

Stefan Thomas^{*)}

Rechtliche und wettbewerbspolitische Bewertung des § 32f RefE 11. GWB-Novelle

Der Referentenentwurf zur 11. GWB-Novelle aus dem September 2022 schlägt vor, dem Amt mit § 32f RefE-GWB die Befugnis zu weitreichenden Verfügungen bis hin zur Entflechtung zu geben, um Wettbewerbsstörungen zu beseitigen, die aus Sicht des Amtes bestehen, obwohl die Unternehmen sich rechtstreu verhalten. Im Gegensatz zum bisherigen Prinzip des deutschen und europäischen Kartellrechts sollen diese weitreichenden Befugnisse also nicht von der Feststellung eines Kartellrechtsverstößes abhängen. Der vorliegende Beitrag zeigt auf, dass mit einer solchen Vorschrift ein problematischer Paradigmenwechsel in der deutschen Wettbewerbspolitik einträte. Er zeigt zudem auf, dass die im RefE behauptete Lückenhaftigkeit existierender Marktregeln nicht zutrifft. Ferner weist der Beitrag auf volkswirtschaftliche Gefahren und die Verletzung von EU-Recht und Verfassungsrecht hin. Diese Gesichtspunkte werden in der Begründung des RefE vernachlässigt.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Leitbilddiskussion
- III. Zur Frage nach der Schließung der behaupteten Regelungslücken
 1. Vorüberlegungen
 2. Stillschweigende Koordinierung
 3. Kreuzbeteiligungen und Common Ownership
 4. Einseitige Verhaltensweisen
 5. Das Entflechtungs-Paradox
 6. Zum Whish-Report für die EU-Kommission
- IV. Zu den volkswirtschaftlichen Gefahren des Instruments
- V. Zum Verhältnis der Entflechtung zur allgemeinen Marktgestaltungsverfügung
- VI. Zu § 32f Abs. 2 RefE-GWB betreffend die Fusionskontrolle
- VII. Unvereinbarkeit mit höherrangigem Recht
- VIII. Schluss

I. Einleitung

Der am 26. 9. 2022 veröffentlichte Referentenentwurf (Stand 15. 9. 2022) für eine 11. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (RefE 2022¹⁾) schlägt ein neues Eingriffsinstrument vor. Mit § 32f RefE-GWB soll dem Amt die Möglichkeit gegeben werden, Maßnahmen verhaltensbezogener und struktureller Art (Absatz 3) und spezifisch die Entflechtung (Absatz 4 als Spezialfall der strukturellen Verfügung) von Unternehmen anzuordnen. Über diese Rechtsfolgen verfügt das BKartA bereits jetzt mit § 32 GWB. Neu ist, dass das Eingreifen nach § 32f RefE-GWB nicht von einer kartellrechtlichen Zuwiderhandlung abhängen soll. Vielmehr soll das Amt die Befugnis haben, mit Verfügungen bis hin zur Entflechtungsanordnung gegen Unternehmen vorzugehen, wenn diese sich rechtstreu verhalten haben, aus Sicht des Amtes gleichwohl eine „erhebliche, an-

^{*)} Prof. Dr. iur., Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Wettbewerbs- und Versicherungsrecht, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität Tübingen

1) Verfügbar unter: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Wettbewerbspolitik/wettbewerbsdurchsetzungsgesetz-referentenentwurf-bmwk.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

dauernde oder wiederholte Störung des Wettbewerbs auf mindestens einem Markt oder marktübergreifend vorliegt². Darin liegt ein Paradigmenwechsel mit weitreichenden Folgen, sollte der Entwurf umgesetzt werden. Darüber hinaus sieht die Norm in Absatz 2 eine mit § 39a GWB vergleichbare fusionskontrollrechtliche Verschärfung vor, auf die ebenfalls kurz einzugehen ist.

Bislang galt im deutschen Kartellrecht – ebenso wie im Kartellrecht der EU – der Grundsatz, dass rechtstreue Unternehmen keine Sanktionen zu gewärtigen haben. Dies schützt Vertrauen in die Wettbewerbspolitik, es sichert Investitionsanreize in den deutschen bzw. europäischen Markt, und es wirkt einer politischen Einflussnahme auf die Kartellbehörden entgegen. Kartellbehörden sollen nicht eine Idealform von Wettbewerb schöpfen, sondern sich auf die Bekämpfung verbotener Beschränkungen bzw. die Ex-ante-Kontrolle von Zusammenschlüssen konzentrieren.²⁾ In Umsetzung dieses Prinzips sind die EU-Kommission und das BKartA zu zwei der geachtetsten und bedeutendsten Kartellbehörden weltweit geworden.

Das Kartellrecht schützt daher bislang nicht ein bestimmtes, aus Behördensicht erwünschtes Marktergebnis, sondern es schützt den Wettbewerb als Institution. Dies geschieht durch Definition und Verbot von bestimmten Formen von Wettbewerbsbeschränkungen. Bislang wird der Wettbewerb also sprichwörtlich negativ definiert durch die tatbestandlichen Beschränkungen.³⁾ Durch § 32f RefE-GWB soll dieser Grundsatz umgekehrt werden. Nunmehr soll der Ausgangspunkt für ein Einschreiten eine Idealform von Wettbewerb sein, den die Behörde definiert und der dann im Wege des Erlasses entsprechender Verfügungen auch gegenüber rechtstreuen Unternehmen auf gleichsam künstlichem Wege hergestellt wird. Der aktuelle Vorschlag geht in seiner Schärfe über einen früheren Vorschlag hinaus. Im Jahre 2010 wurde einst erwogen, ein sog. missbrauchsunabhängiges Entflechtungsinstrument einzuführen.⁴⁾ Nach entsprechender ökonomischer, rechtlicher und wettbewerbspolitischer Diskussion wurde das Vorhaben seinerzeit aufgegeben.⁵⁾ Im Gegensatz zum nun vorliegenden Entwurf war jenes Instrument aber auf Entflechtungen beschränkt, und es war ein Veräußerungsmindesterloß von 50 % des Wertes vorgesehen.⁶⁾ Nunmehr soll die Behörde neben der Befugnis zur Entflechtung alle denkbaren Verfügungen erlassen können, also insbesondere auch verhaltensbezogene Vorgaben zur Erreichung des erwünschten Marktergebnisses. Zudem soll die Entflechtung kompensationslos und unabhängig vom Wert des Veräußerungserlöses möglich sein.

Der folgende Beitrag will den aktuellen Vorschlag wettbewerbspolitisch und kartellrechtlich, würdigen, wobei cursorisch auch auf verfassungs- und europarechtliche Fragen einzugehen ist.

Die Untersuchung ist wie folgt strukturiert: Zunächst wird sub II. in der gebotenen Kürze das wettbewerbspolitische Leitbild des deutschen Kartellrechts skizziert, um vor diesem Hintergrund die

2) *Kling/Thomas*, Kartellrecht, 2. Aufl., 2016, § 16 Rz. 42.

3) *Kling/Thomas* (Fußn. 2), § 16 Rz. 42.

4) RefE zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom Januar 2010, abgedr. in: Monopolkommission, Sondergutachten 58, Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, S. 46 f., verfügbar unter: https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s58_volltext.pdf (im Folg. „RefE 2010“).

5) Kritisch seinerzeit u. a. *Bach*, in: Festschrift Möschel, 2011, S. 15, 46: „Übrig bleibt eine diffuse Verunsicherung, die keinerlei wettbewerbliche Vorteile zeitigt“; *Fuchs*, WuW 2010, 479: „Die isolierte Entflechtung ohne Kartellrechtsverstoß gehört dagegen wegen ihrer gravierenden Risiken und Nebenwirkungen in den wettbewerbspolitischen Giftschränk verbannt.“; *Satzky*, WuW 2010, 614, 626: „Die reine Strukturanknüpfung des § 41a RefE-GWB ist ordnungspolitisch verfehlt. Der Gesetzgeber sollte davon Abstand nehmen, marktbeherrschenden Unternehmen eine Marktstrukturverantwortung aufbürden zu wollen.“; *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung im deutschen Kartellrecht, 2011.

6) § 41a Abs. 5 Satz 2 RefE 2010 (Fußn. 4): „Bestellt das Bundeskartellamt einen Treuhänder zur Durchsetzung seiner Anordnung, darf dieser einen Vermögensteil nur veräußern, wenn der Erlös mindestens die Hälfte des nach Absatz 3 Satz 2 festgestellten Werts beträgt.“

Umwälzungen deutlich werden zu lassen, die das Gesetz mit sich brächte. Sodann wird sub III. untersucht, ob die im RefE behaupteten Regelungslücken im deutschen Kartellrecht plausibel sind bzw. das vorgeschlagene Instrument überhaupt in der Lage wäre, „bessere“ Marktergebnisse zu erzielen (III.). Anschließend wird kurz auf das Schadenspotential für die deutsche Volkswirtschaft eingegangen, das mit dem Instrument verbunden ist (IV.). Sodann wird auf das Verhältnis verhaltensbezogener Anordnungen zur Entflechtung eingegangen. Es schließen sich kurze Anmerkungen zur fusionskontrollspezifischen Regelung in § 32f Abs. 2 RefE-GWB an (VI.). Danach werden Fragen der Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht behandelt (VII.). Der Beitrag endet mit einem Schlussteil (VIII.).

II. Leitbilddiskussion

Man sollte ohne Pathos und Kampfbegriffe über legislative Leitbilder sprechen. Leitbilder können sich ändern. Dafür steht etwa die im Kartellrecht seit Dekaden geführte Diskussion über das Verhältnis von wettbewerblichem Institutionenschutz und Konsumentenwohlfahrt bzw. *form-based approach* und *effects-based approach*. Die Qualität von Gesetzen bemisst sich nicht nach der Vereinbarkeit mit existierenden Leitbildern. Sie bemisst sich vielmehr danach, mit welchen Gründen sie bestehende Leitbilder verwirft. Das setzt zunächst Klarheit über den Sinn bestehender Leitbilder voraus und sodann das Vorbringen triftiger Gründe, die ein Verwerfen des Leitbildes sinnvoll erscheinen lassen.

Das GWB beruht bislang auf dem Leitbild, dass das Kartellrecht nicht eine bestimmte Idealform von Wettbewerb schützt.⁷⁾ Es verschreibt sich der Erkenntnis, dass der Wettbewerb ein Entdeckungsverfahren⁸⁾ ist. Die These, der Staat könne besser wissen als der Markt, welche Ergebnisse zu erzielen sein sollen, würde nach diesem Leitbild auf einer Anmaßung von Wissen beruhen. Wettbewerb wird daher negativ beschrieben, indem der Gesetzgeber bestimmte Formen anerkannter Beschränkungen normiert, diese Verhaltensweisen verbietet und sanktioniert.⁹⁾

Zwar ist der Wettbewerb auch bei der Prüfung seiner Beschränkungen ein Maß der kontrafaktischen Analyse. Hier steht der Wettbewerb aber als konkretes Vergleichsszenario für eine bestimmte Verhaltensweise zu Verfügung. Beispiel: Wie stünde es um die Wettbewerbsfreiheit bzw. die Konsumentenwohlfahrt, wenn eine bestimmte vertikale Wettbewerbsbeschränkung, etwa eine Gebietsbeschränkung in einem Vertriebsvertrag, nicht praktiziert würde? Es wird nach geltendem Recht die konkrete Verhaltensweise – also hier die vertikale Vereinbarung – als potentiell verbotene Maßnahme normiert und geprüft. Es wird indes nicht – gleichsam „am grünen Tisch“ – geprüft und entschieden, ob es um Wettbewerbsfreiheit oder Konsumentenwohlfahrt besser stünde, wenn ein Unternehmen eine Tochtergesellschaft an einen Konkurrenten verkaufen würde, oder wenn es andere Vertragsbedingungen verwendete, wenn es andere Preise festsetzte oder andere Lieferanten beauftragen würde etc. Bei einer solchen Betrachtung verlief sich die kontrafaktische Analyse im unendlichen Möglichkeitsraum der denkbaren Strukturen und Verhaltensweisen von Unterneh-

7) Soweit ordo-liberale Autoren auf die Idee der vollständigen Konkurrenz abstellten, war dies nicht als konkretes Modell für die Kartellrechtsanwendung zu verstehen, dazu *Kling/Thomas* (Fußn. 2), § 2 Rz. 33.

8) *v. Hayek*, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren (1968), in: E. Streit, Rechtsordnung und Handelsordnung, 2003, S. 132 ff. Damit geht die Grundüberzeugung einher, dass Wettbewerbsergebnisse nicht vorhergesagt werden können, vgl. dazu *v. Hayek*, Die Ergebnisse menschlichen Handelns, aber nicht menschlichen Entwurfs, 1967, in: E. Streit, Rechtsordnung und Handelsordnung, 2003, S. 178 ff.; *v. Hayek*, Die Verfassung der Freiheit, 4. Aufl., 2005, S. 49.

