettbewerbs wurde eine instrumentelle Rolle zur Sicherung der gesamtwirtschaftlichen Ziele zugewiesen (vgl. Schlecht, 1967). Die Problematik eines möglichen Konflikts, solcher Instrumentalisierung mit dem Freiheitsziel einer Wettbewerbsordnung drang erst allmählich ins Bewußtsein. Das Henne-Ei-Problem der Wettbewerbstheorie, das Verhältnis von Marktstruktur und Marktverhalten wurde etwas vorschnell in eine Erhebung der Marktstruktur zur Kausaldeterminante für Marktverhalten und Marktergebnis aufgelöst, ohne die komplexe Verknüpfung der Kriterien mit all ihren Rückkoppelungseffekten voll zu realisieren. Ungeachtet aller Zeitbedingtheiten verdanken wir diesen Strömungen aber wichtige Einsichten in die Dynamik des Wettbewerbsprozesses, in seinen Charakter als Vorstoß und Verfolgungsjagd.

Die grundsätzliche Richtigkeit eines an der Dynamik des Wettbewerbs ausgerichteten Ansatzes wird bestätigt durch die wettbewerbs-theoretischen Fortentwicklungen der achtziger Jahre (Baumol, Panzar und Willig, 1982; Tirole, 1988), die sich verstärkt des - ungelösten - Grundproblems der zeitlichen Dimension des Wettbewerbs annahmen, die Bedeutung potentiellen Wettbewerbs (hierzu auch von Gamm, 1988) hervorhoben, statische Marktstrukturkriterien wie das Marktanteilskriterium tendenziell abschwächten und die Bedeutung von Marktschranken für die

Bildung von Marktmacht herausarbeiten. Die deutsche Wettbewerbspolitik bleibt daher einer dynamischen Wettbewerbskonzeption verpflichtet, auch wenn eine Präferenz für eine spezielle Marktform nicht mehr besteht. Ohnehin darf nicht übersehen werden, daß der Einfluß; der Marktformendiskussion auf die praktische Rechtsanwendung recht begrenzt geblieben ist.

## b) Die Schutzziele

Ähnliches gilt auch für die Debatte um die Schutzziele des Wettbewerbsrechts (vgl. Möschel, 1991; Schlecht, 1990, S. 66 ff.). Die kartellrechtsanwendende Praxis hat sich hier vorrangig am Primärziel des Schutzes des Wettbewerbsprozesses orientiert und damit insgesamt über die Jahre hinweg gute Ergebnisse erzielt. Dies trifft auch zu für die Ebene des europäischen Wettbewerbsrechts in seiner Anwendung durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH), von dem schon angesichts seiner Zusammensetzung und Art der Willensbildung die Verständigung auf eine einheitliche Wettbewerbskonzeption noch weniger zu erwarten ist und der sich infolgedessen pragmatisch zwischen den Polen "Freiheit" und "Effizienz" orientiert, wie es jüngst das ehemalige deutsche Mitglied des Gerichtshofes ausgedrückt hat (vgl. Everling, 1990, S. 1008). Schließlich läßt sich zunehmend beobachten, daß Freiheit und Effizienz jedenfalls bis zu einem gewissen Grade keinen Widerspruch bilden. Wer die Effizienzorientierung in den Vordergrund rückt, muß auch einen freien Wettbewerbsprozeß schützen, weil dieser am ehesten zu letztlich koordinations-effizienten Ergebnissen führt. Umgekehrt kommen die Apologeten des Konzepts der Wettbewerbsfreiheit letztlich ebenfalls nicht ohne eine gewisse "Befleckung" ihres Konzepts durch Effizienzgesichtspunkte aus, weil die Setzung des

wettbewerbsrechtlichen Regelwerkes, innerhalb dessen sich freie Wettbewerbsprozesse bilden, von Effizienzgesichtspunkten bestimmt wird, und bei Wettbewerbsfreiheit jeder Marktbeteiligte diejenige Transaktion vornehmen kann, welche für ihn aus einer subjektiven Ex-ante-Betrachtungsweise die beste Möglichkeit repräsentiert, was letztlich zu Koordinationseffizienz führt (Schmidtchen, 1988, insbesondere S. 119 ff.; Möschel, 1991, insbesondere S. 414 ff.). An diesen Zusammenhängen hat sich auch die deutsche Wettbewerbspolitik orientiert.

## 2. Das Verhältnis der Wettbewerbspolitik zu außerwettbewerblichen Zielsetzungen

Die vorangegangenen Überlegungen leiten über zu der Frage, inwieweit Wettbewerbspolitik offen für außerwettbewerbliche Zielvorstellungen sein kann und darf, und inwieweit sich hier Zielkonflikte ergeben. Die Einfallstore für solche außerwettbewerblichen Ziele im deutschen Kartellrecht sind bekannt: Gemeinwohlbelange jeder Art im Rahmen der SS 8 und 24 Abs. 3 GWB, Gesichtspunkte des Mittelstandsschutzes bei S 5b, S 5c GWB, der Sozialpolitik bei S 4 und der Kulturpolitik bei S 16 GWB.

### a) Industriepolitik - ein bleibender Konflikt

Befürchtungen, daß sich die beiden Ministererlaubnistatbestände im GWB (S 8 und S 24 Abs. 3) zu Kompetenztiteln für eine staatliche Industriepolitik entwickeln würden, haben sich nicht bewahrheitet. Selbst engagierte



Verfechter einer konsequenten wettbewerblichen Orientierung (Möschel, 1990, S. 162; Emmerich, 1991, S. 25.1, S. 420) attestieren dem Bundeswirtschaftsministerium insoweit Standfestigkeit, welche; sich, in einer restriktiven Praxis niederschlagen und die relevanten Sachverhalte schon zahlenmäßig begrenzt hat. Der vielleicht umstrittenste Sachverhalt, Daimler-Benz/MBB, bildet kein wirkliches Gegenargument. Er betraf - schon wegen der Atypik der betroffenen Märkte, den mit ihm verbundenen Implikationen im Subventionsbereich und wegen des außerordentlichen staatlichen Engagements in dieser Sache - einen Sonderfall, von dem rückblickend keine Signalwirkung ausgegangen ist. Eine solche Konstellation sollte meines Erachtens auch einmalig bleiben. Die Politik sollte sich nicht als Konzernschmiede verstehen.

