

# Die Marktform des unvollständigen Wettbewerbs und ihre wirtschaftsrechtliche Behandlung

Von

Curt Eduard Fischer - Stuttgart

Inhaltsverzeichnis: I. Das Problem des freien Wettbewerbs: 1. Die Grenzen der Durchsetzbarkeit des vollständigen Wettbewerbs S. 24. — 2. Die rechtliche Ordnung für freien Wettbewerb S. 29. — II. Die Märkte mit unvollständigem Wettbewerb: 1. Die Begriffsbestimmung in der deutschen Marktformenlehre S. 42. — 2. Die Untersuchungen der Angebots- und Nachfrageelastizität der Einzelmärkte als Beitrag der mathematischen Nationalökonomie zur Lösung des Marktformenproblems S. 50. — III. Die ungelöste Aufgabe der rechtlichen Behandlung: 1. Die Systematik im Entwurf des „Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen“ S. 55. — 2. Befreiungen und Ausnahmen sind keine Lösung S. 57. — 3. Enquête als Ausweg und Grundlage für Staatsüberwachung S. 59.

## I. Das Problem des freien Wettbewerbs

Die deutsche Bundesrepublik hat zum Zeitpunkt der Geldreform vom 20. Juni 1948 durch das vom Wirtschaftsrat für die Vereinigten Westzonen in Frankfurt angenommene Gesetz über „Leitsätze für die Bewirtschaftung und Preispolitik nach der Geldreform“ vom 24. Juni 1948 die planende und bewirtschaftende Zentralverwaltungswirtschaft mit direkter Preisfestsetzung oder -Überwachung durch den Staat aufgegeben und die freie Wettbewerbswirtschaft eingeführt. Es entsprechen den Erkenntnissen der von Eucken, Böhm und Miksch begründeten deutschen Marktformenlehre, daß staatliche Kontingentierung, Bewirtschaftung und Preisbildung erst beseitigt worden sind, als mit der Währungssanierung die „Rechenhaftigkeit der Wirtschaft“ und ein in dieser Hinsicht „neutrales“ Geld wiederhergestellt war<sup>1</sup>. Der Gesetzgeber des 24. Juni hat dabei als gegeben unterstellt, daß auf den Märkten, für die er die staatliche Bewirtschaftung und Preisfestsetzung aufgehob, freier und vollständiger Wettbewerb herrsche, d. h. daß sich die Preise im freien Markt nach Angebot und Nachfrage einspielen und

<sup>1</sup> Deutsche Sachverständige, vom Länderrat der US-Zone im Dezember 1946 berufen (u. a. Eucken, Böhm, Erhard, Josten), hatten den Entwurf des amerik. Dekart. Ges. auch mit dem Hinweis auf die fehlende Voraussetzung einer gesunden Geldverfassung zum damaligen Zeitpunkt abgelehnt.

nicht von privater Produzenten-, Konsumenten- oder Verbändeseite einseitig festgesetzt würden<sup>2</sup>. Die automatische „Selbststeuerung“ der Wirtschaft durch die freie Marktpreisbildung kann nur dann volkswirtschaftlich sinnvoll funktionieren und sozialpolitisch verantwortet werden, wenn sich nicht Marktparteien zu privaten Planungsbehörden aufschwingen. Dementsprechend bestimmte Art. III. der Leitsätze vom 24. Juni 1948: „Soweit der Staat den Verkehr mit Waren und Leistungen nicht regelt, ist dem Grundsatz des Leistungswettbewerbs Geltung zu verschaffen. Bilden sich wirtschaftliche Monopole, so sind sie zu beseitigen und bis dahin staatlicher Aufsicht zu unterstellen. Der Entwurf eines dahin gehenden Gesetzes ist dem Wirtschaftsrat alsbald vorzulegen.“ Entwürfe für ein solches Gesetz, zuerst „Gesetz zur Sicherung des Leistungswettbewerbs“<sup>3</sup>, später „Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen“<sup>4</sup> genannt, sind in den letzten fünf Jahren in Serien ausgearbeitet worden, die Verabschiedung im Bundestag scheiterte bisher an dem Widerstand der Industrie<sup>5</sup>.

### 1. Die Grenzen der Durchsetzbarkeit des vollständigen Wettbewerbs

Sowohl die seit Juni 1948 in Westdeutschland aufgebaute Wirtschaftsordnung als auch die „supranationale“ Ordnung der Kohle- und Stahlmärkte im Rahmen der Montan-Union<sup>6</sup> stützt sich praktisch, und in vielen Zügen auch ausdrücklich, auf die Erkenntnisse, Begriffsbildungen und wirtschaftspolitischen Vorschläge der deutschen Marktformenlehre, die in den dreißiger Jahren dieses Jahrhunderts begründet worden ist<sup>7</sup>. Diese Lehre wuchs insbesondere an dem wirtschaftspolitischen Anschauungsmaterial der Praktizierung einer unzulänglichen Notlösung des deutschen Kartellproblems durch die KartVO von 1923. Sie wagte sich sogar mitten in der Blütezeit einer Zentralverwaltungswirtschaft und der Hochkonjunktur der Kartelle und Wirtschaftsverbände als Instrumente nationalsozialistischer Rüstungs-

<sup>2</sup> Es wäre Mitte 1948 weder politisch durchführbar noch sozialpolitisch verantwortbar gewesen, daß sich der Staat aus der Preisfestsetzung und -Überwachung zurückgezogen hätte, um einseitig interessierten Marktparteien oder Produzentenverbänden diese volkswirtschaftliche Aufgabe zu überlassen.

<sup>3</sup> Vgl. die sog. Josten-Entwürfe, Verlag Lutzeyer, Frankfurt Dezember 1949.

<sup>4</sup> Vgl. den Kabinettsentwurf, Bundestagsdrucks. 1. Wahlperiode, Nr. 3462.

<sup>5</sup> Hierzu vor allem der Schriftwechsel zwischen Präs. Berg und Min. Erhard, WuW 1952, Heft 11 und Heft 13, als Sonderdruck erschienen.

<sup>6</sup> Vgl. hierzu u. a. Krawielicki, Das Monopolverbot im Schumanplan, Tübingen 1952.

<sup>7</sup> Eucken, Die Grundlagen der Nationalökonomie, Jena 1939; Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933 und: Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung, 1937; Miksch, Wettbewerb als Aufgabe, 2. Auflage 1947 u. a. m.

und Kriegswirtschaft mit ihren Auffassungen an die Öffentlichkeit<sup>8</sup>. Die deutsche Marktformenlehre hat z w e i Seiten:

Sie ist auf der einen Seite eine nationalökonomische Theorie über die notwendigen Voraussetzungen und dementsprechend zwingend erforderlichen bzw. zu schaffenden Marktformen für eine volkswirtschaftliche Preisbildung, die sich ohne die Krücken unmittelbarer staatlicher Einmischung, sozusagen als „Selbststeuerung der Wirtschaft“, frei vollzieht. Sie arbeitet auf der Grundlage einer Morphologie der möglichen Wirtschaftsordnungen mit Modellen und idealtypisch reinen Marktformen und hat als Ergebnis ihrer theoretischen Erkenntnisse die Marktform des vollständigen Wettbewerbs als zweckentsprechendes Instrument für ein freies Marktpreissystem i. S. einer wirklichen „Wirtschaftsordnung“ herausgestellt. Im Bereich der nationalökonomischen Theorie ist es grundsätzlich unbeachtlich, inwieweit als zwingend erkannte Voraussetzungen (wie hier die Marktform des vollständigen Wettbewerbs) für ein angestrebtes Ziel (freie, vom unmittelbaren Staatseinfluß befreite Marktpreisbildung) im augenblicklichen Stadium einer Volkswirtschaft praktisch gegeben sind oder geschaffen werden können. Deshalb trifft auch der Vorwurf mangelnden wirtschaftlichen Realismus oder gar der Begriffs-Tautologie, wie ihn neuerdings Louis J. Zimmerman erhoben hat<sup>9</sup>, ins Leere, denn im Bereich ihrer Theorie sagt die deutsche Marktformenlehre nur aus, daß auf Märkten, auf denen die zwingende Voraussetzung vollständigen Wettbewerbs nicht vorhanden ist und auch nicht durch Maßnahmen der Rechtsordnung erreicht werden kann, der Verzicht des Staates auf unmittelbare Eingriffe in die Preisbildung nicht zu volkswirtschaftlich sinnvollen Preisen und zu keiner „Ordnung“ der Gesamtwirtschaft führen kann.

Die zweite Seite der Marktformenlehre ist die wirtschaftspolitische. Auf Grund ihrer theoretischen Erkenntnisse haben Eucken, Böhm und Miksch, kurz die sog. „Freiburger Schule“, die wirtschaftspolitische Forderung nach einer Wirtschaftsordnung auf der Grundlage freien marktwirtschaftlichen Wettbewerbs vertreten. Dabei ist der Wettbewerb der Produzenten um die Konsumenten nicht Selbstzweck, sondern ein „Instrument“, ein Mittel zum Zweck. Der „Zweck“, das Ziel, ist die wirtschaftsverfassungsmäßige Festlegung eines einheitlichen Preisbildungssystems<sup>10</sup>, bei dem der Staat auf un-

---

<sup>8</sup> Heft 6 der Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Gruppe Wirtschaftswissenschaft: Der Wettbewerb als Mittel volkswirtschaftlicher Leistungssteigerung und Leistungsauslese, Berlin 1942, vorgelegt von Prof. Schmölders, mit Beitr. von Beste, Böhm, Eucken, Jessen, Miksch, Muß, Peter, Preiser, Wessels und Graf von Wartenburg.

<sup>9</sup> „Die Bedeutung der Nachfrage- und Angebotselastizität für die Marktform“ in Zeitschrift f. Ökonometrie Heft 1, Juni 1950 S. 63 ff.

mittelbare Eingriffe in den alltäglichen Wirtschaftsprozeß verzichten kann, bei dem aber auch als Korrelat zu diesem weitgehenden Verzicht des Staates die privaten Interessentengruppen aus beiden Marktparteien Versuche zur einseitigen Festlegung der Mengen- und Preispolitik unterlassen müssen<sup>11</sup>. Es ist Allgemeingut aller Vertreter einer freien Wettbewerbsordnung, daß andererseits dort — aber auch nur dort —, wo der freie Wettbewerb nicht besteht und auch nicht voll funktionierend hergestellt werden kann, der Staat unmittelbar durch Überwachung oder Intervention in den Ablauf des alltäglichen Wirtschaftsprozesses eingreifen muß<sup>12</sup>.

Im Bereich der Wirtschaftspolitik und der praktischen Verwirklichung der Grundzüge und Voraussetzungen ihres theoretischen Modells hat sich die Lehre von der freien Wettbewerbswirtschaft mit den tatsächlich vorhandenen Marktformen, mit den vielfältigen Mischformen zwischen vollständigem Wettbewerb und Monopol zu konfrontieren und mit der Frage auseinanderzusetzen, mit welchen Mitteln der freie Leistungswettbewerb geschützt werden kann; inwieweit auf Märkten, auf denen sich eine andere Marktform ausgebildet hat, die Marktform des vollständigen Wettbewerbs wieder hergestellt werden kann und schließlich: wie auf jenen Märkten, auf denen ein vollständiger Wettbewerb nicht wieder hergestellt werden kann, die Überwachungs- und Interventionsbefugnis des Staates gestaltet werden soll, um trotzdem die unerläßliche Einheitlichkeit des Preisbildungssystems zu erhalten<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Vgl. hierzu Eucken, Das ordnungspolitische Problem, Ordo Bd. I. 1948 S. 56; weiter: von Stackelberg, Marktform und Gleichgewicht, Wien 1934, und Hans Möller, Kalkulation, Absatzpolitik und Preisbildung, Wien 1941.

<sup>11</sup> Der „Manchester Guardian“ vom 7. 3. 1953 sagt in einer Kritik am englischen Monoporgesetz von 1948, daß zwar die Industrie „state planning“ verabscheue, daß aber an dessen Stelle vielfach „private planning of industry and trade“ träte, das nicht weniger abzulehnen wäre.

<sup>12</sup> Vgl. hierzu das programmatische Vorwort zum I. Ordo-Band 1948 S. X. Es erscheint hiernach dogmenbegrifflich falsch und irreführend, die Vertreter der freien Wettbewerbswirtschaft als „Neoliberalisten“ zu bezeichnen; viel richtiger wäre, sie (wenn Klassifikationen in „Ismen“ überhaupt einen Sinn haben) als „Neomerkantilisten“ einzuordnen.

<sup>13</sup> Die allgemeine Erkenntnis von der Interpendanz aller Preise läßt es nur dann zu, von einer Wirtschaftsordnung zu sprechen, wenn das System, nach dem sich die Preise in der Gesamtwirtschaft bilden bzw. nach dem sie behördlich festgesetzt werden, in seinen Grundzügen und Gesichtspunkten einheitlich ist. Uneinheitlichkeit des Preisbildungssystems führt zu Preisverzerrungen, zu Disproportionalitäten zwischen einzelnen Wirtschaftszweigen und zu den sog. „Engpässen“. Diese Erscheinungen haben wir seit 1948 noch immer in Westdeutschland, da entgegen populärer Vorstellung eine freie Wettbewerbswirtschaft als „Ordnung“ noch nicht besteht: Es gibt wirtschaftlich bedeutsame Inseln, wie den Kapitalmarkt, die Wohnungswirtschaft, die Grundnahrungsmittel usw., die aus der Geltung des Preisbildungssystems des freien Wettbewerbs am Markt ausgespart sind.

Soweit überblickbar hat sich keiner der führenden Vertreter der freien Wettbewerbswirtschaft diesen Tatsachen entzogen und behauptet, die Marktform des vollständigen Wettbewerbs sei auf allen Märkten ohne jede Ausnahme durchsetzbar und mit volkswirtschaftlich sinnvollen Ergebnissen hinsichtlich Produktionsmengen und Preisen funktionsfähig<sup>14</sup>. Indessen gehen wohl alle freien Wettbewerbswirtschaftler von zwei grundsätzlichen Prämissen, man könnte auch wagen zu sagen: von zwei, durch ihre theoretischen Erkenntnisse vorgefaßten Auffassungen aus, wenn sie sich mit den Sachverhalten des praktischen Wirtschaftslebens auseinandersetzen, um die Voraussetzungen für eine ihnen zweckmäßig erscheinende Wirtschaftsordnung zu gestalten:

1. Es gibt in der entscheidenden Grundsatzfrage, welche der mehreren möglichen Wirtschaftsordnungen sich ein Volk aufbauen will, keine entwicklungsgeschichtlichen Zwangsläufigkeiten in dem Sinne, wie es Karl Marx und seine Epigonen bis zu Schumpeter<sup>15</sup> gelehrt haben. Das Bild aus den Naturwissenschaften, in denen es eh und je das Forschungsziel gewesen ist, die ewig geltenden Naturgesetze zu ergründen und, wo es eitle Hybris wäre, sich gegen sie zu stemmen, kann auf die Geisteswissenschaften, insbesondere auf die Nationalökonomie, nicht in dieser Allgemeinheit übertragen werden, wie es auch der mathematischen Richtung der Volkswirtschaftslehre (oder „Ökonometrie“, wie sie der Schüler Tinbergens, Louis J. Zimmermann nennt) als Ausgangspunkt oder Gefahr nahe liegt. Die „Freiburger Schule“ leugnet die naturgesetzlich zwingende Entwicklung zum Sozialismus, zur Planwirtschaft, zur Zentralverwaltungswirtschaft und bekennt sich zu der These von der Freiheit der politischen Entscheidung eines Volkes zu jeder Zeit für die eine oder die andere Wirtschaftsordnung<sup>16</sup>.

2. Wenn man sich aber einmal für eine der möglichen Wirtschaftsordnungen entschieden hat, dann gibt es allerdings innerhalb des weiten Raumes der Gestaltungserfordernisse im einzelnen gewisse „Zwangsläufigkeiten“. M. a. W. aus der inneren Aufeinanderbezogenheit aller wirtschaftspolitischen Einzelmaßnahmen ergibt sich, daß man eine freie Wettbewerbsordnung nicht mit zentralverwaltungswirtschaftlichen Inseln ausstatten darf, genau so wenig, wie eine Zentralverwaltungswirtschaft funktionieren kann, wenn man in ihr planungsfreie, unbewirtschaftete Inseln bestehen läßt. In beiden Fällen müssen

<sup>14</sup> Auch die sog. Josten-Entwürfe (s. Anm. 3) sahen Ausnahmen vor.

