

Prof. Dr. Hans-Jörg Dietsche

## **Die Entwicklung des Wettbewerbsrechts zu einer Säule der Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes**

Das deutsche Kartellrecht ist erst 1958 in seine heutige Form als Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) gegossen worden, es bildet jedoch einen wesentlichen Grundpfeiler der zehn Jahre zuvor eingeführten Sozialen Marktwirtschaft, deren politische Grundentscheidungen das GWB gewissermaßen nachzeichnet.

Nach der Einführung der Lohnersatzrente 1957 am Ende der zweiten Wahlperiode des Deutschen Bundestages der 1949 gegründeten Bundesrepublik Deutschland traten in der dritten Wahlperiode mit dem GWB 1958 sowie dem Vermögensbildungsgesetz 1961 verkürzt gesagt so etwas wie die „Schlusssteine“ am rechtlichen „Gerüst“ der deutschen Wirtschaftsverfassung in Kraft, mit der die Grundentscheidung für die Soziale Marktwirtschaft umgesetzt wurden.

### **I. Entwicklung einer kartellfreundlichen Rechtsprechung während des Kaiserreichs**

Das GWB verdient insofern besondere Beachtung, als dass es einen grundlegenden Paradigmenwechsel in der deutschen Rechtsordnung abbildet, da Unternehmenskartelle ursprünglich sowohl von Politik und Rechtsprechung wie auch der Wirtschaft selbst grundsätzlich positiv bewertet worden waren. Der Ursprung des deutschen Kartellrechts darf in Entscheidungen von Obergerichten seit den 1880er Jahren gesehen werden, die unter den Bedingungen einer an sich freien Marktwirtschaft die Bildung von Kartellen billigten bzw. sogar förderten. So stellte z.B. das

Bayerische Oberste Landesgericht 1888 fest<sup>1</sup>: *„Da die einzelnen Produzenten machtlos sind, das gestörte Gleichgewicht von Angebot und Nachfrage durch die Beschränkung ihrer eigenen Produktion wiederherzustellen, ist der einzige Weg, um dies zustande zu bringen, sich zusammenzuschließen und über eine solche Beschränkung Übereinstimmung zu erzielen.“*

Das Gericht ging dabei in seiner Argumentation von der allgemeinen Gewerbefreiheit im Deutschen Reich und der damit garantierten Freiheit von Markt und Preisbildung aus, um mit dieser Freiheit auch die Möglichkeit der freien Bildung von Kartellen – auch wenn diese die Freiheit wiederum auszuhebeln drohten – zu begründen. Das klingt paradox, aber zeugt letztlich vom verbreiteten Misstrauen gegen den freien Markt bzw. eine ihn ordnende „unsichtbare Hand“, an deren Stelle man eher auf eine Selbstregulierung der Wirtschaft hoffte. Dementsprechend stellte das Reichsgericht 1897 fest, *„dass Kartellvereinbarungen das Prinzip der Gewerbeordnung nicht verletzen“*.<sup>2</sup> Eine herrschende Meinung in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft betrachtete die Freiheit der Bildung von Kartellen als Ausfluss der Vertragsfreiheit, wie sie der mit dem 1900 in Kraft getretenen Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) für das Deutsche Reich geschaffenen einheitlichen Zivilrechtsordnung als Leitprinzip zugrunde lag.

Die Ursache für diese Rechtsprechung, die folglich eine weitverbreitete Auffassung widerspiegelte und sich nicht zuletzt später auch in der Gesetzgebung niederschlug, ist im weltweiten Konjunkturtief der sog. „Großen Depression“ in der Zeit zwischen 1873 und 1896 zu finden; im angelsächsischen Raum auch als „Große Deflation“ bezeichnet. Das Deutsche Reich war erst kurz zuvor als Zusammenschluss bislang souveräner Staaten mit der Ausrufung des Preußischen Königs als Deutschem Kaiser im Januar 1871 zugleich als vollendeter einheitlicher Wirtschaftsraum entstanden, und dieser Fortfall wirtschaftlicher Hemmnisse führte zu einem Boom und einer überhitzten Konjunktur, die mit dem großen weltweiten Einbruch, für den der „Wiener Börsenkrach“ vom 9. Mai 1873 quasi die „Initialzündung“ bildete, zusammenbrach. Da in Deutschland die Ansicht verbreitet war, v.a. die durch Konjunkturüberhitzung ausgelöste Überproduktion sei Ursache für Preisverfall und Firmeninsol-

---

<sup>1</sup> Zit. nach Roth, Hermann: Die Kartellverordnung vom November 1923 und ihre Bonner Variante, in: Jahrbuch für Wirtschaftsgeschichte / Economic History Yearbook, 1962, Band 3: Heft 4, 11, 13.