Gleichwohl bleiben industrie- und strukturpolitische Tendenzen eine bleibende Herausforderung für die deutsche Wettbewerbspolitik. Zwar haben sich die Spitzenverbände der deutschen Industrie im Verlauf der Nachkriegszeit zu entschiedenen Befürwortern einer auf unverfälschtem Wettbewerb aufgebauten Wirtschaftsordnung entwickelt. Andererseits ist auch nach fast zehn Jahren Politik der "Wende" und marktwirtschaftlicher Erneuerung die Aufgabe eines Zurückfahrens der seit 1966 eingeleiteten strukturpolitischen Eingriffe in einzelnen Krisenbranchen ungelöst. Der Subventionsabbau kommt nur allmählich voran und droht immer wieder an Besitzstandsinteressen einzelner Kreise zu scheitern. Die Wettbewerbspolitik muß hier beharrlich und immer wieder darauf hinweisen, daß die langfristigen Folgen einer Interventionsabstänze die kurzlebigen Erfolge staatlicher Strukturkonservierungen bei weitem überwiegen. Seit der Wiedervereinigung Deutschlands werden uns von verschiedenen Seiten wieder verstärkt unmittelbare Eingriffe des Staates

zugunsten einzelner Unternehmen oder Wirtschaftszweige angesonnen. Es ist das Verdienst der Bundesregierung und der Treuhandanstalt, sich bislang diesen Tendenzen erfolgreich widersetzt zu haben. Wir dürfen nicht abermals in Subventionsfallen tappen, sondern müssen aus den Erfahrungen im Westen lernen. Diese Aufgabe ist nicht einfach. Aber die deutsche Wettbewerbspolitik muß sich ihr auch in Zukunft stellen, will sie ihre Glaubwürdigkeit erhalten.

Auch auf europäischer Ebene drohen Gefahren. Einige Mitgliedstaaten sehen das Wettbewerbsrecht als Instrument zur Durchsetzung konkret vorgegebener, staatlicher Ziele. Sie befrachten das Rechtsgebiet mit bestimmten sozial-, arbeitsmarkt- oder mittelstandspolitischen Vorgaben, verändern damit den eigentlichen Schutzzweck des Wettbewerbsrechts und entkräften seine freiheitssichernde Funktion. Bei diesem Ansatz wird Wettbewerbspolitik zum Mittel staatlicher Lenkungs politik. Derartige industriepolitische Zielsetzungen sind mit unseren ordnungspolitischen, vorstellungen unvereinbar.

Deshalb ist es für uns eine ständige Aufgabe, bei den europäischen Partnern und der EG-Kommission ordnungspolitische Überzeugungsarbeit zu leisten. Das Wettbewerbsrecht verliert Kraft und Wirkung, wenn nicht die Erhaltung des Wettbewerbs ohne wenn und aber im Vertrauen auf die Ergebnisse dieses "Entdeckungsverfahrens" im Mittelpunkt steht sondern Wettbewerbspolitik dazu mißbraucht wird, bestimmte politische Ziele durchzusetzen. Die wohlstandssteigernde Dynamik des Wettbewerbs wird gesichert, wenn die Märkte für neue Konkurrenz durch neue Anbieter und neue Produkte offen sind. Kontrolle und Lenkung durch den Wettbewerb ist staatlichen Lenkungsmechanismen weit überlegen.

In letzter Zeit werden Stimmen laut, die zum industriepolitischen Abwehrkampf gegen die amerikanisch-

japanische Herausforderung blasen. Sie reichen von den Vorstellungen der französischen Premier-ministerin Cresson bis hin zu inländischen Rufen nach einem "MITI" oder gar einer Abwehrschlacht, getragen von einer symbiotischen Allianz der EG-Mitgliedstaaten mit ihren Industrien sowie dieser Industrien untereinander (Dürr, 1988; Seitz, 1991, insbesondere S. 343 ff.). Ich halte solche Politikempfehlungen für falsch und gefährlich, und zwar nicht, weil ich die bestehende Herausforderung etwa in Zweifel ziehe, sondern weil derartige Denkmuster auf sehr dürftiger Plausibilitätsgrundlage an den Grundfesten deutscher Wirtschafts- und Wettbewerbspolitik rütteln und die Grundprinzipien unserer Marktwirtschaft letztlich zur Disposition stellen. Die Devise muß vielmehr lauten: Festhalten am Wettbewerbsprinzip und Intensivierung dieses Prinzips dort, wo es in der Vergangenheit außer Kraft gesetzt war und infolgedessen Ermüdungstendenzen eingetreten sind!

b) Konjunkturpolitik - bloß zeitbedingte Erscheinung?

Konjunkturpolitik (dazu ausführlich Schlecht, 1990, S. 89ff.; 1989a, S. 312; 1967 gerät einmal dann in einen Zielkonflikt zur Wettbewerbspolitik, wenn sie beginnt, den Ordnungsrahmen zu beschädigen. Konjunkturpolitik gleicht einem Rauschmittel, das kurzfristig und wohl-dosiert zur Linderung extremer Beschwerden eingesetzt werden kann, längerfristig jedoch den Gesamtorganismus schädigt und zu Abhängigkeit führt. Eine solche Schädigung - betroffen waren unter anderem die Währungsstabilität, die Solidität der Staatsfinanzen und die Leistungsfähigkeit der sozialen Sicherungssysteme - stand am Ende der Globalsteuerungspolitik der siebziger Jahre, die sich euphorisiert durch erste Erfolge des konjunkturpolitischen

Instrumentariums in den Rezessionsjahren 1966/67, zu immer unmäßigeren Dosierungen bei der Verabreichung der Konjunkturspritzen verstanden hatte. Die Überdosierung der Konjunkturpolitik führte schließlich nicht nur zu einer Überbelastung der Staatsfinanzen, sondern auch zu einer Umschichtung innerhalb der Ausgabenanteile zugunsten des konsumtiven Sektors mit all seinen Auswirkungen auf die Funktionsfähigkeit des Marktmechanismus.