<sup>15</sup> Vgl. sein letztes großes Werk: Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, 2. Aufl. München 1950.

<sup>16</sup> Vgl. Eucken in einem wegen seiner knappen Diktion besonders eindringlichen Aufsatz: „Gibt es wirtschaftliche Zwangsläufigkeiten?“ in der Wirtschafts-Zeitung vom 24. Januar 1947.

diese „Inseln“ zu sich stetig erweiternden Störungsherden der allgemeinen Wirtschaftsordnung, sei es die eine oder die andere, werden.

Diese auf theoretischen Erkenntnissen fußende Ablehnung jeder „dualistischen“ Wirtschaftsordnung ist nicht zuletzt durch unsere praktischen Erfahrungen aus den letzten zwanzig Jahren erhärtet worden: Die staatliche Zentralverwaltungswirtschaft der Jahre vor 1945 und von 1945 bis 1948 mußte bis zum Hosenträger und zur Rasierklinge „verplanen“, um die Übersicht zu behalten, und unsere soziale Marktwirtschaft seit Juni 1948 hat ausgerechnet dort „Disproportionalitäts-Engpässe“, wo die politische Willensentscheidung bisher nicht ausreichte, die Einführung der freien Marktwirtschaft und freier Preisbildung durchzusetzen. „Freie Wettbewerbswirtschaft mit Kernplanung“, „freiheitlicher Wettbewerbssozialismus“ und wie die in unserer Zeit beliebten Verwischungen eindeutiger Begriffe aus der Theorie noch sonst bezeichnet werden mögen, sind vielleicht (oder wahrscheinlich) psychologisch recht zweckmäßige Plattformen in den wirtschaftspolitischen Auseinandersetzungen der politischen Kräfte und Parteien, welche die Entscheidung für die endgültige Wirtschaftsordnung tragen müssen, aber sie können nicht zum Grundriß einer Wirtschaftsverfassung von einiger Dauer gemacht werden, die dem Begriff der einheitlichen „Ordnung“ der Gesamtwirtschaft entspricht. Die Erkenntnisse der deutschen Marktformenlehre berechtigten aber zu der Feststellung im wirtschaftspolitischen Bereich, daß eine freie Wettbewerbsordnung nur dann funktionieren kann, wenn das ihr immanente Preisbildungssystem einheitlich für die gesamte Wirtschaft durchgesetzt wird. Geschieht dies nicht, läßt man zentralverwaltungswirtschaftliche „Naturschutzgebiete“ bestehen, so sind Funktionsstörungen und „Engpässe“ nicht der Konstruktionsidee der freien Wettbewerbswirtschaft zur Last zu legen, sondern den politischen Kräften, die es nicht wagten, den in diesen Fragen von der Wissenschaft erkannten „wirtschaftlichen Zwangsläufigkeiten“ entsprechend zu handeln<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Vom „a-politischen“ wissenschaftlichen Standpunkt aus gilt für die soziale Marktwirtschaft der Bundesrepublik seit Juni 1948, daß sie keine freie Wettbewerbs-Wirtschaftsordnung in dem notwendig einheitlichen Ausmaß darstellt, trotz aller Erfolge, die sichtbar sind. Es gibt von der Geltung des Systems der freien Marktpreisbildung ausgesparte „Inseln“, die Bundesrepublik ist auf mehreren Wirtschaftszweigen mit ansehnlichem Marktanteil selbst wirtschaftender Unternehmer und der in Art. III des Gesetzes über „Leitsätze für die Bewirtschaftung und Preispolitik nach der Geldreform“ vorgesehene Rechtsschutz für den freien Leistungswettbewerb ist in den fünf Jahren seither nicht geschaffen worden. Die seit Februar 1947 geltenden alliierten Dekart-Gesetze können aus den verschiedensten Gründen weder nach ihrem Wortlaut noch nach ihrer Praktizierung einen Ersatz für dieses fehlende deutsche Kartell- und Monopolgesetz bieten.

Das Postulat von der einheitlichen Verwirklichung der freien Wettbewerbswirtschaft bedeutet indessen keineswegs die unrealistische Vorstellung, daß die Marktform des vollständigen Wettbewerbs auf allen Wirtschaftszweigen durchgesetzt werden muß. Es gibt strukturelle, betriebswirtschaftliche und produktionstechnische Besonderheiten in einzelnen Wirtschaftszweigen, die hier der Verwirklichung des vollständigen Wettbewerbs in der praktischen Wirtschaftspolitik eine Grenze setzen<sup>18</sup>. Diese Grenze liegt aber nicht dort, wo wettbewerbsunlustige Marktteilnehmer sie je nach der Marktlage (bei Verkäufermärkten wettbewerbsbejahend, bei Käufermärkten wettbewerbs-scheu) zu ziehen wünschen<sup>19</sup>, sondern ist auf der Grundlage der Erforschung der Besonderheiten der einzelnen Wirtschaftszweige, sozusagen wirtschaftspolitisch-experimentell, zu ermitteln. Dabei ist es eine noch offene Frage, die Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist, ob für die Setzung der Grenzsteine eine allgemein gültige Regel ermittelt werden kann<sup>20</sup>, oder ob eine gründliche Enquête-Untersuchung jedes einzelnen Wirtschaftszweiges unerlässlich sein wird.

## 2. Die rechtliche Ordnung für freien Wettbewerb

Die Erkenntnisse der nationalökonomischen Theorie setzen sich in wirtschaftspolitische Vorschläge und Forderungen um, zu deren Verwirklichung und Durchsetzung im alltäglichen Wirtschaftsprozeß es der Übersetzung in die Gesetzessprache bedarf. Dies erheischt eine enge Zusammenarbeit des Wirtschaftswissenschaftlers und Wirtschafts-

<sup>18</sup> Diese Erkenntnis findet sich bei allen Vertretern der freien Wettbewerbswirtschaft ausgesprochen. So haben u. a. die deutschen Sachverständigen des Stuttgarter Länderrats der US-Zone ihre Ablehnung des Entwurfs für das US-Gesetz Nr. 56 und ihre Mindest-Änderungsvorschläge vom 8. Januar 1947 u. a. mit dem Hinweis begründet, daß es neben „vermeidbaren“ wirtschaftlichen Machtgebilden (Kartelle, Konzerne, Trusts und Monopole) auch „unvermeidbare“ Machtgebilde gäbe, unvermeidbare aus „technischen oder volkswirtschaftlichen Sachverhalten“, die also eine Entflechtung oder ein Verbot nicht zulassen und die deshalb „straffer Staatsaufsicht zu unterwerfen“ seien (Anlage zum Schreiben der drei Min.Präsidenten der US-Zone an den US-Militärgouverneur General Clay vom 8. Januar 1947: „Stellungnahme der vom Wirtschaftsrat des Länderrats eingesetzten Kommission zur Beratung eines Gesetzes betr. Verbot übermäßiger Machtzusammenballungen in der deutschen Wirtschaft“). In gleicher Weise hat sich Eucken im Dezember 1946 und Januar 1947 in einem Gutachten an das „Centre d'Organisation économique et sociale“ für die franz. Besatzungszone in Forbach zur Frage der Konzernentflechtung und Kartellauflösung geäußert.

<sup>19</sup> Oder wie es einmal Lippmann umschrieben hat: „Competition is something of which producers have only as much as they cannot eliminate“, zit. bei D. Lynch, *The concentration of economic power*, New York, 1946 S. 109.

<sup>20</sup> Was z. B. Zimmerman a. a. O. mit der Erforschung der Nachfrage- und Angebotselastizität versucht und selbst als „Versuch einer dynamischen Theorie der Marktformen“ bezeichnet hat. Dazu näheres unten Kap. II, 2).

politikers mit dem Juristen, eine Zusammenarbeit zweier Disziplinen der Geisteswissenschaften, die nicht immer leicht ist und aus vielerlei Gründen zu Friktionen und Reibungsverlusten führt<sup>21</sup>. Insonderheit neigt der Jurist häufig dazu, das einmal gesetzte Recht positivierend zu verabsolutieren und bei rechtschöpferischer Gesetzgebung wie auch bei Gesetzesauslegung und -Anwendung außer Acht zu lassen, daß vor allem auf wirtschaftrechtlichen Gebieten die Rechtsordnung die Dienerin der anerkannten und angestrebten Wirtschaftsordnung ist und nicht umgekehrt, daß die positivistische, manchmal wirtschaftlichen Sachverhalten fremde Auslegung den praktischen Inhalt der Wirtschaftsordnung bestimmt bzw. verändert<sup>22</sup>. Auf der anderen Seite sind sich vielfach Wirtschaftswissenschaftler und Wirtschaftspolitiker nicht der Schwierigkeiten und Besonderheiten bewußt, die bei der Übersetzung wirtschaftspolitischen Gestaltungswillens in gesetzlich klar zu fixierende Tatbestände und Vorschriften auftreten<sup>23</sup>.

Es ist immer wieder von der deutschen Marktformenlehre herausgestellt worden, daß der Leistungswettbewerb und eine sich auf dieser Marktform aufbauende freiheitliche Wirtschaftsordnung einer in allen Teilen wohlabgestimmten Rechtsordnung als Schutz und Garantin bedarf. Dabei handelt es sich keineswegs allein um ein Kartell- und Monopolgesetz, das lediglich das Kernstück einer auf die freie Wettbewerbsordnung abgestimmten Rechtsordnung darstellt. Nirgends ist punktuelle „Stückwerks“-Gesetzgebung gefährlicher als auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts, denn sie fordert die betroffene Wirtschaftspraxis geradezu heraus, zu Lasten ihres steuerpflichtigen Gewinns gegen hohe Honorare ausgezeichnete und zu positivistischer Auslegung neigende Juristen zu beauftragen, auf nebenliegenden Rechtsgebieten nach Umgehungswegen zu forschen, und dies wird um so interessanter, je schärfer der Gesetzgeber auf einem isolierten wirtschaftsrechtlichen Gebiet, so z. B. auf dem Kartellgebiet, mit Verboten und strengen Vor-

---

<sup>21</sup> Vgl. hierzu den Aufsatz von Schmölders: Die Weiterbildung des Wirtschaftsrechts, das Wirtschaftsrecht als angewandte Wirtschaftswissenschaft, Zeitschr. f. d. ges. Staatsw. Bd. 101 (1941) S. 64 ff. und das interessante Vorwort zu dem Buch von Berle-Means: *The Modern corporation and Private Property*, New York 1932, wo die Schwierigkeit wie auch die Notwendigkeit der Zusammenarbeit zwischen Nationalökonom und Jurist eine sehr treffende Würdigung findet.

<sup>22</sup> Vgl. die kritische Würdigung des ersten RG-Urteils in Kartellsachen vom 4. Februar 1897 durch Böhm in *Ordo* Bd. I 1948 S. 197 ff. oder neuerdings die Rechtsprechung zu § 19 Wirtschaftsstrafgesetz in ihrem Verhältnis zu freien Wettbewerbs-Marktpreisen; vgl. u. a. Nibler, *NIW* 1953, 1204.

<sup>23</sup> Dies wurde besonders offenbar auf einer Arbeitstagung des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten am 20. März 1950; vgl. Tagungsbericht: „Der Schutz des Wettbewerbs in der sozialen Marktwirtschaft“ mit einem einleitenden Referat von Miksch (S. 11 ff.) und einem Korreferat des Verf. (S. 35 ff.).



schriften einzugreifen versucht<sup>24</sup>. Die theoretischen Erkenntnisse über die Voraussetzungen für die Funktionsfähigkeit der freien Wettbewerbswirtschaft wie insbesondere auch das realistische Wissen um die wirtschaftliche Praxis in Verbänden und Unternehmen erheischen demnach nicht nur ein Gesetz, das sich mit den Wettbewerbsbeschränkungen durch Kartelle, Konzerne und Monopole beschäftigt und sie zu verbieten, zu unterbinden oder, falls unvermeidbar, zu überwachen sucht. Das Bemühen um Neutralisierung privater wirtschaftlicher Macht in ihrer Einwirkung auf den Leistungswettbewerb am Markt und damit auf das Preisbildungssystem muß einheitlich auf allen jenen Rechtsgebieten Platz greifen, die Normen und Gestaltungsmöglichkeiten bieten, welche zur Marktstrategie auf Umwegen benutzt werden könnten. Dies gilt in erster Linie für das ganze Gebiet des Gesellschaftsrechts (vor allem Aktien- und GmbH-Recht), für das Steuerrecht (vor allem steuerliche Behandlung der Konzerne: Organtheorie, Schachtelprivileg), für das Patentrecht, für das Konkursrecht u. a. m.<sup>25</sup>.

Auf der anderen Seite darf nicht verkannt werden, daß die Waren produzierende und Güter verteilende Wirtschaft, die einer umfassenden Verpflichtung zum Leistungswettbewerb unterworfen werden soll, mit Recht fodert, daß sie bei eigenem Wettbewerbsverhalten durch die Rechtsordnung in nachhaltiger Weise gegen alle Formen unlauteren Wettbewerbs geschützt wird. Die modernen Formen des Geschäftsverkehrs, der Werbung und der Kundenbearbeitung sind längst über den engen Rahmen des UWG aus dem Jahre 1901 hinausgewachsen. Die Fachministerien in Bonn haben es, entgegen einer Ankündigung im Januar 1950, bisher unterlassen, dem verständlichen Wunsch der Wirtschaft nach einer Verbesserung des UWG i. S. einer Kodifizierung der Regeln des „lauteren“ Wettbewerbs (z. B. Konkretisierung des Verbots der Preisschleuderei) nachzukommen<sup>26</sup>. Diese Forderung der

---

<sup>24</sup> Vgl. hierzu aus dem Ausland das Beispiel der USA. Dort führte der scharfe Verbotskurs des Sherman Act von 1890 in Verbindung mit den dehnbaren Bestimmungen der Aktiengesetze in den USA-Einzelstaaten zu einer riesigen Konzentration; vgl. hierzu aus der neuesten Literatur: Engelmann, Der Kampf gegen die Monopole in den USA, Bd. 21 der Beitr. z. ausl. u. intern. Privatrecht, hrsg. v. Max-Planck-Institut, Bln. u. Tüb. 1951.

<sup>25</sup> Vgl. dazu Eucken, Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung, Ordo Bd. II, 1949 S. 1 ff.

<sup>26</sup> So hat noch vor einigen Monaten der Präsident des Bundesverbands der Deutschen Industrie in einem offiziellen Schreiben an den Bundeswirtschaftsminister vom 10. März 1953 darauf hingewiesen, daß die Industrie dem Entwurf des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vorerst seine Zustimmung noch versagen müsse, nicht zuletzt, weil nicht gleichzeitig ein „positives Wettbewerbsförderungsgesetz“ vorgesehen sei, das insbesondere eine klare Sicherung gegen Preisschleuderei enthalten müsse.

Wirtschaft als berechtigt anzuerkennen, bedeutet natürlich nicht hinzunehmen, daß Verbotsnormen im Kartellgesetz durch eine weiterherzige Interpretation des Begriffs des unlauteren Wettbewerbs praktisch umgangen werden, wie dies allenthalben in den Fachzeitschriften von Industrieverbände beratenden Juristen empfohlen worden ist<sup>27</sup>.

Der Wirtschaftstheoretiker muß auf dem Felde der wirtschaftspolitischen Verwirklichung einer freien Wettbewerbsordnung demnach eine punktuell isoliert eingreifende Gesetzgebung ablehnen, weil sie keinen Beitrag zur „Ordnung“ der Wirtschaft leistet, sondern eher im Gegenteil die angestrebte Ordnung gefährdet.

Kennzeichnend für die Lehre von der freien Wettbewerbswirtschaft ist, daß sie den von nationalökonomischen Forschungsergebnissen geleiteten Einsatz des Gesetzgebers auf allen wirtschaftlich und marktstrategisch relevanten Rechtsgebieten für unabweisbar ansieht, wenn eine Ordnung der Wirtschaft erreicht werden soll<sup>28</sup>. Rechtswissenschaft und Rechtsprechung in Deutschland haben lange Jahrzehnte hindurch die durch das Entstehen der Kartelle und anderer vertraglicher oder gesellschaftsrechtlicher Beschränkungen des freien Marktwettbewerbs entstandene Aufgabe nicht gesehen oder ignoriert<sup>29</sup>.

