

# Kartellrechtliche Entflechtung im Energiesektor

von  
Tilmann M. Schreiber

1. Auflage

Kartellrechtliche Entflechtung im Energiesektor – Schreiber

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Energierrecht



Verlag C.H. Beck München 2013

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 65866 2

te begannen sich in den 1950er und 1960er Jahren in den USA unter der Bezeichnung „workability“-Konzepte durchzusetzen, für die ebenfalls der Name „Harvard School“ oder „Structural Approach“ geläufig ist.<sup>827</sup> In Deutschland ist diese Denkrichtung vor allem durch die Konzeption des „funktionsfähigen“ Wettbewerbs von *Kantzenbach* bekannt geworden.<sup>828</sup> Die „workability“-Konzepte gehen von Marktunvollkommenheiten aus und unterscheiden zwischen Marktstrukturen, die wettbewerblich erwünscht oder umgekehrt unerwünscht sind.<sup>829</sup> Mit Hilfe der Wettbewerbspolitik sollen diejenigen wirtschaftlichen Zustände erreicht werden, die nach den verschiedenen Ansätzen jeweils als positiv zu erachten sind.<sup>830</sup> Dafür sind zunächst der jeweils der sachlich, räumlich und zeitlich relevante Markt zu ermitteln und das Marktverhalten, die Marktstruktur und das Marktergebnis zu bestimmen.<sup>831</sup> Die Bewertung der Marktstrukturen erfolgt anhand vorab definierter Leitbilder. Als normative Kriterien kommen dabei etwa der technische Fortschritt, die optimale Ressourcenverteilung und die Dezentralisierung wirtschaftlicher Macht in Betracht.<sup>832</sup> Grundsätzlich gehen die „workability“-Konzepte davon aus, dass Unternehmen primär ihre Marktmacht aufbauen bzw. absichern wollen.<sup>833</sup> Der Wettbewerbspolitik kommt deshalb vornehmlich die Aufgabe zu, Unternehmenskonzentrationen zu bekämpfen und kompetitive Marktstrukturen aufrechtzuerhalten.<sup>834</sup> Als wünschenswerte Marktstruktur steht insbesondere das weite Oligopol mit größeren Anbietern im Mittelpunkt.<sup>835</sup> In Übereinstimmung mit dem Struktur-Verhalten-Ergebnis-Paradigma wird vertreten, dass sich gerade das weite Oligopol durch günstige Größenvorteile auszeichne und einen

---

politisches Leitbild, S. 9 ff.; *Mantzavinos*, Wettbewerbstheorie, S. 23 ff.; *Karte/Holtschneider*, Konzeptionelle Ansätze und Anwendungsprinzipien im GWB, S. 195 f.; MüKo-EuWettbR/*Kerber/Schwalbe*, Einl. Rn. 994 ff.

<sup>827</sup> Vgl. *Kaysen/Turner*, Antitrust Policy (1959); *Scheerer/Roos*, Industrial Market Structure and Economic Performance, S. 4 ff.; zu weiteren Vertretern, siehe die Darstellungen bei *Bartling*, Leitbilder der Wettbewerbspolitik, S. 20 ff.; *Fischer*, Staatliche Wettbewerbseingriffe zur Förderung von Wettbewerb, S. 16.

<sup>828</sup> *Kantzenbach*, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs (1967).

<sup>829</sup> Siehe dazu *Bunte*, Kartellrecht, S. 7 f.; *Emmerich*, Kartellrecht, § 1 Rn. 22 ff.; MüKo-EuWettbR/*Kerber/Schwalbe*, Einl. Rn. 1007 ff.

<sup>830</sup> *Fischer*, Staatliche Wettbewerbseingriffe zur Förderung von Wettbewerb, S. 16; *Emmerich*, Kartellrecht, § 1 Rn. 22 ff.

<sup>831</sup> *Kantzenbach/Kallfass*, Das Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs, S. 113; *Emmerich*, Kartellrecht, § 1 Rn. 24.

<sup>832</sup> *Kantzenbach*, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, S. 16 ff.; *Bunte*, Kartellrecht, S. 7 f.

<sup>833</sup> MüKo-EuWettbR/*Kerber/Schwalbe*, Einl. Rn. 1009.

<sup>834</sup> MüKo-EuWettbR/*Kerber/Schwalbe*, Einl. Rn. 1009.