Zum anderen wurde die Wettbewerbspolitik bisweilen zugunsten der Konjunkturpolitik instrumentalisiert und ihr die Rolle eines Mittels zur Effektivierung der Konjunkturpolitik zugewiesen (vgl. Schlecht, 1967, S. 8ff.). In der Sache hatte dies bestenfalls ambivalente Folgen. So war etwa die wettbewerbspolitisch begrüßenswerte Abschaffung der Preisbindung für Markenartikel sicherlich auch durch das seinerzeit in die konjunkturpolitische Landschaft passende Ziel motiviert, die gesamtwirtschaftliche Nachfrage für ein - sich als Folge der Abschaffung der Preisbindung ergebendes generell niedrigeres Preis-niveau auf diesem Sektor anzukurbeln. Doch blieb solcher Gleichlauf von wettbewerbs- und konjunkturpolitischer Zielsetzung begrenzt; Selbststeuerung durch Wettbewerb und Fremdsteuerung durch konjunkturpolitisch motivierte Prozeßeingriffe des Staates sind, anders als man seinerzeit annahm, nur eingeschränkt harmonisierbar. Eine Wettbewerbspolitik, welche sich vorgegebenen, von der Konjunktur-politik formulierten Zielen unterordnen würde, verlöre ihre Eigenständigkeit und würde anstelle von gebotener langfristiger Stetigkeit das Schielen auf kurzfristige gesamtwirtschaftliche Effizienzmaximierung setzen.

c) Interessenpolitische Anfechtungen: Mittelstandspolitik als Beispiel

Die Wurzeln einer Öffnung der Wettbewerbspolitik für Mittelstandsschutzgesichtspunkte liegen in den sechziger Jahren und verbinden sich mit den Begriffen "Kooperation" und "Kooperationsfibel", und schließlich mit dem des "strukturellen Nachteilsausgleichs" (zur Entwicklung vgl. auch Schlecht, 1975, S. 17ff.). Am Anfang, in den frühen sechziger Jahren, stand die Erkenntnis, daß das grundsätzliche Kartellverbot bei fehlender Fusionskontrolle (bis 1973) kleine und mittlere Unternehmen, denen ein Ausweichen in die Unternehmenskonzentration in aller Regel nicht zur Verfügung steht, ungleich härter trifft als Großunternehmen. Dem sollte mit einer Erleichterung der Kooperation mittelständischer Unternehmen begegnet werden; eine erste Anerkennung erfuhr der Kooperationsgedanke mit der Herausgabe der im Bundesministerium für Wirtschaft konzipierten "Kooperationsfibel", einer Zusammenstellung von Kooperationsformen, welche mangels Wettbewerbsbeschränkung nicht unter das Kartellverbot fallen. Nächste Stationen dieser Kooperationserleichterungen waren die - freilich nicht allein auf mittelständische Unternehmen bezogene - Einführung des § 5 a GWB durch die erste Kartellnovelle 1965 und schließlich des § 5 b GWB durch die zweite Novelle 1973. Letztere erfolgte zusammen mit der Fusionskontrolle, welche im Laufe der Zeit eine Anwendungsschärfe entwickelte, die den Ausgangsgedanken der Kooperationserleichterungen zumindest relativierte. Angesichts einer Konzentrationswelle im Handel, die durch das Fusionskontrollrecht nicht aufzuhalten war, da sie mit fortbestehendem intensiven Wettbewerb einherging und Ausdruck des in den siebziger und achtziger Jahren voranschreitenden Strukturwandels war, tendierten Mittelstandskreise zunehmend

dazu, aus dem Kooperationsgedanken Forderungen nach einer Art Gegenmachtkonzept und nach Strukturschutz abzuleiten (Schlecht, 1986). Instrumentalisierungen des Baurechts (BauNV0) waren ebenso wie der mit der vierten Novelle 1980 ins Gesetz gekommene § 37 a Abs. 3 GWB Ausdruck dieser Tendenzen. Als letzterer nicht griff, wurden Forderungen nach einer Sektoralisierung der Fusionskontrolle, einem Verbot des systematischen Verkaufs unter Einstandspreis und einem allgemeinen Diskriminierungsverbot laut. Aufgabe der Wettbewerbspolitik in dieser Situation war es, immer wieder darauf hinzuweisen, daß Wettbewerbspolitik nicht die Existenz des einzelnen Unternehmens, sondern die Effizienz des marktwirtschaftlichen Systems garantieren will. Gemessen an dem, was drohte, war die dann - anfänglich gegen unseren Widerstand - initiierte Novelle von 1989 mit der Einführung der neuen §§ 5 c und 26 Abs. 4 und 5 GWB sowie eher marginalen Korrekturen am Marktbeherrschungsbegriff wenngleich ein Kompromiß, so doch insgesamt noch verantwortbar. Das Ziel kann insofern auch für die Zukunft nur lauten: Kooperation ja - Strukturkonservierung nein!

### 3. Die leidige Frage der Ausnahmereiche

Obwohl die Bekämpfung von Bereichsausnahmen eine alte Forderung ordoliberaler Geister darstellt und beim Erlaß des GWB durch die § 99ff. GWB oder durch Sondergesetze immerhin ein Kuchenstück von rund vierzig Prozent des Sozialprodukts ganz oder teilweise aus dem allgemeinen Kartellrecht herausgenommen wurde, hat es verhältnismäßig lange gedauert, bis die Ausnahmereiche sich zu einem Zentralpunkt der wettbewerbspolitischen Diskussion entwickelten. Dies geschah im

wesentlichen erst im Verlauf der achtziger Jahre, sicherlich auch unter dem Eindruck des englischen Thatcherismus in den Jahren nach 1979 und des Machtwechsels in Amerika (1981). Die theoretische Diskussion führte in vielen Feldern zu einer kritischeren Sicht der zur Rechtfertigung der Ausnahmebereiche vorgebrachten Freistellungsargumente (exemplarisch etwa - für den Bereich der Versicherungswirtschaft - die Arbeiten von Hollenders, 1985; Schwintowski, 1987). Erheblicher Druck auf die Ausnahmebereiche des nationalen deutschen Rechts ergab sich insbesondere vom EG-Recht her, das keine Ausnahmebereiche für die Geltung der Wettbewerbsregeln kennt. Dieser Druck hält unvermindert an und wird in der Zukunft zu einer weiteren Zurückstutzung der Bereichsausnahmen führen. Dabei ist nicht zu verkennen, daß wir bislang in den verschiedenen betroffenen Bereichen unterschiedlich weit vorangekommen sind. Im Bereich Banken und Versicherungen sind wir mit der fünften Novelle vor dem Hintergrund einer vorangegangenen entsprechenden Kommissionspraxis auf der Ebene des europäischen Wettbewerbsrechts vom Mißbrauchs- zum Verbotsprinzip übergegangen. Die Sonderstellung für Banken ist weitgehend beseitigt. Im Bereich Versicherungen wird der Binnenmarkt die noch bestehenden Ausnahmen weiter relativieren.

