

Adolf Süsterhenn

**Unternehmensfreiheit
und
Mißbrauchsaufsicht**

DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

ADOLF SÜSTERHENN

Unternehmensfreiheit und Mißbrauchsaufsicht

Schriften der Adolf Weber-Stiftung

Herausgegeben von Prof. Dr. R. Gunzert

Adolf Süsterhenn

Unternehmensfreiheit und Mißbrauchsaufsicht

Eine verfassungsrechtliche Untersuchung
zur Novellierung des Rechts der
marktbeherrschenden Unternehmen

(§§ 22-24 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen)



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1965 Duncker & Humblot, Berlin
Gedruckt 1965 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH., Berlin 61
Printed in Germany

Vorwort

Die vorliegende Studie gilt den Änderungsvorschlägen der Bundesregierung zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und zwar insbesondere den §§ 22—24 über die Mißbrauchsaufsicht bei marktbeherrschenden Unternehmen. Der Verfasser beschränkt sich bewußt auf die verfassungsrechtliche Problematik dieser Änderungsvorschläge. Die angesprochenen Fragen haben jedoch wirtschaftspolitisch ebenfalls außerordentliche Bedeutung und sind auch unter Wirtschaftswissenschaftlern umstritten.

Unseres Erachtens wurde die gegenwärtige Fassung des Kartellgesetzes noch sehr stark von einer statischen Wettbewerbsvorstellung geprägt. Die zugrundeliegende statische Gleichgewichtstheorie schenkte ihre Aufmerksamkeit vornehmlich der Preisbildung und sah in jeder Abweichung von ihrem erklärten oder auch nur implizierten Ideal der vollständigen Konkurrenz hauptsächlich die Gefahr der Ausnutzung des Marktpartners. So ist es nicht verwunderlich, daß alle in § 22 GWB genannten Mißbrauchstatbestände in diesem Sinne Ausbeutungstatbestände sind und daß man im Marktanteil eines Unternehmens ein so wichtiges Kriterium zu sehen glaubte. Demgegenüber hat *Schumpeter* schon sehr früh die kapitalistische Wirtschaft als einen evolutorischen Prozeß gekennzeichnet. „Bei einer Würdigung der Leistung der Konkurrenzwirtschaft“, so schreibt er, „ist deshalb die Frage, ob das Prinzip in einem vollkommen ausgeglichenen stationären Zustand des Wirtschaftsprozesses auf eine maximale Produktion hin tendiert oder nicht, zwar nicht völlig, aber doch nahezu irrelevant“*.

* Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, 2. Aufl., Bonn 1950, S. 128.

Die Richtigkeit dieser These wurde wohl durch die Realität nie so eindeutig bestätigt wie während der letzten 15 Jahre in der Bundesrepublik. Dabei ist an die annähernde Verdreifachung des Sozialprodukts, an die europäische Integration und die zunehmende Verflechtung mit der Weltwirtschaft und an die technische Entwicklung bei Produkten und Produktionsverfahren zu denken. Statische Marktpositionen können sich in diesem Prozeß nur kurzfristig halten. Wichtiger als die Kontrolle dieser Marktmacht ist es deshalb, den Wettbewerb als Steuerungselement des Wirtschaftsprozesses funktionsfähig zu halten. Zu diesen dynamischen Wettbewerbsfunktionen zählen wir vor allem die Förderung des technischen Fortschritts und der Anpassungsflexibilität der Wirtschaft.

U. E. läge eine vordringliche Aufgabe der Wirtschaftswissenschaften darin, zu prüfen, ob die Vorschläge der Bundesregierung stärker als bisher diese dynamischen Wirtschaftsfunktionen berücksichtigen. Die Adolf Weber-Stiftung beabsichtigt zu einem späteren Zeitpunkt, die hier angesprochenen Fragen auch aus wirtschaftspolitischer Sicht zu diskutieren.

