

# Evolution und freiheitlicher Wettbewerb

Herausgegeben von  
VIKTOR J. VANBERG

*Walter Eucken Institut*

*Untersuchungen zur Ordnungstheorie  
und Ordnungspolitik*

58

---

**Mohr Siebeck**

Untersuchungen zur Ordnungstheorie und Ordnungspolitik

58

Herausgegeben vom  
Walter Eucken Institut





# Evolution und freiheitlicher Wettbewerb

Erich Hoppmann und  
die aktuelle Diskussion

Herausgegeben von  
Viktor J. Vanberg

Mohr Siebeck

*Viktor J. Vanberg* (Herausgeber), geboren 1943; Studium der Soziologie in Aachen und Münster; Promotion 1974 an der TU Berlin; Habilitation 1981 an der Universität Mannheim; 1983 bis 1995 Forschung und Lehre an der George Mason University, Fairfax, VA, USA; von 1995 bis 2008 Professor für Wirtschaftspolitik an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und seit 2001 Direktor des Walter Eucken Instituts.

e-ISBN PDF 978-3-16-151483-8

ISBN 978-3-16-150257-6

ISSN 0083-7113 (Untersuchungen zur Ordnungstheorie und Ordnungspolitik)

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

© 2009 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Held in Rottenburg gebunden.

## Vorwort

Die in diesem Band veröffentlichten Beiträge beruhen auf Vorträgen, die am 20. und 21. November 2008 auf einer gemeinsam von der Wirtschafts- und Verhaltenswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität und dem Walter Eucken Institut durchgeführten Gedenkveranstaltung für den am 29. August 2007 verstorbenen Erich Hoppmann gehalten worden sind.

Erich Hoppmann, der von 1968 bis 1989 als Nachfolger von Friedrich August Hayek auf dessen Lehrstuhl an der Universität Freiburg lehrte und von 1970 bis 1987 als Mitglied des Vorstands in der Leitung des Walter Eucken Instituts wirkte, hat durch richtungsweisende Beiträge die wettbewerbspolitische Diskussion in Deutschland maßgeblich mitgeprägt. Mit seiner Betonung des Konzepts der Wettbewerbsfreiheit und einer evolutorischen Sicht des Marktprozesses hat er Akzente gesetzt, die gerade auch in der gegenwärtigen Kontroverse um eine Neuorientierung der europäischen Wettbewerbspolitik Beachtung verdienen.

Die nachfolgenden Beiträge würdigen das wissenschaftliche Werk Erich Hoppmanns, dessen Einfluss auf die in Deutschland geführte Auseinandersetzung um die einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung angemessene Wettbewerbspolitik sowie seine Bedeutung im Kontext der gegenwärtigen wettbewerbstheoretischen und wettbewerbspolitischen Diskussion.

Ein tabellarischer Lebenslauf und ein Verzeichnis der Schriften Erich Hoppmanns schließen den Band ab.

Den bei der Vorbereitung der Gedenkveranstaltung beteiligten Kollegen Prof. Dr. Günter Knieps und Prof. Dr. Thomas Gehrig danke ich für ihre Mitwirkung.

Frau Dipl. Volksw. Sandra Bodemer gilt mein Dank für ihre sorgfältige editorische Betreuung dieses Bandes.

Freiburg, im Oktober 2009

*Professor Dr. Viktor J. Vanberg*  
Walter Eucken Institut, Freiburg



## Inhalt

Vorwort des Herausgebers.....	V
ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER Rechtliche und ökonomische Grundlagen marktwirtschaftlicher Ordnungen ...	1
MANFRED E. STREIT Erich Hoppmann zum Gedenken.....	19
CHRYSOSTOMOS MANTZAVINOS Der Beitrag Erich Hoppmanns .....	23
NORBERT EICKHOF Die Hoppmann-Kantzenbach-Kontroverse aus heutiger Sicht.....	35
ULRICH SCHWALBE Per-se Regeln und der ‚More Economic Approach‘ .....	61
DIETER SCHMIDTCHEN Freiheit oder Effizienz als Rechtsprinzip? Zum Freiheitsdilemma im Wettbewerbsrecht.....	79
THOMAS GEHRIG Wettbewerbsfreiheit und Diskriminierungsverbot .....	97
VIKTOR J. VANBERG Wettbewerbsfreiheit und ökonomische Effizienz: Die ordnungsökonomische Perspektive .....	107
HEIKE WALTERSCHEID und LOTHAR WEGEHENKEL Wettbewerbspolitische Leitbilder aus institutionell-evolutorischer Perspektive .....	127
WOLFGANG KERBER Dynamischer Wettbewerb und Evolution: Anmerkungen zu Hoppmanns Beiträgen zur Wettbewerbs- und Markttheorie .....	169



GÜNTER KNEIPS	
Wettbewerb und Netzevolutorik.....	193
CARL CHRISTIAN VON WEIZSÄCKER	
Asymmetrie der Märkte und Wettbewerbsfreiheit .....	211
Erich Hoppmann: Lebenslauf.....	245
Veröffentlichungen von Erich Hoppmann .....	247
Autorenverzeichnis .....	255
Personenregister .....	259
Sachregister .....	265

ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER

## Rechtliche und ökonomische Grundlagen marktwirtschaftlicher Ordnungen

Der Ordnungspolitik kommt im Zeichen der gegenwärtigen Krise der Finanzmärkte eine Schlüsselrolle zu. Im Rahmen eines Bandes, der Erich Hoppmann als einen der führenden deutschen Ordnungstheoretiker würdigt,<sup>1</sup> lässt sich die gegenwärtige Krise nicht mit Stillschweigen übergehen.

Die deutschen Erfahrungen mit Währung und Währungspolitik sind geprägt durch zwei Inflationen und die staatlichen Missbräuche des Geldmonopols. Seither gehört die von einer unabhängigen Notenbank zu gewährleistende Geldwertsstabilität zu den notwendigen Voraussetzungen einer marktwirtschaftlichen Ordnung. Für Walter Eucken ist sie Teil der konstituierenden Prinzipien dieser Ordnung.<sup>2</sup> Das europäische System der Zentralbanken (ESZB) folgt in seiner institutionellen Struktur und in dem normierten Ziel der Preisstabilität dem Vorbild Bundesbank (Art. 105 EGV). Artikel 105 Abs. 1 Satz 2 verpflichtet das ESZB, im Einklang mit dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb zu handeln. Diese Grundsätze normiert Art. 4 EGV auch für die Wirtschaftspolitiken der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft. Die seit dem Vertrag von Maastricht im EGV normierte Kapitalverkehrsfreiheit zwischen den Mitgliedstaaten und Drittstaaten hat nicht zu einer neuen Ordnung der Kapitalmärkte geführt. Wenn im EG-Recht im Zusammenhang mit der Währungsunion von einer Politik freien Wettbewerbs und offener Märkte die Rede ist, dann gilt das für die Waren- und Dienstleistungsmärkte. Die besonderen Risiken, die für die Währungsstabilität aus der Kredit- und Geldschöpfung der Banken und der Verselbstständigung der Finanzprodukte folgen, blieben bisher außer Betracht.

Die Ursache der gegenwärtigen Währungskrise ist nicht staatlicher Machtmissbrauch. Sie folgt aus einer fehlgeleiteten Politik der amerikanischen Notenbank und dem Missbrauch unternehmerischer Handlungsfreiheiten auf nationalen, regionalen und internationalen Kapitalmärkten. Die Erwartung, dass das Instrumentarium unabhängiger Notenbanken ausrei-

---

<sup>1</sup> Grundlegend Möschel, Streit und Witt (1994).

<sup>2</sup> Eucken (2004: 255ff.).

chen würde, die Stabilität der Geldordnung und der Finanzmärkte zu gewährleisten, hat sich als folgenreicher Irrtum erwiesen. Die mit dem Kreditgeschäft verbundene Geldschöpfung der Banken ist außer Kontrolle geraten. Dies erklärt, dass alte und überwunden geglaubte Gegensätze in neuer Härte aufeinander treffen: Kapitalismus oder Sozialismus, Markt oder Plan und in Europa Ordnungspolitik oder Wirtschaftsregierung auf dem Weg zur Industriepolitik. Der vermeintliche Bankrott des „Neoliberalismus“, den man ohnehin herbeisehnte, sagt aber über die Ursachen der Krise und ihre Bewältigung ebenso wenig aus wie eine verzerrte oder unverzerrte politische Kommunikation.