Im Bereich der Energie- und Verkehrswirtschaft waren die Fortschritte dagegen geringer. Zwar brachte schon die vierte Kartellnovelle 1980 im Bereich Energiewirtschaft eine zeitliche Begrenzung der Laufzeit von Demarkations-, Konzessions- und Verbundverträgen; die Möglichkeiten einer kartellbehördlichen Aufsicht im Rahmen, von § 103a. GWB wurden durch die fünfte Novelle intensiviert, die Konzessionsverträge, träge jedoch weitgehend unbehelligt gelassen. Hier hätten wir uns sicher mehr gewünscht. Ein Aufbrechen des Systems der geschlossenen Versorgungsgebiete ist bislang noch nicht gelungen. Die

traditionelle deutsche Energiepolitik (System der Gebietsmonopole, Abschottung des deutschen Kohlemarktes, gekoppelt mit exorbitanten Subventionierungen, Autarkiedenken) läuft einer Politik, die auf Ermöglichung und Intensivierung von Wettbewerb im deutschen und europäischen Rahmen zielt, diametral entgegen. Die Widerstände, auf die eine aktive Wettbewerbspolitik hier trifft, sind erheblich. Langfristig jedenfalls, das lehren schon die Erfahrungen mit dem EG-Recht auf anderen Feldern, sind auch hier wettbewerbliche Strukturen nicht aufzuhalten.

"Ausnahmebereiche" beruhen nicht lediglich auf den Bestimmungen des §§ 99ff GWB. Außerhalb des GWB existieren eine Reihe von Sondergesetzen, die Wettbewerb auf bestimmten Feldern unterbinden oder doch stark behindern. Das Thema "Ausnahmebereiche", dies wird dabei deutlich, ist eingebettet in den weiter zu ziehenden Problembereich "Regulierungen". Ich will hier nur die Beispiele Telekommunikation und Rundfunk kurz herausgreifen.

Im Bereich der Telekommunikation war die Postreform von 1989, die eine Liberalisierung des Endgerätemarktes brachte, ein erster Schritt - aber nur ein erster. Die Monopolkommission (1991) hat jüngst - vor dem Hintergrund der desolaten Fernmeideinfrastruktur-situation in den neuen Ländern und bereits viel weitergehenden Reformen etwa in Großbritannien - zusätzliche Liberalisierungen mit dem Ziel eines Netzwettbewerbs angemahnt. Sie schlägt ein zweistufiges Verfahren vor und plädiert für eine Ausschöpfung der über § 2 Abs. 1 FAG schon jetzt bestehenden Potentiale für die Entwicklung von Privatinitiative, langfristig für eine Überführung des Netz- und Telefondienstmonopols in Wettbewerbslösungen. Bislang besteht lediglich ein erster Ansatz in diese Richtung durch die Mobilfunknetzlicenzvergabe an die Mannesmann Mobilfunk



GmbH. Hier müssen wir auf dem von der Monopolkommission aufgezeigten Weg weiterkommen.

Im Rundfunkbereich wird der Rahmen, innerhalb dessen sich Wettbewerb vollziehen kann, derzeit in mindestens gleichem Ausmaß wie durch die Politik durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Art. 5 GG in seinen mittlerweile sechs Rundfunkurteilen geprägt. Diese orientiert sich bislang - trotz einer Öffnung des Rundfunksektors für private Veranstalter - eher an der Staatsfreiheit der Berichterstattung und der Rezipientenfreiheit denn an der Rundfunkveranstalterfreiheit; dementsprechend liest sie aus Art. 5 GG neben dem Grundversorgungsauftrag der öffentlich-rechtlichen Anstalten eine Bestands- und Entwicklungsgarantie des öffentlich-rechtlichen Rundfunks heraus (vgl. zuletzt 6. Rundfunkurteil BVerfG NJW 1991: WDR-Gesetz). Der Wettbewerbspolitiker würde sich wünschen, daß diese den Rundfunksektor so eminent prägende Rechtsprechung bei entsprechender Gelegenheit den Stellenwert der Rundfunkveranstalterfreiheit - welche Teilaspekt der Wettbewerbsfreiheit ist - stärker als bisher betonen und so dem Wettbewerbsprinzip auch in diesem Bereich eine noch höhere Bedeutung beimessen würde.

#### 4. Die Rolle des Staates

Bestands-, Entwicklungs- und Strukturgarantien für einzelne Unternehmen sind nicht die Aufgabe staatlicher Wettbewerbspolitik. Aktive Wettbewerbspolitik heißt vielmehr, daß der Staat als Schiedsrichter ins Wettbewerbsgeschehen eingreift - nicht aber, daß er sich im Trikot einer Mannschaft selbst an diesem Spiel beteiligt, und schon gar nicht, daß er die Ergebnisse dieses Spiels, wenn sie ihm nicht gefallen, korrigiert

und manipuliert. Das Spiel darf auch nicht durch diskretionäre politische Eingriffe in seinem Fluß unterbrochen werden. Dies impliziert größte Zurückhaltung bei der Prozeßsteuerung ebenso wie grundsätzliche Trennung von Wirtschafts- und Wettbewerbspolitik einerseits und staatlicher Wettbewerbsaufsicht in Form der Einzelfallkontrolle andererseits. Die Entscheidung für ein unabhängiges und gerichtsähnlich organisiertes Kartellamt im GWG von 1958 darf mit Fug und Recht als eine der weisesten Entscheidungen des damaligen Gesetzgebers bezeichnet werden. Das Amt hat unter seinen Präsidenten Eberhard Günther und Wolfgang Kartte bis heute hervorragende Arbeit geleistet. Gleiches gilt für die Gerichte (zur Entwicklung der Wettbewerbsrechtsprechung vgl. Tilmann, 1987, S. 467ff.). Das Amt arbeitet de facto weisungsfrei und selbständig, Spannungen zum Ministerium sind sporadische Ausnahmen geblieben, (Geberth, 1991). Seiner so verstandenen Schiedsrichterrolle ist der Staat also gerecht geworden. Ähnliches kann man, mit Abstrichen, auch von der Setzung des Ordnungsrahmens sagen. Dagegen beteiligt sich der Staat auch nach über dreißig Jahren Wettbewerbsgesetzgebung in Deutschland noch immer in zu weitem Umfang selbst am Spiel. Privatisierung und Entstaatlichung sind bleibende Postulate. Die Staatsquote muß weiter zurückgeführt, vom Staat regulierte und monopolisierte Märkte müssen dem Wettbewerb geöffnet und staatlich gesetzte oder initiierte Marktzutrittsbeschränkungen abgebaut werden. Hier gibt es noch sehr viel Handlungsbedarf.

