

# Buchbesprechungen

Erwin Siemantel, Hans-D. Wohlfarth (Hrsg.), *Der Fall Hans Peter. Entlassung eines ›Verfassungsfeindes‹*, Presseverlag Theurer, Köln 1982, 192 S., DM 26,00

Komitee für Grundrechte und Demokratie (Hrsg.), *Ohne Zweifel für den Staat. Die Praxis zehn Jahre nach dem Radikalenerlaß*, Rowohlt Verlag, Hamburg 1982, 300 S., DM 10,80

Martin Kutscha, Norman Paech (Hrsg.), *Im Staat der ›Inneren Sicherheit‹*, Röderberg Verlag, Frankfurt a. M. 1981, 191 S., DM 13,80

»Aus den Mündern dieser alten, zwanghaft immergleichen Männer, kam auch nicht ein Wort, das irgendeinen Bezug zu unserem Leben und unserer Erfahrung gehabt hätte. Sie waren wie Insassen einer Art von Konzentrationslager, die seit dreißig Jahren von der Außenwelt abgeschnitten sind.« An diese Sätze Pasolinis mußte ich denken bei der Lektüre jener liturgischen Texte, mit denen die Mandarine höchststrichterlicher (Verfassungs)exegese ihre Entscheidungen begründen. Urteilsbegründungen und Anschuldigungsschriften, wie sie in der von Siemantel und Wohlfarth herausgegebenen Dokumentation zum ›Fall‹ des Fernmeldetechnikers Hans Peter, der aufgrund seiner Mitgliedschaft in der DKP ›aus dem Dienst entfernt‹ wurde, präsentiert werden, lassen sich eigentlich nur mehr über die Form aneignen. Aus ihnen ist der Bezug zur Realität und zum Grundgesetz verschwunden. Sie haben mit bundesrepublikanischen Verhältnissen, mit dem Anspruch demokratischer Legalität, so viel zu tun wie der Regentanz eines Stammeszaubers mit den meteorologischen Gegebenheiten. Sie beziehen wie diese ihre Verbindlichkeit aus ihrem rituellen Charakter, nicht aus einer rational begründbaren Vernunft.

Die in den hier abgedruckten Urteilen des

Bundesdisziplinargerichts angeführten, aus Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen entnommenen Zitate, in denen die freiheitliche Demokratie als der Garten Eden geschildert und aus Publikationen der DKP ein Horrorgemälde des kollektivistischen Terrorstaates kompiliert wird, lassen keine Diskussion mehr zu:

»Die Geistesfreiheit ist für das System der freiheitlichen Demokratie entscheidend wichtig, sie ist geradezu eine Voraussetzung dieser Ordnung; sie bewahrt es insbesondere vor Erstarrung und zeigt die Fülle der Lösungsmöglichkeiten für die Sachprobleme auf.« (S. 39) »Der Staat der Diktatur des Proletariats hat sich aus radikaler Ablehnung der bürgerlich-kapitalistischen Gesellschaftsordnung auf dem Wege zum Aufbau des Sozialismus-Kommunismus konkrete materielle Ziele gesetzt: seine Aufgabe ist die ›Liquidierung der kapitalistischen Elemente‹ im ›erbitterten Klassenkampf‹. Träger der Staatsgewalt ist faktisch allein die Arbeiterklasse. Die Bourgeoisie wird ›niedergehalten‹, ausgeschaltet, beseitigt, ›als Klasse liquidiert.« (S. 40)

Wenn Ulrich Klug im Vorwort zu dieser Dokumentation feststellt: »Leider ist die verfassungsrechtliche Diskussion in unseren Tagen weitgehend erstarrt.« (S. 8), so ist das eine zutreffende Beschreibung. Wichtig ist jedoch zu sehen, daß die ›verfassungsrechtliche Diskussion‹ nur die sichtbare Spitze eines Eisbergs ist. Wie in den, in der Dokumentation ebenfalls enthaltenen Stellungnahmen von Peters Verteidigern (Siemantel, Wohlfarth, Chr. Müller) und den am Verfahren beteiligten Gutachtern (Küchenhoff, Stuby, Zweigert) deutlich wird, ist die in Gerichtssälen und juristischen Fachzeitschriften mögliche Debatte über Berufsverbote in gewisser Weise ausgebrannt. Die immer wieder vorgebrachten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen

die Praxis der Berufsverbote werden letztendlich, letztinstanzlich wie im Fall Peter, immer wieder ignoriert und es stellt sich irgendwann die Frage, woraus ein Prozeß rechtlicher Entscheidungsfindung, dessen Ausgang und Verlauf im voraus nach dem Baukastenprinzip aus vorgefertigten bekannten Schablonen weitgehend vorhersagbar ist, seine Legitimation bezieht. Wozu in eine Auseinandersetzung dann noch eintreten? Fälle wie die des H. Peter machen ratlos, weil sie zeigen, daß, wie Kutscha in seinem kommentierenden Beitrag ›Von der Beamten Pflicht zur Verherrlichung des Staates‹ am Ende des Buches, einen konservativen Kritiker zitierend, feststellt, dem »Problem normativ nicht beizukommen sei.« (S. 171)

Diese Diagnose erscheint zunächst plausibel, doch die daraus sich ableitende Forderung nach einer partiellen Rücknahme richterlicher Kontrollkompetenzen und Lockerung der gesetzlichen Bindungen der Exekutive, durch die Anerkennung eines richterlich nicht überprüfbaren Beurteilungsspielraums der Einstellungsbehörde ist keine Lösung. Eine Entflechtung von verrechtlichter Politik und politisierter Justiz scheint unter praktischen Gesichtspunkten unmöglich. Warum?

Ein wesentlicher Grund wird im Vorwort des Bandes ›Ohne Zweifel für den Staat‹ genannt: »Wenn man überhaupt versucht hat, das Berufsverbot von seiten der Einstellungsbehörden und der Gerichte einzuschränken und einzugrenzen, dann erwecken diese Versuche den Anschein, um es in einem drastischen Bild auszudrücken, als wolle man Pudding mit präzisen Nägeln an einer ausgemachten Stelle an die Wand nageln.« (S. 7) Es ist diese Qualität der Berufsverbotspraxis, jene in der Metapher des Puddings zum Ausdruck kommende Konsistenz, des in alle Ritzen der politischen Kultur Fließenden, Gallertartigen, das diese Praxis dem präzisen Zu- und demokratischen Angriff entzieht. Das paradoxe Verhältnis von rituell-liturgischer Exekution und Ungreifbarkeit erinnert dabei eher an die Inquisition als an rechtsstaatlich-demokratische Verfahren. Mit bürokratischer Regelmäßigkeit und Kontinuität hat sich die Berufsverbotspraxis als fester Bestandteil der staatlichen Loyalitätskontrolle in der BRD etabliert.

Genau an diesem Punkt, der Veralltäglichsung, die den Berufsverboten ihre spektakuläre Aktualität nimmt, setzt der Band ›Ohne

Zweifel für den Staat‹ an. An einer Fülle von Material wird hier eindrucksvoll vor Augen geführt, daß Berufsverbote nach wie vor ein brisantes Thema sind: it's not dead, it just smells funny. Besonders wichtig erscheint mir dabei der Hinweis, daß die politischen Disziplinierungen, die mit Berufsverboten einhergehen, eine präventive Wirkung haben, daß die Antizipation eines nichtkalkulierbaren obrigkeitsstaatlichen Eingriffs mit negativen Folgen für die eigene (berufliche) Existenz zu einer Demotivierung und Depolitisierung in vormals kritischen Bereichen, wie den Hochschulen, geführt hat: »Die politische Blutleere macht die Hochschulen und ihre Studenten demnach selbst für die Organe des Verfassungsschutzes zu einem uninteressanten Feld.« (S. 29) Dies gilt es zu berücksichtigen, will man die an der Oberfläche zu beobachtende Liberalisierung der Berufsverbotspraxis richtig einschätzen. Als diese stattfand, mußte »nicht mehr sehr viel verboten werden.« (S. 3) Ferner gilt es, die derzeitige Form der Berufsverbote in ihrer (spezifisch deutschen) Tradition des Berufsbeamtentums und den damit verknüpften durchdringenden Loyalitätsanforderungen zu sehen. Die Kapitel 2 (Die Kontinuität des Radikalenerlasses) und 3 (Die Radikalenpraxis hat sich gehäutert, wurde aber nicht abgeschafft) geben stichwortartig einen kritischen Überblick über die historischen Wurzeln und die zeitgeschichtliche Entwicklung der Überprüfungspraxis. Vor diesem Hintergrund wird die im Anschluß vorgestellte Bestandsaufnahme, die die länderspezifischen Regelungen enthält, sowie die Darstellung der konkreten Überprüfungspraxis anhand exemplarischer Fälle (Kap. 4 u. 5) verständlich als ein Stück deutscher Geschichte, das sich bruchlos über die offiziell proklamierten Einschnitte und Neuanfänge in die Kontinuität obrigkeitsstaatlicher Machtausübung einfügt.