<sup>2</sup> Vgl. Roth aaO. S.15

venzen, wuchs hier an vielen Stellen Misstrauen gegen den an sich herrschenden freien Markt. Vor diesem Hintergrund erklärt sich diese positive Sicht auf die Kartelle als freiwilligen Zusammenschlüssen zur Organisation des Marktes, die sich über Produktionsmengen und Preise verständigen und so die Entwicklung der Unternehmen und der Wirtschaft insgesamt stabilisieren würden.

Einen weiteren Schub erfuhr dieser Trend zur Kartellierung durch den bald darauf ausgebrochenen Ersten Weltkrieg, wo eine Kriegswirtschaft unter den Bedingungen von Seeblockade, Rohstoff- und Arbeitskräftemangel sowie staatlicher Preiskontrolle und Enteignungen kriegswichtigen Materials sowohl die Unternehmen zu Absprachen zwang, als auch staatlicherseits die Kartellbildung als geeignete Form erscheinen ließ, unter solchen Bedingungen Produktion und Distribution zu organisieren. Mit dem Ende des Ersten Weltkriegs und dem Zusammenbruch der Monarchie war Deutschland zur Republik geworden, die maßgeblich getragen wurde vor allem von den Sozialdemokraten (SPD) und dem christlich-katholischen Zentrum. In der SPD und dem Gewerkschaftsflügel des Zentrums bestanden große Sympathien für gemeinwirtschaftliche Konzepte, quasi in Abgrenzung gegen eine freie Marktwirtschaft auf der einen und Planwirtschaft durch Sozialisierung der Industrien auf der anderen Seite. Konkrete Schritte in Richtung Gemeinwirtschaft wurden schon wegen der großen wirtschaftlichen Not der Nachkriegszeit und einem sich verschärfenden politischen Dissens nicht realisiert, doch folgte hieraus auch eine insgesamt positive Sichtweise der Politik auf die Kartellbildung bzw. auf Zusammenschlüsse und Fusionen von Industriebetrieben, die – wie man glaubte – durch eine Verhinderung von Überproduktion und ruinösem Wettbewerb im Sinne des Gemeinwohls stabile Wirtschaftsbedingungen und Arbeitslöhne am ehesten zu garantieren schien. Dementsprechend zurückhaltend agierte die Politik mit der Regulierung auf diesem Feld.

## **II. Die erste Kartellgesetzgebung: Die Kartellverordnung von 1923 und ihre Auswirkungen**

Offenkundig missbräuchliche Praktiken der Kartelle während der Hyperinflation des Jahres 1923 – so z.B. die Ausnutzung marktbeherrschender Stellungen, um das Geldentwertungsrisiko auf ihre Abnehmer abzuwälzen – führten in diesem Jahr mit der Kartellverordnung zur ersten gesetzlichen Regulierung des Kartellwesens. Diese Kartellverordnung ging

aber ebenfalls von der Freiheit zur Bildung von Kartellen aus, die lediglich einer Missbrauchskontrolle unterworfen werden sollten. Die Kartellverordnung beschränkte sich dafür im Wesentlichen auf drei Punkte: Kartellverträge mussten ab jetzt in Schriftform geschlossen werden, also eine gewisse Transparenz herrschen; der Reichswirtschaftsminister konnte diese „*bei Gefährdung des Gemeinwohls unter Ausnutzung der wirtschaftlichen Machtstellung*“ (§ 4) durch ein Gerichtsverfahren für nichtig erklären lassen, und außerdem erhielten die Kartellmitglieder ein Sonderkündigungsrecht für die Kartellverträge, „*wenn die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit unbillig eingeschränkt wird*“ (§8). Auch wurde hiermit für diese neuen gerichtlichen Verfahren ein Kartellgericht geschaffen, bzw. eigentlich ein Kartellsenat, der beim Reichswirtschaftsgericht angesiedelt war.<sup>3</sup>