<sup>835</sup> *Kantzenbach*, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, S. 133 ff.; *Bain*, Funktionsfähiger Wettbewerb im Oligopol, S. 39 f.

besonders intensiven Wettbewerb ermögliche.<sup>836</sup> Enge Oligopole sind hingegen aufgrund ihrer Kostenstruktur nicht vorteilhaft und nach diesem Ansatz durch eine Fusionskontrolle zu verhindern bzw. durch Entflechtung aufzulösen.<sup>837</sup>

c) *Die Chicago School*

Die sog. „Chicago School“ begann ab Mitte der 1980er Jahren die US-amerikanische Antitrustpolitik zu bestimmen.<sup>838</sup> Die „Chicago School“ verneinte als Gegenbewegung zur „Harvard School“ deren normative Vorstellung und propagierte die Effizienzsteigerung als einziges Ziel der Wettbewerbspolitik.<sup>839</sup> Die Vertreter gehen davon aus, dass Unternehmen bei Fusionen und ihrem Marktverhalten primär das Ziel motiviert, ihre Effizienz zu steigern, und nicht die Aussicht auf Marktmacht.<sup>840</sup> Diese Effizienz ist von der sozialen Effizienz zu trennen.<sup>841</sup> Die effizienteste Betriebsgröße bleibt auch dann als gesamtwirtschaftlich vorteilhaft einzuordnen, wenn sie auf Monopolmacht des Unternehmens beruht oder dem Einsatz unerwünschter Praktiken.<sup>842</sup> Nach dieser Konzeption spiegelt die Organisation einer Industrie ohne staatliche Beschränkungen die zugrunde liegende Kostensituation wider,<sup>843</sup> weshalb die „Chicago School“ Eingriffe in die Marktstruktur durch Entflechtung ablehnt.<sup>844</sup> Dieser Ansatz vertraut damit allein auf den Marktmechanismus und sieht langfristig konzentrierte Märkte durch Effizienzaspekte gerechtfertigt.<sup>845</sup> Allerdings sind Fusionen ebenso wie horizontale oder vertikale Vereinbarungen nach der „Chicago School“ immer dann zu

---

<sup>836</sup> Zum Marktstruktur-Marktverhalten-Marktergebnis-Paradigma, siehe oben Teil § 2 A 3 b); *Kantzenbach*, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, S. 133 ff.; *Bain*, Funktionsfähiger Wettbewerb im Oligopol, S. 39 f.

<sup>837</sup> *Kantzenbach*, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, S. 138 f.; dazu bereits *Fischer*, Staatliche Wettbewerbsingriffe zur Förderung von Wettbewerb, S. 21 ff.

<sup>838</sup> *Bork*, The Antitrust Paradox (1978); *Brozen*, Concentration, Mergers, and Public Policy (1982); *Demsetz*, Journal of Law, Economics & Organization 19 (1976), 371 ff.; *Easterbrook*, University of Texas Law Review 63 (1984), 1 ff.; *Posner*, Antitrust Law (1976); *Stigler*, The Organization of Industry (1968).

<sup>839</sup> Siehe *Bork*, The Antitrust Paradox, S. 7, 81 ff.

<sup>840</sup> Siehe dazu MüKo-EuWettbR/*Kerber/Schwalbe*, Einl. Rn. 1015.

<sup>841</sup> Details zu diesem Aspekt bei *Mantzavinos*, Wettbewerbstheorie, S. 44 f.

<sup>842</sup> Stellvertretend *Stigler*, The Organization of Industry, S. 73; zum grundsätzlichen Streit über den relevanten Wohlstandsstandard, siehe unten Teil 2 § 3 D 1.

<sup>843</sup> Siehe *Aberle*, Wettbewerbspolitik, S. 40 f.; *Fischer*, Staatliche Wettbewerbsingriffe zur Förderung von Wettbewerb, S. 26.

<sup>844</sup> *Bork*, The Antitrust Paradox, S. 196; *Demsetz*, Journal of Law, Economics & Organization 19 (1976), 371, 375.