9) *Kling/Thomas* (Fußn. 2), § 16 Rz. 42.

men. Eine Behörde oder ein Gericht, das von sich aus zu wissen glaubte, durch welche Handlungen Marktakteure noch besser zum Wettbewerb beitragen können als bislang, auch wenn sie sich bislang rechtstreu verhalten, liefe auf jene Anmaßung von Wissen hinaus, die aus guten Gründen in der Kartellrechtsanwendung von Anfang an nicht gewollt war. Ebenso verhält es sich im Übrigen im EU-Kartellrecht der Art. 101, 102 AEUV,¹⁰⁾ das ebenfalls von der Erkenntnis der Unvollkommenheit von Märkten und der Distanz zu modellhaften Idealvorstellungen geprägt ist.¹¹⁾ Es werden bestimmte Beschränkungen von Wettbewerb definiert, aber es ist keine allgemeine Marktergebniskontrolle der Kartellbehörden vorgesehen. Dass diese Einhegung von Eingriffsbefugnissen auch verfassungs- und europarechtlichen Vorgaben Rechnung trägt, steht auf einem weiteren Blatt, auf das später noch zurückzukommen sein wird.

Dies alles zugrunde gelegt, lässt sich § 32f RefE-GWB nicht als Ergänzung oder Vervollständigung eines bestehenden Regelungskonzeptes ansehen. Es handelt sich um einen Paradigmenwechsel. Das Gesetz läutet eine Abkehr vom Schutz des Wettbewerbs als Freiheitsraum ein zu einem aktiven behördenseitigen Ansteuern vorher festgelegter Marktergebnisse. Im Folgenden ist zu untersuchen, ob es überzeugende Gründe für einen solchen Paradigmenwechsel gibt. Das hängt zunächst davon ab, ob das Anliegen einer Schließung behaupteter Regelungslücken plausibel ist.

III. Zur Frage nach der Schließung der behaupteten Regelungslücken

1. Vorüberlegungen

Der RefE bringt vor, es gebe eine Reihe von Wettbewerbsdefiziten, die mit den bestehenden Vorschriften nicht zu bekämpfen seien. Daher müsse direkt die Optimierung des Wettbewerbs zum Gesetzesanliegen gemacht werden, ohne den Umweg über normierte verbotene Verhaltensweisen zu gehen. Zunächst ist auf einige Referenzen einzugehen, die der RefE für seinen Vorschlag einzunehmen versucht.

Der Entwurf verweist auf das auf EU-Ebene angestoßene Projekt eines New Competition Tool (NCT),¹²⁾ das einen ähnlichen Ansatz verfolgen wollte. Dieses Vorhaben wurde indes wieder aufgegeben. Der RefE nimmt auch auf einen ökonomischen Bericht von *Motta* und *Peitz* Bezug, den die Kommission seinerzeit zum NCT in Auftrag gegeben hatte.¹³⁾ Dieser Bericht beschreibt einige Szenarien, in denen es denkbar ist, dass ohne Verletzung geltenden Kartellrechts Marktergebnisse eintreten, die suboptimal erscheinen, und er versucht, daraus Schlussfolgerungen für die Zweckmäßigkeit eines solchen NCT zu ziehen.

10) Eingehend zur Ideengeschichte des EU-Kartellrechts *Kling/Thomas* (Fußn. 2), § 2 Rz. 35 ff.

11) Vgl. zur Genese der europäischen Wettbewerbsregeln *von der Groeben*, Competition in the Common Market, Speech made by M. von der Groeben during the debate on the draft regulation pursuant to Articles 85 and 86 of the EEC Treaty in the European Parliament – 19 October 1961, p. 7 et seq. Volltext verfügbar unter: <http://aei.pitt.edu/14786/1/S49-50.pdf>. „Our view of the advantages of competition in the Common Market does certainly not mean – and here I should like to forestall a further possible misunderstanding – that we start from the ideal of perfect competition, or that we believe this could be put into general practise. We are on the contrary convinced that competition can fulfil most of its functions even in an imperfect market, and that an imperfect market is still preferable to an imperfect market without competition. We must therefore endeavour to put into practice that degree of competition which is feasible under the conditions of the market concerned.“

12) Dazu Proposal for a Regulation by the Council and the European Parliament introducing a new competition tool, Ares(2020)2877634, verfügbar unter: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=PI_COM%3AAres\(2020\)2877634](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=PI_COM%3AAres(2020)2877634).

13) *Motta/Peitz*, Intervention triggers and underlying theories of harm – Expert advice for the Impact Assessment of a New Competition, 2020, verfügbar unter: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/0165f92c-14dd-11eb-b57e-01aa75ed71a1/language-en>.

Der *Motta/Peitz*-Bericht eignet sich jedoch aus einer Reihe von Gründen nicht als Grundlage für das im RefE erhobene Regelungspostulat. Zum einen zeichnet er von mancher vermeintlicher Wettbewerbsstörung ein weit differenzierteres Bild als es die kurzen Bezugnahmen im RefE andeuten (etwa zum Phänomen der sog. *common ownership*). Zum anderen muss man aus juristischer Sicht anmerken, dass der Bericht die rechtlichen Rahmenbedingungen des insoweit zugrunde gelegten europäischen Kartellrechts nicht immer erschöpfend berücksichtigt, etwa zur Reichweite des Verbots der abgestimmten Verhaltensweisen (dazu sogleich). Daraus resultieren dann *sub specie iuris* voreilige Schlussfolgerungen für ergänzenden Regelungsbedarf. Allgemein legt der Bericht einen recht unbekümmerten Maßstab an, soweit es um verfassungsrechtliche Grenzen der Eingriffsverwaltung geht,¹⁴⁾ was aber auch außerhalb des ökonomischen Fokus der Stellungnahme gelegen haben mag. Erst Recht geht dieser Bericht aus dem Jahr 2020 nicht auf die mittlerweile sowohl auf EU-Ebene als auch im GWB auf den Weg gebrachten zahlreichen Verschärfungen des kartell- und regulierungsrechtlichen Rahmens von Märkten ein (vgl. nur den Digital Markets Act;¹⁵⁾ das neue Verweisungsregime nach Art. 22 FKVO, womit die Kommission Zusammenschlüsse umsatzschwacher/umsatzloser targets fusionskontrollrechtlich zu prüfen sucht; die Verschärfung der deutschen Fusionskontrolle durch Absenkung der Aufgreifkriterien in § 35 Abs. 1a GWB; die verschiedenen Verschärfungen der Regeln durch die 10. „Digitalisierungsnovelle“ des GWB;¹⁶⁾ die novelierte Vertikal-GVO einschließlich der Vertikal-Leitlinien (vgl. etwa das Entfallen der Freistellung für weite Bestpreisklauseln¹⁷⁾). Zusammenfassend erübrigen daher weder der Verweis auf das aufgegebene Vorhaben eines NCT noch auf den Bericht von *Motta/Peitz* eine Untersuchung der im RefE vorgebrachten Gründe für das allgemeine Eingriffsinstrument des § 32f RefE-GWB.

Das gilt auch für den Verweis auf vermeintlich erfolgreiche Entflechtungen bei Flughafendienstleistern im UK oder die Existenz eines angeblich vergleichbaren Instruments in Island, Griechenland, Mexiko und Südafrika.¹⁸⁾ Verweise auf andere Länder ersetzen nicht die Würdigung des bestehenden Regulierungsrahmens, in dem die neue Regelung zur Anwendung kommen soll, hier also des deutschen Rechts. Ohnehin sollte nicht der Eindruck erweckt werden, die Existenz von verstoßunabhängigen Entflechtungsregimen sei international eine Normalität und könne mit einer positiven Erfolgsbilanz aufwarten.

Vergleichbare Instrumente sind international die Ausnahme, Anwendungsfälle noch seltener und die Erfahrungen damit bestenfalls durchwachsen.¹⁹⁾ Bisweilen richten sich Entflechtungsmaßnahmen auf die Folgen fehlerhaft durchgeführter und daher misslungener Privatisierungen ehemaliger Staatsunternehmen, wie etwa der angeführte Flughafen-Fall im UK.²⁰⁾ Solche Sonderkonstellationen

14) Siehe das Postulat bei *Motta/Peitz*, (Fußn. 13), S. 6: „The NCT should be designed in as broad terms as possible, and the EC should have the possibility to deploy it in all sectors of the economy where it could be needed, not just on digital markets.“ Eine Eingriffsbefugnis „in as broad terms as possible“ zu formulieren, lässt eine Berücksichtigung der Interessen der betroffenen Unternehmen vermissen, die aber konditional für jede verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung ist. Dazu noch im Folgenden VII.

15) ABl. 2022 L 265/1.

16) Inwieweit Normkollisionen dieser verschärften GWB-Vorschriften mit dem DMA bestehen, ist eine andere Frage, der hier nicht nachgegangen werden kann.

17) Nach Art. 5 lit. d Vertikal-GVO 2022 sind weite Bestpreisklauseln, die von einem Online-Vermittler hinsichtlich Geschäftsabschlüssen über andere Online-Vermittler im Endkonsumentengeschäft auferlegt werden, nicht mehr gruppenfreigestellt.

18) RefE 2022 (Fußn. 1), S. 16.

19) Die Einzelheiten können hier aus Platzgründen nicht dargestellt werden. Siehe dazu die Darstellung bei *Thomas*, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2011, 1 ff.; *Nettesheim/Thomas* (Fußn. 5), S. 21 ff.

20) Dazu *Nettesheim/Thomas* (Fußn. 5), S. 34.

können nicht als Blaupause für ein allgemeines verstoßunabhängiges Eingriffsregime in Deutschland dienen. Das GWB verfügt über ein denkbar engmaschiges Kontrollnetz koordinierter und einseitiger Verhaltensweisen (sogar strengeres nationales Recht zu einseitigen Verhaltensweisen im Verhältnis zu Art. 102 AEUV nach Art. 3 Abs. 2 Satz 2 VO 1/2003) und in der Fusionskontrolle. Auf all diese Besonderheiten ist zurückzukommen. Auch die verfassungsrechtliche Ausgangslage ist in Deutschland eine andere als im UK und anderen Ländern.

Die Monopolkommission hat sich in ihrem XXIV. Hauptgutachten in einem kurzen Ausblick zur 11. Novelle verhalten.²¹⁾ Dort hält sie an ihrer bereits im Jahr 2010 geäußerten Befürwortung eines missbrauchsunabhängigen Entflechtungsinstruments²²⁾ fest, womit sie sich seinerzeit nicht durchsetzen konnte. Sie verbindet diese Stellungnahme aber mit so weitreichenden Vorbehalten, dass fraglich ist, in welchem Fall das Instrument überhaupt zur Anwendung kommen könnte.²³⁾ So weist die Monopolkommission auf den unbedingten Vorrang missbrauchsabhängiger Eingriffe hin. Nur wenn eine missbrauchsunabhängige Entflechtung „die einzige Möglichkeit darstellt, um Märkte wettbewerblich zu öffnen, auf denen schwerwiegende strukturelle Wettbewerbsprobleme bestehen“, sei sie in Betracht zu ziehen. Ferner sei „das Instrument aus wettbewerbspolitischer Sicht so auszugestalten, dass negative Auswirkungen auf Innovationen und Investitionen gering gehalten werden.“ Außerdem seien „verfassungsrechtliche Vorgaben zu beachten“, „diskriminierende Anwendungen des Entflechtungsinstruments zu vermeiden und ein ausreichender Rechtsschutz zu gewährleisten.“ Wie auch schon 2010 gelingt es der Monopolkommission indes nicht, vor dem Hintergrund der deutschen Rechtslage zu erläutern, in welchem Fall ein solcher Befund gegeben sein sollte. Es müsste ein Fall sein, in dem eine Marktöffnung durch die schiere Existenz eines Unternehmens verhindert wird, ohne dass dieses Unternehmen als Marktbeherrscher eine missbräuchliche Marktabschottung betreibt, ohne dass dieses Unternehmen in missbräuchlicher Art und Weise Kunden ausbeutet, in der es trotz der niedrigen Aufgreifschwelen des deutschen Fusionskontrollrechts zu diesem Befund gekommen ist und in der nur eine Entflechtung Erfolg verspricht, mithin zugleich feststeht, dass nicht nach durchgeführter Entflechtung derselbe Vermachtungsgrad wieder eintreten wird, etwa weil es sich um ein sog. natürliches Monopol/Netzwerkeffekte handelt. Wie sich daran zeigt, kommen der Vorschlag 2010 ebenso wie der nunmehr vorliegende nicht über die These hinaus, man wolle ein solches Instrument einführen, wisse aber noch nicht so genau wofür. In diese Wunde hatte im Jahr 2010 bereits das Kommissionsmitglied *Preusker* in seinem Sondervotum den Finger gelegt.²⁴⁾ Analysiert man die im RefE konkret angeführten Wettbewerbsstörungsszenarien, bei denen angeblich an § 32f RefE-GWB gedacht wird, bleibt die These eines Regelungsbedarfs brüchig.

Als Beispiele für solche Wettbewerbsstörungen nennt der RefE unter Bezugnahme auf *Motta/Peitz* insbesondere folgende Phänomene:²⁵⁾

21) Verfügbar unter: https://www.monopolkommission.de/images/HG24/HGXXIV_Gesamt.pdf.

22) Monopolkommission, Sondergutachten 58, Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, verfügbar unter: https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s58_volltext.pdf.

23) Dazu HG XXIV (Fußn. 21), Tz. 376.