Die Lektüre der Dokumente, die zu den einzelnen Fällen präsentiert werden, macht, trotz mancher realsatirischer Einschübe (»Für den Kampffond der DKP und UZ spendeten Sie im August 1973 20 DM.«, S. 108), in mehrfacher Hinsicht betroffen: Zum einen ist es erschreckend, die Ausdehnung des Bereichs der als »verfassungsfeindlich« deklarierten Verhaltensweisen anhand dieser Dokumente zu sehen, zum anderen steigt im Angesicht der Detaillierung und Breite der zu ›Vorhaltungen‹ umgeformten ›Erkenntnisse‹ im Leser die Paranoia hoch:

Woher wissen die das alles? Im Anschluß an diese Darstellung wird die aktuelle Praxis für die Jahre 1979/80 behandelt (Kap. 6); hier beobachtbare quantitative Veränderungen, wie Rückgang der offiziell ausgesprochenen Berufsverbote, sind, neben den bereits genannten Gründen, mit Vorsicht zu interpretieren, da sowohl Erhebungszeitraum als auch Genauigkeit der Angaben stark variieren. Kapitel 7 enthält einen Durchgang durch die im Kontext von Gerichtsverfahren vorgebrachten Argumente, die sich um das Konstrukt ›Verfassungsfeindlichkeit‹ scharen. Am Ende ist ein ausführlicher Anhang (S. 182–285) beigefügt, der Gesetze, Urteile und Beschlüsse enthält, sowie eine Dokumentation ausgewählter Fälle. Zukünftigen Anwälten für den öffentlichen Dienst sei an dieser Stelle die Lektüre der dort abgedruckten Anhörungsprotokolle empfohlen. Sie können sich dann schon auf so komplizierte Fragen vorbereiten wie: »Sind Sie gegen Antikommunismus?«

Mit der diese Verfahren erst ermöglichenden Infrastruktur der Informations- und Datenbeschaffung beschäftigt sich der von *Kutscha* und *Paech* herausgegebene Band »Im Staat der ›Inneren Sicherheit‹«. Nach zwei Beiträgen der Herausgeber, die die Entwicklung zu einem Überwachungsstaat in eine breitere politische und historische Perspektive einrücken, werden in den anschließenden Artikeln Informationen über das Bundeskriminalamt (Schneider), den Verfassungsschutz (Günther u. a.), die von dieser Behörde herausgegebenen Berichte (Hochhuth), den Bundesnachrichtendienst (Elias u. a.), den Militärischen Abschirmdienst (Hölter) sowie die Datenschutzproblematik (Tietgen, und Wahnser, Borgaes) vermittelt. Am Ende ist ein Beitrag von Abendroth: »Wer schützt die Verfassung« abgedruckt, ebenso ein Dokumententeil mit Stellungnahmen der Gewerkschaften und Auszügen aus Gerichtsproto-

kollen. Die Beiträge zu den verschiedenen Diensten sind gut recherchiert; sie zeigen an einer breiten Fülle von Material, daß das als Motto über dem Beitrag von Schneider stehende Zitat von Steinmüller: »Das technisch-organisatorische Substrat eines ›friendly fascism‹ härt seines politischen Mißbrauchers.« (S. 53) eine gewiß überzeichnete, aber hinsichtlich der sich darin ausdrückenden Tendenz nicht unangemessene Einschätzung der Situation ist. Deutlich wird hier auch, daß derartig ausgedehnte bürokratisch-technische Systeme für alle Arten des Mißbrauchs, nicht nur im großen politischen Stil anfällig sind. »Manchmal genügen 20 Pfennige, um per Telefon an interne Polizeidaten heranzukommen.« (S. 133) Dies ist die Schlußfolgerung von einem von Tietgen zitierten Beispiel, in dem ein Außenstehender telefonisch in mehreren Bundesländern bei der EDV-Abteilung der Polizei Informationen über einzelne Personen verlangte und auch bekam. Man braucht hier nicht die Vision des Blockwarts zu bemühen, um sich mögliche Folgen eines solchen ›privaten‹ Mißbrauchs auszumalen.

Man sollte diese drei Veröffentlichungen als Kassette anbieten. Jede liefert einen wichtigen und informativen Beitrag zur Diskussion über den aktuellen Zustand des Rechtsstaats. Gerade zu den hier behandelten Themen (Überwachungs- und Berufsverbotspraxis), die im mediengesteuerten öffentlichen Bewußtsein entweder tabuisiert oder skandalisiert werden, ist es notwendig, aus dem Wenigen, was an die Oberfläche dringt, sich ein genaues Bild zu machen, das die Auseinandersetzung mit und Kritik von fragwürdigen staatlichen Praktiken auf eine rationale Basis stellt, denn – wie allgemein bekannt – nicht nur der Teufel, auch der Rechtsstaat sitzt im Detail.

Reinhard Kreissl

Günter Frankenberg, Ulrich Rödel, *Von der Volkssouveränität zum Minderheitenschutz. Die Freiheit politischer Kommunikation im Verfassungsstaat untersucht am Beispiel der Vereinigten Staaten von Amerika, Europäische Verlagsanstalt, Frankfurt/M. 1981, 346 S., DM 38,-*

In den USA haben in den vergangenen fünf-

zehn Jahren Bücher über Formen der Repression politischer Kommunikation aus politischen und daraus folgend wissenschaftlichen Gründen Hochkonjunktur gehabt. Zu den politischen Gründen gehören die Bürgerrechtsbewegung der Schwarzen, die Bewegung gegen den Vietnamkrieg und die Reaktion von Polizei, Gerichten und Gesetzge-

bern darauf. Weiterhin gehört zu diesen Gründen die Verfolgung von Dissidenten in der Zeit des Kalten Krieges (Senator McCarthy und der Ausschuß des Repräsentantenhauses für »unamerikanische Aktivitäten«) bis zu den CIA- und FBI-Aktionen gegen die Protestbewegungen der sechziger und frühen siebziger Jahre. Als wissenschaftliche Gründe sind zu nennen das Eindringen neuer Ansätze in den Universitäten infolge der Studentenrevolte sowie in der Geschichtswissenschaft die Auseinandersetzung mit der »consensus history« bzw. in der Politikwissenschaft mit den Pluralismustheorien. Beide Richtungen glaubten, einen breit partizipatorischen Charakter des amerikanischen Systems in der Gegenwart nachweisen zu können und diese Elemente bis in die Zeit vor der Revolution und Unabhängigkeit 1776 zurückverfolgen zu können. Frankenberger und Rödel untersuchen im Rahmen eines Starnberger Projektes eine Fragestellung, die dem wissenschaftlichen Diskurs in den USA gegenläufig erscheint. Sie wollen prüfen, ob sich am Beispiel der USA eine evolutionäre Zunahme der Freiheit politischer Kommunikation nachweisen läßt.