<sup>845</sup> Dazu *Fischer*, Staatliche Wettbewerbsingriffe zur Förderung von Wettbewerb, S. 26.

verbieten, wenn sie die gesamtwirtschaftliche Effizienz beeinträchtigen.<sup>846</sup>

d) Zusammenfassung

Die dargestellten Grundströmungen zeigen die Dynamik in der wettbewerbspolitischen Auseinandersetzungen und in der Folge die unterschiedlichen Bewertungen von Entflechtung als Kartellrechtsinstrument. Diese Entwicklung ist keineswegs abgeschlossen. Die Annahmen der „Chicago School“ wurden dahingehend kritisiert, dass das Phänomen privater Macht nicht hinreichend Beachtung finde.<sup>847</sup> Dabei werde die Machtkontrolle als gesellschaftspolitisches Ziel vollständig außer Acht gelassen.<sup>848</sup> Unter dem Sammelbegriff „Post-Chicago Economics“<sup>849</sup> berücksichtigen neuere industrieökonomische Forschungen deshalb nicht allein das Effizienzkriterium in ihrer Analyse der Wettbewerbsverhältnisse.<sup>850</sup> Vielmehr beziehen die durchgeführten Untersuchungen weitere Faktoren wie Informationsasymmetrien, Netzwerkeffekte und strategisches Verhalten ein.<sup>851</sup> Bislang hat sich kein einheitliches Modell im Post-Chicago-Ansatz herausgebildet, sondern verschiedene Einzelfallmodelle und Analysemethoden kommen zur Anwendung, die sich teilweise widersprechen.<sup>852</sup> Damit grenzt sich die moderne Industrieökonomik von den klassischen „Denkschulen“ mit ihrem jeweils in sich geschlossenen Wettbewerbsverständnis ab.<sup>853</sup> Vornehmlich auf Basis spieltheoretischer Ansätze<sup>854</sup> sind jedoch zumindest genauere Erkenntnisse über die Wir-

<sup>846</sup> Ausführlich hierzu MüKo-EuWettbR/Kerber/Schwalbe, Einl. Rn. 1014 ff.

<sup>847</sup> Siehe dazu Künzler, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit, S. 51; Mantzavinos, Wettbewerbstheorie, S. 69.

<sup>848</sup> I. Schmidt/Rittaler, Die Chicago School of Antitrust Analysis, S. 22 f.; Fischer, Staatliche Wettbewerbsingriffe zur Förderung von Wettbewerb, S. 25.

<sup>849</sup> Stellvertretend zu den neueren theoretischen Entwicklungen und Post-Chicago Economics, siehe Christiansen, WuW 2005, 285, 290; MüKo-EuWettbR/Kerber/Schwalbe, Einl. Rn. 1038 ff.; Schmidtchen, WuW 2006, 6, 10 ff.; Sullivan, Antitrust Law Journal 63 (1995), 669 ff.

<sup>850</sup> Die neuere theoretische Industrieökonomie befasst sich mit der empirischen Untersuchung des Marktgeschehens sowie mit monopolistischem Marktverhalten und der Ausübung von Marktmacht, vgl. Künzler, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit, S. 51 f.; Tirole, Industrieökonomik, S. 871 ff.

<sup>851</sup> Tirole, Industrieökonomik, S. 803 ff.; Motta, Competition Policy, S. 8 ff.; Church/Ware, Industrial Organization, S. 457 ff.; zum Ganzen Schuhmacher, Effizienz und Wettbewerb, S. 77 f.

<sup>852</sup> Zu diesem Aspekt, siehe Hüther, Wettbewerbspolitik vor einer Zeitenwende, S. 39, 43 f.; Schuhmacher, Effizienz und Wettbewerb, S. 79.

<sup>853</sup> Vgl. Hüther, Wettbewerbspolitik vor einer Zeitenwende, S. 39, 43 f.; Schuhmacher, Effizienz und Wettbewerb, S. 79.

<sup>854</sup> Die Spieltheorie betrachtet jede strategische Entscheidungssituation als ein Spiel und versucht, das rationale Entscheidungsverhalten in sozialen Konfliktsituationen herauszuarbeiten, wenn sich mehrere Beteiligte gegenseitig beeinflussen, siehe dazu

