

Teil 3: Missbrauchsunabhängige Entflechtung im Vereinigten Königreich

Im folgenden Teil 3 der Arbeit wird die missbrauchsunabhängige Entflechtung im Vereinigten Königreich in den Blick genommen. Dazu wird zunächst die Entwicklung des wettbewerbspolitischen Leitbildes im Vereinigten Königreich unter besonderer Berücksichtigung der Bewertung von Machtkonzentrationen und Entflechtungen dargestellt (A.), bevor die missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz gem. sec. 161 para. 3 EA02 detailliert untersucht wird (B.). Im Anschluss daran werden praktische Anwendungsfälle der missbrauchsunabhängigen Entflechtung im Vereinigten Königreich betrachtet (C.). Abschließend werden die Erkenntnisse des dritten Teils in einem Fazit (D.) zusammengefasst. 413

A. Machtkonzentration und Entflechtung als Gegenstand britischer Wettbewerbspolitik

Die Entwicklung der wettbewerbspolitischen Debatte im Vereinigten Königreich lässt sich grob in zwei Phasen unterteilen: 414

- Bis ungefähr zur Jahrtausendwende bestand ein uneinheitliches Wettbewerbsrechtsregime mit vielfältigen Regelungsansätzen, die sich überwiegend am Leitbild des öffentlichen Interesses (*public interest*) orientierten (I.).
- Eine Vereinheitlichung und verstärkte Ausrichtung am effektiven Wettbewerb erfolgte erst mit dem Competition Act 1998 sowie dem Enterprise Act 2002 (II.).

I. Fragmentiertes Wettbewerbsrechtsregime bis zur Jahrtausendwende

- 415 Die Entwicklung des britischen Wettbewerbsrechts erfolgte nur holprig und teilweise planlos.⁸⁵⁸ So bestanden bis zum Inkrafttreten des Competition Act 1998 (für die Hauptregelungen war dies am 01.03.2000 der Fall⁸⁵⁹) mehrere parallele, sich teilweise überlappende Wettbewerbsrechtsregime, was ab den 1980er-Jahren zunehmend als wenig zufriedenstellender und für die von den Regeln betroffenen Geschäftsleute nicht verständlicher Zustand angesehen wurde.⁸⁶⁰ Im Einzelnen bestanden diese Regelungen aus:
- der *common law doctrine of undue restraint of trade* (1.),
 - *statutory law* über Monopole und Fusionen bzw. Wettbewerbsbeschränkungen und Preisbindungen der zweiten Hand (2.) sowie
 - dem Wettbewerbsrecht der Europäischen Gemeinschaften (3.).
- 416 Im Hinblick auf die für diese Untersuchung relevanten Elemente wird unter 4. eine schlussfolgernde Bewertung des fragmentierten Wettbewerbsrechtsregimes vorgenommen.

1. Common law

- 417 Bis 1948 war das Wettbewerbsrecht im Vereinigten Königreich ausschließlich durch richterrechtliches *common law* geprägt.⁸⁶¹ Besonders relevant

858 So Slot/Farley, Competition Law, S. 165: „stuttering (and even haphazard)“. Ähnlich Scott, in: Mehta, Evolution of Competition Laws, S. 190: „In contrast, from the mid twentieth century onwards there was no shortage of legislative intervention in this domain. What this activism lacked, however, was any consistent sense of a coherent underpinning rationale.“ Vgl. auch Wilks, Public Interest, S. 25: „The policies did not grow from a clear design or a policy vision. They were not forged in a furnace of public outrage (as in the United States); they were not imposed as part of the fruits of victory (as in Japan and, partially, Germany); neither were they conceived as part of a vision of political and economic integration (as with the European Economic Community (EEC)). Instead British policy emerged incrementally and piecemeal [...]“.

859 Whish/Bailey, Competition Law, S. 58.

860 Lever, British Competition Law, S. 1. Vgl. dazu auch Scott, in: Mehta, Evolution of Competition Laws, S. 191: „[B]y the mid-1990s it could fairly be stated that British competition law was in urgent need of a consistent and coherent underpinning“ bzw. Wilks, Public Interest, S. 35: „The accumulation of Acts had produced by 1997 a very complex and unsatisfactory state of affairs. We can review developments to see how this tottering pile of legislative provisions came to be erected.“

861 Das *common law* ist allerdings – im Gegensatz zum *statutory law* des Vereinigten Königreichs – nur in England und Wales sowie mittelbar in Nordirland anwendbar,

war dabei die Doktrin der unangemessenen Wettbewerbsbeschränkungen (*common law doctrine of undue restraint of trade* bzw. *doctrine on restraint of trade*), die auch den US-amerikanischen Sherman Act von 1890 beeinflusste und bis heute Teil des Rechts im Vereinigten Königreich ist.⁸⁶² Als Ausgangspunkt der Doktrin wird gemeinhin der *Dyer's Case*⁸⁶³ aus dem Jahr 1414 angesehen.⁸⁶⁴ In diesem Fall versuchte der Kläger eine vertragliche Verpflichtung durchzusetzen, wonach der Beklagte für sechs Monate kein Gewerbe in der gleichen Stadt betreiben sollte. Der Richter hielt die Vereinbarung für nichtig.

Inhaltlich besagt die *doctrine on restraint of trade* in ihrer heutigen 418 Gestalt, dass vertragliche Beschränkungen des Geschäftsverhaltens gegenüber Dritten unwirksam sind, soweit sie nicht durch vernünftige Gründe gerechtfertigt werden.⁸⁶⁵ Ob solche Gründe vernünftig sind, bestimmt sich dabei sowohl anhand des Parteiwillens als auch des öffentlichen Interesses (*public interest*).⁸⁶⁶ Die Rechtsfolge einer ungerechtfertigten Beschränkung liegt indes nur in ihrer Nichteinklagbarkeit, Dritte können sich nicht auf sie berufen – insoweit ist der (ohne durch *statutory law* weitgehend verdrängte) praktische Anwendungsbereich der Doktrin insbesondere auf Vertragsverhältnisse beschränkt, die mangels gesamtwirtschaftlicher Bedeutung keinen Anwendungsfall des modernen Wettbewerbsrechts darstellen.⁸⁶⁷ Außerhalb von Vertragsverhältnissen stattfindendes Verhalten, z.B. Marktmachtmisbrauch, ist von vornherein nicht umfasst.⁸⁶⁸ Die Doktrin stand so auch einer weitgehenden Kartellierung und Monopolisierung der britischen Industrie insbesondere ab den 1930er-Jahren nicht entgegen.⁸⁶⁹

nicht hingegen in Schottland (vgl. *Scott*, in: *Mehta*, Evolution of Competition Laws, Fn. 1).

862 *Lever*, British Competition Law, S. 2.

863 Yearbook 2 Henry V, folio number 5, plea number 26.

864 Vgl. nur *Lua*, Public Interest, S. 44; *Scott*, in: *Mehta*, Evolution of Competition Laws, S. 191 m.w.N.

865 *Scott*, in: *Mehta*, Evolution of Competition Laws, S. 191.

866 *Nordenfelt v Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co. Ltd* [1894] AC 535; *Mason v Provident Clothing & Supply Co* [1913] AC 724.

867 Vgl. *Lever*, British Competition Law, S. 3 f.; *Scott*, in: *Mehta*, Evolution of Competition Laws, S. 191 f.

868 *Lever*, British Competition Law, S. 4.

869 Vgl. *Mercer*, Competitive Order, S. 8 ff., 36 ff.

2. Statutory law

- 419 Ergänzend zum richterrechtlichen *common law* trat ab 1948 vielfältiges geschriebenes Gesetzesrecht (*statutory law*) auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts hinzu. Bis 1997 waren – einschließlich des sektorspezifischen Regulierungsrechts – nicht weniger als 21 verschiedene Wettbewerbsgesetze erlassen worden, von denen zu diesem Zeitpunkt 16 noch in Kraft waren.⁸⁷⁰ Auf dem Gebiet des allgemeinen Wettbewerbsrechts lassen sich zwei Linien der Gesetzgebung unterscheiden:⁸⁷¹
- die Monopol- und Fusionsgesetzgebung (a) und
 - die Gesetzgebung zu Wettbewerbsbeschränkungen und zur Preisbindung der zweiten Hand (b).
- 420 Beide Gesetzgebungslinien rekurrten maßgeblich auf den Begriff des öffentlichen Interesses (*public interest*) als wettbewerbspolitisches Leitbild.⁸⁷² Die praktischen Implikationen dieses Ansatzes werden unter (c) dargestellt.

a) Monopol- und Fusionsgesetzgebung

- 421 Die Monopol- und Fusionsgesetzgebung betrifft in besonderer Weise die Frage der Beurteilung wirtschaftlicher Machtkonzentrationen und ihrer Entflechtung im Vereinigten Königreich. Ihre Entwicklung lässt sich in Grundzügen anhand des Monopolies and Restrictive Practices (Inquiry and Control) Act 1948 (aa), des Monopolies and Mergers Act 1965 (bb) sowie des Fair Trading Act 1973 (cc) nachvollziehen.

aa) Monopolies and Restrictive Practices (Inquiry and Control) Act 1948

- 422 1948 wurde mit dem Monopolies and Restrictive Practices (Inquiry and Control) Act (MRPA48) erstmals im Vereinigten Königreich *statutory law* auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts erlassen.⁸⁷³ Bis zu diesem Zeitpunkt begrüßte und förderte die Regierung die Bildung von Monopolen und Kar-

870 Eine Übersicht findet sich bei *Wilks*, Public Interest, S. 35.

871 Zu dieser Aufteilung vgl. *Lever*, British Competition Law, S. 4 ff., 14 ff.

872 Zu einer ausführlichen Herleitung des Leitgedankens seit dem Mittelalter siehe *Lua*, Public Interest, S. 35 ff.

873 Ausführlich zur Entstehung des MRPA48: *Mercer*, Competitive Order, S. 83 ff.

tellen eher.⁸⁷⁴ Denn für die ökonomischen Probleme der Zwischenkriegsjahre wurde auch der angeblich zerstörerische Wettbewerb („*cut-throat competition*“) verantwortlich gemacht.⁸⁷⁵ Auch der MRPA48 verfolgte weniger den Zweck der Förderung des freien Wettbewerbs als vielmehr der Orientierung wirtschaftlicher Macht an gesamtgesellschaftlichen Interessen.⁸⁷⁶ Insbesondere sollte das Ziel der Vollbeschäftigung erreicht werden.⁸⁷⁷

Der MRPA48 richtete sich daher nicht per se gegen Monopole und wettbewerbsbeschränkende Praktiken, sondern anerkannte auch deren möglichen Nutzen.⁸⁷⁸ Er verlieh der Regierung allerdings die Befugnis, Ermittlungen durch die neu geschaffene Monopolies and Restrictive Practices Commission anzuordnen, soweit der Verdacht bestand, dass bestimmte Praktiken in einer Monopolsituation gegen das *public interest* verstoßen (vgl. sec. 6 para. 1 lit. b) RTPA48). Eine überprüfbare Monopolsituation wurde ab einem Marktanteil von einem Drittel angenommen (sec. 3 ff. RTPA48). Die für die Beurteilung der Marktanteile erforderlichen statistischen Erkenntnisse lagen regelmäßig bereits vor, sodass es sich bei der Feststellung des Vorliegens einer Monopolsituation meist nur um eine Formalie handelte und der Schwerpunkt der Prüfung den Verstoß gegen das *public interest* betraf.⁸⁷⁹ 423

Insoweit besteht eine gewisse Ähnlichkeit zur heute verbreiteten Marktmachtmissbrauchsaufsicht (Rn. 143 f.), allerdings unter Anknüpfung an eine rein quantitative Definition von Monopolen. Kritisch daran ist zu sehen, dass das Vorliegen einer Monopolsituation im Sinne der Rechtsnormen „weder ein Monopol im ökonomischen Sinne noch eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des europäischen oder deutschen Kartellrechts“ darstellte, sondern, „auf einer rein formalen Ebene definiert, einerseits bedeutsame Konstellationen nicht erfaßt[e], während andererseits irrelevante Marktpositionen in den Geltungsbereich [...] fallen, ohne daß daraus 424

874 Ebenroth/Durach, Wettbewerbs- und Kartellrecht Großbritanniens, Rn. 2.

875 Morgan, Competition Policy, S. 1.

876 Scott, in: Mehta, Evolution of Competition Laws, S. 192.

877 Wilks, Public Interest, S. 10.

878 Vgl. Wilks, Public Interest, S. 24: „*The British vocabulary talked similarly of ‘monopolies’ and ‘restrictive trade practices’ but it did not regard them as unlawful and was not ‘anti’ anything. Indeed, although nowadays these terms have become pejorative, the normative coloration was more muted in the 1940s when both monopoly and restrictive practices had proved their worth in responding to depression and mobilising for war.*“

879 Morgan, Competition Policy, S. 8.

Rückschlüsse auf das ‚public interest‘ oder mögliche Beschränkungen des Wettbewerbs gezogen werden können.“⁸⁸⁰

425 Das *public interest* als zentraler Bewertungsmaßstab wurde in sec. 14 MRPA48⁸⁸¹ durch eine weite, nicht abschließende Aufzählung definiert. Demnach waren für die Beurteilung eines möglichen Verstoßes gegen das *public interest* alle möglicherweise relevanten Umstände, insbesondere gesamtwirtschaftliche Erwägungen, zu berücksichtigen. Dass Wettbewerb als solcher erstrebenswert ist, fand dagegen keine Erwähnung.⁸⁸² Dieser extrem weite Anwendungsbereich ermöglichte es der Regierung, faktisch jeden Wirtschaftszweig und jedes unternehmerische Verhalten zu untersuchen, soweit die Aufgreifschwelle überschritten wurden.⁸⁸³

426 Der MRPA48 sah zwar nur begrenzte Durchsetzungskompetenzen vor, was ihm den Vorwurf einbrachte, ein „*impossibly weak piece of legislation*“⁸⁸⁴ zu sein. Die auf seiner Grundlage erfolgten Untersuchungen förderten aber dennoch das wettbewerbliche Problembewusstsein, insbesondere im Hinblick auf die Gefahren von Monopolstellungen.⁸⁸⁵ Auch das im

880 Ebenroth/Durach, Wettbewerbs- und Kartellrecht Großbritanniens, Rn. 58.

881 „In determining whether any conditions to which this Act applies or any things which are done by the parties concerned as a result of, or for the purpose of preserving, any conditions to which this Act applies, operate or may be expected to operate against the public interest, all matters which appear in the particular circumstances to be relevant shall be taken into account and, amongst other things, regard shall be had to the need, consistently with the general economic position of the United Kingdom, to achieve— (a) the production, treatment and distribution by the most efficient and economical means of goods of such types and qualities, in such volume and at such prices as will best meet the requirements of home and overseas markets; (b) the organisation of industry and trade in such a way that their efficiency is progressively increased and new enterprise is encouraged; (c) the fullest use and best distribution of men, materials and industrial capacity in the United Kingdom; and (d) the development of technical improvements and the expansion of existing markets and the opening up of new markets.“

882 Lever, British Competition Law, S. 9.

883 Vgl. Lever, British Competition Law, S. 11: „At least in part because of the lack of focus of the legislation itself, almost anything that a scale monopolist did or that a merged undertaking might do was liable to be questioned and condemned on the ground that it might have an adverse impact on some aspect of the public interest in its widest sense. And this despite the fact that a body in the position of the MMC was at least almost as likely to get the answer wrong as it was to get it right if it cast its net so widely.“

884 Wilks, Public Interest, S. 32.

885 Scott, in: Mehta, Evolution of Competition Laws, S. 192 f. Weitsichtig insoweit schon Jewkes, 1 The Journal of Law & Economics 1958, S. 8: „When the time arrives at which it becomes possible to make a final assessment of what was done under the

MRPA48 erstmals kodifizierte *public interest*-Konzept bestimmte die Wettbewerbspolitik der folgenden Jahrzehnte im Vereinigten Königreich maßgeblich, worin einer der wichtigsten Unterschiede zum kontinentaleuropäischen Wettbewerbsrecht lag.⁸⁸⁶

bb) Monopolies and Mergers Act 1965

Mit dem Monopolies and Mergers Act 1965 (MMA65) wurde der Anwendungsbereich des MRPA48 erweitert. Insbesondere wurden Fusionen zu den Situationen hinzugefügt, die der nunmehr in Monopolies and Mergers Commission (MMC) umbenannten Kommission zur Untersuchung vorgelegt werden konnten.⁸⁸⁷ Ein zentraler Anlass für die Gesetzesinitiative war, dass 1962 eine Debatte um die geplante feindliche Übernahme von *Courtaulds* durch *Imperial Chemical Industries* – es wäre bis dato der größte Zusammenschluss im Vereinigten Königreich gewesen – entbrannte, in deren Verlauf sich die Politik eingestehen musste, der (letztlich gescheiterten) Übernahme mangels Eingriffsgrundlage machtlos gegenüberzustehen.⁸⁸⁸ In der Konsequenz wurden auch die mangelnden Durchsetzungskompetenzen unter dem MRPA48 mit dem MMA65 erweitert. Unter anderem wurde für eingetretene oder erwartete Verstöße gegen das öffentliche Interesse eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz unter Parlamentsvorbehalt eingeführt (sec. 3 paras. 6, 11 i.V.m. Schedule 2 MMA65).⁸⁸⁹

Monopolies Act of 1948, it may well prove that what was most significant was not the practical steps taken to increase competition but the increased understanding of the whole problem of monopoly arising out of the reports of the Commission and the reactions to those reports by the business community.“

886 Vgl. Ebenroth/Durach, Wettbewerbs- und Kartellrecht Großbritanniens, Rn. 6.

887 Ausführlich zu den Änderungen: Goyder, 28 *The Modern Law Review* 1965, S. 693 ff.

888 Wilks, *Public Interest*, S. 196.

889 Vgl. dazu Goyder, 28 *The Modern Law Review* 1965, S. 695: „*The Board may [...] divest businesses of assets and prohibit the consummation of mergers, either on conditions or absolutely. The Act does not state that any of the practices referred to in this section are of themselves unlawful. Many, such as the granting of discounts to large customers and the showing of preference to old-established purchasers in times of short supply, are normal and generally unobjectionable features of everyday commercial practice. It is where, however, such practices form part of a pattern of monopolistic or anti-competitive conduct that the Board of Trade may find the need to regulate or prohibit them.*“

428 Auch für die neu eingeführte Fusionskontrolle wurde als Prüfkriterium das *public interest* herangezogen, sodass alle irgendwie relevanten Informationen in die Entscheidung über die Zulässigkeit eines Zusammenschlusses einbezogen werden konnten.⁸⁹⁰ Für die Fusionskontrolle galt dabei sogar ein noch weiterer Spielraum bei der Beurteilung des öffentlichen Interesses (vgl. sec. 7 para. 10 MMA65).⁸⁹¹ Hieraus kann allerdings nicht der Schluss gezogen werden, dass ein restriktives Vorgehen gegen Großunternehmen oder Zusammenschlüsse beabsichtigt war. Vielmehr war schon die Debatte um die Einführung eines Fusionskontrollregimes von großer Zurückhaltung und Sorge um negative wirtschaftliche Konsequenzen geprägt.⁸⁹² Denn Machtkonzentrationen waren ein über Jahrzehnte gewachsenes Strukturmerkmal der britischen Wirtschaft. So stieg etwa die Konzentrationsrate in Form des Anteils der 100 größten Unternehmen an der Nettoproduktion der herstellenden Industrie von 16 % im Jahr 1909 bis 1968 auf 41 % an.⁸⁹³ Parallel hierzu brach die Zahl der Unternehmen mit zehn oder weniger Mitarbeitern zwischen 1930 und 1968 von 93.000 auf 35.000 ein.⁸⁹⁴

cc) Fair Trading Act 1973

429 Auch der wenige Jahre später in Kraft getretene Fair Trading Act 1973 (FTA73) trug nicht zu einer grundlegenden Änderung der Wettbewerbspolitik bei. Er diente vielmehr im Wesentlichen dazu, die bisherige Rechtslage zu konsolidieren.⁸⁹⁵ Im Detail gab es aber durchaus Änderungen. So wurde etwa der für Eingriffe erforderliche Marktanteil von einem Drittel auf ein Viertel abgesenkt und Oligopol-situationen wurden als *complex monopoly situations* erfasst (vgl. sec. 6 ff., 11, 64 FTA73). Der FTA73 versuchte sich auch an einer – nunmehr für die Monopolaufsicht und Fusionskontrolle einheitlichen – Konkretisierung des Begriffs des *public interest* und statuier-

890 Scott, in: Mehta, Evolution of Competition Laws, S. 196.

891 Wilks, Public Interest, S. 208.

892 Vgl. Wilks, Public Interest, S. 195 ff.

893 Prais, Giant Firms, S. 4. Zur Konzentration im Vereinigten Königreich vgl. auch die spätere Analyse aus dem Jahr 1980 von Cable, in: Prest/Coppock, UK Economy, S. 208 ff., 211: „The inescapable conclusion is that UK economic activity is relatively highly concentrated in the hands of a fairly small number of firms, and that this concentration is increasing.“

894 Prais, Giant Firms, S. 10.

895 Wilks, Public Interest, S. 172.

te in sec. 84 para. 1⁸⁹⁶ explizit wettbewerbliche Auslegungskriterien, insbesondere wirksamen Wettbewerb (*effective competition*). Gleichwohl sollten immer noch alle für relevant erachteten Umstände in die Beurteilung einbezogen werden können. Die Definition in sec. 84 para. 1 FTA73 verdeutlichte so weiterhin, „daß das britische Wettbewerbsrecht einen wichtigen Teil der Wirtschaftspolitik darstellt und nicht dem Schutz des Wettbewerbs als Institution dient“⁸⁹⁷.

