



Ausarbeitung

Referentenentwurf zum Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz

Der verfassungsrechtliche Rahmen für die Änderungsvorschläge der
11. GWB-Novelle

Referentenentwurf zum Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz

Der verfassungsrechtliche Rahmen für die Änderungsvorschläge der 11. GWB-Novelle

Aktenzeichen: WD 3 - 3000 - 174/22
Abschluss der Arbeit: 21.02.2023 (zeitgleich letzter Abruf der verlinkten Internetseiten)
Fachbereich: WD 3: Verfassung und Verwaltung (Punkte 1., 3.-8.)
WD 7: Zivil-, Straf- und Verfahrensrecht, Bau und
Stadtentwicklung (Punkt 2.)

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	4
2.	Überblick über die Änderungsvorschläge	5
2.1.	Änderungsvorschläge zur Sektoruntersuchung	5
2.1.1.	Die Sektoruntersuchung nach gegenwärtiger Rechtslage	6
2.1.2.	Voraussetzungen der Sektoruntersuchung	7
2.1.3.	Beschleunigung der Sektoruntersuchung	8
2.1.4.	Eingriffsmöglichkeiten nach einer Sektoruntersuchung	8
2.2.	Änderungsvorschlag zur Vorteilsabschöpfung	10
3.	Gesetzgeberische Gestaltung der Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung	11
4.	Verdachtsunabhängige Sektoruntersuchung, § 32e GWB-E	12
4.1.	Voraussetzungen und Beschleunigung der Sektoruntersuchung, §32e Abs. 1 - 4 GWB-E	13
4.2.	Beschlagnahmefugnis, § 32e Abs. 5 GWB-E	14
4.2.1.	Eingriff in die Eigentumsgarantie	15
4.2.2.	Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	17
5.	Missbrauchsunabhängige Abhilfemaßnahmen infolge von Sektoruntersuchungen, § 32f GWB-E	19
5.1.	Anmeldeverpflichtung, § 32f Abs. 2 GWB-E	20
5.1.1.	Betroffene Grundrechte	20
5.1.2.	Verhältnismäßigkeit	21
5.1.3.	Normenklarheit und Bestimmtheit	22
5.2.	Generalklausel für Abhilfemaßnahmen, § 32f Abs. 3 GWB-E	23
5.2.1.	Bestimmtheit und Normenklarheit	23
5.2.2.	Verhältnismäßigkeit	26
5.3.	Missbrauchsunabhängige Entflechtung, § 32f Abs. 4 GWB-E	27
5.3.1.	Beeinträchtigung eines grundrechtlichen Schutzbereichs	27
5.3.2.	Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	29
6.	Erleichterung der Vorteilsabschöpfung, § 34 GWB-E	33
6.1.	Anforderung an ein rechtsstaatliches Verfahren	34
6.2.	Beeinträchtigung von Grundrechten	35
6.3.	Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	36
7.	Erweiterung des Auskunftsverlangens auf dem Bereich des Postverkehrs, § 59 Abs. 1 Satz 5 GWB-E	38
8.	Zusammenfassung	41

1. Einleitung

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) hat im September 2022 einen Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen (Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz, GWB-E)¹ als 11. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)² vorgelegt. Anlass war die Preisentwicklung auf dem Kraftstoffmarkt infolge der Senkung der Kraftstoffsteuer (sog. Tankrabatt).³ Die Begründung der Gesetzesnovelle stützt sich jedoch nicht mehr unmittelbar auf diesen Einzelfall, sondern zielt allgemein auf die Stärkung wettbewerbsrechtlicher Maßnahmen, die vor allem auch „[b]estehende wettbewerbslose oder in ihrer Funktionsfähigkeit gestörte wettbewerbsliche Strukturen“ betreffen, wie z.B. oligopolistische Märkte oder die marktbeherrschende Stellung von Unternehmen aufgrund internen Wachstums, d.h. ohne Unternehmenszusammenschlüsse. Denn wettbewerbsrechtliche Eingriffe setzen nach der geltenden Rechtslage in der Regel einen Rechtsverstoß oder ein zur Fusionskontrolle anmeldepflichtiges Zusammenschlussvorhaben voraus. Zwar ist es bisher möglich, unabhängig von Rechtsverstößen oder anmeldepflichtigen Zusammenschlussvorhaben, nach § 32e GWB Sektoruntersuchungen durchzuführen. Diese enden jedoch regelmäßig mit Untersuchungsberichten, auf deren Grundlage allein keine weiteren Maßnahmen getroffen werden können, wenn nicht ein Kartellverstoß festgestellt wurde.

Um über die bisherigen Maßnahmen hinaus einen fairen Wettbewerb gewährleisten zu können, sieht der Referentenentwurf im Wesentlichen die Anpassung der Voraussetzungen und Beschleunigung der sog. (verdachtsunabhängigen) Sektoruntersuchung nach § 32e GWB-E, neue Eingriffsbefugnisse zur Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen infolge einer Sektoruntersuchung nach § 32f GWB-E sowie die Absenkung der Anforderungen der Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB-E vor. Zur effektiven Umsetzung der unionsrechtlichen Regelung über digitale Märkte (Digital Markets Act - DMA)⁴ soll außerdem unter anderem das Bundeskartellamt ermächtigt werden, Verstöße gegen Art. 5 - 7 DMA untersuchen zu können.

Neben der Kritik aus den Reihen der Wirtschaft wird an dem Referentenentwurf auch aus rechtswissenschaftlicher Sicht sowie durch Rechtspraktiker besonders an den Abhilfemaßnahmen infolge einer Sektoruntersuchung Kritik geübt. Zum Teil wird von einem „kartellrecht populistischen

1 BMWK, Referentenentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen, Bearbeitungsstand: 15.09.2022, abrufbar unter: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Wettbewerbspolitik/wettbewerbsdurchsetzungsgesetz-referentenentwurf-bmwk.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

2 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26.06.2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), zuletzt geändert am 19.07.2022 (BGBl. I S. 1214).

3 BMWK, Bundeswirtschaftsminister Robert Habeck plant Verschärfung des Wettbewerbsrechts, abrufbar auf: <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Artikel/Energie/bundeswirtschaftsminister-robert-habeck-plant-verschaerfung-des-wettbewerbsrechts.html>. Vgl. diesbezüglich zum „falschen Verdacht“ hinsichtlich des Tankrabatts, Körper, Die 11. GWB-Novelle zwischen freiem und verwaltetem Wettbewerb, ZRP 2023, 5.

4 Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.09.2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte, Digital Markets Act „DMA“).

Zeitgeist“ und „gesetzgeberischen Aktionismus“ gesprochen.⁵ Eine „missbrauchs- und verstoßunabhängige Marktstrukturkontrolle“ widerspreche den grundrechtlich abgesicherten Grundlagen des Kartellrechts, wonach sich kartellrechtskonformes Verhalten, Wachstum sowie wirtschaftlicher Erfolg nicht nachteilig auf Unternehmen auswirken dürften.⁶ Die vom Referentenentwurf vorgesehenen Regelungen stellten ein Paradigmenwechsel des Kartellrechts bzw. einen Systembruch im ordnungspolitischen Leitbild des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen dar,⁷ was einem Leistungswettbewerb zuwiderlaufe.⁸ Im Gegensatz zum Referentenentwurf wird daher vertreten, dass keine Lücke des Kartellrechts besteht, sondern die Folgenlosigkeit kartellrechtskonformen Verhaltens für einen funktionierenden Wettbewerb gerade erforderlich sei.⁹

Im Folgenden wird der verfassungsrechtliche Rahmen dargestellt, in dem sich die vom Referentenentwurf vorgesehenen Änderungen zu bewegen haben. Einleitend werden dazu die wesentlichen Inhalte des Entwurfs kurz vorgestellt (2.) und der Maßstab der Gestaltungsmöglichkeiten des Gesetzgebers im Bereich des nationalen Wettbewerbs erläutert (3.). Da der Referentenentwurf sehr umfangreich ist, konzentrieren sich die nachfolgenden Ausführungen auf die Prüfung der wesentlichen Änderungen hinsichtlich der Sektoruntersuchung (4.), der neuen missbrauchsunabhängigen Abhilfemaßnahmen nach einer erfolgten Sektoruntersuchung (5.) sowie der Vorteilsabschöpfung (6.). Abschließend wird die Erweiterung des Auskunftsverlangens auf den Bereich des Postverkehrs mit Blick auf Art. 10 Abs. 1 GG geprüft (7.).

2. Überblick über die Änderungsvorschläge

2.1. Änderungsvorschläge zur Sektoruntersuchung

Zunächst zielt der Referentenentwurf darauf ab, das bereits bestehende Instrument der Sektoruntersuchung (§ 32e GWB) zu stärken. Nach gegenwärtiger Rechtslage dient die Sektoruntersuchung im Wesentlichen der Gewinnung von Erkenntnissen über die Wettbewerbsverhältnisse an untersuchten

5 Körber, Die 11. GWB-Novelle zwischen freiem und verwaltetem Wettbewerb, ZRP 2023, 5.

6 Thiede, Der Referentenentwurf zur 11. GWB-Novelle, EuZW 2023, 1 (2).

7 Thiede, Der Referentenentwurf zur 11. GWB-Novelle, EuZW 2023, 1 (2).

8 Vgl. Bundesverband der Deutschen Industrie e.V., Stellungnahme zum Referentenentwurf des BMWK eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen, 12.10.2022, abrufbar unter: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Stellungnahmen/verschaeferung-wettbewerbsrecht/bdi.pdf?__blob=publicationFile&v=4, S. 15.

9 Thiede, Der Referentenentwurf zur 11. GWB-Novelle, EuZW 2023, 1 (2); Körber, Die 11. GWB-Novelle zwischen freiem und verwaltetem Wettbewerb, ZRP 2023, 5 (8); Bundesverband der Deutschen Industrie e.V., Stellungnahme zum Referentenentwurf des BMWK eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen, 12.10.2022, abrufbar unter: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Stellungnahmen/verschaeferung-wettbewerbsrecht/bdi.pdf?__blob=publicationFile&v=4, S. 16 f.

Märkten.¹⁰ Jedoch verlieren die gewonnenen Erkenntnisse teilweise aufgrund **langer Verfahrensdauern** ihre Aktualität und können in der Folge nur eingeschränkt verwertet werden.¹¹ Darüber hinaus ermächtigt die aktuelle Rechtslage das Bundeskartellamt nicht zu spezifischen **Abhilfemaßnahmen**, die unabhängig von festgestellten Kartellrechtsverstößen ergriffen werden können.¹²

Die Wirksamkeit der Sektoruntersuchung soll nunmehr nach den Vorschlägen des Referentenentwurfs durch eine **zeitliche Verfahrensstraffung** und **neue Befugnisse** für das Bundeskartellamt im Anschluss an die Sektoruntersuchung erhöht werden.¹³

2.1.1. Die Sektoruntersuchung nach gegenwärtiger Rechtslage

Die Europäische Kommission kann nach Art. 17 der Verordnung 1/2003¹⁴ eine Untersuchung von Wirtschaftszweigen und einzelner Arten von Vereinbarungen am gemeinsamen Markt der Europäischen Union durchführen. Mit der Sektoruntersuchung nach § 32e Abs. 1 GWB wurde auch den deutschen Kartellbehörden ein weitgehend vergleichbares Instrument für den inländischen Markt zur Verfügung gestellt.¹⁵ Entsprechend sind daher das Bundeskartellamt und die obersten Landesbehörden nach § 32e Abs. 1 GWB befugt, **Untersuchungen** eines bestimmten Wirtschaftszweigs oder bestimmter Arten von Vereinbarungen oder Verhaltensweisen durchzuführen, wenn starre Preise oder andere Umstände vermuten lassen, dass der **Wettbewerb im Inland** möglicherweise **beschränkt** oder **verfälscht** ist.

Durch die Sektoruntersuchung sollen die Behörden prüfen können, ob die **wesentlichen europäischen Wettbewerbsregelungen** des Art. 101 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)¹⁶ (Kartellverbot) und des Art. 102 AEUV (Missbrauch einer marktbeherrschenden

10 Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen (Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz), Bearbeitungsstand: 15.09.2022, S. 1, abrufbar unter: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Wettbewerbspolitik/wettbewerbsdurchsetzungsgesetz-referentenentwurf-bmwk.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

11 Ebenda.

12 Ebenda.

13 Ebenda, S. 1, 2.

14 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&from=DE>.

15 Bach, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Auflage 2020, § 32e GWB, Rn. 1.

16 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Fassung aufgrund des am 01.12.2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon (Konsolidierte Fassung bekanntgemacht im ABl. EG Nr. C 115 vom 09.05.2008, S. 47), zuletzt geändert durch die Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Kroatien und die Anpassungen des Vertrags über die Europäische Union, des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (Abl. EU L 112/21 vom 24.04.2012) m.W.v. 01.07.2013, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12012E/TXT:de:PDF>.

Stellung) sowie die **wesentlichen nationalen Wettbewerbsregelungen** des § 1 GWB (Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen), des § 19 GWB (Verbotenes Verhalten marktbeherrschender Unternehmen) und des § 20 GWB (Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht) eingehalten werden.¹⁷ Die Untersuchung richtet sich nicht gegen einzelne Unternehmen, vielmehr soll die Wettbewerbsfähigkeit eines **Wirtschaftssektors** untersucht werden können.¹⁸

Die Einleitung einer Sektoruntersuchung liegt grundsätzlich im **pflichtgemäßen Ermessen** der Kartellbehörden.¹⁹ Voraussetzung ist jedoch, dass bestimmte Umstände vermuten lassen, dass der **Wettbewerb möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht** ist (§ 32e Abs. 1 GWB). Für eine hinreichende Vermutung ist zu fordern, dass sich aus **konkreten Umständen** Hinweise auf mögliche Wettbewerbsbeschränkungen ergeben.²⁰ Mithin müssen Tatsachen vorliegen, die den Schluss auf Wettbewerbsbeschränkungen zulassen oder zumindest nahelegen.²¹ Der Gesetzeswortlaut benennt dabei starre Preise **beispielhaft** als einen Umstand, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann.²² Die beispielhafte Erwähnung einer Fallgruppe soll indes den Anwendungsbereich der Sektoruntersuchung nicht beschränken.²³

Im Rahmen der Sektoruntersuchung können die Behörden **Auskunft** von Unternehmen und Verbänden verlangen (§ 32e Abs. 2 GWB). Darüber hinaus stehen den Behörden **besondere wettbewerbsrechtliche Ermittlungsbefugnisse** zu (§32e Abs. 4 GWB iVm. §§ 57, 59, 59a, 59b und 61 GWB) zur Verfügung. Die Untersuchungsbefugnisse durch das Auskunftsverlangen auch die weiteren Ermittlungsbefugnisse der Kartellbehörden werden jeweils durch den Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit der Untersuchung** beschränkt und dürfen daher nicht über den Zweck der jeweiligen Untersuchung hinausgehen.²⁴

2.1.2. Voraussetzungen der Sektoruntersuchung

Nach dem Referentenentwurf soll die beispielhafte Erwähnung der starren Preise in § 32e Abs. 1 GWB als Umstände, die den Wettbewerb beschränken oder verfälschen können, gestrichen werden.²⁵ Bisherige Sektoruntersuchungen hätten aufgezeigt, dass vielfältige Ursachen für Wettbewerbsprobleme bestehen könnten, weshalb eine Hervorhebung der starren Preise im Gesetzeswortlaut

17 Bach, a.a.O., Rn. 3.

18 Ebenda.

19 Spiecker, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2022, § 32e GWB, Rn. 6.

20 Bach, a.a.O., Rn. 9; Spiecker, a.a.O., Rn. 6.

21 Bach, a.a.O., Rn. 9.

22 Ebenda, Rn. 10.

23 Ebenda.

24 Spiecker, a.a.O., Rn. 9, 10.

25 Referentenentwurf des BMWK, a.a.O., Seite 4.

nicht sachgerecht erscheine.²⁶ So könnten etwa parallele Preissteigerungen oder nicht auf Kostensteigerungen beruhende Preissteigerungen gleichermaßen auf Wettbewerbsprobleme hindeuten.²⁷

2.1.3. Beschleunigung der Sektoruntersuchung

Die Wirksamkeit der Sektoruntersuchung soll zunächst durch eine **Verfahrensbeschleunigung** erhöht werden. Bislang sieht das GWB keine zeitlichen Vorgaben für das Verfahren der Sektoruntersuchung vor. Nunmehr soll nach dem Referentenentwurf des BMWK in § 32e GWB ein neuer dritter Absatz eingefügt werden, wonach einerseits jede Verfahrenseinleitung einer Sektoruntersuchung vom Bundeskartellamt auf seiner Internetseite zu veröffentlichen ist (Satz 1) und andererseits normiert wird, dass die Untersuchung spätestens **18 Monate** nach der Einleitung abgeschlossen sein soll (Satz 2).²⁸ Die Neuregelung soll den Zeitraum zwischen Verfahrenseinleitung und Verfahrensabschluss durch eine **Regeldauer** verkürzen und eine hinreichende **Aktualität der Datengrundlage** sicherstellen.²⁹ Von dieser Regeldauer soll in der Praxis nur in Ausnahmefällen abgewichen werden.³⁰ Die Veröffentlichung der Verfahrenseinleitung soll – neben der bereits in § 32e Abs. 3 GWB vorgesehenen Möglichkeit einer Veröffentlichung des Untersuchungsberichts – die Transparenz des Verfahrens erhöhen.³¹