24) Sondervotum des Kommissionsmitglieds *Peter-Michael Preusker*, verfügbar unter: https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s58_preusker.pdf: „Besonders irritierend bei dieser Gesetzesinitiative ist, dass die objektive Entflechtung aus Sicht aller Beteiligten kaum Anwendung finden wird, da es für den beschriebenen Tatbestand nicht einmal einen hypothetischen Anwendungsfall gibt (so der Berichterstatter der Unionsfraktion). Das heißt, auch das Drohpotential eines solchen Gesetzes ist aus heutiger Sicht überflüssig und eher kontraproduktiv, denn Leistungsanreize im Wettbewerb verlieren ihre Attraktivität, wenn bei Erfolg Entflechtung droht.“

25) RefE (Fußn. 2), S. 12 f. sowie 25 ff.

Die sog. stillschweigende Koordinierung, also ein kollusives Gleichgewicht zwischen Marktakteuren ohne explizite Abstimmung. Insoweit wird auch auf die Gefahr der Koordinierung durch autonom agierende Algorithmen hingewiesen.

Ferner wird verwiesen auf das Phänomen der sog. *common ownership* und *cross ownership*. Es geht darum, dass sich Investoren mitunter minderheitlich an mehreren Konkurrenten einer Branche beteiligen bzw. Konkurrenten aneinander. Dies soll ein bislang nicht ausreichend kontrollierbares Wettbewerbsgefährdungspotential bergen.

Außerdem werden Regelungsdefizite hinsichtlich einseitiger Verhaltensweisen beklagt. So seien Verhaltensweisen nicht-marktbeherrschender Unternehmen nicht hinreichend reguliert. Ferner wird mit Blick auf einseitige Verhaltensweisen auf allgemeine Enforcement-Schwierigkeiten hingewiesen. Bestimmte Verhaltensweisen würden vom Missbrauchsverbot „nur in Randbereichen“ erfasst oder seien „schwer nachweisbar“.²⁶⁾

Der RefE erweckt insoweit (unter Verweis auf *Motta/Peitz*) den Eindruck, es sei gleichsam allgemeine fachliche Überzeugung, dass diese Wettbewerbsstörungen existierten und durch das herkömmliche Instrumentarium (des GWB) nicht erfasst werden. Dies soll im Folgenden überprüft werden.

2. Stillschweigende Koordinierung

Die Abgrenzung von expliziter und stillschweigender Koordinierung ist eines der ältesten konzeptionellen Probleme des Kartellverbots.²⁷⁾ Wissenschaft und Praxis haben es bislang befriedigend gelöst, und auch die Herausforderungen der Kollusion durch autonom agierende Algorithmen stellen keine unüberwindlichen Hindernisse dar.²⁸⁾ Im Einzelnen:

Kartelle sind wettbewerbsökonomisch sog. kollusive Gleichgewichte. Darunter versteht man Gleichgewichtszustände, bei denen die Leistungsparameter (im Folgenden pars pro toto: der Preis) von jenem Niveau zu Lasten der Verbraucher abweichen, wie sie sich im Wettbewerb bilden würden. Die Ursache für ein kollusives Gleichgewicht ist darin zu sehen, dass jeder der Wettbewerber davon absieht, sich in Wettbewerb zu begeben, weil er die Reaktion der Konkurrenten antizipiert. Für jeden Kartellanten ist es also individuell rational, sich an die Kartellübereinkunft zu halten. Spieltheoretisch handelt es sich bei einem Kartell um ein sog. nicht-kooperatives Spiel, da die Kartelldisziplin nicht juristisch eingeklagt werden kann (die Kartellvereinbarung ist nichtig).²⁹⁾ Das Kartell ist stabil, solange sich das Kartell für jeden einzelnen Akteur als individuell rational darstellt.

26) RefE (Fußn. 2), S. 13.

27) Dazu etwa die Diskussionen zwischen *Posner, Markovits* und *Kaplow*. *Posner* hatte früher vorgeschlagen, explizite und stillschweigende Koordinierung gleich zu behandeln, da das strategische Entscheidungsproblem in beiden Fällen das gleiche ist, *Posner*, *Stanford Law Review* 1969, 1562, 1575. Später hat sich *Posner* von diesem Ansatz distanziert und vertritt die gegenteilige Auffassung, vgl. *Posner*, *Antitrust Law Journal* 2014, 761; s. dazu auch *Hemphill*, *University of Chicago Law Review* 2019, 1057, 1073. Einen wiederum anderen Differenzierungsansatz vertritt *Richard S. Markovits*, der zwischen „normal“ oder „natural“ oligopolistic pricing auf der einen Seite und „contrived“ oligopolistic pricing auf der anderen Seite unterscheiden will, *Markovits*, *Stanford Law Review* 1976, 919, 933 f. *Posner* weist den Ansatz von *Markovits* zurück, vgl. *Posner*, *Stanford Law Review* 1976, 903, 908 und 913 f. *Kaplow* hat sich wieder für eine Gleichbehandlung von expliziter und stillschweigender Koordinierung unter dem Kartellverbot ausgesprochen, *Kaplow*, *Antitrust Law Journal* 2011, 343, 350; s. auch *Kaplow*, *Journal of Legal Analysis* 2011, 449; *Kaplow*, *California Law Review* 2011, 683; *Kaplow*, *Competition Policy and Price Fixing*, 2013.

28) Dazu *Thomas*, *Journal of Competition Law & Economics* 2019, 159 – 203 m. w. N.

29) Siehe dazu *Friedmann*, *Game Theory with Applications to Economics*, 1986, 184: „The fundamental distinction between cooperative and noncooperative games is that cooperative games allow binding agreements while noncooperative games do not.“; *Kaplow*, *Competition Policy and Price Fixing*, 2013, 177; ferner *Green/Porter*, *Econometrica* 1984, 87.

Das Kartellverbot des Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB verbietet indes nicht das kollusive Gleichgewicht als solches, sondern nur Vereinbarungen, abgestimmte Verhaltensweisen und Beschlüsse, die ein solches kollusives Gleichgewicht bezwecken oder bewirken (i. e. die Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung von Wettbewerb).

Hieraus ist dann die keineswegs neue Schlussfolgerung zu ziehen, dass (nach traditioneller Auffassung³⁰⁾ Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB das sog. bewusste Parallelverhalten erlauben (auch stillschweigende Koordinierung oder *tacit collusion* genannt). Diese stillschweigende Koordinierung ist also ein kollusives Gleichgewicht, das ohne Vereinbarung, Beschluss oder abgestimmte Verhaltensweise erfolgt, d. h. gleichsam „über den Markt“. Wettbewerber beobachten sich und passen ihr Verhalten „mit wachem Sinn“ dem der Konkurrenz an („wenn die Konkurrenz die Preise nicht senkt, tue ich es selbst auch nicht“).

Ob ein solches kollusives Gleichgewicht (durch Kartell oder stillschweigend) eintritt, hängt von vielen Faktoren ab, auf die hier nicht näher einzugehen ist.³¹⁾ Entscheidend ist vielmehr Folgendes: Die These, dass man ein Instrument wie jenes des § 32f RefE-GWB bräuchte, um des Phänomens der stillschweigenden Koordinierung Herr zu werden, basiert auf einer zirkulären Argumentation. Das lässt sich wie folgt zeigen:

Die stillschweigende Koordinierung (die von § 32f RefE-GWB erfasst werden soll) ist begrifflich eine solche, bei der keine abgestimmte Verhaltensweise (oder Vereinbarung oder Beschluss) gegeben ist. Damit hängt der von § 32f RefE-GWB erfasste zusätzliche Regelungsbereich also unmittelbar von der Reichweite des Tatbestandsmerkmals der abgestimmten Verhaltensweise (als der niederschwelligsten der drei normierten Verhaltensweisen) ab. Je weiter jenes Merkmal ausgelegt wird, desto stärker schrumpft der Bereich zusammen, der überhaupt noch als stillschweigende Koordinierung bezeichnet werden kann.

An dieser Stelle ist es dann notwendig, sich der rechtlichen Ebene zuzuwenden, bevor man vorilige Schlüsse zu vermeintlichen Regelungsdefiziten des Kartellverbots formuliert. Der Begriff der abgestimmten Verhaltensweise ist bereits denkbar weit definiert. Er erfasst jede Verhaltensweise, die eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt.³²⁾ Eine Vereinbarung oder ein Beschluss ist hierfür gerade nicht erforderlich. Insbesondere muss die praktische Zusammenarbeit nicht im Geheimen stattfinden. Auch die öffentliche Information genügt. Daher können auch Preisankündigungen, die von Konkurrenten wahrgenommen werden und zu einem kollusiven Gleichgewicht führen, eine abgestimmte Verhaltensweise darstellen. Wenn *Motta/Peitz* meinen, man benötige ein New Competition Tool, um die Verwendung von Informationen im Wettbewerb zu unterbinden, die zu einem kollusiven Gleichgewicht führe,³³⁾ übersieht dies die rechtliche Erkenntnis, dass dies nach dem Kartellverbot bereits möglich ist, und dass solche Verfahren auch erfolgreich geführt wurden. Die Kommission schreitet nach dem Kar-

30) Zu der Diskussion um eine Ausweitung des Kartellverbots siehe die Nachweise in Fußn. 27 (bezogen auf das U.S.-Recht).

31) Dazu *Thomas*, *Journal of Competition Law & Economics* 2019, 159 – 203.

32) Vgl. zum europäischen Kartellverbot EuGH v. 14. 7. 1972 – Rs C-48/69, ECLI:EU:C:1972:70, Rz. 64/67 – ICI; EuGH v. 14. 7. 1972 – Rs 51/69, ECLI:EU:C:1972:72, Rz. 25 – Bayer; EuGH v. 16. 12. 1975 – verb. Rs 40/73 u. a., ECLI:EU:C:1975:174, Rz. 26/28 – Suiker Unie; zum GWB BGH v. 10. 12. 2008 – KVR 54/07, WuW/E DE-R 2408, Rz. 47 – Lottoblock.

33) *Motta/Peitz* (Fußn. 13), S. 36: „Tacit collusion-based theories of harm may be addressed by a number of remedies. Some remedies are unlikely to have negative side effects and are desirable if considered effective. For instance, if reducing the possibility of monitoring each other (e.g. reduce possibility to exchange information) is feasible and likely to be effective, such a remedy appears unproblematic (unless it has negative repercussions on the consumer side).“

tellverbot ein, wenn öffentliche Preisinformationen ihres Erachtens zu weit reichen und zu einer die Verbraucher schädigenden Kollusion führen. Das kann dann nämlich eine abgestimmte Verhaltensweise darstellen.³⁴⁾

Das Kernproblem, das sich bei der Abgrenzung expliziter von stillschweigender Koordinierung stellt, liegt also nicht in der vermeintlich fehlenden Reichweite des Tatbestands der abgestimmten Verhaltensweise. Es ist ein gänzlich anderes, das im Rahmen des geltenden Rechts bereits adressiert werden kann und wird. Es hat nichts mit einer vermeintlichen Lückenhaftigkeit des Kartellverbots zu tun, sondern mit der Ambivalenz von Information im Wettbewerb.³⁵⁾ Öffentliche Preisinformationen bzw. -ankündigungen können den Verbrauchern nützen, indem diese überhaupt in die Lage versetzt werden, Angebote zu vergleichen, Transaktionskosten zu senken und ihren Einkauf zu planen. Diese Informationen, etwa Preislisten im Internet, ermöglichen Konkurrenten zugleich (abhängig von der Lage des Falls) das Eintreten in eine stillschweigende Koordinierung. Nun vertritt aber, soweit ersichtlich, niemand die Ansicht, Unternehmen solle es verboten werden, öffentlich ihre Preise zu bewerben. Der Grund, weshalb öffentliche Preisinformationen – im Grundsatz – erlaubt sind, liegt also nicht darin, dass hierdurch nicht eine Kollusion herbeigeführt werden könnte. Der Grund ist darin zu erblicken, dass solche Formen der öffentlichen Information – bis zu einem gewissen Grade – eine Effizienz im Verhältnis zur Marktgegenseite erzeugen.³⁶⁾ Dass sie zugleich möglicherweise Kollusion ermöglichen, ist ein gegenläufiger Faktor, der den Verbrauchern wiederum schaden kann. Die Kunst der Kartellrechtsanwendung liegt nun darin, diese beiden gegenläufigen Faktoren in den bestmöglichen Ausgleich zu bringen. Das bedeutet, dass öffentliche Information nach dem Kartellverbot nur soweit zugelassen wird, wie für sie ein plausibler *efficiency claim* zugunsten der Verbraucher gemacht werden kann. Gleichsam überschießende Informationen, die zuvörderst der Kollusion dienen, werden indes als abgestimmte Verhaltensweise verboten. Der entscheidende Punkt sei daher nochmals betont: Diese Abwägung findet bereits nach geltendem Recht im Rahmen des Kartellverbots statt. Die Kommission macht dazu umfangreiche Ausführungen in ihren Horizontal-Leitlinien.³⁷⁾ In ihrer Entscheidungspraxis reguliert die Kommission den Grad notwendiger Information in diesem Sinne.³⁸⁾ Dies geschieht nach dem geltenden Kartellverbot. Eines § 32f RefE-GWB bedarf es schlichtweg nicht.

34) Vgl. die Argumentation der Kommission in der Zusagenentscheidung v. 7. 7. 2016, Fall AT.39850, Tz. 35 ff. – Container Shipping.