Die gegenwärtige Krise ist eine Währungskrise, ausgelöst durch die Finanzmärkte. Die Währung ist ein öffentliches Gut, das im öffentlichen Interesse zu gewährleisten ist. Der Befund rechtfertigt das Finanzmarktstabilisierungsgesetz und die darin zur Abhilfe getroffenen staatlichen Maßnahmen. Gleichzeitig folgen daraus jedoch die zu beachtenden Grenzen. Die Abgrenzung ist unerlässlich, um voreilige Generalisierungen über eine neue wirtschaftspolitische Rolle der Staaten oder der Europäischen Union zu vermeiden. Die Abgrenzung hat ihre größte Bedeutung im Hinblick auf die aus der Krise für die Ordnung der Bank- und Kreditwirtschaft zu ziehenden Folgerungen. F.H. Knight hat auf den Zusammenhang zwischen Wettbewerbsordnung, Kreditwirtschaft und marktwirtschaftlicher Ordnung 1935 eindringlich hingewiesen.

„An exchange system cannot work all according to ‚theory‘ without a scientific unit for measuring values. Society has to take over or carefully control activities which have to do with the circulation medium. With the use of credit highly developed, the control of banking and currency involves a large measure of control over all business, but really free banking would soon reduce all exchange relations to chaos.“<sup>3</sup>

Der für die Kredit- und Bankwirtschaft zu entwickelnde Ordnungsrahmen muss der besonderen institutionellen Rolle der Banken, der Vielfalt ihrer konkurrierenden treuhänderischen Pflichten und der Unübersichtlichkeit der in den Finanzprodukten gebündelten Risiken Rechnung tragen. Wir haben es bei den Finanzmärkten zwar mit einem höchst komplexen System zu tun, gleichwohl handelt es sich nicht um einen Wirtschaftsbereich, in dem Wettbewerb unmöglich ist. Wohl aber ist es ein Wirtschaftsbereich, in dem die dem Wettbewerb zugrunde liegenden Ordnungsprinzipien, denen das Lebenswerk von Erich Hoppmann gilt, besonders schwer zu erkennen und noch schwerer durchzusetzen sind.

Zu den kaum noch übersehbaren Vorschlägen für eine Neuordnung der Finanzmärkte ist hier nicht Stellung zu nehmen. Hinzuweisen ist jedoch auf

---

<sup>3</sup> Knight (1935/1997: 45); dazu unter Hinweis auf Knight auch Eucken (2004: 162 N. 1).

die zentrale Rolle, die dafür der von Hoppmann herausgearbeiteten Eigenart des Wettbewerbs als Austausch- und Parallelprozess zukommt. Der Austauschprozess verweist auf den privatrechtlich grundlegenden Zusammenhang von Vertragsfreiheit und Haftung. Und die Banken sind Unternehmen, denen das Geld anderer Leute anvertraut ist. Die weltweite wirtschaftliche Dimension der Krise und ihre weltpolitische Bedeutung stehen nicht im Widerspruch zu dem Befund, dass zu ihren wichtigen Ursachen eklatante Verstöße gegen vermeintlich selbstverständliche, vom Privatrecht vorausgesetzte Maximen verantwortlicher Teilnahme am Geschäftsverkehr gehören. Als Beispiel erwähnt sei das international abgestimmte „liquidity management“ der Banken außerhalb ihrer Bilanzen; es zerstörte das Vertrauen, das jetzt zur Lösung der Krise beschworen wird. Die Bündelung von Risiken auf dem amerikanischen Hypothekenmarkt durch „Asset Backed Securities“ nähert den Kapitalmarkt der Spielbank an. Die „Securities“ sind verzinlichte Schuldverschreibungen, denen als „Assets“ höchst unsichere Hypothekenforderungen unterlegt werden. Für die so gehandelten Risiken gab es häufig keinen haftenden Emittenten.<sup>4</sup>

### *1. Ausgangspunkte*

Erich Hoppmann hat die großen Fragen seiner Wissenschaft hauptsächlich anhand des Wettbewerbs behandelt. Der Wettbewerb qualifiziert sich für diese zentrale Rolle, weil er zu den wichtigsten Ursachen des wirtschaftlichen Wandels gehört. In seiner Wettbewerbstheorie steht die Antinomie von individueller Handlungsfreiheit und gesamtwirtschaftlicher Wohlfahrt im Mittelpunkt. Die theoretische Herausforderung war die neoklassische Preis- und Wohlfahrtstheorie. Sie war mit den wirtschaftlichen und den rechtlichen Bedingungen verfasster Freiheit zu konfrontieren. Hoppmann weist den Gegensatz von Freiheit und wirtschaftlichem Nutzen ebenso zurück wie gegensätzliche Rationalitäten von Rechtssubjekt und Wirtschaftssubjekt. Zu verstehen sind die dauernden Veränderungen der wirtschaftlichen Wirklichkeit, die aus dem zukunftsgerichteten Handeln der Menschen folgen. Ökonomie und Recht haben es nicht mit anonymen Preis- und Mengenanpassern zu tun, sondern mit planenden und auf Veränderungen reagierenden Unternehmen, Verbrauchern und öffentlichen Händen. Auf diesem Hintergrund sollen die systembildenden Elemente der Wettbewerbstheorie von Hoppmann aufgezeigt werden. Es geht um das komplexe, umweltoffene und sich selbst organisierende System Marktwirtschaft.<sup>5</sup> Nur mit Hilfe der Ökonomie ist es dem Recht möglich, normative Aussagen über das Wirtschaftssystem

---

<sup>4</sup> Überblick bei Barth, Phumiwasana und Lu (2008: 3–8). Grundlegend Möschel (2008: 1283–1291).

<sup>5</sup> Hoppmann (1988: 108).

zu machen. Und nur mit der Hilfe des Rechts ist es der Ökonomie möglich, die Bedingungen zu erkennen unter denen die Freiheitsrechte der Einzelnen mit den Bedingungen vereinbar sind, unter denen die kostengünstige Versorgung der Verbraucher mit knappen Gütern in einem arbeitsteiligen System gewährleistet werden kann.

Methodisch orientiere ich mich an einem Vorschlag von Frank H. Knight<sup>6</sup>, der von Albert<sup>7</sup> aufgegriffen wurde. Der im Modell der vollkommenen Konkurrenz erkennbare Mechanismus der Bedürfnisbefriedigung ist mit der Wirklichkeit zu konfrontieren. Dabei geht es um die Grenzen des Modells und um gegenläufige Tendenzen, mit denen bei der Annäherung an die Wirklichkeit zu rechnen ist. Auf diese Weise dient das Modell als eine Art Leitfaden für eine Wirtschaftsordnung, die unter Berücksichtigung auch moralischer oder rechtlicher Kriterien erstrebenswert erscheint.

Zu den systembildenden Elementen gehören in der Theorie Hoppmanns die Einzelnen, also Unternehmen und Haushalte, die Rationalität ihres Handelns und schließlich die daraus entstehende Gesamtordnung.

## *2. Rechts- und Wirtschaftssubjekte*

Über den Charakter einer Wirtschaftsordnung entscheiden die Zuständigkeiten für die Wirtschaftsplanung. Das ist zugleich die Entscheidung über die Rechtstellung der am Wirtschaftsprozess teilnehmenden Menschen. In zentralen Verwaltungswirtschaften war es ein Teil der Lenkungstechnik, den Bürgern für bestimmte Wirtschaftsbereiche die Rechtsfähigkeit zu entziehen oder die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften an den Plangehorsam zu binden. In Marktwirtschaften folgt die Zuständigkeit zur Wirtschaftsplanung aus der Gewerbe- und Vertragsfreiheit und subjektiven Vermögensrechten. Im Modell der vollständigen Konkurrenz tritt an die Stelle des Plangehorsams der modellgerechte Preis- oder Mengenanpasser. Den homo oeconomicus der Preistheorie ersetzt Hoppmann durch den Unternehmer, der am vorstoßenden und nachahmenden Wettbewerb teilnimmt.