Neben solchen (eher geringfügigen) Modifikationen der materiellen 430 Normen brachte der FTA73 vor allem einen bemerkenswerten Wechsel in der institutionellen Struktur mit sich: Die Marktbeobachtung und der Entwurf von Abhilfemaßnahmen wurde erstmals weitgehend in die Hände einer unabhängigen Behörde, des Office of Fair Trading (OFT) unter Vorsitz des Director General of Fair Trading (DGFT), gelegt.⁸⁹⁸ Der DGFT konnte beispielsweise gem. sec. 50 FTA73 selbständig Monopolsituationen der MMC zur Untersuchung vorlegen. Wenn die MMC den Verstoß einer Monopolsituation gegen das öffentliche Interesse annahm (sec. 49 para. 3 FTA73 sah hierfür Regelbeispiele vor), konnten sodann Abhilfemaßnahmen angeordnet werden. Dabei sollte der DGFT grundsätzlich auf eine einvernehmliche Lösung mit dem Unternehmen hinarbeiten (sec. 88 FTA73). Allerdings sah sec. 56 i.V.m. Schedule 8 FTA73 auch Zwangsmaßnahmen vor, etwa eine laufende Preisaufsicht durch das OFT.⁸⁹⁹ Die Anordnung von Zwangsmaßnahmen wurde gem. sec. 56 para. 2 FTA73

896 „In determining for any purposes to which this section applies whether any particular matter operates, or may be expected to operate, against the public interest, the Commission shall take into account all matters which appear to them in the particular circumstances to be relevant and, among other things, shall have regard to the desirability— (a) of maintaining and promoting effective competition between persons supplying goods and services in the United Kingdom; (b) of promoting the interests of consumers, purchasers and other users of goods and services in the United Kingdom in respect of the prices charged for them and in respect of their quality and the variety of goods and services supplied; (c) of promoting, through competition, the reduction of costs and the development and use of new techniques and new products, and of facilitating the entry of new competitors into existing markets; (d) of maintaining and promoting the balanced distribution of industry and employment in the United Kingdom; and (e) of maintaining and promoting competitive activity in markets outside the United Kingdom on the part of producers of goods, and of suppliers of goods and services, in the United Kingdom.“

897 Ebenroth/Durach, Wettbewerbs- und Kartellrecht Großbritanniens, Rn. 9. Ähnlich Lua, Public Interest, S. 202 ff.

898 Scott, in: Mehta, Evolution of Competition Laws, S. 196. Vgl. dazu sec. 2 FTA73.

899 Zur Preisaufsicht gem. Schedule 8 para. 10 FTA73 vgl. Morgan, Competition Policy, S. 15.

vom zuständigen Minister erlassen, die MMC hatte diesbezüglich nur beratende Funktion (sec. 5 i.V.m. Schedule 3 FTA73). Im Einzelfall kam es auf dieser Grundlage auch zu (missbrauchsunabhängigen) Entflechtungsanordnungen (vgl. Schedule 8 para. 14 FTA73 sowie unten Rn. 521 ff.).⁹⁰⁰ Diese Kompetenz wurde zwar eigentlich zum Zwecke der nachträglichen Fusionskontrolle eingeführt, war aber auch auf Monopol- bzw. Oligopol-situationen anwendbar.⁹⁰¹

- 431 Bei der weiterhin stark politisierten Fusionskontrolle hatte der zuständige Minister gem. sec. 64 para. 1 FTA73 die ausschließliche Zuständigkeit für die Vorlage an die MMC. Jedoch beriet der DGFT gem. sec. 76 lit. (b) FTA73 den Minister dahingehend, welche Fälle dieser der MMC vorlegen sollte. Dieser folgte in der Regel den Empfehlungen des DGFT.⁹⁰² Insgesamt zeichnete sich auch das neue Monopol- und Fusionskontrollregime des FTA73 durch ein hohes Level an administrativem und politischem Ermessen aus.⁹⁰³ Ab den sog. *Tebbit*-Guidelines von 1984 (Rn. 441) wurde dieses Ermessen zunehmend dahingehend ausgeübt, dass das *public interest* maßgeblich anhand von Wettbewerbsaspekten zu beurteilen war.

b) Gesetzgebung zu Wettbewerbsbeschränkungen und zur Preisbindung der zweiten Hand

- 432 Die zweite Gesetzgebungslinie des wettbewerblichen *statutory law* vor dem Inkrafttreten von Competition Act 1998 und Enterprise Act 2002 betraf Wettbewerbsbeschränkungen und die Preisbindung der zweiten Hand:
- 433 Mit dem Restrictive Trade Practices Act von 1956 (RTPA56) wurden strengere Regeln für Wettbewerbsbeschränkungen aufgestellt, während Monopole zunächst weiterhin nur den relativ laxen Regelungen des MRPA 1948 unterlagen.⁹⁰⁴ Rechtstechnisch wurden bestimmte Formen der Kooperation zwischen Unternehmen, z.B. Preisabreden, anmeldepflichtig (vgl. sec. 6 para. 1, sec. 9 para. 1 RTPA56). Dem System lag die gesetzliche Vermutung zugrunde, dass angemeldete Vereinbarungen gegen das *public*

900 Die für missbrauchsunabhängige Entflechtungen gem. FTA73 hauptsächlich relevanten Normen sind im Anhang dieser Arbeit wiedergegeben, siehe unten S. 449 ff.

901 *Ebenroth/Durach*, Wettbewerbs- und Kartellrecht Großbritanniens, Rn. 175.

902 *Wilks*, Public Interest, S. 218.

903 *Graham*, 67 The Modern Law Review 2004, S. 274.

904 *Wilks*, Public Interest, S. 38.

interest verstoßen und somit rechtswidrig und nicht vollziehbar sind.⁹⁰⁵ Allerdings stand Unternehmen in bestimmten Fällen, sog. *gateways*, der Beweis offen, dass eine spezifische Form der Kooperation nicht gegen das *public interest* verstößt (sec. 21 para. 1 RTPA56). Zu entscheiden hatte darüber der Restrictive Trade Practices Court (sec. 20 para. 1 RTPA56). Dasselbe rechtstechnische Prinzip wurde später mehrfach in seinem Anwendungsbereich erweitert und ging letztlich im Restrictive Trade Practices Act 1976 auf.⁹⁰⁶

Auch die Preisbindung der zweiten Hand wurde durch den Resale Prices Act 1964 bzw. seinen gleichnamigen Nachfolger von 1976 (RPA76) dem Prinzip des RTPA 56 angepasst.⁹⁰⁷ Folglich unterlagen Preisbindungen der zweiten Hand ebenfalls der Pflicht zur Registrierung und der damit einhergehenden Vermutung der Rechtswidrigkeit, die nur im Fall von durch den Restrictive Trade Practices Court anerkannten *gateways* widerlegt werden konnte (vgl. sec. 14 RPA76). 434

c) Praktische Implikationen des public interest-Ansatzes

Die soeben dargestellte Übersicht der verschiedenen Wettbewerbsgesetze hat verdeutlicht, dass das *public interest* als das alles überragende Leitbild des britischen Wettbewerbsrechts vor der Jahrtausendwende fungierte.⁹⁰⁸ Das inhaltlich offene Konzept führte allerdings zu einer Entscheidungspraxis, deren ökonomische Fundiertheit zweifelhaft und deren Ergebnisse nur schwer vorhersehbar waren:⁹⁰⁹ 435

aa) Monopol- und Fusionsgesetzgebung

So wurde etwa in einem Bericht von 1968 ein Marktanteil des Glasherstellers *Pilkington* von über 90 % akzeptiert und dabei auf die sozial 436

905 Scott, in: Mehta, Evolution of Competition Laws, S. 194.

906 Vgl. Scott, in: Mehta, Evolution of Competition Laws, S. 194.

907 Morgan, Competition Policy S.28 f.; Scott, in: Mehta, Evolution of Competition Laws, S. 194.

908 Vgl. dazu auch Ebenroth/Durach, Wettbewerbs- und Kartellrecht Großbritanniens, S. 5 (Vorwort), wonach „das [britische] Wettbewerbs- und Kartellrecht [...] wie kaum ein anderes Rechtsgebiet von einem einzelnen Begriff dominiert wird, dem ‘public interest’“.

909 Kritisch dazu schon Rowley, 11 The Journal of Law & Economics 1968, S. 83 ff.

verantwortliche Familienführung des Unternehmens rekuriert, die einen Verstoß gegen das öffentliche Interesse unwahrscheinlich mache.⁹¹⁰ Der FTA73 versuchte sich zwar durch die neue Definition des *public interest* in sec. 84 para. 1 an einer stärkeren Betonung des Wettbewerbs (Rn. 429). Die erreichten Verbesserungen mit Blick auf das Konzept des öffentlichen Interesses waren allerdings zunächst marginal – auch weiterhin wurden zu großen Teilen nichtwettbewerbliche Faktoren berücksichtigt.⁹¹¹ So wurde etwa noch 1987 das Fusionsvorhaben *Swedish Match AB / Alleghany International Inc.* untersagt, um eine Fabrik in einem Viertel von Liverpool mit hoher Arbeitslosigkeit vor der Schließung zu schützen, und auch der drohende Übergang der Unternehmenskontrolle auf ausländische Unternehmen spielte häufig eine entscheidende Rolle im Rahmen von Fusionskontrollverfahren.⁹¹²

437 Aufgrund des inhaltlich offenen Konzepts des *public interest* waren auch die Ergebnisse von Fusionskontrollverfahren kaum vorhersehbar.⁹¹³ So konstatierte *James Fairburn* in einer Analyse der Praxis der MMC aus dem Jahr 1989 in Bezug auf die Behandlung wettbewerblicher Faktoren: „*it is hard to trace the Commission's reasoning from report to report, or even to perceive that it regards such continuity as an important matter*“⁹¹⁴. Insgesamt war aber eine große Zurückhaltung beim Verbot von Zusammenschlüssen zu erkennen.⁹¹⁵ Zwei Grundprinzipien der Fusionskontrolle lauteten stets: „*mergers are regarded with favour*“ und „*the main discipline is business self-regulation*“.⁹¹⁶

438 Auch die Monopolaufsicht wurde mit großer Zurückhaltung ausgeübt.⁹¹⁷ Monopolistische bzw. oligopolistische Strukturen als solche wurden kaum beanstandet und strukturelle Abhilfemaßnahmen nur sehr zurückhaltend

910 Kritisch dazu *Sutherland*, *Monopolies Commission in Action*, S. 13, 46 f.

911 *Scott*, in: *Mehta*, *Evolution of Competition Laws*, S. 197.

912 Vgl. dazu *Hay*, 9 *Oxford Review of Economic Policy* 2/1993, S. 3 f.

913 Vgl. *Wilks*, *Public Interest*, S. 212 f.

914 *Fairburn*, in: *Fairburn/Kay*, *Merger Policy*, S. 227.

915 Vgl. *Wilks*, *Public Interest*, S. 206: „*Merger control was therefore created as a system of exceptional intervention to pick up cases of extraordinary harm. It was not seen as a policy systematically pursuing economic or social goals.*“

916 *Wilks*, *Public Interest*, S. 205.

917 Vgl. *Walshe*, in: *Crafts/Woodward*, *British Economy*, S. 368: „*UK monopoly policy has proceeded on the basis that to reduce or even to prevent monopolization were not in themselves desirable objectives.*“

angeordnet.⁹¹⁸ Stattdessen richtete die MMC ihr Augenmerk vornehmlich auf den Abbau von Marktzugangshindernissen.⁹¹⁹ Auch im Bereich der Monopolaufsicht war aber aufgrund des breiten *public interest*-Ansatzes kaum vorhersehbar, wann die MMC eingreifen würde und wann nicht. In manchen Fällen führte dies zu ernsthaften Ungerechtigkeiten.⁹²⁰ Andererseits wurde die zurückhaltende Anwendung von Abhilfemaßnahmen, insbesondere struktureller Art, teilweise kritisch beobachtet.⁹²¹

Wirtschaftliche Machtkonzentrationen wurden bei der Anwendung der Monopol- und Fusionsgesetzgebung also häufig als im öffentlichen Interesse liegend angesehen und daher weder im Rahmen von Fusionskontrollen noch der Monopolaufsicht restriktiv behandelt. Dieser Ansatz trug weiter zu einer starken Konzentration der britischen Wirtschaft bei.⁹²² Die Konzentrationsrate pendelte sich auf einem hohen Niveau von gut 40 % ein.⁹²³

Eine (vorsichtige) Skepsis gegenüber Konzentrationstendenzen sollte erst durch den sog. *Liesner*-Bericht von 1978 hervorgerufen werden.⁹²⁴ Dieser unter Federführung des Ökonomen *Hans Liesner*⁹²⁵ erarbeitete Bericht der britischen Regierung

- stellte im Hinblick auf die Fusionskontrolle heraus, dass „... *a more critical policy towards mergers should be adopted [...] the policy should be shifted to a neutral approach, within the existing legislation and institutional framework, recognising the dangers of reduced competition and increased concentration, but also the benefits that may result from improved structure*“
- und erklärte zur Monopolaufsicht: „*A continuing programme of monopoly investigations is required. This, supplemented by a strengthening of mergers policy and new measures to deal with uncompetitive practices*

918 Vgl. *Ebenroth/Durach*, Wettbewerbs- und Kartellrecht Großbritanniens, Rn.176; *Sutherland*, Monopolies Commission in Action, S. 79; *Walshe*, in: *Crafts/Woodward*, British Economy, S. 370.

919 *Walshe*, in: *Crafts/Woodward*, British Economy, S. 370.

920 *Morgan*, Competition Policy, S. 54.

921 Vgl. *Cable*, in: *Prest/Coppock*, UK Economy, S. 214 f.; *Walshe*, in: *Crafts/Woodward*, British Economy, S. 370.

922 Vgl. *Freyer*, Regulating Big Business, S. 269, 332; *Wilks*, Public Interest, S. 27, 45.

923 Vgl. *Walshe*, in: *Crafts/Woodward*, British Economy, S. 341 f.

924 *Wilks*, Public Interest, S. 41.

925 Aufgrund seiner prägenden Rolle für die britische Wettbewerbspolitik wird dieser von *Wilks*, Public Interest, S. 299 als „*Mister Competition Policy*“ bezeichnet.

*by single firms should provide adequate means to investigate larger companies.*⁹²⁶

- 441 Der Bericht führte – gemeinsam mit einem weiteren Bericht aus dem Folgejahr⁹²⁷ – u.a. zum Erlass des Competition Act 1980 (CA80, dazu unten Rn. 448).⁹²⁸ Darüber hinaus veränderte sich auch die behördliche Praxis. So erstellte die MMC etwa allein in den beiden Jahren 1989 und 1990 so viele Berichte wie in den ersten 21 Jahren ihrer Existenz (1949-1970).⁹²⁹ Zudem erfolgte unter der 1979 ins Amt gekommenen Tory-Regierung von *Margaret Thatcher* ein allmählicher Wandel hin zu den Auswirkungen auf den Wettbewerb als zentralem Prüfkriterium des *public interest*.⁹³⁰ Als Markstein sind hier insbesondere die sog. *Tebbit-Guidelines* von 1984 zu nennen – der damalige Handelsminister *Norman Tebbit* verkündete in diesen Leitlinien: „*my policy has been and will continue to be to make references primarily on competition grounds*“⁹³¹. In wettbewerbstheoretischer Hinsicht orientierte man sich dabei allerdings vor allem an der Chicago-Schule (Rn. 85 ff.).⁹³² Wohl auch deshalb blieben Maßnahmen gegen wirtschaftliche Machtkonzentrationen die Ausnahme.

bb) Gesetzgebung zu Wettbewerbsbeschränkungen und zur Preisbindung der zweiten Hand

- 442 Obwohl das Registrierungssystem des RTPA56 (Rn. 433) zunächst begrüßt wurde, stellte sich später heraus, dass das „nebulöse“ Konzept des *public*

926 HMSO, Cmnd. 7198, S. 3.

927 HMSO, Cmnd. 7512. Dieser Bericht untersuchte den Umgang mit Wettbewerbsbeschränkungen.

928 Scott, in: *Mehta*, Evolution of Competition Laws, S. 199; *Wilks*, Public Interest, S. 298.

929 *Wilks*, Public Interest, S. 343.

930 Scott, in: *Mehta*, Evolution of Competition Laws, S. 197; *Wilks*, Public Interest, S. 24 f.

931 Zitiert nach: Scott, in: *Mehta*, Evolution of Competition Laws, S. 197; *Wilks*, Public Interest, S. 222. Eine leicht abweichende Wiedergabe findet sich bei *Morgan*, Competition Policy, S. 42: „*my policy has been and will certainly be to make references primarily on competition grounds*“. Die tatsächliche Bedeutung der *Tebbit-Guidelines* ist zwar im Einzelnen umstritten (vgl. dazu Scott, a.a.O., S. 197 sowie *Wilks*, a.a.O., S. 221 ff.), jedenfalls aber stellen sie einen markanten und viel zitierten Wendepunkt der Entwicklung hin zu einem modernen Wettbewerbsrecht im Vereinigten Königreich dar.

932 Vgl. *Willimsky*, ECLR 1997, S. 55.

interest auch im Bereich der Wettbewerbsbeschränkungen und Preisbindungen kaum vorhersehen ließ, welche Praktiken mit ihm kollidierten und welche nicht.⁹³³ Die überraschend restriktive Anwendung des RTPA56 verursachte „Schockwellen“ in der bis dato weitgehend kartellierten britischen Industrie und verdrängte bis Mitte der 1960er-Jahre die meisten Kartelle.⁹³⁴ Auch früher übliche Preisbindungsvereinbarungen verschwanden völlig.⁹³⁵ Bis Mitte der 1990er-Jahre hatte im Geltungsbereich des Restrictive Trade Practices Act das Berufen auf einen *gateway* nur in elf von knapp zehntausend Fällen Erfolg, weshalb rechtlich riskante Vereinbarungen tendenziell unterlassen wurden.⁹³⁶ Es war aber auch zu beobachten, dass Unternehmen von einer Registrierung der Kooperationen Abstand nahmen und sich zunehmend in den „Untergrund“ begaben.⁹³⁷ Dennoch blieb das Regime im Wesentlichen bis zu seiner Ablösung durch den CA98 in Kraft.⁹³⁸

cc) Schlussfolgerungen

In wettbewerblicher Hinsicht ist der Politik unter dem Leitbild des *public interest* ein zwiegespaltenes Zeugnis auszustellen. Während der Gesetzgebung zu Wettbewerbsbeschränkungen und zur Preisbindung der zweiten Hand noch ein grundsätzlich positiver Effekt auf den Wettbewerb zugestanden werden kann,⁹³⁹ zeigte die hier vorwiegend interessierende Monopol- und Fusionsgesetzgebung kaum Wirkung.⁹⁴⁰ So kamen zwei Studien zur Arbeit der MMC in den Jahren 1959-1973 und 1973-1995 übereinstimmend

933 Scott, in: Mehta, Evolution of Competition Laws, S. 195.

934 Wilks, Public Interest, S. 31, 37.

935 Morgan, Competition Policy, S. 29, 54.

936 Ebenroth/Durach, Wettbewerbs- und Kartellrecht Großbritanniens, Rn. 15.

937 Scott, in: Mehta, Evolution of Competition Laws, S. 195.

938 Vgl. sec. 1(b) CA98, wonach der CA98 u.a. den Restrictive Trade Practices Act 1976 ersetzt.

939 Vgl. Morgan, Competition Policy, S. 53 f.; Walshe, in: Crafts/Woodward, British Economy, S. 364 m.w.N.

940 Explizit zu strukturellen Abhilfemaßnahmen: Yarrow, in: Beesley, Regulating Utilities, S. 36: „In the past, however, structural remedies have been used sparingly and, outside of the regulated industries, I think it is fair to say, without any obvious record of success.“

zu folgendem Ergebnis: „*The evidence [...] suggests that the Monopolies Commission had only a minor impact on the competitive process.*“⁹⁴¹

- 444 In einer weiteren Analyse von 1991 konstatierte J. G. Walshe, dass „*there was little evidence to suggest that competition [...] intensified. The main discernible effect was to enable many industries to regroup around one or two dominant firms [...] the resulting process of oligopolization and monopolization was the occasion of substantial, recurring welfare losses arising in the form of resource misallocation. [...] These effects help to explain, along with other telling considerations discussed elsewhere, the decline in competitive position suffered by British industry at home and abroad: if you fail to compete, you will fail to be competitive. That truism has not, so far, compelled a revision of British competition policy. After a promising, if dilatory, start in the immediate post-war period, policy was largely passive, allowing oligopolization to proceed unchecked.*“⁹⁴²

3. Europäisches Wettbewerbsrecht

- 445 Mit dem Beitritt des Vereinigten Königreichs zu den Europäischen Gemeinschaften am 01.01.1973 erlangte auch deren Wettbewerbsrecht Geltung. Insbesondere waren dies – bei Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs – das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und des Marktmachtmissbrauchs gem. Artt. 85 und 86 EWG-Vertrag⁹⁴³ sowie die sektorspezifischen Regelungen gem. Artt. 65 f. EGKS-Vertrag einschließlich des zu ihrer Umsetzung erlassenen Sekundärrechts. Diese Regelungen entwickelten sich im Laufe der 1980er-Jahre von einem randständigen zum effektivsten Wettbewerbsrechtsregime der Welt.⁹⁴⁴ 1990 kam ein europäisches Fusionskontrollregime hinzu.⁹⁴⁵
- 446 Die Geltung der europäischen Wettbewerbsregeln sorgte für weitere Friktionen mit dem britischen Wettbewerbsrechtsregime, was auch an

941 Shaw/Simpson, Monopolies Commission and Market Process, S. 23 und daran anschließend („*broadly similar conclusion*“) Clarke/Davies/Driffeld, Monopoly Policy, S. 186.

942 Walshe, in: Crafts/Woodward, British Economy, S. 379.

943 Später aufgegangen in Artt. 81 und 82 EGV bzw. 101 und 102 AEUV.

944 Wilks, Public Interest, S. 300.

945 Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, nunmehr ersetzt durch die Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (FKVO).

grundsätzlichen systemischen Divergenzen lag. Insbesondere ist festzuhalten, dass das europäische Wettbewerbsrecht

- einen auf den Wettbewerb als solchen anstelle eines diffusen öffentlichen Interesses fokussierten Ansatz verfolgt und
- abstrakte, sanktionsbewehrte *ex-ante*-Verbote anstelle auf künftiges Verhalten gerichteter, behördlicher Einzelfalluntersuchungen mit sich brachte.⁹⁴⁶

Dieses „deutsche Erbe“ des europäischen Wettbewerbsrechts stieß im Vereinigten Königreich zunächst auf große Skepsis – es war britischen Beamten schlichtweg fremd, das abstrakte Konzept Wettbewerb über tagespolitische Bedürfnisse zu stellen.⁹⁴⁷ So orientierte sich auch der FTA73 trotz des vollzogenen Beitritts zu den Europäischen Gemeinschaften rechtstechnisch noch nicht am europäischen Wettbewerbsrecht, sondern stellte einen „*purely British approach to competition policy*“⁹⁴⁸ dar. Dennoch trugen die europäischen Wettbewerbsregeln maßgeblich zur Modernisierung des britischen Wettbewerbsrechtsregimes bei. Es wäre beispielsweise spätestens ab Inkrafttreten der europäischen Fusionskontrollverordnung 1990 – die ausschließlich wettbewerbliche Prüfkriterien enthielt – widersprüchlich gewesen, im Anwendungsbereich des nationalen Rechts weiterhin hauptsächlich auf nichtwettbewerbliche Kriterien abzustellen.⁹⁴⁹

Ein bedeutender Ansatz der rechtstechnischen Angleichung ist auch im Competition Act 1980 (CA80) zu erblicken. Dieser verbot – explizit von Art. 85 EWG-Vertrag inspiriert und damit unabhängig vom Vorliegen einer Monopolstellung – in seiner sec. 2 para. 1 Verhalten, welches „[is/

946 Vgl. Lever, British Competition Law, S. 23.

947 Vgl. Wilks, Public Interest, S. 296 f.: „*The European system embodied elements and assumptions which were (and perhaps still are) quite alien to British practices. In particular the European system sprang from an Austrian-German conception of the role of competition and regulation in a market economy. [...] This almost metaphysical elevation of competition policy into semi-constitutional status meant that it should be virtually immune from political interference (an understandable aim in the light of twentieth-century German history), and it would therefore be applied sometimes in ways that would inconvenience the government of the day. Nothing could be more objectionable to British officials with their instinctive and profound commitment to administrative discretion and ministerial responsibility. The fact that the European competition rules inherited this philosophical approach and, to a limited degree, incorporated these principles of administration, made them a natural object of suspicion.*“

948 Wilks, Public Interest, S. 298.

949 Lever, British Competition Law, S. 12.

intended to have or is likely to have the effect of restricting, distorting or preventing competition“ und stellte mit seinem wirkungsbasierten Ansatz ein Novum im britischen Wettbewerbsrecht dar.⁹⁵⁰ Allerdings stand auch der CA80 unter dem Vorbehalt des *public interest* (vgl. sec. 7 para. 6 CA80, sec. 84 FTA73). Selbst wenn der DGFT wettbewerbsschädliche Praktiken feststellte, untersuchte die MMC den Fall am Maßstab des öffentlichen Interesses.⁹⁵¹ Die MMC nahm einen Verstoß gegen das *public interest* etwa im Zeitraum von 1980 bis 1987 nur in drei der fünf ihr vorgelegten Fällen wettbewerbsschädlicher Praktiken an.⁹⁵² Darüber hinaus waren die Erfahrungen mit sec. 2 para. 1 CA80 auch mangels praktischer Bedeutung eher enttäuschend⁹⁵³ und die meisten untersuchten Fälle reichten bloß *„from the minor to the trivial“*⁹⁵⁴. Retrospektiv betrachtet symbolisiert der vom europäischen Recht inspirierte CA80 aber den Auftakt eines Jahrzehnts, in dem ein wettbewerbsorientiertes Verständnis in den Fokus rückte.⁹⁵⁵

4. Schlussfolgerungen

- 449 Das fragmentierte Wettbewerbsrecht im Vereinigten Königreich ließ die Herausbildung eines einheitlichen wettbewerbspolitischen Leitbildes kaum zu. Zwar herrschte das Konzept des *public interest* vor, dessen konkrete Bedeutung oszillierte aber. Anstelle der Ausrichtung an einem abstrakten Grundkonzept orientierte sich die Wettbewerbspolitik im Vereinigten Königreich zunächst in einem *„fire-fighting style“*⁹⁵⁶ an den wirtschaftlichen Bedürfnissen des jeweiligen Einzelfalls und der jeweiligen Zeit: *„Ministers and officials were far more preoccupied with the pragmatics of export earnings, big overseas contracts, the strength of sterling and international market shares than with the academic niceties of competition theory.“*⁹⁵⁷

950 Wilks, Public Interest, S. 41.

951 Ebenroth/Durach, Wettbewerbs- und Kartellrecht Großbritanniens, Rn. 84.

952 Walshe, in: Crafts/Woodward, British Economy, S. 373.

953 Scott, in: Mehta, Evolution of Competition Laws, S. 195 f.

954 Morgan, Competition Policy, S. 33.

955 Wilks, Public Interest, S. 42.

956 Walshe, in: Crafts/Woodward, British Economy, S. 360.

957 Wilks, Public Interest, S. 29. Ähnlich Scott, in: Mehta, Evolution of Competition Laws, S. 190: *„Competition policy has been based only to a limited extent on economic theory.“* Wilks, a.a.O., S. 25 sieht hierin insbesondere einen Unterschied zum „puristischen“ Wettbewerbsverständnis des Bundeskartellamts: *„Indeed, given the many alternative definitions of competition that are available it is probably the best to see*

Dieses interventionistische Konzept blieb stets mit großen Unsicherheiten verbunden und näherte sich nur langsam dem Ziel freier wettbewerblicher Prozesse an. Auch vor dem Hintergrund der genannten Interessenlage wurden wirtschaftliche Machtkonzentrationen zumeist wohlwollend behandelt und nur in Ausnahmefällen gegen sie vorgegangen. Dennoch waren missbrauchsunabhängige Eingriffe bis hin zur Entflechtung mit dem Leitbild des *public interest* zwanglos vereinbar, da freier Wettbewerb als solcher – dem missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenzen nach einer Ansicht widersprechen⁹⁵⁸ – nur ein Bestandteil des Konzepts unter vielen war.

