

# **MONOPOLKOMMISSION**

---

**Sondergutachten 58**

---

## **Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung**

---

Sondergutachten der Monopolkommission  
gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB



## ***Inhaltsverzeichnis***

Vorwort.....	1
1. Entwurf und Begründung.....	2
1.1 Einleitung.....	2
1.2 Entflechtungsbefugnis bei nachgewiesenem Kartellrechtsverstoß (§ 32 Abs. 2 GWB-E).....	2
1.3 Entflechtungsbefugnis ohne nachgewiesenen Kartellrechtsverstoß (§ 41a GWB-E).....	3
1.4 Ministerdispens (§ 42a GWB-E).....	5
1.5 Stellungnahmerecht des Bundeskartellamts in Gesetzgebungsverfahren (§ 53a GWB-E).....	5
2. Stellungnahme der Monopolkommission.....	7
2.1 Einleitung.....	7
2.2 Objektive Entflechtung und Ministerdispens (§ 41a und § 42a GWB-E).....	7
2.2.1 Einleitung.....	7
2.2.2 Bisherige Ansätze für eine Entflechtungsregelung.....	8
2.2.3 Entflechtungstatbestände im geltenden Recht und Entflechtungsbegriff.....	9
2.2.4 Wettbewerbspolitische Überlegungen.....	9
2.2.4.1 Zielsetzung.....	9
2.2.4.2 Notwendigkeit einer objektiven Entflechtungsregelung.....	10
2.2.4.3 Anwendungsbereich.....	12
2.2.4.4 Ordnungspolitische Grenzen?.....	12
2.2.4.5 Effektivität und praktische Durchführbarkeit von Entflechtungs- regelungen.....	14
2.2.4.6 Einheitlichkeit des Gesetzgebungsverfahrens und fehlende Eilbedürftigkeit.....	15
2.2.5 Wettbewerbstheoretische Analyse.....	16
2.2.5.1 Einleitung.....	16
2.2.5.2 Vorfeldwirkungen einer Entflechtungsregelung (ex ante).....	17
2.2.5.2.1 Statische Wohlfahrtseffekte.....	17
2.2.5.2.2 Dynamische Wohlfahrtsverluste.....	19
2.2.5.2.3 Kompensationsmechanismus zur Abschwächung negativer Vorfeldwirkungen.....	20
2.2.5.3 Wirkungen der Entflechtung (ex post).....	24
2.2.5.3.1 Statische Wohlfahrtsgewinne.....	24
2.2.5.3.2 Statische Wohlfahrtsverluste.....	25
2.2.5.3.3 Dynamische Wohlfahrtseffekte.....	26
2.2.5.3.4 Abwägung im Rahmen einer „efficiency defense“.....	28
2.2.6 Ausgestaltung des Entflechtungsverfahrens.....	29
2.2.6.1 Zweistufigkeit des Verfahrens.....	29
2.2.6.2 Beteiligung der Monopolkommission.....	31
2.2.7 Verfassungsrechtliche Aspekte.....	31
2.2.7.1 Inhalts- und Schrankenbestimmung.....	32
2.2.7.2 Kompensation.....	33
2.2.7.3 Bestimmtheitsgebot.....	34
2.2.7.4 Vertrauensschutz.....	35

## II

2.2.8 Europarechtliche Bedenken.....	37
2.3 Entflechtungsbefugnis bei nachgewiesenem Kartellrechtsverstoß (§ 32 Abs. 2 GWB-E).....	38
2.3.1 Einleitung.....	38
2.3.2 Keine staatliche Kompensation und kein Effizienzeinwand.....	39
2.3.3 Sonstige Aspekte.....	40
2.4 Stellungnahmerecht des Bundeskartellamts in Gesetzgebungsverfahren (§ 53a GWB-E).....	41
2.5 Empfehlungen der Monopolkommission.....	42
Anhang.....	46

## *Vorwort*

Seit Januar 2010 wird in der Öffentlichkeit ein Entwurf zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) diskutiert, der im Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMWi) erarbeitet worden ist.<sup>1</sup> Der Entwurf sieht die Einführung von Entflechtungsbefugnissen des Bundeskartellamts sowie die Implementierung eines Stellungnahmerechts des Bundeskartellamts in Gesetzgebungsverfahren vor. Der Vorschlag zur Entflechtung setzt sich aus zwei Teilen zusammen: Zum einen sollen Entflechtungsanordnungen als Antwort auf einen vorausgegangenen, nachgewiesenen Kartellrechtsverstoß ausdrücklich im GWB zugelassen werden. Zum anderen soll das Bundeskartellamt unter bestimmten Voraussetzungen Entflechtungsmaßnahmen auch ohne nachgewiesene Kartellrechtsverletzung anordnen können. Diese Regelung wird durch die Einführung eines sog. Ministerdispensverfahrens ergänzt. Der Entwurf sieht ferner eine Befugnis des Bundeskartellamts vor, in Gesetzgebungsverfahren aus wettbewerblicher Sicht Stellung zu nehmen. Daneben sind redaktionelle Änderungen des GWB geplant, die größtenteils aus der Änderung der europäischen Rechtslage aufgrund des Inkrafttretens des Lissabon-Vertrags resultieren. Die beabsichtigte GWB-Reform soll nach den Plänen des BMWi zügig umgesetzt werden und das angestoßene Gesetzgebungsverfahren im Herbst 2010 abgeschlossen sein.

Der vorgelegte Entwurf schließt sich an die Vereinbarungen im Koalitionsvertrag vom 26. Oktober 2009 an, wonach ein Entflechtungsinstrument als Ultima Ratio in das GWB eingeführt und das Bundeskartellamt bei der wettbewerblichen Folgenabschätzung am Gesetzgebungsverfahren beteiligt werden soll.<sup>2</sup> Der Koalitionsvertrag sieht darüber hinaus eine Anpassung der nationalen Fusionskontrollregeln an die europäischen Vorgaben vor. Letzteres Vorhaben wird nach den Plänen des BMWi einem eigenständigen Gesetzgebungsverfahren vorbehalten, das in die Achte GWB-Novelle münden soll. Ein entsprechender Referentenentwurf ist für Anfang 2011 avisiert.

Die Monopolkommission nimmt den vom BMWi erarbeiteten Entwurf zum Anlass für das vorliegende Sondergutachten. Sie dankt den wissenschaftlichen Mitarbeitern Herrn Dr. Andreas Liebe und Frau Dr. Juliane Scholl, die das Sondergutachten federführend betreut haben.

---

1 Der im Anhang dieses Gutachtens abgedruckte Text des Entwurfs war zunächst lediglich zur internen Ressortabstimmung vorgesehen. Er ist inzwischen einer breiteren Öffentlichkeit bekannt und war Diskussionsgegenstand in wissenschaftlichen Veranstaltungen.

2 Wachstum. Bildung. Zusammenhalt. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, 26. Oktober 2009. <http://www.cdu.de/portal2009/29145.htm>

## **1. Entwurf und Begründung**

### **1.1 Einleitung**

1. Der im BMWi erarbeitete Entwurf zur Änderung des GWB (GWB-E) vom Januar 2010 enthält neben redaktionellen Änderungen im Wesentlichen die folgenden inhaltlichen Vorschläge:

- Einführung einer Entflechtungsbefugnis des Bundeskartellamts bei nachgewiesenem Kartellrechtsverstoß (§ 32 Abs. 2 GWB-E),
- Implementierung einer Entflechtungsbefugnis des Bundeskartellamts unabhängig von etwaigen Kartellrechtsverletzungen als Ultima Ratio (§ 41a GWB-E),
- Schaffung eines Ministerdispensverfahrens für bestimmte Fälle der Entflechtung ohne nachgewiesenen Kartellrechtsverstoß (§ 42a GWB-E),
- Regelung eines generellen Stellungnahmerechts des Bundeskartellamts in Gesetzgebungsverfahren (§ 53a GWB-E).

### **1.2 Entflechtungsbefugnis bei nachgewiesenem Kartellrechtsverstoß (§ 32 Abs. 2 GWB-E)**

2. Nach § 32 Abs. 1 GWB kann die zuständige Kartellbehörde ein Unternehmen oder eine Unternehmensvereinigung zur Abstellung eines Verhaltens verpflichten, das eine Zuwiderhandlung gegen eine Vorschrift des GWB oder gegen Art. 81 oder Art. 82 EGV (neu: 101 oder 102 AEUV) darstellt. Die Vorschrift des § 32 Abs. 2 GWB bestimmt, dass die Kartellbehörde zu diesem Zweck alle Maßnahmen aufgeben darf, die für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich und gegenüber dem festgestellten Verstoß verhältnismäßig sind. Laut Entwurf soll der Wortlaut des § 32 Abs. 2 GWB an Art. 7 Abs. 1 Satz 2 und 3 VO 1/2003 angepasst werden. Hiernach kann die Wettbewerbsbehörde den betroffenen Unternehmen alle erforderlichen Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art vorschreiben, die gegenüber der festgestellten Zuwiderhandlung verhältnismäßig und für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich sind. Strukturelle Abhilfemaßnahmen dürfen nur festgelegt werden, sofern keine gleich wirksamen verhaltensorientierten Abhilfemaßnahmen möglich sind oder diese im Vergleich zu strukturellen Abhilfemaßnahmen eine größere Belastung für die beteiligten Unternehmen darstellen würden.

3. In der Begründung zum Entwurf wird daran erinnert, dass die bestehende Regelung des § 32 Abs. 2 GWB auf die Siebte GWB-Novelle zurückgeht, mit der die Befugnisse der nationalen Kartellbehörden erweitert und denen der Europäischen Kommission nach Art. 7 Abs. 1 VO 1/2003 angeglichen worden seien. Bis zu diesem Zeitpunkt habe für die deutschen Kartellbehörden nur die Möglichkeit bestanden, auf Kartellrechtsverstöße mit einer Untersagung zu reagieren. Während Art. 7 Abs. 1 VO 1/2003 jedoch sowohl verhaltensorientierte als auch strukturelle Abhilfemaßnahmen ausdrücklich nenne, fehle im Wortlaut des § 32 Abs. 2 GWB eine entsprechende Konkretisierung. Die Anordnung struktureller Maßnahmen werde nur in der Gesetzesbegründung zu § 32 GWB als Ultima-Ratio-Möglichkeit erwähnt.<sup>3</sup> Die nun beabsichtigte Änderung des § 32 Abs. 2 GWB ziele auf eine weitere Angleichung an die europäischen Vorgaben. Mit der vollständigen Übernahme des Wortlauts von Art. 7 Abs. 1 VO 1/2003 solle klargestellt werden, dass auch nach deutschem Recht Kartellbehörden Maßnahmen struktureller Art auferlegen können. Schließlich wird in der Begründung zum Entwurf darauf hingewiesen, dass derartige Maßnahmen zwar vornehmlich bei Zuwiderhandlungen gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung eingesetzt würden, grundsätzlich aber auch bei Verstößen gegen das Kartellverbot in Betracht kämen.

<sup>3</sup> BT-Drs. 15/3640 vom 12. August 2004, S. 33.

### **1.3 Entflechtungsbefugnis ohne nachgewiesenen Kartellrechtsverstoß (§ 41a GWB-E)**

4. Neben der Entflechtung infolge eines nachgewiesenen Kartellrechtsverstoßes soll mit § 41a GWB-E eine Norm geschaffen werden, die das Bundeskartellamt unter bestimmten Voraussetzungen auch dann zu Entflechtungsmaßnahmen berechtigt, wenn dem oder den betroffenen Unternehmen keine Zuwiderhandlung gegen nationales oder europäisches Wettbewerbsrecht nachgewiesen werden kann.

5. Die Entflechtungsbefugnis nach § 41a GWB-E besteht, sofern eine Reihe von Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt ist :

- Der oder die Adressaten der Entflechtungsanordnung erfüllen die Umsatzschwellen des § 35 Abs. 1 GWB in Verbindung mit §§ 38 Abs. 1 bis 4 und 36 Abs. 2 GWB.
- Es ist ein Markt von gesamtwirtschaftlicher Bedeutung betroffen.
- Es wurde Einzelmarktbeherrschung oder oligopolistische Marktbeherrschung festgestellt.
- Das Fortbestehen der Marktbeherrschung ist für absehbare Zeit zu erwarten.
- Wettbewerb auf dem relevanten Markt ist grundsätzlich technisch und wirtschaftlich möglich.
- Der Erwerb des zu entflechtenden Vermögensteils wurde nicht innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Zustellung der Entflechtungsverfügung auf der Grundlage des GWB oder der FKVO bestandskräftig freigegeben oder durch Ministererlaubnis genehmigt.
- Der zu entflechtende Vermögensteil unterliegt nicht der sektorspezifischen Regulierung.

6. Liegen sämtliche genannten Erfordernisse vor,

- steht es im Ermessen des Bundeskartellamts, eine Entflechtungsverfügung zu erlassen, mit der die Veräußerung oder sonstige Verselbstständigung eines Vermögensteils angeordnet wird.
- Die Maßnahme muss eine wesentliche Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen erwarten lassen und verhältnismäßig sein.
- Die Anordnung kann mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden.
- Es ist eine angemessene Frist für die Durchführung der Entflechtung einzuräumen.