Individualrechtsschutz von Marktteilnehmern gegenüber einem Kartell, etwa durch Unterlassungs- oder Schadensersatzansprüche, waren dagegen nicht vorgesehen, dies begann die Rechtsprechung erst nach und nach zaghaft aus dem Lauterkeitsrecht zu entwickeln.<sup>4</sup>

Mag die Kartellverordnung zwar als Korrektiv gedient haben, hat sie jedoch keineswegs zu einem Rückgang der Kartelle geführt, sondern sie im Gegenteil auf eine rechtssichere Grundlage gestellt und damit die Entwicklung zur Kartellierung der deutschen Industrie begünstigt und weiter verstetigt.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Für die im Zuge der Kriegswirtschaft mögliche Enteignung von kriegswichtigem Material war 1915 ein „Reichsschiedsgericht für Kriegsbedarf“ eingerichtet worden, das bei Streitfällen den angemessenen Preis als Entschädigung für diese Enteignungen ermitteln sollte. Dieses Schiedsgericht wurde 1919 in „Reichswirtschaftsgericht“ umbenannt und als ein Sondergericht der Verwaltungsgerichtsbarkeit für Streitigkeiten zwischen Unternehmen und Behörden zuständig, sowie auch für Streitigkeiten zwischen Unternehmen, wenn dies zwischen ihnen als Gerichtsstand vereinbart war. Vgl. Verordnung über Sicherstellung von Kriegsbedarf, Reichsgesetzblatt 1915, S.357 und Verordnung über das Verfahren vor dem Reichsschiedsgericht für Kriegsbedarf, Reichsgesetzblatt 1915, S. 469

<sup>4</sup> Zwar konnte nach § 10 das Kartellgericht – auf Antrag des Reichswirtschaftsministers – auch benachteiligende Vertragsgestaltungen eines Kartells für unanwendbar erklären, woraus ein Rücktrittsrecht der Vertragspartner der Kartellmitglieder folgte, aber nur soweit solche Verträge „*die Gesamtwirtschaft oder das Gemeinwohl gefährden*“. Rechtsschutz von Marktteilnehmer vor der marktbeherrschenden Stellung eines Kartells fehlte jedoch und wurde von der Rechtsprechung erst allmählich entwickelt. Bekanntes Beispiel ist hier der „Benrather Tankstellenfall“ aus dem Jahr 1931, wo ein Kartell einen einzelnen Wettbewerber durch Dumpingpreise vom Markt zu verdrängen bzw. zur Preisanhebung im Sinne des Kartells zu zwingen versuchte; hier konnte das Reichsgericht diese Praxis nur ahnden, indem es dies als Behinderungswettbewerb mit dem Zweck, nach der Verdrängung des Konkurrenten die Preise über dessen Preisniveau hinaus wieder anzuheben, und damit als unlautere Geschäftspraktik (i.S.d. Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) von 1896) wertete. Vgl. RGZ 134, 342 sowie dazu Sack, Rolf: Lauterer und leistungsgerechter Wettbewerb durch Wettbewerbsregeln von Verbänden, §§ 24 ff. GWB, in: WRP 2001, 595, 603

<sup>5</sup> Z.B. bzgl. der Sonderkündigungsanträge gem. § 8 KartVO, die dem Kartellgericht zwischen 1923 und 1926 zur Vorlage kamen, weist Roth auf die überschaubare Zahl von 52 genehmigten von den insgesamt 696 Anträgen hin. Vgl. Roth aaO. S.29f

Von den zwischen 230 und 250 bestehenden Industriekartellen des Jahres 1897 war ihre Zahl bis 1923, dem Jahr wo die Kartellverordnung erlassen wurde, auf ca. 1.500 gestiegen,<sup>6</sup> während es ab da zu einem weiteren deutlichen Anstieg kam und für das Jahr 1930 von zwischen 2.000 und 4.000 Kartellen ausgegangen wird,<sup>7</sup> mit teilweise eigenen, sehr ausgreifenden Strukturen, wie z.B. den Syndikaten, denen die Kartellmitgliedern sogar ihren gesamten Absatz übertragen mussten. Deutschland hatte in der Zwischenkriegszeit den Ruf als das „Land der Kartelle“ erworben.