kungen von Marktverhalten und Marktstruktur entstanden.<sup>855</sup> Diese Erkenntnisse haben die skeptische Haltung gegenüber Marktmacht wieder gestärkt und legen eine differenziertere Bewertung wettbewerbsbeschränkender Sachverhalte nahe, als dies die Vertreter der „Chicago School“ propagieren.<sup>856</sup> Die Arbeiten weisen insoweit darauf hin, dass gerade in Oligopolen die Möglichkeiten zu wettbewerbsbeschränkendem Verhalten größer sind als bislang angenommen.<sup>857</sup> Die praktische Wettbewerbspolitik entscheidet sich in diesem Zusammenhang jedoch stärker am konkreten Einzelfall. Die Wirkungen von Fusionen oder wettbewerbsbeschränkendem Verhalten etwa sind auf Basis einer spezifischen Fallanalyse unter Wohlfahrtsgesichtspunkten zu bewerten.<sup>858</sup> Bisher ist in diesem Zusammenhang die Forderung nach Entflechtung nicht erhoben worden. Sofern man die Erkenntnisse jedoch auf Entflechtung übertragen will, so wären Entflechtungsmaßnahmen jedenfalls grundsätzlich zulässig, sofern eine umfassende Analyse im Einzelfall eine entsprechende wohlfahrtssteigernde Wirkung belegt.<sup>859</sup> Es gilt deshalb, die weiteren Entwicklungen abzuwarten. Weiter ausdifferenzierte Analysen über die Wirkungen von Marktstruktur und Marktverhalten könnten gerade in der empirischen Diskussion um den Nutzen von Entflechtungsmaßnahmen an Bedeutung gewinnen.

### III. Zwischenergebnis

Die Grundlagendiskussionen um Wettbewerb und seinen Schutz lassen sich nicht abschließend, abstrakt entscheiden. Die Auseinandersetzungen gehen in ihrer Dimension weit über den Streit um Entflechtung hinaus. Jede strukturorientierte Kartellrechtspolitik steht unter dem Vorbehalt, dass sich ihre Wirksamkeit empirisch nicht beweisen lässt.<sup>860</sup> Die Vor-

---

*Tirole*, Industrieökonomik, S. 4, 945 ff.; *Fudenberg/Tirole*, Game Theory (1991); *Holler/Illing*, Einführung in die Spieltheorie (2003); zur Definition, siehe *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, S. 36 f.; MüKo-EuWettbR/*Kerber/Schwalbe*, Einl. Rn. 1038 ff.

<sup>855</sup> Siehe *Tirole*, Industrieökonomik, S. 945 ff.; zu Befunden, nach denen sich bei homogenen Produkten zunehmend auch ein Marktmachtproblem bei einem einzelnen Unternehmen mit hohen Marktanteilen feststellen lässt, siehe *I. Schmidt*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S. 101 f.

<sup>856</sup> MüKo-EuWettbR/*Kerber/Schwalbe*, Einl. Rn. 1038 ff., 1046; *Baker*, Journal of Economic Perspectives 13 (1999), 181, 182 ff.

<sup>857</sup> Ausführlich *Tirole*, Industrieökonomik, S. 447 ff.

<sup>858</sup> Vgl. dazu im Rahmen der Fusionskontrolle *Hofer/Williams/Wu*, WuW 2005, 155, 162.

<sup>859</sup> Ähnlich im Bezug auf die allgemeine Ausrichtung der Wettbewerbspolitik MüKo-EuWettbR/*Kerber/Schwalbe*, Einl. Rn. 1050.

<sup>860</sup> So bereits *Möschel*, Entflechtung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 49.

stellung von wettbewerblichen Marktformen setzt ein Wissen voraus, das letztlich niemand hat.<sup>861</sup> Die Entscheidung für Entflechtung trifft der Gesetzgeber deshalb unter Unsicherheit und mit begrenztem Wissen.<sup>862</sup> Die Annahme könnte theoretisch und praktisch falsch sein, dass sich die Wettbewerbssituation nach Entflechtungsmaßnahmen verbessert. Diese Unsicherheit gilt es zu akzeptieren, wenn die Diskussion über einen empirischen Grundlagenstreit hinausführen soll. Die Auswirkungen von Entflechtungen lassen sich daher nur mit Wahrscheinlichkeiten auf Grundlage verschiedener Modelle abschätzen. Dabei postulieren die unterschiedlichen Wettbewerbskonzepte lediglich, wie Wettbewerb verstanden und geschützt werden soll, nicht jedoch, was Wettbewerb ist.<sup>863</sup> Die Frage lautet daher nicht, ob Entflechtung ein taugliches Kartellrechtsmittel ist oder nicht, denn darauf kann es keine Antwort geben. Die grundlegende Frage lautet vielmehr, von welchem Wettbewerbsverständnis sinnvollerweise auszugehen ist, und danach richtet sich die Bewertung des Instruments der Entflechtung.