7. Verfahrensrechtlich stellt der Entwurf folgende Erfordernisse auf:

- Die Zuständigkeit für die Entflechtung liegt beim Bundeskartellamt.
- Die Feststellung der Entflechtungsvoraussetzungen muss auf einer aktuellen Analyse des betroffenen Wirtschaftszweigs durch das Bundeskartellamt beruhen.
- Eine obligatorische Stellungnahme der Monopolkommission liegt vor.
- Den obersten Landesbehörden, in deren Gebiet die betroffenen Unternehmen ihren Sitz haben, wurde Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.
- Das betroffene Unternehmen wurde in das Verfahren eingebunden und konnte Vorschläge für die Unternehmensumgestaltung machen.
- Der Wert des betroffenen Vermögensteils wurde durch einen Wirtschaftsprüfer festgestellt.
- Die Vorschrift des § 32b GWB gilt entsprechend, d.h. die betroffenen Unternehmen sind berechtigt, noch vor Erlass einer behördlichen Entflechtungsentscheidung entsprechende Zusagen anzubieten, die bei Eignung von der Kartellbehörde durch Verfügung für bindend erklärt werden können.

8. Für die Durchführung der Entflechtungsanordnung und die Folgezeit gelten weitere Anforderungen:

- Der Veräußerungsvertrag muss vom Bundeskartellamt genehmigt werden.

- Der Erwerber muss von dem marktbeherrschenden Unternehmen unabhängig und darf nicht im Sinne von § 36 Abs. 2 GWB mit ihm verbunden sein.
- Zur Durchsetzung der Entflechtungsanordnung kann das Bundeskartellamt einen Treuhänder einsetzen oder die Ausübung von Stimmrechten untersagen.
- Der Treuhänder darf den Vermögensteil nur veräußern, wenn als Verkaufserlös mindestens die Hälfte des zuvor festgestellten Werts erreicht wird.
- Außerdem ist ein Rückerwerb veräußerter Vermögensteile oder die Wiedererlangung eines wettbewerblich erheblichen Einflusses auf verselbstständigte Vermögensteile durch das marktbeherrschende Unternehmen oder mit ihm verbundene Unternehmen innerhalb einer Frist von in der Regel zehn Jahren seit der Veräußerung oder Verselbstständigung nicht erlaubt.

**9.** Die Entflechtungsverfügung ist gerichtlich angreifbar, eine Beschwerde der betroffenen Unternehmen soll aufschiebende Wirkung haben (§ 64 Abs. 1 GWB-E). Im Falle einer Veräußerungsanordnung besteht die Möglichkeit, nach § 42a GWB-E einen Ministerdispens zu erlangen.

**10.** Ziel der Entflechtungsregelung ist es laut Begründung zum Entwurf, die Wirksamkeit des GWB durch ein zusätzliches Instrument zu verbessern. Die Kartellbehörden sollen mit dem vorliegenden Gesetzesvorschlag die Befugnis erhalten, alle verhältnismäßigen Mittel gegen Beschränkungen des Wettbewerbs auszuschöpfen. Bislang sei die Möglichkeit zur Anordnung struktureller Maßnahmen nicht ausdrücklich im Gesetz verankert. Insbesondere gebe es kein kartellbehördliches Instrument, um unabhängig von der Feststellung eines konkreten Kartellrechtsverstosßes gegen strukturelle Wettbewerbshindernisse in Gestalt verfestigter Marktmacht vorzugehen. Erwartungsgemäß werde von einer solchen Entflechtungsbefugnis zwar nur selten Gebrauch gemacht werden. Für einen effektiven Schutz gegen Wettbewerbsbeschränkungen müssten aber auch für außergewöhnliche und seltene Einzelfälle besondere gesetzliche Eingriffsbefugnisse bereitstehen.

**11.** Für die Anwendbarkeit des Entflechtungsinstruments in § 41a GWB-E sei die Unterscheidung maßgebend, ob die festgestellte Marktmacht auf zwingenden Erwägungen gesamtwirtschaftlicher Effizienz, z.B. auf einem natürlichem Monopol, beruhe oder ob grundsätzlich eine wettbewerbliche Struktur mit mehreren konkurrierenden Anbietern technisch und ökonomisch möglich und bei natürlichen marktwirtschaftlichen Entwicklungen auch zu erwarten sei. Auf Märkten, auf denen Wettbewerb per se ausgeschlossen sei und die deshalb einer staatlichen Regulierung unterliegen, sollen kartellrechtliche Entflechtungsmaßnahmen keine Anwendung finden. Dort, wo es keiner permanenten staatlichen Regulierung bedürfe, um eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen zu erreichen, sei ein Instrument für Entflechtungsmaßnahmen zu integrieren.

**12.** Oberste Priorität habe eine Wettbewerbsbelebung, die ohne Eingriffe in die Unternehmensstruktur auskomme. Die Missbrauchskontrolle sei jedoch lediglich als Verhaltenskontrolle konzipiert und nicht dazu geeignet, aktiv Wettbewerb zu schaffen. Sie könne in der Regel nur die Folgen fehlenden Wettbewerbs im Einzelfall dämpfen, das Problem hoher Marktzutrittsschranken nachhaltig aber kaum lösen. Bilde die hohe oder verfestigte Unternehmenskonzentration auf dem Markt oder die Unternehmensstruktur das Wettbewerbshindernis oder die Ursache für einen Missbrauch der Marktbeherrschung, so müsse es daher als Ultima Ratio die Befugnis zur Veränderung dieser Marktstruktur geben, um die strukturellen Voraussetzungen für einen nachhaltigen Wettbewerb zu schaffen. Von dem Grundsatz, dass Marktbeherrschung, die nicht durch Fusion erlangt wurde, an sich grundsätzlich erlaubt sei und nur der Missbrauchsaufsicht unterliege, könne in diesen Fällen abgewichen werden, falls nur die konkrete Entflechtungsmaßnahme eine spürbare Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen erwarten lasse.

13. Die Verfasser des Entwurfs halten Entflechtungsmaßnahmen jedenfalls grundsätzlich für ein wettbewerbskonformes und verfassungsgemäßes Mittel. Bei der Beurteilung der Wettbewerbs- und Verfassungskonformität komme dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entscheidende Bedeutung zu. Der mögliche Inhalt von Entflechtungsmaßnahmen werde im Gesetz nicht vorgegeben, um es dem Bundeskartellamt zu erleichtern, die geeignete und mildeste Form des Eingriffs anzuordnen. In Betracht kämen neben der Veräußerung alle zielführenden Maßnahmen. Möglich seien sowohl horizontale Eingriffe auf derselben Marktstufe als auch Maßnahmen, die auf eine vertikale Entflechtung gerichtet sind.

#### **1.4 Ministerdispens (§ 42a GWB-E)**

14. Mit § 42a GWB-E wird die Möglichkeit eines Ministerdispenses in Fällen eingeführt, in denen die Entflechtung in Form einer Veräußerung erfolgen soll.

Der Dispens wird erteilt, sofern

- eine Veräußerungsanordnung des Bundeskartellamts vorliegt,
- die Wettbewerbsbedingungen durch gesamtwirtschaftliche Vorteile aufgewogen oder
- die gegebene Struktur der betroffenen Unternehmen durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt wird.
- Entsprechend der Regelung in § 42 Abs. 1 Satz 2 und 3 GWB hat der Bundeswirtschaftsminister bei seiner Beurteilung die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen auf Märkten außerhalb Deutschlands zu berücksichtigen und darf den Dispens nur erteilen, wenn die festgestellte Wettbewerbsbeschränkung nicht die marktwirtschaftliche Ordnung gefährdet.

Verfahrensrechtlich gilt:

- Zuständig ist der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie, der auf Antrag entscheidet.
- Der Dispens kann entsprechend § 42 Abs. 2 GWB mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden.
- In Bezug auf die Fristen für den Antrag auf Dispens sowie die Entscheidung des Bundesministers gilt § 42 Abs. 3 und 4 GWB entsprechend.
- Die Monopolkommission sowie die zuständigen obersten Landesbehörden sind wie bei einer Ministererlaubnis in das Dispensverfahren eingebunden.

15. In der Begründung zum Entwurf wird darauf hingewiesen, dass das GWB in Fusionsfällen die Möglichkeit einer Ministererlaubnis aus übergeordneten Gemeinwohlgründen vorsieht. Eine entsprechende Möglichkeit sei zur Wahrung der Proportionalität des Gesetzes für den Fall der Entflechtung zu schaffen. Der Ministerdispens ist auf Veräußerungsanordnungen beschränkt, sonstige Formen der rechtlichen oder organisatorischen Verselbstständigung sollen einer Ministerentscheidung nicht zugänglich sein.

#### **1.5 Stellungnahmerecht des Bundeskartellamts in Gesetzgebungsverfahren (§ 53a GWB-E)**

16. Mit der Vorschrift des § 53a GWB-E wird das Bundeskartellamt ermächtigt, zu Gesetzesvorhaben aus wettbewerblicher Sicht Stellung zu nehmen. Laut Begründung zum Entwurf können gesetzgeberische Maßnahmen negative Auswirkungen auf den Wettbewerb, z.B. auf den Produktmarkt-wettbewerb oder die Interessen der Verbraucher, haben. Um sicherzustellen, dass derartige Auswirkungen erkannt und vom Gesetzgeber berücksichtigt werden, sollen die Befugnisse des Bundeskartellamts im Gesetzgebungsverfahren erweitert und das Amt in Zukunft bei der wettbewerblichen

Folgenabschätzung beteiligt werden. Zu diesem Zweck wird dem Amt ein formales Stellungnahme-recht im Gesetzgebungsprozess eingeräumt. Die Befugnis zur Äußerung erfasst alle Gesetze im ma-teriellen Sinn, also neben formellen Gesetzen auch Rechtsverordnungen und Allgemeinverbindlich-erklärungen.

## **2. Stellungnahme der Monopolkommission**

### **2.1 Einleitung**

**17.** Der Entwurf enthält drei materiell-rechtliche Vorschläge: Er sieht erstens die ausdrückliche Ermächtigung des Bundeskartellamts zu strukturellen Maßnahmen in Kartell- und Missbrauchsverfahren vor. Zweitens führt er eine Befugnis des Bundeskartellamts zur Anordnung der Veräußerung und Verselbstständigung ein, die unabhängig von einem festgestellten Kartellrechtsverstoß gilt. Diese objektive Entflechtungsregelung wird durch ein Ministerdispensverfahren ergänzt. Drittens wird dem Bundeskartellamt ein Stellungnahmerecht bei Gesetzesvorhaben eingeräumt.

**18.** Die öffentliche Auseinandersetzung über den vorgelegten Entwurf konzentriert sich fast vollständig auf die beabsichtigte Implementierung eines objektiven Entflechtungsinstruments. Auch nach Auffassung der Monopolkommission besteht insoweit der größte Diskussionsbedarf, insbesondere in Hinsicht auf wettbewerbspolitische, wettbewerbstheoretische, verfassungs- und europarechtliche Aspekte. Die Monopolkommission nimmt daher nachfolgend zunächst zu der vorgeschlagenen objektiven Entflechtungsregelung und dem Ministerdispensverfahren Stellung. Im Anschluss geht sie auf die angestrebte Anpassung des § 32 Abs. 2 GWB an die europäischen Vorgaben ein. In einem letzten Abschnitt äußert sich die Monopolkommission zu dem geplanten Stellungnahmerecht des Bundeskartellamts in Gesetzgebungsverfahren.

### **2.2 Objektive Entflechtung und Ministerdispens (§ 41a und § 42a GWB-E)**

#### **2.2.1 Einleitung**

**19.** Bei der Frage, ob ein objektives Entflechtungsinstrument im GWB implementiert werden soll, sind verschiedene Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Hierzu gehören in erster Linie wettbewerbspolitische Aspekte zu Sinn und Zweck einer solchen Regelung, ihrer Notwendigkeit, ihrem Anwendungsbereich und ihrer praktischen Wirksamkeit. Ferner ist zu analysieren, welche Risiken mit der Einführung einer objektiven Entflechtungsvorschrift verbunden sind. In der Diskussion werden an dieser Stelle unter anderem die mögliche Benachteiligung von inländischen Unternehmen und das Risiko staatlich verordneter Marktstrukturen genannt. Außerdem ist zu klären, wie die Dringlichkeit des gesetzgeberischen Vorhabens – insbesondere vor dem Hintergrund der geplanten Achten GWB-Novelle – zu beurteilen ist. Daneben treten wettbewerbstheoretische Überlegungen. Welche Kosten und Nutzen sind mit der geplanten Erweiterung des kartellrechtlichen Instrumentariums verbunden? In diesem Zusammenhang ist insbesondere zu klären, welche negativen Vorfeldwirkungen im Hinblick auf Innovations- und Investitionsanreize und statische Effizienzen aus der Einführung einer Entflechtungsvorschrift resultieren. Ferner stellt eine Entflechtungsregelung einen weitreichenden Eingriff in die Rechte des entflochtenen Unternehmens dar. Daher ist der Gesetzesvorschlag auch auf verfassungsrechtliche Einwände hin zu untersuchen. Schließlich bedarf es einer Betrachtung des geplanten Entflechtungsinstruments vor dem Hintergrund des europäischen Wettbewerbsrechts.