Die Theorie der vollständigen Konkurrenz gerät mit sich selbst in Widerspruch, wenn sie beansprucht, die aus der Handlungsfreiheit der Wirtschaftssubjekte hervorgehenden Wettbewerbsprozesse zu erklären, gleichzeitig aber annimmt, dass es für die Teilnehmer keine unternehmerische Möglichkeit gibt, den verschiedenen Präferenzen ihrer Nachfrager durch Variationen der Produkte oder der Mengen oder Preise Rechnung zu tragen. Sraffa war wohl der erste, der aus diesem Befund die Notwendigkeit gefolgert hat, der Wirklichkeit des unternehmerischen Verhaltens im Wettbewerb auch theoretisch Rechnung zu tragen. Er hat die an übereinstimmende An-

---

<sup>6</sup> Knight (1935/1997: 49).

<sup>7</sup> Albert (1980: 115).

gebots- und Nachfragekurven gebundenen Anbieter und Nachfrager durch Unternehmen ersetzt, die ihre Wahlmöglichkeiten wahrnehmen. Das sind Unternehmen, die auf der Suche nach Nischen sind, auch nicht standardisierte Produkte anbieten, die mit verschiedenen Nachfrageelastizitäten ihrer Abnehmer experimentieren und sie strategisch, z.B. durch Werbung, beeinflussen.<sup>8</sup> Im Gegensatz zu Sraffa und seinen Nachfolgern Joan Robinson und Edward Hastings Chamberlin erklärt Hoppmann die unternehmerische Nutzung von Handlungs- und Anpassungsmöglichkeiten nicht durch unvollkommenen oder monopolistischen Wettbewerb. Zu verstehen sind die Wettbewerbsprozesse, die aus dem durch die Wettbewerbsfreiheit gewährleisteten Wahlmöglichkeiten der Anbieter und Nachfrager hervorgehen. Es ist die Aufgabe der Wettbewerbstheorie, das unternehmerische Handeln im Wettbewerb auf seine Vereinbarkeit mit einer Ordnung zu prüfen, welche die Gewährleistung der Wettbewerbsfreiheit mit dem Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen verbindet. Wörtlich heißt es: „Wettbewerbsfreiheit und ökonomische Vorteilhaftigkeit sind zwei Aspekte desselben wettbewerblichen Prozesses. Sie sind zwei Seiten derselben Medaille.“<sup>9</sup> Der am Wettbewerb teilnehmende Unternehmer ist Rechts- und Wirtschaftssubjekt zugleich. Nur als Rechtssubjekt kann er Träger von Rechten und Pflichten sein, am Austauschprozess durch Verträge teilnehmen und für Wettbewerbsverstöße haften. Nur als Unternehmer kann er Chancen im Wettbewerb wahrnehmen.

Das vermeintliche Paradox der Freiheit, gekennzeichnet durch die Notwendigkeit von Rechtsregeln als Bedingung der Möglichkeit von Freiheit, ist mit dem „Antitrust Paradox“ von Robert H. Bork im Wettbewerbsrecht angekommen.<sup>10</sup> Das Paradox folgt entgegen Bork jedoch nicht aus dem Antitrustrecht, es folgt aus der Übernahme des Modells der vollständigen Konkurrenz und der damit verbundenen Tendenz zur Konsumentenwohlfaht in die Interpretation des Antitrustrechts. Aus der vermeintlichen Klarheit und Präzision des Modells folgert Bork, dass es unabhängig von den diesem Modell zugrunde liegenden, in der Wirklichkeit nicht anzutreffenden Annahmen, „[...] when the model is understood to be a statement of the limiting condition of tendencies we know to be at work.“<sup>11</sup> Gewiss in diesem Sinne ist allein das Gewinnstreben: „The closer members of an industry come to maximising their profit, the closer they come to maximising the welfare of consumers.“<sup>12</sup> Im Übrigen ist das Wissen, „das wir haben“, jedoch das des Modells, das in seiner einfachsten Form zugrunde gelegt wird:

---

<sup>8</sup> Sraffa (1926/1970).

<sup>9</sup> Hoppmann (1988: 247).

<sup>10</sup> Bork (1978/1993).

<sup>11</sup> Bork (1978/1993: 95).

<sup>12</sup> Bork (1978/1993: 97).

Eine große Zahl von Unternehmen gleicher Größe, die ein homogenes Produkt herstellen und es an tausend wohlinformierte Kunden verkaufen. Die Nachfragekurve zeigt an, welche Beträge der Verbraucher im Vergleich zu allen anderen Verwendungen ihrer Kaufkraft für die in Frage stehenden Produkte zu zahlen bereit sind; die Kurve zeigt die soziale Bewertung von Bedürfnissen. Die Grenzkostenkurve zeigt nicht nur die Kosten des Unternehmens oder der Industrie, sondern die Kosten der Gesellschaft, wobei Kosten als Opportunitätskosten zu verstehen sind. Das Modell, heißt es sodann, ähnelt einer Gleichung die erkennen lässt, wie sich Chemikalien verbinden. Es enthalte keine Aussage über die psychologische Disposition der Chemikalien und behaupte nicht, dass es keine Faktoren geben könne, welche die Reaktion behinderten<sup>13</sup>. Der Drang nach naturgesetzlicher Präzision transformiert unternehmerisches Handeln in chemische Reaktionen. Bork zitiert für seine Position das nicht weniger dogmatische Urteil von Milton Friedman: Unternehmen verhalten sich so, als ob sie ihren Gewinn maximieren, geradeso wie man in der physikalischen Theorie annehmen könne, dass sich Blätter auf dem Baum so positionieren, als ob jedes Blatt bewusst nach einem Maximum an Sonnenlicht strebte<sup>14</sup>. Und der Nobelpreisträger Stigler will den Gegensatz von Modell und Realität überwinden, indem er annimmt, dass sich alle Wirtschaftsteilnehmer so verhalten, als ob sie die Preistheorie kennen würden.

Die Kritik an dieser Argumentation richtet sich in unserem Zusammenhang nicht gegen wirtschaftswissenschaftliche Theorien, welche die Rolle von Unternehmen oder Rechtssubjekten vernachlässigen. Relevant ist jedoch die daraus folgende Unfähigkeit der neoklassischen Wohlfahrtstheorie, die gesellschaftlichen Vorteile einer Unternehmenswirtschaft zu erklären.<sup>15</sup> Im vorliegenden Zusammenhang richtet sich die Kritik gegen die Anwendung dieser Theorie auf die Auslegung des Antitrustrechts. Adressaten des strafrechtlich sanktionierten Antitrustrechts sind Unternehmen als Rechtssubjekte. Wenn man aber eine Konkurrenztheorie heranzieht, in der selbständig handelnde Unternehmen notwendig modellgerecht handeln, um das wettbewerbsbeschränkende Verhalten eben dieser Unternehmen zu beurteilen, dann ist das Ergebnis vorhersehbar: Außerhalb von Monopolen und Preiskartellen sind wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen im Zweifel unbedenklich. Die Liste der Tatbestände, die im Zweifel unbedenklich sind, ist lang: Predatory Pricing, oligopolistische Interdependenz, Preisdiskriminierungen, vertikale und konglomerate Integrationen. Der Deus ex machina, der verbleibende Zweifel überwinden soll, ist die vollkommene Effizienz

---

<sup>13</sup> Bork (1978/1993: 95).

<sup>14</sup> Bork (1978/1993: 120).