## 5. Wirtschaftliche Macht

Das Problem der Banken- und Industriemacht und ihrer Domestizierung ist alt und in den vergangenen vierzig Jahren

immer wieder wellenförmig nach oben geschwappt, meist anlässlich von "Elefantenhochzeiten" oder der Neubesetzung von Vorstandsstühlen deutscher Großunternehmen unter dem Einfluß großer Banken. Das Problem ist komplex und betrifft nicht allein Wettbewerbspolitik und Wettbewerbsrecht, sondern die gesamte Wirtschafts- und Ordnungs-politik mit Ausstrahlungswirkungen in viele Rechtsbereiche wie etwa das Gesellschafts-, Banken- und Steuerrecht.

Eine Lehre, welche wir aus mehreren Jahrzehnten Wettbewerbs-politik und Kartellrechtsanwendung ziehen können, ist: Wirtschaftliche Macht ist nicht identisch mit schierer Größe, sondern kommt eher in den relativen Größenverhältnissen zum Ausdruck, vor allem aber im Fehlen wirksamen Wettbewerbs. Wettbewerb ist noch immer das beste wirtschaftliche "Entmachtungsinstrument" (Böhm, Eucken), das wir kennen. Politik kann sich ihrem Ziel auf zwei verschiedenen Wegen nähern: sie kann sich in erster Linie gegen die Mißbräuche vorhandener "Machtkörper" wenden, oder bereits die Entstehung solcher "Machtkörper" verhindern. Eucken hielt nur letzteres für den richtigen Weg (1952, S. 172). Das deutsche und auch das europäische Kartellrecht ist tendenziell ein Mix aus beiden Möglichkeiten.

#### IV. Zur Ausgestaltung und Entwicklung des kartellgesetzlichen Instrumentariums

##### 1. Kartellverbot

Im Bereich horizontaler Verhaltenskonzertierungen stand am Anfang die Entscheidung für ein Perse-Verbot, statt einer bloßen Mißbrauchsaufsicht, und damit für eine Machtverhinderungsstrategie in dem von Eucken geforderten Sinne. Trotz aller Einschränkungen infolge zugelassener Durchbrechungen des Kartellverbots hat diese Grundentscheidung nach wie vor richtungsweisenden Charakter. Deutschland ist nach fast 35 Jahren GWB kein "Land der Kartelle" mehr. Das Kartellverbot wurde in der zweiten Novelle (1973) durch § 25 Abs. 1 GWB ausgebaut, der im wesentlichen deshalb nötig geworden war, weil sich die Rechtsprechung zu § GWB nicht vom bürgerlich-rechtlichen Vertragsbegriff emanzipieren konnte. Auf europäischer Ebene gilt ebenfalls seit 1958 mit Art. 85 Abs. 1 EWGV das Verbotsprinzip, und zwar ohne gesetzliche Durchbrechungen in der Form von Ausnahmereichen. Das Verbotsprinzip hat sich als äußerst erfolgreich erwiesen. Reformbedarf besteht hier nicht.

##### 2. Verhaltenskontrolle

Die in § 22 GWB normierte Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen war ursprünglich als eine der zentralen Säulen des Kartellrechts gedacht. Nach über dreißig Jahren Kartellrechtsanwendung muß man wohl eingestehen, daß Ergebnisse in diesem Bereich hinter den Erwartungen zurückgeblieben sind. Dies ist um so bemerkenswerter, als der

Adressatenkreis der Vorschrift schrittweise erweitert wurde, der Bereich mißbräuchlicher Verhaltensweisen durch die Einführung einer Generalklausel in der ersten Novelle ausgedehnt und der Mißbrauchs begriff durch die Rechtsprechung und die Einführung von gesetzlichen Regelbeispielen allmählich präzisiert wurde. Bereits in den sechziger Jahren hatte sich gezeigt, daß die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen kein Ersatz für die bis 1973 noch fehlende Fusionskontrolle sein konnte.

Mit schärfer werdenden Wettbewerb aufgrund der veränderten Konjunktursituation wandte sich das Hauptinteresse sodann dem genteiligen Phänomen zu, nämlich den sogenannten systematischen Verkäufen unter Einstandspreis. Sahen die einen darin nur eine besondere Form des Preiswettbewerbs und Ausdruck wettbewerblicher Leistungsfähigkeit, so erhoben andere gegen derartige Praktiken den Vorwurf des Behinderungs mißbrauchs und vorderten ein ausdrückliches gesetzliches Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis. Der Bundeswirtschaftsminister stand einer derartigen weiteren Verschärfung der Verhaltenskontrolle skeptisch gegenüber (vgl. Schlecht, 1986), zumal die sogenannte "Handelsproblematik" eingebettet war in einen auf den Zuspruch der Verbraucher stoßenden und sowohl ursachen- als auch ablaufmäßig schwer analysier- oder prognostizierbaren Umstrukturierungsverlauf. Als die fünfte Kartellnovelle nicht mehr zu verhindern war, mußte es das Ziel einer primär am Schutz des Wettbewerbs und nicht der Wettbewerber orientierten Wettbewerbspolitik sein, Extrempositionen zu verhindern und ein Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis sowie allgemeines Diskriminierungsverbot aus dem Gesetz fernzuhalten. Die fünfte Novelle ist deshalb auch danach zu beurteilen, was sie nicht enthält. Der ordnungspolitische Rubikon ist nicht überschritten worden, aber die Wasser umspülen die Füße der Wettbewerbspolitik. Auch die

Mittelstandspolitiker sollten erkennen, daß eine weitere Einschränkung unternehmerischer Handlungsspielräume das Gesamtsystem Wettbewerb entscheidend schwächen könnte - auch zum Nachteil mittelständischer Unternehmen.

