



Ausschussdrucksache 20(9)265

12. Juni 2023

Dr. Kim Manuel Künstner
Anwalt Kartellrecht (Partner bei SCHULTE RECHTSANWÄLTE)
60311 Frankfurt am Main

Stellungnahme

Öffentliche Anhörung

zum

Gesetzentwurf der Bundesregierung

**Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen
Wettbewerbsbeschränkungen und anderer Gesetze
(„11. GWB-Novelle“)**

BT-Drucksache 20/6824

am 14. Juni 2023

STELLUNGNAHME

Schriftliche Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und anderer Gesetze (11. GWB-Novelle)

Deutscher Bundestag – Wirtschaftsausschuss

Verfasser: Dr. Kim Manuel Künstner
Kontakt: Telefon: +49 (69) 900 26-6
Fax: +49 (69) 900 26-999
Neue Mainzer Straße 28
60311 Frankfurt am Main
Datum: 12. Juni 2023

Inhaltsverzeichnis

1.	Wettbewerb als Schutzobjekt des GWB	1
2.	Vorliegen einer Schutzlücke des GWB bei unverschuldeten marktstrukturellen Defiziten	2
3.	Wettbewerbspolitische Notwendigkeit der Schließung der Schutzlücke bei unverschuldeten marktstrukturellen Defiziten.....	3
4.	Argumente gegen ein missbrauchsunabhängiges Marktstrukturinstrument.....	6
4.1	Hohe Kosten.....	6
4.2	Langwierigkeit der Verfahren	6
4.3	Staatliches Marktdesign / Staat als unternehmerischer Entscheider	7
4.4	Lediglich eingeschränkte Wirkung nationaler Entscheidungen.....	7
4.5	Fehlende Nachweisbarkeit von Effizienzgewinnen durch marktstrukturelle Eingriffe.....	8
4.6	Rechtliche Unsicherheit für Unternehmen	9
4.7	Grundrechtliche Bedenken gegen Entflechtung.....	10
5.	Ausbalancierung von Rechtssicherheit und Durchsetzbarkeit.....	10
5.1	Verfügung zur Feststellung einer Wettbewerbsstörung, § 32f Abs. 3 S. 1 GWB-E.....	11
5.2	Auswahl von Unternehmen mit wesentlicher Beteiligung, § 32f Abs. 3 Satz 3 GWB-E.....	12
5.3	Definition der Fortwähnung der Wettbewerbsstörung nach § 32f Abs. 5 S. 3 GWB-E.....	13
5.4	Bestandsschutz von freigegebenen Zusammenschlussvorhaben, § 32f Abs. 4 S. 9 GWB-E.....	14
5.5	Sonstige Ergänzungen	14

Die folgende schriftliche Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und anderer Gesetze vom 16. Mai 2023 („**GBW-E**“)¹ konzentriert sich auf die geplante und wegweisende Einführung eines marktstrukturellen Instruments im Nachgang zu Sektoruntersuchungen (§ 32f Abs. 3-8 GWB-E).

1. Wettbewerb als Schutzobjekt des GWB

Das GWB wird gerne als Grundgesetz der sozialen Marktwirtschaft betitelt. Das ist insoweit zutreffend, als dass Wettbewerb ein Entmachtungsinstrument gegenüber privat(-wirtschaftlicher) Macht und insoweit der zweieiige Zwilling der Demokratie und deren Verhältnis zur Staatsmacht ist. Macht wird kontrolliert durch Wahlmöglichkeiten der Gegenseite, wie nicht zuletzt die Legaldefinition relativer Marktmacht in § 20 Abs. 1 GWB belegt.

Das Verhältnis von Unternehmen zum Wettbewerb ist dementsprechend ambivalent. Einerseits schätzen Unternehmen Wettbewerb solange er ihnen Markterschließungen und Wachstum ohne staatlichen Dirigismus erlaubt. Gleichzeitig liegt es in der Natur der Sache – und ist abseits von kartellrechtlichen Verstößen auch nicht zu beanstanden –, dass Unternehmen sich dem Wettbewerb entziehen wollen, idealerweise indem sie den Markt räumen und möglichst viel Nachfrage auf sich vereinen. Das unternehmerische Bekenntnis zum Wettbewerb wird insbesondere dann laut, wenn der Schutz der erworbenen Marktposition unter Verweis auf die Durchsetzung im Wettbewerb ex-post meritokratisch unterfüttert werden soll, weniger, wenn es um die Bestreitbarkeit solcher „verdienter“ Positionen geht.

So verständlich dies aus Sicht einzelner Unternehmen sein mag, so wenig kann es die allgemeine gesellschaftliche Richtschnur für die Frage nach dem notwendigen Schutzniveau des Wettbewerbs als Institution und die zur Umsetzung notwendigen Instrumente sein. Wettbewerb bedingt – insoweit parallel zu Wahlen in der Demokratie – einen iterativen Prozess. Unter bestimmten strukturellen Bedingungen kann Wettbewerb jedoch erlahmen und die Auswahlmöglichkeiten der vor- und nachgelagerten Marktstufen werden so eingeschränkt, dass keine echte dezentrale Planung mehr stattfindet. Die schöpferische Zerstörung wird beseitigt und die Entmachtungsfunktion kommt nicht mehr zur Geltung.

Im Zentrum des behördlichen Wettbewerbsschutzes muss daher der Wettbewerb stehen. Bisweilen versperrt die derzeitige Konzentration der Aufspürung, Verfolgung und Bestrafung von schuldhaftem Fehlverhalten der Unternehmen im Anwendungsbereich des GWB den Blick darauf, dass der Schutz des Wettbewerbs nicht deckungsgleich ist mit der Feststellung eines unrechtmäßigen Verhaltens von Unternehmen. Nur so lässt sich erklären, warum der aktuelle Entwurf für die

¹ BT-Drs. 20/6824.

11. GWB-Novelle teilweise als Paradigmenwechsel bezeichnet wird, soweit er nämlich die Eingriffsbefugnisse des Bundeskartellamtes für das Ergreifen struktureller Maßnahmen nicht an rechtswidriges Verhalten von Unternehmen knüpft. Dies ist einerseits aber bereits deshalb kein Paradigmenwechsel, da das alte System fortbestehen soll und zum anderen mit der Fusionskontrolle bereits ein marktstrukturelles Instrument vorliegt, dessen Eingreifen kein rechtswidriges Verhalten voraussetzt.