Erstmals hatte sich in Deutschland der Verein für Sozialpolitik im Jahre 1894 in einer umfangreichen Enquête mit den Problemen des freien Wettbewerbs und seinen Beschränkungen durch Kartelle u. dgl. beschäftigt. Anfang dieses Jahrhunderts gehörte 1902 und 1904 das Kartellproblem zu den Themen der deutschen Juristentage, ohne daß es zu einer wissenschaftlichen Klärung oder zu einer einhelligen Auffassung von Nationalökonomien und Juristen über den einzuschlagenden wirtschafts- und rechtspolitischen Weg gekommen wäre<sup>30</sup>. Obgleich sich der Reichstag, erstmals in der Sitzung vom 5. Mai 1879, verschie-

<sup>27</sup> Vgl. hierzu Rudolf Mueller, Kartelle gegen „unlauteren“ Wettbewerb, NJW 1950 Heft 20, und Gleiss, Wettbewerbs- und Ehrenordnungen von Wirtschaftsverbänden, Betriebs-Berater 1952 S. 644 ff.

<sup>28</sup> Hierin unterscheiden sich eben die Wettbewerbswirtschaftler des 20. Jahrhunderts sehr wesentlich von den Vertretern des liberalen Manchesterturns, die auch den Einsatz des Staates in der Wirtschaftsrecht-Setzung sozusagen als unzulässige Staatsintervention verurteilten.

<sup>29</sup> In welchem Ausmaß die Fremdheit und Unkenntnis der Juristen gegenüber nationalökonomischem Denken und wirtschaftspolitischen Zusammenhängen, besteht, — ein Umstand, der seine Wurzel leider auch heute noch in dem losen Nebeneinander und nicht „Miteinander“ der akademischen Ausbildungswege hat, vielleicht aber auch noch tiefere Ursachen in der Verschiedenheit der wissenschaftlichen Methodik besitzt —, kann hier nicht näher untersucht werden.

<sup>30</sup> Vgl. die Gutachten und Verhandlungsberichte zum 26. Deutschen Juristentag Berlin 1902 und zum 27. Deutschen Juristentag Innsbruck 1904.

dentlich mit Interpellationen wegen der Kartelle und ihrer Preispolitik zu beschäftigen hatte und in den Jahren 1903 bis 1906 eine umfassende staatliche Enquête veranstaltet und deren Ergebnisse durch das Reichsamt des Inneren veröffentlicht wurden<sup>31</sup>, konnte in der ganzen ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts das Problem der rechtlichen Behandlung der Marktformen, des freien Wettbewerbs als Preisbildungssystem und der Beschränkungen dieses freien Wettbewerbs nicht gelöst werden.

Abseits des in- und außerhalb des Parlaments stets wechselnden Schaukelspiels zwischen Reform- und Eingriffsnotwendigkeiten erkennenden Wissenschaftlern und Wirtschaftspolitikern einerseits und den privatwirtschaftliche Machtgruppen vertretenden Interessenten, die auch den Einsatz des Gesetzgebers auf diesem wirtschaftsrechtlich wichtigen Gebiet als unnötigen und unzulässigen Eingriff in die grundsätzlich zu gewährleistende Vertragsfreiheit der Marktteilnehmer darstellten, andererseits, was hier nicht näher interessiert, mögen es vor allem zwei Umstände gewesen sein, welche eine umfassende Lösung dieser Gesetzgebungsaufgabe verhinderten:

1. Die wirtschaftspolitische Gedankenwelt und Erörterungen waren ausgangs des vorigen Jahrhunderts und bis Ende der 20er Jahre dieses Jahrhunderts von der Vorstellung eines dem menschlichen Leben vergleichbaren Alterns der vorhandenen kapitalistischen Wirtschaftsordnung beherrscht. Die „Weissagung“ von Werner Sombart und anderen, die Zeit des Hochkapitalismus sei zu Ende, man stehe mitten im Spätkapitalismus und die erste Morgenröte des nächsten Zeitalters, des Frühsozialismus, sei eben in solchen kollektiven Organisationen wie den Kartellen, Konzernen und Trusts und anderen Rechtsformen der Absage des privaten kapitalistischen Unternehmertums an den freien Wettbewerb und an die freie Marktwirtschaft zum Ausdruck gekommen, lähmte den rechtspolitischen Gestaltungswillen, aus der wirtschaftstheoretischen Einsicht, daß hierin etwas geschehen müsse, die praktischen Gesetzgebungskonsequenzen zu ziehen<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Kontradiktorische Verhandlungen über deutsche Kartelle, 5 Bde. Berlin 1903—1906; und amtliche Denkschrift des Reichsamts d. Innern über das Kartellwesen, Berlin 1906—1908, auch als Reichstagsdrucksache erschienen.

<sup>32</sup> Das zeigte sich schon auf dem 26. Deutschen Juristentag 1902, z. B. in dem auch heute noch lezenswerten Referat von Landsberger, in welchem er u. a. ausführte: „... man liebt in den Kartellen... das, was sie sind: nämlich Produkte organisierenden, vergesellschaftenden Schaffens, anti-individualistische Bestrebungen einer gegen die Atomisierung des Wirtschaftslebens sich richtenden Reaktion“ (a. a. O. S. 327). Das ganze wirtschaftswissenschaftliche und juristische Schrifttum der 20er Jahre ist davon mehr oder weniger beherrscht; vgl. hierzu u. a. den Vortrag von Keynes 1926 in Berlin unter dem Titel: „Das Ende des laissez-faire“ mit seiner allseits aufgenommenen These von der stetigen „Selbstsozialisierung der

2. Die Marktform des freien Wettbewerbs wurde nicht als rechtsschutzwürdiges Element der Wirtschaftsordnung erkannt. Die Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869, die den liberalen Grundsatz der Gewerbefreiheit postulierte, war zwar nach der Reichsgründung 1871 zum Reichsgesetz erhoben worden, aber das Reichsgericht gefiel sich von seinem ersten Urteil in Kartellsachen vom 4. Februar 1897 in ständiger Rechtsprechung in formaljuristischer und positivistischer Auslegung, ohne den inneren Zusammenhang zwischen gewährter Gewerbefreiheit und Freiheit der Preisbildung einerseits und der Marktform des freien Wettbewerbs andererseits zu erkennen. Ettinger hatte schon 1905 mit Recht gesagt: „Die Wirtschaftswissenschaft hat die Aufgabe, der Judikatur und Staatsverwaltung die Anhaltspunkte für die Beurteilung des gemeinnützigen resp. gemeinschädlichen Charakters einer Organisation zu geben<sup>33</sup> und der Wirtschaftsrechtler Hedemann wies 1919 darauf hin, daß die Vertragsfreiheit, unter deren Zeichen die Kartelle und andere Formen der Beschränkung oder Beseitigung des freien Wettbewerbs entstanden seien und zu rechtfertigen versucht würden, nicht bedingungs- und schrankenlos gewährt sei, sondern an der dem Gesellschaftsleben zugrunde liegenden Wirtschaftsordnung eine Begrenzung finden müsse<sup>34</sup>, aber die Hinweise weniger Nationalökonomen, Wirtschaftsrechtler und -Politiker verhallten bei den die Gesetzgebung und Rechtsprechung beherrschenden, ebenso aber auch die Kartell-Literatur der 20er Jahre überwiegend beeinflussenden Juristen ungehört. Es bedurfte erst der negativen Erfahrungen mit der in jeder Hinsicht unzulänglichen Kartell-Verordnung von 1923, bis der

---

Wirtschaft“. Zuletzt warfen die lebhaften Diskussionen auf dem 35. Deutschen Juristentag 1928 in Salzburg ein helles Schlaglicht auf den Glauben an die Naturgesetzlichkeit der Entwicklung zum „Frühsozialismus“, damals als „Wirtschaftsdemokratie“ bezeichnet (Denkschrift herausgegeben von Naphtali), wobei sich die Vertreter der großen Industrie- und Kartellverbände mit den Sozialdemokraten und Gewerkschaftlern einig waren, daß die Formen der Beschränkung des freien Wettbewerbs, Kartelle, Syndikate und Konzerne, die Vorboten dieser naturnotwendigen Selbstkollektivierung der spätkapitalistischen Wirtschaft sind und als solche keinesfalls etwa verboten werden sollen oder könnten; allenfalls sei diese Entwicklung staatlicherseits zu zügeln und zu überwachen. Vgl. hierzu die Berichte und Gutachten vom 35. Deutschen Jur.-Tag 1928 und Böhm, Die Aufgaben der freien Marktwirtschaft, Isar-Verlag 1951 S. 42 f.

<sup>33</sup> „Die Regelung des Wettbewerbs im modernen Wirtschaftssystem“, Wien 1905 S. 81. Ähnlich Landsberger auf dem 26. Deutsch. Jur.-Tag 1902 (a. a. O. S. 298): „Der Nationalökonomie kommt es zu, diese Erscheinung (gemeint sind die Kartelle) morphologisch zu charakterisieren, die Jurisprudenz und insbes. der Gesetzgeber braucht aber eine scharfe Definition, einen präzisen Tatbestand...“

<sup>34</sup> „Das bürgerliche Recht und die neue Zeit“ Jena 1919 insbes. S. 13 ff.

Boden für das Auftreten der deutschen Marktformenforschung in der wirtschaftspolitischen Erörterungen um die Kartell- und Monopolpolitik bereitet war und mehr und mehr erkannt wurde, daß der freie Wettbewerb eine Marktform darstellt, die des staatlichen Rechtsschutzes vor den Vertragsfreiheits-Äußerungen der Marktparteien, vor allem der Produzentenseite, bedarf, wenn die grundsätzliche Wirtschaftsfreiheit und die Freiheit der Marktpreisbildung aufrecht erhalten werden soll<sup>35</sup>.

Die Kartell-Verordnung vom 2. November 1923 ist keine Lösung des Problems der rechtlichen Behandlung von Kartellen und Monopolen im Sinne unserer Darlegungen gewesen. Sie war „ein Kind der Not“, eine Notverordnung auf Grund des Ermächtigungsgesetzes durch die Reichsregierung, mitten in der Zeit der tiefsten Inflationskrise erlassen. Die damalige Reichsregierung hat in ihrer amtlichen Verlautbarung zum Erlaß der VO ausdrücklich hervorgehoben, daß es sich um eine Notmaßnahme gegen ungerechtfertigte Preissteigerungen, Preistreiberien und Warenzurückhaltungen im Zuge der fortschreitenden Währungszerrüttung handle, wobei die vielen Angriffe der Verbraucher, der Öffentlichkeit und z. T. auch der Produzenten gegen die Erzeugungs-, Absatz- und Preispolitik der Kartelle und Wirtschaftsverbände zum unmittelbaren Eingriff gezwungen habe, und daß sie keine endgültige und abschließende Regelung des Kartellproblems darstelle<sup>36</sup>. Wenn heute, im Rahmen der seit fünf Jahren immer heftiger werdenden wirtschaftspolitischen Diskussion um die gesetzestechnischen Methoden einer Lösung des Kartell- und Monopolproblems unter dem Schlagwort der Alternative: „Verbots- oder Mißbrauchsprinzip“ allenthalben die Mißbrauchsgesetzgebung durch die KartVO von 1923 als nachahmenswertes Vorbild für eine endgültige Regelung be-

---

<sup>35</sup> Soweit ersichtlich hat von Juristenseite erstmals Elster in der Kartell-Rundschau, Jhg. 32, Heft 7 v. Juli 1934 S. 375 ff. „Die Wettbewerbsordnung als schutzfähiges Rechtsgut“ diese Erkenntnis ausgesprochen. Wenn man dazu bedenkt, daß im Jahre 1933 das erste grundlegende Werk von Franz Böhm „Wettbewerb und Monopolkampf“ erschienen ist und daß der 30. Januar 1933 mit der nationalsozialistischen Wirtschaftspolitik für die deutsche Wirtschaft auf 15 Jahre die Wende zur staatlichen Zentralverwaltungswirtschaft brachte, so ist das zeitliche Zusammentreffen der ersten Konzeption der freien Wettbewerbswirtschaft mit dem Beginn eines langen Rückschlags bemerkenswert.

<sup>36</sup> Vgl. die amtliche Pressemitteilung, zit. bei Cardo, Die Kartellgerichtspraxis und ihre Auswirkungen, München 1926 S. 4 f. Cardo selbst stellt in Übereinstimmung mit Äußerungen des damaligen ersten Präsidenten des neu errichteten Kartellgerichts, Dr. Lucas, fest, daß die KartVO nicht nur der Form, sondern auch ihrer Tendenz nach nur ein „Gelegenheitsgesetz“ gewesen ist.

zeichnet wird<sup>37</sup>, und so ist diese Meinung durch zeitgenössische Urteile widerlegt und wissenschaftlich unhaltbar<sup>38</sup>.

Die Absicht der westlichen Militärregierungen, zur Ausführung von Art. 12 des Potsdamer Abkommens von 1945 Gesetze zur Dekartellierung und Dekonzentration der deutschen Wirtschaft zu verfügen, war nach dem Zusammenbruch der nationalsozialistischen Zentralverwaltungswirtschaft der erste und unmittelbare Anlaß für deutsche Wirtschaftswissenschaftler und Juristen, einer freien Wettbewerbsordnung für die zukünftige deutsche Friedenswirtschaft den als unerlässlich angesehenen Rechtsschutz zu geben. Der ersten deutschen Sachverständigenkommission<sup>39</sup> wurde im Dezember 1946 der von den Amerikanern erstellte Entwurf eines Dekart-Gesetzes zur Stellungnahme vorgelegt; er wurde von ihr trotz Übereinstimmung in den wirtschaftspolitischen Zielsetzungen der Wiederherstellung eines freien Wettbewerbs und freier Preisbildung am Markt abgelehnt. Gleichzeitig erarbeitete diese Kommission die ersten Entwürfe eines deutschen Gesetzes zur Sicherung des Leistungswettbewerbs, bei dem die Forschungsergebnisse der deutschen Marktformenlehre Pate standen und nicht die DekartMil.-Reg.Gesetze oder gar die amerikanische Antitrustgesetzgebung<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> Vgl. hierzu den sog. „Berg-Brief“ des Präsidenten des BDI an Prof. Erhard, abgedr. in WuW 1952 Heft 11 und 13, und der Katalog der Änderungsforderungen der Industrie, zuletzt vom 10. März 1953, mit denen das bisher im Entwurf verankerte Verbotprinzip derart durchlöchert wurde, daß praktisch nur die Verfolgung von Mißbräuchen übrig bliebe.

<sup>38</sup> Vgl. hierzu aus der reichen Kartell-Literatur der Jahre 1923—1933 Lucas, Kartelle und Rechtsordnung, Ztschr. f. d. ges. Staatsw. (80. Jhg.) 1925/26 Heft 3 und derselbe, Zur Reform der Kartellgesetzgebung, KartRundsch. 1928, S. 384 ff. und das ausführliche Gutachten von Lehnich für den 35. Deutschen Juristentag 1928 in Salzburg, Gutachtenband I. S. 243 ff. Neuerdings zur Beurteilung der KartVO von 1923: Böhm, Der vollständige Wettbewerb und die Antimonopolgesetzgebung, WuW 1953 S. 178 ff.

<sup>39</sup> Berufen vom Wirtschaftsrat des Länderrats der Ministerpräsidenten der US-Zone im Dezember 1946. Mitglieder waren u. a. der letzte Leiter des Kartellreferats im RJM vor 1933 Dr. Josten, Franz Böhm, der jetzige Bundeswirtschaftsminister Prof. Erhard, der Fuldaer Industrielle Walter Bauer und auch der Verfasser. Die erste Skizze zu einem „Antimonopolgesetz“ stammt von Franz Böhm aus dem Januar 1947. Der erste durchparagرافية Entwurf eines „Gesetzes über die Auflösung und Beaufsichtigung wirtschaftlicher Machtstellungen wurde in Zusammenarbeit von Josten, Böhm und dem Verfasser erstellt und in einer Sitzung in Bad Schwalbach im Juli 1947 von der Kommission mit Änderungen im Grundsatz gebilligt.

<sup>40</sup> Diese Sachverhalte aus der Vorgeschichte der Entwürfe eines „Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen“ widerlegen die Behauptung von deutscher Industrie (siehe sog. „Berg-Brief“ a.a.O., vgl. Anm. 5), der deutsche Entwurf eines „Verbotsgesetzes“ sei eine sklavische Nachahmung der alliierten Dekart-Gesetze und der amerikanischen Antitrustgesetzgebung.

