

Simon Gollasch

Missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenzen von Wettbewerbsbehörden

Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen,
britischen und schweizerischen Rechts de lege lata et ferenda
unter besonderer Berücksichtigung von § 32f Abs. 4 GWB (D)
und sec. 161 para. 3 EA02 (UK)

DIKE 



Nomos

Studien zum Internationalen Wirtschaftsrecht –
Studies on International Economic Law

Herausgegeben von

Prof. Dr. Marc Bungenberg, LL.M.,
Universität des Saarlandes

Prof. Dr. Christoph Herrmann, LL.M.,
Universität Passau

Prof. Dr. Markus Krajewski,
Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

Prof. Dr. Carsten Nowak,
Europa Universität Viadrina, Frankfurt/Oder

Prof. Dr. Jörg Philipp Terhechte (1975–2024),
Leuphana Universität Lüneburg

Prof. Dr. Wolfgang Weiß,
Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften, Speyer

Band 50

Simon Gollasch

Missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenzen von Wettbewerbsbehörden

Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen,
britischen und schweizerischen Rechts de lege lata et ferenda
unter besonderer Berücksichtigung von § 32f Abs. 4 GWB (D)
und sec. 161 para. 3 EA02 (UK)

DIKE 



Nomos

Die Open-Access-Veröffentlichung dieses Buches wurde mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds ermöglicht.

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

Zugl.: Neuchâtel, Univ., Diss., 2025

1. Auflage 2026

© Simon Gollasch

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print) 978-3-7560-4339-2 (Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden)

ISBN (ePDF) 978-3-7489-7296-9 (Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden)

ISBN (Print) 978-3-03891-907-0 (Dike Verlag, Zürich/St. Gallen)

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748972969>



Onlineversion
Inlibra



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International Lizenz.

*Meiner Familie,
die mir alles ermöglicht hat.*

Danksagung

Die vorliegende Dissertation wurde im Wintersemester 2025/2026 an der *Université de Neuchâtel* zur Promotion angenommen. Sie hat den Bearbeitungsstand 31.12.2025, spätere Entwicklungen konnten nicht mehr berücksichtigt werden (insbesondere die Modifikation von § 32f GWB im Frühjahr 2026, siehe dazu aber *Gollasch*, NJW 2026, S. 1385 ff.).

Für das bestmögliche Gelingen meines Promotionsvorhabens möchte ich mich bei vielen Beteiligten, ohne die es nicht möglich gewesen wäre, aufrichtig bedanken:

In erster Linie gilt mein Dank für die hervorragende Betreuung der Arbeit meinem Doktorvater *Prof. Dr. Blaise Carron, LL.M. (Harvard)*. Er war trotz der räumlichen Distanz zwischen Tübingen/Stuttgart und Bern/Neuchâtel stets ansprechbar und hilfsbereit und hat das Vorhaben von Beginn an in die richtigen Bahnen geleitet. Ohne seinen außergewöhnlichen Einsatz wäre auch die Einhaltung des eher straffen Zeitplans für das Promotionsvorhaben nicht möglich gewesen. *Merci de ton soutien, Blaise !*

Besonderer Dank gilt auch Herrn *Prof. Dr. Florian Wagner-von Papp, LL.M. (Columbia)* für seinen Einsatz und die wertvollen Hinweise schon während der Entstehungsphase der Dissertation, die mir eine große Hilfe waren und die Arbeit noch erheblich aufgewertet haben.

Daneben gilt mein aufrichtiger Dank den weiteren Jury-Mitgliedern *Prof. Dr. Evelyne Clerc, LL.M. (NYU)* sowie *Prof. Dr. Thierry Obrist, LL.M. (Neuchâtel)*, die durch ihren Einsatz und ihre Flexibilität eine Verteidigung schon bald nach dem Einreichen der Arbeit ermöglicht haben.

Dem Schweizerischen Nationalfonds ist für die äußerst großzügige finanzielle Förderung der Veröffentlichung zu danken. Für die Aufnahme in die Schriftenreihe „Studien zum Internationalen Wirtschaftsrecht“ und die auch im Übrigen meinen – durchaus individuellen – Wünschen entsprechende Veröffentlichung der Arbeit gilt mein Dank dem Herausgeberkreis sowie den Verlagen Nomos in Baden-Baden und Dike in Zürich/St. Gallen.

Weiter möchte ich mich bei allen privaten und beruflichen Wegbegleitern bedanken, die meinen Werdegang von der Grundschule in Heimerdingen über die Neue Aula in Tübingen bis hin zur nunmehr vierten Alma Mater am Neuenburgersee positiv mitgestaltet haben. Besonders zu erwähnen ist meine wundervolle Partnerin *Dr. Lisa Bidlingmaier*, die mir (nicht

Danksagung

nur während der Promotionszeit) in vielen anspruchsvollen Phasen den Rücken freigehalten hat und -hält.

Abschließend und ganz besonders danke ich meiner Familie. Sie hat mir auf einem langen Ausbildungsweg alles ermöglicht und mich stets unterstützt, ohne je die Richtung vorgeben zu wollen. Ihr ist die Arbeit gewidmet.

Stuttgart, im Frühjahr 2026

Simon Gollasch

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	15
Abkürzungsverzeichnis	29
Problemaufriss	37
Teil 1: Einführung und Grundlagen	43
A. Einführung	43
I. Forschungsfragen	43
II. Methodik	44
III. Gang der Untersuchung	45
B. Begriffsbestimmung: „missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz“	49
I. Typisierung von Entflechtungen	49
II. Bestehende wettbewerbsrechtliche Entflechtungskompetenzen	53
III. Missbrauchsunabhängigkeit von Entflechtungen	63
IV. Definition: Missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz	65
C. Wettbewerbstheoretische, -praktische und -rechtliche Grundlagen missbrauchsunabhängiger Entflechtungskompetenzen	67
I. Wettbewerbstheoretische Grundlagen	67
II. Wettbewerbspraktische Grundlagen	82
III. Wettbewerbsrechtliche Grundlagen	96
D. Fazit: Einführung und Grundlagen	105

Teil 2: Missbrauchsunabhängige Entflechtung in Deutschland	107
A. Machtkonzentration und Entflechtung als Gegenstand deutscher Wettbewerbspolitik	107
I. Deutschland als klassisches Land der Kartelle und Machtkonzentrationen	108
II. Alliierte Dezentralisierung der deutschen Wirtschaft in der Nachkriegsphase	111
III. Entstehung des GWB unter dem bestimmenden Einfluss der USA und des Ordoliberalismus	122
IV. Wandel des wettbewerbspolitischen Leitbildes	130
V. Schlussfolgerungen	146
B. Missbrauchsunabhängige Entflechtung gem. § 32f Abs. 4 GWB (2023)	149
I. Genese der Norm	149
II. Konkrete Ausgestaltung	154
III. Vereinbarkeit der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz mit höherrangigem Recht	181
C. Prognose: Praktische Anwendung der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz	205
I. Abstrakt denkbare Anwendungsfälle	205
II. Konkret denkbare Anwendungsfälle	212
D. Fazit: Missbrauchsunabhängige Entflechtung in Deutschland	223
Teil 3: Missbrauchsunabhängige Entflechtung im Vereinigten Königreich	227
A. Machtkonzentration und Entflechtung als Gegenstand britischer Wettbewerbspolitik	227
I. Fragmentiertes Wettbewerbsrechtsregime bis zur Jahrtausendwende	228
II. Modernisiertes Wettbewerbsrechtsregime ab der Jahrtausendwende	245

B. Missbrauchsunabhängige Entflechtung gem. sec. 161 para. 3 EA02	251
I. Genese der Norm	251
II. Konkrete Ausgestaltung	252
III. Vereinbarkeit der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz mit höherrangigem Recht	271
C. Praktische Anwendung der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz	275
I. Roadside Advertising Services 1981	275
II. Artificial Lower Limbs 1989	277
III. Supply of Beer 1989	278
IV. British Gas 1993	282
V. BAA Airports 2009	283
VI. Aggregates 2014	289
VII. Private Healthcare 2014	291
VIII. Schlussfolgerungen	293
D. Fazit: Missbrauchsunabhängige Entflechtung im Vereinigten Königreich	297
Teil 4: Vergleich der missbrauchsunabhängigen Entflechtung in Deutschland und im Vereinigten Königreich	301
A. Wettbewerbspolitisches Leitbild	301
B. Verfahren	303
I. Vorbemerkung	303
II. Phase 1	304
III. Phase 2	305
IV. Verfahrensdauer	307
V. Rechtsschutz	307
C. Tatbestand	311
I. Eingriffsgrund	311
II. Betroffene Märkte und Unternehmen	312

D. Rechtsfolge	315
I. Entflechtungsanordnung	315
II. Entschädigung	316
III. Durchsetzung der Entflechtung	317
E. Fazit: Vergleich der missbrauchsunabhängigen Entflechtung in Deutschland und im Vereinigten Königreich	319
Teil 5: Missbrauchsunabhängige Entflechtung in der Schweiz?	321
A. Machtkonzentration und Entflechtung als Gegenstand schweizerischer Wettbewerbspolitik	321
I. Entwicklung bis zum ersten Kartellgesetz von 1962	321
II. Entwicklung bis zur Totalrevision von 1995	323
III. Entwicklung ab der Totalrevision des Kartellgesetzes von 1995	328
IV. Schlussfolgerungen	340
B. Vereinbarkeit einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz mit höherrangigem Recht	343
I. Verfassungsrecht	343
II. Unionsrecht	354
III. Völkerrecht	358
IV. Schlussfolgerungen	358
C. Handlungsempfehlung an den schweizerischen Gesetzgeber	359
I. Zweckmäßigkeit einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz	359
II. Ausformulierung eines Vorschlags	362
III. Begründung des Vorschlags	363
D. Fazit: Missbrauchsunabhängige Entflechtung in der Schweiz?	383

Teil 6: Zusammenfassung /	
Part 6: Summary /	
Partie 6: Conclusion	385
A. Zusammenfassende Thesen	385
B. Summarising theses	401
C. Thèses récapitulatives	417
Anhang	433
I. Josten-Entwurf / Sondervotum von Curt Fischer (1949)	433
II. Möschel-Entwurf (1979)	438
III. Entwurf der Monopolkommission (1980)	440
IV. Brüderle-Entwurf (2010)	440
V. Referentenentwurf zu § 32f GWB (2022)	442
VI. § 32f GWB (2023)	445
VII. Sec. 56 FTA73	449
VIII. Schedule 8 para. 14 FTA73	450
IX. Sec. 138 EA02	451
X. Sec. 161 EA02	452
XI. Schedule 8 para. 13 EA02	452
Literaturverzeichnis	455
Amtliche Dokumente	473

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	29
Problemaufriss	37
Teil 1: Einführung und Grundlagen	43
A. Einführung	43
I. Forschungsfragen	43
II. Methodik	44
III. Gang der Untersuchung	45
B. Begriffsbestimmung: „missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz“	49
I. Typisierung von Entflechtungen	49
1. Eigentumsrechtliche und organisatorische Entflechtungen	49
2. Horizontale, vertikale und diagonale Entflechtungen	51
3. Gesellschaftsrechtliche Gestaltung von Entflechtungen	51
II. Bestehende wettbewerbsrechtliche Entflechtungskompetenzen	53
1. Bestehende Entflechtungskompetenzen in Deutschland	53
a) Entflechtungen im Zusammenhang mit Fusionskontrollverfahren	53
b) Entflechtungen als Abhilfemaßnahmen bei Kartellrechtsverstößen	55
c) Missbrauchsunabhängige Entflechtungen infolge einer Sektoruntersuchung	56
2. Bestehende Entflechtungskompetenzen im Vereinigten Königreich	57
a) Entflechtungen im Zusammenhang mit Fusionskontrollverfahren und infolge einer Marktuntersuchung	57

b) Entflechtungen als Abhilfemaßnahmen bei Kartellrechtsverstößen?	58
3. Bestehende Entflechtungskompetenzen in der Schweiz	60
a) Entflechtungen im Zusammenhang mit Fusionskontrollverfahren	60
b) Entflechtungen als Abhilfemaßnahmen bei Kartellrechtsverstößen?	62
4. Schlussfolgerungen	62
III. Missbrauchsunabhängigkeit von Entflechtungen	63
IV. Definition: Missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz	65
C. Wettbewerbstheoretische, -praktische und -rechtliche Grundlagen missbrauchsunabhängiger Entflechtungskompetenzen	67
I. Wettbewerbstheoretische Grundlagen	67
1. Klassische und neoklassische Wettbewerbstheorien	68
a) Grundannahmen	68
b) Haltung zu Entflechtungen	70
2. Theorie des funktionsfähigen Wettbewerbs und Harvard-Schule	72
a) Grundannahmen	72
b) Haltung zu Entflechtungen	73
3. Chicago-Schule	74
a) Grundannahmen	75
b) Haltung zu Entflechtungen	75
4. Österreichische Schule	76
a) Grundannahmen	77
b) Haltung zu Entflechtungen	77
5. Ordoliberaler Schule	78
a) Grundannahmen	78
b) Haltung zu Entflechtungen	79
6. Schlussfolgerungen	81
II. Wettbewerbspraktische Grundlagen	82
1. Ökonomische Auswirkungen von Machtkonzentrationen	83

2. Ökonomische Auswirkungen von missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenzen	85
a) Ökonomische Auswirkungen des Bestehens einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz (Vorfeldwirkungen)	86
b) Ökonomische Auswirkungen der Anwendung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz (Entflechtungswirkungen)	88
3. Praktische Hürden für Entflechtungen	90
a) Festlegung einer erwünschten Marktstruktur	90
aa) Fehlende Vorhersehbarkeit des Wettbewerbs	91
bb) Finden eines geeigneten Erwerbers	93
b) Festlegung einer erwünschten Unternehmensstruktur	93
c) Beteiligung des betroffenen Unternehmens	95
4. Schlussfolgerungen	96
III. Wettbewerbsrechtliche Grundlagen	96
1. Rechtfertigung und Zweck staatlicher Wettbewerbsgesetzgebung	97
2. Regelungsbereiche staatlicher Wettbewerbsgesetzgebung	99
3. Legitimität der Adressierung internen Unternehmenswachstums?	101
4. Schlussfolgerungen	103
D. Fazit: Einführung und Grundlagen	105
Teil 2: Missbrauchsunabhängige Entflechtung in Deutschland	107
A. Machtkonzentration und Entflechtung als Gegenstand deutscher Wettbewerbspolitik	107
I. Deutschland als klassisches Land der Kartelle und Machtkonzentrationen	108
1. Grundsätzliche Zulässigkeit von Kartellen	108
2. Kartellverordnung von 1923	109
3. Wettbewerbspolitik im „Dritten Reich“	110
II. Alliierte Dezentralisierung der deutschen Wirtschaft in der Nachkriegsphase	111
1. Dezentralisierung durch Entflechtung	112

2. Entflechtung aufgrund der Allgemeinen Dekartellierungsgesetze	114
3. Entflechtung aufgrund von spezialgesetzlichen Ermächtigungen	115
a) Entflechtung der Montanindustrie	115
b) Entflechtung der I.G. Farben	117
c) Entflechtung des Bankwesens	118
d) Entflechtung der Filmwirtschaft	119
4. Schlussfolgerungen	121
III. Entstehung des GWB unter dem bestimmenden Einfluss der USA und des Ordoliberalismus	122
1. Josten-Entwurf von 1949	123
a) Allgemeines zum Josten-Entwurf	123
b) Entflechtungsvorschriften	125
c) Scheitern des Josten-Entwurfs	127
d) Schlussfolgerungen	127
2. Entstehung des GWB als Kompromiss	128
IV. Wandel des wettbewerbspolitischen Leitbildes	130
1. Entwicklung bis zur zweiten GWB-Novelle von 1973	131
2. Hauptgutachten 1973-1975 und 1978/1979 der Monopolkommission	134
3. Möschel-Entwurf von 1979	136
4. Weitere Entwicklungen bis 2007	138
5. Diskussion zur Einführung einer Entflechtungskompetenz ab 2007	140
6. Brüderle-Entwurf von 2010	142
a) Allgemeines zum Brüderle-Entwurf	142
b) Entflechtungsvorschriften	143
c) Scheitern des Brüderle-Entwurfs	145
d) Schlussfolgerungen	146
V. Schlussfolgerungen	146
B. Missbrauchsunabhängige Entflechtung gem. § 32f Abs. 4 GWB (2023)	149
I. Genese der Norm	149
1. Andeutung im Koalitionsvertrag	149
2. Konkreter Anlass für die Regelung	150
3. Referentenentwurf	152

4. Regierungsentwurf	153
II. Konkrete Ausgestaltung	154
1. Wettbewerbspolitiches Leitbild	155
2. Verfahren	156
a) Sektoruntersuchung (Phase 1)	156
aa) Hintergrund	157
bb) Abschlussbericht	158
cc) Verfahrensdauer	159
b) Entflechtungsverfahren (Phase 2)	160
aa) Erlass einer Feststellungsverfügung	160
bb) Subsidiaritätsfeststellung	161
cc) Anhörung und mündliche Verhandlung	163
dd) Stellungnahmemöglichkeit für Monopolkommission und Landesbehörden	164
ee) Erlass einer Entflechtungsverfügung	165
ff) Verfahrensdauer	165
c) Rechtsschutz	165
3. Tatbestand	166
a) Erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs	167
aa) Störung des Wettbewerbs	168
bb) Erheblichkeit der Störung	169
cc) Fortwähren der Störung	170
b) Betroffene Märkte	170
c) Betroffene Unternehmen	171
d) Bestandsschutz von Fusionsfreigaben	172
e) Beseitigung oder erhebliche Verringerung der Wettbewerbsstörung	173
f) Kein milderes Mittel	174
4. Rechtsfolge	174
a) Veräußerung von Unternehmensanteilen oder von Vermögen	174
b) Verkaufspflicht und Entschädigung	177
c) Durchsetzung der Entflechtung	178
d) Rükckerwerbsverbot	179
5. Schlussfolgerungen	180

III. Vereinbarkeit der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz mit höherrangigem Recht	181
1. Verfassungsrecht	181
a) Verfassungsrechtliche Grundlagen	181
b) Grundrechte	182
aa) Schutzbereich	182
bb) Eingriff	183
cc) Verhältnismäßigkeit	184
(1) Legitimes Ziel	184
(2) Geeignetheit	184
(3) Erforderlichkeit	185
(4) Angemessenheit	186
c) Rechtsstaats- und Demokratieprinzip	188
aa) Bestimmtheitsgrundsatz	188
bb) Wesentlichkeitstheorie	189
2. Unionsrecht	190
a) Primärrecht	191
aa) Art. 3 Abs. 1 lit. b) AEUV i.V.m. Art. 3 Abs. 2 KartellVO	191
bb) Wettbewerbspolitisches Leitbild des Art. 102 AEUV	194
b) Sekundärrecht	195
aa) Fusionskontrollverordnung	195
(1) Entflechtung nach Fusionsfreigabe	195
(2) Fusionsfreigabe nach Entflechtung	197
bb) Digital Markets Act	197
cc) Regulierungsrichtlinien	200
3. Völkerrecht	200
a) Anwendbarkeit des GWB auf internationale Sachverhalte	201
b) Völkerrechtlicher Eigentumsschutz	201
c) Interventionsverbot	202
4. Schlussfolgerungen	204
C. Prognose: Praktische Anwendung der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz	205
I. Abstrakt denkbare Anwendungsfälle	205
1. Grundsätzliche Erwartbarkeit von Anwendungsfällen	205

2.	Abstrakte Fallkonstellationen	207
a)	Stillschweigende Kollusion	209
b)	Reine Marktmachtsachverhalte	210
c)	Schlussfolgerungen	212
II.	Konkret denkbare Anwendungsfälle	212
1.	Kraftstoffsektor	213
a)	Raffinerie- und Großhandelsebene	213
b)	Tankstellenebene	215
2.	Digitalunternehmen	216
3.	Deutsche Bahn	220
4.	Schlussfolgerungen	222
D.	Fazit: Missbrauchsunabhängige Entflechtung in Deutschland	223
Teil 3: Missbrauchsunabhängige Entflechtung im Vereinigten Königreich		227
A.	Machtkonzentration und Entflechtung als Gegenstand britischer Wettbewerbspolitik	227
I.	Fragmentiertes Wettbewerbsrechtsregime bis zur Jahrtausendwende	228
1.	Common law	228
2.	Statutory law	230
a)	Monopol- und Fusionsgesetzgebung	230
aa)	Monopolies and Restrictive Practices (Inquiry and Control) Act 1948	230
bb)	Monopolies and Mergers Act 1965	233
cc)	Fair Trading Act 1973	234
b)	Gesetzgebung zu Wettbewerbsbeschränkungen und zur Preisbindung der zweiten Hand	236
c)	Praktische Implikationen des public interest-Ansatzes	237
aa)	Monopol- und Fusionsgesetzgebung	237
bb)	Gesetzgebung zu Wettbewerbsbeschränkungen und zur Preisbindung der zweiten Hand	240
cc)	Schlussfolgerungen	241
3.	Europäisches Wettbewerbsrecht	242
4.	Schlussfolgerungen	244

II. Modernisiertes Wettbewerbsrechtsregime ab der Jahrtausendwende	245
1. Competition Act 1998	246
2. Enterprise Act 2002	247
3. Enterprise and Regulatory Reform Act 2013	249
4. Digital Markets, Competition and Consumers Act 2024	249
5. Schlussfolgerungen	250
B. Missbrauchsunabhängige Entflechtung gem. sec. 161 para. 3 EA02	251
I. Genese der Norm	251
II. Konkrete Ausgestaltung	252
1. Wettbewerbspolitisches Leitbild	252
2. Verfahren	254
a) Marktstudie (Phase 1)	255
b) Marktuntersuchung (Phase 2)	256
aa) Market investigation reference	256
bb) Subsidiaritätsfeststellung	259
cc) Anhörung	260
dd) Erlass einer Entflechtungsverfügung	261
ee) Verfahrensdauer	261
c) Rechtsschutz	262
3. Tatbestand	263
a) Adverse effect on competition (AEC)	263
b) Betroffene Märkte	266
c) Betroffene Unternehmen	267
4. Rechtsfolge	267
a) Umfassende Befugnisse	268
b) Entflechtungspraxis: Verkaufslösungen	268
c) Durchsetzung der Entflechtung	270
d) Rückerwerbsverbot	270
5. Schlussfolgerungen	270
III. Vereinbarkeit der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz mit höherrangigem Recht	271
1. Verfassungsrecht	271
2. Unionsrecht	272
3. Völkerrecht	273
4. Schlussfolgerungen	274

C. Praktische Anwendung der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz	275
I. Roadside Advertising Services 1981	275
1. Ausgangslage	276
2. Abhilfemaßnahme	276
3. Auswirkungen	277
II. Artificial Lower Limbs 1989	277
1. Ausgangslage	277
2. Abhilfemaßnahme	278
3. Auswirkungen	278
III. Supply of Beer 1989	278
1. Ausgangslage	279
2. Abhilfemaßnahme	279
3. Auswirkungen	280
IV. British Gas 1993	282
1. Ausgangslage	282
2. Abhilfemaßnahme	283
3. Auswirkungen	283
V. BAA Airports 2009	283
1. Ausgangslage	283
2. Abhilfemaßnahme	285
3. Auswirkungen	286
VI. Aggregates 2014	289
1. Ausgangslage	289
2. Abhilfemaßnahme	290
3. Auswirkungen	290
VII. Private Healthcare 2014	291
1. Ausgangslage	291
2. Abhilfemaßnahme	292
3. Auswirkungen	292
VIII. Schlussfolgerungen	293
D. Fazit: Missbrauchsunabhängige Entflechtung im Vereinigten Königreich	297

Teil 4: Vergleich der missbrauchsunabhängigen Entflechtung in Deutschland und im Vereinigten Königreich	301
A. Wettbewerbspolitisches Leitbild	301
B. Verfahren	303
I. Vorbemerkung	303
II. Phase 1	304
III. Phase 2	305
1. Zuständigkeit	305
2. Subsidiarität	306
3. Beteiligung	306
IV. Verfahrensdauer	307
V. Rechtsschutz	307
C. Tatbestand	311
I. Eingriffsgrund	311
II. Betroffene Märkte und Unternehmen	312
1. Markt- und Unternehmenseigenschaften	312
2. Regulierte Sektoren	314
D. Rechtsfolge	315
I. Entflechtungsanordnung	315
II. Entschädigung	316
III. Durchsetzung der Entflechtung	317
E. Fazit: Vergleich der missbrauchsunabhängigen Entflechtung in Deutschland und im Vereinigten Königreich	319
Teil 5: Missbrauchsunabhängige Entflechtung in der Schweiz?	321
A. Machtkonzentration und Entflechtung als Gegenstand schweizerischer Wettbewerbspolitik	321
I. Entwicklung bis zum ersten Kartellgesetz von 1962	321
II. Entwicklung bis zur Totalrevision von 1995	323
1. Kartellgesetz von 1962	323
2. Revision von 1985	326

III. Entwicklung ab der Totalrevision des Kartellgesetzes von 1995	328
1. Totalrevision von 1995	328
a) Wirtschaftlicher und politischer Kontext	329
b) Schutzobjekt „Wirksamer Wettbewerb“	330
c) Wettbewerbstheoretische Fundierung	330
d) Konkrete Ausgestaltung des Kartellgesetzes	332
e) Diskussion um Aufnahme von Entflechtungsvorschriften	335
f) Schlussfolgerungen	338
2. Revision von 2003	338
3. Revisionen ab 2021	339
IV. Schlussfolgerungen	340
B. Vereinbarkeit einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz mit höherrangigem Recht	343
I. Verfassungsrecht	343
1. Gesetzgebungszuständigkeiten	343
a) Art. 94 BV	343
b) Art. 96 BV	344
2. Grundrechte	346
a) Art. 26 BV	347
b) Art. 27 BV	348
c) Art. 36 BV	350
aa) Gesetzesvorbehalt	351
bb) Öffentliches Interesse oder Grundrechte Dritter	352
cc) Verhältnismäßigkeit	352
dd) Kerngehalt	353
II. Unionsrecht	354
1. Bilaterale Abkommen	355
2. Autonomer Nachvollzug	355
3. Art. 9 Abs. 1 ^{bis} KG-Entwurf	356
III. Völkerrecht	358
IV. Schlussfolgerungen	358

C. Handlungsempfehlung an den schweizerischen Gesetzgeber	359
I. Zweckmäßigkeit einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz	359
1. Bestehende Eingriffsbefugnisse unter dem Kartellgesetz	359
2. Bestehende Eingriffsbefugnisse unter dem Preisüberwachungsgesetz	360
3. Schlussfolgerungen	361
II. Ausformulierung eines Vorschlags	362
III. Begründung des Vorschlags	363
1. Begründung zu Art. 11a Abs. 1	364
a) Tatbestand	364
aa) Dauerhafte und signifikante Behinderung des Wettbewerbs	364
bb) Betroffene Märkte	365
cc) Betroffene Unternehmen	366
b) Rechtsfolge	367
aa) Reine Entflechtungskompetenz	368
bb) Verselbständigung von Vermögensteilen	370
cc) Durchsetzung der Entflechtung	370
dd) Nebenbestimmungen	371
2. Begründung zu Art. 11a Abs. 2	371
a) Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsklausel	371
b) Herausnahme regulierter Sektoren	372
c) Vertrauensschutz	373
3. Begründung zu Art. 11a Absatz 3	374
4. Begründung zu Art. 11b	375
5. Begründung zu Art. 31a	376
a) Verfahrensvorschriften	376
b) Zuständigkeiten	379
c) Fristen	380
D. Fazit: Missbrauchsunabhängige Entflechtung in der Schweiz?	383

Teil 6: Zusammenfassung /	
Part 6: Summary /	
Partie 6: Conclusion	385
A. Zusammenfassende Thesen	385
B. Summarising theses	401
C. Thèses récapitulatives	417
Anhang	433
I. Josten-Entwurf / Sondervotum von Curt Fischer (1949)	433
II. Möschel-Entwurf (1979)	438
III. Entwurf der Monopolkommission (1980)	440
IV. Brüderle-Entwurf (2010)	440
V. Referentenentwurf zu § 32f GWB (2022)	442
VI. § 32f GWB (2023)	445
VII. Sec. 56 FTA73	449
VIII. Schedule 8 para. 14 FTA73	450
IX. Sec. 138 EA02	451
X. Sec. 161 EA02	452
XI. Schedule 8 para. 13 EA02	452
Literaturverzeichnis	455
Amtliche Dokumente	473

Abkürzungsverzeichnis

A./Aufl.	Auflage
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.F.	alte Fassung
ABL.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AC	Appeal Cases
AEC	adverse effect on competition
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Fassung aufgrund des am 1.12.2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon (Konsolidierte Fassung bekanntgemacht im ABl. EG Nr. C 115 vom 9.5.2008, S. 47), zuletzt geändert durch die Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Kroatien und die Anpassungen des Vertrags über die Europäische Union, des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (ABl. EU L 112/21 vom 24.4.2012) m.W.v. 1.7.2013
AG/A.G.	Aktiengesellschaft
AJP/PJA	Aktuelle Juristische Praxis / Pratique Juridique Actuelle (Zeitschrift)
al.	alinéa
Art./Artt.	Artikel/article(s)
Az.	Aktenzeichen
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BBl.	Bundesblatt (CH)
Bd.	Band
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.

Abkürzungsverzeichnis

BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BG	British Gas plc.
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 17. Juli 2025 (BGBl. 2025 I Nr. 163) geändert worden ist (D)
BGBL	Bundesgesetzblatt (D)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof (D)
BKartA	Bundeskartellamt (D)
BMWi	Bundeswirtschaftsministerium (D)
BR-Drs.	Bundesrat-Drucksache (D)
BSK	Basler Kommentar
BT-Drs.	Bundestag-Drucksache (D)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (Stand am 3. März 2024), SR 101
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (D)
BVGer	Bundesverwaltungsgericht (CH)
bzw.	beziehungsweise
c.	column
ca.	circa
CA98	Competition Act 1998 (UK)
CAT	Competition Appeal Tribunal (UK)
CC	Competition Commission (UK)
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
CH	Schweizerische Eidgenossenschaft (Confoederatio Helvetica)
Cm./ Cmnd.	Command Paper
CMA	Competition and Markets Authority (UK)
Co.	Company/Compagnie
Corp.	Corporation

Cst.	Constitution fédérale (=BV)
D	Bundesrepublik Deutschland
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
Deb	Debate
DGFT	Director General of Fair Trading (UK)
Dist.	Disctrict Court (USA)
DMA	Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte) – „Digital Markets Act“
DMCCA24	Digital Markets, Competition and Consumers Act 2024 (UK)
EA02	Enterprise Act 2002 (UK)
Ebd.	Ebenda
ECLR	European Competition Law Review
ECN	European Competition Network
Ed.	Edition
EG	Europäische Gemeinschaft
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGr.	Erwägungsgrund
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EL	Ergänzungslieferung
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention)
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970, 3621), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 21. Februar 2025 (BGBl. 2025 I Nr. 51) geändert worden ist (D)
ERegG	Eisenbahnregulierungsgesetz vom 29. August 2016 (BGBl. I S. 2082), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 9. Juni 2021 (BGBl. I S. 1737) geändert worden ist (D)
ERRA13	Enterprise and Regulatory Reform Act 2013 (UK)

Abkürzungsverzeichnis

et seq.	et sequitur / et sequentes
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWCA Civ	England and Wales Court of Appeal (Civil Division)
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
f./ff.	folgende
FDP	Freie Demokratische Partei (D)
FF	Feuille fédérale
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FKVO	Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“)
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
FTA73	Fair Trading Act 1973 (UK)
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GBS	granulated blast furnace slag
GewO	Gewerbeordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Februar 1999 (BGBl. I S. 202), die zuletzt durch Artikel 9 des Gesetzes vom 27. Dezember 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 438) geändert worden ist (D)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100–1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 22. März 2025 (BGBl. 2025 I Nr. 94) geändert worden ist
GGBS	ground granulated blast furnace slag
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung

GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ABl. C 326 vom 26.10.2012, S. 391)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 5. Dezember 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 400) geändert worden ist (D)
HC	House of Commons (UK)
HCP	House of Commons Papers (UK)
HdB	Handbuch
HMSO	Her Majesty's Stationery Office (UK)
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i.e.	id est
i.E.	im Ergebnis
I.G.	Interessengemeinschaft
i.S.d.	im Sinne des
i.V.m.	in Verbindung mit
Inc.	Incorporated
insb.	insbesondere
Intro.	Introduction
JECLAP	The Journal of European Competition Law & Practice
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung
KartellVO	Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln
KartR	Kartellrecht
Kfz	Kraftfahrzeug
KG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Stand am 1. Juli 2023), SR 251 Kartellgesetz (CH)

Abkürzungsverzeichnis

KK	Kompakt-Kommentar
KOM	Europäische Kommission
LCart	Loi sur les cartels (=KG)
lit.	litera
Ltd.	Limited
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MMA65	Monopolies and Mergers Act 1965 (UK)
MMC	Monopolies and Mergers Commission (UK)
MRPA48	Monopolies and Restrictive Practices (Inquiry and Control) Act 1948 (UK)
MüKo	Münchener Kommentar
N.	Numéro(s)
NCT	New Competition Tool
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
No./Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
OFK	Orell Füssli Kommentar
OFT	Office of Fair Trading (UK)
OFWAT	Water Services Regulation Authority (UK)
OLG	Oberlandesgericht (D)
ORDO	ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
para(s).	paragraph(s)
plc.	public limited company
PüG	Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 (Stand am 1. Januar 2013), SR 942.20 (CH)
RATUBS	Rechtswissenschaftliche Arbeitspapiere der Technischen Universität Braunschweig
RefE	Referentenentwurf

RegE	Regierungsentwurf
RGBl.	Reichsgesetzblatt (D)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (D)
RL	Richtlinie (EU)
Rn.	Randnummer
RPA76	Resale Prices Act 1976 (UK)
RTPA56	Restrictive Trade Practices Act 1956 (UK)
S.	Satz/Seite
s./ss	et suivante(s)
SHK	Stämpflis Handkommentar
SI	Statutory Instrument (UK)
sic!	sic! Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht
SIEC	significant impediment on competition
SJES	Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik / Swiss journal of economics and statistics
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
SLC	substantial lessening on competition
sog.	sogenannt
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
SR	Systematische Rechtsammlung (CH)
StPO	Strafprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), die zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 17. Juli 2025 (BGBl. 2025 I Nr. 163) geändert worden ist (D)
SZK/RSDC	Schweizerische Zeitschrift für Kartellrecht / Revue suisse de droit des cartels
TSO	The Stationery Office (UK)
u.a.	und andere / unter anderem
U.S./USA	Vereinigte Staaten von Amerika
UAbs.	Unterabsatz

Abkürzungsverzeichnis

UK	United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland
UmwG	Umwandlungsgesetz vom 28. Oktober 1994 (BGBl. I S. 3210; 1995 I S. 428), das zuletzt durch Artikel 17 des Gesetzes vom 23. Oktober 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 323) geändert worden ist (D)
v./vs.	versus
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung (EU)
vol.	volume
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003 (BGBl. I S. 102), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 15. Juli 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 236) geändert worden ist (D)
WAK-N	Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats (CH)
WEKO	Wettbewerbskommission (CH)
WettBR	Wettbewerbsrecht
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb – Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (Stand am 1. Januar 2025), SR 210
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781), die zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 24. Oktober 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 328) geändert worden ist (D)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR/RDS	Zeitschrift für Schweizerisches Recht / Revue de Droit Suisse
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

Problemaufriss

Es ist eine der größten Errungenschaften, wenn nicht gar die größte Errungenschaft, des modernen Rechtsstaats, dass staatliche Eingriffe in private Rechtsgüter rechtlichen Schranken unterliegen und nur dann zulässig sind, wenn sie durch einen höheren Zweck gerechtfertigt werden. Zu den so geschützten Rechtsgütern gehören insbesondere auch die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit und das private Eigentum. 1

Verfolgte man den rechtswissenschaftlichen Diskurs, der in Deutschland im Zuge der Einführung einer missbrauchsunabhängigen¹ Entflechtungskompetenz gem. § 32f Abs. 4 GWB für das Bundeskartellamt mit der 11. GWB-Novelle geführt wurde, so ließ sich der Eindruck gewinnen, dass diese Errungenschaft in ernster Gefahr ist. Dass es sich bei der neuen Norm um einen vielbeschworen „Paradigmenwechsel“² handle, war noch eines der milderer Urteile. Andernorts wurde das Gesetz als „fatales Signal für den deutschen Wirtschaftsstandort“³ bezeichnet, es war von einer „populistischen Instrumentalisierung des GWB“ und „purem Theaterdonner“⁴ die Rede, die Vorwürfe von „Allmachtsphantasien“ und „planwirtschaftlichen 2

-
- 1 Den Begriff der Missbrauchsunabhängigkeit verwenden etwa *Böni*, sic! 2012, S. 71 ff.; *Ehricke*, WuW 2011, S. 1; *Grzeszick*, NZKart 2023, S. 55 ff.; *Kühling*, Verfassungsblog vom 24.06.2022; *Wagner-von Papp*, WuW 2022, S. 642 ff. Weitgehend inhaltsgleich werden zumindest auch die Begriffe der objektiven (so etwa *Zäch/Heizmann*, in: *Rüssli/Hännli/Häggi Furrer*, FS Jaag, S. 577), verstoßunabhängigen (so etwa *Mundt*, WuW 2023, S. 521), zuwiderhandlungsunabhängigen (so etwa *Bach*, in: *Bechtold/Jickeli/Rohe*, FS Möschel, S. 35), verhaltensunabhängigen (so etwa *Voell*, Entflechtungen, S. 30), verschuldens- oder sanktionsunabhängigen (vgl. *Klees/Hauser*, RATUBS 4/2010, S. 3), isolierten (*Mundt*, in: *Orientierungen* 123, S. 30), fallunabhängigen (*Budzinski*, in: *Kirk/Offergeld/Rohner*, Kartellrecht in der Zeitenwende, S. 116) oder allgemeinen (so etwa *Möschel*, Wirtschaftsdienst 2010, S. 72) Entflechtung verwendet. Zu den unterschiedlichen Begrifflichkeiten siehe noch unten Rn. 60 ff.
 - 2 Siehe statt vieler: *Thomas*, ZWeR 2022, S. 336; den Begriff ablehnend etwa *Stratmann*, NZKart 2023, S. 535 f. und *Mundt*, NZKart 2023, S. 1 ff. Ausführlich herleitend und den Begriff ablehnend: *Voges*, Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips, S. 117 ff. und *Wagner-von Papp*, in: *Kirk/Offergeld/Rohner*, Kartellrecht in der Zeitenwende, S. 33 ff.
 - 3 *Suchsland/Schröder*, NZKart 2023, S. 301.
 - 4 Vgl. <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/habeck-tankrabatt-kartellrecht-verschaerfung-gwb-kartellamt-entflechtung-gewinnabschoepfung-uebergewinn/>, zuletzt abgerufen am 28.08.2025.

Eingriffsbefugnissen⁵ wurden erhoben und die Verfassungswidrigkeit⁶ des Gesetzgebungsvorhabens reklamiert. Das Vorhaben befürwortende Stimmen fanden sich dagegen eher vereinzelt.⁷

- 3 Es ist zu erwarten, dass die Einführung einer vergleichbaren Norm in das schweizerische Wettbewerbsrecht nicht auf geringere Ablehnung stoßen würde. Dieses Werk bemüht sich daher, möglichst rationale Grundlagen für die Debatte um die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz in der Schweiz darzulegen.
- 4 Hintergrund der scharfen Kritik ist insbesondere, dass missbrauchsunabhängige Eingriffsbefugnisse sich außerhalb der klassischen „drei Säulen“ des kartellrechtlichen Wettbewerbsschutzes – Kartellverbot, Marktmachtmisbrauchsaufsicht, Fusionskontrolle – bewegen und als „vierte Säule“ in gewisser Weise systemfremd sind. So kann eine Entflechtung gem. § 32f Abs. 4 GWB auch ohne Kartellrechtsverstoß etwa in Fällen internen Unternehmenswachstums, bei Marktaustritten sowie Zusammenschlüssen unterhalb der fusionskontrollrechtlichen Aufgreifschwelle erfolgen.⁸ Daneben könnten auch Machtstellungen entflochten werden, die durch Ministererlaubnis ermöglicht wurden oder vor der Einführung eines Fusionskontrollregimes entstanden sind.⁹ Schließlich ist – bei angemessener Berücksichtigung von Vertrauensschutzgesichtspunkten – auch an die nachträgliche Entflechtung von wettbewerbsbehördlich freigegebenen Zusammenschlüssen zu denken.¹⁰
- 5 Festzuhalten ist, dass sich Entflechtungsmaßnahmen in aller Regel gegen wettbewerbschädliche wirtschaftliche Machtkonzentrationen richten. Solche Machtkonzentrationen können im Wesentlichen durch Kartelle, internes Unternehmenswachstum oder externes Unternehmenswachstum (d.h. Zusammenschlüsse) entstehen.¹¹ Den wettbewerbslich bedenklichen Kern dieser Erscheinungsformen stellt die Abnahme der Anzahl selbständiger Planungseinheiten im Koordinationsprozess zur Verteilung knapper Güter dar.¹² Während Kartelle und externes Unternehmenswachstum des-

5 Vgl. *Wagner-von Papp*, WuW 2022, S. 642.

6 *Suchsland/Schröder*, NZKart 2023, S. 300 f.

7 So etwa *Kühling/Engelbracht/Welsch*, WuW 2023, S. 250 ff. und *Stratmann*, NZKart 2023, S. 532 ff.; differenzierend *Wagner-von Papp*, WuW 2022, S. 642 ff.

8 BT-Drs. 20/6824, S. 1, 16, 27.

9 Vgl. *Wagner-von Papp*, in: *Kirk/Offergeld/Rohner*, Kartellrecht in der Zeitenwende, S. 48.

10 Vgl. *Zimmer*, in: *Kirk/Offergeld/Rohner*, Kartellrecht in der Zeitenwende, S. 290.

11 *Robert*, Konzentrationspolitik, S. 16.

12 Vgl. *Schluep*, AJP/PJA 1996, S. 795, 799.

halb schon bislang unter gewissen Voraussetzungen verboten waren, wurde internes Unternehmenswachstum bisher zumindest im deutschen und schweizerischen Kartellrecht nicht durch staatliche Eingriffe adressiert, soweit es nicht missbraucht wurde.¹³ Von dieser Grundhaltung hat der deutsche Gesetzgeber nun offensichtlich Abstand genommen, denn die 11. GWB-Novelle adressiert internes Wachstum explizit.¹⁴ Als Vorbild hat der deutsche Gesetzgeber das britische Wettbewerbsrecht herangezogen, das eine solche „vierte Säule“ des wettbewerbsrechtlichen Instrumentariums schon länger kennt.¹⁵

Die Einführung der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz 6 gem. § 32f Abs. 4 GWB in Deutschland ist dabei im Kontext einer in den vergangenen Jahren international wieder zunehmenden Debatte um die Schädlichkeit wirtschaftlicher Machtkonzentrationen und die Notwendigkeit von wettbewerbsbehördlichen (Marktstruktur-)Interventionen jenseits der klassischen „drei Säulen“ zu sehen. So wurde um das Jahr 2020 auf europäischer Ebene die Einführung einer als *New Competition Tool* bezeichneten missbrauchsunabhängigen Eingriffsbefugnis erwogen,¹⁶ was letztlich zur teilweisen Sektorregulierung für digitale Großunternehmen durch den Digital Markets Act (DMA) führte. Forderungen nach einem sektorunabhängigen *New Competition Tool* zur Adressierung struktureller Probleme sind hierdurch aber nicht verstummt, sondern wurden etwa im sog. *Draghi*-Bericht zur Zukunft der Wettbewerbsfähigkeit der EU vom 09.09.2024 wieder erhoben.¹⁷ Auch in der Schweiz wurde in jüngerer Vergangenheit von Literaturstimmen¹⁸, Wettbewerbskommission¹⁹ und Politik²⁰ die Prüfung bzw. Einführung eines Marktuntersuchungsinstruments nach deutschem bzw. britischen Vorbild gefordert.

Die aktuellen Debatten im europäischen Rechtsraum drehen sich dabei 7 zumeist um die Schaffung von Eingriffsinstrumenten mit einer „wettbewerblichen Generalklausel“²¹, die eine Vielzahl von verhaltens- und strukturorientierten Anordnungen zulassen würde, wie dies auch beim deut-

13 Vgl. etwa Zäch/Heizmann, in: Rüssli/Hännli/Häggi Furrer, FS Jaag, S. 578.

14 BT-Drs. 20/6824, S. 1, 16.

15 Vgl. BT-Drs. 20/6824, S. 18 f.

16 Vgl. KOM, NCT Impact Assessment, S. 3; KOM, Motta/Peitz-Bericht, S. 4 f.

17 Vgl. KOM, *Draghi*-Bericht, S. 303 f.

18 Künzler/Jany, SZK/RSDC 2023, S. 117 f.

19 WEKO, Stellungnahme UBS/CS, Rn. 677 ff., 683.

20 Postulat WAK-N (23.3444) vom 04.04.2023: Zusammenschluss von UBS und CS. Beurteilung der wettbewerbsrechtlichen und volkswirtschaftlichen Bedeutung.

21 Zum Begriff vgl. etwa Ackermann, ZWeR 2023, S. 1 ff.

schen § 32f GWB der Fall ist. Die Debatte um die wettbewerbsrechtliche Zerschlagung von Großunternehmen ist dagegen wesentlich älter und lässt sich zumindest bis zum US-amerikanischen *Standard Oil*-Verfahren aus dem Jahr 1911 zurückverfolgen.²² Auch in Deutschland wurden schon vor etlichen Jahrzehnten, in der Nachkriegszeit, umfassende Entflechtungen vorgenommen und die Einführung eines entsprechenden Instruments in der Folgezeit immer wieder diskutiert. Sowohl der letzte gescheiterte Vorstoß in diese Richtung, der sogenannte *Brüderle*-Entwurf von 2010, als auch der nunmehr in Kraft getretene § 32f Abs. 4 GWB, wurden auch in der Schweizer Kartellrechtslandschaft rezipiert.²³ Auch in den USA wird derzeit im Zusammenhang mit *Google* und anderen digitalen Großunternehmen wieder intensiv über eine Entflechtung diskutiert.²⁴

8 Die wieder aufgeflamnte und engagiert geführte Debatte gibt Anlass dazu, die Legitimität missbrauchsunabhängiger Entflechtungskompetenzen von Wettbewerbsbehörden im Rahmen einer Monografie zu erörtern. Andere, namentlich verhaltensorientierte, von wettbewerblichen Generalklauseln umfasste Eingriffsbefugnisse werden dabei nur am Rande thematisiert und stellen nicht den Gegenstand der Untersuchung dar. Angesichts des „erheblichen Eingriff[s] in die unternehmerische Autonomie und die Strukturen eines Wirtschaftszweigs“²⁵, den eine missbrauchsunabhängige Entflechtung – bei gleichzeitigem Verzicht auf das Erfordernis eines Rechtsverstoßes durch das betroffene Unternehmen – darstellt, ist eine kritische Überprüfung missbrauchsunabhängiger Entflechtungskompetenzen im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit wettbewerblichen Grundprinzipien, höherrangigem Recht und auf ihre praktische Wirksamkeit hin geboten. Hierauf liegen die Schwerpunkte dieser Arbeit.

9 Die aus der Untersuchung gezogenen Erkenntnisse und insbesondere der Gesetzgebungsvorschlag am Ende der Arbeit (Rn. 693) sollen zur Diskussion um die etwaige Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz in der Schweiz beitragen. Selbst wenn die aktuell in der Schweiz diskutierten Reformforderungen nicht umgesetzt werden oder keine Entflechtungsbefugnis enthalten sollten, ist angesichts der jahrzehntealten Debatte um missbrauchsunabhängige Entflechtungen nicht davon auszugehen, dass das Thema seine Relevanz verliert. Dass es sich dabei

22 Vgl. *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung, S. 25 m.w.N.

23 Vgl. *Böni*, sic! 2012, S. 71 ff.; *Künzler/Jany*, SZK/RSDC 2023, S. 107 ff.; *Züch/Heizmann*, in: *Rüssli/Hänni/Häggi Furrer*, FS Jaag, S. 572 ff.

24 Ausführlich dazu *Kühling/Schwerda*, ZWeR 2025, S. 24 ff.

25 BT-Drs. 20/6824, S. 30.

nicht um eine rein akademische Diskussion handelt, sondern um eine solche mit hoher praktischer Relevanz, zeigt etwa der erste Anwendungsfall von § 32f GWB in Deutschland: Das Bundeskartellamt hat im Anschluss an seine im Frühjahr 2025 abgeschlossene Sektoruntersuchung im Bereich des Kraftstoffgroßhandels ein weiteres Verfahren eingeleitet, um das Vorliegen einer erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs im Sinne des § 32f Abs. 3 GWB zu prüfen, die wiederum die zentrale Voraussetzung für eine missbrauchsunabhängige Entflechtungsanordnung wäre.²⁶ Es ist davon auszugehen, dass spätestens nach dem ersten Entflechtungsverfahren auf Grundlage von § 32f Abs. 4 GWB im „großen Kanton“ auch in der Schweiz die Debatte um die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz an Fahrt aufnimmt.

26 Vgl. dazu die Pressemitteilung des Bundeskartellamts vom 06.03.2025: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2025/03_06_2025_Verfahren_32f.html, zuletzt abgerufen am 28.08.2025. Die Pressemitteilung ist auszugsweise abgedruckt in: WuW 4/2025, S. 239. Kritisch zur formellen Ausgestaltung des Verfahrens: *Gollasch*, WuW 2025, S. 318 ff.

Teil 1: Einführung und Grundlagen

Der erste Teil der Arbeit widmet sich der Hinführung zum Thema durch 10
eine Darstellung der Grundlagen. Auf eine Einführung in Forschungsfragen,
Methodik und Struktur der Arbeit (A.) folgt eine Begriffsbestimmung
des Untersuchungsgegenstandes „missbrauchsunabhängige Entflechtungs-
kompetenz“ (B.). Sodann wird ein Überblick über wettbewerbstheoreti-
sche, -praktische und -rechtliche Grundlagen missbrauchsunabhängiger
Entflechtungskompetenzen gegeben (C.), bevor der erste Teil der Arbeit mit
einem die Erkenntnisse würdigenden Fazit schließt (D.).

A. Einführung

Im Rahmen der Einführung wird aufbauend auf den Abschnitten For- 11
schungsfragen (I.) und Methodik (II.) der Gang der vorliegenden Untersu-
chung (III.) dargestellt.

I. Forschungsfragen

Das Dissertationsprojekt soll insbesondere die folgenden Forschungsfragen 12
erörtern:

- Beim Vorliegen welcher Merkmale ist von einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz einer Wettbewerbsbehörde zu sprechen?
- Sind missbrauchsunabhängige Entflechtungen mit den herkömmlichen Wettbewerbstheorien vereinbar?
- Welche wettbewerbspolitischen Leitbilder liegen dem deutschen, britischen und schweizerischen Kartellrecht zugrunde?

A. Einführung

- Welche Gemeinsamkeiten und Unterschiede haben die missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenzen im deutschen und britischen Recht?
- Welche Auswirkungen hatten die im Vereinigten Königreich bislang vorgenommenen missbrauchsunabhängigen Entflechtungen auf den Wettbewerb?
- Welche Auswirkungen wird die 2023 in Deutschland eingeführte missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz auf den Wettbewerb haben?
- Wäre eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz im schweizerischen Kartellgesetz zweckmäßig und rechtlich zulässig?

II. Methodik

- 13 In methodischer Hinsicht erfolgt die Annäherung an die genannten Forschungsfragen anhand eines trinationalen Rechtsvergleichs des deutschen, britischen und schweizerischen Rechts *de lege lata* und *de lege ferenda*:
- 14 In Deutschland wurde dem Bundeskartellamt im Jahr 2023 mit der II. GWB-Novelle eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz verliehen (§ 32f Abs. 4 GWB). Das Bundeskartellamt kann nunmehr im Anschluss an eine Sektoruntersuchung verschiedene Maßnahmen ergreifen und als *ultima ratio* die eigentumsrechtliche Entflechtung in Form der Veräußerung von Unternehmensanteilen oder Vermögen anordnen. Voraussetzung hierfür ist primär eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs. Ein Rechtsverstoß durch das Unternehmen ist nicht erforderlich.
- 15 Zur Rechtfertigung der II. GWB-Novelle von 2023 berief sich der deutsche Gesetzgeber insbesondere auf das britische Marktuntersuchungsinstrument gem. Part IV Enterprise Act 2002 und die bisherige Praxis der britischen CMA bzw. ihrer Vorgänger,²⁷ was Anlass dazu gibt, diese in die Untersuchung einzubeziehen. Dabei bringt die Untersuchung des britischen Rechts den Vorteil mit sich, dass dort bereits mehrfach missbrauchsunabhängige Entflechtungen erfolgt und somit Rückschlüsse auf ihre Wirksamkeit möglich sind.

27 Vgl. etwa BT-Drs. 20/6824, S. 18 f., wo von einer „Vielzahl von Parallelen der beiden Instrumente“ und „dem britischen Vorbild“ die Rede ist.

Angesichts der schon in der Vergangenheit mehrfach praktizierten und vom Gesetzgeber auch gewünschten Orientierung des schweizerischen Wettbewerbsrechts an der deutschen und europäischen Rechtsetzung²⁸ stellt sich mit der Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz ins deutsche Recht die Frage, ob die Verankerung einer solchen Norm auch im System des schweizerischen Kartellgesetzes sinnvoll und geboten wäre. Dies wurde bislang – soweit ersichtlich – noch nicht im Rahmen einer Monografie thematisiert und soll im Zuge dieser Arbeit erörtert werden. Hierbei werden die Erkenntnisse aus dem Rechtsvergleich zwischen Deutschland und dem Vereinigten Königreich genutzt, um einen konkreten Handlungsvorschlag an den schweizerischen Gesetzgeber zu entwickeln. Der ausformulierte Gesetzgebungsvorschlag (Rn. 693) ist der Versuch einer möglichst vollständigen Berücksichtigung der im Zuge der Untersuchung gewonnenen Erkenntnisse. 16

III. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung gliedert sich in sechs Teile. Die Arbeit nähert sich in diesem ersten Teil unter B. (Rn. 22 ff.) begrifflich der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz an, wozu zunächst verschiedene Entflechtungsarten typisiert und bereits bestehende wettbewerbsrechtliche Entflechtungskompetenzen in Deutschland, dem Vereinigten Königreich und der Schweiz in den Blick genommen werden. Sodann wird – nach einer Herausarbeitung des Merkmals der Missbrauchsunabhängigkeit (Rn. 60 ff.) – eine Definition des Begriffs „Missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz“ (Rn. 65 ff.) vorgeschlagen. Unter C. (Rn. 69 ff.) werden wettbewerbstheoretische, wettbewerbspraktische und wettbewerbsrechtliche Grundlagen von missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenzen dargestellt. Der erste Teil schließt unter D. (Rn. 154 ff.) mit einem Fazit. 17

Der zweite Teil (Rn. 160 ff.) und der dritte Teil (Rn. 413 ff.) der Arbeit widmen sich jeweils der Darstellung der missbrauchsunabhängigen Entflechtung in Deutschland und im Vereinigten Königreich. Zum Zweck der Übersichtlichkeit und Vergleichbarkeit folgen sie beide demselben Aufbau: 18

- Zunächst wird in einem allgemeineren Abschnitt unter A. (Rn. 161 ff., 414 ff.) ein Überblick über Machtkonzentration und Entflechtung als

²⁸ So etwa bei der Kartellgesetzrevision von 1995 (Rn. 629 ff.) oder bei der Einführung des Instituts der relativen Marktmacht im Jahr 2021 (Rn. 645).

A. Einführung

- Gegenstand der jeweiligen nationalen Wettbewerbspolitik gegeben, um die dahinterstehenden Leitgedanken herauszuarbeiten.
- Sodann wird unter B. (Rn. 240 ff., 462 ff.) die jeweils derzeit in Kraft befindliche missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz auf ihre Genese, ihre konkrete Ausgestaltung (namentlich ihr wettbewerbspolitisches Leitbild, das Entflechtungsverfahren, den -tatbestand und die -rechtsfolge) sowie ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht hin untersucht.
 - Der jeweilige Abschnitt C. (Rn. 365 ff., 521 ff.) widmet sich der praktischen Anwendung der Norm. Während dies beim neuen § 32f Abs. 4 GWB in Deutschland naturgemäß noch prognostisch anhand abstrakt und konkret denkbarer Anwendungsszenarien erfolgen muss, werden in dem Teil zum britischen Recht sieben tatsächliche Anwendungsfälle jeweils auf ihre wettbewerbliche Ausgangslage, die (empfohlene oder getroffene) Abhilfemaßnahme sowie auf deren Auswirkungen hin untersucht.
 - Beide Teile schließen unter D. (Rn. 404 ff., 565 ff.) mit einem die Erkenntnisse zusammenfassenden Fazit.
- 19 Im vierten Teil der Arbeit (Rn. 572 ff.) erfolgt sodann ein bewertender Vergleich der missbrauchsunabhängigen Entflechtung in Deutschland und im Vereinigten Königreich. Dieser Teil ist – entsprechend den Abschnitten zur konkreten Ausgestaltung der Normen im zweiten und dritten Teil – wieder gegliedert nach wettbewerbspolitischem Leitbild (A., Rn. 573 f.), Verfahren (B., Rn. 575 ff.), Tatbestand (C., Rn. 591 ff.) sowie Rechtsfolge (D., Rn. 603 ff.) und schließt mit einem Fazit (E., Rn. 611 ff.). Schlussfolgerungen aus dieser rechtsvergleichenden Betrachtung fließen insbesondere in den Handlungsvorschlag an den schweizerischen Gesetzgeber ein (Rn. 693).
- 20 Der fünfte Teil der Arbeit (Rn. 614 ff.) widmet sich der Möglichkeit der Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz in der Schweiz. Dazu wird zunächst wieder die Entwicklung des wettbewerbspolitischen Leitbildes in der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung der Bewertung von Machtkonzentrationen und Entflechtungen dargestellt (A., Rn. 615 ff.), bevor die Vereinbarkeit einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz mit höherrangigem Recht (B., Rn. 649 ff.) erörtert wird. Auf dieser Grundlage wird eine konkrete Handlungsempfehlung an den schweizerischen Gesetzgeber ausgearbeitet und begründet (C., Rn. 685 ff.). Abschließend werden die Erkenntnisse des fünften Teils in einem Fazit (D., Rn. 739 ff.) zusammengefasst.

Im sechsten und abschließenden Teil (Rn. 743 ff.) werden die Erkenntnisse der vorherigen fünf Teile der vorliegenden Untersuchung in Form von Thesen und tabellarischen Übersichten zusammengefasst. Die Zusammenfassung erfolgt in deutscher, englischer und französischer Sprache. 21

B. Begriffsbestimmung: „missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz“

Zur Bestimmung des Begriffs der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz erscheint es zweckmäßig, zunächst eine Typisierung von Entflechtungen vorzunehmen (I.) und die in den hier zu untersuchenden Rechtsordnungen bereits bestehenden wettbewerbsrechtlichen Entflechtungskompetenzen darzustellen (II.). Sodann ist das Merkmal der Missbrauchsunabhängigkeit herauszuarbeiten (III.), bevor auf dieser Grundlage eine Definition des Begriffs „Missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz“ vorgeschlagen wird (IV.). 22

I. Typisierung von Entflechtungen

Entflechtungen können eigentumsrechtlicher oder organisatorischer Natur sein (1.), in drei verschiedene Richtungen erfolgen (2.) und in verschiedenster Weise gesellschaftsrechtlich ausgestaltet sein (3.). 23

1. Eigentumsrechtliche und organisatorische Entflechtungen

Der Begriff der Entflechtung ist nicht klar definiert und wird in unterschiedlichen Zusammenhängen uneinheitlich verwendet.²⁹ Teilweise werden schon niederschwelligere Eingriffe wie die organisatorische Trennung von Geschäftsbereichen³⁰ oder die Freigabe von Schutzrechten³¹ als 24

29 Zur Begriffsabgrenzung vgl. etwa *Bundestag*, Kartellrechtliche Zerschlagungen, S. 4 f.; *Monopolkommission*, Sondergutachten 58, Rn. 23 ff.; *Vu Ngoc*, Entflechtungen, S. 7 ff.; *Voell*, Entflechtungen, S. 23 ff.

30 Vgl. etwa § 7a EnWG. Zu einer Typologie der energierechtlichen Entflechtungsmaßnahmen siehe *Rasbach*, Unbundling-Regulierung, S. 42 ff. Rechtsgebietsübergreifend und ausführlich zu verschiedenen Entflechtungsformen: *Magnin*, Entflechtung im Infrastrukturbereich, Rn. 982 ff. Explizit für Entflechtungen als Abhilfemaßnahme bei Kartellrechtsverstößen gem. Art. 7 Abs. 1 KartellVO: *Krings*, Entflechtung nach Art. 7 VO 1/2003, S. 142 ff.

31 *Emmerich/Lange*, Kartellrecht, § 13 Rn. 8.

Entflechtung verstanden.³² Solche Eingriffe werden im Folgenden gesammelt als organisatorische Entflechtung bezeichnet. Betrachtet man den in Deutschland im Jahr 2023 neu geschaffenen § 32f GWB, könnte man daher insbesondere auch die nach § 32f Abs. 3 S. 7 Nr. 6 GWB mögliche Anordnung der buchhalterischen oder organisatorischen Trennung von Unternehmens- oder Geschäftsbereichen als (missbrauchsunabhängige) Entflechtung verstehen.

- 25 Gemeinhin wurde jedoch allein die nunmehr in § 32f Abs. 4 GWB vorgesehene Möglichkeit der Anordnung, Unternehmensanteile oder Vermögen zu veräußern, unter diesem Begriff diskutiert.³³ Auch im schweizerischen Wettbewerbsrecht wird der Begriff der Entflechtung im Zusammenhang mit Veräußerungen erwähnt.³⁴ Im britischen Recht wird der entsprechende Begriff *divestiture* ebenfalls regelmäßig für die Veräußerung von Unternehmensteilen oder Vermögenswerten verwendet.³⁵ Im Fokus der vorliegenden Untersuchung soll daher die eigentumsrechtliche Entflechtung im Sinne einer „Zerschlagung“³⁶ des betroffenen Unternehmens stehen. Dies deckt sich mit dem Verständnis *Wernhard Möschels*, der als Entflechtung „die Auflösung einer Unternehmenseinheit in mehrere selbständige Unternehmen“³⁷ definierte.

32 Gelegentlich wird insoweit – in Abgrenzung zu sog. entziehenden Entflechtungen – von umgestaltenden Entflechtungen gesprochen (vgl. *Klees/Hauser*, RATUBS 4/2010, S. 37 f.; *Monopolkommission*, Sondergutachten 58, Rn. 23). Dieser Begriff erscheint jedoch unscharf, da er auch eigentumsrechtliche Entflechtungen, die nicht mit einer Veräußerung des Unternehmensteils verbunden sind, als umgestaltende Entflechtung umfassen kann (so etwa *Voell*, Entflechtungen, S. 28 f.).

33 Vgl. etwa; *Ackermann*, Verfassungsblog vom 18.06.2022; *Mundt*, NZKart 2023, S. 2; *Thomas*, ZWeR 2022, S. 333; *Wagner-von Papp*, NZKart 2022, S. 605.

34 Vgl. *Borer/Borer*, OFK KG, Art. 37 Rn. 9; *Prümmer*, in: *Zäch/Arnet/Baldi/Kienner/Schaller/Schraner/Spühler*, DIKE-KG, Art. 10 KG Rn. 187; *Zäch/Heizmann*, in: *Rüssli/Hänni/Häggi Furrer*, FS Jaag, S. 565 ff.

35 Vgl. CC, CC3 Revised, Annex B, Rn. 3 ff. So auch *Ebenroth/Durach*, Wettbewerbs- und Kartellrecht Großbritannien, Rn. 56, 175 zur „Entflechtung“ unter dem FTA73.

36 Zum Begriff vgl. etwa *Bundestag*, Kartellrechtliche Zerschlagungen, S. 11; v. *Schreiter/Sura*, DB 2022, S. 2716 f.

37 *Möschel*, Entflechtungen, S. 3.

2. Horizontale, vertikale und diagonale Entflechtungen

Eine eigentumsrechtliche Entflechtung kann – wie auch im umgekehrten Fall ein Zusammenschluss³⁸ – in drei Richtungen erfolgen: horizontal, vertikal und diagonal.³⁹ Horizontale Entflechtungen betreffen dieselbe Wertschöpfungsebene, während vertikale Entflechtungen auf verschiedenen Marktstufen, also „entlang der Wertschöpfungskette“⁴⁰ erfolgen. Eine diagonale bzw. konglomerate Entflechtung betrifft die Abspaltung von Unternehmensteilen, die auf getrennten, nicht in einem Stufenverhältnis stehenden Märkten agieren.⁴¹ 26

3. Gesellschaftsrechtliche Gestaltung von Entflechtungen

Grundsätzlich lassen sich eigentumsrechtliche Entflechtungen durch die Abtrennung von Unternehmensanteilen oder (Sach-)Vermögen erreichen.⁴² Im Hinblick auf die konkrete Ausgestaltung der Entflechtung ist eine Kategorisierung aber kaum möglich. So stellt etwa das Bundeskartellamt in seinem Bericht zur Entflechtung des Walzasphaltmarkts fest, dass im Rahmen der Vertragsfreiheit und der Freiheit der Rechtsformwahl eine Vielzahl von Gestaltungen infrage kommt und keine einheitlichen oder allgemeingültigen Kriterien empfohlen werden können.⁴³ Dies entspricht auch der Erfahrung in anderen Rechtsordnungen. So wurde etwa in den USA teilweise versucht, eine Kategorisierung anhand der sog. DDD's vorzunehmen: 27

- *dissolution* = Auflösung eines Unternehmens und Übertragung des Vermögens auf Nachfolgegesellschaften,
- *divestiture* = Übertragung von Unternehmensteilen auf andere Gesellschaften ohne Auflösung des Unternehmens und
- *divorcement* = vertikale Aufspaltung eines integrierten Unternehmens.⁴⁴

38 *Weber/Volz*, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.18 ff.

39 Vgl. *Voell*, Entflechtungen, S. 27 f.

40 *Klees/Hauser*, RATUBS 4/2010, S. 37.

41 *Voell*, Entflechtungen, S. 28.

42 Vgl. *Bartling*, Wettbewerbspolitik, S. 142; *Oehler*, Entflechtung, S. 93.

43 Vgl. *BKartA*, Bericht Walzasphalt-Entflechtungen, Rn. 35, 41 ff.

44 Vgl. dazu *Müller*, Entflechtung und Deregulierung, S. 36 f.; *Oehler*, Entflechtung, S. 92 f.; *Purrucker*, Entflechtung als Maßnahme gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 60 ff.; *Schulte-Braucks*, Auflösung marktbeherrschender Stellungen, S. 61 f.; *Steffen*, Unternehmensentflechtung, S. 44 ff.

- 28 In der Praxis zeigte sich jedoch, dass die DDD's kaum trennscharf sind und sich häufig überlappen. Es hat sich in den USA deshalb durchgesetzt, einheitlich den Begriff *divestiture* zu verwenden.⁴⁵
- 29 Unabhängig von der konkreten Ausgestaltung der Entflechtung verdient wettbewerbsrechtlich jedoch der Umstand Beachtung, in wessen Eigentum die zu entflechtenden Unternehmensteile übergehen.⁴⁶ Hierbei ist zwischen Verkaufslösungen und *pro-rata*-Lösungen zu differenzieren:⁴⁷
- 30 Bei Verkaufslösungen werden die zu entflechtenden Anlagewerte oder Beteiligungspapiere (in der Regel an außerhalb der Unternehmenseinheit stehende Dritte) veräußert. Gesellschaftsrechtlich erfolgen Verkaufslösungen im herkömmlichen Wege eines *share deal* (Veräußerung von Unternehmensanteilen) oder eines *asset deal* (Veräußerung von Vermögensgegenständen).⁴⁸
- 31 Bei *pro-rata*-Lösungen verbleiben die zu entflechtenden Unternehmensanteile dagegen bei den Anteilseignern der von der Entflechtung betroffenen Unternehmenseinheit. *Pro-rata*-Lösungen können im Wege des *spin off* (Ausgliederung), *split off* (Abspaltung) oder *split up* (Aufspaltung) erfolgen:⁴⁹
- Bei einem *spin off* werden die zu entflechtenden Unternehmensteile in eine Tochtergesellschaft ausgegliedert und deren Anteile entsprechend ihrer Beteiligung an die Eigentümer der Muttergesellschaft abgegeben.
 - Bei einem *split off* wird ebenfalls eine Tochtergesellschaft gegründet, die Anteile an dieser Gesellschaft werden aber nur im Tausch gegen Anteile am Mutterunternehmen abgegeben.
 - Bei einem *split up* werden zwei Tochtergesellschaften gegründet, die alle Vermögenswerte der Muttergesellschaft halten und deren Anteile verhältnismäßig an die Eigentümer der Muttergesellschaft verteilt werden. Danach wird das zwischenzeitlich zur reinen Holding-Gesellschaft gewordene Mutterunternehmen aufgelöst.

45 So stellte der U.S. Supreme Court explizit fest: „*In many of these cases, the courts referred to ‚dissolution‘ or ‚divorcement‘ instead of ‚divestiture‘. These terms have traditionally been treated as to a large degree interchangeable, and we so regard them.*“ (United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 366 U.S. 316, Fn. 11 [1961]).

46 Vgl. Schulte-Braucks, Auflösung marktbeherrschender Stellungen, S. 63.

47 Ausführlich dazu Möschel, Entflechtungen, S. 114 ff.

48 Vgl. Voell, Entflechtungen, S. 29; zu den Begrifflichkeiten *share deal* und *asset deal* siehe Rosengarten, in: Meyer-Sparenberg/Jäckle, M&A-Handbuch, § 3 Rn. 12.

49 Siehe dazu Möschel, Entflechtungen, S. 117; Oehler, Entflechtung, S. 119 f.; Schulte-Braucks, Auflösung marktbeherrschender Stellungen, S. 62 f.; Voell, Entflechtungen, S. 29.

II. Bestehende wettbewerbsrechtliche Entflechtungskompetenzen

Das Instrument der eigentumsrechtlichen Entflechtung ist kein wettbewerbsrechtliches Novum, sondern in den drei hier zu untersuchenden Rechtsordnungen bereits seit Längerem in verschiedenen Befugnisnormen vorgesehen. Der folgende Abschnitt gibt einen Überblick über die in Deutschland (1.), im Vereinigten Königreich (2.) und der Schweiz (3.) bestehenden Entflechtungskompetenzen von Wettbewerbsbehörden. Hieraus werden abschließend vergleichende Schlussfolgerungen (4.) gezogen. 32

1. Bestehende Entflechtungskompetenzen in Deutschland

Im deutschen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) bestanden vor der Einführung des im Rahmen dieser Arbeit (dazu sogleich unter c) sowie ausführlich unten Rn. 240 ff.) näher zu untersuchenden § 32f Abs. 4 GWB im Jahr 2023 Entflechtungskompetenzen des Bundeskartellamts⁵⁰ im Zusammenhang mit Fusionskontrollverfahren (a) und als Abhilfemaßnahmen bei Kartellrechtsverstößen (b). 33

a) Entflechtungen im Zusammenhang mit Fusionskontrollverfahren

§ 41 Abs. 3 GWB sieht die Auflösung eines bereits vollzogenen Unternehmenszusammenschlusses, der die Untersagungsvoraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB erfüllt, vor. Die amtliche Überschrift⁵¹ bezeichnet dies *expressis verbis* als Entflechtung. In der Norm selbst ist dagegen recht allgemein davon die Rede, dass das Bundeskartellamt „die zur Auflösung des Zusammenschlusses erforderlichen Maßnahmen“ anordnet. Insbesondere kann dies die sog. Restitution – also die tatsächliche Rückgängigmachung des Zusammenschlusses ohne förmliche Auflösungsverfügung – bedeuten, wobei auch andere geeignete und erforderliche Lösungen zulässig sind.⁵² 34

50 Im Falle des § 32 Abs. 2 GWB, wo allgemein von der „Kartellbehörde“ die Rede ist, kann im Einzelfall auch eine Landeskartellbehörde zuständig sein. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Auswirkungen des wettbewerbsschädlichen Verhaltens auf das Gebiet eines Landes beschränkt sind (§ 48 Abs. 2 GWB).

51 „§ 41 Vollzugsverbot; Entflechtung“.

52 Eine förmliche Auflösungsverfügung ist häufig nicht erforderlich, weil die Vollzugsrechtsgeschäfte im Rahmen der Transaktion gem. § 41 Abs. 1 S. 2 GWB unwirksam

Entflechtungen bereits vollzogener Zusammenschlüsse haben in der Vergangenheit mehrfach stattgefunden, die Norm hat nach Einführung der generell präventiven Fusionskontrolle⁵³ ins deutsche GWB 1998 aber an Bedeutung verloren.⁵⁴ In der Praxis zeigten sich auch große praktische Schwierigkeiten beim Vollzug der Entflechtungen.⁵⁵

- 35 Neben der nachträglichen Entflechtung bereits vollzogener, untersagter Zusammenschlüsse spielt im Rahmen von Fusionskontrollverfahren auch die vorsorgliche Entflechtung zur Herstellung der Genehmigungsvoraussetzungen durch Marktanteilsreduktion eine wichtige Rolle. Rechtstechnisch kann hierbei auf das Instrument der Auflage oder Bedingung gem. §§ 40 Abs. 3 GWB, 36 VwVfG zurückgegriffen werden, wobei der zu veräußernde Unternehmensteil regelmäßig im Einvernehmen mit dem betroffenen Unternehmen bestimmt wird (sog. Veräußerungszusagen).⁵⁶ Die Differenzierung zwischen Auflage und Bedingung folgt dabei im deutschen (wie auch im schweizerischen) Recht der von *Friedrich Carl von Savigny* aufgestellten Regel, dass die Bedingung suspendiert, aber nicht zwingt, während die Auflage zwingt, aber nicht suspendiert.⁵⁷ In der Praxis ist in Deutschland eine Bevorzugung des Instruments der aufschiebenden Bedingung zu beobachten, um eine wettbewerbsschädliche Machtkonzentration gar nicht erst entstehen zu lassen und Vollzugsproblemen vorzubeugen.⁵⁸

und die Rechtspositionen damit bei ihrem ursprünglichen Inhaber verblieben sind, sie ist aber von der Eingriffsbefugnis des § 41 Abs. 3 GWB ohne Weiteres umfasst (vgl. *Thomas*, in: *Körber/Schweitzer/Zimmer*, Immenga/Mestmäcker Bd. 3, § 41 Rn. 117, 120).

- 53 Bis zur 6. GWB-Novelle 1998 sah das GWB sowohl eine *ex-post*-Prüfung als auch eine *ex-ante*-Prüfung von Zusammenschlüssen vor. Seitdem ist im Einklang mit der FKVO bei Erreichen der Aufgreifschwelle in jedem Fall die vorherige Anmeldung erforderlich. Hintergrund dieser Neuregelung war auch, dass „in der Praxis immer wieder Schwierigkeiten bei der Entflechtung bereits vollzogener, aber erst nachträglich untersagter Fusionen aufgetreten sind“ (BT-Drs. 18/9720, S. 42).
- 54 *Thomas*, in: *Körber/Schweitzer/Zimmer*, Immenga/Mestmäcker Bd. 3, § 41 GWB Rn. 104.
- 55 Siehe dazu *Kerber*, Unternehmensentflechtung, S. 28 ff.
- 56 Vgl. *Thomas*, in: *Körber/Schweitzer/Zimmer*, Immenga/Mestmäcker Bd. 3, § 40 GWB, Rn. 114 ff.
- 57 *v. Savigny*, Römisches Recht III, S. 231; vgl. zum heutigen Verwaltungsrecht in der Schweiz *Karlen*, Verwaltungsrecht, S. 207 und in Deutschland *Schröder*, in: *Schoch/Schneider*, Verwaltungsrecht, § 36 VwVfG Rn. 58 f.
- 58 *Krueger*, NZKart 2013, S. 130-134 *passim*. Vgl. insb. S. 134: „Die aufgezeigte Komplexität erklärt, warum das Bundeskartellamt Zusammenschlussvorhaben bei Vorliegen der Untersagungs Voraussetzungen im Regelfall nur unter aufschiebenden Bedingun-

b) Entflechtungen als Abhilfemaßnahmen bei Kartellrechtsverstößen

Entflechtungen sind in Deutschland auch als Abhilfemaßnahmen bei Kartellrechtsverstößen zulässig.⁵⁹ § 32 Abs. 2 GWB sieht vor, dass die Kartellbehörde zur Abstellung eines kartellrechtswidrigen Verhaltens „alle erforderlichen Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art“ anordnen kann.⁶⁰ 36

Bei strukturellen Abhilfemaßnahmen handelt es sich ausweislich der Gesetzesbegründung um Eingriffe in die Unternehmenssubstanz; die Norm diente dazu, einen Gleichlauf mit Art. 7 Abs. 1 VO (EG) 1/2003 (Kartell-VO) herzustellen.⁶¹ Die Befugnis umfasst daher etwa die Auflösung kartellrechtswidriger Gemeinschaftsunternehmen und die Veräußerung von Geschäftsbereichen oder Unternehmensteilen/-beteiligungen.⁶² Ein hervorzuhebendes⁶³ Praxisbeispiel in diesem Zusammenhang ist das Verfahren des Bundeskartellamts zur Entflechtung des Walzaspalt-Markts. Zwar erfolgten die Entflechtungen in diesem Fall letztlich durch die Unternehmen selbst und „freiwillig“, woraufhin die Verfahren eingestellt wurden; dies aber wohl nur, weil als *ultima ratio* die Entflechtungsanordnung gem. § 32 Abs. 2 GWB drohte.⁶⁴ 37

Anstelle einer einseitigen, behördlichen Entflechtungsanordnung gem. § 32 Abs. 2 GWB kommt auch eine Entflechtung im Einvernehmen mit dem betroffenen Unternehmen aufgrund von Verpflichtungszusagen gem. 38

gen freigibt, wonach die Zusammenschlussbeteiligten ihr Vorhaben erst nach Erfüllung der Zusagen vollziehen dürfen.“

59 Ausführlich dazu: *Wilhelmi*, in: *Bien*, 8. GWB-Novelle, S. 347 ff.

60 Ausführlich um Verhältnis von verhaltensorientierten und strukturellen Abhilfemaßnahmen: *Köllezi*, *Mesures Correctives*, S. 75 ff., 138 ff. Pointiert differenzieren *Franck/Peitz*, *Verfassungsblog* vom 06.09.2021: „*Lawyers consider structural remedies – as opposed to behavioural remedies – to be the more intrusive measure. They may be seen as surgery instead of permanent drug treatment.*“ Diese Abstufung gilt jedoch in erster Linie für das betroffene Unternehmen, da für den Wettbewerb als solchen eine (dauerhafte) Verhaltensregulierung durchaus eingriffsintensiver sein kann, als eine (einmalige) strukturelle Maßnahme, vgl. dazu etwa *Müller*, *Entflechtung und Deregulierung*, S. 121 ff.; *Voges*, *Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips*, S. 313 ff.

61 BT-Drs. 17/9852, S. 26.

62 *Emmerich*, in: *Körber/Schweitzer/Zimmer*, *Immenga/Mestmäcker* Bd. 2, § 32 GWB Rn. 33.

63 Vgl. *Mundt*, *NZKart* 2023, S. 3.

64 Vgl. *BKartA*, *Bericht Walzaspalt-Entflechtungen*, Rn. 13. Übersichtlich zu diesem Verfahren *Voges*, *Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips*, S. 248 ff.

§ 32b GWB in Betracht.⁶⁵ Diese Norm ist an Art. 9 KartellVO⁶⁶ angelehnt und ermöglicht die Beseitigung kartellrechtlicher Bedenken im Wege eines „Deals“ zwischen Behörde und betroffenem Unternehmen: Das Unternehmen verpflichtet sich selbst, ein von der Behörde vorläufig als kartellrechtlich bedenklich eingestuftes Verhalten abzustellen und entgeht im Gegenzug drohenden behördlichen Maßnahmen, insbesondere Abstellungsverfügungen. Abstellungsverfügungen der Kartellbehörde bringen erhebliche Risiken für das Unternehmen mit sich, insbesondere sei die Bindungswirkung für sog. *follow-on*-Schadensersatzklagen gem. § 33b GWB genannt. Das Interesse des betroffenen Unternehmens an einem „Deal“ kann aber auch in der Beeinflussung der von ihm zu treffenden Maßnahmen im Verhandlungswege sowie der Vermeidung eines langwierigen behördlichen und gerichtlichen Verfahrens liegen.⁶⁷

- 39 Auf Grundlage von Art. 9 KartellVO erging in den Jahren ab 2008 eine Reihe vielbeachteter Entflechtungsentscheidungen der Europäischen Kommission wegen vermuteten Marktmissbrauchs im Energiesektor.⁶⁸ So veräußerte etwa *E.ON*⁶⁹ ihr deutsches Hochspannungsnetz und innerdeutsche Stromproduktionskapazitäten, *RWE*⁷⁰ veräußerte ihr Gasfernleitungsgeschäft und *Eni*⁷¹ ihre Anteile an Gasleitungen in Deutschland, Österreich und der Schweiz.

c) Missbrauchsunabhängige Entflechtungen infolge einer Sektoruntersuchung

- 40 Die nunmehr neu eingeführte missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz des Bundeskartellamts infolge einer Sektoruntersuchung gem. § 32f Abs. 4 GWB stellt demnach nur hinsichtlich ihres Tatbestands (erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs) ein Novum im GWB dar, nicht aber hinsichtlich der Rechtsfolge (Entflechtung).

65 Siehe dazu auch *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung, S. 40 f.

66 Grundlegend dazu: *Rachwol*, Zusageentscheidungen.

67 Vgl. *Bach*, in: *Körper/Schweitzer/Zimmer*, Immenga/Mestmäcker Bd. 2, § 32b GWB Rn. 1-4.

68 Vgl. dazu *Klotz*, in: *Bien/Ludwigs*, Netzindustrien, S. 61 ff.; *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung, S. 40 f.

69 KOM, Beschluss vom 26.11.2008, COMP/39.388 und COMP/39.389, vgl. dort Rn. 57.

70 KOM, Beschluss vom 18.03.2009, COMP/39.402, vgl. dort Rn. 38.

71 KOM, Beschluss vom 29.09.2010, COMP/39.315, vgl. dort Rn. 63 ff.

In der Beschreibung auf Rechtsfolgenebene ist sie jedoch konkreter als 41
die bestehenden Entflechtungskompetenzen gem. §§ 32 Abs. 2, 41 Abs. 3
GWB. Anstelle offener Formulierungen wie „Abhilfemaßnahmen struktu-
reller Art“ oder „zur Auflösung des Zusammenschlusses erforderlich[e]
Maßnahmen“ ist in § 32f Abs. 4 S. 1 GWB explizit von einer Verpflichtung,
„Unternehmensanteile oder Vermögen zu veräußern“ die Rede. Dies ist im
Zusammenhang des ausführlichen Katalogs milderer Maßnahmen in § 32f
Abs. 3 GWB zu verstehen (ausführlich unten Rn. 295 ff.).

2. Bestehende Entflechtungskompetenzen im Vereinigten Königreich

Im Vereinigten Königreich sind Entflechtungen im Zusammenhang mit Fu- 42
sionskontrollverfahren und Marktuntersuchungen explizit vorgesehen (a).
Nicht abschließend geklärt ist, ob Entflechtungen auch als Abhilfemaßnah-
me bei Kartellrechtsverstößen möglich sind (b).

a) Entflechtungen im Zusammenhang mit Fusionskontrollverfahren und infolge einer Marktuntersuchung

Der Enterprise Act 2002 (EA02) sieht in Schedule 8 para. 13(1) die Ent- 43
flechtung von Unternehmen explizit vor.⁷² Inhaltlich ist die Kompetenz weit
gefasst und erlaubt die Spaltung eines Unternehmens durch Anordnung
des Verkaufs von Unternehmensteilen oder Vermögenswerten oder auf
andere Weise sowie die Spaltung einer Gruppe miteinander verbundener
juristischer Personen (Rn. 503 ff.). Der Wettbewerb soll bei Entflechtungen
dadurch gestärkt werden, dass ein Geschäftsbereich oder Vermögenswerte
an einen neu zu schaffenden oder schon bestehenden Wettbewerber veräu-
ßert werden.⁷³

Schedule 8 EA02 ist in verschiedenen Konstellationen anwendbar, wenn 44
auf ihn verwiesen wird.⁷⁴ Im fusionskontrollrechtlichen Part III des EA02

72 Die für die Entflechtung relevanten Normen sind im Anhang dieser Arbeit wiederge-
geben, siehe unten S. 451 ff.

73 Vgl. CC, CC3 Revised, Rn. 372.

74 Vgl. Schedule 8 para. 1: „*This Schedule applies in relation to such orders, and to such
extent, as is provided by this Part and Part 4 and any other enactment; and references
in this Schedule to an order shall be construed accordingly.*“

verweisen diverse Vorschriften auf Schedule 8 EA02.⁷⁵ Entflechtungen im genannten Umfang sind demnach zur Durchsetzung des Fusionskontrollregimes möglich, wobei auch im britischen Recht sowohl eine Entflechtung vor als auch nach Vollzug des Zusammenschlusses in Betracht kommt. Auch im britischen Recht werden Lösungen im Einvernehmen mit den betroffenen Unternehmen bevorzugt.⁷⁶

- 45 Weiter verweisen insbesondere sec. 138 para. 2, 161 para. 3 EA02 für Abschlussverfügungen einer Marktuntersuchung gem. Part IV EA02 auf die Kompetenzen aus Schedule 8, soweit im Zuge der Marktuntersuchung ein *adverse effect on competition* (AEC) festgestellt wurde. Hierbei handelt es sich um die in Teil 3 dieser Arbeit (Rn. 413 ff.) noch detailliert zu untersuchende missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz der Competition and Markets Authority (CMA).

b) Entflechtungen als Abhilfemaßnahmen bei Kartellrechtsverstößen?

- 46 Unklar ist, ob Entflechtungen durch die CMA auch infolge eines Kartellrechtsverstößes im Wege der *direction* gem. sec. 32 oder 33 Competition Act 1998 (CA98) angeordnet werden können. Diese beiden Normen ermächtigen die CMA zu Abhilfemaßnahmen bei Verstößen gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen (sec. 32) und des Markt-machtmissbrauchs (sec. 33).
- 47 Dem Wortlaut der Normen nach wäre eine solche Anordnung denkbar, da er keine abschließende Aufzählung der möglichen Maßnahmen enthält.⁷⁷ Obwohl als Regelbeispiele nur verhaltensbezogene Maßnahmen vorgesehen sind, hält die CMA es ausweislich ihrer Richtlinien in bestimmten Fällen für möglich, im Wege der *direction* strukturelle Änderungen

75 Vgl. sec. 41 para. 2, 75 para. 2, 83 para. 4, 84 para. 2, 86 para. 4 EA02.

76 Vgl. Slot/Farley, Competition Law, S. 185: „Only a small number of Phase II merger cases have been resolved by way of a final order. In the majority of cases, the CMA prefers to resolve an investigation by accepting undertakings rather than by making final orders.“

77 So lautet sec. 32 para. 3 CA98: „A direction under this section may, in particular, include provision— (a) requiring the parties to the agreement to modify the agreement; or (b) requiring them to terminate the agreement.“ und sec. 33 (3): „A direction under this section may, in particular, include provision— (a) requiring the person concerned to modify the conduct in question; or (b) requiring him to cease that conduct.“

von Unternehmen zu verlangen.⁷⁸ Auch hat die CMA in einem ECN-Fragebogen aus dem Jahr 2013 angegeben, dass ihre Kompetenzen zur Anwendung struktureller Abhilfemaßnahmen „fully convergent“ mit denjenigen der Europäischen Kommission gem. Art. 7 Abs. 1 KartellVO seien.⁷⁹

Gegen die Zulässigkeit einer eigentumsrechtlichen Entflechtung spricht allerdings, dass diese als Folge einer Marktuntersuchung im Rahmen des EA02 explizit vorgesehen ist, woraus man den Schluss ziehen kann, dass sie im Wege der *direction* unzulässig wäre.⁸⁰ Auf ein solches Verständnis könnte auch die *market investigation references guidance* der CMA hindeuten, wonach diese ihre Befugnisse gem. Part IV EA02 unter anderem dann einsetzen will, wenn im Fall eines Marktmachtmissbrauchs eine über das gem. CA98 zulässige Maß hinausgehende strukturelle Abhilfemaßnahme erforderlich ist.⁸¹ Hiergegen könnte man allerdings *a minore ad maius* anführen, dass, wenn schon die missbrauchsunabhängige Entflechtung zulässig ist, dies erst recht im Falle eines Kartellrechtsverstößes gelten muss. Ein vermittelnder Ansatz ist es, strukturelle Abhilfemaßnahmen in solchen Fällen zuzulassen, in denen der Kartellrechtsverstoß selbst die Konsequenz einer Veränderung der Marktstruktur ist.⁸²

Die auf dem regulierten Wassermarkt zuständige Water Services Regulation Authority (OFWAT) hat auf Grundlage von sec. 31A CA98 bereits in einem Fall Entflechtungsmaßnahmen angenommen.⁸³ Diese beruhten

78 *OFT*, OFT407, Ziff. 2.3: „In some circumstances, the directions appropriate to bring an infringement to an end may be (or may include) directions requiring an undertaking to make structural changes to its business.“; CMA, CMA8, Ziff. 13.7: „In some circumstances, the directions appropriate to bring an infringement to an end may be (or include) structural changes to its business.“ Zum Verhältnis von verhaltensorientierten und strukturellen Maßnahmen vgl. oben Fn. 60.

79 Vgl. S. 3 des Fragebogens: https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/c5499406-d779-46b6-860a-5fd8d93c3430_en?filename=convergence_table_en.pdf, zuletzt abgerufen am 28.08.2025.

80 So *Slot/Farley*, Competition Law, S. 208.

81 Vgl. *OFT*, OFT511, Rn. 2.8: „The *OFT* might decide to make a market investigation reference when there has been an abuse of a dominant position and it is clear that nothing short of a structural remedy going beyond what is appropriate under CA98 would be effective in dealing with the consequential adverse effect on competition.“

82 So wohl *Whish/Bailey*, Competition Law, S. 453 f. Ähnlich fürs amerikanische Recht etwa *Posner*, Antitrust Law, S. 107. Vgl. dazu auch VO (EG) 1/2003, EGr. 12 S. 3: „Änderungen an der Unternehmensstruktur, wie sie vor der Zuwiderhandlung bestand, sind nur dann verhältnismäßig, wenn ein erhebliches, durch die Struktur eines Unternehmens als solcher bedingtes Risiko anhaltender oder wiederholter Zuwiderhandlungen gegeben ist.“

83 Vgl. *OFWAT*, Severn Trent Decision, S. 13 ff.

aber auf einer Zusage des betroffenen Unternehmens, sodass hieraus keine Schlüsse über die Zulässigkeit einer Entflechtung im Wege der einseitigen *direction* gezogen werden können.⁸⁴ Mangels behördlicher und gerichtlicher Praxis bleibt daher letztlich unklar, ob Entflechtungen als Abhilfemaßnahmen bei Kartellrechtsverstößen im Vereinigten Königreich zulässig sind.

3. Bestehende Entflechtungskompetenzen in der Schweiz

- 50 Im schweizerischen Kartellgesetz (KG) ist eine Entflechtung im Zusammenhang mit Fusionskontrollverfahren explizit vorgesehen (a), auch als Abhilfemaßnahme bei Kartellrechtsverstößen ist sie wohl zulässig (b). Eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz besteht in der Schweiz bislang nicht.⁸⁵

a) Entflechtungen im Zusammenhang mit Fusionskontrollverfahren

- 51 Ebenso wie das deutsche GWB sieht auch das schweizerische KG Entflechtungen im Zusammenhang mit Fusionskontrollverfahren sowohl zur Herstellung der Genehmigungsvoraussetzungen (Art. 10 Abs. 2 KG) als auch nach dem Vollzug eines untersagten Zusammenschlusses (Art. 37 Abs. 4 KG) vor.
- 52 Art. 10 Abs. 2 KG ermächtigt die Wettbewerbskommission dabei dazu, „den Zusammenschluss [zu] untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen [zu]zulassen“. Von einer Entflechtung im Rahmen einer Fusionsfreigabe spricht man, wenn die Abtrennung eines Unternehmensteils bzw. eines ganzen Unternehmens, eines Geschäftsbereichs oder von Vermögenswerten erfolgt.⁸⁶ Die inhaltliche Ausgestaltung der Entflechtungsmaßnahmen im Rahmen von Fusionskontrollverfahren ist nur durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beschränkt; sie darf also nicht weitergehen, als

84 *Whish/Bailey*, Competition Law, S. 454.

85 *Böni*, sic! 2012, S. 79.

86 *Prümmer*, in: *Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler*, DIKE-KG, Art. 10 KG Rn. 187.

es zur Wiederherstellung des wirksamen Wettbewerbs erforderlich ist.⁸⁷ Entflechtungen zur Herstellung der Genehmigungsvoraussetzungen werden von der Wettbewerbskommission je nach Einzelfall als Auflage oder aufschiebende Bedingung für die Genehmigung angeordnet,⁸⁸ wobei es sich aus Zweckmäßigkeitserwägungen anbietet, den Inhalt dieser Nebenbestimmungen im Einvernehmen mit den betroffenen Unternehmen festzulegen.⁸⁹ Insoweit ähneln Befugnisse und Vorgehensweise der schweizerischen Wettbewerbskommission stark denjenigen des deutschen Bundeskartellamts.

Im Falle des Vollzugs eines untersagten Zusammenschlusses unterscheidet sich Art. 37 KG in der Detailliertheit seiner Ausgestaltung hingegen deutlich von § 41 Abs. 3 GWB. Während Letzterer das Bundeskartellamt generalklauselartig ermächtigt, „die zur Auflösung des Zusammenschlusses erforderlichen Maßnahmen“ anzuordnen, sieht Art. 37 KG ein ausdifferenziertes System vor, das zunächst den Unternehmen selbst die Verantwortung überträgt. Erst wenn diese keine Vorschläge zur Wiederherstellung des Wettbewerbs machen oder die Vorschläge von der Wettbewerbskommission nicht gebilligt werden, kann diese die Trennung der zusammengefassten Unternehmen oder Vermögenswerte, die Beendigung des kontrollierenden Einflusses oder andere geeignete Maßnahmen anordnen (Art. 37 Abs. 4 KG).⁹⁰ Die Entflechtung eines Zusammenschlusses ist dabei die *ultima ratio*.⁹¹ Da allerdings auch im deutschen Recht aus praktischen Gründen Maßnahmen im Einvernehmen mit den betroffenen Unternehmen bevorzugt werden,⁹² unterscheiden sich die Befugnisse von Wettbewerbskommission und Bundeskartellamt im Ergebnis wohl kaum. Anders als in Deutschland kam es in der Schweiz jedoch noch nie zur nachträglichen

87 Vgl. Prümmer, in: Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler, DIKE-KG, Art. 10 KG Rn. 39; Ritschard/Spühler, in: Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler, DIKE-KG, Art. 37 KG Rn. 13 ff.

88 Prümmer, in: Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler, DIKE-KG, Art. 10 KG Rn. 190.

89 Vgl. BGE 133 II 104, 113.

90 Ein Teil der Lehre hält die Einholung von Vorschlägen des Unternehmens allerdings für optional, vgl. zum Ganzen Ritschard/Spühler, in: Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler, DIKE-KG, Art. 37 Rn. 7 m.w.N.

91 BBL 1995 I, S. 613.

92 Thomas, in: Körber/Schweitzer/Zimmer, Immenga/Mestmäcker Bd. 3, § 41 GWB Rn. 127.

Auflösung eines Zusammenschlusses aufgrund einer wettbewerbsbehördlichen Anordnung.⁹³

b) Entflechtungen als Abhilfemaßnahmen bei Kartellrechtsverstößen?

- 54 Ob Art. 30 KG die Entflechtung von Unternehmen als Abhilfemaßnahme bei Kartellrechtsverstößen zulässt, ist mangels Anhaltspunkten in der Gesetzesbegründung⁹⁴ sowie behördlicher und gerichtlicher Praxis hierzu nicht final geklärt. Angesichts der offenen Formulierung des Art. 30 Abs. 1 KG, wonach die Wettbewerbskommission „über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung“ entscheidet, ist es aber jedenfalls nicht ausgeschlossen.⁹⁵
- 55 Die Maßnahme muss zwar geeignet und notwendig zur Abstellung der Wettbewerbsbeschränkung sein, darüber hinaus gibt es aber keine abschließenden Vorgaben.⁹⁶ Einzige Einschränkung der Maßnahmen ist damit der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.⁹⁷ Das Bundesverwaltungsgericht hat so auch explizit festgestellt: „Die Bestimmung [Art. 30 Abs. 1 KG] beschränkt weder den Inhalt möglicher Massnahmen noch wird die Möglichkeit einer Massnahme auf bestimmte Fallkonstellationen eingeschränkt.“⁹⁸
- 56 Hieraus folgt, dass eine Entflechtung als Abhilfemaßnahme grundsätzlich zulässig sein dürfte. Gegenstand der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts war allerdings keine Entflechtung, sondern eine Verhaltensvorgabe,⁹⁹ weshalb keine finale Sicherheit besteht.

4. Schlussfolgerungen

- 57 Die Wettbewerbsbehörden in allen drei hier untersuchten Rechtsordnungen verfügen bereits seit Längerem über die Kompetenz zur Anordnung der eigentumsrechtlichen Entflechtung von Unternehmen. Dabei lässt sich zwischen drei Arten von Entflechtungskompetenzen unterscheiden:

93 Borer, in: *Amstutz/Reinert*, BSK KG, Art. 37 KG Rn. 7.

94 Vgl. BBl. 1995 I, S. 604 f.

95 Zäch/Heizmann, in: *Rüssli/Hänni/Häggi Furrer*, FS Jaag, S. 571, 577.

96 Izumi/Krimmer, in: *Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler*, DIKE-KG, Art. 30 KG Rn. 25; ausführlich dazu *Zirlick/Tagmann*, in: *Amstutz/Reinert*, BSK KG, Art. 30 KG Rn. 59 ff.

97 Vgl. *Carcagni Roesler*, in: *Baker/McKenzie*, SHK KG, Art. 30 Rn. 12.

98 BVGer, Urteil vom 09.08.2021 – B-5161/2019, Ziff. E. 4.2.5.

99 Vgl. BVGer, Urteil vom 09.08.2021 – B-5161/2019, Ziff. A.f.

- Im Zusammenhang mit Fusionskontrollverfahren,
- als Abhilfemaßnahme bei Kartellrechtsverstößen und
- missbrauchsunabhängig infolge einer Markt- bzw. Sektoruntersuchung.¹⁰⁰

Wettbewerbsrechtliche Entflechtungskompetenzen im Rahmen von Fusionskontrollverfahren – vor und nach Vollzug eines Zusammenschlusses – bestehen in allen drei hier untersuchten Rechtsordnungen. Es handelt sich bei der Entflechtung damit um ein in allen drei Wettbewerbsrechtsordnungen grundsätzlich anerkanntes Instrument. Als Abhilfemaßnahme bei Kartellrechtsverstößen sind Entflechtungen jedenfalls in Deutschland und sehr wahrscheinlich auch in der Schweiz zulässig, während dies im Vereinigten Königreich nicht abschließend geklärt ist. Eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz infolge einer Markt- bzw. Sektoruntersuchung findet sich *de lege lata* nur in Deutschland und im Vereinigten Königreich. 58

Die Befugnisnormen sind oft generalklauselartig formuliert und lassen einen breiten Spielraum für die Ausgestaltung der Entflechtungsmaßnahme zu. Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit und Praktikabilität erfolgt die Ausgestaltung der Maßnahme zumeist im Einverständnis mit dem betroffenen Unternehmen. In der Praxis erfolgt die Entflechtung durch eine Verpflichtung zum rechtsgeschäftlichen Handeln des Unternehmens und nicht durch unmittelbares staatliches Eingreifen in die Eigentumspositionen – etwa durch hoheitliche Beschlagnahme des Eigentums und Zuweisung an einen von der Behörde ausgewählten Dritten. Dies dürfte aus Verhältnismäßigkeitsgründen auch regelmäßig zwingend sein. 59

III. Missbrauchsunabhängigkeit von Entflechtungen

In Abgrenzung zu den übrigen soeben genannten Entflechtungskompetenzen von Wettbewerbsbehörden ist zum Zwecke der vorliegenden Untersuchung das Merkmal der Missbrauchsunabhängigkeit¹⁰¹ einer Entflechtungsanordnung zu definieren. 60

100 Ähnlich Thomas, JECLAP 2011, S. 201 f.

101 Zum Begriff vgl. etwa Böni, sic! 2012, S. 71 ff.; Ehrlicke, WuW 2011, S. 3; Grzeszick, NZKart 2023, S. 55 ff.; Kühling, Verfassungsblog vom 24.06.2022; Wagner-von Papp, WuW 2022, S. 642 ff.

- 61 In diesem Zusammenhang werden zumindest auch die Begriffe der objektiven,¹⁰² verstoßunabhängigen,¹⁰³ zuwiderhandlungsunabhängigen,¹⁰⁴ verhaltensunabhängigen,¹⁰⁵ verschuldens- oder sanktionsunabhängigen,¹⁰⁶ isolierten,¹⁰⁷ fallunabhängigen¹⁰⁸ oder auch allgemeinen¹⁰⁹ Entflechtung verwendet. Eine inhaltliche Abweichung der Begriffe ist jedoch nicht zu erkennen. Sie alle sollen verdeutlichen, dass ein Verstoß des betroffenen Unternehmens gegen wettbewerbsrechtliche Verbotsnormen nicht erforderlich ist, sondern der Grund für den behördlichen Eingriff in der Marktstruktur zu suchen ist.
- 62 Dabei erscheinen die Begriffe „verschuldensunabhängig“ und „sanktionsunabhängig“ weniger aussagekräftig: Auch eine Entflechtung als Abhilfemaßnahme bei einem Kartellrechtsverstoß setzt nämlich weder ein Verschulden voraus, noch ist sie eine Sanktion – sie dient vielmehr der Wiederherstellung des wirksamen Wettbewerbs.¹¹⁰ Auch von objektiven, allgemeinen, isolierten, verhaltens- oder fallunabhängigen Entflechtungen zu sprechen, erscheint zu unbestimmt. Die Begriffe grenzen zwar von einer anlassbezogenen Entflechtungskompetenz – insbesondere nach einer Fusionskontrolle oder einem Kartellrechtsverstoß – ab, lassen aber keinen Rückschluss auf die Eingriffsvoraussetzungen zu.
- 63 Treffender erscheinen die Begriffe der verstoßunabhängigen oder zuwiderhandlungsunabhängigen Entflechtungskompetenz. Beide Formulierungen zeigen auf, dass es für die Entflechtung keiner wettbewerbsrechtlichen Norm bedarf, gegen die das betroffene Unternehmen verstoßen bzw. ihr zuwidergehandelt hat. Allerdings wird bei diesen Begrifflichkeiten nicht klar, dass eine Entflechtungsanordnung in aller Regel an das Vorliegen von Marktmacht anknüpft.
- 64 Dies verdeutlicht hingegen der Begriff der Missbrauchsunabhängigkeit, der vom – nur bei marktmächtigen Unternehmen sanktionierbaren – Marktmachtmissbrauch abgrenzt. Überdies ist er wohl der gebräuchlichste Begriff.¹¹¹ Der Begriff der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompe-

102 Zäch/Heizmann, in: Rüssli/Hännli/Häggi Furrer, FS Jaag, S. 577.

103 Mundt, WuW 2023, S. 521; Voges, Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips, *passim*.

104 Bach, in: Bechtold/Jickeli/Rohe, FS Möschel, S. 35.

105 Voell, Entflechtungen, S. 30.

106 Vgl. Klees/Hauser, RATUBS 4/2010, S. 3.

107 Mundt, in: Orientierungen 123, S. 30.

108 Budzinski, in: Kirk/Offergeld/Rohner, Kartellrecht in der Zeitenwende, S. 116.

109 Möschel, Wirtschaftsdienst 2010, S. 72.

110 Zutreffend: Klees/Hauser, RATUBS 4/2010, Fn. 9 und 10.

111 So auch Voges, in: Kirk/Offergeld/Rohner, Kartellrecht in der Zeitenwende, Fn. 3.

tenz soll deshalb im Rahmen dieser Bearbeitung verwendet werden, auch wenn hierdurch möglicherweise die Abgrenzung zu anderen, ebenfalls von einem Marktmachtmissbrauch unabhängigen Entflechtungskompetenzen – im Rahmen von Fusionskontrollverfahren und als Abhilfemaßnahmen bei wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen – nicht ganz eindeutig hervorgehoben wird.

IV. Definition: Missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz

Aufbauend auf der oben (Rn. 25) genannten Definition *Möschels*, wonach 65 unter Entflechtung „die Auflösung einer Unternehmenseinheit in mehrere selbständige Unternehmen“¹¹² zu verstehen ist, bedarf es somit für die Definition einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz noch der Klarstellung, dass es keines Wettbewerbsrechtsverstößes des Unternehmens bedarf und dieses regelmäßig über eine Form von Marktmacht verfügt. Zudem sollte noch deutlicher betont werden, dass die Auflösung aufgrund einer behördlichen Anordnung und nicht eines freien Entschlusses des Unternehmens erfolgt.

Voell etwa versteht unter Entflechtung „jede behördlich veranlasste Ände- 66 rung der Eigentumsstruktur eines marktbeherrschenden Unternehmens“¹¹³. Allerdings erscheint auch die Formulierung „behördlich veranlasst“ nicht präzise genug.¹¹⁴ Es sollte vielmehr klargestellt werden, dass die Maßnahme behördlich angeordnet wird und daher ohne oder gegen den Willen des Unternehmens erfolgen kann. Weiter sollte klargestellt werden, dass die Auflösung im zivilrechtlichen Wege und nicht durch unmittelbares behördliches Eingreifen erfolgt.

112 *Möschel*, Entflechtungen, S. 3. Ähnlich *Oehler*, Entflechtung, S. 93: „Veräußerung oder Abtrennung von Unternehmen oder Unternehmensteilen“.

113 *Voell*, Entflechtungen, S. 25.

114 Die Definition von *Voell* würde zudem schon den nunmehr eingeführten § 32f Abs. 4 GWB nicht umfassen, da dieser nicht nur marktbeherrschende Unternehmen adressiert, sondern auch Unternehmen mit einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb nach § 19a Abs. 1 GWB. Die Marktbeherrschung ist bei solchen Unternehmen keine zwingende Voraussetzung (BT-Drs. 19/23492, S. 73; BT-Drs. 19/25868, S. 113; siehe dazu auch *Schweitzer*, in: *Körper/Schweitzer/Zimmer*, Immenga/Mestmäcker Bd. 2, § 19a GWB Rn. 107). Die Kategorie des Unternehmens mit einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb existierte freilich zum Zeitpunkt der Definition von *Voell* (2014) noch nicht: § 19a GWB ist erst mit der 10. GWB-Novelle zum 19.01.2021 in Kraft getreten.

- 67 Unter Berücksichtigung dieser Erwägungen erscheint folgender Definitionsvorschlag sachgerecht: Eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz ist die einer Wettbewerbsbehörde durch Rechtsnorm erteilte Ermächtigung zur
- Anordnung der zivilrechtlichen Auflösung
 - einer (regelmäßig marktmächtigen) Unternehmenseinheit
 - in mehrere selbständige Unternehmen
 - ohne oder gegen den Willen und
 - trotz rechtmäßigen Verhaltens der betroffenen Unternehmenseinheit.
- 68 Diese Definition schließt zwar den im Vereinigten Königreich bereits praktizierten Fall einer Unternehmenszerschlagung durch die vollständige Einstellung des Geschäftsbetriebs (Rn. 524 ff.) aus. Dabei dürfte es sich allerdings schon begrifflich nicht um eine Entflechtung handeln, da dieser Terminus die Auflösung bestehender Verflechtungen nahelegt, nicht aber die Beendigung der Existenz der zuvor verflochtenen Teile. Dementsprechend sieht etwa auch *Magnin* für das schweizerische Recht als primäres Charakteristikum einer eigentumsrechtlichen Entflechtung an, dass „der entsprechende Geschäftsbereich vollständig aus einem Unternehmen ausgegliedert und auch das **Eigentum** auf eine andere, **unabhängige Rechts-einheit** übertragen“ wird.¹¹⁵

115 *Magnin*, Entflechtung im Infrastrukturbereich, Rn. 1013.

C. Wettbewerbstheoretische, -praktische und -rechtliche Grundlagen missbrauchsunabhängiger Entflechtungskompetenzen

Zur Beantwortung der Frage, wie missbrauchsunabhängige Entflechtungs- 69
kompetenzen im eben definierten Sinne zu bewerten sind, werden nach-
stehend zunächst die wettbewerbstheoretischen (I.), -praktischen (II.) und
-rechtlichen (III.) Grundlagen dargelegt.

I. Wettbewerbstheoretische Grundlagen

Im folgenden Abschnitt wird ein Überblick über die Grundzüge der wichti- 70
gsten wettbewerbstheoretischen Schulen gegeben. Dies sind klassische
und neoklassische Wettbewerbstheorien (1.), die Theorie des funktionsfä-
higen Wettbewerbs und die Harvard-Schule (2.), die Chicago-Schule (3.), die
Österreichische Schule (4.) und die Ordoliberalen Schule (5.).

Der Begriff der Wettbewerbstheorie hängt dabei unmittelbar mit den 71
dem Staat als Wettbewerbschützer zugewiesenen Aufgaben zusammen.¹¹⁶
Zum Zweck der Untersuchung werden

- jeweils unter a) die ökonomischen Grundannahmen der einzelnen Schu-
len, insbesondere ihre Bewertung von wirtschaftlichen Machtkonzentra-
tionen, sowie
- jeweils unter b) ihre Haltung zu staatlichen Eingriffen in den Wettbe-
werb, insbesondere durch Entflechtung wirtschaftlicher Machtkonzen-
trationen,

dargestellt. Aus den Erkenntnissen werden abschließend Schlussfolgerun-
gen (6.) gezogen.

Dabei ist zu beachten, dass eine Einteilung der vertretenen Ansätze in 72
verschiedene Schulen stets nur einen näherungsweisen Versuch darstellen

116 Vgl. *Herdzina*, Wirtschaftsdienst 1986, S. 527: „Wettbewerbstheorie ist also gleich
,wettbewerbspolitische Konzeption‘, sie ist ‚Wettbewerbsgestaltungstheorie‘, sie ist
,Theorie der Wettbewerbspolitik.“

kann.¹¹⁷ Es lassen sich jedoch zwei idealtypische wettbewerbspolitische Grundpositionen feststellen:

1. systemtheoretische Ansätze, die die Freiheit des Wettbewerbs in das Zentrum ihrer Analyse stellen und
2. wohlfahrtsökonomische Ansätze, die das Ziel der Wohlstandssteigerung durch Wettbewerb in den Vordergrund rücken.¹¹⁸

1. Klassische und neoklassische Wettbewerbstheorien

- 73 Die klassischen und neoklassischen Wettbewerbstheorien gehen zurück auf die Ökonomen des 18. und 19. Jahrhunderts, namentlich *Adam Smith*, *David Ricardo* und *John Stuart Mill*.¹¹⁹ Es waren insbesondere die Thesen *Smiths*, die dem seinerzeit vorherrschenden, staatlich dirigierte Merkantilismus die Legitimität entzogen und dem freien Handel zum Durchbruch verhelfen.¹²⁰

a) Grundannahmen

- 74 Die klassische Wettbewerbstheorie beruht auf der deistischen¹²¹ Idee einer „unsichtbaren Hand“, die das Streben eines jeden Einzelnen nach individuellem Vorteil zu einer größtmöglichen Förderung des kollektiven Vorteils führt.¹²² So wird der Einzelne stets darauf bedacht sein, eine Leistung

117 Vgl. *Herdzina*, Wirtschaftsdienst 1986, S. 530.

118 Ausführlich dazu: *Herdzina*, Fundierung der Wettbewerbspolitik, S. 21 ff.

119 *Kerber/Schwalbe*, in: *Säcker/Bien/Meier-Beck/Montag*, MüKo WettbR Bd. 1/1, Grundlagen Rn. 71.

120 v. *Weizsäcker*, SJES 1982, S. 337.

121 *Kerber/Schwalbe*, in: *Säcker/Bien/Meier-Beck/Montag*, MüKo WettbR Bd. 1/1, Grundlagen Rn. 71.

122 Vgl. dazu *Smith*, *The Wealth of Nations*, Vol. 2 S. 160 f.: „As every individual, therefore, endeavors as much as he can both to employ his capital in the support of domestic industry, and so to direct that industry that its produce may be of the greatest value; every individual necessarily labors to render the annual revenue of the society as great as he can. He generally, indeed, neither intends to promote the public interest, nor knows how much he is promoting it. By preferring the support of domestic to that of foreign industry, he intends only his own security; and by directing that industry in such a manner as its produce may be of the greatest value, he intends only his own gain, and he is in this, as in many other cases, led by an invisible hand to promote an end which was no part of his intention. Nor is it always the worse for the

zu einem möglichst niedrigen Preis zu beziehen. Unternehmen müssen deshalb niedrige Preise verlangen, um die Nachfrage auf ihre Produkte zu lenken. Niedrige Preise wiederum bedeuten einen gesellschaftlichen Vorteil.¹²³ Die Auswirkungen wirtschaftlicher Machtkonzentrationen werden in der klassischen Wettbewerbstheorie zwar als schädlich, weil preissteigernd, beurteilt.¹²⁴ Die Ursache für ihre Entstehung wird aber nicht bei den Inhabern der Machtposition gesucht, sondern beim Staat, der diese durch unzulässige Eingriffe in den Wettbewerb, etwa das Zunftwesen, erst geschaffen hat.¹²⁵

Die sog. neoklassischen Wettbewerbstheorien des 19. und frühen 20. Jahrhunderts (etwa *Antoine-Augustin Cournot*, *Alfred Marshall*) beruhen auf der klassischen Wettbewerbstheorie, zeichnen sich aber durch eine mathematischere und formalisierte Herangehensweise aus, die an die Stelle der überkommenen, deistischen Vorstellung einer unsichtbaren, den Wettbewerb lenkenden Hand tritt.¹²⁶ Zentral in der Neoklassik ist das Modell der vollständigen Konkurrenz (*Perfect Competition*), in dem Unternehmen den Preis mangels eigener Macht nicht beeinflussen können, sondern er sich allein aufgrund der Marktbedingungen ergibt.¹²⁷ Demnach wird jede Form der Marktbeeinflussung durch ein Unternehmen als volkswirtschaftlich schädlich angesehen.¹²⁸ Der mathematisch zu erwartende Preis bei vollständiger Konkurrenz entspricht den Grenzkosten des Produkts, also

*society that it was no part of it. By pursuing his own interest he frequently promotes that of the society more effectually than when he really intends to promote it.*¹²³

123 Vgl. Kerber/Schwalbe, in: *Säcker/Bien/Meier-Beck/Montag*, MüKo WettbR Bd. 1/1, Grundlagen Rn. 71.

124 So stellt *Smith* zum Verhältnis von Monopol- und Wettbewerbspreis klar: „*The price of monopoly is upon every occasion the highest which can be got. The natural price, or the price of free competition, on the contrary, is the lowest which can be taken, not upon every occasion, indeed, but for any considerable time together.*“ (*Smith*, *The Wealth of Nations*, Vol. I S. 117).

125 Vgl. *Bunte/Stancke*, Kartellrecht, § 1 Rn. 42; *Kerber/Schwalbe*, in: *Säcker/Bien/Meier-Beck/Montag*, MüKo WettbR Bd. 1/1, Grundlagen Rn. 72. Es erscheint allerdings zweifelhaft, ob deshalb der sehr weitgehende Schluss zulässig ist, dass wirtschaftliche Machtkonzentrationen in der klassischen Wettbewerbstheorie allgemein als unkritisch gelten. In diese Richtung aber *Hüther*, in: FS *FIW*, S. 40: „Der Staat hatte – im Wirtschaftsleben – allein die Rolle, die Einhaltung von Verträgen rechtlich zu sichern. Machtpositionen von Unternehmen waren aus dieser Sicht unkritisch.“

126 Vgl. *Bunte/Stancke*, Kartellrecht, § 1 Rn. 43; *Kerber/Schwalbe*, in: *Säcker/Bien/Meier-Beck/Montag*, MüKo WettbR Bd. 1/1, Grundlagen Rn. 73.

127 *Kerber/Schwalbe*, in: *Säcker/Bien/Meier-Beck/Montag*, MüKo WettbR Bd. 1/1, Grundlagen Rn. 73.

128 *Baldi*, in: *Knapp/Oberson*, *Mélanges Junod*, S. 62.

den Kosten für die Herstellung einer zusätzlichen Einheit.¹²⁹ Aus Sicht der Neoklassik ist das Gemeinwohl in Form niedriger Preise im Polypol (einem atomisierten Markt winziger Akteure) am besten und im Monopol am schlechtesten zu erreichen.¹³⁰ Wirtschaftliche Machtkonzentrationen werden demnach als schädlich angesehen.

- 76 Vollständige Konkurrenz setzt allerdings neben einem Polypol auf Anbieter- wie Nachfragerseite weitere restriktive Bedingungen wie Markttransparenz und Güterhomogenität voraus.¹³¹ In der Realität zeigt sich deshalb, dass vollständige Konkurrenz nahezu nicht existiert. Insbesondere gab und gibt es kaum Polypole und auch der Preis auf realen Märkten entspricht nahezu nie den Grenzkosten.¹³² Das Modell der vollständigen Konkurrenz beschreibt daher zwar ein volkswirtschaftliches Gleichgewicht, hat mit realem Wettbewerbsgeschehen aber nichts zu tun.¹³³ Dies war zur – längst nicht mehr von Zünften und ähnlichen staatlichen Wettbewerbsbeschränkungen geprägten – Zeit der neoklassischen Theorien bereits offensichtlich, sodass ihren Vertretern der Vorwurf der Blauäugigkeit gemacht werden kann.¹³⁴

b) Haltung zu Entflechtungen

- 77 Da Wettbewerb *per se* als gemeinwohlfördernd angesehen wird, wird die staatliche Einflussnahme auf diesen in der klassischen Wettbewerbstheorie grundsätzlich abgelehnt.¹³⁵ Der Staat solle sich auf die Herstellung von Sicherheit und Ordnung, die Bereitstellung nicht wirtschaftlich produzierbarer öffentlicher Güter sowie die Aufrechterhaltung der Rechtspflege be-

129 *Olten*, Wettbewerbstheorie, S. 43, 48 f.

130 *Bunte/Stancke*, Kartellrecht, § 1 Rn. 43; *Olten*, Wettbewerbstheorie, S. 48 f.

131 *Kerber/Schwalbe*, in: *Säcker/Bien/Meier-Beck/Montag*, MüKo WettbR Bd. 1/1, Grundlagen Rn. 74, 76.

132 *Kerber/Schwalbe*, in: *Säcker/Bien/Meier-Beck/Montag*, MüKo WettbR Bd. 1/1, Grundlagen Rn. 80.

133 *Baldi*, in: *Corti/Ziegler*, FS Blankart, S. 351; *Baldi*, in: *Zäch*, Kartellgesetz, S. 5.