**20.** Nachfolgend gibt die Monopolkommission einen kurzen Überblick über die bisherige Diskussion um die Einführung einer Entflechtungsregelung in das GWB sowie die derzeit geltenden Entflechtungsregelungen. Im Anschluss setzt sie sich mit wettbewerbspolitischen, wettbewerbstheoretischen, verfahrensrechtlichen sowie verfassungs- und europarechtlichen Aspekten des geplanten Entflechtungs- und Ministerdispensverfahrens auseinander. Die von der Monopolkommission entwickelten Lösungsansätze werden unmittelbar im Zusammenhang mit den aufgezeigten Problemen erörtert.

### 2.2.2 *Bisherige Ansätze für eine Entflechtungsregelung*

21. Unmittelbare Vorläufer des jetzt vorgelegten Entwurfs sind der sog. Rhiel-Entwurf aus dem Jahr 2007<sup>4</sup>, ein Antrag der FDP-Fraktion aus demselben Jahr<sup>5</sup> sowie ein Gesetzentwurf der FDP vom März 2008.<sup>6</sup> Mit sämtlichen Vorhaben wurde das Ziel verfolgt, ein Entflechtungsinstrument in das GWB zu implementieren. Den Kern des Rhiel-Entwurfs bildet eine Vorschrift, welche die Entflechtung von Unternehmen ermöglicht, sofern es sich um einen Markt mit gesamtwirtschaftlicher Bedeutung handelt, die Aufgreifschwelle der nationalen Fusionskontrolle erreicht sind und das betroffene Unternehmen auf dem relevanten Markt eine beherrschende Stellung einnimmt. Ferner muss ein missbräuchliches Verhalten in mindestens einem Fall nachgewiesen sein. Schließlich darf auf dem relevanten Markt auf absehbare Zeit kein wesentlicher Wettbewerb zu erwarten sein und die Entflechtung muss eine spürbare Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen erwarten lassen. Während der Rhiel-Entwurf somit noch den Nachweis eines missbräuchlichen Verhaltens im Einzelfall als Voraussetzung für eine Entflechtungsverfügung verlangte, verzichtete schon der Gesetzentwurf aus dem Jahr 2008 auf ein solches Kriterium. Alle genannten Vorschläge zielen sowohl auf die Möglichkeit der vertikalen Entflechtung, d.h. der Trennung von Unternehmensteilen entlang der Wertschöpfungskette, als auch auf die Möglichkeit der horizontalen Entflechtung, die sich auf die Steigerung der Wettbewerbsintensität innerhalb einer Wertschöpfungsstufe bezieht.

22. Erste Überlegungen zu allgemeinen Entflechtungsvorschriften im GWB wurden bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes angestellt, fanden jedoch keinen Eingang in das Gesetz von 1958.<sup>7</sup> Eine eingehende Diskussion über die Einführung einer Entflechtungsregelung fand wieder in den 1970er und 1980er Jahren statt. Sie wurde unter anderem durch entsprechende Gesetzgebungsvorschläge in den USA angestoßen, blieb aber auf legislativer Ebene ebenfalls folgenlos. Keine gesetzgeberischen Konsequenzen hatte ferner die Stellungnahme der Monopolkommission in ihrem Dritten Hauptgutachten, in dem sie sich ausführlich zu einer allgemeinen Entflechtungsregelung im GWB äußerte und die Einführung einer solchen Regelung im Grundsatz befürwortete.<sup>8</sup> Eine Entflechtungsmaßnahme sollte nach der Vorstellung der Monopolkommission unter folgenden Voraussetzungen zulässig sein: Das Bundeskartellamt stellt die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens und ein missbräuchliches Verhalten fest. Der festgestellte Missbrauch ist strukturbedingt und kann nicht durch andere Maßnahmen als eine Entflechtungsanordnung nachhaltig abgestellt werden. Außerdem darf die Entflechtungsmaßnahme nicht zu überragenden Nachteilen für das Gemeinwohl führen. Verfahrensrechtlich empfahl die Monopolkommission die gemeinsame Zuständigkeit von Bundeskartellamt und Bundeswirtschaftsminister, wobei die Prüfung der marktbeherrschenden Stellung und deren missbräuchlicher Ausnutzung sowie der Strukturbedingtheit des Missbrauchs dem Bundeskartellamt obliegen sollte. Im Anschluss an einen Festsetzungsbeschluss seitens des Amtes sollte im Zusammenwirken von Bundeswirtschaftsminister und Bundeskartellamt ein Entflechtungsplan ausgearbeitet werden. Nach Fertigstellung des Plans sollte die eigentliche Entflechtungsentscheidung ergehen, die gerichtlich überprüfbar wäre.

4 Hessisches Ministerium für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung, Entwurf: Gesetz zur Verbesserung der Marktstruktur bei Wettbewerbsversagen, Wiesbaden, 2. November 2007.

5 Antrag der FDP-Fraktion, BT-Drs. 16/4065 vom 17. Januar 2007.

6 Gesetzentwurf der FDP-Fraktion, BT-Drs. 16/8405 vom 5. März 2008.

7 Vgl. die Übersicht bei Möschel, W., Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1979, S. 22 ff.

8 Vgl. Monopolkommission, Fusionskontrolle bleibt vorrangig, Hauptgutachten 1978/1979, Baden-Baden 1980, Tz. 662 ff.

### ***2.2.3 Entflechtungstatbestände im geltenden Recht und Entflechtungsbegriff***

**23.** Die derzeitige Rechtslage kennt Entflechtungstatbestände vor allem in der allgemeinen Fusionskontrolle und im sektorspezifischen Regulierungsrecht. Zu unterscheiden ist zwischen Vorschriften zur eigentumsrechtlichen (entziehenden) Entflechtung einerseits und zur sonstigen (umgestaltenden) Entflechtung andererseits. Letztere umfasst verschiedene Formen der Entflechtung, z.B. die informationelle, buchhalterische, organisatorische und gesellschaftsrechtliche Separierung.

**24.** Bestimmungen zur eigentumsrechtlichen Entflechtung finden sich ausschließlich im Rahmen der fusionskontrollrechtlichen Vorschriften. Größte praktische Bedeutung kommt der eigentumsrechtlichen Entflechtung im Zusammenhang mit Freigabeentscheidungen des Bundeskartellamts zu, die unter Bedingungen und Auflagen ergehen. Gemäß § 40 Abs. 3 GWB kann das Bundeskartellamt den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen die Veräußerung von Vermögensteilen aufgeben, sofern anderenfalls die Untersagungsvoraussetzungen erfüllt wären. Weitere Regelungen betreffen die eigentumsrechtliche Entflechtung bei Widerruf oder Änderung einer fusionskontrollrechtlichen Genehmigung (§ 40 Abs. 3a in Verbindung mit § 41 GWB) sowie beim Vollzug eines Zusammenschlusses ohne behördliche Freigabeentscheidung (§ 41 Abs. 3 und 4 GWB). Für das Ministererlaubnisverfahren normiert § 42 Abs. 2 Satz 1 GWB die Möglichkeit, eine Erlaubnis mit Bedingungen und Auflagen zu versehen. Darin enthalten ist die Befugnis des Bundeswirtschaftsministers, den Antragstellern eigentumsrechtlich relevante Nebenbestimmungen aufzugeben. Nach § 42 Abs. 2 Satz 2 GWB gilt ferner § 40 Abs. 3a GWB im Ministererlaubnisverfahren entsprechend. Hiernach kann eine Ministererlaubnis unter bestimmten Voraussetzungen widerrufen oder geändert werden, was ebenfalls eigentumsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann.

**25.** Bestimmungen zu sonstigen Formen der Entflechtung finden sich vornehmlich im sektorspezifischen Regulierungsrecht, z.B. im Energiewirtschaftsgesetz (EnWG), im Allgemeinen Eisenbahngesetz (AEG) und im Telekommunikationsgesetz (TKG). Die §§ 6 bis 10 EnWG normieren unter anderem für vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen die gesellschaftsrechtliche, operationelle, informationelle und buchhalterische Entflechtung. Die Vorschriften der §§ 9 und 9a AEG legen unter anderem Verpflichtungen zur buchhalterischen und organisatorischen Entflechtung fest. In § 7 TKG ist die strukturelle Separierung des Bereichs der Betreibung öffentlicher Telekommunikationsnetze und der Erbringung von Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit von anderen Aktivitäten des Unternehmens geregelt. Die Bestimmung des § 24 TKG schreibt die buchhalterische Trennung innerhalb des Telekommunikationsbereichs vor. Keine der sektorspezifischen Bestimmungen sieht die Möglichkeit einer eigentumsrechtlichen Entflechtung vor.

### ***2.2.4 Wettbewerbspolitische Überlegungen***

#### ***2.2.4.1 Zielsetzung***

**26.** Laut Begründung zum Entwurf dient die objektive Entflechtungsvorschrift in § 41a GWB-E der Vervollständigung des kartellrechtlichen Instrumentariums. Im GWB sei außerhalb der Fusionskontrolle die Möglichkeit zur Anordnung struktureller Maßnahmen bisher nicht ausdrücklich verankert. Insbesondere gebe es kein kartellbehördliches Instrument, um unabhängig von der Feststellung eines konkreten Kartellrechtsverstößes gegen strukturelle Wettbewerbshindernisse vorzugehen, falls Entflechtungsmaßnahmen das einzige Mittel zur Belebung des erstarrten Wettbewerbs darstellten.

**27.** Das Ziel einer objektiven Entflechtungsregelung besteht auch nach Ansicht der Monopolkommission darin, auf Märkten mit verfestigten nicht wettbewerblichen Marktstrukturen wieder Wettbewerbsprozesse in Gang zu setzen. Sind Märkte dauerhaft vermachet, lässt sich mit den heutigen kartellrechtlichen Instrumenten lediglich der noch verbleibende „Restwettbewerb“ aufrechterhalten,

jedoch kein zusätzlicher Wettbewerb generieren. Eine ursachenadäquate Bekämpfung der Wettbewerbsbeschränkung ist – falls andere staatliche Maßnahmen wie die Senkung der Marktzutrittschranken nicht den erwünschten Erfolg bringen – nur mittels Entflechtung möglich. Nach Auffassung der Monopolkommission spricht für eine objektive Entflechtungslösung die Parallele zu der – gleichfalls objektiv ausgestalteten, d.h. nicht an einen bereits erfolgten Missbrauch geknüpften – Fusionskontrolle. Die Analogie zur Fusionskontrolle liegt deshalb nahe, weil in beiden Fällen dieselbe Art von Wettbewerbsgefährdung adressiert wird: In beiden Konstellationen geht es um die Gefahren, die mit dem Bestehen von marktbeherrschenden Stellungen verbunden sind. Mit der Fusionskontrolle soll die Entstehung und Verstärkung von Marktbeherrschung aufgrund externen Wachstums verhindert werden. Mit einer objektiven Entflechtungsvorschrift, die auch bei lediglich internem Unternehmenswachstum anwendbar ist, verbindet sich die Absicht, verfestigte nicht wettbewerbliche Marktstrukturen aufzulösen und auf diese Weise Wettbewerb wieder zu ermöglichen. Mit der Einführung einer objektiven Entflechtungsvorschrift würde die derzeit geltende Marktstrukturkontrolle vervollständigt werden. Im Vordergrund einer solchen Entflechtungsregelung steht nach Auffassung der Monopolkommission nicht der Sanktionscharakter des Instruments, sondern die wirksame Behebung von Funktionsstörungen des Wettbewerbs.

**28.** Die Monopolkommission verkennt allerdings nicht, dass auch gravierende Unterschiede zwischen der Fusionskontrolle und einem Entflechtungsinstrument bestehen. Während Erstere allein auf externes Wachstum und darauf aufbauende Marktbeherrschung ausgerichtet ist, erfasst Letzteres marktbeherrschende Positionen auch dann, wenn diese ausschließlich auf internem Wachstum beruhen. Auf die daraus resultierenden wettbewerbstheoretischen Unterschiede geht die Monopolkommission unten näher ein.<sup>9</sup> Aus der Unterschiedlichkeit der Sachverhalte sollte nach Ansicht der Monopolkommission allerdings nicht der Verzicht auf die Implementierung einer objektiven Entflechtungsregelung folgen. Vielmehr resultiert daraus in erster Linie die Notwendigkeit einer entsprechenden Ausgestaltung der materiell-rechtlichen Entflechtungskriterien sowie der Rechtsfolge.

#### **2.2.4.2 Notwendigkeit einer objektiven Entflechtungsregelung**

**29.** Die Einführung einer objektiven Entflechtungsregelung ist wettbewerbspolitisch nur sinnvoll, sofern das vorhandene wettbewerbsrechtliche Instrumentarium nicht ausreicht, um die aufgezeigten Probleme zu beheben. Davon ist nach Auffassung der Monopolkommission auszugehen.

**30.** Die Fusionskontrolle ist ausschließlich bei externem Unternehmenswachstum ab einer gewissen Größe der beteiligten Unternehmen anwendbar. Entscheiden sich entsprechend umsatzstarke Unternehmen für einen Zusammenschluss im Sinne des GWB, greift die behördliche Kontrolle ein und die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Position wird unterbunden. Wettbewerbsbeschränkende Marktstrukturen können hingegen trotz fusionskontrollrechtlicher Prüfung dadurch entstehen, dass ein nach wettbewerblichen Kriterien vom Bundeskartellamt untersagtes Zusammenschlussvorhaben im Ministerverfahren erlaubt wird. Bei internem Wachstum gelten die fusionskontrollrechtlichen Regelungen ebenfalls nicht. Die Wettbewerbsbehörde ist daher außerstande, das betreffende Unternehmen an der Erlangung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu hindern. An diesem Befund würde auch eine Verschärfung der Fusionskontrolle – etwa in Form von niedrigeren Aufgreifschwelen oder strengeren Eingriffsvoraussetzungen – nichts ändern, da ihr Anwendungsbereich stets auf die Prüfung externen Wachstums beschränkt bliebe.

