

Teil 1: Einführung und Grundlagen

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

A. Einführung

Im Rahmen der Einführung wird aufbauend auf den Abschnitten Forschungsfragen (I.) und Methodik (II.) der Gang der vorliegenden Untersuchung (III.) dargestellt. 11

I. Forschungsfragen

Das Dissertationsprojekt soll insbesondere die folgenden Forschungsfragen 12
erörtern:

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

A. Einführung

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

II. Methodik

- 13 In methodischer Hinsicht erfolgt die Annäherung an die genannten Forschungsfragen anhand eines trinationalen Rechtsvergleichs des deutschen, britischen und schweizerischen Rechts *de lege lata* und *de lege ferenda*:
- 14 In Deutschland wurde dem Bundeskartellamt im Jahr 2023 mit der 11. GWB-Novelle eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz verliehen (§ 32f Abs. 4 GWB). Das Bundeskartellamt kann nunmehr im Anschluss an eine Sektoruntersuchung verschiedene Maßnahmen ergreifen und als *ultima ratio* die eigentumsrechtliche Entflechtung in Form der Veräußerung von Unternehmensanteilen oder Vermögen anordnen. Voraussetzung hierfür ist primär eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs. Ein Rechtsverstoß durch das Unternehmen ist nicht erforderlich.
- 15 Zur Rechtfertigung der 11. GWB-Novelle von 2023 berief sich der deutsche Gesetzgeber insbesondere auf das britische Marktuntersuchungsinstrument gem. Part IV Enterprise Act 2002 und die bisherige Praxis der britischen CMA bzw. ihrer Vorgänger,²⁷ was Anlass dazu gibt, diese in die Untersuchung einzubeziehen. Dabei bringt die Untersuchung des britischen Rechts den Vorteil mit sich, dass dort bereits mehrfach missbrauchsunabhängige Entflechtungen erfolgt und somit Rückschlüsse auf ihre Wirksamkeit möglich sind.

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

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

III. Gang der Untersuchung

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

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

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

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

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

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

B. Begriffsbestimmung: „missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz“

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

I. Typisierung von Entflechtungen

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

1. Eigentumsrechtliche und organisatorische Entflechtungen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

37 *Möschel*, Entflechtungen, S. 3.

2. Horizontale, vertikale und diagonale Entflechtungen

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

3. Gesellschaftsrechtliche Gestaltung von Entflechtungen

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

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

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

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

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

41 Voell, Entflechtungen, S. 28.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Bestehende wettbewerbsrechtliche Entflechtungskompetenzen

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

1. Bestehende Entflechtungskompetenzen in Deutschland

Im deutschen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) bestan- 33
den vor der Einführung des im Rahmen dieser Arbeit (dazu sogleich
unter c) sowie ausführlich unten Rn. 240 ff.) näher zu untersuchenden
§ 32f Abs. 4 GWB im Jahr 2023 Entflechtungskompetenzen des Bundeskar-
tellamts⁵⁰ im Zusammenhang mit Fusionskontrollverfahren (a) und als
Abhilfemaßnahmen bei Kartellrechtsverstößen (b).

a) Entflechtungen im Zusammenhang mit Fusionskontrollverfahren

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

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

51 „§ 41 Vollzugsverbot; Entflechtung“.

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

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

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

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

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

b) Entflechtungen als Abhilfemaßnahmen bei Kartellrechtsverstößen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

c) Missbrauchsunabhängige Entflechtungen infolge einer Sektoruntersuchung

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

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

66 Grundlegend dazu: *Rachwol*, Zusageentscheidungen.

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

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

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

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

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

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

2. Bestehende Entflechtungskompetenzen im Vereinigten Königreich

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

a) Entflechtungen im Zusammenhang mit Fusionskontrollverfahren und infolge einer Marktuntersuchung

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

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

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

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

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

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

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

b) Entflechtungen als Abhilfemaßnahmen bei Kartellrechtsverstößen?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Bestehende Entflechtungskompetenzen in der Schweiz

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

a) Entflechtungen im Zusammenhang mit Fusionskontrollverfahren

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

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

85 *Böni*, sic! 2012, S. 79.