Für ein wohlfahrtsökonomisches Verständnis von Wettbewerb und für die Zulässigkeit von Entflechtung spricht, dass eine Strukturkontrolle im Allgemeinen und die Entflechtung im Besonderen in vielen Konzepten Bestandteile praktischer Wettbewerbspolitik sind. Die Fusionskontrolle basiert wie § 41a GWB-RefE auf dem Gedanken, dass sich Wettbewerb auch durch Marktstrukturen steuern lässt. In diesem Zusammenhang bedarf es jedoch keiner abschließenden Stellungnahme zu einzelnen Ansätzen innerhalb der Wettbewerbspolitik oder zum systemtheoretischen Wettbewerbskonzept als Idealtyp. Konzeptionen, die auf der Wettbewerbsfreiheit aufbauen, sind auch bei der Entscheidung für ein Entflechtungsinstrument nicht zwangsläufig ablehnend zu bewerten. Es mag sein, dass Wettbewerb ein selbstregulierender Prozess ist, in dem Marktmacht entsteht und wieder zerfällt.<sup>864</sup> Durch einen staatlichen Eingriff geschieht die Erosion von Marktmacht jedoch wesentlich schneller.<sup>865</sup> Deshalb kann es dahingestellt bleiben, ob sich die herbeigeführten Veränderungen der Marktstruktur nicht ohnehin auch langfristig eingestellt hätten. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit wird unter dieser Vor-

---

<sup>861</sup> *Knöpfle*, Die Problematik der Zusammenschlusskontrolle nach dem GWB, S. 17; *Bach*, in: FS Möschel, S. 40.

<sup>862</sup> So bereits *Möschel*, Entflechtung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 50.

<sup>863</sup> Siehe dazu Teil 2 § 2 A I 4; allgemein dazu *W. Ott*, Der Rechtspositivismus, S. 158 ff.; *Künzler*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit, S. 284.

<sup>864</sup> Dazu *Cox/Hübener*, Wettbewerb, S. 28; *Möschel*, in: FS Pfeiffer, S. 714; *Herdzina*, Wettbewerbspolitik, S. 108.

<sup>865</sup> Ausführlich *Möschel*, Entflechtung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 49 f.

aussetzung davon ausgegangen, dass das Instrument der Entflechtung grundsätzlich wettbewerbspolitisch zulässig ist. Inwieweit eine Entflechtungsregelung allerdings dem normativen Ansatz des GWB entspricht, beurteilt sich hingegen nach dem Wettbewerbsverständnis des Gesetzgebers. Im Folgenden gilt es deshalb, das deutsche Kartellrecht unter wettbewerbspolitischen Aspekten zu untersuchen.

## B. Wettbewerbspolitische Untersuchung des GWB

Das GWB verzichtet bewusst auf eine Definition von Wettbewerb, sondern setzt den Begriff voraus.<sup>866</sup> Folglich konzipiert das Gesetz nicht selbst eine bestimmte Vorstellung von Wettbewerb. Deshalb ist im Folgenden zu überprüfen, inwieweit der Gesetzgeber seine Kartellrechtspolitik normativ an einem bestimmten wettbewerbspolitischen Konzept ausrichtet. Anschließend werden daraus Rückschlüsse gezogen, bis zu welchem Grad Entflechtungsmaßnahmen nach dem GWB zulässig sind. Die Einführung von § 41a GWB-RefE im GWB wäre jedenfalls dann ablehnend zu beurteilen, wenn das Gesetz eine wettbewerbspolitische Fundierung aufweist, die der vorgeschlagenen Regelung entgegensteht. Dabei gilt es zwischen dem GWB von 1958 und den novellierten Fassungen zu unterscheiden.

## I. Vollkommene Konkurrenz als Leitbild des GWB

Der Regierungsentwurf zum GWB aus dem Jahr 1957 sah das Ziel des Gesetzes in der „Erhaltung der vollständigen Konkurrenz in einem möglichst großen Umfang“.<sup>867</sup> Die Verfasser des Gesetzes orientierten sich folglich am ordoliberalen Bild der „vollkommenen Konkurrenz“.<sup>868</sup> Im GWB von 1958 fehlen Entflechtungsregelungen jedoch ebenso wie fusionskontrollrechtliche Vorschriften.<sup>869</sup> Das Gesetz aus dem Jahr 1958 be-

<sup>866</sup> Reg.Begr. zum Entwurf eines GWB, 2. Wahlperiode, BT-Drs. 1158, S. 31.