2.1.4. Eingriffsmöglichkeiten nach einer Sektoruntersuchung

Darüber hinaus soll nach dem Referentenentwurf ein neuer § 32f in das GWB eingefügt werden, der die **Eingriffsmöglichkeiten** der Kartellbehörden **im Anschluss an eine Sektoruntersuchung** ausweitet.³² Danach soll das Bundeskartellamt unbeschadet seiner sonstigen Befugnisse nach der Veröffentlichung eines Berichts zu einer Sektoruntersuchung (§ 32e Abs. 1, 4 GWB) weitere Befugnisse nach den § 32f Abs. 2 – 4 des Referentenentwurfs erhalten. Angesichts der Reichweite der Eingriffsmöglichkeiten für das Bundeskartellamt soll durch die verpflichtend **vorangehende Sektoruntersuchung** sichergestellt werden, dass die Maßnahmen auf einer **fundierte und aktuellen Kenntnis** des betroffenen Wirtschaftszweigs beruhen (§ 32f Abs. 1 des Referentenentwurfs).³³

Bestehen objektive Anhaltspunkte dafür, dass durch **künftige Zusammenschlüsse** der **inländische Wettbewerb** in einem Wirtschaftszweig **erheblich behindert** werden könnte, soll das Bundeskartellamt zunächst Unternehmen durch eine Verfügung verpflichten können, jeden Zusammenschluss

26 Ebenda, S. 23.

27 Ebenda.

28 Ebenda, S. 4.

29 Ebenda, S. 14.

30 Ebenda, S. 23.

31 Ebenda, S. 14.

32 Ebenda, S. 5.

33 Ebenda, S. 26.

im Sinne des § 37 GWB innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren **anmelden** zu müssen (§ 32f Abs. 2 Satz 1 des Referentenentwurfs). Damit wird die bislang in § 39a GWB vorgesehene Verpflichtung für Unternehmen, Zusammenschlüsse **unterhalb der Anmeldeschwellen des § 35 GWB** anmelden zu müssen, in den neu geschaffenen Paragraphen überführt.³⁴ Im Vergleich zur bisherigen Rechtslage werden die **Umsatzschwellen reduziert**, um auch auf drohende regionale Wettbewerbsprobleme reagieren zu können.³⁵ So soll die Anmeldepflicht nach § 32f Abs. 2 Satz 2 des Referentenentwurfs gelten, wenn das erwerbende Unternehmen im letzten Geschäftsjahr im Inland einen Umsatz von mehr als 50 Millionen Euro erzielen konnte und das zu erwerbende Unternehmen einen Umsatz von mehr als 500.000 Euro im letzten Jahr erzielt hat. Weiter soll sich die Anmeldepflicht an ein oder mehrere Unternehmen richten können.³⁶ Die bisherige Regelung des § 39a GWB würde hingegen gestrichen werden.³⁷

Besteht eine **erhebliche, andauernde oder wiederholte Störung des Wettbewerbs** auf einem Markt oder marktübergreifend, soll das Bundeskartellamt weiter ermächtigt werden, **Unternehmen** alle zur Beseitigung oder Verringerung der Störung des Wettbewerbs **erforderlichen Abhilfemaßnahmen** auferlegen zu können (§ 32f Abs. 3 des Referentenentwurfs). Beispielhafte Abhilfemaßnahmen werden in § 32f Abs. 3 Satz 2 des Referentenentwurfs aufgezählt; zu ihnen zählen etwa die Gewährung des Zugang zu Daten, Schnittstellen oder Netzen (Nr. 1), die Belieferung anderer Unternehmen (Nr. 2) oder gemeinsame Normen und Standards (Nr. 4). Der Tatbestand sollen nach der Begründung des Referentenentwurfs nur erhebliche Störungen erfassen, die entweder andauernd oder wiederholt auftreten.³⁸ Durch das Erfordernis der erheblichen Störung soll sichergestellt werden, dass sich Eingriffe auf spürbare Wettbewerbsprobleme beschränken und getroffene Maßnahmen **verhältnismäßig** sind.³⁹ Von einer andauernden Störung soll auszugehen sein, wenn die Störung bereits eingetreten ist und noch fortbesteht; eine wiederholende Störung soll hingegen vorliegen, wenn Wettbewerbsstörungen nach ähnlichen Mustern auftreten.⁴⁰ Die Regelung würde dem Bundeskartellamt ein **Eingreifen bei Wettbewerbsstörungen auch außerhalb des Kartellverbots und der Missbrauchsaufsicht** ermöglichen.⁴¹ Denn die Störung müsste ihren Ursprung nicht in verbotenen Verhaltensweisen der Unternehmen (§§ 1, 19, 20 GWB) haben, sondern könnte auch aus strukturellen Merkmalen der Märkte folgen.⁴²

34 Ebenda, S. 14.

35 Ebenda.

36 Ebenda.

37 Ebenda, S. 8.

38 Referentenentwurf des BMWK, a.a.O., S. 27; Wagner-von Papp, Die 11. GWB-Novelle: Geht es den Oligopolen an den Kragen?, Neue Zeitschrift für Kartellrecht (NzKart) 2022, 605 (605).

39 Referentenentwurf des BMWK, a.a.O., S. 27.

40 Ebenda, S. 15.

41 Ebenda, S. 14.

42 Ebenda.

Als **ultima ratio** soll das Bundeskartellamt bei einer **erheblichen, andauernden oder wiederholten Störung des Wettbewerbs** auf einem Markt oder marktübergreifend schließlich eine **eigentumsrechtliche Entflechtung** anordnen können, wenn zu erwarten ist, dass diese Maßnahme die Wettbewerbsstörung beseitigt und erheblich verringern wird (§ 32f Abs. 4 Satz 1 des Referentenentwurfs). Eine eigentumsrechtliche Entflechtung könnte durch die **Verpflichtung zur Veräußerung von Unternehmensanteilen oder Vermögen** erfolgen (§ 32f Abs. 4 Satz 1 des Referentenentwurfs). Dabei wäre jedoch grundsätzlich erforderlich, dass die Wettbewerbsstörung so erheblich ist, dass sie im Einzelfall einen Eingriff in die unternehmerische Freiheit rechtfertigen kann.⁴³ Zudem soll eine Entflechtung nur dann angeordnet werden können, wenn keine anderweitigen Abhilfemaßnahmen nach § 32f Abs. 3 des Referentenentwurfs in Betracht kommen (§ 32f Abs. 4 Satz 2 des Referentenentwurfs). Weiter soll auch durch das Erfordernis einer zumindest erheblichen Verringerung der Wettbewerbsstörung die **Verhältnismäßigkeit** der Maßnahme gewahrt werden.⁴⁴

Für die **Prüfung einer erheblichen, andauernden oder wiederholten Störung des Wettbewerbs** sieht § 32f Abs. 5 des Referentenentwurfs **zentrale Kriterien** vor, die im Rahmen der Prüfung zu berücksichtigen wären. Hierzu zählen die Anzahl, Größe, Finanzkraft und Umsätze der betroffenen Märkte (Nr. 1), die Verflechtungen der Unternehmen (Nr. 2), die Beschränkungen des Marktzutritts und Marktaustritts (Nr. 3) und Marktergebnisse und Verhaltensweisen, die auf bestimmte Marktstrukturen hinweisen (Nr. 4).

Mit den angedachten Eingriffsmöglichkeiten für das Bundeskartellamt vergleichbare Eingriffsinstrumente bestehen bereits in Großbritannien, Griechenland, Mexiko, Südafrika und Island.⁴⁵

2.2. Änderungsvorschlag zur Vorteilsabschöpfung

Schließlich soll auch die Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB und deren Anwendung für die Kartellbehörden erleichtert werden.

Nach gegenwärtiger Rechtslage setzt die Vorteilsabschöpfung voraus, dass ein Unternehmen **vorsätzlich oder fahrlässig** gegen Vorschriften des 1. Teils des GWB (§§ 1-471 GWB) oder gegen die Art. 101, 102 AEUV **verstoßen** hat und dadurch einen **wirtschaftlichen Vorteil** erlangt hat (§ 34 Abs. 1 GWB). Als Rechtsfolge kann die Kartellbehörde die Abschöpfung des Vorteils und die Zahlung eines entsprechenden Geldbetrags anordnen. In der Praxis wird jedoch bemängelt, dass das bisherige Vermögensabschöpfungsverfahren zu aufwendig und umfangreich sei, sodass vielfach auf eine Vermögensabschöpfung verzichtet würde.⁴⁶

43 Ebenda, S. 26.

44 Ebenda, S. 14.

45 Ebenda, S. 16.

46 Kersting, Abschöpfung von Gewinnen nach dem Referentenentwurf zur 11. GWB-Novelle, NzKart 2022, 659 (659).

Nach dem Referentenentwurf soll nunmehr das Erfordernis des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit in Bezug auf den Verstoß gegen kartellrechtliche Vorschriften gestrichen werden.⁴⁷ Die Vermögensabschöpfung könnte demnach **verschuldensunabhängig** erfolgen.⁴⁸ Begründet läge dies in dem **verwaltungsrechtlichen Charakter** der Maßnahme, die durch Erlösherausgabe eine Bereicherung durch festgestellte Kartellrechtsverstöße verhindern solle.⁴⁹ Darüber hinaus sollen die **Nachweis-anforderungen** für die Kartellbehörden hinsichtlich des **konkret erlangten Vorteils abgesenkt** werden, um zu verhindern, dass wirtschaftliche Vorteile, die unter Verstoß gegen Rechtsvorschriften erlangt wurden, bei Unternehmen verbleiben.⁵⁰ So soll künftig nach § 34 Abs. 4 Satz 1 des Referentenentwurfs **vermutet** werden, dass ein **Verstoß** gegen Kartellrechtsvorschriften einen **wirtschaftlichen Vorteil verursacht** hat; die Höhe des wirtschaftlichen Vorteils könnte geschätzt werden, wobei § 287 ZPO mit der Maßgabe, dass eine überwiegende Wahrscheinlichkeit ausreicht, entsprechende Anwendung finden soll (§ 34 Abs. 4 Satz 2, 3 des Referentenentwurfs). Weiter soll vermutet werden, dass der wirtschaftliche Vorteil mindestens ein Prozent der Umsätze beträgt, die das betroffene Unternehmen im Inland mit Produkten und Dienstleistungen, die im Zusammenhang mit dem Verstoß stehen, erzielt hat (§ 34 Abs. 4 Satz 4 des Referentenentwurfs). Der abzuführende Geldbetrag soll zahlenmäßig bestimmt werden und darf zehn Prozent des Gesamtumsatzes des im Geschäftsjahr vor der Vorteilsabschöpfung erzielten Gesamtumsatzes nicht übersteigen (§ 34 Abs. 4 Satz 8 des Referentenentwurfs).

Schließlich soll auch die Frist der Vorteilsabschöpfung nach § 34 Abs. 5 GWB von bisher sieben Jahren auf zehn Jahre verlängert werden.⁵¹

3. Gesetzgeberische Gestaltung der Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung

Mittlerweile besteht weitestgehend Übereinstimmung, dass das Grundgesetz die Wirtschaftsordnung grundsätzlich dem Gesetzgeber überlässt, „der hierüber innerhalb der ihm durch das Grundgesetz gezogenen Grenzen frei zu entscheiden hat, ohne dazu einer weiteren als seiner allgemeinen demokratischen Legitimation zu bedürfen.“⁵² Demnach darf dem Bundesverfassungsgericht zufolge der Gesetzgeber im Sinne einer weitgehenden Gestaltungsfreiheit „jede ihm sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik verfolgen, sofern er dabei das Grundgesetz, insbesondere die Grundrechte beachtet“; denn das Grundgesetz sei „wirtschaftspolitisch neutral“.⁵³ Die Entscheidung für die gegenwärtige Wirtschafts- und Sozialordnung ist demzufolge nicht zwingend, sondern kann

47 Referentenentwurf des BMWK, a.a.O., Seite 8.

48 Kersting, a.a.O., 661; Referentenentwurf des BMWK, a.a.O., S. 33.

49 Kersting, a.a.O., 661; Referentenentwurf des BMWK, a.a.O., S. 17.

50 Referentenentwurf des BMWK, a.a.O., S. 17.

51 Ebenda, S. 8.

52 BVerfGE 50, 290 (337). Vgl. Axer, in: BeckOK GG, Art. 14 GG Rn. 26 (53. Ed. 15.11.2022).

53 BVerfGE 50, 290 (338) mit Hinweis auf BVerfGE 4, 7 (17 f.).

durch andere ersetzt werden.⁵⁴ Der Gesetzgeber ist allerdings verpflichtet, „die grundsätzliche Freiheit wirtschafts- und sozialpolitischer Gestaltung [...] mit dem Freiheitsschutz zu vereinen, auf den der einzelne Bürger gerade auch dem Gesetzgeber gegenüber einen verfassungsrechtlichen Anspruch hat“.⁵⁵

Aus diesen Grundsätzen wird in der Literatur abgeleitet, dass die staatliche Intervention stets eine rechtfertigungsbedürftige Ausnahme und die Freiheit wirtschaftlicher Betätigung der Regelfall bleiben müsse.⁵⁶ So begründe insbesondere die Eigentumsgarantie nach Art. 14 Abs. 1 GG und der Wesensgehalt der Freiheiten aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG die äußerste Grenze der Gestaltungsfreiheit, sodass eine Wirtschaftsordnung, die unter anderem unternehmensbestimmtes Privateigentum abschaffte, nicht mit der Verfassung vereinbar wäre.⁵⁷

Insofern ist sowohl nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als auch nach der Literatur in Bezug auf die Strukturierung der Wirtschaftsordnung von einem weiten Gestaltungsspielraum auszugehen. Dabei sind jedoch stets die grundrechtlichen Grenzen zu wahren. Vor diesem Hintergrund sind die folgenden gesetzgeberischen Maßnahmen des Referentenentwurfs zur Novelle des GWB zu bewerten.

4. Verdachtsunabhängige Sektoruntersuchung, § 32e GWB-E

Die verdachtsunabhängige Sektoruntersuchung dient einer präventiven Vorsorge gegen Markteinschränkungen, -verfälschungen und -störungen, indem wichtige Erkenntnisse über Wettbewerbsverhältnisse an den untersuchten Märkten gesammelt werden können. Für die Einleitung einer Sektoruntersuchung ist nach der geltenden Rechtslage kein konkreter Anfangsverdacht erforderlich, sondern es genügt die Vermutung aufgrund von starren Preisen oder anderen Umständen, dass der Wettbewerb im Inland möglicherweise beschränkt oder verfälscht ist.⁵⁸ Bei der Entscheidung, eine Sektoruntersuchung durchzuführen, wird der Kartellbehörde ein weiter Beurteilungsspielraum zugestanden.⁵⁹ Die Untersuchungen dürfen jedoch nicht ins Blaue hinein ohne jegliche Anhaltspunkte erfolgen, sondern müssen grundsätzlich plausibel begründet sein.⁶⁰ Die Bestimmung des Umfangs des Untersuchungsgegenstandes, d.h. der zu untersuchenden Sektoren oder Wirtschaftszweige oder der Art der sektorenübergreifenden Vereinbarungen, liegt ebenfalls grundsätzlich im

54 BVerfGE 4, 7 (18).

55 BVerfGE 50, 290 (338).

56 Vgl. Leistner, § 5 Die Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Auflage 2019, Rn. 7.

57 Vgl. Papier/Shirvani, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Art. 14 GG Rn. 159 (83. EL April 2018).

58 Vgl. dazu die Gesetzesbegründung zu § 32e GWB, [BT-Drs. 15/3640](#), S. 34.

59 Vgl. Spiecker, in: Säcker/Meier-Beck, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht Bd. 2, 4. Auflage 2022, § 32e GWB Rn. 6 in Bezugnahme auf OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.05.2007 - Kart 5/07 -, BeckRS 2007, 9074.

60 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.05.2007 - Kart 5/07 -, BeckRS 2007, 9074.

pflichtgemäßen Ermessen der Kartellbehörden.⁶¹ Sie müssen dabei den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und das Willkürverbot beachten.⁶²

4.1. Voraussetzungen und Beschleunigung der Sektoruntersuchung, §32e Abs. 1 - 4 GWB-E

Der Referentenentwurf sieht vor, dass die Passage „starre Preise oder andere“ in § 32e Abs. 1 GWB gestrichen wird. Dies hat jedoch nicht zur Folge, dass ein zwingendes Tatbestandsmerkmal entfällt. Vielmehr entfällt nur die Benennung eines Beispiels derjenigen Umstände, die vermuten lassen, dass der Wettbewerb im Inland möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht ist.⁶³ Hintergrund der Aufnahme der Passage „starre Preise oder andere“ als Beispiel war die Anlehnung an Art. 17 Abs. 1 der Verordnung 1/2003, wonach die Entwicklung des Handels zwischen Mitgliedstaaten und Preisstarrheiten exemplarisch als wettbewerbseinschränkende oder -verfälschende Umstände angeführt werden. In der Gesetzesbegründung zur Einführung des § 32e GWB wurden die starren Preise nicht als ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal hervorgehoben. Nur die aus bestimmten Umständen folgende Vermutung, dass der Wettbewerb möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht ist, wurde als Voraussetzung für eine Sektoruntersuchung angeführt.⁶⁴

Dem Referentenentwurf zufolge müssen auch nach § 32e Abs. 1 GWB-E Umstände die Vermutung begründen, dass der Wettbewerb im Inland möglicherweise beschränkt oder verfälscht ist. Die Kürzung soll lediglich der Klarstellung dienen, dass die bisherige Hervorhebung von starren Preisen mit Blick auf die vielfältigen sonstigen möglichen Ursachen wettbewerbsbeschränkender oder -verfälschender Umstände nicht sachgerecht sei.⁶⁵ Eine dadurch erfolgte Ausdehnung des möglichen Untersuchungsgegenstandes und damit einhergehende Ausweitung der Befugnisse der Kartellbehörden ist nicht ersichtlich.