Wegen des Fehlens einer der entscheidendsten Voraussetzungen für eine freie Wettbewerbswirtschaft, einer gesunden Geldverfassung, wurden diese Entwurfsarbeiten vom Frühjahr 1947 zunächst nicht weiter verfolgt. Die „Leitsätze über die Bewirtschaftung und Preispolitik nach der Geldreform“, die der Frankfurter Wirtschaftsrat für die Vereinigten Zonen am 24. Juni 1948 angenommen hat, waren der erste Schritt zur Verwirklichung der wirtschaftstheoretischen Erkenntnisse der deutschen Marktformenlehre. Zur Erarbeitung des in Art. III. der Leitsätze vorgesehenen Antimonopolgesetzes wurde im März 1949 die frühere Sachverständigen-Kommission von der Verwaltung für Wirtschaft erneut berufen. Auf der Grundlage der bisherigen Arbeiten wurden am 5. Juli 1949 ein in zwei Teile gegliederter Gesetzentwurf geliefert, der vom BWM im Dezember 1949 gedruckt worden ist<sup>41</sup>.

Der Entwurf des sog. „Gesetzes zur Sicherung des Leistungswettbewerbs“ ist der Versuch einer konsequenten Übertragung der in der Wirtschaftstheorie erkannten Voraussetzungen für das Funktionieren der Marktform des vollständigen Wettbewerbs in Gesetzesform mit wirtschaftsverfassungsrechtlichem Charakter. Die unabdingbare Pflicht zum Leistungswettbewerb wurde als Korrelat zu der Freiheit der Produzenten und Händler vor der unmittelbaren Intervention des Staates in die Produktion, Verteilung und Preisbildung postuliert. Alle Formen der Beschränkung des freien Wettbewerbs durch Kartelle sollten verboten sein, wirtschaftliche Machtstellungen am Markt in Gestalt von Einzelunternehmen und Konzernen sollten, soweit wirtschaftlich und technisch möglich, aufgegliedert und „marktmachtmäßig neutralisiert“ werden, wo unvermeidbar, also Ausdruck für den Sachverhalt eines Marktes mit „unvollständigem Wettbewerb“, sollten sie in Produktions-, Preis- und Geschäftspolitik einer laufenden Kontrolle durch eine unabhängige Bundesoberbehörde, das „Monopolamt“ unterworfen werden<sup>42</sup>. Entsprechend der nationalökonomischen These von der Notwendigkeit einer in allen Einzelheiten auf die angestrebte Wirtschaftsordnung abgestellten Rechtsordnung enthielt der Entwurf auch ergänzende und teilweise verschärfende Vorschriften für das Gebiet des Aktien- und GmbH-Gesetzes, die der wirtschaftspolitischen Ziel-

---

<sup>41</sup> Im Verlag Lutzeyer, Frankfurt, Dezember 1949: 1. „Gesetz zur Sicherung des Leistungswettbewerbs“ und 2. „Gesetz über die Errichtung eines Monopolamtes“.

<sup>42</sup> Generelle Befreiungen für ganze Wirtschaftszweige sah dieser Entwurf nicht vor, ebenso keine Ausnahme für Verträge zur Preisbindung der zweiten Hand bei Markenartikeln. Einzelausnahmen für Unternehmen oder Wirtschaftszweige sollten nur unter der Auflage gelten, daß deren Produktions- und Preispolitik unter die laufende Kontrolle des Monopolamts gestellt war; maW.: Verwirklichung der wirtschaftstheoretischen Erkenntnis von der Notwendigkeit einer Einheitlichkeit des Preisbildungssystems.

setzung dienen, wirtschaftliche Machtstellungen in Form von großen Einheitsunternehmen (Trusts) oder Konzernen nicht erst entstehen zu lassen, um sie dann mühsam wieder aufgliedern zu müssen, sondern durch erweiterte Rechte der Aktionäre, Publizitätsvorschriften und Auflagen der Genehmigung seitens des Monopolamts ihr Entstehen selektiv zu erschweren<sup>43</sup>.

Die konkrete wirtschaftspolitische und parlamentarische Erörterung dieser sog. „Josten-Entwürfe“ und ihre mögliche gesetzgeberische Verwirklichung scheiterte einmal an dem heftigen Widerstand der Industrie, der Landwirtschaft, der Verkehrswirtschaft und der Markenartikelindustrien gegenüber dem allgemeinen Verbot der Kartelle und aller vertikalen Preisbindungsverträge mit schwer zu erreichenden Ausnahmen unter Auflage der Monopolamtsüberwachung und der Verschärfung des Gesellschaftsrechts i. S. einer Verhinderung des Entstehens von Konzernen und anderen Unternehmenszusammenfassungen<sup>44</sup>. Zum anderen scheiterten diese Entwürfe aber auch aus einer Schwäche in sich selbst: Die Marktform des vollständigen Wettbewerbs wurde sozusagen zur „Einheitsschablone“ für den Rechtsschutz des Systems der freien Marktpreisbildung gemacht und der wirtschaftlichen Tatsache, daß auf einer Reihe von Einzelmärkten der „vollständige“ Wettbewerb nicht besteht, nicht volkswirtschaftlich sinnvoll funktionieren würde und daher auch nicht wieder hergestellt werden könnte<sup>45</sup>, wurde in der Formulierung der Ausnahmevoraussetzungen und -Bestimmungen zu wenig Beachtung geschenkt<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> Der Entwurf stellte in seiner Begründung heraus, daß diese Mindeständerungen des Aktien- und GmbH-Rechts gleichzeitig mit dem Kartell- und Monopolvertrag in Kraft gesetzt werden müßten, da sonst die Folge eines einseitig wirksamen, punktuellen Kartellverbots eine Welle der Unternehmenskonzentration mit effektenkapitalistischen Mitteln zur Folge haben würde. wie das Beispiel der USA nach dem Erlaß des Sherman Act nach 1890 zeige.

<sup>44</sup> Unzweifelhaft hat bei der einhelligen und heftigen Ablehnung der Josten-Entwürfe in der Wirtschaft psychologisch auch eine Rolle gespielt, daß die Alliierten mit ihren Dekart.-Mil.-Reg.-Gesetzen vom Februar 1947 und mit deren politisch gemünzter Präambel jede ernstliche rechtspolitische Verwirklichung der freien Wettbewerbsordnung durch ein deutsches Gesetz als „wirtschaftsfeindlich“ diskreditiert hatten; eine sicherlich nicht beabsichtigte Auswirkung der US-Besatzungspolitik in Westdeutschland!

<sup>45</sup> MaW also Vernachlässigung der rechtlichen Behandlung der Märkte mit unvollständigem Wettbewerb.

<sup>46</sup> Hier steckt der Kern des teilweise nicht unberechtigten Vorwurfs gegen die Josten-Entwürfe, sie seien „professoral und wirtschaftsfremd“. Letztlich läßt dies aber nur die große Schwierigkeit erkennen, wirtschaftliche Sachverhalte und wirtschaftspolitisch als richtig erkannte Zielsetzungen in zweckentsprechende gesetzliche Form zu gießen, und sagt nichts gegen die diesen gesetzgeberischen Bemühungen zugrunde liegende nationalökonomische Konzeption der freien, durch Wettbewerb geordneten Marktwirtschaft.



Die Verwaltung für Wirtschaft (später das BMW) nahm ein Memorandum der Militärregierungen vom 29. März 1949<sup>47</sup> zum äußerlichen, sachlich nicht stichhaltigen Anlaß, die Josten-Entwürfe zu verwerfen und eine Serie von Referentenentwürfen im eigenen Hause, zuletzt unter Heranziehung der Fachreferenten aus dem BJM, zu erstellen<sup>48</sup>. Das vorläufig abschließende Ergebnis dieser Entwurfsarbeiten ist der sog. „Kabinettsentwurf“ eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen<sup>49</sup>, den im Wirtschaftspolitischen Ausschuß im Bundestag und in den letzten Monaten der Sessionsperiode des ersten Bundestages durchzubringen, der Bundeswirtschaftsminister sich vergeblich bemüht hatte.

Dem GgWb-Entwurf ist eine ausführliche, allgemeine und spezielle amtliche Begründung mitgegeben. Nach ihr geht der Entwurf von der „durch die wirtschaftswissenschaftliche Forschung erhärteten Erfahrung aus, daß die Wettbewerbswirtschaft die ökonomische und zugleich demokratischste Form der Wirtschaftsordnung ist“<sup>50</sup>: Im Rahmen dieser freiheitlichen Ordnung soll der Staat nur unter zwei Gesichtspunkten lenkend eingreifen: 1. Zur allgemeinen Aufrechterhaltung des Wettbewerbs-Mechanismus, und 2. zur Überwachung jener Märkte, „auf denen die Marktform des vollständigen Wettbewerbs nicht erreichbar ist“<sup>51</sup>. Die weitgehende Übereinstimmung mit den grundsätzlichen wirtschaftspolitischen Forderungen der „Freiburger Schule“ ist unverkennbar<sup>52</sup>. Das GgWb ist ein Verbotsgesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen durch Verträge und Beschlüsse<sup>53</sup> und ein Überwachungsgesetz gegen den Marktmacht-Mißbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen. Die amtliche Begründung erkennt ausdrücklich die Tatsache an, daß es eine Reihe von Einzelmärkten gibt, aus denen aus den verschiedensten Gründen, — „historische, technische und strukturmäßige Gegebenheiten“<sup>54</sup> — die Marktform des vollständigen Wettbewerbs nicht hergestellt werden kann. Der freie Wettbe-

<sup>47</sup> Aufforderung zur Vorlage eines deutschen Gesetzentwurfs unter Berücksichtigung der Grundsätze der Havanna-Charta zur Ablösung der alliierten Dekart-Gesetze. Ergänzt wurde diese Aufforderung durch ein Schreiben der drei Hochkommissare an die Bundesregierung vom 26. Oktober 1950, wonach das vorbereitete deutsche Gesetz auch Bestimmungen über Entflechtung und Vorkehrungen gegen erneute Konzentration enthalten müsse.

<sup>48</sup> Unter laufender Konsultation der Sachverständigen der Hohen Kommission, aber keine offizielle Billigung durch diese.

<sup>49</sup> Abgekürzt: GgWb; veröffentlicht als Bundestagsdrucksache Nr. 3462 vom 13. Juni 1952.

<sup>50</sup> Amtl. Begr. A. Allg. Teil I. S. 15.

<sup>51</sup> Amtl. Begr. a.a.O. IV. S. 16.

<sup>52</sup> Vgl. z. B. das Vorwort zum I. Ordo-Band 1948 S. X.

<sup>53</sup> § 1 ff. für horizontale Verträge, § 10 ff. für vertikale Verträge.

<sup>54</sup> Amtl. Begr. a.a.O. V. Abs. 2 S. 16.

werb solle nicht Selbstzweck sein, sondern stelle die Grundlage dar für eine, von unmittelbarer staatlicher Bevormundung befreite Preisbildung und das Mittel zur Leistungssteigerung und Rationalisierung der Wirtschaft dar.

Diese wirtschaftspolitischen Grundsätze im allgemeinen Teil der amtlichen Begründung sind im bisher letzten Entwurfstext des GgWb<sup>55</sup> zum Teil nicht eingehalten worden; insbesondere hinsichtlich des Fehlens einer Überwachung der Wirtschaftszweige, die als Märkte mit „unvollständigem Wettbewerb“ von den Bestimmungen des GgWb im ganzen befreit werden sollen<sup>56</sup>, besteht eine bemerkenswerte Lücke zwischen Begründung und Entwurf<sup>57</sup>.

Die Kompromisse, die sich Erhard im Frühjahr 1953 durch die Industrie abringen ließ, ohne sein Ziel, die Verabschiedung des GgWb in der Periode des ersten Bundestages, zu erreichen<sup>58</sup>, in Verbindung mit den vielfach auch aus politischen Gründen gewährten Befreiungen, vor allem durch die Änderungen des Bundesrats zugunsten der Landwirtschaft, haben den GgWb-Entwurf derart verwässert, daß von einem „Verbotsprinzip“ kaum mehr gesprochen werden kann<sup>59</sup>. Ein solches Gesetz zur Ordnung der Wirtschaft würde mit den Grundsätzen einer durch freien Wettbewerb geordneten Marktwirtschaft nicht mehr in Übereinstimmung stehen, die Verwirklichung der theoretischen Erkenntnisse der deutschen Marktformenlehre wäre eine „Illusion“, die vielleicht höchstens auf unbedeutenden Einzelmärkten ohne Widerstand der Anbieter-Marktpartei realisiert würde<sup>60</sup>. Ein der-

<sup>55</sup> Kabinettsentw. unter Berücksichtigung jener Änderungsvorschläge des Bundesrats (siehe Bundestagsdrucks. Nr. 3462 Anl. 2), denen die Bundesregierung zugestimmt hat (siehe Bundestagsdrucks. Nr. 3462 Anl. 3).

<sup>56</sup> Im Entw. §§ 73 ff.; über die Systematik der Behandlung der Märkte mit „unvollständigem“ Wettbewerb im GgWb näheres unten Kap. III. Abschn. 1. und 2.

<sup>57</sup> Hierauf hat als erster Gleiss in der NJW 1953, 1129 ff. „Eine Lücke im Entwurf zum GgWb“ hingewiesen.

<sup>58</sup> Nicht Verbotprinzip mit einzelnen befristeten Ausnahmen, sondern generelle Erlaubnis mit „Mißbrauchsüberwachung“ für sog. Krisenkartelle, Konditionenkartelle, Rationalisierungs- und Außenhandelskartelle, für sog. „Mittelstands-Kartelle (Kartelle kleinerer und mittlerer Unternehmen zum angeblichen Schutz vor großen Unternehmen der gleichen Branche) und für alle vertikalen Preisbindungsverträge, nicht nur der Preisbindung der zweiten Hand bei Markenartikeln (die schon in § 11 des Entwurfs in der Fassung vom 13. Juni 1952 vorgesehen war).

<sup>59</sup> Die im Entw. in §§ 1 und 10 ausgesprochenen generellen Verbote der horizontalen bzw. vertikalen Preisabsprachen hätten dann nur noch formalen Charakter, denn die nachfolgenden gesetzlichen Sondervorschriften würden diese Verbote zu 99 % wieder aufheben.

<sup>60</sup> Vgl. die in dieser Richtung gehende Auffassung des DGB: „Die Illusion des freien Wettbewerbs“, Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes zum GgWb, Bund-Verlag Köln 1950; wiederholt in einem Schreiben des DGB an den Vorsitzenden des Wirtschaftspol. Ausschusses des Bundestages im April 1953.

artiges Gesetz würde aber auch nicht den in Art. III. der Leitsätze vom 24. Juni 1948 (dem sozusagen „Grundgesetz“ der sozialen Marktwirtschaft seit 1948) niedergelegten Voraussetzungen entsprechen und es nicht mehr länger rechtfertigen, daß der Staat auf unmittelbare Überwachung und Eingriffe in die Preise generell verzichtet, wie er es seit dem 24. Juni 1948 getan hat<sup>61</sup>. Allerdings müßte man dann gerechterweise feststellen, daß die rechtspolitische Aufgabe einer freien Wettbewerbsordnung den erforderlichen Rechtsschutz zu verleihen, nicht daran gescheitert ist, daß eine solche Gesetzgebung praktisch und gesetzestechnisch unmöglich wäre, sondern am parlamentarisch-wirksamen Widerstand machtvoller wirtschaftlicher Interessengruppen, deren Machtanwendung zur Marktstrategie und Preisherrschaft eben durch ein Gesetz zum Schutze des freien Wettbewerbs neutralisiert bzw. unmöglich gemacht werden sollte.