Ausgangspunkt der Autoren ist die These, »daß zwischen sozioökonomischen Interessenlagen und der konstitutionellen Entwicklung, insbesondere den unterschiedlichen Konzeptionen politischer Freiheit komplizierte Vermittlungszusammenhänge bestehen.« (245) Interessengruppen bedienen sich nicht nur klassischer Kampfformen (Streiks, außerparlamentarische Aktionen, Agitation), sondern müssen diese auch gegenüber der politischen Öffentlichkeit legitimieren. Die Meinungs-, Presse- und Versammlungsfreiheit wird am Beispiel der Abolitionisten (Abschaffung der Sklaverei, 1. Hälfte des 19. Jh.), der syndikalistischen Gewerkschaft (Industrial Workers of the World, Anfang 20. Jh.) und gegenwärtiger auf Veränderung gerichteter Bewegungen untersucht. Gefragt wird, wann spezifische Handlungsformen und Zielsetzungen dieser Bewegungen von Supreme Court als legitim anerkannt worden sind, also auf Grund höchstrichterlicher Entscheidungen vor Eingriffen der Exekutivbehörden, aber auch der Legislativen zumindest teilweise geschützt wurden. Erst wenn soziale und ökonomische Interessen »im Medium des Recht (re-)formulierbar« werden, werden sie zum Bestandteil der hegemonialen Kultur und können damit Legitimations-

zwänge von der eigenen auf die gegnerische Seite verlagern.

Die Autoren wählen die Entscheidungen des Supreme Court als Quellenbasis für ihre Untersuchung und ergänzen diese durch einschlägige Gesetze und für die Frühzeit um öffentlichkeitsrelevante politische Schriften (»pamphlets«). Sie folgen damit einer – arbeitsökonomisch sicher verständlichen – traditionellen Geschichtsschreibung »von oben«. Konzeptionen politischer Kommunikationsfreiheit, wie sie während der Debatten um die Verfassungsgebung und später von der Frauenbewegung, der Arbeiterbewegung, von Immigranten und Schwarzen, also »von unten« entwickelt wurden, bleiben weitgehend ausgeblendet. Die Fragestellung und die Entscheidung für eine eng begrenzbar Materialbasis führen zu einer methodischen Einschränkung – jedenfalls im ersten Hauptteil der Arbeit (Teil II), die den Wert der Untersuchung deutlich begrenzt, zur Ideengeschichte. Mit anerkennenswerter Offenheit erklären die Autoren in dem einleitenden theoretischen Teil »das empirische Scheitern der Entwicklungskonzeption des Projektentwurfes«. Daraus hätte jedoch spätestens vom Verlagslektorat die Konsequenz gezogen werden müssen, den entsprechenden Teil II der Untersuchung in Bedeutung und Umfang erheblich herabzustufen. Jetzt erhält der Leser eine theoretische Einführung, eine ideengeschichtliche Untersuchung, eine institutionengeschichtliche Untersuchung, die notwendig manches aus dem vorangehenden 1. Hauptteil wiederholt und einen abschließenden »Versuch einer radikaldemokratischen Begründung der Freiheit politischer Kommunikation« der Autoren. Die Integration der vier Teile ist nicht gelungen, sie sollen daher auch getrennt besprochen werden.

In der theoretischen Einleitung, die auch die Vorgeschichte des Projektes wiedergibt, wird die Hypothese aufgestellt, daß die Entwicklung von politischen Normen gradlinig evolutionär erfolge (Übertragung der Entwicklungstheorien Piagets). Die empirische Arbeit hat diese Annahme nicht bestätigt und die Autoren zu einer Art Konjunkturmodell geführt. Die richterliche und die mehrheitliche Akzeptanz der Freiheit politischer Kommunikation nimmt in bestimmten Zeiträumen beschleunigt zu, stagniert aber auch über längere Perioden (z. B. im 19. Jahrhundert) oder ist einer rückläufigen Tendenz ausgesetzt

(Ersetzung der Volkssouveränität durch eine Parlamentssouveränität; Verzicht auf inhaltliche Argumentationsstrategien zugunsten von juristisch-technischen Begründungen, z. B. durch die von Nixon eingesetzten Richter). Um die Lernprozesse der an dieser Entwicklung beteiligten sozialen Akteure einzuordnen, unterscheiden die Autoren zwischen normativem und strategischem Lernen. Letzteres dient der Durchsetzung eigener Interessen, ersteres vollzieht sich auf der moralischen Ebene und folgt »rein ideellen Interessen« (22). Als Maßstab gilt die Zustimmungsfähigkeit der jeweils neuen Norm durch möglichst große Teile der betroffenen Personen bzw. sozialen Gruppen. Dies Instrumentarium ermöglicht den Autoren, einerseits die Offenheit der Gesellschaft zu messen, auf minoritäre Positionen einzugehen, andererseits aber auch die anti-minoritäre formaldemokratische Mehrheit, die »silent majority«, die ja nicht nur Konstrukt konservativer Politiker ist, im Blick zu behalten und in das Demokratiemodell zu integrieren.

Im ersten Hauptteil der Untersuchung soll die Entwicklung politischer Kommunikationsfreiheit von der »common law«-Tradition und der Doktrin des »seditious libel«, wie sie in England entstanden und in den amerikanischen Kolonien rezipiert wurden, bis zu den Weiterentwicklungen des US-Supreme Court, »substantive due process« (Ende 19. Jh.) über »clear and present danger«-Test (Anfang des 20. Jh.) zu gegenwärtigen »ad hoc balancing« und »law and order«-Positionen rechtsgeschichtlich nachvollzogen werden. Dieser detailreiche, aber dadurch an Klarheit verlierende Teil ist zusätzlich mit dem Verzicht der Autoren belastet, auf individualpsychologische Faktoren der Richter einzugehen. Gerade im amerikanischen System, wo abweichende Voten begründet und veröffentlicht werden, muß dieser Bereich in die Bewertung einzelner Entwicklungsschritte im Rahmen eines längerfristigen Lernprozesses der Institution einbezogen werden. Wichtiges Ergebnis dieser ideengeschichtlichen Untersuchung ist die Erkenntnis, daß Lernfortschritte in Richtung auf einen verbesserten Minderheitenschutz, die sich aus den Entscheidungen herauslesen und als Entwicklungskette rekonstruieren lassen, nicht mit der realen Wirksamkeit der Entscheidungen des Supreme Court und des Gerichtssystems insgesamt übereinstimmen müssen. Die Einschränkung der Strafbarkeit

politischer Äußerungen durch die von Richter Holmes entwickelte »clear and present danger«-Regel wurde während des Höhepunktes politischer Repression, d. h. zur Zeit der syndikalistischen Arbeiterbewegung und des 1. Weltkrieges, formuliert. Die liberalen Entscheidungen des Warren-Courts in den 1960er Jahren waren andererseits nicht mit einer normativen Weiterentwicklung verbunden.

Der zweite und bedeutungsvollere Hauptteil der Arbeit ordnet das Gerichtssystem in die Gewaltenteilung und die spezifisch amerikanische Verfassungswirklichkeit ein. Hier wird das gesellschaftliche und institutionelle Umfeld erarbeitet, das der Ideengeschichte des ersten Hauptteils hätte vorangehen müssen. Es gelingt den Autoren, den ideologischen Kontext durch das Konzept der »amerikanischen »civil religion« adäquat darzustellen und damit auch einen Begriff in die Diskussion einzuführen, der meines Wissens in der europäischen Rezeption bisher nur von Elise Marienstras (Paris) verwendet worden ist und der hervorragend geeignet scheint, gerade Unterschiede zwischen europäischen und amerikanischen Verfassungstraditionen herauszuarbeiten. Die Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes auf verbale und symbolische Akte ermöglicht die Konstatierung einer Zunahme politischer Freiheiten bzw. eine Stagnation in der Gegenwart.

Parallel dazu hat jedoch eine in der Arbeit nicht erfaßte Einschränkung der Möglichkeiten direkter Aktion stattgefunden. War in der Kolonialzeit die direkte remediale Aktion (»riot«, nicht etwa »lynch law«) akzeptierte, wenn auch extralegale Form, sich zur Wehr zu setzen, so veränderten die neuen sozialen Bedingungen der 1830er Jahre die Selbsthilfe zum an Personen oder Institutionen gerichteten Protest. Die neuen Formen direkter Aktion, wie sie daraufhin von der Arbeiterbewegung seit dem Bürgerkrieg bis zum 1. Weltkrieg entwickelt worden sind, wurden nicht als Fortsetzung dieser Tradition akzeptiert, sondern führten zur Abschaffung des für die innere Sicherheit zuständigen Milizsystems, an dem alle Bürger (citoyen), also auch die Arbeiter beteiligt waren, und zur Einführung der Nationalgarde, die sich aus dem Mittelstand (bourgeois) rekrutierte und mit schwereren Waffen ausgerüstet wurde. Die Ghetto-rebellionen der schwarzen Minorität der 1960er Jahre führten einen Schritt weiter in Richtung auf Repression, zum Ausbau der

Armee als Garanten der inneren »Ordnung«. Der Zunahme verbaler und symbolischer Artikulationsmöglichkeiten steht also eine Abnahme direkter Veränderungsmöglichkeiten gegenüber.