Diese zu großen Teilen „kartellierte“ Industrie bot nun den Nationalsozialisten nach ihrer Machtübernahme 1933 günstige Bedingungen für gezielte politische Einflussnahme auf die Produktion, die ganz auf die militärische Aufrüstung ausgerichtet werden sollte. Z.B. aufgrund des Devisenmangels erfolgte ab 1934 die Einfuhr von Eisenerzen zentral über eine staatliche Stelle, womit der Staat über die Stahlkartelle in einigen Sparten letztlich die Produktion komplett bestimmen konnte. Das Ziel, vor allem die für die Aufrüstung notwendigen Industrien und ihre Produktionskapazitäten rasch auszubauen, ließ sich am besten zentral über die Indiennahme von Kartellen und großen Unternehmenszusammenschlüssen erreichen, so z.B. im Wege von Zwangsinvestitionen, denen staatliche Abnahmegarantien gegenübergestellt wurden. Schon wenige Monate nach der Machtübernahme war mit dem Zwangskartellgesetz die Möglichkeit geschaffen worden, dass der Reichswirtschaftsminister nach freiem Ermessen private Unternehmen zu Kartellen und Syndikaten zusammenschließen konnte; in den Jahren 1933 bis 1936 wurden rund 120 solcher Zwangskartelle gebildet, zu denen noch einmal etwa 1.600 weitere neue Kartelle hinzukamen, die von Unternehmen aufgrund der Drohung mit der Zwangskartellierung gebildet worden waren.<sup>8</sup> Ab 1936 wurde die deutsche Wirtschaft mittels Vierjahresplänen nach zentralen Vorgaben gelenkt und konnte spätestens ab da als „Zentralverwaltungswirtschaft mit privatem Eigentum“ bezeichnet werden.

Die bis heute bekanntesten Beispiele dieser großen kriegswichtigen Zusammenschlüssen bzw. Industriekonglomeraten der NS-Zeit sind wohl die Vereinigten Stahlwerke VESTAG und der Chemiekonzern IG Farben, die jedoch beide bereits Mitte der 1920er Jahre aus Kartellen bzw.

---

<sup>6</sup> Vgl. Roth aaO. S.16

<sup>7</sup> Vgl. von Götz, Florian: 50 Jahre GWB - Die Geburt des GWB und der amerikanische Einfluss auf das Entstehen einer neuen Wettbewerbsordnung in der Bundesrepublik, in: WRP 2007, 741 – 762, Fn 4 m.w.N.

<sup>8</sup> Vgl. hierzu v.Götz aaO. S. 743

Unternehmensfusionen unter den Bedingungen der Kartellverordnung von 1923 entstanden waren.

### **III. Der Paradigmenwechsel: Die besatzungsrechtliche Kartellgesetzgebung nach US-Vorbild**

Folge dieser massiv betriebenen Aufrüstungspolitik der Nationalsozialisten war der 1939 von ihnen vom Zaun gebrochene Zweite Weltkrieg, der 1945 mit der totalen Niederlage und Besetzung Deutschlands endete. Die alliierten Siegermächte USA, Sowjetunion und Großbritannien stellten auf der Dreimächtekonferenz im sogenannten „Potsdamer Abkommen“ vom 2. August 1945 erste Weichen in Bezug auf die Zukunft des besiegten Deutschlands. Allerdings fehlte auch aufgrund der unterschiedlichen Interessen der Alliierten eine eigentliche positive Vision, wie und in welche Richtung sich Deutschland in Zukunft entwickeln sollte. Leitend war hier vielmehr noch der Gedanke, Deutschland als Gefahr für seine Nachbarn und für den Weltfrieden dauerhaft auszuschalten. Diesem Ziel diente auch im Abschnitt „Wirtschaftliche Grundsätze“ des Potsdamer Abkommens Artikel 12: *„In praktisch kürzester Frist ist das deutsche Wirtschaftsleben zu dezentralisieren mit dem Ziel der Vernichtung der bestehenden übermäßigen Konzentration der Wirtschaftskraft, dargestellt insbesondere durch Kartelle, Syndikate, Trusts und andere Monopolvereinigungen.“*