35) Siehe etwa zum U.S.-Recht U.S. Supreme Court, *Sugar Inst., Inc. v. United States*, 297 U.S. 553, 598 (1936): „Further, the dissemination of information is normally an aid to commerce. As free competition means a free and open market among both buyers and sellers, competition does not become less free merely because of the distribution of knowledge of the essential factors entering into commercial transactions. The natural effect of the acquisition of the wider and more scientific knowledge of business conditions on the minds of those engaged in commerce, and the consequent stabilizing of production and price, cannot be said to be an unreasonable restraint or in any respect unlawful.“; ferner U.S. Supreme Court, *United States v. U.S. Gypsum Co.*, 438 U.S. 422, 441 n.16 (1978).

36) Die OECD hat es in ihrem Bericht treffend wie folgt auf den Punkt gebracht OECD DAF/COMP(2012)17, Background Paper, Policy Roundtables on Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive Effects, 2012, verfügbar unter: <http://www.oecd.org/daf/competition/Unilateraldisclosureofinformation2012.pdf>, Tz. 2.3.1.: „Consumers can knowledgeably compare terms and conditions of the various offerings and freely choose the most suitable one for their needs. The positive effects of price advertising are generally considered outweighing in magnitude the collusive effects of the announcements.“ (unter Verweis auf *Fumagalli/Motta*, Advertising Restrictions in professional services, EUI, Florence, September 1999).

37) Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1, 64 ff.

38) Kommission v. 7. 7. 2016, Fall AT.39850 – Container Shipping.

Nur ganz kurz zu dem ebenfalls angesprochenen Aspekt der Kollusion durch Algorithmen,³⁹⁾ zu dessen Bekämpfung § 32f RefE-GWB beitragen soll: die Idee eines durch Systeme des maschinellen Lernens autonom (d. h. ohne menschliches Zutun) geschaffenen kollusiven Gleichgewichts auf Märkten ist ein faszinierendes gedankliches Experiment. Seit den diesbezüglichen Überlegungen von *Ezrachi* und *Stucke*⁴⁰⁾ hat die Frage viele Juristen beschäftigt.⁴¹⁾ Allerdings ist Folgendes zu beachten: Es ist fraglich, inwieweit Systeme des maschinellen Lernens überhaupt dazu in der Lage sind, eine so komplexe spieltheoretische Aufgabe wie die Erzielung eines kollusiven Gleichgewichts allein zu bewältigen, jedenfalls wenn mehr als zwei Spieler involviert sind.⁴²⁾ Soweit in der Praxis Kollusion durch digitale Kommunikation auf Plattformen stattgefunden hat, bestand keine Schwierigkeit, diese Phänomene unter das Kartellverbot zu subsumieren.⁴³⁾ Selbst wenn man sich den theoretischen Extremszenarien einer rein maschinellen Kollusion zuwendet, lässt sich mit guten Gründen der Begriff der abgestimmten Verhaltensweise im Sinne des Kartellverbots entsprechend funktional fortbilden.⁴⁴⁾ Auch verfügt die Behörde mit geltenden Abstellungs- und Verpflichtungszusagenbefugnissen bereits über denkbar weite Möglichkeiten zum Erlass verhaltensbezogener Vorgaben bei kollusiven Kartellrechtsverstößen, etwa durch Vorgaben über Arten und Zeiträume von Preisankündigungen sowie Beschränkungen der Preissetzung innerhalb solcher Vorgaben.⁴⁵⁾

3. Kreuzbeteiligungen und Common Ownership

Beteiligungen (auch minderheitlich) an einem Konkurrenten können zu einer Internalisierung von Preisexternaltäten führen, was sich in einem Preisanstieg bemerkbar machen kann. Das ist keine neue Erkenntnis. A hält eine 40 %-Beteiligung an Konkurrent B. A erhöht die Preise, weil er erwartet, dass ein Teil der verlorenen Kunden zu B wechselt, was dort die Erträge erhöht und

39) RefE 2022 (Fußn. 2), S. 13.

40) *Stucke/Ezrachi*, The University of Texas Knoxville College of Law research paper #366 (Januar 2019), verfügbar unter: <http://ssrn.com/abstract=3282235>; *Ezrachi/Stucke*, Algorithmic Collusion: Problems and Counter-Measures, Note to the OECD Roundtable on Algorithms and Collusion, 31. 5. 2017, DAF/COMP/WD(2017)25, verfügbar unter: <https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD%282017%202925&docLanguage=En>; *Ezrachi/Stucke*, Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy, 2016.

41) Nachweise bei *Thomas*, Journal of Competition Law & Economics 2019, 159 – 203.

42) Entsprechende Zweifel nach Auswertung des ökonomischen Schrifttums formulierend, *Schwalbe*, Journal of Competition Law & Economics 2019, 568; die Möglichkeit indes bejahend *Stucke/Ezrachi*, Sustainable and Unchallenged Algorithmic Tacit Collusion, The University of Texas Knoxville College of Law research paper #366 (Januar 2019), verfügbar unter: <http://ssrn.com/abstract=3282235>; zurückhaltend *Motta/Peitz* (Fußn. 13), S. 26: „...algorithmic collusion may indeed be a real concern, at least in some environments.“, unter Verweis auf *Assad/Clark/Ershov/Xu*, Algorithmic pricing and competition: Empirical Evidence from the German retail gasoline market, 2020, CESifo Discussion Paper No. 8425, verfügbar unter: <https://www.cesifo.org/en/publications/2020/working-paper/algorithmic-pricing-and-competition-empirical-evidence-german>.

43) Vgl. EuGH v. 21. 1. 2016 – Rs C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42 – *Eturas*; aus den USA der Fall *Topkins*, Press Release, U.S. Department of Justice, Former E-Commerce Executive Charged with Price Fixing in the Antitrust Division's First Online Marketplace Prosecution (April 6, 2015), verfügbar unter: <https://www.justice.gov/opa/pr/former-e-commerce-executive-charged-price-fixingantitrust-divisions-first-onlinemarketplace>.

44) Dazu eingehend *Thomas*, Journal of Competition Law & Economics 2019, 159 – 203. Der Begriff der abgestimmten Verhaltensweise wird insoweit, durchaus im Einklang mit der Praxis der Kommission zum sog. *signalling*, als Austausch von Informationssignalen begriffen. An diesem Mechanismus ändert auch der Einsatz von künstlicher Intelligenz nichts. Anders offenbar *Ott*, WuW 2020, 590, 595, die meint, dass die Bedeutung von Informationen für stillschweigende Koordinierung mit dem Einsatz von *machine learning pricing algorithms* abnimmt, wobei offenbleibt, weshalb es rechtlich auf die Menge der Information ankommt bzw. wie eine Abstimmung ohne Information funktionieren soll.

45) Siehe erneut Kommission v. 7. 7. 2016, Fall AT.39850 – Container Shipping, wo die Kommission beispielsweise die Verpflichtungszusage akzeptierte, öffentliche Preisankündigungen als Höchstpreise auszugestalten, die für festgelegte Zeiträume galten, und Vorgaben zu den Ankündigungszeiträumen für verbindlich erklärte.

mithin die Beteiligungserträge des A an B wachsen lässt. Es kommt zu einem *unilateral pricing pressure*. Freilich hängen Ob und Ausmaß eines solchen Effekts von zahlreichen weiteren Faktoren ab, etwa dem aktuellen und potentiellen Wettbewerb, den Marktzutrittschranken etc.⁴⁶⁾

Komplexer ist die Schadenstheorie beim sog. *common ownership*, das eingangs schon beschrieben wurde. Hier erfolgt die Internalisierung vermittelt über den *common owner*. Die These bei einer Schadenstheorie aus *common ownership* lautet also, dass das Teiligungsunternehmen vom *common owner* „kontrolliert“⁴⁷⁾ wird und dessen Interesse an einem allgemein hohen Marktpreisniveau Rechnung trägt, indem es von Wettbewerb im Markt absieht. Konzeptionell handelt es sich auch hier um einen sog. unilateralen Effekt, nicht um ein Phänomen der sog. stillschweigenden Koordinierung. Wie auch bei Kreuzbeteiligungen hängen Ob und Wie eines solchen denkbaren Effektes von zahlreichen Umständen ab.⁴⁸⁾ Insbesondere ist umstritten, inwiefern überhaupt davon ausgegangen werden kann, dass ein Teiligungsunternehmen zuvörderst den Interessen eines minderheitlich beteiligten *common owners* Vorrang vor den Interessen der anderen Minderheitsgesellschafter einräumen sollte und inwieweit sich ein Ursachenzusammenhang zwischen dem Vorliegen von *common ownership* und einem erhöhten Preisniveau ziehen lässt.⁴⁹⁾ Ein klares Schadensbild zu *common ownership* gibt es daher nicht.⁵⁰⁾

Losgelöst von diesen Unsicherheiten gilt nun aber mit Blick auf die Forderung nach einer Marktergebniskontrolle durch § 32f RefE-GWB, dass das geltende Kartellrecht das Phänomen der Kreuzbeteiligungen und der *common ownership* bereits erfasst, was im RefE keine Erwähnung findet. Die Kommission berücksichtigt in ihrer Fusionskontrollpraxis das Vorhandensein von *common ownership*.⁵¹⁾ Die Beurteilung der Effekte von Zusammenschlüssen zwischen *commonly owned firms* ist allerdings ein komplexes Unterfangen. Das kann aber nicht als Regelungsdefizit gedeutet werden, sondern unterstreicht nur die Ambivalenz dieses Phänomens. So wird das Vorhandensein von *common ownership* etwa auch mit einer möglichen Steigerung von Nachhaltigkeitsbemühungen der Teiligungsunternehmen in Verbindung gebracht, wobei auch hier die Ambivalenz des Phänomens betont wird.⁵²⁾

Motta/Peitz meinen in ihrem Report, ein Problem im Umgang mit *common ownership* sei, dass die Fusionskontrolle hier zwar helfen könnte, dass solche Anteilerwerbe aber häufig „under the radar of the competition authorities“ flögen, insbesondere weil die Erwerber keine Kontrolle erlangten (im fusionskontrollrechtlichen Sinne).⁵³⁾ Auf Deutschland ist diese Aussage aber nicht übertragbar (sie bezog sich offenbar auf die FKVO). Denn die Aufgreifkriterien bei Minderheits-

46) Dazu *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 6. Aufl., § 36 Rz. 359 m. w. N.

47) Hier nicht zu verstehen im Sinne der fusionskontrollrechtlichen Kontrolle, sondern niedrigschwelliger.

48) Eingehend *Inderst/Thomas*, World Competition 2019, 551 – 576; *Inderst/Thomas*, Journal of European Competition Law & Practice, 2019, 572 – 579.

49) Konkret geht es insbesondere um die Bedeutung des Konzentrationsmaßes des MHHI (Modified Herfindahl-Hirschman Index), s. dazu Kommission Horizontal-Leitlinien, ABl. 2004, C 31/5, Fußn. 25. Kritisch dazu *O'Brien/Waebler*, Antitrust Law Journal 2017, 729 – 776; *O'Brien*, Common Ownership: Ten Points on the Current State of Play, OECD Hearing on Common Ownership by institutional investors and its impact on competition, DAF/COMP/WD(2017)97, verfügbar unter: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2017\)97/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2017)97/en/pdf).

50) Dazu *Thomas* (Fußn. 46), § 36 Rz. 363 m. w. N.

51) Kommission v. 27. 3. 2017, Fall M.7932 – Dow/DuPont (Annex 5); Kommission v. 21. 3. 2018, Fall M.8084, Tz. 177, 208–29 – Bayer/Monsanto.

52) *Hirose/Matsumura*, Common Ownership and Environmental Corporate Social Responsibility, Munich Personal RePEc Archive, MPRA Paper No. 111120, 20. 12. 2021 13:05 UTC, verfügbar unter: https://mpra.ub.uni-muenchen.de/111120/1/MPRA_paper_111120.pdf.

53) *Motta/Peitz* (Fußn. 13), S. 24.

beteiligungen sind durch § 37 Abs. 1 Nr. 3 und 4 GWB bereits denkbar niedrig und liegen deutlich unter der Kontrollschwelle der FKVO. Minderheitsbeteiligungen können hier schon in einem Frühstadium fusionskontrollrelevant werden. Dies sind Faktoren, die in anderen Jurisdiktionen und auch mit Blick auf das EU-Recht anders liegen. In Deutschland ist die Fusionskontrolle hier aber bereits streng. Dass gleichwohl ein nur durch § 32f GWB zu schließendes Regelungsdefizit bestehen sollte, ist bislang, soweit ersichtlich, durch niemanden plausibilisiert worden.