134 So etwa *Olten*, Wettbewerbstheorie, S. 45: „Für die Entwicklung der Wettbewerbstheorie ist die Tatsache entscheidend, daß die Neoklassiker immer noch von der klassischen Vorstellung ausgingen, eine Volkswirtschaft bestünde aus lauter kleinen Anbietern und Nachfragern. Angesichts der gewaltigen Unternehmens- und Kapitalkonzentration in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhundert [sic] eine ungeheuer blauäugige Vorstellung, wenn man weiß, wie eindrucksvoll KARL MARX den Konzentrationsprozeß bereits beschrieben hatte.“

135 Vgl. *Bunte/Stancke*, Kartellrecht, § 1 Rn. 42; v. *Weizsäcker*, SJES 1982, S. 337.

schränken.¹³⁶ Ohnehin wurde dem Staat im klassischen Liberalismus keine aktiv wettbewerbsfördernde Funktion zugetraut. So erkannte *Smith* etwa die Schädlichkeit von Kartellabsprachen, hielt ein staatliches Vorgehen dagegen aber nicht für möglich.¹³⁷

Aufbauend auf *Smiths* Thesen etablierte sich im 19. Jahrhundert eine kapitalistische Philosophie des *laissez faire*, die staatliche Eingriffe in Wirtschaftsangelegenheiten nur dann akzeptierte, wenn diese wachsende Profite begünstigten oder die Wirtschaft stabilisierten.¹³⁸ Die später entstandenen mathematischen Modelle der neoklassischen Ökonomen verfolgten wirtschaftspolitisch denselben Ansatz möglichst geringer Eingriffe in den Marktprozess. Durch ihre wissenschaftliche Fundierung der hergebrachten Überzeugungen dienten sie als „intellektuelles Bollwerk zur Verteidigung der klassisch-liberalen Politik des *laissez-faire*“¹³⁹. Ein so intensiver Eingriff in den Wettbewerb wie eine Entflechtung erscheint mit diesen Grundgedanken von vornherein unvereinbar. Darüber hinaus kommen staatliche Eingriffe in die Marktstruktur für die klassischen und neoklassischen Wettbewerbstheorien auch dogmatisch nicht in Betracht, weil es sich bei ihnen um systemtheoretische Ansätze handelt.¹⁴⁰

136 Vgl. *Smith*, *The Wealth of Nations*, Vol. 3, S. 42f.: „According to the system of natural liberty, the sovereign has only three duties to attend to; three duties of great importance, indeed, but plain and intelligible to common understandings: first, the duty of protecting the society from the violence and invasion of other independent societies; secondly, the duty of protecting, as far as possible, every member of the society from the injustice or oppression of every other member of it, or the duty of establishing an exact administration of justice; and, thirdly, the duty of erecting and maintaining certain public works and certain public institutions, which it can never be for the interest of any individual, or small number of individuals, to erect and maintain; because the profit could never repay the expense to any individual or small number of individuals, though it may frequently do much more than repay it to a great society.“ Siehe dazu auch *Olten*, *Wettbewerbstheorie*, S. 34; *Schmidt/Haucap*, *Wettbewerbspolitik*, S. 6.

137 Vgl. dazu das berühmte gewordene Zitat: „People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices. It is impossible indeed to prevent such meetings, by any law which either could be executed, or would be consistent with liberty and justice. But though the law cannot hinder people of the same trade from sometimes assembling together, it ought to do nothing to facilitate such assemblies; much less to render them necessary.“ (*Smith*, *The Wealth of Nations*, Vol. 1, S. 207).

138 *Hunt/Sherman*, *Volkswirtschaftslehre*, S. 49 ff., 52.

139 *Hunt/Sherman*, *Volkswirtschaftslehre*, S. 91.

140 Vgl. *Herdzina*, *Wirtschaftsdienst* 1986, S. 531.

2. Theorie des funktionsfähigen Wettbewerbs und Harvard-Schule

- 79 Spätere Wettbewerbstheorien erkannten die genannten Unzulänglichkeiten der klassischen und neoklassischen Wettbewerbstheorien und verfolgten realistischere Ansätze. Als diesbezüglicher Wendepunkt wird gemeinhin der Aufsatz „*Toward a Concept of Workable Competition*“ von *John M. Clark* aus dem Jahr 1940¹⁴¹ angesehen. So wird der Aufsatz heute etwa als „Quantensprung in der Wettbewerbstheorie“¹⁴², „entscheidende[r] Markstein“¹⁴³ oder „grundlegende[r] Perspektivenwechsel“¹⁴⁴ bezeichnet.

a) Grundannahmen

- 80 *Clark* erkannte, dass es vollständige Konkurrenz nicht gibt, nicht geben kann und somit (wahrscheinlich) auch nie gegeben hat.¹⁴⁵ Er sprach sich deshalb für ein realistisches Modell des funktionsfähigen Wettbewerbs (*Workable Competition*) aus. Bestehende Marktunvollkommenheiten seien dabei nicht zwingend als wettbewerbsschädlich anzusehen, sondern könnten auch wettbewerbsfördernde Wirkungen haben.¹⁴⁶ *Clarks* spätere Erkenntnisse, insbesondere sein Werk „*Competition as a Dynamic Process*“ von 1961, trugen auch entscheidend zum Verständnis von Wettbewerb als dynamischem Prozess bei.¹⁴⁷

141 *Clark*, 30 *The American Economic Review* 1940, S. 241 ff.

142 *Olsen*, Wettbewerbstheorie, S. 32.

143 *Schmidt/Haucap*, Wettbewerbspolitik, S. 13.

144 *Kerber/Schwalbe*, in: *Säcker/Bien/Meier-Beck/Montag*, MüKo WettbR Bd. 1/1, Grundlagen Rn. 81.

145 *Clark*, 30 *The American Economic Review* 1940, S. 241: „*With this has come the realization that ‚perfect competition‘ does not and cannot exist and has presumably never existed, for reasons quite apart from any inescapable tendency toward collusion, such as Adam Smith noted in his familiar remark on the gettings-together of members of a trade.*“ Zum von *Clark* angesprochenen Zitat *Smiths* vgl. oben Fn. 137.

146 *Clark*, 30 *The American Economic Review* 1940, S. 242: „*For some of the features listed as ‚imperfections‘ in our present theoretical scheme may turn out to have some positive use in actual situations. It would be a truism to say that the most effective forms of competition we have, or can have, are imperfect forms, since there are no others. But it will mean something if we can find, after due examination, that some of these forms do their jobs well enough to be an adequate working reliance – more serviceable, on the whole, than those substitutes which involve abandoning reliance on competition.*“

147 *Schmidt/Haucap*, Wettbewerbspolitik, S. 13.

Die Vertreter der Harvard-Schule (etwa *Erhard Kantzenbach*, *Donald F. Turner*) orientierten sich am *Clark'schen* Prinzip des funktionsfähigen Wettbewerbs und füllten es weiter aus. Ein Wesensmerkmal der Harvard-Schule ist die Definition von (auch außerökonomischen) Wettbewerbsfunktionen.¹⁴⁸ Der freie Wettbewerb wird als Instrument zur Erreichung von Zielen verstanden und ist nicht mehr selbst das zu erreichende Ziel;¹⁴⁹ es handelt sich dementsprechend um einen wohlfahrtsökonomischen Ansatz.¹⁵⁰ Solche Ziele bzw. Funktionen sind etwa eine leistungsgerechte Einkommensverteilung, die Zusammensetzung des Angebots nach Käuferpräferenz, die optimale Faktorallokation, die flexible Anpassung der Produktionskapazität an außerwirtschaftliche Umstände sowie die Durchsetzung technischer Innovationen.¹⁵¹ 81

Die optimale Wettbewerbsintensität besteht laut *Kantzenbach* – in klarer Abkehr zu klassischen und neoklassischen Wettbewerbstheorien – nicht im Polypol, sondern im weiten Oligopol.¹⁵² Insbesondere hob *Kantzenbach* die Hemmung technischen Fortschritts im Polypol als nachteilig hervor.¹⁵³ *Joseph A. Schumpeter* hielt gar das Monopol für die fortschrittsfreundlichste Marktform, sah die Monopolstellung aber notwendigerweise als vorübergehenden Status an, der im Wege der „schöpferischen Zerstörung“ durch Wettbewerber wieder beseitigt wird.¹⁵⁴ Auch die neuere, empirische Forschung deutet darauf hin, dass zu starker Wettbewerb Innovation behindern kann.¹⁵⁵ 82

b) Haltung zu Entflechtungen

Die Harvard-Schule billigt dem Staat – in Abkehr vom hergebrachten *laissez faire* der klassischen und neoklassischen Wettbewerbstheorien – eine aktiv gestaltende Rolle zu. So kann der Gesetzgeber über die Ziele 83

148 Vgl. *Bunte/Stancke*, Kartellrecht, § 1 Rn. 45.

149 Vgl. *Höhne*, Fusionskontrolle, S. 75.

150 *Herdzina*, Fundierung der Wettbewerbspolitik, S. 28 f.

151 Vgl. *Kantzenbach*, Funktionsfähigkeit, S. 16 f., siehe dazu auch *Schmidt/Haucap*, Wettbewerbspolitik, S. 15.

152 *Kantzenbach*, Funktionsfähigkeit, S. 138.

153 *Kantzenbach*, Funktionsfähigkeit, S. 137 f.

154 Vgl. *Schumpeter*, Kapitalismus, S. 103 ff., 127 ff.

155 Vgl. dazu etwa die These zur *Inverted-U Relationship* zwischen Wettbewerb und Innovation: *Aghion/Bloom/Blundell/Griffith/Howitt*, 120 *The Quarterly Journal of Economics* 2005, S. 701 ff.

der Wettbewerbspolitik selbst entscheiden,¹⁵⁶ diese sind ihm nicht durch das Wesen des Wettbewerbs vorgegeben. Im Zusammenhang mit den von der Harvard-Schule propagierten außerökonomischen Zielsetzungen wurde das Wettbewerbsrecht gar zur „Magna Charta der Freiheit“¹⁵⁷ erhoben.

- 84 Die Vertreter der Harvard-Schule halten auch ein gestalterisches staatliches Eingreifen in Marktstrukturen für erforderlich, um der Tendenz sich selbst überlassener Märkte und Unternehmen zur schädlichen Machtkonzentration entgegenzuwirken.¹⁵⁸ Die Harvard-Schule hat so etwa zur flächendeckenden Einführung von Fusionskontrollregimen in der europäischen Wettbewerbspolitik seit den 1960er-Jahren beigetragen.¹⁵⁹ Auch die Entflechtung von bereits existierenden Machtkonzentrationen wird von Vertretern der Harvard-Schule befürwortet.¹⁶⁰

3. Chicago-Schule

- 85 Die Chicago-Schule (u.a. *Robert H. Bork, George J. Stigler, Richard A. Posner*)¹⁶¹ entwickelte sich in den 1970er- und 1980er-Jahren als Gegenströmung zur Harvard-Schule.

156 Kerber/Schwalbe, in: *Säcker/Bien/Meier-Beck/Montag*, MüKo WettbR Bd. 1/1, Grundlagen Rn. 86.

157 Vgl. *Herdzina*, Wirtschaftsdienst 1986, S. 526.

158 Kerber/Schwalbe, in: *Säcker/Bien/Meier-Beck/Montag*, MüKo WettbR Bd. 1/1, Grundlagen Rn. 88. Vgl. dazu etwa *Kantzenbach*, Funktionsfähigkeit, S. 137: „Als völlig unzureichend ist besonders die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen nach dem Kartellgesetz zu beurteilen, da die Eingriffsmöglichkeiten des Bundeskartellamts ausdrücklich auf drei im Gesetz festgelegte Mißbrauchstatbestände beschränkt sind.“

159 Kerber/Schwalbe, in: *Säcker/Bien/Meier-Beck/Montag*, MüKo WettbR Bd. 1/1, Grundlagen Rn. 90. Ins deutsche Kartellrecht etwa wurde eine materielle Fusionskontrolle mit der 2. GWB-Novelle von 1973 eingeführt, nachdem dies u.a. von *Kantzenbach* (a.a.O., S. 140) gefordert wurde. Vgl. dazu auch unten Rn. 208 ff.

160 Vgl. etwa *Kaysen/Turner*, Antitrust Policy, S. 113 f.: „*The logic of our policy goal, as we have argued in Chapter III, calls for a widespread application of dissolution remedies, on the ground that an increase in numbers and reduction of concentration is the surest and most durable way of reducing market power.*“ Differenzierend: *Kantzenbach*, Funktionsfähigkeit, S. 139 ff.

161 *Schmidt/Haucap*, Wettbewerbspolitik, S. 23.

a) Grundannahmen

Die Chicago-Schule vertraut auf die Selbstregulierung des Marktes mit dem Ergebnis der Konsumentenwohlfahrt.¹⁶² Alleiniges Ziel der Wettbewerbspolitik dürfe daher die Maximierung der Konsumentenwohlfahrt sein.¹⁶³ Insbesondere seien soziopolitische Erwägungen aus der Wettbewerbspolitik auszunehmen.¹⁶⁴ Hierin liegt eine klare Abkehr von der Harvard-Schule, die den Gesetzgeber als aktiven Gestalter sieht und ihm die selbständige Definition von Wettbewerbszielen überlassen will. Die Chicago-Schule fordert – ebenfalls in Abkehr von der Harvard-Schule – auch eine Rückbesinnung auf das neoklassische Modell der vollständigen Konkurrenz im Sinne eines Polypols,¹⁶⁵ steht Machtkonzentrationen also in theoretischer Hinsicht grundsätzlich kritisch gegenüber. Dies relativiert sich jedoch bei einer Betrachtung des Verhältnisses der Chicago-Schule zu staatlichen Eingriffen in den Wettbewerb:

b) Haltung zu Entflechtungen

Trotz des wettbewerblichen Idealbilds der vollständigen Konkurrenz werden Entflechtungen konzentrierter Märkte von Vertretern der Chicago-Schule dezidiert abgelehnt. Machtkonzentrationen entstünden nämlich entweder, weil der konzentrierte Markt keinen Platz für weitere Akteure biete, oder, weil die Akteure auf dem konzentrierten Markt durch von anderen Akteuren nicht erreichte Kostenreduktionen oder Produktverbesserungen hohe Profite erreichten – beides sei kein Anlass für ein staatliches Eingreifen.¹⁶⁶ Somit rechtfertigen die Vertreter der Chicago-Schule die

162 *Bunte/Stancke*, Kartellrecht, § 1 Rn. 46.

163 *Schmidt/Haucap*, Wettbewerbspolitik, S. 24. Dabei soll der Begriff *consumer welfare* allerdings auch Vorteile auf Produzentenseite umfassen, vgl. *Whish/Bailey*, Competition Law, S. 20.

164 *Willimsky*, ECLR 1997, S. 55.

165 *Kerber/Schwalbe*, in: *Säcker/Bien/Meier-Beck/Montag*, MüKo WettbR Bd. 1/1, Grundlagen Rn. 91; *Schmidt/Haucap*, Wettbewerbspolitik, S. 24.

166 *Posner*, 127 *University of Pennsylvania Law Review* 1979, S. 945: „*Persistent concentration implies either that the market in question simply does not have room for many firms (economies of scale) or that some firms are able persistently to obtain abnormal profits by cost reductions or product improvements that competitors and new entrants are unable to duplicate. Neither case is an attractive one for public intervention designed to change the market structure.*“ Zu beachten ist allerdings, dass Posner in dem Aufsatz die Differenzen zwischen Harvard-Schule und Chicago-Schule für

Existenz von – dem Idealbild des Polypols zuwiderlaufenden – Machtkonzentrationen mit Effizienzerwägungen.¹⁶⁷

- 88 Laut *Bork* verkörpern aufgrund internen Unternehmenswachstums entstandene monopolistische und oligopolistische Marktstrukturen gar die im Sinne der Verbraucherwohlfaht angemessene Balance der Marktkräfte und dürften deshalb niemals Ziel gesetzlicher Eingriffe sein.¹⁶⁸ Auch *Stigler*, der sich früher noch für Entflechtungen auf konzentrierten Märkten ausgesprochen hatte,¹⁶⁹ lehnte diese später dezidiert ab.¹⁷⁰ Im Falle externen Unternehmenswachstums durch horizontale Fusionen hielt *Bork* staatliche Eingriffe hingegen für grundsätzlich zulässig, wenngleich er auch ihnen gegenüber deutliche Zurückhaltung äußerte.¹⁷¹

4. Österreichische Schule

- 89 Eine weitere Gegenströmung zur Harvard-Schule ist die Österreichische Schule nach *Friedrich August von Hayek*.

weitgehend hinfällig erklärt – mit Ausnahme der divergierenden Auffassung zu Machtkonzentrationen und staatlichen Interventionen im Allgemeinen, vgl. etwa Fn. 67 des Aufsatzes. Auf eine „deutliche Konvergenz“ von Harvard- und Chicago-Schule weist auch *Baldi*, in: *Knapp/Oberson*, *Mélanges Junod*, S. 55 hin.

167 *Schmidt/Haucap*, Wettbewerbspolitik, S. 26.

168 *Bork*, *The Antitrust Paradox*, S. 164: „*In this chapter we will deal with the topic of monopolistic and oligopolistic market structures created by the internal growth of the firms in those markets. My conclusion is that the law should never attack such structures, since they embody the proper balance of forces for consumer welfare.*“

169 Vgl. etwa *Stigler*, 104 *University of Pennsylvania Law Review* 1955, S. 182: „*If the economies of scale are not substantial, the proper social policy would be to dissolve the giant firms rather than to allow mergers of the small.*“

170 So kommentierte er seine Forderungen nach einer Entflechtung der *United States Steel Corp.* vor einem Kongressausschuss im Jahr 1950 retrospektiv wie folgt: „*I now marvel at my confidence at that time in discussing the proper way to run a steel company; I certainly would not presume today to have that knowledge about any industry, even higher education. What is still more embarrassing is that I no longer believe the economics I was preaching, as I will soon explain. [...] Economists (including me) generally believed that this level of industry concentration allowed a substantial amount of noncompetitive behavior, but the belief rested more upon consensus than upon evidence.*“ (*Stigler*, *Memoirs*, S. 99 f.).

171 Vgl. *Bork*, *The Antitrust Paradox*, S. 218 ff.

a) Grundannahmen

Zentral für die Österreichische Schule ist die These *Hayeks*, dass der Wettbewerb ein im Ergebnis nicht vorhersehbares „Entdeckungsverfahren“¹⁷² darstellt. Anders als in den exakten Naturwissenschaften sei in der Wirtschaftswissenschaft nicht jeder die beobachteten Ergebnisse mitbestimmende Faktor beobachtbar und messbar.¹⁷³ Dies wird insbesondere damit begründet, dass in die Bestimmung von Preisen und Löhnen auf dem Markt die Wirkungen der Kenntnisse jedes einzelnen Marktteilnehmers einfließen und die Summe dieser Kenntnisse wiederum keinem einzelnen Beobachter bekannt sein kann, mithin keine messbare Größe ist.¹⁷⁴ *Hayek* war zwar grundsätzlich Anhänger einer dezentralen Marktstruktur, da diese durch eine breite Wissensverteilung den Wettbewerb fördere.¹⁷⁵ Er sah aber kein Problem in Machtkonzentrationen bis hin zum Monopol, soweit diese im Rahmen wettbewerblicher Prozesse, insbesondere durch bessere Leistung, entstehen.¹⁷⁶

b) Haltung zu Entflechtungen

Aufgrund der Unvorhersehbarkeit des Wettbewerbs wurden staatliche Eingriffe in diesen – jenseits der Setzung eines ihn fördernden Rechtsrahmens – von *Hayek* als unzulässige „Anmaßung von Wissen“¹⁷⁷ grundsätzlich abgelehnt. Die wettbewerbspolitische Hauptaufgabe des Staates sei

172 v. *Hayek*, *Freiburger Studien*, S. 249 ff.

173 v. *Hayek*, *ORDO* 1975, S. 13.

174 v. *Hayek*, *ORDO* 1975, S. 15 *et passim*.

175 Vgl. v. *Hayek*, 35 *The American Economic Review* 1945, S. 520 ff.

176 *Quaas*, *Liberalismus von Hayek*, S. 22 f.

177 v. *Hayek*, *ORDO* 1975, S. 12 ff. Vgl. dazu etwa S. 20 f. des Aufsatzes: „[D]er falsche Glaube, daß die Ausübung einer gewissen Macht vorteilhafte Folgen haben würde, [wird] dazu führen, daß einer Behörde eine neue Macht übertragen wird, auf andere Menschen Zwang auszuüben. Wenn auch eine solche Macht nicht an und für sich schlecht ist, neigt doch ihre Ausübung dazu, das Wirken jener spontanen Ordnungskräfte zu behindern, durch die der Mensch, ohne sie zu verstehen, in der Verfolgung seiner Ziele so weitgehend unterstützt wird. [...] Wenn der Mensch in seinem Bemühen, die Gesellschaftsordnung zu verbessern, nicht mehr Schaden stiften soll als Nutzen, wird er [...] was immer er an Wissen erwerben kann, nicht dazu verwenden dürfen, um die Ergebnisse zu formen wie der Handwerker sein Werk formt, sondern ein Wachsen zu kultivieren, indem er die geeignete Umgebung schafft, wie es der Gärtner für seine Pflanzen macht.“

in der Offenhaltung der Märkte im Interesse der Bedrohung von Machtpositionen durch Wettbewerber zu sehen.¹⁷⁸ Diese Bedrohung solle aber vorrangig nicht durch staatliche Eingriffe in den Wettbewerb, sondern durch private Rechtsdurchsetzung gewährleistet werden.¹⁷⁹ Insbesondere staatliche Marktstrukturinterventionen wie Entflechtungen sind mit den Überzeugungen der Österreichischen Schule als systemtheoretischem Ansatz unvereinbar.¹⁸⁰ Sie würden am Wissensdefizit der Behörden scheitern und so das „Entdeckungsverfahren“ Wettbewerb behindern.¹⁸¹

5. Ordoliberaler Schule

- 92 Parallel zur Österreichischen Schule entstand der – mit ihr verwandte¹⁸² – Freiburger Ordoliberalismus (u.a. *Walter Eucken*, *Franz Böhm*). Dieser beeinflusste nicht nur maßgeblich das deutsche Konzept der sozialen Marktwirtschaft, sondern auch das europäische Wettbewerbsrecht.¹⁸³

a) Grundannahmen

- 93 *Eucken* war der Überzeugung, dass sowohl das wirtschaftspolitische *laissez faire* der Nachindustrialisierungsphase als auch die (von ihm so bezeichnete) „Wirtschaftspolitik der Experimente“ ab dem Ersten Weltkrieg – zentrale Leitung des Wirtschaftsprozesses vs. interventionistische Mittelwege – gescheitert waren.¹⁸⁴ Der Ordoliberalismus stellt daher die individuelle Freiheit im Wettbewerb in den Vordergrund, hält aber zugleich einen rechtlichen Ordnungsrahmen für erforderlich, um dem universellen Hang zur Monopolbildung entgegenzutreten, der wiederum selbst freiheitsbeschränkend wirkt.¹⁸⁵

178 *Bunte/Stancke*, Kartellrecht, Rn. 49.

179 Vgl. *Heinemann*, ZSR/RDS 2016, S. 436.

180 *Herdzina*, Wirtschaftsdienst 1986, S. 531.

181 *Quaas*, Liberalismus von Hayek, S. 22.

182 *Kerber/Schwalbe*, in: *Säcker/Bien/Meier-Beck/Montag*, MüKo WettbR Bd. 1/1, Grundlagen Rn. 113.

183 *Martenet/Heinemann*, Droit de la concurrence, S. 21. Vgl. auch *Heinemann*, in: *Züch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler*, DIKE-KG, Nach Art. 1 Rn. 38.

184 Vgl. *Eucken*, ORDO 1949, S. 3 ff.

185 Vgl. *Eucken*, Wirtschaftspolitik, S. 31, 48 ff. Siehe auch *Eucken*, ORDO 1949, S. 5: „Anbieter und Nachfrager suchen stets – wo immer es möglich ist – Konkurrenz

Der Ordoliberalismus verfolgt hierzu das Konzept des vollständigen Wettbewerbs,¹⁸⁶ das sich um die Herstellung eines Gesamtzusammenhangs der wirtschaftlichen mit der staatlichen und gesellschaftlichen Ordnung bemüht (sog. Interdependenz der Ordnungen¹⁸⁷). Als wettbewerbliches Ideal und „wirtschaftsverfassungsrechtliche[s] Grundprinzip“ gilt ein funktionsfähiges Preissystem vollständiger Konkurrenz.¹⁸⁸ Wirtschaftliche Machtkonzentrationen werden *per se* als kritisch angesehen. So konstatierte *Franz Böhm*, Jurist und akademischer Partner *Euckens*: „Wer Macht hat, darf nicht frei sein“¹⁸⁹ und: „Der Wettbewerb ist das großartigste und genialste Entmachtungsinstrument der Geschichte.“¹⁹⁰ Ein wesentlicher Grund für die umfassende Machtkritik im Ordoliberalismus ist, dass der „Übergang zur Zentralverwaltungswirtschaft [...] in Deutschland durch die industrielle Konzentration – durch Konzerne und Syndikate – sehr erleichtert“¹⁹¹ wurde. Wettbewerb und Friedensordnung hängen im ordoliberalen Weltbild also eng zusammen, die Brechung wirtschaftlicher Macht ist nicht zuletzt deshalb „das Kernanliegen der Freiburger Schule“.¹⁹²

b) Haltung zu Entflechtungen

Die Erreichung des vollständigen Wettbewerbs erhoffte sich *Eucken* durch eine Wettbewerbspolitik, die er mit der Kurzformel „Staatliche Planung der Formen – ja; staatliche Planung und Lenkung des Wirtschaftsprozesses – nein“¹⁹³ beschrieb. Diese eher prosaische Zielformulierung erscheint beinahe als inhaltsgleiches Spiegelbild zur späteren Handwerker-Gärtner-

zu vermeiden und monopolistische Stellungen zu erwerben oder zu behaupten. Ein tiefer Trieb zur Beseitigung von Konkurrenz und Erwerbung einer Monopolstellung ist überall und stets lebendig.“

186 Vgl. dazu *Olten*, Wettbewerbstheorie, S. 52 f.

187 Ausführlich dazu: *Mohr*, JZ 2018, S. 685 ff.

188 *Eucken*, Wirtschaftspolitik, S. 254.

189 Zitiert nach: *Burrichter*, in: *Kokott/Pohlmann/Polley*, FS Schroeder, S. 167. Das korrekte Zitat lautet wohl „Wer Macht hat, der hat keinen Anspruch darauf, frei zu sein, und wer frei sein will, der sollte keine Macht haben, wenigstens keine typische und weit ausgebreitete Macht, die ihn zum Herrn des Schicksals über soundso viele Berufschancen von Individuen erhebt“ (Plenarprotokoll 2/76 des Deutschen Bundestags, S. 4217 C).

190 *Böhm*, in: *Kartelle und Monopole*, S. 22.

191 *Eucken*, Wirtschaftspolitik, S. 93.

192 *Podszun*, in: *Kirk/Offergeld/Rohner*, Kartellrecht in der Zeitenwende, S. 150 ff., 152.

193 *Eucken*, ORDO 1949, S. 93.

Metapher *Hayeks* (Fn. 177) und könnte als Beleg der Verwandtschaft zwischen der Österreichischen Schule und dem Ordoliberalismus verstanden werden.

- 96 Tatsächlich ist jedoch ein deutlicher Unterschied zwischen den Auffassungen *Hayeks* und *Euckens* zum Umfang der staatlichen „Formvorgaben“ für den Wettbewerb festzustellen. Während *Hayek* – grundsätzlich staatskeptisch – der privaten Rechtsdurchsetzung den Vorrang einräumen wollte, verlangte *Eucken* eine starke Wettbewerbsbehörde zur Durchsetzung des staatlichen Ordnungsrahmens.¹⁹⁴ Dabei sollten sich Maßnahmen laut *Eucken* nicht vorrangig gegen den Missbrauch wirtschaftlicher Machtkonzentrationen richten, sondern schon gegen die Entstehung von „Machtkörpern“ überhaupt.¹⁹⁵
- 97 Konsequenterweise forderte *Eucken* auch explizit, „Konzerne, Trusts und monopolistische Einzelunternehmen [...] zu entflechten oder aufzulösen, soweit nicht technische oder volkswirtschaftliche Sachverhalte eine solche Entflechtung oder Auflösung unmöglich machen.“¹⁹⁶ Auch für *Böhm* waren „Verhinderung, Bekämpfung und Rückbildung des Vermachtungsprozesses“ die „einzige politische Reaktion auf das Vermachtungsproblem, die zum Ziel führt und logisch verantwortet werden kann.“¹⁹⁷ Insgesamt kann von einem „ordoliberalen[n] Postulat der wettbewerbsrechtlichen Gleichbehandlung aller Erscheinungsformen wirtschaftlicher Macht“¹⁹⁸ gesprochen werden. Hierin liegt eine erhebliche Differenz zwischen den Ansätzen der ordoliberalen und der österreichischen Schule.¹⁹⁹

194 Vgl. *Heinemann*, ZSR/RDS 2016, S. 436.

195 *Eucken*, Wirtschaftspolitik, S. 172.

196 *Eucken*, Wirtschaftsmacht und Wirtschaftsordnung, S. 86. Die Forderung ist Bestandteil der von *Eucken* im März 1947 in seiner Eigenschaft als Mitglied des *Comité d'Etudes Economiques* für die französische Militärregierung erarbeiteten Richtlinien für ein Gesetz zur Bekämpfung von Wirtschaftsmacht. Sie floss später in den sog. *Josten*-Entwurf für ein erstes deutsches Kartellgesetz (Rn. 193 ff.) ein, an dessen Ausarbeitung *Franz Böhm* mitwirkte.

197 *Böhm*, SJZ 1947, S. 502.

198 So *Günther*, in: *Sauermann/Mestmäcker*, FS *Böhm*, S. 202.

199 Vgl. dazu *Oswald*, Die Zeit vom 18.01.1991: „Aber für Hayek ist – im unüberbrückbaren Gegensatz zu Eucken – die Machtkonzentration in der ‚freien‘ Wirtschaft durch die Evolution der Märkte als ‚spontane Ordnung‘ legitimiert. [...] Da Hayek an eine naturgesetzliche Entwicklung des Marktes glaubt, ist für ihn die Ordnungspolitik Euckens ähnlich sinnlos wie für jemanden, der am marxistischen Geschichtsgesetz festhält.“

6. Schlussfolgerungen

Missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenzen sind aus wettbe- 98
werbtheoretischer Sicht nicht einheitlich zu beurteilen. Sämtliche wettbe-
werbtheoretischen Schulen sehen aber – jedenfalls unangreifbare – Macht-
konzentrationen im Grundsatz als kritisch an, weil sie den Wettbewerb
hemmen.²⁰⁰ Für die Erkenntnis, dass Machtkonzentrationen grundsätzlich
eher wettbewerbsschädlich sind, spielt es keine Rolle, ob ein Unternehmen
seine mächtige Position durch internes oder externes Wachstum erlangt
hat.²⁰¹ Demnach läuft das Instrument der missbrauchsunabhängigen Ent-
flechtung den anerkannten ökonomischen Erkenntnissen jedenfalls nicht
grundlegend zuwider.

Allerdings steht staatlichen Eingriffen in den Wettbewerb, insbesondere 99
in Marktstrukturen, in verschiedenen wettbewerbstheoretischen Schulen
eine grundsätzliche Skepsis entgegen. Es kann davon ausgegangen wer-
den, dass jedenfalls die Vertreter von systemtheoretischen Ansätzen miss-
brauchsunabhängige Entflechtungen generell ablehnen würden.²⁰² Demge-
genüber sind die Vertreter von wohlfahrtsökonomischen Ansätzen eher
offen für Marktstrukturinterventionen.²⁰³

200 Ähnlich: *Hüther*, in: FS FIW, S. 42: „Zusammenfassend gilt, dass die aktuell ein-
flussreichsten Denkschulen zur Wettbewerbspolitik – mit Ausnahme der Chicago
School – die Machtkonzentration innerhalb eines Marktes auf ein oder wenige
Unternehmen nicht akzeptieren und Gegenmaßnahmen fordern. Die Sinnhaftigkeit
einer Entflechtungsregelung kann nach dieser Lesart also nicht verworfen werden.“
Dabei bezieht sich die Abweichung der Chicago-Schule von den restlichen Ansich-
ten weniger auf die grundsätzliche Beurteilung der negativen Auswirkungen von
Machtpositionen auf den Wettbewerb – sie folgt dem Ideal des Polypols – sondern
eher auf die Ablehnung staatlicher Eingriffe, weil konzentrierte Märkte als legitimes
Wettbewerbsergebnis angesehen werden.

201 So auch *Podszun*, in: *Kirk/Offergeld/Rohmer*, Kartellrecht in der Zeitenwende,
S. 152: „In der wettbewerbsökonomischen Theorie scheint unumstritten, dass ein
hoher Konzentrationsgrad – unabhängig von seiner Entstehung – ein erhebliches
Hindernis für wirksamen Wettbewerb ist.“

202 *Herdzina*, Wirtschaftsdienst 1986, S. 531 f., zählt zu den systemtheoretischen Ansät-
zen die klassischen und neoklassischen Wettbewerbstheorien sowie die Österrei-
chische Schule. Auch die Chicago-Schule sieht er jedenfalls „in unmittelbarer Nähe
des systemtheoretischen Ansatzes.“ Für *Posner* und *Bork* als prominente Vertreter
der Chicago-Schule lässt sich ihre ablehnende Haltung gegenüber missbrauchsun-
abhängigen Entflechtungen auch belegen, vgl. oben Fn. 166 und 168.

203 Zu den wohlfahrtsökonomischen Ansätzen zählt *Herdzina* (a.a.O.) insbesondere die
Harvard-Schule, namentlich *Kantzenbach*. Eine eindeutige Zuordnung des Ordoli-
beralismus zu einem der Ansätze hält er nicht für möglich, da dieser Elemente

- 100 Dabei fällt auf, dass es keinen zwingenden Zusammenhang zwischen bevorzugter Marktstruktur und Haltung zu Entflechtungen zu geben scheint. So sehen etwa die systemtheoretischen Ansätze der klassischen und neoklassischen Wettbewerbstheorien sowie der Chicago-Schule eine polypolitische Marktstruktur als ideal an, lehnen aber Entflechtungen oligopolistischer oder monopolistischer Märkte ab. Dagegen heben die Vertreter der Harvard-Schule auch Vorteile oligopolistischer Marktstrukturen hervor, zeigen sich zugleich aber offener für Entflechtungen eben solcher Märkte.
- 101 Es überzeugt jedenfalls nicht, Entflechtungen allein aus dogmatischen Gründen abzulehnen. Denn wie schon die Verschiedenheit der vertretenen wettbewerbstheoretischen Ansätze zeigt, existieren auf diesem Feld keine unumstößlichen Wahrheiten naturgesetzlicher Güte.²⁰⁴ Vielmehr ist nur die Annäherung an einen ökonomischen und regulatorischen Optimalzustand möglich und erstrebenswert. Deshalb ist eine differenzierte Beurteilung der Intervention im Einzelfall erforderlich, wobei insbesondere volkswirtschaftliche Kosten und Nutzen abzuwägen sind. Dabei kann (und muss) den berechtigten Bedenken, etwa im Hinblick auf eine „Anmaßung von Wissen“, bei der gesetzgeberischen Ausgestaltung und behördlichen Anwendung einer entsprechenden Befugnisnorm begegnet werden.

II. Wettbewerbspraktische Grundlagen

- 102 Nachdem soeben ein Überblick über die wettbewerbstheoretischen Auffassungen zu wirtschaftlichen Machtkonzentrationen und ihrer Entflechtung gegeben wurde, soll der folgende Abschnitt ihre praktischen Auswirkungen behandeln. Dabei ist zunächst herauszuarbeiten, welche ökonomischen

beider Ansätze in sich trage. Allerdings hat sich dessen berühmtester Vertreter *Eucken* explizit für Entflechtungen ausgesprochen, s.o. Rn. 96 f.

- 204 Zutreffend, wenn auch in einem anderen Zusammenhang, *Ackermann*, NZKart 2024, S. 657: „Wettbewerbspolitische Konzepte, Ziele und Schulen werden in der wissenschaftlichen Behandlung des Kartellrechts generell überschätzt.“ Zu einer ähnlichen Erkenntnis kam der schweizerische Bundesrat in seiner Botschaft zum Kartellgesetz von 1995 (BBl 1995 I, S. 511): „In den achtziger Jahren hat insbesondere die amerikanische Wettbewerbspolitik versucht, eine Reihe neuerer wettbewerbstheoretischer Erkenntnisse in die Praxis umzusetzen. Dabei hat sich einmal mehr gezeigt, dass sich unterschiedliche wettbewerbstheoretische Denkschulen durchaus kombinieren lassen und sich der Gesetzgeber auf keine bestimmte Doktrin festlegen muss. Voraussetzung für eine entsprechend anpassungsfähige Wettbewerbspolitik ist, dass die Struktur eines Wettbewerbsgesetzes die Anwendung neuer wettbewerbstheoretischer Erkenntnisse nicht ausschliesst.“

Auswirkungen wirtschaftliche Machtkonzentrationen (1.) und missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenzen (2.) haben, wobei auch auf praktische Hürden beim Vollzug von Entflechtungen einzugehen ist (3.). Aus den Erkenntnissen werden abschließend Schlussfolgerungen (4.) gezogen.

1. Ökonomische Auswirkungen von Machtkonzentrationen

Die Hauptmotivation für missbrauchsunabhängige Entflechtungen liegt darin, dass hoch konzentrierte Märkte ökonomisches Problempotenzial bergen.²⁰⁵ Wirtschaftliche Machtkonzentrationen können im Wesentlichen durch Kartelle, internes Unternehmenswachstum oder externes Unternehmenswachstum (d.h. Zusammenschlüsse) entstehen.²⁰⁶

Das offensichtlichste – schon von *Adam Smith* beschriebene (Rn. 74) – Problem wirtschaftlicher Machtkonzentrationen liegt darin, dass mächtige Unternehmen mangels Wettbewerbsdrucks überhöhte Preise verlangen können. Zwar können diese überhöhten Preise wiederum Wettbewerber auf den Markt ziehen, die dem Inhaber seine Machtposition streitig machen und den Wettbewerb beleben.²⁰⁷ Diese Selbstheilungskräfte des Marktes funktionieren jedoch nicht immer. Vielmehr gibt es Fälle, in denen Marktmacht dauerhaft zu einem Wettbewerbsversagen führt.²⁰⁸ Namentlich gilt dies beim Vorliegen von hohen Marktzutrittschranken. Solche Schranken können etwa Netzwerkeffekte sein (d.h. die Steigerung der Nützlichkeit mit der Zahl der Nutzer eines Produkts), die einen Marktzutritt für kleinere Wettbewerber unmöglich werden lassen können.²⁰⁹ Ein Extrembeispiel für eine absolute Marktzutrittschranke sind Leitungsnetze, etwa für Gas oder Strom, die von einem potentiellen Neuwettbewerber schlichtweg nicht parallel aufgebaut werden können.²¹⁰

Daneben führt Marktmacht aber auch zu weiteren Problemen, namentlich senkt sie die Nachfrage nach Arbeit und dämpft Investitionen in

205 Daneben besteht auch eine politische Problemlage, wenn makroökonomische Größen wie z.B. die Quote der Arbeitslosigkeit in den Händen weniger privater Akteure liegen, vgl. dazu etwa *Wambach/Weche*, Wirtschaftsdienst 2018, S. 792 f.

206 *Robert*, Konzentrationspolitik, S. 16.

207 Vgl. etwa *Müller*, Entflechtung und Deregulierung, S. 105; *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung, S. 59; *Posner*, Antitrust Law, S. 114.

208 Ausführlich dazu: *KOM, Motta/Peitz*-Bericht, S. 8 ff.

209 Vgl. *KOM, Motta/Peitz*-Bericht, S. 10.

210 Vgl. *Kerber/Schwalbe*, in: *Säcker/Bien/Meier-Beck/Montag*, MüKo WettbR Bd. 1/1, Grundlagen Rn. 296.

Kapital, sie verzerrt die Verteilung der wirtschaftlichen Erträge und sie hemmt die Unternehmensdynamik und die Innovation.²¹¹ Insgesamt ist Marktmacht also „ein für die Wettbewerbsstörung typisches strukturelles Hindernis, das das Zusammenfinden von Angebot und Nachfrage stört.“²¹² Sie ermöglicht es ihrem Inhaber, gegenüber seinen Abnehmern eine „*take it or leave it*“-Haltung anzunehmen, die bei funktionierendem Wettbewerb ausgeschlossen ist.²¹³

106 Neben dem sinkenden Wettbewerbsdruck kann die Ursache für schädliche Auswirkungen von wirtschaftlicher Macht insbesondere darin liegen, dass die wenigen verbliebenen Wettbewerber auf einem hochkonzentrierten Markt sich gegenseitig beobachten und Wettbewerbsvorstöße antizipieren können, wodurch der Anreiz für eigenes, dynamisches Verhalten sinkt.²¹⁴ Dieses Problem der stillschweigenden Kollusion²¹⁵ ist mangels eines kommunikativen Elements durch klassische Kartellverbote nicht adressierbar, kann im Ergebnis aber zu ebenso schädlichen Marktergebnissen wie ein Kartell oder eine Monopolstellung führen.²¹⁶ Ist die stillschweigende Kollusion rein marktstrukturbedingt und wird nicht zusätzlich durch ein spezifisches Verhalten der Oligopolisten (sog. *facilitating practices*, etwa Informationsoffenlegung) gefördert, dann kann ihr nur durch die Korrektur des Marktergebnisses (etwa durch Preisvorgaben) oder die Korrektur der Marktstruktur durch Entflechtungen abgeholfen werden.²¹⁷

107 Es ist aber zu beachten, dass es sich bei der Annahme der Wettbewerbschädlichkeit von Machtkonzentrationen nur um eine „Daumenregel“²¹⁸ handelt. So ist auch anzuerkennen, dass eine marktbeherrschende Stellung in der Regel aufgrund von hoher Leistungsfähigkeit und Orientierung an den Kundenwünschen erlangt wurde und dass es schwierig ist, zu diagnostizieren, ob und wann ein solches positives Unternehmensverhalten in ein

211 De Loecker/Eeckhout/Unger, 135 *The Quarterly Journal of Economics* 2020, S. 562.

212 Rohner, in: Becker, *Digitale Märkte*, S. 243.

213 Morgan, *Competition Policy*, S. 6.

214 Vgl. BT-Drs. 20/6824, S. 27.

215 Weitgehend inhaltsgleich werden für dieses Phänomen auch die Begriffe *tacit collusion*, *conscious parallelism*, *oligopolistic interdependence* und *spontaneous coordination* verwendet, vgl. *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung, S. 48. Grundlegend dazu: *Turner*, 75 *Harvard Law Review* 1962, S. 655 ff.

216 *Wagner-von Papp*, in: *Kirk/Offergeld/Rohner*, Kartellrecht in der Zeitenwende, S. 41.

217 *Wagner-von Papp*, in: *Kirk/Offergeld/Rohner*, Kartellrecht in der Zeitenwende, S. 44, 47 f. unter Verweis auf *Turner*, 75 *Harvard Law Review* 1962, S. 668 ff.

218 *Möschel*, Entflechtungen, S. 99.

wettbewerbsschädigendes umgeschlagen ist.²¹⁹ Die maßgebliche Frage lautet daher nicht ob, sondern inwieweit wirtschaftliche Machtkonzentrationen in der Hand einzelner Unternehmen durch die Wettbewerbsordnung geduldet werden können.²²⁰

Bei der Beantwortung dieser Frage ist den Gefahren wirtschaftlicher Machtkonzentrationen insbesondere auch ihr potentieller Nutzen gegenüberzustellen. Im Wesentlichen kann dieser – je nach Einzelfall – drei Felder umfassen:

- Internationale Wettbewerbsfähigkeit,
- technologische und innovatorische Überlegenheit und
- Skaleneffekte (*economies of scale*).²²¹

Treffend zusammengefasst hat die wettbewerbspolitischen Implikationen von wirtschaftlichen Machtkonzentrationen *Podszun*: „Marktmacht ist also nicht unschuldig. In der wettbewerbsökonomischen Theorie scheint unumstritten, dass ein hoher Konzentrationsgrad – unabhängig von seiner Entstehung – ein erhebliches Hindernis für wirksamen Wettbewerb ist. Ein Marktversagenstatbestand liegt vor, ein ökonomischer Korrekturereingriff (dessen Kosten seinen Nutzen freilich nicht übersteigen dürfen) ist in wirtschaftlicher Hinsicht angemessen.“²²² Eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz hat demnach eine Daseinsberechtigung, wenn sie Kosten und Nutzen in einen angemessenen Ausgleich bringt.

2. Ökonomische Auswirkungen von missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenzen

Ob die Kosten des Korrekturereingriffs „missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz“ ihren Nutzen übersteigen, kann nur anhand der zu erwartenden ökonomischen Auswirkungen beurteilt werden. Diese werden hervorgehoben

- einerseits schon durch das bloße Bestehen der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz (Vorfelddwirkungen, dazu unter a) und

219 Hüther, in: FS FIW, S. 45. Allerdings besteht das ökonomische Risikopotenzial von wirtschaftlichen Machtkonzentrationen unabhängig vom aktuellen Verhalten ihres Inhabers (Wambach/Weche, Wirtschaftsdienst 2018, S. 798).

220 Vgl. Vu Ngoc, Entflechtungen, S. 9.

221 Vgl. Möschel, Entflechtungen, S. 51 ff.

222 Podszun, in: Kirk/Offergeld/Rohner, Kartellrecht in der Zeitenwende, S. 152.

– andererseits durch einen konkreten Entflechtungsvorgang (Entflechtungswirkungen, dazu unter b).²²³

a) Ökonomische Auswirkungen des Bestehens einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz (Vorfeldwirkungen)

- 111 Schon das Bestehen einer Entflechtungskompetenz lässt den positiven Effekt erwarten, dass Unternehmen aufgrund des Risikos, entflochten zu werden, Missbrauchspraktiken unterlassen, wodurch die Wettbewerbsintensität und die allokativen Effizienz steigen.²²⁴ Dies kann gerade auch ein positiver Effekt einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz sein, da eine solche unter anderem in Fällen zur Anwendung kommen könnte, in denen missbräuchliche Verhaltensweisen zwar objektiv vorliegen, aber der Nachweis im Einzelfall nicht gelingt.²²⁵
- 112 Als negative Vorfeldwirkung ist eine Abschreckung vor (wünschenswertem) Unternehmenswachstum denkbar, da Unternehmen sich durch Wachstum dem Risiko einer Entflechtung aussetzen.²²⁶ Dies kann unter Umständen sogar zu dem unerwünschten Effekt führen, dass ein Unternehmen die Preise erhöht, um seine Marktanteile zu begrenzen.²²⁷ Der

223 Zu einer ausführlichen Analyse der ökonomischen Auswirkungen vgl. *Monopolkommission*, Sondergutachten 58, Rn. 46 ff.; explizit zu den Vorfeldwirkungen von § 32f Abs. 4 GWB: *Voges*, Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips, S. 340 ff. *Voges* kommt zum Schluss, dass die Vorfeldwirkungen von § 32f Abs. 4 GWB nur „eine untergeordnete Rolle“ spielen (a.a.O., S. 349).

224 *Monopolkommission*, Sondergutachten 58, Rn. 50; *Morgenstern*, Entflechtung, S. 119 f.

225 Vgl. BT-Drs. 20/6824, S. 16; *Klees/Hauser*, RATUBS 4/2010, S. 24; v. *Schreitter/Sura*, DB 2023, S. 1270. Kritisch insoweit *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung, S. 77: „Sofern ein Missbrauch in einem konkreten Fall nicht nachweisbar ist, heißt das daher nicht, dass der Missbrauch vorlag und lediglich nicht bewiesen werden konnte. Nichtnachweisbarkeit bedeutet vielmehr, dass im Rechtssinne kein Missbrauch gegeben war.“

226 Vgl. etwa *Fuchs*, WuW 2010, S. 479; *Kersting*, in: Jahrbuch HHU 2010, S. 616.

227 Vgl. *Posner*, Antitrust Law, S. 116: „As a firm's market share approaches the level at which the commencement of a deconcentration proceeding becomes likely, the firm will have an incentive to reduce its market share, or stabilize it, or retard the rate of its increase. The logical way to do this is by increasing price. The result will be to bring about the very thing that a policy of deconcentration is intended to prevent – pricing above the competitive level.“ Wie wahrscheinlich eine solche Strategie der Preiserhöhung ist, kann allerdings bezweifelt werden. Sie ginge jedenfalls dann ins Leere, wenn für die Bestimmung der Marktanteile auf Umsatzdaten abgestellt wird.

Verzicht auf Wachstum kann auch die Realisierung von Größen- und Verbundvorteilen verhindern.²²⁸ Weiter droht, dass Unternehmen Investitions- und Innovationstätigkeiten verringern, die entweder bei einer Entflechtung irreversibel wären oder zu einer marktbeherrschenden Stellung führen und damit das Risiko einer Entflechtung begründen könnten.²²⁹ So werden etwa Neuentwicklungen unterlassen, wenn eine Entflechtung droht, bevor die Entwicklungskosten gedeckt sind.²³⁰

Das Risiko negativer Vorfeldwirkungen steigt insbesondere mit einer Norm, deren Anwendungsbereich ungewiss ist²³¹ und sinkt mit einer adäquaten Kompensationsregelung.²³² Der Gefahr von wettbewerbshemmenden *disincentives* kann also durch gesetzgeberische Maßnahmen entgegengesteuert werden. Insbesondere kann der Anwendungsbereich der Norm durch einen konkret abgrenzbaren Tatbestand begrenzt werden. Besonders effektiv ist eine Eingrenzung durch *safe harbour*-Regelungen in Form von Marktanteils- oder Umsatzschwellen, unterhalb derer die Norm keine Anwendung findet.²³³ In Frage kommen etwa auch *escape clauses*, z.B. für den Fall hoher Innovationsaktivität, oder Mindestfristen für das Vorliegen des Entflechtungstatbestandes; die Mindestfrist hat dann eine der von Patenten ähnliche Wirkung.²³⁴

Insgesamt ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Gefahr von *disincentives* kein spezifisches Problem von missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenzen ist. Vielmehr ist diese dem gesamten Wettbewerbsrecht immanent – so ist etwa auch bei der gesetzgeberischen Ausgestaltung eines Marktmachtmissbrauchsverbots dem Risiko einer wettbewerbliehen „Fesselung“ des Unternehmens durch ein konkretes Anforderungsprofil möglichst

Zudem liegt es nahe, dass bestehende Marktmacht ohnehin bereits zu einer Preiserhöhung ausgenutzt wird, die nach oben hin durch den Monopolpreis begrenzt ist.

228 *Monopolkommission*, Sondergutachten 58, Rn. 52.

229 *Monopolkommission*, Sondergutachten 58, Rn. 51.

230 *Monopolkommission*, Sondergutachten 58, Rn. 55 ff.

231 Dies gilt etwa für die USA, wo Entflechtungen in der Vergangenheit auf der Grundlage des äußerst vagen Sec. 2 Sherman Act erfolgt sind, vgl. dazu Müller, Entflechtung und Deregulierung, S. 117 f.

232 Vgl. *Monopolkommission*, Sondergutachten 58, Rn. 54, 59 ff. Allerdings kann eine Entschädigungsregelung dazu führen, dass eine wettbewerblieh gewünschte Entflechtung an finanziellen Limitierungen des Fiskus scheitert, zu diesem Problem des „*too big to be deconcentrated*“ vgl. *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung, S. 81 f.

233 Vgl. *Wagner-von Papp*, WuW 2022, S. 642.

234 Vgl. *Schumacher*, Wirtschaftsdienst 1977, S. 623 f.

weit entgegenzuwirken.²³⁵ Nichts anderes gilt für die Ausgestaltung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz. Auch ist zu beachten, dass die Intensität der negativen Vorfeldwirkungen angesichts der Seltenheit von Entflechtungsverfahren und der damit verbundenen geringen Eingriffswahrscheinlichkeit auf Unternehmensseite begrenzt sein dürfte.²³⁶

b) Ökonomische Auswirkungen der Anwendung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz (Entflechtungswirkungen)

- 115 Die positiven Effekte²³⁷ einer vollzogenen Entflechtung liegen in der Verhinderung von Ausbeutungs- und Behinderungspotenzialen durch die Reduzierung von Marktmacht. Im wirtschaftlichen Ergebnis einer Entflechtung sollten daher eine Steigerung der Wettbewerbsintensität stehen, die zu niedrigeren Preisen und höheren Angebotsmengen führt. Zudem ist durch die „Öffnung“ von bislang unzugänglichen Märkten mit steigenden Investitionen potentieller Wettbewerber zu rechnen.²³⁸ Jedenfalls an der grundsätzlichen Eignung von Entflechtungsmaßnahmen zur Verbesserung der Wettbewerbsintensität sind „prinzipielle Zweifel [...] nicht möglich.“²³⁹ Die positiven Effekte hängen allerdings stark vom Einzelfall ab, weshalb Entflechtungen zwar „eine Möglichkeit, eine Chance zu mehr Wettbewerb bieten, aber keine Gewißheit.“²⁴⁰
- 116 Die negativen Effekte²⁴¹ einer vollzogenen Entflechtung liegen im Wegfall von Rationalisierungsgewinnen und Größen- und Verbundvorteilen sowie im Falle von vertikalen Entflechtungen in der sog. doppelten Margi-

235 Vgl. *Möschel*, Entflechtungen, S. 82 f. Selbiges gilt etwa auch für das Argument, durch missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenzen würden ausländische Investoren abgeschreckt und inländische Unternehmen unbillig benachteiligt (vgl. etwa *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung, S. 67, 79). Auch solche Risiken sind jedem nationalen Eingriff in die unternehmerische Freiheit immanent und müssen mit den Vorteilen der Regelung abgewogen werden.

236 *Voges*, in: *Kirk/Offergeld/Rohner*, Kartellrecht in der Zeitenwende, S. 68 m.w.N.; *Voges*, Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips, S. 347; vgl. dazu auch *Wagner-von Papp*, in: *Bechtold/Jickeli/Rohe*, FS *Möschel*, S. 695 ff.

237 Vgl. *Monopolkommission*, Sondergutachten 58, Rn. 68 ff.

238 *Bartsch/Käseberg/Weber*, WuW 2023, S. 246.

239 *Engel*, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit, S. 51.

240 *Möschel*, Entflechtungen, S. 59.

241 Vgl. etwa *Monopolkommission*, Sondergutachten 58, Rn. 71 ff.; *Morgenstern*, Entflechtung, S. 120 f.; *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung, S. 55 ff.

nalisation, also der Preissteigerung durch das Entstehen von Monopolstellungen auf unterschiedlichen Marktstufen.²⁴² Auch der Verlust von besonderen Managerfähigkeiten kann sich gesamtwirtschaftlich negativ auswirken.²⁴³ Die Folge können Preissteigerungen und ein höherer Ressourcenverbrauch sein, der den gemeinwohlfördernden Einsatz dieser Ressourcen an anderer Stelle verhindert. Daneben sind auch die fiskalischen Kosten für etwaige Kompensationszahlungen als soziale Kosten einer Entflechtung einzupreisen.²⁴⁴

Im Zusammenhang mit der möglichen Zerstörung von Größenvorteilen (*economies of scale*) ist allerdings darauf hinzuweisen, dass durch eine Entflechtung auch Größennachteile (*diseconomies of scale*), insbesondere im Bereich der Verwaltung, reduziert werden können.²⁴⁵ Zudem sind Unternehmen häufig weitaus größer, als es zur Ausnutzung der Größenvorteile erforderlich wäre.²⁴⁶ Auch dürfte zumeist unklar sein, inwieweit *economies of scale* im Einzelfall überhaupt genutzt und über den Preis weitergegeben werden.²⁴⁷ Insgesamt sind daher sowohl Effizienzen als auch Effizienzverluste durch Entflechtungen kaum zu quantifizieren,²⁴⁸ was insbesondere ein Problem bei der Festlegung einer erwünschten Markt- und Unternehmensstruktur in der Entflechtungsanordnung darstellt (dazu sogleich Rn. 119 ff.).

Im Hinblick auf die Investitions- und Innovationstätigkeit von Unternehmen²⁴⁹ ist grundsätzlich davon auszugehen, dass diese beim Käufer des entflochtenen Unternehmensteils aufgrund von neuen Synergien und Kenntnissen steigt und beim Verkäufer durch den Verlust von Ressourcen sinkt. Verallgemeinerungsfähige Aussagen hierzu sind aber nicht möglich, da ein eindeutiger Zusammenhang zwischen Marktmacht und Innovationstätigkeit nicht besteht.

242 Instrukтив zur doppelten Marginalisierung: Voell, Entflechtungen, S. 96 f.

243 Posner, Antitrust Law, S. 113.

244 Vgl. Nettesheim/Thomas, Entflechtung, S. 56.

245 Herrmann, Entflechtung, S. 69; Schumacher, Wirtschaftsdienst 1977, S. 623; Vu Ngoc, Entflechtungen, S. 22 f.

246 Vgl. dazu etwa Cable, in: Prest/Coppock, UK Economy, S. 228 sowie Steffen, Unternehmensentflechtung, S. 262 f., wonach in den dort untersuchten Industriezweigen „die jeweils größten Unternehmen über ein Vielfaches des zur Ausnutzung aller Größenvorteile ‚erforderlichen‘ Marktanteils verfügen. [...] Insgesamt erweist sich das economies of scale-Argument somit keinesfalls als so überzeugend, wie es in der Diskussion zur Unternehmensentflechtung vielfach dargestellt wird.“

247 Herrmann, Entflechtung, S. 69.

248 Vgl. Nettesheim/Thomas, Entflechtung, S. 56 f. unter Verweis auf Bork, The Antitrust Paradox, S. 177, 193 und Posner, Antitrust Law, S. 112.

249 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 58, Rn. 76 ff.

3. Praktische Hürden für Entflechtungen

119 Praktische Hürden für Entflechtungen ergeben sich insbesondere beim „Entflechtungszuschnitt“: Die Wettbewerbsbehörde muss in ihrer Entflechtungsanordnung sowohl eine zukünftig erwünschte Marktstruktur (a) als auch Unternehmensstruktur (b) bestimmen, die einen positiven Effekt auf den Wettbewerb erwarten lassen. Für diese komplexen Beurteilungen ist eine Beteiligung des von der Entflechtung betroffenen Unternehmens unerlässlich (c).

a) Festlegung einer erwünschten Marktstruktur

120 Die wohl größte Schwierigkeit einer Entflechtung liegt in der Festlegung eines durch die Entflechtung zu erreichenden Ziels, namentlich in Form einer bestimmten Marktstruktur (oftmals kritisiert als behördliches „Marktdesign“²⁵⁰).

121 Die Probleme beim Marktdesign beginnen bereits damit, dass eine exakte Bestimmung des relevanten Marktes – auch unter Heranziehung von Hilfsmitteln wie dem Bedarfsmarktkonzept – häufig nicht möglich ist.²⁵¹ Noch ungleich schwieriger ist demnach die Festlegung einer gewünschten Struktur auf dem betroffenen Markt, insbesondere angesichts der Tatsache, dass Märkte dynamischen Wettbewerbsprozessen unterliegen.²⁵² Auch wird als generelles Argument gegen die Entflechtung von Monopolisten angeführt, dass auch nach einer Entflechtung allenfalls ein Oligopol mit nur ein oder zwei Wettbewerbern mehr entsteht, in dem kein wesentlicher Wettbewerb zu erwarten ist.²⁵³ Dem kann allerdings entgegengehalten werden, dass im Oligopol eine Verletzung der Gruppennormen wahrscheinlich ist, weil sie schwieriger aufzudecken ist als innerhalb einer Organisation und zum unmittelbaren Vorteil des Verletzenden führt; außerdem umfasst eine Koordination innerhalb einer (monopolistischen) Organisationsform

250 Zum Begriff vgl. statt vieler *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung, S. 55. *Voges*, Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips, S. 119, hebt allerdings hervor, dass der Vorwurf des Marktdesigns schon gegen die Einführung der – heute einhellig als notwendig angesehenen – Fusionskontrollvorschriften mit der zweiten GWB-Novelle von 1973 (unten Rn. 208 ff.) vorgebracht wurde.

251 Vgl. *Hesse*, WuW 1978, S. 757.

252 *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung, S. 55.

253 *Zäch/Heizmann*, in: *Rüssli/Hännli/Häggi Furrer*, FS Jaag, S. 573; vgl. auch *Zäch*, in: FS FIW, S. 278 f.

wesentlich mehr Faktoren als im Oligopol, wo zumeist allein der Preis koordiniert ist.²⁵⁴

Es bedarf also einer genauen Betrachtung im Einzelfall, ob die Entflechtungsmaßnahme zur Steigerung der Wettbewerbsintensität geeignet ist. Erhebliche praktische Hürden stellen hierbei die fehlende Vorhersehbarkeit des Wettbewerbs (aa) und – bei Verkaufslösungen – die Suche nach einem geeigneten Erwerber (bb) dar. 122

aa) Fehlende Vorhersehbarkeit des Wettbewerbs

Die Einzelfallbetrachtung ist insbesondere limitiert durch die fehlende Vorhersehbarkeit der Marktentwicklung. Hierin liegt auch ein entscheidender Unterschied von nachträglichen Entflechtungen und vorbeugender Fusionskontrolle: Während die Wettbewerbsbehörde bei der Fusionskontrolle nur ein feststehendes Szenario zu beurteilen hat, muss sie bei einer Entflechtung ein alternatives Szenario entwerfen.²⁵⁵ Es besteht daher stets das Risiko, dass unerwartete Konsequenzen eintreten, die das gewünschte Ergebnis der Entflechtung konterkarieren oder diese zumindest wirkungslos werden lassen. 123

Ein praktisches Beispiel für die Unvorhersehbarkeit des Wettbewerbs kann etwa in dem US-amerikanischen Entflechtungsverfahren im Fall *IBM*²⁵⁶ erblickt werden: Das Verfahren wurde 1952 eingeleitet, als *IBM* auf dem Markt für Lochkarten einen Anteil von ca. 90 % hatte. Als 1963 bei einem Marktanteil von noch 53 % schließlich die Entflechtung angeordnet wurde, war die Lochkartentechnologie bereits im Verschwinden begriffen und *IBM* hatte seinen Schwerpunkt auf die elektronische Datenspeicherung gelegt.²⁵⁷ Die wettbewerblichen Prozesse hatten das Entflechtungsverfahren also „überholt“ und es im Ergebnis überflüssig gemacht. 124

Ein Faktor, der diese dem dynamischen Wettbewerbsprozess immanente Ungewissheit verstärkt, ist die lange Verfahrensdauer. So dauerten etwa die bisherigen Entflechtungsverfahren in den USA einschließlich gerichtlicher Klärung durchschnittlich sieben Jahre, wobei der Vollzug der Entflechtung noch nicht eingerechnet ist.²⁵⁸ *Posner* brachte diesen Fakt in seiner Ana- 125

254 Vgl. *Schumacher*, Wirtschaftsdienst 1977, S. 622.

255 Vgl. *Bach*, in: *Bechtold/Jickeli/Rohe*, FS Möschel, S. 41 f.

256 *United States v. International Business Machines Corp.* (1956 U.S. Dist. LEXIS 3992).

257 *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung, S. 26; *Möschel*, Entflechtungen, S. 68.

258 *BKartA*, Entflechtung, S. 12.

lyse US-amerikanischer Entflechtungsverfahren prägnant zum Ausdruck: „*Law time is not real time.*“²⁵⁹ Diesem Problem kann allerdings durch die Festlegung von Verfahrensfristen jedenfalls ein Stück weit entgegengewirkt werden.

- 126 Die fehlende Vorhersehbarkeit des Wettbewerbs spricht auch nicht *per se* gegen Entflechtungen. So gibt es auch Fälle wirtschaftlicher Machtkonzentrationen, in denen eine behördliche Prognose sich als zu unternehmensfreundlich erweist und im Nachhinein ein Eingreifen gerechtfertigt erscheint. Ein Beleg hierfür ist etwa darin zu sehen, dass der Europäischen Kommission im Jahr 2014 der Zusammenschluss von *Facebook* und *WhatsApp* zur fusionskontrollrechtlichen Prüfung vorlag. Die Kommission erhob gem. Art. 6 Abs. 1 b) FKVO keine Einwände, weil sie keinen Anlass zu ernsthaften Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt sah²⁶⁰ – eine Entscheidung, die aus heutiger Sicht von vielen Wettbewerbsökonomen und Kartellrechtlern für einen Fehler gehalten wird und für eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz zur Korrektur solcher Fehlentscheidungen streiten könnte.²⁶¹
- 127 Wie sich zeigt, ist die Unvorhersehbarkeit von Marktentwicklungen also nicht geeignet, Entflechtungen pauschal die Geeignetheit zur Marktdynamisierung abzusprechen. Vielmehr liegt es in der Natur der Sache, dass bei einer prognostischen Entscheidung Unsicherheiten im Hinblick auf die Marktentwicklung in Kauf zu nehmen sind. Gerade auf dynamischen Märkten kann die Unvorhersehbarkeit sogar ein Argument für Entflechtungskompetenzen zur Korrektur von misslungenen Entscheidungen sein. Die genannten Fälle dienen aber jedenfalls als greifbare Mahnung an Wettbewerbsbehörden, ihre Befugnisse zur Entflechtung nur mit großer Zurückhaltung und Demut gegenüber den eigenen Fähigkeiten auszuüben. Daneben könnte der „natürlichen Abwesenheit perfekter Voraussicht“²⁶² für den Fall, dass sich die Erwartungen der Behörde nicht bestätigen, durch eine Aufhebung der Entflechtungsmaßnahme begegnet werden. Umgekehrt könnte auch eine nachträgliche Verschärfung der Maßnahme sinnvoll sein, wenn sie sich als nicht wirksam erweist.²⁶³

259 Posner, Antitrust Law, S. III.

260 KOM, Beschluss vom 03.10.2014, COMP/M.7217, Rn. 191.

261 Vgl. Zimmer, in: Kirk/Offergeld/Rohner, Kartellrecht in der Zeitenwende, S. 290. Ausführlich zur nachträglichen Entflechtung von Unternehmenszusammenschlüssen gem. § 32f Abs. 4 GWB: Voges, Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips, S. 367 ff.

262 Budzinski, in: Kirk/Offergeld/Rohner, Kartellrecht in der Zeitenwende, S. 121.

263 Vgl. KOM, Crawford/Rey/Schnitzer-Bericht, S. 19.

bb) Finden eines geeigneten Erwerbers

Ein weiteres Problem, das sich der Festlegung einer erwünschten Marktstruktur zuordnen lässt, ist die Suche nach einem geeigneten Erwerber im Falle von Verkaufslösungen (zu Verkaufs- und *pro-rata*-Lösungen oben Rn. 29 ff.). Scheitert diese Suche, dann scheitert die Entflechtungsmaßnahme als solche. Das Finden eines geeigneten Erwerbers ist auch entscheidend für die Verhältnismäßigkeit der Entflechtung. Denn nur, wenn der Erwerber zur weiteren Teilnahme am Wettbewerb in der Lage und auch hieran interessiert ist, ist die Entflechtung ein geeignetes Mittel zur Verbesserung des Wettbewerbs.²⁶⁴ 128

Praktische Probleme können sich dabei insbesondere auf stark konzentrierten Märkten ergeben, wenn die wenigen geeigneten Unternehmen selbst durch Fusionskontrollvorschriften am Erwerb gehindert sind.²⁶⁵ Dem kann etwa entgegengewirkt werden, indem durch die Übertragung des zu entflechtenden Unternehmensteils auf einen Treuhänder der Verkaufsdruck erhöht wird.²⁶⁶ Soweit allerdings von vornherein nur rechtlich am Erwerb gehinderte Wettbewerber in Betracht kommen, dürfte eine Verkaufslösung mangels Eignung zur Wettbewerbsverbesserung unzulässig sein. Beim Verkauf von Aktien besteht überdies die Gefahr von Kursstürzen aufgrund der plötzlichen „Überflutung“ des Markts.²⁶⁷ Dieser Gefahr kann etwa durch die – behördliche oder gesetzliche – Festlegung eines Mindestverkaufswerts vorgebeugt werden. 129

b) Festlegung einer erwünschten Unternehmensstruktur

Neben der Marktstruktur bereitet auch die Festlegung einer erwünschten Unternehmensstruktur Probleme. Insbesondere ergeben sich Schwierigkeiten dabei, die abzuspaltenden Unternehmensteile so auszuwählen, dass sie nach der Entflechtung als eigenständige Unternehmen überlebens- bzw. wettbewerbsfähig sind. Naturgemäß sind diese Probleme größer, wenn Sachwerte und nicht Anteile veräußert werden. So könnte etwa die Zer- 130

264 Vgl. *Kerber*, Wirtschaftsdienst 2008, S. 828. Allgemein zu den Herausforderungen bei der Wahl eines geeigneten Erwerbers vgl. auch *Källezi*, *Mesures Correctives*, S. 87 ff.

265 *Möschel*, *Entflechtungen*, S. 116.

266 *Monopolkommission*, Hauptgutachten III, Rn. 755.

267 *Jens*, *WuW* 1978, S. 266.

schlagung eines marktstarken Unternehmens mit zwei Produktionsstandorten auch dann keinen Wettbewerb hervorrufen, wenn der eine Standort ineffizienter oder schlechter gelegen ist als der andere.²⁶⁸

- 131 Inwieweit eine Entflechtung von Sachwerten, also etwa Produktionsstandorten, ohne volkswirtschaftlichen Schaden möglich ist, hängt auch maßgeblich davon ab, ob es in dem betroffenen Unternehmen vorgezeichnete „Bruchlinien“ gibt, entlang derer die Entflechtung verlaufen kann.²⁶⁹ Relativ klar erkennbar sind solche Bruchlinien insbesondere bei der Entflechtung eines vollzogenen Zusammenschlusses. In diesem Fall verläuft die Bruchlinie entlang der früheren Unternehmensgrenzen. Aber auch bei internem Wachstum kann die Bruchlinie erkennbar sein, etwa wenn das Wachstum auf einen bestimmten Geschäftsbereich zurückzuführen ist.²⁷⁰ Auch im Falle getrennter Organisationseinheiten oder von reinen Holding-Gesellschaften ist die Identifikation der Bruchlinien regelmäßig unproblematisch,²⁷¹ ebenso bei der vertikalen Entflechtung.²⁷²
- 132 Dagegen erscheint im kleinsten denkbaren Falle eines Betriebs im Sinne einer räumlich-technischen Unternehmenseinheit eine Entflechtung mangels vorhandener Bruchlinien kaum denkbar.²⁷³ Probleme können sich auch bei Konzernen ergeben, etwa wenn zentrale Aufgaben wie Forschung und Entwicklung, Controlling oder Marketing in einer Gesellschaft konzentriert sind.²⁷⁴
- 133 Ergänzend zur richtigen Festlegung der Bruchlinie können verhaltensorientierte Maßnahmen zur Gewährleistung der Überlebensfähigkeit des entflochtenen Unternehmensteils sinnvoll sein, z.B. die Einräumung von „Schonfristen“ in Form von Wettbewerbs- oder Expansionsverboten für den Veräußerer.²⁷⁵ Solche Regelungen können zugleich einen Rückfall in die vorherige Marktstruktur verhindern.²⁷⁶

268 *Kaysen/Turner*, Antitrust Policy, S. 114, 117.

269 Vgl. dazu etwa *Bartling*, Wettbewerbspolitik, S. 137 ff.; *Jens*, WuW 1978, S. 266 f.; *Müller*, Entflechtung und Deregulierung, S. 113 f.; *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung, S. 61 ff.; *Oehler*, Entflechtung, S. 101 ff.; *Schulte-Braucks*, Auflösung marktbeherrschender Stellungen, S. 85.

270 Vgl. *Kwoka/Valletti*, 30 *Industrial and Corporate Change* 2021, S. 1295.

271 *Müller*, Entflechtung und Deregulierung, S. 113.

272 *Oehler*, Entflechtung, S. 102.

273 Vgl. *Monopolkommission*, Hauptgutachten III, Rn. 748 f.

274 *Morgenstern*, Entflechtung, S. 106; *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung, S. 62.

275 Vgl. *Jens*, WuW 1978, S. 267; *Oehler*, Entflechtung, S. 113 f.

276 Vgl. *Voges*, in: *Kirk/Offergeld/Rohner*, Kartellrecht in der Zeitenwende, S. 74 f.

c) Beteiligung des betroffenen Unternehmens

Anhand der dargelegten praktischen Hürden zeigt sich, dass eine ökonomisch sinnvolle Entflechtung intensive Markt- und Unternehmenskenntnis voraussetzt. Wohl nicht zuletzt aus diesem Grund werden Entflechtungen in aller Regel unter Mitwirkung des betroffenen Unternehmens durchgeführt (Rn. 32 ff.). Ob die betroffenen Unternehmen auch bei missbrauchsunabhängigen Entflechtungsverfahren in einer Weise mit den Wettbewerbsbehörden zusammenarbeiten würden, wie dies bislang bei Entflechtungen im Rahmen von Fusionskontrollen bzw. als Abhilfemaßnahmen bei Kartellverstößen der Fall war, kann allerdings bezweifelt werden. Denn in den beiden genannten Konstellationen haben die betroffenen Unternehmen einen unmittelbaren Vorteil aus ihrer Kooperationsbereitschaft: 134

- Im Rahmen der Fusionskontrolle kann die wirtschaftlich angestrebte Transaktion vollzogen werden und
- bei einer durch die Mitwirkung des Unternehmens ermöglichten Verfahrenseinstellung oder Zusagenentscheidung²⁷⁷ beim Verdacht eines Kartellverstoßes können Bußgelder und zivilrechtliche Schadensersatzansprüche²⁷⁸ abgewendet werden.

Entsprechende Vorteile einer Kooperation sind bei missbrauchsunabhängigen Entflechtungen nicht unmittelbar ersichtlich, sodass grundsätzlich mit mehr Gegenwehr der betroffenen Unternehmen zu rechnen ist.²⁷⁹ Insoweit könnte eine bußgeldbewehrte Mitwirkungspflicht die Unternehmen zur Kooperation, insbesondere durch Informationsoffenlegung, zwingen.²⁸⁰ 135

Allerdings dürften die betroffenen Unternehmen auch im Falle einer missbrauchsunabhängigen Entflechtung ein ureigenes Interesse daran haben, dass die negativen Konsequenzen möglichst gering sind. Dies könnte etwa durch eine Entflechtung entlang der wirtschaftlich optimalen Trennlinien erreicht werden. Insoweit dürfte eine Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden auch nicht mit der Verpflichtung der Gesellschafts- 136

277 So etwa in den Walzasphaltmarkt-Verfahren des Bundeskartellamts bzw. den Entflechtungsverfahren der Europäischen Kommission im Energiesektor, siehe dazu oben Rn. 37 ff.

278 Vgl. im deutschen Recht § 33b GWB, dessen Bindungswirkung aus unternehmerischer Sicht mit erheblichen Risiken behaftet ist, siehe dazu oben Fn. 67.

279 Vgl. dazu etwa *Klees/Hauser*, RATUBS 4/2010, Fn. 71, 128; *Morgenstern*, Entflechtung, S. 108.

280 *Voges*, in: *Kirk/Offergeld/Rohner*, Kartellrecht in der Zeitenwende, S. 71.

organe zum Handeln im Unternehmensinteresse kollidieren.²⁸¹ Dem Unternehmensinteresse dürfte vielmehr am besten gedient sein, wenn – trotz eines etwaigen Vorgehens gegen die Entflechtungsverfügung als solche – im Hinblick auf die konkrete Ausgestaltung hilfsweise mit der Wettbewerbsbehörde kooperiert wird. Demnach ist davon auszugehen, dass jedenfalls der „Entflechtungszuschnitt“ nicht am Widerstand der Unternehmen scheitert.

4. Schlussfolgerungen

- 137 Eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz lässt positive wie negative ökonomische Auswirkungen erwarten: Der Chance einer Intensivierung des Wettbewerbs und damit verbundenen Wohlfahrtssteigerung steht insbesondere das Risiko unterlassener Investitionen und Innovationen sowie von Effizienzverlusten entgegen.²⁸² Es ist somit eine wettbewerbliche Ambivalenz des Instruments zu konstatieren.²⁸³
- 138 Die ökonomischen Risiken lassen sich allerdings durch gesetzgeberische Ausgestaltung wie eine eindeutige Bestimmung des Anwendungsbereichs der Norm und Entschädigungsvorschriften abmildern. Auch sollte der Sachverstand der betroffenen Unternehmen im Entflechtungsverfahren genutzt werden, um möglichst geringe Kollateralschäden zu verursachen. Demnach können missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenzen insgesamt ökonomisch positiv wirken, soweit sie sorgfältig gesetzgeberisch ausgestaltet und behördlich angewandt werden. Dabei müssen die erheblichen Folgen für das betroffene Unternehmen im Einzelfall gegen die gesamtwirtschaftlichen Vorteile abgewogen werden.

III. Wettbewerbsrechtliche Grundlagen

- 139 Nachdem dargelegt wurde, dass missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenzen aus ökonomischer Sicht im Einzelfall sinnvoll angewandt werden können, soll im folgenden Abschnitt dargestellt werden, wie sie sich in das bestehende wettbewerbsrechtliche System einfügen. Dazu werden zunächst die Rechtfertigung und der Zweck (1.) und sodann die Regelungsbereiche (2.) von Wettbewerbsgesetzgebung dargestellt, bevor

281 Zu diesem Einwand vgl. *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung, S. 62 f.

282 Ähnlich *Kühling/Engelbracht/Welsch*, WuW 2023, S. 251.

283 So *Paal/Kieß*, NZKart 2022, S. 680.

diskutiert wird, ob die Adressierung internen Unternehmenswachstums legitim ist (3.). Aus den Erkenntnissen werden abschließend Schlussfolgerungen (4.) gezogen.

1. Rechtfertigung und Zweck staatlicher Wettbewerbsgesetzgebung

Die grundsätzliche Rechtfertigung für ein staatliches Eingreifen in den Wettbewerb findet sich in der heute wohl unbestrittenen Erkenntnis, dass der perfekte Markt nicht existiert.²⁸⁴ Vielmehr tendieren Marktsysteme, in denen keine Vorgaben zu Wettbewerbspraktiken und Marktformen existieren, zur Selbstzerstörung.²⁸⁵ Hieraus folgt, dass die grundsätzlich wünschenswerte, weil wohlstandssteigernde, Selbstregulierung des Marktes jedenfalls nicht vollständig erreichbar ist und ein gewisses Maß staatlichen Eingreifens erforderlich ist: „Wirtschaftliche Freiheit darf also nicht in einem Umfang gewährt werden, der auch die Abschaffung der Freiheit umfasst.“²⁸⁶ 140

Umgekehrt ist allerdings zu beachten, dass auch rechtliche Regeln häufig imperfekt sind und Vorteile des freien Wettbewerbs zerstören können.²⁸⁷ Es bedarf daher einer genauen Abwägung im Einzelfall, ob das konkrete Verhalten den Entscheidungen privater Akteure überlassen werden kann oder ein staatliches Eingreifen erforderlich ist. 141

Das Ausmaß dieser erforderlichen Regulierung ist freilich nicht pauschal im Voraus bestimmbar, sondern bedarf einer Einzelfallbetrachtung jeder wettbewerbsrechtlichen Norm. In der Kartellrechtswissenschaft im europäischen Rechtsraum besteht aber weitgehend Einigkeit, dass ein Regulierungszustand anzustreben ist, in dem der Wettbewerb sich innerhalb der 142

284 Vgl. *Hunt/Sherman*, Volkswirtschaftslehre, S. 93. Siehe dazu auch *Eisenberg*, 78 *Georgetown Law Journal*, S. 1551 f., wo von dem Trugschluss himmlischer Märkte („*Heavenly Market Fallacy*“) die Rede ist.

285 Zum Begriff der Selbstzerstörung vgl. etwa *Klaue*, in: FS Canenbley, S. 289 f.; *Zohnhöfer*, *Wirtschaftsdienst* 1974, S. 421.

286 *Heinemann*, ZSR/RDS 2016, S. 434. Zu diesem Freiheitsparadoxon bzw. *paradox of freedom* im wettbewerblichen Kontext vgl. auch *Wagner-von Papp*, in: *Tritell/Crane/Gérard*, *Why competition?*, S. 79 ff.

287 Vgl. *Eisenberg*, 78 *Georgetown Law Journal*, S. 1551.

staatlichen Schranken („Spielregeln“²⁸⁸) möglichst frei entfalten kann.²⁸⁹ Schutzobjekt des Wettbewerbsrechts ist also – jedenfalls nach herkömmlichem Verständnis²⁹⁰ – die Freiheit der Wettbewerbsprozesse unter der Prämisse, dass diese im Ergebnis zu ökonomischen Vorteilen führen.²⁹¹ Demnach können staatliche Interventionen insbesondere dann sinnvoll und erforderlich sein, wenn ökonomisch anerkannte Marktversagenstatbestände vorliegen, mithin die Vorteilhaftigkeit des freien Wettbewerbs widerlegt ist.²⁹²

288 Zum Begriff der Spielregeln siehe schon *Eucken*, ORDO 1949, S. 23; aus neuerer Zeit vgl. etwa *Zäch*, WuW 2010, S. 139.

289 Vgl. etwa *Bunte/Stancke*, Kartellrecht, § 1 Rn. 50; *Heinemann*, ZSR/RDS 2016, S. 27; *Kling/Thomas*, Kartellrecht, § 2 Rn. 21; *Zäch*, WuW 2010, S. 139.

290 Vgl. *Zäch*, in: *Möschel*, 50 Jahre Wettbewerbsgesetz, S. 41: „Nach traditionellem Verständnis ist Zweck eines Kartellgesetzes die Gewährleistung von wirtschaftlicher Handlungsfreiheit und damit des Wettbewerbsprozesses. Diese gesetzliche Entscheidung stützt sich auf die Erfahrung, dass der Wettbewerbsprozess am ehesten zu wirtschaftlicher Wohlfahrt führt. Gemäss dem more economic approach ist Zweck des Kartellgesetzes die Gewährleistung von wirtschaftlicher Wohlfahrt.“

291 Vgl. *Möschel*, Entflechtungen, S. 43 ff. Zwar wird auch auf andere Zwecke des Wettbewerbsrechts – insbesondere den Verbraucherschutz bzw. die Verbraucherwohlfahrt – hingewiesen, diese sind aber wohl richtigerweise als „die Folge eines wirksamen Wettbewerbsschutzes“ (so *Riesenkampff*, in: *Bechtold/Jickeli/Rohe*, FS *Möschel*, S. 501) – eben ein ökonomisch vorteilhaftes Ergebnis freier Wettbewerbsprozesse – anzusehen. Ähnlich für die Schweiz *Zäch/Heizmann*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 394: „Bei der Auslegung und Anwendung des Wettbewerbsrechts der EU ist oft die Konsumentenwohlfahrt Orientierungsgesichtspunkt. Im schweizerischen Kartellrecht dagegen sind direkte Auslegungsgesichtspunkte die Gewährleistung von Wirtschaftsfreiheit und wirksamem Wettbewerb. Deren Realisierung führt zwar erfahrungsgemäß zu Konsumentenwohlfahrt, sie ist aber kein direkter Auslegungsgesichtspunkt.“ Ein ähnliches Verständnis lässt sich auch dem *white paper* der britischen Regierung entnehmen, das dem EA02 zugrunde lag: „Vigorous competition between firms is the lifeblood of strong and effective markets. Competition helps consumers get a good deal.“ (TSO, Cm. 5233, Ziff. 1.1). Allerdings ist die Betonung der Verbraucherwohlfahrt im britischen Recht insgesamt weit verbreitet (Rn. 466 ff.). Instrukтив zur Frage, ob Zweck des Wettbewerbsrechts „Consumer Welfare“ oder „Competition as Such“ ist: *Wagner-von Papp*, in: *Tritell/Crane/Gérard*, Why competition?, S. 77 ff.

292 Vgl. *Bartsch/Käseberg/Weber*, WuW 2023, S. 246.

2. Regelungsbereiche staatlicher Wettbewerbsgesetzgebung

Die Wettbewerbsgesetzgebung im europäischen Rechtsraum befasst sich im Wesentlichen mit den fünf folgenden Vorgängen, die potentiell schädlich für den Wettbewerbsprozess sind:²⁹³ 143

1. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen von Unternehmen,
2. Missbrauch von Marktmacht durch Unternehmen,
3. Unternehmenszusammenschlüsse,
4. Wettbewerbsbeschränkungen aufgrund staatlichen Verhaltens und
5. staatliche Beihilfengewährung an Unternehmen.

In aller Regel werden die drei erstgenannten Punkte – Kartellverbot, Missbrauchsverbot und Fusionskontrolle – als die drei Säulen des kartellrechtlichen Wettbewerbsschutzes angesehen.²⁹⁴ Die behördliche Durchsetzung dieser drei Säulen gegenüber Unternehmen erfolgt insbesondere durch Abstellungsentscheidungen (d.h. Abhilfemaßnahmen zur Beseitigung einer Wettbewerbsbeeinträchtigung inklusive Entflechtungen) und Geldbußen.²⁹⁵ Daneben ist in allen hier untersuchten Rechtsordnungen auch *private enforcement* möglich (vgl. etwa §§ 33 ff. GWB, sec. 167 EA02, Art. 12 KG). Dies dürfte für Entflechtungen aber keine Rolle spielen (Rn. 609). 144

293 Zu dieser Einteilung vgl. *Whish/Bailey*, Competition Law, S. 4 f. *Whish/Bailey* beziehen sich dabei auf „EU law and the laws that are derived from it“. Dabei ist allerdings wiederum zu beachten, dass das deutsche GWB seit seinem Inkrafttreten 1958 als das „einzige moderne Kartellgesetz in Europa [...] sowohl das in dem EWG-Vertrag enthaltene europäische Kartellrecht wie auch dessen Anwendung und Durchsetzung über Jahrzehnte hinweg“ beeinflusste (*Riesenkampff*, in: *Bechtold/Jickeli/Rohe*, FS Möschel, S. 489 f.; zum Einfluss des deutschen auf das europäische Kartellrecht vgl. auch *Heinemann*, in: *Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler*, DIKE-KG, Nach Art. 1 Rn. 72 und *Wilks*, Public Interest, S. 296). Das Recht der EU ist wiederum der wichtigste Auslegungspunkt für die Auslegung des schweizerischen Wettbewerbsrechts (dazu *Zäch/Heizmann*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 388 ff.). Das britische Wettbewerbsrecht war jedenfalls bis zum sog. „Brexit“ eng in das unionsrechtliche Gefüge eingerahmt, sodass zwischen allen drei hier untersuchten Rechtsordnungen – verknüpft über das Unionsrecht – eine erhebliche Interdependenz besteht.

294 Siehe etwa *Amstutz/Carron*, in: *Amstutz/Reinert*, BSK KG, Art. 7 Rn. 1; *Emmerich/Lange*, Kartellrecht, § 26 Rn. 1; *Gerber*, Competition Law, S. 49 ff.; *Jacobs/Giger*, in: *Ducrey/Zimmerli*, SIWR V/2, E. Rn. 1; *Martenet/Heinemann*, Droit de la concurrence, S. 75 f.

295 Vgl. *Emmerich/Lange*, Kartellrecht, § 13 Rn. 1 ff.

145 Missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenzen scheinen in dieser Kategorisierung zunächst keinen Platz zu finden.²⁹⁶ Denn sie knüpfen weder an einen Rechtsverstoß des betroffenen Unternehmens an (1. und 2.), noch haben sie mit staatlichen Wettbewerbsbeschränkungen zu tun (4. und 5.). Ihrem Wesen nach am nächsten kommen missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenzen der Fusionskontrolle (3.), als deren zeitlich nachgelagertes Komplementärstück zur Marktstrukturkontrolle man sie verstehen kann.²⁹⁷ Sie unterscheiden sich von ihr aber dadurch, dass Fusionskontrollen externes Unternehmenswachstum adressieren und Entflechtungen insbesondere durch internes, rechtskonformes Unternehmenswachstum entstandene Machtstrukturen. Zudem sollen Fusionskontrollen schon den Eintritt einer wettbewerbsschädlichen Machtkonzentration verhindern und erfolgen deshalb in der Regel *ex ante*,²⁹⁸ während Entflechtungen sich *ex post* gegen bereits entstandene Machtkonzentrationen richten und deshalb einen erheblicheren Eingriff in die Marktstruktur darstellen.²⁹⁹ Eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz stellt damit gewissermaßen eine neue „vierte Säule“ des kartellrechtlichen³⁰⁰ Wettbewerbschutzes dar.³⁰¹

296 Entsprechend wurde im Zusammenhang mit der Einführung des § 32f Abs. 4 GWB in Deutschland häufig von einem „Paradigmenwechsel“ gesprochen, vgl. statt vieler: Thomas, ZWeR 2022, S. 336.

297 In diese Richtung etwa BT-Drs. 20/6824, S. 16. Kritisch zur sog. „Rückführungsthese“ Nettesheim/Thomas, Entflechtung, S. 75; siehe hierzu auch Möschel, Entflechtungen, S. 45 ff.

298 Vgl. § 39 Abs. 1 GWB, Art. 9 Abs. 1 KG, Art. 4 Abs. 1 FKVO. Im Vereinigten Königreich ist zwar keine vorherige Anmeldung eines Zusammenschlusses erforderlich (vgl. Sec. 22 ff. EA 2002). Sie ist aber üblich, um eine spätere Rückabwicklung zu verhindern (Slot/Farley, Competition Law, S. 169, zu einem solchen Fall vgl. etwa *Facebook, Inc. and Facebook UK Limited v Competition and Markets Authority* [2020] CAT 23).

299 Vgl. Bach, in: Bechtold/Jickeli/Rohe, FS Möschel, S. 40 ff. und Satzky, WuW 2010, S. 619, die missbrauchsunabhängige Entflechtungen deshalb dem Bereich der Industriepolitik statt der Rechtsanwendung zuordnen. Siehe dazu auch *Monopolkommission*, Hauptgutachten III, Rn. 761, wo von einer „positive[n] Gestaltung von Marktstrukturen“ bei Entflechtungen marktbeherrschender Unternehmen im Gegensatz zur Erhaltung des *status quo* bei Fusionsverboten bzw. Wiederherstellung des *status quo ante* bei der Auflösung verbotener Fusionen die Rede ist.

300 Da missbrauchsunabhängige Entflechtungen in der Sache nichts mit Kartellen zu tun haben, wird in dieser Arbeit der allgemeinere Begriff „Wettbewerbsrecht“ verwendet.

301 Vgl. Hüther, in: FS FIW, S. 42 ff. A.A. etwa Ackermann, ZWeR 2023, S. 8, der den Begriff der vierten Säule aufgrund des potentiell wirtschaftsregulierenden Charakters missbrauchsunabhängiger Eingriffskompetenzen für „zu kurz gegriffen“ hält.

3. Legitimität der Adressierung internen Unternehmenswachstums?

Fraglich ist, ob diese vierte Säule sich friktionslos in den bestehenden wettbewerbsrechtlichen Rahmen einfügen lässt. Hiergegen wird insbesondere vorgebracht, dass missbrauchsunabhängige Entflechtungen eine unzulässige Sanktionierung legitimen wirtschaftlichen Erfolgs in Form von internem Unternehmenswachstum darstellen würden.³⁰² Internes Unternehmenswachstum sei gegenüber – der Fusionskontrolle unterliegendem – externem Wachstum deshalb privilegiert, weil „Unternehmen kein Leistungsanreiz im Wettbewerb genommen werden sollte.“³⁰³ Vielmehr solle der „Pioniermonopolist“ von seinem Vorsprung profitieren dürfen, bis ihm Nachahmer seine Position streitig machen.³⁰⁴ Teils wird hieraus gar gefolgert, dass die so bewirkte Begrenzung internen Unternehmenswachstums gegen das Wettbewerbsprinzip als solches verstieße.³⁰⁵ 146

Zwar lässt sich dem entgegenhalten, dass mit einer missbrauchsunabhängigen Entflechtung keine Sanktionierung eines Verhaltens verbunden ist. Vielmehr ist sie – wie die Fusionskontrolle – marktstrukturorientiert und stellt deshalb auch keine Pönalisierung internen Unternehmenswachstums dar.³⁰⁶ Angesichts der erheblichen Auswirkungen einer Entflechtung, die weit über die Konsequenzen einer Geldbuße hinausgehen können, dürfte dieses eher formalistische Argument für betroffene Unternehmen aber nur ein schwacher Trost sein. Schließlich sind internes und externes Unternehmenswachstum ihrem Wesen nach tatsächlich nur bedingt vergleichbar: 147

So schafft internes Unternehmenswachstum neue Kapazitäten, während externes Wachstum bereits vorhandene Kapazitäten bündelt; auch ist internes Wachstum einer deutlich effektiveren Nachfragekontrolle durch den Markt ausgesetzt.³⁰⁷ Plakativ formuliert: „*merger is the ultimate form of collusion*“³⁰⁸. Eine unterschiedliche Behandlung internen und externen Unternehmenswachstums ist daher durchaus gerechtfertigt und geboten. So 148

302 Vgl. statt vieler: *Kersting*, in: Jahrbuch HHU 2010, S. 616.

303 Vgl. *Kersting*, DB 10/2010, S. M 1.

304 *Satzky*, WuW 2010, S. 618.

305 *Zäch*, in: FS FIW, S. 279.

306 Vgl. *Monopolkommission*, Sondergutachten 58, Rn. 38.

307 *Möschel*, Entflechtungen, S. 46. In ökonomischer Hinsicht ist zwar fraglich, ob rein internes Wachstum überhaupt existiert (vgl. *Herrmann*, Entflechtung, S. 59). In rechtlicher Hinsicht ist die Unterscheidung jedoch klar: externes Unternehmenswachstum unterliegt der Fusionskontrolle, internes Unternehmenswachstum nicht. Dementsprechend ist eine Auseinandersetzung mit den Einwänden zur Legitimität internen Unternehmenswachstums erforderlich.

308 *Hay*, 9 Oxford Review of Economic Policy 2/1993, S. 10.

erschiene es etwa als mit dem freien Wettbewerb kaum vereinbar, internes Wachstum (analog zur Fusionskontrolle) über bestimmte Umsatzschwellen hinaus von der Genehmigung der Kartellbehörde abhängig zu machen.

149 Das heißt indes nicht, dass internes Unternehmenswachstum *per se* einer wettbewerbsrechtlichen Kontrolle entzogen sein muss. Denn für die potentielle Wettbewerbsschädlichkeit wirtschaftlicher Machtkonzentrationen (Rn. 103 ff.) spielt es keine Rolle, ob die Machtposition auf internem oder externem Unternehmenswachstum beruht. Auch die an die potentiellen Gefahren wirtschaftlicher Machtpositionen anknüpfende Missbrauchsaufsicht unterscheidet schließlich nicht zwischen intern und extern gewachsenen Machtpositionen. Es lässt sich deshalb auch argumentieren, dass – weil Wettbewerb nur auf Märkten mit multipler Marktstruktur gewährleistet ist – sich ein missbrauchsunabhängiges Entflechtungsinstrument aus dem Grundgedanken eines vor Selbsterstörung zu schützenden Wettbewerbs „von selbst“ rechtfertigt.³⁰⁹ Auch erschiene es mit dem Schutzzweck des Wettbewerbsrechts – der Freiheit der Wettbewerbsprozesse (Rn. 142) – schwer vereinbar, eine Störung eben jener Prozesse einfach hinzunehmen.³¹⁰ *Voges* sieht missbrauchsunabhängige Abhilfemaßnahmen, insbesondere Entflechtungen nach § 32f Abs. 4 GWB, daher als „unmittelbare Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips“ an.³¹¹

150 *Ergo*: Es lässt sich mit ebenso guten Argumenten vertreten, dass die Adressierung internen Unternehmenswachstums durch eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz mit dem Wettbewerbsprinzip schlechthin unvereinbar oder aber seine notwendige Folge sei. Beides dürfte in seiner Pauschalität zu weit gehen. Hieran zeigt sich erneut (Rn. 101), dass die Diskussion anhand von theoretischen Dogmen nicht zielführend ist. Entscheidend für die Bewertung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz ist vielmehr, welche Auswirkungen die konkrete Norm erwarten lässt. Dabei sind – wie allgemein im Wettbewerbsrecht – die Nachteile für ein einzelnes Unternehmen gegen die Vorteile für den Markt und letztlich die Verbraucher abzuwägen.³¹²

151 Zudem greift die Debatte um internes Unternehmenswachstum zu kurz. So stellt etwa die Gesetzesbegründung zu § 32f Abs. 4 GWB klar, dass die 2023 in Deutschland eingeführte missbrauchsunabhängige Entflechtungs-

309 So *Klaue*, in: FS Canenbley, S. 289 f.

310 *Voges*, in: *Kirk/Offergeld/Rohner*, Kartellrecht in der Zeitenwende, S. 67.

311 *Voges*, Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips, S. 114 ff. *et passim*.

312 Vgl. *Monopolkommission*, Sondergutachten 58, Rn. 79 ff.

kompetenz nicht nur durch internes Wachstum entstandene Strukturen betrifft. Vielmehr sind potentielle Anwendungsfälle auch anderweitige Machtkonzentrationen, insbesondere infolge von Marktaustritten oder Zusammenschlüssen unterhalb der Aufgreifschwelle der Fusionskontrolle – etwa auf regionalen Märkten.³¹³ Denkbar erscheint eine Anwendung z.B. auch im Fall der sog. *killer acquisitions*, also beim gezielten Aufkauf aufstrebender Unternehmen unterhalb der fusionskontrollrechtlichen Aufgreifschwelle.³¹⁴ Daneben könnten auch Machtstellungen entflochten werden, die durch Ministererlaubnis ermöglicht wurden oder vor der Einführung eines Fusionskontrollregimes entstanden sind.³¹⁵ Auch die spätere Entflechtung von einmal erlaubten Zusammenschlüssen erscheint bei angemessener Berücksichtigung von Vertrauensschutzgesichtspunkten denkbar (Rn. 126).

4. Schlussfolgerungen

Im Ergebnis sind missbrauchsunabhängige Entflechtungen keine offensichtlichen Systembrecher. Es mag sich bei der Einführung einer „vierten Säule“ des kartellrechtlichen Wettbewerbsschutzes zwar insoweit um einen „Paradigmenwechsel“ handeln, als diese Säule erstmals auch rechtskonform erlangte Machtpositionen adressiert. Auch kann etwa die aktiv marktgestaltende Rolle, die der Wettbewerbsbehörde zugestanden wird, kritisch gesehen werden.³¹⁶ In der Sache sind missbrauchsunabhängige Entflechtungen aber auf die Förderung des freien Wettbewerbs ausgerichtet und folgen damit den anerkannten Zielen des Wettbewerbsrechts.³¹⁷

Inwieweit sich das Instrument einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz in das wettbewerbsrechtliche Regime in Deutschland und

313 Vgl. BT-Drs. 20/6824, S. 1, 16, 27.

314 Zu den „Schutzlücken im System der präventiven Fusionskontrolle bei (systematischen) Akquisitionen unterhalb der quantitativen Aufgreifschwelle“ vgl. *Fuchs*, in: *Klose/Klusmann/Thomas*, FS Wiedemann, S. 305 ff.

315 Vgl. *Wagner-von Papp*, in: *Kirk/Offergeld/Rohner*, Kartellrecht in der Zeitenwende, S. 48.

316 So etwa *Körber*, NZKart 2023, S. 193 f., der an § 32f GWB einen „*more administrative approach*“ bemängelt.

317 Ähnlich *Mundt*, NZKart 2023, S. 3: „Ein Paradigmenwechsel läge darin vielleicht, wenn mit dem neuen Instrument eine quasi-voraussetzungslose Befugnis der Kartellbehörde geschaffen würde, gewissermaßen ‚Marktdesign nach billigem Ermessen‘ zu betreiben. Persönlich verstehe ich die Vorschrift aber anders: Der Fokus der kartellbehördlichen Tätigkeit liegt weiterhin allein auf dem Schutz des Wettbewerbs; das Instrumentarium hierfür wird maßvoll erweitert [...]“

C. Wettbewerbstheoretische, -praktische und -rechtliche Grundlagen

im Vereinigten Königreich einfügt und in der Schweiz einfügen würde, wird daher als Gegenstand der vorliegenden Untersuchung anhand der konkreten Normen und Anwendungsfälle zu analysieren sein.

D. Fazit: Einführung und Grundlagen

Eigentumsrechtliche Entflechtungen sind von organisatorischen Entflechtungen zu unterscheiden (Rn. 24 f.). Sie können horizontal, vertikal und diagonal erfolgen (Rn. 26) und als Verkaufs- oder *pro-rata*-Lösung umgesetzt werden (Rn. 27 ff.). Während Verkaufslösungen im herkömmlichen Wege eines *share deal* oder eines *asset deal* erfolgen, wird bei *pro-rata*-Lösungen gesellschaftsrechtlich zwischen *spin off* (Ausgliederung), *split off* (Abspaltung) und *split up* (Aufspaltung) unterschieden. 154

Die Wettbewerbsbehörden in allen drei hier untersuchten Rechtsordnungen verfügen bereits seit Längerem über die Kompetenz zur Anordnung der eigentumsrechtlichen Entflechtung von Unternehmen (Rn. 32 ff.). Dies gilt ausnahmslos im Rahmen von Fusionskontrollverfahren. Als Abhilfemaßnahme bei Kartellrechtsverstößen sind Entflechtungen jedenfalls in Deutschland (Rn. 36 ff.) und sehr wahrscheinlich auch in der Schweiz (Rn. 54 ff.) zulässig, während dies im Vereinigten Königreich nicht abschließend geklärt ist (Rn. 46 ff.). Eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz infolge einer Markt- bzw. Sektoruntersuchung findet sich in den hier untersuchten Rechtsordnungen *de lege lata* nur in Deutschland (Rn. 40 f.) und im Vereinigten Königreich (Rn. 45). 155

Missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenzen zeichnen sich dadurch aus, dass kein Verstoß des betroffenen Unternehmens gegen wettbewerbsrechtliche Verbotsnormen erforderlich ist (Rn. 60 ff.). Eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz ist deshalb die einer Wettbewerbsbehörde durch Rechtsnorm erteilte Ermächtigung zur Anordnung der zivilrechtlichen Auflösung einer (regelmäßig marktmächtigen) Unternehmenseinheit in mehrere selbständige Unternehmen ohne oder gegen den Willen und trotz rechtmäßigen Verhaltens der betroffenen Unternehmenseinheit (Rn. 65 ff.). 156

Missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenzen sind aus wettbewerbstheoretischer Sicht nicht einheitlich zu beurteilen (Rn. 70 ff.). Es kann davon ausgegangen werden, dass jedenfalls die Vertreter von systemtheoretischen Ansätzen missbrauchsunabhängige Entflechtungen generell ablehnen würden. Demgegenüber sind die Vertreter von wohlfahrtsökonomischen Ansätzen eher offen für Marktstrukturinterventionen. Es überzeugt indes nicht, Entflechtungen allein aus dogmatischen Gründen abzulehnen. Denn wie schon die Verschiedenheit der vertretenen wettbewerbs- 157

theoretischen Ansätze zeigt, existieren auf diesem Feld keine unumstößlichen Wahrheiten naturgesetzlicher Güte. Vielmehr ist nur die Annäherung an einen ökonomischen und regulatorischen Optimalzustand möglich und erstrebenswert. Deshalb ist eine differenzierte Beurteilung der Intervention im Einzelfall erforderlich, wobei insbesondere volkswirtschaftliche Kosten und Nutzen abzuwägen sind. Dabei kann (und muss) den berechtigten Bedenken, etwa im Hinblick auf eine „Anmaßung von Wissen“, bei der gesetzgeberischen Ausgestaltung und behördlichen Anwendung einer entsprechenden Befugnisnorm begegnet werden.

- 158 Wirtschaftliche Machtkonzentrationen bergen ökonomisches Problempotential, das durch eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz adressiert werden soll (Rn. 103 ff.). Missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenzen lassen wettbewerbspraktisch positive wie negative Auswirkungen erwarten: Der Chance einer Intensivierung des Wettbewerbs und damit verbundenen Wohlfahrtssteigerung stehen insbesondere das Risiko unterlassener Investitionen und Innovationen sowie von Effizienzverlusten entgegen (Rn. 110 ff.). Sie sind somit wettbewerblich ambivalent. Die ökonomischen Risiken lassen sich allerdings durch eine sorgfältige gesetzgeberische Ausgestaltung und behördliche Anwendung der Norm abmildern. Auch sollte der Sachverstand der betroffenen Unternehmen im Entflechtungsverfahren genutzt werden, um möglichst geringe Kollateralschäden zu verursachen (Rn. 134 ff.).
- 159 Zweck des Wettbewerbsrechts ist der Schutz freier Wettbewerbsprozesse (Rn. 140 ff.). Missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenzen weichen zwar von den klassischen drei Säulen des kartellrechtlichen Wettbewerbschutzes ab, da sie sich gegen rechtskonform erlangte Machtpositionen richten (Rn. 143 ff.). Sie dienen aber der Förderung des freien Wettbewerbs als anerkanntem Schutzgut des Wettbewerbsrechts. Die Adressierung internen Unternehmenswachstums ist dabei nicht *per se* illegitim, sondern im Einzelfall zu beurteilen (Rn. 146 ff.).

Teil 2: Missbrauchsunabhängige Entflechtung in Deutschland

Im folgenden Teil 2 der Arbeit wird die missbrauchsunabhängige Entflechtung 160 in Deutschland in den Blick genommen. Dazu wird zunächst die Entwicklung der wettbewerbspolitischen Debatte in Deutschland mit besonderem Fokus auf die Bewertung von Machtkonzentrationen und Entflechtungen dargestellt (A.), bevor die im Jahr 2023 in § 32f Abs. 4 GWB eingeführte missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz untersucht wird (B.). Unter C. wird sodann die mögliche praktische Anwendung der Norm diskutiert. Abschließend werden die Erkenntnisse des zweiten Teils in einem Fazit (D.) zusammengefasst.

A. Machtkonzentration und Entflechtung als Gegenstand deutscher Wettbewerbspolitik

Der nachfolgende Abschnitt stellt die wettbewerbspolitische Debatte um 161 Machtkonzentration und Entflechtung in Deutschland dar. Diese lässt sich – vor der Diskussion um die Einführung von § 32f Abs. 4 GWB in den Jahren 2022 und 2023 – grob in folgende vier Phasen unterteilen:

- Deutschland als „klassisches Land der Kartelle“³¹⁸ und Machtkonzentrationen von Beginn der Industrialisierung bis zum Zweiten Weltkrieg (I.);
- die alliierte Dezentralisierung der deutschen Wirtschaft in der Nachkriegsphase (II.);
- die Entstehungsphase des GWB unter dem Einfluss der USA und des Ordoliberalismus (III.);

318 Zum Begriff siehe etwa v. Götz, WRP 2007, S. 742 m.w.N.; Schmidt/Haucap, Wettbewerbspolitik, S. 211.

- der Wandel des wettbewerbspolitischen Leitbilds mit den insbesondere um die 1970er-Jahre und um 2010 geführten Debatten um die schädlichen Auswirkungen wirtschaftlicher Machtkonzentrationen und die Einführung von Entflechtungsinstrumenten (IV.).

Der Abschnitt schließt mit zusammenfassenden Schlussfolgerungen (V.).

I. Deutschland als klassisches Land der Kartelle und Machtkonzentrationen

- 162 Bis zum Ende des Zweiten Weltkrieges duldete das deutsche Recht Kartelle und Machtkonzentrationen weitgehend; die Wirtschaft machte von diesen Freiheiten auch umfassend Gebrauch. Die grundsätzliche Zulässigkeit von Kartellen wurde zunächst aus der Gewerbeordnung und der Weimarer Reichsverfassung hergeleitet (1.). Die Kartellverordnung von 1923 stellte einen ersten, zurückhaltenden Regulierungsversuch dar (2.). Die Wettbewerbspolitik im „Dritten Reich“ war ambivalent und folgte den jeweiligen Bedürfnissen des NS-Regimes (3.).

1. Grundsätzliche Zulässigkeit von Kartellen

- 163 Die grundsätzliche Zulässigkeit von Kartellen im Rahmen der Gewerbefreiheit gem. § 1 GewO³¹⁹ wurde vom Reichsgericht schon in seinem Urteil vom 04.02.1897 zum sächsischen Holzstoffkartell³²⁰ angenommen. Nach Inkrafttreten der Weimarer Reichsverfassung wurde zur Rechtfertigung auch auf deren Artt. 151, 152 und 159 (Gewerbe-, Vertrags- und Vereinigungsfreiheit) rekurriert.³²¹ In Bereichen der öffentlichen Daseinsvorsorge wie der Kohlewirtschaft wurden private Anbieter sogar durch staatlichen Zwang in

319 Die – in vielfach modifizierter Form noch heute gültige – Gewerbeordnung trat zum 01.10.1869 in Kraft. Die Proklamation der Gewerbefreiheit war zum damaligen Zeitpunkt Ausdruck der Einsicht, dass das Zunftwesen nicht mehr im Einklang mit der wirtschaftlichen Realität nach der Industrialisierung stand, vgl. BT-Drs. II/1158, S. 23.

320 RGZ 38, 155-162; siehe dazu etwa *Böhm*, ORDO 1948, S. 197 ff., *Lübbig*, NZKart 2024, S. 242 f. und *Mey*, D'Kart vom 02.08.2021.

321 Vgl. *Eger*, Kartellrecht, S. 20.

Kartellen zusammengeslossen, um etwa Preise und Lieferbedingungen zu vereinheitlichen.³²²

2. Kartellverordnung von 1923

Ein erster, zurückhaltender Ansatz der Eindämmung wirtschaftlicher Machtkonzentrationen ist in der Verordnung gegen den Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 02.11.1923 (sog. Kartellverordnung) zu sehen.³²³ Auch diese Verordnung anerkannte jedoch die Zulässigkeit von Kartellen und beschränkte sich auf eine staatliche Missbrauchsaufsicht, insbesondere durch die Auferlegung eines Schriftformerfordernisses sowie die Statuierung von Verhaltensregeln zwischen den Kartellanten und gegenüber Dritten.³²⁴ In § 10 der Verordnung waren Vorgaben zur „Ausnützung einer wirtschaftlichen Machtstellung“ vorgesehen, die aber nur den benachteiligten Vertragsteil zum Rücktritt berechtigen konnten und keine staatliche Sanktion vorsahen. Das kartellrechtliche Missbrauchsprinzip der Zwischenkriegsjahre war dabei Ausdruck einer positiven Grundhaltung gegenüber Kartellen als anerkannte Organisationsform der Wirtschaft, die nur bei negativen Auswüchsen zu bekämpfen sein sollten.³²⁵ Es wurde darauf vertraut, dass der Kampf zwischen den Konkurrenten den sog. potentiellen Wettbewerb hinreichend fördert.³²⁶ Der Markt als selbstregulierendes System gehöre schließlich dem Kaufmann.³²⁷ Rechtstechnisch unterscheidet sich das Missbrauchsprinzip vom heute vorherrschenden Verbotsprinzip insbesondere dadurch, dass Wettbewerbsbeschränkungen nur durch ein behördliches oder gerichtliches Einschreiten verboten werden können und nicht bereits *ex lege* verboten sind.³²⁸

322 Zu den Zwangskartellen in der Weimarer Republik siehe Eger, Kartellrecht, S. 130 ff.

323 Ausführlich dazu: Eger, Kartellrecht, S. 56 ff.; Lübbig, NZKart 2024, S. 239 ff.

324 Vgl. insb. §§ 1-4 der Kartellverordnung. Diese ist abgedruckt bei Eger, Kartellrecht, S. 173 ff.

325 Heinemann, ZSR/RDS 2016, S. 443. Siehe dazu etwa Eger, Kartellrecht, S. 3: „Es wird auch immer mehr anerkannt, daß Kartelle ein notwendiges Ergebnis unserer ganzen wirtschaftlichen Entwicklung sind, daß wir sie gar nicht mehr entbehren können – es kann sich also nur darum handeln, ihre nachteiligen Wirkungen möglichst zu beseitigen.“

326 Vgl. Isay, in: Kastl, FS Metzner, S. 37 f.

327 Vgl. Lübbig, NZKart 2024, S. 240.

328 Heinemann, ZSR/RDS 2016, S. 443.

165 Beschränkende Wirkung entfaltete die Kartellverordnung allerdings kaum. So hatte das Kartellgericht bis 1932 kein einziges Kartell wegen Gefährdung der Gesamtwirtschaft oder des Gemeinwohls aufgelöst (§ 4 Nr. 1 der Kartellverordnung) und der Reichswirtschaftsminister nur in drei Fällen die fristlose Kündbarkeit des Kartellvertrages angeordnet (§ 4 Nr. 2 der Kartellverordnung).³²⁹ Unter der Geltung der Kartellverordnung war auch kein Rückgang der Kartelle zu beobachten, sondern vielmehr die Phase der höchsten Kartellierung in der deutschen Geschichte – wohl aufgrund der nunmehr noch klareren Regeln über die Zulässigkeit von Kartellen.³³⁰ Zum Ende der Weimarer Republik wurde die Anzahl der Kartelle in Deutschland auf 3.000 bis 4.000 geschätzt.³³¹ Deutschland konnte zu dieser Zeit deshalb mit Fug und Recht als „klassisches Land der Kartelle“ (Rn. 161) bezeichnet werden.

3. Wettbewerbspolitik im „Dritten Reich“

166 Die Anfangsjahre des „Dritten Reichs“ ab 1933 waren in wettbewerbsrechtlicher Sicht geprägt durch das Gesetz über Errichtung von Zwangskartellen vom 15.07.1933.³³² Das Gesetz, das später als „der Beginn der Zentralverwaltungswirtschaft“³³³ angesehen wurde, ermöglichte den zwangsweisen Einschluss von Kartellaußenseitern in Kartelle. Das Reichswirtschaftsministerium machte von der ihm diesbezüglich verliehenen Kompetenz zunächst mit dem Ziel der Stärkung der krisengeplagten Wirtschaft intensiv Gebrauch.³³⁴

167 Nach der wettbewerbspolitisch durch staatliche Preisregulierung geprägten Aufrüstungsphase von 1936 bis 1939, in der Kartelle aufgrund der hohen Güternachfrage weniger Bedeutung hatten, folgte ab 1942 eine Phase der

329 Eger, Kartellrecht, S. 75. Bei einem weiteren als dem dieser Arbeit zugrunde gelegten Entflechtungsverständnis (vgl. oben Rn. 24 f., 67) ließen sich §§ 4 Nr. 1, 7 der Kartellverordnung durchaus als Entflechtungskompetenz einordnen.

330 v. Götz, WRP 2007, S. 742 f.

331 Schmidt/Haucap, Wettbewerbspolitik, S. 211.

332 RGBl. I 1933, S. 488.

333 BT-Drs. II/1158, S. 24.

334 Vgl. Metzner, WuW 1954, S. 229: „Das Reichswirtschaftsministerium (RWM), das mit Zwangsanschlüssen beschäftigt war, fand keinen Anlaß, Kartelle zu verbieten oder aufzulösen. So ergaben die drei ersten Jahre der NS-Herrschaft ein Paradies der Kartellwirtschaft, aber nicht aus Willkür oder Zuneigung, sondern als Folge der internationalen, verheerenden Weltwirtschaftskrise.“

Zerschlagung von Kartellen. So wurden Kartelle 1942 zunächst der Weisungsbefugnis des Reichswirtschaftsministeriums unterstellt, 1943 erfolgte der sog. Kartellvereinbarungserlass.³³⁵ Diese Phase führte zu einem Rückgang von reichsweit etwa 2.500 auf 600 bis 700 Kartelle.³³⁶ Hintergrund dieser Politik war, dass Kartelle in einem System der voll durchgeplanten Wirtschaft hinderlich erschienen.³³⁷

Gegen Konzerne und marktbeherrschende Unternehmen wurde indes nicht vorgegangen, da diese für die autarke Rüstungsproduktion unverzichtbar waren.³³⁸ Sie unterlagen allerdings ebenfalls der staatlichen Lenkung, etwa durch die gleichgeschalteten Wirtschafts- und Fachgruppen und ab 1942 durch die sog. „Zentrale Planung“.³³⁹ Insgesamt wurde die Zentralverwaltungswirtschaft durch den hohen Konzentrationsgrad der deutschen Wirtschaft „sehr erleichtert.“³⁴⁰ 168

II. Alliierte Dezentralisierung der deutschen Wirtschaft in der Nachkriegsphase

Die starke Zentralisierung der deutschen Wirtschaft und die damit einhergehende auch internationale Machtstellung, etwa der durch die I.G.-Farbenindustrie AG (I.G. Farben) weitgehend monopolisierten deutschen Chemiebranche, wurde in anderen Ländern bereits vor dem und während des Zweiten Weltkrieges als Bedrohung angesehen. Dementsprechend wurde im Potsdamer Abkommen der Siegermächte vom 02.08.1945 das „Ziel der Vernichtung der bestehenden übermäßigen Konzentration der Wirtschaftskraft“ in Deutschland festgelegt.³⁴¹ Zu diesem Zweck nutzten 169

335 Vgl dazu Günther, in: Sauer mann/Mestmäcker, FS Böhm, S. 186.

336 Metzner, WuW 1954, S. 232.

337 Vgl. Schmidt/Haucap, Wettbewerbspolitik, S. 212.

338 Metzner, WuW 1954, S. 232.

339 Siehe dazu das Gesetz zur Vorbereitung des organischen Aufbaues der deutschen Wirtschaft (Wiederaufbaugesetz) vom 27.02.1934 (RGBl. I 1934, S. 185) sowie den „Erlass des Reichsmarschalls des Grossdeutschen Reichs [Hermann Göring] über Errichtung einer ‚Zentralen Planung‘ im Vierjahresplan“ vom 22.04.1942.

340 Eucken, Wirtschaftspolitik, S. 93.

341 Dort heißt es unter Ziff. 12: „In praktisch kürzester Frist ist das deutsche Wirtschaftsleben zu dezentralisieren mit dem Ziel der Vernichtung der bestehenden übermäßigen Konzentration der Wirtschaftskraft, dargestellt insbesondere durch Kartelle, Syndikate, Trusts und andere Monopolvereinigungen.“

die westlichen³⁴² Besatzungsmächte unter anderem das Instrument der (missbrauchsunabhängigen) Entflechtung (1.) mittels allgemeiner (2.) und spezieller (3.) Dekartellierungsgesetze.³⁴³ Aus der Gesamtschau dieser Entwicklungen werden abschließend Schlussfolgerungen (4.) gezogen.

1. Dezentralisierung durch Entflechtung

170 Im Fokus der Entflechtungen stand insbesondere die kriegsrelevante Montanindustrie; entflochten wurden aber auch die *Robert Bosch GmbH*, die *I.G. Farben* (der zu diesem Zeitpunkt größte Chemiekonzern in Deutschland), das Bankwesen und die (für die nationalsozialistische Kriegspropaganda wichtige) Filmindustrie.³⁴⁴ Zur rechtstechnischen Durchsetzung dieser Entflechtungen bedienten sich die Alliierten zweier Instrumente:

- einer (einzigen) behördlichen Entflechtung aufgrund der sog. Allgemeinen Dekartellierungsgesetze von 1947³⁴⁵ im Falle der *Robert Bosch GmbH* (dazu unter 2.) und
- spezialgesetzlichen Entflechtungen in den übrigen genannten Fällen (*I.G. Farben*, Bankwesen und Filmindustrie, dazu unter 3.).

342 Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich auf die Maßnahmen der amerikanischen, britischen und französischen Besatzungsmächte, da im Einflussbereich der sowjetischen Besatzungsmacht kein marktwirtschaftliches System aufgebaut wurde.