Des Weiteren sieht der Referentenentwurf vor, dass das Bundeskartellamt die Einleitung einer Sektoruntersuchung nach § 32e Abs. 3 GWB-E auf seiner Internetseite veröffentlichen und diese Untersuchung regelmäßig nach 18 Monaten nach der Einleitung abschließen soll. Außerdem soll das Bundeskartellamt durch die Änderung des § 32e Abs. 4 GWB-E – anders als nach § 32e Abs. 3 GWB – seine Berichte über die Ergebnisse einer Sektoruntersuchung veröffentlichen, während Landeskartellbehörden ein Veröffentlichungsermessen behalten sollen. Neu in diesem Zusammenhang ist allerdings, dass das Bundeskartellamt nach § 32e Abs. 4 Satz 3 GWB-E im Untersuchungsbericht Empfehlungen an die Bundesregierung aussprechen können soll, wenn die ermittelten Ergebnisse „Anhaltspunkte für regulatorischen Anpassungsbedarf durch den Gesetzgeber“ ergeben.

61 [BT-Drs. 15/3640](#), S. 34.

62 Bach, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht Bd. 2, 6. Auflage 2020, § 32e GWB Rn. 16.

63 Vgl. zur Eigenschaft der „starren Preise“ als Beispiel, Otto, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 4. Auflage 2020, § 32e GWB Rn. 5.

64 Vgl. [BT-Drs. 15/3640](#), S. 52.

65 BMWK, Referentenentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen, Bearbeitungsstand: 15.09.2022, abrufbar unter: <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Wettbewerbspolitik/wettbewerbsdurchsetzungsgesetz-referentenentwurf-bmwk.pdf?blob=publicationFile&v=4>, S. 23.

Diese Maßnahmen betreffen insgesamt den Zweck einer Verfahrensbeschleunigung und -transparenz durch das Bundeskartellamt. Insoweit bestehen keine erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken. Allerdings könnten abhängig vom Inhalt des Untersuchungsberichts neben allgemeinen Ausführungen zu den Marktverhältnissen gegebenenfalls Daten über Unternehmen veröffentlicht werden, was die Unternehmen in ihren Grundrechten berühren könnte. Ob dies ungerechtfertigte Eingriffe darstellt, ist allerdings im Einzelfall zu bewerten und ergibt sich nicht unmittelbar aus den Änderungsvorschlägen.

4.2. Beschlagnahmefugnis, § 32e Abs. 5 GWB-E

Des Weiteren sieht der Referentenentwurf vor, dass die zuständigen Kartellbehörden nach § 32e Abs. 5 GWB-E zusätzlich zu Auskunftsverlangen, Einsehen geschäftlicher Unterlagen und Durchsuchungen nun auch Beschlagnahmen gemäß § 58 GWB im Rahmen der Sektoruntersuchung durchführen können sollen.⁶⁶

Beschlagnahmen beziehen sich auf die Sicherung von Gegenständen durch einen staatlichen Hoheitsakt, der in der Regel – wie im Sinne des § 94 Abs. 2 der Strafprozessordnung⁶⁷ – gegen den Willen des Verfügungsberechtigten erfolgt.⁶⁸ Die kartellrechtliche Beschlagnahme ist der strafprozessualen Beschlagnahme ähnlich, zumal gemäß § 58 Abs. 4 GWB auf strafprozessuale Vorschriften verweist.⁶⁹ Allerdings dient die kartellrechtliche Beschlagnahme ausschließlich der Ermittlung im Rahmen kartellrechtlicher Verwaltungsverfahren, d.h. der umfassenden und erforderlichen (präventiven) Sachverhaltsaufklärung zur Erfüllung der den Kartellbehörden durch Gesetz zugewiesenen (Ermittlungs-)Aufgaben.⁷⁰ Die strafprozessuale Beschlagnahme dient demgegenüber den repressiven Zwecken der Strafverfolgung bzw. Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten.⁷¹

66 BMWK, Referentenentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen, Bearbeitungsstand: 15.09.2022, abrufbar unter: <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Wettbewerbspolitik/wettbewerbsdurchsetzungsgesetz-referentenentwurf-bmwk.pdf?blob=publicationFile&v=4>, S. 5.

67 Strafprozessordnung (StPO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 07.04.1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), zuletzt geändert am 25.03.2022 (BGBl. I S. 5719). Nach § 94 Abs. 1 StPO ist die Sicherstellung von Gegenständen die allgemeine Form der hoheitlichen Entziehung von Gegenständen.

68 Vgl. Ost, in: in: Säcker/Meier-Beck, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht Bd. 2, 4. Auflage 2022, § 58 GWB Rn. 2.

69 Vgl. Ost, in: in: Säcker/Meier-Beck, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht Bd. 2, 4. Auflage 2022, § 58 GWB Rn. 1.

70 Vgl. zur Beschlagnahme im Sinne des damals geltenden § 46 GWB, [BT-Drs. 2/1158](#), S. 50.

71 Siehe dazu ausführlich Ost, in: in: Säcker/Meier-Beck, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht Bd. 2, 4. Auflage 2022, § 58 GWB Rn. 1.

Prüfungsmaßstab für Beschlagnahmen sind die Grundrechte. Dabei sind insbesondere das Eigentumsgrundrecht des Art. 14 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG)⁷² in Betracht zu ziehen.

4.2.1. Eingriff in die Eigentumsgarantie

Die Eigentumsgarantie nach Art. 14 Abs. 1 GG schützt alle vermögenswerten Rechtspositionen, die Grundrechtsträgern von der Rechtsordnung in der Weise zugeordnet sind, dass sie ihre Verfügungsbefugnis eigenverantwortlich und frei ausüben dürfen.⁷³ Dazu zählen vor allem das Eigentumsrecht nach § 903 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB)⁷⁴, aber auch andere Besitzrechte.⁷⁵ In Bezug auf die strafprozessuale Beschlagnahme ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die mit der Beschlagnahme „verbundene Belastung [...] in der Regel in der Entziehung des Besitzes an den betroffenen Beweisgegenständen und [...] daher an Art. 14 GG [...] zu messen“.⁷⁶ Die besagte Belastung bezieht sich im Wesentlichen auf eine fortdauernde Besitzentziehung.⁷⁷ Der sachliche Schutzbereich ist demnach eröffnet, wenn durch einen hoheitlichen Akt Gegenstände entzogen werden.

Bezüglich des persönlichen Schutzbereiches gilt, dass sowohl natürliche Personen als auch nach Art. 19 Abs. 3 GG inländische juristische Personen Träger der Eigentumsgarantie sind.⁷⁸ Werden also einem inländischen Unternehmen durch eine Beschlagnahme Gegenstände entzogen, ist grundsätzlich der sachliche und persönliche Schutzbereich der Eigentumsgarantie eröffnet.

§ 32e Abs. 5 GWB-E i.V.m. § 58 GWB ist zwar kein Gebot, Verbot oder eine selbstvollziehende Vorschrift im Sinne des klassischen Eingriffsbegriffs, nach dem ein Eingriff erst vorliegt, wenn ein rechtsförmiger Vorgang „unmittelbar und gezielt (final) durch ein vom Staat verfügbares, erforderlichenfalls zwangsweise durchzusetzendes Ge- oder Verbot, also imperativ, zu einer Verkürzung grundrechtlicher Freiheiten führt“.⁷⁹ Das Bundeskartellamt wird jedoch unter Berücksichtigung des pflichtgemäßen Ermessens mit der Beschlagnahme ermächtigt, einen belastenden Verwaltungsakt zu erlassen. Die Beschlagnahme setzt also eine behördliche Ermessensentscheidung voraus, die dann zu einem möglichen Eingriff in die Eigentumsgarantie führen kann. In diesem Zusammenhang

72 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.05.1949 in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert am 19.12.2022 (BGBl. I S. 2478).

73 Vgl. zuletzt BVerfGE 155, 238 (270 Rn. 74); BVerfGE 115, 97 (110 f.); stRspr.

74 Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 02.01.2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), zuletzt geändert am 07.11.2022 (BGBl. I S. 1982).

75 Vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 17. Auflage 2022, Art. 14 GG Rn. 6.

76 BVerfGK 1, 126 (133).

77 BVerfGE 124, 43 (57) in Bezug auf BVerfGK 1, 126 (133). Siehe ferner BVerfG, Beschluss vom 30.01.2002 - 2 BvR 2248/00 -, NJW 2002, 1410 (1411).

78 BVerfGE 4, 7 (17); 143, 246 (312 Rn. 182); st. Rspr. Siehe ferner Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Auflage 2022, Art. 14 Rn. 22.

79 BVerfGE 105, 279 (300).

hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass Ermächtigungsvorschriften die so begründete Entscheidungsfreiheit der Verwaltung unnötigen Eingriffen der öffentlichen Gewalt gerecht wird.⁸⁰ Die Einräumung dieser Befugnisse muss nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit einem legitimen Ziel dienen und zu dessen Erreichung geeignet, erforderlich und angemessen sein. Zudem sind diese Befugnisse besonders „am Grundsatz der Normenklarheit und Bestimmtheit zu messen, der der Vorhersehbarkeit von Eingriffen für die Bürgerinnen und Bürger, einer wirksamen Begrenzung der Befugnisse gegenüber der Verwaltung sowie der Ermöglichung einer effektiven Kontrolle durch die Gerichte dient“.⁸¹

Die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit sowie die Normenklarheit bzw. Bestimmtheit richten sich maßgeblich nach der Wesentlichkeit des Regelungsgegenstandes, vor allem der Art und Schwere eines möglichen Grundrechtseingriffs.⁸² Insoweit wird bei der Eigentumsgarantie zwischen Inhalts- und Schrankenbestimmungen nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG und der grundsätzlich intensiveren Enteignungen nach Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG unterschieden. Die grundrechtsintensivere Enteignung im Sinne des Art. 14 Abs. 3 GG ist entschädigungspflichtig und liegt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vor, wenn eine konkrete Eigentumsposition im Rahmen einer hoheitlichen Güterbeschaffung entzogen wird, der Staat das Eigentum Einzelner also entzieht und es sich oder Dritten zum Wohle der Allgemeinheit verschafft,⁸³ wenn beispielsweise ein Grundstück für den Bau einer Autobahn benötigt wird. Für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung solch einer Güterbeschaffung wird – neben einer gesetzlich geregelten Entschädigung – hinsichtlich des legitimen Zwecks der Enteignungsmaßnahme ein qualifizierter Enteignungszweck gefordert, der sich auf das Wohl der Allgemeinheit richtet.⁸⁴

Die Beschlagnahme wurde vom Bundesverfassungsgericht als Beispiel für eine Konstellation angeführt, in der ein praktischer Bedarf für den bloßen Eigentumsentzug bestehe, weil „das Eigentumsrecht im weitesten Sinn bemakelt ist oder in sonstiger Weise als Gemeinwohllast wahrgenommen wird, der Staat [aber] kein originäres Interesse an der Beschaffung des betroffenen Gegenstandes aus Gründen des Gemeinwohls hat“.⁸⁵ Es entspreche der grundsätzlichen Sozialpflichtigkeit des Eigentums nach Art. 14 Abs. 2 GG, diesen Eigentumsentzug als Inhalts- und Schrankenbestimmung einzuordnen.⁸⁶ Die kartellrechtliche Beschlagnahme nach § 32e Abs. 5 GWB i.V.m. § 58 GWB umfasst entsprechend nur den Besitzentzug zu Beweis Zwecken und stellt keine Güterbeschaffung dar.

80 BVerfGE 9, 137 (149); st. Rspr.

81 BVerfGE 141, 220 (265, Rn. 94); BVerfG, Beschluss vom 24.07.2017 - 2 BvR 1487/17 -, NVwZ 2017, 1526 (1529, Rn. 41). Vgl. bereits BVerfGE 8, 274 (324 ff.); st. Rspr.

82 Zur Wesentlichkeitstheorie, BVerfGE 40, 237 (249 ff.). Siehe ferner Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Art. 20 GG Rn. 111 (97. EL Januar 2022) m.w.N.

83 BVerfGE 143, 246 (332 f., Rn. 243 f.).

84 Vgl. BVerfGE 74, 264 (285).

85 BVerfGE 143, 246 (336, Rn. 253).

86 BVerfGE 143, 246 (336 f., Rn. 253).

Daher ist in Anlehnung an diese bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung davon auszugehen, dass sie eine Inhalts- und Schrankenbestimmung gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG ist.

4.2.2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Auch als Inhalts- und Schrankenbestimmung im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG muss die Vorschrift sowohl der Grundsatz der Bestimmtheit als auch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen. Bezüglich der Bestimmtheit bestehen zunächst keine verfassungsrechtlichen Bedenken, da besonders § 58 GWB durch Rechtsprechung und Literatur – auch in Anlehnung an die strafprozessuale Beschlagnahme – bereits bestimmt wurde.

Hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit müsste die durch das Gesetz ermöglichte Beschlagnahme im Rahmen der Sektoruntersuchung einen legitimen Zweck verfolgen sowie geeignet, erforderlich und angemessen sein, um den legitimen Zweck zu erfüllen. Bei der Einführung der Sektoruntersuchung mit der 7. GWB-Novelle im Jahr 2005 wurde allerdings noch gegen die Aufnahme der Beschlagnahme als Ermittlungsbefugnis argumentiert, dass „die Ermächtigung zur Beschlagnahme bestimmter Gegenstände [...] im Rahmen einer grundsätzlich verdachtsunabhängigen Enqueteuntersuchung unverhältnismäßig“ sei,⁸⁷ ohne dies jedoch näher auszuführen.

Aus der Begründung des Referentenentwurfs ergibt sich, dass das kartellrechtliche Instrument der Sektoruntersuchung zur Gewährleistung eines fairen Marktes ausgebaut und das Verfahren beschleunigt werden soll. Kartellbehörden sollen die notwendige Erkenntnisse über Wettbewerbsverhältnisse in einem Wirtschaftszweig oder Wirkungsweise von bestimmten Formen von Vereinbarungen bzw. Verhaltensweisen gewinnen können, um mögliche gestörte Wettbewerbsverhältnisse besser zu verstehen sowie Wettbewerbsstörungen effektiv entgegenzuwirken.⁸⁸ Wie der im Rahmen der Gesetzgebungskompetenzen geregelte Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG mit der „Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung“ demonstriert, stellt die Gewährleistung und die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs nach der überwiegenden Auffassung einen legitimen Zweck dar.⁸⁹

Die Geeignetheit setzt voraus, dass der bezweckte Erfolg grundsätzlich durch das gewählte Mittel gefördert werden kann und die Zweckerreichung zumindest möglich erscheint. Ungeeignet sind eingesetzte Mittel nur, wenn sie schlechthin oder objektiv untauglich sind.⁹⁰ Dies ist vorliegend nicht ersichtlich. Eine Beschlagnahme von kartellrechtsrelevanten Gegenständen zum Zwecke der

87 Siehe zur Gesetzesbegründung von § 32e GWB, [BT-Drs. 15/3640](#), S. 52.

88 BMWK, Referentenentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen, Bearbeitungsstand: 15.09.2022, abrufbar unter: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Wettbewerbspolitik/wettbewerbsdurchsetzungsgesetz-referentenentwurf-bmwk.pdf?__blob=publicationFile&v=4, S. 1, 11.

89 Vgl. in Bezug auf die Entflechtung (dazu unter 4.3.), Müller, Entflechtung und Deregulierung, 2004, S. 198; Engel, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Entflechtungstatbestandes im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen als ultima ratio zur Beseitigung eines Wettbewerbsversagens, 2007, S. 32; Nettesheim/Thomas, Entflechtung im deutschen Kartellrecht, 2011, S. 113.

90 BVerfGE 143, 246 (348, Rn. 285).

Beweissicherung fördert jedenfalls grundsätzlich die Gewinnung von Erkenntnissen über Marktverhältnisse, auf deren Grundlage fundierte Entscheidungen des Bundeskartellamts in Bezug auf die Gewährleistung eines funktionsfähigen Wettbewerbs getroffen werden können.

Die Beschlagnahme müsste ferner erforderlich sein, d.h. es dürfte kein anderes, gleich wirksames, aber das Eigentum weniger einschränkendes Mittel zur Verfügung stehen, um das angestrebte Ziel zu erreichen.⁹¹ Die freiwillige Herausgabe schränkt die Eigentumsfreiheit aufgrund der Zustimmung zwar weniger ein, ist jedoch kein gleich geeignetes milderes Mittel in Bezug auf die Beschlagnahme, weil diese auf den Besitzentzug von ermittlungsrelevanten Gegenständen zielt, die der Verfügungsbefugte gerade nicht herausgeben möchte.⁹² Auch die Übergabe von Kopien genügt wegen der geringeren Beweiskraft regelmäßig nicht.⁹³ Allerdings ist zu beachten, dass sowohl die freiwillige Herausgabe als auch die Übergabe von Kopien im Rahmen des ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals der Erforderlichkeit zu berücksichtigen ist.⁹⁴ Andere gleich geeignete, mildere Mittel für die unfreiwillige Entziehung sind nicht ersichtlich, sodass von der Erforderlichkeit im Rahmen der Verhältnismäßigkeit ausgegangen werden kann.

Die im Referentenentwurf vorgesehene Ausweitung der Beschlagnahme müsste letztlich auch angemessen sein. Das bedeutet, dass die mögliche Besitzentziehung in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten Zweck der Erkenntnisgewinnung und Sicherung der Beweismittel für die Zwecke einer Sektoruntersuchung stehen müsste. Die Beschlagnahme nach § 58 GWB dient der Aufgabenerfüllung der Ermittlung in Kartellverwaltungsverfahren vor allem gemäß §§ 32 ff. GWB, um unter anderem konkrete Kartellverstöße im Einzelnen festzustellen.⁹⁵ Demgegenüber reicht für eine Sektoruntersuchung bereits unabhängig von einem konkreten Kartellrechtsverstoß aus, dass bestimmte Umstände eine Wettbewerbseinschränkung oder -verfälschung im Inland vermuten lassen. Die Eingriffsschwelle liegt demnach niedriger als im Rahmen der übrigen Kartellverwaltungsverfahren. Die Eingriffsintensität in das Eigentum der Unternehmen ist jedoch dieselbe wie in den übrigen Kartellverwaltungsverfahren. Allerdings stehen den Betroffenen die nach § 58 GWB vorgesehenen Rechtsschutzmöglichkeiten zu: Bekanntgabe der Beschlagnahme nach § 58 Abs. 1 Satz 2 GWB, gerichtliche Bestätigung infolge einer Abwesenheit nach § 58 Abs. 2 GWB, Möglichkeit einer richterlichen Entscheidung nach § 58 Abs. 3 GWB und eine entsprechende Beschwerdemöglichkeit nach § 58 Abs. 4 GWB.