Ein weiteres, über die Fusionskontrolle hinausgehendes marktstrukturelles Element ist daher zweckmäßig, sofern das bisherige Regelungskonzept des GWB eine entsprechende Schutzlücke aufweist, deren Schließung wettbewerbspolitisch angezeigt ist und die Rechtssicherheit und Durchsetzbarkeit in einen angemessenen Ausgleich bringt. Diesen Fragen soll im Folgenden in gebotener Kürze nachgegangen werden. 6

2. Vorliegen einer Schutzlücke des GWB bei unverschuldeten marktstrukturellen Defiziten

Das heutige Instrumentarium des EU- und deutschen Kartellrechts umfasst im wesentlichen drei Säulen: Verbot der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen (Art. 101 AEUV; § 1 GWB, „**Kartellverbot**“), Verbot des Missbrauchs einer marktstarken Position (Art. 102 AEUV; § 19 ff. GWB, „**Missbrauchsverbot**“) und die **Fusionskontrolle** (FKVO; §§ 35 ff. GWB). 7

Dieser Dreiklang ist seit Jahrzehnten „bekannt und bewährt“, so dass sich zunächst die Frage stellt, ob insoweit überhaupt eine Schutzlücke zu beklagen ist, die durch ein marktstrukturelles Instrument zu schließen ist. 8

Kartellverbot und Missbrauchsverbot erfassen schuldhaftes und punktuelles Fehlverhalten von Unternehmen. Verstöße werden dementsprechend mit Bußgeldern belegt und es können privatrechtliche Kartellschadensersatzansprüche nach sich ziehen. Teilweise wird versucht über verhaltensbezogene Maßnahmen auch strukturell vermittelte Interessenkonflikte und dadurch verursachte dauerhafte Wettbewerbsbeeinträchtigung einzuhegen, wie zuletzt etwa in den Fällen Amazon Market Place und Amazon Buy Box.² Im Falle der Sektoruntersuchung Walzasphalt hat das Bundeskartellamt durch extensive Auslegung des Kartellverbots im Bereich der Gemeinschaftsunternehmen eine strukturelle vermittelte dauerhafte Interessenkollision von Wettbewerbern durch Entflechtungen herbeigeführt.³ 9

Die Fusionskontrolle wiederum ist ein marktstrukturelles Kontrollinstrument, allerdings mit einem eingeschränkten Anwendungsbereich, engen Prüfungsfristen, auf ex-ante Kontrolle beschränkt und mit starren Umsatzschwellen anfällig für 10

² Komm., Case AT.40462 – *Amazon Marketplace* und Case AT.40703 – *Amazon Buy Box*.

³ Andreas Mundt, Pressemitteilung des BKartA vom 1. Oktober 2012, abrufbar unter: [Bundeskartellamt - Homepage - Unternehmensverflechtungen auf dem Prüfstand – Bundeskartellamt veröffentlicht Abschlussbericht der Sektoruntersuchung Walzasphalt.](#)

rechtliche Gestaltungen zur Vermeidung von Anmeldepflichten. In materieller Hinsicht fehlt es zudem außerhalb horizontaler Zusammenschlüsse direkter Wettbewerber an verlässlichen Schadenstheorien.

Im Ausgangspunkt kann daher auch mit Blick auf entsprechende Instrumente in den USA oder dem Vereinigten Königreich mit guten Gründen vertreten werden, dass hinsichtlich der nunmehr auch in § 32f Abs. 5 GWB beispielhaft genannten Fälle eine kartellrechtliche Schutzlücke besteht, soweit der Erhalt bzw. die Wiederherstellung des Wettbewerbs im Zentrum stehen und nicht die Bestrafung punktueller und schuldhafter Verhaltensweisen von Unternehmen mit wettbewerbsschädlicher Stoßrichtung. 11

3. Wettbewerbspolitische Notwendigkeit der Schließung der Schutzlücke bei unverschuldeten marktstrukturellen Defiziten

Nur weil eine Schutzlücke festgestellt werden kann, bedeutet dies nicht automatisch, dass diese durch den Gesetzgeber geschlossen werden muss oder sollte. Fraglich ist daher, ob es aus wettbewerbspolitischer Sicht notwendig oder zumindest gerechtfertigt erscheint, die Schutzlücke zu schließen. 12

Zur Beantwortung dieser Frage lohnt sich eine Betrachtung der „kartellrechtlichen Großwetterlage“. Dabei wird man feststellen, dass die Rufe nach ergänzenden rechtlichen Eingriffsmitteln und der Ausschöpfung bestehender Instrumente immer lauter werden. Dass dieser Befund nicht rein anekdotisch ist, belegen insbesondere die folgenden Begebenheiten: 13

- **Einführung des Digital Markets Act („DMA“):** Der DMA entstand aus den Bestrebungen der EU-Kommission, ein New Competition Tool zu entwickeln.⁴ Hintergrund war, dass die EU-Kommission insbesondere zwei Risikofelder identifizierte: erstens strukturelle Risiken für den Wettbewerb auf Märkten mit bestimmten Charakteristiken wie Netzwerk-, Skalen- und Lock-In-Effekten, die einzelne Unternehmen nutzen können, um ein „Kippen“ des Marktes herbeizuführen. Zweitens strukturelles Fehlen von Wettbewerb auf Märkten, das nicht auf das Verhalten einzelner Wettbewerber zurückzuführen ist, sondern insbesondere auf oligopolistischen Marktstrukturen beruht. 14

Mit dem DMA hat sich die EU-Kommission vorerst auf ein marktstrukturbasiertes Wettbewerbsinstrument mit begrenztem Anwendungsbereich auf Digitalkonzerne („Gatekeeper“) beschränkt. Offensichtlich deckt der DMA aber nicht alle von der EU-Kommission identifizierten Problemfelder ab. 15

⁴ Komm., Single Market – new complementary tool to strengthen competition enforcement, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-Single-Market-new-complementary-tool-to-strengthen-competition-enforcement_en.