Eine - anders als die allgemeine Mißbrauchsaufsicht des § 22 Abs. 5 GWB höchst erfolgreiche - Seite der Verhaltenskontrolle bildet das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 GWB, das sich von der Verfahrensquantität her zu der wohl mit Abstand praxisrelevantesten Bestimmung des GWB entwickelt hat und in der Sache wesentlich zu einer Intensivierung des Wettbewerbs auf den Handelsmärkten beiträgt. Das Zurückfahren des vertikalen Behinderungs- und Diskriminierungsverbots für relativ marktstarke Unternehmen auf den Schutz kleiner und mittlerer Unternehmen durch die fünfte Novelle ist nicht Ausdruck einer grundsätzlichen Skepsis diesem Instrument gegenüber, sondern soll es auf Fallgestaltungen konzentrieren, in denen der Wettbewerbsdruck nicht schon von selbst hinreichende Kontrollfunktionen entfaltet. Allerdings besteht Beobachtungsbedarf. Die erweiterten Möglichkeiten zum Aufbau selektiver Vertriebssysteme darf nicht zu dem von Kritikern befürchteten systematischen Ausschluß von Wettbewerb verbunden mit Preissteigerungen führen.

### 3. Fusionskontrolle

Fusionskontrollpolitik ist Politik zur Verhinderung der Entstehung übermächtiger wirtschaftlicher "Machtkörper" im Euckenschen Sinne und damit ein Kernstück jeder aktiven staatlichen Wettbewerbspolitik. Gleichwohl war sie sowohl auf deutscher wie europäischer Ebene ein "Nachzügler" und wurde erst in der zweiten Novelle 1973 sowie durch die EG-Fusionskontrollverordnung Nr. 4064/89 verwirklicht. Heute ist ein Stand erreicht der die Fusionskontrolle zum entscheidenden Glaubwürdigkeitstest der deutschen und europäischen Wettbewerbspolitik macht. Je plausibler und griffiger das fusionskontrollrechtliche Instrumentarium ausgestaltet ist, desto eher werden sich Forderungen nach einer Politisierung der Fusionskontrolle und nach dem Einbau gesellschaftspolitischer Kriterien abwehren lassen.

Die Widerstände gegen die Fusionskontrolle waren anfangs groß. Die noch im Regierungsentwurf des GWB enthaltene Zusammen-schlußkontrolle überstand das Gesetzgebungsverfahren nicht und hinterließ im GWB zunächst nur rudimentäre Spuren; in Form einer Anzeigepflicht für bestimmte Zusammenschlüsse. Eine Grundforde-rung ordoliberaler Wettbewerbspolitiker blieb so zunächst über die ersten fünfzehn Jahre des GWB hinweg unerfüllt. Die Diskussion um das "neue Leitbid" der Wettbewerbspolitik, die Fusionswelle der späten sechziger Jahre, das Scheitern einer schon damals auf Kom-missionsebene konzipierten EG-Fusionskontrolle und sicherlich auch Vorwürfe aus dem Ende der sechziger/Anfang der siebziger Jahre im Aufwind befindlichen linken politischen Spektrum, welche die Glaubwürdigkeit der marktwirtschaftlichen Ordnung anzweifelten, ha-ben dazu beigetragen, die Fusionskontrolle in der zweiten Novelle 1973 zu verwirklichen (näher Schlecht, 1975, S. 26ff.). Die

an-schließende fast zwanzigjährige Geschichte der Fusionskontrollpolitik ist eine solche der stetigen Verschärfungen und Verbesserungen, an deren Ende freilich ein Komplexitätsgrad der gesetzlichen Regelung steht, der seinesgleichen sucht. Sektoralisierungsbemühungen wurde erfolgreich widerstanden, eine Abkoppelung der Fusionskontrolle vom Marktbeherrschungsbegriff hat es mit Recht nicht gegeben; lediglich im Pressebereich, einem Markt mit vielerlei Besonderheiten, wurden im Zuge der dritten Novelle 1976 marktspezifische Regelungen getroffen. Deutliche Verschärfungen ergaben sich durch die vierte Novelle von 1980 (Ausdehnung der präventiven Kontrolle, Einführung der speziellen Fusionsvermutungen in § 23a GWB und Einschränkungen der Toleranzklauseln) sowie durch die fünfte Novelle von 1989. Sie brachte unter anderem die Ergänzung der Marktmachtkriterien um vertikale Elemente und den neuen Zusammenschlußtatbestand des § 23 II Nr. 6 GWB (dazu insbesondere Paschke, 1989). Insgesamt steht damit auf nationaler Ebene ein abgerundetes, geschlossenes Instrumentarium zur Verfügung, das im übrigen auch einer Ergänzung durch eine Entflechtungsregelung nicht bedarf (dazu Schlecht, 1990, S. 77)

Die Zukunftsaufgaben in der Fusionskontrolle liegen in einer Effektuierung der europäischen Fusionskontrolle, ihrer dauerhaften Verwurzelung in der europäischen Wettbewerbspolitik, in der Beseitigung von Wertungswidersprüchlichkeiten zwischen nationalem und EG-Fusionskontrollrecht und damit letztlich in einer Harmonisierung beider Rechtsmaterien. Dies führt zurück zur europäischen Dimension deutscher Wettbewerbspolitik.

## V. Wettbewerbspolitik im EG-Binnenmarkt



Auf der EG-Ebene stehen wir am Vorabend des europäischen Binnenmarktes. Die Gesamtentwicklung zu diesem gemeinsamen Markt war nach dem furiosen Auftakt Ende der fünfziger Jahre in den sechziger und siebziger Jahren von gewissen politischen Erlahmungen geprägt; auch mußten die Norderweiterung der Gemeinschaft in den siebziger Jahren und die Süderweiterung in den achtziger Jahren erst verdaut werden. Während dieser Phase hatte jedoch der EuGH kontinuierliche und unersetzlich wichtige Schrittmacherfunktionen übernommen. Einen neuen kraftvollen Schub erfuhr der Prozeß der europäischen Einigung dann durch die Einheitliche Europäische Akte von 1987, die das Binnenmarktziel für 1992 formulierte und den EWG-Vertrag an vielen Stellen entsprechend änderte (dazu auch Schlecht, 1989b). Insbesondere der Schritt in Richtung auf eine Abkehr vom Einstimmigkeitsprinzip stellte die politische Handlungsfähigkeit der Gemeinschaft wieder her.