Abschließend stellen die Autoren ein radikal-demokratisch begründetes Modell der Freiheit politischer Kommunikation vor, das die Defizite der vorfindlichen Situation beheben könnte. Das Modell kann über die USA hinaus verallgemeinert werden und stellt eine wichtige und plausible Diskussionsgrundlage dar, der besonders im Hinblick auf die Einschränkung politischer Kommunikationsfreiheit in der Bundesrepublik ein breites Interesse zu wünschen ist. Aus der Sicht des Rezensenten ist allerdings das Prinzip der Gewaltlosigkeit, das die Autoren in Anlehnung an die von Gandhi inspirierte amerikanische

Bürgerrechtsbewegung vertreten, zu stark von der Vorstellung eines »Diskurses« diktiert. Damit wird die systemimmanente strukturelle Gewalt, mit der sich die Autoren in den Hauptteilen auseinandersetzen, zu gering eingeschätzt. Ob amerikanische Armeeangehörige durch Bombenlegen oder türkische Gastarbeiter durch Schreibtischtäterei gezwungen werden sollen, die Bundesrepublik zu verlassen, ist für die von der Gewalt Betroffenen kein wesentlicher Unterschied. Dieser Standpunkt vernachlässigt die Möglichkeit, dem Staat *kein* Gewaltmonopol einzuräumen, sondern Teile der Gewalt bei dem Volk (Miliz, Räte, »riot«) zu belassen. Über lange historische Perioden hat sich damit eine Ordnung aufrechterhalten lassen, die auch für Minderheiten zustimmungsfähig war.

Dirk Hoerder

Waltraud Koopmann, *Stromversorgung und Staat – Mißbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle als Instrumente staatlicher Steuerung?* Pahl-Rugenstein Verlag, Köln 1981, 138 S., DM 18,-

Hans Jürgen Spiess, *Preismißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen als ordnungspolitisches Problem? – Zur ordnungspolitischen Derogation einer wirtschaftspolitischen Norm.* Athenäum Verlag, Kronberg/Taunus 1980, 250 S., DM 41,00

# I

Die beiden hier angezeigten Bücher – zwei Dissertationen – sind einzuordnen in den Fragenkomplex, ob und wie der kapitalistische Staat mittels Wettbewerbsrecht Wirtschaftspolitik betreibt.\* Nachdem eine auf Marktergebniskontrolle gerichtete Praxis des Bundeskartellamtes durch die von der Wissenschaft sekundierte Rechtsprechung abgeblockt wurde<sup>1</sup>, eine auf die Erhaltung von Wettbewerbsstrukturen gerichtete Politik<sup>2</sup> angesichts der Zentralisations- und Konzentrationstendenz des Kapitals aber weitgehend illusionär bleiben muß, stellt sich die Frage,

warum der Staat die Institution GWB samt der dazugehörigen – allerdings nicht allzu aufwendigen – Bürokratie Bundeskartellamt überhaupt noch aufrecht erhält.

Eine zuverlässige Beantwortung dieser hier nur angedeuteten Fragen bedarf wohl einer längeren wissenschaftlichen Diskussion<sup>3</sup>. Wichtige Teilfragen, inwieweit wettbewerbsrechtliche Staatsaufsicht überhaupt effektiv wird, klären die hier vorgestellten Bücher auf methodisch unterschiedlichen Wegen. Koopmann untersucht, wie sich die Kartellrechtspraxis zu der Realität eines ausgewählten Wirtschaftssektors verhält, und fragt nach den Möglichkeiten wettbewerbsrechtlicher Staatsaufsicht allgemein, wobei dann die Mißbrauchsaufsicht im Vordergrund steht, während Spiess von vornherein nur ein Instrument der Staatsaufsicht mittels GWB, nämlich die Preismißbrauchskontrolle, betrachtet. Spiess bemüht sich darum, »die Anleitungskraft unterschiedlicher wirtschafts- und gesellschaftstheoretischer Konzeptionen für ein Verständnis von § 22 GWB kenntlich zu machen« (S. 7). Beiden Arbeiten ist gemeinsam, daß sie nach der Leistungsfähigkeit des Wettbewerbsrechts als Mittel der Staatsintervention fragen, Koopmann empirisch durch Vergleich eines Wirtschaftssektors mit

\* An der Diskussion der Rezension war Trudel Karcher beteiligt.

<sup>1</sup> So z. B. die deutliche Intention der Monopolkommission.

<sup>2</sup> Gemeint ist damit die durch das Valium II-Urteil des BGH (BGHZ 76, 142) praktisch unmöglich gemachte Preismißbrauchskontrolle des Bundeskartellamtes.

<sup>3</sup> Am gründlichsten hat sich immer noch Knieper mit dem Problem auseinandergesetzt, Weltmarkt, Wirtschaftsrecht und Nationalstaat (1976), 236 ff., insbesondere 242 f.

der Kartellrechtspraxis, Spiess theoretisch dadurch, daß er die unterschiedliche Handhabung eines wettbewerbsrechtlichen Instrumentariums auf unterschiedliche ökonomietheoretische Ansätze zurückführt.

## II

Koopmann geht den methodisch interessanten Weg, das kartellrechtliche Instrumentarium samt seiner Auswirkung in der Kartellamtspraxis mit einer Beschreibung der jeweiligen wirtschaftlichen und energiepolitischen Situation zu kontrastieren. In einem ersten Abschnitt (S. 4 ff.) werden die relevanten Rechtsmaterien vorgeführt: Die Bundestarifordnung Elektrizität (BTO-El) einerseits, deren Rechtsgrundlagen das Energiewirtschaftsgesetz von 1935 und das Preisgesetz von 1948<sup>4</sup> sind, und das GWB andererseits. Bei der Darstellung der Normen geht Koopmann historisch vor, d. h. sie präsentiert nicht nur das geltende Rechtssystem, sondern ordnet die Normen in den Kontext ihrer Entstehung ein. So weist sie nach, daß die Herausnahme der Stromversorgung aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht nicht die immer behaupteten »natürlichen Gründe« (Leitungsgebundenheit) hat, sondern eine Entscheidung für eine ressourcenoptimale und gegen eine wettbewerbsoptimale Lösung ist (S. 15 ff.).

Im zweiten (längsten) Teil der Arbeit werden jeweils Energiepolitik und Kartellrechtspraxis in vier zeitlichen Abschnitten aufeinander bezogen: 1958–1965 (S. 23 ff.), 1966–1973 (S. 32 ff.), 1973–1976 (S. 45 ff.) und die Gegenwart (S. 61 ff.). Der erste Zeitabschnitt ist energiepolitisch charakterisiert durch den Verdrängungswettbewerb der Mineralölkonzerne gegenüber der Steinkohle mit Hilfe von leichtem Heizöl, während der Staat einerseits die Aktivitäten der Mineralölkonzerne hin- nimmt, andererseits die Kohle abzustützen versucht, vor allem durch den Einsatz in den ihm gehörenden öffentlichen Kraftwerken<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Das Bundesverfassungsgericht meint, § 2 Preisgesetz könne nur als Übergangsvorschrift von der kriegs- und nachkriegsbedingten staatlichen Preisregulierung zu freieren Formen der Preisbildung verstanden werden, BVerfG NJW 1980, 929, was historisch falsch ist, vgl. Zechlin, WSI-Mitt. 1977, 87 ff. Eigentlich müßte man aus dieser Entscheidung folgern, daß die BTO-El von ihrer Ermächtigungsgrundlage nicht gedeckt wird.