- **Richtlinie gegen unlautere Handelspraktiken („UTP“):** Die Richtlinie gegen unlautere Handelspraktiken⁵ bzw. die teilweise überschießende Umsetzung im AgrarOLkG⁶ verbieten Käufern von Agrar- oder hieraus gewonnenen Lebensmittelerzeugnissen bestimmte Handelspraktiken wie einseitige Preisänderungen oder überlange Zahlungsfristen. Existenzgrundlage dieser Richtlinie ist das starke Bedürfnis, den strukturell benachteiligten Agrarsektor gegenüber die deutlich stärker vermachteten nachgelagerten Marktstufen – insbesondere in Form des Einzelhandels⁷ – zumindest gegen die größten Formen der Ausnutzung struktureller Verhandlungsmacht zu schützen. Sie erweitert damit die punktuelle kartellrechtliche Kontrolle der Ausübung von Markt- und Verhandlungsmacht, die insoweit als unzureichend empfunden wurde. Die Verbote der UTP-Richtlinie bzw. des AgrarOLkG sind selbst aber nur punktuelle Instrumente, die an bestimmte Verhaltensweisen anknüpfen, nicht jedoch die zugrundeliegende strukturelle Problematik beseitigen können. 16
- **Verweisung nicht anmeldepflichtiger Zusammenschlüsse an EU-Kommission nach Art. 22 FKVO:** Die EU-Kommission hat die Auslegung des Art. 22 FKVO⁸ in den letzten Jahren so geändert, dass die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten Zusammenschlüsse, die weder nach nationalem noch nach Unionsrecht zur Zusammenschlusskontrolle anmeldepflichtig sind, gleichwohl an die EU-Kommission verwiesen werden können, damit die EU-Kommission den Zusammenschluss doch noch einer Prüfung in der Sache unterziehen kann. Das Europäische Gericht (EuG) hat diese Praxis jüngst gebilligt.⁹ Die finale Entscheidung durch den EuGH steht noch aus. 17
- Art. 22 FKVO diene ursprünglich alleine der Schließung von Lücken, wenn Mitgliedstaaten selbst über keine Fusionskontrolle verfügten. Die nunmehr erweiterte Auslegung durch die EU-Kommission belegt den Druck, unter dem sich die Kommission als Wettbewerbsbehörde zu stehen fühlt, und sie zu einer sehr intensiven, wenn nicht extensiven Auslegung bestehenden Rechts veranlasst. 18
- **Ex-Post-Prüfung von anmeldefreien Zusammenschlüssen nach Missbrauchsverbot:** Nationale Wettbewerbsbehörden haben in jüngerer Zeit begonnen, vollzogene Zusammenschlüsse, die nicht zur EU- 19

⁵ Richtlinie (EU) 2019/633 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette, ABl. 2019 L 111/59 ff.

⁶ Agrarorganisationen-und-Lieferketten-Gesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 24. August 2021 (BGBl. I S. 4036), das zuletzt durch Artikel 2 Absatz 21 des Gesetzes vom 20. Dezember 2022 (BGBl. I S. 2752) geändert worden ist.

⁷ Siehe hierzu aktuell und umfassend: *Lademann/Kleczka*, Marktbeherrschung im Lebensmitteleinzelhandel? Eine wettbewerbsökonomische Analyse der Handelsentwicklung und ihrer Folgen für Lieferanten und Verbraucher, *passim*.

⁸ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („FKVO“), ABl. 2004 L 24/1.

⁹ EuG, Urt. v. 13. Juli 2022, T-227/21 – *Illumina/Kommission*.

Fusionskontrolle anmeldepflichtig waren, nachträglich, d. h. nach deren Vollzug, anhand des Verbots des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV zu überprüfen. Der EuGH hat dieses Vorgehen grundsätzlich bestätigt.¹⁰ Auch dies belegt den gestiegenen Druck der Wettbewerbsbehörden, strukturelle Marktveränderungen durch Aus- oder gar Überdehnung der vorhandenen kartellrechtlichen Instrumente zu prüfen bzw. zu korrigieren.

Belegen diese Indizien den gestiegenen Druck auf Gesetzgeber und Wettbewerbsbehörden, strukturelle Wettbewerbsdefizite abzumildern, ist die Frage nach den Gründen hierfür zu stellen. Diese im Einzelnen zu erörtern, würde nicht nur den Rahmen der schriftlichen Stellungnahme, sondern auch die Expertise des Autors sprengen. 20

Soweit ersichtlich sind die Hauptursachen in den (krisengetriebenen) Kosten- und Inflationsdiskussionen, insbesondere im Hinblick auf fossile Energieträger und Lebensmittel, sowie in der zunehmenden Konzentration der Märkte¹¹ zu finden, auch wenn mit Blick auf Deutschland und die EU niemals der wohl tröstlich gemeinte Hinweis auf die schneller voranschreitende Vermachtung der Märkte in den USA fehlen darf. 21

Zusammenfassend schreitet die Marktkonzentrationen auch in der EU voran, wenn auch im Vergleich zu den USA etwas langsamer. Die EU-Kommission hat insoweit zwei Problemfelder identifiziert: strukturelle Risiken für den Wettbewerb auf Märkten mit bestimmten Charakteristika wie Netzwerk-, Skalen- und Lock-In-Effekten, die einzelne Unternehmen nutzen können, um ein „Kippen“ des Marktes herbeizuführen, und strukturelles Fehlen von Wettbewerb auf Märkten, das nicht auf das Verhalten einzelner Wettbewerber zurückzuführen ist, sondern insbesondere auf oligopolistischen Marktstrukturen beruht. Gesetzgeber und Wettbewerbsbehörden ergänzen in immer kürzeren Abständen die bestehenden kartellrechtlichen Instrumente oder dehnen diese über den bisherigen Anwendungsbereich hinaus. Dies rechtfertigt aus wettbewerbspolitischer Sicht, die Einführung eines neuen Instruments zur Kontrolle struktureller Wettbewerbsdefizite, um einerseits die bestehende Schutzlücke zu schließen und andererseits ein auch für die Unternehmen rechtssicheres Verfahren einzuführen. 22

¹⁰ EuGH, Urt. v. 16. März 2023, C-449/21 – *Towercast*; Grümmer, „Towercast – die unendliche Fusionskontrolle“. SCHULTEblog vom 12. April 2023, abrufbar unter: <https://www.schulte-lawyers.com/schulteblog/towercast-fusionskontrolle>.