II. Modernisiertes Wettbewerbsrechtsregime ab der Jahrtausendwende

Als die Unzulänglichkeiten des fragmentierten Wettbewerbsrechtsregimes im Vereinigten Königreich immer deutlicher wurden, bemühte sich der britische Gesetzgeber um Vereinheitlichung und Modernisierung. Die wesentlichen Modernisierungsgesetze waren der Competition Act 1998 (CA98, dazu unter 1.) und der Enterprise Act 2002 (EA02, dazu unter 2.). Die beiden Gesetze wurden später insbesondere durch den Enterprise and Regulatory Reform Act 2013 (ERRA13, dazu unter 3.) und den Digital Markets, Competition and Consumers Act 2024 (DMCCA24, dazu unter 4.) reformiert. Das modernisierte Wettbewerbsrechtsregime wird unter (5.) im Hinblick auf die für diese Untersuchung relevanten Elemente schlussfolgernd bewertet.

British policy as flexibly adapting its conception of competition to the requirements of the time and to the case. In this regard it has, perhaps wisely, avoided the dogmatism of the German Kartellamt, whose purist pursuit of 'competition' has frequently been overturned by the courts and parodied by industry.“ Zu einem weitaus kritischeren Urteil – jedenfalls für die Anfangszeit der britischen Wettbewerbspolitik – kommt Mercer, Competitive Order, S. 170: *„The history of British competition policy has little to do with the gradual enlightenment of the British public and its business leaders about the virtues of competition. [...] Instead it is a story of power politics, special pleading and, at times, downright skulduggery.“*

958 Nach anderer Ansicht sind sie hingegen seine notwendige Folge, vgl. zum Ganzen oben Rn. 146 ff.

1. Competition Act 1998

452 Im CA98 wurden insbesondere den Artt. 101 und 102 AEUV⁹⁵⁹ nachgebildete Verbote wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und des Marktmachtmisbrauchs als *Chapter I prohibition* bzw. *Chapter II prohibition* eingeführt.⁹⁶⁰ Damit ging ein vollständiger Wandel⁹⁶¹ der vorher grundsätzlich neutralen Bewertung von Machtkonzentrationen und wettbewerbsbeschränkenden Praktiken hin zu einem prohibitiven Ansatz und dem Schutz des Wettbewerbs als solchem einher. In institutioneller Hinsicht wurde insbesondere die MMC aufgelöst und ihre Aufgaben der neu geschaffenen Competition Commission (CC) übertragen (sec. 45 para. 3 CA98 a.F.).

453 Das zentrale Ziel des CA98 war die möglichst weitgehende Angleichung an das Wettbewerbsrecht der Europäischen Gemeinschaften und die damit einhergehende regulatorische Entlastung von Unternehmen.⁹⁶² Ausdruck dieses Angleichungsbestrebens war insbesondere auch die bis zum „Brexit“ bestehende Kohärenzklausele gem. sec. 60 CA98, wonach die Auslegung und Anwendung des Gesetzes soweit möglich im Einklang mit dem Unionsrecht und der Rechtsprechung des EuGH erfolgen musste.⁹⁶³

454 Es gab allerdings auch Bereiche, in denen das dem CA98 Vorbild stehende europäische Recht nicht adaptiert wurde. So wurde etwa schon in einem Regierungspapier von November 1992 auf die Unzulänglichkeiten der Marktmachtmisbrauchsaufsicht gem. Art. 86 EWG-Vertrag im Hinblick auf mangelnde Kompetenzen zum Ergreifen struktureller Abhilfemaßnahmen hingewiesen.⁹⁶⁴ Der CA98 sieht deshalb strukturelle Abhilfemaßnahmen bei Kartellrechtsverstößen vor, wenngleich nicht abschließend geklärt ist, ob davon auch eigentumsrechtliche Entflechtungen im hier untersuchten Sinne umfasst sind (Rn. 46 ff., 65 ff.). Es wurde auch schon früh darauf hingewiesen, dass das neue Leitbild des effektiven Wettbewerbs ebenfalls situativ auslegungsbedürftig ist und keine völlige Abkehr vom Leitbild des

959 Vormals Artt. 81 und 82 EG-Vertrag bzw. 85 und 86 EWG-Vertrag.

960 Vgl. *Whish/Bailey*, Competition Law, S. 58.

961 *Wilks*, Public Interest, S. 353: „total transformation“.

962 *Scott*, in: *Mehta*, Evolution of Competition Laws, S. 200.

963 Ausführlich zum *Consistency Principle* des sec. 60 CA98: *Rayment*, in: *Rodger*, UK Competition Law Reform, S. 81 ff.

964 Vgl. *Wilks*, Public Interest, S. 303, 316. Im europäischen Wettbewerbsrecht wurden strukturelle Abhilfemaßnahmen erst durch Art. 7 Abs. 1 der KartellVO von 2003 ermöglicht, nachdem die Vorgängerregelung in Art. 3 VO 17/62/EG die Kommission lediglich zur Anordnung der Abstellung einer Zuwiderhandlung berechnete (vgl. dazu *Haus*, WuW 2001, S. 659 ff.).

öffentlichen Interesses erfordert: „*Effective competition is competition that serves the public interest.*“⁹⁶⁵ Auch mit dem CA98 bewahrte das britische Wettbewerbsrecht also eine gewisse Eigenständigkeit und – jedenfalls teilweise – sein eigenes Leitbild.

2. Enterprise Act 2002

Wenige Jahre nach Inkrafttreten des CA98 wurde die Modernisierung 455
des britischen Wettbewerbsrechts mit dem EA02 vorerst vollendet. Hintergrund des Gesetzes war insbesondere, dass die Fusionskontrolle vom CA98 nicht umfasst war und – parallel zur europäischen Fusionskontrolle – als Überbleibsel des alten Wettbewerbsrechtsregimes mit dem im Übrigen weitgehend ersetzten *public interest*-Konzept aus dem MRPA48 arbeitete (welches ursprünglich gar nicht für die Fusionskontrolle vorgesehen war).⁹⁶⁶ Es war daher nach Inkrafttreten des CA98 absehbar, dass auch im Bereich der Marktstrukturkontrolle neue Vorschriften entstehen würden.⁹⁶⁷

Auch die Vorschriften des FTA73 über die Monopolaufsicht wurden 456
– parallel zur Marktmachtmissbrauchsaufsicht gem. sec. 18 ff. CA98 – zunächst aufrechterhalten und wurden durch den EA02 abgelöst.⁹⁶⁸ An ihre Stelle trat das System der Marktuntersuchungen (*market investigation regime*) gem. Part IV EA02, welches eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz enthält und im Folgenden (Rn. 462 ff.) ausführlich untersucht wird.

Durch den EA02 sollte insbesondere eine Entpolitisierung und Wettbe- 457
werbsorientierung sowie Steigerung der Transparenz von Fusionskontrollverfahren erreicht werden.⁹⁶⁹ Als Prüfungsmaßstab für Zusammenschlüsse wurde daher mit dem EA02 der an das amerikanische Recht angelehnte

965 Yarrow, in: Beesley, *Regulating Utilities*, S. 27 ff., 30.

966 Vgl. dazu Wilks, *Public Interest*, S. 195, der diesen Fakt als „*nice historical curiosity*“ bezeichnet.

967 Vgl. Wilks, *Public Interest*, S. 237 f., 352.

968 Vgl. Graham, 67 *The Modern Law Review* 2004, S. 275, 279.

969 Scott, in: Mehta, *Evolution of Competition Laws*, S. 202. Vgl. dazu auch Graham, 67 *The Modern Law Review* 2004, S. 276: „*The most important change is that the Act provides for a much more restricted role for Ministers than under the previous regime. The basic principle of the new Act is that the OFT will make the references to the CC and the CC will decide on whether or not there is a competition problem and, if there is, what remedy would be appropriate. This is a major change which removes important powers away from elected politicians towards two independent agencies.*“

SLC-Test (*substantial lessening on competition*) eingeführt.⁹⁷⁰ Zur Transparenzsteigerung dienten insbesondere die umfangreichen behördlichen Richtlinien zur Anwendung des Gesetzes.⁹⁷¹ In institutioneller Hinsicht wurde u.a. das Competition Appeal Tribunal (CAT) als unabhängiges Gericht jenseits der CC geschaffen, um den Anforderungen des Art. 6 EMRK zu genügen.⁹⁷² Vor allem aber trat als Vollzugsorgan das OFT als Behörde an die Stelle der Person des DGFT (vgl. sec. 1 i.V.m. Schedule 1 EA02). Die CC war regelmäßig für eine eingehende Fusionskontrollprüfung zuständig, wenn das OFT ihr einen als problematisch erachteten Fall vorlegte; eine ministerielle Überprüfung war nur noch ausnahmsweise vorgesehen.⁹⁷³ Die institutionelle Zweistufigkeit stellte allerdings einen bewussten Unterschied zum europäischen Fusionskontrollrecht und damit die Beibehaltung einer britischen Eigenheit dar.⁹⁷⁴ Gleiches gilt für die Freiwilligkeit von Zusammenschlussanmeldungen gem. sec. 23 EA02.

458 Auch in materieller Hinsicht blieb im EA02 teilweise der hergebrachte Ansatz des britischen Wettbewerbsrechts aufrechterhalten. So gilt etwa in bestimmten Bereichen der Fusionskontrolle als Prüfungsmaßstab das *public interest* fort (vgl. sec. 42 ff., 58 EA02),⁹⁷⁵ ebenso wie bei *market investigations* gem. Part IV EA02 (Rn. 479). Zudem beruhte wohl auch der EA02 nicht auf einer bestimmten Wettbewerbsphilosophie, sondern eher auf fiskalischen Erwägungen und der Hoffnung einer Produktivitätssteigerung durch Wettbewerb.⁹⁷⁶ In diesem Zusammenhang wurde bereits früh

970 Auf europäischer Ebene galt dagegen bis zum Inkrafttreten der neuen FKVO 2004 weiter der klassische Marktbeherrschungstest (vgl. dazu *Graham*, 67 *The Modern Law Review* 2004, S. 282 f.). Zu einem Vergleich des heutigen unionsrechtlichen SIEC-Kriteriums mit dem schweizerischen Marktbeherrschungs- und dem US-amerikanischen SLC-Test siehe *Botteron*, *Le contrôle des concentrations*, Rn. 1379 ff.

971 *Graham*, 67 *The Modern Law Review* 2004, S. 284; vgl. dazu auch sec. 171 EA02. Die Leitlinien von OFT und CC wurden später weitgehend von der CMA übernommen, behielten aber ihren alten Namen, vgl. *Wagner-von Papp*, *WuW* 2022, Fn. 9.

972 Vgl. *Graham*, 67 *The Modern Law Review* 2004, S. 275 f.

973 *Scott*, in: *Mehta*, *Evolution of Competition Laws*, S. 202 f.

974 Vgl. *Scott*, in: *Mehta*, *Evolution of Competition Laws*, S. 203.

975 Vgl. dazu *Scott*, in: *Mehta*, *Evolution of Competition Laws*, S. 203. Dessen Anwendungsbereich ist allerdings bewusst eng gehalten, da grundsätzlich die Auswirkung eines Zusammenschlusses auf den Wettbewerb das entscheidende Kriterium sein soll (*Whish/Bailey*, *Competition Law*, S. 1077).

976 Vgl. *Graham*, 67 *The Modern Law Review* 2004, S. 275 f.: „*The concern with productivity is a central economic concern and, in this sense, the Act can be seen as originally being driven by Treasury concerns, rather than a competition policy agenda. [...] What is interesting and significant about these statements is that they do not represent*

auf das Risiko eines Rückfalls zu einer protektionistischen und interventionistischen Wettbewerbspolitik hingewiesen.⁹⁷⁷

3. Enterprise and Regulatory Reform Act 2013

Der ERR13 brachte insbesondere erhebliche strukturelle Reformen mit sich. So wurden das OFT und die CC zur Competition and Markets Authority (CMA) zusammengefasst (vgl. sec. 25 f. ERR13). Damit wurde die hergebrachte institutionelle Zweistufigkeit im britischen Wettbewerbsrecht aufgegeben.⁹⁷⁸ Die Zusammenführung sollte zu einer stringenteren und schnelleren Entscheidungsfindung führen.⁹⁷⁹ Für das zweiphasige (Rn. 470 ff.) Marktuntersuchungsinstrument gem. Part IV EA02 hatte die Reform zur Folge, dass beide Verfahrensstufen künftig durch dieselbe Behörde durchgeführt werden mussten. Im Gegenzug wurden insbesondere das Verfahren für die erste Phase (*market study*), das im EA02 ursprünglich gar nicht erwähnt wurde, förmlicher gestaltet und verbindliche Zeitvorgaben für beide Phasen aufgenommen.⁹⁸⁰ So wurden etwa die Pflicht zur Veröffentlichung einer *market study notice* gem. sec. 130A EA02 und die daran anschließenden Fristen (Rn. 474) eingefügt. Auf den Kern des *market investigation regime* hatte der ERR13 aber keinen Einfluss.⁹⁸¹

4. Digital Markets, Competition and Consumers Act 2024

Mit dem DMCCA24, der eine ähnliche Stoßrichtung wie auf europäischer Ebene der DMA und in Deutschland § 19a GWB (Rn. 350 ff.) verfolgt, wurde das britische Wettbewerbsrecht an die Herausforderungen digitaler

a philosophy of competition policy, rather a belief in something labelled a 'strong' competition policy, without explaining what this entails."

977 Vgl. Scott, in: Mehta, Evolution of Competition Laws, S. 206: „One potential risk to the economic and philosophical coherence of British competition policy in future concerns management of the interface with wider political aspirations, be they cultural, environmental, mercantile, or otherwise in nature. It may be that the pendulum may soon swing back towards market protectionism and intervention taking a range of forms.“

978 Vgl. Scott, in: Mehta, Evolution of Competition Laws, S. 203.

979 Vgl. Currie/Chisholm/Jarvis, 10 Competition Policy International 1/2014, S. 12 ff.

980 Übersichtlich zu den Änderungen am *market investigation regime* durch den ERR13: Coscelli/Horrocks, 10 Competition Policy International 1/2014, S. 31 ff.

981 Ahlborn/Leslie, in: Rodger/Whelan/MacCulloch, UK Competition Regime, S. 143.

Märkte angepasst. Dabei hat die CMA gem. sec. 46 ff. DMCCA24 gegenüber designierten Unternehmen mit „strategischem Marktstatus“ (vgl. sec. 2 ff. DMCCA24) unter gewissen Voraussetzungen insbesondere auch die Möglichkeit zum Ergreifen von sog. *pro-competition interventions*. Sec. 51 DMCCA24 verweist für die Rechtsfolge insoweit auf sec. 161 EA02 – und damit auf das hier noch näher darzustellende Marktuntersuchungsinstrument gem. Part IV EA02. Aufgrund des Verweises auf sec. 161 EA02 können *pro-competition interventions* bis hin zur eigentumsrechtlichen Entflechtung reichen (Rn. 502 ff.). Neben der Adressierung von Wettbewerbsproblemen auf digitalen Märkten verfolgt der DMCCA24 insbesondere das Ziel der Stärkung der Verbraucherrechte (vgl. sec. 147 ff., 224 ff.).

5. Schlussfolgerungen

- 461 Mit dem CA98 und EA02 näherte sich die Wettbewerbspolitik im Vereinigten Königreich weitgehend kontinentaleuropäischen Vorstellungen an und stellte effektiven Wettbewerb ins Zentrum ihrer Bestrebungen. Sie behielt jedoch eine gewisse Eigenständigkeit und in gewissen Fällen auch ihren früheren Pragmatismus im Hinblick auf die Adressierung nicht-wettbewerblicher Ziele, namentlich das *public interest*, bei.⁹⁸² Eine strenge Orientierung an einem bestimmten wettbewerbstheoretischen Konzept erfolgte ebenfalls nicht. Die Möglichkeit missbrauchsunabhängiger Entflechtungen fügt sich daher auch in das neue Leitbild zwanglos ein. Das hergebrachte, pragmatische Konzept des britischen Wettbewerbsrechts könnte zudem infolge des „Brexit“ und der damit einhergehenden Lösung von unionsrechtlichen Bindungen in Zukunft wieder an Bedeutung gewinnen, wenngleich eine fortgesetzte Ausrichtung am europäischen Regime wohl wahrscheinlicher ist.

982 Vgl. dazu auch Scott, in: Mehta, Evolution of Competition Laws, S. 206 f.

B. Missbrauchsunabhängige Entflechtung gem. sec. 161 para. 3 EA02

Im folgenden Abschnitt wird das Marktuntersuchungsinstrument (*market investigation regime*) gem. Part IV EA02 dargestellt. Dieses ermächtigt gem. sec. 161 para. 3 EA02 zur missbrauchsunabhängigen Entflechtung von Unternehmen. Wie schon oben (Rn. 240 ff.) zum deutschen § 32f Abs. 4 GWB, werden auch hier zunächst die Genese (I.) und die konkrete Ausgestaltung (II.) der Norm dargestellt, bevor diese auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht (III.) hin untersucht wird. 462

I. Genese der Norm

Wie bereits erwähnt (Rn. 451 ff.), wurde das hier näher zu untersuchen- 463
de Marktuntersuchungsinstrument gem. Part IV EA02 im Rahmen einer umfassenden Modernisierung des vormals stark fragmentierten und viel kritisierten Wettbewerbsrechts (Rn. 415 ff.) im Vereinigten Königreich eingeführt. Die wesentlichen Modernisierungsgesetze – CA98 und EA02 – entstanden unter der *Labour*-Regierung von *Tony Blair*. Zuvor vergingen 18 Jahre unter einer wirtschaftsliberalen und marktorientierten – anfänglich von *Margaret Thatcher* geführten – *Tory*-Regierung (1979 bis 1997) ohne nennenswerte Erfolge auf diesem Gebiet. Dies muss im Nachhinein als Kuriosum betrachtet werden, ist aber möglicherweise durch innerparteiliche Streitigkeiten über die Haltung zur europäischen Integration zu erklären.⁹⁸³ Der Anspruch der Politik war es schlussendlich jedenfalls, das Wettbewerbsrecht im Vereinigten Königreich mit dem EA02 als zweitem Modernisierungsgesetz zu einem „*world class competition regime*“⁹⁸⁴ zu erheben.

Das im Rahmen des EA02 eingeführte Marktuntersuchungsinstrument 464
geht dabei auf die oben (Rn. 421 ff.) dargestellten Untersuchungsbefugnisse

983 Vgl. *Scott*, in: *Mehta*, *Evolution of Competition Laws*, S. 198 ff.; *Wilks*, *Public Interest*, S. 31, 302, 308 ff. Zu verschiedenen (meist gescheiterten) Regelungsversuchen und Schritten bis zum Erlass des CA98 vgl. *Wilks*, a.a.O., S. 43, 302 ff.

984 Vgl. *TSO*, Cm. 5233, *passim*.

der MMC in Monopolsituationen zurück. Es war bei Erlass des EA02 ein leitender Gedanke, die im FTA73 vorgesehene Möglichkeit von missbrauchsunabhängigen Marktuntersuchungen und Abhilfemaßnahmen – trotz verschiedentlich Kritik an diesem Regime – grundsätzlich beizubehalten.⁹⁸⁵ Die konkrete Entflechtungsbefugnis gem. Schedule 8 para. 13 EA02 weist so auch eine deutliche Ähnlichkeit zu Schedule 8 para. 14 FTA73 (Rn. 430) auf.⁹⁸⁶ Der CC sollten im Rahmen der Modernisierung aber weitreichendere Kompetenzen verliehen werden.⁹⁸⁷ Insbesondere ist dabei das Recht und die Pflicht zum eigenständigen Ergreifen von Abhilfemaßnahmen zu nennen (vgl. sec. 138 EA02).

II. Konkrete Ausgestaltung

- 465 Die konkrete Ausgestaltung der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz im Vereinigten Königreich gem. sec. 161 para. 3 i.V.m. Schedule 8 para. 13 EA02 wird im Folgenden ausführlich dargestellt. Hierzu wird zunächst erörtert, von welchem wettbewerbspolitischen Leitbild die Norm ausgeht (1.), bevor das Verfahren (2.), der Tatbestand (3.) und die Rechtsfolge (4.) einer missbrauchsunabhängigen Entflechtung untersucht und abschließend Schlussfolgerungen (5.) gezogen werden.

1. Wettbewerbspolitisches Leitbild

- 466 In der Gesetzesbegründung kommt klar zum Ausdruck, dass die Einführung des Marktuntersuchungsinstruments gem. Part IV EA02 Teil der umfassenden Neuausrichtung des britischen Wettbewerbsrechts weg vom überkommenen, am *public interest* orientierten Ansatz hin zu einem eher wettbewerbsorientierten Verständnis war: „*The main differences between the market investigations regime and the FTA 1973 monopoly inquiries regime are as follows: the tests applied [...] will be focused on identifying adverse effects on the process of competition [...] (under FTA 1973 the CC's*

985 Vgl. Coscelli/Horrocks, 10 Competition Policy International 1/2014, S. 25 f. und Graham, 67 The Modern Law Review 2004, S. 279.

986 Beide Normen sind im Anhang dieser Arbeit wiedergegeben, vgl. unten S. 450 bzw. S. 452.

987 Ahlborn/Leslie, in: Rodger/Whelan/MacCulloch, UK Competition Regime, S. 138, vgl. dazu auch EA02, Explanatory Notes, Rn. 292 ff. sowie oben Rn. 457.

key recommendations are based on the application of a broad ‘public interest test’⁹⁸⁸.