4. Einseitige Verhaltensweisen

Unklar ist die These eines Regulierungsdefizits hinsichtlich einseitiger Verhaltensweisen. Maßnahmen von Unternehmen unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle werden weitreichend durch § 20 GWB erfasst. Insoweit reicht das deutsche Recht bereits deutlich weiter als Art. 102 AEUV. Soweit es heißt, bestimmte Verhaltensweisen von Marktbeherrschern würden „nur in Randbereichen“ erfasst oder seien „schwer nachweisbar“,⁵⁴⁾ ist das unspezifisch und auch nicht überzeugend. Der Missbrauchsbegriff ist bereits sehr weit gefasst. Er erfasst neben diversen Formen der Behinderung auch die sog. Ausbeutung. Sogar die Ausnutzung von Nachfragemacht ist speziell reguliert. Die Marktmacht auf Plattformen ist künftig zudem außerhalb der EU-Wettbewerbsregeln den besonderen Vorschriften des DMA unterworfen.⁵⁵⁾ Wenn also die These formuliert wird, dass es Verhaltensweisen gebe, die nur im Randbereich erfasst oder schwer nachweisbar seien, ist dies ohne materiellen Gehalt. Man müsste hierfür definieren, welche Schadenswirkungen man im Hinblick auf den Wettbewerb sieht und weshalb solche Schadenswirkungen trotz der Weite des Missbrauchsbegriffs exegetisch nicht mehr erfasst werden können. Dass potentiell schädliche Verhaltensweisen schwer nachzuweisen sind, kann nicht als ein Versagen des materiellen Rechts angesehen werden. Die Nachweisanforderungen sind Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips, und Nachweisschwierigkeiten können sich auch dem Umstand verdanken, dass ein Schadenspotential realiter nicht eindeutig ist. Ein solcher Befund ist kein Anlass, auf den Nachweis einer Schädlichkeit des Verhaltens (im Sinne eines Missbrauchs) zu verzichten und direkt marktordnende Verfügungen zu erlassen.⁵⁶⁾

5. Das Entflechtungs-Paradox

Losgelöst von der Diskussion der einzelnen vermeintlichen Anwendungsbereiche für ein Instrument wie in § 32f RefE-GWB steuert der Regelungsansatz der Entflechtungsbefugnis in § 32 Abs. 4 RefE-GWB auf eine Paradoxie zu, die gleichsam als weißer Elefant im Raum steht, und die weder der RefE noch die kurze Stellungnahme der Monopolkommission adressieren:

Man muss als Prämisse zugrunde legen, dass die „Wettbewerbsstörung“, die ein Vorgehen nach § 32f RefE-GWB auslösen soll, auf Umständen beruht, denen mit den herkömmlichen Instrumenten des Kartellrechts nicht entgegengewirkt werden konnte: Die Ursache sind also nicht fusionskontrollpflichtige Unternehmenszusammenschlüsse; die Ursache sind nicht Kartelle oder abgestimmte Verhaltensweisen; die Ursache sind nicht Markabschottungen durch marktbeherrschende Unternehmen oder Unternehmen mit lediglich relativer Marktmacht (§ 20 GWB); es sind nicht

54) RefE 2022 (Fußn. 2), S. 13.

55) Inwiefern die im Zuge der 10. GWB-Novelle verschärften deutschen Regelungen zur Plattformökonomie ihrerseits Fragen aufwerfen, etwa zu ihrem Verhältnis zum DMA, kann hier aus Platzgründen nicht erörtert werden.

56) Dazu bereits *Nettesheim/Thomas* (Fußn. 5), S. 51.

Verhaltensweisen, die nach dem DMA erfasst werden; es sind nicht Umstände, die mit anderen Kartellrechtstatbeständen erfasst werden können (etwa dem Boykottverbot des § 21 GWB); es sind nicht Folgen vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen. Wenn all dies nicht die Ursache für den Befund ist, dann ist die Wahrscheinlichkeit groß, dass die bestehende Marktmacht sich den Bedingungen des Marktes (etwa der Tendenz zu natürlicher Monopolisierung bzw. Netzwerkeffekten) und überlegener Effizienz des betreffenden Unternehmens verdankt. Die Entflechtung würde vor diesem Hintergrund zum einen Unternehmenseffizienzen zunächst zerstören.⁵⁷⁾ Zum anderen wäre sie kaum in der Lage, eine erneute Marktkonzentration durch internes Wachstum zu verhindern, die im Anschluss wieder einträte. Denn wenn sich die Ursachen für die Herausbildung des Unternehmens nicht ändern (etwa die dem Geschäftsmodell innewohnenden Netzwerkeffekte), ist nicht ersichtlich, weshalb sich das Marktergebnis ändern sollte, wenn man das Unternehmen zunächst einmal zerschlägt.⁵⁸⁾ Es ist daher widersprüchlich, die Erlangung einer solchen Markstellung zu erlauben (sie verstößt nach der zugrunde zu legenden Prämisse ja nicht gegen geltendes Recht, denn sonst bräuchte man § 32f RefE-GWB nicht), das Erreichen dann aber mit Entflechtung zu sanktionieren. Der Prozess würde sich unter Verlust volkswirtschaftlicher Ressourcen wiederholen ohne eine Änderung des Ergebnisses. Dieses Problem, das mit der Idee von missbrauchs-unabhängigen Entflechtungsinstrumenten einhergeht, ist durchaus bekannt, wird im RefE aber nicht behandelt. Um es mit den Worten des ehemaligen U.S. Assistant Attorney General for Antitrust *Thomas O. Barnett* auf den Punkt zu bringen:⁵⁹⁾ „unless you have established that the tiger should never have existed in the first instance, you have not established a basis for shooting it.“

6. Zum Whish-Report für die EU-Kommission

Eine kurze Anmerkung auch zu dem Bericht von *Whish* über das market investigation regime im UK.⁶⁰⁾ Auch dieser Bericht wurde für die Kommission im Rahmen des sodann aufgegebenen Vorhabens des NCT angefertigt. Er enthält eine ausführliche Beschreibung der Rechtstechnik, der Verfahrensabschnitte und nennt die bisherigen Anwendungsfälle des Investigationsinstrumentes im UK. Ferner werden angeblich ähnliche Regimes in Griechenland, Island, Mexiko und Südafrika kurz vorgestellt. Der Bericht enthält aber keine belastbare rechts- und wettbewerbspolitische Bewertung der Sinnhaftigkeit eines solchen Regimes (geschweige denn für Deutschland). Bei näherem Hinsehen bestätigt der *Whish*-Bericht vielmehr die Vorbehalte, die man der Idee eines verstoßunabhängigen Eingriffs- und Entflechtungsinstrumentes in Deutschland entgegenbringen muss. Im Einzelnen:

Der Bericht verdeutlicht zunächst die konzeptionellen Unklarheiten, die mit der These einhergehen, eine Behörde oder ein Gericht solle eigenständig definieren, wie ein verbesserter Wettbe-

57) Siehe auch *Barnett*, *Antitrust Law Journal* 2009, 31, 39: „And just as the problems of dividing a company into parts present challenges for a court, the separate entities created by divestiture may face challenges post-breakup due to a lack of personnel, organization, or information necessary to compete.“ Ferner *Elhauge*, *Antitrust Law Journal* 2009, 79, 88.

58) *Posner*, *Antitrust Law*, 2. Aufl., 2001, S. 117: „The possibility that breaking up a monopoly would sacrifice economies of scale and other efficiencies, the probability that persistent monopoly reflects factors that make dissolution either an unnecessary or an inappropriate remedy, and the perverse incentive effects of establishing a market-share threshold above which a firm becomes subject to divestiture are the same problems that explain why proposals for legislative deconcentration have rightly been tossed into history's dustbin.“

59) *Barnett*, *Antitrust Law Journal* 2009, 31, 37.

60) *Whish*, *New Competition Tool: Legal comparative study of existing competition tools aimed at addressing structural competition problems with a particular focus on the UK's market investigation tool*, Expert Study for the EU Commission, 2020, verfügbar unter: https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020_new_comp_tool/kd0420573enn.pdf (im Folgenden: „Whish“).

werb am relevanten Markt auszusehen habe und welche Schritte zur Erreichung dieses staatlich definierten Wettbewerbsziels die Unternehmen zu ergreifen hätten. Der Bericht führt insoweit nämlich aus, dass die Behörde im UK selbst kaum in der Lage oder bereit dazu war, zu definieren, wie ein „wohlfunktionierender Markt“⁶¹⁾ auszusehen hätte.⁶²⁾ Stattdessen habe die Behörde sich darauf konzentriert, Abhilfemaßnahmen anzuordnen.⁶³⁾ Konzeptionell verwundert es bei dieser Darstellung, wie sich die Angemessenheit und Geeignetheit einer Maßnahme zur Verbesserung des Wettbewerbs ermessem lässt, wenn nicht klar ist, wie das Ziel der Maßnahme aussieht, nämlich der verbesserte Wettbewerb.

Der Bericht bestätigt des Weiteren den „Exotencharakter“, den dieses Instrument international hat. *Whish* räumt ein:⁶⁴⁾ „Very few systems of competition law contain provisions similar to the market investigation powers contained in the UK Enterprise Act.“ Eine Auseinandersetzung mit den Gründen für diesen Befund lässt der Bericht vermissen. Er bricht daher gerade an jener Stelle ab, die für die rechtspolitische Diskussion ertragreich wäre. Da es dem Bericht um eine technische Darstellung des Rechts im UK geht und keine belastbare wettbewerbspolitische oder gar verfassungsrechtliche Gesamtanalyse vorgenommen wird, wird auch der Frage keine Beachtung geschenkt, inwieweit bestehende Befugnisse, namentlich Kartellverbot, Missbrauchsrecht und Fusionskontrolle, ein Bedürfnis für ein missbrauchsunabhängiges Eingriffs- und Entflechtungsinstrument entstehen lassen. Es wird ebenfalls nicht thematisiert, dass diese Frage selbstredend nur im Kontext der jeweils in Rede stehenden Rechtsordnung vorgenommen werden kann.

Es wurde oben herausgearbeitet, dass Kartellverbot, Missbrauchsrecht und Fusionskontrolle sehr weit reichen. Missbrauchsrecht und Fusionskontrolle sind sogar noch weitergehend als auf EU-Ebene, etwa hinsichtlich der Verhaltensweisen nicht-marktbeherrschender Unternehmen und der Kontrolle von Minderheitsbeteiligungen. Es ist daher keineswegs klar, dass eine – unterstellte – Zweckmäßigkeit eines missbrauchsunabhängigen Entflechtungsinstruments um UK ein Argument dafür liefern könnte, Gleiches auch in Deutschland einzuführen.

Zu betonen ist aber erneut, dass eine solche differenzialdiagnostische Analyse in dem *Whish*-Bericht nicht vorgenommen wird. Vielmehr meint der Bericht lediglich, das Instrument sei im UK sinnvoll, weil sich die UK-Praxis bei Anwendung der allgemeinen Verbote (Kartell und Missbrauch) auf eine Ex-post-Kontrolle einzelner Unternehmen beschränke, wohingegen das *market investigation regime* des UK Enterprise Act sich darum kümmere, wie der Wettbewerb auf dem Markt in der Zukunft verbessert werden könne.⁶⁵⁾ Der Bericht gibt keine nähere Begründung dazu ab, weshalb das so ist. Für Deutschland trifft dieser Befund auf die Anwendung der allgemeinen Verbote jedenfalls nicht zu. Das BKartA nutzt die existierenden Eingriffsbefugnisse ohne Weiteres, um ganze Märkte im Wege weitreichender Vorgaben zwecks Abstellung von Zuwiderhandlungen für den Wettbewerb in der Zukunft zu öffnen. Paradigmatisch ist hier etwa der Fall „*E.ON Rubrgas langfristige Gaslieferverträge*.“ Das Amt hat seinerzeit die Vertragspraxis von *E.ON Rubrgas* nach dem Kartellverbot aufgegriffen und als Abhilfemaßnahme ein differenziertes Mengen-Laufzeit-Regime für

61) *Whish* (Fußn. 60), S. 33: „...The CMA has not gone into detail on what a well-functioning market would look like...“

62) *Whish* (Fußn. 60), S. 33.

63) *Whish* (Fußn. 60), S. 33.

64) *Whish* (Fußn. 60), S. 37.

65) *Whish* (Fußn. 60), S. 48.

Verträge mit Stadtwerkskunden vorgegeben,⁶⁶⁾ um die Märkte für konkurrierende Lieferanten zu öffnen.⁶⁷⁾ Der Bundesgerichtshof hat diese Marktöffnungseingriffe, die auf die Zukunft gerichtet waren und auf das geltende Kartellverbot gestützt wurden, bestätigt. Das Pilotverfahren hat sodann den Ausschlag dafür gegeben, dass eine Reihe anderer Lieferanten ihre Vertragspraxis entsprechend umgestellt hat. Dieses Beispiel zeigt, dass die These, Kartellverbot und Missbrauchsrecht wirkten nur in die Vergangenheit, wohingegen eine Öffnung von Märkten für die Zukunft eines neuen Instrumentes bedürfe, immer sehr stark von der gelebten Praxis abhängt. Diese Praxis ist in Deutschland jedenfalls ganz eindeutig nicht durch Zurückhaltung im Umgang mit den bestehenden Verboten in dieser Hinsicht geprägt. Im Unterschied zu einem verstoßunabhängigen Eingriffsinstrument richtet sich die Geeignetheit und Erforderlichkeit hier immer nach der Abstellung des konkreten Wettbewerbsverstoßes. Danach richten sich dann Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit der Verfügung,⁶⁸⁾ die durchaus zukunftsgerichtet wirken kann und darf. Effektivität und Zukunftsgerichtetheit einerseits sowie Anknüpfung an den Nachweis einer konkreten Zuwiderhandlung andererseits sind also miteinander vereinbare Anliegen, wie gerade die deutsche Praxis zeigt.