¹¹ Komm., Single Market Performance Report 2019, SWD(2019) 444 final, S. 25: „*The trend involving higher concentration ratios and markups is also reflected in increased market power, especially among larger firms.*“; abrufbar unter: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15321-2019-ADD-1/en/pdf>; Komm., Evaluation of the Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law of 9 December 1997, 12. Juli 2021, SWD(2021) 199 final, S. 13: „*Market concentration is a trend not only in digital markets, as documented in particular for the US, but also for the EU, albeit to a more limited extent. For instance, empirical studies suggest that company mark-ups across all sectors increased by 4% to 6% over the period 2001–2014 on average across country, with increases of 20% for the top 10% of firms in the sample.*“ abrufbar unter: https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-07/evaluation_market-definition-notice_en.pdf.

4. Argumente gegen ein missbrauchsunabhängiges Marktstrukturinstrument

Gegen missbrauchsabhängige Marktstrukturinstrumente werden im Allgemeinen und im konkreten Fall des Entwurfs der 11. GWB-Novelle Gegenargumente vorgebracht, auf die im Folgenden kurz einzugehen ist: 23

4.1 Hohe Kosten

Gegen marktstrukturelle Maßnahmen werden teilweise hohe Rechtsdurchsetzungskosten ins Feld geführt, d. h. der Aufwand, den Wettbewerbsbehörden und Gerichte betreiben müssen, um die Entflechtung durchzusetzen.¹² Teilweise soll es wohl auch um die Kosten durch Beseitigung unternehmerischer Effizienz gehen. 24

Problematisch am pauschalen Verweis auf vermeintlich hohe Kosten der marktstrukturelle Maßnahmen ist die häufig fehlende Gegenüberstellung mit Opportunitätskosten des Nichthandelns bzw. mit Kosten anderer Verfahren wie beispielsweise nach Art. 102 AEUV, DMA oder wegen unlauterer Handelspraktiken. Denn die Alternative zum Unterlassen struktureller Entflechtungen ist nicht zwingend das Unterlassen jeglicher Abhilfemaßnahmen oder Verfahren. Gerade die nicht-strukturellen Abhilfemaßnahmen in Verfahren wie Google-Shopping belegen den behördlichen und gerichtlichen Aufwand der Durchsetzung dieser Maßnahmen, wobei ein Großteil der Arbeit nicht der eigentlichen Durchsetzung klarer Abhilfemaßnahmen, sondern dem „Katz-und-Maus-Spiel“ zwischen EU-Kommission und Google hinsichtlich der Möglichkeiten und Grenzen der praktischen Umsetzung und deren fantasievoller Umgehung geschuldet ist. 25

4.2 Langwierigkeit der Verfahren

Gegen marktstrukturelle Maßnahmen wird eingewandt, dass die Verfahren sehr langwierig sein können. Allerdings trifft das auch auf Verfahren zur Durchsetzung des Kartell- oder Missbrauchsverbots zu, ohne dass letztere in der Lage wären, eine vergleichbare Effektivität zur Beseitigung strukturell vermittelter Wettbewerbsdefizite zu liefern. 26

Unabhängig von der Eingriffsnorm der Behörden, müssen die Verfahren so strukturiert werden, dass eine effiziente und effektive Durchsetzung ermöglicht wird. Dies betrifft in erster Linie Verfahrensregeln wie Fristen, Abhilfen, Strafen bei Missachtung und Rechtsmittelverfahren sowie eine hinreichende personelle Ausstattung der Wettbewerbsbehörden und Gerichte. 27

¹² Bernhardt/Voges, WuW 2022, 651, 653.

4.3 Staatliches Marktdesign / Staat als unternehmerischer Entscheider

Teilweise wird recht pauschal behauptet, der Staat dürfe kein Marktdesign betreiben und sich nicht zum unternehmerischen Entscheider aufschwingen, der glaube, wettbewerbliche Prozesse besser beurteilen zu können als Unternehmen.¹³ 28

Zunächst kann der Vorwurf des staatlichen Marktdesigns nicht ohne die Frage nach der Alternative des privatwirtschaftlichen Marktdesign gedacht werden. Inwiefern verbessert sich die Situation, wenn dominante Unternehmen das Marktdesign übernehmen? Anders als bei den Wettbewerbsbehörden, fehlt es diesen Unternehmen letztlich sogar an einer demokratischen Kontrolle und Rückankopplung durch Wahlen. Außerdem haben diese Unternehmen ein Eigeninteresse an dem konkreten Design des Marktes, was bei staatlichen Behörden außerhalb von Korruption zumindest nicht offenkundig ist. Schließlich werden dominante Unternehmen in ihrem Zugriffsbereich zum faktischen Gesetzgeber im Markt. Aus dieser Perspektive könnte umgekehrt ähnlich pauschal und polemisch gefragt werden, wer diese Unternehmen zum Ersatzgesetzgeber gewählt habe. Der Erkenntnismehrwert dieser Gegenfrage entspricht dabei dem der Ausgangsfrage. 29

Es mag insoweit zutreffen, dass der Staat keine besseren unternehmerischen Entscheidungen treffen kann als Unternehmen selbst. Bei marktstrukturellen Eingriffen kann sich die Frage nach dem „besser“ aber immer nur auf Wiederherstellung oder Erhaltung von Wettbewerbsstrukturen beziehen. Der Staat soll und muss gerade nicht prognostizieren, ob durch den marktstrukturellen Eingriff die Konsumentenwohlfahrt (welcher Konsumentengruppe?) oder Innovationskraft steigt. Er darf darauf vertrauen, dass sich dies durch den Wettbewerb einstellt. Mit den Entflechtungen geht gerade kein staatlicher Zentralplan einher, sondern es wird ein privatwirtschaftlicher Zentralplan entfaltet, damit sich die vielen dezentralen Pläne neu entfalten können und der Wettbewerb seine ihm zugesprochenen positiven Effekte entwickeln kann. 30

4.4 Lediglich eingeschränkte Wirkung nationaler Entscheidungen

Teilweise wird gegen die Zweckmäßigkeit von marktstrukturellen Eingriffen argumentiert, dass diese, sofern sie auf nationaler Ebene ausgesprochen werden, nur begrenzte Auswirkungen hätten. Am Ende wären nationale Unternehmen stärker bedroht und belastet als große, globale Unternehmen, die sich nationalen Entscheidungen entziehen könnten.¹⁴ 31

Dass dies nicht zutreffend ist, belegt bereits die Entscheidung des Bundeskartellamtes in Sachen Händler-AGB des Amazon Marketplace. Dort führte das Bundeskartellamt ein Verfahren gegen Amazon, weil sich Amazon gegenüber den Händlern mittels seiner AGB u. a. praktisch von jeder Haftung freigemacht hatte und sich ein unbeschränktes Recht zur sofortigen Kündigung und der 32

¹³ BDI et al. (Fn. Fehler! Textmarke nicht definiert.), S. 2; vgl. Lübbig, WuW 2023, 193, 195.