343 Ausführlich zur Kartellauflösung und Konzernentflechtung der Alliierten in der Nachkriegszeit: *Bock/Korsch*, WuW 1957, S. 411 ff. Siehe aber auch ebd. S. 413: „Wenn aus der Gesamtheit der Einwirkungen der Besatzungsmächte auf die deutsche Wirtschaft hier lediglich die Kartellauflösung und Konzernentflechtung der westdeutschen Wirtschaft in allgemeinen Grundzügen dargestellt werden soll, so muß man stets beachten und im Auge behalten, daß diese Maßnahmen nur einen Teil des riesigen Experiments, die Wirtschaftsstruktur eines besiegten Landes umzugestalten, umfassen.“

344 Vgl. dazu *Bock/Korsch*, WuW 1957, S. 420 ff.; v. *Götz*, WRP 2007, S. 748; *Möschel*, Entflechtungen, S. 4; *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung, S. 6 f.

345 Das Allgemeine Dekartellierungsgesetz wurde im Februar 1947 annähernd wortgleich in der amerikanischen Besatzungszone als Gesetz Nr. 56 (Amtsblatt der amerikanischen Militärregierung 1947, Ausgabe C, S. 2) und in der britischen Besatzungszone als Verordnung Nr. 78 (Amtsblatt der britischen Militärregierung in Deutschland 1947, Nr. 16, S. 412) eingeführt. In der französischen Besatzungszone folgte mit ähnlicher Stoßrichtung im Juni 1947 die Verordnung Nr. 96 zur Verhinderung übermäßiger Machtanhäufung in der deutschen Wirtschaft (Amtsblatt des französischen Oberkommandos in Deutschland 1947, S. 784).

Die von den Alliierten in den Nachkriegsjahren entwickelten Entflechtungsinstrumente dienten allerdings nur teilweise dem Schutz des wirk- 171
samen Wettbewerbs, weshalb sie nur bedingt als Referenz für eine miss-
brauchsunabhängige Entflechtungskompetenz im heutigen Wettbewerbs-
recht herangezogen werden können. Ihr vorrangiges Ziel war die Friedens-
sicherung in Europa durch die Schwächung der stark zentralisierten deut-
schen Wirtschaft.³⁴⁶ Dies folgt etwa aus den Erwägungsgründen zu den All-
gemeinen Dekartellierungsgesetzen in der amerikanischen und britischen
Besatzungszone, die sich primär mit der Schwächung und nur nachrangig
mit der Funktionsfähigkeit der deutschen Wirtschaft befassen.³⁴⁷ Hierin
wurde vielfach ein Anknüpfen an den Morgenthau-Plan von 1944 gesehen,
der eine Umwandlung Deutschlands in einen militärisch ungefährlichen
Agrarstaat vorsah.³⁴⁸ Daneben spielten – insbesondere im Falle der tief in
das nationalsozialistische Unrechtsregime verwickelten Montan- und Film-
industrie sowie der *I.G. Farben* – auch Sanktionserwägungen eine Rolle; als
weitere Motive sind Konkurrenzneid und britische Sozialisierungspolitik zu
nennen.³⁴⁹

Nichtsdestotrotz kam in den Dekartellierungsgesetzen auch das kartell- 172
und konzentrationskritische Wettbewerbsverständnis zum Ausdruck, das

346 Vgl. dazu *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung, S. 8 f.

347 In der Präambel der beiden Gesetze heißt es wortgleich: „Diese Verordnung wird erlassen gemäß Ziffer 12 des Potsdamer Abkommens, (I.) um zu verhindern, daß Deutschland die Sicherheit seiner Nachbarn gefährdet und den internationalen Frieden von neuem bedroht; (II.) um Deutschlands wirtschaftliche Fähigkeit, Krieg zu führen, zu zerstören; (III.) um sicherzustellen, daß die für den Wiederaufbau Deutschlands ergriffenen Maßnahmen mit friedlichen und demokratischen Zielen in Einklang stehen; (IV.) um die Grundlage für den Aufbau einer gesunden und demokratischen deutschen Wirtschaft zu schaffen.“ Der vierte Erwägungsgrund wurde dabei erst später im Gesetzgebungsverfahren und nur auf Druck der Deutschen hinzugefügt (vgl. v. *Götz*, WRP 2007, S. 747; *Möschel*, Entflechtungen, S. 7). Ausführlich hierzu: *Robert*, Konzentrationspolitik, S. 97 ff., der allerdings ein „nahezu vollkommene[s] Scheitern“ des deutschen Widerstands „gegen die anfänglich auf eine wirtschaftliche Entmachtung Deutschlands zielende Konzentrationspolitik der USA“ konstatiert, da weitergehende Änderungswünsche an den Allgemeinen Dekartellierungsgesetzen verworfen wurden. Letztlich richtete sich die Politik der westlichen Alliierten erst im Zuge der zunehmenden Ost-West-Spannungen vermehrt auf eine Stärkung der deutschen Wirtschaft (vgl. *Günther*, in: *Sauermann/Mestmäcker*, FS Böhmer, S. 187).

348 Vgl. v. *Götz*, WRP 2007, S. 747; *Purrucker*, Entflechtung als Maßnahme gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 24 ff.; *Schlichter*, Unternehmensentflechtungen als Verfassungsfrage, S. 12.

349 *Möschel*, Entflechtungen, S. 6.

sich insbesondere in den USA schon seit Erlass des Sherman Act von 1890 herausgebildet hatte und das das moderne europäische Wettbewerbsrecht mitgeprägt hat.³⁵⁰ Es erscheint deshalb zweckmäßig, die einzelnen Entflechtungsmaßnahmen jedenfalls kursorisch auf ihre rechtstechnische Umsetzung und ökonomischen Auswirkungen hin zu untersuchen.

2. Entflechtung aufgrund der Allgemeinen Dekartellierungsgesetze

- 173 Die sog. Allgemeinen Dekartellierungsgesetze richteten sich schon ausweislich des Titels „Verbot der übermäßigen Konzentration deutscher Wirtschaftskraft“ nicht allein gegen Kartelle, sondern gegen wirtschaftliche Machtkonzentrationen allgemein. Sie blieben bis zum Inkrafttreten des GWB zum 01.01.1958 anwendbar.³⁵¹ Ihre praktische Wirkung blieb jedoch gering: Schon Maßnahmen zur Durchsetzung des allgemeinen Kartellverbotes, wie z.B. Unterlassungsanordnungen, wurden nur zurückhaltend verhängt.³⁵² Entflechtungen aufgrund der Allgemeinen Dekartellierungsgesetze fanden trotz der umfassenden Kompetenzen der zuständigen Decartelization and Industrial Deconcentration Group, die insbesondere die Auflösung von Gesellschaften sowie die Anordnung von Ausgründungen und Zwangsveräußerungen umfassten,³⁵³ kaum statt.
- 174 Das einzige (wegen übermäßiger Machtkonzentration im Kfz-Zulieferbereich) auf Grundlage der Allgemeinen Dekartellierungsgesetze abgeschlos-

350 Vgl. *Möschel*, Entflechtungen, S. 6 ff.

351 Der ursprünglich vorgesehene zweite Teil „Dekartellierung und Entflechtung“ des Vertrages zur Regelung aus Krieg und Besatzung entstandener Fragen (sog. Überleitungsvertrag) wurde in der geänderten Fassung gemäß Liste IV zu dem am 23.10.1954 in Paris unterzeichneten Protokoll über die Beendigung des Besatzungsregimes in der Bundesrepublik Deutschland gestrichen, sodass für die Allgemeinen Dekartellierungsgesetze der Grundsatz gem. Art 1 Abs. 1 des Überleitungsvertrages galt: „Die Organe der Bundesrepublik und der Länder sind gemäß ihrer im Grundgesetz festgelegten Zuständigkeit befugt, von den Besatzungsbehörden erlassene Rechtsvorschriften aufzuheben oder zu ändern, sofern im Vertrag über die Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Drei Mächten oder in den in dessen Artikel 8 aufgeführten Zusatzverträgen nichts anderes bestimmt ist. Bis zu einer solchen Aufhebung oder Änderung bleiben von den Besatzungsbehörden erlassene Rechtsvorschriften in Kraft.“ (BGBl. II 1955, S. 406, Hervorhebung nur hier). Ausführlich zu Fragen der Weitergeltung des alliierten Dekartellierungsrechts: *Gleiss/Fikentscher*, WuW 1955, S. 525 ff.

352 Vgl. *Bock/Korsch*, WuW 1957, S. 419 f.

353 Vgl. *Bock/Korsch*, WuW 1957, 420.

sene Entflechtungsverfahren endete in einem Vergleich, in dem sich die *Robert Bosch GmbH* zur Veräußerung der *Noris Zündlicht AG* und der *Adler Werke AG* verpflichtete – nur um Erstere kurz darauf zurückzuerwerben.³⁵⁴ Das Verfahren diente in seiner Endphase eher der Gesichtswahrung der alliierten Dekartellierungsbehörde als dem ökonomischen Interesse an einer Entflechtung.³⁵⁵ Bemerkenswert erscheint aus heutiger Sicht aber, dass trotz des Sanktionscharakters der Allgemeinen Dekartellierungsgesetze die zu entflechtenden Unternehmen von Beginn an in das Verfahren eingebunden waren, etwa durch die Möglichkeit, selbst Abhilfemaßnahmen vorzuschlagen.³⁵⁶ Dies dürfte Ausdruck der Einsicht sein, dass eine rein einseitige Entflechtungsanordnung aufgrund fehlender Kenntnisse der Behörde von Unternehmensstruktur und Marktbegebenheiten kaum jemals Erfolg verspricht.

3. Entflechtung aufgrund von spezialgesetzlichen Ermächtigungen

Größere Auswirkungen als die Allgemeinen Dekartellierungsgesetze hatten 175 die Entflechtungsgesetze im Einzelfall betreffend die Montanindustrie (a), die *I.G. Farben* (b), das Bankwesen (c) und die Filmwirtschaft (d).

a) Entflechtung der Montanindustrie³⁵⁷

Die Entflechtung der Montanindustrie, also des Kohlebergbaus sowie 176 der Eisen- und Stahlindustrie, erfolgte aufgrund des bizonalen Gesetzes Nr. 75³⁵⁸ vom 10.11.1948 und des trizonalen Gesetzes Nr. 27³⁵⁹ vom 16.05.1950. Ziel der Entflechtung war einerseits „die Gesundung des deutschen Wirtschaftslebens zu fördern“ und andererseits „das Entstehen der Fähigkeit zur Kriegsführung zu verhindern.“³⁶⁰ Die deutsche Montanindus-

354 *Möschel*, Entflechtungen, S. 12.

355 Vgl. *Möschel*, Entflechtungen, S. 12.

356 Das Verfahren ist überblicksartig dargestellt bei *Möschel*, Entflechtungen, S. 10 f.

357 Soweit nicht anders angegeben, beziehen sich alle hier gemachten Angaben zum Entflechtungsverfahren in der Montanindustrie auf die Schilderungen von *Bock/Korsch*, WuW 1957, S. 421 ff.

358 Amtsblatt der amerikanischen Militärregierung 1948, Ausgabe L, S. 22.

359 Amtsblatt der Alliierten Hohen Kommission 1950, S. 299.

360 So die Präambel des bizonalen Gesetzes Nr. 75. In der Präambel des trizonalen Gesetzes Nr. 27 wurde die Begründung geringfügig modifiziert: „Die Alliierte Hohe

trie zeichnete sich zu diesem Zeitpunkt durch eine umfassende vertikale Integration von Kohlezechen und Eisen- und Stahlwerken aus. Rechtstechnisch lief die Entflechtung der Montanindustrie im Wesentlichen wie folgt ab:

- 177 Die Vermögenswerte der betroffenen Unternehmen wurden (meist unmittelbar nach der Besetzung) durch die Besatzungsmächte beschlagnahmt, wobei die Eigentumsverhältnisse zwar unberührt blieben, den Eigentümern aber die Ausübung jeglicher Rechte untersagt wurde. Sodann wurden deutsche Treuhandgesellschaften geschaffen, die mit der Verwaltung und Ausgestaltung der konkreten Entflechtungspläne beauftragt wurden. Die Vermögenswerte der zu entflechtenden Unternehmen wurden nach Genehmigung der Entflechtungspläne durch Hoheitsakt auf hierfür gegründete deutsche Gesellschaften (sog. Einheitsgesellschaften) übertragen. Die Satzungen dieser Einheitsgesellschaften waren durch Mustersatzungen der alliierten Kontrollgruppen vorbestimmt, um die Entflechtungen auch für die Zukunft zu sichern. So war etwa die gleichzeitige Mitgliedschaft im Vorstand oder Aufsichtsrat mehrerer Montangesellschaften ausgeschlossen. Diese Vorschriften waren allerdings mit Zweidrittelmehrheit auf der Hauptversammlung abänderbar.
- 178 Die Entschädigung der Gesellschafter der Altgesellschaften erfolgte durch *pro-rata*-Zuweisung von Anteilen an den neuen Gesellschaften, wobei ein bestimmender Einfluss von Großaktionären durch Verkaufspflichten und Maximalanteile verhindert werden sollte.
- 179 Im Ergebnis hatte die Entflechtung der Montanindustrie geringen Erfolg. Insbesondere die Mustersatzungen erfüllten nicht ihren Zweck der Verhinderung von Rekonzentration, da die zur Abänderung erforderlichen Zweidrittelmehrheiten immer zustande kamen.³⁶¹ So hatte etwa die *Thyssen-Gruppe* durch Übernahme anderer Gesellschaften ab spätestens 1973 eine Stellung erlangt, die diejenige der bis Kriegsende dominierenden *Vereinigte Stahlwerke AG* bei Weitem übertraf.³⁶² Auch die erneute Einflussnahme durch Großaktionäre konnte nicht verhindert werden. So war diesen erlaubt, an einer Nachfolgesellschaft unbeschränkt Anteile zu halten, während die Maximalanteile nur bei den übrigen Gesellschaften galten. Dies führte dazu, dass sich Großaktionäre im Wege des Ringtausches Akti-

Kommission hat sich die Dezentralisation der deutschen Wirtschaft zum Ziele gesetzt, um übermäßige Konzentration wirtschaftlicher Macht zu beseitigen und die Entwicklung eines Kriegspotentials zu verhindern.“

361 *Möschel*, Entflechtungen, S. 13.

362 *Möschel*, Entflechtungen, S. 14.

en „zuspielen“, um in jeweils einer Nachfolgesellschaft eine Mehrheitsbeteiligung zu erhalten.³⁶³

b) Entflechtung der I.G. Farben³⁶⁴

Die Entflechtung der *I.G. Farben*, des zu diesem Zeitpunkt größten Chemiekonzerns in Deutschland, erfolgte auf Grundlage des Gesetzes Nr. 35³⁶⁵ der Alliierten Hohen Kommission, nachdem bereits unmittelbar nach Kriegsende sämtliche Anlagen, Vermögensrechte und Beteiligungen beschlagnahmt wurden. Anfänglich standen als Grund für die Entflechtung noch die mit der *I.G. Farben* in Verbindung gebrachten Kriegsverbrechen im Vordergrund.³⁶⁶ Dagegen sollte das Gesetz Nr. 35 ausweislich seiner Präambel der Verhinderung einer übermäßigen Konzentration wirtschaftlicher Macht dienen.

Rechtstechnisch lehnte sich das Gesetz Nr. 35 stark an das der Entflechtung der Montanindustrie dienende Gesetz Nr. 27 an. So wurde der konkrete Entflechtungsplan durch einen deutschen Ausschuss, das Farben Dispersal Panel, erarbeitet. Nach langen Verhandlungen mit der Bundesregierung wurde schlussendlich entschieden, die *I.G. Farben* in drei große Kerngesellschaften (*BASF*, *Bayer*, *Hoechst*) und einige kleinere Nachfolgesellschaften aufzuteilen, während die Alliierten zunächst eine Zersplitterung in 50 Einheiten geplant hatten. Wie auch bei der Entflechtung der Montanindustrie mussten die Nachfolgesellschaften Mustersatzungen nach alliierter Vorbild haben und erfolgte die Entschädigung *pro rata*, wobei es aufgrund eines auf 138.000 Aktionäre verteilten Streubesitzes keine Probleme mit dem Einfluss von Großaktionären gab. Dies mag auch ein Grund dafür gewesen sein, dass es im Falle der *I.G. Farben* später nicht zu einer Rekon-

363 Vgl. *Möschel*, Entflechtungen, S. 19 f.

364 Soweit nicht anders angegeben, beziehen sich alle hier gemachten Angaben zum Entflechtungsverfahren hinsichtlich der *I.G. Farben* auf die Schilderungen von: *Bock/Korsch*, WuW 1957, S. 430 ff.

365 Amtsblatt der Alliierten Hohen Kommission 1950, S. 534.

366 Vgl. dazu die Präambel des auch von der Sowjetunion mitgetragenen Gesetzes Nr. 9 des Alliierten Kontrollrats vom 30.11.1945 (Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland 1945, S. 34): „Um jede künftige Bedrohung seiner Nachbarn und des Weltfriedens durch Deutschland unmöglich zu machen, und mit Rücksicht auf die Tatsache, daß die I.G. Farbenindustrie sich wissentlich und in hervorragendem Maße mit dem Ausbau und der Erhaltung des deutschen Kriegspotentials befaßt hat, erläßt der Kontrollrat das folgende Gesetz.“

zentration kam. Ökonomisch positive Ergebnisse der Entflechtung der *I.G. Farben* waren, dass sich Marktstrukturen auflockerten und die deutsche Chemieindustrie im Ausland nicht mehr nur durch ein einziges Unternehmen repräsentiert wurde.³⁶⁷

c) Entflechtung des Bankwesens³⁶⁸

- 182 Das privatwirtschaftliche deutsche Bankwesen bestand zum Ende des Zweiten Weltkrieges im Wesentlichen aus den drei Filialgroßbanken *Deutsche Bank*, *Dresdner Bank* und *Commerzbank*. Deren Entflechtung wurde zunächst auf Grundlage des amerikanischen Gesetzes Nr. 57,³⁶⁹ der britischen Verordnung Nr. 133³⁷⁰ und der französischen Verordnung Nr. 208³⁷¹ betrieben und sodann durch das bundesdeutsche Gesetz über den Niederlassungsbereich von Kreditinstituten (Großbankengesetz)³⁷² vom 29.03.1952 vollzogen. Hierdurch sollte „jede Möglichkeit der Begründung einer übermäßigen wirtschaftlichen Machtstellung durch einzelne Kreditinstitute ausgeschlossen werden.“³⁷³
- 183 § 1 Abs. 1 des Großbankengesetzes schrieb vor, dass Kreditinstitute nur in einem von drei Teilen der Bundesrepublik tätig sein durften. Dementsprechend wurden aus den drei Großbanken neun Regionalbanken. Die Umsetzung erfolgte im zivilrechtlichen Wege der Ausgründung von Instituten innerhalb eines bestimmten Bezirks. Die Aktien der Nachfolgeinstitute wurden *pro rata* an die Aktionäre der Großbanken verteilt. Eine Rekonzentration sollte durch verschiedene, in § 4 des Großbankengesetzes genannte Maßnahmen verhindert werden. Vorgesehen waren die Ausstellung von Namensaktien, ein Beteiligungsverbot der Bank an anderen Nachfolgeinstituten, ein Verbot personeller Verflechtungen in Vorständen und Aufsichtsräten sowie Maximalanteile für Großaktionäre.
- 184 Im Gegensatz zu den vorgenannten Fällen der Montanindustrie und *I.G. Farben* ist im Falle des Bankwesens jedoch weder eine Beurteilung der

367 Möschel, Entflechtungen, S. 18.

368 Soweit nicht anders angegeben, beziehen sich alle hier gemachten Angaben zum Entflechtungsverfahren im Bankwesen auf die Schilderungen von *Bock/Korsch*, WuW 1957, S. 432 ff.

369 Amtsblatt der amerikanischen Militärregierung 1947, Ausgabe D, S. 1.

370 Amtsblatt der britischen Militärregierung 1948, S. 710.

371 Amtsblatt des französischen Oberkommandos in Deutschland 1949, S. 1936.

372 BGBl. I 1952, S. 217.

373 BT-Drs. I/2908, S. 6.

Effektivität der Entflechtungsmaßnahmen noch der (hier im Folgenden so bezeichneten) Rekonzentrationsprävention möglich. Denn schon mit dem Gesetz vom 24.12.1956 zur Aufhebung der Beschränkung des Niederlassungsbereichs von Kreditinstituten³⁷⁴ wurden die entscheidenden Vorschriften des Großbankengesetzes aufgehoben. 1957 und 1958 fusionierten die regionalen Nachfolgeinstitute, sodass wieder die drei ursprünglichen Großbanken existierten.³⁷⁵ Hintergrund der Neuregelung war, dass der deutsche Gesetzgeber, nachdem er seine volle Handlungsfreiheit zurückerlangt hatte, keine Notwendigkeit mehr sah, „in der Bundesrepublik im Gegensatz zu den anderen europäischen Ländern einzelnen Kreditinstituten eine Einschränkung der Niederlassungsfreiheit aufzuerlegen und sie damit in ihrer Leistungskraft und in ihrer internationalen Wettbewerbsfähigkeit zu beeinträchtigen.“³⁷⁶ Den Wettbewerb innerhalb Deutschlands sah der Gesetzgeber durch die Konkurrenz zwischen den drei Großbanken sowie mit den Regionalbanken und sonstigen Kreditinstituten als gewährleistet an.³⁷⁷

d) Entflechtung der Filmwirtschaft³⁷⁸

Die Filmwirtschaft stand während der Herrschaft des nationalsozialistischen Regimes ganz überwiegend in staatlichem Besitz, nachdem das Deutsche Reich 1937 die *Universal Film AG (Ufa)* erworben hatte.³⁷⁹ Das reichseigene Filmvermögen wurde zum Ende des Zweiten Weltkrieges durch die Besatzungsmächte beschlagnahmt und Treuhändern zur Verwaltung übergeben. Nachdem zunächst die vertikale Integration zwischen Herstellung, Verleih und Vorführung von Filmen entflochten wurde, sollte auf Grundlage von Gesetz Nr. 32 der Alliierten Hohen Kommission³⁸⁰ das gesamte ehe-

374 BGBl. I 1956, S. 1073.

375 Möschel, Entflechtungen, S. 15.

376 BT-Drs. II/2657, S. 4.

377 BT-Drs. II/2657, S. 4.

378 Soweit nicht anders angegeben, beziehen sich alle hier gemachten Angaben zum Entflechtungsverfahren in der Filmwirtschaft auf die Schilderungen von *Bock/Korsch*, WuW 1957, S. 434 ff.

379 Möschel, Entflechtungen, S. 15.

380 Amtsblatt der Alliierten Hohen Kommission 1950, S. 498. Das Gesetz Nr. 32 der Alliierten Hohen Kommission hob das Gesetz Nr. 24 der amerikanischen und britischen Militärregierung vom 07.09.1949 und die Verordnung Nr. 236 des französischen Oberkommandos vom 19.09.1949 auf.

mals reichseigene Filmvermögen verkauft oder versteigert werden. Dabei wurden in Art. 6 Abs. 3 des Gesetzes umfangreiche Erwerbsverbote festgelegt.³⁸¹ Die Entflechtung sollte ausweislich der Präambel des Gesetzes einer gesunden Filmindustrie durch Verhinderung übermäßiger wirtschaftlicher Konzentration dienen.

186 Der geplante Verkauf der gesamten reichseigenen Filmwirtschaft scheiterte allerdings, weil sich nur für kleine Teile geeignete Käufer fanden. Ein erneuter Anlauf erfolgte sodann mit dem Gesetz zur Abwicklung und Entflechtung des ehemaligen reichseigenen Filmvermögens vom 05.06.1953.³⁸² Dieses Gesetz sah ebenfalls Verkaufslösungen vor und führte dazu, dass das reichseigene Filmvermögen auf drei Gesellschaften aufgeteilt wurde, von denen jedoch zwei alsbald eine gemeinsame Eigentümer- und Personenstruktur hatten.³⁸³

187 Die Entflechtung der Filmwirtschaft stellt den einzigen Fall einer Nachkriegsentflechtung dar, in dem eine Verkaufslösung und keine *pro-rata*-Lösung gewählt wurde. Eine Einschätzung der ökonomischen Auswirkungen des Entflechtungsverfahrens ist allerdings nicht möglich, da in den 1950er- und 1960er-Jahren der Einfluss ausländischer Filmproduktionen und des Fernsehens die Filmwirtschaft grundlegend veränderten – die wesentliche Wirkung des Verfahrens lag deshalb eher darin, den staatlichen Einfluss auf die Filmwirtschaft zu beenden.³⁸⁴

381 „Soweit nicht die Alliierte Hohe Kommission Ausnahmen als mit den Zwecken dieses Gesetzes vereinbar zulässt, werden keine Kaufanträge folgender Personen oder Stellen angenommen: „a) Staaten und Gebietskörperschaften nebst ihren Abteilungen, Unterabteilungen oder Amtsstellen, deren Beamte und Angestellte, sowie politische Parteien; b) Personen, denen auf Grund von Vorschriften der Entnazifizierungsgesetzgebung Sühnemaßnahmen auferlegt oder Befugnisse aberkannt worden sind; c) in Bezug auf den Verkauf eines Filmstudios. Personen, die zu irgend einer Zeit während der dem 8. Mai 1945 vorausgehenden zehn Jahre Mitglieder des Vorstandes oder Aufsichtsrates oder Prokuristen eines dem Reich gehörigen oder von ihm kontrollierten Lichtspielunternehmen gewesen sind. d) Eine juristische Person ist nicht als Käuferin zuzulassen, wenn mehr als fünfundzwanzig v. H. des Kapitals oder der Stimmrechte Personen, die unter die Vorschriften dieses Absatzes fallen, zustehen oder von ihnen kontrolliert werden.“

382 BGBl. I 1953, S. 276.

383 Möschel, Entflechtungen, S. 16.

384 Möschel, Entflechtungen, S. 16.

4. Schlussfolgerungen

Die alliierten Entflechtungsverfahren in der Nachkriegszeit waren ganz 188
überwiegend nicht von dauerhaftem Erfolg, sodass auf ihrer Grundlage
kaum eine Prognose zur ökonomischen Effizienz von Entflechtungen mög-
lich ist. Weitere Unsicherheiten im Hinblick auf die Wirksamkeit der
Entflechtungen bestehen wegen der allgemeinen Mangelsituation in der
Nachkriegszeit, der damit verbundenen Wiederaufbauleistungen und des
anfänglichen Fehlens eines ordnungspolitischen Rahmens.³⁸⁵ Möschel sah
deshalb als zentrale Erkenntnis aus den Verfahren an, dass die „im Bereich
der praktisch-technischen Durchführung [...] bestehenden Schwierigkeiten
prinzipiell überwindbar sind.“³⁸⁶ Diese Erkenntnis erlaubt indes kein Urteil
über die Sinnhaftigkeit von missbrauchsunabhängigen Entflechtungen. Um
weitere Lehren aus den Verfahren für die Zukunft ziehen zu können, sollte
auch hervorgehoben werden, welche Schwierigkeiten praktisch-technischer
Art sich zeigten:

Im Falle der Montanindustrie zeigte sich, dass die vorgegebenen Höchst- 189
anteile in den Mustersatzungen für Nachfolgesellschaften kein geeignetes
Mittel zur Rekonzentrationsprävention waren, da sie umgangen werden
konnten. Hieraus ist zu folgern, dass Maßnahmen der Rekonzentrations-
prävention besondere Umsicht erfordern. Zum Misserfolg der Entflech-
tungsmaßnahmen in der Montanindustrie und im Bankwesen dürfte auch
beigetragen haben, dass *pro-rata*-Lösungen gewählt wurden. Diese sind
zwar ein milderer Eingriff³⁸⁷ und wesentlich einfacher durchzusetzen als
Verkaufslösungen,³⁸⁸ da nicht erst mühsam ein passender Käufer gesucht
werden muss. Allerdings verändern sie die wirtschaftliche Interessenlage
der hinter den entflochtenen Gesellschaften stehenden Anteilseigner nicht.
Es liegt daher nahe, dass diese alle Mittel und Wege suchen, um baldmög-
lichst wieder eine ihnen günstige Marktstruktur zu erreichen, wie es im Fall
der Montanindustrie zu beobachten war. *Pro-rata*-Lösungen sind daher

385 Herrmann, Entflechtung, S. 226.

386 Möschel, Entflechtungen, S. 18.

387 Teilweise wird sogar vertreten, dass sie überhaupt keinen Eingriff in das grundrechtlich geschützte Eigentum darstellen, vgl. *Monopolkommission*, Sondergutachten 58, Fn. 34.

388 Möschel, Entflechtungen, S. 22, sah die Ausgründung mit *pro-rata*-Entschädigung deshalb als den „am wenigsten problematische[n] Weg“ bei der Durchführung von Entflechtungen an.

grundsätzlich skeptisch zu betrachten.³⁸⁹ Dass im Falle der *I.G. Farben* trotz *pro-rata*-Lösung keine Rekonzentration erfolgte, dürfte daran liegen, dass ihre Aktien sich im Streubesitz befanden, was ein geplantes Vorgehen der wirtschaftlichen Interessenträger erschwerte. Der Fall belegt somit, dass es durchaus Konstellationen gibt, in denen *pro-rata*-Lösungen sinnvoll angewandt werden können.

- 190 Im Falle der Filmindustrie wurde zwar eine Verkaufslösung gewählt, diese führte aber dazu, dass sich das Verfahren mangels geeigneter Käufer hinzog und die Filmwirtschaft sich zum Zeitpunkt der Entflechtung bereits grundlegend verändert hatte. Der Grund hierfür dürfte indes vor allem in den strengen Vorschriften über ausgeschlossene Käufer in Art. 6 Abs. 3 des Gesetzes Nr. 32 liegen. Diese Vorschriften waren überwiegend auf die Verhinderung des staatlichen Einflusses auf die Filmwirtschaft gerichtet. In der heutigen Zeit dürften sich solche Probleme politischer Natur in geringerem Maße stellen, sodass Verkaufslösungen grundsätzlich vorzugswürdig erscheinen. Allerdings bringt auch die Suche nach einem wirtschaftlich passenden Käufer Hindernisse mit sich (Rn. 128 f.).

III. Entstehung des GWB unter dem bestimmenden Einfluss der USA und des Ordoliberalismus

- 191 Die Entstehungsphase des GWB bis zu seiner Verabschiedung 1957, der sog. „siebenjährige Krieg“³⁹⁰, war geprägt von einem Ringen um das wettbewerbspolitische Leitbild. Einerseits forderten Ordoliberale (Rn. 92 ff.) und US-Amerikaner ein striktes Kartellverbot und missbrauchsunabhängige Entflechtungsvorschriften, andererseits wurde – insbesondere vom *Bundesverband der Deutschen Industrie* (BDI) – eine Orientierung an der wir-

389 Ähnlich *Böni*, sic! 2012, S. 75: „Voraussetzung für die Wettbewerbssteigerung durch eine solche Entflechtungsmassnahme ist allerdings regelmässig, dass die früheren Eigentümer ihre Interessen an den neu zu schaffenden Einzelunternehmen aufgeben oder sich nur auf einen Teil dieser konzentrieren“ sowie *Magnin*, Entflechtung im Infrastrukturbereich, Rn. 1014: „Die eigentumsrechtliche Entflechtung wird nur dann konsequent umgesetzt, wenn weder ehemalige Konzerngesellschaften noch andere Unternehmen vor- oder nachgelagerter Wertschöpfungsstufen an der Gesellschaft, die Eigentümerin des abgetrennten Geschäftsbereichs ist, wesentliche Anteile halten.“

390 Zum Begriff vgl. etwa *Burrichter*, in: *Kokott/Pohlmann/Polley*, FS Schroeder, S. 165 ff. sowie *Lübbig*, NZKart 2024, S. 240 m.w.N.

kungsschwachen Missbrauchskontrolle aus der Vorkriegszeit gefordert.³⁹¹ Als Argument gegen ein striktes Kartellverbot wurde etwa angeführt, dass ein solches, wie sich am Beispiel der US-Wirtschaft zeige, zu verstärkten Machtkonzentrationen und weniger Wettbewerb führe³⁹² – eine aus heutiger Sicht abwegig anmutende Auffassung, die wohl nur vor dem Hintergrund der jahrzehntelangen Kartellierung der deutschen Wirtschaft seit der Industrialisierung zu verstehen ist.

Sinnbildlich für die wettbewerbspolitischen Grabenkämpfe dieser Zeit 192 steht, dass allein von der Gründung des Bundeswirtschaftsministeriums 1949 bis zum ersten Regierungsentwurf eines eigenen Wettbewerbsgesetzes von 1952³⁹³ achtzehn (!) Referentenentwürfe ausgearbeitet wurden.³⁹⁴ Besondere Beachtung für die vorliegende Untersuchung verdient allerdings der noch vor Gründung des Bundeswirtschaftsministeriums vorgelegte *Josten*-Entwurf von 1949 (1.). Sodann wird auf die Kompromisslösung im tatsächlich in Kraft getretenen GWB eingegangen (2.).

1. Josten-Entwurf von 1949

Unter der Federführung des Ministerialdirektors *Paul Josten* und unter 193 maßgeblicher Mitwirkung u.a. des Ordoliberalen *Franz Böhm* entstand 1949 für die von *Ludwig Erhard* geleitete „Verwaltung für Wirtschaft“ der Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung des Leistungswettbewerbs (sog. *Josten*-Entwurf).³⁹⁵

a) Allgemeines zum Josten-Entwurf

Dieser Entwurf eines ersten echten deutschen Kartellgesetzes sah sich nach 194 seiner Präambel den Grundsätzen einer von staatlichem Zwang befreiten sozialen Marktwirtschaft bei freiem Leistungswettbewerb verpflichtet. Er sah allerdings umfassende Aufsichts- und Eingriffsbefugnisse des sog. „Mo-

391 Vgl. v. Götz, WRP 2007, S. 751 ff.

392 v. Götz, WRP 2007, S. 754 m.w.N.

393 BT-Drs. I/3462.

394 *Burrichter*, in: *Kokott/Pohmann/Polley*, FS Schroeder, S. 172.

395 Eine Synopse der für die Entflechtung wesentlichen Vorschriften des *Josten*-Entwurfs und des Minderheitsgutachtens von *Curt Fischer* ist im Anhang dieser Arbeit wiedergegeben, siehe unten S. 433 ff.

nopolamtes“ vor, um dem bei den Mitgliedern des *Josten*-Ausschusses vorherrschenden Idealbild der vollständigen Konkurrenz (Rn. 75, 94) so nahe wie möglich zu kommen.³⁹⁶

195 So enthielt der *Josten*-Entwurf in seinem Abschnitt „Machtgebilde ohne Kartelleigenschaft“ (§§ 12-20) auch umfangreiche Kompetenzen zur missbrauchsunabhängigen Entflechtung durch das Monopolamt.³⁹⁷ Diese wurden von der Mehrheit der Mitglieder des *Josten*-Ausschusses als „aus sachlichen Gründen unerlässlich“ angesehen, weil „decartelization und deconcentration nur Teilgebiete der gleichen Aufgabe sind, wirtschaftliche Macht zu beseitigen. Sie können nur gleichzeitig und nach einheitlichen Grundsätzen in Angriff genommen werden. Jede unterschiedliche Behandlung von Trägern wirtschaftlicher Macht und jede Verhinderung oder Hemmung nur einer ihrer Erscheinungsformen führt notwendig zu einem Ausweichen der Wirtschaft in die begünstigte Form und damit zu Strukturveränderungen aus wirtschaftsfremden Ursachen“.³⁹⁸ In dieser Aussage kommt das „ordoliberalere Postulat der wettbewerbsrechtlichen Gleichbehandlung aller Erscheinungsformen wirtschaftlicher Macht“³⁹⁹ (Rn. 97) deutlich zum Ausdruck.

196 Das Mitglied des *Josten*-Ausschusses *Curt Fischer* wandte sich in einem Minderheitsgutachten⁴⁰⁰ zwar gegen die konkrete Ausgestaltung des Entwurfs. Auch er lehnte missbrauchsunabhängige Entflechtungen aber nicht grundsätzlich ab, sondern befürwortete ihre Einführung „als letzte Drohung des Gesetzgebers und als ‚ultima ratio‘“⁴⁰¹. Er wollte dieses scharfe Instrument allerdings nicht in den Händen einer Behörde sehen. So befürchtete er durch die „untragbare Machtstellung“ des Monopolamts „bürokratisch-diktatorische Verwaltungsmaßnahmen“; die Produktivität der Wirtschaft werde „der durch Parlament und Regierung nicht mehr kontrollierbaren bürokratischen Willkür einer Behörde ausgeliefert“.⁴⁰² In seinem Gegenentwurf wurde deshalb die Kompetenz zur Anordnung eines vom Monopolamt im Einvernehmen mit dem Bundeswirtschaftsminister erarbeiteten Entschachtelungs- oder Aufgliederungsplans einem hierfür einzurichtenden Bundestagsausschuss übertragen.

396 *Robert*, Konzentrationspolitik, S. 104.

397 Der *Josten*-Entwurf ist in Gänze abgedruckt bei: *BMW*, *Josten*-Entwurf, S. 9 ff.

398 *BMW*, *Josten*-Entwurf, S. 119 f.

399 *Günther*, in: *Sauermann/Mestmäcker*, FS Böhm, S. 202.

400 *BMW*, *Josten*-Entwurf, S. 127 ff.

401 *BMW*, *Josten*-Entwurf, S. 129.

402 *BMW*, *Josten*-Entwurf, S. 128.

b) Entflechtungsvorschriften

Im *Josten*-Entwurf sollte als Grund für eine Entflechtung das bloße Vorliegen von „wirtschaftlicher Macht“ ausreichen. Die Kriterien für wirtschaftliche Macht im Sinne von § 3 des *Josten*-Entwurfs gleichen im Wesentlichen den heute verbreiteten Kriterien der Marktbeherrschung.⁴⁰³ Marktbeherrschung als solche sollte also bereits eine Entflechtung rechtfertigen, wobei Ausnahmen im Falle einer Pionierleistung, eines Leistungsvorsprungs oder einer Liebhaberleistung vorgesehen waren. Insbesondere waren auch „Machtgebilde ohne Kartelleigenschaft“, etwa sämtliche Konzerne, von der Entflechtungsandrohung betroffen, was Ausdruck der tiefgreifenden Ablehnung wirtschaftlicher Macht in der ordoliberalen Schule (Rn. 92 ff.) ist. Durch den Vorschlag sollte also „Größe an sich“⁴⁰⁴ bekämpft werden, während heutige missbrauchsunabhängige Entflechtungsinstrumente sich um eine konkretere, wirkungsbezogene Ausgestaltung von Eingriffskriterien bemühen.⁴⁰⁵ Letzteres ist im Sinne der oben (Rn. 139 ff.) herausgearbeiteten Anforderungen an staatliche Eingriffe in den Wettbewerb begrüßenswert. Auf Rechtsfolgenreihe arbeiteten sowohl der *Josten*-Entwurf als auch *Fischers* Minderheitsgutachten mit einer weiten Allgemeinklausel („alle Maßnahmen, die erforderlich und geeignet erscheinen“, §§ 19 Abs.1 bzw. 17 Abs.1).

Dennoch wurden auch schon im *Josten*-Entwurf die Interessen der betroffenen Unternehmen und Personen verfahrensmäßig und materiell berücksichtigt, um dem – ebenfalls in der ordoliberalen Schule verwurzelten – Gedanken der Unverletzlichkeit des Privateigentums Rechnung zu tragen.⁴⁰⁶ So sollten betroffene Unternehmen schon gegen die Feststellung des Vorliegens wirtschaftlicher Macht vorgehen (§ 12 Abs. 2 S. 3) und vor einer Entflechtungsanordnung selbst Pläne vorlegen (§ 18 Abs.1 bzw. § 16 Abs.1) können, die allerdings ebenfalls auf eine Entflechtung gerichtet sein mussten. Die Urheber des Entwurfs waren der Auffassung, dass durch die Möglichkeit zur „freiwilligen“ Entflechtung gem. § 18 Abs.1 „den Betroffenen eine so weitgehende Gelegenheit zu eigener Beseitigung einer

403 *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung, S. 10.

404 Zum Begriff vgl. *Möschel*, WuW 1986, S. 189 ff.

405 So erfordert § 32f Abs 4 GWB zusätzlich zur Marktbeherrschung oder überragenden marktübergreifenden Bedeutung eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs (Rn. 278 ff.), sec. 138 para. 2 EA02 erfordert einen *adverse effect on competition* (Rn. 492 ff.).

406 Vgl. *BMWi*, *Josten*-Entwurf, S. 47 f.

vorhandenen, dem Gesetz nicht entsprechenden Machtstellung gegeben [ist], als dies füglich erwartet werden kann.⁴⁰⁷ Die Vermögensinteressen der Betroffenen sollten insbesondere durch *pro-rata*-Lösungen gewahrt werden, während Verkaufslösungen nur ausnahmsweise in Betracht kommen sollten (§ 20 Abs. 2 und 3, zum Unterschied dieser beiden Ansätze siehe oben Rn. 29 ff.). § 20 sollte dabei ein bei Nichteinhaltung zum Schadensersatz berechtigendes Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB darstellen.⁴⁰⁸ Diese Normen können als Versuch der Herstellung praktischer Konkordanz⁴⁰⁹ im – dem Ordoliberalismus immanenten – Spannungsfeld zwischen klassischem, vor staatlichen Übergriffen schützenden Liberalismus und der Forderung starken staatlichen Vorgehens gegen wirtschaftliche Machtpositionen verstanden werden.⁴¹⁰

- 199 Erwähnenswert ist auch der Gedanke *Curt Fischers*, die Kompetenz für Entflechtungsanordnungen einem Parlamentsausschuss zu übertragen (§ 16 Abs. 2). Der *Josten*-Entwurf sah eine Parlamentsentscheidung zumindest bei mangelndem Einvernehmen zwischen Monopolamt und Wirtschaftsministerium über die Entflechtung vor (§ 18 Abs. 2). Es erscheint zwar zweifelhaft, ob hierdurch ein besserer Schutz vor willkürlichen Entscheidungen gewährleistet werden könnte, wie *Fischer* es sich erhoffte. Denn erfahrungsgemäß neigen politische Akteure eher zu sachfremden, eben politisch motivierten, Entscheidungen als Behörden. Jedenfalls aber würde eine Entscheidung des Parlaments der Bedeutung des mit einer Entflechtung verbundenen Eingriffs in private Rechtsgüter im Sinne der Wesentlichkeitstheorie⁴¹¹ (Rn. 329 f., 667) besser Rechnung tragen als eine bloß behördliche Anordnung aufgrund abstrakter Rechtsnormen. Außerdem würde sie eine gewisse mediale Öffentlichkeit als zusätzliche Schutzebene gewährleisten.

407 *BMWi*, *Josten*-Entwurf, S. 47.

408 *BMWi*, *Josten*-Entwurf, S. 48.

409 Zum (verfassungsrechtlichen) Begriff der Herstellung praktischer Konkordanz im Sinne eines möglichst schonenden Ausgleichs widerstreitender Interessen vgl. etwa BGE 139 I 16, 24 und BVerfGE 83, 130, 143.

410 Zu diesem Spannungsfeld des Ordoliberalismus vgl. *Robert*, Konzentrationspolitik S. 78 ff., 84 f.

411 Die aus dem Vorbehalt des Gesetzes abgeleitete Wesentlichkeitstheorie findet im deutschen Recht in Art. 20 Abs. 3 GG ihre Wurzel (vgl. dazu etwa BVerfGE 147, 253, 309 ff.), im schweizerischen Recht ist sie in Art. 164 BV verschriftlicht.

c) Scheitern des Josten-Entwurfs

Der *Josten*-Entwurf scheiterte aus vielerlei Gründen.⁴¹² Auf gesellschaftlicher Ebene ist insbesondere der massive Widerstand des 1949 gegründeten BDI zu nennen.⁴¹³ Eine entscheidende Rolle spielte auch, dass der Fokus *Ludwig Erhards* und seiner „Verwaltung für Wirtschaft“ in der ohnehin diffizilen und von Knappheiten und Zerstörung geprägten Nachkriegsphase auf der Stärkung der Wirtschaft lag, während mit Entflechtungen überwiegend eine Schwächung der Wirtschaft assoziiert wurde.⁴¹⁴ Dementsprechend mussten sich die gesamtgesellschaftlichen Konzepte der Ordoliberalen (Rn. 94) zunächst einer Wirtschaftspolitik der Leistungssteigerung unterordnen.⁴¹⁵ Entscheidend zum Scheitern des *Josten*-Entwurfs beigetragen hat aber auch der eher technische Umstand, dass die Besatzungsmächte die Zuständigkeit für Entflechtungen zunächst auch noch für sich reklamierten, nachdem sie die deutschen Institutionen bereits angewiesen hatten, ein Wettbewerbsgesetz zu erarbeiten.⁴¹⁶ Ein Gesetzgebungsvorschlag, der Entflechtungsvorschriften beinhaltete, hätte deshalb wohl keine Zustimmung der Alliierten gefunden. Diese Haltung wurde erst im Oktober 1950 aufgegeben, als der *Josten*-Entwurf bereits durch *Erhard* verworfen worden war.⁴¹⁷ 200

d) Schlussfolgerungen

Festzuhalten bleibt, dass der *Josten*-Entwurf auch aus heutiger Sicht ein „radikale[r] Vorschlag“⁴¹⁸ ist. Er war es umso mehr in einer Zeit, in der die deutsche Wirtschaft über Jahrzehnte hinweg weitgehend zentralisiert und kartelliert war und sich nach dem Zweiten Weltkrieg in einer tiefen Krise befand. Er war daher zwar juristisch hervorragend konstruiert,⁴¹⁹ trug 201

412 Ausführlich dazu etwa *Günther*, in: *Sauermann/Mestmäcker*, FS Böhm, S. 197 ff.

413 Vgl. *Burrichter*, in: *Kokott/Pohlmann/Polley*, FS Schroeder, S. 171 f.; v. *Götz*, WRP 2007, S. 750 f.; *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung, S. 11.

414 Vgl. v. *Götz*, WRP 2007, S. 751, 754 f.

415 Ausführlich dazu: *Robert*, Konzentrationspolitik, S. 106 ff.

416 Vgl. *Burrichter*, in: *Kokott/Pohlmann/Polley*, FS Schroeder, S. 171; v. *Götz*, WRP 2007, S. 751.

417 v. *Götz*, WRP 2007, S. 754.

418 *BKartA*, Entflechtung, S. 5.

419 *Günther*, in: *Sauermann/Mestmäcker*, FS Böhm, S. 183.

aber den ökonomischen Erfordernissen nicht hinreichend Rechnung.⁴²⁰
Der *Josten*-Entwurf hatte deshalb nie eine reelle Chance auf Umsetzung.⁴²¹

2. Entstehung des GWB als Kompromiss

- 202 Nachdem die Alliierten ihren eigenen Anspruch auf die Durchführung von Entflechtungsmaßnahmen aufgegeben hatten, drängten sie neben einem strikten Kartellverbot auch auf die Aufnahme von Entflechtungsvorschriften in einen deutschen Kartellgesetzentwurf. Als solche in dem am 07.11.1951 vom Bundeskabinett verabschiedeten vorläufigen GWB-Entwurf nicht enthalten waren, legte die Alliierte Hohe Kommission sogar einen Gegegentwurf vor, der Entflechtungsvorschriften enthielt.⁴²² In der Folge entstand als Kompromiss zwischen dem Bundeswirtschaftsministerium und der Alliierten Hohen Kommission ein Entwurf, der Mitte Juni 1952 dem Bundestag zugeleitet wurde.⁴²³ Dieser enthielt sodann allerdings (abgesehen von der in § 20 Abs. 1 Nr. 1 des Entwurfs vorgesehenen nachträglichen Auflösung eines verbotenen Zusammenschlusses) keine Entflechtungsvorschriften mehr. Die Verhandlungsführer um *Ludwig Erhard* hatten sich mit ihren Bedenken im Hinblick auf die ökonomische Schädlichkeit der Konzentrationsbekämpfung durchgesetzt.⁴²⁴
- 203 Das Gesetzgebungsverfahren war aber weiter von einem harten Ringen um das wettbewerbspolitische Leitbild in Deutschland geprägt. 1955 etwa versuchte eine Gruppe um den CSU-Abgeordneten *Hermann Höcherl* gegen den ausdrücklichen Willen *Erhards* den Kompromiss von 1952 zu Fall zu bringen und brachte einen Gesetzentwurf in den Bundestag ein, der im Wesentlichen die – praktisch wirkungslose – Kartellverordnung von 1923 (Rn. 164 f.) nachbildete.⁴²⁵ Der BDI versuchte indessen, den Gesetzgeber zu

420 *Robert*, Konzentrationspolitik, S. 106.

421 *BKartA*, Entflechtung, S. 5; v. *Götz*, WRP 2007, S. 750; *Möschel*, Entflechtungen, S. 24.

422 v. *Götz*, WRP 2007, S. 755.

423 BT-Drs. I/3462.

424 Vgl. v. *Götz*, WRP 2007, S. 751, 754 ff.

425 BT-Drs. II/1253; der sog. *Höcherl*-Entwurf ist auch abgedruckt in: *WuW* 1955, S. 509 ff.; vgl. dazu *Burrichter*, in: *Kokott/Pohlmann/Polley*, FS Schroeder, S. 175. Die Unterschiede zwischen *Höcherl*-Entwurf und Kartellverordnung hebt *Isay*, in: *Kastl*, FS Metzner, S. 37 ff. hervor.

einer Orientierung am britischen Restrictive Trade Practices Act 1956 (Rn. 433) zu bewegen.⁴²⁶

Das am 01.01.1958 tatsächlich in Kraft getretene GWB⁴²⁷ zeichnete sich 204 sodann durch seinen Kompromisscharakter aus⁴²⁸ – plakativ formuliert: „Das GWB konnte nur in zerfledderter Form Gesetz werden.“⁴²⁹ Es enthielt zwar ein relativ striktes Kartellverbot, dafür aber weder Vorschriften über die Fusionskontrolle noch über die Entflechtung von Unternehmen. Ihm wurde deshalb eine „Halbherzigkeit gegenüber dem Phänomen der wirtschaftlichen Macht“⁴³⁰ attestiert, was im Widerspruch zur allgemeinen Machtkritik der ordoliberalen Schule (Rn. 92 ff.) steht. Der Gesetzgeber indes sah den Verzicht auf eine Fusionskontrolle als geboten an, weil diese „die vom volkswirtschaftlichen Standpunkt aus begrüßenswerte Tendenz zur optimalen Betriebsgröße an ihrer vollen Entwicklung hindern könne.“⁴³¹ Entflechtungsvorschriften hatten dementsprechend erst recht keinen Platz in dem Gesetz.

Dennoch wurde wirtschaftliche Macht als Hindernis für wirksamen 205 Wettbewerb begriffen und auf ihre Nachteile für die Verbraucherwohlfahrt hingewiesen.⁴³² Wettbewerbstheoretisch verschrieb das GWB sich formal dann auch dem Ziel der Erhaltung der „vollständige[n] Konkurrenz in einem möglichst großen Umfang“, weil es „als sichere wissenschaftliche Erkenntnis angesehen werden [dürfe], daß die Marktverfassung des freien Wettbewerbs das Vorhandensein der Marktform des vollständigen Wettbewerbs als wirtschaftliche Gegebenheit zur Voraussetzung hat, d. h. die Zahl

426 *Preisbildungskommission*, Kartell und Wettbewerb, S. 218.

427 BGBl. I 1957, S. 1081.

428 *Günther*, in: *Sauermann/Mestmäcker*, FS Böhm, S. 202.

429 *Möschel*, NZKart 2014, S. 44.

430 *Günther*, in: *Sauermann/Mestmäcker*, FS Böhm, S. 202.

431 Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik über den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (zu BT-Drs. II/3644), Abgeordneter Illerhaus, S. 27.

432 So lautet schon die Einleitung zur Gesetzesbegründung (BT-Drs. II/1158, S. 21): „Das ‚Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen‘ [...] soll die Freiheit des Wettbewerbs sicherstellen und wirtschaftliche Macht da beseitigen, wo sie die Wirksamkeit des Wettbewerbs und die ihm innewohnenden Tendenzen zur Leistungssteigerung beeinträchtigt und die bestmögliche Versorgung der Verbraucher in Frage stellt.“ Ausführlich zum Verhältnis von Wettbewerbs- und Verbraucherschutz: *Riesenkampff*, in: *Bechtold/Jickeli/Rohe*, FS Möschel, S. 489 ff. *Riesenkampff* plädiert für eine Fokussierung des Kartellrechts auf den Schutz des Wettbewerbsprozesses, kommt aber zum Schluss, dass „wirksamer Verbraucherschutz die Folge eines wirklichen Wettbewerbsschutzes“ ist (a.a.O., S. 501).

der Marktteilnehmer auf beiden Marktseiten muß so groß sein, daß der Marktpreis für den Unternehmer eine von seinem Verhalten im wesentlichen unabhängige Größe ist.⁴³³ Diese Zielvorstellung ist wiederum Beleg für die ordoliberalen Prägung des GWB. Die ordoliberalen Ansätze wurden aber im Gesetzgebungsverfahren um neue, pragmatische Konzepte ergänzt. So schließt etwa der Verzicht auf gegen Machtkonzentrationen gerichtete Vorschriften den Gedanken ein, dass ökonomische Effizienz nicht stets am besten durch vollständige Konkurrenz erreicht wird – der Gesetzgeber überbrückte also die zwischen den Wettbewerbstheorien bestehenden Differenzen durch pragmatische Ansätze.⁴³⁴

- 206 Es ist demnach durchaus berechtigt, die alliierten Dekartellierungsgesetze und das dem *Josten*-Entwurf zugrunde liegende ordoliberalen Gedanken gut als „die beiden Wurzeln, aus denen das moderne deutsche Kartellrecht erwuchs“⁴³⁵ zu bezeichnen. Möchte man in dieser Metapher aus der Pflanzenwelt bleiben, so muss allerdings hervorgehoben werden, dass sich aus den Wurzeln ein Gewächs eigener Art herausgebildet hat.

IV. Wandel des wettbewerbspolitischen Leitbildes

- 207 Nach Inkrafttreten des GWB 1958 hat sich das wettbewerbspolitische Leitbild in Deutschland im Hinblick auf die Bewertung von wirtschaftlichen Machtkonzentrationen noch erheblich gewandelt. An die Stelle des anfänglichen Wohlwollens trat zunehmende Skepsis. Diese führte 1973 zur Einführung eines Fusionskontrollregimes (1.). Auch die Einführung einer Entflechtungskompetenz für das Bundeskartellamt wurde um die 1970er-Jahre intensiv diskutiert (2. und 3.). In der Folgezeit verstummte diese Debatte zwar weitgehend (4.), flammte aber ab 2007 erneut auf (5. und 6.).

433 BT-Drs. II/1158, S. 22.

434 *Kartte*, Neues Leitbild, S. 43, 96; *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung, S. 12. Vgl. dazu etwa BT-Drs. II/1158, S. 22: „In einer Reihe von Marktbereichen ist aus den verschiedensten Gründen — historische, technische, strukturmäßige Gegebenheiten — die Marktform des vollständigen Wettbewerbs nicht herzustellen. Da der Wettbewerb nicht Selbstzweck, sondern Mittel zur Leistungssteigerung und Fortschrittsförderung ist, würde sich der Gesetzgeber der Gefahr eines wirklichkeitsfremden Schematismus aussetzen und schwere wirtschaftliche Schäden heraufbeschwören, wenn er eines theoretischen Prinzips wegen auf diesen Märkten den vollständigen Wettbewerb wieder herstellen wollte.“

435 *Rittner*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, S. 119.

1. Entwicklung bis zur zweiten GWB-Novelle von 1973

Das GWB wurde zum 01.01.1965 erstmals novelliert, wobei aber keine tiefgreifenden Reformen für erforderlich gehalten wurden. Die erste GWB-Novelle beschränkte sich vielmehr auf geringfügige Verschärfungen.⁴³⁶ Im Regelungsbereich wirtschaftlicher Machtkonzentrationen wurde weiterhin bewusst auf die Einführung einer Fusionskontrolle verzichtet, weil die Rolle marktbeherrschender Macht in der Bundesrepublik unklar sei und sich die Auswirkungen der zunehmenden europäischen und internationalen Marktöffnung noch nicht absehen ließen.⁴³⁷ Letztlich wurden in diesem Bereich deshalb nur die Vorschriften über den Marktmachtmissbrauch modifiziert, um ihre Anwendung zu vereinfachen. Insbesondere wurde der schwer handhabbare § 22 Abs. 3 GWB a.F., der eine enumerative Aufzählung der Fälle des Marktmachtmissbrauchs enthielt, durch eine General Klausel ersetzt.

Ungefähr ein Jahrzehnt nach Inkrafttreten des GWB wurde sodann grundsätzlicher über die Wettbewerbspolitik in Deutschland diskutiert. Im Herbst und Winter 1967/1968 befasste sich im nun von Minister *Karl Schiller* (SPD) geführten Bundeswirtschaftsministerium die „Arbeitsgruppe Wettbewerbspolitik“ mit der Erarbeitung eines neuen wettbewerbspolitischen Leitbildes.⁴³⁸ Die Notwendigkeit eines neuen Leitbildes wurde insbesondere mit der durch seine Entstehungsgeschichte bedingten Unausgewogenheit des GWB, der veränderten wirtschaftlichen Wirklichkeit aufgrund des gemeinsamen Marktes und internationaler Verflechtungen sowie der steigenden Bedeutung der Makroökonomie begründet.⁴³⁹ Der Ausschuss sollte explizit ein von dem Ideal der atomistischen Konkurrenz gelöstes wettbewerbspolitisches Konzept erarbeiten.⁴⁴⁰

436 Vgl. BT.-Drs. IV/2564, S. 8: „Die Grundlagen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen werden durch den Entwurf nicht berührt. Die Änderungen zielen vielmehr darauf ab, eine wirksame Vollziehung der bestehenden Regelungen zu ermöglichen.“

437 BT.-Drs. IV/2564, S. 9 f.

438 Das Ergebnis der Diskussion in der Arbeitsgruppe ist abgedruckt in: *Kartte*, Neues Leitbild, S. 93 ff.

439 Vgl. *Kartte*, Neues Leitbild, S. 9.

440 *Jäckering*, in: *Grosser*, Konzentration, S. 237.

- 210 Die Autoren des Papiers bezogen sich sodann maßgeblich auf das Modell des funktionsfähigen Wettbewerbs nach *Kantzenbach* (Rn. 79 ff.).⁴⁴¹ Dementsprechend wiesen sie auch auf die wirtschaftlichen Vorteile der Unternehmenskonzentration hin.⁴⁴² Ihr Plädoyer für die Einführung einer Fusionskontrolle fiel allerdings eher zurückhaltend aus,⁴⁴³ während *Kantzenbach* diese ausdrücklich forderte.⁴⁴⁴ Im – gescheiterten – Entwurf für eine zweite GWB-Novelle von 1968⁴⁴⁵ waren dementsprechend auch keine solchen Vorschriften vorgesehen. Dennoch ist die zunehmende Ausrichtung an den wohlfahrtsökonomischen Ansätzen *Kantzenbachs* ein wesentlicher Bestandteil der Weiterentwicklung des wettbewerbspolitischen Leitbildes bis zur tatsächlich in Kraft getretenen zweiten GWB-Novelle von 1973.⁴⁴⁶
- 211 Mit dieser zweiten Novelle⁴⁴⁷ nahm der Gesetzgeber – nun unter Bundeskanzler *Willy Brandt* und seiner sozialliberalen Koalition – wirtschaftliche Machtkonzentrationen explizit in den Fokus. Das erheblich gewandelte Leitbild kommt in der Gesetzesbegründung gut zum Ausdruck. Dort heißt es etwa: „Wettbewerbspolitisches Problem Nummer eins ist heute nicht mehr die Kartellierung, sondern die Unternehmenskonzentration. [...] In gesellschaftspolitischer Sicht zerstören übermäßige Ballungen wirtschaftlicher Macht die Grundlage unserer freiheitlichen Ordnung. Politische Demokratie und Marktwirtschaft sind ohne Dezentralisierung der Macht nicht denkbar.“⁴⁴⁸ Hierin kommt deutlich zum Ausdruck, dass wirtschaftliche Machtkonzentrationen in dieser Zeit nicht nur aus wettbewerblischer, sondern auch aus demokratietheoretischer Sicht kritisch beurteilt wurden.

441 Vgl. etwa *Kartte*, Neues Leitbild, S. 45: „Die Unterscheidung zwischen dem eher ‚guten‘ weiten und dem eher ‚schlechten‘ engen Oligopol übernahm die Arbeitsgruppe von *Kantzenbach*.“

442 Vgl. etwa *Kartte*, Neues Leitbild, S. 96: „Die dynamischen, den Fortschritt und das Wachstum fördernden Funktionen des Wettbewerbs werden oft besser in Marktformen erfüllt, die durch eine begrenzte Anzahl von Wettbewerbern, die in gewisser gegenseitiger Reaktionsverbundenheit stehen, sowie durch beschränkte Produkthomogenität und Markttransparenz gekennzeichnet sind. Darauf beruhen der Gedanke, daß die Bildung optimaler Betriebsgrößen erleichtert werden muß, der Kooperationsgedanke sowie der Gedanke, daß Unternehmenskonzentration unter bestimmten Umständen zu besseren ökonomischen Ergebnissen führen kann.“

443 Vgl. *Kartte*, Neues Leitbild, S. 99.

444 *Kantzenbach*, Funktionsfähigkeit, S. 140.

445 Der Entwurf ist abgedruckt in: *Kartte*, Neues Leitbild, S. 101 ff.

446 Ausführlich dazu: *Höhne*, Fusionskontrolle, S. 85 ff.; vgl. auch *Eickhof*, Hoppmann-Kantzenbach-Kontroverse, S. 20.

447 BGBl. I 1973, S. 917.

448 BT-Drs. 7/76, S. 14.

Tatsächlich war ab Mitte der 1960er-Jahre ein nicht unerheblicher Konzentrationsprozess in der Bundesrepublik zu beobachten. So stieg etwa die Zahl der angemeldeten Unternehmenszusammenschlüsse nach § 23 GWB a.F. von jeweils 65 in den Jahren 1967 und 1968 über 168 Zusammenschlüsse im Jahr 1969 auf 305 im Jahr 1970 an und pendelte sich bis 1973 auf einem ähnlich hohen Niveau ein.⁴⁴⁹ 212

Zur Adressierung dieses „Problems Nummer eins“ wurde insbesondere ein – wenn auch entgegen entsprechenden Forderungen des Deutschen Gewerkschaftsbundes und der SPD-Bundestagsfraktion nicht generell präventives⁴⁵⁰ – Fusionskontrollregime eingeführt und die Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen verschärft. Außerdem wurde zur „regelmäßigen Begutachtung der Entwicklung der Unternehmenskonzentration in der Bundesrepublik Deutschland und der Anwendung der §§ 22 bis 24a“ – also der Missbrauchsaufsicht und der Fusionskontrolle – die Monopolkommission als unabhängiger Expertenrat geschaffen. 213

Entflechtungsvorschriften wurden – abgesehen von denjenigen über untersagte Zusammenschlüsse in § 24 Abs. 6⁴⁵¹ – zwar auch mit der zweiten GWB-Novelle von 1973 nicht eingeführt. Dies aber wohl nur, weil der Gesetzgeber die Zusammenschlusskontrolle für das effektivere Instrument zur Bekämpfung von Machtkonzentrationen hielt. So wird die Möglichkeit von missbrauchsunabhängigen Entflechtungen in der Gesetzesbegründung explizit angesprochen: „Die vorbeugende Kontrolle von Zusammenschlüssen darf nicht erst dann einsetzen, wenn eine solche Entwicklung bereits fortgeschritten ist und Konzentrationsprozesse durch Entflechtung rückgängig gemacht werden müssten.“⁴⁵² Eine grundlegende Ablehnung von Entflechtungsvorschriften aufgrund von rechtlichen oder ökonomischen Bedenken ist hierin jedenfalls nicht zu erkennen. Vielmehr ist die Gesetzesbegründung ein starkes Indiz dafür, dass es in Deutschland kein gefestigtes wettbewerbspolitisches Leitbild gibt, in dem Entflechtungen abgelehnt werden.⁴⁵³ Denn mit der zweiten GWB-Novelle wurden im Hinblick auf die 214

449 Vgl. *Jäckering*, in: *Grosser*, Konzentration, S. 239.

450 Vgl. *Jäckering*, in: *Grosser*, Konzentration, S. 240. Ein generell präventives Fusionskontrollregime wurde im deutschen Recht erst mit der 6. GWB-Novelle 1998 eingeführt (oben Fn. 53).

451 Zur inhaltlichen Reichweite dieser Norm vgl. *Purrucker*, Entflechtung als Maßnahme gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 160 ff., 175 ff.

452 BT-Drs. 7/76, S. 14.

453 A.A. wohl *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung, S. 14 f.: „Zusammenfassend lässt sich also auch insoweit sagen, dass von einer ‚Strömung‘ in Bezug auf ein missbrauchsunabhängiges Entflechtungsinstrument nicht zu sprechen ist. Vielmehr dokumen-

Beurteilung von wirtschaftlichen Machtkonzentrationen die noch heute gültige „grundsätzliche Entscheidung gegen konzentrationsfördernde Postulate“⁴⁵⁴ im Sinne einer „Philosophie“⁴⁵⁵ des Gesetzes getroffen.

2. Hauptgutachten 1973-1975 und 1978/1979 der Monopolkommission

- 215 Es verwundert dementsprechend auch nicht, dass in den Folgejahren zur zweiten GWB-Novelle die Einführung einer Entflechtungskompetenz für das Bundeskartellamt intensiv diskutiert wurde. So äußerte sich die Monopolkommission unter Vorsitz von *Ernst-Joachim Mestmäcker* in ihrem 1976 veröffentlichten ersten Hauptgutachten für den Zeitraum 1973-1975 zur Möglichkeit von Entflechtungen. Sie ging dabei zwar nicht über allgemeine Erwägungen hinaus,⁴⁵⁶ die Äußerungen der Monopolkommission regten jedoch eine Diskussion um die Notwendigkeit von Entflechtungsvorschriften an.
- 216 Aufgrund dieser Diskussionen⁴⁵⁷ befasste sich die Monopolkommission – nun unter Vorsitz von *Erhard Kantzenbach* und Mitwirkung u.a. von *Ulrich Immenga* – sodann in ihrem dritten Hauptgutachten 1978/1979

tiert die Diskussion in den 1970er und 1980er Jahren nur zweierlei: Erstens, dass eine Entflechtung – wenn überhaupt – nur als missbrauchsabhängige Sanktion in Frage gekommen wäre, und zweitens, dass nicht einmal ein solcher Schritt auf Zustimmung stieß.“

454 *Möschel*, Entflechtungen, S. 55.

455 Vgl. *Schmidt*, Wettbewerbspolitik (7. A.), S. 173: „Im Rahmen der Zweiten GWB-Novelle ist im Jahre 1973 die Kontrolle von großen Zusammenschlüssen eingeführt worden, Damit [sic] hat sich die dem Gesetz zugrunde liegende Philosophie gewandelt: Das Entstehen von Marktmacht mittels Großfusionen wird nunmehr per se als gefährlich betrachtet.“ Siehe dazu auch *Stratmann*, NZKart 2023, S. 535 f.: „Die im Rahmen der 2. GWB-Novelle erfolgte Einführung der Zusammenschlusskontrolle ist bspw. maßgeblich auf dieses von Kantzenbach entworfene Konzept zurückzuführen [...] Da sich den nachfolgenden Gesetzesnovellen jedenfalls keine explizite Abkehr von dem Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs als dem wettbewerbspolitischen Leitbild des GWB entnehmen lässt, sind Behauptungen, nach denen sich in Deutschland ein an den Ordoliberalismus und die österreichische Schule angelehntes Wettbewerbsverständnis durchgesetzt habe, dementsprechend skeptisch zu betrachten.“

456 Vgl. *Monopolkommission*, Hauptgutachten I, Rn. 962-966.

457 Vgl. *Monopolkommission*, Hauptgutachten III, Rn. II, 690. Eine Entflechtungskompetenz befürwortende Beiträge zu dieser Diskussion kamen etwa von *Jens*, WuW 1978, S. 264 ff. und *Schumacher*, Wirtschaftsdienst 1977, S. 619 ff. Kritisch: *Hesse*, WuW 1978, S. 756 ff.

ausführlich mit der Einführung einer Entflechtungskompetenz für das Bundeskartellamt und formulierte einen Gesetzgebungsvorschlag aus.⁴⁵⁸ Die Monopolkommission befürwortete diese grundsätzlich, kam aber zum Ergebnis, „dass für einen derart massiven Eingriff, wie ihn die Entflechtung darstellt, das Vorliegen von Marktmacht allein für eine abschließende Beurteilung nicht ausreicht, sondern dass zusätzliche Merkmale hinzutreten müssen“⁴⁵⁹. Insbesondere gehörte hierzu nach Auffassung der Monopolkommission ein missbräuchliches Verhalten des betroffenen Unternehmens. Die Monopolkommission sprach sich damit zwar gegen eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz aus. Ihr Gutachten enthält aber viele auch heute noch relevante Ansätze:

Bemerkenswert erscheint zunächst, dass (wie schon in der Gesetzesbe- 217
gründung zur zweiten GWB-Novelle, dazu oben Rn. 211) Machtkonzentrationen auch als gesamtgesellschaftliches und demokratietheoretisches Problem erörtert wurden, wengleich sich die Monopolkommission bei ihrem Vorschlag für eine Entflechtungsvorschrift letztlich nur von wettbewerblichen Erwägungen leiten ließ.⁴⁶⁰ Die absolute Unternehmensgröße als Eingriffsvoraussetzung wurde dementsprechend verworfen, weil sie ein rein gesellschaftspolitisches Kriterium wäre.⁴⁶¹ Auch die zum damaligen Zeitpunkt insbesondere in den USA diskutierten objektiven Marktstrukturkriterien (namentlich der Marktanteil) wurden aufgrund der Eingriffsin-
tensität einer Entflechtung als alleiniges Kriterium verworfen.⁴⁶² Ein bloßer Marktmachtmissbrauch wiederum sei kein hinreichendes Kriterium, da Entflechtungen keinen Sanktionscharakter haben sollten.⁴⁶³

Der Formulierungsvorschlag der Monopolkommission für einen neuen 218
§ 22 Abs. 6 GWB setzte deshalb tatbestandlich ein missbräuchliches Verhalten eines oder mehrerer marktbeherrschender Unternehmen voraus, für das strukturelle Ursachen maßgeblich sind. Durch diese restriktiven Anforderungen wollte die Monopolkommission sicherstellen, dass eine Entflechtung nur in „einzelnen Extremfällen“ bzw. „wenige[n] Fällen extrem wettbewerbswidriger Marktstrukturen“ Anwendung finden würde, während

458 Der Vorschlag ist im Anhang dieser Arbeit wiedergegeben, siehe unten S. 440.

459 *Monopolkommission*, Hauptgutachten III, Rn. 722.

460 Vgl. *Monopolkommission*, Hauptgutachten III, Rn. 702 ff., 708.

461 *Monopolkommission*, Hauptgutachten III, Rn. 718.

462 *Monopolkommission*, Hauptgutachten III, Rn. 722. So wurde in den USA etwa in einem Gesetzesentwurf von 1971 eine generelle Begrenzung auf Marktanteile von 12,5 % gefordert, vgl. *Vu Ngoc*, Entflechtungen, Fn. 36.

463 *Monopolkommission*, Hauptgutachten III, Rn. 724 ff.

schädliche Unternehmenskonzentrationen im Regelfall durch die Fusionskontrolle verhindert werden sollten.⁴⁶⁴ Voraussetzung für eine Entflechtungsentscheidung sollte eine vorhergehende Sektoruntersuchung sein.⁴⁶⁵ Auf Rechtsfolgenseite wurde allgemein von der „Entflechtung der marktbeherrschenden Unternehmen“ gesprochen, sodass Verkaufs- und *pro-rata*-Lösungen (Rn. 29 ff.) möglich gewesen wären.⁴⁶⁶

- 219 Die Bundesregierung lehnte eine Umsetzung des Vorschlags der Monopolkommission letztlich ab. Sie brachte in ihrer Stellungnahme zum dritten Hauptgutachten der Monopolkommission 1978/1979⁴⁶⁷ eine Vielzahl von Bedenken vor. Insbesondere begründete sie ihre Ablehnung mit der „Fülle der noch offenen wettbewerbspolitischen, aber auch gesellschafts-, steuer- und verfassungsrechtlichen Fragen“ – etwa den „einschneidenden Vorfeldwirkungen, die bereits von der bloßen Existenz eines solchen Instruments zur nachträglichen Korrektur von Unternehmensinvestitionen ausgehen“, dem „kaum zu führenden Nachweis eines maßgeblichen Ursachenzusammenhangs zwischen Mißbrauch und der jeweils bestehenden Wettbewerbsstruktur“ sowie den praktischen Schwierigkeiten bei der Umsetzung von Entflechtungen.⁴⁶⁸

3. Möschel-Entwurf von 1979

- 220 Im Zuge der Diskussion um die Schädlichkeit von Machtkonzentrationen forderte die FDP in ihrem Grundsatzprogramm von 1977, den sog. Kieler Thesen, die „Prüfung von Möglichkeiten zur Entflechtung von Großunternehmen“⁴⁶⁹. Mit den Kieler Thesen „verließ die Debatte den wissenschaftlichen Raum und die politische Debatte begann.“⁴⁷⁰ In der Folge wurden auch vonseiten der SPD⁴⁷¹ entsprechende Forderungen laut; in der CDU⁴⁷²

464 *Monopolkommission*, Hauptgutachten III, Rn. 735, 765. Diese Grundhaltung spiegelt sich auch im Titel des dritten Hauptgutachtens „Fusionskontrolle bleibt vorrangig“ wider.

465 *Monopolkommission*, Hauptgutachten III, Rn. 742 ff., 770 ff., 774.

466 Vgl. dazu auch *Monopolkommission*, Hauptgutachten III, Rn. 754 ff., 757 ff.

467 BT-Drs. 9/460.

468 Vgl. BT-Drs. 9/460, Rn. 20, 22, 23, 24

469 Kieler Thesen der Freien Demokratischen Partei (Beschl. auf dem Bundesparteitag in Kiel vom 6.-8. November 1977), These 6.

470 *Klaue*, in: FS Canenbley, S. 288.

471 *Jens*, WuW 1978, S. 264 ff.

472 Vgl. *Biedenkopf*, WuW 1978, S. 105 f.

wurden Entflechtungen zumindest in Erwägung gezogen. Das FDP-geführte Bundeswirtschaftsministerium beauftragte in diesem Zusammenhang *Wernhard Möschel* mit einer rechtspolitischen Studie.⁴⁷³ Das Werk versteht sich als Hilfestellung zur Entscheidung über die Erforderlichkeit der Einführung eines Entflechtungsinstruments in das deutsche Kartellrecht.⁴⁷⁴ *Möschel* sprach sich grundsätzlich für die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz aus, wenngleich nur „zurückhaltend befürwortend“.⁴⁷⁵

Möschels Formulierungsvorschlag⁴⁷⁶ auf S. 112 f. der Studie verlangt ebenfalls eine der Entflechtung vorhergehende Sektoruntersuchung. Als alleiniges Eingriffskriterium sah der Vorschlag das Vorliegen von „übermäßiger wirtschaftlicher Macht“ vor. Tatbestandlich erinnert dies *prima facie* an die alliierten Entflechtungsmaßnahmen in der Nachkriegszeit, die ebenfalls regelmäßig „übermäßige“ Machtkonzentrationen und damit primär die Größe des betroffenen Unternehmens adressierten. Allerdings wird in Abs. 2 S. 2 des *Möschel*-Entwurfs klar, dass Marktbeherrschung oder Unternehmensgröße an sich nicht für eine Entflechtung ausreichen sollte. Vielmehr sollte das Vorliegen übermäßiger wirtschaftlicher Macht namentlich beurteilt werden anhand von: „Zahl, Größe und Finanzkraft der beteiligten Unternehmen, zwischen ihnen bestehende[n] Verflechtungen und [dem] Vorliegen marktbeherrschender Stellungen“. Daneben sollte berücksichtigt werden, in welchem Ausmaß „die beteiligten Unternehmen den Wettbewerb durch Verhaltensweisen, Verträge oder durch die Ausübung von gewerblichen Schutzrechten beschränken, insbesondere indem sie rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen schaffen oder beibehalten.“ Eine erhebliche Einschränkung des Anwendungsbereichs der Norm enthält auch Abs. 2 S. 3 des *Möschel*-Entwurfs, wonach übermäßige wirtschaftliche Macht ausgeschlossen ist, „wenn die Stellung der beteiligten Unternehmen im wesentlichen auf die natürliche Entwicklung der Marktkräfte, insbesondere überlegene Leistung oder rechtmäßig erworbene und ausgeübte Patente zurückgeht“. Die in Abs. 1 S. 2 vorgeschlagene Umsatzschwelle von 500 Mio. DM sollte einer Symmetrie

473 *Möschel*, Entflechtungen. Der Untertitel des Werks lautet „Eine vergleichende rechtspolitische Studie“.

474 *Möschel*, Entflechtungen, S. 3.

475 *Möschel*, Entflechtungen, S. 3.

476 Der Gesetzgebungsvorschlag ist im Anhang dieser Arbeit wiedergegeben, siehe unten S. 438.

zur Fusionskontrolle und der Beschränkung auf bedeutende Wirtschaftszweige dienen.⁴⁷⁷

- 222 Es bleibt also festzuhalten, dass der *Möschel*-Entwurf – anders als insbesondere noch der *Josten*-Entwurf, dazu oben Rn. 193 ff. – durch eine detaillierte Ausgestaltung der Eingriffsvoraussetzungen sicherstellen wollte, dass nicht Fälle wirtschaftlicher Machtkonzentration im Allgemeinen, sondern nur die Fälle wettbewerbsschädlicher wirtschaftlicher Machtkonzentrationen entflochten werden können. Zu dem so gelagerten Verständnis von „übermäßiger wirtschaftlicher Macht“ kam *Möschel* – wie auch die Monopolkommission in ihrem dritten Hauptgutachten – aufgrund einer umfassenden Untersuchung insbesondere der in den USA diskutierten verhaltens- und strukturbezogenen Eingriffskriterien. Eine Entflechtung aufgrund von Verhaltenskriterien – etwa Marktmachtmisbrauch – lehnte auch *Möschel* ab, weil sie in die Vergangenheit gerichtet ist und Sanktionscharakter hätte; zudem verwies er auf die praktische Schwierigkeit der Abgrenzung zu erwünschtem Wettbewerb außerhalb des Kernbereichs von Kollusion und Täuschung.⁴⁷⁸ Ein alleiniges Anknüpfen an Marktstrukturkriterien – etwa einen bestimmten Marktanteil über eine bestimmte Dauer, von *Möschel* mit dem Begriff der „schlichten Kopfzählmethode“⁴⁷⁹ getadelt – sei ebenfalls ungeeignet, weil ihre Effizienz fraglich und ihre wettbewerbstheoretische Basis zu unsicher für eine allgemeine Konzeption sei.⁴⁸⁰ *Möschel* hielt deshalb eine Gesamtanalyse aufgrund einer Sektoruntersuchung für erforderlich, um das Vorliegen übermäßiger wirtschaftlicher Macht zu beurteilen.⁴⁸¹ Auf Rechtsfolgenseite war der Entwurf weit gefasst und sollte zu allen notwendigen Anordnungen „hierin eingeschlossen die Auflösung von Unternehmen (Entflechtung)“ ermächtigen.

4. Weitere Entwicklungen bis 2007

- 223 Wohl auch weil die Studie von *Möschel* kein klares Plädoyer für eine wettbewerbsrechtliche Entflechtungskompetenz enthielt, kam es in der Folge nicht zur Einführung einer solchen. Die 4. GWB-Novelle von 1980 verschärfte zwar weiter die Vorschriften über die Missbrauchsaufsicht und

477 *Möschel*, Entflechtungen, S. 112.

478 *Möschel*, Entflechtungen, S. 86.

479 *Möschel*, Entflechtungen, S. 97.

480 *Möschel*, Entflechtungen, S. 92 ff.

481 *Möschel*, Entflechtungen, S. 105 ff.

– ebenso wie die 3. GWB-Novelle von 1976 – die Vorschriften über die Fusionskontrolle,⁴⁸² enthielt aber keine neuen Entflechtungsvorschriften. 1985 gab es einen vorerst letzten Versuch zur Einführung einer Entflechtungskompetenz: Die SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag beantragte unter Berufung auf das dritte Hauptgutachten der Monopolkommission und angesichts der aus ihrer Sicht nicht ausreichenden Verhinderung von Konzentrationstendenzen in bestimmten Wirtschaftszweigen durch die 4. GWB-Novelle die Einführung einer – missbrauchsabhängigen – Entflechtungskompetenz.⁴⁸³ Auch dieser Antrag hatte aber keinen Erfolg. Zur Begründung der Ablehnung wurde vom Wirtschaftsausschuss des Deutschen Bundestags auf nicht ermutigende Beispielfälle in den USA und schwerfällige Verfahren verwiesen.⁴⁸⁴

In der Folgezeit verstummte die Diskussion um wettbewerbsrechtliche Entflechtungskompetenzen weitgehend. Auch im Hinblick auf die wettbewerbspolitische Beurteilung von Machtkonzentrationen im Allgemeinen brachten die weiteren Novellen des GWB keinen grundlegenden Wandel mehr mit sich. Zwar unterlag das GWB häufigen Änderungen.⁴⁸⁵ Hervorzuheben sind etwa

- die weitgehende Harmonisierung mit dem europäischen Kartellrecht und die damit verbundene Einführung einer generell-präventiven Fusionskontrolle mit der 6. GWB-Novelle⁴⁸⁶ von 1999 sowie
- die Anpassung an die unionsrechtliche KartellVO mit der 7. GWB-Novelle⁴⁸⁷ von 2005. Diese sollte im Einklang mit Art. 7 Abs. 1 KartellVO erstmals Entflechtungen als strukturelle Abhilfemaßnahmen bei Kartellrechtsverstößen ermöglichen.⁴⁸⁸ Auch das schon von *Möschel* und der Monopolkommission geforderte und auf europäischer Ebene schon seit

482 Vgl. *Säcker*, in: *Säcker/Meier-Beck*, MüKo WettbR Bd. 2, Einleitung Rn. 14 f.

483 BT-Drs. 10/2843, *passim*.

484 BT-Drs. 10/5704, S. 3.

485 Zu einem Überblick der GWB-Novellen vgl. *Säcker*, in: *Säcker/Meier-Beck*, MüKo WettbR Bd. 2, Einleitung Rn. 16 ff.

486 BGBl. I 1998, S. 2521.

487 BGBl. I 2005, S. 1954.

488 Allerdings wurde dies erst durch die Umformulierung von § 32 Abs. 2 GWB mit der 8. GWB-Novelle (BGBl. I 2013, S. 1750) von 2013 explizit klargestellt. Nach der 7. GWB-Novelle ermächtigte § 32 Abs. 2 GWB die Kartellbehörde dazu, einem Unternehmen „alle Maßnahmen auf[z]ugeben, die für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich und gegenüber dem festgestellten Verstoß verhältnismäßig sind“. Mit der 8. GWB-Novelle wurde die Ermächtigung explizit erstreckt auf „alle erforderlichen Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art“, vgl. dazu die Gesetzesbegründung zur 8. GWB-Novelle (BT-Drs. 17/9852,

1962 bestehende Instrument der Sektoruntersuchung wurde in Deutschland (erst) mit der 7. GWB-Novelle von 2005 eingeführt.

- 225 All diese Novellen waren aber eher technischer Natur und stellten – anders als die infolge der breiten Diskussion um die Schädlichkeit von Machtkonzentrationen verabschiedete zweite GWB-Novelle von 1973 – keinen grundlegenden Wandel der „dem Gesetz zugrundeliegende[n] Philosophie“⁴⁸⁹ mehr dar.

5. Diskussion zur Einführung einer Entflechtungskompetenz ab 2007

- 226 Breitere Aufmerksamkeit erlangte der Themenkomplex der Entflechtung wirtschaftlicher Machtkonzentrationen erst wieder ab 2007. Insbesondere im Zusammenhang mit Monopolen in der Energiewirtschaft forderten in jenem Jahr die Linkspartei sowie die Bundestagsfraktionen der Grünen⁴⁹⁰ und der FDP⁴⁹¹ die Möglichkeit von Entflechtungen. Anlass hierfür dürfte die Veröffentlichung des Abschlussberichts der Kommission zu ihrer Sektoruntersuchung Gas und Elektrizität im Januar 2007 gewesen sein.⁴⁹² Die Kommission forderte in diesem Bericht die eigentumsrechtliche Entflechtung vertikal integrierter Versorgungs- und Netzstätigkeiten in den europäischen Gas- und Elektrizitätssektoren.⁴⁹³
- 227 Die jedenfalls in Wirtschaftsfragen *prima facie* überraschende Einmütigkeit von Linkspartei, Grünen und FDP lässt sich wohl mit den unterschiedlichen Hoffnungen erklären, die mit einem wettbewerbsrechtlichen

S. 26): „§ 32 wurde durch die 7. GWB-Novelle in Anlehnung an Artikel 7 Absatz 1 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 in das GWB eingefügt. Die Vorschrift sollte der Kartellbehörde die Möglichkeit geben, alle Maßnahmen zu ergreifen, die für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne sind. Ausweislich der Gesetzesbegründung umfasst der Begriff der „Maßnahme“ auch Eingriffe in die Unternehmenssubstanz (so genannte strukturelle Maßnahmen). Die nunmehr erfolgte Konkretisierung des Begriffs der Maßnahme vollendet die mit der 7. GWB-Novelle begonnene Angleichung der Vorschrift an Artikel 7 Absatz 1 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 und klärt damit die Auslegungsfragen, ob § 32 Absatz 2 auch zu strukturellen Maßnahmen berechtigt.“ Zur Entflechtung als Abhilfemaßnahme bei Kartellrechtsverstößen in Deutschland siehe auch oben Rn. 36 ff.

489 Schmidt, Wettbewerbspolitik (7. A.), S. 173, siehe dazu auch oben Fn. 455.

490 BT-Drs. 16/4557.

491 BT-Drs. 16/4065.

492 Vgl. Wagner-von Papp, in: Bechtold/Jickeli/Rohe, FS Möschel, S. 694.

493 KOM, Sektoruntersuchung Gas und Elektrizität, Rn. 53 ff.

Entflechtungsinstrument verbunden waren. Während die FDP-Fraktion in einem (missbrauchsabhängigen) Entflechtungsinstrument die Chance sah, „dem industriepolitischen Staatsdirigismus entgegenzuwirken und die Funktionsfähigkeit unseres marktwirtschaftlichen Wirtschaftssystems zu erhalten, ja zu verbessern“,⁴⁹⁴ forderte die Linkspartei das Instrument in einem Atemzug mit der Verstaatlichung der Stromnetze.⁴⁹⁵ Die Bundestagsfraktion der Grünen sah in dem Instrument insbesondere die Chance, das Oligopol der vier Energieversorgungsunternehmen *E.ON*, *RWE*, *Vattenfall* und *EnBW* auf dem Markt für Stromtransportnetze zu schwächen und erklärte ihre Unterstützung für den ebenfalls aus dem Jahr 2007 stammenden Entwurf des hessischen CDU-Wirtschaftsministers *Alois Rhiel*.⁴⁹⁶

Dieser sog. *Rhiel*-Entwurf sah die Einführung eines – ebenfalls missbrauchsabhängigen – Entflechtungsinstruments in das GWB vor. Anwendung finden sollte das Instrument auf einem Markt mit gesamtwirtschaftlicher Bedeutung, auf dem auf absehbare Zeit kein wesentlicher Wettbewerb zu erwarten ist und die Entflechtung eine spürbare Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen erwarten lässt; Normadressaten waren nach dem *Rhiel*-Entwurf marktbeherrschende Unternehmen, die die Aufgreifschwelen der nationalen Fusionskontrolle erreichen und denen ein missbräuchliches Verhalten in mindestens einem Fall nachgewiesen wurde.⁴⁹⁷ 228

Der schlussendlich vom Land Hessen 2008 in den Bundesrat eingebrachte Entwurf⁴⁹⁸ verzichtete auf das Missbrauchserfordernis und setzte tatbestandlich lediglich voraus, dass „auf einem Markt mit gesamtwirtschaftlicher Bedeutung ein Unternehmen marktbeherrschend und [...] auf absehbare Zeit kein wesentlicher Wettbewerb auf diesem Markt zu erwarten“⁴⁹⁹ ist und die Entflechtung eine spürbare Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen erwarten lässt. Zwar wurde weder dieser Entwurf noch ein nahezu wortgleicher Antrag der FDP-Fraktion im Bundestag⁵⁰⁰ angenommen. Der Entwurf dürfte dennoch als Fundament des einer breiteren Öffentlichkeit bekannt gewordenen sog. *Brüderle*-Entwurfs von 2010 zu verstehen sein. 229

494 BT-Drs. 16/4065, S. 2.

495 Vgl. *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung, S. 15 f.

496 BT-Drs. 16/4557, S. 2.

497 Vgl. *Monopolkommission*, Sondergutachten 58, Rn 21.

498 BR-Drs. 76/08.

499 BR-Drs. 76/08, S. 2.

500 BT-Drs. 16/8405.

6. Brüderle-Entwurf von 2010

230 Der nach dem FDP-Bundeswirtschaftsminister *Rainer Brüderle* benannte *Brüderle-Entwurf*⁵⁰¹ zieht seine Legitimation aus dem Koalitionsvertrag von CDU und FDP aus dem Jahr 2009, in dem die Einführung eines Entflechtungsinstruments in das GWB vereinbart wurde.⁵⁰² Er ist mithin als Kulminationspunkt der seit 2007 über alle Parteigrenzen hinweg schwellenden Debatte um die Einführung eines Entflechtungsinstruments in das deutsche Wettbewerbsrecht zu sehen. Die an ihm geübte Kritik hat auch wesentlich zur konkreten Ausgestaltung des nunmehr in Kraft getretenen § 32f Abs. 4 GWB beigetragen,⁵⁰³ weshalb eine genauere Darstellung des *Brüderle-Entwurfs* geboten erscheint.

a) Allgemeines zum Brüderle-Entwurf

231 Im Januar 2010 wurde ein interner Entwurf des Bundeswirtschaftsministeriums für eine in § 41a GWB – also im Abschnitt „Zusammenschlusskontrolle“ – verortete missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz öffentlich. Entflechtungsadressaten waren marktbeherrschende Unternehmen auf einem (nicht sektorspezifisch regulierten) Markt mit gesamtwirtschaftlicher Bedeutung, die die Aufgreifschwelle der nationalen Fusionskontrolle erreichten. Ein missbräuchliches Verhalten oder eine sonst über die Marktbeherrschung hinausgehende Eigenschaft der Unternehmen sollte nicht erforderlich sein, soweit von einem Fortbestehen der Marktbeherrschung auszugehen war. Auf Rechtsfolgenebene wären sowohl Verkaufs- als auch *pro-rata*-Lösungen (Rn. 29 ff.) möglich gewesen („Teile seines Vermögens veräußern oder auf andere Weise verselbständigen“).

232 Das Verfahren sollte zweistufig ausgestaltet sein und einen Ministerdispens ermöglichen. Eine vorhergehende Sektoruntersuchung sollte nicht erforderlich sein, eine Stellungnahme der Monopolkommission dagegen schon. Eine staatliche Entschädigung war nicht vorgesehen, allerdings sollte keine Verkaufspflicht zu einem Preis bestehen, der weniger als die Hälfte des gutachterlich festgestellten Werts des zu entflechtenden Unternehmens-

501 Der Gesetzgebungsvorschlag ist im Anhang dieser Arbeit wiedergegeben, siehe unten S. 440.

502 Wachstum. Bildung. Zusammenhalt. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP vom 26.10.2009, S. 18.

503 Vgl. *Kühling*, WuW 2024, S. 301.

teils beträgt. Absatz 4 des Vorschlags sah vor, dass bei Verkaufslösungen der Erwerber der entflochtenen Unternehmensteile vom zu entflechtenden Unternehmen unabhängig sein musste und stellte den entsprechenden Vertrag unter Genehmigungsvorbehalt durch das Bundeskartellamt.

b) Entflechtungsvorschriften

Der *Brüderle*-Entwurf wurde in der Fachwelt breit diskutiert und führte zu einem im April 2010 veröffentlichten Sondergutachten⁵⁰⁴ der Monopolkommission unter Vorsitz von *Justus Haucap*. Das Sondergutachten der Monopolkommission sprach sich für die Einführung des Instruments aus.⁵⁰⁵ In der Wissenschaft stieß der *Brüderle*-Entwurf dagegen überwiegend auf Ablehnung. So wurde der *Brüderle*-Entwurf etwa als „nicht mit Grundprinzipien des Wettbewerbsrechts vereinbar“⁵⁰⁶ und „Abkehr von den bisherigen kartellrechtlichen Ordnungsprinzipien“⁵⁰⁷ bezeichnet. *Wernhard Möschel* kritisierte den Entwurf gar als „Theaterdonner eines Pantoffelhelden“⁵⁰⁸. 233

Der Grund für diese harsche Kritik dürfte – jenseits der grundsätzlichen Diskussion darüber, ob Entflechtungen überhaupt ein sinnvolles Mittel des Wettbewerbsrechts darstellen – insbesondere darin zu sehen sein, dass der *Brüderle*-Entwurf ungleich undifferenzierter ausfiel als *Möschels* Entwurf von 1979 für eine missbrauchsunabhängige und derjenige der Monopolkommission von 1980 für eine missbrauchsabhängige Entflechtungskompetenz. Wesentliche Kritikpunkte waren etwa:⁵⁰⁹ 234

- Der *Brüderle*-Entwurf knüpfte tatbestandlich zentral an das Vorliegen von Marktbeherrschung an,⁵¹⁰ während *Möschel* und die Monopolkommission bereits 1979 bzw. 1980 ausführlich dargelegt hatten, weshalb Marktbeherrschung allein gerade keine Rechtfertigung für eine Entflechtung

504 Monopolkommission, Sondergutachten 58.

505 Monopolkommission, Sondergutachten 58, Rn. 135.

506 Ehricke, WuW 2011, S. 3.

507 Klees/Hauser, RATUBS 4/2010, S. 23.

508 Zitiert nach: *Bach*, in: *Bechtold/Jickeli/Rohe*, FS Möschel, S. 35; *Bien*, NZKart 2024, S. 170.

509 Die ausführlichste Kritik am *Brüderle*-Entwurf stellt die in dieser Arbeit vielfach zitierte (im Auftrag des BDI entstandene) Monographie „Entflechtung im deutschen Kartellrecht“ von *Nettesheim* und *Thomas* dar.

510 Vgl. dazu *Klees/Hauser*, RATUBS 4/2010, S. 28 ff.; *Satzky*, WuW 2010, S. 616, 619 f.

tungsanordnung sein kann (Rn. 216 ff. und 220 ff.). Denjenigen in Abs. 2 S. 2 und 3 des *Möschel*-Entwurfs vergleichbare Konkretisierungsversuche einer Definition von „übermäßiger wirtschaftlicher Macht“ im Sinne einer missbrauchsunabhängigen, aber wettbewerbsschädlichen Machtkonzentration enthielt der *Brüderle*-Entwurf nicht. Er erklärte in seinem Entwurf für einen § 41a Abs. 1 S. 1 GWB vielmehr Marktbeherrschung pauschal zum Eingriffsgrund.⁵¹¹ Damit fiel er hinsichtlich des zentralen Tatbestandsmerkmals auf den Stand des *Josten*-Entwurfs von 1949 (Rn. 193 ff.) zurück.

- Der *Brüderle*-Entwurf verzichtete im Gegensatz zu den Vorschlägen von *Möschel* und der Monopolkommission auch auf das Erfordernis einer der Entflechtung vorangehenden Sektoruntersuchung, obwohl dieses Instrument mittlerweile im GWB vorgesehen war.⁵¹² Er verlangte nur eine – in ihrer Intensität offensichtlich darunter angesiedelte⁵¹³ – „aktuelle Untersuchung des betroffenen Wirtschaftszweigs“. Auch wenn sich kein konkreter Umfang solcher Untersuchungen aus dem Vorschlag ableiten ließ, war es jedenfalls bemerkenswert, für eine so eingriffsintensive Maßnahme wie eine Entflechtung nicht die umfassendste im Gesetz vorgesehene Form der Markterforschung vorzusehen.
- Weitere Kritik wurde insbesondere im Hinblick auf die Unbestimmtheit des Entwurfs vorgebracht. So war etwa das Merkmal eines Markts „mit gesamtwirtschaftlicher Bedeutung“ bislang nicht im GWB vorgesehen und seine Reichweite mithin unklar.⁵¹⁴ Auch das Kriterium des Fortbestands der Marktbeherrschung „für absehbare Zeit“ wurde als zu unbestimmt kritisiert.⁵¹⁵

511 Allerdings erscheint es durchaus denkbar, dass eine vergleichbare Prüfung der wettbewerbsschädlichen Auswirkungen jedenfalls inzident in dem Erfordernis, dass die Entflechtung „eine wesentliche Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen erwarten lässt“ erfolgt wäre. Denn dieses Merkmal hätte vom Bundeskartellamt eine Auseinandersetzung mit den Wettbewerbsbedingungen erfordert. Es bleibt mangels Anhaltspunkten in der Begründung allerdings unklar, wie das Erfordernis ausgelegt worden wäre (vgl. *Klees/Hauser*, RATUBS 4/2010, S. 35).

512 A.A. wohl *Kersting*, in: Jahrbuch HHU 2010, S. 614: „Das Bundeskartellamt muss unter anderem zuvor eine Sektoruntersuchung durchführen sowie eine Stellungnahme der Monopolkommission einholen.“

513 Vgl. *Klees/Hauser*, RATUBS 4/2010, S. 26.

514 *Klees/Hauser*, RATUBS 4/2010, S. 31 f.; vgl. auch *BKartA*, Entflechtung, S. 9.

515 *Klees/Hauser*, RATUBS 4/2010, S. 32; *Bechtold*, BB 2010, S. 453; *Satzky*, WuW 2010, S. 624 f.

- Auf Rechtsfolgenseite wurde das Fehlen von mildereren Abhilfemaßnahmen „unterhalb“ der eigentumsrechtlichen Entflechtung kritisiert.⁵¹⁶
- Im Hinblick auf die in § 42a des Entwurfs vorgesehene Möglichkeit eines Ministerdispenses von einer durch das Bundeskartellamt getroffenen Veräußerungsanordnung wurde insbesondere kritisiert, dass sie zu erheblichen Verfahrensverzögerungen führen könne.⁵¹⁷
- Weiter wurde kritisiert, dass der Verkaufserlös in Höhe von mindestens der Hälfte des Werts der zu entflechtenden Unternehmensanteile gem. § 41a Abs. 5 des Entwurfs keine angemessene Entschädigung darstelle.⁵¹⁸ Aufgrund der nicht weit genug reichenden Kompensationsvorschriften sei insbesondere damit zu rechnen, dass Investitionen unterlassen würden.⁵¹⁹ Es wurde deshalb vorgeschlagen, dass die Hälfte einer etwaigen Differenz zwischen Verkaufserlös und Unternehmenswert durch den Bund ersetzt werden soll.⁵²⁰

c) Scheitern des Brüderle-Entwurfs

Die massive Kritik führte zunächst zu einer Aufschiebung und letztlich zum Scheitern des Gesetzgebungsvorhabens. Ein überarbeiteter Entwurf aus dem Mai 2010 war zwar etwas restriktiver formuliert, etwa indem er über eine Verweisung auf die Vorschriften über die Sektoruntersuchung die Vermutung verlangte, dass der Wettbewerb auf dem betroffenen Markt „eingeschränkt oder verfälscht“ ist.⁵²¹ Auch dieser Vorschlag konnte sich jedoch nicht durchsetzen. Ein Grund hierfür ist darin zu sehen, dass die 8. GWB-Novelle zur weiteren Harmonisierung mit dem Unionsrecht bereits angekündigt war und keine Notwendigkeit eines isolierten Gesetzgebungsverfahrens gesehen wurde.⁵²² Als die 8. GWB-Novelle schließlich umgesetzt wurde, war mit *Philipp Rösler* ein neuer Wirtschaftsminister im Amt, der

516 *Wagner-von Papp*, in: *Bechtold/Jickeli/Rohe*, FS Möschel, S. 691 ff.

517 *Klees/Hauser*, RATUBS 4/2010, S. 22.

518 *Klees/Hauser*, RATUBS 4/2010, S. 41; *Monopolkommission*, Sondergutachten 58, Rn. 51 ff.

519 Vgl. *Monopolkommission*, Sondergutachten 58, Rn. 51 ff.

520 *Monopolkommission*, Sondergutachten 58, Rn. 61.

521 Vgl. *Klees/Hauser*, RATUBS 4/2010, Fn. 77.

522 Vgl. *Monopolkommission*, Sondergutachten 58, Rn. 43 ff.

– insbesondere aufgrund von verfassungsrechtlichen, aber auch ökonomischen Bedenken – von dem Vorhaben Abstand nahm.⁵²³

d) Schlussfolgerungen

- 236 Der *Brüderle*-Entwurf war Ausdruck des politischen Wunschs nach einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz, er war aber „handwerklich“ schlecht erarbeitet und unausgereift.⁵²⁴ Insbesondere hinsichtlich seiner zentralen Eingriffskriterien ignorierte er weitgehend die Ergebnisse der Entflechtungsdebatte in den 1970er-Jahren. Dementsprechend wurde zu Recht kritisiert, dass er nicht den aktuellen Stand der Wissenschaft wiedergab.⁵²⁵

V. Schlussfolgerungen

- 237 Wirtschaftliche Machtkonzentrationen waren von Beginn der wettbewerbspolitischen Debatte in Deutschland an ein zentraler Diskussionsgegenstand. Spätestens nach dem Zweiten Weltkrieg gehörte zu dieser Debatte auch die Frage nach der Einführung einer wettbewerbsrechtlichen Entflechtungskompetenz. Die in diesem Zusammenhang diskutierten Entwürfe ließen tatbestandlich teilweise schon das bloße Vorliegen von Marktmacht für eine Entflechtung genügen (so der *Josten*-Entwurf von 1949

523 Vgl. *Hildebrand*, WELT online vom 02.08.2011: „Der Verzicht auf eine missbrauchsunabhängige Entflechtung wird im Wirtschaftsministerium vor allem mit den grundgesetzlich garantierten Eigentumsrechten begründet. Immerhin wäre es ein schwerwiegender Eingriff, wenn der Staat einen Konzern zwingt, Unternehmensanteile zu verkaufen. Zudem fürchten Kritiker einen Standortnachteil und weniger Leistungsanreize. Wenn ein Unternehmen mit seinen Produkten erfolgreich ist und sich eine gute Wettbewerbsposition erarbeitet, soll es dafür nicht bestraft werden.“

524 Vgl. dazu etwa die Kritik von *Klees/Hauser*, RATUBS 4/2010, S. 43: „Die Therapie stand schon fest, ohne zuvor die Wettbewerbsprobleme, die man behandeln will, konkret identifiziert zu haben.“

525 In diese Richtung etwa *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung, S. 18: „Festzuhalten ist, dass die bislang vorgebrachten Forderungen nach Einführung einer missbrauchsabhängigen [sic] Entflechtungsregelung mit guten Gründen zurückgewiesen wurden. Es ist nicht erkennbar, dass die damals gültigen Einwände ihre Überzeugungskraft oder ihr Gewicht verloren hätten. Bislang haben die Befürworter der Einführung einer derartigen Regelung auch nicht dargelegt, warum heute etwas gelten soll, das noch vor einigen Jahren aufgrund tiefgreifender Diskussion für nicht zweckmäßig angesehen wurde.“

und der *Brüderle*-Entwurf von 2010). Andererseits wurden Vorschläge diskutiert, die höhere Anforderungen wie einen Marktmachtmissbrauch (so der Entwurf der Monopolkommission von 1980 und der *Rhiel*-Entwurf von 2007) oder „übermäßige wirtschaftliche Macht“ (so der *Möschel*-Entwurf von 1979) forderten. Letztlich wurde zwar keiner dieser Vorschläge umgesetzt. Dies bedeutet aber nicht, dass eine (missbrauchsunabhängige) Entflechtungskompetenz im deutschen Wettbewerbsrecht ein Fremdkörper wäre.

Vielmehr unterliegt das wettbewerbspolitische Leitbild in Deutschland 238 einer laufenden Weiterentwicklung durch den einfachen – also nicht verfassungsändernden – Gesetzgeber.⁵²⁶ Historisch betrachtet ist eine zunehmende Skepsis gegenüber wirtschaftlichen Machtkonzentrationen zu konstatieren. So waren etwa Kartelle zunächst erlaubt, wurden dann einer reinen Missbrauchskontrolle unterworfen und später grundsätzlich verboten. Ein vergleichbarer Wandel von der völligen Legalität über das Missbrauchs- hin zum Verbotsprinzip ist auch für die Beurteilung von Marktbeherrschung aufgrund externen Unternehmenswachstums zu beobachten: Während diese zunächst keinen Beschränkungen unterlag, erfolgte erst eine reine Missbrauchsaufsicht und später (durch die Einführung von Fusionskontrollvorschriften) ein grundsätzliches Verbot.

Man könnte die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz in § 32f Abs. 4 GWB im Jahr 2023 vor diesem Hintergrund 239 als einen weiteren Schritt weg vom Missbrauchsprinzip interpretieren. Das neu geschaffene „Verbot der Wettbewerbsstörung“ erfasst nun erstmals auch durch rechtskonformes Unternehmenswachstum oder andere Umstände erlangte Machtpositionen. Es verbietet solche aber nicht *per se*, sondern ist an vielfältige weitere Voraussetzungen geknüpft (dazu sogleich).

526 Vgl. *BKartA*, Entflechtung, S. 16 ff.

B. Missbrauchsunabhängige Entflechtung gem. § 32f Abs. 4 GWB (2023)

Nachdem es in Deutschland ein gutes weiteres Jahrzehnt ruhig um den Themenkomplex der wettbewerbsrechtlichen Entflechtung wurde, erfolgte 2023 die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz in § 32f Abs. 4 GWB. Ob diese Norm ein taugliches Instrument zur Förderung des Wettbewerbs ist, soll im folgenden Abschnitt untersucht werden. Dazu werden zunächst Genese (I.) und konkrete Ausgestaltung (II.) der Norm dargestellt, bevor diese auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht (III.) hin untersucht wird. 240

I. Genese der Norm

Die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz in das nationale Recht war im Koalitionsvertrag der sog. „Ampel-Koalition“ nur angedeutet (1.). Konkreter Anlass für ihre Einführung war sodann das empfundene Scheitern des sog. „Tankrabatts“ (2.). Während der Referentenentwurf noch ein vergleichsweise strenges Regime enthielt (3.), wurde dieses infolge massiver Kritik abgeschwächt. Am Ende der Debatte stand ein wesentlich ausgeglichenerer Regierungsentwurf (4.), der ohne größere Änderungen vom Deutschen Bundestag verabschiedet wurde. 241

1. Andeutung im Koalitionsvertrag

Die Koalitionspartner der „Ampel-Koalition“ aus SPD, FDP und Grünen hatten in ihrem Koalitionsvertrag aus dem Jahr 2021⁵²⁷ die Möglichkeit der Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtung wieder aufgegriffen. Dort hieß es unter der Überschrift „Fairer Wettbewerb“ unter anderem: „Wir werden das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) evaluieren und weiterentwickeln“ und „Wir setzen uns für eine missbrauchs- 242

527 Der Koalitionsvertrag vom 07.12.2021 trug den Titel „Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit“.

unabhängige Entflechtungsmöglichkeit auf europäischer Ebene als Ultima Ratio auf verfestigten Märkten ein.“ Damit wurde ersichtlich an die von der Europäischen Kommission 2020 angestoßene Debatte um die Einführung eines *New Competition Tool* (NCT) angeknüpft.⁵²⁸

- 243 Demnach kann die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz ins GWB zwar nicht als Ziel der „Ampel-Koalition“ angesehen werden. Sie war im Koalitionsvertrag aber zumindest angedeutet, da eine Novellierung des GWB angekündigt und eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz auf europäischer Ebene explizit gefordert wurde. Dass das europäische NCT vorerst nicht eingeführt würde, war spätestens nach der Verabschiedung des DMA durch das Europäische Parlament am 06.07.2022 ersichtlich und könnte einen Beweggrund für die Einführung des Instruments auf nationaler Ebene dargestellt haben.

2. Konkreter Anlass für die Regelung

- 244 Konkreter Anlass für die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz im Rahmen der vorgezogenen 11. GWB-Novelle waren jedoch die in der Zeit nach Beginn der russischen Invasion in der Ukraine massiv angestiegenen Spritpreise in Deutschland. Als diese kurz nach Inkrafttreten des „Tankrabatts“ – einer zeitweisen Reduzierung der Energiesteuer auf Kraftstoffe – wieder stiegen, forderte Bundeswirtschaftsminister *Robert Habeck* in einem Interview mit dem Deutschlandfunk vom 13.06.2022 plakativ ein „Kartellrecht mit Klauen und Zähnen“⁵²⁹. In der zugehörigen offiziellen Mitteilung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz hieß es: „Angesichts der aktuellen Diskussion um Tankstellenpreise plant Bundeswirtschaftsminister Robert Habeck eine Verschärfung des Wettbewerbsrechts. Eine Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen soll noch auf dieses Jahr vorgezogen werden. Ziel ist es, die Befugnisse des Kartellamts zu erweitern. Unter anderem sollen die Hürden für eine kartellrechtliche Gewinnabschöpfung gesenkt werden. Das Kartellamt soll zudem missbrauchsunabhängige Eingriffsbefugnisse erhalten.“⁵³⁰ Die Notwendigkeit einer missbrauchsunabhängigen

528 Vgl. KOM, NCT Impact Assessment.

529 *Heinemann*, Deutschlandfunk vom 13.06.2022.

530 „Bundeswirtschaftsminister Robert Habeck plant Verschärfung des Wettbewerbsrechts“, Mitteilung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz, <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Artikel/Energie/bundeswirtschaftsminister-robe>

Entflechtungskompetenz wurde in der Mitteilung insbesondere damit begründet, dass der Kraftstoffmarkt von Oligopolen geprägt und es kaum möglich sei, diesen einen Kartellrechtsverstoß nachzuweisen. Die Preise würden insbesondere aufgrund der hohen Transparenz des Marktes schnell angeglichen.

Dabei ist bemerkenswert, dass die Transparenz auf dem Kraftstoffmarkt nicht zuletzt wegen der beim Bundeskartellamt angesiedelten Markttransparenzstelle für Kraftstoffe⁵³¹ besonders hoch ist. Kritisch ist auch zu sehen, dass es zum Zeitpunkt der Ankündigung der Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz keine stichhaltigen Hinweise auf eine nicht wettbewerbskonforme Preissetzung der Mineralölkonzerne gab, sondern vielmehr von einer annähernd vollständigen Weitergabe des Tankrabatts an die Verbraucher auszugehen war.⁵³² Auch das Bundeskartellamt kam in einer *ad-hoc*-Sektoruntersuchung später zu dem Ergebnis, „dass im ersten Monat nach Einführung des Tankrabatts ein relativ hoher Anteil des Rabatts weitergegeben wurde und dass ohne die Energiesteuersenkung die Kraftstoffpreise in Deutschland im Juni mit großer Wahrscheinlichkeit erheblich höher gewesen wären. Erkenntnisse, die darauf hindeuten würden, dass sich hieran in der Folge etwas geändert haben könnte, liegen auch unter Berücksichtigung der Ergebnisse der übrigen wissenschaftlichen Studien Dritter derzeit nicht vor.“⁵³³ Der konkrete Anlass für die Schaffung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz erwies sich somit als Trugschluss.

Allerdings trifft es zu, dass der Kraftstoffmarkt stark konzentriert ist. So kam das Bundeskartellamt in einer Sektoruntersuchung aus dem Jahr 2011 zum Ergebnis, dass die fünf Konzerne „BP (Aral), ConocoPhillips (Jet), ExxonMobil (Esso), Shell und Total auf regionalen Tankstellenmärkten ein marktbeherrschendes Oligopol bilden.“⁵³⁴ Das Bundeskartellamt hat in der Untersuchung weiter festgestellt, dass im Kraftstoffsektor aufgrund einer impliziten Koordinierung, die unter anderem durch die hohen gemeinsa-

rt-habeck-plant-verschärfung-des-wettbewerbsrechts.html, zuletzt abgerufen am 28.08.2025. Die Mitteilung wurde zwischenzeitlich offenbar geringfügig modifiziert, um das Ausscheiden von Robert Habeck aus seinem Amt als Bundeswirtschaftsminister hervorzuheben.

531 Vgl. § 47k GWB.

532 Vgl. dazu Ackermann, NZKart 2022, S. 357 ff.; Ackermann, Verfassungsblog vom 18.06.2022; Körber, ZRP 2023, S. 5.

533 BKartA, Sektoruntersuchung Raffinerien/Kraftstoffgroßhandel I, S. 90.

534 BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, S. 20.

men Marktanteile der fünf Oligopolisten und Verflechtungen zwischen diesen bedingt ist, „ein dauerhaft einheitliches Vorgehen der Oligopolisten zu erwarten und an der beobachteten Preisbildung auch abzulesen ist.“⁵³⁵ Der Kraftstoffsektor kommt damit jedenfalls potentiell für ein Entflechtungsverfahren in Frage (Rn. 385 ff.). Es war demnach auch nicht gänzlich fernliegend, im Zusammenhang mit der Debatte um erhöhte Spritpreise das altbekannte⁵³⁶ Instrument der missbrauchsunabhängigen Entflechtung zurück auf das politische Tapet zu bringen.

3. Referentenentwurf

- 247 Im September 2022 wurde ein Referentenentwurf⁵³⁷ für die Novellierung des GWB und Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz veröffentlicht. Das Bundeswirtschaftsministerium griff dabei auch auf den *Brüderle*-Entwurf von 2010 (Rn. 230 ff.) zurück.⁵³⁸ Allerdings trat als zentrales Eingriffskriterium für eine Entflechtung an die Stelle der Marktbeherrschung eine durch eine Sektoruntersuchung festgestellte „erhebliche, andauernde oder wiederholte Störung des Wettbewerbs auf mindestens einem Markt oder marktübergreifend“⁵³⁹. Wann eine solche Störung vorliegen sollte, wurde indes nicht definiert. Nicht aus dem *Brüderle*-Entwurf übernommen wurde auch die Vorschrift über einen Mindesterlös der Veräußerung der zu entflechtenden Unternehmensteile; Entschädigungsvorschriften waren ebenfalls nicht vorgesehen. Das Stellungnahme-recht für die Monopolkommission wurde zu einem fakultativen herabgestuft; Rechtsbehelfe sollten keine aufschiebende Wirkung haben.

535 *BKartA*, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, S. 21 ff.

536 Pointiert dazu *Körber*, ZRP 2023, S. 6: „Dabei handelt es sich um einen kartellrechtlichen Wiedergänger, der traditionell alle 30 Jahre und zu jeder vierten GWB-Novelle aus seiner Gruft auffährt, bislang aber jedes Mal schnell wieder beerdigt wurde.“

537 Der Referentenentwurf ist im Anhang dieser Arbeit wiedergegeben, siehe unten S. 442.

538 *Käseberg*, NZKart 2022, S. 540.

539 Das Merkmal der Erheblichkeit sollte dabei trotz des missverständlichen Wortlauts wohl nicht alternativ, sondern kumulativ zu den Varianten „andauernd“ oder „wiederholt“ zu verstehen sein (vgl. S. 27 des Referentenentwurfs, siehe dazu auch *Wagner-von Papp*, NZKart 2022, S. 605).

Das Bekanntwerden des Referentenentwurfs intensivierte die schon nach 248
der Ankündigung des Instruments entflammten Diskussionen.⁵⁴⁰ Dabei
„handelt es sich bei der verstoßunabhängigen Entflechtung gemäß § 32f
Abs. 4 um die wohl meist kritisierte Regelung einer insgesamt ohnehin
stark umstrittenen Vorschrift.“⁵⁴¹

In der Rechtswissenschaft wurde der Entwurf überwiegend kritisch rezi- 249
piert.⁵⁴² Hervorgehoben wurden etwa folgende Defizite:

- Der Entwurf gehe noch über die Reichweite des *Brüderle*-Entwurfs hinaus, insbesondere weil er keine Marktbeherrschung verlange und auf eine Entschädigungsregelung sowie eine Ministerdispensregelung verzichte.⁵⁴³
- Der Begriff der Wettbewerbsstörung als dem deutschen Wettbewerbsrecht fremder Begriff sei nicht hinreichend bestimmt.⁵⁴⁴
- Die Beteiligungs- und Rechtsschutzmöglichkeiten der betroffenen Unternehmen seien unzureichend.⁵⁴⁵

Die Monopolkommission hingegen sprach sich – erneut – für die Ein- 250
führung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz aus und verwies im Wesentlichen auf die Ausführungen in ihrem zum *Brüderle*-Entwurf erstellten Sondergutachten 58.⁵⁴⁶

4. Regierungsentwurf

Der Regierungsentwurf vom 05.04.2023 war wesentlich ausgeglichener for- 251
muliert als der Referentenentwurf und griff die vorgebrachten Kritikpunkte

540 Zur Debatte vor der Veröffentlichung des Referentenentwurfs vgl. etwa: *Ackermann*, NZKart 2022, S. 357 ff.; *Ackermann*, Verfassungsblog vom 18.06.2022; *Kühling*, Verfassungsblog vom 24.06.2022.

541 *Kühling/Engelbracht*, in: *Körber/Schweitzer/Zimmer*, Immenga/Mestmäcker Bd. 2, § 32f GWB Rn. 50.

542 Zu einer ausführlichen Darstellung der vorgebrachten Kritikpunkte vgl. *Voges*, Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips, S. 62 ff.

543 Vgl. etwa *Ackermann*, ZWeR 2023, S. 6; *Körber*, ZRP 2023, S. 6, 8; *Grzeszick*, NZKart 2023, S. 60.

544 Vgl. etwa *Ackermann*, ZWeR 2023, S. 6 f.; *Körber*, NZKart 2023, S. 194; *Paal/Kieß*, NZKart 2022, S. 681.

545 Vgl. etwa *Ackermann*, ZWeR 2023, S. 19 f., 25 f.; *Paal/Kieß*, NZKart 2022, S. 682.

546 *Monopolkommission*, Hauptgutachten XXIV, Rn. 675 ff.

weitestgehend auf.⁵⁴⁷ So wurde etwa der Begriff der Wettbewerbsstörung durch Regelbeispiele konkretisiert und eine Entschädigungsregelung aufgenommen. Zudem wurde eine Störung auf mindestens einem bundesweiten Markt, mehreren einzelnen Märkten oder marktübergreifend verlangt, eine Subsidiaritätsklausel gegenüber den allgemeinen kartellrechtlichen Befugnissen aufgenommen und ein Rechtsbehelf mit aufschiebender Wirkung gegen eine Entflechtungsanordnung eingeführt. Entflechtungen als *ultima ratio* waren nur noch bei marktbeherrschenden Unternehmen bzw. Unternehmen mit einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb vorgesehen.

- 252 Die vom Deutschen Bundestag verabschiedete Fassung der Entflechtungskompetenz unterschied sich nur noch unwesentlich vom Regierungsentwurf.⁵⁴⁸ Der Gesetzentwurf der Bundesregierung in der Ausschussfassung wurde am 06.07.2023 im Deutschen Bundestag angenommen und am 06.11.2023 verkündet.⁵⁴⁹ Er trat tags darauf in Kraft.

II. Konkrete Ausgestaltung

- 253 Die konkrete Ausgestaltung der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz in Deutschland gem. § 32f Abs. 4 GWB wird im Folgenden ausführlich dargestellt.⁵⁵⁰ Hierzu wird zunächst erörtert, von welchem wettbewerbspolitischen Leitbild sie ausgeht (1.), bevor das Verfahren (2.), der Tatbestand (3.) und die Rechtsfolge (4.) der Norm untersucht werden. Hieraus werden abschließend die Norm bewertende Schlussfolgerungen (5.) gezogen.