Der Einführung einer Beschlagnahmeermächtigung wird teilweise entgegen gehalten, dass auf der Grundlage von § 32e GWB andernfalls die Möglichkeit zu verdachtsunabhängigen „Fischzügen“

91 BVerfGE 143, 246 (349, Rn. 289).

92 Allerdings ist eine Beschlagnahme richtigerweise nicht erforderlich, wenn eine freiwillige Herausgabe vorliegt, vgl. Schmidt, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht Bd. 2, 6. Auflage 2020, § 58 GWB Rn. 4.

93 Dazu Ost, in: in: Säcker/Meier-Beck, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht Bd. 2, 4. Auflage 2022, § 58 GWB Rn. 2.

94 Siehe Schmidt, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht Bd. 2, 6. Auflage 2020, § 58 GWB Rn. 4.

95 Vgl. Ost, in: in: Säcker/Meier-Beck, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht Bd. 2, 4. Auflage 2022, § 58 GWB Rn. 1.

bestünde, in deren Rahmen Kartellbehörden Zufallsfunde machen und in der Folge zu den Befugnissen nach dem Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG)⁹⁶ greifen könnten.⁹⁷ Aufgrund der Verdachtsunabhängigkeit der Sektoruntersuchung stehe demnach die Beschlagnahme nicht in einem angemessenen Verhältnis zur Zweckerreichung. Dem könnte allerdings wiederum entgegnet werden, dass im Rahmen der Sektoruntersuchung die Beschlagnahme eine geringere Rolle spielt als beispielsweise die Prüfung von Unterlagen nach § 59a GWB.⁹⁸ Vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Bedeutung ist außerdem bei jeder Beschlagnahme als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal die Erforderlichkeit der Sicherstellung der Gegenstände durch die Kartellbehörde zu prüfen, sodass dies eine weitere Hürde darstellen kann. Im Übrigen ist im Rahmen der verbraucherrechtlichen Sektoruntersuchung nach § 32e Abs. 6 GWB-E die Anwendung der Beschlagnahme nach § 58 GWB ausgeschlossen, weil Unternehmen bezüglich der verbraucherrechtlichen Untersuchungen noch möglichst gering belastet werden sollen.⁹⁹

Zusammenfassend wird zum Teil vertreten, dass Beschlagnahmen bei verdachtsunabhängigen kartellrechtlichen Untersuchungen unverhältnismäßig seien. In der Tat ist eine Beschlagnahme ohne den Verdacht auf einen konkreten Kartellrechtsverstoß ein intensiverer Eingriff als eine Beschlagnahme zur Ermittlung von Kartellrechtsverstößen. Dass Beschlagnahmen bei verdachtsunabhängigen Untersuchungen per se unverhältnismäßig sind, erscheint jedoch nicht zwingend. Das gilt umso mehr als im Einzelfall auftretenden unverhältnismäßigen Konstellationen im Wege einer verfassungskonformen einschränkenden Auslegung der Ermächtigungsnorm begegnet werden kann.

5. Missbrauchsunabhängige Abhilfemaßnahmen infolge von Sektoruntersuchungen, § 32f GWB-E

Der Referentenentwurf sieht mit § 32f GWB-E des Weiteren neue Abhilfemaßnahmen im Anschluss an eine Sektoruntersuchung vor. Außerdem soll im Zuge dessen die im Rahmen der 10. GWB-Novelle in § 39a GWB eingeführte Möglichkeit, Unternehmen zur Anmeldung von Unternehmenszusammenschlüssen unterhalb der Anmeldeschwelle des § 35 GWB zu verpflichten, mit einigen Änderungen in den neuen § 32f GWB-E überführt werden.

Im Folgenden wird zunächst die novellierte Anmeldepflicht betrachtet (5.1.), anschließend die neuen Abhilfemaßnahmen (5.2.) und abschließend die missbrauchsunabhängige Entflechtung, die als ultima ratio möglich sein soll (5.3.).

96 Gesetz über Ordnungswidrigkeiten in der Fassung der Bekanntmachung vom 19.02.1987 (BGBl. I S. 602), zuletzt geändert am 05.10.2021 (BGBl. I S. 4607).

97 Bach; in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht Bd. 2, 6. Auflage 2020, § 32e GWB Rn. 37; Spiecker in: Säcker/Meier-Beck, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht Bd. 2, 4. Auflage 2022, 4. Auflage 2022, GWB § 32e Rn. 10. Siehe ferner, Klose, § 52 Ermittlungsbefugnisse der Kartellbehörden, in: Wiedemann Handbuch des Kartellrechts, 4. Auflage 2020, Rn. 57.

98 Vgl. Ost, in: Säcker/Meier-Beck, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht Bd. 2, 4. Auflage 2022, § 58 GWB Rn. 1.

99 BT-Drs. 18/11446, S. 26.

5.1. Anmeldeverpflichtung, § 32f Abs. 2 GWB-E

Anders als die Anmeldepflicht nach §§ 39, 35 GWB, die eine gesetzliche Pflicht darstellt, setzt die Verpflichtung zur Anmeldung nach § 39a GWB und entsprechend § 32f Abs. 2 GWB-E eine verwaltungsrechtliche Ermessensentscheidung des Bundeskartellamts voraus. Es handelt sich daher um eine Ausnahmegesetzgebung mit ergänzender Funktion für bestimmte Wirtschaftszweige.¹⁰⁰ Besonders sollen die im Referentenentwurf vorgesehenen Umsatzschwellen im Vergleich zur bisherigen Rechtslage reduziert werden, um auch auf drohende regionale Wettbewerbsprobleme angemessen reagieren zu können.¹⁰¹ Wie die Beschlagnahme (4.2.), soll die mögliche Anmeldeverpflichtung nach § 32f Abs. 2 GWB-E erst nach einer Ermessensentscheidung des Bundeskartellamts erfolgen. Daher sind auch insofern mit der Normenklarheit und Bestimmtheit sowie der Verhältnismäßigkeit die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Gestaltung von Ermessensvorschriften zu beachten.

5.1.1. Betroffene Grundrechte

Die mögliche Anmeldepflicht stellt auf jeden Fall einen rechtfertigungsbedürftigen Grundrechtseingriff dar. Soweit nicht schon die Anwendbarkeit des Art. 14 Abs. 1 GG bejaht wird, ist jedenfalls Art. 12 Abs. 1 oder Art. 2 Abs. 1 GG einschlägig.

Die Eröffnung des Schutzbereichs der Eigentumsgarantie setzt insoweit voraus, dass Zusammenschlussvorhaben vermögenswerte Rechtspositionen im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG darstellen (siehe zum sachlichen Schutzbereich 4.2.1.). In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die Eigentumsgarantie nach Art. 14 Abs. 1 GG nur Rechtspositionen schützt, die natürlichen oder juristischen Personen bereits zustehen, nicht aber solche, die noch in der Zukunft liegende Chancen und Verdienstmöglichkeiten betreffen.¹⁰² Allerdings sind vertragliche Ansprüche und Forderungen von der Eigentumsgarantie miteingefasst, solange sie dem Grundrechtsträger vor dem Eingriff schon zustehen.¹⁰³ Das bedeutet, dass jedenfalls bereits vertraglich geschlossene Zusammenschlussvorhaben vor dem möglichen Inkrafttreten einer Anmeldepflicht grundsätzlich von dem Schutzbereich der Eigentumsgarantie erfasst sein können.

100 Vgl. zu § 39a GWB, [BT-Drs. 19/23492](#), S. 96; Bach, in: Säcker, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht Bd. 2, 4. Auflage 2022, § 39a GWB Rn. 4.

101 BMWK, Referentenentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen, Bearbeitungsstand: 15.09.2022, abrufbar unter: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Wettbewerbspolitik/wettbewerbsdurchsetzungsgesetz-referentenentwurf-bmwk.pdf?__blob=publicationFile&v=4, S. 14.

102 Vgl. BVerfGE 68, 193 (222). Dazu im Zusammenhang mit § 39a GWB, Christiansen/Knebel, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht Bd. 2, 4. Auflage 2022, § 36 GWB Rn. 3.

103 Vgl. BVerfGE 68, 193 (222).

Soweit ein Zusammenschlussvorhaben nicht von Art. 14 Abs. 1 GG geschützt ist, etwa weil es noch nicht rechtswirksam vereinbart ist, ist zu berücksichtigen, dass die „Handlungsfreiheit auf wirtschaftlichem Gebiet“¹⁰⁴ gegebenenfalls von Art. 12 Abs. 1 GG, jedenfalls aber von Art. 2 Abs. 1 GG geschützt ist. Zu dieser Unternehmerfreiheit gehört eine Dispositionsbefugnis über „die ihm und seinem Unternehmen zugeordneten Güter und Rechtspositionen“.¹⁰⁵ Die Verpflichtung von Unternehmen, Zusammenschlussvorhaben anzumelden, ist daher ein rechtfertigungsbedürftiger Grundrechtseingriff.

5.1.2. Verhältnismäßigkeit

Die Verpflichtung müsste damit den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes genügen. Der legitime Zweck der Anmeldepflicht besteht, wie bei der Beschlagnahme (siehe 4.2.2.), in der Gewährleistung eines funktionsfähigen Wettbewerbs, und zwar spezifisch in Bezug auf den Schutz vor regionalen Wettbewerbsproblemen bei niedrigschwelligen Zusammenschlussvorhaben. Eine Anmeldepflicht fördert diesen Zweck, weil die Zusammenschlussvorhaben offengelegt werden müssen und das Bundeskartellamt anhand dessen Gefahren für den Wettbewerb feststellen kann. Eine Verpflichtung wäre daher ein geeignetes Mittel zum Erreichen des angestrebten legitimen Zwecks. Auch bezüglich der Erforderlichkeit sind keine milderen, gleich geeigneten Mittel ersichtlich. Vor allem stellt eine Ermessensermächtigung zu möglichen Belastungen gegenüber gebundenen Vorschriften und Pflichten bereits die mildere Lösung dar.¹⁰⁶

Im Rahmen der Angemessenheit ist entscheidend, ob die mögliche Anmeldepflicht und der damit einhergehende Eingriff in Grundrechte mit dem legitimen Zweck in einem angemessenen Verhältnis stehen. Dabei sind folgende Aspekte zu berücksichtigen. Die Anmeldepflicht nach § 32f Abs. 2 Satz 1 GWB-E umfasst Angaben über die Einzelheiten der Zusammenschlussvorhaben, Umsatzerlöse und Marktanteile der Unternehmen. Die Verpflichtung, Unternehmenszusammenschlüsse anzumelden, ist, wie bereits § 39a GWB, grundsätzlich auf drei Jahre beschränkt.¹⁰⁷ Eine Untersagung des Zusammenschlussvorhabens kann noch nicht unmittelbar nach der Anmeldung erfolgen. Dies ist vielmehr, wie bei Zusammenschlussvorhaben nach § 35 GWB, nur unter den strengen Voraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB möglich. Diese Umstände sprechen dagegen, in der von § 32f GWB-E vorgesehenen Anmeldung einen unverhältnismäßigen Grundrechtseingriff zusehen. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Pflicht zur Anmeldung erst durch eine Entscheidung des Bundeskartellamts entsteht, dem insoweit ein Ermessen zukommt. Diese Ausgestaltung der Vorschrift ermöglicht deren einschränkende grundrechtskonforme Auslegung und Anwendung in Fällen,

104 BVerfGE 50, 290 (366).

105 BVerfGE 97, 67 (83). Siehe ausführlich zur Unternehmerfreiheit, Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 126 (39. EL Juli 2001). Vgl. grundsätzlich zu Zusammenschlussvorhaben, Thomas, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht Bd. 3, Vorb. zu § 35 GWB Rn. 7; Christiansen/Knebel, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht Bd. 2, 4. Auflage 2022, § 36 GWB Rn. 3.

106 Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 10. Auflage 2022, § 40 VwVfG Rn. 18.

107 Vgl. zu § 39a GWB, [BT-Drs. 19/23492](#), S. 96.

in denen eine Anmeldung aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls eine unverhältnismäßige Grundrechtsbeeinträchtigung bewirken könnte. Im Ergebnis ist daher auch von der Verhältnismäßigkeit von § 32f Abs. 2 GWB-E auszugehen.

5.1.3. Normenklarheit und Bestimmtheit

Die Verpflichtung zur Anmeldung von Zusammenschlussvorhaben nach § 32f Abs. 2 GWB-E muss ferner bestimmt, bzw. bestimmbar sein. Dies ergibt sich aus Art. 20 Abs. 3 GG.¹⁰⁸ Insoweit setzt § 32f Abs. 2 GWB-E objektive Anhaltspunkte dafür voraus, dass durch künftige Zusammenschlüsse der wirksame Wettbewerb im Inland in einem oder mehreren Wirtschaftszweigen, die im Rahmen der Sektoruntersuchung genannt und analysiert wurden, im Sinne des § 36 Abs. 1 GWB erheblich behindert werden könnte. Sowohl „objektiv nachvollziehbare Anhaltspunkte“ als auch „erhebliche Wettbewerbsbehinderung“ sind zunächst unbestimmte Rechtsbegriffe.

Der Grad der verfassungsrechtlich gebotenen Bestimmtheit im Allgemeinen hängt dem Bundesverfassungsgericht

von den Besonderheiten des in Rede stehenden Sachbereichs und von den Umständen ab, die zu der gesetzlichen Regelung geführt haben [...]. Dabei sind die Bedeutung des Regelungsgegenstandes und die Intensität der durch die Regelung oder aufgrund der Regelung erfolgenden Grundrechtseingriffe ebenso zu berücksichtigen [...] wie der Kreis der Anwender und Betroffenen der Norm [...] sowie deren konkretes Bedürfnis, sich auf die Normanwendung einstellen zu können.¹⁰⁹

Außerdem gilt nach der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung bei Eingriffsermächtigungen im Bereich der Wirtschaftsverwaltung, dass die gesetzgeberische Gestaltung der komplexen Verwaltungsaufgaben in klar umrissenen Begriffen und Vorschriften schwierig ist. Danach wird sich der Gesetzgeber „abstrakter und unbestimmter Formulierungen bedienen müssen, um die Verwaltungsbehörden in die Lage zu versetzen, ihren Aufgaben, den besonderen Umständen des einzelnen Falles und den schnell wechselnden Situationen des wirtschaftlichen Lebens gerecht zu werden“.¹¹⁰

Zudem haben Literatur und Rechtsprechung den Begriff der erheblichen Wettbewerbsbehinderung bereits im Rahmen des § 36 Abs. 1 GWB durchaus konkretisiert.¹¹¹ Der Begriff der objektiv nachvollziehbaren Anhaltspunkte ist demgegenüber zwar noch nicht im gleichen Umfang konkretisiert, weil der Begriff in diesem Zusammenhang erst vor kurzem mit § 39a GWB eingefügt wurde. Er

108 Allgemein zum Bestimmtheitsgrundsatz von gesetzlichen Vorschriften, Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Art. 20 GG Rn. 58 ff. (97. EL Januar 2022).

109 BVerfGE 150, 1 (98 f. Rn. 196), im Zusammenhang mit der Wesentlichkeitstheorie.

110 BVerfGE 8, 274 (326). Anders als im Datenschutzrecht, in dem die Anforderungen besonders hoch sind, vgl. BVerfGE 120, 378 (408).

111 Vgl. exemplarisch dazu Christiansen/Knebel, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht Bd. 2, 4. Auflage 2022, § 36 GWB Rn. 62.

lässt sich gleichwohl bestimmen und auslegen, wie die rechtswissenschaftliche Literatur demonstriert. Danach bezieht sich der Begriff der „objektiv nachvollziehbaren Anhaltspunkte“ auf überprüfbare Tatsachen, wobei eine überwiegende Wahrscheinlichkeit noch nicht gefordert sein soll.¹¹² Der Umstand, dass § 32f Abs. 2 GWB-E auf im Wettbewerbsrecht bereits existierende Begrifflichkeiten zurückgreift, in Verbindung mit der grundsätzlich anerkannten Notwendigkeit der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Wirtschaftsverwaltungsrecht spricht für eine hinreichende Bestimmtheit und Normenklarheit.

5.2. Generalklausel für Abhilfemaßnahmen, § 32f Abs. 3 GWB-E

Des Weiteren sieht der Referentenentwurf mit § 32f Abs. 3 Satz 1 GWB-E eine Art Generalklausel vor, dass das Bundeskartellamt erforderliche Maßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art treffen kann, um die in einer Sektoruntersuchung festgestellten Wettbewerbsstörungen zu beseitigen oder zu verringern. Diese Auflistung soll allerdings nicht abschließend sein.¹¹³ Aufgrund des unbestimmten Begriffs der erheblichen, andauernden oder wiederholten Wettbewerbsstörung auf Tatbestandsseite und des Entscheidungsspielraums hinsichtlich der erforderlichen Maßnahmen auf Rechtsfolgenseite ist § 32f Abs. 3 GWB-E eine Art kartellrechtliche Generalklausel gegen Wettbewerbsstörungen im Inland.¹¹⁴ Da diese generalklauselartige Vorschrift ebenfalls zu Grundrechtseingriffen ermächtigt, muss sie sich vor allem an den Grundsätzen der Normenklarheit und Bestimmtheit messen lassen und verhältnismäßig gestaltet sein.