Die Gemeinschaft steht auf einem festen Rechtsfundament, zu dessen wichtigsten Bausteinen die Wettbewerbsregeln der Art. 88ff. EWGV gehören. Sie sind seit 1958 unangetastet und haben sich hervorragend bewährt. Europarecht ist heute in erheblichem Umfang europäisches Wettbewerbsrecht. Der deutsche Anteil an dieser Entwicklung ist nicht gering einzuschätzen. GWB und EWGV traten zeitgleich am 1. Januar 1958 in Kraft; die Ausgestaltung des europäischen Wettbewerbsrechts, das von vornherein den vergleichsweise größten Kompatibilitätsgrad im Verhältnis zum deutschen Wettbewerbsrecht aufwies, ist maßgeblich durch die Ausstrahlungswirkungen des deutschen Rechts beeinflusst. Die Fusionskontrollverordnung von 1989 trägt nicht zuletzt aufgrund deutschen Engagements (Janicki, 1990) klar wettbewerbsorientierte Grundkonturen. Umgekehrt gehen heute die wesentlichen Impulse für die nationale

Wettbewerbspolitik vom europäischen Recht aus. Das europäische Recht hat vor allem auch unserem Blick für Deregulierungsdefizite des deutsche Rechts - Stichwort Ausnahmebereiche - geschärft.

Für die Zukunft wäre wünschenswert, ein weiteres Stück positiver deutscher Kartellrechtserfahrungen nach Brüssel zu transportieren. Die selbständige Stellung des Bundeskartellamtes hat sich bewährt. Eine solche Stellung der Wettbewerbsbehörde wäre auch im europä-ischen Rahmen wünschenswert und sachgerecht. Die Errichtung eines europäischen Kartellamtes würde nicht nur die Effizienz des Vollzuges der EG-Wettbewerbsregeln erheblich steigern, seine Errichtung wäre auch ein entscheidender Schritt, eine Wettbewerbsliche Ausrichtung des EG-Kartellrechts langfristig abzusichern. Zugleich würde die EG-Kommission von Routinearbeit entlastet, ohne daß sie ihre politischen Einflußmöglichkeiten verlieren müßte.

In der größer werdenden Gemeinschaft wären allerdings die Kom-mission und auch ein europäischen Kartellamt als alleinige Garanten der Einhaltung der Wettbewerbsregeln zunehmend überfordert. Die rasch zunehmende Zahl gemeinschaftsrelevanter Verfahren kann nur im Rahmen einer Arbeitsteilung zwischen europäischen und nationa-len Behörden bewältigt werden. Dies entspräche auch dem Subsidiaritätsprinzip. Dabei geht es nicht darum, Rechte zu schmälern, sondern allein darum, die Kommission mit ihren ständig wachsenden Aufgaben durch die nationalen Behörden zu entlasten. Hier müssen Konzepte entwickelt werden. Derzeit hat das Bundeskartellamt bereits die Befugnis, das Verbot des Art. 85. Abs. 1 EWG-Vertrag unmittelbar anzuwenden. Es sollte sehr ernsthaft darüber nachgedacht werden, diese Kompetenz auszudehnen. Die nationalen Wettbewerbsbehörden sollten nicht nur nach Art. 85 Abs. 1 Art. 85 Abs. 3 EWGV. Natürlich müßte eine solche neue Kompetenzverteilung dem Erfordernis einer einheitlichen

Handhabung der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft Rechnung tragen. Bis zu einer hierzu erforderlichen Änderung der VO Nr. 17 sollte das Bundeskartellamt die bestehenden Möglichkeiten der Anwendung des EG-Kartellrechts verstärkt nutzen. Mit dem neuen § 47 GWB sind in der letzten Kartellgesetznovelle hierfür alle verfahrensmäßigen Voraussetzungen geschaffen worden. Die stärkere Einbeziehung des europäischen Rechts in die Praxis des Bundeskartellamtes entspräche auch dem Auftrag unseres nationalen Gesetzgebers.

## VI. Ist die deutsche Wettbewerbspolitik ihrer Ordnungsaufgabe gerecht geworden?

Möschel (1990, insbesondere S. 167ff) hat in einem Vortrag aus Anlaß des vierzigjährigen Bestehens der Bundesrepublik Deutschland 1989 die These vertreten das Wettbewerbsrecht sei zwar in einem juristisch-handwerklichen Sinne erfolgreich gewesen, habe aber seine umfassende Ordnungsidee nicht verwirklichen können; Rittner, (1988, insbesondere S. 138f.) hat speziell die Grenzen des Rechts bei der Bewältigung der ihm gestellten Aufgabe beschrieben. Solche Kritik, ob berechtigt oder nicht, trifft eine Wettbewerbspolitik, die es sich zum Ziel gesetzt hat, ein mit den ordnungspolitischen Grundlagen eng verzahntes Wettbewerbsrecht zu schaffen, besonders hart. Man muß sich allerdings der Begrenzungen und Kompromisse bewußt sein, welchen die Wettbewerbspolitik im Alltagsgeschäft zwischen den Polen "Grundsatztreue" und "Flexibilität" unterworfen ist.

Bei aller Grundsatzkritik bleibt die Feststellung, daß sich Deutschland in den vergangenen Jahrzehnten vom Kartellinitiator zum Verfechter einer wettbewerbshehrenden Politik auf europäischer Ebene gewandelt hat. Dies ist nicht wenig. Das Prinzip Wettbewerb hat sich auch in der östlichen Hälfte unseres Kontinents Bahn gebrochen. Ich zähle dies zu den schönsten Erfolgen deutscher Politik der Nachkriegszeit. Daß die Wettbewerbspolitik der kommenden Jahrzehnte über diesen Erfolg nicht erlahmen, sondern ihn als Verpflichtung sehen möge, weiter an der praktischen Vollendung ihrer Ordnungsidee zu arbeiten, bleibt mein Wunsch für die Zukunft.

Dieser Wunsch geht um so eher in Erfüllung, als - wie einleitend gesagt - Wettbewerbspolitik nicht auf spezielles Wettbewerbsrecht verengt, sondern als wichtiger Teil der

allgemeinen Ordnungspolitik verstanden wird. Offene Marktgrenzen in Europa und zu dritten Ländern, wirksame Regeln des multilateralen Handelssystems Gatt, Abbau von Marktzutritts- und -austrittsschranken, Deregulierung, Pri-vatisierung, Subventionsabbau, Verzicht auf lenkende Industriepolitik - eine solche allgemeine Ordnungspolitik schützt einerseits vor übermäßiger und überforderter Anwendung Wettbewerbsrechtlicher Vorschriften, also vor "verwaltetem Wettbewerb" (Mestmäcker, 1984); sie erhöht andererseits die Wirksamkeit der Wettbewerbspolitik im en-geren Sinn, soweit sie in einer Sozialen Marktwirtschaft mit dyna-mischem Wettbewerb unverzichtbar bleibt.