Hintergrund für diesen Artikel 12 bildete zunächst die Einschätzung gerade auch in den USA, dass zwischen der kartellierten Wirtschaftsstruktur und dem politischen Apparat der NSDAP und damit der militärischen Aggression Nazi-Deutschlands ein enger Zusammenhang bestand, weshalb es diese als Strukturen des NS-Regimes zu zerschlagen gelte.<sup>9</sup> Hinzu traten aber sehr bald im Zuge des sich abzeichnenden Ost-West-Konflikts gerade von Seiten der Westalliierten andere Sichtweisen, die in einem raschen Wiederaufbau des kriegszerstörten Deutschlands bzw. seines von ihnen bislang besetzten Westteils auch ihr strategisches Interesse erkannten; Deutschland wurde weniger als Sicherheitsproblem, denn als künftiger Partner betrachtet sowie als Verbündeter gegen die Sowjetunion. Mit der „Dekartellisierung“ setzte daher zunächst die Militärverwaltung in der amerikanisch besetzten Zone auf eine Deregulierung und Entfesselung der Produktivkräfte nach Vorbild der US-Antitrustgesetz-

---

<sup>9</sup> Vgl. v. Götz aaO. S. 745

gebung, der die anderen Westalliierten mehr oder weniger folgten. Formal berief sich jedoch das US-Militärregierungsgesetz Nr. 56 vom 12. Februar 1947 in der amerikanischen Besatzungszone auf die Umsetzung von Artikel 12 des Potsdamer Abkommens und eine Zerschlag der Konzern- und Kartellstrukturen aus sicherheitspolitischen Gründen – was in der deutschen Öffentlichkeit auch so, d.h. als Demontage der Industrie sowie „Bestrafung“ aufgenommen wurde.<sup>10</sup>

Doch schon vor dieser (west-)alliierten Kartellgesetzgebung hatten sich mehr oder weniger namhafte Ökonomen, die dem in Deutschland bislang als randständig zu betrachtenden Ordoliberalismus zuzurechnen waren, mit diesen Fragen auseinandergesetzt. Aus diesen Kreisen waren z.B. die Wirtschaftswissenschaftler Walter Eucken, Begründer der ordoliberalen „Freiburger Schule“ der Nationalökonomie, Leonhard Miksch sowie der als „Vater des Wirtschaftswunders“ bekannt gewordene spätere Bundeskanzler Ludwig Erhard, als sowohl persönlich wie auch von inhaltlichen, d.h. wirtschaftspolitischen Positionen vom Nationalsozialismus unbelastete Experten in leitende Positionen der Wirtschaftsverwaltungen der Militärregierungen in der französischen, britischen bzw. amerikanischen Zone berufen worden. Alle drei sprachen sich ab 1946 in Denkschriften und Memoranden für ihre Militärbehörden für eine Zerschlagung der großen Industriekonglomerate der NS-Zeit und ein Verbot von Kartellen sowie strenge Kartell- und Fusionskontrolle aus, um eine auf freien Wettbewerb gegründete Wirtschaftsordnung aufzurichten und durch die Entfesselung und Förderung privater unternehmerischer Initiative den Wiederaufbau Deutschlands zügig vorantreiben zu können.<sup>11</sup>

Mit dem US-Militärregierungsgesetz Nr. 56 in der amerikanischen Besatzungszone waren jedenfalls die Weichen gestellt in Richtung Marktwirtschaft. Mit der Währungsreform vom 1. Juni 1948, die neben der Einführung der „D-Mark“ auch die Freigabe der Preise ohne staatliche Vorgaben in den zum gemeinsamen Wirtschaftsgebiet der „Trizone“ vereinigten drei westalliierten Besatzungszonen mit sich brachte, war der Westteil Deutschlands endgültig auf diesen marktwirtschaftlichen Kurs eingeschwenkt.