5.2.1. Bestimmtheit und Normenklarheit

Wie unbestimmte Rechtsbegriffe (5.1.3.) sind der Rechtsordnung auch Generalklauseln nicht fremd. Sie unterliegen jedoch als gesetzgeberisches Gestaltungsmittel besonderen Anforderungen, vor allem an die Bestimmtheit der Vorschrift.¹¹⁵

Der Begriff einer „erhebliche[n], andauernde[n] oder wiederholte[n] Störung des Wettbewerbs“ soll im Gesamtzusammenhang des GWB neu eingefügt werden, sodass er innerhalb der Rechtsprechung

-
- 112 Vgl. dazu /Bach, in: Säcker, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht Bd. 2, 4. Auflage 2022, § 39a GWB Rn. 54
- 113 BMWK, Referentenentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen, Bearbeitungsstand: 15.09.2022, abrufbar unter: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Wettbewerbspolitik/wettbewerbsdurchsetzungsgesetz-referentenentwurf-bmwk.pdf?__blob=publicationFile&v=4, S. 27.
- 114 Vgl. so auch Brenner, Rettungsschüsse im Sonderpolizeirecht – Die 11. GWB-Novelle und das Verfassungsrecht, WuW 2023, 74 (75).
- 115 Zu Parallelen zur polizei- und ordnungsrechtlichen Generalklausel, Brenner, Rettungsschüsse im Sonderpolizeirecht – Die 11. GWB-Novelle und das Verfassungsrecht, WuW 2023, 74 (75 f.).

jedenfalls noch nicht konkretisiert werden konnte.¹¹⁶ Auch aus dem allgemeinen Sprachgebrauch ergeben sich keine zwingenden Anhaltspunkte für die Auslegung. Eine Legaldefinition sieht der Referentenentwurf mit Bearbeitungsstand vom 15. September 2022 ebenfalls noch nicht vor. In der Literatur wird jedoch vereinzelt auf einen Definitionsversuch verwiesen, dass eine Wettbewerbsstörung vorliegen soll, wenn „eine oder mehrere Eigenschaften eines Marktes, Wirtschaftszweiges oder miteinander in Beziehung stehender Märkte oder das Verhalten von einem oder mehreren Akteuren auf einem Markt oder marktübergreifend dazu führen, dass der Wettbewerbsdruck auf mindestens einen Anbieter oder Nachfrager verringert ist“.¹¹⁷ Unabhängig von diesem Definitionsansatz ließe sich auch gegebenenfalls aus den Berichten von Sektoruntersuchungen des Bundeskartellamts entnehmen, wann Wettbewerbsstörungen vorliegen, auf die sich Unternehmen auch grundsätzlich einrichten können. Außerdem bestimmt der Referentenentwurf zur Bewertung einer Störung des Wettbewerbs mit § 32f Abs. 5 GWB-E einzelne Faktoren, wie die Anzahl, Größe, Finanzkraft und Umsätze der auf den betroffenen Märkten oder marktübergreifend tätigen Unternehmen, die Marktanteilsverhältnisse sowie der Grad der Unternehmenskonzentration. Nach der Begründung des Referentenentwurfs soll für die Bewertung der Wettbewerbsstörung die „Gesamtschau der Analyseergebnisse“ maßgeblich sein und nicht etwa das Erfüllen einzelner oder aller Faktoren.¹¹⁸ Allerdings ist zu berücksichtigen, dass Sektoruntersuchungen und die veröffentlichten Berichte zum einen erst behördliche Entscheidungen und Bewertungen des Bundeskartellamts voraussetzen. Zum anderen sollen die genannten Kriterien ausdrücklich nicht abschließend sein.¹¹⁹ Außerdem dienen die Kriterien nur bedingt der Bestimmbarkeit, weil sie nicht festlegen, unter welchen einzelnen Voraussetzungen von einer Wettbewerbsstörung auszugehen ist, sondern nur, anhand welcher Faktoren das Bundeskartellamt diese messen kann.¹²⁰

Innerhalb der Literatur wird des Weiteren in Bezug auf die Erheblichkeit der Wettbewerbsstörung vertreten, dass vor allem für die Normadressaten, d.h. die im Wettbewerb stehende Unternehmen,

116 Anders als bei der polizei- und ordnungsrechtlichen Generalklausel, vgl. BVerfGE 54, 143 (144 f.): „Die Verwendung der polizeirechtlichen Generalklausel ist unter diesem verfassungsrechtlichen Aspekt unbedenklich, weil sie in jahrzehntelanger Entwicklung durch Rechtsprechung und Lehre nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend präzisiert, in ihrer Bedeutung geklärt und im juristischen Sprachgebrauch verfestigt ist“, mit Hinweis auf BVerfGE 14, 245 (253), zur straßenverkehrsrechtlichen Generalklausel.

117 Dazu Mundt, Paradigmenwechsel in der 11. GWB. Novelle? - Die Sicht der Praxis, NZKart 2023, 1 (2), allerdings ohne weiteren Quellenangaben.

118 BMWK, Referentenentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen, Bearbeitungsstand: 15.09.2022, abrufbar unter: <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Wettbewerbspolitik/wettbewerbsdurchsetzungsgesetz-referentenentwurf-bmwk.pdf?blob=publicationFile&v=4>, S. 29.

119 BMWK, Referentenentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen, Bearbeitungsstand: 15.09.2022, abrufbar unter: <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Wettbewerbspolitik/wettbewerbsdurchsetzungsgesetz-referentenentwurf-bmwk.pdf?blob=publicationFile&v=4>, S. 27.

120 So auch Brenner, Rettungsschüsse im Sonderpolizeirecht – Die 11. GWB-Novelle und das Verfassungsrecht, WuW 2023, 74 (76).

unklar bleibt, wann ein prinzipiell kartellrechtlich zulässiges bzw. erlaubtes Verhalten oder Handlung die Schwelle zur Wettbewerbsstörung überschreitet.¹²¹ Kritisiert wird auch, dass der Referentenentwurf den Adressatenkreis nicht näher beschreibt, sondern mit § 32f Abs. 3 GWB-E allgemein Unternehmen adressiert.¹²² Insoweit lässt sich dennoch mit dem Regelungshintergrund der 11. GWB-Novelle argumentieren, dass die Begründung einer Wettbewerbsstörung jedenfalls noch nicht die Schwelle eines Kartellrechtsverstoßes oder gesetzlich anmeldepflichtigen Zusammenschlussvorhabens überschritten haben muss. In der Begründung zum Referentenentwurf wird des Weiteren angeführt, dass durch den Begriff der Erheblichkeit klargestellt werde, dass lediglich vorübergehende Störungen, die durch Wettbewerberreaktionen beseitigt werden können, nicht zu kartellbehördlichen Eingriffen führen und daher auch keine Wettbewerbsstörung nach § 32f Abs. 3 GWB-E sein können.¹²³ Mögliche Eingriffe sollen sich nur gegen Wettbewerbsprobleme „mit einer gewissen Tragweite“ richten, gerade weil die Voraussetzung eines Kartellrechtsverstoßes bzw. einer „festgestellten Zuwiderhandlung“ fehle.¹²⁴ In diesem Zusammenhang wird vereinzelt kritisiert, dass sich diese zwingende Erheblichkeit der Wettbewerbsstörung nicht aus dem Wortlaut ergebe. Die Interpretation der Vorschrift lasse zu, dass auch unerhebliche, aber andauernde oder wiederholte Wettbewerbsstörungen ausreichen könnten, um eine Maßnahme nach § 32f Abs. 3 GWB-E zu treffen.¹²⁵ Allerdings wird dies in der Begründung zum Referentenentwurf dahingehend konkretisiert, dass es sich um eine „erhebliche entweder andauernde oder wiederholte Störung“ handeln muss, was der Auslegung dienen kann.¹²⁶

Um die festgestellte erhebliche, andauernde oder wiederholte Wettbewerbsstörung zu beseitigen oder zu verringern, soll das Bundeskartellamt auf Rechtsfolgenseite „alle zur Beseitigung oder Verringerung der Störung des Wettbewerbs erforderlichen Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter

-
- 121 Ähnlich zur Rechtsunsicherheit für Unternehmen, Brenner, Rettungsschüsse im Sonderpolizeirecht – Die 11. GWB-Novelle und das Verfassungsrecht, WuW 2023, 74 (78 f.); Paal/Kieß, Ausweitung von Sektoruntersuchungen durch § 32f GWB-E: Gebotene Komplettierung oder Paradigmenwechsel?, NZKart 2022, 678 (681 f.).
- 122 Siehe dazu auch kritisch, Paal/Kieß, Ausweitung von Sektoruntersuchungen durch § 32f GWB-E: Gebotene Komplettierung oder Paradigmenwechsel?, NZKart 2022, 678 (682).
- 123 BMWK, Referentenentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen, Bearbeitungsstand: 15.09.2022, abrufbar unter: <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Wettbewerbspolitik/wettbewerbsdurchsetzungsgesetz-referentenentwurf-bmwk.pdf?blob=publicationFile&v=4>, S. 13.
- 124 BMWK, Referentenentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen, Bearbeitungsstand: 15.09.2022, abrufbar unter: <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Wettbewerbspolitik/wettbewerbsdurchsetzungsgesetz-referentenentwurf-bmwk.pdf?blob=publicationFile&v=4>, S. 27.
- 125 Brenner, Rettungsschüsse im Sonderpolizeirecht – Die 11. GWB-Novelle und das Verfassungsrecht, WuW 2023, 74 (76 f.).
- 126 BMWK, Referentenentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen, Bearbeitungsstand: 15.09.2022, abrufbar unter: <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Wettbewerbspolitik/wettbewerbsdurchsetzungsgesetz-referentenentwurf-bmwk.pdf?blob=publicationFile&v=4>, S. 27. Siehe dazu auch Wagner-von Papp, Die 11. GWB-Novelle: Geht es Oligopolen an den Kragen, NZKart 2022, 605.

oder struktureller Art“ wie im Rahmen einer Generalklausel treffen dürfen. Wie das Gefahrenabwehrrecht demonstriert, sollen Generalklauseln der Exekutive in erster Linie die Möglichkeit geben, in bestimmten Bereichen auf atypische und neuartige Geschehen zu reagieren, die der Gesetzgeber gerade aufgrund dieser atypischen, neuartigen Natur nicht hinreichend bestimmen kann.¹²⁷ Zum Teil wird argumentiert, dass das Verhältnis zwischen atypischen und typischen Störungen und die Auffangfunktion bei § 32f Abs. 3 GWB nicht deutlich werde.¹²⁸ Allerdings werden nach § 32f Abs. 3 Satz 3 GWB-E exemplarisch Maßnahmen angeführt, auch wenn diese Aufzählung nicht abschließend ist. Diese Aufzählung von Maßnahmen kann dennoch einen Maßstab setzen, an dem sich nicht ausdrücklich aufgeführte Maßnahmen typischerweise orientieren müssten. Daher ließe sich argumentieren, dass § 32f Abs. 3 GWB-E keine mit der Generalklausel wie im Polizeirecht darstellt, da der Rahmen der möglichen Maßnahmen durch die exemplarisch aufgeführten Maßnahmen bereits begrenzt ist.

Entscheidungen über die Grenzen grundrechtsrelevanter Angelegenheiten dürfen zwar nicht einseitig in das Ermessen der Verwaltung gestellt sein.¹²⁹ Jedoch sind die im Referentenentwurf gewählten Begriffe des § 32f Abs. 3 GWB-E aufgrund der beispielhaft angeführten Maßnahmen und den erläuterten Auslegungsansätzen insbesondere zum Begriff der Wettbewerbsstörung im verfassungsrechtlich gebotenen Umfang hinreichend bestimmbar, weil der Gesetzgeber insoweit einen großen Gestaltungsspielraum im wirtschaftlichen Bereich innehat (siehe 5.1.3.).

5.2.2. Verhältnismäßigkeit

Hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit des § 32f Abs. 3 GWB-E zeigt sich zunächst, dass sich der legitime Zweck erneut auf die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs durch die Beseitigung oder Verringerung von Wettbewerbsstörungen richtet. Die generalklauselartige Formulierung ermächtigt das Bundeskartellamt zu mehreren Maßnahmen, deren Geeignetheit und Erforderlichkeit im Einzelfall stets zu prüfen ist („erforderliche Abhilfemaßnahmen“).

Im Rahmen der Angemessenheit der Ermächtigung ist zu berücksichtigen, dass das Bundeskartellamt die Vorschrift verfassungskonform unter der Berücksichtigung der jeweils möglicherweise betroffenen Grundrechte, zumindest der unternehmerischen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG, auszulegen hat. Für die Angemessenheit und damit auch Verhältnismäßigkeit der Vorschrift spricht neben der verfassungskonformen Anwendung und Auslegung zudem die zeitliche Begrenzung der Anwendung, dass Maßnahmen auf der Grundlage von § 32f Abs. 3 GWB-E in der Regel innerhalb von 18 Monaten zu treffen sind, § 32f Abs. 7 GWB-E. Auch gegenständlich und verfahrensmäßig sind die Maßnahmen durch den Bezug zu den in der Sektoruntersuchung festgestellten Wettbewerbsstörungen beschränkt.

127 Vgl. dazu Brenner, Rettungsschüsse im Sonderpolizeirecht – Die 11. GWB-Novelle und das Verfassungsrecht, WuW 2023, 74 (78) m.w.N.

128 Siehe dazu auch Brenner, Rettungsschüsse im Sonderpolizeirecht – Die 11. GWB-Novelle und das Verfassungsrecht, WuW 2023, 74 (79).

129 Vgl. BVerfGE 110, 33 (54) in Bezug auf datenschutzrechtliche Überwachungsmaßnahmen.

5.3. Missbrauchsunabhängige Entflechtung, § 32f Abs. 4 GWB-E

Nach den in § 32f Abs. 3 GWB-E statuierten Voraussetzungen soll das Bundeskartellamt nach § 32f Abs. 4 GWB-E auch ermächtigt werden, Unternehmen zur Veräußerung von Unternehmensanteilen oder Vermögen zu verpflichten, wenn zu erwarten ist, dass dadurch die Wettbewerbsstörung beseitigt oder erheblich verringert wird (sog. Entflechtung¹³⁰). Die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtung wurde bereits häufig, wenngleich in unterschiedlicher Gestalt, im Rahmen von vorherigen GWB-Novellen diskutiert.¹³¹ Bisher wurde sie jedoch noch nie umgesetzt. Eine missbrauchsabhängige Entflechtung, d.h. infolge von kartellrechtlichen Zuwiderhandlungen im Sinne des § 32 Abs. 1 GWB, ist als strukturelle Maßnahme bereits nach geltender Rechtslage gemäß § 32 Abs. 2 GWB möglich.¹³² In diesem Zusammenhang wurde in der Gesetzesbegründung zu § 32 GWB allerdings ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sich der Umfang der Befugnisse insgesamt, aber eben auch die Entflechtung, am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz messen lassen muss. Außerdem müssen sich Eingriffe in die Unternehmenssubstanz im Bereich der Verhaltenskontrolle dem Grundsatz Rechnung tragen, dass im nationalen Wettbewerbsrecht eine infolge internen Wachstums entstandene marktbeherrschende oder marktstarke Stellung als solche nicht missbilligt wird, sondern nur der Missbrauch einer solchen Marktstellung.¹³³ Inwieweit sich dies auf die Vereinbarkeit einer missbrauchsunabhängigen Entflechtung mit dem Grundgesetz auswirkt, ist Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen. Im Hinblick auf die Bestimmtheit der Tatbestandsvoraussetzung des Vorliegens einer erheblichen, andauernden oder wiederholten Störung des Wettbewerbs wird auf die vorherigen Ausführungen (siehe 5.2.1.) verwiesen.

5.3.1. Beeinträchtigung eines grundrechtlichen Schutzbereichs

Hinsichtlich eines möglichen Eingriffs in die Eigentumsgarantie müsste zunächst der Schutzbereich gemäß Art. 14 Abs. 1 GG eröffnet sein. Wie zuvor erläutert (4.2.1.) schützt Art. 14 Abs. 1 GG vermögenswerte Rechtspositionen, die die Rechtsordnung Grundrechtsträgern derart zuordnet, dass sie ihre Verfügungsbefugnis eigenverantwortlich und frei ausüben dürfen. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die Entflechtung, durch die Unternehmen verpflichtet werden, Unternehmensanteile oder Vermögen zu veräußern, nicht nur die betroffenen Unternehmen adres-

130 Vgl. BMWK, Referentenentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen, Bearbeitungsstand: 15.09.2022, abrufbar unter: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Wettbewerbspolitik/wettbewerbsdurchsetzungsgesetz-referentenentwurf-bmwk.pdf?__blob=publicationFile&v=4, S. 2. Zum Begriff der Entflechtung aufgrund internen Unternehmenswachstums, Müller, Entflechtung und Deregulierung, 2004, S. 36 f.; Bundeskartellamt, Entflechtung als Instrument des Kartellrechts – Neue Instrumente im GWB? –, 2010, abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/Bundeskartellamt%20-%20Entflechtung%20als%20Instrument%20des%20Kartellrechts.pdf?__blob=publicationFile&v=6, S. 7.

131 Siehe zum geschichtlichen Hintergrund und der Entwicklung zum GWB, Nettesheim/Thomas, Entflechtung im deutschen Kartellrecht, 2011, S. 10 ff.; Engel, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Entflechtungstatbestandes, 2007, S. 4.

132 [BT-Drs. 15/3640](#), S. 33. Ausdrücklich erweitert auf „strukturelle Maßnahmen“, vgl. [BT-Drs. 17/9852](#), S. 26.

133 [BT-Drs. 15/3640](#), S. 33. Vgl. ebenfalls zu hohen Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit, Otto, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 4. Auflage 2020, § 32 GWB Rn. 18.

siert, sondern auch Gesellschafter mit ihrem Anteilseigentum, Arbeitnehmer oder auch unter Umständen Gläubiger betreffen kann.¹³⁴ Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass Art. 14 Abs. 1 GG sowohl natürliche als auch inländische juristische Personen nach Art. 19 Abs. 3 GG schützt (siehe 4.2.1.).