547 Zu einem Überblick der vorgenommenen Änderungen vgl. *Käseberg*, NZKart 2023, S. 245 f., v. *Schreitter/Sura*, DB 2023, S. 1268 ff., *Voges*, Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips, S. 80 ff. und *Wagner-von Papp*, WuW 2023, S. 301 f. *Wagner-von Papp* kommt zum Schluss, dass „nahezu alle“ auf eine Verbesserung des Gesetzesvorhabens gerichteten Änderungsvorschläge umgesetzt wurden.

548 Vgl. die Synopse im Bericht des Wirtschaftsausschusses (BT-Drs. 20/7625, S. 6 ff., 27) sowie *Rohner*, WuW 2023, S. 386 ff.

549 BGBl. I 2023, Nr. 294.

550 § 32f GWB ist vollständig im Anhang dieser Arbeit wiedergegeben, siehe unten S. 445.

1. Wettbewerbspolitisches Leitbild

Der 11. GWB-Novelle liegt ein dynamisches Wettbewerbsverständnis zugrunde, in dem sich die Marktstruktur durch Vorstoß und Imitation ergibt und Marktpositionen deshalb angreifbar für Wettbewerber bleiben müssen.⁵⁵¹ Insoweit bestehen große Ähnlichkeiten zu *John M. Clarks* Auffassung von „*Competition as a Dynamic Process*“ (Rn. 80).⁵⁵² Primäres Ziel der Novelle scheint indes eine weniger am Wettbewerbsprozess als an dessen Ergebnissen orientierte Verbesserung der Wettbewerbsintensität zu sein. So sollen etwa höhere Qualität und nachhaltigeres Wirtschaften erreicht werden.⁵⁵³ Aus der Gesetzesbegründung geht auch hervor, dass das Instrument zur Erreichung einer „sozial-ökologischen Marktwirtschaft“ dienen soll.⁵⁵⁴ In den Plenardebatten klang darüber hinaus – wie schon bei der Debatte in den 1970er-Jahren (Rn. 211) – auch die demokratietheoretische Komponente einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz an.⁵⁵⁵ Die Postulierung solcher Wettbewerbsziele belegt ebenfalls eine Nähe zur auf den Ansätzen *Clarks* fußenden Harvard-Schule (Rn. 81). Prominente Vertreter der Harvard-Schule, etwa *Erhard Kantzenbach*,

551 BT-Drs. 20/6824, S. 16.

552 *Budzinski*, in: *Kirk/Offergeld/Rohner*, Kartellrecht in der Zeitenwende, S. 127.

553 Vgl. BT-Drs. 20/6824, S. 15: „Auch wenn sich die Unternehmen auf einem Markt kartellrechtskonform verhalten, können die dort herrschenden Rahmenbedingungen den Wettbewerb erheblich stören und zu einer geringen Wettbewerbsintensität führen, was sich in der Regel in den Marktergebnissen widerspiegelt. In der Folge sehen sich die Verbraucherinnen und Verbraucher sowie gewerbliche Unternehmen u.a. mit hohen Preisen, geringer Produktauswahl oder niedriger Qualität konfrontiert. Zudem entstehen häufig Fehlanreize, die sich negativ auf nachhaltiges Wirtschaften, einen effizienten Ressourceneinsatz und die Innovationstätigkeit der Marktteilnehmer auswirken.“

554 BT-Drs. 20/6824, S. 16.

555 Vgl. etwa die Redebeiträge der Abgeordneten *Detzer* (Bündnis 90/Die Grünen, Plenarprotokoll 20/107 des Deutschen Bundestags, S. 13059 D): „Das Wettbewerbsrecht hat somit noch einmal stärker den Anspruch, schädliche Machtkonzentrationen zu verhindern. Es ist an der Stelle ein zutiefst demokratisches Instrument, um Macht zu teilen und sie zum Wohle aller zu ordnen“ und *Meiser* (Die Linke, Plenarprotokoll 20/115 des Deutschen Bundestags, S. 14187 C): „Denn das Problem mit dem Wettbewerb ist – um es mit den Worten George Orwells zu sagen –: Einer gewinnt ihn am Ende. – Und dann ist in der Regel Schluss mit lustig. Dann reguliert sich auch kein Markt mehr selbst. Dann muss politisch eingegriffen werden; denn nur so lässt sich die wirtschaftliche und, ja, auch die daraus resultierende politische Macht der Big Player brechen.“ Ausführlich zur sozialwissenschaftlichen Perspektive der Dezentralisierung ökonomischer Macht: *Piétron*, in: *Kirk/Offergeld/Rohner*, Kartellrecht in der Zeitenwende, S. 253 ff.

zeigten sich auch offen für Entflechtungen (Rn. 84). Es handelt sich bei der 11. GWB-Novelle damit um einen wohlfahrtsökonomischen Ansatz, der durchaus im Einklang mit dem – durch *Kantzenbach* mitgeprägten (Rn. 208 ff.) – wettbewerbspolitischen Leitbild des GWB seit der zweiten Novelle von 1973 steht.⁵⁵⁶ Aufgrund des weit formulierten Zielkatalogs, der etwa „nachhaltiges Wirtschaften“ umfasst, könnte allerdings eine gewisse Gefahr bestehen, dass das Bundeskartellamt sich bei der Anwendung der Norm von seinem bisher verfolgten, ergebnisoffenen Ansatz entfernt.⁵⁵⁷

2. Verfahren

- 255 Das Entflechtungsverfahren ist zweistufig ausgestaltet. In der ersten Phase hat zunächst eine Sektoruntersuchung zu erfolgen (a). Erst im Anschluss daran kann das eigentliche Entflechtungsverfahren eingeleitet werden (b). Die Entflechtungsverfügung unterliegt gerichtlicher Kontrolle (c).

a) Sektoruntersuchung (Phase 1)

- 256 Grundlegendes Erfordernis einer Entflechtungsverfügung gem. § 32f Abs. 4 GWB ist gem. § 32f Abs. 1 GWB – und schon ausweislich der amtlichen Überschrift von § 32f GWB „Maßnahmen nach einer Sektoruntersuchung“ – eine vorangehende Sektoruntersuchung. Eine solche kann vom Bundeskartellamt gem. § 32e Abs. 1 GWB eingeleitet werden, wenn Umstände vermuten lassen, dass der Wettbewerb im Inland möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht ist. Erforderlich hierfür sind lediglich „Hinweise

556 So auch *Stratmann*, NZKart 2023, S. 535 f.

557 Vgl. dazu *Nettesheim*, Verfassungsrechtliche Einordnung, S. 42: „Die vorstehend beschriebenen Wertungsspielräume und -notwendigkeiten des BKartA weiten sich im Übrigen noch deutlich aus, wenn man in Rechnung stellt, dass die Gesetzesbegründung davon spricht, dass § 32f GWB mit dem Ziel der Schaffung einer sozial-ökologischen Marktwirtschaft erlassen wurde. Die Gesetzesbegründung spricht offen davon, dass das Konzept der „Störung“ des Wettbewerbs vor dem Hintergrund des Ziels des nachhaltigen Wirtschaftens verstanden werden muss. Die Erwartung ist damit alles andere als fernliegend, dass das BKartA das Konzept der Störung des Wettbewerbs nicht mehr nur wettbewerbstheoretisch verstehen wird, sondern dass es ein weiter gespanntes und materielles inhaltliches Leitbild (Ökologie und grüne Transformation) zum Prüfungsmaßstab machen wird. Die Abwendung von einem ergebnisoffenen Wettbewerbsverständnis wird jedenfalls von der Gesetzesbegründung nahegelegt.“

auf wettbewerbliche Problemlagen in einem breit verstandenen Sinne“, mithin besteht nur eine niedrige Eintrittsschwelle für Sektoruntersuchungen.⁵⁵⁸

aa) Hintergrund

Ziel der 11. GWB-Novelle war – anders als bei den vorherigen deutschen 257 Entflechtungsdebatten – nicht explizit die Schaffung einer (missbrauchsunabhängigen) Entflechtungskompetenz. Vielmehr sollte durch die Schaffung von verschiedenen Eingriffsbefugnissen dem 2005 eingeführten Instrument der Sektoruntersuchung „zu einer höheren Wirksamkeit verholfen werden.“⁵⁵⁹ Die Ergebnisse einer Sektoruntersuchung sollten nicht mehr „achselzuckend hingenommen werden“⁵⁶⁰ müssen oder als bloßes „Hintergrundrauschen“⁵⁶¹ für künftige Verfahren dienen, sondern zu konkreten Abhilfemaßnahmen führen können. Sieht man Abhilfemaßnahmen infolge einer Sektoruntersuchung vor, ist es wiederum konsequent, dass diese – wie auch im Rahmen von Fusionskontrollverfahren und bei Kartellrechtsverstößen (Rn. 33 ff.) – bis hin zu einer Entflechtung reichen können.⁵⁶²

Das Erfordernis einer Sektoruntersuchung genügt – in Abkehr vom 258 *Brüderle*-Entwurf, der nur eine „Untersuchung des betroffenen Wirtschaftszweigs“ verlangte – den schon in den 1970er-Jahren erhobenen Forderungen *Möschels* und der Monopolkommission (Rn. 215 ff.). Angesichts der Eingriffsintensität und der Fülle der vor einer Entflechtung abzuwägenden Voraussetzungen und Folgen erscheint das Erfordernis auch dringend geboten.⁵⁶³

Kritikwürdig erscheint, dass die Sektoruntersuchung voraussichtlich 259 durch dieselbe Beschlussabteilung des Bundeskartellamts durchgeführt

558 Haas, in: *Bacher/Hempel/Wagner-von Papp*, BeckOK KartR, § 32e Rn. 5 f.

559 BT-Drs. 20/6824, S. 2.

560 *Budzinski*, in: *Kirk/Offergeld/Rohner*, Kartellrecht in der Zeitenwende, S. 120.

561 *v. Schreitter/Sura*, DB 2022, S. 2715.

562 Vgl. *Voges*, in: *Kirk/Offergeld/Rohner*, Kartellrecht in der Zeitenwende, S. 63.

563 Vgl. dazu auch die Äußerung des ehemaligen Vorsitzenden der britischen CMA, *David Currie*: „There is no science to the devising of remedies that improve failings in markets but which avoid adverse side effects. But there is no substitute for deep, considered analysis so that remedies are based on a sound understanding of how a market operates and focused on the features that need adjusting.“ (zitiert nach: *Coscelli/Horrocks*, 10 Competition Policy International 1/2014, S. 52)

werden wird wie das anschließende Entflechtungsverfahren.⁵⁶⁴ Diese kann sich damit letztlich selbst zu Entflechtungen ermächtigen.⁵⁶⁵ Insoweit ist das Risiko einer ergebnisgeleiteten Durchführung der Sektoruntersuchung nicht von der Hand zu weisen. Dabei ist auch das politische Missbrauchsrisiko⁵⁶⁶ in Form der Verlockung, „politisch unbeliebte marktbeherrschende Unternehmen ‚zu maßregeln‘“⁵⁶⁷ bzw. die „Gefahr populistischer Verneinung vor den Wünschen der Politik oder den Erwartungen der Bevölkerung“⁵⁶⁸ zu beachten. Zwar ist das Bundeskartellamt als selbständige Bundesoberbehörde institutionell unabhängig. Insbesondere unterliegen seine Beschlussabteilungen (wohl) keinen Einzelfallanweisungen durch das Bundeswirtschaftsministerium.⁵⁶⁹ Das Bundeskartellamt ist aber – etwa wegen der Ernennung seines Präsidenten auf Vorschlag des Bundeswirtschaftsministers oder seiner Finanzierung aus Staatsmitteln – auch nicht völlig frei von politischen Einflüssen.⁵⁷⁰ Das politische Missbrauchsrisiko dürfte aber immerhin wesentlich geringer sein als noch beim *Brüderle*-Entwurf von 2010, der als zentrales Eingriffskriterium die bloße Marktbeherrschung vorsah (Rn. 230 ff.). Denn im Gegensatz dazu stellt § 32f Abs. 4 GWB eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs (Rn. 278 ff.) ins Zentrum und sieht die grundsätzlich zulässige Marktbeherrschung bzw. überragende marktübergreifende Bedeutung (Rn. 287 ff.) als zusätzliche – den Anwendungsbereich der Norm einschränkende – Anforderung vor.

bb) Abschlussbericht

- 260 Die Sektoruntersuchung wird durch die gem. § 32e Abs. 4 GWB obligatorische Veröffentlichung eines Berichts über die Ergebnisse der Sektoruntersu-

564 Vgl. *Voges*, Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips, S. 71 m.w.N., 304 f.

565 *Körber*, ZRP 2023, S. 7.

566 Vgl. dazu *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung, S. 68 ff.

567 *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung, S. 83.

568 *Nettesheim*, Verfassungsrechtliche Einordnung, S. 50 f.

569 Die Weisungsunabhängigkeit der Beschlussabteilungen des Bundeskartellamts gegenüber dem Bundeswirtschaftsministerium ist im Einzelnen umstritten, jedenfalls aber kamen Einzelanweisungen in der Praxis bislang nicht vor (ausführlich dazu vor dem Hintergrund von Art. 4 der ECN+-Richtlinie: *Ludwigs*, in: *Bien/Käseberg/Klumpe/Körber/Ost*, 10. GWB-Novelle, S. 117 ff.; vgl. auch *Stempel*, in: *Bacher/Hempel/Wagner-von Papp*, BeckOK KartR, § 51 GWB Rn. 6 f.).

570 Vgl. zum Ganzen auch *Budzinski*, in: *Kirk/Offergeld/Rohner*, Kartellrecht in der Zeitenwende, S. 121; *Budzinski*, in: *Theurl*, Unabhängige staatliche Institutionen, S. 160 ff; *Franck*, WuW 2024, S. 639 ff.

chung abgeschlossen. Der Abschlussbericht grenzt auch den Gegenstand des Entflechtungsverfahrens ein. Denn das Erfordernis einer der Entflechtung vorangehenden Sektoruntersuchung dürfte jedenfalls zu einem Verknüpfungserfordernis dergestalt führen, dass die Entflechtung nicht auf völlig neue Erkenntnisse gestützt werden kann, die nicht im Zusammenhang mit der Sektoruntersuchung stehen.⁵⁷¹ Auch eine Unverwertbarkeit jeglicher Erkenntnisse über eine Wettbewerbsstörung außerhalb des konkreten Gegenstandsbereichs der Sektoruntersuchung⁵⁷² dürfte angesichts der Eingriffsintensität und der Rechtsnatur der missbrauchsunabhängigen Entflechtung gem. § 32f Abs. 4 GWB als „Maßnahme nach einer Sektoruntersuchung“ geboten sein, wenngleich es eine andere Behandlung als etwa die von sog. Zufallsfunden im Rahmen von Hausdurchsuchungen darstellen würde.⁵⁷³

Das Bundeskartellamt kann gem. § 32e Abs. 4 S. 2 GWB Dritte um Stellungnahme bitten, allerdings erst nach der Veröffentlichung des Abschlussberichts. Eine effektivere Möglichkeit zur Verschaffung der nötigen Kenntnisse wäre etwa ein Zwischenbericht mit öffentlicher Anhörung noch vor Abschluss der ersten Phase des Verfahrens gewesen.⁵⁷⁴ Der Gesetzgeber scheint hierin allerdings kein Problem zu erkennen und geht davon aus, dass ohnehin Zwischenberichte veröffentlicht und diskutiert werden.⁵⁷⁵ 261

cc) Verfahrensdauer

Die Sektoruntersuchung soll gem. § 32e Abs. 3 GWB innerhalb von 18 262
Monaten nach der Einleitung des Verfahrens abgeschlossen werden. Hintergrund ist der Erfahrungswert, „dass kartellrechtliche Sektoruntersuchungen häufig lange Bearbeitungszeiten hatten, bis zu deren Abschluss sich

571 So Ackermann, ZWeR 2023, S. 20.

572 Ackermann, ZWeR 2023, S. 19.

573 Vgl. §§ 59b Abs. 1, 5 GWB, 108 Abs. 1 StPO.

574 Vgl. Ackermann, ZWeR 2023, S. 20 unter Berufung auf *Monopolkommission*, Hauptgutachten XXIV, Rn. 389.

575 Vgl. BT-Drs. 20/6824, S. 27: „Zudem besteht schon vor Einleitung eines Verfahrens nach § 32f für interessierte Dritte die Möglichkeit, zu den im Zwischen- oder Abschlussbericht der vorangegangenen Sektoruntersuchung enthaltenen Feststellungen Stellung zu nehmen. Diese Stellungnahmen veröffentlicht das Bundeskartellamt grundsätzlich auf seiner Internetseite, soweit im Einzelfall keine vertrauliche Behandlung geboten ist.“

Märkte unter Umständen schon weiterentwickelt haben.⁵⁷⁶ Die Festlegung der Sollfrist dient also der Effektivierung des Instruments der Sektoruntersuchung. Allerdings sind an einen Verstoß gegen die Frist keine Konsequenzen gebunden, sodass sich ihre tatsächliche Bedeutung noch nicht absehen lässt.

b) Entflechtungsverfahren (Phase 2)

263 Im Anschluss an die Sektoruntersuchung kann das Bundeskartellamt das eigentliche Entflechtungsverfahren gem. § 32f Abs. 4 GWB einleiten (Phase 2).

aa) Erlass einer Feststellungsverfügung

264 Soweit das Bundeskartellamt im Rahmen der Sektoruntersuchung zu dem Ergebnis kommt, dass eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs auf mindestens einem mindestens bundesweiten Markt, mehreren einzelnen Märkten oder marktübergreifend vorliegt (§ 32f Abs. 3 S. 1 GWB, zu den Tatbestandsmerkmalen siehe unten Rn. 277 ff.), kann es dies zunächst durch Verfügung feststellen und damit die zweite Phase des Verfahrens einleiten. Die Verfügung ergeht gem. § 32f Abs. 3 S. 2 GWB gegenüber einem oder mehreren Unternehmen, die als Adressaten von Maßnahmen nach § 32f Abs. 3 S. 6 oder Abs. 4 in Betracht kommen.

265 Das Erfordernis einer gesonderten Feststellungsverfügung soll den Rechtsschutz betroffener Unternehmen dadurch verbessern, dass sie schon die Feststellung einer Wettbewerbsstörung als solche gerichtlich angreifen können und nicht erst die darauf folgenden Maßnahmen.⁵⁷⁷ Statthafter Rechtsbehelf ist gem. §§ 73 ff. GWB die Beschwerde zum Oberlandesgericht Düsseldorf sowie hieran anschließend die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof. Aufschiebende Wirkung hat ein solcher Rechtsbehelf aber mangels Nennung der Feststellungsverfügung in § 66 Abs. 1 GWB nicht. Dies dient dem Interesse an der Effektivität des Instruments und der Verfahrensbeschleunigung.⁵⁷⁸

576 BT-Drs. 20/6824, S. 25.

577 Vgl. BT-Drs. 20/6824, S. 29; *Kühling/Engelbracht/Welsch*, WuW 2023, S. 253. Kritisch dazu: *Nettesheim*, Verfassungsrechtliche Einordnung, S. 89 f.

578 *Bartsch/Käseberg/Weber*, WuW 2023, S. 247.

bb) Subsidiaritätsfeststellung

Das Bundeskartellamt hat gem. § 32f Abs. 3 S. 1 Hs. 2 GWB zugleich mit 266
der Feststellung einer erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs darzulegen, dass die Anwendung der sonstigen Befugnisse nach Teil 1 des GWB – also sämtlicher schon bislang bestehender kartellrechtlicher Eingriffsbefugnisse – nach den im Zeitpunkt der Entscheidung beim Bundeskartellamt vorliegenden Erkenntnissen voraussichtlich nicht ausreichend erscheint, um die Störung des Wettbewerbs wirksam und dauerhaft zu beseitigen. Es besteht demnach eine verfahrensrechtlich abgesicherte Subsidiarität von verstoßunabhängigen gegenüber verstoßabhängigen Abhilfemaßnahmen. Allerdings stellt die Gesetzesbegründung klar, dass die Subsidiaritätsklausel nur einer „kursorischen Prüfung“ unterliegt und „keine weiteren Ermittlungen“ erforderlich sind.⁵⁷⁹

Die Subsidiaritätsklausel kann insbesondere in Fällen möglicher Überlagerungen des Tatbestandsmerkmals der erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs mit anderen Eingriffsbefugnissen Anwendungssicherheit schaffen. So kann etwa auch ein i.S.d. § 1 GWB verbotener, eingeschränkter oder verfälschter Wettbewerb „erheblich und fortwährend gestört“ im Sinne des § 32f Abs. 3 S. 1 GWB sein.⁵⁸⁰ Da missbrauchsunabhängige Maßnahmen gerade dann in Betracht kommen sollen, wenn ein Kartellrechtsverstoß nicht nachweisbar ist,⁵⁸¹ wird zwar darauf hingewiesen, dass die Subsidiaritätsklausel in der Praxis eher geringe Bedeutung haben könnte.⁵⁸² Allerdings ist vom Bundeskartellamt zu fordern, nicht mit dem bloßen Verweis auf die fehlende Nachweisbarkeit eines Kartellrechtsverstoßes anzunehmen, dass „die Anwendung der sonstigen Befugnisse nach Teil 1 nach den im Zeitpunkt der Entscheidung beim Bundeskartellamt vorliegenden Erkenntnissen voraussichtlich nicht ausreichend erscheint, um die Störung des Wettbewerbs wirksam und dauerhaft zu beseitigen“ (§ 32f Abs. 3 S. 1 Hs. 2 GWB).⁵⁸³ Da mit § 32f GWB nämlich eine mögliche Adres-

579 BT-Drs. 20/6824, S. 29.

580 Vgl. *Ackermann*, ZWeR 2023, S. 22.

581 Die Gesetzesbegründung zu § 32f GWB erwähnt „vom Missbrauchsverbot nur in Randbereichen erfasste oder schwer nachweisbare Verhaltensweisen“ als möglichen Anwendungsfall (BT-Drs. 20/6824, S. 16).

582 v. *Schreitter/Sura*, DB 2023, S. 1270.

583 Zutreffend *Bosch*, in: *Bechtold/Bosch*, GWB, § 32f GWB Rn. 21: „Rechtsunsicherheit, das allgemeine Verfahrensrisiko, die zu erwartende Verfahrensdauer (bestehen alle auch bei § 32f) oder innerbehördliche Gegebenheiten (mangelnde Kapazitäten zur Ermittlung von Verstößen) können nicht genügen, um weitreichendere Befugnisse

sierung von „Verhalten ‚unterhalb‘ der Tatbestandsmäßigkeit der bisherigen Verhaltensvorschriften“ einhergeht, sollten Eingriffe auf seiner Grundlage nur erfolgen, wenn „zu dem (bisher nicht tatbestandsmäßigen) Verhalten weitere strukturelle oder verhaltensbedingte Umstände hinzutreten, die das Verhalten im konkreten Marktkontext als so problematisch erscheinen lassen, dass es für die Zukunft nicht hingenommen werden kann.“⁵⁸⁴ Ansonsten würden die Tatbestandsvoraussetzungen der kartellrechtlichen Verbotsnormen unterlaufen. Angesichts dieser potentiellen Friktionen mit den klassischen Eingriffsbefugnissen sollte das Bundeskartellamt – trotz der ihm in der Gesetzesbegründung eingeräumten Freiheiten – die Subsidiaritätsklausel also sorgfältig prüfen.⁵⁸⁵ Nur dann kann davon ausgegangen werden, dass die Klausel „eine etwaige Umgehung der verstoßabhängigen Eingriffsbefugnisse weitgehend verhindert“⁵⁸⁶. Da jedoch eine Entflechtung gem. § 32f Abs. 4 GWB nur als *ultima ratio* in Betracht kommt, dürfte es ohnehin kaum denkbar sein, diese aufgrund eines isolierten Verhaltens unterhalb der Tatbestandsmäßigkeit der bisherigen Verhaltensvorschriften anzuordnen.

268 Mit der Subsidiaritätsklausel wurde wohl auch ein weiterer Kritikpunkt adressiert: Die Notwendigkeit einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz im deutschen Wettbewerbsrecht wurde im wissenschaftlichen Diskurs auch mit Verweis auf die Wirksamkeit des schon bestehenden Instrumentariums bestritten.⁵⁸⁷ Es wurde etwa angeführt, dass die Missbrauchskontrolle ein effizienteres Instrument als eine missbrauchsunabhängige Entflechtungsbefugnis sei, weil hohe Preise ein Anreiz für neue Anbieter zum Markteintritt seien; eine etwaige Verhinderung des Markteintritts durch etablierte Unternehmen könnte dann im Wege der Missbrauchsaufsicht adressiert werden.⁵⁸⁸ Durch die Subsidiaritätsklausel hat der Gesetzgeber nun ausdrücklich einen Vorrang der bestehenden

zu begründen“ A.A. wohl Rohner, in: Kersting/Meyer-Lindemann/Podszun, Kartellrecht, § 32f GWB, Rn. 20 ff.

584 Wagner-von Papp, WuW 2022, S. 646.

585 A.A. Voges, Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips, S. 293 ff., der davon ausgeht, dass die Subsidiaritätsklausel „keinen echten Anwendungsbereich haben“ wird (a.a.O., S. 302).

586 Kühling/Engelbracht, in: Körber/Schweitzer/Zimmer, Immenga/Mestmäcker Bd. 2, § 32f Rn. 36.

587 Ausführlich etwa: Nettesheim/Thomas, Entflechtung, S. 43 ff.; Thomas, ZWeR 2022, S. 336 ff.

588 Zäch, in: FS FIW, S. 280.

Befugnisse, deren grundsätzliche Wirksamkeit er anerkennt,⁵⁸⁹ hervorheben. Die grundsätzliche Wirksamkeit der übrigen wettbewerbsrechtlichen Instrumente steht der Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz für Ausnahmefälle jedoch nicht entgegen. Vielmehr können die Instrumente sich sinnvoll ergänzen, da sie unterschiedliche Problemlagen adressieren. Zutreffend stellte schon *Möschel* in seiner Studie von 1979 fest: „Insgesamt behält ein Entflechtungsinstrument seine Sinnfälligkeit auch dann, wenn man nach anderen wettbewerbspolitischen Alternativen fragt.“⁵⁹⁰

cc) Anhörung und mündliche Verhandlung

§§ 54, 56 GWB regeln die Rechte der Verfahrensbeteiligten in wettbewerbsbehördlichen Verwaltungsverfahren. Obligatorisch ist hierfür zunächst – wie regelmäßig in Verwaltungsverfahren – die Gelegenheit zur Stellungnahme gem. § 56 Abs. 1 GWB für die Beteiligten. Dies werden primär die Unternehmen sein, gegen die sich das Entflechtungsverfahren richtet (§ 54 Abs. 2 Nr. 2 GWB). In Betracht kommt auch die Beiladung Dritter zu dem Entflechtungsverfahren gem. § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB. Im Einzelfall, insbesondere wenn die Entflechtung in Verträge mit Dritten eingreift, könnte diese auch notwendig sein.⁵⁹¹ 269

Über die übliche Anhörung der Beteiligten hinaus sieht § 56 Abs. 7 S. 3 270 GWB in den Fällen des § 32f Absatz 3 Satz 6 und Absatz 4 „nach Einleitung des Verfahrens“, also zu Beginn der zweiten Phase des Verfahrens, eine öffentliche mündliche Verhandlung vor. Hierdurch soll die Transparenz des Verfahrens gesteigert und die Identifikation von möglichen Problemfeldern und Abhilfemaßnahmen erleichtert werden.⁵⁹² Eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung ist nur mit Einverständnis der Beteiligten möglich (§ 56 Abs. 7 S. 5 GWB). Auch wenn die Beteiligten einverstanden sind,

589 Vgl. BT-Drs. 20/6824, S. 26 f.: „Die im Kartellrecht verankerten Instrumente haben sich über einen langen Zeitraum bei der Verhinderung der Entstehung von Marktmacht im Rahmen der Fusionskontrolle und bei der Bekämpfung wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen sowie des Missbrauchs von Marktmacht durch marktbeherrschende oder marktstarke Unternehmen grundsätzlich bewährt.“

590 *Möschel*, Entflechtungen, S. 81.

591 Vgl. BT-Drs. 20/6824, S. 28.

592 BT-Drs. 20/6824, S. 43.

hat das Bundeskartellamt aber zu prüfen, ob eine Anhörung aufgrund des öffentlichen Interesses an der Entflechtung erforderlich ist.⁵⁹³

- 271 Zudem besteht gem. § 56 Abs. 2 GWB die Möglichkeit, auch weiteren Dritten (z.B. vom Verfahren betroffenen Wirtschaftskreisen, Behörden und wissenschaftlichen Instituten) eine Stellungnahme zu ermöglichen, was der Gesetzgeber für Entflechtungsverfahren ausdrücklich wünscht.⁵⁹⁴ Dies überzeugt angesichts der erheblichen Konsequenzen, die eine Entflechtungsanordnung nicht nur für das betroffene Unternehmen haben kann und angesichts der Komplexität der zu treffenden Bestands- und Prognoseentscheidung. Da zu diesem Zeitpunkt allerdings schon feststeht, ob das Bundeskartellamt Abhilfemaßnahmen ergreifen will, könnte „der durch eine Anhörung vermittelbare Input“⁵⁹⁵ zu spät kommen. Insoweit wäre eine förmliche Beteiligung schon in Phase 1 des Verfahrens (Rn. 261) denkbar gewesen.

dd) Stellungnahmemöglichkeit für Monopolkommission und Landesbehörden

- 272 Gem. § 32f Abs. 4 S. 3 GWB ist vor Erlass einer Entflechtungsverfügung zudem der Monopolkommission und den nach § 48 Abs. 1 GWB zuständigen obersten Landesbehörden, in deren Gebiet das Unternehmen seinen Sitz hat, Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Die Möglichkeit zur Stellungnahme ist im Interesse der Schaffung einer möglichst breiten Entscheidungsgrundlage für ein so eingriffsintensives Mittel wie eine Entflechtung begrüßenswert. Auch bestehen vergleichbare Stellungnahmemöglichkeiten schon im Rahmen der Fusionskontrolle.⁵⁹⁶ Dass die Stellungnahme der Monopolkommission nicht mehr – wie noch im *Brüderle*-Entwurf (Rn. 230 ff.) vorgesehen – obligatorisch ist, dürfte durch das für § 32f Abs. 4 GWB zwingende Erfordernis einer Sektoruntersuchung aufgewogen werden.

593 *Wagner-von Papp*, in: *Bacher/Hempel/Wagner-von Papp*, BeckOK KartR, § 32f GWB Rn. 223.

594 Vgl. BT-Drs. 20/6824, S. 28

595 *Ackermann*, ZWeR 2023, S. 20.

596 Vgl. §§ 40 Abs. 4 S. 1, 42 Abs. 5 S. 1 GWB. Siehe dazu auch *Kühling/Engelbracht*, in: *Körper/Schweitzer/Zimmer*, Immenga/Mestmäcker Bd. 2, § 32f Rn. 60.

ee) Erlass einer Entflechtungsverfügung

Phase 2 des Verfahrens endet mit dem Erlass einer Entflechtungsverfügung 273 (zu deren Rechtsfolgen siehe unten Rn. 294 ff.). Die Entflechtungsverfügung ist gem. § 32f Abs. 4 S. 4, 5 GWB im Bundesanzeiger bekanntzumachen, wodurch ihre besondere Tragweite und das öffentliche Interesse an einer Entflechtungsentscheidung hervorgehoben wird.⁵⁹⁷

ff) Verfahrensdauer

Auch für die zweite Phase sieht § 32f Abs. 7 GWB eine Regeldauer von 274 18 Monaten nach der Veröffentlichung des Abschlussberichts der Sektoruntersuchung vor. Insoweit wurde der schon gegen den *Brüderle*-Entwurf vorgetragene Kritik einer möglichen Entscheidung aufgrund von veralteten Daten⁵⁹⁸ abgeholfen. Allerdings bleibt abzuwarten, inwieweit die Fristen, mit deren Überschreiten keine rechtlichen Konsequenzen verbunden sind, tatsächlich eingehalten werden. So wies das Bundeskartellamt schon in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf mehrfach darauf hin, dass insbesondere bei Entflechtungsverfahren nach § 32f Abs. 4 GWB mit erheblichen Schwierigkeiten bei der Fristeinholung zu rechnen sei.⁵⁹⁹

c) Rechtsschutz

Wie schon gegen die Feststellungsverfügung (Rn. 264 f.), kann gegen die 275 Entflechtungsverfügung gem. §§ 73 ff. GWB die Beschwerde zum Oberlandesgericht Düsseldorf sowie hieran anschließend die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof erhoben werden. Im Gegensatz zur Beschwerde gegen die Feststellungsverfügung hat die Beschwerde gegen die Entflechtungsverfügung jedoch gem. § 66 Abs. 1 Nr. 1 GWB aufschiebende Wirkung. Hierdurch sollte laut der Regierungsbegründung dem „besonderen Charakter der Entflechtung“⁶⁰⁰ Rechnung getragen werden. Allerdings wurde die Regelung vom Bundestag „aufgrund des gestaltenden Charakters und der

597 Vgl. BT-Drs. 20/6824, S. 31.

598 Vgl. *Klees/Hauser*, RATUBS 4/2010, S. 26.

599 Deutscher Bundestag, Ausschussdrucksache 20(9)261, S. 2, 9 f. Vgl. dazu auch *Gollasch*, WuW 2025, S. 318 ff.

600 BT-Drs. 20/6824, S. 44.

möglichen Tiefe der Eingriffe, welche die Adressaten in Einzelfällen zu irreversiblen Eingriffen in ihr Geschäftsmodell zwingen können⁶⁰¹ auch auf die übrigen Abhilfemaßnahmen gem. § 32f Abs. 3 S. 6 GWB erstreckt. Die mögliche Irreversibilität dürfte aber auch ein wesentlicher Teil des „besonderen Charakters“ einer Entflechtungsentscheidung sein, sodass die verschiedenen Begründungen sich nicht zuwiderlaufen.

- 276 Es ist indes keine politische Kontrollinstanz für Entflechtungsmaßnahmen gem. § 32f Abs. 4 GWB vorgesehen. Insoweit unterscheidet sich das Instrument insbesondere von der Fusionskontrolle, bei der gem. § 42 GWB die Möglichkeit einer Ministererlaubnis für untersagte Zusammenschlüsse vorgesehen ist. Der *Brüderle*-Entwurf (Rn. 230 ff.) hatte noch analog hierzu einen Ministerdispens für Entflechtungsanordnungen vorgesehen. Denkbar wäre aber auch eine parlamentarische Beteiligung am Entflechtungsverfahren gewesen, wie diese etwa noch im *Josten*-Entwurf von 1949 (Rn. 193 ff.) vorgesehen war.⁶⁰² Durch den Verzicht auf eine politische Kontrollinstanz wird einerseits der verfahrensmäßige Schutz des betroffenen Unternehmens geschmälert und die demokratische Legitimation von Entflechtungsanordnungen im Sinne einer politischen Verantwortlichkeit verringert.⁶⁰³ Andererseits liegt der Vorteil des Verzichts „in der Aufrechterhaltung der sauberen Trennung zwischen fachlich-technokratischen und politischen Entscheidungen, mit der das deutsche Kartellrecht bisher gut gefahren ist.“⁶⁰⁴

3. Tatbestand

- 277 Eine Entflechtung im Wege der Veräußerung von Unternehmensanteilen oder Vermögen ist nach § 32f Abs. 4 GWB zulässig, wenn das Bundeskartellamt auf Grundlage einer Sektoruntersuchung festgestellt hat,

601 BT-Drs. 20/7625, S. 28. Dazu, dass Abhilfemaßnahmen nach Abs. 3 Satz 6 in der Eingriffsintensität durchaus über eine Entflechtungsanordnung nach Abs. 4 hinausgehen können, vgl. etwa *Nettesheim*, Verfassungsrechtliche Einordnung, S. 33; *Thomas*, ZWeR 2022, S. 348; *Voges*, Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips, S. 313 ff.

602 Vgl. dazu etwa § 18 Abs. 3 des *Josten*-Entwurfs bzw. §§ 16 Abs. 2, 17 des Sondervotums von *Curt Fischer* (S. 433 ff.).

603 Die Einbeziehung eines politischen Akteurs würde auch das Spannungsverhältnis zwischen Kartell- und Regulierungsrecht, auf deren Grenze eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz steht, abmildern (vgl. *Wagner-von Papp*, WuW 2022, S. 650 sowie unten Rn. 330).

604 *Ackermann*, ZWeR 2023, S. 18.

- dass eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs (a)
- auf mindestens einem mindestens bundesweiten Markt, mehreren einzelnen Märkten oder marktübergreifend (b) vorliegt,
- Adressaten der Maßnahme marktbeherrschende Unternehmen oder Unternehmen mit einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb nach § 19a Abs. 1 GWB sind (c) und
- die betroffenen Unternehmensteile keinen Bestandsschutz durch eine Zusammenschlussfreigabe genießen (d), soweit
- zu erwarten ist, dass durch die Entflechtung die erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs beseitigt oder erheblich verringert wird (e) und
- mildere Mittel nicht ersichtlich sind (f).

a) Erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs

Die erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs ist das zentrale Eingriffskriterium von § 32f Abs. 4 GWB. Insoweit unterscheidet sich die Norm insbesondere vom *Brüderle*-Entwurf von 2010 (Rn. 230 ff.), der noch primär an die bloße Marktbeherrschung anknüpfte. Ein etwaiger Abschreckungseffekt vor wünschenswertem internem Unternehmenswachstum als negative Vorfeldwirkung (Rn. 111 ff.) dürfte dadurch erheblich vermindert sein, da bloße Unternehmensgröße im System von § 32f GWB keine hinreichende Bedingung für eine Entflechtung ist. Das Merkmal ist an den *adverse effect on competition* aus dem britischen Recht (Rn. 492 ff., 592 ff.) angelehnt⁶⁰⁵ und bewusst nicht gleichlautend mit dem fusionskontrollrechtlichen SIEC-Kriterium⁶⁰⁶ ausgestaltet. Diesem gegenüber soll es eine

605 *Wagner-von Papp*, NZKart 2022, S. 605. So verweist die Gesetzesbegründung auch ausdrücklich auf die Leitlinien der CMA (BT-Drs. 20/6824, S. 32).

606 Der unionsrechtliche Begriff *significant impediment on competition* (vgl. EGr. 25 f., Art. 2 Abs. 2, 3 FKVO) wurde ins deutsche Recht als „erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ übernommen, vgl. § 36 Abs. 1 GWB. Er ersetzt im Fusionskontrollverfahren das frühere Marktbeherrschungskriterium. Zu einem Vergleich des unionsrechtlichen SIEC-Kriteriums mit dem schweizerischen Marktbeherrschungs- und dem US-amerikanischen SLC-Test siehe *Botteron*, *Le contrôle des concentrations*, Rn. 1379 ff. Der SLC-Test wird auch im Vereinigten Königreich angewandt (unten Rn. 457), die Schweiz plant derzeit die Einführung des SIEC-Tests (unten Rn. 646).

fortwährende Störungslage hervorheben.⁶⁰⁷ Es erscheint allerdings fraglich, ob für diese relativ geringfügige Klarstellung die Schaffung eines neuen Rechtsbegriffs unter Inkaufnahme der damit einhergehenden Rechtsunsicherheit erforderlich war.

aa) Störung des Wettbewerbs

279 Zur Konkretisierung des dem deutschen GWB bislang fremden Begriffs der Störung des Wettbewerbs enthält § 32f Abs. 5 S.1 GWB vier – nicht abschließend ausgestaltete – Regelbeispiele einer Wettbewerbsstörung:

1. unilaterale Angebots- oder Nachfragemacht,
2. Beschränkungen des Marktzutritts, des Marktaustritts oder der Kapazitäten von Unternehmen oder des Wechsels zu einem anderen Anbieter oder Nachfrager,
3. gleichförmiges oder koordiniertes Verhalten und
4. Abschottung von Einsatzfaktoren oder Kunden durch vertikale Beziehungen.

280 Die vier Regelbeispiele entsprechen auch in den übrigen wettbewerbsrechtlichen Regelungsbereichen üblichen Schadenstheorien.⁶⁰⁸ Sie sind insoweit also nicht zu beanstanden. Vereinfachend dargestellt betreffen sie „Marktmacht, Marktzutrittsschranken, koordiniertes Verhalten sowie vertikale Beziehungen bzw. Abschottungsstrategien.“⁶⁰⁹ Diese Schadenstheorien sind vor allem auf monopolistisch oder oligopolistisch geprägten Märkten relevant und verdeutlichen so die gegen wirtschaftliche Machtkonzentrationen gerichtete Stoßrichtung der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz.⁶¹⁰ Ob eine Wettbewerbsstörung vorliegt, soll dabei gem. § 32f Abs. 5 S. 2 GWB anhand eines ganzen Katalogs von Prüfkriterien beurteilt werden. Auch in diesen Merkmalen spielt die wirtschaftliche Macht des zu entflechtenden Unternehmens eine entscheidende Rolle, was sich etwa

607 Vgl. BT-Drs. 20/6824, S. 27: „Durch die Abgrenzung vom auf fusionsbedingte Veränderungen von Marktstrukturen und -verhaltensweisen zielenden SIEC-Test in § 36 Absatz 1 wird mit dem Kriterium der Störung des Wettbewerbs eine Störungslage hervorgehoben, die fortwähren muss.“

608 *Wagner-von Papp*, in: *Bacher/Hempel/Wagner-von Papp*, BeckOK KartR, § 32f GWB Rn. III; *Rohner*, in: *Kersting/Meyer-Lindemann/Podszun*, Kartellrecht, § 32f GWB Rn. 17.

609 *Bartsch/Käseberg/Weber*, WuW 2023, S. 247.

610 Vgl. v. *Schreitter/Sura*, DB 2023, S. 1269.

in Prüfkriterien wie „Finanzkraft und Umsätze“, „Grad der Unternehmenskonzentration“ oder „Verflechtungen der Unternehmen“ widerspiegelt.

Der Gesetzgeber hat sich durch die umfassenden Regelbeispiele und Prüfkriterien in § 32f Abs. 5 GWB um eine in ihrem Anwendungsbereich vorhersehbare Norm bemüht, wodurch das Risiko negativer ökonomischer Vorfeldwirkungen (Rn. 113) und verfassungsrechtliche Bedenken (Rn. 325 ff.) abgemildert werden. Die umfangreichen Begriffsbestimmungshilfen in § 32f Abs. 5 GWB sind daher begrüßenswert. Sie dürften insgesamt auch hilfreicher sein als eine – zwischenzeitlich diskutierte – abstrakte Definition des Begriffs der Störung des Wettbewerbs.⁶¹¹ Allerdings hätte ein tatbestandlicher Gleichlauf mit dem im Fusionskontrollrecht bereits etablierten SIEC-Kriterium wohl mehr Rechtssicherheit geboten.⁶¹² Auch eine enumerative Aufzählung der Eingriffsszenarien wäre denkbar gewesen.⁶¹³ 281

bb) Erheblichkeit der Störung

Für das Kriterium der Erheblichkeit wird auf die im deutschen Recht allgemein anerkannte Formel zurückgegriffen, wonach die Störung „mehr als nur geringfügig“ negative Effekte auf den Wettbewerb haben muss.⁶¹⁴ Hiermit ist freilich eine eher geringe Schutzwirkung verbunden, allenfalls Bagatellfälle sind sicher ausgeschlossen. Man kann demnach kritisieren, dass dem Merkmal der Erheblichkeit seine „qualifizierende Kraft“ genommen wird.⁶¹⁵ Andererseits ist das Kriterium in anderen Bereichen des Wettbewerbsrechts wie der Fusionskontrolle⁶¹⁶ erprobt, was eine gewisse Sicherheit bei der Rechtsanwendung mit sich bringen dürfte.⁶¹⁷ 282

611 Vgl. *Wagner-von Papp*, in: *Bacher/Hempel/Wagner-von Papp*, BeckOK KartR, § 32f GWB Rn. 106 f.

612 Vgl. *Ackermann*, ZWeR 2023, S. 23 f.

613 Vgl. *Nettesheim*, Verfassungsrechtliche Einordnung, S. 68 f.; *Paal/Kieß*, NZKart 2022, S. 681, 684.

614 BT-Drs. 20/8624, S. 28.

615 So v. *Schreitter/Sura*, DB 2023, S. 1269.

616 Vgl. § 36 Abs. 1 S. 1 GWB: „Ein Zusammenschluss, durch den wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde, insbesondere von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, ist vom Bundeskartellamt zu untersagen.“

617 Vgl. *Budzinski*, in: *Kirk/Offergeld/Rohner*, Kartellrecht in der Zeitenwende, S. 120.

cc) Fortwähren der Störung

- 283 Eine Störung des Wettbewerbs ist gem. § 32f Abs. 5 S. 3 GWB fortwährend, wenn diese über einen Zeitraum von drei Jahren dauerhaft vorgelegen hat oder wiederholt aufgetreten ist und zum Zeitpunkt der Verfügung nach Absatz 3 keine Anhaltspunkte bestehen, dass die Störung innerhalb von zwei Jahren mit überwiegender Wahrscheinlichkeit entfallen wird. Hierdurch sollen insbesondere innovative Start-ups geschützt werden, die kurzfristig einem geringeren Wettbewerbsdruck ausgesetzt sind.⁶¹⁸ Auch die Prognose für ein zukünftiges Fortbestehen der Wettbewerbsstörung dürfte umso schwerer fallen, je dynamischer der Markt ist.⁶¹⁹
- 284 Im Falle wiederholter Wettbewerbsstörungen ist zu beachten, dass diese ein ambivalentes Signal sind und sowohl auf funktionierende als auch auf versagende Selbstheilungskräfte des Marktes hindeuten können.⁶²⁰ Es ist in solchen Fällen also besonders sorgfältig zu prüfen, ob eine fortwährende Störung des Wettbewerbs vorliegt.

b) Betroffene Märkte

- 285 Die Wettbewerbsstörung muss auf mindestens einem mindestens bundesweiten Markt, mehreren einzelnen Märkten oder marktübergreifend festgestellt werden. Damit wird nicht nur auf der Ebene der Wettbewerbsstörung, sondern auch auf der Ebene des Marktes eine Erheblichkeitsschwelle festgelegt.⁶²¹ Auch dieses Erfordernis dient somit der besseren Vorhersehbarkeit für Unternehmen und dürfte eventuelle negative Vorfeldwirkungen abmildern.
- 286 Die teilweise geforderte⁶²² Herausnahme von regulierten Sektoren aus dem Anwendungsbereich der Norm wurde hingegen nicht umgesetzt. Dies stellt eine Abkehr vom *Brüderle*-Entwurf dar, der in seinem § 41a Abs. 2 S. 2 Vermögensteile, für die sektorspezifisches Regulierungsrecht Regeln enthält, noch vom Anwendungsbereich ausgenommen hat. Insoweit besteht eine gewisse Unsicherheit, welchem Instrument im Einzelfall der Vorrang eingeräumt werden soll. Allerdings sollen Friktionen verfahrensrechtlich

618 BT-Drs. 20/8624, S. 36.

619 Vgl. *Mundt*, in: Orientierungen 123, S. 30.

620 Vgl. *Kühling/Engelbracht/Welsch*, WuW 2023, S. 252 f.

621 v. *Schreitter/Sura*, DB 2023, S. 1270.

622 Vgl. etwa *Monopolkommission*, Hauptgutachten XXIV, Rn. 377.

durch das Erfordernis des Einvernehmens der Bundesnetzagentur gem. § 32f Abs. 8 S.1 GWB vermieden werden. Gem. § 32f Abs. 8 S.1 Hs. 2 GWB hat die Bundesnetzagentur zu den Gründen des Erteilens oder Versagens ihres Einvernehmens eine Stellungnahme zu veröffentlichen, wodurch größtmögliche Transparenz geschaffen werden soll.⁶²³

c) Betroffene Unternehmen

Adressaten einer Entflechtungsverfügung können nur marktbeherrschende 287
Unternehmen oder Unternehmen mit einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb nach § 19a Abs.1 GWB sein, die durch ihr Verhalten und ihre Bedeutung für die Marktstruktur zur Störung des Wettbewerbs wesentlich beitragen (§ 32f Abs. 4 S.1, Abs. 3 S.3 GWB). Dabei ist zu verlangen, dass die marktmächtige Unternehmensstellung gerade auf dem Markt bzw. den Märkten besteht, auf denen die Wettbewerbsstörung vorliegt.⁶²⁴ Bemerkenswert ist das kumulative Erfordernis verhaltens- und strukturbedingter Beiträge zur Wettbewerbsstörung. Das Strukturerefordernis war im Regierungsentwurf noch nicht vorgesehen und wurde vom Bundestag hinzugefügt. Es soll insbesondere mittelständische Unternehmen schützen.⁶²⁵

Der Begriff der Marktbeherrschung in § 32f Abs. 4 S.1 GWB bezieht sich 288
auf die Legaldefinition in § 18 GWB und umfasst somit auch Fälle der Kollektivmarktbeherrschung.⁶²⁶ Das Erfordernis einer Form von Marktmacht war im Referentenentwurf noch nicht vorgesehen, steht aber in der Tradition der bisherigen deutschen Entwürfe für eine allgemeine Entflechtungskompetenz, die sich allesamt gegen wirtschaftliche Machtkonzentrationen richteten.⁶²⁷ Die Beschränkung auf marktmächtige Unternehmen, die wesentlich zur Wettbewerbsstörung beitragen, greift auch die Kritik auf, wonach jedes Unternehmen sich jederzeit mit dem Risiko einer Ent-

623 BT-Drs. 20/8624, S. 37.

624 *Wagner-von Papp*, in: *Bacher/Hempel/Wagner-von Papp*, BeckOK KartR, § 32f GWB Rn. 188 f.

625 Vgl. BT-Drs. 20/7625, S. 7, 22, 27.

626 Vgl. *Kühling/Engelbracht*, in: *Körper/Schweitzer/Zimmer*, Immenga/Mestmäcker Bd. 2, § 32f GWB Rn. 52.

627 Namentlich sind dies der *Josten*-Entwurf von 1949 (Rn. 193 ff.), der Entwurf der Monopolkommission in ihrem Hauptgutachten 1978/1979 (Rn. 215 ff.), der *Möschel*-Entwurf von 1979 (Rn. 220 ff.) sowie der *Brüderle*-Entwurf von 2010 mitsamt seinen ab 2007 diskutierten Vorläufern (Rn. 226 ff.).

flechtung konfrontiert gesehen hätte.⁶²⁸ In praktischer Hinsicht stellt die Feststellung einer solchen Marktstellung eine erhebliche Hürde für das Bundeskartellamt dar und entschärft die Norm deutlich.⁶²⁹ Noch mehr Anwendungssicherheit hätte etwa die zusätzliche Bezugnahme auf die fusionskontrollrechtlichen Umsatzschwellen geboten. Im *Brüderle*-Entwurf von 2010 (Rn. 230 ff.) waren solche noch vorgesehen.⁶³⁰

289 Das Kriterium des wesentlichen Beitrags zur Wettbewerbsstörung soll Unternehmen schützen, die „offensichtlich keinen oder nur einen ganz entfernten oder geringfügigen Beitrag zu der Wettbewerbsstörung geleistet haben.“⁶³¹ Hierdurch wird – trotz des Verzichts auf die Erforderlichkeit eines Rechtsverstoßes – ein Zuordnungskriterium geschaffen, das eine gewisse „Mindestverantwortlichkeit“⁶³² des von der Entflechtung betroffenen Unternehmens für die Wettbewerbsstörung garantiert. Gemäß § 32f Abs. 3 S. 4 GWB ist bei der Adressatenauswahl zudem auch deren Marktstellung zu berücksichtigen, sodass wohl nur die „störendsten“ Unternehmen, also diejenigen, die den größten Beitrag zur Wettbewerbsstörung leisten, als Adressaten einer Entflechtungsanordnung infrage kommen. Dies erhöht die sachliche Rechtfertigung der konkreten Adressatenauswahl.

290 Durch die Vorgaben in § 32f Abs. 3 S. 3 und 4 GWB ist auch Bedenken im Hinblick auf eine ermessensfehlerfreie Adressatenauswahl insbesondere in Oligopolsituationen schon gesetzgeberisch Rechnung getragen.⁶³³ Hierdurch wird die Adressatenauswahl über die bloße Ermessensfehlerlehre⁶³⁴ hinaus justiziabel. Zudem gehört eine rechtmäßige Adressatenauswahl zur üblichen behördlichen Praxis und dürfte das Bundeskartellamt nicht vor größere Probleme stellen.

d) Bestandsschutz von Fusionsfreigaben

291 Gem. § 32f Abs. 4 S. 10 f. GWB ist eine Entflechtung von Vermögensteilen zehn Jahre nach der Freigabe ihres Zusammenschlusses in einem fusions-

628 Vgl. statt vieler *Ackermann*, ZWeR 2023, S. 20, der von einem „Damoklesschwert“ spricht.

629 Vgl. v. *Schreitter/Sura*, DB 2023, S. 1271.

630 Vgl. dazu *Klees/Hauser*, RATUBS 4/2010, S. 32 f.

631 BT-Drs- 20/6824, S. 29.

632 v. *Schreitter/Sura*, DB 2023, S. 1270.

633 Zu diesen Bedenken vgl. etwa *Bechtold*, BB 2010, S. 453; *Brenner*, WuW 2023, S. 79; *Klees/Hauser*, RATUBS 4/2010, S. 28.

634 Vgl. dazu *Geis*, in: *Schoch/Schneider*, Verwaltungsrecht, § 40 VwVfG Rn. 87 ff.

kontrollrechtlichen Verfahren ausgeschlossen. Diese Frist dient primär dem Vertrauensschutz der Unternehmen.⁶³⁵ Die Vorschrift stellt daneben aber auch sicher, dass die Fusionskontrolle weiterhin sorgfältig durchgeführt wird und die Entflechtung nicht zur kurzfristigen Korrektur vom Bundeskartellamt „bereuter“ Fusionsfreigaben dienen kann.⁶³⁶ Nach Ablauf von zehn Jahren dürfte dabei in einer Vielzahl der Fälle von einer wesentlichen Veränderung der wettbewerblichen Bedingungen auszugehen sein,⁶³⁷ sodass eine erneute Beurteilung des Zusammenschlusses legitim erscheint. Es wird allerdings kritisiert, dass der über den üblichen fusionskontrollrechtlichen Prognoserahmen hinausgehende Zeitraum von zehn Jahren die Effektivität von § 32f Abs. 4 GWB schmälere.⁶³⁸

e) Beseitigung oder erhebliche Verringerung der Wettbewerbsstörung

Gem. § 32f Abs. 4 S. 1 GWB ist eine Entflechtungsverfügung nur zulässig, wenn zu erwarten ist, dass durch diese Maßnahme die erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs beseitigt oder erheblich verringert wird. Für die sonstigen missbrauchsunabhängigen Abhilfemaßnahmen nach § 32f Abs. 3 S. 6 GWB genügt demgegenüber bereits, dass sie zur Beseitigung oder Verringerung der Störung des Wettbewerbs erforderlich sind. Die erhöhten Anforderungen in Abs. 4 dienen der Wahrung der Verhältnismäßigkeit einer Entflechtungsanordnung.⁶³⁹ Die Regelung geht insoweit wohl über den Gehalt des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes aus Art. 20 Abs. 3 GG hinaus, da dieser grundsätzlich nur

635 Vgl. BT-Drs. 20/6824, S. 31.

636 Vgl. v. Schreitter/Sura, DB 2022, S. 2717. Voges, Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips, S. 372 weist allerdings zutreffend darauf hin, dass ein solches Risiko schon angesichts des Umfangs der für eine Entflechtung erforderlichen Sektoruntersuchung nicht bestehen dürfte. Dazu, dass die Korrektur einer missglückten Fusionsfreigabe durch eine Entflechtung in vereinzelten Ausnahmefällen durchaus sinnvoll sein kann, siehe oben Rn. 126 f.

637 Vgl. Bartsch/Käseberg/Weber, WuW 2023, S. 248.

638 Vgl. Voges, Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips, S. 330.

639 Vgl. BT-Drs. 20/6824, S. 30: „Während es zweckmäßig sein kann, Maßnahmen nach Absatz 3, die im Einzelfall eine niedrige Eingriffsintensität aufweisen können, auch zu ergreifen, wenn die Störung des Wettbewerbs dadurch nur in begrenztem Umfang verringert wird, wird dies bei Maßnahmen nach Absatz 4 ausgeschlossen, da diese stets einen schweren Eingriff darstellen.“

Maßnahmen ausschließt, die völlig ungeeignet zur Erreichung des Ziels sind.⁶⁴⁰

f) Kein milderes Mittel

- 293 Gem. § 32f Abs. 4 S. 2 GWB dürfen Abhilfemaßnahmen nach Satz 1, also eigentumsrechtliche Entflechtungen, überdies nur angeordnet werden, wenn Abhilfemaßnahmen nach Abs. 3 Satz 6 nicht möglich sind, nicht von gleicher Wirksamkeit oder im Vergleich zu Entflechtungen mit einer größeren Belastung für das Unternehmen verbunden wären. Dies erscheint zunächst als eine aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz folgende Selbstverständlichkeit. Es ist aber zu beachten, dass Abhilfemaßnahmen nach Abs. 3 Satz 6 in der Eingriffsintensität durchaus über eine Entflechtungsanordnung nach Abs. 4 hinausgehen können.⁶⁴¹ Daher ist eine sorgfältige Abwägung der verschiedenen Eingriffsmöglichkeiten erforderlich.

4. Rechtsfolge

- 294 Soweit der eben dargestellte Tatbestand erfüllt ist, kann das Bundeskartellamt – neben umfangreichen sonstigen Maßnahmen im Rahmen der Generalklausel des § 32f Abs. 3 S. 6 f. GWB – das betroffene Unternehmen gem. § 32f Abs. 4 S. 1 GWB durch Verfügung dazu verpflichten, Unternehmensanteile oder Vermögen zu veräußern (a). Diese Verfügung begründet eine Verkaufspflicht einerseits und ein Entschädigungsrecht andererseits (b). Das Bundeskartellamt erhält zum Entflechtungsvollzug besondere Durchsetzungsbefugnisse (c), zur Rekonzentrationsprävention dient insbesondere ein Rückerwerbsverbot (d).

a) Veräußerung von Unternehmensanteilen oder von Vermögen

- 295 Nach § 32f Abs. 4 S. 1 GWB ist jedenfalls die Verpflichtung zu einer Verkaufslösung im Wege eines *share deal* oder eines *asset deal* möglich.

640 Instrukтив dazu etwa BVerfGE 30, 250, 262 ff.

641 Vgl. etwa *Nettesheim*, Verfassungsrechtliche Einordnung, S. 33; *Thomas*, ZWvR 2022, S. 348.

Zumindest vom Wortlaut („Unternehmensanteile oder Vermögen zu veräußern“) sind hingegen *pro-rata*-Lösungen nicht erfasst (zu den beiden Ansätzen siehe oben Rn. 29 ff.). Dass der Gesetzgeber mit dieser Formulierung nur Verkaufslösungen vor Augen hatte, verdeutlicht etwa § 32f Abs. 4 S. 8 GWB, der wie selbstverständlich voraussetzt, dass eine Veräußerung mit einem Erlös einhergeht. Dies verwundert, weil *pro-rata*-Lösungen in der Entflechtungsdebatte der 1970er-Jahre noch als bevorzugtes Mittel galten. Insbesondere erhoffte man sich eine einfachere Vollziehbarkeit als bei Verkaufslösungen – für *Möschel* waren *pro-rata*-Lösungen gar „wettbewerbspolitische Patentlösungen“⁶⁴². Darüber hinaus sind sie – jedenfalls für die Anteilseigner – ein wesentlich mildereres Mittel als Verkaufslösungen.⁶⁴³ Teilweise wird sogar vertreten, dass sie überhaupt keinen Eingriff in das grundrechtlich geschützte Eigentum darstellen.⁶⁴⁴ Auch wären *pro-rata*-Lösungen in Deutschland seit der Einführung von § 123 UmwG im Jahre 1995 gesellschaftsrechtlich problemlos möglich.⁶⁴⁵ Dementsprechend waren sie im *Brüderle*-Entwurf von 2010 auch noch explizit vorgesehen („Teile seines Vermögens veräußern oder auf andere Weise verselbständigen“, Rn. 231).

Ein Hinweis darauf, weshalb dies nun nicht mehr der Fall ist, könnte sich im Gesetz selbst finden: Gem. § 32f Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB deuten Verflechtungen der Unternehmen auf den betroffenen, den vor- und nachgelagerten oder in sonstiger Weise miteinander verbundenen Märkten auf das Vorliegen einer Wettbewerbsstörung hin. Die Gesetzesbegründung erwähnt in diesem Zusammenhang insbesondere wettbewerbliche Gefahren bei *common ownership*: „Sind mehrere Unternehmen eines Marktes über gemeinsame Anteilseigner miteinander verflochten, kann dies unter Umständen koordiniertes Verhalten vereinfachen oder die Anreize der Unternehmen, einen intensiven Wettbewerb zu betreiben, senken“⁶⁴⁶. *Pro-rata*-Lösungen führen – mit Ausnahme des *split off* – aber gerade zu einer Verflechtung über gemeinsame Anteilseigner und damit einer mit der Schadenstheorie des *common ownership* zumindest vergleichbaren Situation. Sie bergen daher das Risiko, keine spürbare Wettbewerbsverbesserung mit sich zu brin-

296

642 *Möschel*, Entflechtungen, S. 117; vgl. dazu auch *Monopolkommission*, Hauptgutachten III, Rn. 757 ff. sowie die Stellungnahme der Bundesregierung zum Dritten Hauptgutachten der Monopolkommission 1978/1979 (BT-Drs. 9/460), Rn. 24.

643 Vgl. *Engel*, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit, S. 60 m.w.N.

644 So wohl *Monopolkommission*, Sondergutachten 58, Fn. 34.

645 Vgl. dazu *Bach*, in: *Bechtold/Jickeli/Rohe*, FS *Möschel*, S. 44.

646 BT-Drs. 20/6824, S. 35. Instrukтив zur Schadenstheorie des *common ownership*: *Wambach/Weche*, Wirtschaftsdienst 2016, S. 900 ff.

gen. Ein weiterer Erklärungsansatz ist die Tatsache, dass die *guidelines for market investigations* zum „britischen Vorbild“⁶⁴⁷ der Norm ausschließlich Verkaufslösungen thematisieren, obwohl die weite Ermächtigungsgrundlage wohl jede Form der Entflechtung zuließe (Rn. 505). Es bleibt aber Spekulation, ob dies tatsächlich die Gründe für den Verzicht auf die Erwähnung von *pro-rata*-Lösungen in § 32f Abs. 4 GWB waren.

- 297 Fraglich ist, ob § 32f GWB *pro-rata*-Lösungen auch ohne explizite Erwähnung zulässt. Man könnte zunächst daran denken, *pro-rata*-Lösungen als sonstige Abhilfemaßnahme struktureller Art gem. § 32f Abs. 3 S. 6 GWB anzuordnen. Hierfür spricht insbesondere die Tatsache, dass eigentumsrechtliche Entflechtungen jeder Art als Abhilfemaßnahme bei Kartellrechtsverstößen gem. § 32 Abs. 2 GWB zulässig sind (Rn. 36 ff.). Sie werden dort im Gesetzestext auch nicht gesondert erwähnt, sondern sind vom Terminus „Abhilfemaßnahmen struktureller Art“ umfasst, der inhaltsgleich in § 32f Abs. 3 S. 6 GWB aufgenommen wurde.⁶⁴⁸ Allerdings ist angesichts der klaren Herausstellung eigentumsrechtlicher Entflechtungen in § 32f Abs. 4 GWB davon auszugehen, dass es sich insoweit um eine *lex specialis* handelt.⁶⁴⁹ Auch die Gesetzesbegründung deutet auf eine Ausschließlichkeit der Regelungen zur eigentumsrechtlichen Entflechtung in Abs. 4 hin.⁶⁵⁰ Es

647 BT-Drs. 20/6824, S. 19.

648 Von vornherein unzulässig dürfte es hingegen sein, die – eigentumsrechtliche – Entflechtung im Wege der *pro-rata*-Lösung als „organisatorische Trennung von Unternehmensbereichen“ i.S.d. § 32f Abs. 3 S. 7 Nr. 6 GWB zu qualifizieren (Hervorhebung nur hier).

649 So wohl auch *Kühling/Engelbracht/Welsch*, WuW 2023, S. 253: „Mit Blick auf letztere [strukturelle Abhilfemaßnahmen] ist zu beachten, dass die eigentumsrechtliche Entflechtung von Unternehmen ausschließlich nach Maßgabe von § 32f Abs. 4 RegE erfolgen kann, während sich alle sonstigen strukturellen Maßnahmen nach Abs. 3 Satz 6 richten.“

650 Vgl. BT-Drs. 20/6824, S. 18: „Eigentumsrechtliche Maßnahmen sollen nur dann ergriffen werden, wenn keine Abhilfemaßnahmen nach Absatz 3 mit gleicher Wirksamkeit zur Verfügung stehen oder diese die größere Belastung für die Unternehmen darstellen würden.“; ebd., S. 28: „Die Befugnisse zu Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art nach Absatz 3 gehen der Befugnis zur eigentumsrechtlichen Entflechtung in Absatz 4 vor. Sie ermöglichen dem Bundeskartellamt die Anordnung von Maßnahmen, die im Allgemeinen weniger eingriffsintensiv sind als die Entflechtung, und stellen damit die Verhältnismäßigkeit des Entflechtungsinstruments sicher.“; ebd., S. 30: „In Fällen erheblicher und fortwährender Störungen des Wettbewerbs, die durch strukturelle oder verhaltensorientierte Abhilfemaßnahmen nach Absatz 3 nicht ausreichend adressiert werden können, kann es erforderlich sein, eigentumsrechtliche Maßnahmen zu ergreifen. Aus diesem Grund gibt Absatz 4 dem Bundeskartellamt die Befugnis, ein oder mehrere marktbeherr-

ließe sich daher wohl kaum rechtfertigen, die zusätzlichen Anforderungen auf Tatbestands- und Verfahrensebene durch eine andere gesellschaftsrechtliche Gestaltung zu umgehen. Auch wenn *pro-rata*-Lösungen aus Verhältnismäßigkeitserwägungen⁶⁵¹ oder aufgrund des *argumentum a maiore ad minus* zulässig sein dürften, müssen für sie daher die verschärften Anforderungen des Abs. 4 gelten, soweit sie ihrem Wesen nach anwendbar sind (insbesondere also mit Ausnahme der Sätze 8 und 9, die sich explizit auf den Verkaufserlös beziehen). Unabhängig von diesen Voraussetzungen besteht freilich auch die Möglichkeit einer einvernehmlichen Lösung im Wege der Verpflichtungszusage gem. §§ 32f Abs. 6, 32b GWB.

b) Verkaufspflicht und Entschädigung

Die Verkaufspflicht des Unternehmens entfällt gem. § 32f Abs. 4 S. 8 GWB, 298 wenn kein Verkaufspreis in Höhe der Hälfte des gutachterlich festzustellenden Unternehmenswerts erzielt wird. Verfahrenstechnisch bietet sich insoweit eine auflösende Bedingung der Entflechtungsverfügung an.⁶⁵² Nebenbestimmungen zur Entflechtungsverfügung sind gem. § 32f Abs. 4 S. 6 GWB zulässig. In einer solchen Nebenbestimmung könnte auch der zeitliche Horizont für den Verkauf konkretisiert werden. Dabei kann sich ein großzügiges Vorgehen anbieten, weil zeitlicher Druck den zu erzielenden Verkaufserlös senken kann.⁶⁵³ Zwar bestünde hierdurch die Wettbewerbsstörung länger fort, das Risiko eines Scheiterns der Entflechtung an § 32f Abs. 4 S. 8 GWB sänke aber. Diese widerstreitenden Argumente müsste das Bundeskartellamt bei der zeitlichen Bemessung sorgfältig abwägen.

schende Unternehmen oder Unternehmen mit einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb nach § 19a Absatz 1 zur Veräußerung von Unternehmensanteilen oder Vermögen zu verpflichten.“

651 So Voges, Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips, S. 410: „Für § 32f Abs. 4 GWB führt die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dazu, dass auch *pro-rata*-Entflechtungsmaßnahmen als eigentumsrechtliche Entflechtungsmaßnahmen erfasst werden, da diese eine geringere Eingriffstiefe als Verkaufslösungen aufweisen.“

652 Kühling/Engelbracht, in: Körber/Schweitzer/Zimmer, Immenga/Mestmäcker Bd. 2, § 32f GWB Rn. 61.

653 Vgl. *Monopolkommission*, Sondergutachten 58, Rn. 64. Dort wird etwa darauf hingewiesen, dass bei der Zwangsversteigerung von Grundstücken „durchschnittlich nur 65 % des Verkehrswerts für vergleichbare, freihändig veräußerte Grundstücke“ erzielt wird. Alternativ käme zur Gewährleistung eines angemessenen Verkaufspreis auch eine Geheimhaltung der Veräußerungsfrist infrage (vgl. Voges, Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips, S. 534).

299 Gem. § 32f Abs. 4 S. 9 GWB erhält das veräußernde Unternehmen eine zusätzliche Zahlung in Höhe der Hälfte einer etwaigen Differenz zwischen dem festgestellten Wert und dem tatsächlichen Verkaufserlös. Die Norm greift die vielfältigen Forderungen nach einer Entschädigungsregelung auf. Die konkrete Ausgestaltung entspricht in weiten Teilen derjenigen, die die Monopolkommission in ihrem Sondergutachten 58 zum *Brüderle*-Entwurf von 2010 vorgeschlagen hatte.⁶⁵⁴ Sie geht jedoch insoweit darüber hinaus, als sie auch eine Mindesterlösregelung vorsieht.⁶⁵⁵ Von einer Entschädigung bis zum vollen Wert des entflochtenen Unternehmensteils wurde abgesehen, damit die Erträge aus der Wettbewerbsstörung nicht aus dem Bundeshaushalt kompensiert werden.⁶⁵⁶

300 Insgesamt kann davon ausgegangen werden, dass durch die gesetzgeberische Umsetzung des Vorschlags der Monopolkommission „die volkswirtschaftlich ungünstigen Anreizwirkungen einer Entflechtungsregelung [Rn. 110 ff.] überwunden“⁶⁵⁷ werden. Daneben trägt sie maßgeblich zur Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs bei (Rn. 322 ff.). Überdies stellt die Entschädigungsregelung und die Pflicht zur Tragung der Gutachterkosten durch den Bundeshaushalt eine zusätzliche Hürde dar, die dazu führen könnte, dass das Bundeskartellamt bereits die Erwägung von Entflechtungsverfügungen sorgfältig überdenkt.⁶⁵⁸

c) Durchsetzung der Entflechtung

301 Für die Durchsetzung der Entflechtung verweist § 32f Abs. 4 S. 7 GWB auf die (fusionskontrollrechtliche) Norm des § 41 Abs. 3 S. 2 und Abs. 4 GWB. Demnach kann das Bundeskartellamt die zur Durchsetzung der Entflechtung erforderlichen Maßnahmen anordnen. Insbesondere kann es die Ausübung von Stimmrechten untersagen oder einschränken und einen Treuhänder bestellen. Letzteres bietet sich etwa dann an, wenn die Käufer-

654 Vgl. *Monopolkommission*, Sondergutachten 58, Rn. 61.

655 *Wagner-von Papp*, in: *Bacher/Hempel/Wagner-von Papp*, BeckOK KartR, § 32f GWB Rn. 199 f.

656 BT-Drs. 20/6824, S. 31.

657 *Zimmer*, in: *Kirk/Offergeld/Rohner*, Kartellrecht in der Zeitenwende, S. 291; ähnlich auch *Kühling/Engelbracht*, in: *Körper/Schweitzer/Zimmer*, Immenga/Mestmäcker Bd. 2, Rn. 63: „Insofern ist mit § 32f Abs. 4 S. 9 ein überzeugender Mittelweg gefunden worden.“ Kritisch zu dem damaligen Vorschlag der Monopolkommission allerdings *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung, S. 72 ff.

658 Vgl. v. *Schreitter/Sura*, DB 2023, S. 1271.

suche sich schwierig gestaltet und der Druck auf das Unternehmen erhöht werden soll.⁶⁵⁹

d) Rückerwerbsverbot

Gem. § 32f Abs. 4 S. 12 GWB besteht ein fünfjähriges Rückerwerbsverbot 302 für die entflochtenen Unternehmensteile, soweit sich die Marktverhältnisse nicht so geändert haben, dass die Wettbewerbsstörung nicht mehr vorliegt. Eine Vorschrift zur Rekonzentrationsprävention dürfte – dies zeigen etwa die Erkenntnisse aus den Entflechtungsverfahren der Alliierten in den Nachkriegsjahren (Rn. 169 ff., 189) – erforderlich sein, um den dauerhaften Bestand einer Entflechtung zu gewährleisten.

Die Dauer von fünf Jahren entspricht der Praxis des Bundeskartellamts 303 bei der Entgegennahme von Veräußerungszusagen in Fusionskontrollverfahren.⁶⁶⁰ Allerdings wird darauf hingewiesen, dass dieser Zeitraum in wenig dynamischen Märkten mit einer „über viele Jahrzehnte geübte[n] Schlafmützenmentalität“ zu kurz sein könnte.⁶⁶¹ Auch ist unklar, wie die Ausnahmeregelung in § 32f Abs. 4 S. 12 Hs. 2 GWB zu verstehen ist. Denn eine Beseitigung der Wettbewerbsstörung ist gerade der Sinn der Entflechtung und kann somit kein legitimer Grund für eine Rekonzentration sein.⁶⁶² Sinnvollerweise wird man daher fordern müssen, dass auch nach dem Rückerwerb keine erhebliche Störung des Wettbewerbs vorläge. Zudem wird angesichts der begrenzten Möglichkeiten des betroffenen Unternehmens dessen pauschale Beweislast für eine Änderung der Marktverhältnisse kritisiert und auf den Amtsermittlungsgrundsatz hingewiesen.⁶⁶³

659 Vgl. *Monopolkommission*, Hauptgutachten III, Rn. 755.

660 Vgl. *BKartA*, Zusagen in der Fusionskontrolle, Rn. 99.

661 *Budzinski*, in: *Kirk/Offergeld/Rohner*, Kartellrecht in der Zeitenwende, S. 122. Eine längere Frist für das Rückerwerbsverbot fordert auch *Voges*, Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips, S. 331.

662 *Budzinski*, in: *Kirk/Offergeld/Rohner*, Kartellrecht in der Zeitenwende, S. 122.

663 So *Kühling/Engelbracht*, in: *Körper/Schweitzer/Zimmer*, *Immenga/Mestmäcker* Bd. 2, § 32f GWB Rn. 58. *Wagner-von Papp*, in: *Bacher/Hempel/Wagner-von Papp*, *BeckOK KartR*, § 32f GWB Rn. 205, hebt hingegen hervor, dass ohne eine solche Regelung „die Entflechtung für das Bundeskartellamt zu einem ununterbrochenen Prüffall“ würde. Es ist aber wohl ohnehin davon auszugehen, dass die entflochtenen Unternehmen aufgrund besserer Marktkenntnis rascher und effizienter als das Bundeskartellamt zur Erkenntnis kommen, dass die Entflechtung die Marktstruktur nicht verbessert hat.

304 Insgesamt erscheint daher zweifelhaft, ob § 32f Abs. 4 S. 12 GWB ein zweckmäßiges Mittel zur Rekonzentrationsprävention ist. Im Einzelfall dürften jedenfalls ergänzende Maßnahmen erforderlich sein. So könnte das Bundeskartellamt beispielsweise – ebenfalls in Anlehnung an die fusionskontrollrechtliche Praxis⁶⁶⁴ – als Nebenbestimmung zur Entflechtungsverfügung ein Wettbewerbsverbot verhängen, um einen Rückfall in die alte Marktstruktur durch internes Unternehmenswachstum zu vermeiden.⁶⁶⁵ Ein längeres Rückerwerbsverbot im Wege der Nebenbestimmung erscheint dagegen aufgrund des klaren Gesetzeswortlauts ausgeschlossen. Eine erneute Wettbewerbsstörung wäre hiernach allenfalls im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle zu verhindern.

5. Schlussfolgerungen

305 Die missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz des § 32f Abs. 4 GWB versucht, durch ihre detaillierte Ausgestaltung den vorgebrachten Bedenken umfänglich Rechnung zu tragen. Sie ist – trotz einiger fortbestehender Kritikpunkte – gewissermaßen die Quintessenz der in Deutschland jahrzehntelang schwelenden und immer wieder aufflammenden Debatte um die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz. Von den früheren Vorschlägen kommt § 32f Abs. 4 GWB dem *Möschel*-Entwurf von 1979 (Rn. 220 ff.) am nächsten,⁶⁶⁶ da beide als zentrales Eingriffskriterium bloße Marktmacht nicht ausreichen lassen, zugleich aber keinen Missbrauch der Marktmacht erfordern. So fordert § 32f Abs. 4 GWB insbesondere eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs. Auf Rechtsfolgenseite hingegen sind – anders als nach den früheren Vorschlägen – nur Verkaufslösungen erwähnt, was kritisch zu sehen ist.

306 Der Gesetzgeber hat damit auf legislativer Seite weitgehend seine „Hausaufgaben“ gemacht. Es obliegt dem Bundeskartellamt, bei der praktischen Anwendung der Norm ebenfalls Augenmaß walten zu lassen. Wenn ihm dies gelingt, kann die missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz gem. § 32f Abs. 4 GWB einen erfolgreichen Beitrag zu mehr Wettbewerb und mithin mehr Wohlstand in Deutschland leisten.

664 Vgl. *BKartA*, Zusagen in der Fusionskontrolle, Rn. 100 f.

665 Vgl. *Voges*, in: *Kirk/Offergeld/Rohner*, Kartellrecht in der Zeitenwende, S. 74 f.

666 So im Ergebnis auch *Voges*, Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips, S. 46.

III. Vereinbarkeit der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz mit höherrangigem Recht

Nachdem dargelegt wurde, dass § 32f Abs. 4 GWB aus wettbewerbsrechtlicher Perspektive eine weitgehend ausgewogene Norm darstellt, bleibt die Frage nach ihrer Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht. Sie ist an verfassungs- (1.), unions- (2.) und völkerrechtlichen (3.) Maßstäben zu messen. Die Erkenntnisse hierzu werden schlussfolgernd zusammengefasst (4.). 307

Mit Blick auf den rechtsvergleichenden Charakter dieser Arbeit kann insoweit allerdings keine abschließende Prüfung erfolgen. So stellt allein die Vereinbarkeit wettbewerbsbehördlicher Entflechtungskompetenzen mit dem deutschen Grundgesetz den Gegenstand mehrerer Monographien dar.⁶⁶⁷ Zweck des folgenden Abschnitts ist daher nicht die abschließende Beurteilung der Vereinbarkeit von § 32f Abs. 4 GWB mit höherrangigem Recht, sondern vielmehr die Darlegung der zu überwindenden Hürden. Hieraus können auch rechtsvergleichende Schlüsse gezogen werden, insbesondere für die Ausgestaltung einer etwaigen missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz im schweizerischen Recht (Rn. 693 ff.). 308

1. Verfassungsrecht

Jenseits der verfassungsrechtlichen Grundlagen des Wettbewerbsrechts (a) stellt sich insbesondere die Frage, ob § 32f Abs. 4 GWB mit den Grundrechten betroffener Unternehmen (b) und dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip (c) vereinbar ist. 309

a) Verfassungsrechtliche Grundlagen

In verfassungsrechtlicher Hinsicht ist zunächst festzustellen, dass der Bund gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz 310

⁶⁶⁷ Vgl. nur *Engel*, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit; *Schlichter*, Unternehmensentflechtungen als Verfassungsfrage; *Scholz*, Entflechtung und Verfassung; *Selmer*, Unternehmensentflechtung. Mit Fokus auf den Charakter von § 32f GWB als wettbewerbliche Generalklausel aber unter Ausschluss der Entflechtungsvorschriften gem. Abs. 4: *Nettesheim*, Verfassungsrechtliche Einordnung. Ausführlich zur Vereinbarkeit von § 32f GWB mit Verfassungs- und Unionsrecht auch *Voges*, Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips, S. 421 ff.

für „die Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung“ hat. Ein Missbrauch im Sinne der Norm liegt vor, soweit die Rechtsordnung den Gebrauch der Machtstellung missbilligt, wobei eine missbilligte Wirkung ausreicht.⁶⁶⁸ Die Entscheidung über die Frage der Missbilligung trifft dabei der Gesetzgeber selbst – insoweit liegt zwar eine Zirkularität vor, diese ist aber durch die gesetzgeberische Einschätzungsprärogative gerechtfertigt.⁶⁶⁹ Demnach dürfte die Gesetzgebungskompetenz des Bundes auch die Schaffung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz umfassen. Denn der Gesetzgeber hat sich entschieden, eine marktbeherrschende Stellung bzw. überragende marktübergreifende Bedeutung zu missbilligen, soweit diese zu einer erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs beiträgt.

- 311 Das Grundgesetz enthält dabei „keine unmittelbare Festlegung und Gewährleistung einer bestimmten Wirtschaftsordnung“, es ist „wirtschaftspolitisch neutral“⁶⁷⁰. Aufgrund der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes schließt es auch Eingriffe in die Marktstruktur durch behördliche Entflechtungen grundsätzlich nicht aus.⁶⁷¹ Vielmehr darf der Gesetzgeber „jede ihm sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik verfolgen, sofern er dabei das Grundgesetz, insbesondere die Grundrechte beachtet“⁶⁷².

b) Grundrechte

- 312 Angesichts der Eingriffsintensität einer missbrauchsunabhängigen Entflechtung stellt sich die Frage nach der Vereinbarkeit von § 32f Abs. 4 GWB mit den Grundrechten der betroffenen Unternehmen jedoch in besonderer Weise.

aa) Schutzbereich

- 313 § 32f Abs. 4 GWB berührt den Schutzbereich des Art. 14 GG in mehrfacher Hinsicht. Betroffen sind nicht nur die – freilich im Vordergrund stehen-

668 Seiler, in: *Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 74 Rn. 57.

669 Seiler, in: *Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 74 Rn. 57.

670 BVerfGE 50, 290, 337 f.

671 Weck, NZKart 2023, S. 395.

672 BVerfGE 50, 290, 338.

den – Eigentumspositionen des zu entflechtenden Unternehmens, sondern auch das Anteilseigentum der Gesellschafter und die Forderungen von Gläubigern des Unternehmens.⁶⁷³

Sonstige betroffene Grundrechte sind die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG, 314 die Freiheit der Unternehmensorganisation aus Art. 9 Abs. 1 GG sowie die allgemeine Handlungsfreiheit, insbesondere Vertragsfreiheit, aus Art. 2 Abs. 1 GG; diese Grundrechte treten aber alle jedenfalls deshalb hinter Art. 14 Abs. 1 GG zurück, weil sie keinen weitergehenden Schutz gewähren.⁶⁷⁴ Mithin steht Art. 14 GG im Zentrum der verfassungsrechtlichen Debatte.

bb) Eingriff

Im Hinblick auf die Eigentumspositionen des zu entflechtenden Unternehmens 315 handelt es sich bei einer missbrauchsunabhängigen Entflechtung nach überwiegender Auffassung um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung im Sinne von Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG und nicht um eine Enteignung im Sinne von Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG.⁶⁷⁵ Hintergrund ist insbesondere, dass es nach der neueren Rechtsprechung des BVerfG konstitutives Merkmal einer Enteignung ist, „dass der hoheitliche Zugriff auf das Eigentumsrecht zugleich eine Güterbeschaffung zugunsten der öffentlichen Hand oder des sonst Enteignungsbegünstigten ist.“⁶⁷⁶ An einem solchen Güterbeschaffungsvorgang des Staates fehlt es aber bei einer Entflechtung durch Veräußerung an Dritte oder *pro-rata*-Umverteilung der Anteile.

Relevant ist diese Einstufung vor allem deshalb, weil gem. Art. 14 Abs. 3 316 S. 2 GG für enteignende oder hierzu ermächtigende Gesetze eine Entschädigungsregelung zwingend erforderlich ist (sog. Junktimklausel).⁶⁷⁷ Bei In-

673 Vgl. Engel, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit, S. 14 f.

674 Vgl. Engel, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit, S. 11 f. Aus Art. 17 GRCh folgt ebenfalls kein weitergehender Schutz (vgl. Roth, in: Bechtold/Jickeli/Rohe, FS Möschel, S. 517 f.), weshalb auch auf die Unionsgrundrechte nicht näher eingegangen wird.

675 So etwa Ackermann, ZWeR 2023, S. 18; Engel, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit, S. 26 ff.; Grzeszick, NZKart 2023, S. 56; Kühling/Engelbracht/Welsch, WuW 2023, S. 255; Monopolkommission, Sondergutachten 58, Rn. 95 ff. A.A. Becker, ZRP 2010, S. 107. Differenzierend: Nettesheim/Thomas, Entflechtung, S. 106 ff. und daran anschließend Thomas, ZWeR 2022, S. 352.

676 BVerfGE 143, 246, 334.

677 Ausführlich zur Junktimklausel: Papier/Shirvani, in: Herdegen/Scholz/Klein, Dürrig/Herzog/Scholz GG, Art. 14 GG Rn. 670 ff.

halts- und Schrankenbestimmungen ist dies nur ausnahmsweise der Fall, wenn dadurch ein sonst verfassungswidriger Eingriff „geheilt“ werden kann.⁶⁷⁸ Ein solcher Ausnahmefall könnte bei einer missbrauchsunabhängigen Entflechtung allerdings insbesondere deshalb vorliegen, weil die Eigentumspositionen innerhalb der geltenden Rechtsordnung erlangt worden sind und ihr Entzug somit nicht der Wiederherstellung dieser Rechtsordnung dient.⁶⁷⁹ Letztlich kann die Einordnung aber dahinstehen, da in § 32f Abs. 4 S. 8, 9 GWB eine Entschädigungsregelung enthalten ist. Ob diese Regelung der Höhe nach ausreichend ist, betrifft die Frage der Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs.

cc) Verhältnismäßigkeit

- 317 Verhältnismäßig ist ein Eingriff in Grundrechte, wenn er ein legitimes Ziel verfolgt (1) und zu dessen Erreichung geeignet (2), erforderlich (3) und angemessen (4) ist.⁶⁸⁰

(1) Legitimes Ziel

- 318 Ausweislich der Gesetzesbegründung verfolgt die missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz gem. § 32f Abs. 4 GWB das Ziel der Schaffung wettbewerblicher Marktstrukturen.⁶⁸¹ Die Legitimität des Ziels wettbewerblich strukturierter Märkte folgt dabei unmittelbar aus der Verfassung, insbesondere aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG (Rn. 310).⁶⁸²

(2) Geeignetheit

- 319 Im Hinblick auf die Geeignetheit einer Entflechtungskompetenz zur Förderung des Wettbewerbs werden zwar Zweifel vorgebracht.⁶⁸³ Allerdings ist

678 Vgl. BVerfGE 100, 223, 244.

679 Vgl. *Papier/Shirvani*, in: *Herdegen/Scholz/Klein*, Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 14 GG Rn. 613.

680 *Leisner*, in: *Sodan*, KK GG, Art. 20 GG Rn. 66.

681 Vgl. etwa BT-Drs. 20/6824, S. 1.

682 Vgl. etwa *Engel*, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit, S. 40; *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung, S. 113.

683 Vgl. nur *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung, S. 113 ff.

hier der sehr weite Maßstab des BVerfG zu beachten, wonach nur völlig ungeeignete Maßnahmen ausgeschlossen sind.⁶⁸⁴ Entflechtungen sind jedenfalls abstrakt geeignet zur Förderung des Wettbewerbs (Rn. 110 ff.). Hinzu kommt die konkrete Anforderung gem. § 32f Abs. 4 S. 1 GWB, wonach eine Entflechtungsverfügung nur zulässig ist, „wenn zu erwarten ist, dass durch diese Maßnahme die erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs beseitigt oder erheblich verringert wird“ (Rn. 292). Zudem beruft sich der Gesetzgeber auf die aus seiner Sicht positiven Erfahrungen der britischen Entflechtungskompetenz⁶⁸⁵ und legt hiermit einen praktischen Anknüpfungspunkt für die Geeignetheitsbewertung im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative dar.⁶⁸⁶ § 32f Abs. 4 GWB dürfte damit – jedenfalls im verfassungsrechtlichen Sinne – geeignet zur Erreichung des legitimen Ziels wettbewerblich strukturierter Märkte sein.

(3) Erforderlichkeit

Auf Ebene der Erforderlichkeit ist zu prüfen, ob ein mildereres, gleich wirksames Mittel zur Erreichung des Ziels zur Verfügung stünde.⁶⁸⁷ Die Gestaltungsmöglichkeiten zur Herstellung wettbewerblicher Strukturen sind dabei vielfältig. § 32f Abs. 4 S. 2 GWB stellt allerdings klar, dass eine Veräußerungsanordnung als *ultima ratio* nur infrage kommt, wenn andere Abhilfemaßnahmen nach Abs. 3 S. 6 nicht ausreichen oder eingriffsintensiver sind. § 32f Abs. 3 S. 6 GWB wiederum ist offen formuliert und lässt damit grundsätzlich jede denkbare Abhilfemaßnahme zu.⁶⁸⁸ Hierdurch dürfte sichergestellt sein, dass eine eigentumsrechtliche Entflechtung nur dann erfolgt, wenn sie auch erforderlich ist. 320

684 Instruktiv dazu etwa BVerfGE 30, 250, 262 ff. Vgl. auch Engel, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit: „In der Praxis des Bundesverfassungsgerichts kommt es so gut wie nie vor, dass ein Eingriff an der Geeignetheit scheitert. Selbst die Lehrbücher haben Mühe, Beispiele zu bilden, die nicht gar zu konstruiert wirken.“

685 Vgl. BT-Drs. 20/6824, S. 18 f.

686 Zur Prognose aufgrund von Erfahrungen mit vergleichbaren in- und ausländischen Regelungen vgl. BVerfGE 50, 290, 332 f.

687 Leisner, in: Sodan, KK GG, Art. 20 GG Rn. 68; vgl. auch BVerfGE 110, 141, 164.

688 Vgl. BT-Drs. 20/6824, S. 28: „Einer abschließenden, begrifflich fixierten Auflistung aller in Betracht kommenden konkreten Abhilfemaßnahmen steht die Vielgestaltigkeit der denkbaren Störungslagen entgegen.“

321 Allerdings sind als mildere eigentumsrechtliche Entflechtungen insbesondere *pro-rata*-Lösungen in Betracht zu ziehen.⁶⁸⁹ Teilweise wird sogar vertreten, dass diese überhaupt keinen Eingriff in das grundrechtlich geschützte Eigentum darstellen.⁶⁹⁰ Trotzdem hat der Gesetzgeber *pro-rata*-Lösungen in § 32f GWB nicht explizit vorgesehen (Rn. 295 ff.). Insoweit besteht durch die Verengung des Wortlauts auf Verkaufslösungen verfassungsrechtliches Konfliktpotential. Zwar wird eine *pro-rata*-Lösung regelmäßig nicht gleich wirksam sein wie eine Verkaufslösung, weil das entflochtene Eigentum weiterhin denselben wirtschaftlichen Interessen folgt (Rn. 189). Es wäre jedoch wünschenswert gewesen, die Norm so zu gestalten, dass sie auch für den Ausnahmefall – wenn etwa eine *pro-rata*-Lösung mit Verhaltensauflagen das im Einzelfall ausreichende Mittel wäre – explizit eine adäquate Lösung zulässt.

(4) Angemessenheit

322 Problematisch könnte auch die Angemessenheit des Eingriffs, also die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, sein. Hierbei ist insbesondere zu diskutieren, ob die Höhe der Entschädigung ausreichend ist.⁶⁹¹ Während einerseits vertreten wird, dass schon der bloße Verkaufserlös als Entschädigung für eine missbrauchsunabhängige Entflechtung ausreicht,⁶⁹² wird an anderer Stelle die Erforderlichkeit einer Entschädigung bis zum vollen Eigentumswert reklamiert.⁶⁹³

323 Eine Entschädigung in voller Höhe des Unternehmenswerts dürfte indes nur dann erforderlich sein, wenn die Eigentumsverschiebung rein privatnützig ist, während im Falle von Gemeinnützigkeit die Sozialbindung des Eigentums gem. Art. 14 Abs. 2 GG eine Abwägung ermöglicht.⁶⁹⁴ § 32f Abs. 4 GWB dient dem Wettbewerb und letztlich den Verbrauchern, ist also gemeinwohlorientiert. Diese Stoßrichtung überwiegt wohl deutlich, wenngleich durch den Erwerb der entflochtenen Gegenstände auch ein pri-

689 Vgl. Engel, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit, S. 60; Monopolkommission, Hauptgutachten III, Rn. 795.

690 So wohl Monopolkommission, Sondergutachten 58, Fn. 34.

691 Vgl. Engel, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit, S. 63 ff.

692 Engel, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit, S. 68.

693 Ackermann, ZWeR 2023, S. 18; Grzeszick, NZKart 2023, S. 58 f.

694 Vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 23.02.2010 – Az. 1 BvR 2736/08, Rn. 43 ff. = NVwZ 2010, S. 514 f.; Engel, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit, S. 69; Kühling/Engel-bracht/Welsch, WuW 2023, S. 255 f.

vater Nutzen eintreten kann.⁶⁹⁵ Demnach dürfte eine Abwägung zwischen Sozialbindung des Eigentums und Eigenleistung des zu entflechtenden Unternehmens zulässig sein. Im Fall der – durch § 32f Abs. 4 GWB vorwiegend adressierten – Großunternehmen kommt der Sozialbindung des Eigentums dabei eine besondere Bedeutung zu.⁶⁹⁶

Fraglich ist daher, ob der Gesetzgeber eine verfassungskonforme Abwägung vorgenommen hat. Die Entschädigungsregelung in § 32f Abs. 4 S. 8, 9 GWB führt dazu, dass das betroffene Unternehmen insgesamt mindestens 75 % des gutachterlich festgestellten Unternehmenswerts erhält.⁶⁹⁷ Dies geht beispielsweise deutlich über den – vom BVerfG nicht beanstandeten⁶⁹⁸ – § 817a Abs. 1 S. 1 ZPO hinaus, wonach bei einer Zwangsversteigerung der Zuschlag nur auf ein Gebot erteilt werden darf, das mindestens die Hälfte des gewöhnlichen Verkaufswertes der Sache erreicht. Es spricht daher viel dafür, die Entschädigungsregelung als ausreichend anzusehen.⁶⁹⁹ Allerdings ist zu beachten, dass die Rechtsprechung des BVerfG zur Höhe des Ausgleichs bei Inhalts- und Schrankenbestimmungen eine „verwirrende Vielfalt von Aussagen“⁷⁰⁰ enthält, was eine Vorhersage der Verfassungsmäßigkeit erschwert.

695 Die Privatnützigkeit hebt indes Grzeszick, NZKart 2023, S. 58 zur Begründung einer vollen Ausgleichspflicht hervor.

696 Vgl. *Monopolkommission*, Hauptgutachten III, Rn. 787 f.

697 Vgl. BT-Drs. 20/6824, S. 31: „Im Ergebnis erhält das Unternehmen im Falle der Veräußerungspflicht somit mindestens 75 Prozent des Unternehmenswertes (Verkaufserlös von 50 Prozent des Wertes zuzüglich einer Zahlung aus Bundesmitteln im Wert von 25 Prozent des Unternehmenswertes).“

698 Vgl. BVerfGE 46, 325, 332 f. *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung, S. 127 f. weisen im Zusammenhang mit dem *Brüderle*-Entwurf von 2010 zwar auf Wertungsunterschiede zwischen der vom Schuldner zu vertretenden Zwangsvollstreckung und einer missbrauchsunabhängigen Entflechtung hin. Allerdings ist in § 32f Abs. 4 GWB – anders als beim an reine Marktbeherrschung anknüpfenden *Brüderle*-Entwurf – eine Verantwortlichkeit des zu entflechtenden Unternehmens für die Wettbewerbsstörung erforderlich (Rn. 289). Dies dürfte im Rahmen einer Abwägung mit der Sozialbindung des Eigentums zu berücksichtigen sein, sodass der Einwand jedenfalls nicht unmittelbar zu übertragen ist.

699 So etwa *Kühling/Engelbracht*, in: *Körper/Schweitzer/Zimmer*, Immenga/Mestmäcker Bd. 2, § 32f GWB Rn. 63; *Kühling/Engelbracht/Welsch*, WuW 2023, S. 256.

700 *Engel*, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit, S. 68.

c) Rechtsstaats- und Demokratieprinzip

- 325 Neben den Grundrechten wird insbesondere die Vereinbarkeit von § 32f Abs. 4 GWB mit dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip gem. Art. 20 GG in Form des Bestimmtheitsgrundsatzes (aa) und der Wesentlichkeitstheorie (bb) angezweifelt.

aa) Bestimmtheitsgrundsatz

- 326 Der im Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG wurzelnde Bestimmtheitsgrundsatz erfordert, dass der Inhalt einer Norm so klar ist, dass ein Adressat sein Verhalten nach ihr ausrichten kann.⁷⁰¹ Diese Möglichkeit wurde im rechtswissenschaftlichen Diskurs um die Einführung von § 32f GWB insbesondere deshalb in Zweifel gezogen, weil der Begriff der (erheblichen und fortwährenden) Störung des Wettbewerbs dem deutschen Recht bislang fremd war.⁷⁰² Allerdings sind unbestimmte Rechtsbegriffe in der Regel zulässig, soweit ihr Inhalt mit den herkömmlichen Auslegungsmethoden ermittelbar ist.⁷⁰³ Das erforderliche Maß an Bestimmtheit ergibt sich dabei aus dem zu ordnenden Lebenssachverhalt.⁷⁰⁴
- 327 Das Wettbewerbsrecht zeichnet sich durch das Erfordernis einer erhöhten Flexibilität zur Erfassung der vielfältigen Gestaltungen im Wirtschaftsleben aus. Man kann sogar so weit gehen und annehmen, dass „die generalklauselartige und an wettbewerblichen Wirkungen orientierte Herangehensweise geradezu der Markenkern von Kartellrecht und Wettbewerbsbehörden ist.“⁷⁰⁵ Überdies hat der Gesetzgeber in § 32f Abs. 5 GWB eine umfassende Konkretisierung des Begriffs der erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs anhand von Regelbeispielen und zu beachtenden Marktfaktoren vorgenommen (Rn. 278 ff.). Allein dieser Absatz der Norm umfasst ca. 200 Wörter und entspricht damit im Umfang in etwa § 19 Abs. 2 GWB, der die Regelbeispiele für das Vorliegen des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung enthält.

701 Vgl. BVerfGE 21, 73, 79 ff. Siehe dazu auch *Leisner*, in: *Sodan*, KK GG, Art. 20 GG Rn. 55 ff.

702 Vgl. etwa *Ackermann*, ZWeR 2023, S. 6 f.; *Brenner*, WuW 2023, S. 76 f.; *Körber*, NZKart 2023, S. 194; *Paal/Kieß*, NZKart 2022, S. 681.

703 Vgl. BVerfGE 103, 21, 33.

704 *Leisner*, in: *Sodan*, KK GG, Art. 20 GG Rn. 55.

705 So *Mundt*, NZKart 2023, S. 3.

Hinzu kommen speziell für die Entflechtung weitere Tatbestandsmerkmale, insbesondere im Hinblick auf betroffene Märkte und Entflechtungsadressaten (Rn. 285 ff.), sodass der Gesetzgeber sich jedenfalls sichtbar um Erkennbarkeit bemüht hat, „unter welchen Bedingungen eine Störung des Wettbewerbs vorliegen und wann das Bundeskartellamt die neuen Kompetenzen in § 32f nutzen kann.“⁷⁰⁶ Es kann demnach von einer hinreichenden Bestimmtheit der Norm ausgegangen werden.⁷⁰⁷ Dennoch wird das Fehlen einer Legaldefinition kritisiert, „wann Marktnormalität in eine Störung umschlägt. [...] Das Gesetz schweigt damit in der entscheidenden Frage.“⁷⁰⁸ Noch mehr Anwendungssicherheit hätte etwa eine enumerative Aufzählung von Eingriffsszenarien anstelle der bloßen Regelbeispiele geboten.⁷⁰⁹

bb) Wesentlichkeitstheorie

Aus dem Rechtsstaatsprinzip gem. Art. 20 Abs. 3 GG sowie dem Demokratieprinzip gem. Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG folgt die Wesentlichkeitstheorie.⁷¹⁰ Diese besagt, dass der Gesetzgeber alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen muss und nicht etwa auf Behörden delegieren darf.⁷¹¹ Auch insoweit

706 BT-Drs. 20/6824, S. 32.

707 So etwa *Weck*, NZKart 2023, S. 394: „Wenn man akzeptiert, dass der Gesetzgeber überhaupt berechtigt ist, der Kartellbehörde Eingriffsbefugnisse für Fälle marktstruktureller Störungen zu geben, ist mit Blick auf die nunmehr endgültige Gesetzesfassung des § 32f GWB auch nicht erkennbar, wie dies noch bestimmter hätte geschehen können.“ Ähnlich *Stratmann*, NZKart 2023, S. 537: „Wer bisher keinen Anstoß an der vagen Terminologie der §§ 1, 19 Abs. 1, 36 Abs. 1 GWB genommen hat, sollte sich auch an § 32f GWB nicht stören. Wer § 32f GWB hingegen für in verfassungsrechtlich unzulässiger Weise unbestimmt hält, der sollte konsequent den gesamten Regelungskomplex des ersten Teils des GWB in Frage stellen.“

708 *Nettesheim*, Verfassungsrechtliche Einordnung, S. 29 *et passim*. Ausführlich zur mangelnden „Steuerungsqualität“ von § 32f Abs. 5 GWB: *Nettesheim*, a.a.O., S. 60 ff. Allerdings dürfte dieser grundlegenden Kritik durch eine stringente Orientierung des Bundeskartellamts an den anerkannten Schadenstheorien gem. § 32f Abs. 5 S. 1 GWB entgegengewirkt werden können. Zudem bezieht sich die Kritik auf die Gefahr einer umfassenden Wettbewerbsregulierung durch Maßnahmen gem. § 32f Abs. 3 S. 6 GWB und nicht auf eine nur in vereinzelt Extremfällen in Betracht kommende Entflechtung gem. § 32f Abs. 4 GWB.

709 Vgl. *Nettesheim*, Verfassungsrechtliche Einordnung, S. 68 f.; *Paal/Kieß*, NZKart 2022, S. 681, 684. Ähnlich zum auf europäischer Ebene diskutierten NCT: *KOM, Crawford/Rey/Schnitzer-Bericht*, S. 18.

710 Vgl. *Leisner*, in: *Sodan*, KK GG, Art. 20 GG Rn. 49; *Vofßkuhle*, JuS 2007, S. 118 f.

711 Vgl. etwa BVerfGE 147, 253, 309 ff.

kann im Rahmen von § 32f GWB insbesondere der unklare Tatbestand der Störung des Wettbewerbs kritisiert werden, der dem Bundeskartellamt einen erheblichen Freiraum einräumt.⁷¹² Hiergegen kann allerdings wiederum die ausführliche Ausgestaltung von § 32f Abs. 5 GWB angeführt werden.⁷¹³

- 330 In diesem Zusammenhang wird vielerorts auch kritisiert, dass die Übertragung so weitgehender, marktgestaltender Befugnisse auf eine Behörde generell unzulässig sei und sich der Gesetzgeber seiner (Regulierungs-)Verantwortung entzöge.⁷¹⁴ Dem lässt sich allerdings – jedenfalls für Entflechtungen – entgegenhalten, dass es sich dabei um einen punktuellen Eingriff in das Wirtschaftsleben handelt, der üblicherweise gerade nicht durch den Gesetzgeber, sondern durch eine Behörde erfolgt.⁷¹⁵ Ein gangbarer Mittelweg zur Auflösung dieses Konflikts wäre die Einbeziehung einer politisch verantwortlichen Institution in das Entflechtungsverfahren gewesen. Es wäre etwa denkbar gewesen, im Anschluss an den *Josten*-Entwurf von 1949 (Rn. 193 ff.) das Bundeswirtschaftsministerium und/oder einen Bundestagsausschuss in das Verfahren einzubeziehen.⁷¹⁶

2. Unionsrecht

- 331 § 32f Abs. 4 GWB birgt auch unionsrechtliches Konfliktpotential. Entsprechende Bedenken werden sowohl im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit dem Primär- (a) als auch dem Sekundärrecht (b) vorgetragen.

712 Vgl. *Nettesheim*, Verfassungsrechtliche Einordnung, S. 73 f.

713 So etwa (zum noch wesentlich unschärferen Referentenentwurf) *Paal/Kieß*, NZKart 2022, S. 681.

714 Vgl. etwa *Ackermann*, ZWeR 2023, S. 16 ff.; *Nettesheim*, Verfassungsrechtliche Einordnung, S. 43 ff.; *Fuchs*, WuW 2010, S. 479. Instruktiv zum Verhältnis von Kartell- und Sektorregulierungsrecht: *Magnin*, Entflechtung im Infrastrukturbereich, Rn. 752 ff.

715 So für alle missbrauchsunabhängigen Eingriffe gem. § 32f GWB *Bartsch/Käseberg/Weber*, WuW 2023, S. 246. *Paal/Kieß*, NZKart 2022, S. 680 erblicken hierin jedenfalls einen Unterschied zur klassischen sektorspezifischen Regulierung. A.A. *Brenner*, WuW 2023, S. 79. Auf Parallelen zu sonstigen kartellbehördlichen Eingriffsbefugnissen und die Vereinbarkeit mit der Rechtsprechung des BVerfG zu sog. ministerialfreien Räumen verweist *Stratmann*, NZKart 2023, S. 534 f. Letztlich ist aber ohnehin festzustellen, dass Wettbewerbs- und Regulierungsrecht sich einander immer weiter annähern bzw. ineinander übergehen, vgl. *Wagner-von Papp*, in: *Kirk/Offergeld/Rohner*, Kartellrecht in der Zeitenwende, S. 51.

716 Für eine solche Lösung plädiert *Wagner-von Papp*, in: *Kirk/Offergeld/Rohner*, Kartellrecht in der Zeitenwende, S. 52 f.

a) Primärrecht

Primärrechtlich stellt sich insbesondere die Frage, ob und inwieweit den Mitgliedstaaten nach dem Vertrag von Lissabon noch eine Rechtsetzungs- 332
kompetenz auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts verblieben ist. Dies ist insbesondere anhand von Art. 3 AEUV in Verbindung mit Art. 3 Abs. 2 KartellVO (dazu aa) und Art. 102 AEUV (dazu bb) zu beurteilen.

aa) Art. 3 Abs. 1 lit. b) AEUV i.V.m. Art. 3 Abs. 2 KartellVO

Gem. Art. 3 Abs. 1 lit. b) AEUV hat die Europäische Union die ausschließliche 333
Gesetzgebungszuständigkeit im Bereich der Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarkts erforderlichen Wettbewerbsregeln. Fraglich ist vor diesem Hintergrund zunächst, ob eine nationale missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz überhaupt zulässig ist.

Die Reichweite von Art. 3 Abs. 1 lit. b) AEUV ist umstritten.⁷¹⁷ So wird 334
einerseits vertreten, dass die Norm nur auf die im Kapitel „Wettbewerbsregeln“ niedergelegten Kompetenzen – also Artt. 103, 105 Abs. 3, 106 Abs. 3, 108 Abs. 4 und 109 AEUV – verweist.⁷¹⁸ Andererseits wird vertreten, dass Art. 3 Abs. 1 lit. b) AEUV das gesamte Wettbewerbsrecht umfasst, womit „Mitgliedstaaten ihre Regeln nur noch dort zur Anwendung bringen [können], wo dies im primär- oder sekundärrechtlichen Wettbewerbsrecht der EU vorgesehen ist.“⁷¹⁹

Nach der letztgenannten Auffassung wäre der „Erlass eines Parallelwettbewerbsrechts“⁷²⁰ mit anderen Zielen als dem Unionsrecht – namentlich 335
etwa die Einführung einer „vierten Säule“ des kartellrechtlichen Wettbewerbsschutzes (Rn. 145) – ohne unionsrechtliche Ermächtigungsgrundlage nur zulässig, soweit sie ausschließlich Sachverhalte ohne grenzüberschreitenden Bezug beträfe.⁷²¹ Ohne finale Klärung dieser offenen Streitfrage durch den EuGH kann eine so weitgehende Einschränkung der Mitgliedstaaten in ihrer Gesetzgebungskompetenz – deren Reichweite zudem unklar wäre, da sie „im Wege einer Analyse der unionsrechtlichen Sachkom-

717 Eine Übersicht zum Streitstand findet sich bei *Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, EU-Recht, Art. 3 AEUV Rn. 12 ff. Vgl. dazu auch *Häussel*, WuW 2025, S. 138 ff.

718 So etwa *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 3 AEUV Rn. 8 ff. m.w.N.

719 *Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, EU-Recht, Art. 3 AEUV Rn. 14.

720 *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung, S. 155.

721 So wohl auch *Ackermann*, ZWeR 2023, S. 9 ff.

petenzen bestimmt werden⁷²² müsste – aber nicht, quasi in vorausseilendem Gehorsam, zum Unterlassen eines rechtspolitisch erwünschten Gesetzgebungsverfahrens zwingen.⁷²³ Auch wurde das Marktuntersuchungsinstrument im britischen Recht (Rn. 462 ff.), das als Vorbild für § 32f GWB diente, von den Unionsorganen nie beanstandet.⁷²⁴ Selbiges gilt für die entsprechende Regelung in Art. 11 des griechischen Wettbewerbsgesetzes.⁷²⁵

336 Der weiteren Untersuchung liegt daher die Annahme zugrunde, dass eine mitgliedstaatliche Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts weiterhin besteht, soweit keine Kollision mit bestehendem Wettbewerbsrecht der Europäischen Union vorliegt. Auf die Reichweite von Art. 3 Abs. 1 lit. b) AEUV käme es aber ohnehin nicht an, wenn man unter der derzeitigen Rechtslage vom Bestehen einer unionsrechtlichen Ermächtigungsgrundlage für den Erlass missbrauchsunabhängiger Entflechtungskompetenzen ausginge. Eine solche Ermächtigungsgrundlage könnte sich in Art. 3 Abs. 2 S. 2 KartellVO finden:

337 Art. 3 Abs. 2 KartellVO regelt das Verhältnis von unionalem und nationalem Wettbewerbsrecht.⁷²⁶ Gem. Art. 3 Abs. 2 S. 2 KartellVO sind die Mitgliedstaaten berechtigt, „in ihrem Hoheitsgebiet strengere innerstaatliche Vorschriften zur Unterbindung oder Ahndung einseitiger Handlungen von Unternehmen zu erlassen oder anzuwenden.“ Geht man davon aus, dass sich § 32f Abs. 4 GWB gegen einseitige Handlungen im Sinne von Art. 3 Abs. 2 S. 2 KartellVO richtet, so ist er von dieser Ermächtigungsgrundlage gedeckt. Ein solches Verständnis der KartellVO liegt nahe, da Art. 3 Abs. 2

722 *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung, S. 153.

723 A.A. etwa *Paal/Kieß*, NZKart 2022, S. 683: „Für die Herstellung der wünschenswerten Rechtssicherheit wird hier letztlich erst und nur eine Vorabentscheidung (Art. 267 AEUV) des EuGH sorgen können. Zur Vermeidung einer etwaigen Unwirksamkeit sollte in § 32f GWB-E (vorerst) jedenfalls eine Beschränkung auf nationale Sachverhalte aufgenommen werden.“ Eine solche Beschränkung hätte ein Klarheit schaffendes Vorabentscheidungsverfahren jedoch gerade verhindert. Mit der nun in Kraft getretenen Fassung des § 32f GWB ist dagegen durchaus wahrscheinlich, dass im Fall seiner Anwendung eine Vorlage an den EuGH erfolgt.

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

725 *Wagner-von Papp*, in: *Bacher/Hempel/Wagner-von Papp*, BeckOK KartR, § 32f Rn. 39.

726 Art. 3 Abs. 3 KartellVO ist offensichtlich nicht anwendbar, da § 32f GWB wettbewerbliche Ziele verfolgt (vgl. statt vieler: *Wagner-von Papp*, in: *Bacher/Hempel/Wagner-von Papp*, BeckOK KartR, § 32f Rn. 27).

S. 2 wohl als Komplementärvorschrift alle Verhaltensweisen, die nicht unter die Konvergenzklausel des Art. 3 Abs. 2 S. 1 fallen, umfassen soll.⁷²⁷

Verschiedentlich werden aber auch unionsrechtliche Bedenken im Hinblick auf ebenjene Konvergenzklausel vorgebracht. Diese besagt, dass die Anwendung des einzelstaatlichen Wettbewerbsrechts „nicht zum Verbot von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen führen [darf], welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind, aber den Wettbewerb im Sinne des Artikels 81 Absatz 1 des Vertrags nicht einschränken oder die Bedingungen des Artikels 81 Absatz 3 des Vertrags erfüllen oder durch eine Verordnung zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrags erfasst sind.“⁷²⁸ 338

Hieraus wird teilweise gefolgert, dass § 32f GWB mit dem Unionsrecht unvereinbar ist, weil er strengere Vorschriften enthält. So verbiete er etwa eine kollusive Verhaltensweise, „die nach Art. 101 AEUV [vormals Art. 81 EGV] das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweisen bzw. des Beschlusses einer Unternehmensvereinigung nicht erfüllt.“⁷²⁹ Dem kann allerdings entgegengehalten werden, dass § 32f Abs. 4 GWB sich gerade nicht spezifisch gegen Vereinbarungen, Beschlüsse oder abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen im Sinne des Art. 101 AEUV richtet.⁷³⁰ Vielmehr verlässt die missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz den Bereich der klassischen drei Säulen des Kartellrechts, indem sie an eine strukturelle oder verhaltensbedingte Wettbewerbsstörung anknüpft (Rn. 143 ff.) 339

Art. 3 Abs. 2 S. 1 KartellVO erfordert daher nur eine Unanwendbarkeit der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz auf Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind, aber nicht gegen Art. 101 AEUV verstoßen. Ob ein solcher Fall vorliegt, dürfte verfahrenstechnisch regelmäßig im Rahmen der obligatorischen Subsidiaritätsprü- 340

727 Vgl. *Wagner-von Papp*, in: *Bacher/Hempel/Wagner-von Papp*, BeckOK KartR, § 32f Rn. 33, 44; *Wagner-von Papp*, JECLAP 2023, S. 469.

728 Folgt man der Auffassung, dass Art. 3 Abs. 1 lit. b) AEUV das gesamte Wettbewerbsrecht umfasst (vgl. oben Fn. 719), dann hat Art. 3 Abs. 2 S. 1 KartellVO „nur noch deklaratorische Bedeutung“ (*Ackermann*, ZWeR 2023, S. 14).

729 *Thomas*, ZWeR 2022, S. 351. So etwa auch *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung, S. 156.

730 Vgl. *Wagner-von Papp*, in: *Bacher/Hempel/Wagner-von Papp*, BeckOK KartR, § 32f Rn. 35 ff.; *Wagner-von Papp*, JECLAP 2023, S. 463 ff.

fung der missbrauchsunabhängigen Entflechtung gegenüber den sonstigen kartellrechtlichen Abhilfemaßnahmen (Rn. 266) darzulegen sein. Denn Art. 101 AEUV ist – abgesehen vom Merkmal der gemeinschaftsweiten Bedeutung – im Wesentlichen inhaltsgleich mit § 1 GWB. Eine Anwendung von § 32f GWB auf Verstöße gegen § 1 GWB unterhalb der – oft nicht eindeutig lokalisierbaren – Zwischenstaatlichkeitsschwelle wäre unionsrechtlich zwar zulässig, würde aber den erwünschten und praktizierten tatbestandsmäßigen Gleichlauf von § 1 GWB und Art. 101 AEUV konterkarieren und liegt deshalb wohl nicht im Interesse des Bundeskartellamts.⁷³¹

bb) Wettbewerbspolitische Leitbild des Art. 102 AEUV

- 341 Grundlegende Bedenken werden auch mit Blick auf das wettbewerbspolitische Leitbild des Art. 102 AEUV (vormals Art. 82 EGV) vorgetragen. Der Tatsache, dass diese Norm verhaltensbezogen ist und nur den Missbrauch von Marktmacht adressiert, könne im grenzüberschreitenden Anwendungsbereich des Unionsrechts eine Sperrwirkung für missbrauchsunabhängige Eingriffe entnommen werden.⁷³² Etwas anderes folge auch nicht aus der Ausnahmeregelung gem. Art. 3 Abs. 2 S. 2 KartellVO, weil eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz unabhängig von einseitigen Handlungen sei.⁷³³
- 342 Dieser Einwand dürfte gegen die finale Fassung von § 32f Abs. 4 GWB schon deshalb nicht durchgreifen, weil er nur auf Unternehmen Anwendung findet, die durch ihr Verhalten und ihre Bedeutung für die Marktstruktur zur Störung des Wettbewerbs wesentlich beitragen (§ 32f Abs. 4 S. 1, Abs. 3 S. 3 GWB, dazu oben Rn. 287). Es ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass § 32f Abs. 4 GWB eine andere Stoßrichtung verfolgt als frühere Ansätze für eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz, auf die sich die genannte Kritik bezog. Insbesondere ist das zentrale Eingriffskriterium – anders als noch beim sog. *Brüderle*-Entwurf von 2010 (Rn. 230 ff.) – nicht das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung,

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

732 Vgl. *Kruse/Maturana*, EuZW 2022, S. 800 f.; *Roth*, in: *Bechtold/Jickeli/Rohe*, FS Möschel, S. 508 f. Die Wertungen des Art. 102 AEUV könnten dann auch einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit gem. Artt. 49, 54 AEUV begründen, vgl. *Roth*, in: *Bechtold/Jickeli/Rohe*, FS Möschel, S. 518.

733 So etwa *Kruse/Maturana*, EuZW 2022, S. 800; *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung, S. 156.

sondern einer (erheblichen und fortwährenden) Störung des Wettbewerbs. Auch aus dem wettbewerbspolitischen Leitbild des Art. 102 AEUV dürfte deshalb keine Unionsrechtswidrigkeit folgen.⁷³⁴

b) Sekundärrecht

Potentielle Konfliktfelder auf sekundärrechtlicher Ebene bestehen mit der Fusionskontrollverordnung (VO (EG) 139/2004, dazu unter aa), dem Digital Markets Act (VO (EU) 2022/1925, dazu bb) und verschiedenen Regulierungsrichtlinien (cc). 343

aa) Fusionskontrollverordnung

Die Fusionskontrollverordnung (FKVO) regelt das unionsrechtliche Fusionskontrollregime. Gem. Artt. 1, 21 Abs. 2 FKVO hat dabei die Europäische Kommission die ausschließliche Zuständigkeit für die Beurteilung von Zusammenschlüssen mit gemeinschaftsweiter Bedeutung. Gem. Art. 21 Abs. 3 UAbs. 1 FKVO wenden die Mitgliedstaaten ihr innerstaatliches Wettbewerbsrecht deshalb nicht auf Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung an. Art. 21 Abs. 4 FKVO sieht zwar Ausnahmen für nicht-wettbewerbliche Ziele (insbesondere öffentliche Sicherheit, Medienvielfalt und Aufsichtsregeln) vor, bei § 32f GWB handelt es sich aber um eine wettbewerbliche Norm, sodass diese Klausel keine Rolle spielt.⁷³⁵ § 32f Abs. 4 GWB könnte mit der FKVO in zwei Konstellationen kollidieren:⁷³⁶ 344

(1) Entflechtung nach Fusionsfreigabe

Zunächst besteht Konfliktpotential, wenn die marktmächtige Position eines zu entflechtenden Unternehmens (auch) infolge einer von der Kommission freigegebenen Fusion entstanden ist. Die Entflechtungsverfügung als der 345

734 Ähnlich etwa *Kühling/Engelbracht*, in: *Körber/Schweitzer/Zimmer, Immenga/Mestmäcker* Bd. 2, § 32f GWB Rn. 13; *Voges*, Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips, S. 490 f.; *Wagner-von Papp*, in: *Bacher/Hempel/Wagner-von Papp*, BeckOK KartR, § 32f Rn. 43 ff.