---

<sup>10</sup> Vgl. hierzu Möhring, Philipp: Dekartellisierung und Lizenzvertrag - Untersuchungen über den Einfluß der gegenwärtigen und kommenden Dekartellisierungs-Gesetzgebung auf Nutzungsverträge des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts, GRUR 1950, 496, 497

<sup>11</sup> Vgl. hierzu v.Götz aaO. S. 749f

Dieser Kurs war aber auch in der Folge nicht unumstritten und vor allem die Kartellgesetzgebung, die nach der Gründung der Bundesrepublik als dem westdeutschen Teilstaat 1949 zur Ablösung des Besatzungsrechts erlassen werden sollte, spaltete sogar die Regierungsparteien massiv in Befürworter des Verbotsprinzips nach amerikanischem Vorbild und des Missbrauchsprinzips, die, wie die großen Wirtschaftsverbände, mehr oder minder an den Vorkriegszustand und die kartellfreundliche Gesetzgebung von 1923 anknüpfen wollten. Erst 1957 kam es zu einer Einigung und das GWB konnte dann 1958 in Kraft treten.<sup>12</sup> In diesen langwierigen Auseinandersetzungen hatten sich der seit 1949 als Bundeswirtschaftsminister amtierende Ludwig Erhard und seine ordoliberalen Mitstreiter zwar mit einem Kartellgesetz auf Grundlage des Verbotsprinzips durchsetzen können, auch wenn sie v.a. auf Druck der großen Industrieverbände viele Ausnahmeregelungen dabei hinnehmen mussten.

Damit ist zwar das GWB hinter das US-Militärregierungsgesetz Nr. 56 zurückgegangen, aber dennoch bleibt festzuhalten, dass diese Weichenstellung, die im GWB schließlich ihre demokratische Legitimation im Nachkriegsdeutschland fand, eine wesentliche Säule der im Grundgesetz angelegten Wirtschaftsverfassung darstellt.

#### **IV. Die Kartellgesetzgebung und ihre Bedeutung für die Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes**

Daher sei an dieser Stelle nun die Wirtschaftsverfassung, wie sie sich aus dem Grundgesetz (GG) ergibt, etwas näher betrachtet:

Es ist bis heute verbreitete Ansicht, das Grundgesetz in seiner sehr auf das Wesentlichste einer Verfassung hinsichtlich Staatsorganisation und Grundrechte reduzierten Form sei weltanschaulich mehr oder minder neutral. Insbesondere, da es keine Wirtschafts- oder Sozialverfassung vorgegeben würde, wäre es „systemoffen“ und die Gestaltungsfreiheit einer politischen Mehrheit allenfalls durch Grundrechtsgarantien begrenzt. Als „Kronzeuge“ für diese These wird immer wieder Art. 15 GG angeführt, der eine Vergesellschaftung von in Privateigentum stehenden Produktionsmitteln ermöglicht. Ob und inwieweit Art. 15 als Relikt der politischen Kompromissfindung bei der Schaffung des GG betrachtet werden muss, mag hier dahinstehen. Da er im Ergebnis Enteignungen an enge Voraussetzungen und eine Substitution durch vollen Wertersatz für den

---

<sup>12</sup> Vgl. v. Götz aaO. S. 756ff



Enteigneten knüpft, wäre die Vergesellschaftung von Industriebetrieben im größeren Stile für den Staat schon rein budgetmäßig kaum zu bewerkstelligen, und zudem wäre eine Reinvestitionen der Entschädigungen durch die Enteigneten wiederum grundrechtlich geschützt und schon von daher eine Überwindung der auf Privateigentum gründenden Wirtschaftsform nicht möglich. Damit erteilt sowohl die Gesamtsystematik des GG als auch die „Verfassungswirklichkeit“ in Bezug auf Art. 15 einem Systemwechsel zu einer sozialistischen Staatswirtschaft implizit eine eindeutige Absage.<sup>13</sup>

Betrachtet man nun dagegen die verschiedenen grundrechtlichen Garantien, die dem Grundrechtsträger – also natürlichen und juristischen Personen als Wirtschaftssubjekte gleichermaßen – als Abwehrrechte gegen Eingriffe und Regulierungen des Staates zustehen, zeichnet sich sehr wohl so etwas wie eine Wirtschaftsverfassung im GG ab:

Von grundlegender Bedeutung für die Wirtschaftsordnung sind zunächst Art. 14 (Garantie des Privateigentums und des Erbrechts) und Art. 12 (die Freiheit der Berufswahl und -ausübung) sowie Art. 9 (Vereinigungsfreiheit), wo in Absatz 1 die Freiheit der Bildung von Gesellschaften, d.h. auch Kapitalgesellschaften, garantiert wird und in Absatz 3 das „Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden“ – worunter im Übrigen durch die Fokussierung (auch) auf Arbeitsbedingungen Kartelle explizit nicht fallen.<sup>14</sup> Die Freiheit des Vertragsschlusses wird erfasst und garantiert über die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Absatz 1, und die räumliche Niederlassungs- und Betätigungsfreiheit durch das Grundrecht auf Freizügigkeit im Bundesgebiet gemäß Art. 11.