Prof. Dr. R. Gunzert, Prof. Dr. H. Jürgensen, Prof. Dr. A. Kruse

Inhalt

| | |
|--|----|
| I. Einleitung | 11 |
| II. Zur Verfassungsmäßigkeit der für die Novellierung des § 22 Abs. 3 GWB vorgesehenen Generalklausel | 13 |
| 1. Voraussetzungen und Wirkungen der Mißbrauchsaufsicht | 13 |
| a) Die geltende Regelung | 13 |
| b) Inhalt und Wirkung der vorgeschlagenen General- klausel | 14 |
| c) Zur parlamentarischen Vorgeschichte der General- klausel | 16 |
| 2. Die Generalklausel in der Sicht der verfassungsrecht- lichen Rechtsschutzordnung | 18 |
| a) Zur Funktionsteilung zwischen Kartellbehörde und rechtssprechender Gewalt | 18 |
| b) Generalklausel und Rechtsschutzgarantie | 21 |
| 3. Die Generalklausel und der Grundrechtsschutz der markt- beherrschenden Unternehmen | 23 |
| a) Die Teilhabe der marktbeherrschenden Unternehmen an der allgemeinen Handlungsfreiheit | 23 |
| b) Die Präponderanz der Einzelfreiheitsrechte | 25 |
| c) Die allgemeine Zulässigkeit des staatlichen Eingriffs in wirtschaftliche Machtstellungen | 28 |
| d) Generalklausel und Übermaßverbot | 30 |
| e) Generalklausel und Rechtsstaatsprinzip | 36 |

| | |
|---|----|
| III. <i>Die Erweiterung der Anzeigepflicht beim Zusammenschluß von Unternehmen durch Novellierung des § 23 Abs. 1 GWB</i> | 41 |
| 1. Inhalt und Zweck der Anzeigepflicht | 41 |
| 2. Die verfassungsrechtliche Bedeutung einer erweiterten Anzeigepflicht | 42 |
| IV. <i>Zur Verfassungsmäßigkeit der durch die Novellierung des § 24 GWB vorgesehenen öffentlichen Verhandlung</i> | 45 |
| 1. Zum Recht am eigenen Wort und seiner Geheimhaltung | 45 |
| 2. Öffentlichkeitsprinzip und Übermaßverbot | 46 |
| V. <i>Zusammenfassung</i> | 52 |

Abkürzungen

- Bartholomeyczik = Bartholomeyczik in Gemeinschaftskommentar Müller-Henneberg-Schwartz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, 2. Aufl. 1963
- Benisch = Benisch in Gemeinschaftskommentar Müller-Henneberg-Schwartz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, 2. Aufl., 1963
- BGHZ = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
- BVerfGE = Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
- DÖV = Die Öffentliche Verwaltung
- Huber = Huber, Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, DÖV 1956 S. 135 ff.
- Lerche = Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961
- von Mangoldt-Klein = von Mangoldt-Klein, Kommentar zum Grundgesetz, 2. Aufl., Band 1
- Maunz-Dürig = Maunz-Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung
- Nipperdey, Freie
Persönlichkeits-
entfaltung = Nipperdey, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in Bettermann-Nipperdey, Die Grundrechte, Band IV, Halbband 2, 1962, S. 741 ff.
- Nipperdey, So-
ziale Markt-
wirtschaft = Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, 2. Aufl., 1961
- NJW = Neue Juristische Wochenschrift
- Peters = Peters, Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, 1963
- Rasch = Rasch, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2. Aufl., 1958
- Rinck = Rinck, Wirtschaftsrecht, 1963
- VGHE n. F. = Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes, neue Folge

I. Einleitung

Die Bundesregierung hat dem Deutschen Bundestag den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vom 27. 7. 1957 (BGBl. I S. 1081) zugeleitet¹, der neben anderen Neuerungen eine teilweise Abänderung der die „marktbeherrschenden Unternehmen“^{1a} betreffenden Vorschriften der §§ 22—24 GWB vorsieht. Verfassungsrechtlich von Interesse sind dabei folgende Änderungsvorschläge:

1. An die Stelle des geltenden § 22 Abs. 3 GWB, der in zwei gesondert geregelten Einzeltatbeständen Mißbräuche einer marktbeherrschenden Stellung bei Abschluß von Verträgen über solche Waren oder gewerbliche Leistungen erfaßt, für welche die marktbeherrschende Stellung besteht, soll eine *Generalklausel* treten, welche die Kartellbehörde in den Stand versetzen soll, jeglicher miß-

¹ Vgl. Bundestags-Drucksache IV/2564.

