

Teil 2: Missbrauchsunabhängige Entflechtung in Deutschland

Im folgenden Teil 2 der Arbeit wird die missbrauchsunabhängige Entflechtung 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. 160

A. Machtkonzentration und Entflechtung als Gegenstand deutscher Wettbewerbspolitik

Der nachfolgende Abschnitt stellt die wettbewerbspolitische Debatte um 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: 161

- 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 wirklichen Wettbewerbs, weshalb sie nur bedingt als Referenz für eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz im heutigen Wettbewerbsrecht herangezogen werden können. Ihr vorrangiges Ziel war die Friedenssicherung in Europa durch die Schwächung der stark zentralisierten deutschen Wirtschaft.³⁴⁶ Dies folgt etwa aus den Erwägungsgründen zu den Allgemeinen 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 Filmindustrie 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- 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 Böhm, 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/Pohlmann/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: *BMWi*, *Josten*-Entwurf, S. 9 ff.

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

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

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

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

402 *BMWi*, *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 Rechtsfolgenreise 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: *Sauer mann/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: *Sauer mann/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 grundsätzlich 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

221

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 wettbewerbschädlicher 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 Mindest Erlös 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 hervorhoben. 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 Vorfelddwirkungen 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, 292 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 Instruktiv 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) Rückerberverbot

Gem. § 32f Abs. 4 S. 12 GWB besteht ein fünfjähriges Rückerberverbot 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 Rückerber 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 Rückerberverbot 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 gewährleisten.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 milderes, 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.

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 Verhaltensaufgaben 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.

324

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 Rechtsetzungskompetenz 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. 332

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 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. 333

Die Reichweite von Art. 3 Abs. 1 lit. b) AEUV ist umstritten.⁷¹⁷ So wird 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.“⁷¹⁹ 334

Nach der letztgenannten Auffassung wäre der „Erlass eines Parallelwettbewerbsrechts“⁷²⁰ mit anderen Zielen als dem Unionsrecht – namentlich 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- 335

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 gesetzliche 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 *Körper*, 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 Marktmachtsachverhalt darstellen.⁸¹⁰

Bei der Anwendung von § 32f GWB auf reine Marktmachtsachverhalte 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 Marktmacht 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 Marktmachtmissbrauchs 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 Marktmacht 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 Marktmacht 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. III 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). 404

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. 405

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. 406

Die Diskussion um die Einführung einer (missbrauchsunabhängigen) Entflechtungskompetenz versiegte in der Folge weitgehend (Rn. 223 ff.). 407

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