**31.** Mittels Kartellaufsicht und Missbrauchskontrolle können die Wettbewerbsbehörden betroffenen Unternehmen lediglich bestimmte Verhaltenspflichten auferlegen. Kartell- und Missbrauchsaufsicht

---

<sup>9</sup> Vgl. Abschnitt 2.2.5.

sind als am Verhalten ausgerichtete Instrumente indes nicht geeignet, unerwünschte Marktstrukturen zu ändern und über eine zusätzliche Verhaltensanforderung hinaus Wettbewerb zu aktivieren. Ihre Anwendung kann daher zwar dazu beitragen, die Symptome der strukturbedingten Wettbewerbsbeschränkung zu kurieren, beseitigt aber nicht deren Ursache. Mit Hilfe von Verhaltensverboten lässt sich nur noch ein vorhandener Wettbewerb vor Beschränkungen schützen, ein zusätzlicher Impuls für die Intensivierung des Wettbewerbs selbst kann davon nicht ausgehen.

**32.** Außerdem ist die kartellrechtliche Verhaltenskontrolle hochgradig imperfekt: Zum einen werden bestimmte Verhaltensweisen von der Kartell- und Missbrauchskontrolle nicht erfasst, obwohl sie dieselben ökonomischen Effekte haben können wie die von §§ 1, 19 ff. GWB abgedeckten Sachverhalte. Zu denken ist etwa an die Gefahr von spontanem Parallelverhalten im engen Oligopol oder an Verflechtungen zwischen Unternehmen, die wettbewerbsbeschränkende Kollusionen erleichtern. Dasselbe gilt bei ineffizientem Investitionsverhalten, das zwar keinen Missbrauch im juristischen Sinn darstellt, aber aus ökonomischer Sicht dennoch sehr schädlich sein kann, z.B. bei einem hypothetischen Absinken der Versorgungssicherheit mangels ausreichender Investitionen in ein Versorgungsnetz. Zum Zweiten besteht Einigkeit darin, dass jedenfalls die behördliche Kontrolle von Preishöhenmissbrauch nur begrenzt wirksam ist. Kostenbasierte Preiskontrollen werden durch die erforderliche Abgrenzung von Einzel- und Gemeinkosten sowie die Zuordnung von Gemeinkosten erschwert. Vergleichsmarktkonzepte scheitern häufig an dem Umstand, dass keine wettbewerbsfähigen Märkte als Vergleichsmaßstab zur Verfügung stehen. Darüber hinaus besteht das Risiko, dass Preiskontrollen zulasten marktbeherrschender Unternehmen dazu beitragen, die vorhandenen beherrschenden Stellungen weiter zu stabilisieren, indem sie Marktzutritte von Neulingen oder die Expansion von kleineren Wettbewerbern behindern. Nachweisprobleme bestehen darüber hinaus auch bei Missbrauchsformen nicht preislicher Art.

**33.** Aus den genannten Gründen bietet auch die Ausweitung der Missbrauchsaufsicht keine Abhilfe. Sie richtet sich definitionsgemäß lediglich gegen die unerwünschten Folgen der Wettbewerbsbeeinträchtigung, zielt jedoch nicht auf die Beseitigung der gegebenen Marktstruktur ab. Mit einer Ausweitung wäre überdies das Risiko eines Übermaßes an behördlicher Kontrolle verbunden. Dieses wird noch durch die ambivalente Natur von bestimmten Verhaltensweisen verstärkt, die je nach relevantem Markt und den dort vorherrschenden Verhältnissen positive oder negative Auswirkungen auf den Wettbewerb auslösen können. Mit einer Verschärfung der Missbrauchskontrolle würden ferner umfangreiche Ressourcen bei den Wettbewerbsbehörden gebunden, da kontinuierliche und ausgedehnte Verhaltenskontrollen erforderlich wären. Schließlich zeigen auch die jüngsten Versuche einer Ausweitung der Missbrauchsaufsicht die geringe Wirksamkeit derartiger legislativer Maßnahmen. So wurde Ende 2007 mit der Einführung des § 29 GWB die Preishöhenmissbrauchsaufsicht in der Energiebranche verschärft, allerdings nach Ansicht der Monopolkommission bislang ohne nachhaltigen Erfolg.

**34.** Angesichts der Aussage des BMWi, eine Entflechtung solle auf ganz wenige Einzelfälle beschränkt bleiben, wurde in der öffentlichen Diskussion die Überlegung angestellt, die betroffenen Märkte eher unter ein sektorspezifisches Regulierungsregime zu stellen, anstatt eine allgemeine, objektive Entflechtungsregelung in das GWB aufzunehmen. Die Monopolkommission lehnt derartige Vorschläge als nicht zielführend ab. Hierbei kann die Frage offen bleiben, ob eine dauerhafte Regulierung unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit tatsächlich ein milderes Mittel als eine punktuelle Entflechtung darstellt. Jedenfalls ist eine laufende Verhaltenskontrolle – wie sie die Regulierung darstellt – nicht in gleichem Maß wie eine Entflechtungsregelung geeignet, Innovationsprozesse anzustoßen und wettbewerbsfähige Strukturen zu schaffen. Die Einsetzung eines Regulierungsregimes ist daher in erster Linie dort sachgerecht, wo aus technischen oder wirtschaftlichen

Gründen kein Wettbewerb stattfinden kann, z.B. bei natürlichen Monopolen wie den Schienennetzen der Bahn oder den Leitungsnetzen in der Strom- und Gasbranche. Sinnvoll kann Regulierung daneben als Begleitmaßnahme der Liberalisierung ehemaliger staatlicher Monopolbereiche und ihrer Überführung in den Wettbewerb sein. Auf Märkten, auf denen Wettbewerb technisch und wirtschaftlich möglich ist, muss es jedoch vorrangiges Ziel der Wettbewerbspolitik sein, Wettbewerbsprozesse unabhängig von einer laufenden Verhaltenskontrolle anzustoßen oder zu erhalten.

#### **2.2.4.3 Anwendungsbereich**

**35.** Oben wurde bereits die Frage beantwortet, ob auf Märkten, die prinzipiell wettbewerbslich ausgerichtet sind, einem sektorspezifischen Regulierungsansatz oder einer abstrakt-generellen Entflechtungsregelung im allgemeinen Kartellrecht der Vorzug zu geben ist. In diesem Zusammenhang stellt sich die weitergehende Frage danach, ob ein entsprechendes Entflechtungsinstrument auch auf regulierte Branchen erstreckt werden sollte. Der Entwurf beantwortet diese Frage in § 41a Abs. 2 Satz 2, wonach Vermögensteile, für die sektorspezifisches Regulierungsrecht Regeln enthält, von Veräußerungsanordnungen ausgenommen werden. In der Begründung zum Entwurf wird dazu ausgeführt, dass Märkte, auf denen dauerhaft kein Wettbewerb zu erreichen sei, einer anhaltenden Kontrolle durch staatliche Regulierung unterworfen würden. In diesem Regulierungsbereich falle auch die Entscheidung, ob eine eigentumsrechtliche Trennung von Netz und vor- oder nachgelagerten Märkten zur Erreichung des Ziels eines diskriminierungsfreien Netzzugangs aller Wettbewerber erforderlich sei. Die insoweit getroffenen Entscheidungen gingen dem allgemeinen Kartellrecht als *lex specialis* vor und dürften nicht durch die Anwendung kartellrechtlicher Entflechtungsregeln überlagert werden.

**36.** Die Monopolkommission schließt sich der Auffassung und Begründung des BMWi im Wesentlichen an. Gegen eine Erstreckung der Entflechtungsbefugnis auf regulierte Branchen wie Telekommunikation, Bahn, Post, Strom und Gas spricht ferner, dass selbst bei einer Trennung von Netzebene einerseits und vor- und nachgelagerten Ebenen andererseits die Regulierung der Netzebene, d.h. des natürlichen Monopols, nicht überflüssig werden würde. Nach Ansicht der Monopolkommission ist eine Einbeziehung regulierter Sektoren in die Entflechtungsregelung außerdem deshalb abzulehnen, weil das Bundeskartellamt bei Durchführung eines konkreten Entflechtungsverfahrens quasi als Vorfrage die Tätigkeit der Bundesnetzagentur und deren Effektivität beurteilen müsste. Dies geschähe zwar streng genommen nicht im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung verschiedener denkbarer Maßnahmen zur Wiederherstellung wettbewerbslicher Strukturen. Denn bei der Auswahl des mildesten geeigneten Mittels darf das Bundeskartellamt lediglich zwischen Maßnahmen wählen, die es selbst den betroffenen Unternehmen auferlegen kann. Ein Vergleich mit möglichen Maßnahmen anderer Institutionen, sei es einer anderen, gleichgeordneten Behörde oder des Gesetzgebers, kommt im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung durch die zuständige Behörde nicht in Betracht. Dennoch ließe sich eine – inzidente – Bewertung der Wirksamkeit der Arbeit der Bundesnetzagentur durch das Bundeskartellamt bei der Frage, ob überhaupt ein konkretes Entflechtungsverfahren auf einem regulierten Markt eingeleitet wird, nicht vermeiden.

#### **2.2.4.4 Ordnungspolitische Grenzen?**

**37.** Gegen die objektive Entflechtungsregelung wird eingewendet, sie verletze die dem nationalen Wettbewerbsrecht zugrunde liegenden ordnungspolitischen Prinzipien, weil marktbeherrschende Positionen, die auf internem Wachstum beruhen, bislang nur in Verbindung mit einem nachgewiesenen missbräuchlichen Verhalten des Marktbeherrschers als problematisch angesehen werden. Mit der Einführung eines objektiven Entflechtungsinstruments werde internes Wachstum künftig auch dann „bestraft“, wenn kein Kartellrechtsverstoß nachgewiesen sei. Dies führe zu einer Missachtung

des Wettbewerbsprinzips an sich, das sich gerade im Ringen um die bessere Leistung und die Marktführerschaft manifestiere.

**38.** Hieran ist richtig, dass Marktbeherrschung, die nicht durch externes Wachstum erlangt wurde, grundsätzlich erlaubt ist und bislang nur der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht unterliegt. Soweit die Argumentation der geplanten objektiven Entflechtungsvorschrift allerdings einen Sanktionscharakter beilegt, geht sie nach Auffassung der Monopolkommission fehl. Die Verfasser des Entwurfs weisen der objektiven Entflechtungsregelung ebenso wenig ein Unwerturteil zu, wie ein solches im Rahmen der Fusionskontrolle besteht. Wie oben bereits dargelegt wurde, sollen vielmehr beide Instrumente der Gefährdung des Wettbewerbsprozesses begegnen, die mit dem Bestehen marktbeherrschender Positionen einhergeht. Die Befugnis zur Veränderung der Marktstrukturen, die aus internem Wachstum hervorgegangen sind, wird bei verfestigten nicht wettbewerblichen Marktstrukturen als letztes mögliches Mittel genutzt, um die strukturellen Voraussetzungen für einen nachhaltigen Wettbewerb zu schaffen. Besonderheiten, die aus dem Unterschied von internem und externem Wachstum resultieren, ist hierbei durch die Festlegung geeigneter materiell-rechtlicher Tatbestands- und Rechtsfolgeelemente Rechnung zu tragen. Dies berücksichtigt auch der vorliegende Entwurf, auf dessen Basis keinesfalls das Vorliegen von Marktbeherrschung allein für eine konkrete Entflechtungsmaßnahme ausreicht. Vielmehr ist ein Eingriff an weitere Voraussetzungen gebunden, z.B. die Betroffenheit eines gesamtwirtschaftlich bedeutenden Marktes sowie die Erwartung, dass auf absehbare Zeit kein Wettbewerb stattfinden und die Entflechtung zu wesentlichen Verbesserungen des Wettbewerbs führen wird.