735 Vgl. statt vieler: *Paal/Kieß*, NZKart 2022, S. 682.

736 Ausführlich dazu: *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung, S. 158 ff.; *Voges*, Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips, S. 500 ff.

Fusionsfreigabe zuwiderlaufende Entscheidung könnte dann gegen Art. 21 Abs. 3 UAbs. 1 FKVO verstoßen.⁷³⁷

346 Der Gesetzgeber hat versucht, dieses Konfliktfeld durch den 10-jährigen Bestandschutz für freigegebene Fusionen gem. § 32f Abs. 4 S. 10 GWB (Rn. 291) abzumildern.⁷³⁸ Es wird allerdings kritisiert, dass eine bloße Frist „schon konzeptionell nicht geeignet [ist], den hiesigen Kompetenzkonflikt aufzulösen. Der Geltungsgrund der Freigabeentscheidung ist nämlich nicht rein zeitlich, sondern sachlich im Lichte von Art. 2 II FKVO bedingt.“⁷³⁹

347 Mehr Klarheit geschafft hätte insoweit wohl der – schon im Zusammenhang mit dem *Brüderle*-Entwurf von 2010 (Rn. 230 ff.) häufig vorgebrachte – Vorschlag, nicht nur einen Zeitablauf, sondern auch eine wesentliche Veränderung der Marktverhältnisse seit der Freigabeentscheidung zu verlangen.⁷⁴⁰ Allerdings wird zurecht darauf hingewiesen, dass sich in der Mehrzahl der Fälle die wettbewerblichen Bedingungen auf einem Markt binnen zehn Jahren ohnehin wesentlich verändert haben.⁷⁴¹ § 32f Abs. 4 GWB dürfte in Fällen der Entflechtung nach einer Fusionsfreigabe der Kommission somit zumindest Raum für eine unionsrechtskonforme Anwendung lassen.⁷⁴² Namentlich darf keine Entflechtung erfolgen, wenn eine gegenläufige Freigabeentscheidung der Europäischen Kommission absehbar ist.⁷⁴³

737 Vgl. nur *Ackermann*, ZWeR 2023, S. 13; *Kruse/Maturana*, EuZW 2022, S. 799.

738 Vgl. BT-Drs. 20/6824, S. 31: „Die Veräußerung von Vermögensteilen, die in den letzten zehn Jahren vor Zustellung der Verfügung nach Absatz 4 Gegenstand einer bestandskräftigen fusionskontrollrechtlichen Freigabe durch das Bundeskartellamt, die Europäische Kommission oder einer Ministererlaubnis war, darf nicht angeordnet werden. Dies dient der Rechtssicherheit und wahrt den Abstand des Instruments zur Zusammenschlusskontrolle. Das Verhältnis zur Europäischen Fusionskontrolle regelt im Übrigen Artikel 21 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“) (Abl. L 24 vom 29.1.2004, S. 1).“

739 *Kruse/Maturana*, EuZW 2022, S. 799.

740 Vgl. dazu etwa *Bechtold*, BB 2010, S. 452; *Kühling/Engelbracht*, in: *Körper/Schweitzer/Zimmer*, Immenga/Mestmäcker Bd. 2, § 32f GWB Rn. 57; *Lange*, EWS 3/2010, Umschlagteil I; *Monopolkommission*, Sondergutachten 58, Rn. 119; *Paal/Kieß*, NZ-Kart 2022, S. 684.

741 *Bartsch/Käseberg/Weber*, WuW 2023, S. 248.

742 So auch *Kühling/Engelbracht*, in: *Körper/Schweitzer/Zimmer*, Immenga/Mestmäcker Bd. 2, § 32f GWB Rn. 57: „Einstweilen kann und muss § 32f Abs. 4 S. 10 dahingehend unionsrechtskonform ausgelegt werden.“

743 Vgl. *Wagner-von Papp*, in: *Bacher/Hempel/Wagner-von Papp*, BeckOK KartR, § 32f Rn. 47 f.

(2) Fusionsfreigabe nach Entflechtung

Auch im umgekehrten Fall besteht unionsrechtliches Konfliktpotential. 348
Denkbar ist nämlich, dass ein entflochtenes Unternehmen versucht, die Zerschlagung durch eine von der Kommission freigegebene Fusion wieder rückgängig zu machen. Zwar sieht § 32f Abs. 4 S. 12 GWB ein fünfjähriges Rückerwerbsverbot für entflochtene Unternehmensteile vor (Rn. 302 ff.). Dieses Zusammenschlussverbot könnte allerdings eine Missachtung der ausschließlichen Zuständigkeit der Kommission für Entscheidungen über Zusammenschlüsse mit gemeinschaftsweiter Bedeutung gem. Art. 21 Abs. 2 FKVO darstellen.⁷⁴⁴

Dies mag zwar nur ein theoretisches Problem sein, da ein entflochtener Zusammenschluss in der Regel nicht die Voraussetzungen für eine Fusionsfreigabe erfüllen dürfte.⁷⁴⁵ Falls doch, ließe sich eine Freigabeentscheidung der Kommission als Argument für eine Veränderung der Marktverhältnisse im Sinne des § 32f Abs. 4 S. 12 a.E. GWB heranziehen.⁷⁴⁶ Allerdings soll nach einer verbreiteten Auffassung bereits die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz und nicht erst ihre Anwendung einen Verstoß gegen das in Art. 21 FKVO niedergelegte Kompetenzgefüge darstellen, da sie die effektive Anwendung des Unionsrechts beeinträchtigt.⁷⁴⁷ Insoweit hätte eine Klarstellung, dass das Rückerwerbsverbot im Anwendungsbereich der FKVO – also insbesondere bei Zusammenschlüssen mit gemeinschaftsweiter Bedeutung – nicht gilt, mehr Rechtssicherheit geschaffen.⁷⁴⁸ 349

bb) Digital Markets Act

Unionsrechtliches Konfliktpotential besteht auch mit dem Digital Markets Act (DMA). In Artt. 5-7 und 14 f. DMA werden für bestimmte digitale Großunternehmen, die als Torwächter bzw. *Gatekeeper* designed sind, 350

744 So etwa *Kruse/Maturana*, EuZW 2022, S. 799; *Roth*, in: *Bechtold/Jickeli/Rohe*, FS Möschel, S. 507.

745 Vgl. *Monopolkommission*, Sondergutachten 58, Rn. 118.

746 *Kühling/Engelbracht*, in: *Körber/Schweitzer/Zimmer*, Immenga/Mestmäcker Bd. 2, § 32f GWB Rn. 59.

747 So etwa *Ackermann*, ZWeR 2023, S. 13; *Kruse/Maturana*, EuZW 2022, S. 800; *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung, S. 165; *Roth*, in: *Bechtold/Jickeli/Rohe*, FS Möschel, S. 508.

748 Vgl. *Roth*, in: *Bechtold/Jickeli/Rohe*, FS Möschel, S. 507.

besondere Verhaltens- und Transparenzpflichten statuiert. Die Verhaltenspflichten gem. Art. 5 und 6 DMA können gem. Art. 12 DMA im Wege des delegierten Rechtsakts durch die Kommission ergänzt werden. Im Vorfeld zur Erarbeitung des DMA wurde auch die Einführung einer als *New Competition Tool* (NCT) bezeichneten missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz erwogen.⁷⁴⁹ Zu einer Umsetzung des NCT im Rahmen des DMA kam es aber nicht.

351 In Deutschland existiert mit § 19a GWB eine nationale Regelung mit einer dem DMA vergleichbaren Stoßrichtung, die Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb adressiert.⁷⁵⁰ Solche Unternehmen werden regelmäßig zugleich Torwächter im Sinne des DMA sein. So hat das Bundeskartellamt eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb etwa bei *Alphabet*, *Amazon*, *Apple*, *Meta* und *Microsoft* festgestellt.⁷⁵¹ Da mögliche Entflechtungsadressaten gem. § 32f Abs. 4 S. 1 GWB nicht nur marktbeherrschende Unternehmen, sondern auch Unternehmen mit einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb nach § 19a Abs. 1 GWB sind, stellt sich die Frage der parallelen Anwendbarkeit des DMA und § 32f Abs. 4 GWB.⁷⁵²

352 Die 11. GWB-Novelle dient ausweislich der Gesetzesbegründung „zugleich der Unterstützung der Durchsetzung der Verordnung (EU) Nr. 2022/1925 [des DMA].“⁷⁵³ Nach dem Gesamtkontext betrifft dies jedoch in erster Linie die zeitgleich mit der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz gem. § 32f Abs. 4 GWB eingeführte Untersuchungskompetenz gem. § 32g GWB sowie diverse Vorschriften zur Ermöglichung der

749 Siehe dazu etwa KOM, NCT Impact Assessment. Der deutsche Gesetzgeber berief sich zur Rechtfertigung der Einführung von § 32f Abs. 4 GWB auch auf das im Rahmen des DMA diskutierte *New Competition Tool* für die Europäische Kommission, vgl. BT-Drs. 20/6824, S. 19.

750 Rechtstechnisch unterscheiden sich die Ansätze insbesondere dadurch, dass der DMA *per-se*-Verhaltenspflichten für bestimmte Torwächter statuiert, während solche im Rahmen von § 19a GWB behördlich angeordnet werden müssen. Im Vereinigten Königreich besteht unter dem Digital Markets, Competition and Consumers Act 2024 ein ähnliches Regime. In der Schweiz wird vom Gesetzgeber bislang auf eine vergleichbare Regelung verzichtet und die *ex-post*-Missbrauchsaufsicht gem. Art. 7 KG für ausreichend erachtet, vgl. dazu Carron/Valis, *Concurrences* 2023, S. 4 f.; Heinemann, ius.full 2021, S. 176 f.

751 Vgl. dazu Deselaers, NZKart 2024, S. 366 sowie exemplarisch den Fallbericht des Bundeskartellamts zu *Microsoft* in: NZKart 2025, S. 37 ff.

752 Vgl. dazu Deselaers, NZKart 2024, S. 366 ff.

753 BT-Drs. 20/6824, S. 17.

privaten Rechtsdurchsetzung.⁷⁵⁴ Entsprechende Untersuchungen nationaler Behörden sowie Vorschriften über die private Rechtsdurchsetzung sind in Art. 38 Abs. 7 und 39 DMA explizit vorgesehen. Insoweit dürften keine Bedenken hinsichtlich einer etwaigen Kollision mit dem Unionsrecht bestehen.

Art. 1 Abs. 6 S. 2 DMA regelt das sonstige Verhältnis zum europäischen und nationalen Kartellrecht und zählt auf, welche Vorschriften der DMA unberührt lässt.⁷⁵⁵ Ein neuartiges Instrument außerhalb der klassischen „drei Säulen“ des Kartellrechts (Rn. 144) ist darin nicht explizit vorgesehen, woraus teilweise abgeleitet wird, dass im gesamten Anwendungsbereich des DMA – also für sämtliche designierten Torwächter – eine Entflechtungsanordnung gem. § 32f Abs. 4 GWB unzulässig wäre.⁷⁵⁶ Angesichts des neuartigen, bei Erlass des DMA noch unbekanntes Charakters von § 32f Abs. 4 GWB erscheint indes zweifelhaft, ob dieser weitgehende Schluss gerechtfertigt ist.⁷⁵⁷ Vielmehr dürfte § 32f GWB in seiner konkreten Ausgestaltung als nationale Wettbewerbsvorschrift, mit der andere Formen einseitiger Verhaltensweisen verboten werden, im Sinne des Art. 1 Abs. 6 S. 2 lit. b) DMA zu qualifizieren und damit zulässig sein.⁷⁵⁸

Eine Unanwendbarkeit von § 32f Abs. 4 GWB dürfte aber zumindest im Regelungsbereich der Verhaltenspflichten gem. Art. 5-7 DMA bestehen, in dem die Torwächter gem. Art. 37 DMA auf eine kohärente Rechtsanwendung durch Kommission und Mitgliedstaaten vertrauen dürfen.⁷⁵⁹ Dies entspreche auch dem Verhältnis zwischen DMA und § 19a GWB.⁷⁶⁰ Im

754 Vgl. BT-Drs. 20/6824, S. 19 f.

755 „Diese Verordnung berührt nicht die Anwendung der Artikel 101 und 102 AEUV. Sie lässt auch die Anwendung der folgenden Vorschriften unberührt: a) nationaler Wettbewerbsvorschriften zum Verbot von wettbewerbswidrigen Vereinbarungen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen, aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen und der missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung, b) nationaler Wettbewerbsvorschriften, mit denen andere Formen einseitiger Verhaltensweisen verboten werden, soweit sie auf andere Unternehmen als Torwächter angewandt werden oder Torwächtern damit weitere Verpflichtungen auferlegt werden, und c) der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates und nationaler Fusionskontrollvorschriften.“

756 Siehe etwa *Ackermann*, ZWeR 2023, S. 12, 15; *Kruse/Maturana*, EuZW 2022, S. 801; *Paal/Kieß*, NZKart 2022, S. 683.

757 Ausführlich dazu auch *Rohner*, in: *Becker*, Digitale Märkte, S. 254 ff.

758 *Wagner-von Papp*, in: *Bacher/Hempel/Wagner-von Papp*, BeckOK KartR, § 32f Rn. 70.

759 *Weck*, NZKart 2023, S. 395.

760 Vgl. *Deselaers*, NZKart 2024, S. 368 f.; *Weck*, NZKart 2023, S. 393.

Bereich außerhalb der vom DMA regulierten Verhaltensweisen kommt eine Entflechtung gem. § 32f Abs. 4 GWB dagegen grundsätzlich in Betracht. Das Bundeskartellamt müsste im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung aber möglicherweise von einer Entflechtung absehen, wenn die Kommission als milderes Mittel eine Erweiterung der Verhaltensauflagen gem. Art. 12 DMA anstrebt.⁷⁶¹

cc) Regulierungsrichtlinien

- 355 Es werden auch Bedenken im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit unionsrechtlichen Regulierungsrichtlinien vorgetragen. So könnte die Zuständigkeit des Bundeskartellamts für Verfahren gem. § 32f GWB gegen die unionsrechtlich verankerte exklusive Zuständigkeit einer einzigen Regulierungsbehörde im Eisenbahn-⁷⁶² und Energiesektor⁷⁶³ bzw. von den Mitgliedstaaten gegenüber der Kommission benannten Behörden im Post-⁷⁶⁴ und Telekommunikationssektor⁷⁶⁵ verstoßen. Zwar ist gem. § 32f Abs. 8 GWB in diesen Bereichen das Einvernehmen der Bundesnetzagentur zu einer Entflechtungsverfügung erforderlich. Es ist allerdings fraglich, ob dies ausreicht, um unionsrechtliche Bedenken auszuräumen. Rechtssicherer wäre es insoweit gewesen, regulierte Sektoren ganz aus dem Anwendungsbereich von § 32f GWB herauszunehmen.⁷⁶⁶ Bedenken im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit dem Regulierungsrecht dürften allerdings eine laufende Verhaltensregulierung gem. § 32f Abs. 3 S. 6 GWB gewichtiger betreffen als die – hier allein untersuchte – Entflechtungskompetenz gem. § 32f Abs. 4 GWB, da diese nur einen einmaligen Eingriff darstellt und somit der Sache nach weiter vom Regulierungsrecht entfernt ist.

3. Völkerrecht

- 356 Im Hinblick auf die Vereinbarkeit von § 32f Abs. 4 GWB mit dem Völkerrecht ist zunächst die Anwendbarkeit von § 32f Abs. 4 GWB auf internatio-

761 Vgl. *Weck*, NZKart 2023, S. 396.

762 Vgl. Art. 55 Abs. 1 RL 2012/34/EU.

763 Vgl. Art. 39 Abs. 1 RL 2009/73/EG bzw. Art. 57 Abs. 1 RL (EU) 2019/944.

764 Vgl. Art. 22 Abs. 1 RL 97/67/EG.

765 Vgl. Art. 5 Abs. 4 RL (EU) 2018/1972.

766 *Ackermann*, ZWeR 2023, S. 16.

nale Sachverhalte darzulegen (a). Sodann werden völkerrechtliche Schranken aufgezeigt, die sich aus dem Eigentumsschutz (b) und dem Interventionsverbot (c) ergeben.

a) Anwendbarkeit des GWB auf internationale Sachverhalte

Aufgrund des Auswirkungsprinzips (§ 185 Abs. 2 GWB) findet das 357
GWB auch Anwendung auf Wettbewerbsbeschränkungen, die außerhalb Deutschlands veranlasst werden, soweit sie sich innerhalb Deutschlands auswirken.⁷⁶⁷ Der Begriff der Wettbewerbsbeschränkung ist dabei weit zu verstehen. Er umfasst alle im ersten Teil des GWB geregelten materiellen Tatbestände.⁷⁶⁸ Demnach dürfte auch eine zur Entflechtung berechtigende „erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs“ durch ein im Ausland ansässiges Unternehmen umfasst sein. Dies entspräche auch der Praxis im Fall der Fusionskontrolle, wo das Bundeskartellamt Zusammenschlüsse ausländischer Unternehmen, die im Ausland vollzogen werden, überprüft und gegebenenfalls untersagt, soweit sie sich auch in Deutschland auswirken.⁷⁶⁹

b) Völkerrechtlicher Eigentumsschutz

Zunächst stellt sich bei einem so erheblichen Eingriff wie einer Entflechtung die Frage der Vereinbarkeit mit dem völkerrechtlichen Eigentumschutz. Dieser wird über verschiedene Quellen vermittelt, etwa Art. 1 des ersten Zusatzprotokolls zur EMRK, wonach jede natürliche oder juristische Person ein Recht auf Achtung ihres Eigentums hat.⁷⁷⁰ Der Eigentumsschutz ist insbesondere auch zentraler Gegenstand von völkerrechtlichen Investitionsschutzabkommen.⁷⁷¹ Der Schutzzumfang solcher Regelungen beschränkt sich jedoch im Wesentlichen auf ein Willkürverbot und das Gebot einer angemessenen Entschädigung bei Enteignungen. Angesichts der gemeinwohlorientierten Ausrichtung von § 32f GWB und der umfassenden Verfah-

767 Ausführlich dazu: *Wiedemann*, in: *Wiedemann*, HdB KartR, § 5 Rn. 26 ff.

768 *Rehbinder/van Kalben*, in: *Körper/Schweitzer/Zimmer*, Immenga/Mestmäcker Bd. 2, § 185 Rn. 118 m.w.N.

769 Ausführlich dazu *Wiedemann*, in: *Wiedemann*, HdB KartR, § 5 Rn. 39 ff.

770 Vgl. *Gornig*, Völkerrecht, § 129 Rn. 1, 22 f.

771 Vgl. *Gornig*, Völkerrecht, § 130 Rn. 12.

rensvorschriften liegt die Annahme der Willkür fern. Auch sieht er eine weitreichende Entschädigungsregelung vor. Dementsprechend dürften keine Bedenken im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit dem völkerrechtlichen Eigentumsschutz bestehen.

c) Interventionsverbot

- 359 Das Bundeskartellamt hat aber auch das völkerrechtliche Interventionsverbot zu beachten, wonach eine Einmischung in die inneren Angelegenheiten eines fremden Staates grundsätzlich unzulässig ist.⁷⁷² Im Bereich der Fusionskontrolle hat das OLG Düsseldorf entschieden, dass das Interventionsverbot einer Untersagung ausländischer Unternehmenszusammenschlüsse nicht entgegensteht. Vielmehr sei nur im Wege einer Abwägung zu prüfen, ob „gewichtige wettbewerbliche oder wettbewerbpolitische Belange des ausländischen Veranlasserstaates das berechnigte Interesse der Bundesrepublik Deutschland an einem Schutz seiner Wettbewerbsordnung deutlich überwiegen“, was aber nur in Extremfällen anzunehmen sei.⁷⁷³
- 360 Bemerkenswert ist, dass es sich in jenem Fall bei den zusammenschlussbeteiligten Unternehmen um Firmen handelte, die ihren Hauptsitz in der Schweiz und in Dänemark hatten, weltweit tätig waren, in Deutschland keine (oder nur einen geringen Teil ihrer) Produktion unterhielten und weniger als zehn Prozent ihres weltweiten Umsatzes generierten.⁷⁷⁴ Obwohl dieser Umstand vonseiten des Staatssekretariats für Wirtschaft der Schweizerischen Eidgenossenschaft besonders hervorgehoben wurde, sah das OLG Düsseldorf auch darin kein Hindernis für eine Totaluntersagung des Zusammenschlusses durch das deutsche Bundeskartellamt.⁷⁷⁵
- 361 Wenn das völkerrechtliche Interventionsverbot im Zusammenhang mit Fusionskontrollverfahren einer Abwägung offensteht, dürfte dasselbe grundsätzlich auch für Entflechtungsverfahren gelten. Dabei ist zwar die höhere Eingriffsintensität einer Entflechtung zu beachten.⁷⁷⁶ Nach den

772 Vgl. Gornig, Völkerrecht, § 46 Rn. 3 ff.

773 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.11.2008, Az. VI-Kart 8/07 (V) – *Phonak II*, Leitsatz 3.b).

774 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.11.2008, Az. VI-Kart 8/07 (V) – *Phonak II*, Rn. 38.

775 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.11.2008, Az. VI-Kart 8/07 (V) – *Phonak II*, Rn. 38 ff.

776 Kersting, in: Jahrbuch HHU 2010, S. 618; *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung, S. 67; *Roth*, in: *Bechtold/Jickeli/Rohe*, FS Möschel, S. 520.

Ausführungen des OLG Düsseldorf erscheint es aber nicht überwiegend wahrscheinlich, dass eine Entflechtung einen vom Interventionsverbot verbotenen „Extremfall“ darstellen würde.

Hinzu kommt jedoch der entscheidende Umstand, dass – jedenfalls nach dem derzeitigen Stand des Völkerrechts – keine Rechtshilfe für die Vollstreckung von Entflechtungsverfügungen im Ausland gewährt wird.⁷⁷⁷ Dies dürfte – neben politischen Implikationen – ein schier unüberwindliches Hindernis für eine Entflechtung ausländischer Unternehmen darstellen: „Wohl nicht zufällig ist die kartellrechtliche Entflechtung ausländischer Unternehmen soweit ersichtlich noch nirgendwo (selbst nicht von den jurisdiktionell wenig rücksichtsvollen USA) versucht worden.“⁷⁷⁸ Nicht zuletzt vor dem Hintergrund dieser Hindernisse erscheint eine zwangsweise Entflechtung von ausländischen Unternehmen durch das Bundeskartellamt in der Tat „illusorisch“ bzw. „nicht denkbar“.⁷⁷⁹ 362

Völkerrechtlich und politisch weniger problematisch ist dagegen die Entflechtung in Deutschland belegener Teile ausländischer Unternehmen.⁷⁸⁰ In entsprechender Weise hat das Bundeskartellamt in der Vergangenheit bereits seine fusionskontrollrechtliche Entflechtungskompetenz (Rn. 34 f.) wahrgenommen. So hat es etwa im Fall *Philipp Morris / Rothmans* ein Totalverbot der Fusion ausgesprochen, das Entflechtungsverfahren aber „auf die Beseitigung der Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung auf dem Zigarettenmarkt der Bundesrepublik Deutschland“ begrenzt, weil es die „Beschränkung auf die Beseitigung der inländischen Wettbewerbsbeschränkung“ für „kollisionsrechtlich“ geboten hielt.⁷⁸¹ Auch eine missbrauchsunabhängige Entflechtung solcher Unternehmensteile wäre daher möglich. Dabei wäre aber besonders genau darzulegen, ob die Wettbewerbsstörung im Inland nicht aufgrund des Einflusses der ausländischen Unternehmensteile fortbestehen würde und die Entflechtung somit zur Erreichung ihres Ziels ungeeignet wäre. 363

777 Wiedemann, in: Wiedemann, HdB KartR, § 5 Rn 66.

778 Ackermann, Verfassungsblog vom 18.06.2022.

779 Nettesheim/Thomas, Entflechtung, S. 81, 83. Ähnlich zu fusionskontrollrechtlichen Entflechtungen Wiedemann, in: Wiedemann, HdB KartR, § 5 Rn 49: „Entflechtungsanordnungen (§ 41 Abs. 3) bezüglich im Ausland realisierter Teile von Unternehmenszusammenschlüssen dürften rechtlich wie praktisch ausgeschlossen sein.“ Aus diesem Grund könnte man eine „internationalrechtliche Begrenzung der Entflechtungsmöglichkeiten“ fordern, die allerdings eine Schlechterstellung deutscher Unternehmen bedeuten würde (Bechtold, BB 2010, S. 452).

780 Vgl. Nettesheim/Thomas, Entflechtung, S. 67.

781 Bundeskartellamt, Beschluss vom 24.02.1982, Az. B6-691100-U-49/81 = WuW/E BKartA 1943, 1944, 1955.

4. Schlussfolgerungen

- 364 Offensichtliche Problemfelder im Hinblick auf höherrangiges Recht wurden durch die konkrete Ausgestaltung von § 32f Abs. 4 GWB adressiert, sodass klare Verstöße nicht ersichtlich sind. Es besteht jedoch weiter eine Vielzahl von Unsicherheiten, die teilweise durch eine präzisere gesetzgeberische Ausgestaltung vermeidbar gewesen wären. Es ist – nicht zuletzt angesichts der enormen wirtschaftlichen Bedeutung von Entflechtungsverfahren – damit zu rechnen, dass diese Fragen dem BVerfG und EuGH zur Entscheidung vorgelegt würden, wenn es zu einem praktischen Anwendungsfall der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz käme.

C. Prognose: Praktische Anwendung der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz

Ob und in welchen Fällen eine Anwendung von § 32f Abs. 4 GWB denkbar ist, soll im folgenden Abschnitt untersucht werden. Zur Prognose der praktischen Anwendung der Norm werden zunächst abstrakte Anwendungsszenarien herausgearbeitet (I.), bevor einige denkbare konkrete Anwendungsfälle dargestellt werden (II.). 365

I. Abstrakt denkbare Anwendungsfälle

Abstrakt stellt sich schon die Frage, inwieweit überhaupt mit einer Anwendung der Norm zu rechnen ist (1.). Sodann ist darzulegen, in welchen Konstellationen (2.) dies infrage kommt. 366

1. Grundsätzliche Erwartbarkeit von Anwendungsfällen

Zunächst ist festzustellen, dass der Gesetzgeber sich aufgrund der Seltenheit von missbrauchsunabhängigen Entflechtungen gem. § 32f Abs. 4 GWB als wettbewerbsrechtlicher *ultima ratio* nicht in der Lage sah, deren Häufigkeit zu prognostizieren.⁷⁸² Weitere Hindernisse für eine Anwendung der Norm dürften in den erheblichen verfahrensrechtlichen Hürden einer Entflechtung (Rn. 255 ff.) und der knappen personellen Ausstattung des Bundeskartellamts begründet liegen. So sind für sämtliche Eingriffsmöglichkeiten nach Sektoruntersuchungen nur sieben Vollzeitstellen beim Bundeskartellamt vorgesehen.⁷⁸³ Die Hürden zusammenfassend stellte ein leitender Beamter im Bundeskartellamt fest, er habe „keine Lust“, die Norm anzuwenden.⁷⁸⁴ 367

782 BT-Drs. 20/6824, S. 22.

783 BT-Drs. 20/6824, S. 21 f.

784 So der Leiter der Prozessabteilung des Bundeskartellamts *Jörg Nothdurft* beim „Sommerlehrgang Kartellrecht“ der BeckAkademie in Hamburg am 24./25.08.2023. Ähnlich auch der Präsident des Bundeskartellamts *Mundt*, WuW 2023, S. 522: „Ob ein solches Ausmaß an Prüfschritten selbst angesichts eines verstoßunabhängigen

368 In der wissenschaftlichen Debatte wurde zudem betont, dass in Deutschland derzeit keine Entwicklung hin zu besorgniserregenden Machtkonzentrationen zu beobachten und das Instrument deshalb überflüssig sei.⁷⁸⁵ Auch die Monopolkommission sieht „für die Unternehmenskonzentration in Deutschland weiterhin keinen besorgniserregenden Trend“⁷⁸⁶. Demgegenüber steht aber jedenfalls außerhalb Deutschlands eine in den letzten Jahren empirisch nachgewiesene „signifikant sinkende Wettbewerbsintensität in vielen Industrien in diversen modernen Volkswirtschaften“⁷⁸⁷ aufgrund gestiegener Machtkonzentrationen. Dies gilt – wenn auch in geringerem Maße als etwa in den USA – auch für die EU, wo in den vergangenen 25 Jahren eine steigende Konzentration und einhergehende Preissteigerungen zu beobachten waren.⁷⁸⁸ Auch in Deutschland deuten steigende Preisaufschläge jedenfalls auf eine zunehmende Marktmacht hin, die etwa durch indirekte Unternehmensverflechtungen (*common ownership*) bedingt sein könnte.⁷⁸⁹ Die gesamtwirtschaftliche Entwicklung könnte daher durchaus auf mögliche Anwendungsfälle für § 32f Abs. 4 GWB hindeuten. Genauere Erkenntnisse hierüber müsste aber ohnehin eine spezifische Sektoruntersuchung hervorbringen. So schließt auch eine deutschlandweit unbedenkliche Konzentrationsrate nicht aus, dass in einzelnen Sektoren Handlungsbedarf besteht.

Eingriffs in Märkte noch angemessen ist, erscheint mir persönlich fraglich. Wie praktikabel es in der konkreten Ausgestaltung sein wird, können wir derzeit nur ahnen.“

785 So etwa *Thomas/Inderst*, NZKart 2022, S. 657 f.; anschließend daran auch *Körber*, ZRP 2023, S. 7. Dieser Einwand wirft wiederum die Frage auf, ob es nicht legitim ist, prophylaktische gesetzgeberische Maßnahmen auch im Hinblick auf möglicherweise erst in Zukunft eintretende Problemlagen zu ergreifen. Darauf weist etwa der Bericht von *Motta/Peitz* zum NCT auf EU-Ebene hin: „Furthermore, there may exist markets which are not currently experiencing problems, but which for different reasons (whether conduct by the incumbent or other market features, or both) may be at risk in the near future. In such cases, it is conceivable that the NCT might provide a preventive tool of intervention that is currently not available under EU competition law.“ (*KOM*, *Motta/Peitz*-Bericht, S. 3 f.). So i.E. etwa auch *Ackermann*, ZWeR 2023, S. 4 f. Kritisch dagegen etwa *Nettesheim*, Verfassungsrechtliche Einordnung, S. 50: „Die Einsetzung überschießender Administrativmacht in der Hoffnung, dass die ermächtigte Verwaltungsbehörde damit schon etwas Sinnvolles anstellen wird, läuft dem freiheitlich-liberalen Verfassungsdenken ganz grundlegend zuwider.“

786 *Monopolkommission*, Hauptgutachten XXIV, S. 6.

787 *Budzinski*, in: *Kirk/Offergeld/Rohner*, Kartellrecht in der Zeitenwende, S. 125 m.w.N.; vgl. auch *Wambach/Weche*, Wirtschaftsdienst 2018, S. 791 ff.

788 Vgl. dazu *KOM*, Protecting competition, S. 25 ff.

789 Vgl. *Wambach/Weche*, Wirtschaftsdienst 2018, S. 795 ff.

Soweit in einer Sektoruntersuchung eine erhebliche und fortwährende 369
Störung des Wettbewerbs aufgedeckt würde, der nur durch eine Entflechtung abzuwenden ist, könnte man wohl nur schwer von der Einleitung eines Verfahrens absehen. Es dürfte dann vielmehr eine politische Erwartungshaltung dahingehend bestehen, die neu geschaffene Kompetenz auch zu nutzen, was zu einem Umsetzungsdruck beim Bundeskartellamt führen könnte (zu politischem Umsetzungsdruck siehe bereits oben Rn. 259). Auch könnten Beamte des Bundeskartellamts ein persönliches Interesse an der Durchführung eines öffentlichkeitswirksamen Entflechtungsverfahrens haben, etwa um Karrierefortschritte zu erreichen.⁷⁹⁰ Es ist demnach zwar nicht mit vielen Anwendungsfällen zu rechnen, solche sind aber durchaus denkbar.

2. Abstrakte Fallkonstellationen

Sodann ist fraglich, in welchen Fallkonstellationen ein Entflechtungsverfahren 370
in Betracht kommt. Der Präsident des Bundeskartellamts *Mundt* hält § 32f GWB allgemein für anwendbar auf „Märkte, die für Wettbewerber nicht mehr offen sind und in denen Verbrauchern keine hinreichenden Ausweichalternativen zur Verfügung stehen“.⁷⁹¹ Diese reichlich vage Beschreibung ermöglicht freilich kaum eine Orientierung. Auch die Gesetzesbegründung bleibt im Hinblick auf mögliche Anwendungsfälle unklar.⁷⁹² Sie nennt aber in Anknüpfung an das von *Massimo Motta* und *Martin Peitz* für die Europäische Kommission erstellte Gutachten⁷⁹³ zumindest folgende von § 32f GWB adressierte Problemlagen, die sich auch in den Regelbeispielen des § 32f Abs. 5 S. 1 GWB widerspiegeln:

- wettbewerbsschädigende Geschäftsstrategien und Verträge von nicht marktbeherrschenden Unternehmen,
- Marktzutrittsschranken,
- vom Missbrauchsverbot nur in Randbereichen erfasste oder schwer nachweisbare Verhaltensweisen,

790 Vgl. *Posner*, Antitrust Law, S. 111.

791 *Mundt*, WuW 2023, S. 522.

792 Kritisch dazu etwa *Nettesheim*, Verfassungsrechtliche Einordnung, S. 31 f., 86 f.

793 Vgl. *KOM*, *Motta/Peitz*-Bericht, S. 21 ff.

- *common / cross ownership* und
- stillschweigende bzw. algorithmische Kollusion.⁷⁹⁴

- 371 Spezifisch für Entflechtungsmaßnahmen gem. § 32f Abs. 4 GWB lassen sich diese Problemlagen weiter eingrenzen: So richtet sich die Entflechtungsandrohung gem. § 32f Abs. 4 S. 1 GWB von vornherein nur an marktbeherrschende Unternehmen sowie Unternehmen mit einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb. Wettbewerbsschädigende Geschäftsstrategien und Verträge dürften zudem ohnehin in aller Regel bereits durch eine mildere Abhilfemaßnahme gem. § 32f Abs. 3 S. 6 GWB abzustellen sein.
- 372 Die Begriffe der Marktzutrittsschranken sowie der vom Missbrauchsverbot nur in Randbereichen erfassten oder schwer nachweisbaren Verhaltensweisen sind so weit gefasst, dass sie kaum eine Orientierung ermöglichen. Sie dürften sich nach dem Gesamtzusammenhang der Gesetzesbegründung aber insbesondere auf „reine“ Marktmachtsachverhalte, also solche, in denen auch ohne Missbrauch der Marktmacht effektiver Wettbewerb ausbleibt, beziehen. Die Gesetzesbegründung nennt insoweit als nicht von der Fusionskontrolle adressierte Fälle von Marktmacht internes Unternehmenswachstum, Marktaustritte sowie Fusionen unterhalb der fusionskontrollrechtlichen Aufgreifschwelle.⁷⁹⁵ Daneben könnten auch Machtstellungen entflochten werden, die durch Ministererlaubnis ermöglicht wurden oder vor der Einführung eines Fusionskontrollregimes entstanden sind.⁷⁹⁶ Schließlich ist – bei angemessener Berücksichtigung von Vertrauensschutz Gesichtspunkten – auch an Fälle zu denken, in denen sich eine fusionskontrollrechtliche Freigabeentscheidung im Nachhinein als Fehler erweist (Rn. 126).
- 373 Das relativ weit verbreitete⁷⁹⁷ Phänomen *common ownership* (Rn. 296) ist zwar einigermaßen klar definiert, dürfte aber *per se* noch keine Wettbewerbsstörung darstellen und damit auch keine Entflechtung rechtfertigen. *Common ownership* kann aber eine Störung des Wettbewerbs hervorrufen, etwa durch die Begünstigung stillschweigender Kollusion.⁷⁹⁸ Negative

794 BT-Drs. 20/6824, S. 16.

795 BT-Drs. 20/6824, S. 1, 16, 27.

796 Vgl. *Wagner-von Papp*, in: *Kirk/Offergeld/Rohner*, Kartellrecht in der Zeitenwende, S. 48.

797 Vgl. *Seitz*, *Common Ownership*, S. 29 ff.

798 Vgl. *Seitz*, *Common Ownership*, S. 45 ff., 86 f. *Seitz* (a.a.O., S. 215) thematisiert auch eine Entflechtung, soweit durch *common ownership* ein Verstoß gegen § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV vorliegt: „Zielführend für die Auflösung der Wettbewerbsbeschrän-

unilaterale Effekte von *common ownership* setzen wiederum eine erhöhte Marktkonzentration voraus.⁷⁹⁹

Eine Anwendung von § 32f Abs. 4 GWB kommt daher insbesondere bei stillschweigender Kollusion im Oligopol (a) sowie bei reinen Marktmacht-sachverhalten (b) in Betracht.⁸⁰⁰ Der Vergleich der beiden Fallkonstellationen wird schlussfolgernd bewertet (c).

a) Stillschweigende Kollusion

Im Falle der stillschweigenden Kollusion auf oligopolistischen Märkten (Rn. 106) sind zwei Spielarten zu unterscheiden:⁸⁰¹

- Märkte, auf denen kollusive Ergebnisse aufgrund eines spezifischen Verhaltens (sog. *facilitating practices*, beispielsweise Informationsoffenlegung) der Oligopolisten eintreten und
- Märkte, auf denen kollusive Ergebnisse schon aufgrund ihrer „natürlichen“ Transparenz, also rein marktstrukturbedingt, auftreten.

Facilitating practices sind teilweise schon durch § 1 GWB verboten,⁸⁰² jedenfalls aber regelmäßig durch verhaltensbezogene Maßnahmen gem. § 32f Abs. 3 S. 6 GWB adressierbar.⁸⁰³ So bezieht sich das Regelbeispiel für eine verhaltensbezogene Abhilfemaßnahme in § 32f Abs. 3 S. 7 Nr. 5 GWB („Verbot der einseitigen Offenlegung von Informationen, die ein Parallelverhalten von Unternehmen begünstigen“) explizit auf *facilitating practices*.⁸⁰⁴ Es dürfte nur in Ausnahmefällen vorkommen, dass zur Abstellung von *facilitating practices* verhaltensbezogene „Abhilfemaßnahmen nach Absatz 3 Satz 6 nicht möglich sind, nicht von gleicher Wirksamkeit oder im Vergleich zu Abhilfemaßnahmen nach Satz 1 mit einer größeren Belastung für das Un-

kung wäre in diesem Fall die Anordnung der Veräußerung einzelner Beteiligungen durch den Investor. Nur solche Veräußerungen erscheinen geeignet, den Wettbewerbsverstoß wirksam zu beenden.“

799 Seitz, Common Ownership, S. 43 f.

800 Ausführlich dazu: Wagner-von Papp, in: Kirk/Offergeld/Rohner, Kartellrecht in der Zeitenwende, S. 40 ff. Vgl. auch Wagner-von Papp, WuW 2022, S. 648 f.; Wagner-von Papp, NZKart 2022, S. 605 ff.

801 Wagner-von Papp, NZKart 2022, S. 605.

802 So etwa beim Informationsaustausch, vgl. Wagner-von Papp, in: Kirk/Offergeld/Rohner, Kartellrecht in der Zeitenwende, S. 44 f.

803 So auch Voges, Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips, S. 355 f.

804 Vgl. BT-Drs. 20/6824, S. 33 f.

ternehmen verbunden wären“, was gem. § 32f Abs. 4 S. 2 GWB zwingende Voraussetzung für eine Entflechtungsverfügung ist. Es erscheint aber beispielsweise denkbar, dass zwar einzelne wettbewerbsschädliche Verhaltensweisen identifizierbar sind, deren isolierte Abstellung aber die systemische Wettbewerbsstörung nicht beenden würde.⁸⁰⁵

377 Vor allem dürfte der Anwendungsbereich der missbrauchsunabhängigen Entflechtung gem. § 32f Abs. 4 GWB aber auf solchen Märkten eröffnet sein, auf denen die „natürliche“ Transparenz des Marktes ohne aktives Zutun der Unternehmen zu kollusiven Ergebnissen führt.⁸⁰⁶ Denn in solchen Fällen gibt es zur Beseitigung der stillschweigenden Kollusion von vornherein nur zwei Möglichkeiten:

- Entweder die Korrektur des Marktergebnisses (etwa durch Preisvorgaben)
- oder die Korrektur der Marktstruktur durch Entflechtungen.⁸⁰⁷

378 Vor dem Hintergrund des Ziels der Erhaltung freier wettbewerblicher Prozesse (Rn. 142) dürfte eine einmalige Entflechtung zur (Re-)Aktivierung des Wettbewerbs regelmäßig den mildereren Eingriff gegenüber – notwendigerweise fortlaufenden – Marktergebniskorrekturen darstellen, die möglicherweise als verhaltensbezogene Maßnahmen gem. § 32f Abs. 3 S. 6 GWB in Betracht kämen.⁸⁰⁸

b) Reine Marktmachtsachverhalte

379 Auf bestimmten Märkten könnte möglicherweise auch schon die bloße Machtstellung eines Unternehmens als erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs qualifiziert werden. So nennt § 32f Abs. 5 S. 1 Nr. 1 GWB Fälle unilateraler Angebots- oder Nachfragemacht als Regelbeispiel für eine Störung des Wettbewerbs. Die Gesetzesbegründung stellt insoweit auf die herkömmlichen Kriterien für Marktmacht bzw. -beherrschung ab.⁸⁰⁹

805 Vgl. *Wagner-von Papp*, in: *Bacher/Hempel/Wagner-von Papp*, BeckOK KartR, § 32f Rn. 161.

806 Vgl. *Wagner-von Papp*, NZKart 2022, S. 606.

807 *Wagner-von Papp*, in: *Kirk/Offergeld/Rohner*, Kartellrecht in der Zeitenwende, S. 44, 47 f. unter Verweis auf *Turner*, 75 Harvard Law Review 1962, S. 668 ff.

808 So im Ergebnis auch *Voges*, Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips, S. 359 f.

809 Vgl. BT-Drs. 20/6824, S. 32: „Unilaterale Angebots- oder Nachfragemacht zeichnet sich insbesondere dadurch aus, dass der Wettbewerbsdruck auf mindestens einen Anbieter oder Nachfrager derart verringert ist, dass diese bzw. dieser über nicht

Auch die Abschottung von Einsatzfaktoren oder Kunden (*customer / input foreclosure*) könnte bei vertikalen Verflechtungen einen reinen Markt-machtsachverhalt darstellen.⁸¹⁰

Bei der Anwendung von § 32f GWB auf reine Markt-machtsachverhalte ist in besonderer Weise auf eine im Hinblick auf die Missbrauchsaufsicht gem. §§ 19, 20 GWB bzw. Art.102 AEUV friktionsfreie Auslegung der Norm zu achten. Schließlich verbieten diese nicht Markt-macht an sich, sondern nur deren Missbrauch. Besondere Probleme wirft dabei die vom Gesetzgeber ausdrücklich genannte Fallgruppe der „vom Missbrauchsverbot nur in Randbereichen erfasste[n] oder schwer nachweisbare[n] Verhaltensweisen“⁸¹¹ auf. Zwar ist die Anwendung eines missbrauchsunabhängigen Entflechtungsinstruments in solchen Fällen grundsätzlich denkbar.⁸¹² Allerdings ist bei einem nicht nachweisbaren Kartellrechtsverstoß zunächst davon auszugehen, dass er im Rechtssinne nicht existent ist.⁸¹³ Es besteht insoweit also die Gefahr eines Unterlaufens der Verbotstatbestandsvoraussetzungen, indem das Bundeskartellamt eine Störung des Wettbewerbs im Sinne des § 32f GWB feststellt, wenn ihm der Nachweis eines Markt-macht-missbrauchs nicht gelingt. Dieses Risiko ist umso größer, solange der Begriff der erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs mangels Fallpraxis und Rechtsprechung noch wenig konturiert ist.

Isolierte Markt-macht sollte daher grundsätzlich nicht als Störung des Wettbewerbs qualifiziert werden. Zwar ließe der Wortlaut von § 32f Abs. 5 S.1 Nr.1 GWB dies zu. Der Gesetzgeber hat sich aber bei der Einführung von § 32f GWB – in klarer Abkehr zu früheren Ansätzen wie dem *Josten*-Entwurf von 1949 (Rn. 193 ff.) und insbesondere dem *Brüderle*-Entwurf von 2010 (Rn. 230 ff.) – dafür entschieden, das bloße Bestehen von Markt-macht nicht für eine Entflechtung ausreichen zu lassen, sondern als zentrales Eingriffskriterium eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs zu verlangen. Es würde diesen Willen konterkarieren, wenn

hinreichend begrenzte Verhaltensspielräume hinsichtlich relevanter Wettbewerbsparameter wie Preise, Mengen, Auswahl oder Qualität der Produkte oder Leistungen verfügen bzw. verfügt.“

810 Vgl. BT-Drs. 20/6824, S. 34.

811 BT-Drs. 20/6824, S. 16.

812 Vgl. schon zum *Brüderle*-Entwurf *Klees/Hauser*, RATUBS 4/2010, S. 24; zu § 32f GWB v. *Schreitter/Sura*, DB 2023, S. 1270.

813 Vgl. *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung, S. 77: „Sofern ein Missbrauch in einem konkreten Fall nicht nachweisbar ist, heißt das daher nicht, dass der Missbrauch vorlag und lediglich nicht bewiesen werden konnte. Nichtnachweisbarkeit bedeutet vielmehr, dass im Rechtssinne kein Missbrauch gegeben war.“

man nun Marktmachtsachverhalte ohne Hinzutreten weiterer Umstände als Störung des Wettbewerbs qualifizieren würde. Stattdessen ist eine Gesamtschau (mindestens) der in § 32f Abs. 5 S. 2 GWB genannten Faktoren erforderlich. Es ist zu fordern, dass „zu dem (bisher nicht tatbestandsmäßigen) Verhalten weitere strukturelle oder verhaltensbedingte Umstände hinzutreten, die das Verhalten im konkreten Marktkontext als so problematisch erscheinen lassen, dass es für die Zukunft nicht hingenommen werden kann.“⁸¹⁴ Ansonsten würden die Tatbestandsvoraussetzungen der kartellrechtlichen Verbotsnormen unterlaufen. Insoweit kommt der Subsidiaritätsklausel gem. § 32f Abs. 3 S. 1 Hs. 2 GWB besondere Bedeutung zu.⁸¹⁵ Bei ihrer Prüfung muss genau dargelegt werden, weshalb ein missbrauchsunabhängiges Eingreifen gem. § 32f GWB erforderlich ist (Rn. 267).

c) Schlussfolgerungen

- 382 Die Anwendung der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz gem. § 32f Abs. 4 GWB kommt insbesondere auf oligopolistisch geprägten Märkten bei rein strukturell bedingter stillschweigender Kollusion in Betracht. Bei reinen Marktmachtsachverhalten stellen sich Abgrenzungsprobleme zur Missbrauchsaufsicht, die vorrangig anzuwenden ist. Daher sind zusätzliche Umstände zu fordern, die die Marktmacht eines Unternehmens besonders problematisch erscheinen lassen.

II. Konkret denkbare Anwendungsfälle

- 383 Vorbemerkung: Eine Entflechtungsverfügung gem. § 32f Abs. 4 GWB beruht auf der Feststellung einer erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs infolge einer aufwändigen Sektoruntersuchung und der Prüfung vieler weiterer Faktoren, insbesondere zur Wirksamkeit und Verhältnismäßigkeit der Entflechtung. Eine seriöse Prognose bestimmter Anwendungsfälle erscheint deshalb nicht möglich.
- 384 Der folgende Überblick soll daher nur als *tour d'horizon* einige denkbare Anwendungsszenarien beleuchten, ohne einen Anspruch auf Vollständig-

814 Wagner-von Papp, WuW 2022, S. 646.

815 A.A. Voges, Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips, S. 293 ff., der davon ausgeht, dass die Subsidiaritätsklausel „keinen echten Anwendungsbereich haben“ wird (a.a.O., S. 302).

keit oder Wahrscheinlichkeit eines Entflechtungsverfahrens zu erheben. Eingegangen wird auf den – das Gesetzgebungsverfahren auslösenden – Kraftstoffsektor (1.) sowie die in der allgemeinen Entflechtungsdebatte immer wieder erwähnten digitalen Großunternehmen (2.) und die Deutsche Bahn AG (3.). Aus der Betrachtung dieser Fälle werden abschließende Schlussfolgerungen gezogen (4.).

1. Kraftstoffsektor

Angesichts des konkreten Anlasses der Einführung von § 32f Abs. 4 GWB 385 – der Preisentwicklung auf dem Kraftstoffsektor infolge des russischen Angriffskriegs in der Ukraine und insbesondere der vermuteten Nichtweitergabe des sog. Tankrabatts (Rn. 244 ff.) – stellt sich zunächst die Frage, ob (möglicherweise) überhöhte Kraftstoffpreise durch eine Entflechtung auf ein wettbewerbliches Niveau gebracht werden könnten. Eine solche Entflechtung könnte auf der Raffinerie- und Großhandelsebene (a) oder der Tankstellenebene (b) erfolgen.

a) Raffinerie- und Großhandelsebene

Im Frühjahr 2025 hat das Bundeskartellamt den Abschlussbericht zu einer aktuellen Untersuchung des Sektors „Raffinerien und Kraftstoffgroßhandel“ 386 veröffentlicht. Anlass für diese Untersuchung waren ebenfalls die Preisentwicklungen für Kraftstoffe infolge der Ukraine-Invasion Russlands im Februar 2022.⁸¹⁶ In dem Bericht werden insbesondere die wettbewerblichen Risiken der im Mineralölbereich gebräuchlichen Preisnotierungssysteme, z.B. stillschweigende Kollusion infolge mittelbaren Informationsaustauschs, hervorgehoben.⁸¹⁷ Ein Vorgehen gegen problematische Vertragsgestaltungen im Wege der Entflechtung gem. § 32f Abs. 4 GWB dürfte allerdings weder geeignet noch das mildeste zur Verfügung stehende Mittel sein. Gegen eine Entflechtung auf Raffinerieebene spricht zudem schon die Tatsache, dass es in Deutschland nur elf Raffinerieanlagen gibt.⁸¹⁸ Diese verfügen jeweils über regionale Quasi-Monopole, woran sich auch durch eine

816 *BKartA*, Sektoruntersuchung Raffinerien/Kraftstoffgroßhandel II, S. 1.

817 Vgl. *BKartA*, Sektoruntersuchung Raffinerien/Kraftstoffgroßhandel II, S. 7 ff., 172 ff.

818 Vgl. *BKartA*, Sektoruntersuchung Raffinerien/Kraftstoffgroßhandel II, S. 24 ff.

Änderung ihrer Eigentümerstruktur durch Anteilsveräußerung zunächst nichts ändern würde.⁸¹⁹ Eine Entflechtung einzelner Betriebe im Wege des *asset deal* dürfte dagegen ohnehin faktisch unmöglich sein (Rn. 132). Entsprechend werden mögliche Entflechtungen in dem Bericht auch nicht thematisiert. Das Bundeskartellamt plädiert vielmehr in erster Linie für gesetzgeberische Maßnahmen im Hinblick auf Preisinformationsdienste und erwägt wohl allenfalls das Ergreifen von verhaltensorientierten Abhilfemaßnahmen gem. § 32f Abs. 3 GWB.⁸²⁰

- 387 Am 06.03.2025 wurde sodann in einer Pressemitteilung⁸²¹ bekannt gegeben, dass aufgrund der Preisinformationsdienste im Kraftstoffgroßhandel geprüft werde, ob eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs vorliegt. Bemerkenswert erscheint dabei, dass das Bundeskartellamt hierfür offensichtlich ein selbständiges Verfahren für erforderlich hält.⁸²² Während § 32f GWB in der Theorie des Gesetzes also zweistufig angelegt ist (Rn. 255 ff.), könnte sich in der Praxis ein dreistufiges Verfahren daraus entwickeln. Dies dürfte angesichts der Unverbindlichkeit der Verfahrensfristen (Rn. 262, 274) zwar grundsätzlich zulässig sein. Sogar ein Zuwarten bis zum Schluss und gleichzeitiger Erlass der Feststellungs- und AbhilfEVERFÜGUNG wäre wohl möglich.⁸²³ Es erschließt sich jedoch nicht, weshalb die für die Feststellung einer erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs erforderlichen Feststellungen nicht bereits im Rahmen der Sektoruntersuchung getroffen werden konnten. Es steht insbesondere zu befürchten, dass durch ein dreistufiges Verfahren die Gesamtdauer erheb-

819 Vgl. *Ackermann*, Verfassungsblog vom 18.06.2022; *Ackermann*, NZKart 2022, S. 358.

820 Vgl. *BKartA*, Sektoruntersuchung Raffinerien/Kraftstoffgroßhandel II, S. 10 ff., 212 ff.

821 https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilung/en/2025/03_06_2025_Verfahren_32f.html, zuletzt abgerufen am 28.08.2025. Die Pressemitteilung ist auszugsweise abgedruckt in: *WuW* 4/2025, S. 239.

822 Vgl. *BKartA*, Sektoruntersuchung Raffinerien/Kraftstoffgroßhandel II, S. 217: „Das Bundeskartellamt erwägt daher, auf Grundlage und im Anschluss an diese Sektoruntersuchung, unter Berücksichtigung der Subsidiarität gegenüber Verfahren nach Art. 101, 102 AEUV, §§ 1, 19 ff. GWB sowie möglicher Anmerkungen und Stellungnahmen, in einem weiteren Verfahren zu prüfen, ob eine Störung des Wettbewerbs im Sinne des § 32f Abs. 3 Satz 1 GWB bei dem Vertrieb von Dieselkraftstoff, Otto-kraftstoff und leichtem Heizöl auf der Großhandelsebene besteht und ob gegebenenfalls Abhilfemaßnahmen zu erlassen sind“ (Hervorhebung nur hier). Ähnlich auch die oben (Fn. 821) genannte Pressemitteilung: „Die Behörde hat ein Verfahren eingeleitet, um in einem ersten Schritt zu prüfen, ob im Kraftstoffgroßhandel eine erhebliche und dauerhafte [sic] Störung des Wettbewerbs vorliegt.“ Kritisch dazu *Gollasch*, *WuW* 2025, S. 318 ff.

823 *Wagner-von Papp*, in: *Bacher/Hempel/Wagner-von Papp*, BeckOK KartR, § 32f GWB Rn. 164.

lich verlängert und damit die Effektivität von § 32f GWB geschmälert wird. Schließlich hat in diesem konkreten Fall schon allein die Sektoruntersuchung knapp drei Jahre (von April 2022 bis Februar 2025) in Anspruch genommen.

b) Tankstellenebene

Auch die Tankstellenebene des Kraftstoffsektors ist stark konzentriert. Das Bundeskartellamt stellte schon im Rahmen einer Sektoruntersuchung im Jahr 2011 fest, dass die fünf Konzerne „BP (Aral), ConocoPhillips (Jet), ExxonMobil (Esso), Shell und Total auf regionalen Tankstellenmärkten ein marktbeherrschendes Oligopol bilden“ und es sich bei der Preisbildung für Kraftstoffe um „das Symptom einer wenig wettbewerbsfreundlichen Marktstruktur“ handelt.⁸²⁴ Das Bundeskartellamt hat in der Untersuchung von 2011 weiter konstatiert, dass im Kraftstoffsektor aufgrund einer impliziten Koordinierung, die unter anderem durch die hohen gemeinsamen Marktanteile der fünf Oligopolisten und Verflechtungen zwischen diesen bedingt ist, „ein dauerhaft einheitliches Vorgehen der Oligopolisten zu erwarten und an der beobachteten Preisbildung auch abzulesen ist.“⁸²⁵ Damit dürfte auch heute jedenfalls die erhebliche Gefahr strukturell bedingter stillschweigender Kollusion auf diesem Sektor nicht von der Hand zu weisen sein. In der aktuellen Sektoruntersuchung von 2025, die die Tankstellenebene allerdings nur am Rande behandelt, wird zudem die zunehmende Preisintransparenz aufgrund immer häufigerer Preisänderungen hervorgehoben.⁸²⁶ So liege die Zahl der durchschnittlichen täglichen Preisanpassungen an Tankstellen mittlerweile bei ca. 18, während es im Jahr 2014 noch durchschnittlich vier bis fünf Preisanpassungen am Tag gegeben habe.⁸²⁷

Allerdings stellt sich auch auf der Tankstellenebene die Frage, ob eine Entflechtung tatsächlich zu einer wesentlichen Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen führen würde. Hiergegen werden zunächst völker- und europarechtliche sowie politische Bedenken mit Blick auf die internationale Eigentümerstruktur der Mineralölkonzerne vorgebracht.⁸²⁸ Diese könnten

824 BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, S. 20, 34.

825 BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, S. 21 ff.

826 BKartA, Sektoruntersuchung Raffinerien/Kraftstoffgroßhandel II, S. 12.

827 BKartA, Sektoruntersuchung Raffinerien/Kraftstoffgroßhandel II, S. 6.

828 Vgl. Ackermann, Verfassungsblog vom 18.06.2022 sowie Ackermann, NZKart 2022, S. 358.

aber wohl durch eine Beschränkung der Entflechtung auf in Deutschland belegene Unternehmensteile (Rn. 361) jedenfalls erheblich abgemildert werden.

- 390 Dennoch erscheint die Wirksamkeit einer Entflechtung auf Tankstellenebene zweifelhaft. So sind aufgrund des homogenen Guts und der hohen Transparenz des Markts keine Preisabsprachen nötig, um eine einheitliche Preissetzung zu erreichen.⁸²⁹ Insbesondere sind die Kraftstoffpreise nicht nur im Allgemeinen deutlich sichtbar vor den Tankstellen angebracht, sondern gem. § 47k Abs. 2, 5 GWB auch quasi in Echtzeit im Internet abrufbar. Die „natürliche“ Transparenz des Marktes könnte kaum höher sein. Die Gefahr der stillschweigenden Kollusion wäre somit möglicherweise selbst dann gegeben, wenn auf einem polypolistisch atomisierten Markt jede einzelne Tankstelle als eigenständiger Wettbewerber agieren würde.
- 391 Ohnehin müssten zunächst auch verhaltensbezogene Abhilfemaßnahmen gem. § 32f Abs. 3 GWB geprüft werden. Denkbar erscheint dabei etwa eine Vorgabe über die maximal zulässige Anzahl an Preisanpassungen pro Tag. Allerdings ist die wettbewerbliche Wirkung solcher Regelungen, die etwa in Österreich und Australien existieren, unklar.⁸³⁰ Ein so massiver regulatorischer Eingriff in das Marktgeschehen in Form einer laufenden Verhaltensauflage würde zudem sicher die Debatte weiter befeuern, ob er legitimerweise durch eine Behörde angeordnet werden kann oder nicht vielmehr dem Gesetzgeber obliegt.

2. Digitalunternehmen

- 392 Ein weiterer, breit diskutierter Anwendungsfall für missbrauchsunabhängige Entflechtungen sind die digitalen Großunternehmen.⁸³¹ So könnte eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz „in allen Fällen eingesetzt werden, in denen marktübergreifende Macht der Konzerne einen fairen Geschäftsbetrieb und die demokratische Kontrolle bedroht“⁸³². In diesem Zusammenhang sind insbesondere die sog. GAFAM (*Google, Amazon, Facebook, Apple, Microsoft*) zu nennen, die durch ihre Macht zu kaum mehr anfechtbaren „privaten Gesetzgebern“ in ihren digitalen Ökosystemen ge-

829 Rohner, Verfassungsblog vom 04.10.2022.

830 BKartA, Sektoruntersuchung Raffinerien/Kraftstoffgroßhandel II, S. 6 f., 217 f.

831 Vgl. Voges, in: Kirk/Offergeld/Rohner, Kartellrecht in der Zeitenwende, S. 64 m.w.N.

832 Piétron, in: Kirk/Offergeld/Rohner, Kartellrecht in der Zeitenwende, S. 259.

worden sind.⁸³³ Wettbewerblich bedenklich erscheint in diesem Bereich schon die überragende Marktmacht einzelner Unternehmen – etwa im Falle von *Google*, das seit mindestens 2015 über 80 % der weltweiten Desktop-Suchanfragen im Internet verarbeitet oder *Meta* (ehemals *Facebook*), das im gleichen Zeitraum über 60 % der Nutzung von sozialen Medien auf sich vereinte.⁸³⁴ Gründe für diese Marktstrukturen im Digitalbereich sind unter anderem extrem niedrige Grenzkosten für die Bedienung weiterer Nutzer sowie starke Skalen-, Verbund- und Netzwerkeffekte.⁸³⁵

Gerade bei Plattformanbietern ist aufgrund günstiger Netzwerkeffekte 393 allerdings zweifelhaft, ob Entflechtungen überhaupt zu einer langfristigen Marktdynamisierung beitragen können oder ob sich im Nachgang zu einer Zerschlagung „alle Nutzer doch wieder nur auf einer Plattform einfinden“⁸³⁶. Jedenfalls bei rein horizontalen Entflechtungen von Digitalunternehmen dürfte deshalb regelmäßig die für eine Entflechtungsverfügung gem. § 32f Abs. 4 GWB erforderliche positive Prognose hinsichtlich der Beseitigung der Wettbewerbsstörung fehlen.⁸³⁷

Mehr Erfolg versprechen dürften hingegen vertikale und diagonale Entflechtungen in digitalen Ökosystemen. Einen wesentlichen Beitrag zu den vermachteten Strukturen im Digitalsektor hat nämlich die Fokussierung 394 der Wettbewerbspolitik – sowohl in den USA als auch in Europa – auf horizontale Zusammenschlüsse und Verhaltensweisen geleistet, während vertikale und konglomerate Sachverhalte weitgehend außer Acht gelassen wurden.⁸³⁸ Es wäre daher gewissermaßen konsequent, hier gegenzusteuern.

Auch könnten die mit der Tätigkeit von digitalen Großunternehmen auf 395 verschiedenen Marktstufen einhergehenden Wettbewerbsstörungen, wie z.B. Selbstbevorzugung, wohl nur durch eine eigentumsrechtliche Entflechtung

833 *Franck/Peitz*, Verfassungsblog vom 06.09.2021.

834 Vgl. *Rohner*, in: *Becker*, Digitale Märkte, S. 242.

835 *Künzler/Jany*, SZK/RSDC 2023, S. 111 f.

836 *Schwalbe*, in: *Klose/Klusmann/Thomas*, FS Wiedemann, S. 400. Ähnlich *Bernhardt/Voges*, WuW 2022, S. 652 f., *Kühling/Schwerda*, ZWeR 2025, S. 44 ff., *Voges*, Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips, S. 363 sowie *Kwoka/Valletti*, 30 *Industrial and Corporate Change* 2021, S. 1295: „*Facebook, for example, is commonly viewed as a social media platform with high scale due to network externalities and a tendency toward tipping to monopoly. To the extent that is the case, breaking up the core platform of a firm like Facebook into multiple smaller versions of the current Facebook would probably not result in long-term viability of multiple competing social media platforms. There might be some period of vigorous competition among the rivals, but most likely followed by a shakeout of all but one dominant firm.*“

837 *Rohner*, in: *Becker*, Digitale Märkte, S. 244.

838 Vgl. *Budzinski*, in: *Kirk/Offergeld/Rohner*, Kartellrecht in der Zeitenwende, S. 128.

tung effektiv beseitigt werden.⁸³⁹ Hierbei wäre allerdings wiederum ein Konflikt mit einer Entflechtung aufgrund eines Marktmachtmissbrauchs gem. § 32 Abs. 2 GWB vorgezeichnet. Denn es ist offen, ob es für die Subsidiaritätsprognose gem. § 32f Abs. 3 S. 1 Hs. 2 GWB genügt, dass „die Anforderungen an eine missbrauchsabhängige Entflechtung so hoch [sind], dass unklar ist, ob diese wirklich nach hergebrachtem Kartellrecht erfolgen könnte“⁸⁴⁰ (Rn. 380 f.). Allerdings erscheint es gerade auf digitalen Märkten denkbar, dass es neben der bloßen Marktmacht auch weitere missbrauchsunabhängige Umstände – etwa Netzwerk- und *Lock-in*-Effekte – gibt, die für Wettbewerber faktisch nicht mehr zu überwinden sind. In einem solchen Fall könnte ein missbrauchsunabhängiges Eingreifen gerechtfertigt sein.

396 Mit einer Entflechtung von digitalen Großunternehmen wie *Google* gem. § 32f Abs. 4 GWB ist aus einer Reihe von weiteren Gründen vorerst trotzdem nicht zu rechnen:

- Die völkerrechtlichen und politischen Implikationen (Rn. 361) bei der Entflechtung eines internationalen, digitalen Großkonzerns liegen auf der Hand.⁸⁴¹ Dass etwa der US-amerikanische Mutterkonzern von *Google* einer Entflechtungsverfügung des Bundeskartellamts Folge – oder die US-amerikanische Regierung Hilfe – leisten würden, erscheint in der Tat „illusorisch“⁸⁴². Eine auf die wenigen in Deutschland belegenen Unternehmensteile von *Google* beschränkte Entflechtung dürfte im internationalisierten Digitalsektor hingegen kaum geeignet zur Beseitigung einer etwaigen Wettbewerbsstörung sein.⁸⁴³

839 Ausführlich dazu: *Rohner*, in: *Becker*, Digitale Märkte, S. 244 ff.

840 *Rohner*, in: *Becker*, Digitale Märkte, S. 251.

841 Vgl. etwa zur Gefahr möglicher „Vergeltungsmaßnahmen“ in Form von Strafzöllen *Ackermann*, NZKart 2024, S. 658: „Wer in der Kommission und in den Behörden der Mitgliedstaaten künftig – im Kartellrecht und darüber hinaus – über Maßnahmen zu befinden hat, die einzelne US-Unternehmen empfindlich treffen, wird womöglich nicht verdrängen können (und von interessierter Seite ggf. daran erinnert werden), dass der heimischen Exportwirtschaft hierfür ein Preis droht.“

842 So zur Entflechtung von Unternehmen im Ausland allgemein schon *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung, S. 81.

843 Vgl. dazu auch den zweiten Punkt der Begründung für den Verzicht auf Abhilfemaßnahmen im Zusammenhang mit der Marktstudie „*Online platforms and digital advertising*“ im Vereinigten Königreich: „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“ (CMA, Online Platforms Report, Rn. 9.7).

- Die Frage der Vollziehbarkeit einer solchen Entflechtungsverfügung dürfte sich aber in absehbarer Zeit ohnehin nicht stellen, da im digitalen Sektor zunächst andere Instrumente Vorrang haben. So hält etwa die Monopolkommission auf digitalen Märkten die Anwendung der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz gem. § 32f Abs. 4 GWB derzeit nicht für gerechtfertigt, weil „zunächst die Anwendungspraxis zu den geschaffenen Neuregelungen für den digitalen Sektor (Digital Markets Act, § 19a GWB) und die weitere Praxis zu Art. 102 AEUV abgewartet werden sollte.“⁸⁴⁴ Dies entspricht wohl auch der Auffassung des Präsidenten des Bundeskartellamts,⁸⁴⁵ sodass mit einer Anwendung von § 32f Abs. 4 GWB auf digitale Großunternehmen vorerst nicht zu rechnen ist.⁸⁴⁶
- In Bezug auf die Vorrangigkeit des DMA und § 19a GWB wird § 32f GWB in der Literatur zwar eine „Residualfunktion“⁸⁴⁷ bzw. die Rolle einer „*fall back option*“⁸⁴⁸ für den Fall zugeschrieben, dass sich die genannten Normen – etwa aufgrund ihrer eng umschriebenen, regulierungsähnlichen Verbotstatbestände in Verbindung mit den dynamischen digitalen Märkten – nicht als effektiv genug erweisen. Angesichts der kaum überwindlichen Hürden bei der Entflechtung eines internationalen Digitalunternehmens dürfte es sich hierbei jedoch um ein ausgesprochen stumpfes Schwert handeln, das die betroffenen Unternehmen nicht fürchten müssen.

844 *Monopolkommission*, Hauptgutachten XXIV, Rn. 380. Ähnlich *Rohner*, in: *Becker*, Digitale Märkte, S. 20: „Die noch neuen Anforderungen des DMA sollten erst erprobt werden können. Genügen diese, die digitalen Giganten in die Schranken zu weisen, und können sie tatsächlich bestreitbare und faire Märkte gewährleisten, erübrigen sich strengere Anforderungen und Maßnahmen nach nationalem Recht.“

845 Vgl. *Mundt*, WuW 2023, S. 522: „Erste Orientierungspunkte in materieller Hinsicht ergeben sich aus der Einbettung von § 32f in sein breiteres Regelungsumfeld. So sind für einseitige Handlungen großer Digitalunternehmen bereits in der letzten GWB-Novelle neue Regelungen geschaffen worden, die erst vor gut zwei Jahren in Kraft getreten sind und insbesondere die Vermachtung mehrseitiger Märkte im Blick hatten. Der neue § 19a GWB ist vom Bundeskartellamt seitdem bereits vielfach zur Anwendung gebracht worden (siehe etwa Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2021/2022, S. 12). Die Europäische Kommission hat zudem gerade erste Gatekeeper unter dem Digital Markets Act designiert. Die Anwendung von § 32f auf solche Unternehmen ist damit keineswegs von vornherein ausgeschlossen; der Schwerpunkt der Rechtsdurchsetzung in diesem Bereich dürfte aber bei den genannten (anderen) Vorschriften liegen.“

846 So auch *Voges*, Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips, S. 367.

847 *Weck*, NZKart 2023, S. 396.

848 *Rohner*, in: *Becker*, Digitale Märkte, S. 259.

397 Im Hinblick auf die missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz gem. § 32f Abs. 4 GWB hingegen scheint der größte potentielle Nutzen darin zu liegen, Erfahrungswerte für mögliche Entflechtungsverfahren auf europäischer Ebene zu sammeln.⁸⁴⁹ So sieht etwa Art. 18 Abs. 1 S. 3 DMA in Fällen systematischer Nichteinhaltung der in Artt. 5-7 DMA niedergelegten Pflichten eine Entflechtung vor, wobei bewusst auf eine Subsidiarität gegenüber verhaltensbezogenen Maßnahmen verzichtet wurde.⁸⁵⁰ Auch die Debatte um die Einführung eines allgemeinen Entflechtungsinstruments auf Unionsebene ist noch nicht beendet. Forderungen nach einem *New Competition Tool* zur Adressierung struktureller Probleme wurden etwa wieder im sog. *Draghi*-Bericht zur Zukunft der Wettbewerbsfähigkeit der EU vom 09.09.2024 erhoben.⁸⁵¹

3. Deutsche Bahn

398 Auch die Entflechtung der *Deutsche Bahn AG* wird immer wieder diskutiert. Insbesondere erhofft man sich durch die Abtrennung der für die Erhaltung und Vermarktung der Schienennetze zuständigen *DB InfraGO AG* (vormals *DB Netz AG*) von dem Konzern mehr Wettbewerb durch private Bahnbetreiber. So sprach sich etwa der Präsident des Bundeskartellamts *Mundt* in einem Interview unmittelbar nach dem Inkrafttreten von § 32f GWB explizit für die „Trennung von Netz und Bahnbetrieb“ aus.⁸⁵² Auch die Monopolkommission fordert seit Längerem – so erneut in ihrem Hauptgutachten 2024 – eine Herauslösung der *DB InfraGO AG* aus dem Konzern.⁸⁵³ Allerdings gibt es auch sachliche Gegenargumente. So spricht insbesondere ein hoher Koordinationsbedarf gegen die Entflechtung von Netzdienstleistungen und Netzinfrastruktur im Schienenverkehr.⁸⁵⁴ Forderungen nach einer eigentumsrechtlichen Entflechtung der *Deutsche Bahn AG* fanden bislang jedenfalls keine politische Mehrheit.⁸⁵⁵ Auch im Koalitionsvertrag vom April 2025 für die 21. Legislaturperiode

849 Vgl. auch *Rohner*, in: *Becker*, Digitale Märkte, S. 260 ff.

850 *Huerkamp/Nuys*, in: *Podszun*, DMA, Art. 18 Rn. 22, 28. Siehe dazu auch *Kühling/Schwerda*, ZWeR 2025, S. 50 f.

851 Vgl. *KOM*, *Draghi*-Bericht, S. 303 f.

852 *Busse/Fromm*, Süddeutsche Zeitung vom 28.11.2023.

853 *Monopolkommission*, Hauptgutachten XXV, Rn. 803.

854 Vgl. *Magnin*, Entflechtung im Infrastrukturbereich, Rn. 1326 ff., 1331.

855 *Kühling/Gremm*, Wirtschaftsdienst 2021, S. 878.

sprachen sich die Regierungsparteien explizit gegen eine eigentumsrechtliche Entflechtung aus.⁸⁵⁶

Im Fall der *Deutsche Bahn AG* drängt sich eine Parallele zur – erwogenen – Entflechtung von *British Gas* (Rn. 539 ff.) und zur – vollzogenen – Entflechtung der *BAA Airports* (Rn. 543 ff.) auf: In sämtlichen Fällen handelt es sich um ehemalige Staatsbetriebe, deren Privatisierung ohne die simultane Schaffung wettbewerblicher Strukturen nicht die gewünschten Effekte hervorgerufen, sondern einen vermachteten Markt mit unbefriedigenden Ergebnissen geschaffen hat. Im Fall *British Gas* war zudem die Situation einer vertikalen Integration von Netz- und Leistungsanbieter vergleichbar. Eine Entflechtung der *Deutsche Bahn AG* erscheint daher zunächst naheliegend. 399

Allerdings ist der Eisenbahnsektor in Deutschland bereits umfassend reguliert. Das Eisenbahnregulierungsgesetz (ERegG) enthält in §§ 8 ff. auch detaillierte Regelungen über die Unabhängigkeit des Betreibers von Eisenbahnanlagen, befasst sich also bereits auf gesetzlicher Ebene mit dem viel-diskutierten Problem der vertikalen Integration von Eisenbahnverkehrs- und -infrastrukturunternehmen. Dementsprechend müsste auch die Bundesnetzagentur gem. § 32f Abs. 8 GWB ihr Einvernehmen zu einer Entflechtungsverfügung des Bundeskartellamts gem. § 32f Abs. 4 GWB gegenüber der *Deutsche Bahn AG* erteilen. 400

Gegen die Erteilung dieses Einvernehmens spricht jedoch der bereits soeben genannte Grund: Schon bislang wurde eine eigentumsrechtliche Trennung häufig gefordert, fand aber politisch keine Mehrheit. Hätte sich eine solche Mehrheit gefunden, wäre die Trennung relativ problemlos möglich gewesen, da die *Deutsche Bahn AG* sich zu 100 % im Eigentum der Bundesrepublik Deutschland befindet. Der Gesetzgeber hat sich stattdessen aber für die personellen und organisatorischen Vorschriften der §§ 8 ff. ERegG entschieden. Die Bundesnetzagentur und das Bundeskartellamt sind zwar weitgehend unabhängig, aber nicht gänzlich frei von politischen Zwängen (Rn. 259). Es erscheint vor diesem Hintergrund wenig wahrscheinlich, dass beide Behörden sich einvernehmlich ausgerechnet zur Zerschlagung eines Staatsunternehmens entschließen, wenngleich dies wettbewerblich sinnvoll sein könnte. 401

856 Auf S. 27 des Dokuments mit dem Titel „Verantwortung für Deutschland“ heißt es unter anderem: „Wir werden die DB InfraGO vom DB-Konzern weiter entflechten, innerhalb des integrierten Konzerns. Hierzu sind sowohl personelle, rechtliche als auch organisatorische Maßnahmen zu ergreifen.“ (Hervorhebung nur hier).

- 402 Zudem stellt sich die Frage, ob es sich bei den bemängelten Verhaltensweisen der *DB InfraGO AG* nicht vielmehr um Fälle des Marktmachtmissbrauchs gem. § 19 GWB / Art. 102 AEUV handeln könnte.⁸⁵⁷ In diesem Fall wäre zwar eine Entflechtung gem. § 32 Abs. 2 GWB / Art. 7 Abs. 1 KartellVO (Rn. 36 ff.) denkbar, eine missbrauchsunabhängige Entflechtung gem. § 32f Abs. 4 GWB könnte dann aber wegen der Subsidiaritätsklausel in § 32f Abs. 3 S. 1 Hs. 2 GWB (Rn. 266 ff.) bzw. des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts (Rn. 341 f.) ausgeschlossen sein. Anderes könnte wiederum gelten, wenn die Summe etwaiger Wettbewerbsrechtsverstöße zu einer systemischen Wettbewerbsstörung führen würde (Rn. 376). Abschließende Erkenntnisse hierüber müsste eine Sektoruntersuchung erbringen.

4. Schlussfolgerungen

- 403 Der „geborene“ Anwendungsfall der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz gem. § 32f Abs. 4 GWB drängt sich nicht auf. Auch bei Fällen, in denen eine Entflechtung schon öffentlich diskutiert wurde, gibt es gewichtige Argumente gegen die Anwendung der Norm. Hieraus kann allerdings nicht der Schluss gezogen werden, dass § 32f Abs. 4 GWB zum zahnlosen „Papiertiger“ wird. Vielmehr verbietet sich sowohl in den genannten Fällen als auch in jedem anderen denkbaren Fall ein abschließendes Urteil ohne die für eine Entflechtung zwingend erforderlichen Erkenntnisse aus einer vorangehenden Sektoruntersuchung.

857 *Kühling/Gremm*, Wirtschaftsdienst 2021, S. 882 bemängeln hinsichtlich der aktuellen Rechtslage jedenfalls explizit „Spielräume zur Diskriminierung von Wettbewerbsunternehmen.“

D. Fazit: Missbrauchsunabhängige Entflechtung in Deutschland

Deutschland war von Beginn der Industrialisierung bis zum Ende des Zweiten Weltkrieges ein klassisches Land der Kartelle und wirtschaftlichen Machtkonzentrationen (Rn. 162 ff.). In den Nachkriegsjahren erfolgten umfassende Entflechtungsmaßnahmen durch die Alliierten, die allerdings in den meisten Fällen keine dauerhafte Wirkung entfalteten (Rn. 169 ff.). Hieraus ist insbesondere die Erforderlichkeit einer wirksamen Rekonzentrationsprävention sowie die Tatsache abzuleiten, dass *pro-rata*-Lösungen nur (aber immerhin) in Ausnahmefällen wirksam sein können (Rn. 189).

Bis zur Verabschiedung des ersten GWB von 1958 tobte ein „siebenjähriger Krieg“ um das wettbewerbspolitische Leitbild (Rn. 191 ff.). Der *Josten*-Entwurf von 1949 sah noch ein hartes ordnungspolitisches Regime mit an die bloße Marktbeherrschung anknüpfenden Entflechtungskompetenzen vor (Rn. 193 ff.). Das verabschiedete Gesetz wurzelte sodann auf den Gedanken des amerikanischen Antitrustrechts und des Ordoliberalismus, wurde aber um pragmatische Konzepte ergänzt (Rn. 202 ff.). So verschrieb es sich einerseits dem Modell der vollständigen Konkurrenz, verzichtete andererseits aber auf Vorschriften über eine Fusionskontrolle oder Entflechtungen, um den wirtschaftlichen Aufschwung nicht zu behindern.

Das wettbewerbspolitische Leitbild unterlag in den folgenden Jahren jedoch einem Wandel (Rn. 207 ff.). Um die 1970er-Jahre wurden die schädlichen Auswirkungen von Machtkonzentrationen auf wirtschaftlicher, aber auch gesellschaftspolitischer und demokratietheoretischer Ebene intensiv diskutiert (Rn. 208 ff.). Ergebnis dieser Diskussionen war insbesondere die Einführung einer Fusionskontrolle mit der zweiten GWB-Novelle von 1973. Auf die Einführung einer als weniger effizient erachteten Entflechtungskompetenz wurde verzichtet. Seitdem besteht jedoch eine skeptische Grundhaltung des deutschen Wettbewerbsrechts gegenüber wirtschaftlichen Machtkonzentrationen. Auch Vorschläge für Entflechtungsvorschriften wurden in der Folgezeit intensiv diskutiert, im Ergebnis standen insbesondere der *Möschel*-Entwurf von 1979 (Rn. 220 ff.) für eine missbrauchsunabhängige und der Entwurf der Monopolkommission von 1980 (Rn. 215 ff.) für eine missbrauchsabhängige Entflechtungskompetenz, die jedoch beide nicht umgesetzt wurden.

Die Diskussion um die Einführung einer (missbrauchsunabhängigen) Entflechtungskompetenz versiegte in der Folge weitgehend (Rn. 223 ff.).

Sie flammte erst um 2007 im Zusammenhang mit Monopolen in der Energiewirtschaft wieder auf (Rn. 226 ff.). Diese Diskussion mündete in den *Brüderle*-Entwurf von 2010, der sich aber als unausgereift erwies und letztlich nicht durchsetzen konnte (Rn. 230 ff.).

408 Insgesamt ist daher festzuhalten, dass das wettbewerbspolitische Leitbild in Deutschland einer laufenden Weiterentwicklung durch den einfachen – also nicht verfassungsändernden – Gesetzgeber unterliegt und von einer zunehmenden Skepsis gegenüber wirtschaftlichen Machtkonzentrationen geprägt ist. Eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz des Bundeskartellamts ist in diesem Leitbild kein Fremdkörper, sondern wurde immer wieder diskutiert (Rn. 237 ff.). Die in diesem Zusammenhang diskutierten Entwürfe ließen tatbestandlich teilweise schon das bloße Vorliegen von Marktmacht für eine Entflechtung genügen (so der *Josten*-Entwurf von 1949 und der *Brüderle*-Entwurf von 2010). Andererseits wurden Vorschläge erarbeitet, die höhere Anforderungen wie einen Marktmachtmissbrauch (so der Entwurf der Monopolkommission von 1980 und der *Rhiel*-Entwurf von 2007) oder „übermäßige wirtschaftliche Macht“ (so der *Möschel*-Entwurf von 1979) stellten.

409 Die im Jahr 2023 eingeführte missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz gem. § 32f Abs. 4 GWB (Rn. 240 ff.) ist wettbewerbslich ausgewogen gestaltet und versucht, durch ihre detaillierte Ausgestaltung den vorgebrachten Bedenken umfänglich Rechnung zu tragen. Sie ist – trotz einiger fortbestehender Kritikpunkte – gewissermaßen die Quintessenz der in Deutschland jahrzehntelang schwelenden und immer wieder aufflammenden Debatte um die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz (Rn. 305 f.). Von den früheren Vorschlägen kommt § 32f Abs. 4 GWB dem *Möschel*-Entwurf von 1979 am nächsten, da beide als zentrales Eingriffskriterium bloße Marktmacht nicht ausreichen lassen, zugleich aber keinen Missbrauch erfordern. So fordert § 32f Abs. 4 GWB insbesondere eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs. Auf Rechtsfolgenseite hingegen sind – anders als nach den früheren Vorschlägen – nur Verkaufslösungen erwähnt, was kritisch zu sehen ist.

410 Auch offensichtliche Problemfelder im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht wurden durch die konkrete Ausgestaltung von § 32f Abs. 4 GWB adressiert, sodass klare Verstöße nicht ersichtlich sind (Rn. 307 ff.). Es besteht jedoch weiter eine Vielzahl von Unsicherheiten, die teilweise durch eine präzisere gesetzgeberische Ausgestaltung vermeidbar gewesen wären. Es ist – nicht zuletzt angesichts der enormen wirtschaftlichen Bedeutung von Entflechtungsverfahren – damit zu rechnen, dass diese

Fragen dem BVerfG und EuGH zur Entscheidung vorgelegt würden, wenn es zu einem praktischen Anwendungsfall der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz käme (Rn. 364).

Die praktische Anwendung der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz gem. § 32f Abs. 4 GWB ist zwar unwahrscheinlich, aber nicht ausgeschlossen (Rn. 366 ff.). Sie kommt insbesondere auf oligopolistisch geprägten Märkten bei rein strukturell bedingter stillschweigender Kollusion in Betracht. Bei reinen Marktmachtsachverhalten stellen sich Abgrenzungsprobleme zur Missbrauchsaufsicht, die vorrangig anzuwenden ist. 411

Der „geborene“ konkrete Anwendungsfall der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz gem. § 32f Abs. 4 GWB drängt sich zwar nicht auf. Denn auch bei Fällen, in denen eine Entflechtung schon öffentlich diskutiert wurde, gibt es gewichtige Argumente gegen die Anwendung der Norm (Rn. 383 ff.). Hieraus kann allerdings nicht der Schluss gezogen werden, dass § 32f Abs. 4 GWB zum zahnlosen „Papiertiger“ wird. Vielmehr verbietet sich sowohl in den genannten Fällen als auch in jedem anderen denkbaren Fall ein abschließendes Urteil ohne die für eine Entflechtung zwingend erforderlichen Erkenntnisse aus einer vorangehenden Sektoruntersuchung (Rn. 403). 412

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.

I. 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 (ohnehin 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. Marktmachtmissbrauch, 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 rekurrerten 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 Markt-machtmissbrauchsaufsicht (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 rekurriert, 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 Wegpunkt 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/Driffield*, 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*⁹⁵⁰ 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 Interessenslage 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 Marktmachtmissbrauchs 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 Kohärenzklausel 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 Marktmachtmissbrauchsaufsicht 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 berechtigte (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 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 – 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 Wettbewerbsorientierung 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 ERRA13 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. ERRA13). 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 ERRA13 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 ERRA13: 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 ein-
geführt. Die wesentlichen Modernisierungsgesetze – CA98 und EA02 –
entstanden unter der *Labour*-Regierung von *Tony Blair*. Zuvor vergingen
18 Jahre unter einer wirtschaftsliberalen und marktorientierten – anfäng-
lich 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 innerpar-
teiliche 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 er-
heben.

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)

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 Entscheidet 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 Mitarbeiterenebene 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 zuständigen 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.). 484

ee) Verfahrensdauer

Die CMA muss innerhalb von 18 Monaten nach Erlass der *market investigation 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- 485

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. 19.

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-

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 Rechtsfolgenseite hingegen hat die CMA weitgehend „freie Hand“.

III. Vereinbarkeit der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz mit höherrangigem Recht

Im folgenden Abschnitt wird die Frage der Vereinbarkeit der missbrauchsunabhängigen 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.). 513

1. Verfassungsrecht

Eine verfassungsrechtliche Prüfung britischen Rechts ist notwendigerweise weniger dogmatisch als in den beiden anderen hier untersuchten Rechtsordnungen (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 514

Eine mögliche Unvereinbarkeit des *market investigation regime* mit der *rule of law* wird verschiedentlich thematisiert.¹⁰⁸¹ Wie auch im deutschen Recht (Rn. 325 ff.) werden Bedenken insbesondere im Hinblick auf die Unbestimmtheit 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-* 515

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 Parlamentssouveränität 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 missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz im Vereinigten Königreich unter dem FTA73 und dem EA02 dar. Um aus Sicht der britischen Wettbewerbsbehörden „entflechtungswürdige“ Sachverhalte zu identifizieren, werden auch Fälle untersucht, in denen eine Entflechtung entweder einvernehmlich 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. 521

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

- *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 Gesamtschau 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 wettbewerbsbeschränkenden 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. 527

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. 528

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.* 529

- 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

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

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). 537

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 Gesamttests ist allerdings auch zu beachten, dass die tatsächlich getroffenen Maßnahmen aus politischen Gründen von den von der MMC für ökonomisch erforderlich erachteten abwichen. 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 Gashandelsgeschäfts 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 umgesetzt. Stattdessen entschied man sich zunächst für ein Preisregulierungssystem, 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 veräußerte die *BAA Ltd.* (BAA) auf Anordnung der CC die Flughäfen Gatwick, 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 wettbewerbllich ausgehandelt und sanken hierdurch teilweise. Auch die Gebührenstruktur wurde wettbewerbllicher 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 548

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 549

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 unbekanntem¹¹⁵⁶ – 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

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 abzuspaltenden 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 Marktmachtmissbrauchs 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 Verbraucherwohlfahrt (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

D. Fazit: Missbrauchsunabhängige Entflechtung im Vereinigten Königreich

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

Teil 4: Vergleich der missbrauchsunabhängigen Entflechtung in Deutschland und im Vereinigten Königreich

Im folgenden Teil 4 der Arbeit werden die wesentlichen Inhalte der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenzen in Deutschland und im Vereinigten Königreich gegenübergestellt und bewertet. Anknüpfend an den Aufbau der Abschnitte „Konkrete Ausgestaltung“ (Rn. 253 ff., 465 ff.) im jeweiligen Abschnitt B der Teile 2 und 3 dieser Arbeit erfolgt eine Gegenüberstellung des wettbewerbspolitischen Leitbilds (A.), des Verfahrens (B.) sowie des Tatbestands (C.) und der Rechtsfolge (D.) von § 32f Abs. 4 GWB und sec. 161 para. 3 EA02. Schlussfolgerungen aus dieser rechtsvergleichenden Betrachtung fließen insbesondere in den Handlungsvorschlag an den schweizerischen Gesetzgeber ein (Rn. 693). Auch der vierte Teil schließt mit einem Fazit (E.). 572

A. Wettbewerbspolitisches Leitbild

Im Hinblick auf ihr wettbewerbspolitisches Leitbild (Rn. 254 ff., 466 ff.) 573 weisen die missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenzen im deutschen und britischen Recht deutliche Ähnlichkeiten auf. Beide legen ein dynamisches Wettbewerbsverständnis zugrunde und verfolgen einen ergebnisorientierten, wohlfahrtsökonomischen Ansatz (Rn. 72). Namentlich sollen beide Instrumente insbesondere die Verbraucherwohlfahrt durch bessere Wettbewerbsergebnisse wie höhere Qualität und niedrigere Preise steigern. Neben der Verbraucherwohlfahrt soll im Vereinigten Königreich insbesondere die gesamtwirtschaftliche Effizienz gefördert werden. In Deutschland hingegen werden auch außerökonomische Ziele wie Ökologie und die Eindämmung politischer Macht zur Rechtfertigung des Instruments genannt.

574 Ein beiden Instrumenten immanentes Spannungsfeld ergibt sich daraus, dass sie einen dezidiert ergebnisorientierten Ansatz verfolgen, konkrete Ergebnisse des Wettbewerbs aber kaum vorhersehbar sind. Gesichert erscheint vielmehr allein der Erfahrungssatz, dass Wettbewerb regelmäßig zu wirtschaftlich positiven Ergebnissen führt (Rn. 142). Bundeskartellamt und CMA sollten sich dies bei der Anwendung der Normen vor Augen führen und eine missbrauchsunabhängige Entflechtung ausschließlich in Betracht ziehen, um konkret festgestellte Wettbewerbsprobleme zu beheben und nicht, um bestimmte erwartete Wettbewerbsergebnisse zu verfolgen. Dieser Ansatz entschärft auch Fragen im Hinblick auf den Zweck des Wettbewerbsrechts und seine Grenzen zum Regulierungsrecht. So erscheint es etwa überaus zweifelhaft, ob das Bundeskartellamt fähig oder auch nur dazu berufen ist, einen ökologischen Wandel voranzutreiben, wie dies die Gesetzesbegründung zu § 32f GWB insinuiert. Das Bundeskartellamt darf und muss sich aber darauf verlassen, dass – vom Gesetzgeber festgelegte – Nachhaltigkeitsziele durch freien Wettbewerb bestmöglich erreicht werden. Seine Aufgabe liegt dann allein darin, diesen freien Wettbewerb, notfalls durch missbrauchsunabhängige Entflechtungen, zu gewährleisten.

B. Verfahren

Gemeinsamkeiten und Unterschiede des Entflechtungsverfahrens in Deutschland und im Vereinigten Königreich werden im folgenden Abschnitt aufgegliedert nach einer allgemeinen Vorbemerkung (I.), den beiden Verfahrensphasen (II., III.), der Verfahrensdauer (IV.) sowie dem Rechtsschutz (V.) der betroffenen Unternehmen dargestellt. 575

I. Vorbemerkung

Beide Verfahren sind zweiphasig ausgestaltet (Rn. 256 ff., 263 ff., 472 ff., 475 ff.). Der deutsche Gesetzgeber sieht deshalb „eine klare Trennung zwischen der Untersuchung des Marktes bzw. des Wirtschaftszweiges einerseits und einer nachgelagerten Abhilfephase andererseits“¹¹⁸³ als Gemeinsamkeit der beiden Instrumente an. Tatsächlich erscheint diese Gemeinsamkeit jedoch weniger eindeutig: Während in Deutschland die Sektoruntersuchung allein zur Ermittlung der Marktsituation dient und sich hieran die isolierte Abhilfephase anschließt, sind im Vereinigten Königreich beide Phasen (*market study* und *market investigation*) zur Ermittlung der Marktsituation bestimmt. In Phase 2 des Verfahrens gem. Part IV EA02 werden also sowohl Ermittlungen angestellt als auch Abhilfemaßnahmen erwogen und angeordnet. Dementsprechend ist im Vereinigten Königreich die Durchführung einer *market study* auch nicht obligatorisch. Vielmehr kann im Einzelfall eine Marktuntersuchung ohne vorhergehende Marktstudie – etwa direkt infolge einer *super complaint* oder auf Anordnung des zuständigen Ministers – erfolgen (Rn. 473, 475, 479). 576

Allerdings droht auch in Deutschland eine Vermengung der beiden Verfahrensphasen, wenn die Entscheidung über die Feststellung der erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs nicht unmittelbar im Anschluss an die Sektoruntersuchung erfolgt. Zwar dürfte sogar ein gleichzeitiger Erlass der Feststellungs- und Abhilfeverfügung rechtlich zulässig 577

1183 BT-Drs. 20/6824, S. 19.

sein.¹¹⁸⁴ Ein solches Vorgehen birgt aber die Gefahr einer Verschleppung des Verfahrens sowie einer damit einhergehenden Schwächung von § 32f GWB.¹¹⁸⁵ Dem stehen keine unmittelbaren Vorteile – etwa zusätzliche Ermittlungsbefugnisse – gegenüber.¹¹⁸⁶ Vielmehr entsprechen Umfang und Gründlichkeit von Sektoruntersuchungen des Bundeskartellamts dem Abschlussbericht einer *Market Investigation* der CMA.¹¹⁸⁷ Eine Vermengung der beiden Verfahrensphasen ist deshalb nicht notwendig und im Regelfall abzulehnen.

II. Phase 1

- 578 Zu Beginn der ersten Phase des Verfahrens (Rn. 256 ff., 472 ff.) steht in beiden Rechtsordnungen ein vergleichbares Erfordernis. Während die CMA eine *market study* einleiten wird, wenn sie den Eindruck hat, dass Märkte nicht gut funktionieren, erfordert § 32e Abs. 1 GWB als Voraussetzung für eine Sektoruntersuchung das Vorliegen von Umständen, die vermuten lassen, dass der Wettbewerb im Inland möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht ist. In beiden Fällen handelt es sich dabei nur um einen „Anfangsverdacht“, der an keine strengen Voraussetzungen geknüpft ist.
- 579 Allerdings ist das Phase-1-Verfahren im Vereinigten Königreich (*market study*) formaler ausgestaltet, als dies für deutsche Sektoruntersuchungen der Fall ist.¹¹⁸⁸ Während etwa für deutsche Sektoruntersuchungen nur die Veröffentlichung eines Abschlussberichts vorgeschrieben ist, erfordert eine *market study* zwingend ein Konsultationsverfahren. In Deutschland ist eine Beteiligung im Rahmen der Sektoruntersuchung dagegen nicht erforderlich. Vielmehr ist gem. § 32e Abs. 4 S. 2 GWB selbst die Möglichkeit, Dritte nach der Veröffentlichung des Abschlussberichts um eine Stellungnahme zu bitten, fakultativ.

1184 *Bosch*, in: *Bechtold/Bosch*, GWB, § 32f GWB Rn. 16, 35; *Wagner-von Papp*, in: *Bacher/Hempel/Wagner-von Papp*, BeckOK KartR, § 32f GWB Rn. 164. A.A. wohl *Kühling/Engelbracht*, in: *Körber/Schweitzer/Zimmer*, Immenga/Mestmäcker Bd. 2, § 32f GWB Rn. 23.

1185 Ausführlich dazu *Gollasch*, WuW 2025, S. 318 ff.

1186 *Gollasch*, WuW 2025, S. 319.

1187 *Voges*, Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips, S. 195.

1188 Kritisch dazu *Ackermann*, ZWeR 2023, S. 21.

III. Phase 2

In Phase 2 des Verfahrens lassen sich Unterschiede und Gemeinsamkeiten der Instrumente im deutschen und britischen Recht insbesondere im Hinblick auf die Zuständigkeit für das Verfahren (1.), die Subsidiarität des Verfahrens (2.) sowie Anforderungen an die Beteiligung betroffener Unternehmen (3.) darstellen. 580

1. Zuständigkeit

Mit dem Beginn der zweiten Phase (Rn. 263 ff., 475 ff.) geht im Vereinigten Königreich ein Wechsel der personellen Zuständigkeit einher, während in Deutschland dieselbe Beschlussabteilung für die Sektoruntersuchung wie auch für das anschließende Entflechtungsverfahren zuständig ist. Durch den Personalwechsel im britischen Modell soll Voreingenommenheit (*confirmation bias*) bei der Entscheidungsfindung vermieden werden. Der im Vereinigten Königreich praktizierte Ansatz überzeugt jedenfalls auf theoretischer Ebene, da eine möglichst objektive Entscheidung bei einem derart intensiven Eingriff wie einer Entflechtung selbstverständlich angestrebt werden sollte. Zwar steht auf praktischer Ebene fest, dass das Vorliegen eines AEC in Phase 2 bisher nur ein einziges Mal verneint wurde, was als Argument gegen die Wirksamkeit des Ansatzes herangezogen werden könnte. Dennoch ist es sinnvoll, durch eine Trennung der beiden Verfahrensstufen auf personeller Ebene wenigstens einen Schritt in die richtige Richtung zu tun.¹¹⁸⁹ Auch das politische Missbrauchsrisiko eines ergebnisgeleiteten Verfahrens (Rn. 259) sinkt erheblich, wenn sich das für die Entflechtung zuständige Organ nicht durch Einleitung eines Phase-1-Verfahrens selbst ermächtigen kann. Vorzugswürdig erschiene allerdings eine noch weitergehende, auch institutionelle Trennung der Zuständigkeiten, wie diese im Vereinigten Königreich bis zum ERRA13 bestand. 581

1189 Voges, Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips, S. 309 f. hält in diesem Zusammenhang den Austausch eines Besitzers in der zuständigen Beschlussabteilung des Bundeskartellamts zwischen den Verfahrensphasen für sinnvoll, aber auch ausreichend.

2. Subsidiarität

582 Sowohl in Deutschland als auch im Vereinigten Königreich ist ein Phase-2-Verfahren subsidiär gegenüber den klassischen kartellrechtlichen Eingriffsbefugnissen (Rn. 266 ff., 480 ff.). In beiden Rechtsordnungen wird daher zu Beginn der zweiten Phase des Verfahrens geprüft, ob Eingriffe auf einer vorrangigen Rechtsgrundlage möglich wären. Im Vereinigten Königreich beruht das allerdings auf einer (nicht streng eingehaltenen) Selbstverpflichtung der Behörde, während es in Deutschland gesetzlich angeordnet ist. In Deutschland ist bezüglich der Subsidiarität auch eine förmliche Feststellungsverfügung erforderlich, die gerichtlich überprüfbar ist. Die Praxis im Vereinigten Königreich zeigt dagegen, dass die Selbstverpflichtung nicht immer streng eingehalten wird. Insoweit erscheint eine (gerichtlich überprüfbare) gesetzliche Anordnung der Subsidiarität, wie sie im deutschen Recht vorgesehen ist, im Interesse der Rechtssicherheit vorzuzugswürdig. Denn der Subsidiaritätsprüfung kommt erhebliche Bedeutung bei der Verhinderung eines Unterlaufens der Tatbestandsvoraussetzungen anderer Eingriffsbefugnisse zu.

3. Beteiligung

583 In Phase 2 des Verfahrens ist in beiden Rechtsordnungen eine Beteiligung der betroffenen Unternehmen erforderlich (Rn. 269 ff., 483). Erhebliche Unterschiede ergeben sich jedoch bei der Förmlichkeit der Beteiligung. Während in Deutschland eine mündliche Verhandlung gem. § 56 Abs. 7 GWB erforderlich ist, soweit nicht die beteiligten Unternehmen darauf verzichten, obliegt die Wahl der Form der Anhörung im Vereinigten Königreich allein der CMA. Auch erhalten in Deutschland Monopolkommission und Landesbehörden Gelegenheit zur Stellungnahme. In gewisser Weise gleicht das deutsche Instrument damit seine gegenüber dem britischen Instrument weniger förmliche Beteiligung in Phase 1 aus. Dies allerdings zu einem Zeitpunkt, in dem die Entscheidung für die Durchführung eines Phase-2-Verfahrens – und damit sehr wahrscheinlich für das Ergreifen von Abhilfemaßnahmen – durch das Bundeskartellamt bereits getroffen wurde und die Gefahr einer voreingenommenen Entscheidung umso höher sein dürfte. Vor diesem Hintergrund erscheint es sinnvoller, möglichst früh im Verfahren eine möglichst breite Beteiligung verpflichtend vorzuschreiben, wie dies der britische Gesetzgeber getan hat.

IV. Verfahrensdauer

Beide Verfahren sind grundsätzlich auf eine Dauer von 36 Monaten angelegt (Rn. 262, 274, 474, 485 f.). Dies stellt eine bewusste Parallele der Instrumente dar.¹¹⁹⁰ Allerdings handelt es sich im deutschen Recht um bloße Sollfristen, an deren Überschreiten keine Konsequenzen gebunden sind und deren Erfüllbarkeit das Bundeskartellamt schon im Gesetzgebungsverfahren bezweifelt hat. Im britischen Recht hingegen sind die Fristen für einzelne Verfahrensschritte verbindlich festgelegt und eine Verlängerung ist nur in gesetzlich bestimmten Fällen und um eine gesetzlich bestimmte Dauer zulässig.

Der britische Ansatz überzeugt, da bei einer Lösung wie in Deutschland die Gefahr besteht, dass die Behörde die Fristen von vornherein nur als Richtschnur begreift und sich über sie hinwegsetzt. Dieser Gefahr sollte – nicht zuletzt angesichts erwartbarer jahrelanger Gerichtsverfahren infolge einer Entflechtungsanordnung – möglichst vorgebeugt werden, um die Effektivität der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz nicht mehr als nötig zu schmälern. Die in den USA beobachtete durchschnittliche Verfahrensdauer von sieben Jahren (Rn. 125) sollte keinesfalls zum Vorbild genommen werden. Dabei kann von den Behörden eine priorisierte Bearbeitung von Anwendungsfällen ihrer wettbewerbsrechtlichen *ultima ratio* durchaus erwartet werden.

V. Rechtsschutz

Sowohl in Deutschland als auch im Vereinigten Königreich steht gegen die Entscheidungen der Behörde der Weg zu den Gerichten offen (Rn. 264 f., 275 f., 487 ff.). Auch eine zweite gerichtliche Instanz ist in beiden Rechtsordnungen gewährleistet. Beide Rechtsordnungen verzichten dagegen auf eine politische Kontrollinstanz, soweit man von den grundsätzlichen Eingriffsmöglichkeiten des zuständigen Ministers im Vereinigten Königreich absieht (Rn. 479).

Unterschiede gibt es indes bei der Prüfungsintensität. So findet im gerichtlichen Verfahren im Vereinigten Königreich nur eine eingeschränkte Überprüfung (*judicial review*) auf grobe Verfahrensfehler hin statt, während der Prüfungsmaßstab in Deutschland nicht begrenzt ist und etwa

¹¹⁹⁰ Vgl. BT-Drs. 20/6824, S. 19.

auch das materielle Eingriffskriterium der erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs umfasst.¹¹⁹¹ Zudem ist in Deutschland die aufschiebende Wirkung der Beschwerde gegen die Entflechtungsverfügung zwingend, während sie im Vereinigten Königreich gerichtlich angeordnet werden muss.

588 Ein größtmögliches Maß an gerichtlichem Rechtsschutz erscheint angesichts des schwerwiegenden Eingriffs in die unternehmerischen Rechtsgüter sowie den Wettbewerb und der potentiellen Unumkehrbarkeit einer Entflechtungsanordnung geboten. Dies streitet für eine gesetzlich festgeschriebene aufschiebende Wirkung von Rechtsmitteln sowie die Anwendung eines vollwertigen Prüfungsmaßstabes durch das Gericht. Trotz komplexer ökonomischer Erwägungen erscheint ein reduzierter gerichtlicher Prüfungsmaßstab in wettbewerbsrechtlichen Gerichtsverfahren auch nicht zwingend. Schließlich wird auch im Vereinigten Königreich für kartellrechtliche CA98-Fälle der höhere *merits review*-Standard angewandt.

589 Eine politische Kontrollinstanz, auf die beide Regime verzichten, brächte nicht nur angesichts der Schwere des Eingriffs Legitimationsvorteile mit sich, sondern würde auch das Spannungsverhältnis zum (dem Gesetzgeber obliegenden) Regulierungsrecht entschärfen. Sie würde zudem eine mediale Öffentlichkeit gewährleisten, die als weitere Schutzebene dienen könnte. Demgegenüber stehen Bedenken im Hinblick auf eine Politisierung wettbewerbsrechtlicher Angelegenheiten. Solche könnten zwar durch die Einbeziehung von ökonomischem Sachverstand, beispielsweise durch eine verpflichtende Stellungnahme eines unabhängigen Gremiums wie der deutschen Monopolkommission gegenüber dem zuständigen politischen Organ, abgemildert werden. Es entstünde dann ein besonderer Rechtfertigungsdruck für das politische Organ, um sich über den unabhängigen Sachverständigenrat hinwegzusetzen. Letztlich bergen politische Entscheidungen aber stets das Risiko, sachfremd – eben politisch motiviert – auszufallen (Rn. 199).

590 Diese Vor- und Nachteile sind mangels Verwandtschaft miteinander nur schwer abzuwägen. Die Entscheidung, ob eine missbrauchsunabhän-

1191 *Voges*, Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips, S. 197 f. weist allerdings darauf hin, dass sich die Rechtsschutzmaßstäbe in Deutschland und im Vereinigten Königreich angesichts flexibler Beweisanforderungen in Verwaltungsverfahren vor dem Bundeskartellamt in der Praxis ähneln könnten. Ferner weist er kritisch darauf hin, dass in Deutschland nur die verfahrensgegenständlichen Verfügungen des Bundeskartellamts gerichtlich überprüfbar sind, während im Vereinigten Königreich „gegen alle Anordnungen und Nichtanordnungen der CMA ein Rechtsmittel möglich“ ist (a.a.O., S. 201).

gige Entflechtungskompetenz unter Einbeziehung einer politischen Kontrollinstanz ausgestaltet wird, sollte daher anhand einer Makrobetrachtung getroffen werden: Stehen das gesamte Wettbewerbsrecht eines Landes oder wesentliche Teile davon ohnehin bereits unter einem politischen Letztentscheidungsvorbehalt, spricht viel dafür, einen solchen auch für die wettbewerbsrechtliche *ultima ratio* der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz vorzusehen. Handelt es sich dagegen um ein Wettbewerbsrechtsregime, das ganz oder weitestgehend technisch-bürokratisch ausgestaltet ist, so wäre eine politische Kontrollinstanz für ein einzelnes Instrument eher nicht zu rechtfertigen. In Deutschland und im Vereinigten Königreich ist eine politische Kontrollinstanz im übrigen Wettbewerbsrecht nur in Ausnahmefällen vorgesehen. Es erscheint danach folgerichtig, dass auch die missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenzen auf eine solche verzichten.

C. Tatbestand

Im folgenden Abschnitt werden zunächst die zentralen Tatbestandsmerkmale – der Eingriffsgrund (I.) – des deutschen und britischen Instruments und sodann die von der Entflechtungsandrohung betroffenen Märkte und Unternehmen (II.) dargestellt. 591

I. Eingriffsgrund

Die deutsche und die britische missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz ähneln sich mit Blick auf ihr zentrales Tatbestandsmerkmal (Rn. 278 ff., 492 ff.). So ist der deutsche Begriff der erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs explizit an den britischen AEC angelehnt und soll auf ähnliche Schadenstheorien angewandt werden (z.B. stillschweigende Kollusion im Oligopol). Während in Deutschland gesetzlich festgeschrieben ist, dass die Wettbewerbsstörung erheblich und fortwährend sein muss, folgen vergleichbare Einschränkungen im Vereinigten Königreich nur aus unverbindlichen Leitlinien der CMA bzw. dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Aus Gründen der Rechtssicherheit erscheint der deutsche Ansatz hier vorzuzugswürdig. 592

In deutlichem Unterschied zum britischen Recht hat sich der deutsche Gesetzgeber auch für eine ausführliche Konkretisierung des Begriffs „Störung des Wettbewerbs“ entschieden (§ 32f Abs. 5 GWB), während ein AEC in sec. 134 paras. 1f. EA02 in wenigen Worten definiert wird. Diese Definition des AEC hat allerdings starke Ähnlichkeit zu Art. 101 AEUV bzw. sec. 2 CA98 und rekurriert damit auf einen bewährten wettbewerbsrechtlichen Maßstab. Es ist auch kein zwingender Grund ersichtlich, weshalb in Deutschland für § 32f GWB ein neuer Rechtsbegriff geschaffen wurde. Es wird sich in der Praxis zeigen müssen, ob die durch die Einführung eines neuen Rechtsbegriffs in Kauf genommenen Rechtsunsicherheiten durch die Konkretisierungsversuche in § 32f Abs. 5 GWB aufgewogen werden können. 593

Im Interesse der Rechtssicherheit hätte der Rückgriff auf bekannte Begrifflichkeiten aber ebenfalls nicht fernelegen und wäre möglicherweise auch vorzuzugswürdig gewesen. Da sich der deutsche Gesetzgeber ausdrück- 594

lich am „britischen Vorbild“¹¹⁹² orientiert hat, wäre es etwa einleuchtend gewesen, in Anlehnung an § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV das Vorliegen einer (bekannten) „Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs“ anstelle der (neuen) „erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs“ zum zentralen Tatbestandsmerkmal zu erklären. So wäre auch eine Kohärenz zu § 32e Abs. 1 GWB erreicht worden, wonach eine Sektoruntersuchung (Phase-1-Verfahren) in Betracht kommt, wenn der Wettbewerb „möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht“ ist. Alternativ wäre es möglich gewesen, auf das fusionskontrollrechtliche SIEC-Kriterium abzustellen (Rn. 281). Für diese Lösung hätte – jedenfalls bei von den sonstigen Abhilfebefugnissen losgelöster Betrachtung von § 32f Abs. 4 GWB – die Verwandtschaft zwischen Fusionskontrolle und missbrauchsunabhängiger Entflechtungskompetenz als marktstrukturorientierte Eingriffsbefugnisse (Rn. 145 ff.) gesprochen. Den Vorteil eines bekannten Prüfungsmaßstabes hätten beide Alternativen mit sich gebracht.

II. Betroffene Märkte und Unternehmen

- 595 Die Darstellungen der von der jeweiligen nationalen missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz betroffenen Märkte und Unternehmen erfolgt getrennt nach allgemeinen Markt- und Unternehmenseigenschaften (1.) sowie Besonderheiten auf regulierten Sektoren (2.)

1. Markt- und Unternehmenseigenschaften

- 596 Im Hinblick auf die potentiell von einer Entflechtungsanordnung betroffenen Märkte und Unternehmen (Rn. 285 ff., 498 ff.) unterscheiden sich die beiden Normen dadurch, dass im deutschen Regime stringente Anforderungen wie das Auftreten der Wettbewerbsstörung auf mindestens einem bundesweiten oder mehreren einzelnen Märkten und die Marktbeherrschung oder überragende marktübergreifende Bedeutung des betroffenen Unternehmens erforderlich sind. Im britischen Recht hingegen finden sich solche Anforderungen nicht. Zwar gibt es behördliche Absichtserklärungen, z.B. auf sehr kleinen Märkten nicht einzugreifen, diese haben aber keine Rechtsverbindlichkeit.

1192 BT-Drs. 20/6824, S. 19.

Es dürfte in der Natur der Sache liegen, dass eine Entflechtungsanordnung – etwa angesichts des Erfordernisses einer negativen Beeinflussung der Marktstruktur – nur bei Unternehmen einer bestimmten Größe und Marktmacht sowie – etwa angesichts des Aufwands eines Entflechtungsverfahrens – nur auf großen Märkten infrage kommt. Dennoch erscheint es vorzugswürdig, klare gesetzliche Anforderungen zu statuieren. So führen die tatbestandlichen Einschränkungen in der deutschen Norm voraussichtlich dazu, dass sie nur Großunternehmen betrifft, die sich ohnehin intensiver mit den wettbewerbsrechtlichen Konsequenzen ihres Handelns auseinandersetzen müssen. Mittelständische Unternehmen dürften dagegen – unabhängig vom Willen des Bundeskartellamts – vor einer Entflechtung weitgehend „sicher“ sein (Rn. 287). Diese Einschränkung dürfte die mit einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz einhergehende wirtschaftliche Hemmungswirkung (Rn. 112 ff.) erheblich abmildern und ist daher gegenüber einem allzu weiten behördlichen Ermessen, wie es im Vereinigten Königreich besteht, zu bevorzugen.¹¹⁹³

Ähnliches gilt für den im Vereinigten Königreich nicht geregelten Bestandsschutz von Fusionsfreigaben. Zwar erscheint es unwahrscheinlich, dass die CMA eine eigene Freigabeentscheidung zeitnah und ohne Änderung der Marktstruktur durch eine missbrauchsunabhängige Entflechtung „korrigiert“. Eine gesetzliche Absicherung dieser Annahme, wie sie in Deutschland in § 32f Abs. 4 S. 10 f. GWB vorgesehen ist (Rn. 291), würde die Hemmungswirkung auf beabsichtigte Fusionen aber abmildern und damit die unternehmerische Handlungsfreiheit stärken.

Auch der deutsche Gesetzgeber hat sich allerdings nicht uneingeschränkt für die Rechtssicherheit entschieden. Insbesondere die Frage, welche Unternehmen letztlich von der Entflechtungsandrohung betroffen sind, hätte man durch den Rückgriff auf die fusionskontrollrechtlichen Umsatzschwellen maximal transparent gestalten können. Es leuchtet nicht ein, weshalb dieser schon im *Möschel*-Entwurf (Rn. 220 ff.) und *Brüderle*-Entwurf (Rn. 230 ff.) vorgesehene Ansatz in § 32f Abs. 4 GWB nicht weiterverfolgt wurde.

1193 Dabei ist auch zu beachten, dass es im deutschen (und schweizerischen) Wettbewerbsrecht mit dem Institut der relativen Marktmacht ein spezifisches Instrument gegen kleinere Unternehmen gibt, das im Vereinigten Königreich fehlt.

2. Regulierte Sektoren

- 600 Beide Instrumente können auch auf regulierten Sektoren angewandt werden (Rn. 286, 500). Im britischen Recht kann die jeweilige Regulierungsbehörde allerdings eine *market study* selbst durchführen, während nur die *market investigation* allein der CMA obliegt. Diese hat bei der Durchführung die Pflichten der Sektorregulierungsbehörde zu beachten. In Deutschland ist hingegen für beide Verfahrensphasen allein das Bundeskartellamt zuständig. Für eine Entflechtungsverfügung bedarf es aber des Einvernehmens der jeweiligen Regulierungsbehörde.
- 601 Die beiden Ansätze bemühen sich ersichtlich um einen Ausgleich der konkurrierenden Eingriffsbefugnisse des allgemeinen Wettbewerbsrechts und des spezifischen Sektorregulierungsrechts. Ein grundlegender Konflikt wird dabei allerdings nicht aufgelöst: Es erscheint mit dem Gewaltenteilungsgrundsatz nur schwer vereinbar, wenn sich der Gesetzgeber für die Regulierung eines Sektors entscheidet und damit die aus seiner Sicht erforderlichen Maßnahmen zur Gewährleistung des Wettbewerbs trifft, dann aber eine Behörde eine über diese Maßnahmen hinausgehende Anordnung vornimmt.
- 602 Dementsprechend erscheint es vorzugswürdig, regulierte Sektoren aus dem Anwendungsbereich einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz gänzlich herauszunehmen. Das bedeutet indes nicht, dass missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenzen notwendigerweise die Grenzen zum Regulierungsrecht verschwimmen lassen. Denn auf nicht regulierten Sektoren ist es gerade die Grundannahme des Gesetzgebers, dass es keiner spezifischen Maßnahmen bedarf. Hat er sich aber einmal für die „Sonderbehandlung“ eines Sektors und – zumeist unter Verzicht auf die Möglichkeit von missbrauchsunabhängigen Entflechtungen – solche spezifischen Maßnahmen entschieden, so sollten diese nicht durch eine Behörde unterminiert werden.

D. Rechtsfolge

Der Vergleich der Rechtsfolge der beiden Instrumente erfolgt im Hinblick auf den Inhalt der Entflechtungsanordnung (I.), etwaige Entschädigungsregelungen (II.) sowie die Durchsetzung der Entflechtung (III.) 603

I. Entflechtungsanordnung

In beiden Rechtsordnungen kann dem Tatbestand (Wettbewerbsstörung bzw. AEC) durch einen breiten Maßnahmenkatalog abgeholfen werden (Rn. 294 ff., 502 ff.). Im deutschen Recht ist der Sonderfall der Entflechtung allerdings eigenständig – mit gesonderten Anforderungen – geregelt und erwähnt ausschließlich Verkaufslösungen, während diese im britischen Recht nur ein Regelbeispiel sind. In der Praxis wurden zwar fast ausnahmslos solche gewählt, nicht zuletzt der Fall *Roadside Advertising Services* unter dem FTA73 (Rn. 524 ff.) zeigt aber, dass durchaus auch andere Maßnahmen denkbar sind. 604

Um ein gewisses Maß der Flexibilität und die Verhältnismäßigkeit im Einzelfall zu gewährleisten, böte es sich daher an, die Möglichkeit von *pro-rata*-Lösungen (Rn. 29 ff.) explizit vorzusehen, was in § 32f Abs. 4 GWB in Deutschland versäumt wurde (Rn. 295 ff.). Dass *pro-rata*-Lösungen im Einzelfall – namentlich, wenn die Anteile des zu entflechtenden Unternehmens sich im Streubesitz befinden – ausreichen können, zeigt etwa die Entflechtung der *I.G. Farben* nach dem Zweiten Weltkrieg (Rn. 180 f., 189), die bis heute Bestand hat. Daneben erscheint es etwa auch denkbar, dass eine *pro-rata*-Lösung verbunden mit Nebenbestimmungen wie einem Wettbewerbsverbot im Einzelfall ausreicht (Rn. 321). Wenn alle potentiellen Erwerber – und damit eine Verkaufslösung – aufgrund fusionskontrollrechtlicher Vorschriften ausscheiden (Rn. 129), kann eine *pro-rata*-Lösung gar das einzig geeignete Mittel darstellen. 605

Bei Verkaufslösungen behält sich die britische CMA eine enge Begleitung des Verkaufsprozesses, etwa im Hinblick auf die Auswahl eines passenden Erwerbers vor (Rn. 506). Im deutschen Recht fehlen entsprechende Regelungen dagegen. Dies verwundert, da im *Brüderle*-Entwurf von 2010 (Rn. 230 ff.) Verkaufslösungen noch explizit unter dem Genehmigungsvorbehalt durch das Bundeskartellamt standen. Unter § 32f Abs. 4 GWB dürfte 606

sich die Möglichkeit des Bundeskartellamts zur Einflussnahme auf den Verkaufsprozess dagegen auf den Erlass von Nebenbestimmungen zur Entflechtungsanordnung beschränken. *Ex ante* erlassene Nebenbestimmungen sind aber notwendigerweise abstrakter als die Genehmigung eines konkreten Vertrages. Dies dürfte die Gefahr mit sich bringen, dass die Nebenbestimmungen durch geschickte Gestaltung des Verkaufsprozesses umgangen werden und ein unerwünschter Käufer ausgewählt wird. Der britische Ansatz erscheint hier also vorzugswürdig.