<sup>15</sup> Besonders deutlich Streissler (1980: 39).

der Kapitalmärkte. Jede Bank gibt einem Monopolisten ebenso gern Kredit wie einem Unternehmen, das Kampfpreisen ausgesetzt ist. Zur Erklärung genügt das Prinzip der Gewinnmaximierung, jetzt das der Banken. Ich zitiere beispielhaft die Analyse der vertikalen Integration. Im Allgemeinen werde es zum Zugang zu einer vertikal integrierten Industrie unabhängig davon kommen, ob das in den Markt eintretende Unternehmen auf beiden Stufen des Marktes tätig werden wolle, falls nur über dem Wettbewerbsniveau liegende Preise erzielbar seien. Jedenfalls gebe es keine Theorie der Unvollkommenheiten auf Kapitalmärkten, welche die Anbieter von Kapital veranlassen könnten, Wirtschaftsbereiche mit höheren Erträgen zu meiden, um in Wirtschaftsbereichen mit geringeren Erträgen tätig zu werden.<sup>16</sup> Ähnlich apodiktisch ist die These, mögliche Monopolgewinne eines Unternehmens könnten auf allen Märkten und auf allen Stufen seiner Tätigkeit nur einmal gewinnmaximierend ausgenutzt werden. Der unwiderstehliche Gewinntrieb soll erneut mögliche strategische Verhaltensweisen ausschließen. Die Annahme, dass Banken stets ihre Gewinne maximieren wollen, ist als solche nicht diskreditierend. Die gegenwärtige Krise zeigt jedoch, dass dem Gewinnprinzip für sich allein kein Ordnungsprinzip zu entnehmen ist. Wenn eine Theorie durch die Erfahrung falsifiziert wird, dann ist es die Lehre der Chicago School, dass effiziente Kapitalmärkte in den genannten Fällen wettbewerbsbeschränkendes Verhalten ausschließen oder Unvollkommenheiten der Wettbewerbsmärkte kompensieren können.

### 3. *Regelrationalität oder Rational Choice?*

In der neoklassischen Wohlfahrtstheorie ebenso wie in der daraus abgeleiteten ökonomischen Analyse des Rechts gewährleisteten Rational Choice und Efficiency Beiträge zur Gesamtwohlfahrt oder zur Konsumentenwohlfahrt. Die Nähe dieser Theorie zu „Chicago“ und zu der von der EG-Kommission in ihrem „More Economic Approach“ in den Mittelpunkt gestellten Kriterien der Efficiency und Konsumentenwohlfahrt ist unverkennbar.<sup>17</sup> Es gehört zum Erbe des Utilitarismus, dass in dieser Theorie Individualrechte zu bloßen Rechengrößen werden, denen keine selbstständige Bedeutung beigemessen wird. Jeremy Bentham hielt Individualrechte für in sich widersprüchlich.<sup>18</sup> Es entspricht der utilitaristischen Tradition, Vermögensrechte und Verträge als Mittel zur Verwirklichung von Wohlfahrt zu betrachten. Amartya Sen bestätigt diesen Befund für die Ökonomie. Der Bestand oder

---

<sup>16</sup> Streissler (1980: 148).

<sup>17</sup> Die EG-Kommission vermeidet in ihren umfangreichen Dokumenten zum „More Economic Approach“ eine Stellungnahme zur wissenschaftlichen Herkunft des neuen Ansatzes.

<sup>18</sup> Mestmäcker (2009).



die Verwirklichung von Rechten habe keine Eigenbedeutung. Sie würden immer nur danach beurteilt, ob sie unabhängig von der Verwirklichung der Rechte zu guten Konsequenzen beitragen. Diese besondere Tradition sei von der postutilitaristischen Phase der Wohlfahrtsökonomie mit ihrer Konzentration auf Pareto Optimalität und Efficiency fortgesetzt worden. Das sei deshalb nicht überraschend, weil die Ablehnung der eigenständigen Bedeutung von Rechten eine Konsequenz der Wohlfahrtstheorie im Allgemeinen sei und nicht auf den Utilitarismus begrenzt.<sup>19</sup> Hoppmann stellt Utilitarismus und Wohlfahrtstheorie eine Wettbewerbstheorie entgegen, in der Recht und Ökonomie die Grundlage der Wirtschaftsordnung bilden.

#### a) Effizienzen

Zum Verständnis der ökonomischen Effizienz in der neoklassischen Wohlfahrtstheorie heißt es bei Hoppmann, man frage nicht mehr, ob und in welcher Weise die Wettbewerbswirtschaft eine ökonomische Form der Wirtschaftsordnung sei, gefragt werde vielmehr, ob der Wettbewerb zweckrational bestimmte wirtschaftspolitische Leistungen vollbringe.<sup>20</sup> Der so verstandenen ökonomischen Zweckrationalität stellt er die Regelrationalität entgegen. Zweckrational könne nur unter den Bedingungen und Voraussetzungen der Regelrationalität gehandelt werden.<sup>21</sup> Die Regelrationalität setzt den Bezug der Ökonomie auf das Recht voraus. Für das Wettbewerbsrecht wird dieser Bezug durch die Wettbewerbsfreiheit verwirklicht. Die Werte, die durch die Wettbewerbsfreiheit verwirklicht werden, lassen sich nicht einerseits dem Recht und andererseits der Ökonomie zuordnen.<sup>22</sup> Dem wirtschaftlich erheblichen Recht ist der Bezug zur ökonomischen Rationalität ebenso eigentümlich wie der Ökonomie der Bezug auf die Handlungsfreiheiten, aus denen Wettbewerb entsteht. Beide Wissenschaften stehen vor der Aufgabe, Regeln zu begründen, die mit der so verstandenen Wettbewerbsfreiheit vereinbar sind. Dabei handelt es sich nicht nur, aber auch um Normen gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Diese müssen ihrerseits mit den Rechtsregeln vereinbar sein, die für eine Ordnung konstitutiv sind, in der über die gleiche Freiheit nach allgemeinen Regeln des äußeren Mein und Dein entschieden wird. Die Wettbewerbsfreiheit ordnet als relative Freiheit im Rahmen der Marktprozesse konkrete Freiheitsspielräume. Die Wettbewerbsregeln müssen folglich so beschaffen sein, dass sie die Spielräume für Wettbewerb, die sie gewährleisten sollen, nicht ihrerseits aufheben. Daraus folgen wichtige negative Begrenzungen: Sie müssen abstrakt,

---

<sup>19</sup> Sen (1988: 49).

<sup>20</sup> Hoppmann (1988: 279).

<sup>21</sup> Hoppmann (1988: 174).

<sup>22</sup> Hoppmann (1988: 247).

zwingend und negativ verbotend sein. Sie dürfen keinen Zwang zu Wettbewerb normieren und sie dürfen nicht versuchen, die positiven wirtschaftlichen Wirkungen, derentwegen der Wettbewerb geschützt wird, zu simulieren. Es ist das durch Preise und Regeln gekennzeichnete Interaktionssystem, das simultan diejenigen Informationen und das Wissen hervorbringt, welches die Unternehmen nutzen.

Der von Hayek entdeckte Charakter des Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren stellt die aus der neoklassischen Wohlfahrtstheorie abgeleiteten Kategorien für die Beurteilung unternehmerischen Verhaltens im Wettbewerb prinzipiell in Frage. Die Gültigkeit der Aussage über den Wettbewerb als Entdeckungsverfahren könne in allen jenen Fällen, in denen sie interessant sei, nicht empirisch nachgeprüft werden:

„Wo wir aber die Tatsachen, die wir mit Hilfe dieses Verfahrens entdecken wollen, nicht schon vorher kennen, können wir auch nicht feststellen, wie wirksam er zur Entdeckung aller relevanten Umstände führt, die hätten entdeckt werden können“.<sup>23</sup>

Hoppmann hat daraus gefolgert, dass die Wohlfahrtstheorie nicht in der Lage sei, im konkreten Einzelfall Voraussagen über die gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen individuellen Verhaltens zu machen. Jeder Versuch, eine einfache, das heißt nicht komplexe Theorie über das komplexe marktwirtschaftliche System aufzustellen, erfordere deshalb gravierende ceteris-paribus-Annahmen, die nur das fehlende Wissen über die individuellen Rand- und Anfangsbedingungen verbergen.<sup>24</sup>

Den Wettbewerb im Ganzen kennzeichnen Austauschprozesse und Parallelprozesse. Sie führen gleichwohl zu jeweils gesonderten Konflikten. Der in der Wohlfahrtstheorie auf die Preisbildung reduzierte, in seiner Eigenbedeutung vernachlässigte Austauschprozess, entsteht aus privatrechtlichen Verträgen. Deshalb gehört die Vertragsfreiheit ebenso wie die Wettbewerbsfreiheit zu den konstituierenden Prinzipien einer wettbewerblichen Marktwirtschaft. Die Eigenbedeutung des Austauschprozesses, das heißt von Verträgen und Property Rights, aus deren Vollzug Wettbewerb entsteht, wird durch die Vertragspraxis auf den Finanzmärkten eindringlich bestätigt.