Weiter an Kontur erhält dieser Rechtsrahmen bei Betrachtung der Gesetzgebungskompetenzen. Aus der Übertragung von Kompetenzen wiederum folgt der positive Auftrag an den Gesetzgeber, diese Materien zu regeln und Rechtssicherheit zu schaffen. Art. 74 GG weist dem Bund die Kompetenzen zu für das Recht der Wirtschaft, gewerblichen Rechtsschutz, das Arbeitsrecht und die Sozialversicherung, sowie – formuliert als „Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung“ - für das Kartellrecht. Diese Formulierung in Art. 74 Nr. 16 gab und gibt

---

<sup>13</sup> Vgl. dazu Axer in Beck-OK GG Art. 15 Rz 5ff, der in Art. 15 im Gegenteil sogar als Abwehrrecht des Eigentümers gegen staatliche Eigentumseingriffe sieht, die eine niedrigere Eingriffsschwelle als Art. 15 aufweisen.

<sup>14</sup> Eppinger/Hillgruber in Beck-OK GG Art. 9 Rz 47

reichlich Anlass für Diskussionen, ob sich das GG damit für das Missbrauchs- oder Verbotsprinzip festgelegt haben könnte.<sup>15</sup> Das ist jedoch im Ergebnis unerheblich, da mit dem US-Militärregierungsgesetz Nr. 56 bereits das Verbotsprinzip Grundlage der westdeutschen Wettbewerbsrechtsordnung geworden war, bevor das GG formuliert und diese damals bereits getroffene Grundentscheidung damit gleichsam verfassungsrechtlich abgesichert wurde.

Aus diesen Abwehr-Grundrechten des Einzelnen als „Grenzsetzung“ für staatliche Eingriffe ergibt sich in der Zusammenschau mit diesen fast rudimentär erscheinenden weiteren Vorgaben des Grundgesetzes im Hinblick auf den Status Quo bei ihrer Formulierung letztlich folgendes Bild: Das Grundgesetz geht von einer marktwirtschaftlichen Ordnung mit freier Preisbildung aus, was staatliche Preisvorgaben ausschließt. Die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung erfolgt zwar im Rahmen zu treffender gesetzlicher Bestimmungen, doch dürfen diese nach Art. 19 GG die dafür garantierten Grundrechte nicht aushöhlen. Damit ein freier Wettbewerb unverzerrt gewahrt bleibt, ist Konzentration wirtschaftlicher Macht zu verhindern. D.h., den Vätern und Müttern des Grundgesetzes schien durchaus eine dezentrale, mittelständisch bzw. durch Kleine und mittelständische Unternehmen (KMU) geprägte Wirtschaftsstruktur als Leitbild vor Augen zu stehen.

Mit diesen Festlegungen bewegte sich das im Mai 1949 in Kraft getretene Grundgesetz jedoch keineswegs im „luftleeren Raum des Neuanfangs“, sondern es flankierte und verrechtlichte den in den westlichen Besatzungszonen mit der Dekartellisierung 1947 und der Währungsreform und Freigabe der Preise 1948 eingeschlagenen wirtschaftspolitischen Kurs.

Die Idee, dass ein auf freien Wettbewerb ausgerichteter Markt den Austausch von Waren und Dienstleistungen zu angemessenen Preisen und damit dem Gemeinwohl und Interessenausgleich zwischen allen Beteiligten mehr dient, als es jede staatliche Verteilung oder Planung je könnte, war seinerzeit eine völlige Minderheitsposition, vertreten allein von der ordoliberalen Schule „Freiburger Schule“ der Wirtschaftswissenschaften

---

<sup>15</sup> Maunz/Dürig geht hier von keinerlei Tendenz des GG aus (Maunz/Dürig: GG Art. 74 Rz 192). Dreier-Wittreck schließt in Art. 74 Rz 73 aus dem Wortlaut „Verhütung“ jedenfalls, dass der Gesetzgeber hiernach zumindest nicht erst ab Überschreiten einer Missbrauchsschwelle regulatorisch tätig werden dürfe (Dreier: GG, 3.Aufl., Art. 74 Rz 73). Hieraus jedoch zugleich auf ein vom Verfassungsgeber darin angelegtes Verbotsprinzip schließen zu wollen, ginge jedoch wohl deutlich zu weit.

und auch danach nie unumstritten. Dementsprechend polarisiert Ludwig Erhards Zitat „Der Markt ist sozial“ bis heute.