Die Beibehaltung des *public interest*-Ansatzes in einigen Fällen (Rn. 467 479) verwässerte allerdings dieses grundsätzliche Anliegen.⁹⁸⁹ Auch wurde für den in Part IV EA02 zentralen Begriff des *adverse effect on competition* (AEC) kein wettbewerbstheoretischer Maßstab festgelegt.⁹⁹⁰ Insgesamt fasste *Cosmo Graham* die wettbewerbstheoretischen Implikationen des EA02 daher wie folgt zusammen: „*For the first time, our competition authorities are going to be required to articulate a theory, a principled view, of what is the purpose of competition policy.*“⁹⁹¹

In theoretischer Hinsicht bekennt sich die CMA zu einem dynamischen Wettbewerbsverständnis.⁹⁹² Von wettbewerblichen Märkten wird sich dabei insbesondere eine Steigerung der Verbraucherwohlfahrt erhofft, daneben werden auch gesamtwirtschaftliche Effizienzvorteile angestrebt.⁹⁹³ Die Verbraucherwohlfahrt dürfte damit das Hauptziel des Marktuntersuchungsinstruments sein, während die gesamtwirtschaftliche Effizienz nur ein Folgeeffekt ist.⁹⁹⁴ Der frühere Vorsitzende der CMA *Andrew Tyrie* forderte 2019 gar eine gänzliche Abkehr vom Kriterium des *adverse effect on competition* hin zum *consumer detriment*.⁹⁹⁵ Insgesamt ist also ein am Ergebnis der Verbraucherwohlfahrt orientierter, wohlfahrtsökonomischer Ansatz (Rn. 72) 468

988 EA02, Explanatory Notes, Rn. 293.

989 Vgl. *Ahlborn/Leslie*, in: *Rodger/Whelan/MacCulloch*, UK Competition Regime, S. 144: „*The policy goal of the regime has, however, been muddled by the introduction of the public interest test where the reference is either a partial or full public interest reference.*“

990 Vgl. CC, CC3 Revised, Rn. 30: „*The Act does not specify a theoretical benchmark against which to measure an AEC. In its market investigation reports the CC uses the term ‘a well-functioning market’ in the sense, generally, of a market without the features causing the AEC, rather than to denote an idealized, perfectly competitive market.*“

991 *Graham*, 67 *The Modern Law Review* 2004, S. 288.

992 Vgl. OFT, OFT511, Rn. 4.1: „*The OFT views competition as a process of rivalry between firms seeking to win customers’ business.*“

993 Vgl. OFT, OFT519, Rn. 2.11.

994 So *Ahlborn/Leslie*, in: *Rodger/Whelan/MacCulloch*, UK Competition Regime, S. 144: „*The policy goal of the ordinary market investigation regime remains consumer welfare (with knock-on positive effects on the UK’s productivity).*“ Zum Hauptziel der Verbraucherwohlfahrt und dem durch das Marktuntersuchungsinstrument bewirkten Lückenschluss zwischen Verbraucher- und Wettbewerbspolitik siehe auch schon *Ahlborn/Piccinin*, in: *Rodger*, UK Competition Law Reform, S. 174 ff., 196.

995 Vgl. *Ahlborn/Leslie*, in: *Rodger/Whelan/MacCulloch*, UK Competition Regime, S. 167.

festzustellen. Wettbewerb als solcher wird häufig weiterhin nur als „Mittel zum Zweck“ begriffen.

- 469 Diese Zielsetzung führte in Verbindung mit der zunehmenden Bedeutung von Verhaltensökonomie (*behavioural economics*) zu einer Erweiterung des Anwendungsbereichs des Part IV EA02, die die Grenze zum Regulierungsrecht zu verwaschen droht.⁹⁹⁶ Solche Entwicklungen erinnern in gewisser Weise an die wenig wettbewerbsorientierte Anwendung des *public interest*-Konzepts unter Geltung der Vorgängerregelungen zu CA98 und EA02 (Rn. 435 ff.). Für die Frage der missbrauchsunabhängigen Entflechtung dürfte diese Entwicklung – jedenfalls bislang – allerdings nur eine untergeordnete Rolle spielen, da sie andere Fälle betrifft.⁹⁹⁷

2. Verfahren

- 470 Das Verfahren gem. Part IV EA02 ist zweistufig ausgestaltet. Es besteht
- in Phase 1 aus einer Marktstudie (*market study*, dazu unter a) sowie
 - in Phase 2 einer ggf. daran anschließenden Marktuntersuchung (*market investigation*, dazu unter b).
- 471 Die CMA hat gem. sec. 174 ff. EA02 sowohl im Rahmen von Marktstudien als auch von Marktuntersuchungen umfassende Ermittlungsbefugnisse. Der Hauptunterschied zwischen Marktstudien (Phase 1) und Marktuntersuchungen (Phase 2) besteht darin, dass Marktstudien nicht mit einer rechtsverbindlichen Anordnung der CMA abgeschlossen werden können,

996 Wagner-von Papp, NZKart 2022, S. 607 unter Verweis auf Ahlborn/Leslie, in: Rodger/Whelan/MacCulloch, UK Competition Regime, S. 155 ff., 167 f. Ausführlich zum Verhältnis des *market investigation regime* zum Regulierungsrecht: Dunne, 2 Journal of Antitrust Enforcement 2014, S. 225 ff.

997 Vgl. Ahlborn/Leslie, in: Rodger/Whelan/MacCulloch, UK Competition Regime, S. 150 ff. Diese unterteilen die Anwendungsfälle des *market investigation regime* in „Conventional Competition Cases“, „Extended Competition Cases“, „Consumer Policy“ und „State Action“. Strukturelle Abhilfemaßnahmen wurden dabei nur in „Extended Competition Cases“ angeordnet, also solchen Fällen, in denen Wettbewerbsprobleme – insbesondere Marktmacht, Oligopole und Markteintritts- bzw. Expansionsschranken – nicht durch die klassischen kartellrechtlichen Eingriffsbefugnisse adressiert werden können. Die Problematik der unstrukturierten Erweiterung der Anwendungsfälle betrifft dagegen insbesondere die Fallgruppe „Consumer Policy“.

während die Behörde in Phase 2 umfassende Abhilfekompetenzen hat.⁹⁹⁸ Gegen behördliche Entscheidungen unter Part IV EA02 besteht eingeschränkter Rechtsschutz (c).

a) Marktstudie (Phase 1)

Voraussetzung für eine missbrauchsunabhängige Entflechtung ist regelmäßig die Durchführung einer Marktstudie. Eine Marktstudie soll untersuchen, warum Märkte nicht gut funktionieren und dabei eine Übersicht über regulatorische und andere Wirtschaftsfaktoren sowie Verhaltensmuster von Verbrauchern und Unternehmen ermöglichen.⁹⁹⁹ Die CMA¹⁰⁰⁰ wird daher eine Marktstudie einleiten, wenn der Eindruck besteht, dass Märkte nicht zum Wohle der Verbraucher funktionieren und eine Anwendung des Kartell- oder Verbraucherrechts nicht als adäquate Lösung erscheint.¹⁰⁰¹ 472

Die Identifizierung eines näher zu untersuchenden Marktes kann dabei etwa im Rahmen der allgemeinen Verpflichtung der CMA zur Marktbeobachtung (vgl. sec. 5 EA02) oder auf externe Anregung hin erfolgen.¹⁰⁰² 473 Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang das Recht designierter Verbraucherschutzorganisationen zum Einreichen einer *super complaint* gem. sec. 11 EA02. Dieses Recht soll den Organisationen ermöglichen, Bedenken im Hinblick auf Marktumstände vorzutragen, die die Verbraucherinteressen erheblich beeinträchtigen (vgl. sec. 11 para. 1 EA02). Gem. sec. 11 para. 2 EA02 ist die CMA dazu verpflichtet, binnen 90 Tagen zu begründen, ob und wie sie mit den vorgetragenen Bedenken umzugehen gedenkt. Eine Reaktion der CMA kann insbesondere das Durchführen einer Marktstudie sein.¹⁰⁰³

Der Ablauf einer Marktstudie ist – anders als derjenige einer Marktuntersuchung – gesetzlich nicht streng geregelt und wird vor allem durch Kapitel 4 der *market studies guidance* (OFT 519) beschrieben. Einige 474

998 *Whish/Bailey*, Competition Law, S. 498 f. Marktstudien ohne anschließende Marktuntersuchung können etwa zu Handlungsempfehlungen an die Regierung oder Unternehmen führen, vgl. *Whish/Bailey*, a.a.O., S. 505.

999 *CMA*, CMA3, Rn. 2.1.

1000 Auf regulierten Sektoren kann auch die jeweils zuständige Regulierungsbehörde Marktstudien durchführen, während Marktuntersuchungen allein der CMA vorbehalten sind (vgl. *KOM*, *Whish*-Bericht, Rn. 4.4, 4.13).

1001 *Whish/Bailey*, Competition Law, S. 502.

1002 Vgl. *Whish/Bailey*, Competition Law, S. 503.

1003 *OFT*, OFT514, Rn. 2.25.

wesentliche Verfahrensvorschriften wurden allerdings durch den ERRA13 eingeführt:¹⁰⁰⁴

- Soweit sich die CMA für die Durchführung einer Marktstudie entscheidet, ist sie gem. sec. 130A EA02 verpflichtet, eine *market study notice* zu veröffentlichen, in der u.a. der Zeitplan sowie der Umfang der Marktstudie zu beschreiben sind.
- Gem. sec. 131B paras. 1, 4 EA02 muss binnen sechs Monaten nach Veröffentlichung der *market study notice* ein Konsultationsverfahren eingeleitet und innerhalb von zwölf Monaten ein Abschlussbericht (*market study report*) veröffentlicht werden. In diesem Bericht sind die Ergebnisse und Konsequenzen der Studie darzulegen, insbesondere ist eine etwaige Weiterverweisung zum Zwecke der Marktuntersuchung (*market investigation reference*) zu begründen (sec. 131 para. 5 EA02).
- Vor Erlass einer *market investigation reference* hat die CMA gem. sec. 131A EA02 diejenigen Personen anzuhören, deren Interessen von der Entscheidung wahrscheinlich erheblich beeinträchtigt werden.

b) Marktuntersuchung (Phase 2)

- 475 Im Anschluss an die Marktstudie kann die CMA eine vertiefte Marktuntersuchung (Phase 2) einleiten, an deren Ende rechtsverbindliche Abhilfemaßnahmen bis hin zur Entflechtung erlassen werden können. Im Einzelfall kann eine Marktuntersuchung auch ohne vorhergehende Marktstudie – etwa direkt infolge einer *super complaint* (Rn. 473) – erfolgen.¹⁰⁰⁵

aa) Market investigation reference

- 476 Entschidet sich der Vorstand (*board*) der CMA im Anschluss an eine Marktstudie für die Durchführung einer Marktuntersuchung, so verweist er das Verfahren über den Vorsitzenden (*chair*) an ein anderes Team – die für die Marktuntersuchung zuständige *market reference group* – und leitet damit Phase 2 des Verfahrens ein (sec. 131, 133 EA02).¹⁰⁰⁶ Durch

1004 Übersichtlich zu den Änderungen am *market investigation regime* durch den ERRA13: *Coscelli/Horrocks*, 10 Competition Policy International 1/2014, S. 31 ff.

1005 Vgl. CMA, CMA3, Rn. 1.12.

1006 CMA, CMA3, Rn. 1.25.

dieses „*fresh pair of eyes*“ soll die bis zum ERRA13 durch die institutionelle Trennung von OFT und CC sichergestellte Unabhängigkeit gewährleistet werden.¹⁰⁰⁷ Aus diesem Grund darf auch kein Mitglied der Gruppe an der Entscheidung über die Verweisung teilnehmen.¹⁰⁰⁸ Allerdings ist auf Mitarbeiterebene aus Effizienzgründen der Wechsel einiger Mitglieder aus dem ersten in das zweite Team möglich.¹⁰⁰⁹ Die Gruppe besteht mindestens aus drei (vgl. Schedule 4 para. 38 ERRA13), üblicherweise aber aus vier bis sechs Mitgliedern des *panel* der CMA.¹⁰¹⁰

Voraussetzung für eine Verweisung an die *market reference group* ist 477 gem. sec. 131 para. 1 EA02¹⁰¹¹ die auf vernünftigen Gründen beruhende Annahme, dass der Wettbewerb auf einem Markt verhindert, eingeschränkt oder verfälscht ist. Diese Formulierung entspricht der Legaldefinition eines *adverse effect on competition* (AEC) gem. sec. 134 para. 2 EA02 (Rn. 492) und der Formulierung des Kartellverbots in sec. 2 CA98 bzw. Art.101 AEUV. An das Vorliegen vernünftiger Gründe für die Annahme werden noch keine besonders hohen Anforderungen gestellt.¹⁰¹² Die Gruppe ist sodann zuständig für die Untersuchung, ob ein AEC tatsächlich vorliegt und, falls ja, ob und wie diesem abzuhelpen ist (sec. 134 EA02). Sie ist dabei an den in der *market investigation reference* gem. sec. 133 EA02 bezeichneten Untersuchungsumfang gebunden, soweit dieser nicht gem. sec. 135 EA02

1007 *Whish/Bailey*, Competition Law, S. 513.

1008 CMA, CMA17, Rn. 6.2(b).

1009 Vgl. CC, CC3 Revised, Rn. 22, 156; CMA, CMA3, Rn. 1.22 f. Indes hat die CMA bislang in fast allen Marktuntersuchungen das Vorliegen eines AEC festgestellt, wobei die einzige Ausnahme – der Fall *Movies on Pay TV* aus dem Jahr 2010 – noch in die Zeit der institutionellen Trennung der Verfahrensphasen vor dem ERRA13 fällt (vgl. *Whish/Bailey*, Competition Law, S. 527 ff.). Man könnte dies als Hinweis auf eine fehlende Unabhängigkeit deuten, letztlich lässt es sich aber aus einer externen Perspektive nicht seriös beurteilen.

1010 CC, CC3 Revised, Rn. 46.

1011 „The CMA may, subject to subsection (4), make a reference to its chair for the constitution of a group under Schedule 4 to the Enterprise and Regulatory Reform Act 2013 if the CMA has reasonable grounds for suspecting that any feature, or combination of features, of a market in the United Kingdom for goods or services prevents, restricts or distorts competition in connection with the supply or acquisition of any goods or services in the United Kingdom or a part of the United Kingdom.“

1012 Vgl. *The Association of Convenience Stores v Office of Fair Trading* [2005] CAT 36, Rn. 7.

durch den Vorstand der CMA abgeändert wird.¹⁰¹³ Die Bindungswirkung umfasst insbesondere die Marktabgrenzung.¹⁰¹⁴

478 Eine Verweisung kommt regelmäßig nicht in Betracht, wenn bereits ersichtlich ist, dass keine angemessene Abhilfemaßnahme verfügbar ist – z.B. bei einem globalen Markt, dessen Funktionsweise durch die Maßnahme nicht einmal im Vereinigten Königreich verändert werden könnte.¹⁰¹⁵ Ebenso kommt eine Verweisung nicht infrage, wenn die Wettbewerbsprobleme ein Handeln des Gesetzgebers erfordern.¹⁰¹⁶ Im konkreten Fall können diese Aspekte auch zusammenwirken.¹⁰¹⁷ Zudem kann eine Verweisung durch Verpflichtungszusagen der betroffenen Unternehmen abgewendet werden (vgl. sec. 154 ff. EA02). Dies ist jedoch mangels ausreichender Marktkenntnisse zu diesem Zeitpunkt des Verfahrens die Ausnahme.¹⁰¹⁸

479 Soweit der zuständige Minister mit der Entscheidung der CMA, keine Marktuntersuchung einzuleiten, nicht einverstanden ist, steht ihm gem. sec. 132 EA02 das Recht zu, den Vorsitzenden der CMA zur Bildung einer Untersuchungsgruppe anzuweisen. Allerdings wurde von dieser Kompetenz bislang kein Gebrauch gemacht.¹⁰¹⁹ Weitere besondere Befugnisse hat der zuständige Minister gem. sec. 139 ff. EA02 in Fällen, in denen das *public interest* berührt ist.¹⁰²⁰ Insbesondere hat er in bestimmten Fällen das Recht, selbst anstelle der CMA Abhilfemaßnahmen anzuordnen (vgl. sec. 147 f. EA02). Das *public interest*-Regime wurde durch den ERRA13 noch erweitert, was als Abkehr von der Wettbewerbsorientierung der CMA verstanden werden kann.¹⁰²¹ Allerdings werden gem. sec. 153 para. 1 EA02 bislang¹⁰²² nur Fälle, die die nationale Sicherheit betreffen, als *public interest case*

1013 Ahlborn/Leslie, in: Rodger/Whelan/MacCulloch, UK Competition Regime, S. 141; OFT, OFT511, Rn. 3.13.

1014 Vgl. OFT, OFT511, Rn. 4.8 ff.

1015 So schon OFT, OFT511, Rn. 2.30.

1016 OFT, OFT511, Rn. 2.31.

1017 So etwa beim Verzicht auf eine Verweisung infolge der Marktstudie „Online platforms and digital advertising“ von 2020 (vgl. CMA, Online Platforms Report, Rn. 9.7).

1018 Vgl. schon OFT, OFT511, Rn. 2.21, 2.25. Bis Januar 2024 wurden nur in drei Fällen Verpflichtungszusagen zu diesem Verfahrenszeitpunkt entgegengenommen (Whish/Bailey, Competition Law, S. 520).

1019 Whish/Bailey, Competition Law, S. 509.

1020 Vgl. dazu CMA, CMA3, Rn. 3.8 ff. und Whish/Bailey, Competition Law, S. 517 f.

1021 Vgl. Ahlborn/Leslie, in: Rodger/Whelan/MacCulloch, UK Competition Regime, S. 166 f.

1022 Weitere Fälle könnten gem. sec. 153 paras. 3, 4 EA02 hinzugefügt werden.

angesehen und auch zu einer Anwendung dieser Kompetenz kam es noch nicht.¹⁰²³

bb) Subsidiaritätsfeststellung

Die CMA wendet das Marktuntersuchungsinstrument subsidiär gegenüber 480 den klassischen kartellrechtlichen Kompetenzen an und prüft daher zunächst, ob ein Verstoß gegen das Kartell- bzw. Marktmachtmissbrauchsverbot gem. sec. 2, 18 CA98 vorliegt. Der Unterschied zwischen Marktuntersuchungen und Untersuchungen im Zusammenhang mit dem Kartell- oder Marktmachtmissbrauchsverbot liegt insbesondere darin, dass Erstere nicht vorwiegend spezifisches Verhalten einzelner Unternehmen aufklären sollen, sondern die Funktionsweise eines Marktes insgesamt.¹⁰²⁴

Die Subsidiarität des Marktuntersuchungsinstruments ist zwar nicht im 481 EA02 selbst festgeschrieben, wird aber von der CMA ausdrücklich anerkannt.¹⁰²⁵ Als mögliche Anwendungsfälle werden daher insbesondere Fälle der stillschweigenden Kollusion (Rn. 106, 375 ff.) sowie vertikaler Vereinbarungen genannt.¹⁰²⁶ Das Verhalten einzelner Unternehmen soll dagegen grundsätzlich nicht mit dem EA02 adressiert werden, Ausnahmen hiervon sind allerdings in drei Fällen denkbar:

- Das wettbewerbswidrige Verhalten eines einzelnen Unternehmens tritt im Zusammenhang mit der Marktstruktur auf,
- die sich zu sec. 18 ff. CA98 herausbildende Fallpraxis zeigt, dass das Marktmachtmissbrauchsverbot unzureichend ist oder

1023 *Whish/Bailey*, Competition Law, S. 517.

1024 Vgl. CC, CC3 Revised, Rn.18; OFT, OFT511, Rn.2.2. Ähnlich KOM, *Whish-Bericht*, Rn.3.11: „*The Competition Act seeks to suppress behaviour that violates the Chapter I and II prohibitions; Part 4 of the Enterprise Act takes a holistic view of markets and is intended to identify forward-looking remedies that will deliver better outcomes for consumers.*“

1025 Vgl. OFT, OFT511, Rn.2.3: „*When dealing with a suspected competition problem it is the OFT’s policy always to consider first whether it may involve an infringement of one or both of the CA98 prohibitions and to investigate accordingly. It will only go on to consider a reference to the CC in one of two circumstances:*
- *when it has reasonable grounds to suspect that there are market features, which prevent, restrict or distort competition, but not to establish a breach of the CA98 prohibitions*
- *when action under CA98 has been or is likely to be ineffective for dealing with the adverse effect on competition identified.*“

1026 OFT, OFT511, Rn.2.5 f.

- im Falle eines Marktmachtmissbrauchs erscheint eine über das gem. CA98 zulässige Maß (Rn. 46 ff.) hinausgehende strukturelle Abhilfemaßnahme erforderlich.¹⁰²⁷

482 Demnach lässt die Selbstverpflichtung der CMA zur subsidiären Anwendung des Marktuntersuchungsinstruments noch einen erheblichen Spielraum zu.¹⁰²⁸ Hiervon hat die CMA in der Vergangenheit auch Gebrauch gemacht, etwa indem sie im Fall *Private Motor Insurance* eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung und im Fall *Movies on Pay-TV* einen Marktmachtmissbrauch unter Part IV EA02 untersucht hat.¹⁰²⁹ Bislang haben sich betroffene Unternehmen allerdings noch nie auf die Subsidiarität des Marktuntersuchungsinstruments berufen.¹⁰³⁰

cc) Anhörung

483 Die CMA hat gem. sec. 169 EA02 vor dem Erlass einer belastenden Entscheidung eine Anhörung (*consultation*) derjenigen Personen durchzuführen, deren Interessen von der Entscheidung wahrscheinlich erheblich beeinträchtigt werden. Die Form der Anhörung ist allerdings nicht geregelt. Eine öffentliche Anhörung ist demnach zwar möglich, aber nicht verpflichtend.¹⁰³¹ Andererseits geht die CMA davon aus, die relevanten Themen zum Zeitpunkt der verpflichtenden Anhörung bereits intensiv mit den betroffenen Parteien diskutiert zu haben, soweit diese identifiziert sind.¹⁰³² In der Praxis sind die Anhörungen umfangreich und beziehen sowohl

1027 OFT, OFT511, Rn. 2.8. Vgl. dazu auch *Whish/Bailey*, Competition Law, S. 510.

1028 Vgl. dazu auch *KOM*, *Whish*-Bericht, Rn. 3.11: „*There is no formal provision in the Enterprise Act that says that conduct that infringes or might infringe the Chapter I or II prohibitions in the Competition Act cannot be the subject of a market investigation reference. It is therefore a matter for the CMA in its discretion to decide whether to deal with a particular situation under the Competition Act or the Enterprise Act.*“

1029 Kritisch dazu *Ahlborn/Leslie*, in: *Rodger/Whelan/MacCulloch*, UK Competition Regime, S. 152 f., 162 f. sowie daran anschließend *Wagner-von Papp*, WuW 2022, S. 644. A.A. wohl *KOM*, *Whish*-Bericht, Rn. 8.1: „*Although it may be possible that conduct that infringes the Chapter I and II prohibitions might be investigated under the Enterprise Act, in practice this is not what happens.*“

1030 *KOM*, *Whish*-Bericht, Rn. 3.17.

1031 *Whish/Bailey*, Competition Law, S. 511.

1032 OFT, OFT511, Rn. 3.9.

die betroffenen Unternehmen als auch Dritte mit ein.¹⁰³³ Die Ergebnisse werden gemeinsam mit anderen wesentlichen Dokumenten auf einer für jede Marktuntersuchung eingerichteten Internetseite dargestellt.¹⁰³⁴

dd) Erlass einer Entflechtungsverfügung

Wird am Ende des Phase-2-Verfahrens mit Zweidrittelmehrheit¹⁰³⁵ der zu- 484
ständigen Gruppe das Vorliegen eines AEC festgestellt, so hat die CMA
gem. sec. 138 para. 2 EA02 die Pflicht zum Ergreifen der erforderlich
erscheinenden Abhilfemaßnahmen. Gem. sec. 161 para. 3 i.V.m. Schedule
8 EA02 stehen ihr hierzu umfangreiche Kompetenzen, etwa Preisvorgaben,
zu.¹⁰³⁶ Gem. Schedule 8 para. 13 EA02 hat die CMA auch die Befugnis
zur Anordnung missbrauchsunabhängiger Entflechtungen (zu deren Inhalt
siehe unten Rn. 502 ff.).

ee) Verfahrensdauer

Die CMA muss innerhalb von 18 Monaten nach Erlass der *market inves-* 485
tigation reference einen Bericht veröffentlichen, der das Vorliegen eines
AEC und die Notwendigkeit etwaiger Abhilfemaßnahmen beurteilt; diese
Frist ist beim Vorliegen besonderer Umstände einmalig um höchstens sechs
Monate verlängerbar (vgl. sec. 136 f. EA02). Solche besonderen Umstände
können etwa mehrere zu untersuchende Parteien oder Märkte sein.¹⁰³⁷
Regelmäßig wird bereits nach ca. zwölf Monaten¹⁰³⁸ ein Zwischenbericht
veröffentlicht, der das Vorliegen eines AEC sowie mögliche Abhilfemaß-

1033 *Whish/Bailey*, Competition Law, S. 515. Zur umfangreichen Beteiligung der betroffenen Kreise siehe auch die Übersicht eines typischen Verfahrensgangs bei CMA, CMA3, Rn. 3.29.