IV. Zu den volkswirtschaftlichen Gefahren des Instruments

§ 32f RefE-GWB würde zu einer Diskriminierung und Benachteiligung von Unternehmen mit Sitz in Deutschland im globalen Wettbewerb führen. Die Norm würde mit ihrer Entflechtungsrechtfolge im Ergebnis nur gegenüber Unternehmen mit Sitz in Deutschland zur Anwendung kommen. Es ist hier nicht angezeigt, auf die Schwierigkeiten bei der Durchsetzung von Kartellverfügungen gegenüber ausländischen Unternehmen, insbesondere im Rahmen der Fusionskontrolle, einzugehen.⁶⁹⁾ Jedenfalls wäre die Vorstellung, dass das BKartA ein im Ausland sitzendes Unternehmen gegen den Willen von Anteilseignern und Management zwangsweise entflieht, um eine Wettbewerbsstörung in Deutschland abzustellen, ohne dass dieses Unternehmen irgendwelche Rechtsvorschriften in Deutschland verletzt hat, illusorisch. Die Monopolkommission meint, es müsse sichergestellt werden, dass ein Entflechtungsinstrument nicht diskriminierend angewendet wird. Das lässt sich aber aus dem genannten Grund nicht sicherstellen, wenn es sich um eine Norm des nationalen Rechts handelt, so dass die Behörde effektive Zwangsbefugnisse nur innerhalb der Grenzen der Bundesrepublik Deutschland hat. Auch aus diesem Grund ist der Verweis auf das erwogene NCT sowie den *Motta/Peitz*-Bericht schief, weil eine EU-weite Regelung jedenfalls effektiv alle in der EU ansässigen Unternehmen erfasst hätte. Daher: Mit Anwendung der Entflechtungsbefugnis würden deutsche Unternehmen durch Erbringung von Sonderopfern einen Beitrag zur (*in arguendo* unterstellten) Verbesserung von Wettbewerb erbringen, wohingegen Unternehmen mit Sitz im Ausland uneingeschränkt ihre Größen- und Verbundvorteile weiterhin ausnutzen könnten. Dieser Einwand wurde in der Vergangenheit bereits deutlich gegen die Idee

66) Wenn E.ON Ruhrgas einen Kunden für vier Jahre zu 80 % belieferte, durfte das Unternehmen daher z. B. dem Kunden keinen weiteren Vertrag über die Lieferung von zusätzlichen 20 % für die Jahre 3 und 4 anbieten, weil dann ein 80 %-Vertrag mit einem 100 %-Vertrag kombiniert wurde. Dieser Effekt der Verfügung wurde auch als „Wettbewerbsbeteiligungsverbot“ oder „Stapelverbot“ bezeichnet.

67) BKartA v. 13. 1. 2006 – B 8-113/03-1, WuW/E DE-V 1147 – E.ON Ruhrgas; BGH v. 10. 2. 2009 – KVR 67/07, WuW/E DE-R 2679 – E.ON Ruhrgas.

68) BGH WuW/E DE-R 2679 – E.ON Ruhrgas.

69) Dazu *Thomas* (Fußn. 46), § 40 Rz. 51 ff.

einer deutschen missbrauchsunabhängigen Entflechtungsregel vorgebracht.⁷⁰⁾ Sogar aus den Reihen der Monopolkommission selbst wurde dieser Punkt im Jahre 2010 bereits deutlich im Sondervotum *Preusker* formuliert: „Für den Wirtschaftsstandort Deutschland insgesamt, aber insbesondere auch für die im Fokus stehenden Märkte mit gesamtwirtschaftlicher Bedeutung, hat dieser Referentenentwurf eine ausgesprochen negative Wirkung.“⁷¹⁾ Im RefE wird darauf nicht eingegangen. Vor diesem Hintergrund würde § 32f RefE-GWB einen Anreiz setzen, nicht in Unternehmen mit Sitz in der Bundesrepublik zu investieren.⁷²⁾

Es würde ferner den Anreiz für erfolgreiche Unternehmen mit entsprechender Marktmacht setzen, ihren Sitz ins Ausland zu verlegen. Jede regulatorische Verschärfung der Rahmenbedingungen einschließlich der abstrakten Drohung des Verlustes von Betriebsvermögen durch Entflechtungszwang mindert Investitionsanreize, insbesondere wenn sich diese Verschärfung umgehen lässt. Durch eine Sitzverlegung ins Ausland ließe sich zudem davon profitieren, dass das Amt Konkurrenten mit Sitz in Deutschland zerschlägt, was sodann den Einsatz von Größen- und Verbundvorteilen aus dem Ausland heraus umso ertragreicher erscheinen lässt. Solche effektiven Anreize zum De-Investment bei Unternehmenssitz in Deutschland könnten dann auch Folgewirkungen für den Arbeitsmarkt in Deutschland haben. Selbst wenn also im Einzelfall eine Maßnahme nach § 32f RefE-GWB Vorteile für die Wettbewerbsbedingungen verspräche (*quod non*), wären jene volkswirtschaftlichen Nachteile in die Betrachtung einzubeziehen. Die Begründung des RefE lässt nicht erkennen, dass das geschehen ist. Aus den Verhaltensanreizen, die zu einer Meidung des deutschen Marktes bei Investitionen ausländischer Unternehmen ausgehen, werden überdies Einwände mit Blick auf die Niederlassungsfreiheit erhoben. Diesem Gesichtspunkt kann hier aus Platzgründen nicht weiter nachgegangen werden.⁷³⁾

V. Zum Verhältnis der Entflechtung zur allgemeinen Marktgestaltungsverfügung

Der Entwurf sieht neben der Entflechtungsbefugnis aus § 32 Abs. 4 RefE-GWB in § 32 Abs. 3 RefE-GWB auch die Befugnis zur Anordnung jedweder verhaltensbezogener Maßnahme vor. Dadurch reicht der Entwurf über die Vorschläge aus dem Jahr 2010 hinaus, die sich auf die Entflechtung beschränkten. Es ist daher kurz zu betrachten, welche wettbewerbspolitischen Implikationen mit dieser Erweiterung verbunden sind. Ein beschwichtigendes Narrativ könnte etwa darin liegen, dass verhaltensbezogene Anordnungen weniger schwerwiegend seien als Entflechtungen, und dass jene Vorrang vor diesen genossen. Ferner mag sich das BKartA sogar dazu veranlasst sehen, öffentlich zu verlautbaren, Entflechtungen (derzeit) überhaupt nicht zu beabsichtigen. Eine solche Betrachtung wäre jedoch nicht geeignet, den Einwänden gegen das Instrument abzuwehren. Vielmehr können die Wirkungen einer verhaltensbezogenen Anordnung ebenso schwerwiegend sein

70) *Nettesheim/Thomas* (Fußn. 5), S. 79 ff. m. w. Einzelheiten zu den zu erwartenden volkswirtschaftlichen Schäden für Fiskus und Arbeitnehmer.

71) Sondervotum des Kommissionsmitglieds *Peter-Michael Preusker*, verfügbar unter: https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s58_preusker.pdf.

72) Der RefE nennt sogar als ein Indiz für einen Missstand, der für ein kartellbehördliches Einschreiten sprechen könne, eine „über einen langen Zeitraum außergewöhnlich gute Ertragslage der Unternehmen.“, RefE 2022 (Fußn. 1), S. 30.

73) Dazu *Roth*, in: *Festschrift Möschel*, 2011, S. 503, 512 ff.; 518: „Damit erweist sich die geplante Entflechtungsregelung auch mit der Niederlassungsfreiheit unvereinbar, soweit sie sich gegen Tochterunternehmen von Müttern richtet, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat haben, wenn und soweit die Entflechtungsregelung keine anderen als wettbewerbliche Ziele verfolgt.“ (zum RefE 2010).

wie eine Entflechtung, und auch die konzeptionellen Fehler des verstoßunabhängigen Instrumentes treten hier genauso deutlich zutage wie bei der Entflechtung. Im Einzelnen:

Im Rahmen der verstoßabhängigen Abststellungsbefugnisse der Behörde nach dem geltenden § 32 GWB gilt in der Tat die verhaltensbezogene Maßnahme als das im Verhältnis zur Entflechtung mildere Mittel. Der Vorrang der verhaltensbezogenen Verfügung ergibt sich dort aus der Anknüpfung an die Abststellung einer Zuwiderhandlung gegen ein konkret gesetzlich definiertes Verbot. Dieser Umstand hat zwei bedeutende Implikationen: Erstens ist *a priori* zweifelhaft, inwiefern eine Entflechtung erforderlich sein kann, um die Beachtung eines verhaltensbezogenen Verbotes sicherzustellen. Solche Fälle sind schon theoretisch kaum zu erdenken. Zweitens – und dieser Aspekt ist noch bedeutsamer – richten sich Geeignetheit und Erforderlichkeit sowie die verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung der verhaltensbezogenen Maßnahme im geltenden § 32 GWB stets auf die Abststellung eines konkreten Verstoßes.⁷⁴⁾ Das macht das Instrument der verhaltensbezogenen Eingriffe erst vorhersehbar und sichert somit die verfassungsrechtlichen Handlungs- und Gestaltungsspielräume sowie Investitionsinteressen der Unternehmen ab. Im Rahmen eines verstoßunabhängigen Eingriffsregimes erhält jedoch die verhaltensbezogene Anordnungsbeugnis eine völlig andere Rechtsnatur. Sie ist dort nicht mehr Mittel zur Durchsetzung gesetzlicher Verbote, die demokratisch legitimiert Verhaltensvorgaben setzen, sondern sie wird dort selbst zum Instrument der Setzung von Marktregeln. § 32f RefE-GWB beschreibt ein offen angelegtes „Wettbewerbsförderungsziel“, definiert aber keine Verhaltensspielräume, die seitens der Unternehmen *ex ante* erkannt und beachtet werden können. Deswegen resultiert aus der verhaltensbezogenen Anordnungsbeugnis eine genauso schwerwiegende Gefährdung von Investitionsanreizen wie aus der Entflechtungsrechtsfolge. Angesichts des unbestimmten Wortlauts des § 32f Abs. 3 RefE-GWB wäre beispielsweise denkbar, dass die Behörde ganze Geschäftsmodelle verbietet, wenn sie zu der Auffassung gelangt, dass diese den Wettbewerb, wie er der behördlichen Vorstellung vorschwebt, beeinträchtigen. Die verstoßunabhängige verhaltensbezogene Anordnungsbeugnis enthält also – anders als derzeit § 32 GWB – die Möglichkeit, im Wege der Marktgestaltungsanordnung ganze Betriebe faktisch stillzulegen, wenn das – legale – Geschäftsmodell als wettbewerbsschädlich wahrgenommen wird. Keine andere Behörde, die mit der Kontrolle von Märkten betraut ist, hat einen solchen Grad an quasi-legislatorischen Befugnissen.

Darüber hinaus muss auch daran erinnert werden, dass die Geeignetheit oder gar Notwendigkeit verhaltensbezogener Eingriffe angesichts des ohnehin weitreichenden Netzes kartellrechtlicher Verhaltensverbote nicht ersichtlich ist. So hat sich etwa gezeigt, dass die Möglichkeit der Abststellung kollusiver Gleichgewichte, die Verbraucher schädigen, weil mehr Informationen als nötig preisgegeben werden, bereits nach geltender Rechtslage möglich ist.⁷⁵⁾ Der Mehrwert eines Instrumentes wie § 32f RefE-GWB ist daher auch mit Blick auf seinen Absatz 3 nicht zu sehen.

VI. Zu § 32f Abs. 2 RefE-GWB betreffend die Fusionskontrolle

Nach § 32f Abs. 2 RefE-GWB soll das Amt die betroffenen Unternehmen nach Durchführung einer entsprechenden Sektoruntersuchung bei „objektiv nachvollziehbaren Anhaltspunkten“ für

74) So hat der EuGH in der Sache *Langnese-Iglo* beispielsweise entschieden, dass eine Abststellungsverfügung nicht in Verhaltensbereiche hineinregieren darf, die keine Zuwiderhandlung mehr darstellen, EuGH v. 1. 10. 1998 – Rs C-279/95 P, ECLI:EU:C:1998:447, Rz. 74 – *Langnese-Iglo*. Das Gestaltungsersessen der Behörde ist also nicht frei, sondern verstoßgebunden.

75) Dazu oben sub III. 2.

künftige Wettbewerbsgefahren dazu verpflichten können, künftige Zusammenschlüsse unabhängig vom Erreichen der Aufgreifschwelen des § 35 GWB „anzumelden“. Eine ähnliche Regelung sieht derzeit bereits § 39a GWB vor, wenngleich diese Vorschrift das Vollzugsverbot nicht für anwendbar erklärt, was nunmehr nach § 32f Abs. 2 RefE-GWB möglicherweise gelten soll.⁷⁶⁾

Eine solche Möglichkeit der Anordnung der Fusionskontrollpflichtigkeit ist gleichwohl nicht indiziert. Soweit in dem *Motta/Peitz*-Bericht eine vermeintliche Lückenhaftigkeit des europäischen Fusionskontrollnetzes moniert wurde, betraf dies die Möglichkeit zur Erfassung von Minderheitsbeteiligungen. Diese Möglichkeit besteht aber gerade unter § 37 GWB in mehrfacher Hinsicht, wie oben gezeigt.