## Literatur

Baumol, William J., John C. Panzar und Robert D. Willig, *Contestable*

*Markets and the Theory of Industry Structure*, New York 1982

Böhm, Franz, *Wettbewerb und Monopolkampf*, Berlin 1933.

Dürr, Heinz, "Wir brauchen ein MITI", *Wirtschaftswoche*, Bd. 47 (1988), H. 42, S. 40ff.

Emmerich, Volker, *Kartellrecht*, 6. Aufl., München 1991.

Eucken, Walter, *Die Grundlagen der Nationalökonomie*, 1. Aufl., Jena

1940, 9. Aufl., Berlin, Göttingen und Heidelberg 1989.

Eucken, Walter, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, 1. Aufl., Tübingen

und Zürich 1952, 6. Aufl., Tübingen 1990.

Everling, Ulrich, "Zur Wettbewerbskonzeption in der neueren Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften", *WuW*, Bd. 40 (1990), S. 955ff.

Gamm, Otto-Friedrich, Frhr. von, "Potentieller Wettbewerb - Substitutionswettbewerb", in: Otto-Friedrich Frhr. von Gamm, Peter

Raisch und Klaus Tiedemann (Hrsg.), Köln, Berlin, Bonn und München 1988, S. 643ff.

Geberth, Rolf, "Das Spannungsfeld zwischen Wirtschaftsministerium

und Kartellamt", *AG*, Bd. 9 (1991), S. 295ff.

Herdzina, Klaus, *Wettbewerbspolitik*, 3. Aufl., Tübingen 1991.

Hollenders, Christoph, *Die Bereichsausnahme für Versicherungen nach § 102 GWB*, Baden-Baden 1985.

Janicki, Thomas, "EG-Fusionskontrolle auf dem Weg zur praktischen

Umsetzung", *WuW*, Bd. 40 (1990), S. 195ff.

Kantzenbach, Erhard, *Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs*, 2. Aufl., Göttingen 1967.

Kartte, Wolfgang, *Ein neues Leitbild für die Wettbewerbspolitik*, Köln,

Berlin, Bonn und München 1969.

Mestmäcker, Ernst-Joachim, "Über das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht", *AcP*, Bd. 168 (1968), S. 235ff.

Mestmäcker, Ernst-Joachim, *Der verwaltete Wettbewerb*, Tübingen

1984.

Monopolkommission, *Sondergutachten 20: Zur Neuordnung der Tele-*

*kommunikation*, Baden-Baden 1991.

Möschel, Wernhard, "Wettbewerbspolitik aus ordoliberaler Sicht", in:

Otto-Friedrich Frhr. von Gamm, Peter Raisch und Klaus Tiedemann (Hrsg.), *Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht, Festschrift für Gerd Pfeiffer zum Abschied aus dem Amt als Präsident des Bundesgerichtshofs*, Köln, Berlin, Bonn und München 1988, S. 707ff.

Möschel, Wernhard, "Wettbewerbsrecht-Feigenblatt der Marktwirtschaft", in: Knut-Wolfgang Nörr (Hrsg.), *40 Jahre Bundesrepublik*

*Deutschland: 40 Jahre Rechtsentwicklung*, Tübingen 1990, S. 159ff.

Möschel, Wernhard, "Schutzziele eines Wettbewerbsrechts", in: Manfred Löwisch (Hrsg.), *Beiträge zum Handels- und*

*Wirtschafts-*

*recht, Festschrift für Fritz Rittner zum 70. Geburtstag,*  
München

1991, S. 405ff.

Nörr, Knut-Wolfgang, *Zwischen den Mühlsteinen. Eine*  
*Privatrechts-*

*geschichte der Weimarer Republik,* Tübingen 1988.

Paschke, Marian, *Der Zusammenschlußbegriff des*  
*Fusionskontroll-*

*rechts,* Heidelberg 1989.

Oberender, Peter, "Der Einfluß ordnungstheoretischer Prinzipien  
Walter Euckens auf die deutsche Wirtschaftspolitik nach dem  
Zweiten Weltkrieg: eine ordnungspolitische Analyse", *ORDO*,  
Bd.

39 (1989), S. 321ff.

Rittner, Fritz, "Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb",  
*AcP*, Bd. 188 (1988), S. 101ff.

Schlecht, Otto, *Die Aufgabe der Wettbewerbspolitik bei der*  
*Sicherung*

*der gesamtwirtschaftlichen Ziele,* Bonn 1967.

Schlecht, Otto, *Wettbewerb als ständige Aufgabe,* Tübingen 1975.

Schlecht, Otto, "Neuorientierung in der deutschen Wettbewerbs-  
politik?", Referat auf dem XIX. *FIW-Symposium*, 13. Februar  
1986,

Manuskript.

Schlecht, Otto, "Macht und Ohnmacht der Ordnungspolitik - Eine  
Bilanz nach 40 Jahren Sozialer Marktwirtschaft", *ORDO*, Bd.

40

(1989a), S. 303ff.

Schlecht, Otto, "Die Bedeutung des Wettbewerbs für die  
europäische



Integration", in: Clemens August Andreae, Jochen Kirchhoff  
und

Gerd Pfeiffer (Hrsg.), *Wettbewerb als Herausforderung und  
Chance, Festschrift für Werner Benisch*, Köln, Berlin, Bonn  
und

München 1989b, S. 49ff.

Schlecht, Otto, *Grundlagen und Perspektiven der Sozialen  
Marktwirt-*

*schaft*, Tübingen 1990.

Schmidtchen, Dieter, "Fehlurteile über das Konzept der  
Wettbewerbs-

freiheit", *ORDO*, Bd. 39 (1988), S. 111ff.

Schröder, Reiner, *Die Entwicklung des Kartellrechts und des koll-  
ektiven Arbeitsrechts durch die Rechtsprechung des Reichsge-  
richts vor 1914*, Ebelsbach 1988.

Schwintowski, Hans-Peter, *Der private Versicherungsvertrag  
zwischen*

*Recht und Macht*, Baden-Baden 1987.