### *b) Konsumentenwohlfahrt*

Normen gegen Wettbewerbsbeschränkungen bezwecken auch den Schutz der Verbraucher. Gleichwohl kann über die Vereinbarkeit von Wettbewerbsbeschränkungen mit der marktwirtschaftlichen Ordnung nicht anhand ihrer Auswirkungen auf die Konsumentenwohlfahrt entschieden werden. Im Williamson-Trade-off-Modell sind die gegenseitigen Beeinflussungen von

---

<sup>23</sup> Hayek (2003: 133).

<sup>24</sup> Hoppmann (1988: 311).

allokativer Effizienz, produktiver Effizienz und Gesamt- oder Konsumentenwohlfaht zwar erkennbar. Aber diese Zusammenhänge sind nach Meinung auch derjenigen, die in dem Modell einen Schlüssel für rationale Wettbewerbspolitik sehen, nicht berechenbar und empirisch nicht verifizierbar.<sup>25</sup> Insbesondere kann der Dead Weight Loss, also der nicht auszugleichende Nachteil der Verbraucher, nur geschätzt werden. Beim Konsumentenwohlfahtsstandard erfasst das Modell nur Preisänderungen, beim Gesamtwohlfahtsstandard die Änderung der volkswirtschaftlichen Rente.<sup>26</sup>

Bei Hoppmann werden die Interessen der Verbraucher dagegen durch ihre Wahlfreiheit geschützt und sind Teil des Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren. Ob die im Markt befindlichen Angebote von den Konsumenten angenommen werden, gehört zu deren ungewissen Reaktionen über die erst im Wettbewerb entschieden wird. In den Worten von Hoppmann:

„1. In einer Welt unvollkommenen Wissens, kann die Produktion nur von derjenigen Nachfrage gelenkt werden, die die Produzenten erwarten. Verbrauchersouveränität kann deshalb nur so aufgefaßt werden, daß die Produzenten bestrebt sind, die Nachfrage für das, was sie produzieren wollen, möglichst zutreffend zu antizipieren. [...]“

3. Die Funktion des wettbewerblichen Prozesses ist es, die Produktionspläne jenen Verbraucherwünschen anzupassen, die sich erst nach beendeter Produktion aufgrund der Markterfahrungen ergeben werden.“<sup>27</sup>

Die Abhängigkeit der Wahlfreiheit der Verbraucher von den im Wettbewerb angebotenen Alternativen ist nicht begrenzt auf Meinungsgüter, für die sie Hoppmann untersucht hat. Die Werkstoffindustrien bieten besonders eindrucksvolle Beispiele, für die Bedeutung, die alternative Materialien für die Entwicklung neuer Produkte oder Produktbestandteile zukommt.

Zusammenfassend ist der folgende Negativbefund festzuhalten. Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren schließt es aus, seine Voraussetzungen oder seine Wirkungen zu modellieren. An die Stelle von Modellen tritt das abstrakte Muster von Marktprozessen. Sie lassen sich gedanklich nachvollziehen und gestatten Aussagen über die Prinzipien, nach denen sie funktionieren („Erklärung des Prinzips“).<sup>28</sup> Zu den allgemeinen Aussagen über die Prinzipien, die das System erklären, gehört die Voraussage, dass Spielregeln, welche die Wettbewerbsfreiheit sichern, zugleich zur Verwirklichung ökonomischer Wettbewerbsfunktionen beitragen.<sup>29</sup> Entsprechendes gilt für die Voraussage, dass Wettbewerbsbeschränkungen die Erfüllung

---

<sup>25</sup> Bork (1993: 108).

<sup>26</sup> Schwalbe und Zimmer (2006: 373f.). Die volkswirtschaftliche Rente entspricht dem sozialen Überschuss, definiert als Summe von Konsumenten- und Produzentenrente. Dazu Knieps (2000: 9).

<sup>27</sup> Hoppmann (1988: 372f.).

<sup>28</sup> Hoppmann (1988: 347 auch 378).

<sup>29</sup> Hoppmann (1988: 311).

ökonomischer Wettbewerbsfunktionen vermindern. Hier ist der archimedische Punkt, von dem aus im System Hoppmanns über das Verhältnis von Wettbewerbsfreiheit und Effizienz wie über das Verhältnis von Ökonomie und Recht zu urteilen ist.

#### 4. Die künstliche Tugend der Gerechtigkeit

Wenn Hoppmann Regelrationalität und Freiheitsrechte in den Mittelpunkt seiner Theorie stellt, dann setzt er damit die dem Utilitarismus entgegengesetzte Tradition von Constitutional Liberty fort. Bausteine zu einer Theorie, die den Wirtschaftsfreiheiten einen Ordnungsrahmen gibt, finden sich in der schottischen Aufklärung. In dieser Tradition tragen Pleasure and Pain und die rationale Maximierung des Eigeninteresses nicht zur Maximierung einer Gesamtwohlfahrt bei. Sie kennzeichnen vielmehr die Herausforderungen, die in freien Gesellschaften zu bewältigen sind, die Mängel überwinden wollen und zugleich menschlich und gerecht sein sollen. Dazu gehören bei Edmund Burke und bei David Hume die Unabhängigkeit sich gegenseitig kontrollierender Institutionen und die Bindung des Staates, der Rechtsgemäß fordert, an die von ihm vorausgesetzten Rechtsgrundsätze (Rule of Law). Im Verhältnis der Bürger zueinander gehören dazu bei David Hume allgemein geltende Regeln gerechten Verhaltens. Sie sind die „Fundamentals“ freier Gesellschaften. Diese Regeln gerechten Verhaltens sollen die Dominanz von Selbstliebe und Eigennutz überwinden. Deshalb ist die Gerechtigkeit eine künstliche Tugend (artificial virtue). Sie entwickelt sich aus der Einsicht in die Notwendigkeit verbindlicher Regeln. Das sind die Regeln des äußeren Mein und Dein: Über das Eigentum<sup>30</sup>, über die Verbindlichkeit der Verträge<sup>31</sup> und über die Anerkennung einer Instanz (government), welche für ihre unparteiische Auslegung und Anwendung zuständig ist<sup>32</sup>.

Bei Adam Smith ist es in Weiterentwicklung der Theorien von David Hume der „unabhängige Zuschauer“ (impartial spectator), der im Rechtsverkehr aufeinander treffende Individualrechte der Teilnehmer voneinander abgrenzt und zuordnet.<sup>33</sup> In dieser Tradition wird eine eigenständige Rechtsordnung vorausgesetzt, zugleich aber ihre Vereinbarkeit mit der Wirtschaftsordnung begründet.

---

<sup>30</sup> Hume (1886/1964: 273): Determination of Property.

<sup>31</sup> Hume (1886/1964: 284).

<sup>32</sup> Hume (1886/1964: 300).

<sup>33</sup> Grundlegend Harkonssen (1989: 99–127). Dazu auch Mestmäcker (1984: 104–136).

### 5. Die Transformation von Risiken

Die zentrale Rolle des Regelsystems, in dem abstrakte und zweckfreie Regeln geschützte Erwartungen begründen, und erfolgreiches Handeln unter Bedingungen von Ungewissheit ermöglichen, lässt sich auch als ein System zur Transformation von Risiken verstehen. Verträge und die sie kennzeichnenden Haftungsregeln sind im Verhältnis der Vertragsparteien zueinander notwendig mit der Transformation von Risiken verbunden. Im gleichen Maße, in dem Verträge nicht mehr erkennen lassen, wie die Risiken der Unsicherheit über zukünftige Entwicklungen zwischen den Beteiligten verteilt und zugerechnet werden, verlieren sie auch ihre Vereinbarkeit mit dem Wettbewerbssystem. In der neuen Institutionenökonomik wird der Gegensatz von wettbewerbstheoretischen und vertragstheoretischen Ansätzen im Umgang mit Risiken betont. Die Lösung von Friktionen im System sei nach der Vertragstheorie nicht notwendig im Wettbewerb, sondern möglicherweise in mehr „Hierarchie“ zu suchen. Deshalb bedürfe der Wettbewerbsansatz einer erheblichen Differenzierung.<sup>34</sup> Hoppmann trägt dieser Differenz in der wiederholt erwähnten Unterscheidung von Austausch- und Parallelprozessen Rechnung und nimmt sie in seine Wettbewerbstheorie auf.