**39.** Daneben wird in der Diskussion auf das Risiko verwiesen, dass aufgrund der Entflechtungsregelung Märkte, die selbst Gegenstand von Wettbewerbsprozessen sind, von staatlichen Instanzen nach deren Vorstellungen umgestaltet werden könnten. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass das Bundeskartellamt bereits derzeit im Rahmen der Fusionskontrolle Verpflichtungen mit der Folge auferlegen kann, dass ein bestehendes Unternehmen Vermögens- oder Unternehmensteile abgeben muss. Zwar ist einzuräumen, dass die jeweilige Ausgangssituation bei der Fusionskontrolle einerseits und bei der Entflechtung andererseits Unterschiede aufweist: Im Rahmen der Fusionskontrolle wird das Bundeskartellamt nur auf entsprechenden Antrag der Zusammenschlussbeteiligten Unternehmen tätig, während bei einer Entflechtung die Initiative vom Amt selbst ausgehen wird. Die an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen haben es ferner selbst in der Hand, ihr Vorhaben unter Inkaufnahme der Veräußerungsanordnung durchzuführen oder von der geplanten Transaktion Abstand zu nehmen. Diese Wahlmöglichkeit ist den von einer Entflechtungsverfügung betroffenen Unternehmen genommen. Dennoch sind Befürchtungen, das Bundeskartellamt werde seine Entflechtungsbefugnis leichtfertig oder gar missbräuchlich nutzen, um „erwünschte“ Marktstrukturen zu schaffen, unbegründet. Begrenzungen der behördlichen Tätigkeit ergeben sich bereits aus den materiell-rechtlichen Kriterien der Entflechtungsvorschrift und der Möglichkeit, Entscheidungen des Bundeskartellamts gerichtlich überprüfen zu lassen. Das dargestellte Risiko ist zudem vor dem Hintergrund der Weisungsunabhängigkeit des Bundeskartellamts in Fragen seiner Entscheidungspraxis als äußerst gering einzuschätzen.

**40.** Schließlich wird mit der geplanten Entflechtungsvorschrift eine Benachteiligung deutscher Unternehmen in Verbindung gebracht. Die Regelung greife zwar nach ihrem Wortlaut stets ein, wenn die fusionskontrollrechtlichen Umsatzschwellen erreicht seien, erfasse also grundsätzlich unterschiedslos in- wie ausländische Unternehmen. In der Praxis sei die Durchsetzung einer Entflechtungsverfügung aber gegenüber Unternehmen im Ausland wesentlich schwieriger als gegenüber inländischen Adressaten, wenn nicht gar unmöglich. Argumentationen dieser Art werden auch in anderen Bereichen des Wettbewerbsrechts vorgetragen. So wird von Unternehmensseite etwa eine In-

länderdiskriminierung im Bereich der Fusionskontrolle kritisiert, weil nationale Vorschriften strenger ausgestaltet oder interpretiert würden als die entsprechenden europäischen Vorgaben. Die Monopolkommission steht auf dem Standpunkt, dass ein stringentes Wettbewerbsrecht eine wesentliche Voraussetzung für den Erhalt der Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen darstellt. Im Verhältnis zu ausländischen Unternehmen – mit oder ohne Sitz bzw. Niederlassung in Deutschland – wirft die geplante Entflechtungsregelung auch keine neuartigen Probleme auf. Die Anwendung und Durchsetzung des Entflechtungsinstruments richtet sich – wie das übrige nationale Wettbewerbsrecht auch – nach den bekannten Prinzipien und wird durch völkerrechtliche Schranken begrenzt.

#### **2.2.4.5 Effektivität und praktische Durchführbarkeit von Entflechtungsregelungen**

**41.** Vielfach diskutiert wird die Frage der grundsätzlichen Wirksamkeit von Entflechtungsregelungen. Auf entsprechende Erfahrungswerte lässt sich kaum zurückgreifen, da eine objektive Entflechtungsregelung – soweit ersichtlich – nur in wenigen Jurisdiktionen zur Verfügung steht. Beispielsweise in Großbritannien existiert eine Befugnis der Wettbewerbsbehörde zur objektiven Entflechtung, von der im Jahr 2009 zum ersten Mal Gebrauch gemacht worden ist. Das Verfahren richtete sich gegen BAA, einen britischen Flughafenbetreiber, und endete mit der Anordnung der teilweisen Veräußerung von Flughäfen im Raum London.<sup>10</sup> Für eine Analyse der Wirkungen dieser Entflechtungsverfügung ist es allerdings derzeit noch zu früh. Größere Entflechtungsverfahren sind vor allem aus dem US-amerikanischen Wettbewerbsrecht bekannt. Ein konkreter Kartellrechtsverstoß ist hier nicht notwendig, allerdings setzt eine Entflechtung nach Sec. 2 Sherman Act neben dem Tatbestandselement der Monopolmacht grundsätzlich eine Monopolisierungsabsicht voraus. Entscheidend ist, ob es sich im Einzelfall um eine unvermeidbare Marktentwicklung oder um eine systematische Strategie zur Monopolisierung eines Marktes handelt. Die Erfahrungen mit durchgeführten Entflechtungsverfahren in den USA werden unterschiedlich beurteilt.<sup>11</sup> Soweit die Beurteilung der Effektivität von Entflechtungsverfügungen eher negativ ausfällt, beruht dies zu einem wesentlichen Teil auf der oft sehr langen Verfahrensdauer und auf der institutionellen Ausgestaltung des US-amerikanischen Antitrustrechts, die von der deutschen Rechtslage abweicht. Entflechtungserfahrungen in den USA können daher nach Ansicht der Monopolkommission nicht ohne Weiteres auf die deutschen Verhältnisse übertragen werden.

Die Monopolkommission gibt zu bedenken, dass das Fehlen eindeutig positiver Erfahrungen im In- und Ausland den Gesetzgeber nicht daran hindert, eine objektive Entflechtungsregelung einzuführen. Dem Gesetzgeber steht insofern eine weite Einschätzungsprärogative zu, also das Vorrecht, Gesetze entsprechend der eigenen Einschätzung im Hinblick auf tatsächliche Gegebenheiten zu erlassen. Er muss bei seiner Entscheidung lediglich das verfügbare Material und die bisherigen Erfahrung mit vergleichbaren Regelungen berücksichtigen.

**42.** Die Frage der praktischen Wirksamkeit einer Entflechtungsregelung zielt auf die technische Durchführbarkeit von Entflechtungsverfügungen im Einzelfall ab. Die Monopolkommission hegt keine Zweifel daran, dass das Bundeskartellamt in der Lage sein wird, die Schwierigkeiten bei der Festlegung geeigneter Entflechtungsobjekte und bei der Durchsetzung der Entflechtungsverfügung zu bewältigen. Dafür sprechen vor allem die umfangreichen Erfahrungen, die das Amt mit Freigabeentscheidungen unter Bedingungen und Auflagen im Rahmen der Fusionskontrolle gesammelt hat. Schon im Zusammenhang mit derartigen Veräußerungsverpflichtungen hat das Bundeskartell-

<sup>10</sup> Vgl. [http://www.competition-commission.org.uk/rep\\_pub/reports/2009/545baa.htm](http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/2009/545baa.htm)

<sup>11</sup> Skeptisch Crandall, R., *The Failure of Structural Remedies in Sherman Act Monopolization Cases*, March 2001, <http://ssrn.com/abstract=286357>, positiver Möschel, W., a.a.O., S. 61 ff., Engel, C., *Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Entflechtungstatbestandes im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Bonn 2007, [http://www.coll.mpg.de/pdf\\_dat/2007\\_22online.pdf](http://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2007_22online.pdf).

amt Lösungen für Probleme erarbeitet, die sich auch bei einer Entflechtungsanordnung stellen können. Hierzu gehören z.B. der konkrete Zuschnitt von abzutrennenden Unternehmensteilen, die Auswahl und Beaufsichtigung von sachkundigen Treuhändern, die Festsetzung der Veräußerungsfrist sowie die Auswahl und Genehmigung geeigneter Erwerber. Schwierigkeiten im Einzelfall werden ferner durch den Umstand abgemildert, dass die betroffenen Unternehmen eng in das Entflechtungsverfahren eingebunden und gehalten sind, eigene Vorschläge zur Umsetzung der Entflechtung zu machen.

#### ***2.2.4.6 Einheitlichkeit des Gesetzgebungsverfahrens und fehlende Eilbedürftigkeit***

**43.** Die Monopolkommission hält die Implementierung einer objektiven Entflechtungsregelung nicht für vordringlich. Im Gegenteil – angesichts der für 2011/2012 geplanten Achten GWB-Novelle und der engen inhaltlichen Verknüpfung der beiden Gesetzesvorhaben empfiehlt sie nachdrücklich die Durchführung eines einzigen, einheitlichen Gesetzgebungsverfahrens. Zudem machen die mit einer objektiven Entflechtungsvorschrift verbundenen Auswirkungen eine eingehende Diskussion und eine sorgfältige Abwägung von Kosten und Nutzen des geplanten Instruments notwendig.

**44.** Der Koalitionsvertrag vom 26. Oktober 2009 erwähnt neben der Einführung einer Entflechtungsnorm eine Anpassung der nationalen Fusionskontrollregeln an die europäischen Vorgaben. Das letztgenannte Vorhaben soll nach Aussage des BMWi einem eigenständigen, späteren Gesetzgebungsverfahren vorbehalten bleiben, ein entsprechender Referentenentwurf ist für Anfang 2011 angekündigt. Beide geplanten Gesetzesvorhaben betreffen demnach Aspekte der Marktstrukturkontrolle. Die Harmonisierung der deutschen und europäischen Fusionskontrolle berührt die Voraussetzungen externen Wachstums und dessen Kontrolle. Die Einführung einer objektiven Entflechtungsnorm legt die Erfordernisse im Zusammenhang mit einer Kontrolle internen Unternehmenswachstums fest. Im Mittelpunkt der fusionskontrollrechtlichen Reform wird voraussichtlich die Frage stehen, ob der in der FKVO geltende SIEC-Test (significant impediment to effective competition, erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs) sowie eine ausdrückliche efficiency defense (Effizienzeinwand) auch in die nationale Fusionskontrolle Eingang finden und das bisher maßgebliche Marktbeherrschungskriterium ablösen sollen. Weitere Überlegungen dürften die Vermutungstatbestände in § 19 Abs. 3 GWB sowie die Zweistufigkeit des Verfahrens unter Einschluss der Ministererlaubnis betreffen.

Der vorgelegte Entflechtungsvorschlag lehnt sich weitgehend an die im GWB bestehenden Regelungen an. Eine wesentliche Entflechtungsvoraussetzung stellt das Marktbeherrschungskriterium dar, das durch die Marktbeherrschungsvermutungen ergänzt werden soll. Ferner ist ein zweistufiges Verfahren geplant, in das der Minister – parallel zur Ministererlaubnis – eingebunden werden kann. Daneben soll die objektive Entflechtung nur dann zulässig sein, wenn sie zu einer wesentlichen Verbesserung des Wettbewerbs führt. In der Begründung zum Entwurf wird insoweit auf die Parallele zu der Formulierung in der Abwägungsklausel des § 36 Abs. 1 GWB hingewiesen. Die Formulierung im Text des Entwurfs erinnert allerdings auch an den europäischen SIEC-Test, auf dessen Grundlage Zusammenschlüsse zu untersagen sind, sofern sie eine erhebliche Behinderung des Wettbewerbs nach sich ziehen.

Wegen der aufgezeigten Parallelen bei der Normierung der Fusionskontrolle einerseits und der Entflechtungsvorschrift andererseits hält es die Monopolkommission für dringend geboten, die Voraussetzungen der externen und internen Marktstrukturkontrolle in einem einheitlichen Gesetzgebungsverfahren zu diskutieren und festzuschreiben. Nur auf diese Weise lassen sich Friktionen, Widersprüche und die Notwendigkeit nachträglicher Anpassungsprozesse vermeiden.

45. Nach Auffassung der Monopolkommission besteht auch keine besondere Dringlichkeit für die Einführung einer Entflechtungsregelung, die einem zeitlich und inhaltlich verbundenen Gesetzgebungsprozess entgegensteht. Dem Gesetzgeber stehen bei den in der Öffentlichkeit genannten Entflechtungskandidaten zum Teil näher liegende Optionen zur Verfügung, um festgestellte Wettbewerbsbeschränkungen aufzuheben. Erinnert sei in diesem Zusammenhang an die Forderungen der Monopolkommission für den Postsektor, die Festsetzung eines allgemein verbindlichen Mindestlohns sowie das Mehrwertsteuerprivileg der Deutschen Post AG aufzuheben.

## 2.2.5 Wettbewerbstheoretische Analyse

### 2.2.5.1 Einleitung

46. Mit der Aufnahme einer Entflechtungsregelung in das GWB soll den schädlichen Wirkungen der Marktmacht von Unternehmen begegnet werden, die über eine dauerhafte marktbeherrschende Stellung verfügen. Das Instrument der Entflechtung zielt darauf, diese Marktmacht durch strukturelle Maßnahmen zu reduzieren und steht damit in Analogie zur Fusionskontrolle. Hinsichtlich der im Vorfeld gegebenen wie auch der unmittelbar an die strukturelle Entflechtungsmaßnahme geknüpften Wohlfahrtseffekte der Entflechtungsregelung ergeben sich jedoch im Vergleich zur Fusionskontrolle einige Unterschiede. Im Folgenden sollen die Wohlfahrtseffekte einer Entflechtungsregelung theoretisch untersucht werden.

#### Übersicht 1:

#### Mögliche Wirkungen einer Entflechtungsregelung<sup>1</sup>

	statisch	dynamisch
Mögliche Vorfeldwirkungen (ex ante)	- positiv: Reduktion der Anreize, Marktmacht durch schwer nachweisbare Arten des Missbrauchs aufzubauen oder zu verteidigen  - negativ: Verlust von Größen- und Verbundvorteilen	- negativ: Verlust von Investitions- und Innovationsanreizen
Mögliche Wirkungen der Entflechtung (ex post)	+ positiv: Reduktion der Marktmacht und ihrer negativen Auswirkungen (allokative Ineffizienzen)  - negativ: Verlust von Rationalisierungsgewinnen Verlust von Größen- und Verbundvorteilen Doppelte Marginalisierung bei vertikaler Entflechtung	+ positiv: Stärkung der Investitions- und Innovationsanreize für den Käufer des entflochtenen Vermögensteils und Dritte

<sup>1</sup> Tatsächliche Wirkungen hängen immer vom konkreten Einzelfall ab.