## II. Die Märkte mit unvollständigem Wettbewerb

Zum wirtschaftspolitischen und gesetzestechnischen Kernproblem jeder Kartell- und Monopolgesetzgebung wird die Behandlung jener Märkte, auf denen ein vollständiger Wettbewerb nicht besteht, nicht durchgesetzt werden kann und — falls er wider wirtschaftliche Einsicht — durch deren Gesetz erzwungen würde, zum Gegenteil dessen führen würde, was mit dem Wettbewerb als Mittel zu wirtschaftspolitischen Zielen erreicht werden soll: Freie elastische Preisbildung nach Angebot und Nachfrage, Erhaltung und freier Zugang zum Markt für viele selbständige Unternehmen, Leistungssteigerung, Rationalisierung und Marktauslese. Die hier gestellte Aufgabe ist in zweifacher Hinsicht besonders schwierig: Die Wirtschaftstheorie ist bisher nicht in der Lage gewesen, exakt und abstrahierend allgemeingültig zu ermitteln, welche Besonderheiten Märkte zu Bereichen mit „unvollständigem Wettbewerb“ stempeln. Sie hat vielmehr nur negativ die häufigsten Folgen und Auswirkungen aufzuzeigen vermocht, die sich einstellen, wenn auf Märkten mit unvollständigem Wettbewerb ein freier, vollständiger Wettbewerb, sei es infolge staatlichen Gesetzes, des Einbruchs mächtiger Außenseiter mit Marktbeherrschungsabsichten oder zufolge des Überdrucks einer tiefen Wirtschafts- oder Struk-

---

<sup>61</sup> Hier befindet sich die deutsche Wirtschaft in Wahrheit an einem Scheideweg; vgl. meinen Aufsatz in der Neuen Züricher Zeitung vom 17. Mai 1953: „Westdeutschlands Wirtschaft an einem Scheideweg“.

turkrise Platz greift<sup>62</sup>. Der Gesetzestechniker als Helfer und „Übersetzer“ der wirtschaftstheoretischen Erkenntnisse und wirtschaftspolitischen Willens ist deshalb in einer besonders mißlichen Lage. Er braucht eindeutige Tatbestände und klar zu formulierende, vom konkreten Einzelfall abstrahierte Voraussetzungen für Anwendung und Richtlinien für vorzuschreibendes Verhalten und Unterlassen, wenn er gute Gesetze machen soll. Wirtschaftsrechtliche Gesetzgebung ist ohnedies sehr schwierig, aber das Problem der rechtlichen Behandlung von Märkten mit unvollständigem Wettbewerb liegt besonders kompliziert und ist bis heute noch keineswegs gelöst.

### 1. Die Begriffsbestimmungen in der deutschen Marktformenlehre

Die Lehre von den verschiedenen möglichen und praktisch vorkommenden Marktformen, ihre Voraussetzungen, Wirkungsweisen und Auswirkungen auf die Preisbildung geht Jahrhunderte zurück bis in die Zeit des Früh-Markantilismus und seiner Vorkämpfer in Deutschland, Holland und Österreich. Die älteste, heute noch exakter wissenschaftlicher Forschung zugängliche Originalquelle ist das im Jahre 1668 erschienene Werk des römisch-kaiserlichen Kommerzienrats Johann Joachim Becher „Politischer Discours von den eigentlichen Ursachen der Auff- und Abnehmens der Städt, Länder und Republiken“<sup>63</sup>. In diesem Werk werden erstmals in der deutschen wirtschaftswissenschaftlichen Literatur Definitionen für verschiedene Marktformen gegeben. Becher widmet sich insbesondere drei Marktformen, die seiner Ansicht nach der besonderen Aufmerksamkeit und des gesetzgeberischen Eingriffs seitens des Staates bedürfen: Das „Monopolio“, das „Polypolio“ und das „Propolio“. Der Begriff des monopolio, des Monopols, war schon im Altertum bekannt; das erste nachweisbare und in Quellen erhaltene deutsche „Antimonopolgesetz“

<sup>62</sup> So u. a. aml. Begr. (a.a.O. A. VI. S. 16), die formuliert: „... Im industriellen Bereich wird es sich in der Regel um solche Gebiete handeln, auf denen durch die gegebene Unternehmensstruktur die Marktform des Monopols, Teilmonopols, Oligopols oder Teiloligopols besteht...“ Daß hier indessen auslösende Ursachen und praktische Auswirkungen verwechselt worden sind, wird weiter unten noch näher nachzuweisen sein.

<sup>63</sup> In der Erstausgabe im Verlag J. D. Zunners, Frankfurt, im Original in der Univers.-Bibliothek Tübingen vorhanden (rund 100 Jahre später erschien ein Nachdruck). Becher lebte von 1625—1682; ein weiteres Buch von ihm: „Närrische Weisheit und weise Narrheit“, Frankfurt 1682, enthält ebenfalls noch heute lesenswerte wirtschaftspolitische Sentenzen. Es ist das Verdienst von Cilli Böhle, Die Idee der Wirtschaftsverfassung des Merkantilismus, Jena 1940 (Diss. bei Eucken) und von Burkhard Röper, Ansätze zu einer Marktformenlehre bei J. J. Becher, Schmollers Jahrb. 69. Jhg. 1949 S. 82 ff., auf Becher und seine Zeitgenossen hingewiesen zu haben.

stammt von Kaiser Karl V. aus dem Jahre 1525<sup>64</sup>. Was Becher als „polypolio“ bezeichnet, würden wir im heutigen Sprachgebrauch mit „Übersetzung des Gewerbes“ oder in der Produktion mit „Überkapazität“ umschreiben. Interessant für unseren hier untersuchten Zusammenhang ist der dritte der von Becher geprägten Marktformen-Begriffe, das „propolio“. Diese Bezeichnung ist offenbar eine Neuschöpfung Bechers, sie ist in früherer wirtschaftswissenschaftlicher Literatur nicht zu finden. Becher subsumiert unter diesen Begriff in einer sehr breiten und bilderreichen Darstellung eine große Zahl der verschiedensten, seiner Zeit und ihm bekannt gewordener Beschränkungen des freien Wettbewerbs, gliedert nach den einzelnen, zu damaligen Zeiten wichtigen Wirtschaftszweigen, er führt beschreibend eine Fülle von Ursachen und praktischen Auswirkungen an und empfiehlt entsprechende, in ihrer Radikalität teilweise bemerkenswerte Abhilfen<sup>65</sup>. Becher ging mit seinen Untersuchungsversuchen des Propolium ein Marktformenproblem an, das wir heute als die Lehre von den Ursachen und Formen der Märkte mit „unvollständigem Wettbewerb“ bezeichnen<sup>66</sup>. Leider ist es Becher auch nicht geglückt, eine allgemeine, von den konkreten Einzelfällen abstrahierende Definition zu geben, unter welchen Voraussetzungen und Bedingungen ein Einzelmarkt zu einem „propolium“, zu einem Markt mit unvollständigem Wettbewerb wird. Interessant ist, daß Becher der Auffassung ist, daß gegen „monopolia“ und „polypolia“ die gesetzlichen Machtmittel einer starken Regierung helfen könnten, nicht dagegen bei „propolia“. Hier empfahl er drastische, wir würden heute sagen: wirt-

<sup>64</sup> „Kaiserliche Maiestat Ordnung, Satzung, Fursehung der Kaufmannshandel halben zur Abwendung der monopolien und anderer in rechten verpottener Hantuerungen“ vom 10. März 1925; im vollen Wortlaut wiedergegeben bei König, Peutingers-Studien IX. Bd. Heft 1/2 der „Studien und Darstellungen aus dem Gebiet der Geschichte“, Freiburg 1914 S. 169 ff.; der Originaltext fand sich im Nachlaß des Augsburger Stadtschreibers Konrad Peutingers (1465—1547), der als Verfasser des Entwurfs zu diesem Gesetz gilt, und ist in der Augsburger Stadtbibliothek aufbewahrt. Unter Monopol verstand man im Mittelalter ein Vergehen, das wie Münzverschlechterungen und Wucher mit schweren Strafen geahndet wurde. „Monopol“ war sozusagen ein strafrechtlicher Begriff; man sprach damals davon, daß jemand „ein Monopol beging“.

<sup>65</sup> Bechers Definition für „propolio“ lautet: „Propolia ist der dritte Feind der Gemeinde. . . propolium, zu teutsch: der Vorkauff.“ (a.a.O. Kap. XXIII S. 150 ff.). In seinen Schilderungen der vielen Formen des propolio geht er aber dann weit über den Rahmen dessen hinaus, was wir sonst üblicherweise unter dem mittelalterlichen Begriff des Vorkaufs verstanden haben.

<sup>66</sup> So auch übereinstimmend Böhle und Röper a.a.O.

schaftslenkende Maßnahmen, die einer Markt-„Ordnung“ durch Genossenschaftsformen oder Verstaatlichung nicht unähnlich sind<sup>67</sup>.

Die Vorstellung, daß es in der Volkswirtschaft Märkte gäbe, die aus ihren eigenen Besonderheiten heraus nicht durch freien Wettbewerb geordnet werden könnten, kehrt in der österreichischen Gewerbepolitik der zweiten Hälfte des 18. und der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts wieder. Unter den Kaisern Joseph II. und Leopold II. wurde der für die damalige Zeit beispielhafte Versuch unternommen, eine Art allgemeine Wirtschaftsverfassung zu schaffen. Es wurde zwischen „Kommerzial-Gewerbe“ und „Polizey-Gewerbe“ unterschieden. Für die ersteren schrieb man den freien Wettbewerb vor, bei den letzteren glaubte man an keine Ordnung durch freien Wettbewerb und sah eine staatliche Aufsicht vor<sup>68</sup>. Dabei drängte die freiheitliche Entwicklung in Österreich dazu, immer mehr Gewerbe als „Kommerzialgewerbe“ der vollen Wirtschaftsfreiheit zu überantworten. Indessen fehlt es auch aus dieser Epoche an grundlegenden, wirtschaftstheoretischen Untersuchungen zur Fundierung dieser rein empirischen Unterscheidung in Gewerbe mit freiem Wettbewerb und unter Staatsaufsicht.

Die von Eucken, Böhm und Miksch begründete Marktformenlehre hat das Schwergewicht ihrer Forschungen auf die Morphologie der verschiedenen Wirtschaftsordnungen, auf die Erkenntnis der Funktionen und Wirkungsweise des freien Wettbewerbs und auf die Folgen der Beschränkungen des Wettbewerbs auf die Mengen- und Preispolitik gelegt. Sie hat die Begriffe und Mittel geschaffen, die verschiedenen Marktformen in der Wirtschaftspraxis nach größeren Gesichtspunkten zu gruppieren, um innerhalb dieser einzelnen Marktformtypen das Verhalten der Produzenten und Nachfragenden zu ergründen und die Auswirkungen auf die Preisbildung und Produktionspolitik zu analysieren<sup>69</sup>. In Ansehung der Grundeinstellung, daß die

<sup>67</sup> Z. B. für die Landwirtschaft allgemeine Provinzialhäuser mit staatlichen Kauf- und Verkaufsmagazinen; für die Handwerker staatliches Arbeits- und „Zucht“-Haus (das letztere meint B. i.S. staatlicher Aufsicht über Ausbildung des Nachwuchses, damit diese nicht von den Handwerksmeistern die „bösen“ Methoden der „propolia“ erlernen!), für die Kauf- und Handelsleute: allgemeine staatliche oder genossenschaftliche Stapel- und Verkaufshäuser, wo alle Handelsgesellschaften und Kaufleute verpflichtet werden sollen, ihre Waren einzulagern und durch die Obrigkeit die Verkaufspreise „taxieren“ zu lassen (a.a.O. Kap. 27—31).

<sup>68</sup> Vgl. dazu vor allem die ausgezeichnete Darstellung bei Pflibram, *Geschichte der österreichischen Gewerbepolitik von 1740—1860*, 2 Bde. Leipz. 1907.

<sup>69</sup> Wenn Zimmermann (a.a.O. siehe Anm. 9) ein negatives Urteil über den Erkenntniswert dieser Gruppierungen aussprechen zu müssen glaubt und diese Auffassung durch den Hinweis stützen will, daß „ein fleißiger Doktorand ohne weiteres mehr als 1000 Marktformen aufdecken würde (a.a.O. S. 65 Anm. 2), so scheint mir Z. die Aufgabe und Denkmethode theoretischer Forschung zu verken-

Marktformen, also auch der freie Wettbewerb, nicht Selbstzweck, sondern nur Mittel zum Zweck sind, ist die „Freiburger Schule“ zu dem Ergebnis gekommen, daß die Marktform des „vollständigen“ Wettbewerbs die ideale Voraussetzung für eine von unmittelbaren staatlichen Interventionen in die Produktionsmengen-, Absatz- und Preispolitik der Unternehmen befreiten Wirtschaftsordnung darstellt. Es findet sich in der Literatur kein Vertreter der freien Wettbewerbswirtschaft, der behauptet hätte, die Marktform des vollständigen Wettbewerbs ließe sich ausnahmslos auf allen Einzelmärkten der Volkswirtschaft durch gesetzliche Maßnahmen — positiv: Wettbewerbspflicht; negativ: Kartell- und Monopolverbot — erzwingen. Allen ist nur gemeinsam die Erkenntnis und aus ihr folgend die für die Wirtschaftspolitik und für den Aufbau einer freien Wettbewerbsordnung entscheidende Aussage, daß überall dort, wo die Marktform des vollständigen Wettbewerbs nicht besteht und auch nicht mit volkswirtschaftlich sinnvollen Auswirkungen durchgesetzt werden kann, die Rechtsordnung nicht zulassen darf, daß die Marktparteien zur „Selbsthilfe“ greifen und Beschränkungen des hier volkswirtschaftlich schädlichen oder aus strukturellen oder technischen Gründen gar nicht durchsetzbaren freien Wettbewerbs unter sich, notwendigerweise auf ihr einseitiges Gruppeninteresse ausgerichtet, vereinbaren, sondern daß hier der Staat die Marktordnung setzen, zuzulassende Formen der Wettbewerbseinschränkung in ihrer Mengen-, Absatz- und Preispolitik überwachen und durch Staatsaufsicht dafür Sorge tragen muß, daß solche Märkte (also eben Märkte mit „unvollständigem Wettbewerb“) hinsichtlich ihrer Preise nicht aus dem einheitlichen Preisbildungssystem einer freien Marktwirtschaft ausscheren und das volkswirtschaftliche Preisgefüge dadurch verzerren<sup>70</sup>).

So hat z. B. Böhm in seinem grundlegenden Werk 1937<sup>71</sup> ausgeführt: „Der Anwendbarkeit der Wettbewerbsordnung sind Gren-

---

nen: Die theoretische Wirtschaftswissenschaft hat aus der stets (und nicht nur auf dem Gebiet der Marktformen) unendlich vielfältigen Wirklichkeit des Wirtschaftslebens zu abstrahieren und nur aus der Abstraktion lassen sich theoretische Erkenntnisse gewinnen. In der Betriebswirtschaftslehre ist auch der Aussagegegenstand, der einzelne lebende Betrieb, in vieler Hinsicht von jedem anderen unterschieden und trotzdem haben die aus theoretischer Abstraktion und Gruppierung gewonnenen Erkenntnisse und Gesetzmäßigkeiten für den Betriebsablauf ihren sicherlich auch von Z. nicht geleugneten Wert.

<sup>70</sup> Vgl. Eucken, Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung, Ordo Bd. II. 1949, S. 62 ff. und 64 ff.; Miksch, Möglichkeiten und Grenzen der gebundenen Konkurrenz, i. Sammelband „Der Wettbewerb“ (a.a.O. siehe Anm. 8) S. 99 ff.; weiter auch von Stackelberg, Marktform und Gleichgewicht, Wien 1934, Hans Möller, Kalkulation, Absatzpolitik und Preisbildung, Wien 1941 u.a.m.

<sup>71</sup> Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpfende Leistung, S. 138.

zen gesetzt durch die tatsächlichen Marktverhältnisse. Es gibt ... Marktconstellationen, bei deren Vorliegen die Konkurrenz (gemeint ist der vollständige Wettbewerb) nicht zur Ordnung führt. Dies ist immer dann der Fall, wenn auf einer oder auf beiden Marktseiten Unternehmungen oder Großabnehmer vorhanden sind, die einen so großen Teil des Angebots oder der Nachfrage in ihrer Hand vereinigen, daß ihr Marktverhalten die Marktlage, insbesondere die Marktpreisbildung fühlbar beeinflußt“. Dieser Hinweis Böhms auf eine zu geringe Zahl von Anbietern oder Nachfragenden, ein Sachverhalt, welcher einen Markt zu einem Markt mit „unvollständigem“ Wettbewerb mache und die Durchsetzung der Marktform des vollständigen Wettbewerbs verhindere<sup>72</sup>), weist auf eine gewisse Einseitigkeit hinsichtlich der Erkenntnisse und Aussagen über die Besonderheiten der Marktgebiete mit unvollständigem Wettbewerb hin, die auch heute noch im wesentlichen nicht als überwunden angesehen werden kann<sup>73</sup>.