<sup>5</sup> Der Einsatz von schwerem Heizöl in Industriekraftwerken ist wesentlich höher als in öffentlichen Kraftwerken. – In energiepolitischer Hinsicht bezieht sich Koopmann über weite Strecken auf Meyer-Renschhausen, Energiepolitik in der BRD von 1950 bis heute (1977).

Die Kartellrechtspraxis dieser Zeit befaßt sich mit Fragen, die gegenüber den energiepolitischen Hauptproblemen eher Randfragen sind und vor allem die Strompreisgestaltung betreffen. In der ganzen Zeit wird nur ein Mißbrauchsverfahren nach § 104 GWB förmlich abgeschlossen. Der zweite Zeitabschnitt wird vor dem Hintergrund des veränderten wettbewerbspolitischen Paradigmas (Stichworte: Große Koalition, Keynesianismus, Kantzenbachs Theorie vom funktionsfähigen Wettbewerb, Zweite Kartellnovelle) geschildert (S. 32 ff.). In energiepolitischer Hinsicht wird auf das zweite Verstromungsgesetz von 1966 und das Kohleanpassungsgesetz von 1967 verwiesen (S. 38 f.). Die Mißbrauchsverfahren in dieser Zeit nehmen zu, wobei die Kartellbehörden und der BGH einzelne teure Energieversorgungsunternehmen zwingen, ihre Preise an die benachbarter billigerer Unternehmen anzupassen. Die Verfasserin weist darauf hin, daß hier nicht etwa Wettbewerb simuliert wird, sondern lediglich Monopolpreise vereinheitlicht werden (S. 39 ff.). Für den dritten Zeitabschnitt werden zunächst die energiepolitischen Veränderungen im Gefolge der sogenannten Ölkrise von 1973 dargestellt (Energieprogramme der Bundesregierung; S. 45 ff.).

Die Kartellrechtspraxis dieser Zeit hat im Energiesektor weder die Weitergabe der Ausgleichsabgabe nach dem dritten Verstromungsgesetz durch die Energieversorgungsunternehmen an die Verbraucher noch Preissteigerungen infolge der sogenannten Ölkrise aufgegriffen (S. 48 ff.). Die Kartellbehörden waren – in Umsetzung der Stromtarif-Entscheidung des BGH – mit Preis- und Strukturvergleich beschäftigt, was aber zum Scheitern verurteilt sei, da es keinerlei wettbewerbslich strukturiertes Vergleichsmaterial gebe. Infolgedessen nehmen die Mißbrauchsverfahren auch wieder ab. Neben der Mißbrauchsaufsicht nach § 104 geht die Verfasserin auf die Fusionskontrolle ein, wobei sie die Fusion VEBA-Gelsenberg erörtert, die der Bundeswirtschaftsminister entgegen der Entscheidung des Bundeskartellamtes und der Empfehlung der Monopolkommission gemäß § 24 Abs. 3 erlaubt hat, um einen nationalen Energiekonzern zu schaffen (S. 53 ff.)<sup>6</sup>. Im übrigen legt Koopmann dar, daß der Konzentrationsprozeß in der Elektrizitätswirtschaft ungehindert von Fusionskontrollvorschriften voranschreitet (S. 56 ff.).

In einer Strukturskizze der heutigen Bran-

chensituation stellt die Verfasserin dar, daß die Elektrizitätsversorgung charakterisiert ist durch die am betriebswirtschaftlichen Optimierungskalkül orientierten großen Verbundgesellschaften, vor allem der RWE und der VEBA (S. 61 ff.). Unter Berufung auf die Untersuchungen der Monopolkommission in ihrem ersten Hauptgutachten weist sie auf die Verflechtungen dieser Unternehmen mit dem Primärenergiebereich hin (RWE: Braunkohle, VEBA: Steinkohle), hohe Gewinnausschüttungen und noch höhere Investitionen. Ein Investitionsüberhang führe dazu, daß der Verwertungsprozeß eine Steigerung der Stromverwendung verlange, an der sich von vornherein alle Energiesparmaßnahmen brechen würden (S. 65). Als energiepolitische Rahmenbedingung wird die zweite Fortschreibung des Energieprogramms der Bundesregierung vorgestellt (S. 66 f.).<sup>6</sup>

Im dritten Teil der Arbeit wird unter der Überschrift »Praxis der allgemeinen Mißbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle« das Scheitern einer Preismißbrauchsaufsicht über § 22 durch das Bundeskartellamt infolge der Valium-Entscheidungen des BGH dargestellt (S. 74 ff.). Valium II bedeute für Märkte mit privatadministrierten Preisen eine Befreiung von der Kontrolle durch den Wettbewerb und der staatlichen Kontrolle. Dies werde durch die dem GWB zugrundeliegenden wirtschaftspolitischen Vorstellungen nicht gedeckt (S. 85).

Im vierten Teil diskutiert Koopmann einige Änderungsvorschläge und die Vierte Kartellnovelle (S. 87 ff.). Sie geht zunächst auf den Vorschlag der Monopolkommission in ihrem ersten Hauptgutachten ein, zur Kontrolle und Planung der Investitions- und Preispolitik für den Bereich der leitungsgebundenen Energieversorgung eine Bundesbehörde einzusetzen. Sie weist nach, daß auch dieser Vorschlag letztlich von der Hoffnung auf Wiederherstellung eines Restwettbewerbs motiviert ist (S. 91) und daß der Mangel des Vorschlags darin besteht, keine Kontrollmaßstäbe anzugeben (S. 92). Nachdem die Verfasserin die Lösungsansätze ordoliberaler

Autoren (Gröner, Emmerich) referiert und kritisiert hat (S. 94 ff.), geht sie auf die Vierte Kartellnovelle ein (S. 99 ff.), soweit sie für die Stromversorgung relevant ist. Es ist nunmehr klargestellt, daß sich die Mißbrauchsaufsicht nach § 104 lediglich auf den Bereich der Sonderabnehmer erstreckt, während für die Tarifabnehmer die Preisaufsicht gemäß der BTO-El gilt. Sie befürchtet, daß keine der beiden Aufsichten effektiv auszuüben sein wird (S. 104). Der eigentliche Differenzierungsgrund zwischen Sonder- und Tarifabnehmern bestehe in den gemeinsamen Verwertungsinteressen von Energieversorgungsunternehmen und größeren Sonderabnehmern und deren partieller Deckung mit partikularen staatlichen und kommunalen Interessen (S. 106).

Koopmann kommt zu dem Ergebnis (S. 110 ff.), daß sich Wettbewerbspostulate und die beschriebene Realität immer inkongruenter verhalten. Der Stand der Vergesellschaftung von Produktion und Reproduktion läßt die (Wieder-)Einführung des Wettbewerbs nicht zu. Der Wettbewerb als alleiniges gesellschaftliches Steuerungsprinzip muß scheitern, weil er sich mit (anderen) Zielsetzungen der Wirtschaftspolitik im weiteren Sinne im Zielkonflikt befindet. Effektiviert werden könnte die wettbewerbliche Aufsicht nur um den Preis von Wertungen, z. B. soziale Gerechtigkeit, Verbraucherschutz oder durch Gewinnkontrollen, die jedoch den Nerv der Produktions- und Reproduktions-situation berühren würden.

»Nur durch eine demokratische Kontrolle kann somit verhindert werden, daß Oligopol- und Monopolunternehmen ihren autonomen Handlungsspielraum nach Belieben, d. h. notwendig gemäß ihren Kapitalinteressen, nutzen. Die Entwicklung und Diskussion derartiger Beteiligungs- und Kontrollkonzepte und nicht die per-se-Überantwortung dieser Problematik an eine unter den gegebenen Bedingungen notwendig widersprüchlich agierende staatliche Verwaltung ist dringend erforderlich« (S. 113).

### III

Spiess analysiert nach einer Einleitung im zweiten Kapitel drei Autoren, die er als Vertreter von Neoliberalismus (Möschel), von sozialstaatlich motivierter Verbrauchertheorie (Reich) und der Theorie des freien Wettbewerbs (Hoppmann) vorstellt.