Die Vertragsfreiheit ist Teil eines Systems, in dem subjektive Rechte allseitig garantiert und als Vermögensrechte frei übertragbar sind. Dieses dezentrale Planungs- und Organisationssystem setzt den Gleichlauf von Handlungsfreiheit und persönlicher Verantwortung voraus. Das Prinzip der Verantwortung wird im Privatrecht durch Haftung verwirklicht. Das wirtschaftlich erhebliche Privatrecht hat es deshalb immer auch mit der Transformation von Risiken zu tun: „Mit dem Risiko muß man umgehen, man kann es nicht vernichten.“<sup>35</sup> Das Prinzip der Haftung für Verbindlichkeiten ist zu unterscheiden von den Kriterien, nach denen Risiken zugerechnet und verteilt werden. In der ökonomischen Analyse des Rechts sollen Risiken jeweils derjenigen Partei zugewiesen werden, die sie im Allgemeinen mit den geringsten Kosten beseitigen oder mildern kann.<sup>36</sup> Die daraus folgenden Kriterien für Verschuldens- oder Erfolgshaftung sind hier nicht zu verfolgen. Davon zu unterscheiden sind die Voraussetzungen, unter denen die durch Vertragsfreiheit legitimierten Verträge und ihr Vollzug mit dem wettbewerblichen Austauschprozess vereinbar sind. Zur Vertragsfreiheit gehört neben der positiven Gestaltungsmacht, dass die Handelnden nicht mit unkalkulierbaren und unvorhersehbaren Risiken belastet werden. Deshalb gewährleistet das Privatrecht neben der rechtsgeschäftlichen Gestaltungsfreiheit auch einen allgemeinen verhaltensbezogenen Freiraum als Schutz vor

---

<sup>34</sup> Richter und Furubotn (2003: 172).

<sup>35</sup> Grass und Stützel (1983: 220).

<sup>36</sup> Behrens (1986: 159).

Folgenrechnung und unübersehbarer Haftung.<sup>37</sup> Diesem Zweck dienen Regeln, die es den Rechtsgenossen erlauben, die Reaktionen des Rechts auf ihr Tun oder Unterlassen vorauszubestimmen und damit Haftung oder Sanktionen durch Selbststeuerung zu vermeiden. Deshalb werden die Rechtswirkungen des Vertrages auf die Vertragsparteien und auf seinen spezifischen Gegenstand begrenzt. Nachvertragliche Dispositionen der Parteien und Nebenwirkungen des Vertrages bleiben grundsätzlich außer Betracht. Nur unter diesen Bedingungen können Unternehmen ihre Planungen im Wettbewerb mit Hilfe von Verträgen verwirklichen.

Die verschiedenen Funktionen von Haftung und Haftungsbeschränkung treffen bei der Publikums AG beispielhaft zusammen. Als juristische Person haftet die AG selbstverständlich für ihre Verbindlichkeiten. Die Aktionäre sind an Gewinn und Verlust nach Maßgabe ihrer Anteile am Grundkapital – und nur in der Höhe ihrer Anteile – beteiligt. Allein unter dieser Voraussetzung der anteiligen Begrenzung der Beteiligung an Vermögen und Risiko transformieren Aktiengesellschaften das langfristige Risiko des Unternehmens in kurzfristige Risiken der Aktionäre. Und nur unter dieser Voraussetzung sind Aktien handelbar.

Mit der Spezifizierung und Begrenzung von Risiken, die ein Kennzeichen des Vertragsrechts sind, wird zugleich seine Stellung im System der allgemeinen und abstrakten Regeln deutlich, die Handlungsfreiheiten kompatibel machen. Verträge sind bilateral vorteilhaft, obwohl und weil dies für die Vertragspartner aus verschiedenen und häufig gegensätzlichen Gründen zutrifft. Deshalb handeln die Vertragspartner zwar jeder für sich einzelwirtschaftlich „effizient“, aber ein Zusammenhang mit der allokativen Effizienz und der Gesamtwohlfahrt lässt sich nur über das Preissystem herstellen. Wenn also die Vertragsfreiheit zu den allgemeinen und abstrakten Regeln gehört, die bei Hoppmann und Hayek Freiheit gewährleisten, dann folgt daraus nicht, dass diese Freiheit mit der Effizienz identisch ist, die zur Gesamtwohlfahrt beitragen soll.

Abstrakte und zweckunabhängige Regeln sollen die Einzelnen instand setzen, ihre eigenen Zwecke effizient zu verwirklichen. Über Erfolg oder Misserfolg, also über einzelunternehmerische Ergebniseffizienz, entscheidet der Wettbewerb. Effizienz im Sinne der *Mainstream Economics* ist dagegen an das Gleichgewichtsmodell der vollkommenen Konkurrenz oder doch an die Tendenz zum Kaldor-Hicks-Gleichgewicht gebunden. Bezieht man den Austauschprozess in die Bedingungen ein, von denen die Tendenzen zum Gleichgewicht abhängen, dann zeigt sich, dass es die abstrakten, zweckunabhängigen Regeln sind, die den mit der Freiheit notwendig verbundenen Ungewissheiten und Risiken Rechnung tragen. Sie stehen generalisierenden

---

<sup>37</sup> Hierzu und zum Folgenden Picker (2007: 209, 214).

Aussagen über allokativen und produktiven Effizienz individuellen oder kollektiven unternehmerischen Handelns entgegen. Erst aus den auf Gesetz, Herkunft und Erfahrung gegründeten Regeln gerechten Verhaltens folgen berechnete Erwartungen, an denen sich Planung und Verhalten der Unternehmen orientieren können. Es gibt keinen Trade Off von Freiheit und Effizienz. Rational Choice und Cost-Benefit-Analysis sind Klugheitsregeln für die Verwirklichung gegebener, individueller Zwecke, mit möglichst geringem Aufwand. Sie eignen sich zur Ermittlung betrieblicher Effizienz, und tragen dadurch auch zur Wohlfahrt bei. Davon zu unterscheiden sind jedoch die Kriterien, nach denen ein bestimmtes unternehmerisches Verhalten zu beurteilen ist. Die gesamtwirtschaftlichen Wirkungen ihres Handelns sind den Beteiligten notwendig unbekannt und schon deshalb nicht Teil ihrer Planungen. Und ex post lässt sich nicht ermitteln, ob und wie die bestimmten Transaktionen zur Gesamtwohlfahrt beigetragen haben.

### 6. Gleichgewichtsmodelle

Es ist die großartige Eindimensionalität der neoklassischen Wohlfahrtstheorie, dass sie das rationale Handeln der Einzelnen unter den Bedingungen der vollständigen Konkurrenz als Element der gesamtwirtschaftlich optimalen Allokation der Produktionsfaktoren darstellen kann. Die Faszination des Modells schwindet, wenn man die Erkenntnis von Frank H. Knight berücksichtigt, dass wirtschaftliches Geschehen niemals dem Verhalten einer Person nahe kommt, das dem Modell des „Economic Man“ entspricht.<sup>38</sup> Dieser Befund steht auch im Zentrum des Denkens von Erich Hoppmann. Die Gewissheit, mit der Naturgesetze Ursache-Wirkungszusammenhänge und Gleichgewichte erklären und vorhersagen können, ist den ökonomischen Gesetzen versagt. Es gibt kein wirtschaftliches Geschehen, das unabhängig von Zeit und Raum vorhersehbar ist und sich unabhängig von der Situation der Akteure wiederholen wird. Ausgeschlossen ist damit auch der Rückschluss von dem Ergebnis der Prozesse, aus denen das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht entsteht auf die Bedingungen, die dieser Berechnung zugrunde liegen. Konkrete gesamtwirtschaftliche Gleichgewichte sind notwendig stationär. Um den durch Wettbewerb ausgelösten dauernden Wandel Rechnung zu tragen, der die modellierten Preis-Mengenstrukturen verändert, spricht man von Gleichgewichtstendenzen. Aber auch sie stehen unter dem Vorbehalt, dass die Annahmen über die sich verändernden Größen bekannt werden.