Feststehen dürfte die Erkenntnis, daß Gebiete mit Teiloligopolen, Oligopolen, Teilmonopolen oder Monopolen — sei es in Form fusionierter Einheitsunternehmen und Konzerne, sei es in der vertraglichen Form von Kartellen oder Syndikaten — aus diesem Grunde Märkte mit „unvollständigem Wettbewerb“ sind. Nach dem heutigen Stand der deutschen Marktformenlehre kommt es nun darauf an, ob diese Unternehmensstruktur des Oligopols oder Monopols<sup>74</sup> darauf beruht und zurückgeht, daß die anbietenden Unternehmer (gleiches gälte auch für die Abnehmerseite) den ihnen von der bisherigen Rechtsordnung gewährten weiten Spielraum der Vertragsfreiheit und Grün-

<sup>72</sup> Diese sozusagen nur „negative“ Definition der Marktform des unvollständigen Wettbewerbs, also = Märkte, auf denen die Voraussetzungen für Durchsetzung und Funktionieren des freien Wettbewerbs ohne staatliche oder „private“ Marktordnung spezieller Art fehlen, findet sich bei allen Vertretern der freien Wettbewerbsordnung. Dabei ist aber doch das Vorhandensein „weniger Anbieter oder Nachfragenden“, also Teiloligopole, Oligopole, Teilmonopole oder gar Monopole, keine selbständige Ursache, sondern letztlich eine Auswirkung tieferer wirtschaftlicher, technischer oder struktureller Gegebenheiten dieses speziellen Einzelmarktes; häufig aber auch, — das darf nicht vergessen und nicht unterschätzt werden — die Folge des privaten wirtschaftlichen Machtstrebens und der Marktstrategie finanziell mächtiger Interessengruppen in der Wirtschaft, dem bisher die Rechtsordnung weder im Altertum noch im Mittelalter zu Zeiten der Handelsfürsten Fugger und Welser in Augsburg noch bis zum heutigen Tage wirksame Zügel anzulegen verstanden hat.

<sup>73</sup> Das Urteil Zimmermans in diesem Zusammenhang, „... daß die Erforschung der konkreten Wirklichkeit hier in eine Sackgasse geraten ist“ (a.a.O. S. 65) dürfte hart und vor allem verfrüht sein, denn hierin steht die Nationalökonomie erst am Anfang. Außerdem aber dürfte die von Z. versuchte „dynamische Theorie der Marktformen“ aus dieser behaupteten Sackgasse auch nicht herausführen, was unten in Kap. II. 2. näher aufgezeigt werden soll.

<sup>74</sup> Böhm spricht häufig treffend von „vermachteten Märkten“.



dungsfreiheit juristischer Personen (Grundlage für Unternehmensverschachtelungen und Konzernbildungen) ohne zwingende betriebswirtschaftliche oder produktionstechnische Gründe in der Absicht der Marktbeeinflussung und der Marktbeherrschung zwecks einseitiger Festsetzung der Preise und damit der Erlöse für ihre gewerbliche Tätigkeit ausgenutzt haben, oligopolistische oder monopolistische Stellungen am Markt zu gewinnen, oder ob sie dadurch entstanden ist, daß die Marktteilnehmer ohne ihr Zutun „im Rahmen der in der freien Wirtschaft ordnungsgemäß sich vollziehenden Größenentwicklung“<sup>75</sup> oder aus technischen Gründen<sup>76</sup> in den Markt einfluß hineingewachsen sind. Im ersten Fall werden diese Beschränkungen des vollständigen Wettbewerbs als vermeidbare Vernachlässigungen angesehen, die durch die Rechtsordnung einer freien Wettbewerbswirtschaft zu beseitigen und deren Neuentstehen zu verhindern sei. Im zweiten Fall handle es sich um „unvermeidbare“ Beschränkungen, also um Märkte mit unvollständigem Wettbewerb, denen unter staatlicher Überwachung eine spezielle „Wettbewerbsordnung“ zu geben wäre<sup>77</sup>.

Nach dem heutigen Stand sind für die Marktformenlehre der freien Wettbewerbsanhänger eine aus betriebswirtschaftlichen oder technischen Gründen bedingte, zu geringe Zahl von Marktteilnehmern, eine völlige Unelastizität des Angebots oder der Nachfrage<sup>78</sup>), Uneinheitlichkeit des Marktes, fehlende oder unzureichende Markttransparenz für die Anbieter oder Nachfragenden Gegebenheiten, die einen Markt zu einem Markt mit unvollständigem Wettbewerb machen und die Durchsetzung oder Wiederherstellung des vollständigen Wettbewerbs nicht zulassen.

Böhm und Miksch vor allem haben mehrfach in ihren Schriften eingeräumt, daß es jeweils eingehender Spezialuntersuchungen der einzelnen Märkte bedürfte, um zweifelsfrei festzustellen, ob ein Markt mit unvollständigem Wettbewerb vorliegt. Ebenso richtig ist die von Miksch 1947 getroffene Feststellung, daß es an derartigen wettbewerbsrechtlichen und markttheoretischen Spezialarbeiten fast noch völlig fehlt<sup>79</sup>; dieser Mangel ist seither kaum behoben worden<sup>80</sup>. Auf der Grundlage dieser noch nach vielen Seiten hin Vertiefung erheischenden theoretischen Erkenntnis über Wesen und Besonderheiten der Märkte mit unvollständigem Wettbewerb gehen die wirtschaftspolitischen

<sup>75</sup> So Böhm a.a.O. S. 142.

<sup>76</sup> Böhm gibt a.a.O. S. 142 als Beispiel für „technische Gründe“ für einen Markt mit unvollständigem Wettbewerb das sog. „Leitungsnetzmonopol“ in der Energiewirtschaft an.

<sup>77</sup> Vgl. dazu auch Miksch, Wettbewerb als Aufgabe, 2. Aufl. 1947 S. 62 f.

<sup>78</sup> Vgl. Miksch a.a.O. S. 65.

<sup>79</sup> A.a.O. S. 66.

Vorstellungen der freien Wettbewerbswirtschaftler darüber, wie im Rahmen eines „Grundgesetzes“ für die freie Wettbewerbsordnung diese durch vollständigen Wettbewerb als Marktform nicht zu ordnenden Märkte behandelt werden sollen, etwas auseinander<sup>81</sup>.

Böhm<sup>82</sup> ist der Auffassung, daß — unter der Voraussetzung scharfen Kartellverbots und des Bestehens eines mit umfassenden Interventionsbefugnissen ausgestatteten Monopolamts — den Unternehmern aus ihrer privatwirtschaftlichen Interessenlage heraus das Hineinwachsen in eine Oligopolstellung auf einem gleichgewichtslosen Markt verleidet wird. Böhm geht davon aus, daß der Unternehmer an sich die Stellung des Oligopolisten wegen der großen Konkurrenzkampftrisiken fürchtet und nur als einen Zwischenzustand ansieht, „nach dessen gefahrvoller Überwindung entweder der Trust oder aber das Kartell, d. h. also das einseitige Einzel- oder Kollektivmonopol winken“; sei ihm der Weg zum Kartell durch Verbot verlegt und drohe ihm als Trust die Unterstellung unter die Monopolkontrolle, so sei zu erwarten, daß er seine nur relative Marktmacht als Oligopolist nicht ausnützt und sich so verhält, als ob vollständiger Wettbewerb bestehe<sup>83</sup>). Auf diese Weise würde sich auf gleichgewichtslosen Märkten mit an sich unvollständigem Wettbewerb eine Art „Waffenstillstand“ einstellen, ein „labiles Marktgleichgewicht“, das zwar volkswirtschaftlich und preispolitisch nicht ungefährlich sei, bei dem aber nur im äußersten Falle das Eingreifen des Staates, evtl. mit dem Instrument des Zwangskartells o. ä. erforderlich wäre<sup>84</sup>.

Misch geht hinsichtlich des Problems der Behandlung der Märkte mit unvollständigem Wettbewerb weiter<sup>85</sup> und empfiehlt ein „spezielles Wettbewerbsrecht“. Dieses spezielle Wettbewerbsrecht müsse auf

<sup>80</sup> Vorbildlich für solche Untersuchungen dürfte der Beitrag von Hans Möller „Das Konkurrenzsystem im Versicherungswesen“ in Jahrbücher für Nationalök. und Stat. Band 159, Jahrg. 1944 S. 1 ff. sein; vgl. hierzu Aufsatz des Verf. in WuW 1954, Januarheft „Versicherungswirtschaft und Wettbewerbsgesetz“.

<sup>81</sup> Vgl. dazu Eucken, Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung, a.a.O. S. 71.

<sup>82</sup> Besonders deutlich in seiner Denkschrift „Konzentration“ für die US-Mil.-Reg. Manuskriptdruck Sept. 1945 S. 8.

<sup>83</sup> Böhm meint, wenn sich diese theoretische Überlegung in der Praxis erfolgreich erweise, dann „würde jede Volkswirtschaft jeweils nur so viel vermachtete Märkte aufweisen, als durch das Wettbewerbsprinzip selbst in Verbindung mit dem jeweiligen Stand der naturwissenschaftlichen und sozialen Technik unwiderstehlich erzwungen werden“; er bezeichnet dies als das „ordnungsimmanente Vermachtungsminimum“ (a.a.O. Denkschrift S. 8).

<sup>84</sup> Böhm selbst sagt in seinem Vortrag „Die Aufgaben der freien Marktwirtschaft“, veröffentlicht als Heft 14 d. Schriftenreihe d. Hochschule f. pol. Wissensch. München, Isarverlag 1951 S. 61: „Jedenfalls kann man es einmal mit diesem Rezept versuchen; erweist es sich als unzulänglich, dann bleibt uns ja die, wie gesagt, keineswegs ungefährliche Möglichkeit der Verstaatlichung immer noch“.

einer genauen Untersuchung der einzelnen Märkte mit unvollständigem Wettbewerb aufbauen und sich in Formen und Methoden den jeweiligen Besonderheiten des Wirtschaftsbereichs anpassen. Die Zielsetzung der verschiedenen, vom Staat gesetzten „Marktordnungen“ sei, einen Zustand herzustellen, „als ob“ vollständiger Wettbewerb vorhanden wäre. Miksch empfiehlt vor allem zwei Methoden: 1. Festsetzung eines „Marktpreises“ durch das Monopolamt, dessen Unterschreitung von dem Nachweis abhängig gemacht wird, daß eine echte Kostensenkung die Preisherabsetzung ermöglicht<sup>86</sup>); 2. Zusammenfassung der gesamten Nachfrage im Markt in einem unter der Kontrolle des Monopolamts stehenden Syndikat, das den „Marktpreis“ aus den Durchschnittskosten seiner Mitglieder, die nur durch das Syndikat verkaufen dürfen, errechnet<sup>87</sup>. Als ein weiteres Beispiel für die spezielle Ordnung eines Marktes mit unvollständigem Wettbewerb i. S. „gebundener Konkurrenz“ führt Miksch die Bestimmungen des Energiewirtschaftsgesetzes vom 13. Dezember 1935 an. Darin wurde den eine regionale Monopolstellung inne habenden Energieversorgungsunternehmen eine Anschluß- und Versorgungspflicht, also eine Art von Kontrahierungszwang auferlegt, ohne daß indessen für die Verbraucher eine Abnahmepflicht besteht. Denn diese erhielten die als Preisregulierungsmittel wichtige Möglichkeit, eigene Energieerzeugungsanlagen zu errichten<sup>88</sup>. Es ist Miksch zuzustimmen, wenn er in seinem Hauptwerk<sup>89</sup> feststellt: „Die Aufgabe, die hier dem speziellen Wettbewerbsrecht gestellt wird,

<sup>85</sup> A.a.O. 2. Aufl. 1947 S. 62 f. und S. 121 ff. (erste Aufl. dieses Werkes erschien schon 1937); vgl. auch Miksch, Möglichkeiten und Grenzen der gebundenen Konkurrenz, i. Sammelband „Der Wettbewerb“ a.a.O. 1942 S. 104 f.

<sup>86</sup> Vorbild für eine derartige Marktordnung sind die sog. Kalkulationskartelle; vgl. dazu auch Miksch, Kalkulationskartelle und Kalkulationskontrolle, Wirtschaftskurve, 16. Jhg. 1937 Heft 3 und derselbe, Was wird aus den Kartellen?, Wirtschaftskurve 22. Jhg. 1943 Heft 1, insbes. S. 36 „Formen der gebundenen Konkurrenz“.

<sup>87</sup> Vorbild für diese Konstruktion Miksch's war der Waggonbauvertrag der Deutschen Reichsbahn mit der Deutschen Wagenbau-Vereinigung 1926, der vorsah, daß eine gemeinschaftliche Kontrollstelle die Selbstkosten jeder Fabrik in der vorangegangenen Auftragsperiode genau nachprüfte und auf dieser Basis Durchschnittskosten berechnete, die den einzelnen Fabriken bekanntgegeben wurden und auf deren Grundlage der einheitliche Preis ausgehandelt und festgesetzt wurde, den die Reichsbahn als Nachfragemonopolist in der nächsten Auftragsperiode bezahlte; vgl. Miksch, a.a.O. Wirtschaftskurve 1937.

<sup>88</sup> Vgl. § 77 GgWb, der den Charakter einer Übergangsregelung bis zum Erlaß eines speziellen Gesetzes über die Energiewirtschafts-Marktordnung hat. Vgl. hierzu Entwurf eines „Gesetzes über die Beaufsichtigung der Energiewirtschaft“, ausgearbeitet von den Sonderausschüssen der Arbeitsgemeinsch. der Landesverb. d. Elektrizitätswerke und Arbeitsgemeinsch. d. Gas- und Wasserwerke, Frankfurt, Dezember 1950 und Heft 4 der Tagungsberichte des Energiewirtschaftl. Instituts der Universität Köln 1951, insbes. Vortrag von Wessels, Ordnungsprobleme für Energiewirtschaft, S. 13 ff.

<sup>89</sup> Wettbewerb als Aufgabe a.a.O. S. 222 f.

ist sicher nicht einfach. . . . Freilich bedarf es noch eines sehr genauen Spezialstudiums der einzelnen in Frage kommenden Märkte und vor allem eingehender theoretischer und empirischer Untersuchungen über die Kostenstruktur“, um die Gesichtspunkte und Grundsätze für die Behandlung der Märkte mit unvollständigem Wettbewerb zu erarbeiten und sie dann in die Form spezieller Marktordnungen für diese Wirtschaftszweige umzugießen.

## 2. Die Untersuchungen der Angebots- und Nachfrageelastizität der Einzelmärkte als Beitrag der mathematischen Nationalökonomie zur Lösung des Marktformenproblems

An diesem Punkt setzt Zimmerman<sup>90</sup> mit seinem Versuch einer dynamischen Theorie der Marktformen an. Mit den Forschungsmethoden der mathematischen Volkswirtschaftslehre und in ihrer besonderen Sprache der Diagramme und Kurven sucht er nach einer Antwort auf die Frage, welche Kräfte es sind, die den marktwirtschaftlichen Tauschprozeß entweder in Richtung der vollkommenen Konkurrenz oder in Richtung des Monopols treiben. Das ist gleichzeitig die Beantwortung zweier weiterer Fragen: 1. Wie kommt es — unterstellt: die geltende Rechtsordnung würde gar keine Schranken aufgerichtet haben —, daß die Produzenten nicht durchweg den freien Wettbewerb ganz ausschalten können?<sup>91</sup> 2. Aus welchen Gründen kann die Marktform des vollständigen Wettbewerbs nicht auf allen Märkten durchgesetzt werden, auch wenn die Staatsführung entschlossen ist, eine freie Wettbewerbsordnung aufzurichten? Die Antworten, die Zimmerman auf seine Fragestellung zu geben versucht, laufen also in der Richtung unserer Untersuchung.

Z. schaltet für seine Analyse aus den Grunddefinitionen der Marktformen die Zahl der Anbieter und Nachfrager aus. Er definiert:

1. „Auf einem Markt herrscht ein Zustand reiner Konkurrenz, sofern das Angebot und die Nachfrage den Marktpreis als Datum akzeptieren und die Produktions- und Konsumpläne an Hand dieses Datums aufgestellt werden.
2. Auf einem Markt herrscht ein Monopolzustand, wenn das Angebot oder bzw. und — die Nachfrage den Marktpreis mittels freiwilliger oder gesetzlich angeordneter Maßnahmen

<sup>90</sup> A.a.O., siehe Anm. 9. Dieser bemerkenswerte Aufsatz ist im ersten Heft einer von Zimmerman neu begründeten „Zeitschrift für Ökonometrie“ erschien, die bald danach wieder eingegangen ist. So fanden die Ausführungen Zimmermans nicht jene Beachtung und Verbreitung, die sie wohl verdienen würden.