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

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

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

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

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

89 Vgl. BGE 133 II 104, 113.

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

91 BBL 1995 I, S. 613.

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

Auflösung eines Zusammenschlusses aufgrund einer wettbewerbsbehördlichen Anordnung.⁹³

b) Entflechtungen als Abhilfemaßnahmen bei Kartellrechtsverstößen?

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

4. Schlussfolgerungen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. Missbrauchsunabhängigkeit von Entflechtungen

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

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

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

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

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

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

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

105 Voell, Entflechtungen, S. 30.

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

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

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

109 Möschel, Wirtschaftsdienst 2010, S. 72.

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

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

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

IV. Definition: Missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz

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

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

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

113 *Voell*, Entflechtungen, S. 25.

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

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

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

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

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

I. Wettbewerbstheoretische Grundlagen

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Klassische und neoklassische Wettbewerbstheorien

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

a) Grundannahmen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

124 So stellt Smith zum Verhältnis von Monopol- und Wettbewerbspreis klar: „*The price of monopoly is upon every occasion the highest which can be got. The natural price, or the price of free competition, on the contrary, is the lowest which can be taken, not upon every occasion, indeed, but for any considerable time together.*“ (Smith, *The Wealth of Nations*, Vol. 1 S. 117).

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

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

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

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

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

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

b) Haltung zu Entflechtungen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Theorie des funktionsfähigen Wettbewerbs und Harvard-Schule

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

a) Grundannahmen

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

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

142 Olten, Wettbewerbstheorie, S. 32.

143 Schmidt/Haucap, Wettbewerbspolitik, S. 13.

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

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

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

147 Schmidt/Haucap, Wettbewerbspolitik, S. 13.

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

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

b) Haltung zu Entflechtungen

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

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

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

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

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

152 *Kantzenbach*, Funktionsfähigkeit, S. 138.

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

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

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

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

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

3. Chicago-Schule

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

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

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

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

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

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

161 Schmidt/Haucap, Wettbewerbspolitik, S. 23.

a) Grundannahmen

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

b) Haltung zu Entflechtungen

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

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

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

164 Willimsky, ECLR 1997, S. 55.

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

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

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

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

4. Österreichische Schule

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

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

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

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

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

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

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

a) Grundannahmen

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

b) Haltung zu Entflechtungen

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Ordoliberaler Schule

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

a) Grundannahmen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Der Ordoliberalismus verfolgt hierzu das Konzept des vollständigen Wettbewerbs,¹⁸⁶ das sich um die Herstellung eines Gesamtzusammenhangs der wirtschaftlichen mit der staatlichen und gesellschaftlichen Ordnung bemüht (sog. Interdependenz der Ordnungen¹⁸⁷). Als wettbewerbliches Ideal und „wirtschaftsverfassungsrechtliche[s] Grundprinzip“ gilt ein funktionsfähiges Preissystem vollständiger Konkurrenz.¹⁸⁸ Wirtschaftliche Machtkonzentrationen werden *per se* als kritisch angesehen. So konstatierte *Franz Böhm*, Jurist und akademischer Partner *Euckens*: „Wer Macht hat, darf nicht frei sein“¹⁸⁹ und: „Der Wettbewerb ist das großartigste und genialste Entmachtungsinstrument der Geschichte.“¹⁹⁰ Ein wesentlicher Grund für die umfassende Machtkritik im Ordoliberalismus ist, dass der „Übergang zur Zentralverwaltungswirtschaft [...] in Deutschland durch die industrielle Konzentration – durch Konzerne und Syndikate – sehr erleichtert“¹⁹¹ wurde. Wettbewerb und Friedensordnung hängen im ordoliberalen Weltbild also eng zusammen, die Brechung wirtschaftlicher Macht ist nicht zuletzt deshalb „das Kernanliegen der Freiburger Schule“.¹⁹² 94

b) Haltung zu Entflechtungen

Die Erreichung des vollständigen Wettbewerbs erhoffte sich *Eucken* durch eine Wettbewerbspolitik, die er mit der Kurzformel „Staatliche Planung der Formen – ja; staatliche Planung und Lenkung des Wirtschaftsprozesses – nein“¹⁹³ beschrieb. Diese eher prosaische Zielformulierung erscheint beinahe als inhaltsreiches Spiegelbild zur späteren Handwerker-Gärtner- 95

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

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

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

188 *Eucken*, Wirtschaftspolitik, S. 254.