Weitgehend unstreitig ist, dass Art. 14 Abs. 1 GG die Unternehmensanteile eines ursprünglich einheitlichen Unternehmens sowie einzelne Gegenstände des Anlage- und Betriebsvermögens des Unternehmens schützt, wie unter anderem Grundstücke, bewegliche Sachen oder Forderungen.¹³⁵ Des Weiteren ist von Art. 14 Abs. 1 GG das Anteilseigentum der Gesellschafter geschützt.¹³⁶ Ungeklärt ist demgegenüber der Schutz eines Unternehmens als eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb, d.h. vor allem der Schutz des Werts einschließlich des Rufs eines Unternehmens, durch die Eigentumsgarantie. Das Bundesverfassungsgericht hat dies bisher offen gelassen.¹³⁷ Nach der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung sind jedenfalls bestehende Geschäftsverbindungen, der erworbene Kundenstamm oder die Marktstellung¹³⁸ sowie noch in der Zukunft liegende Chancen und Verdienstmöglichkeiten nicht von der Eigentumsgarantie nach Art. 14 Abs. 1 GG geschützt.¹³⁹ Es handelt sich hierbei nicht unmittelbar von der Rechtsordnung zugeordnete Rechtspositionen. Teile der Literatur befürworten zwar einen weiten Schutzbereich der Eigentumsgarantie, der sich vor allem auch auf den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb bezieht, d.h. alles, was den wirtschaftlichen Wert des Unternehmens ausmacht.¹⁴⁰ Da jedenfalls auch vermögenswerte Rechtspositionen bei der Veräußerung von Unternehmensanteilen und -vermögen im Sinne des § 32f Abs. 4 GWB-E berührt sein können, muss nicht abschließend geklärt werden, ob auch der Gewerbebetrieb in seiner Gesamtheit oder zukünftige Chancen von Art. 14 Abs. 1 GG umfasst sind. Der Schutzbereich der Eigentumsgarantie ist demnach grundsätzlich eröffnet.¹⁴¹

134 Vgl. dazu übersichtlich, Engel, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Entflechtungstatbestandes im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2007, S. 5 f.; vgl. ferner Nettessheim/Thomas, Entflechtung im deutschen Kartellrecht, 2011, S. 101 ff.

135 Vgl. BVerfGE 83, 201 (208 f.). Vgl. dazu auch Monopolkommission, Sondergutachten 58: Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, S. 32 f. Tz. 96, abrufbar unter: https://www.monopolkommission.de/images/HG24/HGXXIV_Gesamt.pdf; Engel, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Entflechtungstatbestandes im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2007, S. 9, 13; differenzierend Nettessheim/Thomas, Entflechtung im deutschen Kartellrecht, 2011, S. 101 ff.

136 BVerfG, Beschluss vom 30.05.2007 - 1 BvR 390/04 -, NJW 2007, 3268 (3269 Rn. 18); m.w.N.

137 Vgl. zuletzt BVerfGE 143, 246 (331 f. Rn 240).

138 Vgl. BVerfGE 77, 84 (118).

139 Vgl. BVerfGE 68, 193 (222). Dazu im Zusammenhang mit § 39a GWB, Christiansen/Knebel, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht Bd. 2, 4. Auflage 2022, § 36 GWB Rn. 3. Differenziert dazu vor dem Hintergrund bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsprechung, Engel, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Entflechtungstatbestandes im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2007, S. 11 f.

140 Ausführlich dazu Papier/Shirvani, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 14 GG Rn. 200 (83. EL April 2018).

141 Vgl. Papier/Shirvani, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 14 GG Rn. 613 (83. EL April 2018); Monopolkommission, Sondergutachten 58: Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, S. 32 Tz. 96, abrufbar unter: https://www.monopolkommission.de/images/HG24/HGXXIV_Gesamt.pdf.

Auch wenn man die Einschlägigkeit des Schutzbereichs des Art. 14 GG verneinen würde, würde grundrechtlicher Schutz zumindest über Art. 12 Abs. 1 GG oder Art. 2 Abs. 1 GG bestehen.

Uneinheitlich wird vor allem bewertet, ob eine Entflechtung eine Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG oder eine Enteignung nach Art. 14 Abs. 3 GG darstellt. Dies wirkt sich auf die Anforderungen der Rechtfertigung und eine zwingende Entschädigungspflicht nach Art. 14 Abs. 3 GG aus (siehe dazu 4.2.1.). Für das Vorliegen einer Enteignung wird zum Teil angeführt, dass die Entflechtung einen Beschaffungsvorgang darstelle, bei dem der Staat das beschaffte und entzogene Gut jedenfalls mittelbar in Hände eines privaten Konkurrenten lege.¹⁴² Ohne adäquate Entschädigungspflicht sei ein solches Entflechtungsmodell nicht tragbar, sodass es zumindest auf eine (Teil-) Enteignung hinausliefe.¹⁴³ Demgegenüber wird für eine Inhalts- und Schrankenbestimmung argumentiert, dass es insbesondere an einer hoheitlichen Güterbeschaffung fehle, die das Bundesverfassungsgericht gerade mit Blick auf Enteignungen fordere.¹⁴⁴ Letzteres überzeugt, weil der Staat im Rahmen einer Entflechtung Unternehmen Vermögensgegenstände nicht zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe entzieht, um diese selbst zu öffentlichen Zwecken zu nutzen. Es handelt sich nicht um einen Güterbeschaffungsvorgang, wie ihn etwa der Entzug von Grundstückseigentum, um darauf eine Straße zu bauen, darstellt. Die Entflechtung stellt vielmehr nur ein letztes Mittel zur Gewährleistung eines funktionsfähigen Wettbewerbs dar.¹⁴⁵ Daher ist davon auszugehen, dass die Entflechtung im Sinne des § 32f Abs. 4 GWB-E eine Inhalts- und Schrankenbestimmung ist und deshalb nicht die speziellen Rechtfertigungsanforderungen des Art. 14 Abs. 3 GG gelten.

Auch als Inhalts- und Schrankenbestimmung muss die Norm dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen. Entsprechendes gilt, wenn man die Entflechtung als Maßnahme ansähe, die sich nicht an Art. 14 Abs. 1 GG, sondern an Art. 12 Abs. 1 GG oder Art. 2 Abs. 1 GG messen lassen müsste.

5.3.2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Die in § 32f Abs. 4 GWB-E vorgesehene Entflechtung wäre verhältnismäßig, wenn der Maßnahme ein legitimer Zweck zugrunde liegt, die Maßnahme geeignet und erforderlich ist, und letztlich der mit der Maßnahme einhergehende Eingriff in einem angemessenen Verhältnis mit dem legitimen Zweck steht. Der legitime Zweck ergibt sich wie in Bezug auf die bisher untersuchten Maßnahmen unstreitig aus der Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs (siehe dazu 3.2.2.).

142 Vgl. Müller, Entflechtung und Deregulierung, 2004, S. 197 ff.

143 Bundesverband der Deutschen Industrie e.V., Stellungnahme zum Referentenentwurf des BMWK eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen, 12.10.2022, abrufbar unter: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Stellungnahmen/verschaeerfung-wettbewerbsrecht/bdi.pdf?__blob=publicationFile&v=4, S. 23.

144 BVerfGE 143, 246 (243 ff.). Vgl. dazu Monopolkommission, Sondergutachten 58: Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, S. 33 f. Tz. 97, abrufbar unter: https://www.monopolkommission.de/images/HG24/HGXXIV_Gesamt.pdf.

145 Vgl. dazu auch Engel, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Entflechtungstatbestandes im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2007, S. 21. Im Ergebnis auch mit Blick auf die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung, Nettesheim/Thomas, Entflechtung im deutschen Kartellrecht, 2011, S. 110.

Teilweise wird allerdings in der Literatur die Geeignetheit der Entflechtung in Frage gestellt, vor allem hinsichtlich einer Beschränkung auf den nationalen Wettbewerb, weil dies den Anforderungen eines globalisierten Wettbewerbs nicht entspreche.¹⁴⁶ Außerdem sei die Maßnahme mangels konkreter Erfahrungssätze, dass sich eine Entflechtung positiv auswirken könne, nicht vom Prognosespielraum des Gesetzgebers gedeckt.¹⁴⁷ Jedoch können trotz bestehender negativer Effekte positive Effekte auf den Wettbewerb, wie im Vorfeld die Reduktion der Anreize, Marktmacht durch schwer nachweisbare Missbrauchsformen aufzubauen, oder jedenfalls die Reduktion bestehender Marktmacht,¹⁴⁸ nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden, sodass die Entflechtung die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs zumindest fördern kann.¹⁴⁹ Dies genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Geeignetheit der Maßnahme, wonach die bloße Möglichkeit der Zweckerreichung ausreichend ist; eine hohe Wahrscheinlichkeit der Zweckerreichung ist insofern nicht zwingend.¹⁵⁰ Die Maßnahme der Entflechtung ist erforderlich, wenn sie das mildeste unter gleich geeigneten Mittel ist, um den legitimen Zweck zu erfüllen. Insoweit ist der Wortlaut von § 32f Abs. 4 Satz 1 und Satz 2 GWB-E zu berücksichtigen, wonach die Entflechtung sich nur auf Wettbewerbsstörungen richten darf, die nicht durch andere kartellrechtliche Maßnahmen beseitigt oder erheblich verringert werden konnten. Vor diesem Hintergrund ist die Erforderlichkeit zu bejahen.

Letztlich müsste die Intensität des Grundrechtseingriffs infolge einer Entflechtung in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Zweck stehen. Insoweit wird angeführt, dass die Eigentumsentziehung infolge einer Entflechtung einen besonders intensiven Eingriff in die Eigentumsgarantie darstelle, vor allem, weil das Unternehmenseigentum in legaler Weise erlangt wurde.¹⁵¹ Hinzu komme, dass die infolge einer Sektoruntersuchung angeordnete Entflechtung nur auf einer vom Bundeskartellamt, also einseitig durch eine staatliche Stelle, durchgeführten Marktanalyse beruhe.¹⁵² Dies wiege – so ließe sich auf dieser Linie weiter argumentieren – umso schwerer, als die von der Entflechtung betroffenen Unternehmen nicht zwingend gegen geltendes Kartellrecht verstoßen

146 Vgl. ferner Nettessheim/Thomas, Entflechtung im deutschen Kartellrecht, 2011, S. 113 ff.

147 Vgl. Müller, Entflechtung und Deregulierung, 2004, S. 202 ff. Vgl. zusammenfassend zu Argumenten gegen die Geeignetheit, Engel, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Entflechtungstatbestandes im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen als ultima ratio zur Beseitigung eines Wettbewerbsversagens, 2007, S. 41.

148 Siehe ausführlich dazu Monopolkommission, Sondergutachten 58: Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, S. 16 ff., abrufbar unter: https://www.monopolkommission.de/images/HG24/HGXXIV_Gesamt.pdf; Paal/Kieß, Ausweitung von Sektoruntersuchungen durch § 32f GWB-E: Gebotene Komplettierung oder Paradigmenwechsel?, NZKart 2022, 678 (680). Vgl. zu möglichen negativen Effekten, Körber, Die 11. GWB-Novelle zwischen freiem und verwaltetem Wettbewerb, ZRP 2023, 5 (8).

149 Siehe Paal/Kieß, Ausweitung von Sektoruntersuchungen durch § 32f GWB-E: Gebotene Komplettierung oder Paradigmenwechsel?, NZKart 2022, 678 (680).

150 BVerfGE 155, 238 (279 Rn. 102); stRspr. Engel, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Entflechtungstatbestandes im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen als ultima ratio zur Beseitigung eines Wettbewerbsversagens, 2007, S. 41 f.

151 Vgl. Papier/Shirvani, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Art. 14 GG Rn. 613 (83. EL April 2018).

152 Vgl. Nettessheim/Thomas, Entflechtung im deutschen Kartellrecht, 2011, S. 120.

haben müssen. Dabei galt noch vor einigen Jahren der zuvor angeführte Grundsatz, dass nicht die marktbeherrschende oder -starke Stellung missbilligt wird, sondern nur der Missbrauch dessen.¹⁵³

Für die Angemessenheit der Vorschrift ist anzuführen, dass der Gesetzgeber den unter 2. erläuterte weiten Prognosespielraum im Bereich der Wettbewerbs- und Wirtschaftsordnung hat. Zudem ist einfachgesetzlich ausdrücklich festgelegt, dass die Entflechtung nur als äußerstes Mittel einer behördlichen Intervention vorgesehen ist,¹⁵⁴ von der außerdem zu erwarten sein muss, dass sie die Wettbewerbsstörung beseitigt oder – anders als nach § 32f Abs. 3 GWB-E – mindestens erheblich verringert. Nach § 32f Abs. 4 Satz 3 GWB-E ist der Monopolkommission und den obersten Landeskartellbehörden vor der Anordnung einer Entflechtung Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Des Weiteren sollen Entflechtungsmaßnahmen gemäß § 32f Abs. 7 GWB nur innerhalb von 18 Monaten nach Veröffentlichung des Berichts einer Sektoruntersuchung getroffen werden können. Folglich unterliegt diese Maßnahme einer Ausschlussfrist. Hinzu kommt der gesetzliche Vertrauensschutz, den § 32f Abs. 4 Satz 6 GWB-E vorsieht. Danach sind Entflechtungsverfügungen im Fall von fusionskontrollrechtlich freigegebenen Zusammenschlüssen nur zulässig, wenn fünf Jahre nach der fusionskontrollrechtlichen Verfügung vergangen sind. Es besteht im Übrigen auch die Möglichkeit veräußerte Teile des Vermögens zurück zu erwerben, wenn das Unternehmen nachweist, dass sich die Marktverhältnisse geändert haben und demnach keine Wettbewerbsstörung mehr vorliegt.

Zudem spricht für die Angemessenheit der Entflechtung die Möglichkeit der Unternehmen durch den vorgesehenen Verweis gemäß § 32f Abs. 6 GWB-E auf § 32b GWB, dass sie durch Verpflichtungszusagen, „die geeignet sind, die ihnen von der Kartellbehörde nach vorläufiger Beurteilung mitgeteilten Bedenken auszuräumen“, Entflechtungsanordnungen durch das Bundeskartellamt abwenden können. Nach § 32b Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 GWB darf das Bundeskartellamt nur in bestimmten Fällen diese Verfügung aufheben und das Verfahren fortführen, beispielsweise die beteiligten Unternehmen nach § 32b GWB Abs. 2 Nr. 2 ihre Verpflichtungen nicht einhalten.

Dennoch wird wegen der Eingriffsintensität der Entflechtung teilweise bezweifelt, dass die gesetzliche Gestaltung den verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht werden könnte. So wird hinsichtlich der Verpflichtungszusage gemäß § 32b GWB problematisiert, dass die Unternehmen dadurch weniger ein Verhandlungsinstrument zur Abwendung einer Entflechtung bekommen, sondern unter Druck gesetzt werden könnten, eine Verpflichtungszusage freiwillig einzugehen, indem ihnen die Maßnahmen nach § 32f Abs. 3 und Abs. 4 GWB-E vorgehalten werden.¹⁵⁵ Zudem soll die erläuterte Möglichkeit einer Stellungnahme vor einer Anordnung von Entflechtungsmaßnahmen für

153 Siehe dazu noch, [BT-Drucks. 15/3640](#), S. 33.

154 Vgl. 24. Hauptgutachten der Monopolkommission, Wettbewerb 2022, [BT-Drs. 20/3065](#), abrufbar unter: https://www.monopolkommission.de/images/HG24/HGXXIV_Gesamt.pdf, S. 197 f.