Diese zunächst rein wirtschaftspolitischen Ansätze, die sie sich so im GG niederschlugen, haben eine Erweiterung um eine soziale Dimension erfahren, indem das Sozialstaatsprinzip<sup>16</sup> des GG in Art. 20 Absatz 1 den Staat nicht nur - wie in den Kompetenztiteln des Art. 74 Nr. 12 - zur Regelung einer Absicherung der Lebensrisiken Alter, Krankheit und Invalidität verpflichtet, sondern darüber hinaus einen umfassenden Handlungsauftrag enthält, einen sozialen Ausgleich in all seinem Handeln zu fortgesetzt zu konkretisieren.<sup>17</sup> Unter dem Begriff der Sozialen Marktwirtschaft hat Alfred Müller-Armack, ein weiterer ordoliberaler Wirtschaftswissenschaftler, diese im Grundgesetz zum Ausdruck kommenden Ziele einer auf Wirtschaftswachstum und Hebung des allgemeinen Wohlstands ausgerichteten Wirtschafts- und Sozialpolitik zusammengefasst.<sup>18</sup>

Die Soziale Marktwirtschaft hatte sich durch den raschen Wiederaufbau des kriegszerstörten Deutschland und seiner Wirtschaft schnell als sehr erfolgreich erwiesen, das ab den 1950er Jahren ausgelöste „Wirtschaftswunder“ legitimierte nicht nur die umstrittene Entscheidung für die Soziale Marktwirtschaft selbst, sondern wurde vielmehr zum legitimierenden Gründungsmythos der westdeutschen Bundesrepublik als alternativem Wirtschafts- und Gesellschaftsmodell zur sozialistischen Deutschen Demokratischen Republik (DDR). Diese positive Grunderfahrung letztlich aller Teile der Gesellschaft wirkt in einem bis heute breiten gesellschaftlichen Konsens über die Soziale Marktwirtschaft nach, die im Laufe von nunmehr 70 Jahren auch verschiedene Wandlungen erfahren hat. Als die entscheidenden Weichenstellungen in Richtung Sozialer Marktwirtschaft, wie sie sich in der Wirtschaftsverfassung des GG widerspiegeln, dürfen jedoch die beiden folgenreichen Grundentscheidungen der Jahre 1947/48, die Dekartellisierung und die Währungsreform, gelten.

---

<sup>16</sup> Auch das grundlegende Verfassungsprinzip und Staatsziel des Sozialstaats taucht im Verfassungstext selbst nur ganz am Rande auf, quasi als „Attribut“ des Bundesstaats in Art. 20 Absatz 1: „Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat“. Damit trifft das Grundgesetz letztlich noch weniger Aussagen zur Sozial- als zur Wirtschaftsverfassung, wenngleich der Blick auf die politischen und gesellschaftlichen Gegebenheiten zeigt, dass der deutsche Sozialstaat sehr gewichtig und ausdifferenziert ausgestaltet ist, schon da er mehr als ein Drittel des gesamten Staatsetats umfasst.

<sup>17</sup> Vgl. dazu Maunz/Dürig Art. 20 GG, VIII Rz 18f

<sup>18</sup> Müller-Armack sprach dabei von der Sozialen Marktwirtschaft als „irenischer Formel“, ausgehend vom philosophischen Konzept der Irenik, das von einem offenen Diskurs verschiedener Interessen von einer gemeinsamen Ausgangssituation her ausgeht; die Gegensätze von „sozial“ und „Markt“ sollen dabei nicht einfach aufgehoben, sondern im Hinblick auf die Entwicklung eines gesellschaftlichen Projekts miteinander in Beziehung gesetzt und damit versöhnt werden.