¹⁴ BDI et al. (Fn. Fehler! Textmarke nicht definiert.), S. 2.

sofortigen Sperrung von Konten der Händler ohne Angabe von Gründen einräumen ließ.¹⁵ Der Präsident des Bundeskartellamtes betont insoweit ausdrücklich, dass Amazon seine Geschäftsbedingungen aufgrund des Verfahrens weltweit geändert habe:

„Zur Beendigung unseres Verfahrens wird Amazon seine Geschäftsbedingungen für die auf dem Marketplace tätigen Händler für den deutschen Marktplatz amazon.de, für alle europäischen Marktplätze (amazon.co.uk, amazon.fr, amazon.es, amazon.it) sowie weltweit für alle seine Online-Marktplätze einschließlich der amerikanischen und asiatischen Marktplätze anpassen.“¹⁶ 33

Des Weiteren belegt auch die nachträgliche Entflechtungsanordnung der britischen Wettbewerbsbehörde CMA in Sachen *Facebook/GIPHY*, dass nationale Kartellrechtsentscheidung mit Entflechtungsausspruch faktisch globale Wirkung entfalten können.¹⁷ 34

4.5 Fehlende Nachweisbarkeit von Effizienzgewinnen durch marktstrukturelle Eingriffe

Gegen marktstrukturelle Eingriffe wird auch vorgebracht, dass es – insbesondere im Anwendungsbereich digitaler Plattformen – am Nachweis von Effizienzsteigerungen durch Entflechtungen mangelt. So könne der Effekt, der von Entflechtungen auf Preise ausgehe, nicht isoliert werden.¹⁸ Ebenso fehle es vermeintlich an Analysen der Auswirkungen auf den technologischen Fortschritt und Innovationen.¹⁹ 35

Diese Äußerungen gehen zunächst davon aus, dass marktstrukturelle Eingriffe nur dann wahlweise legitim, zweckmäßig oder legal sein können, wenn sie ex-ante mit hinreichender Sicherheit Effizienzgewinne erwarten lassen. Insoweit wird verkannt, dass die Steigerung von Effizienzgewinnen bereits im Ausgangspunkt kein Ziel sein kann, welches eine marktstrukturelle Eingriffe rechtfertigt. Der Gesetzgeber hat unter keinem erkennbaren Gesichtspunkt einen verfassungsmäßigen Auftrag, in die Grundrechte der Unternehmen einzugreifen, um „Effizienzgewinne“ zu steigern. Entflechtungen können daher nur legitimes Mittel für verfassungskonforme und gesetzgeberische Ziele wie dem Schutz und 36

¹⁵ BKartA (Fn. Fehler! Textmarke nicht definiert.).

¹⁶ BKartA, Pressemitteilung vom 17. Juli 2019, abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2019/17_07_2019_Amazon.html.

¹⁷

¹⁸ *Bernhardt/Voges*, WuW 2022, 651, 652 (Fn. 24).

¹⁹ *Bernhardt/Voges*, WuW 2022, 651, 652; siehe aber *Poegel* (Fn. Fehler! Textmarke nicht definiert.), *passim*; *Watzinger/Fackler/Nagler/Schnitzer*, *American Economic Journal: Economic Policy* 2020, 12(4): 328 ff.; abrufbar unter: <https://doi.org/10.1257/pol.20190086>; *Oxera* (Fn. Fehler! Textmarke nicht definiert.), S. 42 zu festgestellten Innovationen naheigentumsrechtlicher Entflechtung britischer Flughäfen: “There are a number of examples of innovative approaches being introduced by GAL after the break-up. Many of these could have been implemented by BAA prior to the break-up, but it might not have had the incentive, as any such innovation would be likely just to transfer business away from other BAA airports while potentially creating financial and operational risk for the airport”.

Erhalt des Wettbewerbs als Institution sein. Folgerichtig stellt die Prognoseentscheidungen nach § 32f Abs. 3 S. 1, 4 Abs. 1 GWB-E²⁰ auf die Beseitigung der Wettbewerbsstörung, nicht die Erwartung überschießender Effizienzen ab.

Globaler betrachtet ist die axiomatische Forderungen nach hinreichend belegbaren Effizienzgewinnen im Vorfeld einer Entflechtung Ausdruck einer Internalisierung des bis vor kurzem zeitgeistigen „*more economic approach*“ und dessen Verdichtung hin zu einem „Gesetz“. Verfassungsrechtliche und gesetzliche Grundlagen hierfür sucht man vergebens. Im Gegenteil sind solche Effizienzeinreden in der kartellrechtlichen Tradition und Gesetzgebung typischerweise die Voraussetzung dafür, dass Unternehmen ausnahmsweise Wettbewerb beschränken dürfen.²¹ Wieso sich dieses Erfordernisses spiegelbildlich auf staatliche Akteure übertragen lassen soll, erschließt sich nicht, zumal diese mit marktstrukturellen Maßnahmen keine Beschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Selbst bei einer eigentumsrechtlichen Entflechtung sieht Art. 14 GG einen „Effizienzausgleich“ nicht vor. In der Begründungspflicht sind daher diejenigen, die behaupten, eine marktstrukturelle Maßnahme wäre nur dann zweck- und rechtmäßig, wenn sie mit hinreichender Sicherheit (überschießende) Effizienzgewinne erwarten lasse. Maßstab der Zweckmäßigkeit von Entflechtungsmaßnahmen kann damit nur der Beitrag zur Erhaltung oder Wiederherstellung der Wettbewerbsprozesse sein. Effizienzgewinne sind weder ein notwendiges noch ein hinreichendes Kriterium für eine zweckmäßige marktstrukturelle Maßnahme.