155 Körber, Die 11. GWB-Novelle zwischen freiem und verwaltetem Wettbewerb, ZRP 2023, 5 (7).

die Monopolkommission oder die Landeskartellbehörden ausdrücklich keine rechtliche Bindungswirkung haben,¹⁵⁶ wie beispielsweise ein mit § 42 GWB vergleichbarer Ministerdispens bzw. eine Ministererlaubnis im Fall von untersagten Zusammenschlussvorhaben.¹⁵⁷

Des Weiteren wird argumentiert, dass jede auf Entflechtung abzielende staatliche Entzugsmaßnahme von in legaler Weise erlangten Unternehmenseigentum die entschädigungslos zulässige Sozialbindung überschreite.¹⁵⁸ Ausgleichszahlungen sind im Rahmen des § 32f Abs. 4 GWB-E allerdings nicht vorgesehen, sodass die von einer Entflechtung betroffenen Unternehmen nur den Veräußerungserlös erhalten. Inwieweit Fallkonstellationen zu behandeln sind, in denen z.B. Unternehmenseigentum unter seinem Wert veräußert werden müsste, wird nicht ausdrücklich geregelt. In diesem Zusammenhang hat die Monopolkommission vorgeschlagen, dass ein „Verlust von Investitions- und Innovationsanreizen aufgrund der Erwartung eines potenziell unter dem Wert liegenden Veräußerungserlöses durch eine Entschädigung aus dem Bundeshaushalt“ kompensiert werden solle.¹⁵⁹ In Anlehnung daran wird angeführt, dass eine missbrauchsunabhängige Entflechtung ohne entsprechende Entschädigungsregelungen nicht nur hinsichtlich der Anwendung problematisch sei, aber insbesondere auch in Bezug auf mögliche Vorfeldwirkungen auf Wettbewerb, Investitionen und Innovationen.¹⁶⁰ Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass Entschädigungen im Rahmen von Inhalts- und Schrankenbestimmungen, anders als bei Enteignungen, nicht zwingend sind. Das Bundesverfassungsgericht hat diesbezüglich entschieden, dass es

dem Gesetzgeber grundsätzlich nicht verwehrt [ist], eigentumsbeschränkende Inhalts- und Schrankenbestimmungen, die er im öffentlichen Interesse für geboten hält, auch in Härtefällen durchzusetzen, wenn er durch kompensatorische Vorkehrungen unverhältnismäßige oder gleichheitswidrige Belastungen des Eigentümers vermeidet und schutzwürdigem Vertrauen angemessen Rechnung trägt. [...] Die nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG eröffnete Möglichkeit, die Verfassungsmäßigkeit einer sonst unverhältnismäßigen Inhalts- und Schrankenbestimmung mittels eines durch den Gesetzgeber vorzusehenden finanziellen Ausgleichs zu sichern, besteht allerdings nur für die Fälle, in denen der mit der Schrankenbestimmung verfolgte Gemeinwohlgrund den Eingriff grundsätzlich rechtfertigt, aus Verhältnismäßigkeitsgründen allerdings noch zusätzlich einer Ausgleichsregelung bedarf [...]. Die finanziell ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung ist jedoch die Ausnahme. Der in Art. 14 GG verankerte Bestandsschutz des Eigentums verlangt im Rahmen des Möglichen vorrangig, eigentumsbelastende Regelungen

-
- 156 BMWK, Referentenentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen, Bearbeitungsstand: 15.09.2022, abrufbar unter: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Wettbewerbspolitik/wettbewerbsdurchsetzungsgesetz-referentenentwurf-bmwk.pdf?__blob=publicationFile&v=4, S. 28.
- 157 Dies war beispielsweise noch mit dem Referentenentwurf aus dem Jahr 2008 als Rechtsschutzmaßnahme gegen Entflechtungsanordnungen vorgesehen, vgl. [BT-Drs. 16/8405](#), S. 10.
- 158 Vgl. Papier/Shirvani, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Art. 14 GG Rn. 613 (83. EL April 2018).
- 159 Vgl. dazu auch Monopolkommission, Sondergutachten 58: Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, S. 21 f. Rn. 60 ff.; Hauptgutachten der Monopolkommission, Wettbewerb 2022, [BT-Drs. 20/3065](#), abrufbar unter: https://www.monopolkommission.de/images/HG24/HGXXIV_Gesamt.pdf, S. 198 Rn. 377.
- 160 Körber, Die 11. GWB-Novelle zwischen freiem und verwaltetem Wettbewerb, ZRP 2023, 5 (8).

ohne kompensatorische Ausgleichszahlungen verhältnismäßig auszugestalten, etwa durch Ausnahmen und Befreiungen oder durch Übergangsregelungen [...].¹⁶¹

Nach dem Bundesverfassungsgericht kommt es daher für die Notwendigkeit einer Entschädigungspflicht auf das Ausmaß der (Un-)Verhältnismäßigkeit der Maßnahme ohne Entschädigung und die Zumutbarkeit einer entschädigungslosen Entziehung an, die sich vor allem nach der Verantwortung der Eigentümer für die Eigentumsentziehung bzw. der Zurechenbarkeit richtet.¹⁶² Für eine angemessene Gestaltung der Entflechtung spricht, dass ein Vertrauensschutztatbestand vorgesehen ist, Unternehmen Entflechtungsmaßnahmen grundsätzlich selbst durch Verpflichtungszusagen im Sinne einer einvernehmlichen Lösung abwenden können und die regelmäßigen Rechtsschutzmöglichkeiten bestehen. Vor allem darf die Entflechtung nur als letztmögliches Mittel gewählt werden. Nicht zuletzt ist vor diesem Hintergrund die verfassungskonforme Anwendung der Vorschrift für das Bundeskartellamt zu berücksichtigen. Hinsichtlich der Zumutbarkeit einer entschädigungslosen Entziehung ließe sich zwar anführen, dass die Entflechtung unabhängig von einem konkreten Missbrauch angeordnet werden könnte. Allerdings ist dennoch eine erhebliche, andauernde oder wiederholte Wettbewerbsstörung erforderlich, die wiederum den Unternehmen prinzipiell zugerechnet werden können. Außerdem steht Unternehmen nach der Veräußerung der Veräußerungserlös zu. Es ist davon auszugehen, dass dieser in der Regel dem aktuellen Wert des veräußerten Gegenstandes entsprechen sollte. Sollte dies im Einzelfall nicht zutreffen, d.h. dieser nur weit unter seinem tatsächlichen Wert veräußert werden können, müsste dies im Rahmen der Verhältnismäßigkeit der Einzelmaßnahme berücksichtigt werden. Dadurch wird jedoch weder die gesetzliche Entflechtungsmöglichkeit als solches nicht per se unverhältnismäßig noch unzumutbar.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Möglichkeit der Entflechtung einen intensiven Grundrechtseingriff in Art. 14 Abs. 1 GG darstellt. Dennoch handelt es sich nach der überwiegenden Auffassung nicht um eine Enteignung. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit kommt es maßgeblich auf die Angemessenheit und letztlich auf eine staatliche Ausgleichs- bzw. Entschädigungspflicht an. Verfassungsgerichtlich wurde die Frage der Verhältnismäßigkeit insoweit noch nicht geklärt und innerhalb der Literatur ist dies, wie dargestellt, besonders hinsichtlich der Geeignetheit und Angemessenheit umstritten. Das Fehlen einer Entschädigungsregelung bei einer Inhalts- und Schrankenbestimmung führt jedoch nicht grundsätzlich zur Unverhältnismäßigkeit, sodass die Entflechtungsmaßnahme daher insgesamt noch angemessen und verhältnismäßig erscheint.

6. Erleichterung der Vorteilsabschöpfung, § 34 GWB-E

Des Weiteren sieht der Referentenentwurf vor, die Vorteilsabschöpfung zu erleichtern, weil die Vorschrift bisher nur geringe praktische Bedeutung hatte und vom Bundeskartellamt noch nicht angewendet wurde.¹⁶³ Die Vorteilsabschöpfung soll daher verschuldensunabhängig sein. Außerdem soll vermutet werden, dass bestimmte Kartellrechtsverstöße einen wirtschaftlichen Vorteil

161 BVerfGE 143, 246 (338 ff.); 100, 226 (244).

162 BVerfGE 143, 246 (339); BVerfGE 102, 1 (17f., 21).

163 Vgl. Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Auflage 2020, § 34 GWB Rn. 7; 24. Hauptgutachten der Monopolkommission, Wettbewerb 2022, [BT-Drs. 20/3065](#), abrufbar unter: https://www.monopolkommission.de/images/HG24/HGXXIV_Gesamt.pdf, S. 205.

verursacht haben und dieser wirtschaftliche Vorteil mindestens 1% der Umsätze beträgt, die im Inland mit den Produkten und Dienstleistungen erzielt wurden, die mit der Zuwiderhandlung im Zusammenhang stehen. Ein Verstoß gegen eine Kartellrechtsvorschrift oder eine Verfügung der Behörde ist jedoch weiterhin erforderlich. Begründet wird dies im Wesentlichen damit, dass die Vorteilsabschöpfung keinen strafrechtlichen, bußgeldrechtlichen oder strafrechtsähnlichen Charakter habe, sondern vielmehr ein auf die Erlösherausgabe infolge eines festgestellten Kartellrechtsverstößes gerichtetes, verwaltungsrechtliches Instrument sei.¹⁶⁴

6.1. Anforderung an ein rechtsstaatliches Verfahren

Diesbezüglich wird teilweise kritisiert, dass die Vorteilsabschöpfung eine Art Bußgeld darstelle, die nur im Referentenentwurf als verwaltungsrechtliches Instrument bezeichnet wird.¹⁶⁵ Im Fall von Strafen und Bußgeldern diene das Verschuldenserfordernis gerade der Wahrung des Rechtsstaatsprinzips. Außerdem wird argumentiert, dass ein Verschuldenserfordernis auch im Bußgeldverfahren gelte, in dessen Rahmen nach § 81 Abs. 5 ebenfalls eine Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils erfolgen könne, sodass ein einheitliches Verschuldenserfordernis zu begrüßen sei.¹⁶⁶

Insoweit gilt zunächst nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass der aus dem Rechtsstaatsprinzip gemäß Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitete Grundsatz „Keine Strafe ohne Schuld“ bzw. „nulla poena sine culpa“ die Eigenverantwortung des Menschen voraussetzt, der sich zwischen Recht und Unrecht entscheiden kann.¹⁶⁷ Entscheidend dafür, ob die Vorteilsabschöpfung aus verfassungsrechtlichen Gründen nur bei einem schuldhaften Verstoß in Betracht kommt, ist, ob die kartellrechtliche Vorteilsabschöpfung eine Strafe oder ein verwaltungsrechtliches Instrument ist. Das Bundesverfassungsgericht charakterisiert die Strafe als „die Auferlegung eines Rechtsnachteils wegen einer schuldhaft begangenen rechtswidrigen Tat“.¹⁶⁸ In Bezug auf Maßnahmen mit strafähnlicher Wirkung entschied es, dass diese nicht zwingend mit Einbußen an Freiheit oder Vermögen verbunden sein müssen, sondern zur Bewertung der strafähnlichen Wirkung mehrere Kriterien herangezogen werden müssen, wie „der Rechtsgrund der Anordnung und der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck“.¹⁶⁹ In Bezug auf den Verfall nach § 73 ff. StGB, die strafrechtliche Vermögensabschöpfung, entschied das Bundesverfassungsgericht, dass diese keinen strafähnlichen Charakter aufweise, sondern ein Instrument der Gewinnabschöpfung ohne Strafcharakter

164 BMWK, Referentenentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen, Bearbeitungsstand: 15.09.2022, abrufbar unter: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Wettbewerbspolitik/wettbewerbsdurchsetzungsgesetz-referentenentwurf-bmwk.pdf?__blob=publicationFile&v=4, S. 17, 33.

165 Körber, Die 11. GWB-Novelle zwischen freiem und verwaltetem Wettbewerb, ZRP 2023, 5 (6); Thiede, Der Referentenentwurf zur 11. GWB-Novelle, EuZW 2023, 1 (2).

166 Lübbig, in: Säcker/Meier-Beck, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht Bd. 2, 4. Auflage 2022, § 34 GWB, Rn. 11.

167 Siehe BVerfGE 110, 1 (13); BVerfGE 20, 323 (331); st. Rspr.

168 Siehe BVerfGE 110, 1 (13).

169 Siehe BVerfGE 110, 1 (14).

bzw. eine Maßnahme eigener Art „mit kondiktionsähnlichem Charakter“ sei. Der Gesetzgeber könne daher

weitgehend frei darüber entscheiden, ob und auf welche Weise er rechtswidrig erlangte wirtschaftliche Vorteile entziehen will. So kann er die Vorteilsentziehung selbständig neben der Festsetzung einer - entsprechend dem Schuldgrundsatz - nur am Verschulden des Täters orientierten pönalen Sanktion vorsehen oder, in Fällen, in denen eine solche Sanktion nicht verhängt werden kann, auch als Inhalt einer in einem objektiven Verfahren ergehenden gesonderten Anordnung. Ebenso steht es ihm offen, eine strafende Sanktion so zu bemessen, dass mit ihr zugleich die Abschöpfung des Gewinns sichergestellt wird [...]. Es liegt mithin in der Entscheidung des Gesetzgebers, ob er mit einer gewinnabschöpfenden Maßnahme zugleich Strafzwecke verfolgen will oder nicht.¹⁷⁰

In Anlehnung an diese Rechtsprechung ist auch mit Blick auf die kartellrechtliche Vorteilsabschöpfung nicht zwingend eine Maßnahme mit strafähnlichen Charakter gegeben, die ein Verschulden voraussetzt.¹⁷¹ Dies liegt vielmehr in der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers. In der Begründung des Referentenentwurfs wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es bei der Vorteilsabschöpfung ausschließlich darum geht, dass wirtschaftliche Vorteile, die durch Kartellrechtsverstöße erlangt wurden, nicht bei den Unternehmen verbleiben sollen, die die Verstöße begangen haben. So ist § 34 Abs. 1 GWB auch auf die Zahlung eines entsprechenden Geldbetrags gerichtet. Den Unternehmen soll nicht ein über den wirtschaftlichen Vorteil hinausgehendes Übel zugefügt werden.¹⁷² Vor diesem Hintergrund kann davon ausgegangen werden, dass die Regelung des § 34 Abs. 1 GWB-E nicht gegen den rechtsstaatlichen Schuldgrundsatz verstößt.

6.2. Beeinträchtigung von Grundrechten

Fraglich ist, ob und welche Grundrechte durch die kartellrechtliche Vermögensabschöpfung beeinträchtigt sein könnten. In Bezug auf Art. 14 Abs. 1 GG gilt nach der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, dass eine strafrechtliche Vorschrift, die „den Zugriff auf Vermögenswerte erlaubt, die dem unmittelbar Betroffenen wegen eines Verstoßes gegen strafrechtliche Vorschriften zivilrechtlich nicht zustehen, [dass] dessen Eigentumsgrundrecht schon mangels einer schutzfähigen Rechtsposition nicht berührt“.¹⁷³ Zwar kann eine strafrechtliche Vorschrift nicht per se mit kartellrechtlichen Vorschriften gleichgestellt werden. Gleichwohl dürfte auch hier keine Beeinträchtigung der Eigentumsgarantie vorliegen. Denn diese schützt nur vermögenswerte Rechtspositionen

170 Siehe BVerfGE 110, 1 (15 f.); bestätigt durch BVerfGE 156, 354 (391 Rn. 109).

171 Vgl. im Ergebnis auch Kersting, Abschöpfung von Gewinnen nach dem Referentenentwurf zur 11. GWB-Novelle, NZKart 2022, 659 (661).

172 BMWK, Referentenentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen, Bearbeitungsstand: 15.09.2022, abrufbar unter: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Wettbewerbspolitik/wettbewerbsdurchsetzungsgesetz-referentenentwurf-bmwk.pdf?__blob=publicationFile&v=4, S. 17.

173 BVerfGE 110, 1 (23 f.).

und nicht das Vermögen als solches.¹⁷⁴ Im Rahmen der im Kartellrecht geregelten Vorteilsabschöpfung geht es allerdings genau um den Ausgleich eines wirtschaftlichen Vorteils in Summe durch die Zahlung eines entsprechenden Geldbetrags und nicht um eine bestimmte vermögenswerte Rechtsposition oder Gegenstand, die entzogen werden soll.

Die Anordnung zur Vermögensabschöpfung stellt als Geldzahlungspflicht jedoch einen Eingriff in die wirtschaftliche Unternehmerfreiheit entweder nach Art. 12 Abs. 1 GG oder jedenfalls nach Art. 2 Abs. 1 GG dar. Denn Art. 2 Abs. 1 GG schützt Grundrechtsträger, also auch Unternehmen über Art. 19 Abs. 3 GG, ebenfalls davor, „nicht mit einem finanziellen Nachteil belastet zu werden, der nicht in der verfassungsmäßigen Ordnung begründet ist“.¹⁷⁵

6.3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Voraussetzung für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung des in der Vermögensabschöpfung liegenden Grundrechtseingriffs ist dessen Verhältnismäßigkeit. Der legitime Zweck der verschuldensunabhängigen Vorteilsabschöpfung richtet sich allgemein wieder auf die Funktionsfähigkeit eines fairen Wettbewerbs, indem er sicherstellt, dass wirtschaftliche Vorteile, die Unternehmen durch Kartellrechtsverstöße erlangt haben, nicht behalten. Die Abschöpfung dieser wirtschaftlichen Vorteile unabhängig von einem Verschulden des betroffenen Unternehmens ist geeignet, um dieses Ziel zu erreichen. Des Weiteren muss die verschuldensunabhängige Vorteilsabschöpfung erforderlich, d.h. das mildeste unter gleich geeigneten Mitteln sein. Die Monopolkommission argumentiert zumindest in Bezug auf die Notwendigkeit der Vorschrift, dass Kartellbehörden wirtschaftliche Vorteile bereits aus einem wettbewerbswidrigen Verhalten ohne die Schwierigkeiten der Bemessung eines abzuschöpfenden Vorteils neutralisieren könnten und daher die Verschärfung der Regelungen zur Vorteilsabschöpfung derzeit nicht notwendig sei:

Der bei Bußen im deutschen Kartellrecht zu beachtende § 17 Abs. 4 S. 1 OWiG sieht als Minimalvorgabe ausdrücklich vor, dass eine „Geldbuße [...] den wirtschaftlichen Vorteil, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat, übersteigen [soll]“. Äußere Grenzen ergeben sich sodann aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Davon abgesehen kann ein etwaiger Vorteil für Unternehmen, dem ein entsprechender Schaden auf der Marktgegenseite entspricht, im Rahmen von Schadenersatzklagen abgeschöpft werden.¹⁷⁶

Allerdings betreffen die von der Monopolkommission angeführten Regelungen zum einen verschuldensabhängige Ordnungswidrigkeiten und zum anderen Schadenersatzklagen. Die Abschöpfung wirtschaftlicher Vorteile nach § 34 GWB-E soll allerdings weiter gehen und sich auch auf unverschuldete Kartellrechtsverstöße beziehen. Demnach sind die von der Monopolkommission keine gleich geeigneten Mittel. Andere gleich geeignete, mildere Mittel sind nicht ersichtlich, sodass auch von der Erforderlichkeit der verschuldensunabhängigen Vermögensabschöpfung ausgegangen werden kann.

174 BVerfGE 95, 267 (300); ferner dazu BVerfGE 22, 387 (422). Offen gelassen in BVerfGE 115, 97 (112).

175 BVerfGE 97, 332 (340 f.); st. Rspr.

176 Vgl. 24. Hauptgutachten der Monopolkommission, Wettbewerb 2022, [BT-Drs. 20/3065](#), abrufbar unter: https://www.monopolkommission.de/images/HG24/HGXXIV_Gesamt.pdf, S.