Eine Aufweichung der Voraussetzungen für ein Aufgreifen ist demgegenüber nicht zweckmäßig oder gar notwendig. Zuletzt wurde mit § 35 Abs. 1a GWB bereits eine Absenkung vorgenommen. Die neue transaktionswertbezogene Aufgreifschwelle soll die Prüfung umsatzschwacher oder umsatzloser Zielgesellschaften ermöglichen. Auch wenn sich die Regierungsbegründung zur Einführung dieses Tatbestands im Schwerpunkt auf digitale *start ups* konzentriert, ist die Norm branchenunabhängig auf jedwede Transaktion anwendbar. Damit geht eine erhebliche Ausweitung der Fusionskontrollpflicht und zugleich eine starke Rechtsunsicherheit einher. Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich und wurde auch nie wissenschaftlich dargelegt, dass das geltende deutsche Fusionskontrollregime hinsichtlich der Aufgreifschwelen weitere Lücken enthält, die nur durch eine behördliche Fusionskontrollpflichtigkeitsanordnung i. S. v. § 32f Abs. 2 RefE-GWB geschlossen werden könnten.

Hinzu kommt, dass jedenfalls das EuG in Luxemburg die neue Kommissionspraxis zu Art. 22 FKVO gebilligt hat, wonach Verweisungen aus Mitgliedstaaten erfolgen können, selbst wenn eine Transaktion dort nicht unter die nationale Fusionskontrolle fällt.⁷⁷⁾ Damit gilt auf EU-Ebene, vorbehaltlich einer Aufhebung dieser Judikatur durch den EuGH, der Grundsatz, dass es bei entsprechendem Verweisungsantrag einer nationalen Behörde ohnehin keiner weiteren Absenkung von Aufgreifschwelen bedarf, weil die Kommission für jedweden Zusammenschluss zuständig gemacht werden kann. Zudem bestehen Informationspflichten über Zusammenschlüsse nach Art. 14 DMA für den Gatekeeper gegenüber der Kommission, was im Lichte der neuen Verweisungspolitik zu sehen ist.⁷⁸⁾ Unlängst hat GAin *Kokott* sogar vorgeschlagen, die Kartellbehörden könnten das Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV auf Zusammenschlussfälle unterhalb der Aufgreifschwelen anwenden,⁷⁹⁾ womit die frühere *Continental Can* Doktrin wiederbelebt werden soll.⁸⁰⁾

Dies alles zugrunde gelegt, lässt sich nicht erklären, inwiefern § 32f Abs. 2 RefE-GWB einen Beitrag zur Schließung einer Kontrolllücke leistet. Umgekehrt ist in Erinnerung zu rufen, dass die

76) Der geltende § 39a GWB statuiert nur eine Anmeldepflicht, sagt aber nicht, dass das Vollzugsverbot greift. Dieses greift aber nur, wenn die Vorschriften der Fusionskontrolle Anwendung finden. Das wiederum wird abschließend durch § 35 GWB geregelt. § 32f Abs. 2 Satz 4 RefE-GWB erklärt nunmehr, dass „im Übrigen“ die „auf Zusammenschlüsse im Sinne des 7. Kapitels anwendbaren (sic!) Vorschriften dieses Gesetzes“ greifen. Das kann man möglicherweise so zu verstehen haben, dass damit auch das Vollzugsverbot greifen soll, auch wenn es nicht eindeutig ist. Denn die Vorschriften des 7. Kapitels finden eben nach dem Wortlaut des § 35 GWB nur dann „Anwendung“, wenn die Voraussetzungen des § 35 GWB vorliegen, so dass § 41 GWB trotz der in § 32f RefE-GWB statuierten „Anmeldepflicht“ weiterhin keine „anwendbare“ Vorschrift wäre. Auf dieses rechtstechnische Problem soll hier aber nicht weiter eingegangen werden. § 39a GWB soll jedenfalls bei Einführung des § 32f Abs. 4 RefE-GWB entfallen.

77) EuG v. 13. 7. 2022 – Rs T-227/21, ECLI:EU:T:2022:447 – *Illumina*.

78) Dazu *Schöning/Schreitter*, WuW 2022, 582 ff.

79) GAin *Kokott* Schlussanträge v. 13. 10. 2022 – Rs C-449/21, Rz. 37 – Towercast.

80) EuGH v. 21. 2. 1973 – Rs 6/72, ECLI:EU:C:1973:22, Rz. 25 – *Europeemballage und Continental Can*.

Fusionskontrolle mit erheblichen Grundrechtseingriffen verbunden ist.⁸¹⁾ Die Möglichkeit einer Intervention in Zusammenschlussfällen bedarf daher gewichtiger Gründe, die vor diesem Hintergrund nicht ersichtlich sind. Insbesondere erschöpft sich die Ausweitung der Fusionskontrollpflichtigkeit eben nicht in einem bloßen zusätzlichen Verwaltungsaufwand, wie der Ausdruck der „Anmeldepflicht“ suggeriert, sondern es geht um eine behördlich angeordnete Einschränkung der Privatautonomie und Verwirklichung der Eigentumsrechte der Aktionäre.

VII. Unvereinbarkeit mit höherrangigem Recht

Es ist im Rahmen dieses Artikels nicht möglich, die Gesamtheit der europarechtlichen und verfassungsrechtlichen Fragen zu behandeln, die mit § 32 RefE-GWB verbunden sind. Angesichts der Bedeutung dieser Dimension wäre es aber ebenso verfehlt, auf die Problemebenen überhaupt nicht hinzuweisen.

Europarechtlich ist zu beachten, dass der Bereich der „Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarktes erforderlichen Wettbewerbsregeln“ seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon nach Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV zu den ausschließlichen Zuständigkeiten der Europäischen Union zählt.⁸²⁾ Art. 4 Abs. 3 Unterabs. 3 EU ergänzt mit dem Grundsatz der Unionstreue, dass die Mitgliedstaaten die Union bei der Erfüllung ihrer Aufgabe unterstützen und alle Maßnahmen unterlassen, die die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden könnten. Vor diesem Hintergrund ist das System des EU-Kartellrechts als vorfindliche Gesetzgebung zu achten, soweit der nationale Gesetzgeber eigene Vorschriften erlassen will.⁸³⁾ Der Konflikt wird zunächst im Bereich des EU-Kartellverbots deutlich. So erlaubt Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO 1/2003 im Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV für kollusive Verhaltensweisen keine strengeren nationalen Vorschriften. Dies bedeutet, dass das nationale Recht kein Verbot für eine kollusive Verhaltensweise vorsehen darf, die nach Art. 101 AEUV das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweisen bzw. des Beschlusses einer Unternehmensvereinigung nicht erfüllt.⁸⁴⁾ Just darauf zielt aber § 32f Abs. 3 u. 4 RefE-GWB nach der Begründung des Referentenentwurfs unter anderem ab, weshalb er mit EU-Recht kollidiert und unanwendbar ist, soweit ein Fall mit Handelsbeeinträchtigung gegeben ist⁸⁵⁾ (was im intendierten Anwendungsbereich die Regel sein dürfte). Aber auch soweit ein Entflechtungsinstrument einseitige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen adressieren will, wäre sein Anwendungsbereich durch den vorrangigen Art. 102 AEUV gesperrt.

81) Zur Unternehmerfreiheit siehe *Rittner*, Unternehmerfreiheit und Unternehmensrecht, in: Dreher/Schmidt-Leithoff, Unternehmerfreiheit und Unternehmensrecht, 1998, S. 17 ff.; zu Eigentumsfreiheit BGH v. 27. 5. 1986 – KVR 7/84, WuW/E BGH 2276, 2278 – Süddeutscher Verlag/Donau-Kurier; *Thomas* (Fußn. 46), Vor § 35 Rz. 7; *MünchKomm-Christiansen/Knebel*, in: GWB, 3. Aufl., 2020, § 36 Rz. 3. Die Fusionskontrollvorschriften bilden Grundrechtseingriffe, die nach einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung verlangen, *Thomas* (Fußn. 46), Vor § 35 Rz. 7.

82) Zur Wirkung dieser Norm als die Kompetenzen der Mitgliedstaaten im Verhältnis zur EU begrenzenden Norm siehe *Roth* (Fußn. 73), S. 503, 510 ff.; *Nettesheim/Thomas* (Fußn. 5), S. 151 ff.

83) *Roth* (Fußn. 73), S. 503, 510 ff.; *Thomas*, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2011, 1, 14.

84) *Bechtold/Bosch/Brinker*, EU-Kartellrecht, 3. Aufl., 2014, VO 1/2003, Art. 3, Rz. 19: „Dies führt dazu, dass der nationale Gesetzgeber im Bereich der Zwischenstaatlichkeitsklausel auch daran gehindert ist, nationales Kartellrecht auf Sachverhalte anzuwenden, die nicht als Handlungsweisen iSv Art. 101 Abs. 1 AEUV zu qualifizieren sind (bewusstes Parallelverhalten).“; *Nettesheim/Thomas* (Fußn. 5), S. 155 f.; vgl. auch *Bornkamm*, in: *Festschrift Hirsch zum 65. Geburtstag*, 2008, 231, 238, wonach die Tatbestandsmerkmale des EU-Kartellverbots nicht im Anwendungsbereich des EU-Kartellverbots durch das nationale Recht übergreifig ausgeweitet werden dürfen.

85) Bereits im Zusammenhang mit dem Regelungsvorschlag aus dem Jahr 2010 wurde daher auf die Europarechtswidrigkeit entsprechender nationaler Regeln hingewiesen. *Thomas*, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2011, 1, 14.

Zwar erlaubt Art. 3 Abs. 2 Satz 2 VO 1/2003 strengeres nationales Recht zur Ahndung einseitiger Verhaltensweisen. Indes soll das Entflechtungsinstrument gerade unabhängig von einer Verhaltensweise greifen und sich auf die Marktstruktur richten. Solche Eingriffe sieht aber weder Art. 102 AEUV als vorfindliche europäische Rahmenordnung vor noch erlaubt sie Art. 3 VO 1/2003, weshalb eine missbrauchsunabhängige Entflechtung insoweit gegen höherrangiges Primärrecht verstößt. Auch darauf wurde bereits anlässlich des Entwurfs 2010, u. a. durch *Roth*, hingewiesen,⁸⁶⁾ und auch das Schrifttum zum § 32f RefE-GWB hat darauf erneut hingewiesen.⁸⁷⁾ Die Existenz einer bestimmten Marktstruktur, auch in Gestalt von Marktbeherrschung, ist nach der EU-Wettbewerbsrechtordnung kartellrechtlich zulässig.⁸⁸⁾

Darüber hinaus greift die Entflechtungsbefugnis des § 32f Abs. 4 RefE-GWB unzulässig in die FKVO ein. So soll es dem Amt möglich sein, fünf Jahre nach einer FKVO-Freigabe durch die EU-Kommission eine Entflechtung anzuordnen. Eine FKVO-Freigabe gilt aber zeitlich unbegrenzt.⁸⁹⁾ Ferner soll das Amt befugt sein, es den Unternehmen für fünf Jahre nach Erlass einer Entflechtungsanordnung zu verbieten, sich erneut zusammenzuschließen, es sei denn, die Unternehmen weisen nach, dass die vermeintlichen Wettbewerbsprobleme nicht mehr entstehen. Die FKVO gibt aber allen Unternehmen einen europarechtlich verbürgten Anspruch darauf, bei Eröffnung des Anwendungsbereichs der FKVO eine für die gesamte EU geltende wettbewerbliche Erlaubnis zur Durchführung der Unternehmenskonzentration zu beantragen und sodann entsprechend zu vollziehen. Einen Nachweis, dass Wettbewerbsprobleme nicht wieder entstehen, sieht die FKVO als Anmeldevoraussetzung nicht vor. Die Beweislast für eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs liegt vielmehr bei der Kommission. Das fünfjährige Fusionsverbot könnte den Unternehmen, soweit sie in den Anwendungsbereich der FKVO fallen, diesen Anspruch auf Prüfung entziehen, was die FKVO und den diesbezüglich greifenden Grundsatz der Unionstreue verletzt. Der nationale Gesetzgeber kann nicht eigene Voraussetzungen für eine Fusionskontrollanmeldung nach der FKVO definieren.⁹⁰⁾ Lediglich hinzuweisen ist ferner auf im Schrifttum zu § 32f RefE-GWB bereits erhobene Einwände mit Blick auf eine Kollision mit dem DMA⁹¹⁾ sowie der vor-

86) *Roth* (Fußn. 73), S. 503, 510 f. bezogen auf Art. 3 Abs. 2 Satz 2 VO 1/2003: „Eines aber macht der Wortlaut der Regelung deutlich: Die Möglichkeit der parallelen Anwendung strengeren mitgliedstaatlichen Wettbewerbsrechts ist nur eröffnet, soweit es um das Verbot von *Handlungen*, also unternehmerischem Verhalten geht, nicht aber, soweit das nationale Recht abweichend vom Unionsrecht den *Bestand* einer marktbeherrschenden Stellung in Frage stellt. Insoweit liegt eher ein Gegenschluss nahe: Art. 3 Abs. 2 Satz 2 VO Nr. 1/2003 erlaubt es den Mitgliedstaaten nicht, abweichend von ex Art. 82 EG Maßnahmen zu ergreifen, die sich unmittelbar gegen die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens richten.“ (Hervorheb. original).