1034 Vgl. etwa die Internetseite zur Marktuntersuchung im Zementsektor (unten Rn. 551 ff.): <https://www.gov.uk/cma-cases/aggregates-cement-and-ready-mix-concrete-market-investigation>, zuletzt abgerufen am 28.08.2025.

1035 Vgl. Schedule 4 paras. 55, 57 ERRA13.

1036 Alternativ können gem. sec. 159 EA02 Verpflichtungszusagen entgegen genommen werden.

1037 CMA, CMA3, Rn. 3.7.

1038 Vgl. KOM, *Whish*-Bericht, S. 26.

nahmen vorläufig beurteilt und zu dem die betroffenen Parteien Stellung nehmen können.¹⁰³⁹

- 486 Die Spezifikation der Abhilfemaßnahmen hat innerhalb von weiteren sechs Monaten nach Veröffentlichung des Abschlussberichts zu erfolgen; diese Frist ist grundsätzlich um vier Monate verlängerbar sowie gegebenenfalls länger, wenn die Verzögerung durch die fehlende Mitwirkung eines betroffenen Unternehmens bedingt ist (vgl. sec. 138, 138A, 138B, 172 EA02). Hieran kann sich eine weitere Frist zum Vollzug der Anordnung, etwa dem Verkauf von Unternehmensteilen, anschließen. Diese Frist muss einen angemessenen Ausgleich zwischen den Auswirkungen der Anordnung auf die betroffenen Unternehmen und dem durch den AEC entstehenden Schaden für die Abnehmer finden.¹⁰⁴⁰ Die CMA geht grundsätzlich davon aus, dass Entflechtungen im Verkaufswege innerhalb von maximal sechs Monaten vollziehbar sind.¹⁰⁴¹

c) Rechtsschutz

- 487 Die (getroffenen oder unterlassenen) Entscheidungen der CMA oder des zuständigen Ministers im Zusammenhang mit einer *reference* gem. Part IV EA02 unterliegen gem. sec. 179 EA02 der *review* durch das Competition Appeal Tribunal (CAT). Das Rechtsmittel steht dabei jeder durch die Entscheidung beschwerten Person („*any person aggrieved by a decision*“) zu, was auch Dritte mit hinreichendem Interesse umfasst.¹⁰⁴² Aufschiebende Wirkung tritt nur ein, soweit sie explizit vom CAT angeordnet wird (sec. 179 para. 3 EA02).
- 488 Gem. sec. 179 para. 4 EA02 wendet das CAT den eingeschränkten Prüfungsmaßstab der *judicial review* an. Dies entspricht auch der gerichtlichen Kontrolle von Fusionskontrollentscheidungen (vgl. sec. 120 para. 4 EA02), unterscheidet sich aber vom höheren *merits review*-Standard in kartellrechtlichen CA98-Fällen.¹⁰⁴³ Im Rahmen der *judicial review* findet nur eine Prüfung auf *irrationality* bzw. *unlawfulness* hin statt, was im deutschen Recht in etwa Zuständigkeitsfehlern, Ermessensfehlergebrauch

1039 Vgl. CMA, CMA3, Rn. 3.29, 3.57 ff.

1040 *Whish/Bailey*, Competition Law, S. 516.

1041 CC, CC3 Revised, Rn. 27.

1042 *Whish/Bailey*, Competition Law, S. 523.

1043 *Ahlborn/Leslie*, in: *Rodger/Whelan/MacCulloch*, UK Competition Regime, S. 142 f.

oder Ermessensnichtgebrauch und im Unionsrecht offensichtlichen Beurteilungsfehlern entspricht.¹⁰⁴⁴

Der zurückhaltende Prüfungsmaßstab der *judicial review* im Rahmen von Part IV EA02 wurde vom CAT im Verfahren betreffend die Entflechtung der BAA-Flughäfen (Rn. 543 ff.) wie folgt konkretisiert: „*It is well-established that, despite the specialist composition of the Tribunal, it must act in accordance with the ordinary principles of judicial review [...]. Accordingly, the Tribunal, like any court exercising judicial review functions, should show particular restraint in 'second guessing' the educated predictions for the future that have been made by an expert and experienced decision-maker such as the CC*“¹⁰⁴⁵. 489

Die Entscheidungen des CAT unterliegen der Berufung (*appeal*) zum Court of Appeal bzw. in Schottland dem Court of Session, soweit diese oder das CAT das Rechtsmittel zulassen (sec. 179 para. 6 ff. EA02). Eine politische Kontrollinstanz für missbrauchsunabhängige Abhilfemaßnahmen ist – jenseits der *public interest interventions* (Rn. 479) – nicht vorgesehen. 490

3. Tatbestand

Zentrales Eingriffskriterium infolge einer Marktuntersuchung ist das Vorliegen eines *adverse effect on competition* (a). Hinsichtlich betroffener Märkte (b) und möglicher Maßnahmeadressaten (c) gibt es zwar behördliche Leitlinien der CMA, aber keine gesetzlichen Vorgaben. 491

a) Adverse effect on competition (AEC)

Gem. sec. 134 para. 1 EA02 hat die CMA das Vorliegen eines *adverse effect on competition* (AEC) zu prüfen: „*The Commission shall, on a market investigation reference, decide whether any feature, or combination of features, of each relevant market prevents, restricts or distorts competition in connection with the supply or acquisition of any goods or services in the United*“ 492

1044 Siehe zum deutschen Recht *Wagner-von Papp*, WuW 2022, S. 645 und zum Unionsrecht KOM, *Whish-Bericht*, S. 22. Kritisch zu diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab unter sec. 194 EA02 etwa *Ahlborn/Leslie*, in: *Rodger/Whelan/MacCulloch*, UK Competition Regime, S. 163 f. und KOM, *Crawford/Rey/Schnitzer-Bericht*, S. 19.

1045 *BAA Ltd v Competition Commission* [2012] CAT 3, Rn. 6.

Kingdom or a part of the United Kingdom.“ Ein AEC liegt gem. sec. 134 para. 2 EA02 vor, wenn die Voraussetzungen des para. 1 erfüllt sind, also der Wettbewerb auf einem Markt verhindert, eingeschränkt oder verfälscht ist. Dies entspricht der Formulierung des Kartellverbots in Art. 101 AEUV und sec. 2 CA98 (Rn. 452, 477). Das Gesetz sieht keine explizite Erheblichkeitsschwelle für den AEC vor, die Erheblichkeit ist aber wesentlich für die Verhältnismäßigkeit einer Abhilfemaßnahme.¹⁰⁴⁶

493 Als Ursache für einen AEC kommen sowohl verhaltens- als auch strukturebedingte Umstände in Betracht (vgl. sec. 131 para. 2 EA02), wobei die CMA keine trennscharfe Abgrenzung für erforderlich hält.¹⁰⁴⁷ Mangels eines Idealbilds von Wettbewerb versteht die CMA das Vorliegen eines AEC als Gegenbegriff zu einem gut funktionierenden Markt.¹⁰⁴⁸ Es bietet sich deshalb an, zur Prüfung auf ein kontrafaktisches Szenario unter Hinwegdenken des potentiellen AEC abzustellen.¹⁰⁴⁹ Die CMA wendet als Beweismaß einen *balance of probabilities*-Test an; sie stellt sich also die Frage, ob bestimmte Umstände mit überwiegender Wahrscheinlichkeit einen AEC hervorrufen.¹⁰⁵⁰ Erforderlich ist eine „50+x-prozentige Wahrscheinlichkeit.“¹⁰⁵¹

494 Das Vorgehen im Hinblick auf die Beurteilung des Vorliegens eines AEC (AEC-Test) ist in Part III der *market investigation guidelines* ausführlich dargestellt. Der AEC-Test besteht demnach im Wesentlichen aus drei Stufen:

1. Einschätzung der Marktcharakteristika (insbesondere Marktstruktur, etwa -anteile) und Ergebnisse des Wettbewerbsprozesses,
2. Marktdefinition und

1046 Vgl. BT-Drs. 20/6824, S. 18.

1047 OFT, OFT511, Rn. 1.9.

1048 Vgl. CC, CC3 Revised, Rn. 30: „*The Act does not specify a theoretical benchmark against which to measure an AEC. In its market investigation reports the CC uses the term ‘a well-functioning market’ in the sense, generally, of a market without the features causing the AEC, rather than to denote an idealized, perfectly competitive market.*“ Eine Definition eines gut funktionierenden Marktes hat die CMA auch in ihren bisherigen Marktuntersuchungsberichten nicht herausgearbeitet (KOM, *Whish*-Bericht, Rn. 6.3).

1049 KOM, *Whish*-Bericht, Rn. 6.5; *Whish/Bailey*, Competition Law, S. 536.

1050 CC, CC3 Revised, Rn. 319.

1051 *Voges*, Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips, S. 197.

3. Umstände, die den Wettbewerb auf dem relevanten Markt beeinträchtigen (*competitive assessment*).¹⁰⁵²

Für das *competitive assessment* greift die CMA hauptsächlich auf fünf Schadenstheorien zurück: 495

1. Unilaterale Marktmacht einschließlich Marktkonzentration,
2. Eintritts- und Expansionsbarrieren,
3. koordiniertes Verhalten,
4. vertikale Beziehungen und
5. schwache Abnehmerreaktion.¹⁰⁵³

Eine Entflechtung (*divestiture*) als Abhilfemaßnahme kommt regelmäßig 496 dann infrage, wenn der AEC überwiegend in der Marktstruktur begründet liegt.¹⁰⁵⁴ Die Marktstruktur wird dabei definiert als das Umfeld, in dem Unternehmen auf einem bestimmten Markt agieren.¹⁰⁵⁵ Die Entflechtung soll aus der Marktstruktur resultierende Wettbewerbsprobleme, namentlich fehlenden Konkurrenzkampf (*lack of rivalry*), adressieren.¹⁰⁵⁶ Gem. Part V der *market investigation references guidance* prüft die CMA die Marktstruktur insbesondere im Hinblick auf das Vorliegen folgender Umstände:

1. Marktkonzentration (insbesondere koordinierte Oligopolsituationen),
2. vertikale Integration,
3. Marktzutritts-, -austritts- und Expansionsbedingungen (einschließlich Informationsasymmetrien und Wechselkosten),
4. regulatorische Bedingungen (z.B. Limitierung der Anzahl der Wettbewerber) und
5. gegengewichtige Marktmacht.¹⁰⁵⁷

Dabei handelt es sich im Wesentlichen um dieselben Faktoren, die im Rahmen von Fusionskontrollen zur Ermittlung unilateraler Effekte verwendet werden.¹⁰⁵⁸ Bei der Entscheidung, ob und welche Abhilfemaßnahme zu treffen ist, sind gem. sec. 134 paras. 4, 5 EA02 auch nachteilige Auswirkun- 497

1052 CC, CC3 Revised, Rn. 94 ff. Die oben dargestellte Reihenfolge entspricht derjenigen in den *guidelines*, es wird dort jedoch darauf hingewiesen, dass es sich nicht um streng abgrenzbare chronologische Schritte handelt.

1053 CC, CC3 Revised, Rn. 170 ff.

1054 CC, CC3 Revised, Rn. 372.

1055 OFT, OFT51I, Rn. 5.1.

1056 CC, CC3 Revised, Rn. 373.

1057 OFT, OFT51I, Rn. 5.1 ff. Vgl. dazu auch EA02, Explanatory Notes, Rn. 300.

1058 *Wagner-von Papp*, WuW 2022, S. 644.

gen des AEC auf Abnehmer (*detrimental effects on customers*), namentlich hohe Preise, niedrigere Qualität oder Auswahl sowie verringerte Innovation zu beachten. Das Vorliegen solcher Effekte ist wiederum ein starkes Indiz für – und das Nichtvorliegen ein starkes Indiz gegen – die Annahme eines AEC.¹⁰⁵⁹ Im Einzelfall kann auch nur diesen Auswirkungen abgeholfen werden, regelmäßig wird aber der AEC direkt zu adressieren sein.¹⁰⁶⁰ Umgekehrt sind auch etwaige positive Effekte auf Abnehmer in die Entscheidung einzustellen (vgl. sec. 134 paras. 7, 8 EA02), die unter Umständen das Unterlassen von Abhilfemaßnahmen rechtfertigen können. Grundsätzlich gilt jedoch gem. sec. 138 para. 2 EA02 die Pflicht, Abhilfemaßnahmen zu treffen (zu deren Inhalt siehe unten Rn. 503 ff.).

b) Betroffene Märkte

498 Der EA02 selbst beschränkt den Anwendungsbereich nicht auf bestimmte Märkte („*a market in the United Kingdom for goods or services*“, sec. 131 para. 1 EA02). Allerdings gibt die CMA in ihren Leitlinien selbst verschiedene Einschränkungen an:¹⁰⁶¹

- Aus Verhältnismäßigkeitsgründen soll jedenfalls auf sehr kleinen Märkten nicht eingegriffen werden.
- Selbiges gilt, wenn nur kleine Teile eines Marktes vom AEC betroffen sind, wobei als Richtwert mindestens 25 % herangezogen werden kann.
- Auch kurzfristigen (*short-lived*) Wettbewerbsproblemen soll nicht mit Abhilfemaßnahmen begegnet werden.

499 Seit dem ERRA13 besteht auch die Möglichkeit einer sog. *cross market reference*, also einer marktübergreifenden Betrachtung (vgl. sec. 131, para. 2A EA02). Generell erfolgt eine Marktabgrenzung im Rahmen der Anwendung von Part IV EA02 jedoch weniger trennscharf als bei der Marktmachtmissbrauchsaufsicht gem. CA98.¹⁰⁶²

1059 Vgl. *Federation of Independent Practitioner Organisations v CMA* [2016] EWCA Civ 777, Rn. 39: „No doubt in principle competition may be prevented, restricted or distorted within section 134 without any detrimental effects having yet become apparent. The existence or absence of such detrimental effects, however, is plainly a material indication of whether or not competition has in fact been prevented, restricted or distorted.“

1060 Vgl. EA02, Explanatory Notes, Rn. 313.

1061 OFT, OFT511, Rn. 2.28.

1062 *Whish/Bailey*, Competition Law, S. 526.

Regulierte Sektoren sind vom Anwendungsbereich des Marktuntersuchungsinstruments erfasst, die CMA kann demnach selbst die Untersuchung eines regulierten Marktes einleiten.¹⁰⁶³ Allerdings kann die jeweils zuständige Regulierungsbehörde selbst eine Marktstudie durchführen und im Anschluss daran eine *market investigation reference* an die CMA erlassen.¹⁰⁶⁴ Dabei steht es im Ermessen der Regulierungsbehörden, ob sie vorrangig von sektorspezifischen Befugnissen Gebrauch machen oder auf das *market investigation regime* zurückgreifen.¹⁰⁶⁵ Im Falle einer Anwendung von Part IV EA02 ist gem. sec. 168 EA02 zu beachten, dass auf regulierten Märkten ggf. außerwettbewerbliche Ziele (z.B. die Aufrechterhaltung eines universellen Postdienstes) verfolgt werden.¹⁰⁶⁶ Die Entscheidung der CMA muss letztlich im Einklang mit den Pflichten der für den Sektor zuständigen Regulierungsbehörden liegen.¹⁰⁶⁷ 500

c) Betroffene Unternehmen

Eine Begrenzung der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz auf bestimmte, etwa marktbeherrschende, Unternehmen ist nicht vorgesehen. Insoweit bleibt der CMA eine potentiell mühsame Beweisführung erspart. Damit ein Unternehmen hinreichenden Einfluss auf die Marktstruktur hat, um nach den eben genannten Kriterien eine Entflechtung zu rechtfertigen, dürfte ein gewisses Maß an Unternehmensgröße und Marktmacht jedoch unerlässlich sein. 501

4. Rechtsfolge

Zur Abhilfe eines AEC stehen der CMA umfassende Befugnisse zu (a). Im Rahmen von Entflechtungsanordnungen wird in der Praxis auf Verkaufslösungen zurückgegriffen (b). Zur Durchsetzung der Entflechtung kann die CMA insbesondere einen Treuhänder einsetzen (c) sowie ein Rückerwerbsverbot anordnen (d). 502

1063 KOM, *Whish*-Bericht, Rn. 3.18.

1064 Zum Konkurrenzverhältnis von CMA und Sektorregulierungsbehörden vgl. KOM, *Whish*-Bericht, Rn. 3.18 ff., 4.2 ff.

1065 OFT, OFT511, Rn. 2.3.

1066 Vgl. KOM, *Whish*-Bericht, Rn. 3.41.

1067 Vgl. EA02, Explanatory Notes, Rn. 374 f. und Annex D.

a) Umfassende Befugnisse

- 503 Die CMA hat gem. sec. 138 para. 2 EA02¹⁰⁶⁸ die erforderlichen Abhilfemaßnahmen („*such action [...] as it considers to be reasonable and practicable*“) für den AEC und aus ihm folgende *detrimental effects on customers* zu ergreifen. Gem. sec. 161 para. 3 i.V.m. Schedule 8 EA02 stehen ihr hierzu umfangreiche Kompetenzen zu („*anything permitted by schedule 8 and such supplementary, consequential or incidental provision as the person making it considers appropriate*“). Bei der Wahl der konkreten Abhilfemaßnahme prüft die CMA insbesondere die Wirksamkeit und Verhältnismäßigkeit.¹⁰⁶⁹
- 504 Schedule 8 para. 13(1) EA02 sieht explizit die eigentumsrechtliche Entflechtung vor („*the division of any business (whether by the sale of any part of the undertaking or assets or otherwise)*“ bzw. „*the division of any group of interconnected bodies corporate*“). Anstelle einer Anordnung im Wege der *final order* gem. sec. 161 EA02 kann die CMA auch abschließende Verpflichtungszusagen (*undertakings*) zur Abhilfe des AEC entgegennehmen, vgl. sec. 159, 164 EA02).

b) Entflechtungspraxis: Verkaufslösungen

- 505 Obwohl die weite Ermächtigungsgrundlage wohl jede Form der Entflechtung zuließe – und die MMC in der Vergangenheit auch schon andere Ansätze gewählt oder erwogen hat (Rn. 524 ff., 539 ff.) –, thematisieren die *guidelines for market investigations* ausschließlich Verkaufslösungen. Dabei werden drei Kernanforderungen an eine erfolgreiche Entflechtung herausgearbeitet und die diesbezügliche Vorgehensweise dargestellt: „*To be effective in increasing rivalry—and managing divestiture risks—a divestiture remedy should involve the sale of an appropriate divestiture package to a suitable purchaser through an effective divestiture process.*“¹⁰⁷⁰
- 506 In dem darauffolgenden Abschnitt legt die CMA insbesondere dar, wie sie den oben (Rn. 119 ff.) dargelegten praktischen Hürden beim „Entflechtungszuschnitt“ gerecht werden möchte. So kann sie etwa für den Fall, dass der Verkauf in einer festgelegten Periode nicht gelingt, ein alternatives

1068 Die für die Entflechtung relevanten Normen sind im Anhang dieser Arbeit wiedergegeben, siehe unten S. 451 ff.

1069 Vgl. CC, CC3 Revised, Rn. 334 ff., als Kriterien werden dort „*Effectiveness*“ sowie „*Reasonableness and proportionality*“ genannt.

1070 CC, CC3 Revised, Annex B, Rn. 8 (Hervorhebungen nur hier).

Entflechtungsobjekt festlegen oder dem Käufer Vorgaben im Hinblick auf einen möglichen Weiterverkauf machen.¹⁰⁷¹ Bemerkenswert erscheint auch, dass die CMA sich bei der Auswahl des Käufers eine aktiv mitgestaltende Rolle vorbehält und zugleich materielle Vorgaben hierzu macht: „*The CC will wish to satisfy itself that a prospective purchaser is independent of the divesting parties, has the necessary capability to compete, is committed to competing in the relevant market(s) and that divestiture to the purchaser will not create further competition concerns.*“¹⁰⁷² Diese behördliche Einflussnahme auf den Verkaufsprozess dürfte durch Schedule 8(3) lit. (k) EA02 gedeckt sein und erscheint sinnvoll, um den Entflechtungserfolg zu sichern.

Auch im Hinblick auf das Entflechtungsobjekt sind vielfältige Maßnahmen zur Sicherung des Entflechtungserfolges denkbar, etwa die Annahme von Verpflichtungszusagen, das Entflechtungsobjekt in einem wettbewerbsfähigen Zustand zu erhalten.¹⁰⁷³ Zur Sicherung der Entflechtung im Zeitraum zwischen Veröffentlichung des Abschlussberichts und Vollzug der Entflechtung kann die CMA auch einstweilige Anordnungen (*interim orders*) gem. sec. 158 EA02 treffen.¹⁰⁷⁴ 507

Im Vereinigten Königreich erhalten die von einer Entflechtung betroffenen Unternehmen über den erzielten Verkaufspreis hinaus keine staatlichen Entschädigungsleistungen.¹⁰⁷⁵ 508

1071 CC, CC3 Revised, Annex B, Rn. 15 f., 20.

1072 CC, CC3 Revised, Annex B, Rn. 17 (Hervorhebungen nur hier). Vgl. dazu etwa auch ebd. Rn. 19: „*Where divesting parties receive interest from more than one prospective buyer, the CC will generally wish to evaluate whether purchasers fulfil the criteria before any purchaser is granted exclusivity to undertake detailed due diligence. This is to avoid situations where a prospective purchaser undertakes lengthy due diligence on an exclusive basis but is then found not to satisfy the CC’s criteria*“ bzw. Rn. 30: „*The CC will wish to ensure, before providing its final approval of the divestiture at the end of the divestiture process, that the divestiture agreement and relevant supporting documentation convey all assets required to be divested, and contain no provisions that are inconsistent with the remedial objectives of the divestiture. For example, continuing links between the purchaser and the parties, as outlined in paragraph 21, may undermine competitive incentives.*“

1073 Vgl. CC, CC3 Revised, Annex B, Rn. 24 f.

1074 Insoweit wurde vom früheren Vorsitzenden der CMA Andrew Tyrie kritisiert, dass die Möglichkeit einstweiliger Anordnungen nicht bereits während der Marktuntersuchung besteht, vgl. KOM, *Whish*-Bericht, Rn. 3.45.

1075 Kühling, Verfassungsblog vom 24.06.2022.

c) Durchsetzung der Entflechtung

- 509 Zur Durchsetzung der Entflechtung sieht Schedule 8 para. 13 EA02 einen umfassenden Katalog an Maßnahmen vor. Insbesondere ermöglicht die Einsetzung eines Treuhänders gem. Schedule 8 para. 13.3(1) EA02 einen zwangsweisen Vollzug der Entflechtung. Die CMA behält sich diese Möglichkeit insbesondere vor, falls der Verkauf nicht innerhalb der gesetzten Frist erfolgt; im Einzelfall – etwa bei mangelnder Kooperation des zu entflechtenden Unternehmens – soll sie jedoch auch schon vorher angeordnet werden.¹⁰⁷⁶
- 510 Die CMA hat die Durchsetzung der Entflechtung gem. sec. 162 para. 1 EA02 zu überwachen und kann hierzu die erforderlichen Maßnahmen treffen (sec. 162 para. 4 EA02). Daneben besteht eine zivilrechtliche Verpflichtung des zu entflechtenden Unternehmens zum Vollzug der Maßnahmen auch gegenüber Dritten, die durch einen Verstoß beeinträchtigt werden könnten (sec. 167 paras. 2, 3 EA02). Diesen Dritten sowie der CMA (und im Einzelfall dem zuständigen Minister) steht zur Durchsetzung der Zivilrechtsweg offen (sec. 167 paras. 4 ff. EA02).

d) Rückerwerbsverbot

- 511 Die CMA gibt an, gegenüber den entflochtenen Unternehmen als Maßnahme der Rekonzentrationsprävention regelmäßig ein zehnjähriges Rückerwerbsverbot (*sunset clause period*) zu verhängen.¹⁰⁷⁷ Gesetzliche Vorgaben hierzu gibt es indes nicht.