Erich Hoppmann hat gegen die gesamtwirtschaftliche Totalanalyse einen doppelten Einwand geltend gemacht: Da der Wettbewerb eine Veränderung der gesamtwirtschaftlichen Daten kennzeichnet, die in der Gleichgewichts-

---

<sup>38</sup> Knight (1935/1997: 176).

analyse vorausgesetzt werden, sind Aussagen über einen neuen Gleichgewichtszustand und über die Art und Weise, wie er entstehen wird, nicht möglich.<sup>39</sup> Das Wissen, das in der volkswirtschaftlichen Totalanalyse über Preis-Mengenstrukturen vorausgesetzt werde, sei eine Fiktion. Es könne nur ermittelt werden, wenn man von dem Wissen ausgehe, dass die Marktteilnehmer selbst haben: Das seien sowohl die Erwartungen über das Handeln anderer Marktteilnehmer als auch das Wissen, das sich über die sonstigen für ihre Pläne relevanten Umstände zu haben glauben.<sup>40</sup> Aus seiner Kritik der volkswirtschaftlichen Totalanalyse folgt für Hoppmann eine andere Art des Gleichgewichts. Das ist ein Gleichgewicht, das der Wettbewerb hervorbringt: Es ist die vollständige und fortlaufende Koordination der Pläne der am Markt teilnehmenden Akteure. Dieses Verfahren nenne man besser eine Ordnung, die nicht aus einer Anordnung oder Organisation hervorgehe, sondern aus freien, nach Spielregeln geordnetem Handeln der Menschen.<sup>41</sup> Der Markt erweist sich in dieser Betrachtung als ein komplexes, sich selbst organisierendes System. Zu den Bedingungen, unter denen eine homeostatische Kontrolle wirksam sei und das Marktsystem aufrechterhalten werden könne, gehören die Regeln gerechten Verhaltens.

Wenn Hoppmann die Grenzen der volkswirtschaftlichen Totalanalyse und der neoklassischen Wohlfahrtstheorie aufweist, dann tut er das nicht, um sie als nutz- oder zwecklos zu erweisen. Er wendet sich vielmehr gegen die Möglichkeit, anhand einer gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichtstheorie optimale Preis-Mengenstrukturen voraussagen und die so gewonnenen Ergebnisse normativ anwenden zu können.<sup>42</sup> Er befindet sich damit in Übereinstimmung mit Frank H. Knight, dessen Analyse von Gleichgewichtstendenzen und der Rolle, die den Kräften zukommt, die zum Gleichgewicht tendieren.

„It seems that the analogy in the mind of economics in discussing the tendency toward equilibrium is that of movement against vicious friction, with inertia absent or negligible. The presence of a significant amount of inertia would mean a tendency toward oscillation, and a careful study in the light of this analogy of the tendency toward cyclical swings so common in economic phenomena, might be both theoretically illuminating and practically significant.“<sup>43</sup>

Bezieht man den Austauschprozess in die Bedingungen ein, von denen die Tendenz zum Gleichgewicht abhängt, dann zeigt sich erneut, dass es die abstrakten zweckunabhängigen Regeln sind, die den mit der Freiheit notwendig verbundenen Ungewissheiten und Risiken Rechnung tragen. Der

---

<sup>39</sup> Hoppmann (1980: 102).

<sup>40</sup> Hoppmann (1980: 103).

<sup>41</sup> Hoppmann (1980: 105).

<sup>42</sup> Hoppmann (1980: 114).

<sup>43</sup> Knight (1935/1997: 176).



Wettbewerbsprozess bestätigt oder enttäuscht Erwartungen anhand des Prinzips der negativen Rückkoppelung. Aber erst die auf Gesetz, Herkommen und Erfahrung beruhenden Regeln gerechten Verhaltens sind Daten, die enttäuschungsfeste berechnete Erwartungen für die Planung der Unternehmen begründen. Daraus folgt der für das System verfasster Freiheit grundlegende strukturelle Zusammenhang von Rechtsordnung und der durch Wettbewerb geprägten Wirtschaftsordnung.

### 7. Antinomien

Die Gewährleistung wirtschaftlicher Freiheit durch Rechtsregeln hat mit dem Einwand zu rechnen, dass Rechtszwang mit wahrer Freiheit unvereinbar sei. Dieser Antinomie von Herrschaft und Freiheit können sich Gesellschafts- und Rechtstheorien nicht entziehen, mögen sie deontologisch, empirisch (anthropologisch) oder utilitaristisch begründet sein. Im Utilitarismus von Jeremy Bentham soll der Schein der Widersprüchlichkeit durch eine positivistische Rechtstheorie überwunden werden. Danach beendet jede Rechtsordnung die regellose Freiheit und hebt sie zugleich auf. Recht ist mit Freiheitsrechten unvereinbar und manifestiert sich letztlich im Befehl und Zwang.<sup>44</sup> In dieser Theorie kommen Wettbewerb und Wettbewerbsfreiheit als Gegenstand von Recht nicht vor.

Im Wettbewerbsrecht folgt die Antinomie von Recht und Freiheit aus dem von Hoppmann hervorgehobenen rechtsstaatlichen Gebot, unternehmerische und staatliche Macht zugleich zu begrenzen. Wenn dem Rechtszwang innere Widersprüchlichkeit vorgeworfen wird, dann ist an die andere Herausforderung zu erinnern, mit der wir bei schrankenloser Maximierung des Eigeninteresses im Wettbewerb zu rechnen haben: Es sind die im Wettbewerb angelegten Kräfte der Selbsterstörung, die es zu beherrschen gilt. Die Realität dieser Gefahr erfahren wir gegenwärtig auf den Finanzmärkten.<sup>45</sup> Normen gegen Wettbewerbsbeschränkungen haben es mit der Begrenzung der privatwirtschaftlich begründeten Macht von Kartellen und marktbeherrschenden Unternehmen ebenso zu tun, wie mit der Begrenzung der staatlichen Macht. Diese darf ihre Kompetenz zu Eingriffen in den Wettbewerb nicht nutzen, um regulierende, eigene Vorstellungen richtigen unternehmerischen Verhaltens durchzusetzen. Auch negative Verbote können jedoch in positive Verhaltensgebote umschlagen. Das ist evident im Fall des Preishö-

---

<sup>44</sup> Näher Mestmäcker (2009).

<sup>45</sup> Hilferding (1910: 390f.) hat den Prozess analysiert, in dem sich die Finanzmärkte internationalisieren und sich von den ihnen zugrunde liegenden Waren und Dienstleistungsmärkten lösen. Seine Analyse wird jedoch dadurch beeinträchtigt, dass sie Teil geschichtsspekulativer Szenarien ist, in denen die Tendenzen zur Herrschaft des Finanzkapitals gesetzmäßig und unwiderstehlich auftreten.

henmissbrauchs beherrschender Unternehmen und in den Fällen der Kartell-erlaubnis. Hoppmann kennzeichnet sie als Tatbestände der Regulierung, mit denen sich der Gesetzgeber positivrechtlich gegen das Wettbewerbsprinzip entschieden habe. Franz Böhm hat von dem Erdenrest gesprochen, mit dem die Wettbewerbspolitik beim Preishöhenmissbrauch marktbeherrschender Unternehmen zu rechnen habe. Der Marktbeherrscher, der seine Preisbestimmungsmacht zu überhöhten Preisen nutze, ermutige damit jedoch den potentiellen Wettbewerb und trage zur ökonomischen Neutralisierung seiner Machtstellung selbst bei. Deshalb sei es eine Klugheitsregel, auf die Staatsintervention in diesen Fällen zu verzichten.<sup>46</sup>

Eine Antinomie bleibt uns jedoch auch in den Fällen erhalten, die das Verbot wettbewerbswidrigen Verhaltens von beherrschenden Unternehmen zum Gegenstand haben. Diese Fälle nennt Justice Antonin Scalia „False Positives“. Sie folgen aus dem Verbot wettbewerbswidrigen Verhaltens, das zu positiven Verhaltensgeboten führt. Beispiele sind der Kontrahierungszwang, der die notwendige Folge der Essential Facilities Doctrine ist. Auch das Verbot von technischen Kopplungen im Microsoft Fall, das zur Zwangslizensierung führt, gehört in diesen Zusammenhang.<sup>47</sup>