87) *Kruse/Maturana*, EuZW 2022, 789, 800 f.; *Ackermann*, Kurzgutachten zur Vereinbarkeit des § 32f des Referentenentwurfs für ein Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz (11. GWB-Novelle) vom 15. September 2022 mit dem Unionsrecht im Auftrag des Wirtschaftsverbands Fuels und Energie e. V. (en2x), S. 7, verfügbar unter: https://en2x.de/wp-content/uploads/2022/11/Kurzgutachten_Ackermann_11.-GWB-Novelle_EU-Recht.

88) Das Kernproblem des § 32f RefE ist demnach folgendes: Die EU hat gem. Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV die ausschließliche Zuständigkeit in der Wettbewerbsgesetzgebung für Sachverhalte mit Binnenmarktbezug. Nationale Gesetzgebung darf diese nicht durch strengeres nationales Recht für Sachverhalte mit Binnenmarktbezug desavouieren, soweit keine speziellen Ermächtigungen greifen. Solche Ermächtigungen an den nationalen Gesetzgeber fehlen aber, wie gezeigt, für den hier in Rede stehenden § 32f RefE-GWB. Der deutsche Gesetzgeber kann sich auch nicht darauf berufen, er verfolge mit § 32f RefE-GWB andere Ziele als jene des Wettbewerbschutzes im Sinne der ausschließlichen EU-Gesetzgebung, weil § 32f RefE-GWB wettbewerbliche Gefahren adressieren soll. Im Einzelnen dazu bereits hinsichtlich des RefE 2010 *Nettesheim/Thomas* (Fußn. 5), S. 151 ff.

89) Eine Entflechtung kann nur durch die EU-Kommission nach Art. 7 FKVO angeordnet werden, wenn das Vollzugsverbot verletzt wurde.

90) Auf die Verletzung der vorrangigen FKVO durch ein missbrauchsunabhängiges Entflechtungsregime bereits 2011 hinweisend *Roth* (Fußn. 73), S. 503, 505 ff.; *Nettesheim/Thomas* (Fußn. 5), S. 158 ff.

91) So *Kruse/Maturana*, EuZW 2022, 789, 801 f.

rangigen EU-rechtlichen sektorspezifischen Regulierung.⁹²⁾ Auf diese Fragen kann hier aus Platzgründen nicht mehr im Einzelnen eingegangen werden.

§ 32f RefE-GWB weist zudem eine erhebliche grundrechtliche Eingriffstiefe auf. Dies wird in der Entflechtungsbefugnis des § 32f Abs. 4 RefE-GWB deutlich. Aber auch die allgemeine Anordnungsbefugnis nach § 32f Abs. 3 RefE-GWB hat wegen des weitgehenden Fehlens tatbestandlicher Einhegung erhebliches Eingriffspotenzial. Bereits anlässlich der Überlegungen zur Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtung im Jahr 2010 wurden daher ausführlich begründete verfassungsrechtliche Einwände vorgetragen. Diese stützen sich – bezogen auf die dort zu prüfende Entflechtungsbefugnis – zuvörderst auf die Eigentumsgarantie, die Berufsfreiheit und den Grundsatz der Bestimmtheit. Es wurde herausgearbeitet, dass die Entflechtung mit guten Gründen als Enteignung im verfassungsrechtlichen Sinne angesehen werden kann,⁹³⁾ dass aber auch bei Qualifikation als Inhalts- und Schrankenbestimmung eine Verfassungswidrigkeit anzunehmen wäre.⁹⁴⁾ Dieser Befund stützte und stützt sich zum einen auf die fehlende Geeignetheit eines missbrauchsunabhängigen Entflechtungsinstruments,⁹⁵⁾ zum anderen auf das Fehlen hinreichender Kompensationsmechanismen.⁹⁶⁾

Es ist hier nicht möglich, auf die weiteren Regelungsbestandteile des § 32f RefE-GWB *sub specie* des Verfassungsrechts näher einzugehen. Jedenfalls lässt sich die Grundrechtsrelevanz der allgemeinen Anordnungsbefugnis nach § 32f Abs. 3 RefE-GWB bei verhaltensbezogenen Anordnungen nicht unter Verweis auf den fehlenden strukturellen Bezug der Maßnahme negieren. Vielmehr hat sich gezeigt, dass, abhängig von der Art einer solchen Anordnung, die unternehmerische Betätigung in bestimmten Bereichen bzw. mit bestimmten Geschäftsmodellen verunmöglicht werden kann. Abhängig von der konkreten Verfügung können daher auch solche Maßnahmen eine erhebliche grundrechtliche Eingriffstiefe aufweisen, deren Verhältnismäßigkeit nicht schon mit pau-

92) *Ackermann*, Kurztgutachten (Fußn. 87), S. 10 f.

93) Vgl. *Nettesheim/Thomas* (Fußn. 5), S. 107. Auch die Monopolkommission scheint nunmehr davon auszugehen, dass es sich um eine Enteignung handelt, vgl. dazu HG XXIV (Fußn. 21), Tz. 379: „Eine staatliche Kompensation sieht das britische Recht hingegen nicht vor, was im deutschen Recht mit Blick auf Art. 14 Abs. 3 GG problematisch sein dürfte. Vor diesem Hintergrund wäre die genaue Ausgestaltung etwaiger Kompensationsleistungen im deutschen Recht näher zu prüfen.“ Anders noch 2010, wo eine Enteignung verneint wurde, RefE zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom Januar 2010, abgedr. in: Monopolkommission, Sondergutachten 58 (Fußn. 4), Tz. 100.

94) Es ist dann auf einer ersten Ebene eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen, BVerfG v. 22. 5. 2001 – 1 BvR 1512/97 und 1 BvR 1677/97. Auf einer zweiten Ebene ist zu prüfen, ob das Neugestaltungsinteresse des Gesetzgebers dem Bestandsinteresse betroffener Träger von Eigentumspositionen vorgeht, *Nettesheim/Thomas* (Fußn. 5), S. 94 m. w. N.

95) Es bestehen weder Lücken in der Fusionskontrolle, noch ist das Kartellverbot unzureichend ausgestaltet, um schädliche Kollusion zu verhindern, noch lässt das Regime zur Ahndung einseitiger Verhaltensweisen (§§ 19, 20 GWB, Art. 102 AEUV und DMA) eine Schutzlücke erkennen.

96) Dazu eingehend *Nettesheim/Thomas* (Fußn. 5), S. 94 ff. Mit verfassungsrechtlichen Einwänden auch *Becker*, ZRP 2010, 105 (mit Blick auf unzureichende Entschädigungsregeln). Siehe ferner die Einwände gegen eine missbrauchsunabhängige Entflechtung bei *Papier/Shirvani* geäußert, *Papier/Shirvani*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 14 GG, Werkstand: 97. EL Januar 2022, Rz. 613: „Etwas anderes gilt, wenn Entflechtungen durchgeführt werden, obgleich die Marktanteilsgrenzen erst nachträglich, also nach erfolgter Expansion oder Fusion, festgelegt worden sind. In diesen Fällen sind Eigentumspositionen innerhalb der geltenden Rechtsordnung aufgebaut bzw. erlangt worden. Der (Teil-)Entzug von Unternehmenseigentum, etwa durch Ausspruch einer Verkaufsaufgabe, kann dann nicht mehr als Verweisung des Eigentümers in die Schranken der missachteten Rechtsordnung angesehen werden. Die hoheitsrechtlich verfügte Verpflichtung des Eigentümers, einen Teil seines Unternehmens zu veräußern, aber auch jede andere auf Entflechtung abzielende Entzugsmaßnahme der öffentlichen Gewalt, stellen daher Eingriffe in die legalerweise erlangte Eigentums-substanz und damit eine die entschädigungslos zulässige Sozialbindung überschreitende Einwirkung in die eigentumsrechtliche Bestandsgarantie dar. Die Tatsache, dass der Eigentümer, der zum Verkauf eines Teils seines Unternehmens gezwungen wird, einen Verkaufserlös erzielen kann, könnte nur im Falle vorgesehener Ausgleichsleistung bei der Ausgleichsbemessung über die gebotene Vorteilsausgleichung Bedeutung erlangen.“ (Hervorheb. original, Fußnoten auslassen).

schalem Verweis auf ein diffuses Wettbewerbsförderungsanliegen der Behörde salviert werden kann. Näheres muss einer vertieften verfassungsrechtlichen Prüfung des Absatzes 3 vorbehalten bleiben, die hier nicht erfolgen kann. Es wäre aber verfehlt, die verfassungsrechtliche Ebene im Gesetzgebungsprozess weitgehend auszublenden, wie dies im Referentenentwurf derzeit noch geschieht.⁹⁷⁾

VIII. Schluss

Mit dem vorgeschlagenen § 32f RefE-GWB würde ein Paradigmenwechsel im deutschen Kartellrecht eintreten, der erhebliche negative Wirkungen auf die wettbewerbliche Chancengleichheit deutscher Unternehmen im internationalen Wettbewerb hätte. Es zeigt sich, dass – ungeachtet aller weiteren Einwände – das nationale Kartellrecht nicht der geeignete Ort für ein solches Instrument wäre. De-Investitionsanreize für Unternehmen mit Sitz in Deutschland und entsprechende Auswirkungen auf Arbeitsplätze im Inland zugunsten der Förderung ausländischer Unternehmen drohten als Folge.

Kritikwürdig ist vor allem das Fehlen einer präzisen Bedarfsdiagnose für ein solches Instrument. Wie sich gezeigt hat, sind die im RefE angeführten Schadensszenarien nicht plausibel. Das deutsche und das EU-Kartellrecht sowie flankierende Regelungen wie der DMA spannen mittlerweile ein so engmaschiges Netz über marktrelevante Verhaltensweisen von Unternehmen, dass die behaupteten Lücken, die ein § 32f RefE-GWB zu schließen hätte, nicht existieren.

Die Idee, dass der Begriff des Wettbewerbs – ohne Normierung konkreter Verstöße – als Ankerpunkt für so schwergewichtige Eingriffe, wie in § 32f RefE-GWB vorgesehen, die nötige Rechtsicherheit liefern könnte, beruht auf der sprichwörtlichen „Anmaßung von Wissen“. EU-Kartellrecht und GWB sind einem solchen Ansatz, der den Wettbewerb als eine behördenseitig aktiv zu gestaltende Kategorie begreift, zu Recht nicht gefolgt, und sie sollten es auch in der Zukunft nicht.

Ein weiterer Gesichtspunkt verdient Beachtung. Die Beschränkung des bestehenden Kartellrechts auf konkrete Verhaltensweisen sichert das BKartA vor politischer Einflussnahme ab. Das Amt hat nicht die Aufgabe, als Projektionsfläche für gesellschaftliche Erwartungen über bestimmte Idealformen von Wettbewerb oder Marktergebnisse zu dienen. Die aktuelle Debatte über die Dimension der Nachhaltigkeit im Kartellrecht⁹⁸⁾ zeigt lediglich beispielhaft, wie schwierig es ist, gesellschaftspolitische Zielanliegen in ein freiheits- und effizienzbasierendes Kartellrechtssystem zu überführen. Wenn solche Erwägungen, wie etwa Nachhaltigkeit, künftig nicht mehr (nur) im Rahmen der Prüfung konkreter Verhaltensweisen (etwa einer horizontalen Vereinbarung) zu berücksichtigen sind, sondern allgemein als eine Ausprägung von behördenseitig zu optimierendem Wettbewerb zu betrachten wären, bestünde die Gefahr, dass die Kartellrechtsanwendung nur noch „Verlierer“ kennt. Gesellschaftliche Gruppen würden – eingeladen durch den offen formulierten Tatbestand – erwarten, dass das Amt auch ihren Partikularinteressen oder den Kollektivinteressen, die sich einige Gruppen zu eigen machen, angemessen Rechnung trägt und entsprechend interveniert. Es hat zur Autorität des Amtes als überparteilichem Schiedsrichter im Wettbewerb beigetragen, dass es bislang nicht gezwungen war, solche übergreifenden Vorstellungen von einem Sollzustand wünschenswerten Wettbewerbs zu formulieren. Diese Autorität ist ein hohes Gut.

97) Das im RefE gemachte *statement*, das Gesetz sei „geboten und sachgerecht“ RefE, S. 28 (Fußn. 2), ist nichtssagend.

98) Siehe dazu m. w. N. zuletzt *Inderst/Thomas*, *World Competition* 2022, 351 ff.

Abstract***Legal and policy assessment of draft Section 32f of the Legislative Proposal for an 11th ARC Amendment Act***

The Ministerial Proposal of an 11th Amendment of the German Act Against Restraints of Competition (ARC) of September 2022 suggests a new Section 32f ARC which would provide the Federal Antitrust Agency with far reaching powers including break-up orders in order to remedy competitive impediments even if the firms on the market abide by the law. In contrast to existing principles of German and EU antitrust law, these far reaching powers would therefore not hinge on the finding of any antitrust violation. The present article explains why such provision would lead to a problematic paradigm shift in German antitrust policy. Also, it outlines why the assumption, as made in the ministerial proposal, that existing antitrust provisions in Germany are insufficient, is ill-founded. Subsequently, the article homes in on risks for the German economy and breaches of EU law and German constitutional law that would come with the proposed legislation. These aspects have been neglected in the proposal.