Auch der Vorwurf der fehlenden Vorhersehbarkeit der Wirkung von marktstrukturellen Maßnahmen greift ins Leere, soweit diese der Erhaltung oder Wiederherstellung des Wettbewerbs dienen. Denn der Wettbewerb zieht seine Kraft der schöpferischen Zerstörung gerade aus der fehlenden Vorhersehbarkeit. Insoweit steht der Vorwurf der fehlenden Vorhersehbarkeit auch in einem Spannungsverhältnis zum Vorwurf des staatlichen Marktdesigns.

4.6 Rechtliche Unsicherheit für Unternehmen

Regelmäßig wird argumentiert, dass marktstrukturellen Maßnahmen mit hoher rechtlicher Unsicherheit bzw. fehlender Vorhersehbarkeit für die Unternehmen verbunden seien.²² Soweit sich diese Unsicherheit auf die Entwicklung des Wettbewerbs nach Durchführung der marktstrukturellen Maßnahmen bezieht, ist dies der Natur des Wettbewerbs geschuldet. Man kann insoweit auch

²⁰ RegE (Fn. Fehler! Textmarke nicht definiert.), S. 7.

²¹ Für das Kartellverbot siehe Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 Abs. 1 GWB („Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts“); für das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung siehe die Effizienzeinrede, z. B. bei EuGH, Urt. v. 15. März 2007, Slg. 2007, I-2331, Rn. 86 – *British Airways*; EuG Urt. v. 17. September 2007, Slg. 2007, II-3601, Rn. 1114 f. – *Microsoft*; EuGH Urt. v. 17. Februar 2011, Slg. 2011, I-527, Rn. 75 f. – *TeliaSonera Sverige*; für die Fusionskontrolle vergleiche die Abwägungsklausel nach § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GWB.

²² *Wegner*, BB 2022, Heft 44, Umschlagteil, I; BDI et. al (Fn. Fehler! Textmarke nicht definiert.), S. 2.

argumentieren, dass die marktstrukturellen Maßnahmen dann besonders zweckmäßig sind, wenn die wettbewerbliche Unsicherheit möglichst groß ist. Sofern es jedoch alleine um Rechtssicherheit der Unternehmen geht, d. h. einem Vertrauensschutz gegenüber Staat und Gesellschaft, eine dauerhafte und strukturelle Wettbewerbsstörung nicht zu beseitigen, überzeugt dies nicht.²³

Hinzu kommt, dass das kontrafaktische Szenario keines ist, in welchem die Unternehmen mit völliger rechtlicher Klarheit konfrontiert wären, wie die unter 3. dargelegten Beispiele der Ausdehnung vorhandener kartellrechtlicher Instrumente belegen. 40

4.7 Grundrechtliche Bedenken gegen Entflechtung

Gegen marktstrukturelle Maßnahmen und insbesondere eigentumsrechtliche Entflechtungsmaßnahmen werden verfassungsrechtliche Bedenken erhoben.²⁴ Zutreffend ist, dass es sich bei der Entflechtung zumindest um eine entschädigungspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung im Sinne des Art. 14 Abs. 3 GG handelt.²⁵ Notwendig ist daher eine Entschädigung i. S. d. Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG, die auch durch die Käufer der entflochtenen Unternehmensteile gezahlt werden kann.²⁶ Insofern bestehen aber keine generellen verfassungsrechtlich durchschlagenden Bedenken gegen Entflechtungsmaßnahmen, sondern allenfalls Anforderungen an konkrete gesetzliche Eingriffsbefugnisse und behördliche Entscheidungen im Einzelfall. Der Schwerpunkt der Verfassungskonformität wird daher auf der Einzelfallprüfung liegen und dort insbesondere auf der Verhältnismäßigkeit der einzelnen Maßnahme. 41

5. Ausbalancierung von Rechtssicherheit und Durchsetzbarkeit

Die gesetzgeberische Ausgestaltung eines missbrauchsunabhängigen Marktstrukturinstruments steht vor der besonderen Herausforderungen einen abstrakten und allgemein gültigen Ausgleich zwischen Rechtssicherheit aus Unternehmenssicht und effektiver und effizienter Durchsetzung seitens der Behörden zu formulieren. 42

Entsprechend der Vorbildvorschrift des Kapitel 4 des Enterprise Acts 2002 aus dem Vereinigten Königreich²⁷, der lediglich einen „*adverse effect on competition*“ verlangt, sollte die Ergreifung marktstruktureller Maßnahmen in Deutschland nach 43

²³ Bartsch/Käseberg/Weber, WuW 2023, 245, 246.

²⁴ Vgl. Ackermann, ZWeR 2023, 1, 18 f.; BDI et al. (BDI et al., „Paradigmenwechsel im Wettbewerbsrecht“, Dezember 2022, S. 2, abrufbar unter: <https://bdi.eu/artikel/news/paradigmenwechsel-im-wettbewerbsrecht-innovationen-investitionen>; Böni, Sic! 2/2012, 71, 80 ff.

²⁵ Kühling, Missbrauchsunabhängige Entflechtung – verfassungswidriger Kartellrechtspopulismus oder sinnvolle Ultima Ratio?, Verfassungsblog 14.06.2022, abrufbar unter: [Missbrauchsunabhängige Entflechtung – verfassungswidriger Kartellrechtspopulismus oder sinnvolle Ultima Ratio? – Verfassungsblog](https://www.verfassungsblog.de/misbrauchsunabhaengige-entflechtung-verfassungswidriger-kartellrechtspopulismus-oder-sinnvolle-ultima-ratio/); Ackermann, ZWeR 2023, 1, 18.

²⁶ Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, Rn. 377.

²⁷ Abrufbar unter: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/40/part/4>

dem ursprünglichen Referentenentwurf zur 11. GBW-Novelle alleine von der Notwendigkeit der Beseitigung einer Störung des Wettbewerbs abhängen, die das Bundeskartellamt im Rahmen einer Sektoruntersuchung festgestellt hat.