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

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

191 *Eucken*, Wirtschaftspolitik, S. 93.

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

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

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

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

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

195 *Eucken*, Wirtschaftspolitik, S. 172.

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

197 *Böhm*, SJZ 1947, S. 502.

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

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

6. Schlussfolgerungen

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

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

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

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

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

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

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

II. Wettbewerbspraktische Grundlagen

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

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

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

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

1. Ökonomische Auswirkungen von Machtkonzentrationen

Die Hauptmotivation für missbrauchsunabhängige Entflechtungen liegt 103 darin, dass hoch konzentrierte Märkte ökonomisches Problempotenzial bergen.²⁰⁵ Wirtschaftliche Machtkonzentrationen können im Wesentlichen durch Kartelle, internes Unternehmenswachstum oder externes Unternehmenswachstum (d.h. Zusammenschlüsse) entstehen.²⁰⁶

Das offensichtlichste – schon von *Adam Smith* beschriebene (Rn. 74) – 104 Problem wirtschaftlicher Machtkonzentrationen liegt darin, dass mächtige Unternehmen mangels Wettbewerbsdrucks überhöhte Preise verlangen können. Zwar können diese überhöhten Preise wiederum Wettbewerber auf den Markt ziehen, die dem Inhaber seine Machtposition streitig machen und den Wettbewerb beleben.²⁰⁷ Diese Selbstheilungskräfte des Marktes funktionieren jedoch nicht immer. Vielmehr gibt es Fälle, in denen Marktmacht dauerhaft zu einem Wettbewerbsversagen führt.²⁰⁸ Namentlich gilt dies beim Vorliegen von hohen Marktzutrittsschranken. Solche Schranken können etwa Netzwerkeffekte sein (d.h. die Steigerung der Nützlichkeit mit der Zahl der Nutzer eines Produkts), die einen Marktzutritt für kleinere Wettbewerber unmöglich werden lassen können.²⁰⁹ Ein Extrembeispiel für eine absolute Marktzutrittsschranke sind Leitungsnetze, etwa für Gas oder Strom, die von einem potentiellen Neuwettbewerber schlichtweg nicht parallel aufgebaut werden können.²¹⁰

Daneben führt Marktmacht aber auch zu weiteren Problemen, namentlich 105 senkt sie die Nachfrage nach Arbeit und dämpft Investitionen in

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

206 *Robert*, Konzentrationspolitik, S. 16.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

213 Morgan, Competition Policy, S. 6.

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

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

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

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

218 Möschel, Entflechtungen, S. 99.

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

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

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

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

2. Ökonomische Auswirkungen von missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenzen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

228 Monopolkommission, Sondergutachten 58, Rn. 52.

229 Monopolkommission, Sondergutachten 58, Rn. 51.

230 Monopolkommission, Sondergutachten 58, Rn. 55 ff.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

240 *Möschel*, Entflechtungen, S. 59.

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

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

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

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

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

243 Posner, Antitrust Law, S. 113.

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

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

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

247 Herrmann, Entflechtung, S. 69.

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

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

3. Praktische Hürden für Entflechtungen

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

a) Festlegung einer erwünschten Marktstruktur

- 120 Die wohl größte Schwierigkeit einer Entflechtung liegt in der Festlegung eines durch die Entflechtung zu erreichenden Ziels, namentlich in Form einer bestimmten Marktstruktur (oftmals kritisiert als behördliches „Marktdesign“²⁵⁰).
- 121 Die Probleme beim Marktdesign beginnen bereits damit, dass eine exakte Bestimmung des relevanten Marktes – auch unter Heranziehung von Hilfsmitteln wie dem Bedarfsmarktkonzept – häufig nicht möglich ist.²⁵¹ Noch ungleich schwieriger ist demnach die Festlegung einer gewünschten Struktur auf dem betroffenen Markt, insbesondere angesichts der Tatsache, dass Märkte dynamischen Wettbewerbsprozessen unterliegen.²⁵² Auch wird als generelles Argument gegen die Entflechtung von Monopolisten angeführt, dass auch nach einer Entflechtung allenfalls ein Oligopol mit nur ein oder zwei Wettbewerbern mehr entsteht, in dem kein wesentlicher Wettbewerb zu erwarten ist.²⁵³ Dem kann allerdings entgegengehalten werden, dass im Oligopol eine Verletzung der Gruppennormen wahrscheinlich ist, weil sie schwieriger aufzudecken ist als innerhalb einer Organisation und zum unmittelbaren Vorteil des Verletzenden führt; außerdem umfasst eine Koordination innerhalb einer (monopolistischen) Organisationsform