5. Schlussfolgerungen

- 512 Insgesamt ist festzuhalten, dass die CMA über enorme missbrauchsunabhängige Eingriffsbefugnisse verfügt.¹⁰⁷⁸ Die konkrete Ausgestaltung der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz zeichnet sich durch ein hohes Maß behördlichen Ermessens aus. Strenge gesetzliche Vorgaben bestehen zwar auf Verfahrensebene, etwa zur Verfahrensdauer oder der

1076 Vgl. CC, CC3 Revised, Annex B, Rn. 29.

1077 CC, CC3 Revised, Annex B, Rn. 11.

1078 So auch *BAA Limited v Competition Commission* [2009] CAT 35, Rn. 117: „enormous powers“.

Entgegennahme von Verpflichtungszusagen. Auf Tatbestands- und Rechtsfolgende hingegen hat die CMA weitgehend „freie Hand“.

III. Vereinbarkeit der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz mit höherrangigem Recht

Im folgenden Abschnitt wird die Frage der Vereinbarkeit der missbrauchs- 513
unabhängigen Entflechtungskompetenz gem. sec. 161 para. 3 EA02 mit
höherrangigem Recht dargestellt. Sie ist – bzw. war – an verfassungs- (1.),
unions- (2.) und völkerrechtlichen (3.) Maßstäben zu messen. Wie schon
oben (Rn. 307 ff.) zum deutschen Recht beschränkt sich der Abschnitt
mit Blick auf den rechtsvergleichenden Charakter dieser Arbeit auf eine
überblicksartige Darlegung der zu überwindenden Hürden und schließt
mit knappen Schlussfolgerungen (4.).

1. Verfassungsrecht

Eine verfassungsrechtliche Prüfung britischen Rechts ist notwendigerweise 514
weniger dogmatisch als in den beiden anderen hier untersuchten Rechts-
ordnungen (Rn. 309 ff., 650 ff.). Denn es gibt im Vereinigten Königreich
kein mit demjenigen in Deutschland oder der Schweiz vergleichbares,
kodifiziertes Verfassungsrecht (Verfassung im formellen Sinn); allerdings
gibt es eine materielle Verfassung, die sich aus *statutory law*, *common law*
und *constitutional conventions* (Verfassungsbräuchen) zusammensetzt.¹⁰⁷⁹
Ein Grundprinzip dieser materiellen Verfassung ist das Rechtsstaatsprinzip
(*rule of law*).¹⁰⁸⁰

Eine mögliche Unvereinbarkeit des *market investigation regime* mit der 515
rule of law wird verschiedentlich thematisiert.¹⁰⁸¹ Wie auch im deutschen
Recht (Rn. 325 ff.) werden Bedenken insbesondere im Hinblick auf die Un-
bestimmtheit der Normen und die damit verbundene Unvorhersehbarkeit
von Eingriffen gem. Part IV EA02 vorgebracht.¹⁰⁸² Vor diesem Hintergrund
wird auch der schwache justizielle Überprüfungsmaßstab der *judicial re-*

1079 Vgl. Kley, Verfassungsgeschichte, S. 80 ff.

1080 Vgl. Kley, Verfassungsgeschichte, S. 83.

1081 Vgl. Ahlborn/Leslie, in: Rodger/Whelan/MacCulloch, UK Competition Regime, S. 161 ff.; Dunne, 2 Journal of Antitrust Enforcement 2014, S. 234 ff.

1082 Ahlborn/Leslie, in: Rodger/Whelan/MacCulloch, UK Competition Regime, S. 161 ff.

view (Rn. 488 f.) kritisch gesehen.¹⁰⁸³ Dieser führte etwa dazu, dass im Entflechtungsverfahren *BAA Airports Ltd.* (Rn. 543 ff.) die Rechtfertigung der Entflechtungsanordnung als solche kein Gegenstand des anschließenden Gerichtsverfahrens war, sondern allein die Fragen der Voreingenommenheit der Entscheidungsträger und der Angemessenheit des Zeitrahmens für den Vollzug der Entflechtung.¹⁰⁸⁴ Die Diskussion um die Verfassungsmäßigkeit der Norm scheint insgesamt jedoch weit weniger intensiv als in Deutschland geführt zu werden. Ein Grund hierfür dürfte auch das im Vereinigten Königreich verbreitete, auf *Albert Venn Dicey* zurückgehende Verständnis von Parlamentsouveränität sein, wonach verfassungswidrige Gesetze grundsätzlich ausgeschlossen sind.¹⁰⁸⁵

2. Unionsrecht

516 Im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht stellten sich bis zum „Brexit“ grundsätzlich dieselben Probleme wie nunmehr im deutschen Recht unter der Geltung von § 32f Abs. 4 GWB (Rn. 331 ff.). Die potentiellen Kompetenzkonflikte mit dem Unionsrecht sind durch den „Brexit“ jedoch gegenstandslos geworden,¹⁰⁸⁶ sodass eine ausführliche Diskussion an dieser Stelle nicht geboten erscheint. Allerdings sprechen gute Argumente dafür, dass auch während der EU-Mitgliedschaft des Vereinigten Königreichs kein Verstoß gegen höherrangiges Unionsrecht vorlag:

517 Insbesondere wurde bei der Anwendung des britischen Marktuntersuchungsinstruments eine Kollision mit Artt. 101 und 102 AEUV sowie der gem. Art. 103 AEUV zu ihrer Verwirklichung erlassenen KartellVO dadurch zu verhindern versucht, dass Verhaltensweisen zunächst auf ein dort geregeltes Verhalten untersucht wurden und nur, soweit dies nicht vorlag, ein Vorgehen gem. Part IV EA02 in Betracht gezogen wurde.¹⁰⁸⁷ Diese Praxis dürfte den unionsrechtlichen Anforderungen genügt haben und wurde von

1083 Ahlborn/Leslie, in: Rodger/Whelan/MacCulloch, UK Competition Regime, S. 163 f.

1084 Vgl. *BAA Ltd v Competition Commission* [2009] CAT 35, Rn. 6 ff. Kritisch dazu Ahlborn/Leslie, in: Rodger/Whelan/MacCulloch, UK Competition Regime, S. 163.

1085 Vgl. Dicey, *Law of the Constitution*, S. 3 f.: „*The principle of Parliamentary sovereignty means neither more nor less than this, namely, that Parliament thus defined has, under the English constitution the right to make or unmake any law whatever; and, further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament.*“

1086 Vgl. Whish/Bailey, *Competition Law* (10. A.), S. 484.

1087 OFT, OFT511, Rn. 2.12 ff.

der Europäischen Kommission auch nie beanstandet.¹⁰⁸⁸ Die Kommission hat – soweit ersichtlich – auch keine Einwände gegen die missbrauchsunabhängige Entflechtung von *BAA Airports Ltd.* (Rn. 543 ff.) erhoben, obwohl sie deren Übernahme durch *Ferrovial Quebec* und andere Unternehmen erst wenige Jahre vorher fusionskontrollrechtlich geprüft und freigegeben hatte.¹⁰⁸⁹

3. Völkerrecht

Wie auch das übrige britische Wettbewerbsrecht, ist das *market investigation regime* prinzipiell auf internationale Sachverhalte anwendbar (vgl. sec. 25 para. 3 ERRA13).¹⁰⁹⁰ Die Entflechtung eines internationalen Unternehmens dürfte grundsätzlich auch keinen Verstoß gegen den völkerrechtlichen Eigentumsschutz oder das Interventionsverbot darstellen (Rn. 358 ff.). Insbesondere dürfte völkerrechtlich auch keine über den Kaufpreis hinausgehende Entschädigung erforderlich sein, da sich deren notwendige Höhe ohnehin nach dem Marktwert richtet.¹⁰⁹¹

Allerdings würde die CMA mangels Erfolgsaussichten der Entflechtung eines ausländischen Unternehmens wohl schon von einer *market investigation reference* und damit der Einleitung eines Phase-2-Verfahrens absehen.¹⁰⁹² Ihre limitierten Möglichkeiten in diesem Zusammenhang anerkannte die CMA explizit im Zusammenhang mit den Marktstudien „Statutory Audit“¹⁰⁹³ von 2019 sowie „Online platforms and digital adverti-

1088 Vgl. *Wagner-von Papp*, WuW 2022, S. 647.

1089 KOM, Beschluss vom 23.05.2006, COMP/M.4164.

1090 *Ahlborn/Leslie*, in: *Rodger/Whelan/MacCulloch*, UK Competition Regime, S. 165.

1091 Vgl. *Gornig*, Völkerrecht, § 129 Rn. 18. Dem könnte im Einzelfall aber möglicherweise entgegenhalten werden, dass der Marktwert sich durch die staatliche Verkaufspflicht verringert hat.

1092 OFT, OFT511, Rn. 2.30, siehe dazu schon oben Rn. 478.

1093 Vgl. CMA, Audit Services Report, Rn. 8.8 f.: „Another way to create more choice would be to separate the biggest audit firms into two firms each, with both providing audit and non-audit services. [...] Hence, a split would need to be carried out in such a way as to create two international networks in each instance, i.e. the remedy could only work if applied internationally. Given the importance of international cooperation in making a structural split work, we encourage the regulator to remain open to further efforts internationally in this regard.“

sing¹⁰⁹⁴ aus dem Jahr 2020. Ebenso wie in Deutschland dürfte im Vereinigten Königreich daher nur die Entflechtung der inländischen Teile eines internationalen Unternehmens infrage kommen.

4. Schlussfolgerungen

- 520 Die Frage der Vereinbarkeit der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz mit höherrangigem Recht scheint im Vereinigten Königreich weit weniger umstritten zu sein als in Deutschland. Hierfür dürften zumindest folgende Umstände mitursächlich sein:
- Im Vereinigten Königreich besteht keine kodifizierte Verfassung, mithin besteht auch ein geringerer verfassungsrechtlicher Prüfungsumfang. Zudem herrscht ein Verständnis von Parlamentsouveränität vor, wonach verfassungswidrige Gesetze grundsätzlich ausgeschlossen sind.
 - Mit sec. 161 para. 3 EA02 vergleichbare Regelungen existieren im Vereinigten Königreich schon seit vielen Jahrzehnten (Rn. 427 ff.). Die Vorgängernormen traten teilweise schon vor dem Beitritt des Vereinigten Königreichs zu den Europäischen Gemeinschaften in Kraft, sodass ihre Vereinbarkeit mit dem höherrangigen Unionsrecht naturgemäß weniger diskutiert wurde. Die Normen und ihre Anwendung wurden – soweit ersichtlich – auch nie von den Unionsorganen beanstandet.
 - Ein wesentlicher Teil der Fragen zur Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht ist durch den „Brexit“ gegenstandslos geworden.

1094 Vgl. CMA, Online Platforms Report, Rn. 9.7: „with regard to potential interventions, and in particular possible structural remedies, we needed to be pragmatic about what changes could efficiently be pursued unilaterally by the UK“.

C. Praktische Anwendung der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz

Der folgende Abschnitt stellt praktische Anwendungsfälle der missbrauchs- 521
unabhängigen Entflechtungskompetenz im Vereinigten Königreich unter
dem FTA73 und dem EA02 dar. Um aus Sicht der britischen Wettbewerbs-
behörden „entflechtungswürdige“ Sachverhalte zu identifizieren, werden
auch Fälle untersucht, in denen eine Entflechtung entweder einvernehm-
lich oder überhaupt nicht vollzogen wurde. Die Entflechtung war dabei
regelmäßig nur als Teil eines größeren Maßnahmenpakets vorgesehen
und sollte nicht sämtliche Aspekte der festgestellten Wettbewerbsstörungen
adressieren.

Soweit ersichtlich, haben die jeweils zuständigen Organe MMC, CC und 522
CMA bis zum Jahr 2025 eine missbrauchsunabhängige Unternehmenszer-
schlagung in den folgenden sieben Fällen empfohlen bzw. angeordnet:

- *Roadside Advertising Services* im Jahr 1981 (I.),
- *Artificial Lower Limbs* im Jahr 1989 (II.),
- *Supply of Beer* im Jahr 1989 (III.),
- *British Gas* im Jahr 1993 (IV.),
- *BAA Airports* im Jahr 2009 (V.),
- *Aggregates* im Jahr 2014 (VI.) und
- *Private Healthcare*, ebenfalls im Jahr 2014 (VII.).

Diese Fälle werden nachfolgend jeweils 523

- unter 1. auf die wettbewerbliche Ausgangslage,
- unter 2. auf die (empfohlene oder getroffene) Abhilfemaßnahme sowie
- unter 3. auf deren Auswirkungen hin untersucht.

Unter (VIII.) werden abschließende Schlussfolgerungen aus der Gesamt-
schau dieser Anwendungsfälle gezogen.

I. Roadside Advertising Services 1981

Im Jahr 1981 empfahl die MMC die Zerschlagung der *British Posters Ltd.* 524
Diese erfolgte sodann aufgrund einer Verpflichtungszusage des betroffenen
Unternehmens.

1. Ausgangslage

525 Bei *British Posters Ltd.* handelte es sich um ein Unternehmen, über das verschiedene Anbieter gemeinschaftlich Werbeflächen vermarkteten.¹⁰⁹⁵ Die MMC kam zum Schluss, dass *British Posters Ltd.* isoliert betrachtet mit Marktanteilen über 25 % ein *scale monopoly* innehatte.¹⁰⁹⁶ Zudem lag – vermittelt über die beteiligten Unternehmen – mit Marktanteilen von 79 % auch ein *complex monopoly* (Oligopol) mit wettbewerbsbeschränkten Verhaltensweisen, z.B. Diskussionen über Geschäftsangelegenheiten, vor.¹⁰⁹⁷ Als Folge dieser Situation wurden folgende Verstöße gegen das *public interest* festgestellt:

- überhöhte Preise und übermäßig koordiniertes Preissetzungsverhalten,
- eine Vereinbarung zulasten von *Independent Poster Sales Ltd.* (dem einzig relevanten Wettbewerber von *British Posters Ltd.*) und
- mangelnde Anpassung an Kundenwünsche.¹⁰⁹⁸

2. Abhilfemaßnahme

526 Die MMC empfahl in ihrem Bericht die Zerschlagung von *British Posters Ltd.* Dabei sollte explizit keine Umstrukturierung des Unternehmens erfolgen, sondern dessen vollständige Auflösung.¹⁰⁹⁹ Dies wurde damit begründet, dass bestimmte Verstöße gegen das *public interest*, etwa der preisbeeinflussende Informationsaustausch, durch die bloße Existenz von *British Posters Ltd.* bedingt seien.¹¹⁰⁰ *British Posters Ltd.* sagte dem DGFT die Einstellung des Geschäftsbetriebs bis zum 31.03.1982 und die darauffolgende schnellstmögliche Auflösung des Unternehmens zu.¹¹⁰¹ Damit stellt die Maßnahme einen Eingriff dar, der in seiner Intensität über die für Entflechtungen „übliche“ Neuzuweisung des Eigentums an Unternehmensteilen bei gleichzeitiger Erhaltung derselben noch deutlich hinausgeht. Mangels Fort-

1095 Ausführlich zur Tätigkeit der *British Posters Ltd.*: HMSO, HCP 365, Rn. 6.1 ff.

1096 HMSO, HCP 365, Rn. 10.4 ff.

1097 HMSO, HCP 365, Rn. 10.8.

1098 HMSO, HCP 365, Rn. 10.19 ff., 10.48.

1099 Vgl. HMSO, HCP 365, Rn. 10.60: „We recommend, therefore, in the light of the considerations in paragraph 10.52 and of the adverse effects set put in paragraph 10.48, that *British Posters* should cease to exist and should not be reformed.“

1100 HMSO, HCP 365, Rn. 10.52.

1101 Hansard, HC Deb 12 May 1982 vol 23 c 249W.

bestand der Unternehmensteile liegt auch keine Entflechtung im oben (Rn. 67 f.) definierten Sinne vor.

3. Auswirkungen

Da in Verhandlungen der an *British Posters Ltd.* beteiligten Unternehmen mit dem DGFT kein wettbewerbsverträglicher Ersatz für die Funktionen von *British Posters Ltd.* (die gemeinsame Vermarktung von Werbeflächen) gefunden wurde, bildeten sich infolge der Auflösung neue Geschäftsmodelle – so nahm etwa die Bedeutung unabhängiger Anbieter von Plakatflächen zu und die großen Anbieter entwickelten neue, regionale Kampagnen.¹¹⁰² Demnach kann durchaus von einer wettbewerbsfördernden Wirkung der Maßnahme ausgegangen werden. Allerdings erfolgte – soweit ersichtlich – keine abschließende Evaluation, sodass etwa Preis- und Angebotseffekte nicht zuverlässig beurteilt werden können.

II. Artificial Lower Limbs 1989

In einem weiteren Verfahren empfahl die MMC 1989 die Veräußerung einer Tochtergesellschaft der *InterMed Ltd.* Diese erwies sich jedoch aufgrund einer rasant veränderten Marktstruktur als unnötig und wurde deshalb nicht vollzogen.

1. Ausgangslage

Die MMC stellte in ihrem Bericht zunächst fest, dass die *InterMed Ltd.* – vermittelt über ihre drei Tochtergesellschaften *J. E. Hanger & Co. Ltd.*, *Vessa Ltd.* und *Robert Kellie and Son Ltd.* – auf dem Markt für Prothesen der unteren Gliedmaßen einen Marktanteil von über 70 % hatte und mithin eine Monopolstellung im Sinne des FTA73 vorlag.¹¹⁰³ Diese Monopolstellung verstieß gegen das *public interest*, indem *InterMed Ltd.*

- höhere Preise für die Lieferung von Prothesen und somit höhere Gewinne erzielte, als unter normalen Wettbewerbsbedingungen zu erwarten gewesen wäre,

¹¹⁰² Hansard, HC Deb 12 May 1982 vol 23 c 250W.

¹¹⁰³ HMSO, Cm 594, Rn. 8.1.

- seine marktmächtige Stellung ausnutzte, um unangemessenen Druck auf öffentliche Auftraggeber auszuüben und
- hierdurch die Interessen der Patienten nicht hinreichend berücksichtigte.¹¹⁰⁴

2. Abhilfemaßnahme

- 530 Die MMC empfahl unter anderem, dass *InterMed Ltd.* entweder *Hanger Ltd.* oder *Vessa Ltd.* innerhalb von sechs Monaten nach dem 30.04.1989 veräußern sollte – jedoch nicht an *Chas A. Blatchford and Sons Ltd.*, den Hauptkonkurrenten von *InterMed Ltd.* mit einem Marktanteil von 26 %.¹¹⁰⁵ Allerdings wurde schon am Tag der Veröffentlichung des Berichts im House of Commons die Frage aufgeworfen, ob eine Entflechtung angesichts der veränderten Marktstruktur (Einbruch der Marktanteile von *Intermed Ltd.*) noch erforderlich sei.¹¹⁰⁶

3. Auswirkungen

- 531 Die Entflechtung unterblieb letztlich aufgrund der genannten erheblichen Veränderungen der Marktstruktur. Bereits im Juli 1989 war der Marktanteil von *Intermed Ltd.* auf dem relevanten Markt für Prothesen der unteren Gliedmaßen auf 16 % eingebrochen.¹¹⁰⁷ In seinem Abschlussbericht für das Jahr 1989 stellte der DGFT daher fest, dass eine Entflechtung nicht erforderlich sei.¹¹⁰⁸ Der Fall mahnt durch die extremen Entwicklungen dazu, Entflechtungen als wettbewerbsrechtliche *ultima ratio* ausschließlich auf langfristig verfestigten Märkten in Betracht zu ziehen, in denen die Selbstheilungskräfte des Wettbewerbs nachweisbar nicht ausreichen (Rn. 104).

III. Supply of Beer 1989

- 532 In einem vielbeachteten Verfahren empfahl die MMC 1989 die Veräußerung von mehreren Tausend im Eigentum von Großbrauereien stehenden Pubs.

1104 HMSO, Cm 594, Rn. 8.28.

1105 HMSO, Cm 594, Rn. 8.33.

1106 Vgl. Hansard, HC Deb 26 April 1989 vol 151 c 537W.

1107 Hansard, HC Deb 25 July 1989 vol 157 c 847.

1108 Vgl. *Whish/Sufrin*, Competition Law (3. A.), S. 87.

Die Entflechtung wurde (in abgeschwächter Form) durch den zuständigen Minister angeordnet.

1. Ausgangslage

Eine Besonderheit des britischen Biersektors war das Ausmaß vertikaler Integration: Brauereien brauten das Bier nicht nur, sondern verkauften es sowohl im Groß- als auch Einzelhandel selbst; letzteres insbesondere durch Pubs, die zu 75 % im Eigentum von Brauereien standen.¹¹⁰⁹ Die MMC stellte unter anderem fest, dass die sechs Großbrauereien *Allied, Bass, Courage, Grand Metropolitan, Scottish & Newcastle* und *Whitbread* 75 % der Bierproduktion und 74 % der im Eigentum von Brauereien stehenden Pubs auf sich vereinten.¹¹¹⁰ Die Betreiber von Pubs, also die Gastwirte, wurden regelmäßig entweder durch exklusive Belieferungsverträge oder die Vergabe von günstigen Krediten, die an Bierbezug gekoppelt waren (*loan ties*), an die Brauereien gebunden.¹¹¹¹ Die MMC stellte daher ein Oligopol (*complex monopoly*) zugunsten der in dieser Weise vertikal integrierten Brauereien fest.¹¹¹² Als Folge dieser Marktstruktur wurden elf verschiedene Beeinträchtigungen des *public interest* herausgearbeitet, darunter etwa der Anstieg der Bierpreise, die beschränkte Unabhängigkeit der Gastwirte und eine beschränkte Produktauswahl.¹¹¹³ 533

2. Abhilfemaßnahme

Die MMC empfahl eine Vielzahl von Abhilfemaßnahmen, darunter ein Verbot von *loan ties* und, dass die sechs Großbrauereien *Allied, Bass, Courage, Grand Metropolitan, Scottish & Newcastle* und *Whitbread* jeweils nur noch maximal 2.000 Pubs in ihrem Eigentum haben und die darüber liegende Anzahl veräußern sollten.¹¹¹⁴ Dies hätte ungefähr 21.900 Pubs betroffen.¹¹¹⁵ Der zuständige Minister schwächte allerdings auf Druck der 534

1109 HMSO, Cm 651, Rn. 1.9.

1110 HMSO, Cm 651, Rn. 1.11.

1111 Vgl. HMSO, Cm 651, Rn. 2.48 ff.

1112 HMSO, Cm 651, Rn. 1.18.

1113 HMSO, Cm 651, Rn. 12.102.

1114 HMSO, Cm 651, Rn. 12.122 ff.

1115 HMSO, Cm 651, Rn. 12.130.

Brauereien die Vorschläge der MMC ab.¹¹¹⁶ Letztlich wurden zwei Verordnungen (*statutory instruments*), die sog. *beer orders*, erlassen, die die Brauereien zum Verkauf der Hälfte der über die Zahl von 2000 hinausgehenden Pubs zwangen und strenge Regelungen zu *loan ties* aufstellten.¹¹¹⁷ Insgesamt betraf die Entflechtungsanordnung etwa 14.000 Fälle und damit ca. 17 % aller Pubs.¹¹¹⁸ Die Anordnung erfolgte auf der Grundlage von sec. 56 i.V.m. Schedule 8 para. 14 FTA73 (Rn. 430).