Infolge erheblicher Vorbehalte und Kritik von Seiten der Unternehmensvertreter²⁸, der Praxis²⁹ und der Wissenschaft³⁰ enthält der jetzt vorliegende Gesetzesentwurf weitreichende und erhebliche Konkretisierungen und Bedingungen, die erfüllt sein müssen, damit das Bundeskartellamt eine marktstrukturelle Handlung vornehmen kann.³¹ 44

Hervorzuheben sind insoweit folgende Änderungen: 45

5.1 Verfügung zur Feststellung einer Wettbewerbsstörung, § 32f Abs. 3 S. 1 GWB-E

Der Gesetzesentwurf setzt nunmehr zunächst die Feststellung einer tatbestandlichen Wettbewerbsstörung durch Verfügung gegen bestimmte Unternehmen voraus (§ 32f Abs. 3 S. 1 GWB-E). Dies eröffnet den betroffenen Unternehmen, Rechtsschutzmöglichkeiten bereits gegen die Feststellung einer Wettbewerbsstörung zu ergreifen, d. h. noch vor einer Entscheidung des Bundeskartellamtes, ob bzw. welche Maßnahmen zu treffen sind. 46

Auch wenn diesen Rechtsmittel keine aufschiebenden Wirkung zukommt, führt der Ansatz zu einer unübersichtlichen prozessualen Gemengelage. Denn es schafft eine „künstliche Beschwer“ bereits auf Stufe der Feststellung der Wettbewerbsstörung, wengleich zu diesem Zeitpunkt noch keine Festlegung des Bundeskartellamtes getroffen wurde, anhand welcher Maßnahmen es die Wettbewerbsstörung zu beseitigen gedenkt. Die nunmehr vorgesehene „Personalisierung“ im Vorfeld der Ergreifung konkreter (struktureller) Maßnahmen konterkariert damit den marktstrukturellen Charakter des § 32f GWB. Zudem wird der aus den Verfahren des Kartell- und Missbrauchsverbots bekannte „persönliche Schuldvorwurf“ durch die Hintertür wieder eingeführt, da letztlich doch wieder Verfahren gegen bestimmte Unternehmen geführt werden. 47

Diese künstliche Aufspaltung des Verfahrens in „personalisierte“ Feststellung der Wettbewerbsstörung und Abhilfemaßnahmen überzeugt daher nicht. Sie steht potentiell auch einer einvernehmlichen Lösung mit allen Marktakteuren entgegen, da zunächst nur bestimmte Marktakteure erfasst werden und sich unterschiedliche 48

²⁸ BDI et al., „Paradigmenwechsel im Wettbewerbsrecht“, Dezember 2022, S. 2, abrufbar unter: <https://bdi.eu/artikel/news/paradigmenwechsel-im-wettbewerbsrecht-innovationen-investitionen>

²⁹ BRAK, Stellungnahme Nr. 39 Oktober 2022 zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen, S. 5 ff.; abrufbar unter: https://www.brak.de/fileadmin/05_zur_rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2022/stellungnahme-der-brak-2022-39.pdf

³⁰ Ackermann, ZWeR 2023, 1 ff.; Kühling/Engelbracht/Welsch, WuW 2023, 250 ff.; Wagner-von Papp, WuW 2022, 642 ff.; Wegner, BB 2022, Heft 44, Umschlagteil, I.

³¹ Siehe Übersicht bei Wagner-von Papp, WuW 2023, 301 f.

Strategien ergeben können, je nachdem, ob man als Unternehmen bereits Gegenstand eines Feststellungsverfahrens ist oder nicht.

Die Aufteilung des Verfahrens nach § 32f Abs. 3 GWB-E kann auch nicht mit Verweis auf die entsprechende Aufteilung nach § 19a GWB begründet werden. Denn Maßnahmen zur Beseitigung der Wettbewerbsstörung setzen keine bestimmte Normadressateneigenschaft voraus, es sei denn, es handelt sich um eine eigentumsrechtliche Entflechtung. Im Gegenteil, soll es nach § 32f Abs. 3 S. 5 GWB-E möglich sein, die Feststellung nach § 32f Abs. 3 S. 1 GWB-E auf andere Unternehmen zu erweitern. 49

Schließlich ist auch der Mehrgewinn an Rechtssicherheit für die Unternehmen in Zweifel zu ziehen. Insoweit soll die Vorauswahl durch Feststellungsverfügung gegenüber bestimmten Unternehmen augenscheinlich die Vorhersehbarkeit erhöhen, welche Unternehmen wohl von Maßnahmen nach § 32f GWB betroffen sein könnten. Insoweit darf jedoch nicht verkannt werden, dass § 32f GWB eine Sektoruntersuchung des Bundeskartellamtes voraussetzt, in deren Rahmen erhebliche Untersuchungen, Informationsabfragen und Gespräche geführt werden und die sich über einen erheblichen Zeitraum von mehreren Monaten erstreckt. Auch aus Sicht der Praxis, ist es nicht naheliegend, dass Unternehmen im Kontext der Sektoruntersuchung kein Gefühl dafür entwickeln können, ob und in welchem Maße sie in die engere Auswahl einer Maßnahme nach § 32f GWB kommen können. 50

Der Mehrwert an Rechtssicherheit der Zweistufigkeit des Verfahrens im Verhältnis zum prozessualen Aufwand erscheint damit zumindest fragwürdig und sollte überdacht werden. 51

5.2 Auswahl von Unternehmen mit wesentlicher Beteiligung, § 32f Abs. 3 Satz 3 GWB-E

Die unter 5.1 dargestellte Verfügung soll gegenüber Unternehmen erfolgen, die „*durch ihr Verhalten zur Störung des Wettbewerbs wesentlich beitragen*“ § 32f Abs. 3 Satz 3 GWB-E. Die Formulierung widerspricht zum einen dem marktstrukturellen Charakter des § 32f GWB, da sie ähnlich der Verbotstatbestände des Kartell- und Missbrauchsverbots auf Beiträge einzelner Unternehmen zur Wettbewerbsstörung abstellt. Dies rückt § 32f GWB in die Nähe des persönlichen Vorwurfs unter Formulierung eines Unwerturteils. 52