47. Bei der Wirkungsanalyse zur geplanten Entflechtungsregelung ist zwischen den Vorfeldwirkungen der Regelung und den Ex-post-Wirkungen zu unterscheiden. Bei den Ex-post-Wirkungen ist einerseits zwischen dem zur Veräußerung eines Vermögensteils verpflichteten Unternehmen und andererseits den Käufern des betreffenden Vermögensteils und Dritten zu differenzieren. Darüber hinaus sind für beide Perioden jeweils statische und dynamische Effekte zu untersuchen. Übersicht 1 gibt einen Überblick. Beurteilungsmaßstab ist die ökonomische Effizienz. Sie ist gegeben, wenn das Verhältnis zwischen den eingesetzten Ressourcen und dem darauf basierenden Ergebnis best-

möglich ist. Innerhalb des ökonomischen Effizienzbegriffs wird üblicherweise zwischen mindestens drei Effizienz kategorien differenziert, nämlich der allokativen, der technischen (produktiven) und der dynamischen Effizienz.<sup>12</sup>

### 2.2.5.2 Vorfeldwirkungen einer Entflechtungsregelung (ex ante)

**48.** Die Vorfeldwirkungen einer Entflechtungsregelung betreffen die Anreize für die Investitions- und Innovationstätigkeit von Unternehmen. Die Existenz einer Entflechtungsregelung führt dazu, dass Unternehmen in ihrer Investitionsplanung das Risiko einer Entflechtung durch einen zusätzlichen Abschlag berücksichtigen, mit dessen Hilfe der Erwartungsschaden einer Entflechtung (= Schaden x Wahrscheinlichkeit) abgebildet wird. Der Abschlag bewirkt, dass sich der Kapitalwert, d.h. der Barwert aller zukünftigen Einnahmen und Ausgaben, von denjenigen Investitionen, die sich ohne das Risiko einer nachträglichen Entflechtung gelohnt hätten, ins Negative kehren kann, sodass die betreffende Investition unterbleibt.

**49.** Diese unmittelbar von der Entflechtungsregelung ausgehenden negativen dynamischen Wohlfahrtseffekte stellen in der wohlfahrtstheoretischen Analyse einen wesentlichen Unterschied zum strukturellen Instrument der Fusionskontrolle dar. Ursächlich ist, dass bei der Entflechtung die Zeitpunkte der die Marktmacht begründenden Investition und die später folgende kartellrechtliche strukturelle Maßnahme auseinanderfallen. Wohlfahrtstheoretisch ist deshalb für die Analyse der Entflechtungswirkungen nicht nur der Vergleich vor und nach der Entflechtungsmaßnahme relevant. Vielmehr sind vor allem auch negative Wirkungen zu berücksichtigen, die eine potenzielle Entflechtung bereits auf Investitionsentscheidungen im Vorfeld haben kann.<sup>13</sup>

#### 2.2.5.2.1 Statische Wohlfahrtseffekte

**50.** Ein großer Vorteil der Entflechtungsregelung besteht darin, dass sie eine positive Vorfeldwirkung auf das Angebotsverhalten der Unternehmen ausüben dürfte. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Missbrauchsaufsicht insbesondere schwer nachweisbare Arten des Marktmachtmissbrauchs nicht immer zu verhindern vermag. Weil mit der Entflechtungsregelung auch solche Unternehmen adressiert werden können, denen ein Missbrauch nicht nachzuweisen ist, sinken deren Anreize, Marktmacht durch schwer nachweisbare Arten des Missbrauchs aufzubauen oder zu verteidigen. Es ist zu erwarten, dass die Unternehmen das mit der Existenz einer Entflechtungsregelung gestiegene Risiko einer Sanktionierung ihrer Missbrauchspraktiken antizipieren und diese erheblich vermindern oder im Idealfall von vornherein unterlassen werden. Mit dem Rückgang von

<sup>12</sup> Allokative Effizienz ist gegeben, wenn die Anbieter Produkte und Dienstleistungen herstellen, die den Präferenzen der Nachfrager entsprechen, und all diejenigen Nachfrager, die bereit sind, einen Preis in Höhe der langfristigen Grenzkosten der Herstellung zu bezahlen, versorgt werden können. Technische oder produktive Effizienz ist gegeben bei kostenminimaler Produktion, sodass der Einsatz der Produktionsfaktoren nicht mehr weiter optimiert werden kann, um ein quantitativ oder qualitativ besseres Ergebnis zu erzielen. Dies setzt voraus, dass alle Größen- und Verbundvorteile ausgeschöpft sind und keine X-Ineffizienzen bestehen. Letztere beschreiben die Tendenz, Anstrengungen zur Kostenminimierung zu vernachlässigen. Allokative und technische Effizienz sind rein statischer Natur; sie unterstellen konstante Bedingungen hinsichtlich der Nachfragepräferenzen, der technischen Entwicklung usw. Statische Effizienz ist gegeben, wenn die Summe aus Konsumenten- und Produzentenrente zu einem gegebenen Zeitpunkt maximal ist. Dass sich ökonomische Variablen im Zeitablauf ändern, wird ausgeblendet. Um die für den Wettbewerb bedeutsame Innovationsfähigkeit zu berücksichtigen, wird die Effizienzbetrachtung üblicherweise um die dynamische Effizienz ergänzt. Sie liegt vor, wenn ein Unternehmen mit neuen Produkten auf veränderte Präferenzen oder neuen Herstellungsprozessen auf veränderte Bedingungen bezüglich der Produktionsfaktoren bestmöglich reagiert. Dynamische Effizienz ist gegeben, wenn die Summe aus Konsumenten- und Produzentenrente im Zeitverlauf maximal ist, aber nicht notwendigerweise zu jedem Zeitpunkt.

<sup>13</sup> In der Fusionskontrolle werden die Wirkungen externen Unternehmenswachstums hingegen bereits kontrolliert, bevor die Investition erfolgt. Eine negative Vorfeldwirkung könnte hierbei insoweit vorhanden sein, als einige Zusammenschlüsse, die für ein Investitions- oder Innovationsvorhaben unabdingbar sind, möglicherweise wegen des Risikos einer Untersagung und der Kosten bzw. der Dauer des Verfahrens a priori nicht durchgeführt werden.

Ausbeutungs- und Behinderungspraktiken bei Existenz einer Entflechtungsmöglichkeit steigt die Wettbewerbsintensität und damit die allokativen Effizienz.

**51.** Die Entflechtungsregelung kann jedoch negative Vorfeldwirkungen auf die Investitionstätigkeit der Unternehmen auslösen. Investitionen haben oft die Eigenschaft, für eine bestimmte Verwendung spezifisch zu sein und in jeder anderen Verwendung einen niedrigeren Wert aufzuweisen, sodass ein Teil der Investition irreversibel ist, wenn die ursprünglich geplante Nutzungsweise nicht länger möglich ist. Dies gilt für einzelne Produktionsanlagen<sup>14</sup> ebenso wie für ganze Unternehmensteile. So kann der Wert eines zur Entflechtung vorgesehenen Bereichs für das betreffende Unternehmen erheblich höher sein als für jedes andere, weil dieser z.B. hinsichtlich Organisation, Kapazität, Prozesstechnologie und Mitarbeitern auf kein anderes Unternehmen derart zugeschnitten ist wie für das zu entflechtende. Insofern birgt eine Entflechtungsregelung ohne adäquate Kompensation die Gefahr, dass die Unternehmen allein durch die Existenz dieses Instruments Investitionen unterlassen, weil sie im Falle einer Entflechtung den irreversiblen Teil der Investition nicht zurückgewinnen können.

**52.** Eine ähnlich negative Vorfeldwirkung der Entflechtungsregelung ohne Kompensation ist bei effizienzsteigernden Investitionen zu erwarten, wenn diese Effizienzsteigerungen später eine langfristige marktbeherrschende Stellung begründen, verstärken oder absichern könnten, sodass gegebenenfalls eine Entflechtung droht. Die Folge ist, dass die Unternehmen im Zweifelsfall sowohl auf internes als auch auf externes Wachstum verzichten und mögliche Größen- und Verbundvorteile nicht realisieren. Induziert wird damit ein Mehrverbrauch von Ressourcen, die an anderer Stelle einen zusätzlichen Beitrag zum Sozialprodukt leisten könnten.

**53.** In der Literatur zur vertikalen Entflechtung netzgebundener Industrien wird das aus einer Separation resultierende Unterinvestitionsrisiko als ein zentrales Argument gegen diese Maßnahme angeführt. Der mögliche Rückgang der Investitionen betrifft sowohl die Seite des Netzinfrastukturbetreibers als auch die vor- und nachgelagerten Märkte und lässt sich auf drei theoretische Überlegungen zurückführen. Erstens sind Investitionen des vertikal integrierten Unternehmens in die Netzinfrastuktur teilweise spezifisch, also irreversibel, d.h. versunkene Kosten. Bei der vertikalen Entflechtung besteht nun die Gefahr, dass sich das betreffende Unternehmen im Zuge der erzwungenen Veräußerung des Netzes nur einen Teil seiner geplanten Investitionsrente aneignen kann. Antizipieren rationale Investoren dieses Risiko, werden sie in der Folge zu wenig in den Aufbau bzw. Ausbau oder die Erhaltung der Netzinfrastuktur investieren. Zweitens verfügt der Betreiber der vorab entflochtenen Netzinfrastuktur nur noch über einen begrenzten Einfluss auf die Gestaltung der Endkundenpreise, wobei die Nutzung seines Netzzugangs und damit auch seine Erlöse von der Gestaltung der Endkundenpreise abhängen. So kann sich z.B. das sog. Problem der doppelten Marginalisierung ergeben. Unter diesen Umständen wird erwartet, dass die Investitionsbereitschaft ebenfalls sinkt. Drittens erhöht eine vertikale Entflechtung der Netzinfrastuktur die Koordinations- und Verhandlungskosten zwischen dem Netzbetreiber und den Anbietern auf der nachgelagerten Wertschöpfungsstufe. Die Erhöhung der Transaktionskosten könnte sowohl die Investitionsanreize des Netzbetreibers als auch der Anbieter auf vor- und nachgelagerten Stufen schmälern.

**54.** Je höher sich die Unsicherheit über die Anwendung der Entflechtungsregelung darstellt, desto eher sind auch solche Investitionsentscheidungen von der Vorfeldwirkung betroffen, die ex post

---

<sup>14</sup> Zwar kann ein Teil davon durch den Verkauf von Anlagen auf dem Gebrauchtmärkte zurückgewonnen werden. Der dort erzielbare Preis einer eigentlich neuen Maschine – wurde sie das erste Mal aufgebaut – beträgt laut einer Studie von Asplund jedoch nur 20-50 % des Neupreises. Im Durchschnitt kann man also von einem hohen irreversiblen Anteil ausgehen. Vgl. Asplund, M., What Fraction of a Capital Investment is Sunk Costs?, *Journal of Industrial Economics* 48, 2000, S. 287-304, S. 303.

nicht zu einer Entflechtung führen würden, und desto größer sind auch die Wohlfahrtsverluste. Es ist für die dargestellten negativen Wohlfahrtseffekte deshalb von besonderer Bedeutung, wie genau die Unternehmen das Verhalten der Kartellbehörde einschätzen können. Dies gilt ganz ähnlich auch für die Fusionskontrolle. Doch während die Unternehmen bei Zusammenschlussvorhaben die Möglichkeit haben, durch eine informelle Anfrage beim Bundeskartellamt vorab eine Einschätzung über die Beurteilung ihres Vorhabens und das Risiko einer Untersagung zu erhalten, und gegebenenfalls auf die Fortführung verzichten, erscheint es unrealistisch, dass die Kartellbehörde zukünftig vorab beliebige Investitions- oder F&E-Projekte von Unternehmen dahingehend beurteilen kann, ob diese Vorhaben später eine langfristige marktbeherrschende Stellung begründen, verstärken oder absichern, sodass eine Entflechtung in Betracht kommen könnte.

#### **2.2.5.2.2 Dynamische Wohlfahrtsverluste**

**55.** In diesem Abschnitt wird die Vorfeldwirkung einer Entflechtungsregelung auf F&E-Tätigkeiten betrachtet. Eine Entflechtungsregelung ohne adäquate Kompensation birgt die Gefahr, dass Unternehmen allein durch die Existenz dieses Instruments Investitionen in F&E unterlassen, wenn die Ergebnisse später eine langfristige marktbeherrschende Stellung begründen, verstärken oder absichern könnten, sodass gegebenenfalls eine Entflechtung droht. Es besteht also das Risiko, dass gerade die für den Markt bedeutendsten Innovationen nicht geschaffen werden und somit der technische Fortschritt beeinträchtigt wird. Bevor die Anreize für Investitionen in F&E und die Vorfeldwirkungen einer Entflechtungsregelung näher betrachtet werden, sind einige Grundlagen zu erläutern.