3. Auswirkungen

- 535 Die Entflechtungsanordnung unterlag zunächst erheblicher Kritik. So wurde sie von den Brauereien in einer medialen Kampagne mit der Auflösung der englischen Klöster durch *Henry VIII.* und der Bombardierung Londons durch die deutsche Luftwaffe im Zweiten Weltkrieg verglichen.¹¹¹⁹ Dennoch wurde die Entflechtung vollzogen. Eine erneute Untersuchung des Marktes durch das OFT im Jahr 2000 kam zu dem Ergebnis, dass keine Brauerei mehr auch nur annähernd 2.000 Pubs in ihrem Eigentum hatte.¹¹²⁰ Im Jahr 2003 wurden die *beer orders* daher mit der Begründung aufgehoben, dass sie keinen Anwendungsbereich mehr hatten.¹¹²¹
- 536 Ausgehend von diesem Befund könnte man zunächst schließen, dass die *beer orders* ihre Aufgabe erfüllt haben und das Entflechtungsverfahren als Erfolg bewerten. Allerdings werden die Maßnahmen aus anderen Gründen eher kritisch beurteilt:
- Der Preis für ein *Pint* Bier stieg auch im Zeitraum nach der Entflechtungsanordnung weit schneller an als die Inflationsrate.¹¹²²
 - Die „erhoffte dekonzentrierte Wirkung“ wurde trotz einer erheblichen Veränderung der Marktstruktur verfehlt; stattdessen war bereits von

1116 *Ebenroth/Durach*, Wettbewerbs- und Kartellrecht Großbritanniens, Rn. 176.

1117 SI 1989/2390 und SI 1989/2258.

1118 *BKartA*, Entflechtung, S. 15. Andere Quellen sprechen von ca. 11.000 Pubs, vgl. *Ebenroth/Durach*, Wettbewerbs- und Kartellrecht Großbritanniens, Rn. 176. Tatsächlich wurden bis 2004 alle ca. 32.000 im Eigentum der nationalen Großbrauereien stehenden Pubs veräußert, vgl. *HC*, Pubco Report, Rn. 14.

1119 *Wilks*, Public Interest, S. 309.

1120 Vgl. *HC*, Pubco Report, Rn. 24.

1121 SI 2002/3204 bzw. SI 2003/52, vgl. dazu *HC*, Pubco Report, Rn. 24.

1122 *Whish/Sufrin*, Competition Law (3. A.), S. 480. Vgl. dazu auch *BKartA*, Entflechtung, S. 14 f.

1989 bis 1992 sogar ein Anwachsen des Marktanteils der drei größten Brauereien von 46 % auf 60 % zu beobachten.¹¹²³ Dieser Trend hatte auch in der Folgezeit Bestand. So entfielen 2003 (je nach Berechnungsweise) 62 % bzw. 66 % Marktanteil auf die drei größten Brauereien.¹¹²⁴

- Auch kamen nur wenige unabhängige Betreiber von Pubs auf den Markt hinzu; stattdessen waren Fusionen zwischen Brauereien und Tauschgeschäfte „Pubs gegen Brauerei“ zu beobachten.¹¹²⁵ Auf diese Weise gaben einige regionale Brauereien die Bierproduktion auf, kauften stattdessen von Großbrauereien große Zahlen von Pubs und bezogen im Gegenzug das Bier von diesen Brauereien.¹¹²⁶ Es entstanden auch große Pub-Ketten (*pubcos*), die erhebliche Marktmacht gegenüber den Mietern der Gaststätten hatten. So hielten die zwei größten *pubcos* (*Enterprise Inns* und *Punch Taverns*) 2004 knapp 30 % aller Pubs und damit 7 % mehr als die zwei größten Brauereien vor der Entflechtungsanordnung von 1989.¹¹²⁷

Demnach hat das Entflechtungsverfahren zwar im Hinblick auf die vertikale Integration zwischen Großbrauereien und Pubs seinen Zweck erreicht – ob damit eine wünschenswerte Marktstruktur entstanden ist, darf insbesondere infolge des Erstarkens der *pubcos* allerdings bezweifelt werden. Zwar wurde der Sektor vom House of Commons Committee on Trade and Industry im Jahr 2004 noch als *competitive* eingeschätzt und das Ergreifen gesetzgeberischer Maßnahmen vorerst abgelehnt.¹¹²⁸ Allerdings trat 2016 eine Verordnung (SI 2016/790) zur Regulierung des Geschäftsverhaltens von *pubcos* mit mehr als 500 Lokalen gegenüber den Gastwirten in Kraft, was das Fortbestehen wettbewerblicher Probleme belegt. Im *Explanatory Memorandum* der Verordnung wird sogar explizit ein Scheitern des bisher verfolgten Selbstregulierungsansatzes konstatiert.¹¹²⁹ *Pubcos* müssen aufgrund der Verordnung neue Pächter etwa im Hinblick auf die Konsequenzen eines Vertrags schulen; auch existiert ein Mietpreisbewertungsverfahren (vgl. sec. 9 ff. SI 2016/790).

1123 *Ebenroth/Durach*, Wettbewerbs- und Kartellrecht Großbritanniens, Rn. 176.

1124 *HC, Pubco Report*, Rn. 22 und Table 3. Die unterschiedlichen Marktanteile beziehen sich auf „on-trade“ bzw. „off-trade“, also den Verzehr des Biers vor Ort oder außerhalb der Verkaufsstelle.

1125 *Whish/Sufrin*, Competition Law (3. A.), S. 480.

1126 *Whish/Sufrin*, Competition Law (3. A.), S. 480.

1127 *HC, Pubco Report*, Rn. 18.

1128 *HC, Pubco Report*, Rn. 23, 204.

1129 Vgl. SI 2016/790, Explanatory Memorandum, Rn. 7.1 f.

- 538 Die Entflechtung der britischen Brauereien lässt sich daher kaum als nachhaltig positives Beispiel für die ökonomische Effizienz von Entflechtungsverfahren heranziehen. Bei der Ausstellung eines negativen Gesamtat-tests ist allerdings auch zu beachten, dass die tatsächlich getroffenen Maßnahmen aus politischen Gründen von den von der MMC für ökonomisch erforderlich erachteten abweichen. Auch hätte das Erstarken der *pubcos* durch eine strengere Begleitung des Entflechtungsprozesses und Maßnahmen der Rekonzentrationsprävention möglicherweise vermieden werden können. Denkbar wäre zur Sicherung der Unabhängigkeit der Pubs etwa eine Beschränkung dahingehend gewesen, wie viele Pubs maximal an einen Erwerber verkauft werden dürfen. Eine solche Bestimmung hätte durch ein Weiterverkaufsverbot (Rn. 506) abgesichert werden können.

IV. British Gas 1993

- 539 1993 empfahl die MMC in ihrem Bericht zum britischen Gasmarkt die Entflechtung des Gasversorgungsunternehmens *British Gas plc.* (BG). Diese unterblieb jedoch zunächst zugunsten einer Preisregulierung.

1. Ausgangslage

- 540 Der Fall geht zurück auf die Privatisierung des vormals staatlichen Energieversorgers BG im Jahr 1986.¹¹³⁰ Die damalige Premierministerin *Margaret Thatcher* hielt eine vertikale Aufspaltung des Unternehmens, also eine Trennung von Gasnetz und Gasverkauf, im Zuge der Privatisierung ursprünglich für erforderlich. Sie verzichtete darauf allerdings auf Drängen des Vorsitzenden von BG, *Denis Rooke*, der seine Forderung mit dem Erfordernis internationaler Wettbewerbsfähigkeit begründete. In der Folge trat durch die Privatisierung von BG an die Stelle des ehemals staatlichen Monopolisten ein privater Monopolist, was im Nachhinein gemeinhin als Fehler angesehen wurde. Die Situation erinnert an die *Deutsche Bahn AG*, die über verschiedene Tochtergesellschaften zeitgleich als Eisenbahnverkehrs- und -infrastrukturunternehmen agiert und deshalb Gegenstand einer Entflechtungsdebatte ist (Rn. 398 ff.).

1130 Siehe zum Ganzen *Makholm*, 33 Natural Gas & Electricity 7/2017, S. 29 m.w.N.

2. Abhilfemaßnahme

Die MMC kam in einem Bericht von 1993 zum Schluss, dass sich kein Wettbewerb entwickeln könne, solange BG zugleich Gas verkauft und das Gasnetz betreibt.¹¹³¹ Dies führt zu einer Beeinträchtigung des *public interest* in Form von verringerter Auswahl, beschränkter Innovation und höheren Preisen.¹¹³² Die MMC empfahl deshalb eine Veräußerung des Gashandels-geschäfts bis zum 31.03.1997, wobei BG selbst die für die Anteilseigner günstigste Variante – etwa Aufspaltung, Börsengang oder Veräußerung – identifizieren und in Abstimmung mit dem DGFT umsetzen sollte.¹¹³³ 541

3. Auswirkungen

Die Entflechtungsempfehlung der MMC wurde nicht unmittelbar umge-setzt. Stattdessen entschied man sich zunächst für ein Preisregulierungs-system, in dem der Preis durch einen fiktiven *National Balancing Point* ermittelt wird.¹¹³⁴ 1997 wurde das Gasverkaufsgeschäft schließlich an die *Centrica plc.* ausgelagert. Diese Aufspaltung erfolgte allerdings auf der regulatorischen Grundlage von Schedule 5 des Gas Act 1995 und nicht im Rahmen des Verfahrens der MMC.¹¹³⁵ 542

V. BAA Airports 2009

Im wohl meistbeachteten Entflechtungsfall der jüngeren Vergangenheit ver-äußerte die *BAA Ltd.* (BAA) auf Anordnung der CC die Flughäfen Gat-wick, Edinburgh und Stansted. 543

1. Ausgangslage

Auch dieser Fall geht zurück auf eine später als missglückt empfundene Privatisierung: Die ursprünglich staatliche Behörde British Airports Autho- 544

1131 HMSO, Cm 2314, Rn. 1.6.

1132 HMSO, Cm 2314, Rn. 2.227.

1133 HMSO, Cm 2314, Rn. 2.177.

1134 *Makholm*, 33 Natural Gas & Electricity 7/2017, S. 29 f.

1135 Vgl. Hansard, HC Deb 6 February 1996 vol 271 c 137.

rity wurde durch den Airports Act 1986 zur *BAA plc.* umgewandelt, woraus später die *BAA Ltd.* wurde. Im Zuge der Privatisierung wurde bewusst ein horizontal integriertes Unternehmen geschaffen, um Investitionen in die Kapazitäten der Flughäfen zu fördern und hierdurch die steigende Nachfrage zu befriedigen.¹¹³⁶ Diese Erwartungen traten jedoch nicht ein, vielmehr waren insbesondere die Landebahnpkapazitäten im Südosten Englands (Großraum London) auch zwanzig Jahre nach der Privatisierung nicht ausreichend zur Befriedigung der Nachfrage.¹¹³⁷

- 545 Im Hinblick auf die Marktstruktur wurde in dem Bericht festgestellt, dass BAA in den Jahren 2007 und 2008 an ihren sieben Flughäfen (Heathrow, Gatwick, Stansted und Southampton in England sowie Edinburgh, Glasgow und Aberdeen in Schottland) 62 % aller Flugpassagiere im Vereinigten Königreich abfertigte; auf regionale Märkte bezogen bedeutete dies, dass im Südosten Englands ca. 90 % und in Schottland ca. 84 % aller Passagiere auf BAA-Flughäfen entfielen.¹¹³⁸ Es wurde weiter festgestellt, dass das gemeinsame Eigentum von BAA zu fehlendem Wettbewerb zwischen den (geographisch nahen) Flughäfen Edinburgh und Glasgow sowie den drei Londoner Flughäfen Heathrow, Gatwick und Stansted untereinander und von Heathrow und Gatwick mit dem ebenfalls im Süden Englands liegenden Flughafen Southampton führte.¹¹³⁹ Das gemeinsame Eigentum von BAA an diesen Flughäfen wurde daher als AEC qualifiziert, der unter anderem den Wettbewerb in Bezug auf die Kapazitätsentwicklung im Großraum London behinderte.¹¹⁴⁰ Der AEC betraf dabei verschiedene Märkte in interdependenter Weise. So konnten etwa infolge mangelnden Wettbewerbs zwischen den Flughäfen unterlassene Investitionen auf den Wettbewerb zwischen Fluggesellschaften durchschlagen.¹¹⁴¹

1136 Vgl. CC, BAA Report, Rn. 4.79.

1137 CC, BAA Report, S. 5.

1138 CC, BAA Report, Rn. 1.5.

1139 CC, BAA Report, Rn. 5.42.

1140 CC, BAA Report, Rn. 8.4. Genau genommen wurde nicht das gemeinsame Eigentum als solches als AEC qualifiziert, sondern als eines der „*features which each (and, in certain circumstances, in combination) prevent, restrict or distort, and thereby adversely affect, competition between airports and airlines*“.

1141 CC, BAA Report, Rn. 8.2.

2. Abhilfemaßnahme

Die CC ordnete zur Abhilfe unter anderem den Verkauf der Londoner Flughäfen Stansted und Gatwick (an verschiedene Erwerber) sowie eines der schottischen Flughäfen Glasgow oder Edinburgh an.¹¹⁴² Den Käufern wurde zugleich für die Dauer von fünf Jahren verboten, die erworbenen Entflechtungsobjekte weiterzuveräußern.¹¹⁴³ Dabei legte die CC ihrem strukturellen Markteingriff ein klar wettbewerbsorientiertes, ergebnisoffenes Verständnis zugrunde.¹¹⁴⁴ Es wurde etwa explizit betont, dass es nicht Aufgabe der CC sei, die mit dem Betrieb und der Entwicklung von Flughäfen verbundenen Umweltverschmutzungen zu bewerten.¹¹⁴⁵ Die Entflechtung wurde trotz ihrer Eingriffsintensität für notwendig erachtet, weil ohne die Maßnahme keine Verbesserung der Marktcharakteristika zu erwarten sei.¹¹⁴⁶

1142 Vgl. CC, BAA Report, Rn. 10.377.

1143 Vgl. CC, CC3 Revised, Annex B, Rn. 20.

1144 CC, BAA Report, Rn. 5.19: „BAA suggested that the scope for competition was uncertain, speculative and contingent on other events which are unlikely to occur. We accept that the precise outcome of competition is uncertain—that is why competition law, including the Enterprise Act, specifies a finding relating to the effect on competition itself, rather than to precise outcomes of competition. However, while the precise outcome under separate ownership is uncertain, the evidence enables us to reach a clear expectation that competition will develop. Consequently, we do not agree that the scope for competition is speculative and contingent on other unlikely events.“

1145 CC, BAA Report, Rn. 1.2: „Our concern therefore is solely with whether there are any features of the market that may adversely affect competition. It is not for us to form a view on other matters such as the significant environmental issues that arise from the operation and development of airports.“

1146 Vgl. CC, BAA Report, Rn. 10.117: „We recognize that the divestiture of three airports constitutes a major intervention in this market and will have a significant impact on BAA's business; and that the scale and timing of benefits are necessarily uncertain. However, the detrimental effects we have identified are long-standing problems, which go to the heart of the structure of this market and therefore require a structural remedy. Moreover, we are confident that the market characteristics which underpin the AECs and detrimental effects, would be unlikely to change, absent our remedy, due to the absolute nature of common ownership and particularly high barriers to entry.“

3. Auswirkungen

547 Die Entflechtungsverfügung wurde zunächst erfolglos vor dem CAT und dem Court of Appeal angefochten.¹¹⁴⁷ Auch die Ablehnung der CC, die Entflechtungsanordnung wegen nachträglich geänderter Umstände zurückzunehmen, hielt einer gerichtlichen Überprüfung stand.¹¹⁴⁸ Die Entflechtung vollzog sich sodann schrittweise. Der Flughafen Gatwick wurde 2009, Edinburgh 2012 und Stansted 2013 veräußert.¹¹⁴⁹ 2016 veröffentlichte die CMA einen gemeinsam mit der unabhängigen Beratungsagentur *ICF International* erstellten Evaluationsbericht, der im Wesentlichen folgende Aussagen zur Wirksamkeit der Abhilfemaßnahmen enthielt:¹¹⁵⁰

- An den entflochtenen Flughäfen stieg die Zahl der beförderten Passagiere in den Folgejahren signifikant mehr als an den übrigen Flughäfen im Vereinigten Königreich.
- Die entflochtenen Flughäfen steigerten ihre investitionsbezogene und operative Effizienz, etwa durch die Möglichkeit, lokale Dienstleister zu beauftragen.
- Die Servicequalität gegenüber Passagieren stieg signifikant an. So steigerte etwa der Flughafen Stansted seine Investitionen in die Qualität erheblich, während zuvor von der BAA nur notwendige Erhaltungsmaßnahmen durchgeführt wurden.
- Die entflochtenen Flughäfen steigerten ihre Bemühungen, zusätzliche Flugverbindungen anzubieten, während sie als Teil von BAA durch die Zuweisung eines bestimmten Segments (z.B. Kurzstreckenflüge von Billigfluggesellschaften) beschränkt waren.
- Die von Fluggesellschaften zu entrichtenden Gebühren wurden wettbewerbslich ausgehandelt und sanken hierdurch teilweise. Auch die Gebührenstruktur wurde wettbewerbslicher und förderte beispielsweise Verbindungen zu Randzeiten. Dies führte zu einer effizienteren Kapazitätsnutzung und trug so zu den steigenden Passagierzahlen bei.

1147 Das CAT hatte zunächst noch einen Verfahrensfehler aufgrund von möglicher Voreingenommenheit (*apparent bias*) des CMA-Mitglieds *Peter Moizer* bei der Entscheidungsfindung bemängelt, vgl. *BAA Ltd v Competition Commission* [2009] CAT 35, Rn. 264 ff. Jedoch wies der EWCA die Beschwerde von BAA in letzter Instanz vollumfänglich zurück ([2010] EWCA Civ 1097, Rn. 61 ff.).

1148 Vgl. *BAA Ltd v Competition Commission* [2012] CAT 3 sowie [2012] EWCA Civ 1077.

1149 CMA, BAA Evaluation, Rn. 3.22.

1150 CMA, BAA Evaluation, Rn. 1.6 f.

- Die Entflechtung der Londoner Flughäfen belebte den Wettbewerb um die Ansiedlung neuer Landebahnkapazitäten. Namentlich bemühten sich die Flughäfen Heathrow und Gatwick um die Genehmigung einer neuen Landebahn, während sich BAA diesbezüglich vor der Entflechtung zurückhaltend verhielt.
- Die Beziehungen zwischen den Flughäfen und den Anrainern sowie Grenzkontrollbehörden verbesserten sich.

In einer quantitativen Abwägung blieben die Kosten der Entflechtung für BAA weit hinter den Verbrauchervorteilen zurück, die die Kosten jeweils schon nach ein bis zwei Jahren überstiegen.¹¹⁵¹ Insgesamt zeichnet der Bericht also ein ausgesprochen positives Gesamtbild der Entflechtung. Da die Marktuntersuchung jedoch auch Defizite im regulatorischen Umfeld hervorgehoben hat, wurde auch dieses (insbesondere durch den Aviation Act 2012) verändert.¹¹⁵² Zudem veränderte sich das Marktumfeld etwa durch das Erstarken der Billigflieger *Ryanair* und *easyJet* sowie zunehmendes *code sharing* von Fluggesellschaften.¹¹⁵³ Dies erschwert eine Prognose, inwieweit die festgestellten positiven Effekte auf die Entflechtung zurückzuführen sind und wird teilweise als Argument gegen die Bewertung der Entflechtung als erfolgreich angeführt.¹¹⁵⁴

Allerdings wurde in dem Evaluationsbericht insbesondere die Tatsache, dass die Zahl der beförderten Passagiere an den entflochtenen Flughäfen überproportional anstieg, als starkes Indiz für die Wirksamkeit der Entflechtung angesehen.¹¹⁵⁵ Ein höheres Maß an Sicherheit erscheint angesichts der Tatsache, dass Märkte und ihre Entwicklung stets einer Vielzahl

1151 CMA, BAA Evaluation, Rn. 1.27 ff., 6.47.

1152 Vgl. dazu *Dunne*, 2 Journal of Antitrust Enforcement 2014, S. 242.

1153 CMA, BAA Evaluation, Rn. 1.4.

1154 Vgl. CMA, BAA Evaluation, Rn. 1.5: „While it is difficult to isolate with precision the full benefit across the range of the CC remedies, there is strong evidence of positive changes at divested airports. These changes result from a combination of new and separate ownership of airports and the more flexible regulatory framework now in place under CAA12. Benefits arising from the separate ownership of airports and those resulting from the new regulatory framework, which took effect alongside divestments, have interacted and reinforced each other.“ Skeptisch zum Erfolg der Entflechtung daher etwa Körber, ZRP 2023, S. 8.

1155 Vgl. CMA, BAA Evaluation, Rn. 1.6(a): „Divested airports have delivered growth in passenger numbers at measurably higher levels post-divestment than other UK airports [...] While wider development in the airports and aviation market make it difficult to establish a definite causal link between the CC’s divestment remedies and the increase in passenger throughput, the weight and breadth of evidence clearly suggests that the CC’s intervention was the main driver of the observed changes.“

von – auch unbekannten¹¹⁵⁶ – Variablen ausgesetzt sind, nur schwer zu erreichen. Zudem wird eine Entflechtung regelmäßig ohnehin nicht isoliert erfolgen, sondern als Teil eines Gesamtpakets an Maßnahmen. Eine Kausalität im naturwissenschaftlichen Sinne wird daher kaum nachweisbar sein. Vielmehr wird man sich mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit¹¹⁵⁷ begnügen müssen. Das Entflechtungsverfahren dürfte daher – unter Zugrundelegung eines realistischen Bewertungsmaßstabs – als Erfolg anzusehen sein.

550 Das *BAA Airports*-Verfahren wurde auch im Zuge der Debatte um die Einführung von § 32f Abs. 4 GWB in Deutschland ausführlich diskutiert. Dies allerdings, ohne dass sich eine einheitliche Bewertungslinie herausgebildet hätte. So wurde etwa einerseits angeführt, das Verfahren habe „zu Wettbewerb und deutlichen Verbesserungen geführt“¹¹⁵⁸ und zeige, dass Entflechtungsverfahren im Einzelfall sinnvoll sein können.¹¹⁵⁹ Andererseits wurde etwa auf die nicht als allgemeines Vorbild geeignete Sonderkonstellation der Privatisierung eines ehemaligen Staatsunternehmens verwiesen¹¹⁶⁰ und hervorgehoben, dass bis heute umstritten sei, ob dieses Verfahren erfolgreich war.¹¹⁶¹ Die Sonderkonstellation der Privatisierung eines ehemaligen Staatsunternehmens ändert allerdings nichts an dem Befund, dass die Entflechtung einer gemeinsamen Eigentümerstellung den Wettbewerb auf den fraglichen Märkten wiederbelebt hat. Die Entstehungsgeschichte der Eigentümerstellung dürfte dabei irrelevant sein.¹¹⁶²

1156 Siehe dazu schon die Erkenntnisse *Friedrich August von Hayeks* (Rn. 89 ff.), der hierin einen entscheidenden Unterschied zwischen Natur- und Wirtschaftswissenschaften erkannte.

1157 Nach der vom BGH in ständiger Rechtsprechung angewandten Formel zur richterlichen Überzeugungsbildung im Rahmen von § 286 ZPO „darf und muss sich der Richter in tatsächlich zweifelhaften Fällen mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit begnügen, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen“ (BGH NJW 2019, 3147, Rn. 27 m.w.N.).

1158 *Mundt*, NZKart 2023, S. 3.

1159 *Wagner-von Papp*, NZKart 2022, S. 606.

1160 *Ackermann*, ZWeR 2023, S. 7; *Thomas*, ZWeR 2022, S. 337 f. Eine solche Privatisierung bzw. Deregulierung führt regelmäßig zum Entstehen eines faktischen Monopols (*Zäch/Schraner/Stäubli*, in: *Ducrey/Zimmerli*, SIWR V/2, C. Rn. 92.)

1161 *Körber*, ZRP 2023, S. 8.