### Literatur

- ALBERT, HANS (1980). Gesetze, Modelle und institutionelle Alternativen, in: Erich Streissler und Christian Watrin (Hg.). *Zur Theorie marktwirtschaftlicher Ordnungen*, Tübingen: Mohr, S. 112–120.
- BARTH, JAMES R., TRIPHON PHUMIWASANA und WENLING LU (2008). Bank Regulation in the United States, *CESifo DICE Report* 3, S. 3–8.
- BEHRENS, PETER (1986). *Die ökonomischen Grundlagen des Rechts*, Tübingen: Mohr
- BÖHM, FRANZ (1961). Demokratie und ökonomische Macht, in: ders. *Kartelle und Monopole im modernen Recht*, Karlsruhe: Müller.
- BORK, ROBERT H. (1993). *The Antitrust Paradox. A Policy at War with itself*, New York: Free Press.
- EUCKEN, WALTER (2004). *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, 7. Auflage, Tübingen: Mohr.
- GRASS, ROLF-DIETER und WOLFGANG STÜTZEL (1983). *Volkswirtschaftslehre. Eine Einführung auch für Fachfremde*, München: Vahlen.
- HARKONSSON, KNUT (1981). *The Science of a Legislator. The Natural Jurisprudence of David Hume and Adam Smith*, Cambridge: Cambridge University Press.
- HAYEK, FRIEDRICH A. VON (2003). Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: ders. *Rechtsordnung und Handelsordnung. Aufsätze zur Ordnungsökonomik*, Tübingen: Mohr, S. 132–149.
- HILFERDING, RUDOLF (1910). *Das Finanzkapital*, Wien: Brand.
- HOPPMANN, ERICH (1970). Neue Wettbewerbspolitik. Vom Wettbewerb zur staatlichen Mikrosteuerung, *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* 184, S. 397–416.

<sup>46</sup> Böhm (1961: 3, 17).

<sup>47</sup> Mestmäcker und Schweitzer (2004).

- HOPPMANN, ERICH (1980). Gleichgewicht und Evolution. Voraussetzungen und Erkenntniswert der volkswirtschaftlichen Totalanalyse, in: Erich Carell (Hg.). *Ansprachen und Vorträge auf der Festveranstaltung der Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Julius-Maximilian-Universität Würzburg zum 75. Geburtstag von Erich Carell*, Baden-Baden: Nomos, S. 19–39.
- HOPPMANN, ERICH (1988). *Wirtschaftsordnung und Wettbewerb*, Baden-Baden: Nomos.
- HUME, DAVID (1886/1964). *A Treatise of Human Nature*, London: Dent.
- KNIEPS, GÜNTER (2000). *Wettbewerbsökonomie. Regulierungstheorie, Industrieökonomie, Wettbewerbspolitik*, Berlin u.a.: Springer.
- KNIGHT, FRANK H. (1935/1997). *The ethics of competition*, New Brunswick und London: Transaction Publishers.
- MESTMÄCKER, ERNST-JOACHIM (1984). Die sichtbare Hand des Rechts, in: ders. *Recht und ökonomisches Gesetz*, Baden-Baden: Nomos, S. 104–136.
- MESTMÄCKER, ERNST-JOACHIM (2009). Systembezüge subjektiver Rechte, in: Georg Bitter et al. (Hg.). *Festschrift Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag*, Köln: O. Schmidt, S. 1197–1217.
- MESTMÄCKER, ERNST-JOACHIM und HEIKE SCHWEITZER (2004). *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2. Auflage, München: Beck.
- MÖSCHEL, WERNHARD (2008). Finanzkrise und Marktwirtschaft, *Wirtschaft und Wettbewerb* 58, S. 1283–1291.
- MÖSCHEL, WERNHARD, MANFRED STREIT und ULRICH WITT (Hg.) (1994). *Marktwirtschaft und Rechtsordnung. Festschrift zum 70. Geburtstag von Erich Hoppmann*, Baden-Baden: Nomos.
- PICKER, EDUARD (2007). Die Privatrechtsgesellschaft und ihr Privatrecht. Zur wachsenden Freiheitsbedrohung im Recht und durch Recht, in: Karl Riesenhuber (Hg.). *Privatrechtsgesellschaft. Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts*, Tübingen: Mohr, S. 207–270.
- RICHTER, RUDOLF und EIRIK G. FURUBOTN (2003). *Neue Institutionenökonomik*, 3. Auflage, Tübingen: Mohr.
- SCHWALBE, ULRICH und DANIEL ZIMMER (2006). *Kartellrecht und Ökonomie*, Frankfurt: Verl. Recht und Wirtschaft.
- SEN, AMARTYA K. (1988). *On Ethics and Economics*, Oxford u.a.: Blackwell.
- SRAFFA, PIERO (1926/1970). The Laws of Returns under Competitive Conditions, in: George J. Stigler und Kenneth E. Boulding (Hg.). *Readings in Price Theory*, London: Allen & Unwin, S. 180–197.
- STREISSLER, ERICH (1980). Kritik des neoklassischen Gleichgewichtsansatzes als Rechtfertigung marktwirtschaftlicher Ordnungen, in: Erich Streissler und Christian Watrin (Hg.). *Zur Theorie marktwirtschaftlicher Ordnungen*, Tübingen: Mohr, S. 38–69.

MANFRED E. STREIT

## Erich Hoppmann zum Gedenken

Am 29. August 2007 starb Prof. Dr. Dr. jur. h.c. Erich Hoppmann im Alter von 84 Jahren nach längerer Krankheit. Für diejenigen, welche Hoppmann kennen und schätzen lernten, war er ein beeindruckender Kommunikator der Ideen und Erkenntnisse des Nobelpreisträgers Friedrich August von Hayek, ein streitbarer Interpret des Wettbewerbs als Norm der Wettbewerbspolitik (Hoppmann 1967), ein überzeugender Vertreter der ordnungstheoretischen und ordnungspolitischen Vorstellungen der Freiburger Schule, ein engagierter Hochschullehrer und Wissenschaftsorganisator sowie ein verständnisvoller und uneigennütziger Kollege und Freund.

Friedrich August von Hayek, seine Ideen und Erkenntnisse entdeckte Hoppmann, wie er einmal erwähnte, während seiner Zeit bei Erich Carell, von dem er 1952 promoviert wurde und der seine Habilitation 1955 in Würzburg betreute<sup>1</sup>. Später sollte er nach Professuren in Erlangen, Nürnberg und Marburg sowie mehreren abgelehnten Rufen an andere Hochschulen 1968 von Hayek in Freiburg begegnen, wo er 1968 dessen Nachfolge auf Hayeks ausdrücklichen Wunsch antrat. Hayek bekräftigte seinen Wunsch bei einem persönlichen Gespräch mit Hoppmann und der Einladung zu einem Glas Wein, wie ich erfahren konnte.

Eine Abrundung, wenn nicht einen Höhepunkt seiner anhaltenden Beschäftigung mit Hayeks Ideen und Erkenntnissen gelang Hoppmann, als er 1993 die Friedrich A. von Hayek-Vorlesung hielt, die anlässlich Hayeks 90ten Geburtstages und ein Jahr nach dessen Tod alljährlich an der Albert-Ludwigs-Universität gehalten wird. Ein Jahr zuvor wurde dem Nobelpreisträger James M. Buchanan die Ehre dieser Vorlesung zuteil.

Hoppmanns Hayek-Vorlesung hatte den Titel „Unwissenheit, Wirtschaftsordnung und Staatsgewalt“ (Hoppmann 1993). Darin referierte Hoppmann auf beeindruckende Weise die grundlegenden Erkenntnisse von Hayek, die er schon in den vorangegangenen Jahrzehnten in Deutschland mit dem ihm eigenen Engagement verbreitet hatte. Diese Bemühungen an-

---

<sup>1</sup> Für den Wechsel von der Gleichgewichtsorientierung von Carell zur Wissensorientierung von Hayek dürfte sein Aufsatz „Gleichgewicht und Evolution. Voraussetzungen und Erkenntniswert der volkswirtschaftlichen Totalanalyse“ (Hoppmann 1988: 98–118) stehen.