**56.** Man differenziert Prozess- und Produktinnovationen. Prozessinnovationen sind neue, kostengünstigere Methoden zur Herstellung eines Produkts. Sie erlauben dem Unternehmen, seine Konkurrenten zu unterbieten und den Marktanteil zu erhöhen. Produktinnovationen sind Entwicklungen neuer Produkte, um einer Veränderung der Nachfragerpräferenzen oder technischem Fortschritt gerecht zu werden. In der „Planungsperiode“, wenn das Unternehmen über ein F&E-Vorhaben entscheidet, ist zunächst unsicher, ob das Unternehmen ein Projekt zum Erfolg führen kann, d.h. einen kostensenkenden Prozess oder ein marktfähiges neues Produkt entwickelt, ob ihm ein Wettbewerber in diesem Vorhaben zuvorkommt, wie lange im Erfolgsfall diese Entwicklung Innovationsrenten abwirft und in welcher Höhe Innovationsrenten erzielt werden können; Letzteres gilt allgemein für Investitionen unter Unsicherheit, z.B. wenn die zukünftige Nachfrage unbekannt ist. Das heißt, auch ohne eine kartellrechtliche Entflechtungsregelung ist die Entscheidung über ein Investitionsvorhaben im Bereich F&E mit zahlreichen Unsicherheiten verbunden.

**57.** Renten können sowohl von Innovationen generiert werden, auf die ein Unternehmen ein Patent anmelden kann, als auch von solchen, die nicht patentiert werden (können), weil sie z.B. aus einer neuen Kombination nicht geschützter kleinerer Entwicklungen bestehen – solange sie den Konkurrenten nicht bekannt sind. Ein Patent gibt dem Unternehmer die Möglichkeit, für eine bestimmte Dauer die betreffende Innovation exklusiv zu nutzen und sich aus dieser Position eine Innovationsrente anzueignen<sup>15</sup> (Marktmacht infolge Innovationen). Das Produkt, das in einem neuen Prozess hergestellt wird oder in dem die Erfindung verkörpert ist, kann zu Preisen, die die Grenzkosten der Herstellung übersteigen, abgesetzt werden und einen Überschuss erwirtschaften, aus dem wiederum die F&E-Ausgaben gedeckt werden können. Mit der Patentlaufzeit ist ein Trade-off verbunden zwischen Innovationsanreizen durch zeitlich befristete Monopolgewinne für die Unternehmen und dem Nutzen für die Nachfrager, wenn die Idee nachgeahmt wird und der Wettbewerb einsetzt. In der

<sup>15</sup> Patente beinhalten ein hoheitlich erteiltes gewerbliches Schutzrecht für eine Erfindung; der Inhaber ist berechtigt, anderen die Benutzung der Erfindung zu untersagen. Patente werden für Erfindungen erteilt, die neu sind, auf einer erfinderischen Tätigkeit beruhen und gewerblich anwendbar sind (§ 1 Abs. 1 PatG).

Theorie ist die volkswirtschaftlich optimale Patentlaufzeit so lang, dass der erwartete Gegenwartswert aller zukünftigen Innovationsrenten gerade dem Gegenwartswert der F&E-Ausgaben entspricht.<sup>16</sup> Während des Patentschutzes entstehen allokativer Wohlstandsverluste aufgrund zu hoher Preise und zu niedriger Angebotsmengen. Zu dem Zeitpunkt, zu dem die F&E-Ausgaben gedeckt sind, sollte der Patentschutz auslaufen, sodass Imitatoren in den Markt eintreten, die Preise sinken, die Angebotsmenge und damit die allokativer Effizienz steigt. Dann werden Innovationen zu minimalen volkswirtschaftlichen Kosten bereitgestellt. Der Wohlstandsgewinn infolge einer Innovation setzt sich zusammen aus der Innovationsrente des Unternehmens während der Patentlaufzeit minus die Kosten der Innovation plus die zusätzliche Konsumentenrente nach Ende des Patentschutzes. Die optimale Patentlaufzeit maximiert die Summe aus Konsumenten- und Produzentenrente. In der Praxis ist allerdings zu berücksichtigen, dass zahlreiche Projekte fehlschlagen und die erfolgreichen F&E-Vorhaben die Verluste der anderen Projekte ausgleichen müssen. Ganz ohne Patentschutz werden alle Innovationen sofort imitiert, d.h. die Unternehmen können sich keine Innovationsrenten aneignen und haben somit keinen Anreiz für Innovationstätigkeit. Je länger der Patentschutz, desto länger kann sich das betreffende Unternehmen Innovationsrenten aneignen und desto größer ist der Anreiz auch für kostenträchtige F&E. Allerdings steigen die Innovationsanreize bei einer Verlängerung der Laufzeit mit abnehmender Rate, da die in fernerer Zukunft erwarteten Innovationsrenten – wegen der Diskontierung zukünftiger Erträge – einen geringeren Innovationsanreiz bieten als in näherer Zukunft erwartete Innovationsrenten. Ein Zuwachs an Konsumentenrente wird erst nach Ende des Patentschutzes realisiert. Je weiter der Zeitpunkt, zu dem der Patentschutz ausläuft, in der Zukunft liegt, desto weniger profitieren die Nachfrager. Was die Zeit der exklusiven Nutzung von nicht patentfähigen Innovationen betrifft, gelten die gleichen Überlegungen wie zu den patentierten Innovationen.

**58.** Das Risiko einer Entflechtung, wenn eine Innovation eine marktbeherrschende Stellung begründet, absichert oder verstärkt, und der ungewisse Zeitpunkt dieser Maßnahme beinhaltet eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass die Unternehmen keine Gelegenheit haben, ihre Ausgaben für F&E durch die mit der Innovation erzielbaren Renten (mindestens) zu decken. Die Hürden für die Realisierung von F&E-Vorhaben steigen. Dies betrifft patentfähige wie auch nicht patentierte bzw. nicht patentierfähige Innovationen in der gleichen Weise. In der Tendenz bewirkt eine Entflechtungsregelung ohne adäquaten Kompensationsmechanismus, dass ein Teil der Investitionen, welche ohne die Entflechtungsregelung getätigt worden wären, unterbleiben.

#### **2.2.5.2.3 Kompensationsmechanismus zur Abschwächung negativer Vorfeldwirkungen**

**59.** Nach Auffassung der Monopolkommission besteht eine geeignete Möglichkeit, die negative Vorfeldwirkung einer Entflechtungsregelung zu heilen, darin, die Unternehmen für den Verlust von Marktmacht infolge von Effizienz und erfolgreicher Innovationstätigkeit zu entschädigen. Der Staat muss also gewährleisten, dass die Unternehmen im Falle der Entflechtung für den resultierenden Verlust von Größen- und Verbundvorteilen sowie für den Wegfall von Innovationsrenten kompensiert werden. Hinsichtlich der Innovationsanreize sind die Unternehmen im Idealfall so zu stellen, als hätten sie sämtliche Innovationsrenten vereinnahmen können, die sie sich ohne Entflechtung hätten aneignen können. In der Praxis ist ex ante jedoch kaum zu quantifizieren, wie lange und in welcher Höhe eine Innovation tatsächlich Renten abwirft. Eine Kartellbehörde ist nicht in der Lage, in überschaubarer Zeit hinreichend detaillierte Informationen zu erheben und auszuwerten, sodass

<sup>16</sup> Vgl. Blair, R.D., Cotter, T.F., *Intellectual Property. Economic and Legal Dimensions of Rights and Remedies*, Cambridge 2005, S. 42 ff. Vgl. dazu das Grundmodell in Nordhaus, W., *Invention, Growth and Welfare: A Theoretical Treatment of Technological Change*, Cambridge 1969, sowie Scherer, F.M., Nordhaus' *Theory of Optimal Patent Life: A Geometric Reinterpretation*, *American Economic Review* 62, 1972, S. 422-427, und Nordhaus, W., *The Optimal Life of the Patent: Reply*, *American Economic Review* 62, 1972, S. 428-431.

eine exakte Kompensation nicht möglich ist. Gleiches gilt für Renten, die aus dem Verlust an Größenvorteilen und anderen statischen Effizienzen resultieren. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass der Marktmachtverlust nicht ausschließlich auf Elemente zurückzuführen ist, für die ein Ausgleich zur Abschwächung der Vorfeldwirkungen zu rechtfertigen ist. Dies gilt speziell für den Verlust von Marktmacht infolge des Wegfalls strategischer bzw. staatlicher Marktzutrittschranken. Strategische Barrieren betreffen potenzielle Reaktionsmöglichkeiten von marktbeherrschenden Unternehmen, durch die Dritte von einem Marktzutritt abgehalten werden. In diesem Zusammenhang sind z.B. Überkapazitätsstrategien oder die glaubwürdige Androhung von Verdrängungspreisen denkbar, aber auch subtile Diskriminierungsmöglichkeiten bei vertikal integrierten Unternehmen, die auf einer Wertschöpfungsstufe marktbeherrschend sind. Staatliche Marktzutrittschranken können z.B. in einer Regulierung des Marktzutritts, Steuerprivilegien oder überhöhten Mindestlöhnen bestehen, durch die marktbeherrschende Unternehmen bisher vor einem Marktzutritt und einer wettbewerblichen Marktstruktur geschützt waren.

**60.** Der Entwurf sieht bisher folgendes Prozedere zur Entflechtung vor: Ein vom Bundeskartellamt eingesetzter Wirtschaftsprüfer ermittelt den Wert des zur Veräußerung bestimmten Vermögensteils. Geschieht dies nicht freiwillig zu dem am Markt erzielbaren Preis, der durch den Veräußerungszwang vermindert sein dürfte, kann das Bundeskartellamt einen Treuhänder bestellen, der den Vermögensteil nur veräußern darf, wenn der Erlös mindestens die Hälfte des gutachterlich festgestellten Wertes beträgt. Für den Fall, dass eine Veräußerung nur zu einem geringeren Wert möglich ist, sieht der Entwurf keine Regelung vor.<sup>17</sup> Im Ergebnis wird dem betroffenen Unternehmen ein finanzieller Ausgleich geboten, der nur mindestens die Hälfte des zur Veräußerung bestimmten Vermögensteils beträgt. Eine zusätzliche Entschädigung durch den Bund ist nicht vorgesehen.

**61.** In diesem Kontext schlägt die Monopolkommission folgende Änderungen des Entwurfs vor: Um die erläuterten negativen Vorfeldwirkungen der Entflechtungsregelung auf die Investitions- und Innovationstätigkeit der Unternehmen zu vermindern, sollte die Hälfte der Differenz zwischen dem gutachterlich festgestellten Wert des zur Veräußerung bestimmten Vermögensteils und dem tatsächlich erzielten Verkaufserlös durch den Bund getragen, d.h. an das betroffene Unternehmen gezahlt werden. Dieser Ansatz garantiert eine praktikable Lösung, indem unterstellt wird, dass die Hälfte der Differenz zwischen dem gutachterlich festgestellten Wert und dem Verkaufserlös des Vermögensteils auf den entflechtungsbedingten Verlust von Marktmacht infolge von Effizienzen und Innovationen zurückzuführen ist, für den das betroffene Unternehmen kompensiert werden muss, während die andere Hälfte auf den Verlust von Marktmacht infolge der Auflösung von strategischen oder staatlichen Marktzutrittschranken beruht, für die kein Ausgleich zu rechtfertigen ist. Darüber hinaus sollte – sofern die vorgeschlagene Kompensationslösung implementiert wird – die Entflechtungsregelung dahingehend verändert werden, dass der vom Bundeskartellamt bestellte Treuhänder den Vermögensteil auch dann veräußern darf, wenn der Erlös nicht die Hälfte des gutachterlich festgestellten Wertes erreicht. Anderenfalls würden die Entflechtungsvorhaben gerade für die Unternehmen regelmäßig scheitern, die mit dem Entwurf adressiert werden sollen, nämlich die Unternehmen, bei denen der Marktmachtverlust infolge der Entflechtung besonders hoch ist. Die vorgeschlagene Kompensationsregel stellt sicher, dass die betroffenen Unternehmen mindestens die Hälfte des gutachterlich festgestellten Wertes erhalten.

**62.** Die Monopolkommission ist sich bewusst, dass die Investitions- und Innovationsleistungen der einzelnen, von einer künftigen Entflechtungsmaßnahme betroffenen Unternehmen jeweils unter-

---

<sup>17</sup> Bechtold interpretiert den Entwurf dahingehend, dass das Entflechtungsvorhaben gescheitert sein soll, wenn die Veräußerung nur zu einem niedrigeren Preis als die Hälfte des gutachterlich festgestellten Wertes möglich ist, vgl. Bechtold, R., Zum Referentenentwurf einer Entflechtungsregelung, Betriebs-Berater 65, 2010, S. 451-454, S. 453.

schiedlich ausgeprägt sein werden. Es ist daher nicht auszuschließen, dass die vorgeschlagene Regelung teilweise zu einer Über-, teilweise zu einer Unterkompensation von Investitions- und Innovationsleistung führen wird. Dennoch empfiehlt die Monopolkommission eine generalisierende Regelung, bei der unabhängig von den durch das Unternehmen erbrachten konkreten Leistungen stets die Hälfte der Differenz zwischen dem gutachterlich festgestellten Wert des zur Veräußerung bestimmten Vermögensteils und dem erzielten Verkaufserlös zu kompensieren ist. Für eine generalisierende Lösung sprechen vor allem die praktischen Schwierigkeiten, die das Bundeskartellamt bei einer Ermittlung der Investitions- und Innovationsleistungen im jeweiligen Einzelfall zu bewältigen hätte. Aufgrund einer derartigen Anforderung an das Amt würde sich zudem die Dauer von Entflechtungsverfahren erheblich verlängern. Darüber hinaus wären gerichtliche Auseinandersetzungen über die exakte Höhe der Kompensation vorprogrammiert, was die praktische Durchsetzung einer Entflechtungsmaßnahme weiter verzögern und erschweren würde.