^{1a} Der Begriff „marktbeherrschende Unternehmen“ ist in § 22 Abs. 1 und 2 GWB wie folgt definiert:

„(1) Soweit ein Unternehmen für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ohne Wettbewerber ist oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist, ist es marktbeherrschend im Sinne dieses Gesetzes.

(2) Als marktbeherrschend gelten auch zwei oder mehr Unternehmen, soweit zwischen ihnen für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen allgemein oder auf bestimmten Märkten aus tatsächlichen Gründen ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht und soweit sie in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen des Abs. 1 erfüllen.“

brüchlichen Ausnutzung der Marktstellung durch marktbeherrschende Unternehmen mit den in Absatz 4 der Vorschrift genannten Zwangsmaßnahmen entgegenzutreten.

2. Während § 23 Satz 1 GWB in der geltenden Fassung die Anzeigepflicht bei Fusionen und Trustbildungen gegenüber der Kartellbehörde allein von der Größe des Marktanteils der beteiligten Unternehmen abhängig macht, soll nach dem Entwurf die Pflicht zur Anzeige überdies wahlweise an die *absolute Größe* der beteiligten Unternehmen gebunden werden, wobei Beschäftigtenzahl, Umsatz oder Bilanzsumme als Anknüpfungspunkte dienen.
3. Nach Eingang der vorbezeichneten Anzeige (§ 23 Abs. 1 GWB) kann die Kartellbehörde die Beteiligten zu einer mündlichen Verhandlung über den Zusammenschluß auffordern (§ 24 GWB). Diese Verhandlung soll nach dem Entwurf in Zukunft *öffentlich* sein.

Es liegt nicht in der Absicht der nachfolgenden Ausführungen, zu der wettbewerbs-, wirtschafts- oder gesellschaftspolitischen Zweckmäßigkeit der intendierten Neufassung oder zu der legislatorischen Opportunität des Entwurfs Stellung zu nehmen, obgleich gerade die Auseinandersetzung mit diesen Fragen interessante Aspekte eröffnen könnte. An dieser Stelle soll lediglich auf die verfassungsrechtlichen Probleme hingewiesen werden, die sich im Zusammenhang mit der beabsichtigten Novellierung der Bestimmungen über die marktbeherrschenden Unternehmen stellen.

II. Zur Verfassungsmäßigkeit der für die Novellierung des § 22 Abs. 3 GWB vorgesehenen Generalklausel

1. Voraussetzungen und Wirkungen der Mißbrauchsaufsicht

a) Die geltende Regelung

Nach geltendem Recht kann die Kartellbehörde nur in zwei tatbestandlich festgelegten Fällen hoheitlich in die privatwirtschaftliche Initiative marktbeherrschender Unternehmen eingreifen, das heißt mißbräuchliches Verhalten untersagen und Verträge für unwirksam erklären, nämlich

1. wenn das Unternehmen bei Abschluß von Verträgen die Preise oder Geschäftsbedingungen für die Waren oder gewerblichen Leistungen, deren Markt es beherrscht, unter mißbräuchlicher Ausnutzung seiner Marktstellung festsetzt (§ 22 Abs. 3 Nr. 1 GWB),
oder
2. wenn das Unternehmen den Abschluß von Verträgen über die vorbezeichneten Waren oder gewerblichen Leistungen unter mißbräuchlicher Ausnutzung seiner Marktstellung davon abhängig macht, daß der Vertragsgegner sachlich oder handelsüblich nicht zugehörige Waren oder Leistungen abnimmt (§ 22 Abs. 3 Nr. 2 GWB).

Um ein Einschreiten der Kartellbehörde zu rechtfertigen, muß der Mißbrauch der Marktstellung sich demnach in jedem Fall „bei Abschluß von Verträgen“ äußern, ohne daß jedoch schon ein Vertragsabschluß oder auch nur ein Ver-