<sup>867</sup> Reg.Begr. zum Entwurf eines GWB, 2. Wahlperiode, BT-Drs. 1158, S. 22; *Kartte/Holtschneider*, Konzeptionelle Ansätze und Anwendungsprinzipien im GWB, S. 195 ff.

<sup>868</sup> Einhellig *Bunte*, Kartellrecht, S. 5; *Emmerich*, Kartellrecht, § 1 Rn. 18; *Kartte/Holtschneider*, Konzeptionelle Ansätze und Anwendungsprinzipien im GWB, S. 210 ff.; *Bunte*, Kartellrecht, S. 5; *Wiedemann/Wiedemann*, Hdb. KartellR, § 1 Rn. 4 m.w.N.; *Rittner/Kulka*, KartellR, § 5 Rn. 26 f.; *Seiler*, Verbraucherschutz auf elektronischen Märkten, S. 268; *Thomas/Kling*, Kartellrecht, § 11 Rn. 1 ff.; *Tolksdorf*, WuW 1980, 785, 794 f.; zum Einfluss des Ordoliberalismus auf das GWB, siehe *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch, S. 61 ff.

<sup>869</sup> Vgl. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, vom 27. Juli 1957, BGBl. I Nummer 41 vom 09. August 1957, 1081 ff.; zu ordoliberalen Wettbewerbskonzept, siehe oben Teil 2 § 2 A II 4 a).

schränkt sich in § 1 darauf, Kartellverträge und Kartellbeschlüsse zu verbieten und damit lediglich das Marktverhalten von Unternehmen zu kontrollieren. Im Folgenden gilt es näher zu untersuchen, weshalb Strukturkontrollregelungen allgemein und Entflechtungsregelungen im Besonderen fehlen. Vor dem Hintergrund des Leitbildes der „vollkommenen Konkurrenz“ erscheint dies inkonsequent. Es ist schließlich gerade eine ordoliberaler Idee, den Missbrauch von Unternehmen und Konzernen durch Machtkonzentrationen mittels Monopolaufsicht und mit Entflechtung zu bekämpfen.<sup>870</sup>

### 1. Entflechtung im Gesetzgebungsverfahren

Das Gesetzgebungsvorhaben gilt als eines der kontroversesten überhaupt.<sup>871</sup> Zwischen dem Regierungsentwurf aus dem Jahr 1952 und seiner Verabschiedung im Jahr 1957 vergingen fünf Jahre.<sup>872</sup> Die staatsrechtliche Situation führte dazu, dass der Gesetzgeber – neben dem üblichen Einfluss von Interessenverbänden – auch dem Druck der Alliierten ausgesetzt war. Die äußersten Flügel bei der Auseinandersetzung bildeten die deutsche Industrie einerseits und die US-amerikanische Besatzungsmacht andererseits.<sup>873</sup> Das Verfahren war deshalb maßgeblich vom Bemühen geprägt, die beteiligten Interessen auszugleichen. Entflechtung und Fusionskontrolle waren durchaus Gegenstand des Gesetzgebungsverfahrens.

#### a) Entwurf für das Verwaltungsamt für Wirtschaft

Bevor der Auftrag der Alliierten erging, ein deutsches Kartellrecht zu entwerfen, hatte der sog. „Josten-Ausschuss“ für das Verwaltungsamt für Wirtschaft begonnen, einen umfassenden Entwurf auszuarbeiten.<sup>874</sup>

<sup>870</sup> Siehe oben Teil 2 § 2 A II 4 a); *Murach-Brand*, Antitrust auf deutsch, S. 190 f., 219 f.

<sup>871</sup> *Murach-Brand*, Antitrust auf deutsch, S. 203 ff.; *Robert*, Konzentrationspolitik in der Bundesrepublik, S. 186 ff.; *Kartte/Holtschneider*, Konzeptionelle Ansätze und Anwendungsprinzipien im GWB, S. 207 ff.

<sup>872</sup> Ausführlich mit einer Darstellung der Referentenentwürfe ab dem Jahr 1949, siehe *Robert*, Konzentrationspolitik in der Bundesrepublik, S. 122 ff.

<sup>873</sup> Analysen und Darstellungen dazu bei *Murach-Brand*, Antitrust auf deutsch, S. 203 ff.; *Robert*, Konzentrationspolitik in der Bundesrepublik, S. 186 ff.; *Kartte/Holtschneider*, Konzeptionelle Ansätze und Anwendungsprinzipien im GWB, S. 207 ff.