II. Entschädigung

- 607 Das deutsche Recht sieht eine detaillierte Entschädigungsregelung für den Fall einer missbrauchsunabhängigen Entflechtung vor, während das britische Recht auf eine solche verzichtet und das Unternehmen allein den erzielten Verkaufspreis als Kompensation erhält (Rn. 299 f., 508). Im deutschen Recht wurde dabei eine zwar komplexe, wohl aber ökonomisch und verfassungsrechtlich angemessene Lösung gefunden.
- 608 Eine Entschädigungsregelung erscheint unabhängig von ihrer verfassungsrechtlichen Notwendigkeit – die sich nach dem jeweiligen nationalen Recht bemisst – allgemein vorzugswürdig. Denn sie mildert nicht nur Bedenken im Hinblick auf die individuelle Verhältnismäßigkeit eines so intensiven Eingriffs wie einer missbrauchsunabhängigen Entflechtung ab, sondern kann insbesondere auch die gesamtwirtschaftlich negativen ökonomischen Vorfeldwirkungen des Bestehens einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz aufwiegen (Rn. 112 ff.). Daneben dient sie als zusätzliche Hürde und schützt so die Unternehmen vor voreiligen Entscheidungen der Wettbewerbsbehörde. Demgegenüber steht als Argument gegen eine Entschädigungsregelung allein das fiskalische Interesse, keine Ausgleichszahlung leisten zu müssen. Dieses abstrakte Kollektivinteresse dürfte aber in einer Abwägung hinter den individuellen und kollektiven Vorteilen einer Entschädigungsregelung zurücktreten. Dabei ist auch zu beachten, dass infolge der wettbewerbsfördernden Entflechtung auch mit steigenden Steuereinnahmen zu rechnen sein dürfte, wodurch die Entschädigungsleistung kompensiert werden könnte.

III. Durchsetzung der Entflechtung

Zur behördlichen Durchsetzung der Entflechtungsanordnung (Rn. 301 ff., 609 509 ff.) sehen beide Rechtsordnungen insbesondere die Möglichkeit der Einsetzung eines Treuhänders vor. Neben behördlichen Befugnissen ermöglicht sec. 167 EA02 im britischen Recht explizit auch das *private enforcement* von Verpflichtungen unter Part IV EA02. Es erscheint allerdings fraglich, ob es hierfür im spezifischen Fall der Entflechtung einen Anwendungsspielraum gibt. Schließlich handelt es sich dabei nicht etwa um eine laufende, behördlicherseits nur schwer überprüfbare Verpflichtung, deren Nichteinhaltung schneller von Konkurrenten des verpflichteten Unternehmens bemerkt wird. Vielmehr ist eine Entflechtung ein einmaliger Akt, der innerhalb des von der Wettbewerbsbehörde durchgeführten Verfahrens vollzogen wird. Eine Vorschrift zum *private enforcement* erscheint für den (hier allein untersuchten) spezifischen Fall der Entflechtung daher nicht erforderlich.

Zur Durchsetzung der Entflechtung gehören auch Maßnahmen der 610 Rekonzentrationsprävention. In Deutschland ist hierfür insbesondere ein fünfjähriges Rückerwerbsverbot für entflochtene Unternehmensteile gesetzlich vorgesehen, während im Vereinigten Königreich die Absicht – aber keine Verpflichtung – der CMA besteht, ein solches Verbot regelmäßig für zehn Jahre auszusprechen. Überzeugend erschiene hier eine Kombination der beiden Ansätze: Einerseits dürfte ein bloß fünfjähriges Rückerwerbsverbot zu kurz sein (Rn. 303 f.), sodass es sich angeboten hätte, in diesem Punkt der britischen Praxis zu folgen. Andererseits dürfte es, worauf im Rahmen dieses Vergleichsteils bereits mehrfach hingewiesen wurde, grundsätzlich vorzugswürdig sein, solche zentralen Fragen nicht in das Belieben der Behörde zu stellen.

E. Fazit: Vergleich der missbrauchsunabhängigen Entflechtung in Deutschland und im Vereinigten Königreich

Die missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenzen in Deutschland 611 und dem Vereinigten Königreich ähneln sich grundsätzlich. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf ihr wettbewerbspolitisches Leitbild und die für eine Verfahrenseinleitung sowie das Ergreifen von Abhilfemaßnahmen erforderlichen Umstände sowie das zentrale Tatbestandsmerkmal.

Die Verfahrensausgestaltung unterscheidet sich dagegen erheblich. 612 Bereits die beiden Verfahrensphasen haben unterschiedliche Zwecke und einen unterschiedlichen Grad an Förmlichkeit; auch die Zuständigkeit unterscheidet sich. Der augenfälligste Unterschied dürfte aber darin liegen, dass die CMA über einen wesentlich weiteren Spielraum verfügt als das Bundeskartellamt. Während im Vereinigten Königreich etwa die Subsidiarität des Verfahrens, die Form der Beteiligung, die Art der betroffenen Märkte und Unternehmen sowie die Rechtsfolge weitgehend im Ermessen der CMA stehen und gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar sind, sind all diese Punkte in Deutschland gesetzlich geregelt und voll gerichtlich überprüfbar.

Soweit sich § 32f Abs. 4 GWB trotz dieser Hürden als praktikable Norm 613 erweist,¹¹⁹⁴ ist der restriktivere deutsche Ansatz vorzugswürdig, da er die widerstreitenden Interessen der betroffenen Unternehmen und des Staates besser in Einklang bringt.

1194 Kritisch dazu *Mundt*, WuW 2023, S. 522: „Ein Verfahren mit noch mehr Prüfpunkten, Zwischenschritten, Beteiligungsrechten und gerichtlicher Überprüfung ist kaum noch vorstellbar. Ob ein solches Ausmaß an Prüfschritten selbst angesichts eines verstoßunabhängigen Eingriffs in Märkte noch angemessen ist, erscheint mir persönlich fraglich. Wie praktikabel es in der konkreten Ausgestaltung sein wird, können wir derzeit nur ahnen.“ Zweifelnd etwa auch *Voges*, Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips, S. 335 f., 350 ff. und *Wagner-von Papp*, in: *Bacher/Hempel/Wagner-von Papp*, BeckOK KartR, § 32f GWB Rn. 186.

Teil 5: Missbrauchsunabhängige Entflechtung in der Schweiz?

Der fünfte und – vorbehaltlich einer Zusammenfassung – letzte Teil dieser Arbeit widmet sich der Möglichkeit der Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz in der Schweiz. Dazu wird zunächst die Entwicklung des wettbewerbspolitischen Leitbildes in der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung der Bewertung von Machtkonzentrationen und Entflechtungen dargestellt (A.), bevor die Vereinbarkeit einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz mit höherrangigem Recht erörtert wird (B.). Im Anschluss daran wird eine konkrete Handlungsempfehlung an den schweizerischen Gesetzgeber ausgearbeitet und begründet (C.). Abschließend werden die Erkenntnisse des fünften Teils in einem Fazit zusammengefasst (D.). 614

A. Machtkonzentration und Entflechtung als Gegenstand schweizerischer Wettbewerbspolitik

Die Entwicklung der wettbewerbspolitischen Debatte in der Schweiz lässt sich grob in drei Phasen unterteilen: 615

- Bis zum ersten Kartellgesetz von 1962 (I.),
- bis zur Totalrevision des Kartellgesetzes von 1995 (II.) und
- ab der Totalrevision von 1995 (III.).

I. Entwicklung bis zum ersten Kartellgesetz von 1962

Die Frage einer rechtlichen Ordnung des Wettbewerbs stellte sich in der Schweiz ab 1874, nachdem mit der Revision der Bundesverfassung die Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31 BV 1874) anstelle des vormals staatlich 616

koordinierten Wirtschaftssystems eingeführt wurde.¹¹⁹⁵ Kartelle wurden fortan grundsätzlich als zulässig angesehen und in großer Zahl gegründet; die Zeit der stärksten Kartellierung begann 1914 mit dem Ersten Weltkrieg und den damit einhergehenden wirtschaftlichen Umwälzungen.¹¹⁹⁶ Vereinzelte parlamentarische Vorstöße zum Erlass eines Kartellgesetzes in den 1920er- und 1930er-Jahren blieben erfolglos.¹¹⁹⁷ Wettbewerbsrechtliche Probleme wurden in der Phase vor Erlass des ersten Kartellgesetzes von 1962 daher nahezu ausschließlich anhand der Frage der zivilrechtlichen Zulässigkeit des Boykotts von Kartellaußenseitern diskutiert.¹¹⁹⁸

617 Eine bedeutende Leitentscheidung in diesem Zusammenhang erließ das Bundesgericht im Jahr 1896 im Fall des Bäckers *Vögtlin*.¹¹⁹⁹ Dieser widersetzte sich nach seinem Austritt aus dem Bäckerverband Brugg dessen Willen, indem er unter anderem niedrigere Preise verlangte, als in den Statuten des Verbands vorgesehen waren. Der Verband rief daraufhin Müller, Mehlhändler und Mitglieder des kantonalen und schweizerischen Bäcker- und Konditorenverbands zum Boykott von *Vögtlin* auf und drohte bei einer Nichtbefolgung des Aufrufs mit einem eigenen Boykott. Das Bundesgericht sprach dem Bäcker Schadensersatz zu, weil es den Boykottauftrag als unzulässigen Eingriff in das subjektive Recht auf Ausübung eines Gewerbes ansah.

618 In der Folgezeit wurde die Rechtsprechung allerdings kartellfreundlicher und sah Boykotte nur noch als unzulässig an, wenn sie auf die Vernichtung der wirtschaftlichen Persönlichkeit abzielten, hierzu geeignet waren oder einen Angriff gegen die Achtung der Persönlichkeit im gewerblichen Verkehr bedeuteten.¹²⁰⁰ Preiswettbewerb wurde dagegen grundsätzlich als Provokation und Nötigung angesehen, gegen die der Boykott eine „gerechtfertigte Abwehr- und Vergeltungsmaßregel“ sein konnte.¹²⁰¹ Eine Rückkehr zu den im Fall des Bäckers *Vögtlin* entwickelten Ansätzen und die Feststellung der grundsätzlichen Unzulässigkeit des Boykotts erfolgte erst mit der

1195 Vgl. *Schluep*, AJP/PJA 1996, S. 797 f.

1196 *Preisbildungskommission*, Kartell und Wettbewerb, S. III.

1197 Vgl. *Schnegelsberg*, Kartellgesetz, S. 16.

1198 *Schluep*, AJP/PJA 1996, S. 798; *Zäch/Heizmann*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 171. Der Frage der übermäßigen Bindung gem. Art. 27 ZGB kam aufgrund des weit verbreiteten Systems von Schiedsgerichten für kartellinterne Streitigkeiten dagegen nur untergeordnete Bedeutung zu (*Schnegelsberg*, Kartellgesetz, S. 13).

1199 BGE 22 I 175.

1200 BGE 32 II 360, 367.

1201 BGE 36 II 557, 563.

Vertglas-Entscheidung vom 20.12.1960.¹²⁰² In dieser Entscheidung stellte das Bundesgericht fest, dass eine Ausschaltung des freien Wettbewerbs durch Boykotte notwendigerweise das Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung verletze und mithin unzulässig sei.¹²⁰³

Es gab demnach bis zum Erlass des ersten Kartellgesetzes von 1962 in 619 der Schweiz zwar stets eine gewisse Kontrolle der Ausübung wirtschaftlicher Macht. Diese umfasste aber nur einzelne privatrechtliche Verhältnisse, sodass keine Wettbewerbsordnung im engeren Sinne bestand. Mangels spezifischer wettbewerbsgesetzlicher Regelungen war die Reichweite der Machtkontrolle überdies unsicher und Kartelle und sonstige Machtkonzentrationen wurden im Grundsatz als zulässig angesehen. Zum Zeitpunkt des Erlasses des ersten Kartellgesetzes von 1962 galt die Schweiz gar als das kartellreichste Land der Welt.¹²⁰⁴

II. Entwicklung bis zur Totalrevision von 1995

In der weiteren Entwicklung der wettbewerbspolitischen Debatte bis zur 620 Totalrevision von 1995 trat zunächst 1962 das erste schweizerische Kartellgesetz in Kraft (1.). Dieses wurde mit der Revision von 1985 überarbeitet (2.).

1. Kartellgesetz von 1962

Das erste Kartellgesetz von 1962 (KG 62) beruht auf der Revision der Wirt- 621 schaftsartikel der Bundesverfassung von 1947. Mit dieser Revision wurde dem Bund die Befugnis eingeräumt – nötigenfalls in Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit¹²⁰⁵ –, Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organi-

1202 BGE 86 II 365.

1203 Vgl. zur *Vertglas*-Entscheidung *Schnegelsberg*, Kartellgesetz, S.14 f. sowie *Zäch/Heizmann*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 176 ff.

1204 So zumindest *Schnegelsberg*, Kartellgesetz, S. 5. Vgl. auch *Preisbildungskommission*, Kartell und Wettbewerb, S. 52: „Aus den dargelegten Erwägungen heraus glaubt die Kommission, die Schweiz zu den ‚kartell dichtesten‘ Ländern zählen zu müssen.“

1205 Dieser Vorbehalt verdeutlicht, dass damals nicht Kartelle als Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit angesehen wurden, sondern das Kartellrecht (*Heinemann*, in: *Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler*, DIKE-KG, Nach Art. 1 Rn. 80).

sationen zu erlassen (Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. d) BV a.F.). Dabei wurde in der Botschaft aber sogleich klargestellt, „dass es sich nicht etwa um eine Verhinderung oder Bekämpfung des Kartellwesens an sich handeln kann, sondern lediglich um eine Kontrolle der Kartelle“ und durch die kompetenzrechtliche Norm „der Entscheidung der Frage nicht vorgegriffen werden soll, ob ein besonderes Kartellgesetz notwendig wird und wie es auszugestalten ist.“¹²⁰⁶ Damit ließ die revidierte Bundesverfassung – wie es in marktwirtschaftlich ausgerichteten Verfassungen häufig der Fall ist – auch die Frage nach dem konkreten Wirtschaftssystem offen; namentlich war der Bundesverfassung keine klare Aussage zugunsten einer Wettbewerbs- oder Kartellwirtschaft zu entnehmen.¹²⁰⁷ Private Wettbewerbsbeschränkungen wurden so zunächst auch weiterhin als Ausdruck der Handels- und Gewerbefreiheit akzeptiert.¹²⁰⁸

622 1957 wurde schließlich eine Initiative gegen den Missbrauch wirtschaftlicher Macht von Volk und Ständen verworfen, woraufhin aber eine Expertenkommission zur Erarbeitung eines Kartellgesetzes eingesetzt wurde.¹²⁰⁹ Das von der Expertenkommission erarbeitete erste Kartellgesetz von 1962 bezweckte jedoch nicht die Bekämpfung von Kartellen, sondern erhöhte ihre Funktionalität noch, etwa durch ein Schriftformerfordernis (Art. 11 KG 62).¹²¹⁰ Das KG 62 verfolgte auch einen primär privatrechtlichen Ansatz mit kaum behördlichen Durchsetzungsbefugnissen.¹²¹¹ Insgesamt kodifizierte das KG 62 in seinem privatrechtlichen Teil hauptsächlich die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts.¹²¹² Insbesondere konnte die neu eingerichtete – mehrheitlich mit Interessenvertretern besetzte¹²¹³ – Kartellkommission nur Empfehlungen abgeben (Art. 20 Abs. 2 KG 62). Zu einer Klage war nur das Volkswirtschaftsdepartement berechtigt, soweit der Wettbewerb in einer mit dem Gesamtinteresse nicht zu vereinbarenden Weise beeinträchtigt wurde (Art. 22 Abs. 1 KG 62). Zudem eröffnete die Kartellkommission in 20 Jahren überhaupt nur sieben Verfahren unter

1206 BBl. 1937 II, S. 889.

1207 Vgl. *Heinemann*, ZSR/RDS 2016, S. 439 ff.; *Schluemp*, AJP/PJA 1996, S. 796.

1208 Vgl. *Zäch/Heizmann*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 145 ff.

1209 *Schluemp*, AJP/PJA 1996, S. 800.

1210 *Heinemann*, ZSR/RDS 2016, S. 446.

1211 *Schluemp*, AJP/PJA 1996, S. 800; *Tercier*, ZSR/RDS 1/1993, S. 401 ff.

1212 Vgl. *Tercier*, ZSR/RDS 1/1993, S. 402: „Le droit privé des cartels, tel qu'il est fixé dans la loi, ne constitue en fait qu'une consécration légale des solutions que la jurisprudence avait adoptées sous l'empire du droit commun.“

1213 Vgl. *Baudenbacher*, WuW 2023, S. 581.

Art. 20 KG, von denen keines konkrete Folgen hatte.¹²¹⁴ Der auf privatautonomer Selbstregulierung der Wirtschaft und Kartellen als anerkannter Organisationsform basierende, praktisch jedoch kaum wirksame Ansatz des KG 62 weist Ähnlichkeiten zur ersten deutschen Kartellverordnung von 1923 (Rn. 164 f.) auf.

Wettbewerbstheoretisch verscrieb sich das KG 62 dem Prinzip des „Möglichen Wettbewerbs“.¹²¹⁵ Danach wurde auf das Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen weitgehend verzichtet und mithin die Möglichkeit zum freiwilligen (individuellen oder kollektiven) Verzicht auf Wettbewerb eingeräumt – zugleich sollte aber die Möglichkeit zum Eintritt in den Wettbewerb jederzeit und für jedermann offen bleiben.¹²¹⁶ Dieser Ansatz wurde durch umfassende Rechtfertigungsmöglichkeiten für Wettbewerbsbeschränkungen jedoch pervertiert,¹²¹⁷ sodass dem Kartellgesetz von 1962 in seiner konkreten Ausgestaltung eher ein „Leitbild der ‚Möglichen Wettbewerbsbeschränkung‘“¹²¹⁸ zugrunde lag: Zwar sah Art. 4 KG 62 ein zivilrechtliches Verbot der erheblichen Wettbewerbsbehinderung durch Kartelle und kartellähnliche Organisationen (z.B. marktbeherrschende Unternehmen) vor. Dieses stand gem. Art. 5 KG 62 aber unter dem Vorbehalt überwiegender schutzwürdiger Interessen. Ein solches schutzwürdiges Interesse konnte jederzeit konstruiert werden¹²¹⁹ und beispielsweise die Erhaltung der erwünschten Struktur eines Wirtschaftszweigs durch Abwehr ausländischer Unternehmen sein.¹²²⁰ Wettbewerbsbeschränkungen, die nicht mit dem – nicht näher definierten – Gesamtinteresse kollidierten, waren demnach unschädlich.¹²²¹

Auch die Kartellkommission wog in ihren Verfahren – entsprechend der Formel aus Art. 31 BV („volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen“) – Wettbewerbsbeschränkungen mit dem gesamtgesellschaftlichen Interesse ab (sog. Saldotheorie bzw. Saldomethode).¹²²² Im Ergebnis stand „eine verhängnisvolle Mischung wirtschaftlicher und ausserwirtschaftlicher Erwägungen unter Berücksichtigung Wettbewerbs-, gesundheits-, kultur-,

1214 *Tercier*, ZSR/RDS 1/1993, S. 403.

1215 *Zäch/Heizmann*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 128, 183.

1216 Vgl. *Preisbildungskommission*, Kartell und Wettbewerb, S. 161; *Schnegelsberg*, Kartellgesetz, S. 24 ff.

1217 *Borer/Borer*, OFK KG, Vorbem. Art. 1 ff. Rn. 6.

1218 *Schluep*, AJP/PJA 1996, S. 800.

1219 *Borer/Borer*, OFK KG, Vorbem. Art. 1 ff. Rn. 6.

1220 Vgl. *Schnegelsberg*, Kartellgesetz, S. 45.

1221 *Schluep*, AJP/PJA 1996, S. 801.

1222 *Borer/Borer*, OFK KG, Vorbem. Art. 1 ff. Rn. 7; *Schluep*, AJP/PJA 1996, S. 801.

sicherheitspolitischer und beliebig anderer ‚übergeordneter‘ Interessen.“¹²²³ In dieser Gesamtabwägung bestand regelmäßig eine aus dem damaligen Verständnis der Vertragsfreiheit folgende Voreingenommenheit zugunsten von Kartellen.¹²²⁴

- 625 Hinter der Gesamtkonzeption des KG 62 stand „der unerschütterliche Glaube an den Segen solidarischer Wirtschaftsabsprachen“ und die Idee, dass nicht der freie Wettbewerb zu schützen war, sondern die Freiheit des Einzelnen zur wirtschaftlichen Betätigung.¹²²⁵ Insgesamt war das KG 62 daher weniger ein Gesetz gegen Kartelle als vielmehr ein Gesetz für Kartelle.¹²²⁶

2. Revision von 1985

- 626 Die Revision des Kartellgesetzes von 1985 (KG 85) erfolgte auf dem Höhepunkt der Debatte, ob und inwieweit Wettbewerbsschutz durch Kartellrecht einen zulässigen Eingriff in die verfassungsrechtlich verbrieft Handels- und Gewerbefreiheit darstellt.¹²²⁷ In die Botschaft zum KG 85 fand die kompromisshafte Formel Einzug, wonach „eine verfassungsrechtliche Präferenz für Wettbewerb [besteht], so dass sich Wettbewerbspolitik nicht zwangsläufig als Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit darstellt.“¹²²⁸ Grundsätzlich bestand für den Gesetzgeber aber weiterhin „kein Zweifel“, dass Kartelle nicht *per se* verboten werden könnten.¹²²⁹
- 627 Das Gesetz insgesamt war so auch von deutlichen Kompromissen zu lasten einer effektiven Wettbewerbsdurchsetzung geprägt. Ein Ziel der Re-

1223 *Schluep*, AJP/PJA 1996, S. 801.

1224 Vgl. *Tercier*, ZSR/RDS 1/1993, S. 403.

1225 *Zäch/Heizmann*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 183 f. Vgl. dazu auch *Schnegelsberg*, Kartellgesetz, S. 20 f., wonach es bei der Ausarbeitung des Kartellgesetzes zu berücksichtigen galt, dass die schweizerische Eidgenossenschaft „von einem Volk von Vereinsmeiern“ getragen wird und die Verbände „neben der Wahrung der wirtschaftspolitischen Interessen der Mitglieder [...] vielfach auch direkt in das Marktgeschehen eingreifen.“ Siehe auch *Schnegelsberg*, a.a.O., S. 29: „Die Tendenz der EWG-Wettbewerbsregeln entspricht derjenigen des amerikanischen Antitrustrechts. Daß diese Tendenz nicht der schweizerischen Auffassung entspricht, bedarf keiner weiteren Erläuterung.“

1226 *Baudenbacher*, WuW 2023, S. 581.

1227 *Heinemann*, ZSR/RDS 2016, S. 440; vgl. zu dieser Diskussion *Stoffel*, in: *Hänni*, FS Fleiner, S. 677 ff.

1228 BBl. 1981 II, S. 1372.

1229 BBl. 1981 II, S. 1294.

form war es zwar, „dem Interesse an wirksamem Wettbewerb erhöhtes Gewicht beizumessen“¹²³⁰, weshalb das Konzept des „Möglichen Wettbewerbs“ durch das des „Wirksamen Wettbewerbs“ ersetzt wurde.¹²³¹ Auch wurde der Gesetzgebungsprozess zunächst in der Einsicht angestoßen, dass der Fokus vom bisherigen – primär privatrechtlichen – System auf ein administratives System verschoben werden sollte.¹²³² Am Ende des „langwierigen und schmerzhaften“¹²³³ Gesetzgebungsprozesses hielten sich die durch das KG 85 bewirkten Verbesserungen aber in Grenzen. Zwei Umstände hatten dabei besonderes Gewicht:

- Trotz gegenläufiger Bestrebungen der Kartellkommission, die mit einem eigens ausgearbeiteten Gesetzentwurf den Schutz des Wettbewerbs anstelle des Gesamtinteresses in den Vordergrund stellen wollte, wurde die Saldotheorie beibehalten. Ihr wurde in Art. 29 Abs. 2 KG 85¹²³⁴ sogar Gesetzesrang verliehen. Die Bedeutung des Wettbewerbs als Institution wurde dabei zwar in Art. 29 Abs. 2 S. 3 KG 85 eigens hervorgehoben und damit implizit anerkannt.¹²³⁵ Letztlich war wirksamer Wettbewerb aber doch nur eine – nicht zwingende – Randbedingung für die Entscheidungsfindung auf Grundlage der Saldotheorie.¹²³⁶ Dieser Ansatz ähnelt

1230 BBl. 1981 II, S. 1316.

1231 Vgl. BBl. 1981 II, S. 1316 ff. Der Begriff des wirksamen Wettbewerbs geht dabei auf die Konzepte der Harvard-Schule zum funktionsfähigen Wettbewerb (Rn. 79 ff.) zurück (BBl. 1995 I, S. 512).

1232 *Tercier*, ZSR/RDS 1/1993, S. 405 f.

1233 *Tercier*, ZSR/RDS 1/1993, S. 406: „*On sait que la révision fut longue et douloureuse.*“

1234 „Bei der Prüfung der volkswirtschaftlichen oder sozialen Schädlichkeit würdigt die Kommission nützliche und schädliche Auswirkungen. Stellt sie erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen oder Wettbewerbsverfälschungen fest, wägt sie die nützlichen und schädlichen Auswirkungen gegeneinander ab. Sie berücksichtigt dabei die Auswirkungen auf die Wettbewerbsfreiheit und das Wettbewerbsausmass. Ferner berücksichtigt sie alle übrigen bedeutsamen Auswirkungen wie jene auf die Herstellungs- und Vertriebskosten, die Preise, die Qualität, die Versorgung, die Struktur des Wirtschaftszweiges, die Landesteile, die Konkurrenzfähigkeit schweizerischer Unternehmen im In- und Ausland und die Interessen der betroffenen Arbeitnehmer und Konsumenten.“ (BBl. 1986 I, S. 55, Hervorhebung nur hier).

1235 Vgl. *Tercier*, ZSR/RDS 1/1993, S. 407 f.

1236 *Baldi*, in: *Knapp/Oberson*, Mélanges Junod, S. 61; vgl. dazu auch *Tercier*, ZSR/RDS 1/1993, S. 411: „*L'inconvénient majeur est que l'art. 29 LCart se borne à une énumération des critères de pondération, sans préciser le plateau sur lequel il faut les poser, ni surtout le poids qu'ils représentent.*“

- deutlich dem *public interest* im Vereinigten Königreich (Rn. 419 ff., 429) sowie dem *bilan économique et social* in Frankreich.¹²³⁷
- Der Kartellkommission wurde – obwohl dies im ursprünglichen Entwurf noch vorgesehen war – auch weiterhin keine eigene Verfügungskompetenz eingeräumt; auch eine von der Kartellkommission vorgesehene Meldepflicht für Unternehmenszusammenschlüsse konnte sich nicht durchsetzen.¹²³⁸ Zwar wurde zumindest dem Volkswirtschaftsdepartement im Gesetzgebungsverfahren eine Verfügungskompetenz übertragen (Art. 37 KG 85). Es kam aber insgesamt nur zu zwei Verfügungen auf dieser Grundlage.¹²³⁹

III. Entwicklung ab der Totalrevision des Kartellgesetzes von 1995

- 628 Mit der Totalrevision von 1995 (1.) wurde das schweizerische Kartellgesetz grundlegend umgewandelt und modernisiert. Die Revisionen von 2003 (2.) und 2021 (3.) brachten weitere Neuerungen mit sich und auch derzeit (2025) wird wieder eine Revision diskutiert.

1. Totalrevision von 1995

- 629 Die Totalrevision von 1995 führte zu einer fundamentalen Änderung des Ansatzes und läutete eine „neue wettbewerbspolitische Ära“¹²⁴⁰ ein. Das Kartellgesetz wurde einem grundlegenden Paradigmenwechsel¹²⁴¹ unterzogen und nunmehr endgültig vom *droit des cartels* zum *droit de la concurrence*¹²⁴² weiterentwickelt.

1237 Baldi, in: Corti/Ziegler, FS Blankart, S. 351 f.; Baldi, in: Knapp/Oberson, Mélanges Junod, S. 51 f. Solche gesamtgesellschaftlichen Kriterien der Wettbewerbspolitik lassen sich laut Baldi a.a.O. retrospektiv als Reaktion auf die Erkenntnis einordnen, dass vollständige Konkurrenz nicht existiert und damit ein untaugliches wettbewerbspolitisches Leitbild ist (Rn. 80).

1238 Vgl. Schluep, AJP/PJA 1996, S. 802; Tercier, ZSR/RDS 1/1993, S. 408.

1239 Heinemann, ius.full 2021, S. 167.

1240 Baldi/Borer, WuW 1998, S. 343.

1241 Zum Begriff vgl. statt vieler: Heinemann, in: Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler, DIKE-KG, Nach Art.1 Rn.81; Schluep, AJP/PJA 1996, S. 805 ff.; Weber/Volz, Wettbewerbsrecht, Rn. 1.15.

1242 Vgl. Tercier, ZSR/RDS 1/1993, S. 399 ff.

a) Wirtschaftlicher und politischer Kontext

Im wirtschaftlichen und politischen Kontext ist das Gesetz als eine von mehreren Reaktionen (sog. Revitalisierungsprogramm) auf eine wachstumsschwache Phase und die Ablehnung des Beitritts der Schweiz zum Europäischen Wirtschaftsraum durch Volk und Stände am 06.12.1992 zu verstehen.¹²⁴³ Hieraus folgte die Einsicht, dass eine Stärkung des schweizerischen Binnenmarkts und -wettbewerbs erforderlich ist, um international wettbewerbsfähig zu bleiben.¹²⁴⁴ Schon am 07.12.1992, dem Folgetag der Ablehnung des Beitritts der Schweiz zum Europäischen Wirtschaftsraum, wurde daher eine Arbeitsgruppe mit der Vorbereitung einer Kartellgesetzrevision beauftragt.¹²⁴⁵ Daneben wurden auch andere Maßnahmen zur Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit der Schweiz getroffen, insbesondere

- die Zustimmung zu den in der Uruguay-Runde des GATT verhandelten Zollsenkungen,
- das Gesetz über die technischen Handelshemmnisse, mit dem der grenzüberschreitende Verkehr durch eine Abstimmung auf die technischen Vorschriften der wichtigsten internationalen Handelspartner erleichtert werden sollte, sowie
- das Gesetz über den Binnenmarkt, mit dem das *Cassis de Dijon*-Prinzip des EuGH¹²⁴⁶ für kantonale Zulassungsvorschriften verankert wurde.¹²⁴⁷

1243 Vgl. Baldi, in: Corti/Ziegler, FS Blankart, S. 362; Heinemann, ius.full 2021, S. 167; Martenet/Tercier, in: Martenet/Bovet/Tercier, Commentaire Romand LCart, Intro. LCart Rn. 1 ff.

1244 Baldi, in: Corti/Ziegler, FS Blankart, S. 350; Baldi, in: Knapp/Oberson, Mélanges Junod, S. 49. Ein Grund für die Ablehnung des Beitritts zum EWR dürfte paradoxerweise wiederum darin gelegen haben, dass über den Schweizer Markt hinaus tätige Unternehmen fortan dem europäischen Wettbewerbsrecht unterworfen gewesen wären (vgl. Tercier, ZSR/RDS 1/1993, S. 412).

1245 Tercier, ZSR/RDS 1/1993, S. 399.

1246 Nach diesem Prinzip dürfen Waren, die in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union rechtmäßig in Verkehr gebracht wurden, grundsätzlich auch in allen anderen Mitgliedstaaten verkauft werden, vgl. EuGH, Urteil vom 20.02.1979 – Rs. 120/78.

1247 Vgl. David, in: Zäch, Kartellgesetz, S. 1 f. Siehe dazu etwa auch Bovet, ZSR/RDS 2/2000, S. 284, 298; Spinner/Maritz, in: Forstmoser/von der Crone/Weber/Zobl, FS Zäch, S. 130 ff. sowie die Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens (BBl. 1993 I, S. 805 ff.).

b) Schutzobjekt „Wirksamer Wettbewerb“

- 631 Unter dem neuen Kartellgesetz von 1995 wurde formal zwar am Begriff „Wirksamer Wettbewerb“ als Schutzobjekt festgehalten. Wirksamer Wettbewerb im Sinne des KG 95 hat aber nur wenig mit wirksamem Wettbewerb im Sinne des KG 85 zu tun, der nur auf ein notwendiges Minimum an Konkurrenz im Sinne eines auch im Rahmen der Saldotheorie zu erhaltenden „Restwettbewerbs“ abzielte.¹²⁴⁸ Gesetzliches Schutzgut ist seit Inkrafttreten des KG 95 vielmehr die Institution Wettbewerb an sich.¹²⁴⁹ Dieser Paradigmenwechsel wird durch die Zweckbestimmung in Art. 1 KG eigens hervorgehoben.¹²⁵⁰ Aufgabe der Wettbewerbspolitik ist dabei, dass sich wirksamer Wettbewerb ergeben kann, ohne dessen Ergebnisse determinieren zu wollen.¹²⁵¹

c) Wettbewerbstheoretische Fundierung

- 632 Dem Schutzobjekt des wirksamen Wettbewerbs liegt das Verständnis eines dynamischen vielgestaltigen, durch Rivalität von Anbietern und Nachfragern geprägten Prozesses zugrunde; Wettbewerbspolitik hat dabei sicherzustellen, dass die von diesem Prozess erwarteten statischen und dynamischen Funktionen erfüllt werden.¹²⁵² „Wirksam“ ist Wettbewerb demnach dann, wenn die zentralen Funktionen wie Optimierung des Ressourceneinsatzes, Anpassung von Produktionskapazitäten und Produkten an äußere Bedingungen sowie Entwicklung neuer Produkte und Produktionsverfahren nicht erheblich gestört sind.¹²⁵³ Dieser Ansatz erinnert an das Wettbe-

1248 Baldi, in: Knapp/Oberson, *Mélanges Junod*, S. 59 f. Vgl. auch Schips, in: Knapp/Oberson, *Mélanges Junod*, S. 390: „Le terme clé de ‚concurrence efficace‘, déjà utilisé dans l’ancienne loi sur les cartels (L’Cart 85), se trouve affublé dans la L’Cart 95 d’une nouvelle interprétation élargie.“

1249 Baldi, in: Corti/Ziegler, FS Blankart, S. 349; Baldi, in: Knapp/Oberson, *Mélanges Junod*, S. 49.

1250 Birkhäuser, in: Amstutz/Reinert, BSK KG, Art. 1 Rn. 26. Zur Reichweite von Art. 1 KG als Auslegungsmaxime vgl. Moeckli, in: Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler, DIKE-KG, Art. 1 Rn. 6 f.

1251 Baldi, in: Knapp/Oberson, *Mélanges Junod*, S. 62 f.

1252 BBl. 1995 I, S. 512. Vgl. dazu Baldi, in: Knapp/Oberson, *Mélanges Junod*, S. 58; Baldi/Borer, WuW 1998, S. 344; Schips, in: Knapp/Oberson, *Mélanges Junod*, S. 390.

1253 Baldi, in: Knapp/Oberson, *Mélanges Junod*, S. 59; Ducrey, in: Marbach/Ducrey/Wild, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Rn. 1376. Übersichtlich zu den verschiedenen Funktionen des Wettbewerbs: Weber/Volz, Wettbewerbsrecht, Rn. 1.5.

werbsverständnis der britischen CMA, die einen AEC annimmt, wenn ein Markt nicht *well-functioning* ist (Rn. 493).

Wettbewerbstheoretisch ist in der Gesetzesbegründung zum Kartellgesetz eine gewisse Bevorzugung des systemtheoretischen Ansatzes und des damit verbundenen Verzichts „auf ein wettbewerbspolitisches ‚fine-tuning‘“¹²⁵⁴ angedeutet. Es wurde vorstehend (Rn. 70 ff.) bereits dargelegt, dass Vertreter systemtheoretischer Ansätze missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenzen wohl generell ablehnen würden. Hieraus dürfte sich allerdings nicht die Unvereinbarkeit einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz mit dem wettbewerbspolitischen Leitbild in der Schweiz ableiten lassen. Denn es wird an anderer Stelle in der Gesetzesbegründung explizit darauf hingewiesen, „dass sich unterschiedliche wettbewerbstheoretische Denkschulen durchaus kombinieren lassen und sich der Gesetzgeber auf keine bestimmte Doktrin festlegen muss“ und es „nicht entscheidend [ist], welcher Wettbewerbsschule die benützten Analysemethoden und Argumentationslinien letztlich entstammen. Wichtig ist, dass man sich des relativen Charakters der Aussage bewusst ist und immer das Ziel der Erhaltung funktionsfähiger Marktprozesse im Auge hat.“¹²⁵⁵ Die missbrauchsunabhängige Entflechtung dient aber gerade der Erhaltung bzw. Wiederherstellung funktionsfähiger Marktprozesse, wo diese sich aufgrund verfestigter Strukturen nicht entfalten können.

Ein Hintergrund der wettbewerbstheoretischen Offenheit des KG 95 ist die Erkenntnis, dass nicht ein integrales wettbewerbspolitisches Leitbild, sondern die Analyse einzelner Wettbewerbsbeschränkungen im Vordergrund stehen sollte.¹²⁵⁶ Zudem beschränken die Spezifika der „kleinen offenen Volkswirtschaft“ Schweiz ohnehin die Übertragbarkeit von in größeren Volkswirtschaften entwickelten wettbewerbspolitischen Leitbildern.¹²⁵⁷ Dem schweizerischen Kartellgesetz liegt somit – aufgrund der expliziten Aussagen in den Gesetzgebungsmaterialien noch deutlicher als dem deutschen GWB (Rn. 205 f.) – ein pragmatischer Ansatz zugrunde, der sich kei-

1254 BBl. 1995 I, S. 513.

1255 BBl. 1995 I, S. 511, 515 f. Vgl. dazu *Schips*, in: *Knapp/Oberson*, Mélanges Junod, S. 392 f.: „*Cependant, il ressort clairement du message que le législateur ne veut pas se fixer sur une conception précise de la théorie de la concurrence. [...] La non-fixation sur un concept particulier de la théorie de la concurrence, qu'il faut saluer du point de vue économique, doit être comprise comme une directive du législateur, d'utiliser les théories les plus adéquates et les meilleures méthodes d'analyses lors de l'application de la loi.*“

1256 Vgl. *Baldi*, in: *Knapp/Oberson*, Mélanges Junod, S. 58 sowie BBl. 1995 I, S. 511.

1257 Vgl. *Ruffner*, in: *Zäch/Zweifel*, Kartellrechtsreform, S. 214 ff., 253 ff.

nem wettbewerbstheoretischen Dogma verschreibt. Vielmehr ist das Kartellgesetz prinzipiell offen für jede rationale ökonomische Diskussion.¹²⁵⁸ Eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz hätte also auch in der Schweiz dort ihre Daseinsberechtigung, wo sie einer Förderung des Wettbewerbs dienen kann.

- 635 Dem KG liegt darüber hinaus aber ausdrücklich die Annahme zugrunde, dass das Streben eines Unternehmens nach Wachstum und Erfolg auf dem Markt gerade ein Ziel des Wettbewerbs darstellt.¹²⁵⁹ Demnach ist der Gedanke „*Bigness is not badness*“¹²⁶⁰ klar im KG 95 verwurzelt. Insoweit wäre die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz, die als Eingriffskriterium allein eine Form der Marktmacht ohne das Hinzutreten weiterer Umstände erfordert, problematisch. Der Gesetzgeber müsste dann zumindest erkennen lassen, dass er sich bewusst von diesem Grundgedanken abwendet. An bloße Marktmacht oder Unternehmensgröße als Entflechtungsgrund geknüpfte Kopfzählmethoden¹²⁶¹ spiegeln aber ohnehin nicht den aktuellen Erkenntnisstand wider (Rn. 215 ff., 220ff., 233 ff.). Sie sollten vom schweizerischen Gesetzgeber daher nicht ernsthaft erwogen werden.

d) Konkrete Ausgestaltung des Kartellgesetzes

- 636 Durch die Totalrevision von 1995 wurde das schweizerische Kartellgesetz erstmals am international etablierten Dreisäulenmodell (Rn. 144) ausge-

1258 Vgl. *Borer/Borer*, OFK KG, Art. 1 Rn. 17.

1259 Vgl. BBl. 1995 I, S. 512: „Namentlich sind temporäre Monopole aufgrund überlegener Leistungen, aber auch durch andere Faktoren bedingte Ungleichgewichte wettbewerblichen Marktprozessen durchaus eigen.“ bzw. S. 569: „Die Möglichkeit, durch Markterfolg und internes Wachstum eine dominierende Stellung zu erreichen, muss offen bleiben. Sie stellt einen wesentlichen Anreiz zu effizienter Unternehmensführung dar. Zudem ist Wettbewerb letztlich immer ein Kampf um Marktanteile. Bemühungen, die Marktanteile zu halten oder zu vergrößern, können daher nicht an sich unzulässig sein.“ Vgl. dazu auch *Clerc/Kellezi*, in: *Marretenet/Bovet/Tercier*, Commentaire Romand LCart, Art. 4 II Rn. 4: „*La concurrence n'est en définitive qu'une lutte pour des parts de marché.*“

1260 *Ducrey*, in: *Marbach/Ducrey/Wild*, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Rn. 1641.

1261 Vgl. *Möschel*, Entflechtungen, S. 97.

richtet.¹²⁶² So wurde in Artt. 5 f. KG ein (bedingtes¹²⁶³) Kartellverbot, in Artt. 7 f. KG ein Marktmachtmissbrauchsverbot und in Artt. 9 ff. KG ein präventives Fusionskontrollregime eingefügt. Mit der Kartellgesetzrevision von 1995 erhielt die Wettbewerbskommission auch erstmals harte Eingriffsbefugnisse. Insbesondere ist die Befugnis zum Erlass von Verfügungen gem. Art. 30 Abs. 1 KG zu nennen,¹²⁶⁴ die bei einem Kartellrechtsverstoß wohl bis hin zu einer Entflechtung reichen können (Rn. 54 ff.). Rechtstechnisch handelt es sich dabei in großen Teilen um autonomen Nachvollzug (Rn. 677) von EU-Recht.¹²⁶⁵

In bestimmten Bereichen wurde jedoch ein vom europäischen Recht 637 unabhängiger Ansatz verfolgt. So enthält etwa Art. 5 Abs. 2 KG in Abkehr von Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. Art. 81 Abs. 3 EGV das Tatbestandsmerkmal der Verbraucherbeteiligung nicht – hieraus kann gefolgert werden, dass die Wettbewerbskommission einen streng wettbewerblichen Maßstab anzuwenden hat, während Verbraucherwohlerwägungen gem. Art. 8 KG allein vom Bundesrat wahrgenommen werden sollen.¹²⁶⁶ Selbiges gilt für die Fusionskontrolle (vgl. Artt. 10, 11 KG).¹²⁶⁷ In diesen (seltenen) Fällen politischen Eingreifens des Bundesrates in die Praxis der Wettbewerbskommission lebt wiederum die hergebrachte schweizerische Saldotheorie fort.¹²⁶⁸ Allerdings

1262 Vgl. *Martenet/Heinemann*, Droit de la concurrence, S. 16 f.: „Les trois piliers traditionnels du droit de la concurrence apparaissent clairement“.

1263 Aufgrund der verfassungsrechtlich vorgegebenen grundsätzlichen Zulässigkeit von Kartellen musste bis zu einem gewissen Grad am Missbrauchsprinzip festgehalten werden (vgl. *Zäch*, AJP/PJA 1992, S. 859 f.). Rechtstechnisch wurde dieses Spannungsfeld insbesondere durch widerlegbare Vermutungstatbestände überwunden (*Baldi/Borer*, WuW 1998, S. 345 f. Vgl. dazu auch *Rhinow/Biaggini*, in: *Zäch/Zweifel*, Kartellrechtsreform, S. 125 ff.). Das Missbrauchsprinzip bedingte etwa auch, dass gem. Art. 50, 54 KG 1995 Sanktionen nur dann verhängt werden konnten, wenn eine wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweise trotz rechtskräftiger Feststellung der Rechtswidrigkeit aufrecht erhalten wurde (*Baldi/Borer*, WuW 1998, S. 353).

1264 Vgl. *Carcagni Roesler*, in: *Baker/McKenzie*, SHK KG, Art. 30 Rn. 1.

1265 *Baudenbacher*, WuW 2023, S. 581; *Sturny*, Einfluss des EU-Rechts, S. 76 f.

1266 So *Zäch*, in: *Möschel*, 50 Jahre Wettbewerbsgesetz, S. 39.

1267 Vgl. *Heinemann*, ius.full 2021, S. 174.

1268 Vgl. *Zäch*, in: *Möschel*, 50 Jahre Wettbewerbsgesetz, S. 53. Treffend zu Artt. 8, 11 KG auch *Baldi*, in: *Zäch*, Kartellgesetz, S. 17: „Es handelt sich dabei um politische Entscheide, die in die Kompetenz einer politisch legitimierten Behörde gehören – und nicht in jene einer technischen Behörde, wie sie die Wettbewerbskommission darstellt.“ Dennoch ist der Bundesrat bei einer solchen Ausnahmeentscheidung insbesondere durch den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gem. Art. 94 BV limitiert (vgl. *Chabloy*, L'autorisation exceptionnelle, Rn. 540 ff.).

kann die Abgrenzung zwischen ökonomischen und nicht-ökonomischen Erwägungen im Einzelfall schwierig sein.¹²⁶⁹ So spricht etwa viel dafür, dass gem. Art. 5 Abs. 2 KG zu berücksichtigende Effizienzgewinne jedenfalls teilweise an die Verbraucher weitergegeben werden.¹²⁷⁰ Eindeutig erscheint dagegen beispielsweise, dass kulturelle Anliegen nur gem. Art. 8, 11 KG berücksichtigt werden können.¹²⁷¹

638 Schweizerische Besonderheiten wurden insbesondere auch bei den Vorschriften über die Fusionskontrolle berücksichtigt. Diese wurden bewusst locker gestaltet – insbesondere durch hohe Aufgreifschwelle sowie das Erfordernis der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs anstelle der international üblicheren Behinderung.¹²⁷² Als Begründung hierfür diene insbesondere das Argument, dass eine höhere Konzentrationsrate in der Schweiz durchaus gerechtfertigt sein könne, weil schweizerische Unternehmen auf dem Heimatmarkt allein häufig kaum die für ein Bestehen im internationalen Wettbewerb notwendigen Skalenerträge erreichen könnten.¹²⁷³ Die Folge des permissiven Ansatzes war eine im internationalen Vergleich sehr schwache Wirkung des schweizerischen Fusionskontrollregimes.¹²⁷⁴ Auch heute noch zeichnen sich Schweizer Märkte durch eine extrem hohe Konzentrationsrate aus.¹²⁷⁵ So entfielen etwa ausweislich einer für das Staatssekretariat für Wirtschaft erstellten Studie im Jahr 2016 ca. 80 % der Vollzeitäquivalent-Arbeitsstellen in der Schweiz auf die 10 % der größten Unternehmen.¹²⁷⁶

1269 Krauskopf/Schaller, in: Amstutz/Reinert, BSK KG, Art. 5 Rn. 272.

1270 Vgl. Borer/Borer, OFK KG, Art. 5 Rn. 46; Krauskopf/Schaller, in: Amstutz/Reinert, BSK KG, Art. 5 Rn. 274.

1271 Vgl. Stoffel, in: Ducrey/Zimmerli, SIWR V/2, B. Rn. 220 f.

1272 Baldi, in: Zäch, Kartellgesetz, S. 16, 19.

1273 Vgl. Ruffner, in: Zäch/Zweifel, Kartellrechtsreform, S. 215, 238; Tercier, ZSR/RDS 1/1993, S. 416.

1274 Vgl. Jaag/Rutz/Jacober, Einführung des SIEC-Tests, S. 23: „Die heutige Situation in der Schweiz im Bereich der Fusionskontrolle kann wie folgt zusammengefasst werden: Infolge des restriktiven Marktbeherrschungstests ist es heute kaum möglich eine Fusion auf Basis einer Einzelmarktbeherrschung zu untersagen. Eine Intervention der WEKO aufgrund unilateraler Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle – wie dies gegenwärtig in den meisten europäischen Ländern möglich ist – scheint sodann ausgeschlossen. [...] Die Fusionskontrolle in der Schweiz ist somit als permissiv zu bezeichnen: Sie erlaubt es nur beschränkt, den volkswirtschaftlich schädlichen Auswirkungen von Zusammenschlüssen Rechnung zu tragen bzw. künftige Wettbewerbsbeschränkungen zu vermeiden.“

1275 Clerc/Këllezli, in: Martenet/Bovet/Tercier, Commentaire Romand LCart, Art. 4 II Rn. 2.

1276 Dembinski, Affaiblissement de la dynamique de marché ?, S. 14.

e) Diskussion um Aufnahme von Entflechtungsvorschriften

Ausweislich des zum Erlass des KG 95 führenden Revisionsauftrags des 639
Vorstehers des Volkswirtschaftsdepartements sollte die Einführung von
Entflechtungsvorschriften für marktmächtige Unternehmen von der für
die Erarbeitung eines Entwurfs zuständigen Studienkommission geprüft
werden: „Für marktmächtige Unternehmen ist der Missbrauchstatbestand
konkreter zu fassen, insbesondere durch eine beispielhafte Nennung von
Praktiken, in denen sich der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stel-
lung äussert. Im Sinne eines umfassenden Ansatzes ist die Einführung einer
präventiven Fusionskontrolle und einer Entflechtungsmöglichkeit zu prü-
fen.“¹²⁷⁷ Bei bloßer Betrachtung des Revisionsauftrags bleibt unklar, ob mit
dem letzten Abschnitt nur die fusionskontrollrechtliche Entflechtungsmög-
lichkeit (Rn. 51 ff.) gemeint war.¹²⁷⁸ Untersucht man jedoch das Zustande-
kommen des Revisionsauftrages, zeigt sich, dass im Zuge der Totalrevision
von 1995 durchaus auch die Möglichkeit der Einführung einer allgemeinen
Entflechtungskompetenz im Raum stand:

In einem vertraulichen Dokument der schon vor der Einsetzung der Stu- 640
dienkommission bestehenden informellen Arbeitsgruppe (bestehend aus
Marino Baldi, Pierre Tercier, Bruno Schmidhauser und *Kuno Hämisegger*)
vom 14.08.1992 heisst es, dass zur Abhilfe der mit marktmächtigen Unter-
nehmen (*entreprises dominantes*) zusammenhängenden Wettbewerbspro-
bleme (Rn. 103 ff.) prinzipiell drei Möglichkeiten offen stünden:

- Das Verbot des Missbrauchs marktmächtiger Positionen,
- das Verhindern der Entstehung marktmächtiger Positionen durch Fusi-
onskontrollvorschriften und
- die Entflechtung marktmächtiger Unternehmen.¹²⁷⁹

1277 BBl. 1995 I, S. 489 f.

1278 Vgl. Zäch/Heizmann, in: Rüssli/Hänni/Häggi Furrer, FS Jaag, S. 571.

1279 Bundesarchiv Bern, Signatur E 7001 (C) 2000 / 124 BD: 75 # 310,2; Groupe de
travail pour la révision de la loi sur les cartels: Rapport et proposition, S. 5: „Il
est en principe possible de remédier à ces problèmes en prenant des mesures à trois
niveaux, par ailleurs complémentaires:

-les entreprises dominantes peuvent se voir interdire une exploitation abusive de leur
position;

-l'apparition de positions dominantes peut être prévenue par un contrôle des fusions
d'entreprises;

-les entreprises ayant une position dominante peuvent être démantelées.“

- 641 Das schon damals bestehende Marktmachtmissbrauchsverbot sollte nach den Vorstellungen der Gruppe insbesondere durch eine konkretere Formulierung verschärft werden und auch die Einführung von Fusionskontrollvorschriften wurde explizit gefordert.¹²⁸⁰ Damit wurde prinzipiell eine Angleichung des Kartellgesetzes an internationale Standards gefordert. Bemerkenswerterweise wurde in dem Dokument aber auch die Einführung einer Entflechtungsmöglichkeit für solche Fälle thematisiert, in denen wirksamer Wettbewerb nicht anders zu erreichen ist: „*Quant au démantèlement des entreprises dominantes, il conviendrait d'examiner cette mesure pour les cas dans lesquelles la concurrence efficace ne peut tout simplement pas être réalisée par d'autres moyens, aussi rares ce genre de cas soient-ils.*“¹²⁸¹ Dieser vertrauliche Bericht wiederum lag offensichtlich der Verfügung des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartaments über die Einsetzung der Studienkommission „Revision des Kartellgesetzes“ vom 07.12.1992¹²⁸² zugrunde. So entspricht die Formulierung am Schluss des vertraulichen Dokuments vom 14.08.1992 derjenigen in der späteren Verfügung (Rn. 639) nahezu wörtlich: „*Quant aux entreprises dominantes, il faut concrétiser ce qu'on entend par pratiques abusives, en particulier en dressant une liste illustrative de pratiques indiquant un abus de position dominante. L'introduction d'un contrôle préventif des fusions ainsi que d'une possibilité de démantèlement doivent être examinées.*“¹²⁸³
- 642 Einer solchen allgemeinen Entflechtungsmöglichkeit wäre vor allem dann Bedeutung zugekommen, wenn der Gesetzgeber sich nicht für die Einführung eines präventiven Fusionskontrollregimes entschieden hät-

1280 Bundesarchiv Bern, Signatur E 7001 (C) 2000 / 124 BD: 75 # 310,2; Groupe de travail pour la révision de la loi sur les cartels: Rapport et proposition, S. 5.

1281 Bundesarchiv Bern, Signatur E 7001 (C) 2000 / 124 BD: 75 # 310,2; Groupe de travail pour la révision de la loi sur les cartels: Rapport et proposition, S. 6.

1282 Bundesarchiv Bern, Signatur E 7001 (C) 2000 / 124 BD: 75 # 310,2 bzw. oben Fn. 1277.

1283 Bundesarchiv Bern, Signatur E 7001 (C) 2000 / 124 BD: 75 # 310,2; Groupe de travail pour la révision de la loi sur les cartels: Rapport et proposition, S. 8. Die offizielle französische Übersetzung der Verfügung des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartaments lautet dagegen leicht abweichend: „*Dans le domaine des entreprises puissantes sur le marché, les éléments constitutifs de l'abus seront cernés concrètement, en les illustrant d'exemples de pratiques où se reflète l'exploitation abusive d'une position dominante. Pour compléter ces règles, il convient de se pencher sur l'introduction d'un contrôle préventif des concentrations d'entreprises et d'une possibilité de leur démantèlement.*“ (FF 1995 I, S. 493).

te.¹²⁸⁴ In dem im Vernehmlassungsverfahren veröffentlichten Vorentwurf der Studienkommission zum KG 95 war aber bereits ein präventives Fusionskontrollregime vorgesehen. Dementsprechend wurden dort auch Entflechtungsvorschriften nur noch in diesem Zusammenhang genannt. Insbesondere war in dem Vorentwurf – ähnlich dem tatsächlich in Kraft getretenen Art. 37 KG (Rn. 53) – für den Fall rechtswidrig vollzogener Zusammenschlüsse ein Art. 42¹²⁸⁵ mit der Überschrift „Entflechtung“ bzw. „*Déconcentration*“¹²⁸⁶ vorgesehen. Auch im Übrigen taucht der Begriff „Entflechtung“ in den Vernehmlassungsunterlagen – soweit ersichtlich – nur noch im Zusammenhang mit der umstrittenen Einführung von präventiven Fusionskontrollvorschriften auf.¹²⁸⁷ Art. 42 des Vorentwurfs sollte ausweislich des Vernehmlassungsberichts zwar nur „marginale Bedeutung“¹²⁸⁸ bzw. „*un rôle marginal*“¹²⁸⁹ zukommen. Dennoch wurde etwa von *Leo Schürmann* in einer Stellungnahme kritisiert, dass in der Norm der „staatliche

1284 Vgl. dazu die E-Mail vom 25.05.2025 von *Marino Baldi* an den Verfasser dieser Arbeit: „Wenn zu Beginn der 1990er Jahre im Auftrag des Bundesrates an die Studienkommission für die Totalrevision des Kartellgesetzes die Rede davon war, dass im Sinne eines umfassenden Ansatzes (das heisst abgesehen von Bestimmungen über Kartelle und marktbeherrschende Unternehmen) auch die ‚Einführung einer Fusionskontrolle und einer Entflechtungsmöglichkeit‘ in Betracht zu ziehen sei, so war besagte Entflechtungsmöglichkeit in erster Linie für den Fall gedacht, dass nicht eine präventive, sondern die weniger ‚invasive‘ Variante einer nachträglichen Fusionskontrolle vorgeschlagen würde. Das Prinzip einer ex-post-Fusionskontrolle war somit zwar eine Zeitlang als vage Möglichkeit in Arbeitsgruppen mitdiskutiert worden, dies aber nie mit einer ernst zu nehmenden Chance für eine tatsächliche Berücksichtigung.“

1285 „¹ Haben sich Unternehmen zusammengeschlossen, ohne die hierfür notwendige Genehmigung einzuholen, wird das Verfahren nach Artikel 41 von Amtes wegen durchgeführt. ² Der Wettbewerbsrat ordnet gegebenenfalls die Entflechtung der Unternehmen an, sofern nicht damit zu rechnen ist, dass die Entwicklung im betreffenden Markt zu wirksamem Wettbewerb führt.“ (Bundesarchiv Bern, Signatur E 7001 D 2005 / 345 BD: 160; Vorentwurf vom 03.09.1993, S. 15)

1286 Bundesarchiv Bern, Signatur E 7001 D 2005 / 345 BD: 160 # 4311-1; Avant-projet du 03/09/1993, S. 15.

1287 Vgl. Bundesarchiv Bern, Signatur E 7001 D 2005 / 345 BD: 160 # 4311-1; Vernehmlassungsbericht vom 03.09.1993, S. 35, 36, 39.

1288 Bundesarchiv Bern, Signatur E 7001 D 2005 / 345 BD: 160 # 4311-1; Vernehmlassungsbericht vom 03.09.1993, S. 42.

1289 Bundesarchiv Bern, Signatur E 7001 D 2005 / 345 BD: 160 # 4311-1; Rapport de consultation, S. 41.

Fusionsintervenismus“ kulminiere.¹²⁹⁰ Eine allgemeine Entflechtungskompetenz wäre wohl auf noch erheblichere Kritik gestoßen und wurde im Zusammenhang mit dem Gesetzgebungsverfahren auch in der Wissenschaft nur am Rande erörtert.¹²⁹¹ Dies dürfte sich unter anderem damit erklären lassen, dass das in besonderer Weise als Vorbild für die Revision dienende EG-Kartellrecht solche Vorschriften zum damaligen Zeitpunkt ebenfalls nicht kannte, sehr wohl aber ein präventives Fusionskontrollregime.¹²⁹²

f) Schlussfolgerungen

- 643 Mit dem KG 95 wurde in der Schweiz erstmals der Wettbewerb als Institution zum zentralen Schutzgut eines Kartellgesetzes erklärt und das international etablierte Dreisäulenmodell eingeführt. Marktmächtige Unternehmen wurden zwar – insbesondere in der Fusionskontrolle – weiterhin grundsätzlich wohlwollend behandelt. Die Konzeption des KG 95 ist aber wettbewerbstheoretisch offen und dürfte der Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz als zusätzlich „vierte Säule“ daher nicht entgegenstehen.

2. Revision von 2003

- 644 Die Kartellgesetzrevision von 2003 brachte erhebliche Verschärfungen und einen weiteren Paradigmenwechsel¹²⁹³ bzw. Quantensprung¹²⁹⁴ mit sich: Insbesondere ging mit der Revision von 2003 eine weitere Abkehr vom Missbrauchsprinzip einher, wonach Wettbewerbsbeschränkungen grund-

1290 Bundesarchiv Bern, Signatur J 1.298 2003 / 36 BD: 96 # 741; Kritische Bemerkungen zum Entwurf vom 28. September 1993 eines Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, S. 42.

1291 Eine kurze Erwähnung ohne konkreten Bezug zum Gesetzesentwurf findet sich etwa bei *Ruffner*, in: *Zäch/Zweifel*, Kartellrechtsreform, S. 221 f.

1292 Im europäischen Wettbewerbsrecht bestand ab 1990 ein präventives Fusionskontrollregime (Rn. 445). Strukturelle Abhilfemaßnahmen bei Kartellrechtsverstößen wurden erst mit der KartellVO von 2003 ermöglicht (Fn. 488). Ein zur missbrauchsunabhängigen Entflechtung berechtigendes *New Competition Tool* für die Europäische Kommission wurde in jüngerer Vergangenheit verschiedentlich diskutiert, bislang aber nicht eingeführt (Rn. 350, 397).

1293 So etwa *Heinemann*, ZSR/RDS 2016, S. 448 und *Stoffel*, in: *Stoffel/Zäch*, Kartellgesetzrevision, S. 9.

1294 *Stoffel*, in: *Hänni*, FS Fleiner, S. 685.

sätzlich zulässig sind und ein Verstoß gegen sie erst nach der rechtskräftigen Feststellung der Rechtswidrigkeit sanktionierbar ist.¹²⁹⁵ So sieht Art. 49a Abs. 1 KG seit 2003 nunmehr direkte Sanktionen für Verstöße gegen Artt. 5, 7 KG vor. Daneben wurden etwa ein Bonus- bzw. Kronzeugenprogramm geschaffen (Art. 49a Abs. 2 KG) und die Regelungen über die Befugnis der Wettbewerbskommission zu Hausdurchsuchungen konkretisiert (Art. 42 Abs. 2 KG). Anlass für diese Änderungen war insbesondere, dass die vom schweizerischen Konzern *Hoffmann-La Roche* initiierten „Vitaminskartelle“ in dessen Heimatland – anders als in der EU und den USA – unter Geltung des alten Kartellgesetzes ohne Sanktionen bleiben mussten, was zu Irritationen in der Öffentlichkeit führte.¹²⁹⁶

3. Revisionen ab 2021

Nach dem Scheitern eines weiteren Revisionsvorhabens von 2012,¹²⁹⁷ das 645 unter anderem eine institutionelle Reform der Wettbewerbskommission sowie eine Einführung des europäischen SIEC-Tests in der Schweiz enthielt,¹²⁹⁸ wurde mit der Kartellgesetzrevision von 2021 – im Anschluss an den deutschen § 20 GWB – das Institut der relativen Marktmacht in Art. 4 Abs. 2^{bis} KG eingeführt.¹²⁹⁹ Ein grundlegender Wandel am Charakter des Kartellgesetzes war damit aber nicht verbunden.

1295 *Heinemann*, ius.full 2021, S. 167 f. Ausführlich zum Übergang des schweizerischen Wettbewerbsrechts vom Missbrauchs- zum Verbotprinzip: *Heinemann*, in: *Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler*, DIKE-KG, Nach Art. 1 Rn. 78 ff.

1296 *Stoffel*, in: *Stoffel/Zäch*, Kartellgesetzrevision, S. 2 f. Vgl. auch *Heinemann*, in: *Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler*, DIKE-KG, Nach Art. 1 Rn. 76.

1297 BBl. 2012 3905; übersichtlich dazu *Ducrey*, in: *Marbach/Ducrey/Wild*, Immateriälgüter- und Wettbewerbsrecht, Rn. 1365 sowie *Martenet/Tercier*, in: *Martenet/Bovet/Tercier*, Commentaire Romand LCart, Intro. LCart Rn. 104 ff. Das Scheitern der Reform lässt sich wohl mit dem Fehlen „exogener Schocks“ erklären, die regelmäßig zu Entwicklungsschüben im Wettbewerbsrecht führen (vgl. *Heinemann*, in: *Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler*, DIKE-KG, Nach Art. 1 Rn. 76).

1298 Zu einem Vergleich des unionsrechtlichen SIEC-Kriteriums mit dem hergebrachten schweizerischen Marktbeherrschungs- und dem US-amerikanischen SLC-Test siehe *Botteron*, Le contrôle des concentrations, Rn. 1379 ff. Der SLC-Test wird auch im Vereinigten Königreich angewandt (Rn. 457).

1299 Zu der Revision vgl. *Kaufmann*, Sic! 2022, S. 181 ff. sowie *Krauskopf/Schopf*, D'Kart vom 17.05.2021. Instruktiv zum Institut der relativen Marktmacht auch *Weber/Volz*, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.496 ff.

646 Am 24.05.2023 verabschiedete der Bundesrat die Botschaft zu einer weiteren Teilrevision des Kartellgesetzes.¹³⁰⁰ Im Hinblick auf die Marktstrukturkontrolle ist insbesondere die erneut geplante Anpassung der Fusionskontrollvorschriften durch die Einführung des SIEC-Tests in Art. 10 Abs. 2 KG-Entwurf hervorzuheben.¹³⁰¹ Zudem sollen gem. Art. 9 Abs. 1^{bis} KG-Entwurf unter bestimmten Umständen Fusionskontrollentscheidungen der Europäischen Kommission anerkannt werden (Rn. 681 f.). Hintergrund der Anpassungen ist hauptsächlich eine Harmonisierung mit dem Recht der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten.¹³⁰² Die Notwendigkeit eines fusionskontrollrechtlichen Sonderwegs für die „kleine offene Volkswirtschaft Schweiz“ (Rn. 634, 638) wird offenbar nicht mehr gesehen. Vielmehr scheint das Gegenteil der Fall zu sein, wenn als ein Grund der Revision angeführt wird, dass der SIEC-Test „die Tendenz zu konzentrierten Märkten, welche durch wenige und grosse Wettbewerber gekennzeichnet sind, in der Schweiz verringern könnte.“¹³⁰³ Hierin kommt ein zunehmend konzentrationskritisches Wettbewerbsverständnis zum Ausdruck. Isoliert hiervon wird derzeit auch eine institutionelle Reform der Wettbewerbskommission vorbereitet (Rn. 735).

IV. Schlussfolgerungen

647 Wirtschaftliche Machtkonzentrationen und Kartelle wurden in der Schweiz lange Zeit wohlwollend behandelt. Ein wettbewerbliches Problembewusstsein entwickelte sich erst vergleichsweise spät. Mittlerweile handelt es sich beim schweizerischen Kartellgesetz aber um ein weitgehend am EU-Recht orientiertes Dreisäulenmodell ohne die Möglichkeit missbrauchsunabhängiger Entflechtungen für Marktversagenstatbestände, bei denen die klassischen kartellrechtlichen Befugnisse nicht ausreichen.

648 Es stellt sich in der Schweiz also in gleicher Weise wie aktuell im europäischen und bis 2023 im deutschen Recht (NCT bzw. § 32f GWB) die Frage nach der Zweckmäßigkeit eines solchen Instruments. Das offene wettbewerbspolitische Leitbild des wirksamen Wettbewerbs unter dem Kartellge-

1300 BBl. 2023 1463. Zu den Inhalten vgl. *Stäuber/Thomann*, SZK/RSDC 2023, S. 139 ff. Mittlerweile (Dezember 2025) ist nach parlamentarischer Beratung der Schlussabstimmungstext veröffentlicht worden ((23.047) – XXIV 2023-1573).

1301 Kritisch dazu *Jacobs/Giger*, in: *Ducrey/Zimmerli*, SIWR V/2, E. Rn. 22.

1302 Vgl. BBl. 2023 1463, S. 20 ff.

1303 BBl. 2023 1463, S. 21.

setz dürfte einer Einführung jedenfalls nicht entgegenstehen. Wirtschaftliche Machtkonzentrationen werden ohnehin zunehmend kritisch beurteilt.

B. Vereinbarkeit einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz mit höherrangigem Recht

Bevor eine Handlungsempfehlung an den schweizerischen Gesetzgeber ausgesprochen werden kann, stellt sich die Frage der Vereinbarkeit einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz mit höherrangigem Recht. Im folgenden Abschnitt wird daher der verfassungs- (I.), unions- (II.) und völkerrechtliche (III.) Rahmen dargelegt. Die Erkenntnisse werden schlussfolgernd gewürdigt (IV.). 649

I. Verfassungsrecht

Mit Blick auf das Verfassungsrecht stellt sich zunächst die Frage, ob es eine Gesetzgebungszuständigkeit für die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz gibt (1.). Sodann ist fraglich, ob eine solche Norm mit den Grundrechten der betroffenen Unternehmen vereinbar wäre (2.). 650

1. Gesetzgebungszuständigkeiten

Verfassungsrechtliche Vorgaben zur Wettbewerbsgesetzgebung enthält der Abschnitt „Wirtschaft“ über die Zuständigkeiten von Bund und Kantonen. Namentlich sind in diesem Zusammenhang Art. 94 BV (a) und Art. 96 BV (b) zu beachten.¹³⁰⁴ 651

a) Art. 94 BV

Art. 94 BV statuiert die Grundsätze der Wirtschaftsordnung. Insbesondere haben sich Bund und Kantone gem. Art. 94 Abs. 1 BV an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zu halten. Der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit enthält dabei den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, also das grundsätzliche 652

1304 Vgl. Zäch/Heizmann, in: Rüssli/Hänni/Häggi Furrer, FS Jaag, S. 574.

Verbot wettbewerbsverzerrender staatlicher Maßnahmen.¹³⁰⁵ Konkret hat der Staat die zentralen Elemente des Marktmechanismus zu respektieren und darf das Spiel von Angebot und Nachfrage nicht verzerren oder gar ausschalten.¹³⁰⁶ Zudem muss er aufgrund des aus Art. 94 BV i.V.m. Art. 27 BV folgenden Wettbewerbsoptimierungsgebots möglichst wettbewerbsfreundliche Verhältnisse schaffen.¹³⁰⁷

- 653 Art. 94 BV vermittelt dem Bund jedoch – trotz seiner systematischen Verortung – keine Kompetenzen,¹³⁰⁸ sodass er auch nicht als Grundlage für die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz herangezogen werden kann. Ihm kommt dagegen insbesondere als Schranke für Eingriffe in das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit aus Art. 27 BV Bedeutung zu (Rn. 663).

b) Art. 96 BV

- 654 Gem. Art. 96 Abs. 1 BV erlässt der Bund Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen. Art. 96 BV bildet die Grundlage für aktive Wettbewerbspolitik zur Gewährleistung von Wettbewerb zwischen Privaten.¹³⁰⁹ Durch Art. 96 BV in seiner aktuellen Fassung steht es nicht mehr im Belieben des Gesetzgebers, ein Kartellgesetz zu erlassen; er ist dazu nun vielmehr von Verfassungs wegen verpflichtet.¹³¹⁰ Art. 96 BV enthält auch keinen Hinweis mehr auf eine mögliche Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit. Dass das Wettbewerbsrecht hierdurch nicht mehr als Ausnahme vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, sondern als dessen immanente Schranke anerkannt wird, „ist als geradezu kartellphilosophischer Meilenstein zu würdigen.“¹³¹¹

1305 Biaggini, OFK BV, Art. 94 Rn. 5; vgl. auch Uhlmann, in: Waldmann/Belser/Epiney, BSK BV, Art. 94 Rn. 5 ff.

1306 Rhinow, in: Thürer/Aubert/Müller, Verfassungsrecht, S. 572. Vgl. auch Martenet, in: Martenet/Dubey, Commentaire Romand Cst., Art. 94 Rn. 26: „l'Etat doit **s'abstenir de fausser la concurrence.**“

1307 Biaggini, OFK BV, Art. 96 Rn. 4.

1308 Uhlmann, in: Waldmann/Belser/Epiney, BSK BV, Art. 94 Rn. 2 m.w.N.

1309 Biaggini, OFK BV, Art. 96 Rn. 4.

1310 Heinemann, ius.full 2021, S. 169.

1311 Heinemann, ius.full 2021, S. 169. Siehe dazu auch Tercier/Martenet, in: Martenet/Bovet/Tercier, Commentaire Romand LCart, Introduction générale, Rn. 32: „La politique en matière de concurrence apparaît non plus comme une exception

Aus Art. 96 BV lässt sich im Zusammenspiel mit anderen wirtschafts- 655
verfassungsrechtlichen Normen die ordnungspolitische Grundentscheidung für eine wettbewerbliche Koordinierung der Privatwirtschaft entnehmen.¹³¹² Der Staat will Wettbewerb.¹³¹³ Der zwingende Auftrag zur Wettbewerbsgesetzgebung in Art. 96 BV ist dabei der Einsicht geschuldet, dass Wettbewerb ohne „Spielregeln“ nicht funktionieren kann (Rn. 142), Wettbewerbspolitik mithin „systemnotwendig“¹³¹⁴ ist.

Dabei liegt der Verfassung kein spezifischer Wettbewerbsbegriff zugrunde. Vielmehr teilt Art. 96 BV das offene wettbewerbstheoretische Konzept des KG 95 (Rn. 631 ff.), was die Berücksichtigung neuer wettbewerbstheoretischer Erkenntnisse im Rahmen eines gesetzgeberischen und behördlichen Konkretisierungsspielraums ermöglicht.¹³¹⁵ Auch äußert sich Art. 96 BV nicht zu den Mitteln der Kartellpolitik, weshalb der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers beträchtlich ist.¹³¹⁶ Durch den Wortlaut von Art. 96 Abs. 1 BV wird zudem klargestellt, dass der Gesetzgebungsauftrag nicht nur schädliche Auswirkungen von Kartellen im eigentlichen Sinn erfasst, sondern auch sonstige Wettbewerbsbeschränkungen. Der Begriff der Wettbewerbsbeschränkungen ist weit zu verstehen.¹³¹⁷ Umfasst ist etwa auch die Zusammenschlusskontrolle.¹³¹⁸ Zu beachten ist zwar, dass Art. 96 BV nur ein Einschreiten gegen „volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen“ von Wettbewerbsbeschränkungen erlaubt. Der Verweis auf schädliche Auswirkungen ist auch nicht als bloße Förmelerei zu verstehen, sondern

à ce principe [...] mais comme un outil favorisant son accomplissement“. Zum Streitstand vor der Verfassungsrevision von 1999 vgl. *Rhinow/Biaggini*, in: *Zäch/Zweifel*, Kartellrechtsreform, S. 95 ff.

1312 *Hettich*, Wirksamer Wettbewerb, Rn. 209; *Vallender/Hettich*, in: *Ehrenzeller/Egli/Hettich/Hongler/Schindler/Schmid/Schweizer*, SGK BV, Art. 27 Rn. 98 m.w.N., Art. 94 Rn. 16.

1313 *Schott*, Staat und Wettbewerb, Rn. 629.

1314 *Biaggini*, OFK BV, Art. 96 Rn. 2.

1315 Vgl. *Biaggini*, OFK BV, Art. 96 Rn. 3, 5; *Moeckli*, in: *Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler*, DIKE-KG, Art. 1 Rn. 42; *Uhlmann*, in: *Waldmann/Belser/Epiney*, BSK BV, Art. 96 Rn. 5.

1316 Vgl. BBl. 1997 I, S. 301. Siehe dazu etwa *Heinemann*, in: *Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler*, DIKE-KG, Nach Art. 1 Rn. 88 sowie *Martenet/Heinemann*, *Droit de la concurrence*, S. 44.

1317 *Moeckli*, in: *Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler*, DIKE-KG, Art. 1 Rn. 23; *Uhlmann*, in: *Waldmann/Belser/Epiney*, BSK BV, Art. 96 Rn. 15; vgl. auch *Jacobs*, in: *Ehrenzeller/Egli/Hettich/Hongler/Schindler/Schmid/Schweizer*, SGK BV, Art. 96 Rn. 15, wonach „möglichst alle wettbewerbsbeschränkenden Gebilde erfasst werden sollen“.

1318 *Martenet*, in: *Martenet/Dubey*, *Commentaire Romand Cst.*, Art. 96 Rn. 25.

soll die staatlichen Interventionsmöglichkeiten effektiv einschränken.¹³¹⁹ Deshalb wäre in der Schweiz etwa auch ein generelles Kartellverbot mit Erlaubnisvorbehalt nach dem früheren EU-Modell verfassungsrechtlich unzulässig.¹³²⁰ Zulässig sind jedoch sog. selektive *per se*-Verbote, also partielle Verbote von nachweislich besonders schädlichen Abreden oder Verhaltensweisen.¹³²¹

- 657 Die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz könnte also auf Art. 96 Abs. 1 BV gestützt werden, soweit diese tatbestandsmäßig eine Wettbewerbsbeschränkung und ihre schädlichen Auswirkungen erfassen würde. Eine primär an die bloße Marktbeherrschung anknüpfende Entflechtungskompetenz wäre dagegen möglicherweise nicht verfassungskonform.¹³²² Die Einführung einer solchen wäre dem schweizerischen Gesetzgeber aber ohnehin nicht zu empfehlen. Vielmehr dürfte mittlerweile hinreichend klar sein, dass sich eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz nur gegen erwiesenermaßen besonders schädliche Marktstrukturen richten kann (Rn. 215 ff., 220 ff., 233 ff., 635). Soweit der Gesetzgeber sich für ein an anerkannten Schadenstheorien orientiertes Tatbestandsmerkmal wie etwa der „erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs“ aus dem deutschen Recht (Rn. 278 ff.) oder dem britischen *adverse effect on competition* (Rn. 492 ff.) entscheidet, dürfte Art. 96 Abs. 1 BV der Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz aber nicht entgegenstehen.

2. Grundrechte

- 658 Als von einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz betroffene Grundrechte kommen insbesondere Art. 26 BV (a) und Art. 27 BV (b)

1319 Birkhäuser, in: Amstutz/Reinert, BSK KG, Art. 1 Rn. 52; Martenet/Tercier, in: Martenet/Bovet/Tercier, Commentaire Romand LCart, Art. 1 Rn. 27.

1320 Vgl. Biaggini, OFK BV, Art. 96 Rn. 6; Jacobs, in: Ehrenzeller/Egli/Hettich/Hongler/Schindler/Schmid/Schweizer, SGK BV, Art. 96 Rn. 17; Martenet/Heinemann, Droit de la concurrence, S. 61.

1321 BGE 135 II 60, 67.

1322 Vgl. Zäch/Heizmann, in: Rüssli/Hänni/Häggi Furrer, FS Jaag, S. 574. Allerdings stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber nicht zulässigerweise die Marktbeherrschung als solche als besonders schädliche Wettbewerbsbeschränkung einstufen könnte, da ihre negativen Folgen grundsätzlich anerkannt sind.

in Betracht.¹³²³ Diese können unter den Voraussetzungen des Art. 36 BV (c) eingeschränkt werden.

a) Art. 26 BV

Gem. Art. 26 Abs. 1 BV ist das Eigentum gewährleistet. „Eigentum“ meint dabei neben vermögenswerten und sog. wohlverworbenen Rechten insbesondere das private, sachenrechtliche Eigentum.¹³²⁴ Ein Eingriff in das Eigentum kann durch jedes öffentliche Interesse gerechtfertigt sein, solange es nicht rein fiskalischer Natur ist.¹³²⁵ Auch Enteignungen und ihnen gleichkommende Eigentumsbeschränkungen sind grundsätzlich zulässig. Art. 26 Abs. 2 BV erfordert für sie aber – entsprechend der schweizerischen Verfassungstradition¹³²⁶ – explizit eine Entschädigung in voller Höhe. Die Vorschrift soll bewirken, dass dem Enteigneten weder ein finanzieller Schaden noch eine Bereicherung verbleibt.¹³²⁷ 659

Bei einer Entflechtungsanordnung handelt es sich um eine formelle Enteignung bzw. Administrativenteignung, auch wenn das Eigentum nicht an den Staat übergeht.¹³²⁸ Die Entschädigungsvorschrift des Art. 26 Abs. 2 BV ist bei formellen Entscheidungen stets einschlägig,¹³²⁹ eine Entschädigung in voller Höhe für Entflechtungen damit zwingend erforderlich.¹³³⁰ Maßgeblich ist dabei in erster Linie der Verkehrswert, also der Wert, den der Enteignungsgegenstand für einen beliebigen Käufer aufweist.¹³³¹ Hinzutreten kann eine Entschädigung für weitere Nachteile (Inkonvenienzen).¹³³² Dies betrifft etwa in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Enteignung stehende Aufwendungen.¹³³³ In vereinzelt kantonalen Regelungen 660

1323 Vgl. Zäch/Heizmann, in: Rüssli/Hänni/Häggi Furrer, FS Jaag, S. 572.

1324 Rhinow, in: Thüerer/Aubert/Müller, Verfassungsrecht, S. 573.

1325 BGE 106 Ia 94, 96 f.; 102 Ia 104, 114.

1326 Vgl. Biaggini, OFK BV, Art. 26 Rn. 1.

1327 Dubey, in: Martenet/Dubey, Commentaire Romand Cst., Art. 26 Rn. 136.

1328 Böni, sic! 2012, S. 82 f.

1329 Kiener/Kälin/Wyttenbach, Grundrechte, § 30 Rn. 71.

1330 Ausnahmen sind zwar für polizeiliche Eigentumsbeschränkungen zur Abwehr von ernsthaften und unmittelbaren Gefahren denkbar, aufgrund der gebotenen engen Auslegung dieser Fallgruppe dürfte sie aber bei missbrauchsunabhängigen Entflechtungen nicht einschlägig sein (instruktiv BGE 106 Ib 336, 338 f. sowie Biaggini, OFK BV, Art. 26 Rn. 34).

1331 BGE 113 Ib, 39, 41.

1332 Biaggini, OFK BV, Art. 26 Rn. 38; Müller/Schefer, Grundrechte, S. 1037 f.

1333 Kiener/Kälin/Wyttenbach, Grundrechte, § 30 Rn. 79.

ist auch ein „Unfreiwilligkeitszuschlag“ vorgesehen, der verfassungsrechtlich aber nicht erforderlich ist.¹³³⁴

- 661 Während also im Vereinigten Königreich überhaupt keine Entschädigung für missbrauchsunabhängige Entflechtungen erforderlich ist und sich in Deutschland über deren verfassungsrechtlich notwendige Höhe trefflich streiten lässt (Rn. 322 ff.), gibt die schweizerische Bundesverfassung hierzu klare Vorgaben und verlangt eine Entschädigung des vollen Werts. Dem kommt insbesondere dann Bedeutung zu, wenn bei einer Veräußerung infolge einer Entflechtungsanordnung – etwa aufgrund von Zeitdruck – nicht der volle Markt- bzw. Verkehrswert erzielt werden kann. Der Staat muss für diesen Fall eine Preisgarantie übernehmen.¹³³⁵

b) Art. 27 BV

- 662 Gem. Art. 27 Abs. 1 BV ist die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet. Das Grundrecht wurde durch die Totalrevision der Bundesverfassung von 1999 geschaffen und trat an die Stelle der früheren Handels- und Gewerbebefreiheit.¹³³⁶ Es umfasst jede mit Gewinn- oder Erwerbserzielungsabsicht ausgeführte privatwirtschaftliche Tätigkeit.¹³³⁷ Während Art. 27 BV bei organisatorischen Entflechtungsformen (Rn. 24) das zuvörderst betroffene Grundrecht darstellt, dürfte es für die hier untersuchten eigentumsrechtlichen Entflechtungen allenfalls gleichrangige Bedeutung mit Art. 26 BV haben.¹³³⁸ Bei der Bewertung staatlicher Maßnahmen ist aber ohnehin der Sinngehalt aller betroffenen Grundrechte mitzuberücksichtigen.¹³³⁹
- 663 Die Legitimation von Eingriffen in die Wirtschaftsfreiheit unterscheidet sich danach, ob diese grundsatzkonform oder grundsatzwidrig sind – während erstere grundsätzlich zulässig sind, sind letztere grundsätzlich verboten.¹³⁴⁰ Zur allgemeinen Schrankennorm des Art. 36 BV tritt für Art. 27

1334 Vgl. *Biaggini*, OFK BV, Art. 26 Rn. 29.

1335 *Böni*, sic! 2012, S. 83.

1336 *Biaggini*, OFK BV, Art. 27 Rn. 1; *Kley* in: *Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler*, DIKE-KG, Vor Art. 1 Rn. 53.

1337 BGE 140 I 218, 229: „*toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu*“.

1338 Vgl. *Magnin*, Entflechtung im Infrastrukturbereich, Rn. 1036 f.

1339 *Biaggini*, OFK BV, Art. 27 Rn. 3; BGE 125 I 417, 422.

1340 Vgl. *Vallender/Hettich* in: *Ehrenzeller/Egli/Hettich/Hongler/Schindler/Schmid/Schweizer*, SGK BV, Art. 27 Rn. 56 ff.

BV also diejenige des Art. 94 Abs. 1 BV hinzu.¹³⁴¹ Insbesondere Eingriffe, die mit dem ordnungspolitischen Grundentscheid für eine wettbewerbliche Koordination der Privatwirtschaft (Rn. 655) in Einklang stehen, sind aber als grundsatzkonform anzusehen und damit grundsätzlich zulässig.¹³⁴² Eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz dient gerade dort der besseren Funktion des Wettbewerbs, wo dieser aufgrund verfestigter Strukturen seiner Koordinationsfunktion nicht vollständig nachkommen kann. Ihre Einführung in das Kartellgesetz dürfte demnach grundsatzkonform sein.

Art. 27 BV enthält zudem als besonderes – weiter als das allgemeine 664
Rechtsgleichheitsgebot gem. Art. 8 Abs. 1 BV reichendes – Gleichbehandlungsgebot den Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten bzw. Gewerbetreibenden. Nach diesem Grundsatz ist eine staatliche Ungleichbehandlung von Konkurrenten auch dann unzulässig, wenn sie zwar auf sachlichen Gründen beruht, aber einzelne Konkurrenten benachteiligt oder begünstigt (etwa durch staatlich geregelten Marktzugang oder – *nota bene* – Marktausschluss).¹³⁴³ Allerdings lässt das Bundesgericht Ausnahmen zu, wenn sie gewichtigen öffentlichen Interessen – etwa dem Umweltschutz oder der Kulturpolitik – dienen und den Wettbewerb nicht spürbar verzerren.¹³⁴⁴ Dabei fällt auf, dass die Rechtfertigungsgründe (jedenfalls soweit sie im öffentlichen Interesse und nicht der Person des Konkurrenten begründet liegen) nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts keine besonders triftigen sein müssen.¹³⁴⁵

Da wirksamer Wettbewerb, der durch eine missbrauchsunabhängige 665
Entflechtungskompetenz erreicht werden soll, ein verfassungsrechtlich anerkanntes Schutzgut ist (Rn. 655), dürfte es sich um ein hinreichend gewichtiges öffentliches Interesse zur Abweichung vom Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden handeln. Auch um eine „spürbare Wettbewerbsverzerrung“ dürfte es sich bei der Einführung bzw. Anwendung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz nicht handeln:

1341 Vgl. *Kiener/Kälin/Wyttenbach*, Grundrechte, § 31 Rn. 51 ff.

1342 *Vallender/Hettich* in: *Ehrenzeller/Egli/Hettich/Hongler/Schindler/Schmid/Schweizer*, SGK BV, Art. 27 Rn. 59; vgl. auch *Uhlmann*, in: *Waldmann/Belser/Epiney*, BSK BV, Art. 96 Rn. 8: „Heute dürfte unbestritten sein, dass Wettbewerbspolitik i.S.v. Art. 96 mit dem *Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit* in Einklang steht.“

1343 Vgl. BGE 121 I 129, 134 f.; *Biaggini*, OFK BV, Art. 27 Rn. 23 ff.

1344 BGE 125 I 431, 436.

1345 *Kiener/Kälin/Wyttenbach*, Grundrechte, § 31 Rn. 107.

- Zunächst dürfte schon begrifflich keine Wettbewerbsverzerrung vorliegen. Denn der Begriff der Wettbewerbsverzerrung meint regelmäßig gerade eine Wettbewerbsbeeinträchtigung durch die besonders starke Position eines Unternehmens.¹³⁴⁶ Zwar modifiziert (und verzerrt damit in gewisser Weise) eine missbrauchsunabhängige Entflechtung häufig – wenn auch nicht immer, vgl. oben Rn. 398 ff., 539 ff., 543 ff. – die Ergebnisse freien Wettbewerbs. Allerdings tut sie dies gerade dann, wenn der Wettbewerb bereits zugunsten eines oder mehrerer mächtiger Unternehmen verzerrt und nicht mehr funktionsfähig ist. Missbrauchsunabhängige Entflechtungen richten sich damit gegen Wettbewerbsverzerrungen.
- Der Begriff der spürbaren Wettbewerbsverzerrung impliziert zudem eine Interessenabwägung – so kann etwa eine Andersbehandlung des größeren gegenüber dem kleineren Wettbewerber gerechtfertigt sein.¹³⁴⁷ Dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetenossen dürfte daher jedenfalls genügt werden, wenn tatbestandlich sichergestellt ist, dass das von der Entflechtung betroffene Unternehmen einen besonderen Beitrag zur schädlichen Marktstruktur leistet.

c) Art. 36 BV

- 666 Gem. Art. 36 BV können Grundrechte auf einer gesetzlichen Grundlage (aa) eingeschränkt werden, soweit dies durch ein öffentliches Interesse oder den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt ist (bb), die Einschränkung verhältnismäßig ist (cc) und den Kerngehalt der Grundrechte nicht berührt (dd).

1346 So liegt etwa gem. Art. 4 Abs. 1 der EU-Drittstaaten-Subventionsverordnung (VO (EU) 2022/2560) eine Verzerrung auf dem Binnenmarkt vor, wenn eine drittstaatliche Subvention geeignet ist, die Wettbewerbsposition eines Unternehmens auf dem Binnenmarkt zu verbessern, und die drittstaatliche Subvention dadurch den Wettbewerb auf dem Binnenmarkt tatsächlich oder potenziell beeinträchtigt. Ausführlich dazu *Weiß*, NZKart 2025, S. 108 ff.

1347 So etwa für verschieden große Ladengeschäfte (BGE 125 II 129, 150) und Zirkusse (BGE 121 I 279, 287 f.).

aa) Gesetzesvorbehalt

Einschränkungen von Grundrechten bedürfen gem. Art. 36 Abs. 1 S. 1 BV 667 einer gesetzlichen, also abstrakt-generellen,¹³⁴⁸ Eingriffsgrundlage. Schwerwiegende Grundrechtseinschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein (Art. 36 Abs. 1 S. 2 BV). Von einem solchen schwerwiegenden Eingriff ist bei einer eigentumsrechtlichen Entflechtung auszugehen, sodass es eines formellen Gesetzes als Eingriffsgrundlage bedarf.¹³⁴⁹ Eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz müsste daher zwingend ins KG selbst aufgenommen werden und dürfte nicht etwa durch eine Verordnung eingeführt werden.

Die zur Entflechtung berechtigende Norm muss zudem hinreichend 668 bestimmt sein, also dem Gebot der genügenden Normdichte Rechnung tragen.¹³⁵⁰ Sie muss daher „so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann.“¹³⁵¹ Diese Anforderungen verlangen einen möglichst konkret ausgestalteten Entflechtungstatbestand, der aber ohnehin auch unter ökonomischen Gesichtspunkten anzustreben ist (Rn. 113). Eine gewisse Offenheit des Tatbestands ist aufgrund der ökonomischen Komplexität wiederum notwendig und dürfte auch zulässig sein. Denn der verfassungsrechtlich erforderliche Grad an Bestimmtheit „hängt unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab.“¹³⁵²

1348 *Biaggini*, OFK BV, Art. 36 Rn. 9; *Dubey*, in: *Martenet/Dubey*, Commentaire Romand Cst., Art. 36 Rn. 74.

1349 Vgl. *Magnin*, Entflechtung im Infrastrukturbereich, Rn. 1039 f. Siehe dazu auch *Kiener/Kälin/Wyttenbach*, Grundrechte, § 30 Rn. 45: „Bei der *formellen Enteignung* liegt immer [...] eine *schwere Einschränkung* vor.“

1350 *Magnin*, Entflechtung im Infrastrukturbereich, Rn. 1041 m.w.N.

1351 BGE 117 Ia 472, 480.

1352 Vgl. BGE 139 I 280, 284.

bb) Öffentliches Interesse oder Grundrechte Dritter

- 669 Die verfassungsrechtlich verbrieften Ziele der freien Marktwirtschaft und des Wettbewerbsschutzes im Sinne von Artt. 94, 96 BV liegen im öffentlichen Interesse.¹³⁵³ Dementsprechend kann eine missbrauchsunabhängige Entflechtungsanordnung mit dem Ziel funktionierender und freien Wettbewerbs die Einschränkung von Artt. 26, 27 BV grundsätzlich rechtfertigen.¹³⁵⁴
- 670 Der Schutz von Grundrechten Dritter dürfte indes keine Rolle für die Rechtfertigung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz spielen. Denn bei dem grundsätzlich infrage kommenden Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit der Konkurrenten handelt es sich primär um ein Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe.¹³⁵⁵ Ihm kommt dagegen keine direkte Drittwirkung zu.¹³⁵⁶ Insbesondere dürfte Art. 27 BV nicht die lückenlose „Garantie eines Systems der freien Konkurrenz“ zu entnehmen sein.¹³⁵⁷ Im Ergebnis vermittelt die individualrechtliche Komponente des Grundrechts der Wirtschaftsfreiheit gem. Art. 27 BV dem Einzelnen also keinen Schutz vor Konkurrenz.¹³⁵⁸

cc) Verhältnismäßigkeit

- 671 Der in Art. 36 Abs. 3 BV statuierte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erfordert, dass die Norm zur Erreichung des im öffentlichen Interesse verfolgten Zwecks geeignet, erforderlich und zumutbar ist.¹³⁵⁹ Aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dürfte folgen, dass eine eigentumsrechtliche Entflechtung nur als *ultima ratio* in Betracht kommt, wenn sämtliche anderen

1353 *Magnin*, Entflechtung im Infrastrukturbereich, Rn. 1043.

1354 *Böni*, sic! 2012, S. 82.

1355 *Schott*, Staat und Wettbewerb, Rn. 735.

1356 *Vallender/Hettich* in: *Ehrenzeller/Egli/Hettich/Hongler/Schindler/Schmid/Schweizer*, SGK BV, Art. 27 Rn. 7.

1357 *Müller/Schefer*, Grundrechte, S. 1045, Fn. 24.

1358 BGE 138 I 378, 386. Die Entscheidung bezog sich zwar auf die Konkurrenz durch staatliche Unternehmen, hieraus könnte aber gefolgert werden, dass erst recht kein Schutz vor privater Konkurrenz besteht. Vgl. auch *Martenet*, in: *Martenet/Dubey*, *Commentaire Romand Cst.*, Art. 27 Rn. 72: „l'art. 27 Cst. n'offre **pas de protection contre la concurrence**. Ainsi, il n'apporte en principe aucun secours à une entreprise exposée à des concurrents très agressifs, mais agissant de manière licite“.

1359 BGE 132 I 49, 62. Zu einer Darlegung für Entflechtungen im Infrastrukturbereich vgl. *Magnin*, Entflechtung im Infrastrukturbereich, Rn. 1045 ff.

Instrumente nicht ausreichend sind und es sich um einen Markt für Güter mit besonderer Gemeinwohlbedeutung handelt.¹³⁶⁰ Die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeitsprüfung entsprechen im Wesentlichen denjenigen unter der Geltung des deutschen Grundgesetzes. Die oben (Rn. 317 ff.) zu § 32f Abs. 4 GWB angestellten Erwägungen lassen sich daher weitgehend übertragen und werden dem unten (Rn. 693) ausformulierten Gesetzesvorschlag zugrunde gelegt.

dd) Kerngehalt

Gem. Art. 36 Abs. 4 BV ist der Kerngehalt der Grundrechte unantastbar. 672 Eingriffe in den Kernbereich eines Grundrechts sind also schlechthin unzulässig. Die Reichweite dieser Garantie ist allerdings unklar. Praktisch spielt sie selten eine Rolle, da es kaum denkbar erscheint, dass eine den Kerngehalt berührende Maßnahme die Verhältnismäßigkeitsprüfung übersteht.¹³⁶¹ Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 36 Abs. 4 BV betrifft daher ganz überwiegend Fälle, in denen der Kerngehalt der Grundrechte gerade nicht berührt war.¹³⁶² Dennoch ist eine Annäherung an die Kerngehaltsgarantie der hier in Rede stehenden Artt. 26, 27 BV möglich:

Der Kerngehalt von Art. 26 BV wird regelmäßig im Zusammenhang mit 673 der Garantie des Instituts Eigentum als solchem genannt bzw. mit dieser gleichgesetzt.¹³⁶³ Der Kerngehalt von Art. 27 BV ist zwar bis heute weitgehend unklar.¹³⁶⁴ Jedenfalls gehört aber die freie Wettbewerbskoordination als solche schon aufgrund der Vielzahl der von der Wirtschaftsverfassung vorgesehenen und wettbewerbstheoretisch notwendigen Eingriffe nicht zum Kernbereich von Art. 27 BV.¹³⁶⁵ Ein Eingriff in den Kerngehalt käme allerdings in Betracht, soweit der „institutionelle Kerngehalt einer grundsätzlich wettbewerbsorientierten Wirtschaftsordnung“ durch ein staatliches

1360 So Böni, sic! 2012, S. 82.

1361 Biaggini, OFK BV, Art. 36 Rn. 24, 26; vgl. auch Dubey, in: Martenet/Dubey, Commentaire Romand Cst., Art. 36 Rn. 127.

1362 Für eine Übersicht vgl. Dubey, in: Martenet/Dubey, Commentaire Romand Cst., Art. 36 Rn. 134.

1363 Vgl. etwa BGE 106 Ia 342, 350 sowie Müller/Schefer, Grundrechte, S. 1045: „Mit diesen Formulierungen bringt das Bundesgericht m.E. zum Ausdruck, dass der Kerngehalt der Eigentumsgarantie mit der Institutsgarantie übereinstimmt“. Kritisch dazu Biaggini, OFK BV, Art. 26 Rn. 23.

1364 Vgl. BGE 136 I 17, 28; Schott, Staat und Wettbewerb, Rn. 750.

1365 Schott, Staat und Wettbewerb, Rn. 611, 750.

Mitspracherecht bei Marktentscheiden – etwa durch eine allgemeine Preiskontrolle – angetastet würde.¹³⁶⁶

II. Unionsrecht

- 674 Das Wettbewerbsrecht in der Schweiz ist heutzutage kein isoliert nationales Rechtsgebiet mehr, sondern stark durch internationale Einflüsse, insbesondere das Recht der Europäischen Union, geprägt.¹³⁶⁷ Dabei ist eine weitgehende Harmonisierung des schweizerischen Rechts mit demjenigen in der EU und ihren Mitgliedstaaten kein Selbstzweck, sondern hilft den betroffenen Unternehmen zu geringeren (Compliance-)Kosten, etwa durch einheitlich ausgestaltete Vertriebssysteme.¹³⁶⁸ Die Harmonisierung verhindert so auch eine Isolierung der Schweizer Märkte.¹³⁶⁹ Demgegenüber wird ein durch die Orientierung am Unionsrecht bedingter Souveränitätsverlust der Schweiz beklagt.¹³⁷⁰
- 675 Im folgenden Abschnitt soll daher die Frage erörtert werden, inwieweit etwaige Bindungswirkungen des europäischen Rechts die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz in der Schweiz beeinflussen könnten. Solche Bindungswirkungen könnten sich grundsätzlich aus bilateralen Abkommen (1.) sowie dem autonomen Nachvollzug von EU-Recht (2.) ergeben.¹³⁷¹ Darüber hinaus ist Art. 9 Abs. 1^{bis} KG-Entwurf (3.) zu beachten. Bei all diesen Instituten handelt es sich zwar dogmatisch nicht um Unionsrecht, sondern um Völkerrecht bzw. nationales Recht. Die Punkte werden aufgrund ihres inhaltlich engen Bezugs zum Unionsrecht aber unter dieser Überschrift behandelt.

1366 Müller/Schefer, Grundrechte, S. 1079.

1367 Eine ausführliche historische Herleitung hierzu findet sich bei Sturny, Einfluss des EU-Rechts, S. 5 ff.; vgl. etwa auch Bovet, ZSR/RDS 2/2000, S. 292 f.

1368 Vgl. Stäuber/Thomann, SZK/RSDC 2023, S. 141; Sturny, Einfluss des EU-Rechts, S. 254.

1369 Vgl. Ziff. VII. der Präambel der Vertikalbekanntmachung vom 12.12.2022 (BBl 2022 3231).

1370 Vgl. etwa Hirsbrunner, NZKart 2025, S. 168 f.; Spinner/Maritz, in: Forstmoser/von der Crone/Weber/Zobl, FS Zäch, S. 137 f.

1371 Vgl. Oesch, Schweiz – EU, Rn. 6 f. *et passim*.

1. Bilaterale Abkommen

Zwischen der Schweiz und der EU existiert das bilaterale Kooperationsabkommen über die Zusammenarbeit bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts vom 17.05.2013.¹³⁷² Das Abkommen geht ausweislich seiner Präambel zwar davon aus, dass „die Systeme der Schweiz und der Union für die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts auf denselben Grundsätzen beruhen und vergleichbare Vorschriften enthalten“. Das Abkommen beschränkt sich aber auf verfahrensmäßige Regelungen und verlangt ausdrücklich keine Harmonisierung des materiellen Rechts.¹³⁷³ Die Souveränität des schweizerischen Gesetzgebers wird daher durch das Kooperationsabkommen nicht beschränkt.¹³⁷⁴ Materiellrechtliche bilaterale Abkommen auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts existieren nur in sehr geringem Umfang – namentlich sind an Artt. 101 ff. AEUV angelehnte Vorschriften im Freihandelsabkommen sowie dem Luftverkehrsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union enthalten¹³⁷⁵ – und dürften keine über ihren konkreten Anwendungsbereich hinausgehenden Bindungswirkungen entfalten. Demnach dürfte der schweizerische Gesetzgeber nicht durch bilaterale Abkommen mit der Europäischen Union an der Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz gehindert sein.

2. Autonomer Nachvollzug

Unter autonomem Nachvollzug von EU-Recht versteht man eine bewusste Übernahme von EU-Recht in der Schweiz ohne staatsvertragliche Verpflichtung hierzu.¹³⁷⁶ Weite Teile des modernen schweizerischen Wettbewerbsrechts sind im Wege des autonomen Nachvollzugs entstanden (Rn. 636 ff.).

Autonom nachvollzogenes Recht ist nach einer Literaturauffassung – anders als bloß durch einen Rechtsvergleich inspiriertes Recht – vom An-

1372 SR 0.251.268.1.

1373 Vgl. BBl. 2013, S. 3961: „Das Abkommen ist verfahrensrechtlicher Natur und verlangt keine materielle Harmonisierung des Rechts. Die Frage nach der Übernahme des Rechtsbestandes (acquis) der EU und die institutionellen Fragen stellen sich daher nicht.“

1374 *Sturny*, Einfluss des EU-Rechts, S. 255.

1375 Vgl. dazu *Oesch*, Schweiz – EU, Rn. 237 ff.

1376 *Sturny*, Einfluss des EU-Rechts, S. 5.

wender streng europakompatibel zu interpretieren, wobei nicht nur bisheriges, sondern auch künftiges Unionsrecht zu berücksichtigen sei.¹³⁷⁷ Träfe diese Auffassung zu, dann würden sich auch für die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz in der Schweiz Folgeprobleme ergeben. So müsste etwa die Diskussion, ob das wettbewerbspolitische Leitbild des Art. 102 AEUV ein missbrauchsunabhängiges Vorgehen gegen wirtschaftliche Machtkonzentrationen verbietet (Rn. 341 f.), geführt werden, da Art. 7 KG diesem nachempfunden ist.

679 Allerdings hat das Bundesgericht in seiner *Swisscom*-Entscheidung vom 11.04.2011 entschieden, dass das schweizerische Kartellgesetz autonom und nicht zwangsläufig im Einklang mit dem EU-Recht auszulegen ist.¹³⁷⁸ Selbst bei Regelungen, die mit dem Unionsrecht identisch sind, gibt es Grenzen der Parallelität. Namentlich ergeben sich diese Grenzen aus Weiterentwicklungen des Unionsrechts nach Erlass der schweizerischen Norm sowie der beschränkten Vergleichbarkeit der den jeweiligen Regelungen unterliegenden Volkswirtschaften.¹³⁷⁹

680 Aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichts müssen also im Ergebnis auch eindeutig aus dem EU-Recht übernommene Vorschriften nicht zwingend übereinstimmend mit dem Unionsrecht ausgelegt werden.¹³⁸⁰ Vor allem aber ist der Gesetzgeber nicht an das Ziel der Europakompatibilität gebunden.¹³⁸¹ Demnach dürften sich aus dem autonomen Nachvollzug des europäischen Wettbewerbsrechts keine Hindernisse für die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz in der Schweiz ergeben.

3. Art. 9 Abs. 1^{bis} KG-Entwurf

681 Zuletzt kommt durch Art. 9 Abs. 1^{bis} KG-Entwurf eine – jedenfalls mittelbare – Bindung an das Unionsrecht in Form von Entscheidungen der Europäischen Kommission in Betracht. Die Norm sieht vor, dass für Zu-

1377 *Sturny*, Einfluss des EU-Rechts, S. 7 m.w.N.

1378 BGE 137 II 199, 208 ff.

1379 BGE 143 II 297, 327 f. Ausführlich zu Reichweite und Grenzen der europaverträglichen Auslegung autonom nachvollzogener Normen: *Oesch*, Schweiz – EU, Rn. 409 ff.

1380 *Sturny*, Einfluss des EU-Rechts, S. 250; vgl. auch *Birkhäuser*, in: *Amstutz/Reinert*, BSK KG, Art. 1 Rn. 16.

1381 *Sturny*, Einfluss des EU-Rechts, S. 254.

sammenschlüsse keine Anmeldepflicht besteht, wenn sämtliche vom Vorhaben betroffenen sachlichen Märkte räumlich so abzugrenzen sind, dass sie die Schweiz und zumindest den Europäischen Wirtschaftsraum umfassen und das Vorhaben von der Europäischen Kommission beurteilt wird. Ein ähnliches Regime findet sich bereits im Luftverkehrsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union.¹³⁸² Ausweislich der Botschaft zu dem Revisionsvorhaben ist aufgrund der Einführung des unionsrechtlichen SIEC-Kriteriums ins Kartellgesetz „von einer gleich ausfallenden Beurteilung von Zusammenschlüssen auszugehen. Daher kann sich die Schweiz hinsichtlich der Prüfung eines Unternehmenszusammenschlusses autonom in die Position eines Mitgliedsstaates des EWR versetzen und auf eine eigenständige kartellrechtliche Prüfung des Zusammenschlusses verzichten.“¹³⁸³ Kritisiert wird insoweit allerdings, dass die Europäische Kommission negative Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf die Schweiz möglicherweise gar nicht prüfen würde.¹³⁸⁴

Zwar könnte der praktische Anwendungsbereich der Norm ohnehin 682 gering sein, da sich nur selten vorhersagen lässt, ob keine rein nationalen Märkte betroffen sind.¹³⁸⁵ Dennoch würde der Gesetzgeber mit ihrer Einführung den Unternehmen einen Vertrauensschutz im Hinblick auf Fusionskontrollentscheidungen der Europäischen Kommission einräumen. Dieser Vertrauensschutz müsste auch bei der Ausgestaltung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz beachtet werden, damit die Wettbewerbskommission nicht ohne wesentliche Veränderung der entscheidungserheblichen Umstände eine von der Europäischen Kommission freigegebene Fusion nachträglich entflechten kann (Rn. 345 ff.). Denn gem. Art. 9 BV hat jede Person Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden. Das Grundrecht aus Art. 9 BV umfasst dabei insbesondere das Verbot widersprüchlichen Verhaltens staatlicher Organe.¹³⁸⁶

1382 Vgl. *Jacobs/Giger*, in: *Ducrey/Zimmerli*, SIWR V/2, E. Rn. 18 f.

1383 BBl. 2023 1463, S. 35.

1384 *Hirsbrunner*, NZKart 2025, S. 169.

1385 *Stäuber/Thomann*, SZK/RSDC 2023, S. 149.

1386 *Kiener/Kälin/Wyttenbach*, Grundrechte, § 34 Rn. 18.

III. Völkerrecht

- 683 Das schweizerische Kartellgesetz statuiert in seinem Art. 2 Abs. 2, dass es auf Sachverhalte anwendbar ist, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden. In der Schweiz gilt also – wie auch in den beiden anderen hier untersuchten Rechtsordnungen – das Auswirkungsprinzip. Ebenso wie in Deutschland (Rn. 356 ff.) und im Vereinigten Königreich (Rn. 518 f.) wäre eine missbrauchsunabhängige Entflechtung ausländischer Unternehmen damit zwar grundsätzlich zulässig, dürfte aber an praktischen Hürden scheitern.¹³⁸⁷ Möglich erscheint vielmehr nur die Entflechtung der in der Schweiz belegenen Teile von ausländischen Unternehmen.

IV. Schlussfolgerungen

- 684 Eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz dürfte auch in der Schweiz mit höherrangigem Recht vereinbar auszugestalten sein. Insbesondere die Bundesverfassung stellt zwar einen grund- und kompetenzrechtlichen Rahmen auf. Diesen Anforderungen dürfte durch eine sorgfältige Ausgestaltung der Norm aber entsprochen werden können.

1387 Vgl. dazu schon *Baldi/Borer*, WuW 1998, S. 346: „Das Auswirkungsprinzip schafft zwar klare Regelungskompetenzen für die Anwendung des materiellen Rechts, stößt jedoch dort an Grenzen, wo es um die Durchsetzung des nationalen Rechts gegenüber Unternehmen mit Sitz im Ausland geht.“

C. Handlungsempfehlung an den schweizerischen Gesetzgeber

Nachdem die grundsätzliche Vereinbarkeit einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz mit dem wettbewerbstheoretischen Leitbild des schweizerischen Kartellgesetzes und höherrangigem Recht dargelegt wurde, stellt sich die Frage, welches Vorgehen dem Gesetzgeber zu empfehlen ist. Im folgenden Abschnitt wird zunächst dargelegt, weshalb die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz auch in der Schweiz zweckmäßig wäre (I.), bevor ein konkreter Vorschlag unterbreitet (II.) und anschließend ausführlich erläutert (III.) wird. 685

I. Zweckmäßigkeit einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz

Fraglich ist zunächst, ob die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz in der Schweiz erforderlich ist. Das wäre insbesondere dann nicht der Fall, wenn die bestehenden Eingriffsbefugnisse unter dem Kartellgesetz (1.) und dem Preisüberwachungsgesetz (2.) zur Adressierung sämtlicher wettbewerblicher Problemlagen ausreichen würden. Die Frage wird schlussfolgernd beantwortet (3.). 686

1. Bestehende Eingriffsbefugnisse unter dem Kartellgesetz

Bislang bestehen unter dem schweizerischen Kartellgesetz Eingriffsbefugnisse der Wettbewerbskommission gegen Kartelle, den Missbrauch von Marktmacht sowie bestimmte Zusammenschlüsse. Das Kartellgesetz folgt damit dem in Europa und international etablierten Dreisäulenmodell, sodass sich in der Schweiz in gleicher Weise wie aktuell im europäischen und bis 2023 im deutschen Recht (NCT bzw. § 32f GWB) die Frage nach der Zweckmäßigkeit einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz stellt (Rn. 647). 687

Gegen die Notwendigkeit der Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz in der Schweiz wurde von *Zäch* und *Heizmann* bereits im Zusammenhang mit der Diskussion um den deutschen 688

Brüderle-Entwurf von 2010 (Rn. 230 ff.) angeführt, dass eine konsequente Anwendung der Marktmachtmissbrauchsaufsicht gem. Art. 7 KG die „objektive“ Entflechtung entbehrlich erscheinen ließe.¹³⁸⁸ Dieses Argument wurde auch in der Debatte um die Einführung von § 32f Abs. 4 GWB in Deutschland im Jahr 2023 unter Berufung auf § 19 GWB bzw. Art. 102 AEUV wieder vorgebracht.¹³⁸⁹ Ebenso wie in Deutschland greift das Argument jedoch auch in der Schweiz zu kurz. So ist etwa die rein marktstrukturbedingte stillschweigende Kollusion ohne *facilitating practices* (Rn. 106, 366 ff.) mangels Verhaltens- bzw. kommunikativen Elements der Oligopolisten auch durch Art. 5 KG oder Art. 7 KG nicht adressierbar.¹³⁹⁰ Sie würde deshalb einen möglichen Anwendungsfall für eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz darstellen.

689 Im Hinblick auf die Eingriffsbefugnisse unter dem Kartellgesetz stellt sich die Diagnose für das schweizerische Recht also ebenso dar wie bis 2023 für das deutsche Recht: Zwar adressieren die klassischen Befugnisse viele Marktversagenstatbestände, es verbleiben aber Anwendungsfälle, in denen neue Befugnisse sinnvoll eingesetzt werden könnten. Insoweit bestehen auch in der Schweiz Lücken im System des Wettbewerbsschutzes.¹³⁹¹ In jüngerer Vergangenheit wurde deshalb auch von Literaturstimmen¹³⁹², Wettbewerbskommission¹³⁹³ und Politik¹³⁹⁴ die Prüfung bzw. Einführung eines Marktuntersuchungsinstruments nach deutschem bzw. britischem Vorbild gefordert.

2. Bestehende Eingriffsbefugnisse unter dem Preisüberwachungsgesetz

690 Weiter wurde mit Blick auf die schweizerische Besonderheit der Existenz des Preisüberwachungsgesetzes (PüG) von 1985 angeführt, dass dessen Anwendung als milderes Mittel vorrangig sei.¹³⁹⁵ Dem Preisüberwachungs-

1388 Zäch/Heizmann, in: Rüssli/Hänni/Häggi Furrer, FS Jaag, S. 574 ff.

1389 Vgl. etwa Thomas, ZWeR 2022, S. 344.

1390 Vgl. Amstutz/Carron/Reinert, in: Martenet/Bovet/Tercier, Commentaire Romand LCart, Art. 5 Rn. 40 m.w.N.

1391 Böni, sic! 2012, S. 79 f.

1392 Künzler/Jany, SZK/RSDC 2023, S. 117 f.

1393 WEKO, Stellungnahme UBS/CS, Rn. 677 ff., 683.

1394 Postulat WAK-N (23.3444) vom 04.04.2023: Zusammenschluss von UBS und CS. Beurteilung der wettbewerbsrechtlichen und volkswirtschaftlichen Bedeutung.

1395 Zäch, in: FS FIW, S. 281 f.; Zäch/Heizmann, in: Rüssli/Hänni/Häggi Furrer, FS Jaag, S. 576 f.

gesetz liegt die Annahme zugrunde, dass es im Bereich kartellrechtlich zulässiger Wettbewerbsbeschränkungen einer staatlichen Preisregulierung bedarf.¹³⁹⁶ Zwar befasst der Preisüberwacher sich hauptsächlich mit staatlich administrierten Preisen, die gem. Art. 3 Abs. 1 lit. a) KG nicht in den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes fallen.¹³⁹⁷ Es unterliegen aber namentlich auch marktmächtige Unternehmen der Überwachung ihrer Preise für Waren und Dienstleistungen (Art. 1f. PüG). Das Preisüberwachungsgesetz komplettiert damit die Marktmachtmisbrauchsaufsicht als zweite Säule des kartellrechtlichen Wettbewerbsschutzes.¹³⁹⁸ So hat der Preisüberwacher etwa im Mai 2025 gegenüber der den Markt dominierenden Buchungsplattform *Booking.com* verfügt, dass diese ihre missbräuchlich überhöhten Kommissionssätze um durchschnittlich knapp ein Viertel reduzieren muss.¹³⁹⁹

Allerdings können missbrauchsunabhängige Entflechtungen auch andere Wettbewerbsprobleme als erhöhte Preise adressieren. Die Preiskontrolle ist zwar die offensichtlichste, aber bei Weitem nicht die einzige Funktion des Wettbewerbs, die durch verfestigte Machtkonzentrationen behindert wird (Rn. 103 ff.). Demnach spricht auch die Existenz des Preisüberwachungsgesetzes in der Schweiz nicht *per se* gegen die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz. Vielmehr könnten die Instrumente sich sinnvoll ergänzen, wobei es ohnehin auf der Hand liegt, dass eine Entflechtung nur als *ultima ratio* in Betracht kommt. 691

3. Schlussfolgerungen

Auch die Eingriffsbefugnisse im schweizerischen Wettbewerbsrecht reichen nicht vollständig zur Adressierung von Marktversagenstatbeständen aus. Eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz hätte demnach 692

1396 *Schluep*, AJP/PJA 1996, Fn. 48.

1397 *Ducrey*, in: *Marbach/Ducrey/Wild*, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Rn. 1434. Instrukтив zur staatlichen Markt- und Preisordnung gem. Art. 3 Abs. 1 lit. a) KG: *Weber*, in: *Ducrey/Zimmerli*, SIWR V/2, A. Rn. 87 ff.

1398 *Martenet/Heinemann*, Droit de la concurrence, S. 142. Zum Verhältnis zwischen PüG und KG siehe ebd., S. 143 ff. sowie *Ducrey*, in: *Marbach/Ducrey/Wild*, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Rn. 1681 ff. und *Weber*, in: *Ducrey/Zimmerli*, SIWR V/2, A. Rn. 147 ff.

1399 Vgl. dazu die Medienmitteilung des Preisüberwachers vom 21.05.2025: https://www.preisueberwacher.admin.ch/dam/pue/de/dokumente/presse/medienmitteilung_verfuegung_booking.pdf, zuletzt abgerufen am 28.08.2025.

auch im Kartellgesetz ihre Daseinsberechtigung, soweit sie Kosten und Nutzen in einen angemessenen Ausgleich bringt. Es gilt daher auch für die Schweiz im Jahr 2025, was *Möschel* schon in seiner Studie zum deutschen Recht von 1979 festgestellt hat: „Insgesamt behält ein Entflechtungsinstrument seine Sinnfälligkeit auch dann, wenn man nach anderen wettbewerbspolitischen Alternativen fragt.“¹⁴⁰⁰

II. Ausformulierung eines Vorschlags

- 693 In der Gesamtschau der Erkenntnisse der vorliegenden Untersuchung erscheint für die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz in das schweizerische Kartellgesetz folgender Formulierungsvorschlag sachgerecht:

Art. 11a KG – Missbrauchsunabhängige Entflechtungen

¹ Ist auf einem Markt für Güter mit besonderer Bedeutung für das Gemeinwohl der Wettbewerb dauerhaft und signifikant behindert, so kann die Wettbewerbskommission anordnen, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen, das im letzten Geschäftsjahr vor Erlass der Anordnung einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz nach Artikel 9 Absatz 1 lit. a) erzielt hat und einen massgeblichen Beitrag zu der Behinderung leistet, Teile seines Vermögens veräussern oder auf andere Weise verselbständigen muss, wenn dies die Beseitigung oder erhebliche Verringerung der Wettbewerbsbehinderung erwarten lässt.

² Absatz 1 findet keine Anwendung,

- a) wenn die sonstigen behördlichen Befugnisse unter diesem Gesetz sowie dem Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 ausreichend zur Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs erscheinen;*
- b) auf Unternehmensteile, für die sektorspezifisches Regulierungsrecht Vorgaben enthält;*
- c) auf Unternehmensteile, deren Zusammenschluss innerhalb der letzten zehn Jahre durch die Wettbewerbskommission oder, im Falle des Artikel 9 Absatz 1^{bis}, die Europäische Kommission zugelassen wurde.*

³ Soweit aufgrund einer Anordnung nach Absatz 1 eine Veräusserung erfolgt und der tatsächliche Verkaufserlös den vollen Wert des Entflechtungsgegen-

1400 *Möschel*, Entflechtungen, S. 81.

standes unterschreitet, den ein von der Wettbewerbskommission beauftragter Wirtschaftsprüfer für den Zeitpunkt des der Anordnung vorangegangenen Jahresabschlusses festgestellt hat, erhält das veräussernde Unternehmen aus Haushaltsmitteln des Bundes eine Entschädigung in Höhe der Differenz zwischen dem festgestellten Wert und dem tatsächlichen Verkaufserlös.