<sup>91</sup> Z. unterstellt, daß die Produzenten nach Walter Lippmanns Definition nur soviel Wettbewerb unter sich haben, wie sie nicht ausschalten können (a.a.O. S. 63).

durch quantitative, qualitative oder aber regionale Absatz- und (oder) Produktionseinschränkungen unmittelbar beeinflußt.

3. Auf einem Markt ist von monopolistischer Konkurrenz die Rede, wenn das Angebot, ohne ein Vorhandensein freiwilliger oder erzwungener<sup>92</sup> Abreden zur Produktionseinschränkung, doch den Marktpreis nicht als Datum betrachtet und eine selbständige Mengropolitik treibt<sup>93</sup>.

Z. untersucht nun nicht, worauf Eucken, Böhm, Miksch u. a. ein großes Gewicht legten, das Verhalten der Anbieter und Nachfrager auf diesen Märkten, sondern wie das Nebeneinanderbestehen dieser verschiedenen Marktformen gleichzeitig in einer Volkswirtschaft zu erklären ist. Er stimmt mit Triffin<sup>94</sup> darin überein, daß man das Kriterium für eine derartige Märktegliederung in den Elastizitätskoeffizienten von Marktangebot und Marktnachfrage zu suchen hat, analysiert aber den Zusammenhang zwischen Marktform und den totalen Angebots- und Nachfrage-Elastizitäten und nicht wie Triffin jene individueller Anbieter und Nachfrager. Mit mathematischer Technik untersucht Z. die Nachfrage- und Angebotskurven und kommt zu folgendem ersten Ergebnis: Mit abnehmender Nachfrage-Elastizität nimmt die Tendenz zur Monopolbildung zu; mit wachsender Elastizität vergrößert sich die Tendenz für einen Markt mit vollkommener Konkurrenz. Und andererseits: Mit abnehmender Angebots-Elastizität nimmt die Tendenz zur vollkommenen Konkurrenz zu; mit wachsender Angebots-Elastizität vergrößert sich die Tendenz zur Monopolbildung. Oder im Hinblick auf unsere Fragestellung nach den Ursachen für die Marktform mit unvollständigem Wettbewerb (die also die Tendenz zur Monopolbildung besitzen) ist Zimmerman's These: „Die Tendenz zur Monopolbildung nimmt bei absinkender Elastizität der Gesamtnachfrage oder, bzw. und steigender Elastizität des Gesamtangebots zu.

Das Verhältnis zwischen Angebots- und Nachfrageelastizität, dessen grundlegende Bedeutung für die jeweilige Marktform von Zimmerman theoretisch nachzuweisen versucht wird, spielt für die Preistheorie auch eine Rolle bei der Feststellung, ob es sich um ein stabiles oder labiles Gleichgewicht im Markte handelt. Z. spricht in diesem Zusammenhang sehr plastisch von „phlegmatischen“ Märkten, das sind

<sup>92</sup> Damit meint Z. gesetzlich vorgeschriebene Regelungen über Produktionsmenge, Preise u. dgl.

<sup>93</sup> A.a.O. S. 67. Mit der dritten Definition spricht Z. jene Marktform an, welche in der Terminologie der Wettbewerbswirtschaftler mit „unvollständigem Wettbewerb“ bezeichnet wird.

<sup>94</sup> R. Triffin, *Monopolistic competition and general equilibrium theory*, Cambridge (Mass) 1940.

Märkte mit annäherungsweise stabilem Gleichgewicht, wo also eine relativ große Preisänderung nur zu einer relativ kleinen Angebotsverschiebung führt und auf denen relativ konstante Mengen erzeugt und abgesetzt werden<sup>95</sup>. Im Gegensatz hierzu stehen die sog. „neurotischen“ Märkte, das sind Märkte mit so labilem Gleichgewicht, daß schon eine relativ kleine Preisveränderung zu einer relativ großen Angebotsverschiebung führt<sup>96</sup>. Z. stellt nun auf der Grundlage und durch Weiterbildung der Lehren von Marshall und Samuelson die These auf: Ist das Verhältnis zwischen Nachfrageelastizität und Angebotselastizität, ist das Gleichgewicht auf einem Markt relativ stabil und reagiert auf Veränderungen „phlegmatisch“, so ist die Tendenz zur Marktform des vollständigen Wettbewerbs groß. Ist dagegen das Verhältnis zwischen Nachfrage- und Angebotselastizität, ist das Gleichgewicht auf einem Markt relativ labil, reagiert dementsprechend auf jede Veränderung „neurotisch“ rasch und eher sogar übertreibend, so ist die Tendenz zu Wettbewerbseinschränkungen, zur Marktform des „unvollständigen“ Wettbewerbs (im Zimmerman'schen Sprachgebrauch: zur monopolistischen Konkurrenz) und zum Monopol groß<sup>97</sup>.

Es will scheinen, daß diese Erwägungen und Thesen Zimmerman's über die Einwirkungen der Angebots- und Nachfrageelastizität und des Reagibilitätsgrades des Marktgleichgewichts auf die tendenzielle Marktform eine beachtenswerte Grundlage bieten, die Lehre von den Ursachen und die Erkenntnis von der zweckmäßigsten rechtlichen Behandlung für Märkte mit unvollständigem Wettbewerb fortzubilden und zu vertiefen, was gemessen an der noch immer ungelösten wirtschaftspolitischen und gesetzestechnischen Aufgabe wohl dringend erforderlich sein dürfte.

Zimmerman stellt seine Thesen mit vorbildlich klarer Gedankenführung in der Sprache der mathematischen Nationalökonomien mit Korrelationsgleichungen und Schaubildern auf und versucht aus den mit solcher Methode gewonnenen Erkenntnissen seine Auffassung zu beweisen, daß die Formen der einzelnen Märkte nicht durch irgendein Kriterium ein für allemal eindeutig bedingt sind, sondern „daß sie sich durch Verschiebungen zwischen der Nachfrageelastizität und der Angebotselastizität in verhältnismäßig kurzer Zeit grundsätzlich ändern können“<sup>98</sup>). Und weiter erscheint es ihm auf dem Gebiete der wirt-

<sup>95</sup> Die klassische Preistheorie hatte nur das stabile Gleichgewicht betrachtet; vgl. J. Schumpeter, *Epochen der Dogmen- und Methodengeschichte*, S. 67.

<sup>96</sup> Vgl. hierzu nach Z. zit.: Marshall, *Principles of economics*, London 1890, und Samuelson, *Foundations of economic analysis*, Cambridge, 1948.

<sup>97</sup> Wie Z. sagt: Das labile Gleichgewicht tendiert zum Monopol, eben um die dem Produzenten unangenehme Labilität dadurch aufzuheben (a.a.O. S. 79 Anm. 1).

<sup>98</sup> A.a.O. S. 81.

schaftspolitischen Nutzenanwendung dieser theoretischen Erkenntnis „praktisch unmöglich . . . , eine bestimmte Marktform, z. B. ein Monopol, mittels gesetzlicher Maßnahmen zu sprengen“<sup>99</sup>.

Hier muß ein entschiedener Widerspruch angemeldet werden. Zimmerman macht seine aus mathematisch-nationalökonomischen (von ihm „ökonometrisch“ genannten) Deduktionen gewonnenen Aussagen über die Einwirkungen der Angebots- und Nachfrageelastizität und des Reagibilitätsgrades des Marktgleichgewichts auf die Marktform mit der durchaus berechtigten einschränkenden Redewendung: „. . . unter den und den Bedingungen nimmt die Tendenz zur vollkommenen Konkurrenz oder zur Monopolbildung zu“. Wenn er für seine Untersuchungen als „Datum“ nimmt, daß die staatliche Rechtsordnung einer Volkswirtschaft den Marktparteien es völlig selbst überläßt, die jeweilige Marktform zu bestimmen, also in völliger Vertragsfreiheit „private“ Marktordnungspolitik zu betreiben, so werden sich die von Z. wohl theoretisch richtig erkannten Tendenzen frei auswirken können und die jeweilige Marktform bestimmen. Insofern scheint mir, ist Zimmerman ein ausgezeichneter Beweis dafür gelungen, daß die Auffassung der deutschen Marktformenlehre und der „Freiburger Schule“ richtig ist, der Staat dürfe nicht wie in der „freien Wirtschaft des laissez-faire, laissez aller“ des 19. Jahrhunderts die Bestimmung der Marktformen und des Grades und der Zweckmäßigkeit von Beschränkungen des freien Wettbewerbs der privaten Vertragswillkür überlassen. Die Auffassung der freien Wettbewerbswirtschaftler und des „Ordo-Gedankens“ im Eucken'schen Sinne steht hier in schroffem Gegensatz zu den Vorstellungen liberalen wirtschaftspolitischen und juristischen Denkens, wie es z. B. heute noch in der heftigen Gegnerschaft deutscher Industriekreise und alter Kartelljuristen aus der Blütezeit der privaten Marktordnungen in den ersten 30 Jahren unseres Jahrhunderts zu einem Kartell- und Monopolgesetz zum Ausdruck kommt<sup>100</sup>. Zimmerman selbst scheint von dem „naturgesetzähnlichen“ Gewicht der von ihm auf Grund seiner Analysen festgestellten „objektiven Faktoren“ für die tendenzielle Marktform so überwältigt zu sein, daß er sich zu der Auffassung bekennt, daß auch die strengste Verbotsgesetzgebung gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen die Auswirkung der „Tendenz“ zu monopolistischer Konkurrenz oder zum Monopol nicht aufzuhalten vermöchte. Er schließt auch für

<sup>99</sup> A.a.O. S. 83; dazu sagt Z. in einer Anm. 1 noch: „Die Erfahrungen mit der US-Antitrustgesetzgebung widersprechen, soweit ich es zu beurteilen vermag, dieser Behauptung nicht.“

<sup>100</sup> Vgl. Anm. 12.

seine Auffassung folgerichtig weiter: „Will man durch die Monopolbildung entstandene Differentialrenten ausschalten, so gibt es nur eine Möglichkeit, die Verstaatlichung der entsprechenden Industrie“<sup>101</sup>.

Die deutsche Marktformenlehre und die sich auf ihr aufbauende wirtschaftspolitische Konzeption einer freien Wettbewerbs-Wirtschaftsordnung lehnt eben diese These von der „naturgesetzlichen“ und entwicklungsgeschichtlich zwangsläufigen Tendenz zu Verstaatlichungen und zur sozialistischen Staatswirtschaft als eine ihrer entscheidenden Prämissen ab, worauf schon eingangs dieser Darstellung hingewiesen worden ist<sup>102</sup>. Es wäre interessant, wenn Zimmerman mit seinen Methoden untersuchen wollte, wie sich seine objektiven Faktoren für die Tendenz zu den jeweiligen Marktformen auswirken und einspielen, wenn die private Vertragsfreiheit und der Verzicht des Staates auf Marktordnungsgesetzgebung, die ja Voraussetzungen für das freie Sichauswirken der von Z. gefundenen Tendenzen wären, als Datum aufgegeben und unterstellt wird, daß Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen verboten und Märkte mit unvollständigem Wettbewerb und Monopole hinsichtlich der Auswirkungen ihrer „objektiven Faktoren“ auf die Mengen-, Absatz- und Preispolitik staatlich überwacht und evtl. durch spezielle Marktordnungsgesetze „geordnet“ sind. Erst wenn dann Zimmerman mit seinen theoretischen Untersuchungsmethoden nachzuweisen vermöchte, daß das tendenzielle Gewicht der von ihm aufgezeigten objektiven Faktoren für die jeweilige „natürliche“ Marktform so groß ist, daß es jede entgegenstehende Schranke staatlicher Gesetze und der vom Staat gewollten Wirtschaftsordnung überspielt, ja sogar die vom Staat angestrebte Einordnung in die Wirtschaftsordnung zum Gegenteil dessen führen muß, was erstrebt wird, wäre die wirtschaftspolitische Schlußfolgerung Zimmerman's unanfechtbar. Sie stände dann, aber auch nur dann, in weitgehender Übereinstimmung mit der letzten wirtschaftspolitischen Alternative, die Böhm sieht, wenn der Versuch, Märkte mit unvollständigem Wettbewerb oder Monopolstellungen wettbewerbsgerecht zu ordnen und zu überwachen, scheitern sollte<sup>103</sup>.

<sup>101</sup> Bleibt man im Rahmen der Zimmermanschen Betrachtungsweise, so wäre eine Verstaatlichung als eine doch nicht kurzfristig redressierbare Maßnahme angesichts der von Z. aufgestellten These von der vielfach kurzfristigen Veränderlichkeit der Tendenz zur einen oder anderen Marktform wohl kaum eine wirklich „adaequate“ Lösung. Abgesehen davon werden durch einen formalen Wechsel im Eigentum Marktdifferentialrenten nicht beseitigt.

<sup>102</sup> Vgl. oben Kap. I. 1) und Anm. 16.

<sup>103</sup> In seinem Vortrag vor der Hochschule f. pol. Wissensch. München 1951, siehe Zitat in Anm. 84.



### III. Die ungelöste Aufgabe der rechtlichen Behandlung

Die vorstehenden Schilderungen der theoretischen Grundauffassungen der deutschen Marktformenlehre und der interessanten Untersuchungsergebnisse Zimmermans in der Sprache der mathematischen Volkswirtschaftslehre haben gezeigt, wie entscheidend wichtig die rechtliche Behandlung der Märkte mit unvollständigem Wettbewerb für den endgültigen Ordnungseffekt einer freien Wettbewerbswirtschaft ist, haben aber weiter auch deutlich gemacht, welcher strenger wirtschaftswissenschaftlicher und -politischer Maßstab an die in Vorschlag gebrachten rechtlichen Lösungen gelegt werden muß.

#### 1. Die Systematik im Entwurf des GgWb

Die amtliche Begründung sagt über Ziele und Richtlinien des Gesetzgebers für die Ordnung der Märkte mit unvollständigem Wettbewerb folgendes:

1. „Gesetzliche Festlegungen über zulässige Marktbindungen und für das Verhalten der Beteiligten am Markt“ und
2. staatliches Aufsichtsorgan, wobei dieses „in Richtung des vollständigen Wettbewerbs wirken sollte, d. h. daß nötigenfalls durch Auflagen und Bedingungen das Verhalten der Marktbeteiligten so gestaltet wird, daß sie nach Kostensenkung bei steigender Leistung streben“<sup>104</sup>.

Der Gesetzentwurf selbst, seiner juristischen Konstruktion nach ein „Verbotsgesetz“ gegen Wettbewerbsbeschränkungen jeglicher Art, arbeitet mit Befreiungen vom Gesetz im ganzen<sup>105</sup> und mit Ausnahmen von einzelnen Vorschriften des Gesetzes<sup>106</sup>, um die rechtliche Behandlung der Märkte mit unvollständigem Wettbewerb zu lösen<sup>107</sup>.

„Befreiungen“ sind vorgesehen für die Bundespost, die Bundesbahn und andere öffentliche Verkehrsträger, für die Bank Deutscher Länder, die Landeszentralbanken und die Kreditanstalt für Wiederaufbau, für die staatlichen Finanzmonopole, für den Bereich der See-, Küsten-

<sup>104</sup> A.a.O. A. V. Abs. 2, 3. und 4. Satz, S. 16.

<sup>105</sup> V. Teil §§ 73 ff. und die Sonderregelung für Markenartikel, Preisbindung der zweiten Hand in §§ 11 und 12.

<sup>106</sup> Verstreut im Gesetzestext; §§ 2 (sog. Krisenkartelle), 3 (sog. Rationalisierungskartelle) und 5 (sog. Außenhandelskartelle), dann auch im V. Teil §§ 73 ff.

<sup>107</sup> In Teil C der aml. Begr. zu den einzelnen Bestimmungen werden die Befreiungen und Ausnahmen zum größten Teil mit dem ausdrücklichen Hinweis darauf begründet, daß es sich um Märkte mit unvollständigem Wettbewerb handle, vgl. auch Teil A VI. mit dem Titel „Wirtschaftsbereiche mit unvollständigem Wettbewerb“ a.a.O. S. 16 f.

und Binnenschifffahrt, für Seefischmärkte, für Luftverkehrs- und Flughafenunternehmen und für jene Gebiete der landwirtschaftlichen Erzeugung, die nach 1949 durch spezielle Marktgesetze geordnet worden sind<sup>108</sup>. Eine Sonderstellung unter den Befreiungen vom Gesetz nimmt die Behandlung der Preisbindung der zweiten Hand bei Markenartikeln ein. Sie ist eine Befreiung vom generellen Verbot der vertikalen Preisbindungen, geht quer durch alle Wirtschaftszweige, im wesentlichen der Konsumgüterindustrien hindurch; sie ist nicht mit dem Argument eines Marktes mit „unvollständigem“ Wettbewerb zu begründen und auch nicht amtlich begründet worden<sup>109</sup>.