<sup>6</sup> Später übertrug die VEBA (Haupteigentümer: der Bund) wesentliche Teile der Gelsenberg, vor allem ihren Anteil an der Ruhrgas AG an die BP und ermöglichte so dem Olmult, auf den Erdölsubstitutionsmarkt Erdgas einzudringen, was wiederum nur mit Hilfe einer Ministererlaubnis gelang.

<sup>7</sup> Inzwischen liegt die dritte Fortschreibung vor, BT-Drucks. 9/983, die den Akzent wesentlich deutlicher auf die Kernenergie legt.



Für Möschel ziele Recht primär auf die Gewährleistung der marktwirtschaftlichen Funktionsmechanismen (S. 22). Nur soweit diese nicht funktionieren, wird der Selbstkontrollmechanismus des Wettbewerbs planrational ergänzt (S. 23). § 22 hat für Möschel nicht die Aufgabe, bei Versagen des Wettbewerbs staatliche Aufsicht zu ermöglichen (S. 27); sein Einsatz zur unmittelbaren Steuerung unter planrationalen Aspekten (hier: Preisstabilität) verbietet sich (S. 28). Preiskontrollen sind für Möschel ein allerletzter Notbehelf (S. 29).

Reich entwickelt auf der Basis von Habermas und Offe eine Theorie von der doppelten Instrumentalität des Wirtschaftsrechts: Recht organisiert zum einen die marktmäßig ablaufenden ökonomischen Prozesse und hält die entsprechenden Institutionen bereit, zum anderen ist es ein zur Einflußnahme auf den Marktprozeß geeignetes Instrument, mit dem sozialstaatliche Zielsetzungen inkorporiert werden können. Es wird damit doppelt – durch die Marktteilnehmer und durch den Sozialstaat – instrumentalisiert; Konflikte zwischen Ökonomie und Politik reproduzieren sich im Recht (S. 26). Spiess referiert die zivilrechtstheoretischen Grundvorstellungen von Reich, die von der marktkompensatorischen Rolle des Verbraucherrechts gegenüber den zugunsten der Anbieter asymmetrischen Marktverhältnissen ausgehen (S. 36 ff.)<sup>8</sup>. Auch Wettbewerbsrecht kann infolgedessen Verbraucherrecht sein. Aus der Normalität mißbräuchlichen Verhaltens marktbeherrschender Unternehmen und der prinzipiellen Unmöglichkeit wettbewerblcher Strukturpolitik resultiert für Reich die Notwendigkeit einer allgemeinen Verhaltenskontrolle des Preisgestaltungsspielraums von marktbeherrschenden Unternehmen (S. 45). Daraus folgt, daß die Unternehmen ihr Preiserhöhungsverhalten rechtfertigen müssen (S. 47). Zur Bestimmung der Mißbrauchsgrenze ist das Als-Ob-Konzept des Bundeskartellamts fortzuentwickeln (S. 48 f.). Spiess meint, die Umsetzungsvorschläge rekurrerten auf neoliberale Argumentationszusammenhänge, müßten deshalb wirkungslos bleiben und desavouierten die eigene theoretische Begründung für ein Interventionskonzept (S. 76).

<sup>8</sup> Die Reichsche Theorie kann hier nicht im einzelnen ausgebreitet werden. Sein grundlegendes Werk, *Markt und Recht* (1977) ist in dieser Zeitschrift von Nahamowitz besprochen worden, KJ 1979, 99 ff.

Als Grundannahme der Hoppmannschen Auffassung von Wettbewerb zitiert Spiess folgende Aussage: »Sich um die Wettbewerben, ist ein ursprünglicher menschlicher Trieb... Eine wirtschaftspolitische Grundentscheidung für den Primat des Wettbewerbs ist nichts anderes als die Bejahung der aus diesem Prinzip resultierenden menschlichen Beziehungen und Prozesse«<sup>9</sup> (S. 52). Wettbewerb basiere nach Hoppmann auf dem findigen Unternehmer und der Freiheit des Wettbewerbs (S. 58). Ein unverhältnismäßig großer Aktionsspielraum könne von Hoppmann nicht als – negativ zu beurteilende – Marktmacht angesehen werden, denn das Entdeckungsverfahren Wettbewerb könne das hinreichende Ausmaß an Aktionsspielraum nicht positiv beschreiben (S. 61). Zwar tritt Hoppmann für ein Monopolisierungsverbot ein (S. 64), doch könne er aufgrund seiner Marktmachts-Argumentation nicht sagen, wann eine Handlung monopolistisch ist (S. 65), so daß er im Grunde eine Immunisierungsstrategie gegenüber einer mit dem Anspruch auf normative Umsetzung antretenden Wirtschaftspolitik betreibe. Für das Recht ergäbe sich die Aufgabe, lediglich »allgemeine Spielregeln« zu setzen (S. 67). Eine Preismissbrauchsaufsicht nach § 22 läuft nach Hoppmann leer (S. 69 ff.).

Der dritte und mit rund 100 Seiten längste Teil der Arbeit enthält eine Analyse der Entscheidungen des Bundeskartellamts, des Kammergerichts und des BGH in den Vitamin B 12- und Valium-Fällen, den beiden Musterprozessen der Preismissbrauchsaufsicht. Gegliedert wird nach den drei genannten Instanzen, innerhalb dieser nach den beiden Verfahren und innerhalb derer nach den einzelnen Tatbestandsmerkmalen des § 22. Spiess interessiert, von welchem Wettbewerbskonzept die Entscheidungsträger ausgehen, ob sie divergierende Konzepte nebeneinander verwenden, ob sie sich mehr von Plausibilität oder von theoretischer Analyse leiten lassen. Er fragt, in welcher Beziehung die Theoriekonzepte zur Realität stehen und ob eine geringe Wirksamkeit darauf zurückzuführen ist, daß eine Theorie überholt ist bzw. in offenem Gegensatz zur Realität steht (S. 77 f.).

Für das Bundeskartellamt ist das übergeordnete Ziel der Mißbrauchsaufsicht die Durchsetzung der sonst durch Wettbewerb gewähr-

<sup>9</sup> ORDO 18 (1977) 77, 79.

leisteten Sozialbindung der unternehmerischen Tätigkeit (S. 87). In den aufgegriffenen Fällen geht es dem Amt auch um Währungsstabilität und Kostendämpfung im Gesundheitswesen. Spiess arbeitet aus den verschiedenen Äußerungen des Amtes heraus, daß es von einem Modell ausgeht, in dem Preiswettbewerb die volkswirtschaftliche Lenkungs- und Kontrollfunktion ausüben soll (S. 98), was freilich mit der auf den Pharmamärkten untersuchten Realität kontrastiert (S. 100 f.). Wettbewerb ist als Rechteinrichtung jeweils erst herzustellen (S. 101). Der Autor ist gegenüber den Chancen der Preismißbrauchsaufsicht skeptisch, meint jedoch, durch Nebenwirkungen wie die Publizität der Verfahren erweise sich »Mißbrauchsaufsicht insoweit als arrondierender Teil staatlicher Stabilitätspolitik« (S. 102 f.). Spiess wirft dem Bundeskartellamt vor, die Zeit sei für das Amt 1957 stehengeblieben (S. 104); es nehme eine an einem neoliberalen Wettbewerbsbild Eucken/Böhmscher Provenienz orientierte Auslegung vor (S. 101), ohne zu berücksichtigen, daß mit der Zweiten Kartellnovelle, die zentral den § 22 betroffen habe und Anlaß für das Amt war, die Mißbrauchsaufsicht zu aktivieren, das Leitbild vom funktionsfähigen Wettbewerb in das Gesetz Einzug gehalten habe (S. 104 ff.).

