

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: *Körper/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 vorzugswürdig. 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 vorzugswürdig. 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 vorzugswürdig 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 Genehmigungsverbehalt 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 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. 611

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. 612

Soweit sich § 32f Abs. 4 GWB trotz dieser Hürden als praktikable Norm erweist,¹¹⁹⁴ ist der restriktivere deutsche Ansatz vorzugswürdig, da er die widerstreitenden Interessen der betroffenen Unternehmen und des Staates besser in Einklang bringt. 613

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.