Neben der Befugnis für die Kartellbehörden, Ausnahmen für Krisen-, Rationalisierungs- und Außenhandelskartelle befristet zu bewilligen, sieht der Entwurf „Ausnahmen von einzelnen Vorschriften“ des Gesetzes vor für das gesamte Gebiet der Landwirtschaft und für landwirtschaftliche Erzeugergenossenschaften, für die Energie- und Wasserwirtschaft, für sonstige Straßenverkehrsunternehmen und schließlich für den sozialen Wohnungsbau.

Von einer auch nur annähernden Systematik der „Befreiungen“ und „Ausnahmen“, also der rechtlichen Behandlung der nicht durch vollständigen Wettbewerb zu ordnenden Märkte, d. h. der Märkte mit unvollständigem Wettbewerb, ist nichts zu erkennen. Es ist nicht einmal ersichtlich, ob die Aufzählung im Gesetzentwurf im juristischen Sinne erschöpfenden Charakter besitzt. Ohne das Ergebnis einer gründlichen wissenschaftlichen oder enquêtémäßigen Untersuchung darzulegen, werden sämtliche landwirtschaftlichen Einzelmärkte rundweg als Märkte mit unvollständigem Wettbewerb behandelt<sup>110</sup>, der ganze Sektor der Verkehrswirtschaft wird praktisch außerhalb der Geltung des GgWb gestellt mit dem Hinweis darauf, daß die Preispolitik auf diesen Märkten durch Gesetze oder Verwaltungsanordnungen bestimmt wird, obwohl damit noch gar nichts darüber ausgesagt ist, wie sich die Tarifpolitik dieser Amtsstellen in das notwendig einheitliche Preisbildungssystem einer freien Wettbewerbswirtschaft einordnen soll: diese Beispiele ließen sich noch fortsetzen.

<sup>108</sup> Getreidegesetz vom 4. 11. 1950, Zuckergesetz vom 5. 1. 1951, Milch- und Fettgesetz vom 28. 2. 1951 und Vieh- und Fleischgesetz vom 25. 4. 1951.

<sup>109</sup> Die amtl. Begr. sagt hierzu in der speziellen Begründung zu § 11, die offensichtlich erst nachträglich in den Text eingefügt worden ist und in ihrem Inhalt zur übrigen Begründung wenig paßt, daß die Preisbindung der zweiten Hand im Interesse der Verbraucher liege, denn beim Publikum bestehe „eine bestimmte psychologische Verknüpfung von Festpreis und Güte der Ware, ... sein Vertrauen in die Qualität der Ware und damit der Wert der Marke würde durch unbeständige Verkaufspreise beeinträchtigt werden“ (a.a.O. zu § 30, amtl. Begr. S. 30).

<sup>110</sup> Vgl. hierzu z.B. die Feststellung Zimmermans a.a.O. S. 81 über den Getreidemarkt: „Es gilt in der Literatur als typischer Konkurrenzmarkt“ (!).

## 2. Befreiungen und Ausnahmen sind keine Lösung

Auch bei größtem Verständnis für die Schwierigkeiten, wirtschaftstheoretische Erkenntnisse und wirtschaftspolitische Forderungen in Gesetzesform umzugießen und für den Druck, den parteipolitisch einflußreiche wirtschaftliche Interessentengruppen auf den Entwurfsgesetzgeber ausgeübt haben mögen, kann man die Lösung des Problems der rechtlichen Behandlung der Märkte mit unvollständigem Wettbewerb im GgWb-Entwurf nach dem derzeitigen Stand nur als unzulänglich bezeichnen.

a) Die Bestimmungen des Gesetzes, insbesondere die Regelungen, die in unserem Zusammenhang interessieren, stimmen mit den wirtschaftspolitischen Ausführungen und Zielsetzungen in der amtlichen Begründung in wesentlichen Punkten nicht überein. Die Begründung hat in Übereinstimmung mit der Theorie der Wettbewerbs-Wirtschaftsordnung herausgestellt, daß alle Märkte mit unvollständigem Wettbewerb dem staatlichen Aufsichtsorgan, also dem Monopol- oder Kartellamt zu unterstellen seien, wobei auch noch Richtlinien für die auszuübende Aufsicht deklariert wurden<sup>111</sup>. In eindeutigem Gegensatz hierzu unterstehen die Wirtschaftszweige und Unternehmen, die der Gesetzentwurf mit Befreiungen oder Ausnahmen bedacht hat, nicht der Aufsicht der Kartellbehörden. Die Aufsichtszuständigkeit der Kartellbehörden ist nach dem klaren Wortlaut des § 6 GgWb nur für jene Kartelle gegeben, die auf Grund der §§ 2, 3 und 5 im Ausnahmewege genehmigt werden können<sup>112</sup>. Preiskartelle der landwirtschaftlichen Genossenschaften oder Gebietsschutzkartelle in der Energiewirtschaft, um nur Beispiele herauszugreifen, die durch die §§ 75 bzw. 77 GgWb vom Entwurfsgesetzgeber generell zugelassen sind, sind nicht der Aufsicht durch die Kartellbehörden unterstellt und wären hinsichtlich ihrer Marktpolitik autonom<sup>113</sup>. Hier besteht eine wirtschaftspolitisch entscheidend wichtige Divergenz zwischen den programmatischen Ausführungen und Festlegungen in der amtlichen Begründung und der technischen Verwirklichung im Gesetzentwurf. Praktisch würde das Gesetz in seiner derzeitigen Entwurfsfassung bedeuten, daß alle Märkte mit unvollständigem Wettbewerb — soweit im Gesetz genannt — von der Geltung des „Grundgesetzes“ der Wirtschaftsordnung und von

<sup>111</sup> A.a.O. S. 16.

<sup>112</sup> Auch die §§ 7 (Einschränkung od. Widerruf der Genehmigung), 8 (Fristlose Kündigung von Kartellverträgen bei wichtigem Grund mit Erlaubnis der Kartellbehörde) und 9 (Durchsetzung von Vertragsstrafen, Verwertung hinterlegter Sicherheiten) gelten ausdrücklich nur für die gem. §§ 2, 3 und 5 genehmigten „Ausnahme-Kartelle“.

<sup>113</sup> Für sie würde nicht einmal das Prinzip der Mißbrauchsüberwachung nach der KartVO. von 1923 zum Zuge kommen.

einer einheitlichen Aufsicht über Marktverhalten und Preispolitik befreit sind. Wie sich der Entwurfsgesetzgeber bei solcher Gesetzestech-  
nik die Gewährleistung der notwendigen Geschlossenheit des gesamtwirtschaftlichen Preisbildungssystems vorstellt, bleibt unerfindlich.

b) Bei der doch wohl im juristischen Sinne als erschöpfend gemeinten Aufzählung der Wirtschaftsbereiche, die als Märkte mit unvollständigem Wettbewerb mit Befreiungen und Ausnahmen bedacht werden, sind Einzelbereiche aus dem engeren Gebiet der gewerblichen Wirtschaft, also Industrie und Handel, überhaupt nicht aufgeführt. Nun führt aber die amtliche Begründung einleitend unter dem Titel „Wirtschaftsbereiche mit unvollständigem Wettbewerb“ ganz allgemein aus: „Es muß hier auf diejenigen Wirtschaftsgebiete hingewiesen werden, bei denen die gesetzliche Erzwingung des freien Wettbewerbs wegen Fehlens der oben erwähnten Voraussetzungen der vollständigen Konkurrenz undurchführbar ist. Im industriellen Bereich wird es sich in der Regel um solche Gebiete handeln, auf denen durch die gegebene Unternehmensstruktur die Marktform des Monopols, Teilmonopols, Oligopols oder Teiloligopols besteht“<sup>114</sup>. Im Gegensatz hierzu schweigt der Gesetzentwurf selbst völlig über die rechtliche Behandlung von Märkten mit unvollständigem Wettbewerb im Industriesektor. Nun wird man ja wohl nicht in Abrede stellen können, daß sich im Industriesektor — um mit der amtlichen Begründung zu sprechen — Einzelmärkte finden, die die Marktform eines Monopols, Teilmonopols oder Oligopols besitzen. Soll auf solchen Märkten, mangels einschlägiger Bestimmungen im GgWb-Entwurf, die Marktform des vollständigen Wettbewerbs durch Gesetz erzwungen werden? Die amtliche Begründung gibt hierzu dem lückenhaften Gesetzgeber Aufschluß über die Konsequenzen seines Versäumnisses: „... würde sich der Gesetzgeber der Gefahr eines wirklichkeitsfremden Schematismus aussetzen und schwere wirtschaftliche Schäden heraufbeschwören“<sup>115</sup>, wenn er eines theoretischen Prinzips wegen auf diesen Märkten den vollständigen Wettbewerb wieder herstellen wollte“<sup>116</sup>.

Die Fachreferenten im BWM und BJM werden doch wohl auch nicht im Ernst daran gedacht haben, es mögen sich auf Märkten mit unvollständigem Wettbewerb im industriellen Bereich infolge des verordneten vollständigen Wettbewerbs erstmal „Krisen“ oder „Rationalisierungsbedürfnisse“ einstellen, dann könnte die Kartellbehörde dank

<sup>114</sup> A.a.O. S. 16, erster und zweiter Satz von Abschnitt VI.

<sup>115</sup> Und an anderer Stelle die amtl. Begr.: „Die Erzwingung des vollständigen Wettbewerbs würde hier der weiteren Konzentration Vorschub leisten“ (S. 16).

<sup>116</sup> A.a.O. V. 2. Abs. S. 16. Auf diese Lücke im Gesetzaufbau hat u. a. Gabriel in einem Aufsatz im „Volkswirt“ v. 3. 1. 1953 „Eisenpreis und Wettbewerb“ S. 11 hingewiesen.

der Befugnisse gem. §§ 2 oder 3 als „Krisen- oder Rationalisierungskartelle“ spezielle Marktordnungsmaßnahmen genehmigen? Abgesehen davon, daß eine solche Lösung der Aufgabe, die durch die Märkte mit unvollständigem Wettbewerb, auch im Industriesektor, gestellt ist, mit den wirtschaftspolitischen Grundlagen und mit der amtlichen Begründung des Gesetzes in Widerspruch steht, wäre es die „Feuerwehr“-Maxime, die hier beachtet würde: Kommt es auf einem Markt, der sich angesichts seiner Besonderheiten nicht für vollständigen Wettbewerb eignet, infolge des gesetzlich angeordneten vollständigen Wettbewerbs zu Krisen oder sonstigen „Bränden“, so werden die Betroffenen schon rufen und der Feuerwehr Löschmaßnahmen vorschlagen! Jedenfalls ist festzuhalten, daß es — entgegen den allgemeinen Ausführungen und Ankündigungen in der amtlichen Begründung — im Gesetzestext an Vorschriften fehlt, die etwa angelehnt an die Vorschläge von Miksch über Formen für die gebundene Konkurrenz, für Kalkulationsgrundsätze u. a. m.<sup>117</sup>, allgemein umschriebene Befugnisse für die Kartellbehörde enthielten, das Marktordnungsproblem auf Märkten mit unvollständigem Wettbewerb zu lösen<sup>118</sup>.

### 3. Enquête als Ausweg und Grundlage für Staatsüberwachung

Wird die offensichtliche Lücke im GgWb-Entwurf hinsichtlich der rechtlichen Behandlung von Märkten mit unvollständigem Wettbewerb im Industriesektor nicht geschlossen und wird die Überwachung durch die staatliche Kartellbehörde nicht ausnahmslos auf alle mit Befreiungen und Ausnahmen bedachten Wirtschaftszweige im Sinne der unerläßlichen Einheitlichkeit des Preisbildungssystems in einer freien Wettbewerbs-Wirtschaftsordnung ausgedehnt, so wird der Verdacht schwer zu entkräften sein, daß eine solche lückenhafte Gesetzgebung zur angeblichen Sicherung der sozialen Marktwirtschaft restaurativen Tendenzen einer Rückkehr zur freien Wirtschaft des *laissez-faire*, *laissez-aller* Vorschub leistet und die Verteidiger eines derartigen Gesetzes werden es schwer haben, sich zur Rechtfertigung auf die Wirtschaftstheorie der deutschen Marktformenlehre und auf die wirtschaftspolitischen Forderungen der „Freiburger Schule“ zu beziehen.

<sup>117</sup> Vgl. oben Anm. 85, 86 und 87 und die dazu gehörenden Ausführungen im Text.

<sup>118</sup> Vielleicht wäre die allenthalben sehr heftige Gegnerschaft der Industrie gegen den GgWb-Entwurf geringer gewesen, würde der bisherige Entwurf diese Lücken nicht aufgewiesen haben. Mit einer langen Liste von besonderen Kartellen wie „Mittelstandkartellen“ u. a., mit der das Kartellverbot des § 1 bis zur formellen Floskel durchlöchert werden würde, ist das Problem allerdings auch nicht gelöst!

Böhm hat vor Jahren in einer kleinen Denkschrift im September 1945 mit Recht ausgeführt: „... so ist es allerdings notwendig, daß die Wettbewerbsverfassung mit all ihren Einrichtungen nach Maßgabe der jeweiligen Erfahrungen dauernd vervollkommenet wird. Es darf mit andern Worten nicht bei einer einmaligen Rechtsreform bleiben. Die Aufgabe ... ist vielmehr eine Daueraufgabe, die nur im engsten Zusammenwirken zwischen den Trägern der Wirtschaftspolitik, der Gesetzgebung, der Rechtsprechung, der privatwirtschaftlichen und juristischen Praxis und der Wissenschaft bewältigt werden kann“, und Miksch hat in seinen Werken, soweit er sich der rechtlichen Behandlung der Märkte mit unvollständigem Wettbewerb angenommen und für sie ein spezielles Wettbewerbsrecht vorgeschlagen hat, betont, daß es „noch eines sehr genauen Spezialstudiums der einzelnen in Frage kommenden Märkte und vor allem eingehender theoretischer und empirischer Untersuchungen über die Kostenstruktur“ bedürfe<sup>119</sup>.

Andere Länder sind in diesen Fragen weniger theoretisch-grundsätzlich, sondern, wie es vielleicht ihrer nationalen Eigenart mehr entspricht, empirisch-praktisch und schrittweise vorgegangen. So veranstaltet England auf Grund des „Monopolies and restrictive Practices (Inquiry and Control) Act“ von 1948 laufend Enquêtes über die Marktverhältnisse in den einzelnen Wirtschaftszweigen<sup>120</sup> und gewinnt dadurch ausgezeichnetes Material für eine schrittweise oder später abschließend endgültige Regelung des Kartell- und Monopolproblems. Schweden und Schweiz haben seit Jahren ähnliche Wege der Sammlung empirischer Durchforschungen der einzelnen Wirtschaftszweige beschritten. In dieser Hinsicht ist in Deutschland seit der Geldreform viel versäumt worden; anstatt sich jahrelang in dem doktrinären Streit um „Verbots- oder Mißbrauchsprinzip“ einer Gesetzgebung zur Sicherung der Wettbewerbs-Wirtschaftsordnung zu verzetteln, hätten diese fünf bisherigen Jahre des Kampfes um das GgWb ausgereicht, im Rahmen einer umfassenden Enquête praktisches Tatsachenmaterial zu gewinnen, welches tatsächlich Märkte mit unvollständigem Wettbewerb sind und wie sie am zweckmäßigsten geordnet werden können. Es wäre vielleicht besser, dieses Versäumnis nachzuholen<sup>121</sup>, als mit dem GgWb in der heutigen Entwurfsfassung und seiner ungenügenden Behandlung der Märkte mit unvollständigem Wettbewerb eine „Fahrt ins Blaue“ zu wagen.

<sup>119</sup> In „Wettbewerb als Aufgabe“ a.a.O. S. 223.

<sup>120</sup> Vgl. hierzu die Aufsatzfolge „Das Kartell- und Monopolproblem in England“ von Gleiss im Herrenjournal Jan.- bis Aprilheft 1953.

<sup>121</sup> Dabei wären dann auch Untersuchungsmethoden wie jene, die Zimmerman in seinem Aufsatz a.a.O. angewendet hat, für die Ermittlung der Ursachen und Sonderverhältnisse für Märkte mit unvollständigem Wettbewerb sehr wertvoll.