Auch für das Kammergericht übernimmt die staatliche Mißbrauchsaufsicht eine Ersatzfunktion für die nicht mehr wirksame Kontrolle qua Wettbewerb, wobei die kartellbehördliche Aufsicht auch die Preiskontrolle mit umfaßt (S. 115). Beim Mißbrauchsbegriff sei das Kammergericht zwischen die Mühlen der unterschiedlich argumentierenden neoliberalen Theorielager geraten (S. 142). Es bekenne sich im theoretischen Ausgangspunkt sowohl zur Konzeption des Als-Ob-Wettbewerbs als auch zur Konzeption des Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren, freilich ohne die Konsequenzen aus letzterer zu ziehen (S. 144). Die Konzeption vom Wettbewerb als Entdeckungsverfahren besagt aber, daß ein hypothetischer Wettbewerbspreis nicht bestimmt werden kann. Daraus folgert das Kammergericht, daß erst eine erhebliche Überschreitung des wettbewerbsanalogen Preises mißbräuchlich ist. Die Vermengung beider Theorien führt dazu, daß die Bandbreite zulässiger Preisgestaltungen sich vergrößert. »Kartellbehördliche Preismißbrauchsmaßnahmen treffen damit gleichsam auf eine doppelte Knautschzone, wodurch

ein guter Teil der Eingriffsenergie absorbiert wird« (S. 145). Die Betrachtung der BGH-Entscheidungsgründe zur Marktbeherrschung und zum Mißbrauchsbegriff beschränkt sich auf Inhaltsangabe und Detailkritik (S. 159 ff.). Von einer Beantwortung seiner oben selbst gestellten Fragen ist Spiess hier weit entfernt.

Das vierte Kapitel enthält eine Darstellung repräsentativer Ökonomen, die sich zur Wettbewerbstheorie geäußert haben. Nacheinander werden Eucken, Kantzenbach, Hayek und die Monopolkommission referiert. Spiess richtet an sie die Frage, welche Problemdimensionen aufgrund ordnungspolitischer Thematisierung ausgeblendet werden, inwieweit der Diskussionsrahmen dadurch eingeschränkt wird und ob die wirtschaftspolitischen Ansätze einer rechtlichen Umsetzung Kriterien an die Hand geben (S. 175). An den ordoliberalen Ideen Euckens interessiert Spiess vor allem das von Eucken vorgeschlagene Monopolamt (S. 180 ff.), das die Monopole zu einem wettbewerbsanalogen Verhalten veranlassen soll und zu dessen Befugnissen auch eine Preiskontrolle gehören soll. Spiess wirft Eucken vor, es fehle seiner Preiskontrolle an operationalisierbaren Kriterien; außerdem habe er das Problem der Oligopolmarktbeherrschung nur ansatzweise gesehen (S. 183 f.).

Bei der Darstellung der Theorie Kantzenbachs (S. 187 ff.; die optimale Marktform ist das weite Oligopol mit mäßiger Produktdifferenzierung, S. 191) arbeitet Spiess vor allem heraus, daß die Mißbrauchsaufsicht für die Sicherung der dynamischen Wettbewerbsfunktionen vom Ansatz her unzulänglich ist (S. 193), vor allem, wenn Preismißbrauchsaufsicht betrieben werden soll, da dem Wettbewerbsparameter Forschung und Entwicklung im Konzept der dynamischen Wettbewerbsfunktionen ein wesentlich höherer Stellenwert zukommt als nach neoliberaler Sicht (S. 194). Abgesehen davon bleibt bei Kantzenbach unklar, wie die »optimale Wettbewerbsintensität« zu bestimmen ist (S. 193). Es ist eine Leerformel, die die Handhabung der Mißbrauchsaufsicht jedenfalls nicht erleichtert.

Hayeks Konzeption vom freien Wettbewerb (S. 197 ff.) »neigt in besonderem Maße dazu, marktmächtigen Unternehmen jeweils erlangte Positionen als Freiräume zuzuerkennen und sie von wirtschaftspolitischen Maßnahmen unbehelligt zu lassen. Das Verständ-

nis vom sozialen Rechtsstaat als *contradictio in adjecto* weist jegliche sozialstaatliche Komponente im Bereich Wirtschaft als systemwidrig ab. Der Veränderungsbereich politischer Gestaltungsorgane wird im Namen einer inhaltlich verwalteten »freiheitlichen Demokratie« auf ein Mindestmaß eingeschränkt. Die Theoriekonzeption ist eine *politisch* streitbare status quo-Affirmation und somit im Maße ihrer politischen Durchsetzungsfähigkeit folgenreich *rechtlich* relevant«.

Schließlich berichtet Spiess über die kritische Einstellung der Monopolkommission gegenüber der Preismißbrauchskontrolle, wie sie vor allem in deren ersten Sondergutachten und im zweiten Hauptgutachten geäußert wird (S. 205 ff.). Er stellt zusammenfassend fest, daß die Forderung der Monopolkommission sowohl nach Beachtung der Reaktionsgebundenheit innerhalb des Oligopols und der Auswirkungen auf Außenseiter als nach Nichtbeeinträchtigung des Restwettbewerbs im Oligopol eine Anwendung von § 22 GWB in Oligopolsituationen einschränkt. »Das Insistieren auf hohen Bestimmtheitsanforderungen als Voraussetzung einer Preiskontrollmöglichkeit bedeutet angesichts der bekannten Unsicherheitsfaktoren bei der Ermittlung eines Als-Ob-Wettbewerbspreises den weitgehenden Verzicht auf Preismißbrauchsaufsicht« (S. 214).

Im letzten Kapitel ist die Hälfte der Vierten Kartellnovelle gewidmet (S. 216 ff.). Spiess rekonstruiert das Gesetzgebungsverfahren (Gesetzentwurf der Bundesregierung, S. 216 ff.; Beratungen im Wirtschaftsausschuß des Bundestages, S. 222 ff.). Die Vierte Kartellnovelle hat den Wortlaut des § 22 verändert, indem hinter den Mißbrauchsbegriff zur Konkretisierung als Beispiel das Vergleichsmarktkonzept eingefügt wurde – 16 Tage nachdem der BGH in Valium II praktisch kaum übersteigbare Hindernisse durch seine Auslegung des Vergleichsmarktkonzepts für die Preismißbrauchsaufsicht errichtet hatte<sup>10</sup>.

Von Bedeutung für die Preismißbrauchsaufsicht sind schließlich verfahrensrechtliche Änderungen, zumal das Bundeskartellamt ein Nichteinschreiten etwa bei Benzinpreiserhöhungen mehrfach verfahrensrechtlich begründete<sup>11</sup>. Doch auch hier muß Spiess emp-

findliche Defizite berichten: Der Regierungsentwurf hatte noch einen Schadensersatzanspruch und eine Mehrerlösabschöpfung ab Zustellung der Mißbrauchsverfügung sowie die Beseitigung des Suspensiveffekts der Beschwerde gegen eine Mißbrauchsverfügung vorgesehen, doch den Beratungen des Wirtschaftsausschusses fiel das letztere zum Opfer, so daß ein beanstandetes (Preis-)Verhalten auch nach der Vierten Kartellnovelle bis zum Abschluß eines u. U. mehrjährigen Gerichtsverfahrens beibehalten werden kann (S. 222). Im letzten Abschnitt macht Spiess sich Gedanken darüber, warum trotz der nachgewiesenen Ineffektivität der Preismißbrauchsaufsicht so lebhaft um diese Vorschriften gerungen wurde: »Der Widerstand gegen § 22 GWB auch bei der Vierten Kartellgesetznovelle dient in erster Linie dazu, eben diese Form der Preismißbrauchsaufsicht zu erhalten. Die Ablehnung des Gesetzes suggeriert substanzielle Änderungen. Indem die rechtliche Bestandskraft der Norm bzw. die Durchsetzung der Novelle zum Problem (gemacht) wird, und sich die Verfechter von Norm bzw. Novellierung auf die Abwehr der Kritik konzentrieren (müssen), bleiben andere Alternativen außerhalb des Blickfeldes« (S. 226).

Zum Schluß (S. 227) überlegt Spiess sich, wie es weitergehen soll, wobei er aufgrund von (an die Theorie der Mixed Economy angelehnter) Überlegungen über Staatsfunktionen zu der Ansicht kommt, daß die Preiskontrollproblematik angesichts der öffentlichen Dimension von Großunternehmen bei der Koordination von Marktsteuerung mit Planungselementen einzufangen sei (S. 232). Er weist auf Schätzungen des Bundeskartellamtes hin, daß ca. 1/3 der Preise in der Bundesrepublik privatadministriert sind und spricht sich dafür aus, im Sinne von Zinn<sup>12</sup> eine Preiskontrollpolitik in den Dienst einer inflationsfreien Vollbeschäftigungspolitik zu stellen (S. 234).