Art. 11b KG – Ausnahmsweise Aufhebung aus überwiegenden öffentlichen Interessen

Anordnungen nach Art. 11a können vom Bundesrat auf Antrag der Beteiligten aufgehoben werden, wenn dies in Ausnahmefällen notwendig ist, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen.

Art. 31a KG – Entflechtungsverfahren

Für das Entflechtungsverfahren nach Art. 11a und 11b sind die Vorschriften dieses Abschnitts sinngemäss anwendbar mit der Massgabe, dass die Untersuchung (Artikel 27) binnen 18 Monaten abzuschliessen ist und an die Stelle des Entscheids (Artikel 30) ein zu veröffentlichender Abschlussbericht tritt. Für die Anordnung nach Artikel 11a Absatz 1 Satz 1 ist Artikel 37 Absatz 2 und 3 sinngemäss anwendbar mit der Massgabe, dass die Wettbewerbskommission binnen 18 Monaten nach Veröffentlichung des Abschlussberichts gemäss Satz 1 entweder einen Vorschlag des betroffenen Unternehmens zu billigen oder an seiner Stelle zu entscheiden hat. Die Fristen nach Satz 1 und 2 können vom Bundesrat beim Vorliegen besonderer Umstände jeweils einmalig um sechs Monate verlängert werden. Weitere Verlängerungen sind nur möglich, wenn die Verzögerung durch die fehlende Mitwirkung eines betroffenen Unternehmens verursacht wird.

III. Begründung des Vorschlags

Der soeben ausformulierte Vorschlag wird im folgenden Abschnitt ausführlich begründet. Systematisch ist der Vorschlag als Art. 11a KG im Abschnitt „Unternehmenszusammenschlüsse“ verortet. Dies erklärt sich dadurch, dass er eine reine Entflechtungskompetenz als marktstrukturorientierte Abhilfemaßnahme enthält. Er stellt so gewissermaßen das zeitlich nachgelagerte Komplementärstück zur Fusionskontrolle dar. Verhaltensbezogene missbrauchsunabhängige Abhilfemaßnahmen, wie sie in Deutschland (Rn. 294) und im Vereinigten Königreich (Rn. 503) möglich sind, sieht der Entwurf dagegen bewusst nicht vor (Rn. 708). Der Abschnitt „Unternehmenszusammenschlüsse“ könnte im Zuge der Einführung des hier vorgeschlage-

694

nen Art. 11a KG in „Wettbewerbsbehindernde Marktstrukturen“ umbenannt werden, um hervorzuheben, dass er solche Strukturen nunmehr *ex ante* und *ex post* adressiert.

1. Begründung zu Art. 11a Abs. 1

695 Der erste Absatz enthält die konkrete Entflechtungskompetenz der Wettbewerbskommission, also die zentralen Merkmale auf Tatbestands- (a) und Rechtsfolgenebene (b).

a) Tatbestand

696 Der Tatbestand erfordert

- eine dauerhafte und signifikante Behinderung des Wettbewerbs (aa)
- auf einem Markt für Güter mit besonderer Bedeutung für das Gemeinwohl (bb),
- für die ein marktbeherrschendes und die fusionskontrollrechtlichen Umsatzschwellen erreichendes Unternehmen verantwortlich ist (cc).

aa) Dauerhafte und signifikante Behinderung des Wettbewerbs

697 Zentrales Eingriffskriterium des hiesigen Entwurfs ist eine (dauerhafte und) signifikante Behinderung des Wettbewerbs. Tatbestandlich wird damit, wie auch für die Zusammenschlusskontrolle mit dem neuen Art. 10 KG-Entwurf¹⁴⁰¹, an das international verbreitete SIEC-Kriterium (*significant impediment on competition*) angeknüpft.¹⁴⁰² Dafür spricht zunächst – wie schon für die systematische Verortung im Abschnitt „Unternehmenszusammenschlüsse“ – die enge Verwandtschaft zwischen einer reinen Entflechtungskompetenz und Fusionskontrollvorschriften.

1401 Art. 10 Abs. 1 des Entwurfs lautet: „Meldepflichtige Zusammenschlüsse werden von der Wettbewerbskommission geprüft, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1) Anhaltspunkte ergeben, dass sie den wirksamen Wettbewerb signifikant behindern, insbesondere indem sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken.“

1402 Zur geplanten Einführung des SIEC-Kriteriums in der Schweiz vgl. etwa *Jaag/Rutz/Jacober*, Einführung des SIEC-Tests sowie *Zäch/Heizmann*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 1104 ff.

Daneben wird durch den Gleichlauf mit dem Eingriffstatbestand in der Zusammenschlusskontrolle die Rechtssicherheit erhöht (Rn. 281), was der Vereinbarkeit mit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz zuträglich ist (Rn. 668) und die negativen ökonomischen Vorfeldwirkungen abmildert (Rn. 113). Der Rückgriff auf einen bekannten und einheitlichen Rechtsbegriff erscheint daher gegenüber der Einführung eines neuen Begriffs – wie sie der deutsche Gesetzgeber in § 32f Abs. 3 GWB vorgenommen hat – vorzugswürdig (Rn. 592 ff.). Als Alternative für maximale Rechtssicherheit wäre insbesondere eine enumerative Aufzählung von Störungslagen in Betracht gekommen (Rn. 281, 328). Da eine solche Aufzählung aber kaum zu bewerkstellende Prognosen im Hinblick auf möglicherweise eintretende Sachverhalte erfordern würde, erscheint der Rückgriff auf das bewährte SIEC-Kriterium als vernünftiger Mittelweg.

Als zusätzliches Element gegenüber der Zusammenschlusskontrolle verlangt der Vorschlag, dass die signifikante Behinderung des Wettbewerbs dauerhaft vorliegt. Dies ist der Tatsache geschuldet, dass die Beurteilung nicht prognostisch (*ex ante*), sondern diagnostisch (*ex post*) erfolgt. Regelmäßig wird von einer dauerhaften Behinderung erst ab einer vergleichbaren Marktstruktur im Zeitraum von fünf bis zehn Jahren auszugehen sein. Dieses Merkmal soll sicherstellen, dass die missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz nicht auf volatilen Märkten eingesetzt wird, auf denen der Wettbewerb selbst die verfestigten Strukturen wieder auflöst und/oder die Marktprozesse die Wettbewerbsbehörde während des Entflechtungsverfahrens „überholen“ würden (Rn. 124 f., 531).

bb) Betroffene Märkte

Der Entwurf ermöglicht eine Entflechtung nur dann, wenn die dauerhafte und signifikante Wettbewerbsbehinderung auf einem Markt für Güter mit besonderer Bedeutung für das Gemeinwohl vorliegt.

Angesichts der einschneidenden Natur einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz sowie des mit einem Entflechtungsverfahren verbundenen Aufwandes dürfte weitgehend Einigkeit bestehen, dass eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz schon aus Verhältnismäßigkeitsgründen nicht für jeden denkbaren Markt zur Anwendung kommen kann (Rn. 597). Auch die negativen ökonomischen Vorfeldwirkungen werden durch eine weitere Konkretisierung des Tatbestandes abgemildert (Rn. 113).

- 702 Zur Einschränkung der betroffenen Märkte kommen verschiedene Ausgestaltungen in Betracht. So erfordert etwa § 32f Abs. 4 S. 1 GWB in Deutschland das Vorliegen einer erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs auf mindestens einem mindestens bundesweiten Markt, mehreren einzelnen Märkten oder marktübergreifend (Rn. 285 ff.). Die britische CMA ist zwar gesetzlich nicht gebunden, gibt aber ihrerseits an, jedenfalls auf sehr kleinen Märkten oder wenn nur kleine Teile eines Marktes vom AEC betroffen sind, nicht einzugreifen (Rn. 498 ff.).
- 703 Eine Aufnahme der notwendigen Einschränkung ins Gesetz erscheint gegenüber einer rein behördlichen Selbstbindung vorzugswürdig (Rn. 597, 612 f.). Der hier verfolgte Ansatz einer Einschränkung durch den Gemeinwohlbezug des Marktes lehnt sich an die Erwägungen von *Böni* aus dem Jahr 2012 an.¹⁴⁰³ Der Vorschlag hebt in besonderer Weise hervor, dass Kosten und Nutzen einer Entflechtung mit dem Gemeinwohl abgewogen werden. Zwar lässt er mit seinem offenen Rechtsbegriff eine Auslegung im Einzelfall zu. Er stellt aber klar, dass Märkte, die nur Partikularinteressen betreffen, keinen Anwendungsfall der Entflechtungskompetenz darstellen können. Damit dürfte der Vorschlag auch dem Auftrag des Art. 96 BV gerecht werden, wonach das schweizerische Wettbewerbsrecht sich ausschließlich gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen zu richten hat.

cc) Betroffene Unternehmen

- 704 Aus den vorstehend zu den betroffenen Märkten genannten Gründen ist auch eine Einschränkung des Tatbestands hinsichtlich der von der Entflechtungsandrohung betroffenen Unternehmen erforderlich. Der Entwurf verfolgt insoweit den Ansatz einer Kombination aus Marktbeherrschung und fusionskontrollrechtlichen Umsatzschwellen. Dabei ist das Marktbeherrschungserfordernis ein qualitatives Kriterium, das eine problematische Marktstruktur zumindest indiziert. Es ist im Vorhinein aber für das entsprechende Unternehmen und die Wettbewerbskommission nur schwer zu beurteilen, ob eine marktbeherrschende Stellung vorliegt.
- 705 Um die Rechtssicherheit zu erhöhen, sieht der Entwurf daher auch das quantitative Kriterium der fusionskontrollrechtlichen Umsatzschwellen als *safe harbour*-Regelung (Rn. 113) vor. Hierdurch wird einerseits eine gewisse

1403 Vgl. *Böni*, sic! 2012, S. 82.

Kohärenz zum verwandten Instrument der Fusionskontrolle geschaffen, wie dies bereits durch das einheitliche SIEC-Kriterium der Fall ist. Vor allem aber verhindert das Anknüpfen an die Umsatzschwellen die Ungewissheit von Unternehmen, ob das „Damoklesschwert“¹⁴⁰⁴ der Entflechtung über ihnen schwebt. Vielmehr kann jedes Unternehmen selbst und jederzeit ohne größeren Aufwand feststellen, ob es potentiell von einer Entflechtungsandrohung betroffen ist. Durch die Umsatzschwellen ist auch sichergestellt, dass dies nur bei Großunternehmen der Fall ist, was zur Verhältnismäßigkeit beiträgt. Denn bei Unternehmen, die die genannten Umsatzschwellen erreichen, ist davon auszugehen, dass sie durch ihre Finanzkraft das Marktgeschehen maßgeblich beeinflussen können.¹⁴⁰⁵

Zudem wird gefordert, dass das betreffende Unternehmen einen maßgeblichen Beitrag zu der Wettbewerbsbehinderung leistet und die Entflechtung die Beseitigung oder erhebliche Verringerung der Wettbewerbsbehinderung erwarten lassen muss. Das Kriterium des maßgeblichen Beitrags gewährleistet einen Verantwortungszusammenhang zur Wettbewerbsbehinderung als sachlichen Rechtfertigungsgrund für eine Andersbehandlung des zu entflechtenden Unternehmens (Rn. 289). Hierdurch wird – neben den bereits angeführten Vorteilen einer restriktiven Tatbestandsausgestaltung – auch dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetenossen (Rn. 664 f.) Rechnung getragen. Die Formulierung „Beseitigung oder erhebliche Verringerung“ orientiert sich an der Ausgestaltung von § 32f Abs. 4 GWB und geht über die üblichen Geeignetheitsanforderungen hinaus (Rn. 292). Insgesamt sollen durch diese Einschränkungen nur die „Hauptstörer“ der Entflechtungsandrohung unterliegen.

b) Rechtsfolge

Im folgenden Abschnitt wird die Rechtsfolge der Anwendung der Norm dargelegt. Dabei wird zunächst begründet, weshalb der Vorschlag eine reine Entflechtungskompetenz vorsieht (aa), bevor die konkreten Rechtsfolgen der Entflechtungsanordnung (bb), ihre Durchsetzung (cc) und etwaige Nebenbestimmungen (dd) dargelegt werden.

1404 Ackermann, ZWeR 2023, S. 20.

1405 Vgl. Jacobs/Giger, in: Ducrey/Zimmerli, SIWR V/2, E. Rn. 101.

aa) Reine Entflechtungskompetenz

708 Es handelt sich bei dem Vorschlag um eine reine Entflechtungskompetenz. Verhaltensbezogene missbrauchsunabhängige Abhilfemaßnahmen, wie sie in Deutschland (Rn. 294) und im Vereinigten Königreich (Rn. 503) möglich sind, sieht der Entwurf nicht vor. Hierfür gibt es mehrere ausschlaggebende Argumente:

- Zunächst mildert die Ausgestaltung das Spannungsfeld zum (insbesondere sektorspezifischen) Regulierungsrecht und der entsprechenden (auch allgemeinen) Regulierungsaufgabe des Gesetzgebers ab. Dieses Spannungsfeld zeigte sich etwa im Abschlussbericht des Bundeskartellamts zur Sektoruntersuchung Raffinerien und Kraftstoffgroßhandel (Rn. 386 ff.). Während das Bundeskartellamt einerseits für gesetzgeberische Maßnahmen zur Regulierung der im Kraftstoffgroßhandel verbreiteten Preisinformationsdienste plädierte, leitete es andererseits ein eigenes Verfahren zum Ergreifen von Abhilfemaßnahmen nach § 32f GWB ein. Wenn es nun dem Bundeskartellamt in Deutschland gem. § 32f Abs. 3 GWB ebenfalls möglich ist, durch Verhaltensvorschriften gegen die entsprechenden Praktiken vorzugehen, wird zunehmend unklar, welche Aufgaben durch den Gesetzgeber und welche durch die Behörde wahrgenommen werden sollen. Denn laufende regulierende Eingriffe in den Wettbewerb wie der genannte – oder etwa Vorgaben über die zulässige Häufigkeit von Preisanpassungen an Tankstellen (Rn. 391) – können ohne Weiteres vom demokratisch legitimierten Parlament gesetzlich angeordnet werden. Die Notwendigkeit eines behördlichen Eingreifens erscheint daher fraglich und seine Legitimität zweifelhaft. Wettbewerbsbehörden sollten Problemfelder, auf denen aus ihrer Sicht normativer Handlungsbedarf besteht, stattdessen an den Gesetzgeber herantragen. Sieht dieser keine Notwendigkeit des Eingreifens, erscheint es mit Demokratieprinzip und Gewaltenteilungsgrundsatz nur schwer vereinbar, wenn eine Behörde die entsprechende Regulierung vornimmt. Umgekehrt wird es dem Gesetzgeber aufgrund des Verbots des Einzelfallgesetzes¹⁴⁰⁶ aber regelmäßig verwehrt sein, eine Entflechtung anzuordnen. Nur – aber immerhin – insoweit besteht also eine wirkliche Kompetenzlücke, die der vorliegende Vorschlag ausfüllen könnte.

1406 Vgl. dazu *Tschannen*, in: *Ehrenzeller/Egli/Hettich/Hongler/Schindler/Schmid/Schweizer*, SGK BV, Art. 163 Rn. 18: „Das reine Einzelfallgesetz ist verfassungswidrig, zumal es dazu verleitet, okkasionell oder gar *ad personam* beschlossene Ausnahmeregimes als rechtsstaatliche Regularität zu verhüllen“.

- Auch die spezifische Gesetzeslage in der Schweiz spricht für die Einführung einer bloßen Entflechtungskompetenz ohne die Möglichkeit zu laufenden Verhaltensauflagen. Schließlich tritt neben der – auch in Deutschland und im Vereinigten Königreich existenten – sektorspezifischen Regulierung in der Schweiz mit dem Preisüberwachungsgesetz (Rn. 690 f.) eine zusätzliche konkurrierende Gesetzgebung hinzu. Der Schweizerische Gesetzgeber hat also eine nicht sektorspezifische Form der Verhaltensregulierung für Fälle ermöglicht, in denen der Wettbewerb in den Schranken des klassischen, dreisäuligen Kartellrechts (Rn. 636) Marktversagenstatbestände nicht korrigieren kann. Mit dieser Wertung würde es konfliktieren, wenn die Wettbewerbskommission neben dem Preisüberwacher die Befugnis zu anderen, missbrauchsunabhängigen und fortlaufenden Verhaltensauflagen für die Marktteilnehmer hätte. Zwar genießt die Anwendung des KG gem. Art. 3 Abs. 3 grundsätzlich Vorrang vor dem PüG, sodass keine Zuständigkeitsunklarheiten entstehen dürften. Gerade dieser Vorrang des KG könnte im Fall der Einführung weitergehender Abhilfebefugnisse aber dazu führen, dass das PüG völlig gegenstandslos – und damit der Regulierungswille des Gesetzgebers ignoriert – würde, weil die Wettbewerbskommission stets von einer inhaltlich ähnlichen, auf Verhaltensregeln gerichteten Kompetenz Gebrauch machen könnte.
- Daneben werden auch Abgrenzungsschwierigkeiten zu den klassischen kartellrechtlichen Eingriffsbefugnissen, namentlich der Missbrauchsaufsicht, durch die Ausgestaltung als reine Entflechtungskompetenz abgemildert. Denn eine reine Entflechtungskompetenz legt den Fokus auf schädliche Marktstrukturen anstelle von bestimmten Verhaltensweisen, die auch als Marktmachtmissbrauch verfolgt werden könnten. Der Entwurf verringert so die Gefahr des Unterlaufens der Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 7 KG (Rn. 380 f.).
- Eine (einmalige) Entflechtungsanordnung kann sich im Einzelfall zudem als der mildere Eingriff gegenüber einer (laufenden) Verhaltensaufgabe darstellen. Dies mag zunächst paradox erscheinen, werden verhaltensorientierte Abhilfemaßnahmen doch regelmäßig als milderer Mittel gegenüber strukturellen Maßnahmen angesehen. Es überzeugt aber, wenn man sich vor Augen führt, dass nicht nur die Auswirkungen auf die betroffenen Unternehmen, sondern auch auf den Wettbewerb als Institution zu berücksichtigen sind (Fn. 60). Im Übrigen können auch für betroffene Unternehmen die Folgen einer laufenden Verhaltensaufgabe einschneidender sein als diejenigen einer Entflechtung (Fn. 601). Eine

offene Generalklausel ist daher auch unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten nicht zwingend geboten.

bb) Verselbständigung von Vermögensteilen

- 709 Die konkrete Rechtsfolgenbeschreibung des Vorschlags „veräußern oder auf andere Weise verselbständigen“ orientiert sich am *Brüderle*-Entwurf (Rn. 230 ff.). Sie soll explizit sowohl Verkaufslösungen als auch *pro-rata*-Lösungen ermöglichen, um ein gewisses Maß der Flexibilität und die Verhältnismäßigkeit im Einzelfall zu gewährleisten (Rn. 605). Dass *pro-rata*-Lösungen im Einzelfall ausreichen können, namentlich, wenn die Anteile des zu entflechtenden Unternehmens sich im Streubesitz befinden, zeigt etwa die Entflechtung der deutschen *I.G. Farben* nach dem Zweiten Weltkrieg (Rn. 180 f., 189), die bis heute Bestand hat. Daneben könnte etwa auch eine *pro-rata*-Lösung verbunden mit Nebenbestimmungen wie einem Wettbewerbsverbot im Einzelfall ausreichen (Rn. 321). Soweit eine *pro-rata*-Lösung das im Einzelfall ausreichende Mittel ist, ist es aus Verhältnismäßigkeitsgründen geboten, keine Verkaufslösung anzuordnen, da *pro-rata*-Lösungen den milderen Eingriff darstellen. Wenn alle potentiellen Erwerber – und damit eine Verkaufslösung – aufgrund fusionskontrollrechtlicher Vorschriften ausscheiden, kann eine *pro-rata*-Lösung gar das einzig geeignete Mittel darstellen (Rn. 129). Dem Wortlaut der Norm ließen sich aber auch niederschwelligere, nicht-eigentumsrechtliche Eingriffe wie die organisatorische Trennung von Geschäftsbereichen (Rn. 24) subsumieren.

cc) Durchsetzung der Entflechtung

- 710 Gesonderte Vorschriften zur Vollstreckung der Entflechtungsanordnung erscheinen nicht erforderlich, da über den Verweis in Art. 39 KG die entsprechenden Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes anwendbar sind.¹⁴⁰⁷

1407 Vgl. *Ritschard/Spühler*, in: *Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler*, DIKE-KG, Art. 37 Rn. 4.

dd) Nebenbestimmungen

Auch Nebenbestimmungen sind in dem Entwurf zwar nicht explizit vorgesehen, ihr Erlass ist aber trotzdem möglich, soweit sie zur Verwirklichung des Gesetzeszwecks dienen.¹⁴⁰⁸ Nebenbestimmungen können erforderlich sein, um den Erfolg des Entflechtungsverfahrens zu sichern. Insbesondere sind geeignete Maßnahmen der Rekonzentrationsprävention zwingend erforderlich (Rn. 189, 302, 538). Mögliche Nebenbestimmungen sind etwa

- ein Weiterveräußerungsverbot für die veräußerten Unternehmensteile (Rn. 546),
- ein Abwerbungsverbot für Personal der entflochtenen Unternehmensteile (Rn. 558),
- ein allgemeines Verbot, mit den entflochtenen Unternehmensteilen in Wettbewerb zu treten (Rn. 304).

Regelmäßig sollte zum Zwecke der Rekonzentrationsprävention als Nebenbestimmung auch ein zehnjähriges Rückerwerbsverbot angeordnet werden. Die in Deutschland gem. § 32f Abs. 4 S. 12 GWB vorgesehene Frist von fünf Jahren erscheint dabei zu kurz (Rn. 303). Auf eine gesetzliche Anordnung der Dauer wird im Entwurf im Interesse einer „schlanken Norm“ trotzdem verzichtet.

2. Begründung zu Art. 11a Abs. 2

Absatz 2 des Vorschlags regelt die Fälle, in denen von vornherein keine Entflechtungsanordnung infrage kommen soll. Namentlich ist hierfür eine Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsklausel (a) sowie die Herausnahme regulierter Sektoren (b) aus dem Anwendungsbereich der Norm vorgesehen. Für innerhalb der letzten zehn Jahre genehmigte Zusammenschlüsse besteht Vertrauensschutz (c).

a) Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsklausel

Absatz 2 lit. a) ordnet eine Subsidiarität der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz gegenüber den sonstigen behördlichen Eingriffs-

¹⁴⁰⁸ Vgl. *Karlen*, Verwaltungsrecht, S. 206.

befugnissen unter dem Kartellgesetz sowie dem Preisüberwachungsgesetz an.

- 715 Die Klausel betont zunächst den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und die Rechtsnatur einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz als wettbewerbsrechtliche *ultima ratio*. Daneben verhindert sie insbesondere, dass ein Entflechtungsverfahren als „einfachere“ Alternative gegenüber einem Missbrauchsverfahren ergriffen wird, weil ein Verstoß gegen Artt. 5, 7 KG schwer nachweisbar erscheint. Die Klarstellung der Subsidiarität auch gegenüber dem PüG ist erforderlich, weil dies eine explizite Abweichung von dem in Art. 3 Abs. 3 KG geregelten Grundsatz darstellt, wonach Verfahren zur Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen nach dem KG solchen nach dem PüG – vorbehaltlich einer einvernehmlichen Regelung mit dem Preisüberwacher – vorgehen. Die Subsidiaritätsklausel ist durch ihre explizite Aufnahme in den Gesetzestext – wie in Deutschland (Rn. 266 ff.) – gerichtlich überprüfbar. Dies erscheint nicht zuletzt deshalb geboten, weil die bloße behördliche Selbstbindung im Vereinigten Königreich eine unstrukturierte Ausweitung des Anwendungsbereichs des Marktuntersuchungsinstruments nicht verhindern konnte (Rn. 482).

b) Herausnahme regulierter Sektoren

- 716 Absatz 2 lit. b) nimmt Vermögensteile, für die sektorspezifisches Regulierungsrecht besteht, aus der Entflechtungsandrohung heraus. Dies erscheint insbesondere mit Blick auf den Gewaltenteilungsgrundsatz geboten (Rn. 600 ff.). Denn durch die sektorspezifische Regulierung hat der Gesetzgeber die aus seiner Sicht erforderlichen Maßnahmen zur Gewährleistung des Wettbewerbs getroffen. Diesem Argument kommt in der Schweiz besondere Bedeutung zu, da der Gesetzgeber eine starke Tendenz zur Sektorregulierung hat – so sind neben den klassischen regulierten Sektoren im Infrastrukturbereich etwa auch der Kfz-Vertrieb und der Holzhandel sektorspezifisch reguliert; eigene Regelungen für Arbeitsgemeinschaften im Baugewerbe und den Profisport werden jedenfalls diskutiert.¹⁴⁰⁹ Der schweizerische Gesetzgeber nimmt seine Regulierungsverantwortung (Rn. 708) also aktiv wahr. Eine missbrauchsunabhängige Entflechtung ist in der Schweiz *de lege lata* trotzdem nicht vorgesehen. Namentlich gilt dies auch für die sektorspezifischen Regelungen für Gas, Strom, Post, Telekom-

1409 Vgl. Hirsbrunner, NZKart 2025, S. 168.

munikation und Schienenverkehr, in denen jeweils organisatorische (Rn. 24) Entflechtungsmöglichkeiten bestehen.¹⁴¹⁰ Es wäre daher problematisch, wenn die demokratisch nicht unmittelbar legitimierte Wettbewerbskommission eine solche Anordnung vornehmen könnte.

Da die allgemeine Kollisionsregel des Art. 3 Abs. 1 KG aufgrund ihres engen Anwendungsbereichs eine missbrauchsunabhängige Entflechtung auf regulierten Sektoren nicht ausschließen dürfte, erscheint die Aufnahme einer expliziten Kollisionsnorm geboten.¹⁴¹¹ Die konkrete Formulierung von Absatz 2 lit. b) ist an diejenige aus dem *Brüderle*-Entwurf (Rn. 230 ff.) angelehnt. Eine weitere Bereichsausnahme für Banken entsprechend Art. 10 Abs. 3 KG erscheint dagegen nicht erforderlich, da dieser auf Fälle der „Rettung“ von Banken durch einen Zusammenschluss zugeschnitten ist.¹⁴¹² Die Rechtfertigung der gesonderten Zuständigkeit der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) für bestimmte Fusionskontrollen liegt also darin, dass Beeinträchtigungen des Wettbewerbs im Interesse der Gläubiger hingenommen werden, um einen „Bankencrash“¹⁴¹³ zu vermeiden. Eine zum Bankencrash führende Entflechtung dürfte aber ohnehin nie verhältnismässig sein, sodass auch eine gesonderte Zuständigkeit der FINMA für Entflechtungen von Banken nicht erforderlich erscheint.

c) Vertrauensschutz

Absatz 2 lit. c) verbietet die Entflechtung von Unternehmensteilen, die innerhalb der letzten zehn Jahre Gegenstand eines ohne Beanstandung verlaufenden Fusionskontrollverfahrens durch die Wettbewerbskommission oder, im Falle des Art. 9 Abs. 1^{bis} KG-Entwurf, die Europäische Kommission waren. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Zusammenschluss aufgrund einer Zulassungsfiktion (vgl. Artt. 34 S. 2 KG, 10 Abs. 6 FKVO) oder einer – im schweizerischen Recht nicht vorgesehenen¹⁴¹⁴ – förmlichen Freigabeentscheidung (vgl. Art. 6 Abs. 1, 2 FKVO) erfolgt ist. In beiden Fällen ist die Aufnahme eines Vertrauensschutztatbestandes für fusionskontrollrechtlich

1410 *Magnin*, Entflechtung im Infrastrukturbereich, Rn. 1342.

1411 Vgl. *Magnin*, Entflechtung im Infrastrukturbereich, Rn. 1481 ff.

1412 Vgl. *Prümmer*, in: *Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler*, DIKE-KG, Art. 10 Rn. 219.

1413 *Prümmer*, in: *Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler*, DIKE-KG, Art. 10 Rn. 219.

1414 Vgl. *Jacobs/Giger*, in: *Ducrey/Zimmerli*, SIWR V/2, E. Rn. 6 f.; *Ritschard/Spühler*, in: *Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler*, DIKE-KG, Art. 33 Rn. 48.

freigegebene Zusammenschlüsse unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten geboten (Rn. 682). Neben dem Vertrauensschutz stellt die Vorschrift sicher, dass Fusionskontrollverfahren weiterhin sorgfältig durchgeführt werden (Rn. 291).

3. Begründung zu Art. 11a Absatz 3

- 719 Absatz 3 sieht vor, dass eine Zahlung aus Haushaltsmitteln des Bundes bis zum vollen Wert des entflochtenen Unternehmensteils geleistet werden muss, soweit dieser bei einem Verkauf nicht erreicht wird. Die Entschädigungsregelung ist den Vorgaben aus Art. 26 BV geschuldet, wonach für Enteignungen – wozu eine Entflechtungsanordnung zählt – eine vollständige Entschädigung erforderlich ist (Rn. 659 ff.). Dabei muss die volle Entschädigung nicht komplett durch den Staat selbst geleistet werden. Vielmehr genügt es, wenn dieser eine „Preisgarantie“ für den Verkaufspreis übernimmt.¹⁴¹⁵
- 720 Die Regelung birgt zwar die Gefahr, dass potentielle Käufer mit niedrigeren Geboten an das zu entflechtende Unternehmen herantreten und somit faktisch ein Teil des Kaufpreises durch den Fiskus bezahlt wird. Denn das zu entflechtende Unternehmen dürfte im Wissen um die staatliche Entschädigungsleistung zu einer Veräußerung zu jedem Preis bereit sein. Die Regelung erscheint angesichts der eindeutigen Formulierung von Art. 26 Abs. 2 BV jedoch zwingend. Es sollte daher vor einer Entflechtungsanordnung sorgfältig geprüft werden, ob ausreichend Interessenten bereitstehen, um einen zumindest annähernd marktgerechten Preis zu erzielen. Als weiterer Schutz fiskalischer Interessen vor Missbrauch dient der Genehmigungsvorbehalt in Artikel 31a Satz 2 des Entwurfs. Der Wettbewerbskommission steht es hierdurch offen, Verkäufe zu unangemessenen Preisen nicht zu genehmigen, soweit der fiskalische Schaden hierdurch in einem unangemessenen Verhältnis zum zu erwartenden Erfolg der Entflechtung stünde.
- 721 Die Ermittlung des Unternehmenswerts erfolgt durch einen von der Wettbewerbskommission bestimmten Wirtschaftsprüfer. Dies erscheint angesichts der Komplexität der wirtschaftlichen Bewertung eines Großunternehmens zuverlässiger und effizienter als die Bestimmung durch eine regionale Schätzungskommission, wie sie in Artt. 64 ff. des Bundesgesetzes über die Enteignung für Grundstücksenteignungen vorgesehen ist.

1415 Vgl. *Böni*, sic! 2012, S. 83.

4. Begründung zu Art. 11b

Art. 11b stellt klar, dass Entflechtungsanordnungen auf Antrag der beteiligten Unternehmen vom Bundesrat ausnahmsweise aufgehoben werden können, wenn dies notwendig ist, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen. Der Bundesrat fungiert dabei als politische Kontrollinstanz. 722

Die Argumente für die Einbeziehung einer politischen Instanz in missbrauchsunabhängige Entflechtungsverfahren sind mannigfaltig und reichen vom Schutz vor behördlicher Willkür und verbessertem Rechtsschutz für betroffene Unternehmen über aus dem Demokratieprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz folgende Erwägungen bis hin zum Konkurrenzverhältnis mit dem gesetzgeberischen Regulierungsrecht (Rn. 196, 276). Das gewichtigste Gegenargument, die Sorge um die Politisierung einer grundsätzlich wettbewerblich-technokratischen Entscheidung, lässt sich durch die verfahrensrechtlich abgesicherte Einbeziehung von ökonomischem Sachverstand in die politische Entscheidung allerdings nur ein Stück weit abmildern. Letztlich bergen politische Entscheidungen daher stets das Risiko, sachfremd – eben politisch motiviert – auszufallen. Diese Vor- und Nachteile sind mangels Verwandtschaft miteinander nur schwer abzuwägen. Die Entscheidung, ob eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz unter Einbeziehung einer politischen Kontrollinstanz ausgestaltet wird, ist daher anhand einer Makrobetrachtung des übrigen Wettbewerbsrechts zu treffen (Rn. 589 f.). 723

Da im schweizerischen Kartellgesetz – anders als im deutschen und britischen Recht – bereits jetzt Entscheidungen der Wettbewerbskommission im Rahmen aller drei kartellrechtlichen Säulen gem. Artt. 8, 11 KG unter dem Vorbehalt der ausnahmsweisen Zulassung durch den Bundesrat zur Verwirklichung überwiegender öffentlicher Interessen stehen, spricht viel dafür, eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz in der Schweiz ebenfalls unter Einbeziehung eines demokratisch legitimierten politischen Akteurs auszugestalten. Im Interesse der Kohärenz liegt es nahe, sich bei der konkreten Ausgestaltung eng an diesen Vorschriften zu orientieren. Die Entscheidungsfindung aufgrund unabhängigen ökonomischen Sachverstands ist durch die Rechtsnatur der Wettbewerbskommission als unabhängige Expertenkommission (vgl. Art. 18 Abs. 2 S. 2 KG) bereits gegeben, sodass ein besonderer öffentlicher Rechtfertigungsdruck für den Bundesrat bestünde, wenn er sich über eine Entflechtungsanordnung der Wettbewerbskommission hinwegsetzen wollte. Der Bundesrat wendet seine 724

Befugnisse gem. Artt. 8, 11 KG aber ohnehin äußerst restriktiv an,¹⁴¹⁶ womit auch bei Entflechtungsverfahren zu rechnen wäre.

- 725 Über die Verweisung in Artikel 31a Satz 2 des Vorschlages unterliegen auch gem. Art. 37 Abs. 2, 3 KG von den Unternehmen selbst erbrachte Vorschläge, die von der Wettbewerbskommission gebilligt wurden, der Aufhebung durch den Bundesrat. Dies dient der Effektivierung des Verfahrens. Wäre die Vorschrift nicht vorgesehen, bestünde nämlich das Risiko, dass die Unternehmen eine „Blockadehaltung“ einnehmen, um sich die Möglichkeit der Aufhebung durch den Bundesrat nicht zu versperren. Mit dem hier verfolgten Ansatz können die betroffenen Unternehmen einerseits gegen die Entflechtungsverfügung als solche vorgehen, andererseits aber hilfsweise an einer möglichst effektiven Ausgestaltung der Entflechtung – etwa entlang der wirtschaftlich optimalen Trennlinien – mitwirken (Rn. 136).
- 726 Antragsberechtigte „Beteiligte“ im Sinne des Art. 11b KG sollten nur die von einer Entflechtungsanordnung unmittelbar betroffenen Unternehmen sein, weil nur diese ein legitimes Interesse an der Aufhebung der sie belastenden Entscheidung haben.¹⁴¹⁷

5. Begründung zu Art. 31a

- 727 Art. 31a KG regelt das Entflechtungsverfahren. Dieses orientiert sich grundsätzlich an den Vorschriften für die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen (a). Selbiges gilt für die Zuständigkeiten (b). Als neues Element sind allerdings verbindliche Fristen vorgesehen (c).

a) Verfahrensvorschriften

- 728 Durch den Verweis auf den zweiten Abschnitt des vierten Kapitels des Kartellgesetzes werden die Verfahrensvorschriften für die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen für anwendbar erklärt.
- 729 Der Verweis erscheint insbesondere nötig, weil unter dem informellen Marktbeobachtungsverfahren gem. Art. 45 KG keine durchsetzbaren Er-

1416 Vgl. *Ducrey*, in: *Marbach/Ducrey/Wild*, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Rn. 1785 f.; *Zäch/Heizmann*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 635 f.

1417 Vgl. *Moeckli/Dudar*, in: *Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler*, DIKE-KG, Art. 8 KG Rn. 23 m.w.N.

mittlungsinstrumente – insbesondere keine die Unternehmen treffende Auskunftspflicht – zur Verfügung stehen.¹⁴¹⁸ Ohne durchsetzbare Ermittlungsinstrumente dürfte es aber kaum möglich sein, die für eine Entflechtungsanordnung erforderlichen tiefgehenden Erkenntnisse über den relevanten Markt zu erlangen. Mit dem Verweis auf die Verfahrensvorschriften für die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen erhält die Wettbewerbskommission die Möglichkeit, ähnlich einer Sektoruntersuchung nach deutschem und europäischem bzw. einer *market investigation* nach britischem Recht, solche Märkte genauer zu untersuchen, auf denen sie das Vorliegen einer dauerhaften und signifikanten Behinderung des Wettbewerbs vermutet. Ein alternativer Regelungsansatz wäre auch in der Schweiz die Schaffung eines eigenständigen Marktuntersuchungsinstruments.¹⁴¹⁹

Das bereits bestehende Verfahren gem. Art. 26 ff. KG erscheint jedoch auch aus einer Reihe von weiteren Gründen gut für eine entsprechende Anwendung in Entflechtungsfällen geeignet: 730

- Die Möglichkeit einer informellen – allein durch das Sekretariat geführten¹⁴²⁰ – Vorabklärung gem. Art. 26 KG gewährleistet, dass eine aufwendige Untersuchung nur in den wenigen Fällen eingeleitet wird, in denen es notwendig ist. Die meisten potentiellen Wettbewerbsbehinderungen dürften sich schon im Wege der Vorabklärung beseitigen lassen, wie dies bereits heute bei der großen Mehrzahl von potentiellen Wettbewerbsbeschränkungen der Fall ist.¹⁴²¹
- Die Publikationspflicht gem. Art. 28 KG erscheint der Eingriffsintensität eines Entflechtungsverfahrens angemessen (Rn. 273). Sie gewährleistet außerdem die wünschenswerte (Rn. 583) frühzeitige Beteiligung der betroffenen Unternehmen, da diese in der Publikation zu benennen sind (Art. 28 Abs. 2 S. 1 KG).
- Die Möglichkeit, gem. Art. 29 KG auch nach Verfahrenseinleitung zu einer einvernehmlichen Regelung mit dem betroffenen Unternehmen zu kommen, ist aus Verhältnismäßigkeits- und Effizienzgründen zu begrüßen.

1418 Vgl. Schenkel/Odermatt/Holzmüller, in: Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler, DIKE-KG, Art. 45 Rn. 9 ff. Kritisch dazu: WEKO, Stellungnahme UBS/CS, Rn. 679 ff.

1419 Vgl. dazu Künzler/Jany, SZK/RSDC 2023, S. 107 ff., 117 f.

1420 Ducrey, in: Marbach/Ducrey/Wild, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Rn. 1850.

1421 Vgl. Beuret, in: Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler, DIKE-KG, Art. 26 Rn. 2.

- Art. 30 Abs. 3 KG sieht eine Vorschrift zur Rückabwicklung für den Fall vor, dass sich die Erwartungen der Behörde nicht bestätigen (Rn. 127).
- Art. 31 Abs. 3 KG sieht eine zeitliche Befristung für eine etwaige Genehmigung bzw. Aufhebung durch den Bundesrat vor. Angesichts des Ausnahmecharakters einer solchen Entscheidung erscheint es sachgerecht, dass der Bundesrat diese – sei es aufgrund einer Änderung der sachlichen Umstände oder der politischen Prioritäten – zu einem späteren Zeitpunkt überdenken kann.¹⁴²²

731 Das Verfahren zur Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen gem. Artt. 32 ff. KG erscheint demgegenüber als Vorbild weniger geeignet, da es grundlegend auf der Meldung eines Zusammenschlussvorhabens vor seinem Vollzug durch die beteiligten Unternehmen selbst beruht. Mit der Meldung von strukturellen Wettbewerbsproblemen durch die sie verursachenden Unternehmen ist aber nicht zu rechnen, erst recht nicht vor ihrer Entstehung.

732 Sinnvoll erscheint dagegen die Übernahme der fusionskontrollrechtlichen Vorschriften über die Einbeziehung des betroffenen Unternehmens in die konkrete Ausgestaltung der Entflechtungsanordnung. Dass die Durchführung einer Entflechtung nur unter Einbeziehung des überlegenen Fachwissens im betroffenen Unternehmen erfolgversprechend ist, dürfte unumstritten sein (Rn. 134 ff., 174 ff., 198). So kann etwa die Identifikation geeigneter „Bruchlinien“ (Rn. 131) für die Entflechtung am besten unter Zuhilfenahme der unternehmerischen Sachkenntnis erfolgen. Der für fusionskontrollrechtliche Entflechtungen geschaffene Art. 37 KG sieht hierfür bereits ein bekanntes Verfahren vor, das dem betroffenen Unternehmen weitreichende Gestaltungsmöglichkeiten verleiht (Rn. 53). An ihn sollte aus Verhältnismäßigkeits- und Kohärenzgründen angeknüpft werden. Die entsprechende Anwendung von Art. 37 Abs. 2, 3 KG gewährleistet zudem, dass die finale Entscheidung, ob und in welcher Weise eine Verselbständigung der Unternehmensteile erfolgt, der Wettbewerbskommission obliegt. Eine Einflussnahme der Wettbewerbsbehörde auf die konkreten Umstände der Entflechtung – etwa hinsichtlich des erwerbenden Unternehmens bei einer Verkaufslösung – erscheint zweckdienlich, um positive Wirkungen einer Entflechtungsanordnung auf den Wettbewerb zu gewährleisten. Eine enge Begleitung des Entflechtungsprozesses entspricht auch der Praxis der britischen CMA (Rn. 505 ff.), während in Deutschland noch unklar ist, ob und inwieweit das Bundeskartellamt – abgesehen von Nebenbestimmungen zur

1422 Vgl. *Chabloy*, L'autorisation exceptionnelle, Rn. 843, 852 ff.

Entflechtungsverfügung – Einfluss auf den Verselbständigungsprozess nehmen kann (Rn. 606).

b) Zuständigkeiten

Auch die Zuständigkeiten richten sich aufgrund des Verweises auf den zweiten Abschnitt des vierten Kapitels des Kartellgesetzes nach den Vorgaben für die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen. Insbesondere bedeutet dies, dass das Sekretariat eine Untersuchung durchführt, die abschließende Entscheidung aber der Wettbewerbskommission obliegt (vgl. Artt. 27, 30 KG). 733

Die personelle Trennung zwischen Wettbewerbskommission und Sekretariat stellt dabei eine Unabhängigkeit der finalen Entscheidungsträger sicher, die der aktuellen Situation im Vereinigten Königreich (zwei unabhängige Gruppen innerhalb der CMA, Rn. 476) zumindest ebenbürtig erscheint und deutlich über diejenige in Deutschland (gesamtes Verfahren wird durch dieselbe Beschlussabteilung geführt, Rn. 259) hinausgeht. Sie erscheint am ehesten mit der früheren Struktur im Vereinigten Königreich vor Erlass des ERRA13 (*market study* durch das OFT, *market investigation* durch die CC) vergleichbar. Hinzu kommt, dass die Wettbewerbskommission gem. Art. 19 Abs. 1 S. 1 KG explizit „von den Verwaltungsbehörden unabhängig“ ist. Die Wettbewerbskommission genießt daher grundsätzlich die gleiche Unabhängigkeit wie ein Gericht,¹⁴²³ während dies beim Bundeskartellamt in Deutschland nicht abschließend geklärt ist (Rn. 259). 734

Mithin stellt der hiesige Vorschlag eine im internationalen Vergleich hinreichend unabhängige Entscheidungsfindung sicher, sodass die immer wieder diskutierte organisatorische Neustrukturierung – etwa durch eine weitergehende Trennung zwischen Sekretariat und Wettbewerbskommission oder eine Aufgabe des Milizprinzips¹⁴²⁴ – jedenfalls für die Einführung 735

1423 Vgl. *Hangartner*, in: *Stoffel/Zäch*, Kartellgesetzrevision, S. 262. Es bestehen zwar faktische Einschränkungen der Unabhängigkeit, insbesondere durch politische Personen- und Budgetentscheidungen, insgesamt aber ist die Wettbewerbskommission weitgehend unabhängig (vgl. *Carcagni Roesler*, in: *Baker/McKenzie*, SHK KG, Art. 19 Rn. 1f.; *Tercier*, in: *Martenet/Bovet/Tercier*, Commentaire Romand LCart, Art. 19 Rn. 14 ff.).

1424 Vgl. dazu schon in den Jahren 1996 und 1997 *Baldi*, in: *Zäch*, Kartellgesetz, S. 19 bzw. *Baldi*, in: *Corti/Ziegler*, FS Blankart, S. 363 sowie aus neuerer Zeit *Tanner*, in: *Schneider/Kellerhals*, 25 Jahre Kartellgesetz, S. 117 ff. Derzeit wird auf Geheiß des Bundesrats an einer institutionellen Reform gearbeitet (vgl. dazu den Vorentwurf

einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz nicht zwingend erforderlich scheint. Es wäre allenfalls zu erwägen, das Initiativrecht für die Einleitung eines Entflechtungsverfahrens abweichend von Art. 27 Abs. 1 KG ausschließlich dem – nicht für die Entflechtungsanordnung zuständigen – Sekretariat zu übertragen. Dieser Ansatz würde zwar das institutionelle Gefüge des Art. 27 KG¹⁴²⁵ tiefgreifend verändern, ist aber im Vorentwurf des Bundesrats für eine Reform der Wettbewerbsbehörden vom 13.06.2025 ohnehin vorgesehen.

c) Fristen

736 Der Entwurf sieht vor, dass beide Verfahrensstufen maximal 18 Monate dauern dürfen und Ausnahmen hiervon nur beim Vorliegen besonderer Umstände angeordnet werden können. Die Zuständigkeit für die Fristverlängerung liegt – wie grundsätzlich im Kartellgesetz¹⁴²⁶ – beim Bundesrat. Eine im Kartellgesetz festgeschriebene Abweichung von der grundsätzlichen Weisungsungebundenheit der Wettbewerbskommission ist auch zulässig, wie insbesondere Artt. 8, 11 KG zeigen.¹⁴²⁷

737 Besondere Umstände, die eine Fristverlängerung rechtfertigen, können etwa mehrere zu untersuchende Parteien oder Märkte sein (Rn. 485 f.). Die Fristen sind – wie im britischen Modell – verbindlich, da die bloßen Sollfristen des deutschen Modells das Risiko bergen, ignoriert zu werden (Rn. 584 f.). Die Festlegung einer Höchstfrist auch für den Fall der Mitwirkungsverweigerung eines Unternehmens erscheint dagegen nicht zielführend, da es sonst in der Hand der betroffenen Unternehmen läge, das Verfahren zum Scheitern zu bringen. Im Interesse eines zügigen und effektiven Verfahrens sollte aber bei mangelnder Mitwirkung des Unternehmens vorrangig von der Sanktionsmöglichkeit gem. Art. 52 KG Gebrauch gemacht werden und mit Fristverlängerungen zurückhaltend umgegangen werden. Gegebenenfalls sollte hierzu eine Erhöhung des derzeit „nur“ bis 100.000 Franken reichenden Sanktionsrahmens des Art. 52 KG erwogen werden, da dieser bei

des Bundesrats vom 13.06.2025: <https://cms.news.admin.ch/fileservice/sdweb-doc-s-prod-nsbcch-files/files/2025/06/13/c517372b-2be1-4e94-b9e8-47b4e00c2cbe.pdf>, zuletzt abgerufen am 28.08.2025).

1425 Vgl. dazu *Ducrey/Carron*, in: *Martenet/Bovet/Tercier*, Commentaire Romand LCart, Art. 27 Rn. 9 ff.

1426 Vgl. nur Artt. 6 Abs. 3, 8, 11, 15 Abs. 2, 18 Abs. 1, 20 Abs. 2, 60 KG

1427 Vgl. *Meier/Bruch*, in: *Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler*, DIKE-KG, Art. 19 Rn. 9 f.

Unternehmen, die die fusionskontrollrechtlichen Umsatzschwellen gem. Art. 9 Abs. 1 KG erreichen, keine hinreichende Abschreckungswirkung haben könnte.

Zwar hätte es im Sinne der Kohärenz des Kartellgesetzes nahegelegen, 738 die Fristen am neuen Art. 44a KG-Entwurf zu orientieren. Dieser sieht vor, dass von der Eröffnung bis zum rechtskräftigen Abschluss einer Untersuchung maximal 60 Monate vergehen sollen (30 Monate Wettbewerbskommission, 18 Monate Bundesverwaltungsgericht, zwölf Monate Bundesgericht).¹⁴²⁸ Allerdings birgt auch Art. 44a KG-Entwurf aufgrund seines bloßen *comply or explain*-Prinzips die Gefahr, dass die Fristen in der Praxis ignoriert werden.¹⁴²⁹ Aufgrund des besonders eingriffsintensiven Charakters einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz als wettbewerbsrechtliche *ultima ratio* erscheint die Festlegung einer speziellen Verfahrensfrist, die sich an der in Deutschland und dem Vereinigten Königreich avisierten Regeldauer von 36 Monaten für das behördliche Verfahren orientiert, auch vertretbar. Zudem kann von der Wettbewerbskommission erwartet werden, die absehbar sehr seltenen Anwendungsfälle ihrer *ultima ratio* vorrangig zu bearbeiten und so die Fristen einhalten zu können (Rn. 585).

1428 Vgl. BBl. 2023 1463, 46 f.

1429 Stäuber/Thomann, SZK/RSDC 2023, S. 147 f.

D. Fazit: Missbrauchsunabhängige Entflechtung in der Schweiz?

Wirtschaftliche Machtkonzentrationen und Kartelle wurden in der Schweiz 739
lange Zeit wohlwollend behandelt. Ein wettbewerbliches Problembewusst-
sein entwickelte sich erst vergleichsweise spät (Rn. 615 ff.). Mittlerweile
handelt es sich beim schweizerischen Kartellgesetz aber um ein weitge-
hend am EU-Recht orientiertes Dreisäulenmodell ohne die Möglichkeit
missbrauchsunabhängiger Entflechtungen für Marktversagenstatbestände,
bei denen die klassischen kartellrechtlichen Befugnisse nicht ausreichen.

Es stellt sich in der Schweiz also in gleicher Weise wie aktuell im 740
europäischen und bis 2023 im deutschen Recht (NCT bzw. § 32f GWB)
die Frage nach der Zweckmäßigkeit eines solchen Instruments. Das offe-
ne wettbewerbsspolitische Leitbild des wirksamen Wettbewerbs unter dem
derzeitigen Kartellgesetz (Rn. 631 ff.) dürfte einer Einführung jedenfalls
nicht entgegenstehen. Wirtschaftliche Machtkonzentrationen werden ohnehin
zunehmend kritisch beurteilt.

Eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz dürfte zudem 741
auch in der Schweiz mit höherrangigem Recht vereinbar auszugestalten
sein (Rn. 649 ff.). Insbesondere die Bundesverfassung stellt zwar einen
grund- und kompetenzrechtlichen Rahmen auf. Diesen Anforderungen
dürfte durch eine sorgfältige Ausgestaltung der Norm aber entsprochen
werden können.

Auch reichen die Eingriffsbefugnisse im schweizerischen Wettbewerbs- 742
recht nicht vollständig zur Adressierung von Marktversagenstatbeständen
aus (Rn. 686 ff.). Eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz
hätte demnach auch in der Schweiz ihre Daseinsberechtigung, soweit sie
Kosten und Nutzen in einen angemessenen Ausgleich bringt.

Teil 6: Zusammenfassung / Part 6: Summary / Partie 6: Conclusion

Im nachfolgenden und abschließenden Teil 6 werden die Erkenntnisse der 743
vorherigen fünf Teile der vorliegenden Untersuchung in Form von Thesen
und tabellarischen Übersichten zusammengefasst.

In the following and concluding part 6, the findings of the five previous 744
parts of this study will be summarised in the form of theses and tabular
overviews (English version paras. 776 et seq.).

Dans la partie 6, qui suit et constitue la conclusion de la présente étude, 745
les résultats des cinq parties précédentes seront résumés sous forme de
thèses et de tableaux (version française N. 806 ss.).

A. Zusammenfassende Thesen

Teil 1: Einführung und Grundlagen

I.

Eigentumsrechtliche Entflechtungen, die den Gegenstand dieser Unter- 746
suchung bilden, sind von organisatorischen Entflechtungen zu unterschei-
den (Rn. 24 f.). Sie können horizontal, vertikal und diagonal erfolgen (Rn.
26) und gesellschaftsrechtlich als Verkaufs- oder *pro-rata*-Lösung umge-
setzt werden (Rn. 27 ff.).

Entflechtungsart	Entflechtungsrichtung	Gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung
Eigentumsrechtlich vs. organisatorisch	Horizontal, vertikal, diagonal	Verkaufslösungen (<i>share deal, asset deal</i>) vs. <i>pro-rata</i> -Lösungen (<i>spin off, split off, split up</i>)

II.

747 Die eigentumsrechtliche Entflechtung („Zerschlagung“) von Unternehmen ist im deutschen, britischen und schweizerischen Wettbewerbsrecht schon bislang kein Fremdkörper, sondern in verschiedenen Konstellationen zulässig (Rn. 32 ff.):

Entflechtungskompetenz	D	UK	CH
fusionskontrollrechtlich	Ja (Rn. 34 f.)	Ja (Rn. 43 ff.)	Ja (Rn. 51 ff.)
rechtsverstoßabhängig	Ja (Rn. 36 ff.)	Unklar (Rn. 46 ff.)	Wahrscheinlich (Rn. 54 ff.)
missbrauchsunabhängig	Ja (Rn. 40 f.)	Ja (Rn. 43 ff.)	Nein (Rn. 50)

III.

748 Missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenzen zeichnen sich dadurch aus, dass kein Verstoß des betroffenen Unternehmens gegen wettbewerbsrechtliche Verbotsnormen erforderlich ist (Rn. 60 ff.). Eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz ist deshalb die einer Wettbewerbsbehörde durch Rechtsnorm erteilte Ermächtigung zur Anordnung der zivilrechtlichen Auflösung einer (regelmäßig marktmächtigen) Unternehmenseinheit in mehrere selbständige Unternehmen ohne oder gegen den Willen und trotz rechtmäßigen Verhaltens der betroffenen Unternehmenseinheit (Rn. 65 ff.).

IV.

749 Missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenzen sind aus wettbewerbstheoretischer Sicht nicht einheitlich zu beurteilen (Rn. 70 ff.). Es kann davon ausgegangen werden, dass jedenfalls die Vertreter von systemtheoretischen Ansätzen missbrauchsunabhängige Entflechtungen generell ablehnen würden. Demgegenüber sind die Vertreter von wohlfahrtsökonomischen Ansätzen eher offen für Marktstrukturinterventionen:

Wettbewerbstheoretische Schule	Akzeptanz von Entflechtungen
(Neo-)Klassische Wettbewerbstheorien	Nein (Rn. 77 f.)

Wettbewerbstheoretische Schule	Akzeptanz von Entflechtungen
Harvard-Schule	Ja (Rn. 83 f.)
Chicago-Schule	Nein (Rn. 87 f.)
Österreichische Schule	Nein (Rn. 91)
Ordoliberaler Schule	Ja (Rn. 95 ff.)

V.

Es überzeugt indes nicht, Entflechtungen allein aus dogmatischen Gründen abzulehnen (Rn. 98 ff.). Denn wie schon die Verschiedenheit der vertretenen wettbewerbstheoretischen Ansätze zeigt, existieren auf diesem Feld keine unumstößlichen Wahrheiten naturgesetzlicher Güte. Vielmehr ist nur die Annäherung an einen ökonomischen und regulatorischen Optimalzustand möglich und erstrebenswert. Deshalb ist eine differenzierte Beurteilung der Intervention im Einzelfall erforderlich, wobei insbesondere volkswirtschaftliche Kosten und Nutzen abzuwägen sind. Dabei kann (und muss) den berechtigten Bedenken, etwa im Hinblick auf eine „Anmaßung von Wissen“, bei der gesetzgeberischen Ausgestaltung und behördlichen Anwendung einer entsprechenden Befugnisnorm begegnet werden. 750

VI.

Wirtschaftliche Machtkonzentrationen bergen ökonomisches Problempotential, das durch eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz adressiert werden soll (Rn. 103 ff.). Dabei lassen missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenzen positive wie negative ökonomische Auswirkungen erwarten, sie sind somit wettbewerblich ambivalent (Rn. 110 ff.).¹⁴³⁰ 751

Ökonomische Auswirkungen missbrauchsunabhängiger Entflechtungskompetenzen	Statisch	Dynamisch
Mögliche Vorfeldwirkungen (ex ante)	+ positiv:	- negativ:

1430 Tabelle leicht modifiziert übernommen aus *Monopolkommission*, Sondergutachten 58, Rn. 46.

Ökonomische Auswirkungen missbrauchsunabhängiger Entflechtungskompetenzen	Statisch	Dynamisch
	Reduktion der Anreize, Marktmacht durch schwer nachweisbare Arten des Missbrauchs aufzubauen oder zu verteidigen - negativ: Verlust von Größen- und Verbundvorteilen	Verlust von Investitions- und Innovationsanreizen
Mögliche Entflechtungswirkungen (<i>ex post</i>)	+ positiv: Reduktion der Marktmacht und ihrer negativen Auswirkungen (allokative Ineffizienzen) - negativ: Verlust von Rationalisierungsgewinnen; Verlust von Größen- und Verbundvorteilen; Doppelte Marginalisierung bei vertikaler Entflechtung	+ positiv: Stärkung der Investitions- und Innovationsanreize für den Käufer des entflochtenen Vermögensteils und Dritte

VII.

752 Die ökonomischen Risiken lassen sich allerdings durch gesetzgeberische Ausgestaltung wie eine eindeutige Bestimmung des Anwendungsbereichs der Norm und Entschädigungsvorschriften abmildern. Auch sollte der Sachverstand der betroffenen Unternehmen im Entflechtungsverfahren genutzt werden, um möglichst geringe Kollateralschäden zu verursachen (Rn. 134 ff.). Demnach können missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenzen insgesamt ökonomisch positiv wirken, soweit sie sorgfältig gesetzgeberisch ausgestaltet und behördlich angewandt werden. Dabei müssen die

erheblichen Folgen für das betroffene Unternehmen im Einzelfall gegen die gesamtwirtschaftlichen Vorteile abgewogen werden.

VIII.

Zweck des Wettbewerbsrechts ist der Schutz freier Wettbewerbsprozesse (Rn. 139 ff.). Missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenzen weichen zwar von den klassischen drei Säulen des kartellrechtlichen Wettbewerbschutzes ab, da sie sich gegen rechtskonform erlangte Machtpositionen richten (Rn. 143 ff.). Sie dienen aber der Förderung des freien Wettbewerbs als anerkanntem Schutzgut des Wettbewerbsrechts. Die Adressierung internen Unternehmenswachstums ist dabei nicht *per se* illegitim, sondern im Einzelfall zu beurteilen (Rn. 146 ff.). 753

Teil 2: Missbrauchsunabhängige Entflechtung in Deutschland

IX.

Deutschland war von Beginn der Industrialisierung bis zum Ende des Zweiten Weltkrieges ein klassisches Land der Kartelle und wirtschaftlichen Machtkonzentrationen (Rn. 162 ff.). In den Nachkriegsjahren erfolgten umfassende Entflechtungsmaßnahmen durch die Alliierten, die allerdings in den meisten Fällen keine dauerhafte Wirkung entfalteten (Rn. 169 ff.). Hieraus ist insbesondere die Erforderlichkeit einer wirksamen Rekonzentrationsprävention sowie die Tatsache abzuleiten, dass *pro-rata*-Lösungen nur (aber immerhin) in Ausnahmefällen wirksam sein können (Rn. 188 ff.). 754

X.

Das wettbewerbspolitische Leitbild in Deutschland unterlag – auch und gerade im Hinblick auf seine Beurteilung von wirtschaftlichen Machtkonzentrationen – seitdem einer laufenden Weiterentwicklung durch den Gesetzgeber (Rn. 207 ff.). Wirtschaftliche Machtkonzentrationen werden seit der zweiten GWB-Novelle von 1973 grundsätzlich skeptisch beurteilt. Auch eine (missbrauchsunabhängige) Entflechtungskompetenz ist in diesem Leitbild kein Fremdkörper, sondern wurde immer wieder diskutiert. Dabei unterschieden sich die Vorschläge nicht nur in Detailfragen, sondern auch auf Tatbestands- und Rechtsfolgenreihe erheblich: 755

Jahr	Vorschlag	Tatbestand	Rechtsfolge
1949	<i>Josten</i> -Entwurf (Rn. 193 ff.)	Wirtschaftliche Macht	Alle Maßnahmen, die erforderlich und geeignet erscheinen
1979	<i>Möschel</i> -Entwurf (Rn. 220 ff.)	Übermäßige wirtschaftliche Macht	Alle notwendigen Anordnungen eingeschlossen die Auflösung von Unternehmen
1980	Monopolkommission (Rn. 215 ff.)	Missbräuchliches Verhalten durch marktbeherrschendes Unternehmen, für das strukturelle Ursachen maßgeblich sind	Entflechtung
2010	<i>Brüderle</i> -Entwurf (Rn. 230 ff.)	Marktbeherrschung	Veräußerung oder anderweitige Verselbständigung von Vermögensteilen
2023	§ 32f Abs. 4 GWB (Rn. 240 ff.)	Erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs	Veräußerung von Unternehmensanteilen oder Vermögen

XI.

756 Die missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz des § 32f Abs. 4 GWB (Rn. 240 ff.) versucht, durch ihre ausgewogene Gestaltung den vorgebrachten Bedenken umfänglich Rechnung zu tragen. Sie ist – trotz einiger fortbestehender Kritikpunkte – gewissermaßen die Quintessenz der in Deutschland jahrzehntelang schwelenden und immer wieder aufflammenden Debatte um die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz. Von den früheren Vorschlägen kommt § 32f Abs. 4 GWB dem *Möschel*-Entwurf von 1979 am nächsten, da beide als zentrales Eingriffskriterium bloße Marktmacht nicht ausreichen lassen, zugleich aber keinen Missbrauch erfordern.

XII.

757 Der Gesetzgeber hat damit auf legislativer Seite weitgehend seine „Hausaufgaben“ gemacht (Rn. 306). Es obliegt dem Bundeskartellamt, bei der

praktischen Anwendung der Norm ebenfalls Augenmaß walten zu lassen. Wenn ihm dies gelingt, kann die missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz gem. § 32f Abs. 4 GWB einen erfolgreichen Beitrag zu mehr Wettbewerb und mithin mehr Wohlstand in Deutschland leisten.

XIII.

Auch offensichtliche Problemfelder im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht wurden durch die konkrete Ausgestaltung von § 32f Abs. 4 GWB adressiert, sodass klare Verstöße nicht ersichtlich sind (Rn. 307 ff.). Es besteht jedoch weiter eine Vielzahl von Unsicherheiten, die teilweise durch eine präzisere gesetzgeberische Ausgestaltung vermeidbar gewesen wären. Es ist – nicht zuletzt angesichts der enormen wirtschaftlichen Bedeutung von Entflechtungsverfahren – damit zu rechnen, dass diese Fragen dem BVerfG und EuGH zur Entscheidung vorgelegt würden, wenn es zu einem praktischen Anwendungsfall der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz käme (Rn. 364). 758

XIV.

Die praktische Anwendung der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz gem. § 32f Abs. 4 GWB ist zwar unwahrscheinlich, aber nicht ausgeschlossen (Rn. 366 ff.). Sie kommt insbesondere auf oligopolistisch geprägten Märkten bei rein strukturell bedingter stillschweigender Kollusion in Betracht. Bei reinen Marktmachtsachverhalten stellen sich Abgrenzungsprobleme zur Missbrauchsaufsicht, die vorrangig anzuwenden ist. 759

XV.

Der „geborene“ konkrete Anwendungsfall der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz gem. § 32f Abs. 4 GWB drängt sich zwar nicht auf. Denn auch bei Fällen, in denen eine Entflechtung schon öffentlich diskutiert wurde, gibt es gewichtige Argumente gegen die Anwendung der Norm (Rn. 383 ff.). Hieraus kann allerdings nicht der Schluss gezogen werden, dass § 32f Abs. 4 GWB zum zahnlosen „Papiertiger“ wird. Vielmehr verbietet sich sowohl in den genannten als auch in jedem anderen denkbaren Fall ein abschließendes Urteil ohne die für eine Entflechtung zwingend erforderlichen Erkenntnisse aus einer vorangehenden Sektoruntersuchung (Rn. 403). 760

Teil 3: Missbrauchsunabhängige Entflechtung im Vereinigten Königreich

XVI.

761 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 Abwägungsgesichtspunkten.

XVII.

762 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 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.).

XVIII.

763 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 Marktuntersuchungsinstrument, das die missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz gem. sec. 161 para. 3 i.V.m. Schedule 8 para. 13 EA02 umfasst.

XIX.

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, wengleich eine fortgesetzte Ausrichtung am europäischen Regime wohl wahrscheinlicher ist. 764

XX.

Das Marktuntersuchungsinstrument gem. Part IV EA02 verfolgt als wettbewerbspolitisches Leitbild vorwiegend die Steigerung der Verbraucherwohlfahrt (Rn. 466 ff.). Das Instrument ist zweiphasig ausgestaltet und verleiht der CMA ein hohes Maß behördlichen Ermessens und enorme Eingriffsbefugnisse (Rn. 470 ff., 510). Zentrales Eingriffskriterium ist das Vorliegen eines *adverse effect on competition*. Dabei handelt es sich um einen Begriff, dessen Formulierung eng an sec. 2 CA98 und Art. 101 AEUV angelehnt ist (Rn. 492 ff.). 765

XXI.

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. 766

XXII.

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 767

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:

Jahr	Verfahren	Ausgangslage	Abhilfemaßnahme	Auswirkungen
1981	<i>Roadside Advertising Services</i> (Rn. 524 ff.)	Vertikale Integration; Explizit koordiniertes Oligopol	Vollständige Auflösung von <i>British Posters Ltd.</i>	Wohl Wettbewerbsverbesserung
1989	<i>Artificial Lower Limbs</i> (Rn. 528 ff.)	Horizontale Integration; Marktmacht	Veräußerung einer Tochtergesellschaft der <i>InterMed Ltd.</i>	Nicht vollzogen wegen Änderung der Marktstruktur
1989	<i>Supply of Beer</i> (Rn. 532 ff.)	Vertikale Integration; Oligopol	Veräußerung von ca. 14.000 im Eigentum von Großbrauereien stehenden Pubs (politisch abgeschwächt, MMC hielt 21.900 für erforderlich)	Vertikale Integration aufgelöst, allerdings Bildung horizontal integrierter <i>pubcos</i> und Fortbestand des Brauereioligopols; Keine positiven Preiseffekte
1993	<i>British Gas</i> (Rn. 539 ff.)	Vertikale Integration; Monopol	Verselbständigung des Gas-handelsgeschäfts	Nicht im Verfahren vollzogen
2009	<i>BAA Airports</i> (Rn. 543 ff.)	Horizontale Integration; Marktmacht	Veräußerung von drei Flughäfen	Wettbewerbsverbesserung
2014	<i>Aggregates</i> (Rn. 551 ff.)	Vertikale Integration;	Veräußerung eines Zement-	Unklar

Jahr	Verfahren	Ausgangslage	Abhilfemaßnahme	Auswirkungen
		Monopol; Implizit koordiniertes Oligopol	werks und einer GGBS-Produktionsstätte	
2014	<i>Private Healthcare</i> (Rn. 556 ff.)	Horizontale Integration; Marktmacht	Veräußerung von zwei Londoner Kliniken	Nicht vollzogen nach Anfechtung und Neubeurteilung durch CMA

Teil 4: Vergleich der missbrauchsunabhängigen Entflechtung in Deutschland und im Vereinigten Königreich

XXIII.

Die missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenzen in Deutschland und dem Vereinigten Königreich ähneln sich grundsätzlich. Dies ist insbesondere im Hinblick auf ihr wettbewerbspolitisches Leitbild und die für eine Verfahrenseinleitung erforderlichen Umstände sowie das zentrale Tatbestandsmerkmal (Rn. 611). 768

XXIV.

Die Verfahrensausgestaltung unterscheidet sich dagegen erheblich. Bereits die beiden Verfahrensphasen haben unterschiedliche Zwecke und einen unterschiedlichen Grad an Förmlichkeit; auch die Zuständigkeit unterscheidet sich. Der augenfälligste Unterschied dürfte aber darin liegen, dass die CMA über einen wesentlich weiteren Spielraum verfügt als das Bundeskartellamt. Während im Vereinigten Königreich etwa die Subsidiarität des Verfahrens, die Form der Beteiligung, die Art der betroffenen Märkte und Unternehmen sowie die Rechtsfolge weitgehend im Ermessen der CMA stehen und gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar sind, sind all diese Punkte in Deutschland gesetzlich geregelt und voll gerichtlich überprüfbar (Rn. 612). Im Einzelnen: 769

Element	Deutschland	Vereinigtes Königreich
Wettbewerbspolitisches Leitbild (Rn. 573 f.)	Dynamisches Wettbewerbsverständnis; Wohlfahrtsökonomischer Ansatz mit Zielen Verbraucherwohlfahrt, Nachhaltigkeit und politische Machtbegrenzung	Dynamisches Wettbewerbsverständnis; Wohlfahrtsökonomischer Ansatz mit Zielen Verbraucherwohlfahrt und gesamtwirtschaftliche Effizienz
Verfahrensvoraussetzungen (Rn. 578)	Umstände lassen vermuten, dass der Wettbewerb im Inland möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht ist	Eindruck der CMA, dass Märkte nicht gut funktionieren
Verfahrenseinleitung (Rn. 576)	Ausschließlich durch BKartA	Grundsätzlich durch CMA; Einflussnahme durch Verbraucherverbände und Minister möglich
Subsidiarität gegenüber kartellrechtlichen Instrumenten (Rn. 582)	Subsidiarität gesetzlich angeordnet und gerichtlich überprüfbar; Praktische Konsequenzen der Klausel noch unklar.	Unverbindliche Selbstverpflichtung der CMA zur Subsidiarität; Selbstverpflichtung lässt in der Praxis Überschneidungen zu
Verfahrensphasen (Rn. 576 ff.)	Unverbindliche Sektoruntersuchung mit anschließender Abhilfephase; Zuständigkeit derselben Beschlussabteilung; Beide Phasen zwingend erforderlich	Unverbindliche <i>market study</i> mit anschließender förmlicher <i>market investigation</i> inklusive Abhilfemaßnahmen; Zuständigkeit verschiedener Teams; Phase 1 fakultativ
Beteiligung (Rn. 583)	In Phase 1 keine Beteiligung erforderlich; In Phase 2 grundsätzlich öffentliche Anhörung notwendig	Konsultation in beiden Verfahrensphasen erforderlich; CMA entscheidet aber über die Art und Weise der Beteiligung

Element	Deutschland	Vereinigtes Königreich
Verfahrensdauer (Rn. 584 f.)	Grundsätzlich 36 Monate; Keine Konsequenzen bei Nichteinhaltung	Grundsätzlich 36 Monate; Verlängerung nur in gesetzlich bestimmten Fällen um bestimmte Dauer möglich
Rechtsschutz (Rn. 586 ff.)	Zwei gerichtliche Instanzen (voller Prüfungsumfang); Keine politische Kontrollinstanz	Zwei gerichtliche Instanzen (eingeschränkter Prüfungsumfang); Keine politische Kontrollinstanz
Eingriffsgrund (Rn. 592 ff.)	Erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs; Für das GWB neuartiger Rechtsbegriff	<i>Adverse effect on competition</i> ; An sec. 2 CA98 bzw. Art. 101 AEUV angelehnter Rechtsbegriff
Betroffene Märkte (Rn. 596 ff.)	Mindestens ein mindestens bundesweiter Markt, mehrere einzelne Märkte oder marktübergreifend; Vorschrift auf regulierten Sektoren anwendbar, für Abhilfemaßnahmen Einvernehmen der Bundesnetzagentur erforderlich	Keine gesetzliche Einschränkung, CMA will aber nicht eingreifen bei kurzfristigen Wettbewerbsproblemen, auf sehr kleinen Märkten sowie wenn nur kleine Teile eines Marktes betroffen sind; Vorschrift auf regulierten Sektoren anwendbar, Entscheidung der CMA muss inhaltlich im Einklang mit den Pflichten der Regulierungsbehörde liegen
Betroffene Unternehmen (Rn. 596 ff.)	Marktbeherrschende Unternehmen bzw. Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung	Keine gesetzliche Einschränkung; Aufgrund der Anforderungen an betroffene Märkte dürften aber nur große, marktmächtige Unternehmen in Betracht kommen

Element	Deutschland	Vereinigtes Königreich
Entflechtungsanordnung (Rn. 604 ff.)	Nur Verkaufslösungen explizit erwähnt; Unklare behördliche Begleitung der Käuferauswahl	Offene Generalklausel, in der Praxis Rückgriff auf Verkaufslösungen; Enge behördliche Begleitung der Käuferauswahl
Entschädigung (Rn. 607 f.)	Zahlung in Höhe der Hälfte einer etwaigen Differenz zwischen dem festgestellten Wert und dem tatsächlichen Verkaufserlös	Keine Entschädigung über den Verkaufspreis hinaus
Entflechtungsdurchsetzung (Rn. 609)	Behördlicher Vollzug insbesondere durch Einsetzung eines Treuhänders	Behördlicher Vollzug insbesondere durch Einsetzung eines Treuhänders; <i>Private enforcement</i> jedenfalls theoretisch zulässig
Rekonzentrationsprävention (Rn. 610)	Fünfstufiges Rückerwerbsverbot gesetzlich angeordnet	Keine gesetzliche Regelung; CMA sieht zehnjähriges Rückerwerbsverbot vor

XXV.

770 Soweit sich § 32f Abs. 4 GWB trotz dieser Hürden als praktikable Norm erweist, ist der restriktivere deutsche Ansatz vorzugswürdig, da er die widerstreitenden Interessen der betroffenen Unternehmen und des Staates besser in Einklang bringt (Rn. 613).

Teil 5: Missbrauchsunabhängige Entflechtung in der Schweiz?

XXVI.

771 Wirtschaftliche Machtkonzentrationen und Kartelle wurden in der Schweiz lange Zeit wohlwollend behandelt. Ein wettbewerbliches Problembewusstsein entwickelte sich erst vergleichsweise spät (Rn. 615 ff.). Mittlerweile handelt es sich beim schweizerischen Kartellgesetz aber um ein weitgehend am EU-Recht orientiertes Dreisäulenmodell ohne die Möglichkeit missbrauchsunabhängiger Entflechtungen für Marktversagenstatbestände, bei denen die klassischen kartellrechtlichen Befugnisse nicht ausreichen.

XXVII.

Es stellt sich in der Schweiz also in gleicher Weise wie aktuell im 772 europäischen und bis 2023 im deutschen Recht (NCT bzw. § 32f GWB) die Frage nach der Zweckmäßigkeit einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz. Das offene wettbewerbspolitische Leitbild des wirksamen Wettbewerbs unter dem derzeitigen Kartellgesetz (Rn. 629 ff.) dürfte einer Einführung jedenfalls nicht entgegenstehen. Wirtschaftliche Machtkonzentrationen werden ohnehin zunehmend kritisch beurteilt.

XXVIII.

Eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz dürfte zudem 773 auch in der Schweiz mit höherrangigem Recht vereinbar auszugestalten sein (Rn. 649 ff.). Insbesondere die Bundesverfassung stellt zwar einen grund- und kompetenzrechtlichen Rahmen auf. Diesen Anforderungen dürfte durch eine sorgfältige Ausgestaltung der Norm aber entsprochen werden können.

XXIX.

Auch die Eingriffsbefugnisse im schweizerischen Wettbewerbsrecht rei- 774 chen zudem nicht vollständig zur Adressierung von Marktversagenstatbeständen aus (Rn. 686 ff.). Eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz hätte demnach auch in der Schweiz ihre Daseinsberechtigung, soweit sie Kosten und Nutzen in einen angemessenen Ausgleich bringt.

XXX.

Die konkrete Ausgestaltung einer missbrauchsunabhängigen Entflech- 775 tungskompetenz in der Schweiz könnte wie folgt lauten (Rn. 693 ff.):

Art. 11a KG – Missbrauchsunabhängige Entflechtungen

¹ Ist auf einem Markt für Güter mit besonderer Bedeutung für das Gemeinwohl der Wettbewerb dauerhaft und signifikant behindert, so kann die Wettbewerbskommission anordnen, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen, das im letzten Geschäftsjahr vor Erlass der Anordnung einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz nach Artikel 9 Absatz 1 lit. a) erzielt hat und einen massgeblichen Beitrag zu der Behinderung leistet, Teile seines Vermögens veräussern oder auf andere Weise verselbständigen muss, wenn dies die Beseitigung oder erhebliche Verringerung der Wettbewerbsbehinderung erwarten lässt.

² Absatz 1 findet keine Anwendung,

- a) wenn die sonstigen behördlichen Befugnisse unter diesem Gesetz sowie dem Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 ausreichend zur Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs erscheinen;
- b) auf Unternehmensteile, für die sektorspezifisches Regulierungsrecht Vorgaben enthält;
- c) auf Unternehmensteile, deren Zusammenschluss innerhalb der letzten zehn Jahre durch die Wettbewerbskommission oder, im Falle des Artikel 9 Absatz 1^{bis}, die Europäische Kommission zugelassen wurde.

³ Soweit aufgrund einer Anordnung nach Absatz 1 eine Veräusserung erfolgt und der tatsächliche Verkaufserlös den vollen Wert des Entflechtungsgegenstandes unterschreitet, den ein von der Wettbewerbskommission beauftragter Wirtschaftsprüfer für den Zeitpunkt des der Anordnung vorangegangenen Jahresabschlusses festgestellt hat, erhält das veräussernde Unternehmen aus Haushaltsmitteln des Bundes eine Entschädigung in Höhe der Differenz zwischen dem festgestellten Wert und dem tatsächlichen Verkaufserlös.

Art. 11b KG – Ausnahmsweise Aufhebung aus überwiegenden öffentlichen Interessen

Anordnungen nach Art. 11a können vom Bundesrat auf Antrag der Beteiligten aufgehoben werden, wenn dies in Ausnahmefällen notwendig ist, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen.

Art. 31a KG – Entflechtungsverfahren

Für das Entflechtungsverfahren nach Art. 11a und 11b sind die Vorschriften dieses Abschnitts sinngemäss anwendbar mit der Massgabe, dass die Untersuchung (Artikel 27) binnen 18 Monaten abzuschließen ist und an die Stelle des Entscheids (Artikel 30) ein zu veröffentlicher Abschlussbericht tritt. Für die Anordnung nach Artikel 11a Absatz 1 Satz 1 ist Artikel 37 Absatz 2 und 3 sinngemäss anwendbar mit der Massgabe, dass die Wettbewerbskommission binnen 18 Monaten nach Veröffentlichung des Abschlussberichts gemäss Satz 1 entweder einen Vorschlag des betroffenen Unternehmens zu billigen oder an seiner Stelle zu entscheiden hat. Die Fristen nach Satz 1 und 2 können vom Bundesrat beim Vorliegen besonderer Umstände jeweils einmalig um sechs Monate verlängert werden. Weitere Verlängerungen sind nur möglich, wenn die Verzögerung durch die fehlende Mitwirkung eines betroffenen Unternehmens verursacht wird.

B. Summarising theses

Part 1: Introduction and foundations

I.

Divestiture of ownership, which forms the subject of this study, must be distinguished from organisational divestiture (paras. 24 et seq.). Divestiture of ownership can be horizontal, vertical and diagonal (para. 26) and can be implemented under corporate law as a sale solution or *pro rata* solution (paras. 27 et seq.). 776

Divestiture type	Divestiture direction	Legal form
Divestiture of ownership vs. organisational divestiture	Horizontal, vertical, diagonal	Sales solutions (share deal, asset deal) vs. <i>pro rata</i> solutions (spin off, split off, split up)

II.

The divestiture of undertakings is not an alien concept in German, British or Swiss competition law, but is permissible in various constellations (paras. 32 et seq.): 777

Divestiture power	D	UK	CH
under merger control law	Yes (paras. 34 et seq.)	Yes (paras. 43 et seq.)	Yes (paras. 51 et seq.)
depending on infringement	Yes (paras. 36 et seq.)	Unclear (paras. 46 et seq.)	Probably (paras. 54 et seq.)
abuse-independent	Yes (paras. 40 et seq.)	Yes (paras. 43 et seq.)	No (para. 50)

III.

778 Abuse-independent divestiture powers are characterised by the fact that no infringement of competition law prohibitions by the undertaking concerned is required (paras. 60 et seq.). An abuse-independent divestiture power therefore constitutes a legal authorisation granted to a competition authority to order, under civil law, the dissolution of a company (typically one with market power) into several independent entities—without or against the will of the company concerned, and despite its lawful conduct (paras. 65 et seq.).

IV.

779 Abuse-independent divestiture powers cannot be assessed uniformly from a competition theory perspective (paras. 70 et seq.). It may be assumed that at least the representatives of system-theoretical approaches generally reject abuse-independent divestiture. In contrast, the representatives of welfare economics approaches are more open to market structure interventions:

Competition theory school	Acceptance of divestiture
(Neo-)classical competition theories	No (paras. 77 et seq.)
Harvard School	Yes (paras. 83 et seq.)
Chicago School	No (paras. 87 et seq.)
Austrian School	No (para. 91)
Ordoliberal school	Yes (paras. 95 et seq.)

V.

780 However, it is not convincing to reject divestiture solely on dogmatic grounds (paras. 98 et seq.). After all, as the diversity of the competition theory approaches demonstrates, there are no irrefutable truths of natural law kind in this field. Rather, only an approximation to an economically and regulatorily optimal state is both possible and desirable. A differentiated assessment of the intervention is therefore necessary in each individual case, requiring a careful weighing of economic costs and benefits. The legitimate concerns, for example with regard to a “pretence of knowledge”, can (and must) be addressed in the legislative drafting and administrative use of a corresponding provision.

VI.

Economic concentrations of power harbour potential economic problems that may be addressed by abuse-independent divestiture powers (paras. 103 et seq.). However, abuse-independent divestiture powers can be expected to have both positive and negative economic effects and are therefore ambivalent in terms of competition (paras. 110 et seq.).¹⁴³¹ 781

Economic effects of abuse-independent divestiture powers	Static	Dynamic
Possible upfront effects <i>(ex ante)</i>	<p>+ positive: Reduction of incentives to build up or defend market power through types of abuse that are difficult to prove</p> <p>- negative: Loss of economies of scale and scope</p>	<p>- negative: Loss of investment and innovation incentives</p>
Possible divestiture effects <i>(ex post)</i>	<p>+ positive: Reduction of market power and its negative effects (allocative inefficiencies)</p> <p>- negative: Loss of rationalisation gains; Loss of economies of scale and scope; Double marginalisation (in case of vertical divestiture)</p>	<p>+ positive: Strengthening investment and innovation incentives for the buyer of the divested assets and third parties</p>

1431 Table borrowed and slightly modified from *Monopolkommission*, Sondergutachten 58, para. 46.

VII.

782 The economic risks can, however, be mitigated by legislative design such as a clear definition of the scope of application and compensation provisions. The expertise of the affected undertakings should also be leveraged in the divestiture process in order to cause as little collateral damage as possible (paras. 134 et seq.). Accordingly, abuse-independent divestiture powers may have a positive economic effect overall, provided they are carefully designed by the legislator and applied by the authorities. The significant consequences for the undertaking concerned must be weighed against the overall economic benefits in each individual case.

VIII.

783 The aim of competition law is to protect free competitive processes (paras. 139 et seq.). Abuse-independent divestiture powers deviate from the classic three pillars under antitrust law, as they are directed against positions of economic power acquired lawfully (paras. 143 et seq.). However, they serve to promote free competition as a recognized object under competition law. Addressing internal undertaking growth is not illegitimate *per se* but requires a case-by-case assessment (paras. 146 et seq.).

Part 2: Abuse-independent divestiture in Germany

IX.

784 From the beginning of industrialisation until the end of the Second World War, Germany was a classic country of cartels and concentrations of economic power (paras. 162 et seq.). In the post-war years, the Allies carried out comprehensive divestiture measures, which in most cases, however, did not have a lasting effect (paras. 169 et seq.). From this experience, in particular the need for effective prevention of reconcentration and the fact that *pro rata* solutions can only (but still) be effective in exceptional cases (paras. 188 et seq.) can be derived.

X.

785 The guiding rationale of competition policy in Germany has since been subject to ongoing further development by the legislator – also and especially with regard to the assessment of concentrations of economic power (paras. 207 et seq.). Since the second amendment to the GWB in 1973, economic concentrations of power have generally been viewed with scepticism. An (abuse-independent) divestiture power is also not an alien element in this model but has been discussed time and again. The proposals differed

considerably not only in terms of details, but also in facts of the case and legal consequences:

Year	Proposal	Facts of the case	Legal consequence
1949	<i>Josten</i> draft (paras. 193 et seq.)	Economic power	All measures that appear necessary and appropriate
1979	<i>Möschel</i> draft (paras. 220 et seq.)	Excessive economic power	All necessary orders including the dissolution of undertakings
1980	Monopolkommission (paras. 215 et seq.)	Abusive behaviour by a dominant undertaking for which structural causes are decisive	Divestiture
2010	<i>Brüderle</i> draft (paras. 230 et seq.)	Market dominance	Sale or other separation of undertaking parts
2023	Section 32f para. 4 GWB (paras. 240 et seq.)	Substantial and continuous distortion of competition	Sale of shares or assets

XI.

The abuse-independent divestiture power pursuant to Section 32f para. 4 GWB (paras. 240 et seq.) attempts to comprehensively address the concerns raised through its balanced design. Despite some persistent points of criticism, it is to a certain extent the quintessence of the debate on the introduction of an abuse-independent divestiture power that has been smouldering in Germany for decades and has repeatedly flared up. Of the earlier proposals, Section 32f para. 4 GWB comes closest to the *Möschel* draft of 1979, as both do not let mere market power be sufficient as a central intervention criterion, but at the same time do not require abusive behaviour. 786

XII.

The legislator has thus largely done its “homework” on the legislative side (para. 306). It is up to the Bundeskartellamt to also exercise a sense 787

of proportion in the practical application of the act. If it succeeds in doing so, the abuse-independent divestiture power pursuant to Section 32f para. 4 GWB can make a successful contribution to more competition and therefore more prosperity in Germany.

XIII.

788 Obvious problem areas with regard to compatibility with higher-ranking law were also addressed by the specific formulation of Section 32f para. 4 GWB, so that clear violations are not apparent (paras. 307 et seq.). However, there are still a number of uncertainties, some of which could have been avoided by a more precise legislative design. It is to be expected – not least in view of the enormous economic significance of divestiture procedures – that these questions would be submitted to the Federal Constitutional Court and European Court of Justice if a practical application of the abuse-independent divestiture power were to occur (para. 364).

XIV.

789 The practical application of the abuse-independent divestiture power pursuant to Section 32f para. 4 GWB is unlikely but not excluded (paras. 366 et seq.). It can be considered in particular on oligopolistic markets in the case of purely structural tacit collusion. In cases of pure market power, there are problems of differentiation from laws concerning the abuse of market power, which are to be applied with priority.

XV.

790 The “born” specific case of application of the abuse-independent divestiture power pursuant to Section 32f para. 4 GWB is not obvious. Even in cases in which divestiture has already been publicly discussed, there are strong arguments against the application of the provision (paras. 383 et seq.). However, it cannot be concluded from this that Section 32f para. 4 GWB will become a toothless “paper tiger”. This is because, both in the cases mentioned and in every other conceivable case, a final judgment is not possible without the findings from a prior sector inquiry that are necessary for divestiture (para. 403).

Part 3: Abuse-independent divestiture in the United Kingdom

XVI.

791 Until the turn of the millennium, the United Kingdom had a fragmented, sometimes contradictory competition law regime, which consisted of

common law, statutory law and the competition law of the European Communities (paras. 415 et seq.). The guiding principle of British competition policy was the public interest. However, the concrete meaning of this term oscillated and only included effective or free competition as one of many considerations.

XVII.

The practical application of the public interest approach was therefore 792
hardly predictable in individual cases and in some cases not economically substantiated (paras. 435 et seq.). Instead of focusing on an abstract concept, competition policy in the United Kingdom was geared towards the economic needs of the individual case and the respective time (para. 449). Although economic concentrations of power were generally treated favourably in the interests of strengthening the national economy, abuse-independent divestiture was legally permissible and took place in some cases. Overall, however, the effect of monopoly supervision proved insufficient (paras. 443 et seq.).

XVIII.

As the inadequacies of the fragmented competition law regime in the UK 793
became increasingly apparent, the British legislator sought to harmonise and modernise it. The main modernisation laws were the Competition Act 1998 and the Enterprise Act 2002 (paras. 451 et seq.). In particular, the CA98 introduced bans on restrictive agreements and the abuse of market power that were modelled on European competition law, while the EA02 led to a far-reaching – though not complete – departure from the traditional public interest approach for merger control as well. In its Part IV, it also contains the market investigation instrument, which comprises the abuse-independent divestiture power pursuant to sec. 161 para. 3 in conjunction with Schedule 8 para. 13 EA02.

XIX.

With the CA98 and EA02, competition policy in the United Kingdom 794
largely converged with continental European ideas and placed effective competition at the centre of its efforts (para. 461). However, it retained a certain independence and, in part, its earlier pragmatic approach to non-competitive objectives, namely the public interest. The possibility of abuse-independent divestiture therefore also fits easily into the new model. The concept of the public interest could also become more important again in the future as a result of Brexit and the associated loosening of ties under

EU law, although continued alignment with the European regime seems more likely.

XX.

795 The market investigation instrument pursuant to Part IV EA02 primarily pursues the goal of increasing consumer welfare as a guiding principle of competition policy (paras. 466 et seq.). The instrument is designed in two phases and gives the CMA a high degree of discretion and enormous powers of intervention (paras. 470 et seq., 510). The central criterion for intervention is the existence of an adverse effect on competition. This is a term whose wording is closely based on sec. 2 CA98 and Art. 101 TFEU (paras. 492 et seq.).

XXI.

796 The question of the compatibility of the abuse-independent divestiture power with higher-ranking law (paras. 513 et seq.) appears to be far less controversial in the United Kingdom than in Germany. This is probably due to the fact that there is no codified constitution in the United Kingdom and that corresponding competition law powers already existed before accession to the European Communities, which were never challenged by the EU institutions.

XXII.

797 As far as can be seen, the CMA and its predecessors have by now ordered or recommended an abuse-independent break-up in seven cases (paras. 521 et seq.). The overall assessment (paras. 560 et seq.) of the cases of application of the abuse-independent divestiture power in the United Kingdom is indifferent. The cases neither prove the economic ineffectiveness of an abuse-independent divestiture power, nor do they argue in favour of the introduction of such a competence due to clearly positive effects. However, they do show that many concerns regarding the practical feasibility of divestiture are at least not universally valid and that positive effects on competition are possible:

Year	Case	Initial situation	Remedial measure	Effects
1981	<i>Roadside Advertising Services</i> (paras. 524 et seq.)	Vertical integration; Explicitly coordinated oligopoly	Complete liquidation of <i>British Posters Ltd.</i>	Probably improving competition
1989	<i>Artificial Lower Limbs</i> (paras. 528 et seq.)	Horizontal integration; Market power	Sale of a subsidiary of <i>InterMed Ltd.</i>	Not implemented due to change in market structure
1989	<i>Supply of Beer</i> (paras. 532 et seq.)	Vertical integration; Oligopoly	Disposal of approximately 14,000 pubs owned by large breweries (politically weakened, MMC considered 21,900 necessary)	Vertical integration dissolved, but formation of horizontally integrated <i>pubcos</i> and continuation of the brewery oligopoly; No positive price effects
1993	<i>British Gas</i> (paras. 539 et seq.)	Vertical integration; Monopoly	Divestiture of the gas trading business	Not completed in the proceedings
2009	<i>BAA Airports</i> (paras. 543 et seq.)	Horizontal integration; Market power	Sale of three airports	Improving competition
2014	<i>Aggregates</i> (paras. 551 et seq.)	Vertical integration; monopoly; Implicitly coordinated oligopoly	Sale of a cement plant and a GGBS production facility	Unclear

Year	Case	Initial situation	Remedial measure	Effects
2014	<i>Private Healthcare</i> (paras. 556 et seq.)	Horizontal integration; Market power	Sale of two London clinics	Not executed after appeal and reassessment by CMA

Part 4: Comparison of abuse-independent divestiture in Germany and the United Kingdom

XXIII.

798 The abuse-independent divestiture powers in Germany and the United Kingdom are principally similar. This applies in particular in terms of their competition policy model and the circumstances required to initiate proceedings as well as the central criterion for intervention (para. 611).

XXIV.

799 The procedural framework, on the other hand, diverges considerably. The two phases of the procedure already serve different purposes and have a varying degree of formality; the responsibility also differs. The most obvious difference, however, is probably that the CMA enjoys considerably greater discretion than the Bundeskartellamt. Whereas in the UK, for example, the subsidiarity of the proceedings, the form of consultation, the type of markets and undertakings affected and the legal consequences are largely at the discretion of the CMA and can only be reviewed by the courts to a limited extent, all of these points are regulated by law in Germany and are fully subject to judicial review (para. 612). In detail:

Element	Germany	United Kingdom
Competition policy (paras. 573 et seq.)	Dynamic understanding of competition; Welfare economics approach with the objectives of consumer welfare, sustainability and political power limitation	Dynamic understanding of competition; Welfare economics approach with the objectives of consumer welfare and macroeconomic efficiency

Element	Germany	United Kingdom
Initiative requirements (para. 578)	Circumstances suggest that domestic competition may be restricted or distorted	CMA's impression that markets are not functioning well
Initiation of proceedings (para. 576)	Only by BKartA	Generally by CMA; Influence by consumer associations and ministers possible
Subsidiarity towards antitrust (para. 582)	Subsidiarity ordered by law and subject to judicial review; The practical consequences of the clause are still unclear	Non-binding commitment of the CMA to subsidiarity; Self-commitment allows for overlaps in practice
Procedural phases (paras. 576 et seq.)	Non-binding sector inquiry with subsequent remedial phase; Responsibility of the same decision-makers; Both phases mandatory	Non-binding market study with subsequent formal market investigation including remedial measures; Responsibility of various teams; Phase 1 optional
Consultation (para. 583)	No consultation required in phase 1; Public consultation is generally necessary in phase 2	Consultation required in both phases of the process; CMA decides on the type and manner of consultation
Duration of procedure (paras. 584 et seq.)	Principally 36 months; No consequences for non-compliance	Principally 36 months; Extension only possible in legally defined cases for a specific duration
Legal protection (paras. 586 et seq.)	Two judicial instances (full scope of review); No political supervisory authority	Two judicial instances (limited scope of review); No political supervisory authority
Reason for	Substantial and continuous distortion of competition;	Adverse effect on competition;

Element	Germany	United Kingdom
divestiture (paras. 592 et seq.)	New legal concept for the GWB	Legal concept based on sec. 2 CA98 and Art. 101 TFEU
Affected markets (paras. 596 et seq.)	At least one at least nationwide market, several individual markets or across markets; Regulation applicable to regulated sectors, agreement of the Bundesnetzagentur required for remedial measures	No legal restriction, but CMA does not want to intervene in the event of short-lived competition problems, in very small markets or if only small parts of a market are affected; Regulation applicable to regulated sectors, decision of the CMA must be in line with the duties of the regulatory authority
Affected undertakings (paras. 596 et seq.)	Market-dominating undertakings or undertakings with outstanding cross-market significance	No legal restriction; However, due to the requirements for affected markets, only large undertakings with market power are likely to be considered
Divestiture order (paras. 604 et seq.)	Only sales solutions explicitly mentioned; Unclear official monitoring of the buyer selection process	Wide blanket clause, in practice recourse to sales solutions; Close official monitoring of the buyer selection process
Compensation (paras. 607 et seq.)	Payment of half of any difference between the determined value and the actual sales price	No compensation on top of the sales price
Enforcement (para. 609)	Official execution, in particular through the appointment of a trustee	Official execution, in particular through the appointment of a trustee; Private enforcement is theoretically permissible

Element	Germany	United Kingdom
Prevention of reconcentration (para. 610)	Five-year ban on repurchase ordered by law	No legal regulation; CMA intends a ten-year ban on repurchase

XXV.

Insofar as Section 32f para. 4 GWB proves to be a practicable legislation 800 despite these hurdles, the more restrictive German approach is preferable, as it better reconciles the conflicting interests of the undertakings concerned and the state (para. 613).

Part 5: Abuse-independent divestiture in Switzerland?

XXVI.

Economic concentrations of power and cartels were treated favourably 801 in Switzerland for a long time. Awareness of the competition problem developed comparatively late (paras. 615 et seq.). In the meantime, however, Swiss competition law is a three-pillar model largely based on EU law without the possibility of abuse-independent divestiture for market failures where the conventional competition law powers are not sufficient.

XXVII.

The question of the appropriateness of such an abuse-independent di- 802 vestiture power therefore arises in Switzerland in the same way as it does currently in European law and did until 2023 in German law (NCT and Section 32f GWB). In any case, the open guiding principle of effective competition under the current Kartellgesetz (paras. 629 et seq.) should not stand in the way of its introduction, particularly as economic concentrations of power are increasingly being viewed critically.

XXVIII.

An abuse-independent divestiture power should also be compatible with 803 higher-ranking law in Switzerland (paras. 649 et seq.). The Federal Constitution certainly provides a framework in terms of fundamental rights and competences. However, it should be possible to meet these requirements by carefully drafting the act.

XXIX.

804 Moreover, the powers of intervention in Swiss competition law are not fully sufficient to address market failures (paras. 686 et seq.). An abuse-independent divestiture power would therefore also have its right to exist in Switzerland, provided that it appropriately balances costs and benefits.

XXX.

805 The concrete form of an abuse-independent divestiture power in Switzerland could be as follows (paras. 693 et seq.):

Art. 11a KG – Abuse-independent Divestiture

¹ *If competition is permanently and significantly impeded on a market for goods of particular importance for the public welfare, the Competition Commission may order the division by the sale of any part of the undertaking or assets or otherwise of an undertaking of a dominant position which has achieved a turnover in Switzerland pursuant to Article 9 paragraph 1 lit. a) in the last financial year before the order was issued and makes a material contribution to the impediment if this is likely to eliminate or significantly reduce the impediment to competition.*

² *Paragraph 1 shall not apply,*

- a) *if the other administrative powers under this Act and the Price Supervision Act of 20 December 1985 are deemed sufficient for the restitution of effective competition;*
- b) *to parts of undertakings for which sector-specific regulatory law contains rules;*
- c) *to parts of undertakings whose merger has been approved within the last ten years by the Competition Commission or, in the case of Article 9 paragraph 1^{bis}, by the European Commission.*

³ *Where a sale takes place on the basis of an order under paragraph 1 and the actual sales revenue falls short of the full value of the divestiture object as determined by an auditor appointed by the Competition Commission for the date of the annual accounts preceding the order, the selling undertaking shall receive compensation from the federal budget in the amount of the difference between the determined value and the actual sales revenue.*

Art. 11b KG – Exceptional revocation for compelling public reasons

Orders under Art. 11a may be revoked by the Federal Council at the request of the undertakings involved if, in exceptional cases, it is necessary for compelling public interest reasons.

Art. 31a KG – Divestiture procedure

The provisions of this section shall apply by analogy to the divestiture procedure pursuant to Article 11a and 11b, with the proviso that the investigation (Article 27) shall be concluded within 18 months and the decision (Article 30) shall be replaced by a final report to be published. Article 37 paragraphs 2 and 3 shall apply by analogy to the order pursuant to Article 11a paragraph 1 sentence 1, with the proviso that the Competition Commission shall either approve a proposal by the undertaking concerned or decide in its place within 18 months of publication of the final report pursuant to sentence 1. The limitation periods pursuant to sentences 1 and 2 may be extended once by the Federal Council by six months in the presence of special circumstances. Further extensions shall only be permissible if the delay is attributable to the lack of cooperation of an undertaking concerned.

C. Thèses récapitulatives

Partie I : Introduction et fondements

I.

Il convient de distinguer les déconcentrations fondées sur une cession de 806 la propriété, qui font l'objet de la présente analyse, des déconcentrations organisationnelles (N. 24 s.). Elles peuvent être horizontales, verticales et diagonales (N. 26) et être mises en œuvre en droit des sociétés sous la forme d'une vente ou d'une solution au *prorata* (N. 27 ss).

Type de déconcentration	Sens de la déconcentration	Figure juridique en droit des sociétés
Droit de propriété vs. organisationnelle	Horizontal, vertical, diagonal	Solutions de vente (<i>share deal, asset deal</i>) vs. solutions au <i>prorata</i> (<i>spin off, split off, split up</i>)

II.

La possibilité d'ordonner la déconcentration de la propriété d'entreprises 807 (« démantèlement ») n'est pas une mesure étrangère aux droits allemand, britannique et suisse de la concurrence. Elle est autorisée dans différents contextes (N. 32 ss) :

Compétence de démanteler	D	UK	CH
en vertu du contrôle des concentrations	Oui (N. 34 s.)	Oui (N. 43 ss)	Oui (N. 51 ss)
en raison d'une infraction	Oui (N. 36 ss)	Pas clair (N. 46 ss)	Probablement (N. 54 ss)
en absence d'abus	Oui (N. 40 s.)	Oui (N. 43 ss)	Non (N. 50)

III.

808 Les pouvoirs de démantèlement en absence d'abus se caractérisent par le fait qu'il n'est pas nécessaire que l'entreprise concernée ait enfreint les interdictions du droit de la concurrence (N. 60 ss). Un pouvoir de démantèlement en absence d'abus est donc le pouvoir conféré par une norme juridique à une autorité de la concurrence d'ordonner la dissolution civile d'une unité d'entreprise (généralement puissante sur le marché) en plusieurs entreprises indépendantes sans ou contre la volonté et nonobstant le comportement licite de celle-ci (N. 65 ss).

IV.

809 Les pouvoirs de démantèlement en absence d'abus ne peuvent pas être évalués de manière uniforme du point de vue de la théorie de la concurrence (N. 70 ss). On peut partir du principe que les représentants des approches systémiques rejetteraient de manière générale les démantèlements indépendants d'un abus. En revanche, les représentants des approches économiques fondées sur le bien-être sont plutôt ouverts aux interventions structurelles sur le marché :

Théorie de la concurrence	Acceptation du démantèlement
Théories (néo)classiques de la concurrence	Non (N. 77 s.)
École de Harvard	Oui (N. 83 s.)
École de Chicago	Non (N. 87 s.)
École autrichienne	Non (N. 91)
École ordolibérale	Oui (N. 95 ss)

V.

810 Il n'est toutefois pas convaincant de rejeter le démantèlement pour des raisons uniquement dogmatiques (N. 98 ss). En effet, comme le montre la diversité des approches théoriques de la concurrence, il n'existe pas dans ce domaine de vérités irréfutables ayant la qualité de loi naturelle. Au contraire, on ne peut que tenter de s'approcher d'un état optimal économique et réglementaire. Il est donc nécessaire de procéder à une évaluation différenciée au cas par cas, en mettant notamment en balance les coûts et les avantages économiques. Ce faisant, les préoccupations légitimes, notamment en ce qui concerne l'acquisition de connaissances, peuvent (et doivent) être pri-

ses en compte dans le choix législatif et la pratique administrative d'une norme conférant un tel pouvoir.

VI.

Les concentrations de pouvoir économique recèlent un potentiel de problèmes économiques qui pourraient être traités par un pouvoir de démantèlement en absence d'abus (N. 103 ss). Les pouvoirs de démantèlement en absence d'abus peuvent avoir des effets économiques positifs et négatifs, ils sont donc ambivalents du point de vue de la concurrence (N. 110 ss):¹⁴³²

Effets économiques des pouvoirs de démantèlement en absence d'abus	Statique	Dynamique
Effets possibles au préalable (<i>ex ante</i>)	<p>+ positif: Réduction des incitations à créer ou à défendre un pouvoir de marché par des comportements abusifs difficilement détectables</p> <p>- négatif: Perte d'économies d'échelle et de gamme</p>	<p>- négatif: Perte d'incitations à l'investissement et à l'innovation</p>
Effets possibles du démantèlement (<i>ex post</i>)	<p>+ positif: Réduction du pouvoir de marché et de ses effets négatifs (inefficacités allocatives)</p> <p>- négatif: Perte de gains de rationalisation; Perte d'économies d'échelle et de gamme; Double marginalisation en cas de démantèlement vertical</p>	<p>+ positif: Renforcement d'incitations à l'investissement et à l'innovation pour l'acquéreur de l'élément démantelé et les tiers</p>

1432 Tableau légèrement modifié repris de *Monopolkommission*, Sondergutachten 58, N. 46.

VII.

812 Les risques économiques peuvent toutefois être atténués par des aménagements législatifs, tels qu'une détermination claire du champ d'application du règlement et l'existence de dispositions d'indemnisation. Il convient également d'utiliser l'expertise des entreprises concernées dans la procédure de démantèlement afin de causer le moins possible de dommages collatéraux (N. 134 ss). Par conséquent, les pouvoirs de démantèlement en absence d'abus peuvent avoir un effet économique globalement positif, pour autant qu'ils soient à la fois soigneusement conçues par le législateur et appliquées par les autorités. Dans ce contexte, les conséquences notables pour l'entreprise concernée doivent être mises en balance, au cas par cas, avec les avantages économiques globaux.

VIII.

813 L'objectif du droit de la concurrence est de protéger les processus de libre concurrence (N. 139 ss). Les pouvoirs de démantèlement en absence d'abus s'écartent certes des trois piliers classiques de la protection de la concurrence en droit des cartels, car ils sont dirigés contre des positions de puissance obtenues en conformité avec le droit (N. 143 ss). Ils servent cependant à promouvoir la libre concurrence en tant que bien à protéger reconnu du droit de la concurrence. Prendre en compte la croissance interne de l'entreprise n'est pas illégitime en soi, mais doit être évalué au cas par cas (N. 146 ss).

Partie 2 : Démantèlement en absence d'abus en Allemagne

IX.

814 Du début de l'industrialisation jusqu'à la fin de la Seconde Guerre mondiale, l'Allemagne a été un pays classique de cartels et de concentrations du pouvoir économique (N. 162 ss). Dans les années d'après-guerre, les Alliés ont pris de vastes mesures de démantèlement, qui n'ont toutefois pas eu d'effet durable dans la plupart des cas (N. 169 ss). Il faut en déduire notamment la nécessité d'une prévention efficace de la reconcentration ainsi que le fait que les solutions au *prorata* ne peuvent être efficaces que (mais tout de même) dans des cas exceptionnels (N. 188 ss).

X.

815 Le principe directeur de la politique de la concurrence en Allemagne a été depuis lors constamment développé par le législateur, notamment en ce qui concerne l'appréciation des concentrations de pouvoir économique (N.

207 ss). Depuis la deuxième révision du GWB de 1973, les concentrations de pouvoir économique sont en principe appréhendées avec scepticisme. Un pouvoir de démantèlement (en absence d'abus) n'est pas une mesure étrangère dans ce modèle, mais a toujours fait l'objet de discussions. Les propositions différaient notablement non seulement sur des questions de détail, mais aussi sur le plan de l'état de fait légal et des conséquences juridiques :

Année	Proposition	Etat de fait	Conséquence juridique
1949	Projet <i>Josten</i> (N. 193 ss)	Pouvoir économique	Toutes les mesures qui semblent nécessaires et appropriées
1979	Projet <i>Möschel</i> (N. 220 ss)	Pouvoir économique excessif	Toutes les dispositions nécessaires, y compris le démantèlement d'entreprises
1980	Monopolkommission (N. 215 ss)	Comportement abusif de la part d'une entreprise dominante, dont les causes sont structurelles	Démantèlement
2010	Projet <i>Brüderle</i> (N. 230 ss)	Domination du marché	Vente ou autre forme d'autonomisation d'éléments de l'entreprise
2023	§ 32f al. 4 GWB (N. 240 ss)	Perturbation importante et permanente de la concurrence	Vente de parts d'entreprise ou d'actifs

XI.

Le pouvoir de démantèlement en absence d'abus selon § 32f al. 4 GWB 816 (N. 240 ss) tente, par sa conception équilibrée, de tenir compte de l'ensemble des préoccupations exprimées. Malgré quelques critiques persistantes, elle constitue en quelque sorte la quintessence du débat sur l'introduction d'un pouvoir de démantèlement en absence d'abus, qui couve en Allemagne depuis des décennies et qui ne cesse de rebondir. Parmi les propositions antérieures, le § 32f al. 4 GWB se rapproche le plus de la proposition

Möschel de 1979, car tous deux ne considèrent pas le simple pouvoir du marché comme un critère central d'intervention suffisant, mais n'exigent pas pour autant un abus.

XII.

- 817 Le législateur a ainsi largement fait ses « devoirs » (N. 306). Il incombe au Bundeskartellamt de faire preuve de discernement dans l'application pratique de la disposition. S'il y parvient, le pouvoir de démantèlement en absence d'abus selon le § 32f al. 4 GWB pourra contribuer avec succès à une concurrence accrue et, par conséquent, à une plus grande prospérité en Allemagne.

XIII.

- 818 Les problèmes évidents de compatibilité avec le droit supérieur ont également été abordés par la conception concrète du § 32f al. 4 GWB, de sorte qu'il n'y a pas de violation manifeste (N. 307 ss). Il subsiste cependant de nombreuses incertitudes qui auraient pu être évitées en partie par une formulation législative plus précise. Il faut s'attendre à ce que ces questions soient soumises à la Cour constitutionnelle fédérale et à la Cour de justice de l'Union européenne pour décision. Si l'on arrivait à un cas d'application pratique du pouvoir de démantèlement en absence d'abus, la soumission de l'affaire aux cours supérieures semble probable – notamment au vu de l'énorme importance économique des procédures de démantèlement (N. 364).

XIV.

- 819 L'application pratique du pouvoir de démantèlement en absence d'abus selon le § 32f al. 4 GWB est certes improbable, sans être toutefois exclue (N. 366 ss). Elle entre notamment en ligne de compte sur les marchés oligopolistiques en cas de collusion tacite purement structurelle. En fonction du pur pouvoir de marché, des problèmes de délimitation se posent par rapport à la surveillance des abus, qui doit être appliquée en priorité.

XV.

- 820 Le cas d'application concret « né » du pouvoir de démantèlement en absence d'abus selon le § 32f al. 4 GWB ne s'impose certes pas. En effet, même dans les cas où le démantèlement a déjà fait l'objet d'un débat public, il existe des arguments importants contre l'application de cette norme (N. 383 ss). On ne peut toutefois pas en conclure que le § 32f al. 4 GWB constitue un « tigre de papier » édenté. En effet, tant dans les cas cités que

dans tout autre cas concevable, il est impossible de rendre un jugement définitif sans les conclusions d'une enquête sectorielle préalable, qui sont indispensables à un démantèlement (N. 403).

Partie 3 : Démantèlement en absence d'abus au Royaume-Uni

XVI.

Au Royaume-Uni, il existait jusqu'au tournant du millénaire un régime de droit de la concurrence fragmenté et en partie contradictoire, composé de *common law*, de *statutory law* et du droit de la concurrence des Communautés européennes (N. 415 ss). Le principe directeur central de la politique de concurrence britannique en ce temps était l'intérêt public (*public interest*). La signification concrète de cette notion oscillait toutefois et n'englobait la concurrence effective ou libre que comme l'un des nombreux aspects à prendre en considération. 821

XVII.

L'application pratique de l'approche de l'intérêt public était donc difficilement prévisible et parfois sans fondement économique (N. 435 ss). Au lieu de s'orienter sur un concept de base abstrait, la politique de concurrence au Royaume-Uni s'est orientée vers les besoins économiques de chaque cas particulier et de chaque époque (N. 449). Les concentrations de pouvoir économique ont été traitées en principe avec bienveillance dans l'intérêt du renforcement de l'économie nationale ; des démantèlements en absence d'abus étaient toutefois légalement autorisés et ont eu lieu dans certains cas. Dans l'ensemble, on constate cependant un effet insuffisant de la surveillance des monopoles (N. 443 s.). 822

XVIII.

Lorsque les insuffisances du régime fragmenté du droit de la concurrence au Royaume-Uni sont devenues de plus en plus évidentes, le législateur britannique s'est efforcé de l'unifier et de le moderniser. Les principales lois de modernisation ont été le Competition Act 1998 et le Enterprise Act 2002 (N. 451 ss). Le CA98 a notamment introduit des interdictions d'accords restrictifs de la concurrence et d'abus de pouvoir sur le marché, inspirées du droit européen de la concurrence, tandis que le EA02 a conduit à un large abandon – mais pas total – de l'approche traditionnelle de l'intérêt public, y compris pour le contrôle des concentrations. De plus, il contient dans sa partie IV l'instrument d'étude de marché qui permet d'exercer le pouvoir de 823

démantèlement en absence d'abus selon la sec. 161 para. 3 en relation avec la Schedule 8 para. 13 de l'EA02.

XIX.

- 824 Avec le CA98 et le EA02, la politique de concurrence au Royaume-Uni s'est largement rapprochée des conceptions continentales et a placé la concurrence effective au cœur de ses efforts (N. 461). Elle a toutefois conservé une certaine autonomie et, en partie, son pragmatisme antérieur en ce qui concerne les objectifs non concurrentiels, notamment l'intérêt public. La possibilité du démantèlement en absence d'abus s'intègre donc aussi sans difficulté dans le nouveau modèle. Le concept d'intérêt public pourrait en outre gagner en importance à l'avenir, suite au « Brexit », et au détachement des liens avec le droit de l'Union Européenne qui en découle, bien qu'un alignement continu sur le régime européen semble plus probable.

XX.

- 825 L'instrument d'étude de marché selon la Part IV EA02 poursuit comme principe directeur principalement l'augmentation du bien-être des consommateurs (N. 466 ss). L'instrument est conçu en deux phases et confère à la CMA un pouvoir d'appréciation élevé et d'énormes pouvoirs d'intervention (N. 470 ss, 510). Le critère d'intervention central est l'existence d'un *adverse effect on competition*. Il s'agit d'une notion dont la formulation s'inspire étroitement de la sec. 2 de la CA98 et de l'art. 101 du TFUE (N. 492 ss).

XXI.

- 826 La question de la compatibilité du pouvoir de démantèlement en absence d'abus avec le droit supérieur (N. 513 ss) semble être beaucoup moins controversée au Royaume-Uni qu'en Allemagne. Le fait qu'il n'existe pas de constitution codifiée au Royaume-Uni et que les compétences en matière de droit de la concurrence existaient déjà avant l'adhésion aux Communautés européennes et n'ont jamais été contestées par les institutions de l'Union contribue dans tous les cas à cette situation.

XXII.

- 827 A notre connaissance, la CMA et ses prédécesseurs ont jusqu'à présent ordonné ou recommandé un démantèlement en absence d'abus dans sept cas (N. 521 ss). L'évaluation globale (N. 560 ss) des cas d'application du pouvoir de démantèlement en absence d'abus au Royaume-Uni est ambiguë. Les cas ne démontrent pas l'inefficacité économique d'un pouvoir de démantèlement en absence d'abus, ni ne démontrent d'effets clairement po-

sitifs plaidant en faveur de l'introduction d'un tel règlement. Ils indiquent toutefois que de nombreux doutes quant à la faisabilité pratique du démantèlement ne se concrétisent pas dans tous les cas et que des effets positifs sur la concurrence sont possibles :

Année	Affaire	Situation de départ	Mesure corrective	Conséquences
1981	<i>Roadside Advertising Services</i> (N. 524 ss)	Intégration verticale ; Oligopole explicitement coordonné	Dissolution complète de <i>British Posters Ltd.</i>	Probablement amélioration de la concurrence
1989	<i>Artificial Lower Limbs</i> (N. 528 ss)	Intégration horizontale ; Pouvoir de marché	Vente d'une filiale d' <i>InterMed Ltd.</i>	Non réalisé en raison de la modification de la structure du marché
1989	<i>Supply of Beer</i> (N. 532 ss)	Intégration verticale ; Oligopole	Vente d'environ 14'000 pubs appartenant à des grandes brasseries (politiquement atténuée, la MMC estimait que 21'900 ventes étaient nécessaires)	Intégration verticale démantelée, mais formation de <i>pubcos</i> intégrées horizontalement et maintien de l'oligopole des brasseries ; Aucun effet positif sur les prix
1993	<i>British Gas</i> (N. 539 ss)	Intégration verticale ; Monopole	Cession de l'activité de vente de gaz	Non exécuté dans le cadre de la procédure
2009	<i>BAA Airports</i> (N. 543 ss)	Intégration horizontale ; Pouvoir de marché	Vente de trois aéroports	Amélioration de la concurrence

Année	Affaire	Situation de départ	Mesure corrective	Conséquences
2014	<i>Aggregates</i> (N. 551 ss)	Intégration verticale ; Monopole ; Oligopole tacitement coordonné	Vente d'une cimenterie et d'un site de production de GGBS	Pas clair
2014	<i>Private Healthcare</i> (N. 556 ss)	Intégration horizontale ; Pouvoir de marché	Vente de deux cliniques londonniennes	Non exécuté après contestation et réévaluation par la CMA

Partie 4 : Comparaison du démantèlement en absence d'abus en Allemagne et au Royaume-Uni

XXIII.

828 Les pouvoirs de démantèlement en absence d'abus en Allemagne et au Royaume-Uni sont globalement similaires. C'est notamment le cas en ce qui concerne leur principe directeur de politique de concurrence et les circonstances nécessaires à l'ouverture d'une procédure, ainsi que le motif central de l'intervention (N. 611).

XXIV.