Diese Maßnahme – Streichen des Verschuldenserfordernisses und die Vermutung eines wirtschaftlichen Vorteils in der Sache sowie in der Höhe – müsste letztlich angemessen sein, d.h. der mit der Maßnahme erzielte bzw. zu erwartende Nutzen in einem ausgewogenen Verhältnis zur Intensität des Eingriffs stehen. Insoweit ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Vorteilsabschöpfung nur infolge der Feststellung eines Kartellrechtsverstößes möglich ist. Allerdings führt die Abschaffung der Verschuldenselemente dazu, dass die Abschöpfung grundsätzlich unter erleichterten Voraussetzungen durchgeführt werden kann, besonders, weil ein wirtschaftlicher Vorteil und dessen Höhe bei Vorliegen eines Kartellrechtsverstößes bereits vermutet wird. Dies senkt die Eingriffsschwelle bei gleichbleibender Intensität des Eingriffs. In diesem Zusammenhang wird angeführt, dass ein Verschuldenserfordernis aufgrund der Abschaffung des kartellrechtlichen Systems der Administrativfreistellung gerade sinnvoll sei.¹⁷⁷ Diese sah vor, dass wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zwischen Unternehmen grundsätzlich verboten waren; nur durch Kartellbehörden oder durch Ministererlaubnis konnten Vereinbarungen freigestellt und damit von einem Verbot abgesehen werden.¹⁷⁸ Das neue Prinzip der Legalausnahme bestimmt, dass Unternehmen beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen nach § 2 GWB von dem Verbot freigestellt sind, ohne dass eine behördliche Entscheidung dazu tritt. Es wird argumentiert, dass dies zu Auslegungs- und Anwendungsunsicherheiten bei den Unternehmen führen könne, wann Absprachen kartellrechtswidrig sind oder nicht, weil sie dies selbst einschätzen müssen.¹⁷⁹ Allerdings wussten Unternehmen auch vor einer behördlichen Antragstellung im Rahmen der Administrativfreistellung nicht, ob eine Vereinbarung kartellrechtskonform ist oder nicht. Zum anderen bezieht es sich in erster Linie auf die Übergangszeit des Systemwechsels der 7. GWB Novelle, die bereits im Jahr 2005 in Kraft getreten ist. Insofern könnte Unternehmen mittlerweile zugemutet werden, kartellrechtsmissbräuchliches Verhalten mit Blick auf die geltende Rechtslage einschätzen zu können. In der Begründung zum Referentenentwurf wird außerdem angeführt, dass die Änderung mit Blick auf die Weite der Legalausnahme nach § 2 Abs. 2 GWB oder auch in Missbrauchsfällen gerade notwendig sei, weil der Verschuldensvorwurf hinsichtlich eines Kartellrechtsverstößes in der Praxis sehr zweifelhaft sein könne und dementsprechend die Vorschrift nicht zur Anwendung gelange.¹⁸⁰ Für die Angemessenheit der Vorschrift spricht zudem, dass die Abschöpfungshöhe nach § 34 Abs. 4 Satz 8 GWB-E auf 10% des Umsatzes im abgeschlossenen Geschäftsjahr gedeckelt sein soll, was auch die mögliche Eingriffsintensität senkt.

-
- 177 Siehe Lübbig, in: Säcker/Meier-Beck, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht Bd. 2, 4. Auflage 2022, § 34 GWB, Rn. 10, mit Hinweis auf die Gegenäußerung der BReg zur Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf des 7. Gesetzes zur Änderung des GWB – BR-Drs. 441/01 (Beschl.), 9.
- 178 Zur historischen Entwicklung, Ellger/Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Auflage 2020, § 2 GWB Rn. 15 ff.
- 179 Siehe Lübbig, in: Säcker/Meier-Beck, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht Bd. 2, 4. Auflage 2022, § 34 GWB, Rn. 11, mit Hinweis auf die Gegenäußerung der BReg zur Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf des 7. Gesetzes zur Änderung des GWB – BR-Drs. 441/01 (Beschl.), 9.
- 180 BMWK, Referentenentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen, Bearbeitungsstand: 15.09.2022, abrufbar unter: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Wettbewerbspolitik/wettbewerbsdurchsetzungsgesetz-referentenentwurf-bmwk.pdf?__blob=publicationFile&v=4, S. 33.

Innerhalb der Literatur wird jedoch die Vermutung nach § 34 Abs. 4 Satz 4 GWB-E von mindestens 1 % des inländischen Umsatzes als zufällige Mindesthöhe eines wirtschaftlichen Vorteils problematisiert.¹⁸¹ Dies wird jedoch wiederum dadurch relativiert, dass es nicht um eine unwiderlegbare Vermutung handelt, sondern Unternehmen nach § 34 Abs. 4 Satz 6 GWB-E die Möglichkeit zustehen soll, diese Vermutung zu widerlegen. Zwar ist die Regelung insoweit unklar, warum die Vermutung nach § 34 Abs. 4 Satz 4 GWB-E sich an „Umsätzen“ orientiert, „die im Inland mit den Produkten oder Dienstleistungen erzielt wurden“, während die Widerlegung nach § 34 Abs. 4 Satz 6 und Satz 7 GWB-E an einen weltweiten „Gewinn in entsprechender Höhe“ aller natürlichen und juristischen Personen anknüpft. Vertiefte Ausführungen zu dieser Gestaltung enthält der Referentenentwurf nicht. Allerdings ist bei etwaigen Auslegungsschwierigkeiten zu berücksichtigen, dass die Vorteilsabschöpfung nur auf die Abschöpfung der wirtschaftlichen Vorteile abzielen darf. Anderenfalls, bei einer Abschöpfung über wirtschaftliche Vorteile hinaus, könnte die Maßnahme strafähnlichen Charakter haben und müsste an den anderen, zuvor erläuterten rechtsstaatlichen Maßstäben gemessen werden. Dies kann und muss jedoch durch eine verfassungskonformen Auslegung und Anwendung im Einzelfall berücksichtigt werden.

Zuletzt spricht für die Angemessenheit, dass § 34 Abs. 3 Satz 1 GWB bestehen bleibt, der vorsieht, dass eine Abschöpfungsanordnung auf einen angemessenen Betrag beschränkt werden oder unterbleiben soll, wenn die Durchführung der Vorteilsabschöpfung eine unbillige Härte wäre. Nach § 34 Abs. 3 Satz 2 GWB soll eine Vorteilsabschöpfung insbesondere unterbleiben, wenn der wirtschaftliche Vorteil gering ist. Diese Härtefallvorschriften sprechen ebenfalls für die Angemessenheit der angepassten Vorteilsabschöpfung.

Gegen die Verhältnismäßigkeit wird zusammenfassend vorgetragen, dass die Vorteilsabschöpfung infolge von Kartellrechtsverstößen bei Unternehmen unabhängig von einem Verschulden die Eingriffsschwelle zu sehr abgesenkt wird, obwohl die Eingriffsintensität bestehen bleibt. Insbesondere seien Unternehmen hinsichtlich der Bewertung von missbräuchlichen Verhalten unsicher, sodass ein Verschuldenserfordernis notwendig sei. Dem wird allerdings entgegen gehalten, dass erst ein Kartellrechtsverstoß nachgewiesen sein muss, die Vermutung widerlegt werden kann und auch unbillige Härten eine Abschöpfung ausschließen. Zudem geht es letztlich nur um den wirtschaftlichen Vorteil, den das Unternehmen ohne das kartellrechtswidrige Verhalten nicht erzielt hätte, sodass die Regelung im Gesamtkontext angemessen und verhältnismäßig erscheint.

7. Erweiterung des Auskunftsverlangens auf dem Bereich des Postverkehrs, § 59 Abs. 1 Satz 5 GWB-E

Nach § 59 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GWB sind Unternehmen und Unternehmensvereinigungen verpflichtet, innerhalb einer angemessenen Frist Auskünfte zu erteilen oder Unterlagen herauszugeben, soweit es zur Erfüllung der in diesem Gesetz der Kartellbehörde übertragenen Aufgaben erforderlich ist. Nach § 59 Abs. 1 Satz 3 und Satz 4 GWB erstreckt sich diese Verpflichtung auf alle Informationen und Unterlagen, die dem Unternehmen oder der Unternehmensvereinigung zugänglich sind. Das umfasst auch allgemeine Marktstudien umfasst, die der Einschätzung oder Analyse der Wettbewerbsbedingungen oder der Marktlage dienen und sich im Besitz des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung befinden.

181 Thiede, Der Referentenentwurf zur 11. GWB-Novelle, EuZW 2023, 1 (2).

Die Verpflichtung soll nach dem Referentenentwurf mit § 59 Abs. 1 Satz 5 GWB-E nun auch für „die näheren Umstände des Postverkehrs“ gelten. Das „Postgeheimnis nach Artikel 10 des Grundgesetzes“ werde, so heißt es im Entwurf weiter, „insoweit eingeschränkt“. Begründet wird diese Erweiterung damit, dass der zum Postverkehr gehörende Logistiksektor wegen des zunehmenden Paketaufkommens immer bedeutsamer werde.¹⁸² Wegen § 39 Abs. 3 des Postgesetzes (PostG)¹⁸³ sei den zur Wahrung des Postgeheimnisses Verpflichteten untersagt, sich oder anderen über das für die Erbringung der Postdienste erforderliche Maß hinaus Kenntnis vom Inhalt von Postsendungen oder den näheren Umständen des Postverkehrs zu verschaffen. Nach § 39 Abs. 3 PostG sei zur Wahrung des Postgeheimnisses verpflichtet, wer geschäftsmäßig Postdienste erbringt oder daran mitwirkt, wobei die Pflicht zur Geheimhaltung auch nach dem Ende der Tätigkeit fortbesteht, durch die sie begründet worden ist.

Fraglich ist, ob die Erweiterung des Auskunftsverlangens auf die „näheren Umstände des Postverkehrs“ einen ungerechtfertigten Eingriff in das Postgeheimnis nach Art. 10 Abs. 1 GG darstellt. Hinsichtlich des sachlichen Schutzbereichs dieses Grundrechts hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass das Postgeheimnis Schutz für den durch die Post vermittelten Verkehr nicht nur gegenüber der Post gewährleistet, sondern auch gegenüber allen Staatsgewalten, auch der postfremden Exekutive.¹⁸⁴ Das Postgeheimnis schützt unter anderem auch vor der Offenbarung, wer mit wem durch die Post Briefe und Sendungen wechselt.¹⁸⁵ Demnach sind nicht nur die Inhalte, sondern auch die äußeren Umstände geschützt, die Gefährdungen begründen können.¹⁸⁶

Der Begriff der näheren Umstände des Postverkehrs wird innerhalb der Rechtsprechung und Literatur in Anlehnung an die Begründung zum PostG dahingehend konkretisiert, dass alle Tatsachen im Zusammenhang mit der Beförderung einer bestimmten Postsendung umfasst sind, die jedoch nicht den Inhalt der Sendung selbst betreffen. Dazu zählen beispielsweise die Verbindungsdaten, ob jemand überhaupt Postsendungen erhalten oder abgesandt hat, oder Namen und Anschriften von Absender und Empfänger, die Art, die Größe, das Gewicht und das Aussehen der Postsendung sowie Zeitpunkt und Ort ihrer Aufgabe und Zustellung.¹⁸⁷ Dies ist vom erläuterten sachlichen Schutzbereich erfasst. Außerdem sind genauso wie natürliche Personen auch Unternehmen als Adressaten des § 59 Abs. 1 Satz 5 GWB-E als inländische juristische Personen nach Art. 19 Abs. 3 GG Träger des Grundrechts nach Art. 10 Abs. 1 GG.¹⁸⁸

182 BMWK, Referentenentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen, Bearbeitungsstand: 15.09.2022, abrufbar unter: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Wettbewerbspolitik/wettbewerbsdurchsetzungsgesetz-referentenentwurf-bmwk.pdf?__blob=publicationFile&v=4, S. 36.

183 Postgesetz vom 22.12.1997 (BGBl. I S. 3294), zuletzt geändert am 09.03.2021 (BGBl. I S. 324).

184 BVerfGE 106, 28 (43).

185 BVerfGE 106, 28 (43).

186 BVerfGE 85, 386 (396). Vgl. Durner, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 10 GG Rn. 102 (91 EL, April 2020).

187 Vgl. OLG Koblenz, Beschluss vom 12.06.2017 - 1 OLG 4 Ss 173/15 -, BeckRS 2017, 146246 Rn. 29, beck-online.

188 BVerfGE 67, 157 (171 f.).

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht ist jede Kenntnisnahme, Aufzeichnung und Verwertung von Kommunikationsdaten sowie jede Auswertung ihres Inhalts oder sonstige Verwendung kommunikativer Daten durch die öffentliche Gewalt ein Grundrechtseingriff.¹⁸⁹ § 59 Abs. 1 Satz 5 ermöglicht insoweit grundsätzlich Eingriffe in das Postgeheimnis nach Art. 10 Abs. 1 GG.

Nach Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG kann in das Grundrecht aufgrund eines Gesetzes eingegriffen werden. Voraussetzung ist jedoch, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt wird. Wie bereits ausgeführt, erfordert dies, dass das beschränkende Gesetz einen legitimen Zweck verfolgt, geeignet und erforderlich ist, um diesen Zweck zu erfüllen, und schließlich das Mittel in einem angemessenen Verhältnis zu dem legitimen Zweck steht.

Der Zweck des Gesetzes richtet sich nach dem Referentenentwurf im Rahmen der Gesamtgewährleistung eines fairen Wettbewerbs auf die Gewährleistung einer „wirkungsvolle Aufgabenerfüllung der Kartellbehörden im Hinblick auf die Ermittlungen im Bereich des Postverkehrs“ durch Informationen über „Angaben von Sendungsmengen“.¹⁹⁰ Das ist ein legitimes Ziel. Die Verpflichtung von Unternehmen, Auskunft über Informationen, die den Bereich des Postverkehrs betreffen, zu geben, fördert diesen Zweck und ist demnach auch geeignet. Das Gesetz ist darüber hinaus erforderlich. Mildere, gleich geeignete Mittel sind nicht ersichtlich, zumal die freiwillige Herausgabeanfrage gerade nicht solche Fälle erfasst, in denen Postunternehmen nicht bereit sind, die entsprechenden Informationen über die näheren Umstände des Postverkehrs zur Verfügung zu stellen.

Im Rahmen der Angemessenheit des Eingriffs ist zunächst der hohe Rang des Postgeheimnisses zu berücksichtigen, die dem Grundrecht mit Blick auf den Schutz der vertraulichen Kommunikation und aufgrund der besonderen Betonung ihrer Unverletzlichkeit in Art. 10 Abs. 1 Satz 1 GG zugestanden wird.¹⁹¹ Allerdings umfasst der hohe Schutzgehalt bzw. der Schutzbereichskern besonders den Inhalt von Postsendungen und den gesamten gegenständlichen und gedanklichen Inhalt der Postsendung.¹⁹² Demgegenüber sind folglich die äußeren Umstände des Postverkehrs zwar vom Schutzbereich mitumfasst, aber ein darauf gerichteter Eingriff nicht von gleicher Intensität. Denn, wie bereits erläutert, zielt der Schutz in erster Linie auf die Vertraulichkeit von Kommunikationsvorgängen und -inhalten als solches. Hinzu kommt, dass nach § 59 Abs. 3 Satz 1 GWB ausdrücklich die Verhältnismäßigkeit bei der Gesetzesanwendung berücksichtigt werden muss. Nach § 59 Abs. 5 Satz 2 GWB sind zudem in der Einzelverfügung bzw. in dem Verpflichtungsbeschluss die Rechtsgrundlage, der Gegenstand und der Zweck des Auskunftsverlangens anzugeben und eine angemessene Frist zur Erteilung der Auskunft ist zu bestimmen. Das spricht für die Angemessenheit der in § 59 GWB-E vorgesehenen Erweiterung der Auskunftsverpflichtung.

189 BVerfGE 85, 386 (398). Vgl. auch in Bezug auf Telekommunikationsvorgänge, BVerfGE 125, 260 (310).

190 BMWK, Referentenentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen, Bearbeitungsstand: 15.09.2022, abrufbar unter: <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Wettbewerbspolitik/wettbewerbsdurchsetzungsgesetz-referentenentwurf-bmwk.pdf?blob=publicationFile&v=4>, S. 36.

191 Durner, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 10 GG Rn. 1 (91 EL April 2020).

192 OLG Koblenz, Beschluss vom 12.06.2017 - 1 OLG 4 Ss 173/15 -, BeckRS 2017, 146246 Rn. 29, beck-online.

Durch § 59 Abs. 1 Satz 5 Halbsatz 2 GWB-E genügt die Beschränkung des Art. 10 GG auch dem Zitiergebot nach Art. 19 Abs. 1 GG. Bezüglich der Bestimmtheit ließe sich auf einen ersten Blick der unbestimmte Begriff der „näheren Umstände“ des Postverkehrs problematisieren. Allerdings wurde dieser, wie zuvor erläutert, bereits durch Rechtsprechung und Literatur konkretisiert, sodass er hinreichend auslegbar und damit bestimmbar ist. § 59 Abs. 1 Satz 5 GWB-E erscheint insoweit verfassungsgemäß.

8. Zusammenfassung

Der Referentenentwurf zur 11. GWB-Novelle sieht eine Vielzahl verschiedener Änderungen der geltenden Rechtslage vor, wobei verfassungsrechtliche Bedenken insbesondere in Bezug auf die Bestimmtheit von § 32f Abs. 3 und Abs. 4 GWB-E sowie hinsichtlich der gesetzlichen Gestaltung der Entflechtungsermächtigung vorgetragen werden. Zwingend erscheinen die insoweit angeführten Argumente indes nicht, da der Gesetzgeber im Bereich der Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung einen umfangreichen Gestaltungs- und Prognosespielraum innehat.

Dies gilt auch in Bezug auf die Änderungen zur Erleichterung der Vermögensabschöpfung. Zwar mögen wettbewerbspolitische und wirtschaftsrechtliche Aspekte dagegen sprechen, jedoch dürfte sich die Änderung noch im Rahmen der Einschätzungsprärogative und Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers im Bereich des Wettbewerbs- und Wirtschaftsrechts bewegt. Die vorgesehene Erweiterung der Auskunftspflicht auf die Umstände des Postverkehrs dürfte ebenfalls verfassungsmäßig sein.