#### IV

Inwieweit haben Koopmann und Spiess wichtige Teilfragen der Funktion von Wettbewerbsrecht erklärt?

erlitt das Bundeskartellamt bei dem Versuch, auf dem Treibstoffmarkt zu intervenieren, erneut vor dem Kammergericht eine verfahrensrechtliche Niederlage, weil angeblich der Anfangsverdacht für ein Auskunftsverlangen nach § 46 GWB nicht vorlag.

<sup>12</sup> Preissystem und Staatsinterventionismus (1978).

<sup>10</sup> Vgl. FN 2.

<sup>11</sup> Z. B. Pressemitteilung vom 27. 7. 1979. Im Frühjahr 1982

Koopmann zeigt durch die Einbeziehung gesellschaftlicher Realität am Beispiel eines Wirtschaftssektors auf, mit welchen anderen Politikbereichen Wettbewerbspolitik in einem Spannungsverhältnis steht. Brüche einer am Leitbild des Wettbewerbs orientierten staatlichen Wirtschaftspolitik werden so nicht (nur) als Mängel des Wettbewerbsrechts erkennbar, sondern als Zurücknahmen wettbewerbspolitischer Zielsetzungen zugunsten anderer – im untersuchten Bereich im wesentlichen energiepolitischer – wirtschaftspolitischer Ziele. Für eine Analyse der Funktion von Wettbewerbspolitik und -recht ist es unabdingbar, diese Verschränkung der Wettbewerbspolitik mit anderen Politikbereichen zu sehen. Koopmann hat hierfür gute Vorarbeit geleistet.

Spiess weist nach, daß die Diskussion der Preiskontrollproblematik durch einen neoliberalen Denkraum beschränkt ist. Die im Untertitel aufgestellte Behauptung von der »ordnungspolitischen Derogation einer wirtschaftspolitischen Norm« ist durch das Buch bewiesen. Dies gilt vor allem für die untersuchten wissenschaftlichen Strömungen und die Rechtsprechung des Kammergerichts, weniger für den BGH, bei dem die Frage nach seiner wettbewerbstheoretischen Position letztlich nicht beantwortet wird. Man kann die Antwort übrigens woanders nachlesen, nämlich bei Hart/Joerges, die meinen, der BGH habe im Konflikt zwischen *judicial self restraint* und ordoliberaler Positionsbeziehung wohl das erste gewollt und das zweite bewirkt<sup>13</sup>. Diese Feststellung ist für die Fragestellung von Spiess wichtiger und aussagekräftiger als seine seitenweisen Ausführungen über die Einzelheiten des Marktbeherrschungsbegriffs.

Die Waffen der Wissenschaft wären allein kaum stark genug gewesen, die Preismißbrauchskontrolle zur Strecke zu bringen, und hier ist wohl der Punkt, wo weitergehende Fragestellungen einsetzen müssen: Wie sind die gesellschaftlichen Rahmenbedingungen beschaffen, die es erlauben, daß die von Spiess charakterisierten preiskontrollfeindlichen Lehrmeinungen zur herrschenden Meinung wurden? Sicher wird mit einer solchen Fragestellung der Boden rein juristischen und auch kritisch-juristischen Argumentierens

verlassen, aber wenn man sich die Frage stellt, wie es weitergehen wird (oder soll) – und diese Frage steht bei Spiess am Ende –, kann die Frage nach den gesellschaftlichen Rahmenbedingungen nicht unbeachtet bleiben.

Die Arbeit von Spiess beschränkt sich auf reine Kritik und wettbewerbstheoretische Verortung von Wissenschaftlern und Institutionen. Trotzdem hatte er am Ende offenbar das Gefühl, eine Alternative zur gescheiterten wettbewerbsrechtlichen Preismißbrauchskontrolle aufweisen zu müssen. Mit dem schlichten Hinweis auf Zinn hat er es sich aber zu einfach gemacht. Ob Preiskontrollen sinnvoll sind, ist selbst unter linken Ökonomen streitig<sup>14</sup>, von bürgerlichen wird sie ebenso abgelehnt<sup>15</sup>, und auch die juristischen Abwehrstellungen sind schon bezogen<sup>16</sup>. Warum sollten sie auf einmal auch durchsetzbar sein, bloß weil man sie vom GWB abkoppelt?

Festzuhalten bleibt aber, daß beide Autoren wichtige Vorüberlegungen für die Frage nach der Funktion von Wettbewerbsrecht und -politik angestellt haben. Anhand ihrer Ergebnisse lassen sich nun Fragen anschließen, die angeben könnten, in welche Richtung weiterzuforschen wäre: Koopmann hat zwar die relative Bedeutungslosigkeit von Wettbewerbspolitik und -recht nachgewiesen; sie ist aber nicht der Frage nachgegangen, worin denn nun die relative Bedeutung von Wettbewerbspolitik und -recht besteht. Spiess hat zwar kritisch den ideologischen Überbau analysiert; offen bleibt, wieso dem Staat gerade diese Überbauphänomene eigen sind und warum er sie erhält.

Der Staat stellt sich die Aufgabe, mittels Wettbewerbspolitik und -recht den Wettbewerb als zentrales Steuerungsinstrument des Wirtschaftssystems der BRD zu gewährleisten. Die von Koopmann aufgezeigten Frik-

<sup>13</sup> Verbraucherrecht und Marktökonomik, in: Assmann u. a., *Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts* (1980), 83, 210 ff.

<sup>14</sup> Vgl. die kontroverse Diskussion im Argument-Sonderband 68, *Monitäre Restriktionen: Die Inflationsbekämpfung* (Alternative Wirtschaftspolitik 3, 1981). Von Vertretern der Memorandumgruppe werden Preiskontrollen aus antiinflation- und konjunkturpolitischen Gründen befürwortet, vgl. für diese Richtung im genannten Band Brosius/Paetow, 23 ff.; andere linke Theorielager lehnen sie ab, vgl. dafür Deinele, ebd., 41 ff., ferner Riese, ebd., 62 ff.

<sup>15</sup> Repräsentativ die Habilitationsschrift von Baum, *Staatlich administrierte Preise als Mittel der Wirtschaftspolitik* (1980).

<sup>16</sup> Schmidt-Preuß, *Verfassungsrechtliche Zentralfagen staatlicher Lohn- und Preisdirigismen* (1977). Diese Schrift hat Spiess leider übersehen, obwohl er die Rezension von Pitschas, ZHR 143 (1979), 433 ff. zitiert.

tionen mit anderen Politikbereichen beweisen, daß dem Staat dies nicht gelingt. Gleichwohl kann man nicht davon ausgehen, daß Wettbewerbspolitik und -recht lediglich nur noch eine Legitimationsveranstaltung für den Mittelstand ist. Auch nach Auffassung von Monopoltheoretikern herrscht im gegenwärtigen Kapitalismus Konkurrenz, und zwar sowohl innerhalb der nichtmonopolistischen und der monopolistischen Kapitale als auch zwischen diesen beiden Gruppen. Wettbewerbspolitik und -recht des bürgerlichen Staates haben also nach dieser Auffassung

nicht nur eine ideologische, sondern eine reale Funktion. Es fragt sich nur, ob der Staat hier nur im Interesse der Monopole, so Hufschmid<sup>17</sup>, tätig wird oder ob ein originäres Eigeninteresse des Staates an der Unterstützung nichtmonopolistischer Kapitale durch Wettbewerbspolitik und -recht besteht, so eher Knieper<sup>18</sup>. Dies auszuloten, könnte Gegenstand von Untersuchungen sein, die an die Ergebnisse der beiden hier vorgestellten Bücher anknüpfen könnten.

*Klaus Tonner*

<sup>17</sup> Begründung und Bedeutung des Monopolbegriffs in der marxistischen politischen Ökonomie, in: Zur Theorie des Monopols – Staat und Monopole I (Argument-Sonderband 6, 1975), 4, 36 ff., insbesondere 42.

<sup>18</sup> Vgl. FN 3.