Besonders misslich ist dabei, dass die Formulierung eine Kausalitätsbeitrag zu verlangen scheint, den man mit viel Aufwand im Rahmen einer GWB-Novelle und entgegen der Auslegung einiger Gerichte gerade erst aus dem Missbrauchstatbestand des § 19 GWB entfernt hat. Es wäre aber völlig systemfremd, wenn der Verbotstatbestand des § 19 GWB bei der Formulierung eines persönlichen Schuldvorwurfs einen geringeren Kausalitätsnachweis verlangte, als das am Schutzgut Wettbewerb orientierte marktstrukturelle 53

Instrument des § 32f GWB. Umgekehrt stellt die Notwendigkeit des persönlichen Vorwurfs gegenüber einzelnen Unternehmen die Notwendigkeit einer vorausgehenden Sektoruntersuchung in Frage. Denn warum sollte ein gesamtes Marktsegment untersucht werden, wenn im Verlauf des Verfahrens ohnehin persönliche Verantwortlichkeit positiv festgestellt werden muss?

Der Kausalitätsnachweis ist damit geeignet, die Verfahren prozessual erheblich zu verlangsamen, ohne dass damit ein Erkenntnisgewinn zur Störung des Wettbewerbs oder dessen Beseitigung einhergeht. 54

Ähnlich verhält es sich bei dem Kriterium des „erheblichen“ Beitrags. Die Rechtsstreitigkeiten über die Auslegung des Begriffs der Erheblichkeit im Allgemeinen und jeweils im konkreten Fall, sind im hohen Maße geeignet, die Verfahren erheblich zu verzögern, ohne Erkenntnisgewinn zur Störung des Wettbewerbs oder dessen Beseitigung. Auch den betroffenen Unternehmen wird damit mehr Rechtssicherheit nur durch den Umstand zu teil, dass sich über den Begriff der Wesentlichkeit trefflich streiten lässt und damit die prozessualen „Kosten“ für das Bundeskartellamt erhöht werden können. Dies ist aber Rechtssicherheit in Form der Verhinderung effizienter und effektiver Durchsetzung, nicht in Form der Vorhersehbarkeit und Planbarkeit auf Unternehmensseite. Denn auch für die Unternehmen ist der Begriff der Wesentlichkeit zunächst nicht zu greifen. Es ist aber bereits heute offenkundig – und insoweit den Unternehmen nicht vorzuwerfen –, dass die Unternehmen in jedem einzelnen Verfahren das Wesentlichkeitskriterium als Verteidigungslinie nutzen werden. 55

5.3 Definition der Fortwährrung der Wettbewerbsstörung nach § 32f Abs. 5 S. 3 GWB-E

Die Umstellung der Voraussetzung einer erheblichen, andauernden oder wiederholten hin zu einer erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs ist im Ausgangspunkt zu begrüßen. Es wird klargestellt, dass es die Wettbewerbsstörung eine materielle und eine zeitliche Komponente umfasst. 56

Unter den Gesichtspunkten der Praktikabilität ist das nunmehr vorgesehene doppelte Zeitelement in § 32f Abs. 5 Satz 3 GWB-E problematisch. Insbesondere die Notwendigkeit einer Prognoseentscheidung für die Entwicklung der mindestens zwei kommenden Jahren bietet äußerst viel Angriffsfläche für Unternehmen, ohne dass diese oder gar die zuständigen Gerichte mit einer größeren Sicherheit die künftige Entwicklung des Marktes hervorsehen könnten. Auch hier besteht die erhöhte Rechtssicherheit der Unternehmen alleine in der Möglichkeit, den Prozess zu erschweren. Vorhersehbar oder planbar ist die zweijährige Prognose für Unternehmen aber ebenfalls nicht. 57

Es ist auch fraglich, ob diese Zeitkriterien den betroffenen Unternehmen eine Erleichterung verschaffen. Die § 32f GWB-E zugrundeliegenden Sektoruntersuchungen sollen nach § 32e GWB-E eine Verfahrenslängen von 18 Monate nicht überschreiten. Die Verfügungen nach § 32f Abs. 2-4 GWB-E sollen innerhalb weiterer 18 Monate nach Abschluss der Sektoruntersuchung ergehen und umfassen daher gemeinsam in der Regel bereits drei Jahre. Gleichwohl muss das Bundeskartellamt, um den dreijährigen Betrachtungsraum abzudecken, entweder bereits zu Beginn der Sektoruntersuchung ausreichend historische Daten erheben oder aber bis zum Erlass der Abstellungsverfügung fortlaufend aktuelle Daten anfordern, was entsprechenden Ermittlungs- und Informationsaufwand auch auf Seiten der Unternehmen auslösen wird. 58

Zudem erscheint es nicht zweckmäßig, eine beispielsweise materiell sehr schwere Wettbewerbsstörung zwingend über einen gewissen Zeitraum laufen lassen zu müssen. 59

5.4 Bestandsschutz von freigegebenen Zusammenschlussvorhaben, § 32f Abs. 4 S. 9 GWB-E

Die Erhöhung des Bestandsschutzes für freigegebene Zusammenschlüsse auf 10 Jahre wirft Fragen zur Vereinbarkeit mit dem üblichen Prognosezeitraum der Fusionskontrolle von 5 Jahren auf. Das ist insbesondere deshalb kritisch, da die Rückabwicklung von Zusammenschlüssen häufig die effizienteste Form eigentumsrechtlicher Entflechtungen ist. Faktisch zwingt man hier das Bundeskartellamt zu ineffizienten Maßnahmen im Falle so erheblicher Wettbewerbsstörungen, dass eine eigentumsrechtliche Entflechtung gerechtfertigt erschiene. Es darf bezweifelt werden, dass dies im Interesse der betroffenen Unternehmen ist. 60

5.5 Sonstige Ergänzungen

Im Übrigen erscheinen die sonstigen Ergänzungen wie beispielsweise die allgemeine Subsidiaritäts- und Entschädigungsklausel oder die Einführung von Regelbeispielen als zweckmäßig, sowohl im Hinblick auf die Rechtssicherheit der Unternehmen als auch die effiziente und effektive behördliche Durchsetzung. 61

* * *