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

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

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

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

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

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

aa) Fehlende Vorhersehbarkeit des Wettbewerbs

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

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

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

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

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

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

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

258 *BKartA*, Entflechtung, S. 12.

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

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

259 Posner, Antitrust Law, S. III.

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

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

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

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

bb) Finden eines geeigneten Erwerbers

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

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

b) Festlegung einer erwünschten Unternehmensstruktur

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

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

265 Möschel, Entflechtungen, S. 116.

266 Monopolkommission, Hauptgutachten III, Rn. 755.

267 Jens, WuW 1978, S. 266.

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

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

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

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

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

271 Müller, Entflechtung und Deregulierung, S. 113.

272 Oehler, Entflechtung, S. 102.

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

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

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

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

c) Beteiligung des betroffenen Unternehmens

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

- Im Rahmen der Fusionskontrolle kann die wirtschaftlich angestrebte Transaktion vollzogen werden und
- bei einer durch die Mitwirkung des Unternehmens ermöglichten Verfahrenseinstellung oder Zusageentscheidung²⁷⁷ beim Verdacht eines Kartellverstoßes können Bußgelder und zivilrechtliche Schadensersatzansprüche²⁷⁸ abgewendet werden.

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

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

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

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

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

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

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

4. Schlussfolgerungen

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

III. Wettbewerbsrechtliche Grundlagen

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

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

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

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

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

1. Rechtfertigung und Zweck staatlicher Wettbewerbsgesetzgebung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Regelungsbereiche staatlicher Wettbewerbsgesetzgebung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Legitimität der Adressierung internen Unternehmenswachstums?

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

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

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

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

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

304 Satzky, WuW 2010, S. 618.

305 Zäch, in: FS FIW, S. 279.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Schlussfolgerungen

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

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

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

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

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

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

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

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

D. Fazit: Einführung und Grundlagen

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

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

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

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

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

158 Wirtschaftliche Machtkonzentrationen bergen ökonomisches Problempotential, das durch eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz adressiert werden soll (Rn. 103 ff.). Missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenzen lassen wettbewerbspraktisch positive wie negative Auswirkungen erwarten: Der Chance einer Intensivierung des Wettbewerbs und damit verbundenen Wohlfahrtssteigerung stehen insbesondere das Risiko unterlassener Investitionen und Innovationen sowie von Effizienzverlusten entgegen (Rn. 110 ff.). Sie sind somit wettbewerblich ambivalent. Die ökonomischen Risiken lassen sich allerdings durch eine sorgfältige gesetzgeberische Ausgestaltung und behördliche Anwendung der Norm abmildern. Auch sollte der Sachverstand der betroffenen Unternehmen im Entflechtungsverfahren genutzt werden, um möglichst geringe Kollateralschäden zu verursachen (Rn. 134 ff.).

159 Zweck des Wettbewerbsrechts ist der Schutz freier Wettbewerbsprozesse (Rn. 140 ff.). Missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenzen weichen zwar von den klassischen drei Säulen des kartellrechtlichen Wettbewerbschutzes ab, da sie sich gegen rechtskonform erlangte Machtpositionen richten (Rn. 143 ff.). Sie dienen aber der Förderung des freien Wettbewerbs als anerkanntem Schutzgut des Wettbewerbsrechts. Die Adressierung internen Unternehmenswachstums ist dabei nicht *per se* illegitim, sondern im Einzelfall zu beurteilen (Rn. 146 ff.).