1162 So auch *Voges*, Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips, S. 187.

VI. Aggregates 2014

Im Jahr 2014 ordnete die CC kurz vor ihrer Auflösung infolge des ERRA13 551 (Rn. 459) die Veräußerung mehrerer Zementwerke an. Diese wurde (mittelbar) auf Grundlage von Zusagenentscheidungen der betroffenen Unternehmen umgesetzt.

1. Ausgangslage

Die CC untersuchte den Markt für Zement, Transportbeton und Zuschlagstoffe (*aggregates*). Die 2014 abgeschlossene Marktuntersuchung kam u.a. zum Ergebnis, dass auf dem Markt für Zement aufgrund einer Kombination aus strukturellen (etwa hohe Marktzutrittsschranken und starke vertikale Integration) und verhaltensbedingten (etwa die Publikation von Preisen) Umständen ein AEC in Form eines koordinierten Oligopols der drei größten Zementproduzenten *Cemex*, *Hanson* und *Lafarge* bestand.¹¹⁶³ Zudem wurde die Monopolisierung auf zwei vertikalen Marktstufen des Marktsegments für GGBS (*ground granulated blast furnace slag*) festgestellt.¹¹⁶⁴ Dabei handelt es sich um ein Nebenprodukt der Stahlindustrie, das in der Zementindustrie als Zusatzstoff verwendet wird und Zement teilweise ersetzen kann. Das Unternehmen *Lafarge* wurde von der gesamten britischen Stahlindustrie exklusiv mit den erforderlichen Rohstoffen beliefert und fertigte hieraus ein Granulat (*granulated blast furnace slag*, GBS), das als Grundstoff für GGBS diente. Dieses Granulat wiederum wurde exklusiv an *Hanson* vertrieben, wodurch *Hanson* als einziges Unternehmen in ganz Großbritannien GGBS anbieten konnte und – bei gleichzeitig geringen Importen aus dem Ausland – 90 % Marktanteil auf sich vereinigte. Die Kombination dieser Umstände führte im Ergebnis zu überhöhten Preisen für Zement und GGBS im Vereinigten Königreich.

1163 Vgl. CC, Aggregates Report, Rn. 8.417 ff., zu den einzelnen Umständen siehe ebd. Rn. 8.430 f.

1164 Vgl. CC, Aggregates Report, Rn. 8.480 ff.

2. Abhilfemaßnahme

553 Neben verhaltensbezogenen Abhilfemaßnahmen wie dem Verbot von *facilitating practices* (Rn. 106, 375 f.) in Form von Preispublikationen erließ die CMA zwei Entflechtungsanordnungen.¹¹⁶⁵ Sie verlangte

1. die Veräußerung eines Zementwerks (Cauldon oder Tunstead) durch *Lafarge* an einen bisher nicht im Vereinigten Königreich tätigen Zementhersteller zur Belebung des Wettbewerbs auf dem oligopolistisch koordinierten Zementmarkt und
2. die Veräußerung eines der drei GGBS-Produktionsstandorte (vorzugsweise Scunthorpe) durch *Hanson* an einen bisher nicht im Vereinigten Königreich tätigen Zementhersteller zur Beendigung des Monopols in der GGBS-Lieferkette. Als Nebenbestimmung wurde festgelegt, dass *Lafarge* dem Erwerber einen marktgerechten Zugang zu den Rohstoffen gewähren muss.

3. Auswirkungen

554 Zu einem Vollzug der beiden Entflechtungsanordnungen kam es jedenfalls mittelbar: Die Europäische Kommission gab im Dezember 2014 die Fusion von *Lafarge* und *Holcim* frei.¹¹⁶⁶ Dabei wurde die Veräußerung eines Großteils der Geschäftsaktivitäten von *Lafarge* im Vereinigten Königreich als Auflage in die Zusammenschlussfreigabe eingeschlossen.¹¹⁶⁷ Die CMA sah die Entflechtungsanordnung dadurch als erfüllt an.¹¹⁶⁸ Die Auflage im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens kann als Indiz für die wettbewerbliche Notwendigkeit der Entflechtung gesehen werden, wenngleich der Prüfungsmaßstab der Europäischen Kommission ein anderer war.

555 *Hanson* akzeptierte die Entflechtung und ging im Juli 2014 eine Verpflichtungszusage gem. sec. 159 EA02 ein (*final undertaking*). In der Folge veräußerte *Hanson* seinen GGBS-Produktionsstandort Scunthorpe an

1165 Zu sämtlichen Abhilfemaßnahmen siehe CC, Aggregates Report, Rn. 13.1 ff.

1166 KOM, Beschluss vom 15.12.2014, COMP/M.7252, Rn. 589.

1167 Vgl. KOM, Beschluss vom 15.12.2014, COMP/M.7252, Rn. 484.

1168 Vgl. dazu die Mitteilung der CMA vom 16.12.2014: <https://www.gov.uk/government/news/european-commission-decision-matches-cma-cement-order>, zuletzt abgerufen am 28.08.2025.

Francis Flower, ein Unternehmen im Bereich der Hochofenschlacke.¹¹⁶⁹ Soweit ersichtlich, wurde keine Evaluation der wettbewerblichen Effekte, insbesondere im Hinblick auf die Preise für Zement und GGBS im Vereinigten Königreich, vorgenommen. Dies stellt eine auffällige Diskrepanz zur extensiven Evaluation des vorherigen Entflechtungsverfahrens (Rn. 547 ff.) dar. Schließlich wurde auch im Fall *Aggregates* das Vorliegen eines AEC festgestellt, dessen Beseitigung die CMA durch die Entflechtung erreichen wollte. Allein die Tatsache, dass die Entflechtung nicht einseitig durch die CMA angeordnet wurde, sondern einvernehmlich erfolgte, ändert hieran nichts. Dementsprechend hätte die CMA durchaus evaluieren können, ob die Entflechtung ihren gewünschten Zweck erreicht hat.

VII. Private Healthcare 2014

Die vorerst letzte Entflechtungsanordnung im Vereinigten Königreich erging 2014 durch die CMA und betraf zwei Londoner Krankenhäuser. Die Anordnung wurde nach gerichtlicher Anfechtung fallengelassen. 556

1. Ausgangslage

Die CMA stellte auf dem Markt für privat finanzierte Gesundheitsdienstleistungen verschiedene AECs fest, etwa im Zusammenhang mit mangelnder Patienteninformation. In struktureller Hinsicht stellte die CMA u.a. fest, dass die drei größten Betreiber privater Krankenhäuser (*BMI*, *HCA* und *Spire*) 53 % Marktanteil auf sich vereinten und ein AEC durch hohe Marktzutritts- und Expansionsschranken sowie mangelnden Wettbewerbsdruck bestand, der zu erhöhten Preisen für bestimmte Gesundheitsdienstleistungen führte.¹¹⁷⁰ Auf dem geographischen Markt *Central London* wurde festgestellt, dass *HCA* aufgrund seiner hohen Marktanteile als größter Anbieter besonders geringem Wettbewerbsdruck ausgesetzt war.¹¹⁷¹ Namentlich führte *HCA* acht von 26 Privatkrankenhäusern bzw. Privatstationen in öffentlichen Krankenhäusern auf diesem Markt, während auf 557

1169 Vgl. dazu die Mitteilung der CMA vom 06.01.2016 (dort Rn. 6 f.): https://assets.publishing.service.gov.uk/media/568d336f40f0b667f3000005/Notice_to_release_from_joint_final_undertakings.pdf, zuletzt abgerufen am 28.08.2025.

1170 CMA, CMA25, Rn. 10.1 ff.

1171 Vgl. CMA, CMA25, Rn. 6.200 ff., 6.218.

den nächstgrößeren Konkurrenten BMI vier Einheiten entfielen und alle übrigen 14 Einheiten jeweils einzeln geführt wurden.¹¹⁷² Dabei waren die Marktzutrittsschranken in Zentral-London, u.a. mangels verfügbarer Grundstücke, besonders hoch.¹¹⁷³

2. Abhilfemaßnahme

- 558 Die CMA ordnete eine Reihe von Abhilfemaßnahmen an, etwa um die Information der Patienten zu verbessern.¹¹⁷⁴ Zur Abhilfe der speziellen Situation auf dem Londoner Markt verlangte sie die Veräußerung von zwei Krankenhäusern durch HCA (nach Wahl von HCA entweder die Krankenhäuser *London Bridge* und *Princess Grace* oder das Krankenhaus *Wellington* einschließlich des *Wellington Hospital Platinum Medical Centre*). Die Entflechtung sah diverse Nebenbestimmungen vor. So sollte HCA etwa zusagen, das medizinische Personal nicht an andere Standorte abzuwerben.

3. Auswirkungen

- 559 Die Entflechtungsanordnung wurde von HCA u.a. wegen eines Fehlers bei der Preisanalyse angefochten und in einem Verfahren vor dem CAT im Einvernehmen mit der CMA aufgehoben.¹¹⁷⁵ Die CMA ordnete die Entflechtung in der Folge auch nicht erneut an, weil eine Mehrheit der Mitglieder der – mit der ursprünglichen Untersuchungsgruppe bis auf ein Mitglied übereinstimmenden – *inquiry remittal group* es nach einer Neubewertung der Sachlage nicht mehr für erwiesen hielt, dass die Vorteile der Entflechtung ihre Nachteile überwiegen würden.¹¹⁷⁶ Dabei bezog die Gruppe sich auch auf das *BAA Airports*-Verfahren (Rn. 543 ff.) als Gegenbeispiel für eine sichere Anordnungsgrundlage.¹¹⁷⁷

1172 CMA, CMA25, Rn. 6.201.

1173 CMA, CMA25, Rn. 6.479.

1174 Zu sämtlichen Abhilfemaßnahmen siehe CMA, CMA25, Rn. 11.1 ff.

1175 Vgl. *HCA International Ltd v CMA* [2014] CAT 23, Rn. 56.

1176 CMA, Private Healthcare Remittal Report, Rn. 12.314 ff.

1177 CMA, Private Healthcare Remittal Report, Rn. 12.317.

VIII. Schlussfolgerungen

Erwartungsgemäß ergibt die Betrachtung der Fallpraxis im Vereinigten Königreich zunächst folgendes Bild: Bei einer missbrauchsunabhängigen Entflechtung handelt es sich um eine *ultima ratio*, die in vielen Jahrzehnten des Bestehens entsprechender behördlicher Befugnisse nur in einer „Handvoll“ von Fällen empfohlen oder angeordnet und noch seltener tatsächlich vollzogen wurde. Aus den wenigen Fällen der britischen Anwendungspraxis lassen sich dennoch zumindest folgende Erkenntnisse gewinnen:

- Die britischen Wettbewerbsbehörden zogen Entflechtungen ausschließlich auf Märkten in Betracht, auf denen große Unternehmen durch horizontale und/oder vertikale Verflechtungen über erhebliche Marktmacht verfügten und dadurch verringerter Wettbewerb inklusive negativer Folgeeffekte (erhöhte Preise, unterlassene Investitionen etc.) bestand.
- Es handelte sich somit um wettbewerbliche Problematiken unter Heranziehung von anerkannten Schadenstheorien. Eine wettbewerbsfremde Entflechtung erfolgte – soweit ersichtlich – nicht, obwohl dies zumindest unter Geltung des *public interest*-Konzepts durchaus möglich gewesen wäre (Rn. 435 ff.).
- In den Fällen vor Einführung des EA02 spielten allerdings auch Verhaltensweisen eine Rolle, die nunmehr möglicherweise als Verstoß gegen das Kartell- bzw. Marktmachtmissbrauchsverbot gem. Chapter I/II CA98 zu verfolgen und damit nicht gem. Part IV EA02 – missbrauchsunabhängig – zu entflechten wären. So stand im Fall *Roadside Advertising Services* eine explizite Koordination im Raum und auch das Verhalten der Großbrauereien im Fall *Supply of Beer* könnte nach heutigem Recht ggf. einen Marktmachtmissbrauch oder ein horizontales Koordinationsverhalten darstellen. Seit der Schaffung des Marktuntersuchungsinstruments gem. Part IV EA02 wurde dessen Subsidiarität (Rn. 480 ff.) aber – jedenfalls in den Entflechtungsfällen – konsequent beachtet.
- In zwei Fällen (*British Gas* und *BAA Airports*) handelte es sich nicht um eine durch wettbewerbliche Prozesse entstandene Marktstruktur, sondern um die Folge der misslungenen Privatisierung eines einst staatlichen Wirtschaftszweiges. Nicht zuletzt in der Zusammenschau mit dem Fall der *Deutsche Bahn AG* (Rn. 398 ff.) ergibt dies ein Muster für typische Entflechtungskonstellationen. Denn eine solche Privatisierung bzw. Deregulierung führt regelmäßig zum Entstehen eines faktischen Mono-

pols.¹¹⁷⁸ Bei künftigen Privatisierungen sollte dies, soweit möglich, von vornherein durch die Schaffung wettbewerblicher Strukturen vermieden werden.

- Außer im Fall *Roadside Advertising Services*, in dem eine vollständige Auflösung des betroffenen Unternehmens angeordnet wurde, und im Fall *British Gas*, in dem die Entflechtungsart offen gelassen wurde, wählten die zuständigen Behörden ausschließlich Verkaufslösungen. Dabei wurden teilweise abstrakte Vorgaben (z.B. *Supply of Beer*), teilweise konkrete Vorgaben (z.B. *BAA Airports*) im Hinblick auf das Entflechtungsobjekt gemacht. Regelmäßig wurde die Entflechtung nicht isoliert angeordnet, sondern durch andere Maßnahmen flankiert.¹¹⁷⁹
- Das Entflechtungsobjekt war durch die Wettbewerbsbehörde stets ohne größere Probleme zu identifizieren. Im Hinblick auf den Fall *BAA Airports* wird zwar angeführt, dass die Entflechtung von Flughäfen nicht pauschal als Vorbild herangezogen werden kann, weil die ansonsten häufig kaum darstellbare Identifikation des sinnvollerweise abzusplittenden Unternehmensteils sich beim Fall von Flughäfen erübrige.¹¹⁸⁰ Allerdings war die Identifikation des Entflechtungsobjekts auch in den anderen Anwendungsfällen problemlos möglich. Häufig handelte es sich beispielsweise um eine von mehreren Tochtergesellschaften.
- Die ökonomischen Auswirkungen vollzogener Entflechtungen sind nicht eindeutig. Zwar gibt es – vor allem im *BAA Airports*-Verfahren – deutliche Hinweise auf wettbewerbs- und wohlfahrtsfördernde Wirkungen von Entflechtungen. Insbesondere das *Supply of Beer*-Verfahren dürfte aber als gescheitert anzusehen sein, sodass keine allgemeingültigen Schlüsse möglich sind.

561 Die Gesamtbewertung der Anwendungsfälle der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz im Vereinigten Königreich ist daher indifferent, die Fälle belegen weder die ökonomische Unwirksamkeit einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz, noch streiten sie durch regelmäßige positive Effekte für die Einführung einer solchen. Die Anwendungsfälle zeigen allerdings, dass viele Bedenken im Hinblick auf die praktische Umsetzbarkeit von Entflechtungen – etwa die Identifikation des Entflechtungsobjekts – zumindest nicht pauschal durchgreifen und dass positive Effekte auf den Wettbewerb möglich sind.

1178 Zäch/Schraner/Stäubli, in: *Ducrey/Zimmerli*, SIWR V/2, C. Rn. 92.

1179 Vgl. dazu auch CC, CC3 Revised, Rn. 332, 393, wo von der regelmäßigen Notwendigkeit eines *package of measures* die Rede ist.

1180 Bach, in: *Bechtold/Jickeli/Rohe*, FS Möschel, S. 40.

Ginge man zudem davon aus, dass ausschließlich der Wettbewerbsprozess als solcher durch das Wettbewerbsrecht zu schützen ist und nicht bestimmte Ergebnisse dieses Prozesses (Rn. 142), so käme es auf positive Effekte möglicherweise auch gar nicht an. Vielmehr könnte man sich dann mit der – zweifelsfrei zutreffenden – Erkenntnis zufriedengeben, dass durch eine Entflechtung auf vorher verfestigten Märkten mehr Wettbewerb geschaffen werden kann. Insoweit könnte man einen Widerspruch darin sehen, dass viele Gegner einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz einerseits darauf hinweisen, dass das Wettbewerbsrecht den Schutz des Wettbewerbsprozesses und nicht bestimmte Wettbewerbsergebnisse bezwecke, andererseits aber die Ergebnisse der Entflechtungsverfahren im Vereinigten Königreich als Argument gegen die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz heranziehen. 562

Der Einwand, dass es auf die Ergebnisse eines Entflechtungsverfahrens nicht ankomme, dürfte allerdings zur folgenden, ausweglosen „Henne-Ei-Frage“ führen: Ist es legitim, durch eine missbrauchsunabhängige Entflechtung das Ergebnis freier wettbewerblicher Prozesse zu korrigieren, um freie wettbewerbliche Prozesse zu kreieren, deren Ergebnis wiederum offen und möglicherweise zu korrigieren ist? Als einziger tauglicher Bewertungsmaßstab für die Zweckmäßigkeit von Entflechtungsverfahren verbleiben daher wohl ihre Ergebnisse, namentlich die Veränderung der Wettbewerbssituation auf dem jeweiligen Markt. 563

In den Fällen der missglückten Privatisierung ehemaliger Staatsmonopole dürfte sich die Legitimität einer Entflechtung allerdings aus beiden Perspektiven kaum verneinen lassen. In diesen wird nämlich gerade nicht das Ergebnis freier wettbewerblicher Prozesse korrigiert, sondern – bildlich gesprochen – nur eine dem betroffenen Unternehmen vom Staat im Zuge der missglückten Privatisierung vermachte „Erbschuld“ beglichen. Dass das erfolgreiche *BAA Airports*-Verfahren einen solchen Fall betrifft, spricht auch nicht per se gegen die Einführung einer allgemeinen, sektorunabhängigen missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz.¹¹⁸¹ Denn vergleichbare Fälle dürften immer wieder anzutreffen sein. So kommt etwa in Deutschland als Anwendungsfall für § 32f Abs. 4 GWB die – ebenfalls auf der Privatisierung eines ehemals staatlichen Wirtschaftszweigs beruhende – Machtstellung der *Deutsche Bahn AG* in Betracht (Rn. 398 ff.). 564

1181 In diese Richtung argumentieren indes etwa *Ackermann*, ZWeR 2023, S. 7; *Bach*, in: *Bechtold/Jickeli/Rohe*, FS Möschel, S. 39 und *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung, S. 34.

D. Fazit: Missbrauchsunabhängige Entflechtung im Vereinigten Königreich

Im Vereinigten Königreich bestand bis um die Jahrtausendwende ein fragmentiertes, teils widersprüchliches Wettbewerbsrechtsregime, das sich aus *common law*, *statutory law* und dem Wettbewerbsrecht der Europäischen Gemeinschaften zusammenfügte (Rn. 415 ff.). Zentrales Leitbild der britischen Wettbewerbspolitik war dabei das öffentliche Interesse (*public interest*). Die konkrete Bedeutung dieses Begriffs oszillierte aber und umfasste effektiven bzw. freien Wettbewerb nur als einen unter vielen Abwägungspunkten. 565

Die praktische Anwendung des *public interest*-Ansatzes war daher kaum vorhersehbar und teils ökonomisch nicht fundiert (Rn. 435 ff.). Anstelle der Ausrichtung an einem abstrakten Grundkonzept orientierte sich die Wettbewerbspolitik im Vereinigten Königreich zunächst in einem „*fire-fighting style*“¹¹⁸² an den wirtschaftlichen Bedürfnissen des jeweiligen Einzelfalls und der jeweiligen Zeit (Rn. 449). Wirtschaftliche Machtkonzentrationen wurden im Interesse der Stärkung der nationalen Wirtschaft zwar grundsätzlich wohlwollend behandelt, jedoch waren missbrauchsunabhängige Entflechtungen rechtlich zulässig und erfolgten in einigen Fällen auch. Insgesamt ist aber eine unzureichende Wirkung der Monopolaufsicht zu konstatieren (Rn. 443 f.). 566

Als die Unzulänglichkeiten des fragmentierten Wettbewerbsrechtsregimes im Vereinigten Königreich immer deutlicher wurden, bemühte sich der britische Gesetzgeber um Vereinheitlichung und Modernisierung. Die wesentlichen Modernisierungsgesetze waren der Competition Act 1998 und der Enterprise Act 2002 (Rn. 451 ff.). Mit dem CA98 wurden insbesondere dem europäischen Wettbewerbsrecht nachgebildete Verbote wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und des Marktmachtmisbrauchs eingeführt, der EA02 führte zu einer weitgehenden – aber nicht vollständigen – Abkehr vom hergebrachten *public interest*-Ansatz auch für die Fusionskontrolle. Zudem enthält er in seinem Part IV das hier interessierende Marktuntersuchungsinstrument, das die Befugnisse der MMC unter dem FTA73 567

1182 Walshe, in: *Crafts/Woodward*, British Economy, S. 360.

ersetzen sollte und die missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz gem. sec. 161 para. 3 i.V.m. Schedule 8 para. 13 EA02 umfasst.

568 Mit dem CA98 und EA02 näherte sich die Wettbewerbspolitik im Vereinigten Königreich weitgehend kontinentaleuropäischen Vorstellungen an und stellte effektiven Wettbewerb ins Zentrum ihrer Bestrebungen (Rn. 461). Sie behielt jedoch eine gewisse Eigenständigkeit und in gewissen Fällen auch ihren früheren Pragmatismus im Hinblick auf nicht-wettbewerbliche Ziele, namentlich das öffentliche Interesse, bei. Die Möglichkeit missbrauchsunabhängiger Entflechtungen fügt sich daher auch in das neue Leitbild zwanglos ein. Das Konzept des öffentlichen Interesses könnte zudem infolge des „Brexit“ und der damit einhergehenden Lösung von unionsrechtlichen Bindungen in Zukunft wieder an Bedeutung gewinnen, wenngleich eine fortgesetzte Ausrichtung am europäischen Regime wohl wahrscheinlicher ist.

569 Das Marktuntersuchungsinstrument gem. Part IV EA02 verfolgt als wettbewerbspolitisches Leitbild vorwiegend die Steigerung der Verbraucherwohl-
fahrt (Rn. 466 ff.). Das Instrument ist zweiphasig ausgestaltet und verleiht der CMA ein hohes Maß behördlichen Ermessens und enorme Eingriffsbefugnisse (Rn. 470 ff.). Zentrales Eingriffskriterium ist das Vorliegen eines *adverse effect on competition*, ein Begriff, dessen Formulierung eng an sec. 2 CA98 und Art. 101 AEUV angelehnt ist (Rn. 492 ff.). Dabei verfügt die CMA über enorme missbrauchsunabhängige Eingriffsbefugnisse und ein weites behördliches Ermessen (Rn. 512).

570 Die Frage der Vereinbarkeit der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz mit höherrangigem Recht (Rn. 513 ff.) scheint im Vereinigten Königreich weit weniger umstritten zu sein als in Deutschland. Hierfür dürfte jedenfalls mitursächlich sein, dass es im Vereinigten Königreich keine kodifizierte Verfassung gibt und entsprechende wettbewerbsrechtliche Kompetenzen schon vor dem Beitritt zu den Europäischen Gemeinschaften bestanden, die von den Unionsorganen auch nie beanstandet wurden.

571 Soweit ersichtlich, haben die CMA und ihre Vorgänger eine missbrauchsunabhängige Unternehmenserschlagung bisher in sieben Fällen angeordnet oder empfohlen (Rn. 521 ff.). Die Gesamtbewertung (Rn. 560 ff.) der Anwendungsfälle der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz im Vereinigten Königreich ist indifferent. Die Fälle belegen weder die ökonomische Unwirksamkeit einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz, noch streiten sie durch klar positive Effekte für die Einführung einer solchen. Sie zeigen allerdings, dass viele Bedenken im Hinblick auf die praktische Umsetzbarkeit von Entflechtungen zumindest

nicht pauschal durchgreifen und dass positive Effekte auf den Wettbewerb möglich sind.