<sup>874</sup> Ausführlich zur geschichtlichen Entwicklung und der ordoliberalen Fundierung, siehe *Murach-Brand*, Antitrust auf deutsch, S. 101 ff.; *Günther*, in: FS Böhm, S. 183 ff.



Der sog. Josten-Entwurf enthielt ein umfassendes Kartellverbot und Entflechtungsregelungen.<sup>875</sup>

(1) Grundzüge des Josten-Entwurfs

Beide Instrumente sah der genannte Entwurf als Teilbereiche der gleichen Aufgabe: wirtschaftliche Macht zu beseitigen.<sup>876</sup> Nach dem Josten-Entwurf muss sich der Staat mit dem Problem wirtschaftlicher Macht als Ganzes auseinandersetzen, das heißt gleichzeitig und nach einheitlichen Grundsätzen. Dahinter steht die Vorstellung, dass es unlogisch und volkswirtschaftlich gefährlich ist, nur bestimmte Formen, unter denen wirtschaftliche Macht sich bildet oder betätigt, zu verbieten, im übrigen aber nur die Symptome und nicht die Ursachen zu behandeln.<sup>877</sup> Eine solche bloße symptomatische Behandlung sahen die Mitglieder des Josten-Ausschusses in einer Beschränkung des Gesetzes auf Kartelle und „solche Marktbetätigungen“.<sup>878</sup> Nach Ansicht der Ausschussmitglieder würde jede unterschiedliche Behandlung verschiedener Formen von Macht zu einem Ausweichen der Wirtschaft in die begünstigte Form liegen und damit zu Veränderungen aus wirtschaftsfremden Gründen.<sup>879</sup>

(2) Gründe für das Scheitern des Josten-Entwurfs

Der Josten-Entwurf scheiterte im Wesentlichen am Widerstand von drei Gruppen: der alliierten Militärbehörden, der Wirtschaft und der Ministerialbürokratie.<sup>880</sup> Die Alliierten wendeten sich gegen die Entflechtungsregelung sowie das nahezu absolute Kartellverbot.<sup>881</sup> Ausschlaggebend waren nicht etwa wettbewerbstheoretische Gründe gegen Entflechtung.

---

<sup>875</sup> Siehe §§ 7 ff., 15 ff. des Entwurfs zu einem Gesetz zur Sicherung des Leistungswettbewerbs und zu einem Gesetz über das Monopolamt, Frankfurt am Main 1949 (im Folgenden abgekürzt als: Josten-Entwurf).

<sup>876</sup> Siehe Stellungnahme des Sachverständigen-Ausschusses zu einigen grundsätzlichen Fragen der deutschen Monopolgesetzgebung, in: Josten-Entwurf, S. 119 f.

<sup>877</sup> Vgl. Günther, in: FS Böhm, S. 201 m.w.N.

<sup>878</sup> Vgl. Stellungnahme des Sachverständigen-Ausschusses zu einigen grundsätzlichen Fragen der deutschen Monopolgesetzgebung, in: Josten-Entwurf, S. 120.

<sup>879</sup> Vgl. Stellungnahme des Sachverständigen-Ausschusses zu einigen grundsätzlichen Fragen der deutschen Monopolgesetzgebung, in: Josten-Entwurf, S. 120.

<sup>880</sup> Ausführlich dazu Günther, in: FS Böhm, S. 185 ff.; *Kartte/Holtschneider*, Konzeptionelle Ansätze und Anwendungsprinzipien im GWB, S. 203 ff.; *Murach-Brand*, Antitrust auf deutsch, S. 110 ff.; *Nörr*, Die Leiden des Privatrechts, S. 180 ff.

<sup>881</sup> Die Alliierten hatten den Ausschuss angewiesen, keine Entflechtungsregelungen aufzunehmen und an die sonstigen Regelungen in Kapitel V (Beseitigungen handels-hemmender Kartellvereinbarungen) der „Havanna-Charta für eine internationale Handelsorganisation“ anzulehnen, siehe das Memorandum des Zwei-Mächte-Kontrollamtes (BICO) vom 29. März 1949; zum Ganzen Günther, in: FS Böhm, S. 198 f.; *Murach-Brand*, Antitrust auf deutsch, S. 111; *Kartte/Holtschneider*, Konzeptionelle Ansätze und Anwendungsprinzipien im GWB, S. 203.