829 La conception de la procédure diffère quant à elle considérablement. Les deux phases de la procédure poursuivent déjà des objectifs différents et un degré de formalisme différent ; la compétence diffère également. La différence la plus flagrante réside probablement dans le fait que la CMA dispose d'une marge de manœuvre beaucoup plus large que le Bundeskartellamt. Par exemple, alors qu'au Royaume-Uni, la subsidiarité de la procédure, la forme de la participation, le type de marchés et d'entreprises concernés ainsi que les conséquences juridiques sont largement laissés à l'appréciation de la CMA et ne peuvent faire l'objet que d'un contrôle judiciaire limité, en Allemagne, tous ces points sont régis par la loi et peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire complet (N. 612). En détail :

Élément	Allemagne	Royaume-Uni
Principe directeur (N. 573 s.)	Compréhension dynamique de la concurrence ; Approche économique du bien-être social avec des objectifs de bien-être des consommateurs, de durabilité et de limitation du pouvoir politique	Compréhension dynamique de la concurrence ; Approche économique du bien-être social avec des objectifs de bien-être des consommateurs et d'efficacité économique globale
Conditions de procédure (N. 578)	Des circonstances laissent supposer que la concurrence peut être limitée ou faussée	Impression de la CMA que les marchés ne fonctionnent pas bien
Ouverture de la procédure (N. 576)	Uniquement par le BKartA	En principe par la CMA ; influence des associations de consommateurs et des ministres possible
Subsidiarité par rapport au droit des cartels (N. 582)	Subsidiarité ordonnée par la loi et vérifiable par les tribunaux ; Les conséquences pratiques de la clause ne sont pas encore claires	Engagement volontaire non contraignant de la CMA en faveur de la subsidiarité ; L'engagement volontaire permet des chevauchements dans la pratique
Phases de la procédure (N. 576 ss)	Enquête sectorielle non contraignante suivie d'une phase de mesures correctives ; Compétence de la même autorité de décision (<i>Beschlussabteilung</i>) ; Les deux phases sont obligatoires	<i>Market study</i> non contraignante suivie d'une <i>Market investigation</i> formelle, y compris les mesures correctives ; Compétence de différentes équipes ; Phase 1 est facultative
Consultation (N. 583)	Pas de consultation requise en phase 1 ; En phase 2, une consultation publique est en principe nécessaire	Consultation requise aux deux stades de la procédure ; La CMA décide toutefois de la manière d'effectuer la consultation

Élément	Allemagne	Royaume-Uni
Durée de la procédure (N. 584 s.)	En principe, 36 mois ; Pas de conséquences en cas de non-respect	En principe, 36 mois ; Prolongation possible uniquement dans des cas déterminés par la loi et pour une durée déterminée
Protection juridique (N. 586 ss)	Deux instances judiciaires (pouvoir d'examen complet) ; Pas d'instance de contrôle politique	Deux instances judiciaires (pouvoir d'examen limité) ; Pas d'instance de contrôle politique
Motif de l'intervention (N. 592 ss)	Perturbation notable et permanente de la concurrence ; Notion juridique nouvelle pour le GWB	Effet négatif sur la concurrence ; Notion juridique inspirée de la sec. 2 CA98 et de l'art. 101 TFUE
Marchés concernés (N. 596 ss)	Au moins un marché de taille au moins national, plusieurs marchés individuels ou marchés croisés ; Disposition applicable aux secteurs réglementés, accord de la Bundesnetzagentur requis pour les mesures correctives	Pas de restriction légale, mais la CMA ne veut pas intervenir en cas de problèmes de concurrence à court terme, sur des marchés très petits ainsi que lorsque seules de petites parties d'un marché sont concernées ; Règle applicable aux secteurs réglementés, la décision de la CMA doit être conforme aux obligations de l'autorité de régulation
Entreprises concernées (N. 596 ss)	Entreprises en position dominante ou entreprises dont l'importance est prépondérante sur plusieurs marchés	Pas de restriction légale ; Toutefois, en raison des exigences relatives aux marchés concernés, seules les grandes entreprises puissantes sur le marché devraient entrer en ligne de compte

Élément	Allemagne	Royaume-Uni
Dispositif de démantèlement (N. 604 ss)	Seules les solutions de vente sont explicitement mentionnées ; Accompagnement peu clair de la part des autorités pour la sélection des acheteurs	Clause générale ouverte, dans la pratique, recours à des solutions de vente ; Suivi administratif étroit de la sélection des acheteurs
Indemnisation (N. 607 s.)	Paiement de la moitié de toute différence entre la valeur établie et le produit réel de la vente	Pas d'indemnisation au-delà du prix de vente
Mise en œuvre du démantèlement (N. 609)	Exécution par les autorités, notamment par la désignation d'un administrateur	Exécution par les autorités, notamment par la désignation d'un administrateur ; <i>Private enforcement</i> du moins théoriquement admissible
Prévention de la re-concentration (N. 610)	Interdiction de rachat de cinq ans imposée par la loi	Aucune disposition légale ; La CMA prévoit une interdiction de rachat de dix ans

XXV.

Dans la mesure où le § 32f al. 4 GWB s'avère être une norme praticable 830 malgré ces obstacles, l'approche allemande, plus restrictive, est préférable, car elle concilie mieux les intérêts contradictoires des entreprises concernées et de l'État (N. 613).

Partie 5 : Démantèlement en absence d'abus en Suisse ?

XXVI.

Les concentrations de pouvoir économique et les cartels ont pendant 831 longtemps été traités avec bienveillance en Suisse. Une prise de conscience du problème de la concurrence ne s'est développée que relativement tard (N. 615 ss). Entre-temps toutefois, la loi suisse sur les cartels est devenue un modèle à trois piliers largement inspiré du droit de l'Union européenne, sans la possibilité du démantèlement en absence d'abus pour les cas de

défaillance du marché pour lesquels les instruments classiques du droit des cartels ne suffisent pas.

XXVII.

- 832 La question de l'opportunité d'un pouvoir de démantèlement en absence d'abus se pose donc en Suisse de la même manière qu'actuellement en droit européen et jusqu'en 2023 en droit allemand (nouvel outil de concurrence « NCT » et § 32f GWB). Le modèle ouvert de la politique de la concurrence, à savoir une concurrence efficace dans le cadre de l'actuelle loi sur les cartels (N. 629 ss), ne devrait en tout cas pas s'opposer à son introduction. Les concentrations de pouvoir économique font de toute façon l'objet de critiques croissantes.

XXVIII.

- 833 Il devrait en outre être possible d'aménager une compétence de démantèlement en absence d'abus de manière compatible avec le droit de rang supérieur en Suisse (N. 649 ss). La Constitution fédérale, en particulier, fixe certes un cadre de droits fondamentaux et des compétences. Ces exigences devraient toutefois pouvoir être satisfaites par une conception soignée de la norme légale correspondante.

XXIX.

- 834 En outre, les pouvoirs d'intervention du droit suisse de la concurrence ne suffisent pas pour traiter tous les cas de défaillance du marché (N. 686 ss). Un pouvoir de démantèlement en absence d'abus aurait donc aussi sa raison d'être en Suisse, dans la mesure où il tient suffisamment compte des coûts et des avantages.

XXX.

- 835 Concrètement, un pouvoir de démantèlement en absence d'abus en Suisse pourrait être aménagé de la manière suivante (N. 693 ss) :

Art. 11a LCart – Démantèlement en absence d'abus

¹ Lorsque, sur un marché de biens revêtant une importance particulière pour le bien public, la concurrence effective est entravée de manière durable et significative, la Commission de la concurrence peut ordonner à une entreprise dominante qui a réalisé en Suisse, au cours de l'exercice précédant l'adoption de l'injonction, un chiffre d'affaires remplissant les conditions de l'article 9, alinéa 1 lettre a) et qui contribue de manière déterminante à l'entrave de céder une partie de ses actifs ou de les autonomiser d'une autre manière, si

cela permet d'escompter la suppression ou une réduction notable de l'entrave à la concurrence.

² L'alinéa 1 ne s'applique pas,

- a) lorsque les autres pouvoirs des autorités en vertu de la présente loi et de la loi du 20 décembre 1985 concernant la surveillance des prix semblent suffisants pour rétablir une concurrence efficace ;*
- b) aux parties d'entreprises pour lesquelles une régulation sectorielle contient des règles ;*
- c) aux parties d'entreprises dont la concentration a été autorisée au cours des dix dernières années par la Commission de la Concurrence ou, dans le cas de l'article 9, alinéa 1^{bis}, par la Commission Européenne.*

³ Dans la mesure où une cession a lieu en vertu d'une injonction visée à l'alinéa 1 et que le produit de la vente est inférieur à la valeur totale de l'objet du démantèlement, telle qu'elle a été déterminée par un expert-comptable mandaté par la Commission de la concurrence pour la date des comptes annuels précédant l'injonction, l'entreprise cédante reçoit de la Confédération une indemnité égale à la différence entre la valeur déterminée et le produit effectif de la vente.

Art. 11b LCart – Annulation exceptionnelle fondée sur des intérêts publics prépondérants

Les injonctions visées à l'article 11a peuvent être annulées par le Conseil fédéral, à la demande des parties concernées, si, à titre exceptionnel, cela est nécessaire à la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants.

Art. 31a LCart – Procédure de démantèlement

Les dispositions de la présente section sont applicables par analogie à la procédure de démantèlement selon les articles 11a et 11b, étant entendu que l'enquête (article 27) doit être clôturée dans un délai de 18 mois et que la décision (article 30) est remplacée par un rapport final à publier. L'article 37, alinéas 2 et 3, est applicable par analogie à l'injonction visée à l'article 11a, alinéa 1, première phrase, étant entendu que la Commission de la concurrence doit, dans un délai de 18 mois à compter de la publication du rapport final visé à la première phrase, soit approuver une proposition de l'entreprise concernée, soit prendre une décision à sa place. Les délais visés aux phrases 1 et 2 peuvent être prolongés une fois de six mois par le Conseil fédéral en cas

de circonstances exceptionnelles. D'autres prolongations ne sont possibles que si le retard est dû au manque de collaboration d'une entreprise concernée.

Anhang

Aufgrund der schweren Zugänglichkeit älterer Entwürfe und der Volatilität insbesondere des deutschen Wettbewerbsrechts (elf GWB-Novellen bis 2023) erschien es sinnvoll, einige der der Untersuchung zugrunde gelegten Normtexte und -entwürfe in ihren wesentlichen Passagen in den Anhang aufzunehmen. 836

I. Josten-Entwurf / Sondervotum von Curt Fischer (1949)¹⁴³³

Josten-Entwurf	Sondervotum von Curt Fischer
<p>§ 3 Wirtschaftliche Macht (1) Personen, Unternehmen, Beschaffungsstellen (Einzelunternehmen) und deren Zusammenschlüsse haben wirtschaftliche Macht, wenn sie in der Lage sind, den Markt fühlbar zu beeinflussen, insbesondere die Preise und Bedingungen für eigene oder fremde Waren oder Leistungen, die Richtung sowie die Art und den Umfang des Angebots und der Nachfrage ohne wesentliche Rücksichtnahme auf Wettbewerber zu gestalten. (2) Hat ein Zusammenschluß wirtschaftliche Macht, so gilt das gleiche auch von jedem an ihm beteiligten Unternehmen. (3) Wirtschaftliche Macht im Sinne des Abs. 1 gilt dann nicht als gegeben, wenn Waren oder gewerbliche Leistungen des Unternehmens</p>	<p>Kein Gegenvorschlag</p>

1433 BMWi, Josten-Entwurf, S. 9 ff., 129 f.

Josten-Entwurf	Sondervotum von Curt Fischer
<p>1. einen neuartigen Bedarf oder vorhandenen Bedarf in neuer Art zu befriedigen bestimmt oder geeignet sind, solange andere Unternehmen die gleichen Waren oder Leistungen nicht anbieten, ohne daran durch das Bestehen gesetzlicher Ausschließlichkeitsrechte gehindert zu sein (Pionierleistung),</p> <p>2. vor gleichartigen Waren oder Leistungen anderer Unternehmen mit Rücksicht darauf bevorzugt werden, daß sie</p> <p>a) ihnen gegenüber eine besondere Güte oder besondere Eigenschaften aufweisen, die in technischer Beziehung zu erreichen anderen Unternehmen offen steht (Leistungsvorsprung),</p> <p>b) geschmacklich oder in Bezug auf ihre äußere Beschaffenheit Besonderheiten bieten, die für ihre bestimmungsmäßige Verwendbarkeit nicht unmittelbar von Bedeutung sind (Liebhaberleistung).</p> <p>Dies gilt nicht, wenn die Bevorzugung das Ergebnis einer vom Anbieter veranlaßten Massenbeeinflussung ist.</p>	
<p>§ 12 Begriffsbestimmung (1) Machtgebilde ohne Kartellgesellschaft sind</p> <p>1. Zusammenschlüsse der in § 4 Nr. 3-6 bezeichneten Art (Interessengemeinschaften, Konzerne, Konsortien, Mischformen von ihnen),</p>	Kein Gegenvorschlag

Josten-Entwurf	Sondervotum von Curt Fischer
<p>2. Einzelunternehmen, die wirtschaftliche Macht (§ 3) besitzen.</p> <p>(2) Die Feststellung, daß die Voraussetzungen des § 3 gegeben sind, trifft das Monopolamt. Sie wirkt, bis sie durch Beschluß aufgehoben wird. Der Betroffene kann die Aufhebung beantragen.</p>	
<p>§ 15 Entschachtelung und Aufgliederung</p> <p>Soweit die Beseitigung der Machtstellung nicht mit anderen Mitteln nachhaltig erreicht werden kann, sind nach Maßgabe der §§ 16 ff.</p> <p>a) bei Zusammenschlüssen der in § 4 Nr. 3-6 bezeichneten Art (Interessengemeinschaften, Konzerne, Konsortien, Mischformen von ihnen) die tatsächlichen und rechtlichen Beziehungen zu lösen, auf denen diese Macht beruht (Entschachtelung),</p> <p>b) Einzelunternehmen in einzelne sich selbst tragende Unternehmen ohne wirtschaftliche Macht aufzugliedern (Aufgliederung).</p>	<p>§ 15 Aufsicht</p> <p>(1) Besitzen Zusammenschlüsse der in § 4 Nr. 3-6 bezeichneten Art (Interessengemeinschaften, Konzerne, Konsortien, Mischformen von ihnen) oder Einzelunternehmungen nach der vom Monopolamt zu treffenden Feststellung wirtschaftliche Macht, so unterliegen sie der Aufsicht durch das Monopolamt.</p> <p>(2) Die Aufsicht durch das Monopolamt wird aufgehoben, sobald die rechtlichen oder tatsächlichen Bindungen, auf denen nach Feststellung des Monopolamts die wirtschaftliche Macht beruhte, gelöst worden sind oder sobald durch Ausgliederung von in sich geschlossenen Betriebsteilen zu selbständigen Unternehmungen nach Feststellung des Monopolamts der Sachverhalt wirtschaftlicher Macht nicht mehr besteht.</p>
<p>§ 18 Voraussetzungen und Durchführung der Entschachtelung und Aufgliederung</p> <p>(1) Wenn das Monopolamt nach 18-monatiger Aufsicht (§ 21) feststellt, daß wirtschaftliche Macht</p>	<p>§ 16 Voraussetzungen und Durchführung der Entschachtelung und Aufgliederung</p> <p>(1) Wenn das Monopolamt nach 18monatiger [sic] Aufsicht feststellt, daß die Ausübung der wirtschaftli-</p>

Josten-Entwurf	Sondervotum von Curt Fischer
<p>weiterhin besteht, hat es die Betroffenen aufzufordern, binnen einer Frist von drei Monaten Vorschläge für eine freiwillige Entschachtelung oder Aufgliederung und für den Zeitpunkt des Abschlusses ihrer Durchführung einzureichen.</p> <p>(2) Wird die nach Abs. 1 gestellte Frist nicht eingehalten, oder sind die eingereichten Vorschläge unzureichend, oder werden die vom Senat für ausreichend angesehenen Vorschläge nicht binnen einer vom Monopolamt gesetzten angemessenen Frist freiwillig durchgeführt, so hat das Monopolamt im Einvernehmen mit dem Bundeswirtschaftsminister von sich aus einen Entschachtelungs- oder Aufgliederungsplan aufzustellen.</p> <p>(3) Kommt ein Einvernehmen zwischen dem Monopolamt und dem Bundeswirtschaftsminister nicht zustande, so hat das Monopolamt den Plan zur endgültigen Entscheidung einem Ausschuß, den der Bundestag bestellt, vorzulegen.</p> <p>(4) Die Durchführung des Planes ist Aufgabe des Monopolamts.</p>	<p>chen Macht am Markt nicht verhindert werden konnte, so hat das Monopolamt die betreffenden Unternehmungen aufzufordern, binnen einer Frist von drei Monaten Vorschläge für eine freiwillige Entschachtelung oder Aufgliederung und für den Zeitpunkt des Abschlusses ihrer Durchführung einzureichen.</p> <p>(2) Wird die nach Abs. 1 gestellte Frist nicht eingehalten, oder sind die eingereichten Vorschläge unzureichend, oder werden die vom Monopolamt für ausreichend angesehenen Vorschläge binnen der vom Monopolamt zu setzenden Frist nicht freiwillig durchgeführt, so hat das Monopolamt im Einvernehmen mit dem Bundeswirtschaftsminister von sich aus einen Entschachtelungs- oder Aufgliederungsplan aufzustellen und ihn einem vom Bundestag zu bestellenden Ausschuß zur Genehmigung und zur Erteilung der Einzelermächtigung für seine Durchführung vorzulegen.</p> <p>(3) Kommt zwischen Monopolamt und Bundeswirtschaftsminister ein Einvernehmen im Sinne des Abs. 2 nicht zustande, so sind das Monopolamt und der Bundeswirtschaftsminister berechtigt, getrennte und abweichende Pläne dem vom Bundestag zu bestellenden Ausschuß vorzulegen.</p>

Josten-Entwurf	Sondervotum von Curt Fischer
	(4) Die Durchführung des Planes auf Grund der Ermächtigung des Bundestag-Ausschusses ist Aufgabe des Monopolamts.
<p>§ 19 Inhalt der Ermächtigung</p> <p>(1) Die Ermächtigung zur Entschachtelung oder Aufgliederung umfaßt alle Maßnahmen, die erforderlich und geeignet erscheinen, die wirtschaftliche Machtstellung der betroffenen Zusammenschlüsse und Unternehmen zu beseitigen und die Machtgebilde in einzelne, sich selbst tragende Unternehmen ohne wirtschaftliche Macht aufzulösen.</p> <p>(2) In Ausführung eines die Entschachtelung oder Aufgliederung anordnenden Beschlusses ist das Monopolamt, soweit der Beschluß keine Beschränkung vorsieht, insbesondere befugt:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. bestimmte Handlungen zu fordern und zu untersagen, 2. die Beendigung oder Auflösung von Verträgen, Unternehmungen oder Beziehungen zu verfügen, 3. Treuhänder zum Zwecke der Zwangsverwaltung zu bestellen, 4. Vermögensstücke, insbesondere auch Anteilsrechte zu beschlagnahmen, die Wahrnehmung der damit verbundenen Rechte einem Beauftragten zu übertragen und sie für Rechnung dessen, den es angeht, zu verwerten. 	<p>§ 17 Inhalt der Ermächtigung durch den Ausschuß des Bundestages</p> <p>(1) Die von dem vom Bundestag zu bestellenden Ausschuß für jeden Einzelfall zu erteilende Ermächtigung umfaßt alle in dem Plan vorgesehenen Maßnahmen, die erforderlich und geeignet erscheinen, die wirtschaftliche Machtstellung der betreffenden Zusammenschlüsse und Unternehmen zu beseitigen und die Machtgebilde in einzelne, sich selbst tragende Unternehmen ohne wirtschaftliche Macht aufzulösen.</p> <p>(2) Soweit die Ermächtigung keine Beschränkung vorsieht, ist das Monopolamt zur Durchführung der Entflechtung oder Aufgliederung insbesondere befugt:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. bestimmte Handlungen zu fordern und zu untersagen, 2. die Beendigung oder Auflösung von Verträgen, Beteiligungen, Unternehmungen oder Beziehungen zu verfügen, 3. Treuhänder zum Zwecke der vorübergehenden Zwangsverwaltung zu bestellen, 4. Wertpapiere und Beteiligungen vorübergehend zu beschlagnahmen, die Wahrnehmung der damit verbundenen Mitgliedschaftsrechte einem Beauftragten zu übertragen

Josten-Entwurf	Sondervotum von Curt Fischer
	und sie für Rechnung dessen, den es angeht, freihändig zu veräußern.
<p>§ 20 Wahrung der Rechte Dritter und der Anteilsverhältnisse</p> <p>(1) Bei Durchführung der Entschachtelung und Aufgliederung sind Rechte Dritter im Bereich der betroffenen Vermögensmassen zu achten und bei Veräußerungen die Vermögensinteressen aller Beteiligten zu wahren.</p> <p>(2) Die Anteilsverhältnisse an Kapitalgesellschaften sind tunlichst unverändert zu lassen, soweit das Ausscheiden eines Anteilsberechtigten sich nicht aus dem Wesen und Zweck der Entschachtelung oder der Aufgliederung als notwendig erweist.</p> <p>(3) Die Veräußerung von Anteilsrechten und einzelner Vermögensteile bestehender Unternehmen ist interessewährend für Rechnung desjenigen zu bewirken, den es angeht.</p>	Kein Gegenvorschlag

II. Möschel-Entwurf (1979)¹⁴³⁴

- (1) Lassen in einem Wirtschaftszweig Preisbewegungen, übereinstimmendes Verhalten von Wettbewerbern oder andere Umstände vermuten, daß der Wettbewerb in dem betreffenden Wirtschaftszweig beschränkt ist, so kann die Kartellbehörde beschließen, eine allgemeine Untersuchung dieses Wirtschaftszweiges durchzuführen. Satz 1 gilt nicht, wenn die beteiligten Unternehmen insgesamt im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr Umsatzerlöse von weniger als 500 Mio. DM hatten oder wenn

¹⁴³⁴ Möschel, Entflechtungen, S. 112 f.

die zu vermutenden Wettbewerbsbeschränkungen sich nicht im gesamten Geltungsbereich dieses Gesetzes oder in einem wesentlichen Teil desselben auswirken; für die Berechnung der Umsatzerlöse ist § 23 Abs. 1 Satz 2-7 anzuwenden.

- (2) Stellt die Kartellbehörde fest, daß in dem Wirtschaftszweig übermäßige wirtschaftliche Macht besteht, ohne daß deren Beseitigung durch den Wettbewerb allein zu erwarten wäre, so ist sie berechtigt, die Anordnungen zu treffen, die notwendig sind, um die Voraussetzungen für einen leistungsgerechten Wettbewerb zu verbessern, hierin eingeschlossen die Auflösung von Unternehmen (Entflechtung). Bei der Feststellung nach Satz 1 hat die Kartellbehörde namentlich Zahl, Größe und Finanzkraft der beteiligten Unternehmen, zwischen ihnen bestehende Verflechtungen und das Vorliegen marktbeherrschender Stellungen i. S. von § 22 GWB zu berücksichtigen sowie das Ausmaß, in welchem die beteiligten Unternehmen den Wettbewerb durch Verhaltensweisen, Verträge oder durch die Ausübung von gewerblichen Schutzrechten beschränken, insbesondere indem sie rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen schaffen oder beibehalten. An übermäßiger wirtschaftlicher Macht i.S. von Satz 1 fehlt es, wenn die Stellung der beteiligten Unternehmen im wesentlichen auf die natürliche Entwicklung der Marktkräfte, insbesondere überlegene Leistung oder rechtmäßig erworbene und ausgeübte Patente zurückgeht; Unternehmenszusammenschlüsse fallen nicht darunter.
- (3) Die Kartellbehörde trifft ihre Feststellung aufgrund der Sektorenuntersuchung nach Abs. 1 in einer vorläufigen Entscheidung, in welcher sie auch die beabsichtigten Abhilfemaßnahmen nach Abs. 2 Satz 1 mitteilt. Sie kann dabei die beteiligten Unternehmen verpflichten, ihrerseits Pläne zur näheren Ausführung dieser Maßnahmen vorzulegen. Diese Entscheidungen sind nicht selbständig durch Rechtsmittel anfechtbar.
- (4) Die beteiligten Unternehmen können gegen eine Entscheidung nach Abs. 3 innerhalb einer von der Kartellbehörde gesetzten Frist, die mindestens 6 Monate beträgt und 12 Monate regelmäßig nicht überschreiten soll, eine Einwandserklärung abgeben. Fristverlängerungen sind möglich. Setzt die Kartellbehörde das Verfahren fort, so finden die §§ 51-58 GWB entsprechende Anwendung. Eine endgültige Entscheidung nach Abs. 2 Satz 1 setzt das Einvernehmen des Bundesministers für Wirtschaft voraus.

III. Entwurf der Monopolkommission (1980)¹⁴³⁵

Sind für ein mißbräuchliches Verhalten eines oder mehrerer Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung strukturelle Ursachen maßgeblich und ist deshalb nicht zu erwarten, daß aufgrund von nach Absatz 5 durch die Kartellbehörde anzuordnenden Maßnahmen der Mißbrauch nachhaltig abgestellt werden kann, dann ordnet die Kartellbehörde anstelle einer Mißbrauchsverfügung im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Wirtschaft die Entflechtung der marktbeherrschenden Unternehmen an. Von einer Entflechtungsanordnung ist abzusehen, wenn im Einzelfall die Entflechtung von gesamtwirtschaftlichen Nachteilen begleitet würde, welche die wettbewerblichen Vorteile überwiegen, oder wenn der Entflechtung ein überragendes Interesse der Allgemeinheit entgegensteht; hierbei ist auch die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen auf Märkten außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes zu berücksichtigen. Bei der Entflechtung von Unternehmen sind unter Wahrung der Belange Dritter diejenigen Maßnahmen anzuordnen, die mit dem geringsten Aufwand und der geringsten Belastung zum Ziele führen. Die Entflechtung kann mit Beschränkungen und Auflagen verbunden werden. Diese dürfen sich nicht darauf richten, die beteiligten Unternehmen einer laufenden Verhaltenskontrolle zu unterziehen.

IV. Brüderle-Entwurf (2010)¹⁴³⁶

§ 41a GWB-E

- (1) Sind auf einem Markt mit gesamtwirtschaftlicher Bedeutung Unternehmen marktbeherrschend und ist auf absehbare Zeit das Fortbestehen dieser Marktbeherrschung zu erwarten, obwohl Wettbewerb technisch und wirtschaftlich möglich ist, kann das Bundeskartellamt auf der Grundlage einer aktuellen Untersuchung des betroffenen Wirtschaftszweiges anordnen, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen Teile seines Vermögens veräußern oder auf andere Weise verselbständigen muss, wenn dies eine wesentliche Verbesserung der Wettbewerbs-

1435 *Monopolkommission*, Hauptgutachten III, Rn. 764. Die Vorschrift sollte im Anschluss an § 22 Abs. 6 GWB, also bei der Missbrauchsaufsicht, eingefügt werden.

1436 Zitiert nach: *Monopolkommission*, Sondergutachten 58, S. 46 f.

bedingungen erwarten lässt und verhältnismäßig ist. Satz 1 findet nur Anwendung, wenn marktbeherrschende Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor Erlass der Anordnung Umsatzerlöse entsprechend § 35 Abs. 1 in Verbindung mit den §§ 38 Abs. 1 bis 4 und 36 Abs. 2 erzielt haben. Vor Erlass der Anordnung ist eine Stellungnahme der Monopolkommission einzuholen und den obersten Landesbehörden, in deren Gebiet die betroffenen Unternehmen ihren Sitz haben, Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Die Anordnung kann mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden.

- (2) Die Anordnung einer Veräußerung darf sich nicht auf Vermögensteile erstrecken, die das betroffene Unternehmen in den letzten fünf Jahren vor der Zustellung der Entflechtungsverfügung aufgrund der bestandskräftigen Freigabe eines Zusammenschlusses durch das Bundeskartellamt, die Europäische Kommission oder nach Erteilung einer bestandskräftigen Ministererlaubnis erworben hat. Auf Vermögensteile, für die sektorspezifisches Regulierungsrecht Regeln enthält, darf die Veräußerungsanordnung nicht gerichtet sein.
- (3) Das marktbeherrschende Unternehmen kann vor Erlass der Entflechtungsanordnung bis zu einem vom Bundeskartellamt zu bestimmenden Zeitpunkt geeignete Vorschläge unterbreiten, welche Teile seines Vermögens zu veräußern oder auf andere Weise zu verselbständigen sind. Der Wert eines zur Veräußerung bestimmten Vermögensteils ist von einem durch das Bundeskartellamt beauftragten Wirtschaftsprüfer festzustellen. Der Inhalt dieser Feststellung ist Geschäftsgeheimnis.
- (4) In der Entflechtungsanordnung ist dem Unternehmen ein angemessener Zeitraum zu gewähren, innerhalb dessen die nach Absatz 1 angeordnete Veräußerung oder Verselbständigung der Vermögensteile zu erfolgen hat. Im Falle der Veräußerung müssen der oder die Erwerber von den marktbeherrschenden Unternehmen unabhängig und dürfen nicht im Sinne von § 36 Abs. 2 mit ihnen verbunden sein. Der Vertrag mit dem oder den vorgeschlagenen Erwerbern über die bestimmten Vermögensteile bedarf zu seiner Wirksamkeit der Genehmigung des Bundeskartellamts. Die Genehmigung darf nur verweigert werden, wenn der in Absatz 1 Satz 1 bestimmte Zweck nicht erreicht wird. Ein Rückerwerb veräußerter Vermögensteile oder die Wiedererlangung eines wettbewerblich erheblichen Einflusses auf verselbständigte Vermögensteile durch das marktbeherrschende Unternehmen oder mit ihm verbundene Unternehmen ist innerhalb einer Frist von in der

Regel zehn Jahren seit der Veräußerung oder Verselbständigung nicht erlaubt.

- (5) § 41 Abs. 4 gilt entsprechend. Bestellt das Bundeskartellamt einen Treuhänder zur Durchsetzung seiner Anordnung, darf dieser einen Vermögensteil nur veräußern, wenn der Erlös mindestens die Hälfte des nach Absatz 3 Satz 2 festgestellten Werts beträgt.
- (6) § 32b gilt entsprechend.

§ 42a GWB-E

Der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie entscheidet in den Fällen des § 41a auf Antrag, dass eine vom Bundeskartellamt angeordnete Veräußerung von Vermögensteilen nicht erfolgen muss, wenn die bestehenden Wettbewerbsbedingungen durch gesamtwirtschaftliche Vorteile aufgewogen werden oder die gegebene Struktur der betroffenen Unternehmen durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist. § 42 Abs. 1 Satz 2 und 3, Abs. 2 bis 4 gelten entsprechend.

V. Referentenentwurf zu § 32f GWB (2022)¹⁴³⁷

§ 32f Maßnahmen zur Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen nach einer Sektoruntersuchung

- (1) Nach Veröffentlichung des Berichts nach § 32e Absatz 4 zu einer Untersuchung nach § 32e Absatz 1 hat das Bundeskartellamt unbeschadet seiner sonstigen Befugnisse die in den Absätzen 2 bis 4 enthaltenen weiteren Befugnisse.
- (2) Wenn objektiv nachvollziehbare Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch künftige Zusammenschlüsse der wirksame Wettbewerb im Inland in einem oder mehreren der in dem Bericht nach § 32e Absatz 4 genannten Wirtschaftszweige im Sinne von § 36 Absatz 1 erheblich behindert werden könnte, kann das Bundeskartellamt Unternehmen durch Verfügung verpflichten, jeden Zusammenschluss im Sinne von § 37 in einem oder mehreren dieser Wirtschaftszweige innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren ab Zustellung der Verfügung nach § 39 anzumelden. Die Anmeldepflicht nach Satz 1 gilt nur für Zusammen-

1437 <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Wettbewerbspolitik/wettbewerbsdurchsetzungsgesetz-referentenentwurf-bmwk.pdf>, zuletzt abgerufen am 28.08.2025.

schlüsse, bei denen der Erwerber im letzten Geschäftsjahr Umsatzerlöse im Inland von mehr als 50 Millionen Euro und das zu erwerbende Unternehmen im letzten Geschäftsjahr mehr als 500.000 Euro Umsatz erzielt hat. § 36 Absatz 1 Satz 2 Nummer 2 ist auf von dem Unternehmen in den betreffenden Wirtschaftszweigen angemeldete Zusammenschlüsse nicht anzuwenden. Im Übrigen gelten die auf Zusammenschlüsse im Sinne des 7. Kapitels anwendbaren Vorschriften dieses Gesetzes. Sofern die Voraussetzungen nach Satz 1 nach Ablauf des Zeitraums von drei Jahren fortbestehen, kann das Bundeskartellamt die Anmeldeverpflichtung, auch mehrfach, um drei Jahre verlängern.

- (3) Wenn eine erhebliche, andauernde oder wiederholte Störung des Wettbewerbs auf mindestens einem Markt oder marktübergreifend vorliegt, kann das Bundeskartellamt Unternehmen alle zur Beseitigung oder Verringerung der Störung des Wettbewerbs erforderlichen Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art vorschreiben. § 32 Absatz 2 gilt entsprechend. Die nach Satz 1 anzuordnenden Maßnahmen können insbesondere zum Gegenstand haben:
1. die Gewährung des Zugangs zu Daten, Schnittstellen, Netzen oder sonstigen Einrichtungen;
 2. die Belieferung anderer Unternehmen, einschließlich der Einräumung von Nutzungsrechten an geistigem Eigentum;
 3. behördliche oder vergleichbare Zulassungen oder Genehmigungen;
 4. die Lieferbeziehungen zwischen Unternehmen auf den betroffenen Märkten und auf verschiedenen Marktstufen;
 5. gemeinsame Normen und Standards;
 6. Vorgaben zu bestimmten Vertragsformen oder Vertragsgestaltungen einschließlich vertraglicher Regelungen zur Informationsoffenlegung;
 7. die organisatorische Trennung von Unternehmens- oder Geschäftsbereichen.
- (4) Das Bundeskartellamt kann unter den Voraussetzungen von Absatz 3 Unternehmen dazu verpflichten, Unternehmensanteile oder Vermögen zu veräußern, wenn zu erwarten ist, dass durch diese Maßnahme die erhebliche, andauernde oder wiederholte Störung des Wettbewerbs beseitigt oder erheblich verringert wird. Abhilfemaßnahmen nach diesem Absatz können nur in Ermangelung einer Abhilfemaßnahme nach Absatz 3 von gleicher Wirksamkeit festgelegt werden, oder wenn letztere im Vergleich zu Abhilfemaßnahmen nach diesem Absatz mit einer größeren Belastung für die beteiligten Unternehmen verbunden wäre. Vor

Erlass der Verfügung ist der Monopolkommission und den obersten Landeskartellbehörden, in deren Gebiet die betroffenen Unternehmen ihren Sitz haben, Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Die Verfügung kann mit Nebenbestimmungen verbunden werden. § 41 Absatz 3 Satz 2 und Absatz 4 gelten entsprechend. Erstreckt sich die Verfügung auf Vermögensteile, die das betroffene Unternehmen vor Einleitung eines Verfahrens nach diesem Absatz aufgrund der bestandskräftigen Freigabe eines Zusammenschlusses durch das Bundeskartellamt, die Europäische Kommission oder nach Erteilung einer bestandskräftigen Ministererlaubnis erworben hat, so ist eine Verfügung nur zulässig, wenn der Zeitraum zwischen ihrer Zustellung und der Zustellung der fusionskontrollrechtlichen Verfügung fünf Jahre übersteigt. Ist kein Hauptprüfverfahren eingeleitet worden, so tritt an die Stelle der Zustellung der Verfügung der Ablauf der Frist nach § 40 Absatz 1 Satz 1. Teile des Vermögens, die das oder die Unternehmen aufgrund einer Verpflichtung nach diesem Absatz oder aufgrund einer Verpflichtungszusage nach Absatz 6 veräußert hat oder haben, darf das Unternehmen innerhalb von fünf Jahren nach Veräußerung nicht zurückerwerben, es sei denn, es weist nach, dass sich die Marktverhältnisse soweit geändert haben, dass eine Störung des Wettbewerbs im Sinne des Absatzes 3 nicht mehr vorliegt.

- (5) Bei der Feststellung einer erheblichen, andauernden oder wiederholten Störung des Wettbewerbs auf einem Markt oder marktübergreifend soll insbesondere folgendes berücksichtigt werden:
1. Anzahl, Größe, Finanzkraft und Umsätze der auf den betroffenen Märkten oder marktübergreifend tätigen Unternehmen, die Marktanteilsverhältnisse sowie der Grad der Unternehmenskonzentration,
 2. Verflechtungen der Unternehmen auf den betroffenen oder vor- und nachgelagerten oder in sonstiger Weise miteinander verbundenen Märkten,
 3. Beschränkungen des Marktzutritts, des Marktaustritts oder der Kapazitäten einzelner Unternehmen oder des Wechsels zu einem anderen Anbieter bzw. Nachfrager,
 4. Marktergebnisse und Verhaltensweisen, die auf wettbewerbsrechtlich nicht hinreichend begrenzte Verhaltensspielräume, relative oder überlegene Marktmacht oder eine marktbeherrschende Stellung schließen lassen, insbesondere hinsichtlich

- a) Preisen, Mengen, Auswahl und Qualität der angebotenen Produkte oder Dienstleistungen sowie Innovationstätigkeit auf den betroffenen Märkten sowie
 - b) Verträgen und Vereinbarungen zwischen Unternehmen auf den betroffenen Märkten.
- (6) § 32b gilt für Verfahren nach den Absätzen 3 und 4 entsprechend.
- (7) Verfügungen nach den Absätzen 2 bis 4 sollen spätestens 18 Monate nach Veröffentlichung des Berichts nach § 32e Absatz 4 ergehen.“

VI. § 32f GWB (2023)

§ 32f Maßnahmen nach einer Sektoruntersuchung

- (1) Nach der Veröffentlichung eines Berichts nach § 32e Absatz 4 zu einer Sektoruntersuchung nach § 32e Absatz 1 hat das Bundeskartellamt unbeschadet seiner sonstigen Befugnisse die weiteren Befugnisse gemäß den Absätzen 2 bis 4. Dies gilt nicht in Fällen des § 32e Absatz 6.
- (2) Wenn objektiv nachvollziehbare Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch künftige Zusammenschlüsse der wirksame Wettbewerb im Inland in einem oder mehreren der in dem Bericht nach § 32e Absatz 4 untersuchten Wirtschaftszweige im Sinne von § 36 Absatz 1 erheblich behindert werden könnte, kann das Bundeskartellamt Unternehmen durch Verfügung verpflichten, innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren ab Zustellung der Verfügung jeden Zusammenschluss im Sinne von § 37 in einem oder mehreren dieser Wirtschaftszweige nach § 39 anzumelden. Die Anmeldepflicht nach Satz 1 gilt nur für Zusammenschlüsse, bei denen der Erwerber im letzten Geschäftsjahr Umsatzerlöse im Inland von mehr als 50 Millionen Euro und das zu erwerbende Unternehmen im letzten Geschäftsjahr Umsatzerlöse im Inland von mehr als 1 Million Euro erzielt hat. § 36 Absatz 1 Satz 2 Nummer 2 ist auf von dem Unternehmen in den untersuchten Wirtschaftszweigen angemeldete Zusammenschlüsse nicht anzuwenden. Im Übrigen gelten die auf Zusammenschlüsse im Sinne des Kapitels 7 anwendbaren Vorschriften dieses Gesetzes. Sofern die Voraussetzungen nach Satz 1 nach Ablauf des Zeitraums von drei Jahren fortbestehen, kann das Bundeskartellamt die Anmeldeverpflichtung um drei Jahre verlängern; wiederholte Verlängerungen um jeweils drei Jahre sind bis zu dreimal zulässig.

- (3) Das Bundeskartellamt kann durch Verfügung feststellen, dass eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs auf mindestens einem mindestens bundesweiten Markt, mehreren einzelnen Märkten oder marktübergreifend vorliegt, soweit die Anwendung der sonstigen Befugnisse nach Teil 1 nach den im Zeitpunkt der Entscheidung beim Bundeskartellamt vorliegenden Erkenntnissen voraussichtlich nicht ausreichend erscheint, um die Störung des Wettbewerbs wirksam und dauerhaft zu beseitigen. Die Verfügung nach Satz 1 ergeht gegenüber einem oder mehreren Unternehmen, die als Adressaten von Maßnahmen nach Satz 6 oder Absatz 4 in Betracht kommen. Adressaten von Maßnahmen können Unternehmen sein, die durch ihr Verhalten und ihre Bedeutung für die Marktstruktur zur Störung des Wettbewerbs wesentlich beitragen. Bei der Auswahl der Adressaten und der Abhilfemaßnahmen ist insbesondere auch die Marktstellung des Unternehmens zu berücksichtigen. Das Bundeskartellamt kann die Verfügung nach Satz 1 durch Beschluss zu einem späteren Zeitpunkt auf weitere Unternehmen im Sinne der Sätze 2 und 3 ausdehnen. Das Bundeskartellamt kann im Falle einer Feststellung nach Satz 1 den betroffenen Unternehmen alle Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art vorschreiben, die zur Beseitigung oder Verringerung der Störung des Wettbewerbs erforderlich sind. Die Abhilfemaßnahmen können insbesondere Folgendes zum Gegenstand haben:
1. die Gewährung des Zugangs zu Daten, Schnittstellen, Netzen oder sonstigen Einrichtungen,
 2. Vorgaben zu den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen auf den untersuchten Märkten und auf verschiedenen Marktstufen,
 3. Verpflichtung zur Etablierung transparenter, diskriminierungsfreier und offener Normen und Standards durch Unternehmen,
 4. Vorgaben zu bestimmten Vertragsformen oder Vertragsgestaltungen einschließlich vertraglicher Regelungen zur Informationsoffenlegung,
 5. das Verbot der einseitigen Offenlegung von Informationen, die ein Parallelverhalten von Unternehmen begünstigen,
 6. die buchhalterische oder organisatorische Trennung von Unternehmens- oder Geschäftsbereichen.
- § 32 Absatz 2 gilt entsprechend.
- (4) Das Bundeskartellamt kann unter den Voraussetzungen des Absatzes 3 marktbeherrschende Unternehmen sowie Unternehmen mit einer

überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb nach § 19a Absatz 1 durch Verfügung dazu verpflichten, Unternehmensanteile oder Vermögen zu veräußern, wenn zu erwarten ist, dass durch diese Maßnahme die erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs beseitigt oder erheblich verringert wird. Abhilfemaßnahmen nach Satz 1 dürfen nur angeordnet werden, wenn Abhilfemaßnahmen nach Absatz 3 Satz 6 nicht möglich sind, nicht von gleicher Wirksamkeit oder im Vergleich zu Abhilfemaßnahmen nach Satz 1 mit einer größeren Belastung für das Unternehmen verbunden wären. Vor Erlass der Verfügung ist der Monopolkommission und den nach § 48 Absatz 1 zuständigen obersten Landesbehörden, in deren Gebiet das Unternehmen seinen Sitz hat, Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Die Verfügung nach Satz 1 ist im Bundesanzeiger bekannt zu machen. § 43 Absatz 3 ist entsprechend anzuwenden mit der Maßgabe, dass nur die Angaben nach § 39 Absatz 3 Satz 2 Nummer 1 und 2 bekannt zu machen sind. Die Verfügung kann mit Nebenbestimmungen verbunden werden. § 41 Absatz 3 Satz 2 und Absatz 4 gilt entsprechend. Der Vermögensteil muss nur veräußert werden, wenn der Erlös mindestens 50 Prozent desjenigen Wertes beträgt, den ein vom Bundeskartellamt beauftragter Wirtschaftsprüfer für den Zeitpunkt des der Entflechtungsanordnung nach Satz 1 vorangegangenen Jahresabschlusses festgestellt hat. Soweit der tatsächliche Verkaufserlös den vom beauftragten Wirtschaftsprüfer festgestellten Wert unterschreitet, erhält das veräußernde Unternehmen eine zusätzliche Zahlung in Höhe der Hälfte der Differenz zwischen dem festgestellten Wert und dem tatsächlichen Verkaufserlös. Erstreckt sich die Verfügung auf Vermögensteile, die vor der Einleitung eines Verfahrens nach diesem Absatz Gegenstand einer bestandskräftigen Freigabe eines Zusammenschlusses durch das Bundeskartellamt oder die Europäische Kommission waren oder nach der Erteilung einer bestandskräftigen Ministererlaubnis erworben wurden, so ist die Verfügung nur zulässig, wenn der Zeitraum zwischen ihrer Zustellung und der Zustellung der fusionskontrollrechtlichen Verfügung größer als zehn Jahre ist. Ist kein Hauptprüfverfahren eingeleitet worden, so tritt an die Stelle der Zustellung der Verfügung der Ablauf der Frist nach § 40 Absatz 1 Satz 1. Teile des Vermögens, die ein Unternehmen aufgrund einer Verpflichtung nach diesem Absatz oder aufgrund einer Verpflichtungszusage nach Absatz 6 veräußert hat, darf das Unternehmen innerhalb von fünf Jahren nach der Veräußerung nicht zurückerwerben, es sei denn, es weist nach, dass sich die Markt-

verhältnisse so geändert haben, dass eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs nicht mehr vorliegt.

(5) Eine Störung des Wettbewerbs kann insbesondere in folgenden Fällen vorliegen:

1. unilaterale Angebots- oder Nachfragemacht,
2. Beschränkungen des Marktzutritts, des Marktaustritts oder der Kapazitäten von Unternehmen oder des Wechsels zu einem anderen Anbieter oder Nachfrager,
3. gleichförmiges oder koordiniertes Verhalten oder
4. Abschottung von Einsatzfaktoren oder Kunden durch vertikale Beziehungen.

Bei der Prüfung, ob eine Störung des Wettbewerbs vorliegt, soll insbesondere Folgendes berücksichtigt werden:

1. Anzahl, Größe, Finanzkraft und Umsätze der auf den betroffenen Märkten oder marktübergreifend tätigen Unternehmen, die Marktanteilsverhältnisse sowie der Grad der Unternehmenskonzentration,
2. Verflechtungen der Unternehmen auf den betroffenen, den vor- und nachgelagerten oder in sonstiger Weise miteinander verbundenen Märkten,
3. Preise, Mengen, Auswahl und Qualität der angebotenen Produkte oder Dienstleistungen auf den betroffenen Märkten,
4. Transparenz und Homogenität der Güter auf den betroffenen Märkten,
5. Verträge und Vereinbarungen zwischen Unternehmen auf den betroffenen Märkten,
6. Grad der Dynamik auf den betroffenen Märkten sowie
7. dargelegte Effizienzvorteile, insbesondere Kosteneinsparungen oder Innovationen, bei angemessener Beteiligung der Verbraucher.

Eine Störung des Wettbewerbs ist fortwährend, wenn diese über einen Zeitraum von drei Jahren dauerhaft vorgelegen hat oder wiederholt aufgetreten ist und zum Zeitpunkt der Verfügung nach Absatz 3 keine Anhaltspunkte bestehen, dass die Störung innerhalb von zwei Jahren mit überwiegender Wahrscheinlichkeit entfallen wird.

(6) § 32b gilt für Verfahren nach den Absätzen 3 und 4 entsprechend.

(7) Verfügungen nach den Absätzen 2 bis 4 sollen innerhalb von 18 Monaten nach der Veröffentlichung des Abschlussberichts nach § 32e Absatz 4 ergehen.

(8) Auf Märkten in den von der Bundesnetzagentur regulierten Sektoren Eisenbahn, Post und Telekommunikation, für die sektorspezifisches

Wettbewerbsrecht gilt, sowie den regulierten Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetzen gemäß dem Energiewirtschaftsgesetz bedarf das Bundeskartellamt zur Ergreifung von Abhilfemaßnahmen nach den Absätzen 3 und 4 des Einvernehmens der Bundesnetzagentur; die Bundesnetzagentur veröffentlicht hierzu jeweils eine Stellungnahme. Mögliche Abhilfemaßnahmen nach den Absätzen 3 und 4 sind bei der Prüfung im Rahmen der Marktanalyse nach § 37 Absatz 2 Nummer 3 des Postgesetzes und § 11 Absatz 2 Nummer 3 des Telekommunikationsgesetzes nicht zu berücksichtigen.

- (9) Das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz berichtet den gesetzgebenden Körperschaften nach Ablauf von zehn Jahren nach Inkrafttreten der Regelungen in den Absätzen 1 bis 8 über die Erfahrungen mit der Vorschrift.

VII. Sec. 56 FTA73

Order of appropriate Minister on report on monopoly reference.

- (1) The provisions of this section shall have effect where a report of the Commission on a monopoly reference not limited to the facts has been laid before Parliament in accordance with the provisions of Part VII of this Act, and the conclusions of the Commission set out in the report, as so laid,—
 - (a) include conclusions to the effect that a monopoly situation exists and that facts found by the Commission in pursuance of their investigations under section 49 of this Act operate, or may be expected to operate, against the public interest, and
 - (b) specify particular effects, adverse to the public interest, which in their opinion those facts have or may be expected to have.
- (2) In the circumstances mentioned in the preceding subsection the appropriate Minister may (subject to subsection (6) of this section) by order made by statutory instrument exercise such one or more of the powers specified in Parts I and II of Schedule 8 to this Act as he considers it requisite to exercise for the purpose of remedying or preventing the adverse effects specified in the report as mentioned in the preceding subsection; and those powers may be so exercised to such extent and in such manner as the appropriate Minister considers requisite for that purpose.

- (3) In determining whether, or to what extent or in what manner, to exercise any of those powers, the appropriate Minister shall take into account any recommendations included in the report of the Commission in pursuance of section 54(3)(b) of this Act and any advice given by the Director under section 88 of this Act.
- (4) Subject to the next following subsection, in this section “the appropriate Minister” means the Secretary of State.
- (5) Where, in any such report as is mentioned in subsection (1) of this section, the person or one of the persons specified as being the person or persons in whose favour the monopoly situation in question exists is a body corporate fulfilling the following conditions, that is to say—
 - (a) that the affairs of the body corporate are managed by its members, and
 - (b) that by virtue of an enactment those members are appointed by a Minister,
then for the purpose of making any order under this section in relation to that body corporate (but not for the purpose of making any such order in relation to any other person) “the appropriate Minister” in this section means the Minister by whom members of that body corporate are appointed.
- (6) In relation to any such body corporate as is mentioned in subsection (5) of this section, the powers exercisable by virtue of subsection (2) of this section shall not include the powers specified in Part II of Schedule 8 to this Act.

VIII. Schedule 8 para. 14 FTA73

An order may provide for the division of any business by the sale of any part of the undertaking or assets or otherwise (for which purpose all the activities carried on by way of business by any one person or by any two or more interconnected bodies corporate may be treated as a single business), or for the division of any group of interconnected bodies corporate, and for all such matters as may be necessary to effect or take account of the division, including—

- (a) the transfer or vesting of property, rights, liabilities or obligations;
- (b) the adjustment of contracts, whether by discharge or reduction of any liability or obligation or otherwise;

- (c) the creation, allotment, surrender or cancellation of any shares, stock or securities;
- (d) the formation or winding up of a company or other association, corporate or unincorporate, or the amendment of the memorandum and articles or other instruments regulating any company or association;
- (e) the extent to which, and the circumstances in which, provisions of the order affecting a company or association in its share capital, constitution or other matters may be altered by the company or association, and the registration under any enactment of the order by undertakings or associations so affected;
- (f) the continuation, with any necessary change of parties, of any legal proceedings.

IX. Sec. 138 EA02

Duty to remedy adverse effects

- (1) Subsection (2) applies where a report of the CMA has been prepared and published under section 136 within the period permitted by section 137 and contains the decision that there is one or more than one adverse effect on competition.
- (2) The CMA shall, within the period permitted by section 138A, in relation to each adverse effect on competition, take such action under section 159 or 161 as it considers to be reasonable and practicable—
 - (a) to remedy, mitigate or prevent the adverse effect on competition concerned; and
 - (b) to remedy, mitigate or prevent any detrimental effects on customers so far as they have resulted from, or may be expected to result from, the adverse effect on competition.
- (3) The decisions of the CMA under subsection (2) shall be consistent with its decisions as included in its report by virtue of section 134(4) unless there has been a material change of circumstances since the preparation of the report or the CMA otherwise has a special reason for deciding differently.
- (4) In making a decision under subsection (2), the CMA shall, in particular, have regard to the need to achieve as comprehensive a solution as is reasonable and practicable to the adverse effect on competition

- concerned and any detrimental effects on customers so far as resulting from the adverse effect on competition.
- (5) In making a decision under subsection (2), the CMA may, in particular, have regard to the effect of any action on any relevant customer benefits of the feature or features of the market or markets concerned.
 - (6) The CMA shall take no action under subsection (2) to remedy, mitigate or prevent any detrimental effect on customers so far as it may be expected to result from the adverse effect on competition concerned if—
 - (a) no detrimental effect on customers has resulted from the adverse effect on competition; and
 - (b) the adverse effect on competition is not being remedied, mitigated or prevented.

X. Sec. 161 EA02

Final orders: Part 4

- (1) The CMA may, in accordance with section 138, make an order under this section.
- (2) The Secretary of State may, in accordance with section 147 or (as the case may be) 147A, make an order under this section.
- (3) An order under this section may contain—
 - (a) anything permitted by Schedule 8; and
 - (b) such supplementary, consequential or incidental provision as the person making it considers appropriate.
- (4) An order under this section—
 - (a) shall come into force at such time as is determined by or under the order; and
 - (b) may be varied or revoked by another order.
- (5) The Secretary of State shall not vary or revoke an order made by him under this section unless the CMA advises that such a variation or revocation is appropriate by reason of a change of circumstances.

XI. Schedule 8 para. 13 EA02

- (1) An order may provide for—

- (a) the division of any business (whether by the sale of any part of the undertaking or assets or otherwise);
- (b) the division of any group of interconnected bodies corporate.
- (2) For the purposes of sub-paragraph (1)(a) all the activities carried on by way of business by any one person or by any two or more interconnected bodies corporate may be treated as a single business.
- (3) An order made by virtue of this paragraph may contain such provision as the relevant authority considers appropriate to effect or take account of the division, including, in particular, provision as to—
 - (a) the transfer or creation of property, rights, liabilities or obligations;
 - (b) (the number of persons to whom the property, rights, liabilities or obligations are to be transferred or in whom they are to be vested;
 - (c) the time within which the property, rights, liabilities or obligations are to be transferred or vested;
 - (d) the adjustment of contracts (whether by discharge or reduction of any liability or obligation or otherwise);
 - (e) the creation, allotment, surrender or cancellation of any shares, stock or securities;
 - (f) the formation or winding up of any company or other body of persons corporate or unincorporate;
 - (g) the amendment of the articles or other instruments regulating any such company or other body of persons;
 - (h) the extent to which, and the circumstances in which, provisions of the order affecting a company or other body of persons corporate or unincorporate in its share capital, constitution or other matters may be altered by the company or other body of persons concerned;
 - (i) the registration of the order under any enactment by a company or other body of persons corporate or unincorporate which is affected by it as mentioned in paragraph (h);
 - (j) the continuation, with any necessary change of parties, of any legal proceedings;
 - (k) the approval by the relevant authority or another person of anything required by virtue of the order to be done or of any person to whom anything is to be transferred, or in whom anything is to be vested, by virtue of the order; or

Anhang

- (1) the appointment of trustees or other persons to do anything on behalf of another person which is required of that person by virtue of the order or to monitor the doing by that person of any such thing.

Literaturverzeichnis

- Ackermann, Thomas, Das Kartellrecht im „Spritpreis-Wahnsinn“, Verfassungsblog vom 18.06.2022, <https://verfassungsblog.de/das-kartellrecht-im-spritpreis-wahnsinn/>.
- Ackermann, Thomas, Fossile Brennstoffe: Ein zukunftsweisendes Antriebsmittel für das Kartellrecht?, NZKart 7/2022, S. 357–359.
- Ackermann, Thomas, „A more transactional approach“? Das EU-Kartellrecht vor der zweiten Trump-Präsidentschaft, NZKart 12/2024, S. 657–659.
- Ackermann, Thomas, Rechtsfragen einer wettbewerblichen Generalklausel – Zur geplanten Einführung von § 32f GWB-E, ZWeR 1/2023, S. 1–28.
- Aghion, Philippe / Bloom, Nick / Blundell, Richard / Griffith, Rachel / Howitt, Peter, Competition and Innovation: An Inverted-U Relationship, 120 *The Quarterly Journal of Economics* 2/2005, S. 701–728.
- Ahlborn, Christian / Leslie, Will, 'Jack of All Trades, Master of None': The Ever-Increasing Ambit of the Market Investigation Regime, in: Rodger, Barry; Whelan, Peter; MacCulloch, Angus (Hrsg.), *The UK Competition Regime – A Twenty-Year Retrospective*, Oxford 2021, S. 137–168. Zitiert als: UK Competition Regime.
- Ahlborn, Christian / Piccinin, Daniel, Between Scylla and Charybdis: Market Investigations and the Consumer Interest, in: Rodger, Barry (Hrsg.), *Ten Years of UK Competition Law Reform*, Dundee 2010, S. 169–197. Zitiert als: UK Competition Law Reform.
- Amstutz, Marc / Reinert, Mani (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Kartellgesetz*, 2. Aufl., Basel 2021. Zitiert als: BSK KG.
- Bach, Albrecht, Theaterdonner zur Abschreckung – zur Debatte um kartellrechtliche Entflechtungen, in: Bechtold, Stefan; Jickeli, Joachim; Rohe, Matthias (Hrsg.), *Recht, Ordnung und Wettbewerb – Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel*, Baden-Baden 2011, S. 35–46. Zitiert als: FS Möschel.
- Bacher, Klaus / Hempel, Rolf / Wagner-von Papp, Florian (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar Kartellrecht*, 17. Ed., München 2025. Zitiert als: BeckOK KartR.
- Baker / McKenzie (Hrsg.), *Kartellgesetz – Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen*, Stämpfli Handkommentar, Bern 2007. Zitiert als: SHK KG.
- Baldi, Marino, Überblick und allgemeine Bestimmungen – zwölf Charakteristika des neuen Kartellgesetzes, in: Zäch, Roger (Hrsg.), *Das neue schweizerische Kartellgesetz*, Zürich 1996, S. 3–19. Zitiert als: Kartellgesetz.
- Baldi, Marino, "Wirksamer Wettbewerb" als Schutzobjekt des neuen schweizerischen Kartellgesetzes, in: Knapp, Blaise; Oberson, Xavier (Hrsg.), *Problèmes actuels de droit économique – Mélanges en l'honneur du Professeur Charles-André Junod*, Basel / Frankfurt a. M. 1997, S. 49–63. Zitiert als: Mélanges Junod.

- Baldi, Marino, Zur „Philosophie“ des neuen Kartellgesetzes, in: Corti, Mario A.; Ziegler, Peter (Hrsg.), *Diplomatische Negotiation – Festschrift für Franz A. Blankart*, Bern u.a. 1996, S. 349–363. Zitiert als: FS Blankart.
- Baldi, Marino / Borer, Jürg, Das neue schweizerische Kartellgesetz – Bestimmungen über Wettbewerbsabreden und marktbeherrschende Unternehmen, *WuW* 4/1998, S. 343–356.
- Bartling, Hartwig, *Leitbilder der Wettbewerbspolitik*, München 1980. Zitiert als: Wettbewerbspolitik.
- Bartsch, Elga / Käseberg, Thorsten / Weber, Daniel, Der Regierungsentwurf zur 11. GWB-Novelle, *WuW* 5/2023, S. 245–249.
- Baudenbacher, Laura Melusine, „Mein Ziel ist es, den Kampf gegen die Kartelle zu schwächen“: Anmerkungen zur Schweizer Kartellrechtsrevision, *WuW* 11/2023, S. 581–582.
- Bechtold, Rainer, Zum Referentenentwurf einer Entflechtungsregelung, *BB* 9/2010, S. 451–454.
- Bechtold, Rainer / Bosch, Wolfgang (Hrsg.), *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§§ 1–96, 185, 186–187) – Kommentar*, 11. Aufl., München 2025. Zitiert als: *GWB*.
- Becker, Florian, Entflechtung im Wettbewerbsrecht und Eigentumsgrundrecht, *ZRP* 4/2010, S. 105–108.
- Bernhardt, Lea / Voges, Paul, Kartellrechtsdurchsetzung in Plattformmärkten – Strukturelle und funktionale Entflechtung von Plattformen –, *WuW* 12/2022, S. 651–659.
- Biaggini, Giovanni, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft – Orell Füssli Kommentar*, 2. Aufl., Zürich 2017. Zitiert als: *OFK BV*.
- Biedenkopf, Kurt, Kartellrecht und Ordnungspolitik, *WuW* 2–3/1978, S. 101–110.
- Bien, Florian, Wernhard Möschel (1941 – 2024), *NZKart* 4/2024, S. 169–170.
- Bock, Heinrich K. / Korsch, Hans, Kartellauflösung und Konzernentflechtung in der westdeutschen Wirtschaft seit 1945, *WuW* 7–8/1957, S. 411–437.
- Böhm, Franz, Das Reichsgericht und die Kartelle – Eine wirtschaftsverfassungsrechtliche Kritik an dem Urteil des RG. vom 4. Febr. 1897, *RGZ.* 38/155, *ORDO* 1 (1948), S. 197–213.
- Böhm, Franz, Demokratie und ökonomische Macht, in: *Kartelle und Monopole im modernen Recht*, Band I, Karlsruhe 1961, S. 1–24. Zitiert als: *Kartelle und Monopole*.
- Böhm, Franz, Kartellauflösung und Konzernentflechtung – Spezialistenaufgabe oder Schicksalsfrage?, *SJZ* 9/1947, S. 496–505.
- Böni, Franz, Die missbrauchsunabhängige Entflechtung, *sic!* 2/2012, S. 71–85.
- Borer, Jürg / Borer, Laura, *Wettbewerbsrecht I – Kommentar zum Kartellgesetz – mit weiteren Erlassen – Orell Füssli Kommentar*, 4. Aufl., Zürich 2025. Zitiert als: *OFK KG*.
- Bork, Robert H., *The Antitrust Paradox – A Policy at War with Itself*, New York u.a. 1978/1993. Zitiert als: *The Antitrust Paradox*.
- Botteron, Valentin, *Le contrôle des concentrations d'entreprises – Analyse comparée du test de dominance suisse, du test SIEC européen et du test SLC américain*, Zürich 2021. Zitiert als: *Le contrôle des concentrations*.

- Bovet, Christian, Réception du droit public économique étranger en Suisse, ZSR/RDS 2/2000, S. 281–312.
- Brenner, Tobias, Rettungsschüsse im Sonderpolizeirecht – Die 11. GWB-Novelle und das Verfassungsrecht, WuW 2/2023, S. 74–80.
- Budzinski, Oliver, Die 11. GWB-Novelle – Vom Schutz des Wettbewerbsprozesses zur Verbesserung von Wettbewerbsstrukturen?, in: Kirk, Alexander; Offergeld, Philipp; Rohner, Tristan (Hrsg.), Kartellrecht in der Zeitenwende – Auf dem Weg zur 11. und 12. GWB-Novelle, Baden-Baden 2023, S. 113–130. Zitiert als: Kartellrecht in der Zeitenwende.
- Budzinski, Oliver, Würde eine unabhängige europäische Wettbewerbsbehörde eine bessere Wettbewerbspolitik machen?, in: Theurl, Theresia (Hrsg.), Unabhängige staatliche Institutionen in der Demokratie, Berlin 2013, S. 157–188. Zitiert als: Unabhängige staatliche Institutionen.
- Bunte, Hermann-Josef / Stancke, Fabian, Kartellrecht mit Vergaberecht und Beihilfenrecht, 4. Aufl., München 2022. Zitiert als: Kartellrecht.
- Burrichter, Jochen, Franz Böhm und der „Siebenjährige Krieg“ um die Verabschiedung des GWB, in: Kokott, Juliane; Pohlmann, Petra; Polley, Romina (Hrsg.), Europäisches, deutsches und internationales Kartellrecht. Festschrift für Dirk Schroeder zum 65. Geburtstag, Köln 2018, S. 165–182. Zitiert als: FS Schroeder.
- Busse, Caspar / Fromm, Thomas, Das Kartellamt nimmt sich die Deutsche Bahn vor, Süddeutsche Zeitung vom 28.11.2023, <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/kartellamt-mundt-ruestung-deutsche-bahn-energiemarkt-1.6310580>.
- Cable, J. R., Industry and Commerce, in: Prest, A. R.; Coppock, D. J. (Hrsg.), The UK Economy – A Manual of Applied Economics, London 1980, S. 181–236. Zitiert als: UK Economy.
- Calliess, Christian / Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 6. Aufl., München 2022. Zitiert als: EUV/AEUV.
- Carron, Blaise / Valis, Lukas, Switzerland and Germany: Regulation of the digital economy – Blessing or curse?, Concurrences 4/2023, S. 1–6.
- Chabloz, Isabelle, L'autorisation exceptionnelle en droit de la concurrence – Etude de droit suisse et comparé, Freiburg Schweiz 2002. Zitiert als: L'autorisation exceptionnelle.
- Clark, John M., Toward a Concept of Workable Competition, 30 The American Economic Review 2/1940, S. 241–256.
- Clarke, Roger / Davies, Stephen / Driffield, Nigel, Monopoly Policy in the UK – Assessing the Evidence, Cheltenham / Northampton 1998/2002. Zitiert als: Monopoly Policy.
- Coscelli, Andrea / Horrocks, Antonia, Making Markets Work Well: The U.K. Market Investigations Regime, 10 Competition Policy International 1/2014, S. 24–56.
- Currie, David / Chisholm, Alex / Jarvis, Tim, Institutional Design and Decision-Making in the Competition and Markets Authority, 10 Competition Policy International 1/2014, S. 12–23.

- David, Eugen, Zur Einführung: Das neue Kartellgesetz im politischen Kontext, in: Zäch, Roger (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, S. 1–2. Zitiert als: Kartellgesetz.
- Dembinski, Paul H., Affaiblissement de la dynamique de marché? Etude pilote sur l'évolution de la concentration au sein de l'économie suisse – Rapport final, 25 avril 2019, Genf 2019. Zitiert als: Affaiblissement de la dynamique de marché?
- Deselaers, Wolfgang, Die ersten Verfahren des Bundeskartellamtes nach § 19a GWB – gelöste und ungelöste Fragen, NZKart 7/2024, S. 366–369.
- Dacey, Albert Venn, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, Indianapolis 1915/1982. Zitiert als: Law of the Constitution.
- Ducey, Patrik / Zimmerli, Daniel (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht – Kartellrecht – Band V/2, 2. Aufl., Basel 2023. Zitiert als: SIWR V/2.
- Dunne, Niamh, Between competition law and regulation: hybridized approaches to market control, 2 Journal of Antitrust Enforcement 2/2014, S. 225–269.
- Ebenroth, Carsten Thomas / Durach, Wolfgang, Das Wettbewerbs- und Kartellrecht Großbritanniens im Markt der Europäischen Union, Heidelberg 1996. Zitiert als: Wettbewerbs- und Kartellrecht Großbritanniens.
- Eger, Otto, Das Recht der deutschen Kartelle – Eine einführende Gesamtdarstellung mit den Texten der einschlägigen Verordnungen, Berlin 1932. Zitiert als: Kartellrecht.
- Ehrenzeller, Bernhard / Egli, Patricia / Hettich, Peter / Hongler, Peter / Schindler, Benjamin / Schmid, Stefan G. / Schweizer, Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Art. 1–72 – St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich u.a. 2023. Zitiert als: SGK BV.
- Ehrenzeller, Bernhard / Egli, Patricia / Hettich, Peter / Hongler, Peter / Schindler, Benjamin / Schmid, Stefan G. / Schweizer, Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Art. 73–197 – St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich u.a. 2023. Zitiert als: SGK BV.
- Ehrlicke, Ulrich, Eine missbrauchsunabhängige Entflechtung ist nicht mit Grundprinzipien des Wettbewerbsrechts vereinbar, WuW 1/2011, S. 3.
- Eickhof, Norbert, Die Hoppmann-Kantzenbach-Kontroverse – Darstellung, Vergleich und Bedeutung der beiden wettbewerbspolitischen Leitbilder, Diskussionsbeitrag Nr. 95, Potsdam 2008. Zitiert als: Hoppmann-Kantzenbach-Kontroverse.
- Eisenberg, Melvin Aaron, Bad Arguments in Corporate Law, 78 Georgetown Law Journal 1990, S. 1551–1558.
- Emmerich, Volker / Lange, Knut Werner, Kartellrecht – Ein Studienbuch, 14. Aufl., München 2018. Zitiert als: Kartellrecht.
- Engel, Christoph, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Entflechtungstatbestands im Kartellrecht, Baden-Baden 2008. Zitiert als: Verfassungsrechtliche Zulässigkeit.
- Epping, Volker / Hillgruber, Christian (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, 60. Ed., 2024. Zitiert als: BeckOK GG.
- Eucken, Walter, Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung, ORDO 2 (1949), S. 1–99.

- Eucken, Walter, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 6. Aufl., Tübingen 1990. Zitiert als: Wirtschaftspolitik.
- Eucken, Walter, Wirtschaftsmacht und Wirtschaftsordnung, Münster u.a. 2001. Zitiert als: Wirtschaftsmacht und Wirtschaftsordnung.
- Fairburn, James, The Evolution of Merger Policy in Britain, in: Fairburn, James; Kay, John (Hrsg.), Mergers and Merger Policy, Oxford u.a. 1989, S. 193–230. Zitiert als: Merger Policy.
- Franck, Jens-Uwe, Das Bundeskartellamt zwischen Condor, Kranich und „Mutterhaus“: Von der Freiheit vor politischer Einflussnahme – Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.05.2024, Kart 8/22 (V) – Zubringerflüge –, WuW 12/2024, S. 639–646.
- Franck, Jens-Uwe / Peitz, Martin, How to Challenge Big Tech, Verfassungsblog vom 06.09.2021, <https://verfassungsblog.de/dsa-dma-power-12/>.
- Freyer, Tony, Regulating Big Business – Antitrust in Great Britain and America, 1880–1990, Cambridge u.a. 1992. Zitiert als: Regulating Big Business.
- Fuchs, Andreas, Entflechtung ohne Kartellrechtsverstoß?, WuW 5/2010, S. 479.
- Fuchs, Andreas, Marktmachtmissbrauch durch sog. „killer acquisitions“, in: Klose, Tobias; Klusmann, Martin; Thomas, Stefan (Hrsg.), Das Unternehmen in der Wettbewerbsordnung – Festschrift für Gerhard Wiedemann zum 70. Geburtstag, München 2020, S. 303–322. Zitiert als: FS Wiedemann.
- Gerber, David J., Competition Law and Antitrust – A Global Guide, Oxford 2020. Zitiert als: Competition Law.
- Gleiss, Alfred / Fikentscher, Wolfgang, Weitergeltung des Dekartellierungsrechts, WuW 9/1955, S. 525–533.
- Gollasch, Simon, Das missbrauchsunabhängige Abhilfungsverfahren nach § 32f GWB – vom „Kartellrecht mit Klauen und Zähnen“ zur Never-Ending Story?, WuW 6/2025, S. 318–320.
- Gornig, Gilbert H., Völkerrecht, München 2023. Zitiert als: Völkerrecht.
- Götz, Florian von, 50 Jahre GWB – Die Geburt des GWB und der amerikanische Einfluss auf das Entstehen einer neuen Wettbewerbsordnung in der Bundesrepublik, WRP 7/2007, S. 741–762.
- Goyder, D. G., Monopolies and Mergers Act, 1965, 28 The Modern Law Review 6/1965, S. 693–698.
- Grabitz, Eberhard / Hilf, Meinhard / Nettesheim, Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 85. EL, München 2025. Zitiert als: EU-Recht.
- Graham, Cosmo, The Enterprise Act 2002 and Competition Law, 67 The Modern Law Review 2/2004, S. 273–288.
- Grzeszick, Bernd, Missbrauchsunabhängige Entflechtung nur gegen Entschädigung!, NZKart 2/2023, S. 55–61.
- Günther, Eberhard, Die geistigen Grundlagen des sogenannten Josten-Entwurfs, in: Sauer mann, Heinz; Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung – Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag, Tübingen 1975, S. 183–204. Zitiert als: FS Böhm.

- Hangartner, Yvo, Aspekte des Verwaltungsverfahrensrechts nach dem revidierten Kartellgesetz von 2003, in: Stoffel, Walter; Zäch, Roger (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, Zürich u.a. 2004, S. 251–279. Zitiert als: Kartellgesetzrevision.
- Haus, Florian C., Entflechtung nach der KartellVO?, WuW 7–8/2001, S. 659–664.
- Häussel, Yannis, Das New Competition Tool: Scheitert eine echte Erweiterung des kartellrechtlichen Instrumentariums wirklich am Unionsrecht?, WuW 3/2025, S. 138–143.
- Hay, Donald, The Assessment: Competition Policy, 9 Oxford Review of Economic Policy 2/1993, S. 1–26.
- Hayek, Friedrich August von, Die Anmaßung von Wissen, ORDO 26 (1975), S. 12–21.
- Hayek, Friedrich August von, Freiburger Studien – Gesammelte Aufsätze von F. A. von Hayek, Tübingen 1969. Zitiert als: Freiburger Studien.
- Hayek, Friedrich August von, The Use of Knowledge in Society, 35 The American Economic Review 4/1945, S. 519–530.
- Heinemann, Andreas, 25 Jahre Kartellgesetz, ius.full 6/2021, S. 166–178.
- Heinemann, Andreas, Marktwirtschaft und Wettbewerbsordnung: Der Zweck des Kartellrechts, ZSR/RDS 5/2016, S. 431–455.
- Heinemann, Christoph, Habeck (Grüne) über Mineralölkonzerne: „Vermachteter Markt, der wie ein Kartell funktioniert“, Deutschlandfunk vom 13.06.2022, <https://www.deutschlandfunk.de/bundeswirtschaftsminister-habeck-kartellrecht-tankrabat-t-mineraloelkonzerne-100.html>.
- Herdegen, Matthias / Scholz, Rupert / Klein, Hans H. (Hrsg.), Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, 106. EL, München 2024. Zitiert als: Dürig/Herzog/Scholz GG.
- Herdzina, Klaus, Möglichkeiten und Grenzen einer wirtschaftstheoretischen Fundierung der Wettbewerbspolitik, Tübingen 1988. Zitiert als: Fundierung der Wettbewerbspolitik.
- Herdzina, Klaus, Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik: Stand und Entwicklungstendenzen, Wirtschaftsdienst 10/1986, S. 525–532.
- Herrmann, Armin, Die Entflechtung als Instrument der Wettbewerbspolitik, Berlin 1981. Zitiert als: Entflechtung.
- Hesse, Wolf-Ekkehard, Zum Problem einer Entflechtungsregelung im deutschen Wettbewerbsrecht, WuW 12/1978, S. 756–758.
- Hettich, Peter, "Wirksamer Wettbewerb" – Theoretisches Konzept und Praxis, Bamberg 2003. Zitiert als: Wirksamer Wettbewerb.
- Hildebrand, Jan, Rösler schreckt vor Monopol-Zerschlagung zurück, WELT online vom 02.08.2011, <https://www.welt.de/wirtschaft/article13521199/Roesler-schreckt-vor-Monopol-Zerschlagung-zurueck.html>.
- Hirsbrunner, Simon, Neue Entwicklungen im schweizerischen Kartellrecht, NZKart 4/2024, S. 168–175.
- Höhne, Verena, Entstehung und Praktiken der deutschen Fusionskontrolle – Eine Untersuchung zu Verfahren der chemischen Industrie vor dem Bundeskartellamt (1973–1989), Berlin 2022. Zitiert als: Fusionskontrolle.

- Hunt, Emery K. / Sherman, Howard J., Volkswirtschaftslehre – Einführung aus traditioneller und kritischer Sicht, Band 1: Mikroökonomie. Aus dem Englischen übersetzt von Ute Gräber-Seißinger und Rainer Markl, Frankfurt a. M. / New York 1993. Zitiert als: Volkswirtschaftslehre.
- Hüther, Michael, Wettbewerbspolitik vor einer Zeitenwende, in: Wettbewerbspolitik und Kartellrecht in der Marktwirtschaft, 50 Jahre FIW: 1960–2010, Festschrift, Köln 2010, S. 39–47. Zitiert als: FS FIW.
- Isay, Rudolf, Ein „dritter Weg“ in der Kartellpolitik?, in: Kastl, Ludwig (Hrsg.), Kartelle in der Wirklichkeit – Festschrift für Max Matzner zu seinem fünfundsiebzigsten Geburtstag, Köln u.a. 1963, S. 35–40. Zitiert als: FS Metzner.
- Jaag, Christian / Rutz, Samuel / Jacober, Noëmi, Einführung des SIEC-Tests – Auswirkungen auf die Schweizer Fusionskontrolle, Zürich 2017. Zitiert als: Einführung des SIEC-Tests.
- Jäckering, Werner, Die Politischen Auseinandersetzungen um die Novellierung des GWB, in: Grosser, Dieter (Hrsg.), Konzentration ohne Kontrolle, Opladen 1974, S. 234–257. Zitiert als: Konzentration.
- Jens, Uwe, Probleme einer Entflechtungsregelung im deutschen Wettbewerbsrecht, WuW 5/1978, S. 264–268.
- Jewkes, John, British Monopoly Policy 1944–56, 1 The Journal of Law & Economics 1/1958, S. 1–19.
- Kantzenbach, Erhard, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, Göttingen 1966. Zitiert als: Funktionsfähigkeit.
- Karlen, Peter, Schweizerisches Verwaltungsrecht – Gesamtdarstellung unter Einbezug des europäischen Kontextes, Zürich 2018. Zitiert als: Verwaltungsrecht.
- Kartte, Wolfgang, Ein neues Leitbild für die Wettbewerbspolitik, Köln / München 1969. Zitiert als: Neues Leitbild.
- Käseberg, Thorsten, Der Referententwurf zur 11. GWB-Novelle, NZKart 10/2022, S. 539–540.
- Käseberg, Thorsten, Der Regierungsentwurf zur 11. GWB-Novelle, NZKart 5/2023, S. 245–246.
- Kaufmann, Oliver, Relative Marktmacht 2022 – Die neuen Bestimmungen der Missbrauchskontrolle als aberratio ictus der Fair-Preis-Initiative?, Sic! 5/2022, S. 181–197.
- Kaysen, Carl / Turner, Donald F., Antitrust Policy – An Economic and Legal Analysis, Cambridge 1959. Zitiert als: Antitrust Policy.
- Källezi, Pranvera, Les mesures correctives dans les cas de concentrations d'entreprises et d'abus de position dominante, Bern 2010. Zitiert als: Mesures Correctives.
- Kerber, Markus C., Die Unternehmensentflechtung nach dem GWB – Ein Beitrag zur Dogmatik von § 24 VI, VII GWB aus wettbewerbs-, gesellschafts- und verfassungsrechtlicher Sicht, Baden-Baden 1987. Zitiert als: Unternehmensentflechtung.
- Kerber, Markus C., Mehr Wettbewerb durch Entflechtung?, Wirtschaftsdienst 12/2008, S. 825–832.
- Kersting, Christian, Mehr Schaden als Nutzen – zum Entwurf eines Entflechtungsgesetzes, DB 10/2010, S. M 1.

- Kersting, Christian, Zur Zweckmäßigkeit eines Entflechtungsgesetzes, in: Neues aus Wissenschaft und Lehre der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf 2010, Düsseldorf 2011, S. 613–620. Zitiert als: Jahrbuch HHU 2010.
- Kersting, Christian / Meyer-Lindemann, Hans Jürgen / Podszun, Rupprecht (Hrsg.), Kartellrecht – Kommentar zum Deutschen und Europäischen Kartellrecht, 5. Aufl., München 2025. Zitiert als: Kartellrecht.
- Kiener, Regina / Kälin, Walter / Wytenbach, Judith, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018. Zitiert als: Grundrechte.
- Klaue, Siegfried, Zum Vorschlag einer Entflechtungsregelung in einer Achten Kartellgesetznovelle, in: Kartellrecht in Theorie und Praxis – Festschrift für Cornelis Canenbley zum 70. Geburtstag, München 2012, S. 286–290. Zitiert als: FS Canenbley.
- Klees, Andreas / Hauser, Sebastian Max, Entflechtungen von Unternehmen als Instrument des allgemeinen Wettbewerbsrechts? (RATUBS 4/2010), Braunschweig 2010. Zitiert als: RATUBS 4/2010.
- Kley, Andreas, Verfassungsgeschichte der Neuzeit – Grossbritannien, die USA, Frankreich und die Schweiz, 4. Aufl., Bern 2020. Zitiert als: Verfassungsgeschichte.
- Kling, Michael / Thomas, Stefan, Kartellrecht, 2. Aufl., München 2016. Zitiert als: Kartellrecht.
- Klotz, Robert, Das europäische Kartellrecht in den Netzindustrien, in: Bien, Florian; Ludwigs, Markus (Hrsg.), Das europäische Kartell- und Regulierungsrecht der Netzindustrien – Eine inter- und intradisziplinäre Disziplin, Baden-Baden 2015, S. 39–67. Zitiert als: Netzindustrien.
- Körper, Thorsten, Die 11. GWB-Novelle zwischen freiem und verwaltetem Wettbewerb, ZRP 1/2023, S. 5–8.
- Körper, Torsten, Das GWB auf dem Weg zum „more administrative approach“, NZKart 4/2023, S. 193–194.
- Körper, Torsten / Schweitzer, Heike / Zimmer, Daniel (Hrsg.), Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2. GWB, 7. Aufl., München 2024. Zitiert als: Immenga/Mestmäcker Bd. 2.
- Körper, Torsten / Schweitzer, Heike / Zimmer, Daniel (Hrsg.), Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 3. Fusionskontrolle, 6. Aufl., München 2020. Zitiert als: Immenga/Mestmäcker Bd. 3.
- Krauskopf, Patrick / Schopf, Dominic, Marktmacht = relativ (auch in der Schweiz), D’Kart vom 17.05.2021, <https://www.d-kart.de/blog/2021/05/17/marktmacht-relativ-auch-in-der-schweiz/>.
- Krings, Christian, Möglichkeiten und Grenzen der Anordnung einer eigentumsrechtlichen Entflechtung nach Art. 7 VO 1/2003, Köln 2012. Zitiert als: Entflechtung nach Art. 7 VO 1/2003.
- Krueger, Birgit, Zusagen in Zusammenschlussfällen und Überwachung ihrer Umsetzung – Erfahrungsbericht aus der Fallpraxis, NZKart 4/2013, S. 130–134.
- Kruse, Johannes / Maturana, Simón, Unionsrechtliche Grenzen einer missbrauchsunabhängigen Entflechtung, EuZW 17/2022, S. 798–802.
- Kühling, Jürgen, 50 Jahre Monopolkommission, WuW 6/2024, S. 301–302.

- Kühling, Jürgen, Missbrauchsunabhängige Entflechtung – verfassungswidriger Kartellrechtspopulismus oder sinnvolle Ultima Ratio?, Verfassungsblog vom 24.06.2022, <https://verfassungsblog.de/missbrauchsunabhängige-entflechtung/>.
- Kühling, Jürgen / Engelbracht, Thiemo / Welsch, Johanna, Verstoßunabhängige Maßnahmen zur Verbesserung des Wettbewerbs nach einer Sektoruntersuchung – der geplante § 32f GWB als Störung des Wettbewerbsrechts?, WuW 5/2023, S. 250–256.
- Kühling, Jürgen / Gremm, Cornelia, Deutsche Bahn: Entflechtung 2.0!, Wirtschaftsdienst 11/2021, S. 878–882.
- Kühling, Jürgen / Schwerda, Gregor, Google in Washington D. C. vor Gericht – Startschuss für die Zerschlagung von Big Tech?, ZWeR 1/2025, S. 24–53.
- Künzler, Adrian / Jany, Oliver, Marktuntersuchungen als neues Instrument für Wettbewerbsbehörden?, SZK/RSDC 3/2023, S. 107–118.
- Kwoka, John / Valletti, Tommaso, Unscrambling the eggs: breaking up consummated mergers and dominant firms, 30 *Industrial and Corporate Change* 5/2021, S. 1286–1306.
- Lange, Knut Werner, Geplantes Entflechtungsgesetz vs. Europäische Fusionskontrolle, EWS 3/2010, „Die erste Seite“
- Lever, Jeremy, The Development of British Competition Law: A Complete Overhaul and Harmonization, WZB Discussion Paper, No. FS IV 99–4, Berlin 1999. Zitiert als: British Competition Law.
- Loecker, Jan De / Eeckhout, Jan / Unger, Gabriel, The Rise of Market Power and the Macroeconomic Implications, 135 *The Quarterly Journal of Economics* 2/2020, S. 561–664.
- Lua, Dorothee, Das Public Interest als landesspezifischer Leitgedanke britischer Wettbewerbsregulierung, Hamburg 1991. Zitiert als: Public Interest.
- Lübbig, Thomas, Die Kartellverordnung vom 2. November 1923 – ein Blick zurück ohne Eifer, NZKart 5/2024, S. 239–249.
- Ludwigs, Markus, Unabhängigkeit der Kartellbehörden, Art. 4 ECN+-Richtlinie, in: Bienen, Florian; Käseberg, Thorsten; Klumpe, Gerhard; Körber, Thorsten; Ost, Konrad (Hrsg.), Die 10. GWB-Novelle – Das neue Kartellrecht, München 2021, S. 117–123. Zitiert als: 10. GWB-Novelle.
- Magnin, Josianne, Wettbewerbsrecht und Entflechtung im Infrastrukturbereich, Zürich / Genf 2024. Zitiert als: Entflechtung im Infrastrukturbereich.
- Markholm, Jeff D., Brexit and Divestiture Provides New Hope for “British” Gas, 33 *Natural Gas & Electricity* 7/2017, S. 28–32.
- Marbach, Eugen / Ducrey, Patrik / Wild, Gregor (Hrsg.), Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., Bern 2017. Zitiert als: Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht.
- Martenet, Vincent / Bovet, Christian / Tercier, Pierre (Hrsg.), Droit de la concurrence – Loi sur les cartels, Loi sur la surveillance des prix, Loi sur le marché intérieur, Loi sur les entraves techniques au commerce – Commentaire Romand, 2. Aufl., Basel 2013. Zitiert als: Commentaire Romand LCart.
- Martenet, Vincent / Dubey, Jacques (Hrsg.), Constitution fédérale – Art. 81 Cst. – dispositions finales – Commentaire Romand, Basel 2021. Zitiert als: Commentaire Romand Cst.

- Martenet, Vincent / Dubey, Jacques (Hrsg.), *Constitution fédérale – Préambule – art. 80 Cst. – Commentaire Rommand*, Basel 2021. Zitiert als: *Commentaire Romand Cst.*
- Martenet, Vincent / Heinemann, Andreas, *Droit de la concurrence*, 2. Aufl., Zürich 2021. Zitiert als: *Droit de la concurrence*.
- Mercer, Helen, *Constructing a competitive order – The hidden history of British antitrust policies*, Cambridge u.a. 1995/2009. Zitiert als: *Competitive Order*.
- Metzner, Max, *Die deutsche Kartellpolitik von 1933–1945*, *WuW* 4/1954, S. 227–232.
- Mey, Paul, *Das sächsische Holzstoffkartell, D’Kart vom 02.08.2021*, <https://www.d-kart.de/blog/2021/08/02/das-saechsische-holzstoffkartell/>.
- Meyer-Sparenberg, Wolfgang / Jäckle, Christof (Hrsg.), *Beck’sches M&A-Handbuch*, 2. Aufl., München 2022. Zitiert als: *M&A-Handbuch*.
- Mohr, Jochen, *Die Interdependenz der Ordnungen als rechts- und wirtschaftsphilosophische Konzeption – Law and Economics bei Walter Eucken und Franz Böhm*, *JZ* 14/2018, S. 685–694.
- Morgan, E. Victor, *Monopolies, Mergers and Restrictive Practices: UK Competition Policy 1948–87*, Edinburgh 1987. Zitiert als: *Competition Policy*.
- Morgenstern, André, *Kartellrechtliche Entflechtung unter besonderer Berücksichtigung des regulierten Banken- und Energiesektors*, Baden-Baden 2015. Zitiert als: *Entflechtung*.
- Möschel, Wernhard, *Entflechtung kaum bedeutend*, *Wirtschaftsdienst* 2/2010, S. 72.
- Möschel, Wernhard, *Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Tübingen 1979. Zitiert als: *Entflechtungen*.
- Möschel, Wernhard, *Ist „Größe an sich“ gefährlich?*, *WuW* 3/1986, S. 189–193.
- Möschel, Wernhard, *Kartellrecht in Deutschland seit Stein-Hardenberg – Eine Reminiszenz*, *NZKart* 2/2014, S. 42–47.
- Müller, Birgit, *Entflechtung und Deregulierung – Ein methodischer Vergleich*, Berlin 2004. Zitiert als: *Entflechtung und Deregulierung*.
- Müller, Jörg Paul / Schefer, Markus, *Grundrechte in der Schweiz – Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte*, Bern 2008. Zitiert als: *Grundrechte*.
- Mundt, Andreas, *Neue Instrumente zur Beschneidung wirtschaftlicher Macht?*, in: *Orientierungen zur Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik* 123 (1/2010), Bonn 2010, S. 29–31. Zitiert als: *Orientierungen* 123.
- Mundt, Andreas, *Paradigmenwechsel in der II. GWB. Novelle? – Die Sicht der Praxis*, *NZKart* 1/2023, S. 1–3.
- Mundt, Andreas, *Verstoßunabhängige Abhilfemaßnahmen nach der II. GWB-Novelle – was ist (nicht) zu erwarten?*, *WuW* 10/2023, S. 521–522.
- Nettesheim, Martin, *Die Bekämpfung von „Störungen des Wettbewerbs“ nach § 32f GWB: Verfassungsrechtliche Einordnung und Kritik*, Berlin 2024. Zitiert als: *Verfassungsrechtliche Einordnung*.
- Nettesheim, Martin / Thomas, Stefan, *Entflechtung im deutschen Kartellrecht*, Tübingen 2011. Zitiert als: *Entflechtung*.

- Oehler, Wolfgang, Entflechtung und Kontrahierungszwang – Methoden und Erfahrungen im amerikanischen Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Baden-Baden 1976. Zitiert als: Entflechtung.
- Oesch, Matthias, Schweiz – Europäische Union: Grundlagen, Bilaterale Abkommen, Autonomer Nachvollzug, 2. Aufl., Zürich 2025. Zitiert als: Schweiz – EU.
- Olten, Rainer, Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik, 2. Aufl., München 1998/2018. Zitiert als: Wettbewerbstheorie.
- Oswalt, Walter, Vor hundert Jahren wurde Walter Eucken geboren: Gegen die Macht der Monopole, Die Zeit vom 18.01.1991, <https://www.zeit.de/1991/04/gegen-die-mach-t-der-monopole>.
- Paal, Boris / Kieß, Fabian, Ausweitung von Sektoruntersuchungen durch § 32f GWB-E: Gebotene Komplettierung oder Paradigmenwechsel?, NZKart 12/2022, S. 678–684.
- Piétron, Dominik, Das strukturelle Kartellrecht – Zeit für ein Comeback?, in: Kirk, Alexander; Offergeld, Philipp; Rohner, Tristan (Hrsg.), Kartellrecht in der Zeitenwende – Auf dem Weg zur 11. und 12. GWB-Novelle, Baden-Baden 2023, S. 253–261. Zitiert als: Kartellrecht in der Zeitenwende.
- Podszun, Rupprecht, Die Wettbewerbsordnung in der „Zeitenwende“ – Bemerkungen zum ordoliberalen Anspruch der Wettbewerbspolitischen Agenda 2023, in: Kirk, Alexander; Offergeld, Philipp; Rohner, Tristan (Hrsg.), Kartellrecht in der Zeitenwende – Auf dem Weg zur 11. und 12. GWB-Novelle, Baden-Baden 2023, S. 147–172. Zitiert als: Kartellrecht in der Zeitenwende.
- Podszun, Rupprecht (Hrsg.), Digital Markets Act – Gesetz über digitale Märkte, Baden-Baden 2023. Zitiert als: DMA.
- Posner, Richard A., Antitrust Law, 2. Aufl., Chicago / London 2001. Zitiert als: Antitrust Law.
- Posner, Richard A., The Chicago School of Antitrust Analysis, 127 University of Pennsylvania Law Review 4/1979, S. 925–948.
- Prais, Sigbert J., The Evolution of Giant Firms in Britain – A Study of the Growth of Concentration in Manufacturing Industry in Britain 1909–70, Cambridge u.a. 1976. Zitiert als: Giant Firms.
- Purrucker, Stefan, Probleme der Durchführung der Fusionskontrolle nach dem 2. Gesetz zur Änderung des GWB bei vollzogenen Unternehmenszusammenschlüssen in rechtsvergleichender Sicht – Die Entflechtung als Maßnahme gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kiel 1974. Zitiert als: Entflechtung als Maßnahme gegen Wettbewerbsbeschränkungen.
- Quaas, Friedrun, Der spezifische Liberalismus von Hayek im Spektrum des Neoliberalismus – Working Paper, No. 158, Leipzig 2019. Zitiert als: Liberalismus von Hayek.
- Rachwol, Jakob, Kartellrechtliche Zusageentscheidungen nach Art. 9 Verordnung Nr. 1/2003, Baden-Baden 2010. Zitiert als: Zusageentscheidungen.
- Rasbach, Winfried, Unbundling-Regulierung in der Energiewirtschaft – gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und deren Umsetzung in die deutsche Energierechtsordnung, München 2009. Zitiert als: Unbundling-Regulierung.

- Rayment, Ben, The Consistency Principle: Section 60 of the Competition Act 1998, in: Rodger, Barry (Hrsg.), Ten Years of UK Competition Law Reform, Dundee 2010, S. 81–96. Zitiert als: UK Competition Law Reform.
- Rhinow, René, § 35 Wirtschafts- und Eigentumsverfassung, in: Thürer, Daniel; Aubert, Jean-François; Müller, Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel suisse, Zürich 2001, S. 565–577. Zitiert als: Verfassungsrecht.
- Rhinow, René / Biaggini, Giovanni, Verfassungsrechtliche Aspekte der Kartellgesetzrevision, in: Zäch, Roger; Zweifel, Peter (Hrsg.), Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform, St. Gallen 1995, S. 93–144. Zitiert als: Kartellrechtsreform.
- Riesenkampff, Alexander, Vom Wettbewerbsschutz zum Verbraucherschutz?, in: Bechtold, Stefan; Jickeli, Joachim; Rohe, Matthias (Hrsg.), Recht, Ordnung und Wettbewerb – Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel, Baden-Baden 2011, S. 489–501. Zitiert als: FS Möschel.
- Rittner, Fritz, Einführung in das Wettbewerbs- und Kartellrecht, 2. Aufl., Heidelberg 1985. Zitiert als: Wettbewerbs- und Kartellrecht.
- Robert, Rüdiger, Konzentrationspolitik in der Bundesrepublik – Das Beispiel der Entstehung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Berlin 1976. Zitiert als: Konzentrationspolitik.
- Rohner, Tristan, Die 11. GWB-Novelle – Überblick und offene Fragen, WuW 7–8/2023, S. 386–389.
- Rohner, Tristan, Entflechtung von Digitalunternehmen nach § 32f GWB – Neue Eingriffsinstrumente des BKartA nach der 11. GWB-Novelle, in: Becker, Björn Christian (Hrsg.), Wettbewerb auf digitalen Märkten, Baden-Baden 2024, S. 235–262. Zitiert als: Digitale Märkte.
- Rohner, Tristan, Kartellrecht mit Klauen, Verfassungsblog vom 04.10.2022, <https://verfassungsblog.de/kartellrecht-mit-klauen/>.
- Roth, Wulf-Henning, Entflechtung marktbeherrschender Unternehmen und Schranken des Unionsrechts – Eine Skizze, in: Bechtold, Stefan; Jickeli, Joachim; Rohe, Matthias (Hrsg.), Recht, Ordnung und Wettbewerb – Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel, Baden-Baden 2011, S. 503–524. Zitiert als: FS Möschel.
- Rowley, Charles K., Mergers and Public Policy in Great Britain, 11 The Journal of Law & Economics 1/1968, S. 75–132.
- Ruffner, Markus, Wettbewerbstheoretische Grundlagen der Kartellgesetzrevision, in: Zäch, Roger; Zweifel, Peter (Hrsg.), Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform, St. Gallen 1995, S. 145–251. Zitiert als: Kartellrechtsreform.
- Säcker, Franz Jürgen / Bien, Florian / Meier-Beck, Peter / Montag, Frank (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 1/1 – Europäisches Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., München 2023. Zitiert als: MüKo WettbR Bd. 1/1.
- Säcker, Franz Jürgen / Meier-Beck, Peter (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 2 – Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), 4. Aufl., München 2022. Zitiert als: MüKo WettbR Bd. 2.
- Satzky, Horst, Novellierung des GWB: Entflechtung von Großkonzernen?, WuW 6/2010, S. 614–626.

- Savigny, Friedrich Carl von, System des heutigen Römischen Rechts – Dritter Band, Berlin 1840. Zitiert als: Römisches Recht III.
- Schips, Bernd, La nouvelle loi fédérale sur les cartels du point de vue de la théorie économique de la concurrence, in: Knapp, Blaise; Oberson, Xavier (Hrsg.), Problèmes actuels de droit économique – Mélanges en l'honneur du Professeur Charles-André Junod, Basel / Frankfurt a. M. 1997, S. 389–395. Zitiert als: Mélanges Junod.
- Schlichter, Bernhard, Die Beseitigung von Konzentration in der Wirtschaft durch Unternehmensentflechtungen als Verfassungsfrage, Münster 1983. Zitiert als: Unternehmensentflechtungen als Verfassungsfrage.
- Schluep, Walter R., Entwicklungslinien des schweizerischen Kartellrechts, AJP/PJA 7/1996, S. 795–810.
- Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht – Eine interdisziplinäre Einführung, 7. Aufl., Stuttgart 2001. Zitiert als: Wettbewerbspolitik (7. A.).
- Schmidt, Ingo / Haucap, Justus, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht – Eine interdisziplinäre Einführung, 10. Aufl., München 2013. Zitiert als: Wettbewerbspolitik.
- Schnegelsberg, Jürg, Das schweizerische Kartellgesetz – Entstehungsgeschichte, Grundprinzipien und Inhalt, Köln u.a. 1964. Zitiert als: Kartellgesetz.
- Schoch, Friedrich / Schneider, Jens-Peter (Hrsg.), Verwaltungsrecht – VwVfG, Kommentar, 6. EL, München 2024. Zitiert als: Verwaltungsrecht.
- Scholz, Rupert, Entflechtung und Verfassung, Baden-Baden 1981. Zitiert als: Entflechtung und Verfassung.
- Schott, Markus, Staat und Wettbewerb – Der Schutz des institutionellen und des wirtschaftlichen Wettbewerbs vor staatlichen Beeinträchtigungen in der Schweiz und in der Europäischen Union, Zürich u.a. 2010. Zitiert als: Staat und Wettbewerb.
- Schreiter, Florian von / Sura, Martin, Der RefE zur 11. GWB-Novelle – „Kartellrecht mit Klauen und Zähnen“?, DB 46/2022, S. 2715–2723.
- Schreiter, Florian von / Sura, Martin, Der RegE zur 11. GWB-Novelle – die größte Reform des Wettbewerbsrechts seit Ludwig Erhard?, DB 21/2023, S. 1268–1274.
- Schulte-Braucks, Reinhard, Die Auflösung marktbeherrschender Stellungen – Eine rechtsvergleichende Untersuchung des Problems der Marktmacht mit einer Fallstudie über die amerikanische Computerindustrie, Baden-Baden 1980. Zitiert als: Auflösung marktbeherrschender Stellungen.
- Schumacher, Harald, Die Entflechtung von Großunternehmen, Wirtschaftsdienst 12/1977, S. 619–624.
- Schumpeter, Joseph Alois, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, 10. Aufl., Tübingen 2020. Zitiert als: Kapitalismus.
- Schwalbe, Ulrich, Über den Umgang mit Internetkonzernen – Modernisierte Missbrauchsaufsicht, Entflechtung oder Regulierung?, in: Klose, Tobias; Klusmann, Martin; Thomas, Stefan (Hrsg.), Das Unternehmen in der Wettbewerbsordnung – Festschrift für Gerhard Wiedemann zum 70. Geburtstag, München 2020, S. 389–406. Zitiert als: FS Wiedemann.

- Scott, Andrew, *The Evolution of Competition Law and Policy in the United Kingdom*, in: Mehta, Pradeep S. (Hrsg.), *Evolution of Competition Laws and their Enforcement – A political economy perspective*, London / New York 2012, S. 189–213. Zitiert als: *Evolution of Competition Laws*.
- Seitz, Natalie, *Common Ownership im Wettbewerbsrecht*, Baden-Baden 2020. Zitiert als: *Common Ownership*.
- Selmer, Peter, *Unternehmensentflechtung und Grundgesetz*, Köln 1981. Zitiert als: *Unternehmensentflechtung*.
- Shaw, Richard / Simpson, Paul, *The Monopolies Commission and the Market Process – An Examination of the Effectiveness of Public Policy in Selected UK Industries*, London 1989. Zitiert als: *Monopolies Commission and Market Process*.
- Slot, Piet Jan / Farley, Martin, *An Introduction to Competition Law*, 2. Aufl., Oxford / Portland 2017. Zitiert als: *Competition Law*.
- Smith, Adam, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, New York 1776/1902. Zitiert als: *The Wealth of Nations*.
- Sodan, Helge (Hrsg.), *Beck'sche Kompakt-Kommentare – Grundgesetz*, München 2024. Zitiert als: *KK GG*.
- Spinner, Bruno / Maritz, Daniel, *EG-Kompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Vom autonomen zum systematischen Nachvollzug*, in: Forstmoser, Peter; von der Crone, Hans Caspar; Weber, Rolf H.; Zobl, Dieter (Hrsg.), *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz – Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag*, Zürich 1999, S. 127–138. Zitiert als: *FS Zäch*.
- Stäuber, Richard / Thomann, David, *Teilrevision des Schweizer Kartellgesetzes – Der bundesrätliche Entwurf im Kaleidoskop kartellrechtlicher Prinzipien*, SZK/RSDC 3/2023, S. 139–149.
- Steffen, Gerd-Rüdiger, *Die Unternehmensentflechtung im Spannungsfeld zwischen Wettbewerb und effizienten Unternehmensgrößen*, Düsseldorf 1981. Zitiert als: *Unternehmensentflechtung*.
- Stigler, George J., *Memoirs of an Unregulated Economist*, New York 1988. Zitiert als: *Memoirs*.
- Stigler, George J., *Mergers and Preventive Antitrust Policy*, 104 *University of Pennsylvania Law Review* 2/1955, S. 176–184.
- Stoffel, Walter, *Das revidierte Wettbewerbsgesetz: Grundzüge und Einführung des neuen Rechts – Die Tragweite des zweiten Paradigmawechsels innerhalb von zehn Jahren – La Loi sur la concurrence révisée: fondements et introduction du nouveau droit – La portée de la deuxième réorientation fondamentale en dix ans*, in: Stoffel, Walter; Zäch, Roger (Hrsg.), *Kartellgesetzrevision 2003*, Zürich u.a. 2004, S. 1–21. Zitiert als: *Kartellgesetzrevision*.

- Stoffel, Walter, Wirtschaftsfreiheit oder Kartellfreiheit? Der Wandel eines Begriffs im Spiegel der schweizerischen Kartellrechtsrevisionen, in: Hänni, Peter (Hrsg.), Mensch und Staat / L'homme et L'Etat – Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Thomas Fleiner zum 65. Geburtstag / Mélanges offerts par la Faculté de droit de l'Université de Fribourg pour Thomas Fleiner à l'occasion de son 65e anniversaire, Freiburg Schweiz 2003, S. 673–688. Zitiert als: FS Fleiner.
- Stratmann, Severin, § 32f GWB in der Kritik – Sind die Bedenken gerechtfertigt?, NZKart 10/2023, S. 532–537.
- Sturny, Monique, Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Kartellrecht – Historische Entwicklung und Analyse, Bern 2014. Zitiert als: Einfluss des EU-Rechts.
- Suchsland, Ulrike / Schröder, Peter, II. GWB-Novelle: Rechtskonform und verfassungsgerecht?, NZKart 6/2023, S. 300–301.
- Sutherland, Alister, The Monopolies Commission in Action, London 1969. Zitiert als: Monopolies Commission in Action.
- Tanner, Anne-Cathrine, Ein Kartellgesetz der Wirtschaft, in: Schneider, Henrike; Kellerhals, Andreas (Hrsg.), 25 Jahre Kartellgesetz – ein kritischer Ausblick, Zürich 2022, S. 113–134. Zitiert als: 25 Jahre Kartellgesetz.
- Tercier, Pierre, Du droit des cartels au droit de la concurrence, ZSR/RDS 1/1993, S. 399–417.
- Thomas, Stefan, De-merger Regimes in Europe. Are national deconcentration powers an appropriate tool for enhancing competition in the EU?, JECLAP 3/2011, S. 201–216.
- Thomas, Stefan, Rechtliche und wettbewerbspolitische Bewertung des § 32f RefE II. GWB-Novelle, ZWeR 4/2022, S. 333–354.
- Thomas, Stefan / Inderst, Roman, § 32f RefE-GWB: Ein Wirtschaftsgesetz ohne hinreichende ökonomische Grundlage, NZKart 12/2022, S. 657–659.
- Turner, Donald F., The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal, 75 Harvard Law Review 4/1962, S. 655–706.
- Voell, Sebastian, Entflechtungen als Abhilfemaßnahmen im europäischen und deutschen Missbrauchsrecht, Berlin 2014. Zitiert als: Entflechtungen.
- Voges, Paul, Die Entflechtungsregelung der II. GWB-Novelle – Qualität braucht Zeit, in: Kirk, Alexander; Offergeld, Philipp; Rohner, Tristan (Hrsg.), Kartellrecht in der Zeitenwende – Auf dem Weg zur II. und 12. GWB-Novelle, Baden-Baden 2023, S. 59–78. Zitiert als: Kartellrecht in der Zeitenwende.
- Voges, Paul, Die unmittelbare Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips durch verstoßunabhängige Abhilfemaßnahmen – Eine Analyse des § 32f GWB mit Fokus auf der Entflechtung nach § 32f Abs. 4 GWB, Baden-Baden 2025. Zitiert als: Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips.
- Vofskuhle, Andreas, Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes, JuS 2/2007, S. 118–119.
- Vu Ngoc, Duy, Entflechtungen nach Art. 7 Abs. 1 VO Nr. 1 / 2003, Regensburg 2007. Zitiert als: Entflechtungen.

- Wagner-von Papp, Florian, § 32f GWB-RefE: Lehren aus dem UK, WuW 12/2022, S. 642–650.
- Wagner-von Papp, Florian, Die 11. GWB-Novelle: Geht es Oligopolen an den Kragen?, NZKart 11/2022, S. 605–607.
- Wagner-von Papp, Florian, Entflechtung, legislative Zwischenregelungen und personelle Verflechtungen, in: Bechtold, Stefan; Jickeli, Joachim; Rohe, Matthias (Hrsg.), Recht, Ordnung und Wettbewerb – Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel, Baden-Baden 2011, S. 691–719. Zitiert als: FS Möschel.
- Wagner-von Papp, Florian, The Goals of Competition Law: Is “Consumer Welfare” Really Better Defined Than “Competition as Such”?, in: Tritell, Randy; Crane, Daniel; Gérard, Damien (Hrsg.), Why competition? Voices from the antitrust community and beyond, New York 2024, S. 77–94. Zitiert als: Why competition?
- Wagner-von Papp, Florian, Habemus Regierungsentwurf 11. GWB-Novelle, WuW 6/2023, S. 301–302.
- Wagner-von Papp, Florian, Sektoruntersuchung und Störung des Wettbewerbs, in: Kirk, Alexander; Offergeld, Philipp; Rohner, Tristan (Hrsg.), Kartellrecht in der Zeitenwende – Auf dem Weg zur 11. und 12. GWB-Novelle, Baden-Baden 2023, S. 33–57. Zitiert als: Kartellrecht in der Zeitenwende.
- Wagner-von Papp, Florian, Who Should Mind or Mend the Gap between Articles 101 and 102 TFEU?—National Experiments and Twenty Years of Article 3 Regulation (EC) 1/2003, JECLAP 8/2023, S. 459–474.
- Waldmann, Bernhard / Belsler, Eva Maria / Epiney, Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015. Zitiert als: BSK BV.
- Walshe, J. G., Industrial Organization and Competition Policy, in: Crafts, Nicholas F. R.; Woodward, Nicholas W. C. (Hrsg.), The British economy since 1945, Oxford 1991, S. 335–380. Zitiert als: British Economy.
- Wambach, Achim / Weche, John, Gefährden institutionelle Anleger den Wettbewerb?, Wirtschaftsdienst 12/2016, S. 900–904.
- Wambach, Achim / Weche, John, Hat Deutschland ein Marktmachtproblem?, Wirtschaftsdienst 11/2018, S. 791–798.
- Weber, Rolf H. / Volz, Stephanie, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht – Expertenwissen für die Praxis, 2. Aufl., Zürich 2023. Zitiert als: Wettbewerbsrecht.
- Weck, Thomas, DMA-Torwächter und § 32 f GWB, NZKart 8/2023, S. 392–396.
- Weiß, Wolfgang, Das Konzept der Wettbewerbsverzerrung in der Drittstaatensubventionsverordnung, NZKart 3/2025, S. 108–115.
- Weizsäcker, Carl Christian von, Staatliche Regulierung — positive und normative Theorie, SJES 3/1982, S. 325–343.
- Whish, Richard / Bailey, David, Competition Law, 10. Aufl., Oxford 2021. Zitiert als: Competition Law (10. A.).
- Whish, Richard / Bailey, David, Competition Law, 11. Aufl., Oxford 2024. Zitiert als: Competition Law.
- Whish, Richard / Sufrin, Brenda, Competition Law, 3. Aufl., London / Edinburgh 1993. Zitiert als: Competition Law (3. A.).

- Wiedemann, Gerhard (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl., München 2020. Zitiert als: HdB KartR.
- Wilhelmi, Rüdiger, Strukturelle Abhilfemaßnahmen bis hin zu Entflechtungen von Unternehmen bei Verstößen gegen das Kartell- oder Missbrauchsrecht, in: Bien, Florian (Hrsg.), Das deutsche Kartellrecht nach der 8. GWB-Novelle, Baden-Baden 2013, S. 347–373. Zitiert als: 8. GWB-Novelle.
- Wilks, Stephen, In the public interest – Competition policy and the Monopolies and Mergers Commission, Manchester / New York 1999. Zitiert als: Public Interest.
- Willimsky, Sonya Margaret, The concept(s) of competition, ECLR 1/1997, S. 54–57.
- Yarrow, George, MMC: Retrospect and Prospect, in: Beesley, Michael E. (Hrsg.), Regulating Utilities: A New Era?, London 1999, S. 21–41. Zitiert als: Regulating Utilities.
- Zäch, Roger, Entflechtungsmaßnahmen im Wettbewerbsrecht – eine kritische Beurteilung, in: Wettbewerbspolitik und Kartellrecht in der Marktwirtschaft, 50 Jahre FIW: 1960–2010, Festschrift, Köln 2010, S. 275–284. Zitiert als: FS FIW.
- Zäch, Roger, Gefährdung des wirtschaftlichen Wohlstands durch ergebnisorientierte Wirtschaftsordnung, WuW 2/2010, S. 139.
- Zäch, Roger, Schweizerisches Wettbewerbsrecht wohin?, AJP/PJA 7/1992, S. 857–866.
- Zäch, Roger, Was bezweckt das schweizerische Kartellgesetz – die Gewährleistung von Wettbewerb oder von Konsumentenwohlfahrt?, in: Möschel, Wernhard (Hrsg.), 50 Jahre Wettbewerbsgesetz in Deutschland und in Europa, Baden-Baden 2010, S. 37–59. Zitiert als: 50 Jahre Wettbewerbsgesetz.
- Zäch, Roger / Arnet, Ruth / Baldi, Marino / Kiener, Regina / Schaller, Olivier / Schraner, Felix / Spühler, Adrian (Hrsg.), Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG) – Kommentar, Zürich 2018. Zitiert als: DIKE-KG.
- Zäch, Roger / Heizmann, Reto, Die Anordnung von Entflechtungen im schweizerischen Kartellrecht – ein Überblick, in: Rüssli, Markus; Hänni, Julia; Häggi Furrer, Reto (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen: Festschrift für Tobias Jaag, Zürich 2012, S. 565–578. Zitiert als: FS Jaag.
- Zäch, Roger / Heizmann, Reto, Schweizerisches Kartellrecht, 3. Aufl., Bern 2023. Zitiert als: Schweizerisches Kartellrecht.
- Zimmer, Daniel, Missbrauchsunabhängige Entflechtung in der Wettbewerbspolitischen Agenda des BMWK, in: Kirk, Alexander; Offergeld, Philipp; Rohner, Tristan (Hrsg.), Kartellrecht in der Zeitenwende – Auf dem Weg zur 11. und 12. GWB-Novelle, Baden-Baden 2023, S. 287–292. Zitiert als: Kartellrecht in der Zeitenwende.
- Zohlhöfer, Werner, Wettbewerb, Marktmacht und Marktbeherrschung, Wirtschaftsdienst 8/1974, S. 420–424.

Amtliche Dokumente

- BKartA, Ad-hoc Sektoruntersuchung Raffinerien und Kraftstoffgroßhandel – Zwischenbericht, Bonn 2022. Zitiert als: Sektoruntersuchung Raffinerien/Kraftstoffgroßhandel I.
- BKartA, Entflechtung als Instrument des Kartellrechts – Neue Instrumente im GWB? Hintergrundpapier, Bonn 2010. Zitiert als: Entflechtung.
- BKartA, Entflechtung von Gemeinschaftsunternehmen im Bereich Walzasphalt – Bericht zu den Verfahren B 1-100/12 nach der Sektoruntersuchung Walzasphalt, Bonn 2015. Zitiert als: Bericht Walzasphalt-Entflechtungen.
- BKartA, Leitfaden – Zusagen in der Fusionskontrolle, Bonn 2017. Zitiert als: Zusagen in der Fusionskontrolle.
- BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe – Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, Mai 2011, Bonn 2011. Zitiert als: Sektoruntersuchung Kraftstoffe.
- BKartA, Sektoruntersuchung Raffinerien und Kraftstoffgroßhandel – Abschlussbericht, Februar 2025, Bonn 2025. Zitiert als: Sektoruntersuchung Raffinerien/Kraftstoffgroßhandel II.
- BMWi, Entwurf zu einem Gesetz zur Sicherung des Leistungswettbewerbs und zu einem Gesetz über das Monopolamt mit Stellungnahme des Sachverständigen-Ausschusses und Minderheitsgutachten, Frankfurt a. M. 1949. Zitiert als: Josten-Entwurf.
- Bundestag, Kartellrechtliche Zerschlagungen/Entflechtungen in den Mitgliedstaaten der OECD, Sachstand, WD 7 – 3000 – 131/16, Berlin 2016. Zitiert als: Kartellrechtliche Zerschlagungen.
- CC, Aggregates, cement and ready-mix concrete market investigation – Final report, London 2014. Zitiert als: Aggregates Report.
- CC, BAA airports market investigation: A report on the supply of airport services by BAA in the UK, London 2009. Zitiert als: BAA Report.
- CC, Guidelines for market investigations: Their role, procedures, assessment and remedies (CC3 Revised), London 2013. Zitiert als: CC3 Revised.
- CMA, BAA airports: Evaluation of the Competition Commission's 2009 market investigation remedies, London 2016. Zitiert als: BAA Evaluation.
- CMA, CMA rules of procedure for merger, market and special reference groups (CMA17) – 2 January 2025, London 2025. Zitiert als: CMA17.
- CMA, Guidance on the CMA's investigation procedures in Competition Act 1998 cases (CMA8), London 2022. Zitiert als: CMA8.
- CMA, Market Studies and Market Investigations: Supplemental guidance on the CMA's approach (CMA3), London 2017. Zitiert als: CMA3.
- CMA, Online platforms and digital advertising – Market study final report, London 2020. Zitiert als: Online Platforms Report.

- CMA, Private healthcare market investigation – Final report, CMA25, London 2014. Zitiert als: CMA25.
- CMA, Private healthcare remittal – Final report, London 2016. Zitiert als: Private Healthcare Remittal Report.
- CMA, Statutory audit services market study – Final report, London 2019. Zitiert als: Audit Services Report.
- HC, Trade and Industry Committee, Session 2004–05, Second Report, 2004. Zitiert als: Pubco Report.
- HMSO, Artificial Lower Limbs – A report on the supply of artificial lower limbs in the United Kingdom (Cm 594), London 1989. Zitiert als: Cm 594.
- HMSO, Gas – Volume 1 of reports under the Fair Trading Act 1973 on the supply within Great Britain of gas through pipes to tariff and non-tariff customers, and the supply within Great Britain of the conveyance or storage of gas by public gas suppliers (Cm 2314), London 1993. Zitiert als: Cm 2314.
- HMSO, A Review of Monopolies and Mergers Policy – A Consultative Document. Presented to Parliament by the Secretary of State for Prices and Consumer Protection by Command of Her Majesty (Cmnd. 7198), London 1978. Zitiert als: Cmnd. 7198.
- HMSO, A Review of Restrictive Trade Practices Policy – A Consultative Document. Presented to Parliament by the Secretary of State for Prices and Consumer Protection by Command of Her Majesty (Cmnd. 7512), London 1979. Zitiert als: Cmnd. 7512.
- HMSO, Roadside Advertising Services – A Report on the Supply in the United Kingdom of Roadside Advertising Services (HCP 365), London 1981. Zitiert als: HCP 365.
- HMSO, The Supply of Beer – A report on the supply of beer for retail sale in the United Kingdom (Cm 651), London 1989. Zitiert als: Cm 651.
- KOM, An Economic Evaluation of the EC’s Proposed “New Competition Tool” (Gregory S. Crawford, Patrick Rey and Monika Schnitzer), Luxemburg 2020. Zitiert als: *Crawford/Rey/Schnitzer-Bericht*.
- KOM, The future of European competitiveness – Part B | In-depth analysis and recommendations, Brüssel 2024. Zitiert als: *Draghi-Bericht*.
- KOM, Inception Impact Assessment on a New Competition Tool, Document Ares(2020)2877634, Brüssel 2020. Zitiert als: NCT Impact Assessment.
- KOM, Intervention triggers and underlying theories of harm: Expert advice for the impact assessment of a new competition tool, Expert study, prepared by Prof. Massimo Motta / Prof. Martin Peitz, Brüssel 2020. Zitiert als: *Motta/Peitz-Bericht*.
- KOM, New Competition Tool: Legal Comparative Study of Existing Competition Tools Aimed at Addressing Structural Competition Problems with a Particular Focus on the UK’s Market, Expert study, prepared by Prof. Richard Whish, Brüssel 2020. Zitiert als: *Whish-Bericht*.
- KOM, Protecting competition in a changing world – Evidence on the evolution of competition in the EU during the past 25 years, Brüssel 2024. Zitiert als: Protecting competition.

- KOM, Untersuchung der europäischen Gas- und Elektrizitätssektoren gemäß Artikel 17 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (Abschlußbericht), KOM(2006) 851 endgültig, Brüssel 2006. Zitiert als: Sektoruntersuchung Gas und Elektrizität.
- Monopolkommission, Hauptgutachten 1973/1975 – Mehr Wettbewerb ist möglich, Baden-Baden 1976. Zitiert als: Hauptgutachten I.
- Monopolkommission, Hauptgutachten III – Fusionskontrolle bleibt vorrangig, Baden-Baden 1980. Zitiert als: Hauptgutachten III.
- Monopolkommission, Hauptgutachten XXIV – Wettbewerb 2022, Bonn 2022. Zitiert als: Hauptgutachten XXIV.
- Monopolkommission, Hauptgutachten XXV – Wettbewerb 2024, Bonn 2024. Zitiert als: Hauptgutachten XXV.
- Monopolkommission, Sondergutachten 58 – Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, Bonn 2010. Zitiert als: Sondergutachten 58.
- OFT, Competition law application and enforcement (OFT407), 2004. Zitiert als: OFT407.
- OFT, Market investigation references, Guidance about the making of references under Part 4 of the Enterprise Act (OFT511), London 2006. Zitiert als: OFT511.
- OFT, Market studies – Guidance on the OFT approach (OFT519), London 2010. Zitiert als: OFT519.
- OFT, Super-complaints – Guidance for designated consumer bodies (OFT514), London 2003. Zitiert als: OFT514.
- OFWAT, Decision to accept binding commitments from Severn Trent PLC, Severn Trent Water Limited and Severn Trent Laboratories Limited, Birmingham 2013. Zitiert als: Severn Trent Decision.
- Preisbildungskommission, Kartell und Wettbewerb in der Schweiz – 31. Veröffentlichung der Preisbildungskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements, Bern 1957. Zitiert als: Kartell und Wettbewerb.
- TSO, A World Class Competition Regime (Cm. 5233), London 2001. Zitiert als: Cm. 5233.
- WEKO, Stellungnahme der WEKO gemäss Artikel 10 Abs. 3 KG und Empfehlungen gemäss Artikel 45 Abs. 2 KG vom 25. September 2023 in Sachen Zusammenschluss 41–1034 gemäss Art. 32 und 33 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen betreffend UBS Group AG/Credit Suisse Group AG, Bern 2023. Zitiert als: Stellungnahme UBS/CS.