**63.** Um Härten zu vermeiden, schlägt die Monopolkommission jedoch vor, für die von einer Entflechtungsmaßnahme betroffenen Unternehmen den Rechtsweg zu den Zivilgerichten zu eröffnen, damit im Einzelfall eine höhere Kompensation erlangt werden kann. Hierzu müssten die Unternehmen nachweisen, dass die 50-Prozent-Regelung nicht ausreicht, um die von ihnen getätigten Investitions- und Innovationsleistungen abzudecken. Eine entsprechende Bestimmung in § 41a GWB-E würde gleichzeitig dazu führen, die mit der Einführung einer objektiven Entflechtungsregelung verbundenen negativen Vorfeldwirkungen zusätzlich abzumildern, denn die Unternehmen wüssten von vornherein, dass sie gegebenenfalls in voller Höhe entschädigt werden. Bei der Ausgestaltung der Klagemöglichkeit ist darauf zu achten, dass das Entflechtungsverfahren selbst nicht tangiert wird. Insbesondere darf eine Klage auf höhere Kompensation keine aufschiebende Wirkung im Hinblick auf die Entflechtungsanordnung haben. Es ist vielmehr streng zu unterscheiden zwischen der gerichtlichen Anfechtung der Entflechtungsmaßnahme selbst – die aufschiebende Wirkung hat und die Durchführung der Entflechtung hemmt – und der gerichtlichen Geltendmachung einer höheren Kompensation im Einzelfall, welche die Entflechtungsverfügung und ihre Durchsetzung unberührt lässt.

**64.** Entscheidend für die Wirksamkeit des Kompensationsmechanismus ist, welchen Maßstab der vom Bundeskartellamt eingesetzte Wirtschaftsprüfer bei der Bewertung des zur Entflechtung vorgesehenen Vermögensteils anlegt. Bei der Unternehmensbewertung gemäß § 41a Abs. 3 Satz 2 des Entwurfs wird indes nicht deutlich, worauf diese Bewertung konkret basieren soll. Im Wesentlichen sind drei Ursachen denkbar, durch die sich das Ergebnis der Unternehmensbewertung vom Verkaufserlös unterscheiden kann: Neben den auf die Spezifität von Investitionsgütern zurückzuführenden Abschlägen ist einerseits der Verlust von Marktmacht zu nennen, die durch die Entflechtung des zu veräußernden Vermögensteils nicht mehr vollständig eingepreist werden kann. Andererseits kann auch die zeitliche Drucksituation für einen Verkaufserlös unter Marktwert sorgen.<sup>18</sup> Sofern die Unternehmensbewertung auf der Grundlage des geschätzten Marktwertes nach Vollzug der Maßnahme erfolgt, wäre der wertmindernde Marktmachtverlust innerhalb des festgestellten Wertes bereits berücksichtigt und könnte somit auch nicht mehr kompensiert werden.

---

<sup>18</sup> Die Verhandlungsposition könnte bei Zeitknappheit schlechter sein, weil die Zahl der potenziellen Käufer niedriger und somit der Markt enger ist. Möglicherweise berücksichtigen die Bieter aufgrund des Zeitdrucks zudem einen erhöhten Risikoabschlag, durch den sich die Gebote gegenüber dem bei einer freihändigen Veräußerung zu erzielenden Verkaufserlös mindern. Die Erfahrung bei Zwangsversteigerungen von Grundstücken zeigt jedenfalls, dass hierbei durchschnittlich nur 65 % des Verkehrswerts für vergleichbare, freihändig veräußerte Grundstücke erzielt werden; vgl. Expertenkommission zur Anschlussförderung im öffentlich geförderten Wohnungsbau im Land Berlin, Endbericht im Auftrag der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung, Abteilung IV, Berlin 2003, S. 38 f.

**65.** Das dargestellte Problem, das sich aus dem Zeitpunkt der Wertfeststellung des zu veräußernden Unternehmensteils ergibt, zeigt sich bei Investitionsgütern und Innovationen. Wird der Markt-machtverlust bei der Unternehmensbewertung berücksichtigt und trägt der Staat die Hälfte der Dif-ferenz zwischen festgestelltem Wert und Verkaufserlös – wie die Monopolkommission vorschlägt – wird das betreffende Unternehmen mindestens anteilig für den aus der Entflechtung resultierenden Verlust von Größen- und Verbundvorteilen entschädigt und die negative Vorfeldwirkung der Entflechtungsregelung verringert sich. Legt der Gutachter dagegen den Wert für einen Käufer zugrun-de, der durch den betreffenden Vermögensteil weniger Markt-machtrenten durch Größen- und Ver-bundvorteile realisieren kann, dürfte der ermittelte Wert Abschlüsse gegenüber dem spezifischen Wert für das zu entflechtende Unternehmen aufweisen. Die Kompensationslösung der Monopol-kommission, dass der Staat die Hälfte der Differenz zum Verkaufserlös ausgleicht, kann in diesem Fall die negative Vorfeldwirkung der Entflechtungsregelung auf die Investitionstätigkeit nicht ver-mindern.

Der Entwurf enthält ferner keinen Hinweis auf die Bewertungsmaßstäbe für Patente, wenn ein Un-ternehmen verpflichtet wird, anderen Anbietern Zwangslizenzen zu erteilen, sodass die betreffende Innovation anschließend im Wettbewerb genutzt werden kann. Die Lizenznehmer dürften – solange alle dieselbe Möglichkeit zur wirtschaftlichen Nutzung der Innovation haben – dem Patentinhaber in der Summe weniger zahlen, als dieser bei exklusiver Nutzung hätte erzielen können. Wenn sich die Bewertung an dem Wert des Patents bei exklusiver Nutzung orientiert und der Staat die Hälfte der Differenz zu dem Erlös aus der Erteilung der Zwangslizenzen ausgleicht, wird die negative Vorfeldwirkung der Entflechtungsregelung auf die Innovationstätigkeit der Unternehmen wirksam verringert. Legt der Gutachter dagegen den Wert des Patents in Höhe des Betrages fest, den andere Unternehmen bei mehrfacher, also wettbewerblicher Nutzung für die Zwangslizenz in der Summe zu zahlen bereit sind, wird der Wert stark vermindert sein. Selbst wenn der Staat die Hälfte der Dif-ferenz zum Verkaufserlös ausgleicht, wird von der Entflechtungsregelung eine negative Vorfeld-wirkung auf die Innovationstätigkeit ausgehen.

**66.** Die vorangegangenen Ausführungen zeigen, dass die in dem Entwurf gewählte unspezifizierte Formulierung der Unternehmensbewertung nach herkömmlichen Maßstäben der Unternehmensbe-wertung<sup>19</sup> für eine Kompensationsregelung unzureichend ist, wenn man die negativen Vorfeldwir-kungen sinnvoll begrenzen will. Die Monopolkommission empfiehlt deshalb, den Entwurf dahinge-hend zu ergänzen, dass sich die Bewertung an dem spezifischen Wert des Vermögensgegenstands für das von der Entflechtung betroffene Unternehmen zum Zeitpunkt vor der Maßnahme orientie-ren muss. In diesem Fall kann auch die von der Monopolkommission vorgeschlagene Kompensa-tionslösung ihre Wirkung zur Erhaltung von Innovationsanreizen entfalten.

**67.** Der Monopolkommission ist bewusst, dass die vorgeschlagene Kompensationslösung ein Pro-blem im Zusammenhang mit Markt-macht im Ausland beinhaltet. Es ist davon auszugehen, dass Unternehmen, die für eine Entflechtung prinzipiell infrage kommen, einen erheblichen Anteil ihres Umsatzes im Ausland erlösen. Dies dürfte insbesondere für die Unternehmen gelten, deren Markt-macht auf Innovationen basiert, weil ihnen ausländische Märkte die Möglichkeit bieten, zusätzliche Deckungsbeiträge für ihre F&E-Investitionen zu erzielen. Die Entflechtung eines Unternehmens mit Auslandsumsätzen wird nicht nur zu einem Verlust von Markt-macht im Inland, sondern auch im Ausland führen. Um die negativen Vorfeldwirkungen einer Entflechtungsregelung für das In-vestitions- und Innovationsverhalten der Unternehmen effektiv zu vermindern, ist es dann erforder-lich, die betroffenen Unternehmen für den Verlust von Renten sowohl auf dem inländischen Markt als auch auf allen ausländischen Märkten zu kompensieren. Während die positiven Ex-post-Wir-

<sup>19</sup> Vgl. Begründung zu § 41a Abs. 3 Satz 2 GWB-E.

kungen der Entflechtung im In- und Ausland anfallen, werden die Kosten für die Kompensation ausschließlich vom Inland, d.h. vom deutschen Staat, getragen. Die Kompensation beinhaltet also eine Umverteilung vom deutschen Steuerzahler zu den ausländischen Nachfragern der betreffenden Produkte und Dienste. Insofern könnte es aus nationaler Perspektive nicht rational sein, eine Entflechtung zu vollziehen, wenn die Kompensationsleistung die allokativen Vorteile der Entflechtung im Inland übersteigt. Nach Ansicht der Monopolkommission benötigt die Bundesregierung daher zur Berücksichtigung fiskalischer Interessen ein Vetorecht; alternativ sollte die Bundesregierung selbst ein Ministerdispensverfahren initiieren können. Diese Überlegungen werden im Abschnitt 2.2.6 zu den verfahrensrechtlichen Fragen der Entflechtungsregelung ausführlicher erläutert.

### **2.2.5.3 Wirkungen der Entflechtung (ex post)**

#### **2.2.5.3.1 Statische Wohlfahrtsgewinne**

##### ***Reduzierung von Ausbeutungspotenzialen***

**68.** Im Falle horizontaler Entflechtungen, die denselben relevanten Markt betreffen, sind die strukturellen Veränderungen typischerweise von zweierlei Art: Die Entflechtung erhöht die Anzahl der Anbieter auf dem Markt – bei einem neuen Investor – oder führt dazu, dass wenigstens ein Wettbewerber – derjenige, der den Vermögensteil übernimmt – einen größeren Marktanteil erhält. Folglich gewinnt der Wettbewerb an Intensität. Mit abnehmender Marktmacht des entflochtenen Unternehmens sinken die Potenziale für Preishöhen- und Konditionenmissbrauch. Das betreffende Unternehmen kann sein Angebot nicht länger verknappen, um einen Preis über dem Wettbewerbspreis zu erzielen. Mit sinkenden Preisen und höheren Angebotsmengen steigt die Konsumentenrente im Allgemeinen stärker, als die Produzentenrente sinkt, sodass sich die Wohlfahrt insgesamt erhöht.

##### ***Reduzierung von Behinderungspotenzialen***

**69.** Behinderungspotenziale entfallen sowohl bei der vertikalen als auch bei der horizontalen und konglomeraten Entflechtung von Unternehmen. Die Reduzierung der Möglichkeiten zu missbräuchlicher Behinderung vermindert strategische Marktzutrittsbarrieren und kann auf diese Weise die Wettbewerbsaktivität in den betreffenden Märkten erhöhen. Von besonderer Bedeutung ist die Entflechtung vertikal integrierter Unternehmen, da hier durch die Verbindung mehrerer Produktionsstufen Behinderungsmöglichkeiten bestehen können, wenn auf wenigstens einer Stufe Marktmacht vorhanden ist. Weisen diese Unternehmen auf einer der vorgelagerten Stufen eine marktbeherrschende Stellung auf, muss damit gerechnet werden, dass sie die Konkurrenten bei den Preisen bzw. Konditionen für die betreffende (Monopol-)Leistung diskriminieren, wodurch gegebenenfalls im Zeitablauf eine Überwälzung von Marktmacht auf die bisher wettbewerbliche Produktionsstufe stattfindet (Leverage-Effekt). Praktisch kann dies durch Maßnahmen wie Ausschließlichkeitsbindungen und vergleichbare Verpflichtungen, Lieferungsverweigerungen oder Kopplungen erfolgen. Ausschließlichkeitsbindungen beinhalten die Verpflichtung einer Vertragspartei, keine Waren von Dritten zu beziehen (Alleinbezugsbindung des Händlers) oder an Dritte abzugeben (Alleinabsatzbindung des Lieferanten).

**70.** Auch horizontale oder konglomerate Entflechtungen sind grundsätzlich geeignet, das Potenzial für Kampfpreisunterbietungen oder Produktkopplungen einzuschränken. Kampfpreisstrategien werden von marktbeherrschenden Unternehmen verfolgt, um Wettbewerber aus dem Markt zu drängen, wobei die hohen Kosten durch spätere (Monopol-)Gewinne überkompensiert werden sollen. Im Falle von Kopplungsbindungen werden Nachfrager marktbeherrschender Unternehmen verpflichtet, neben der Abnahme der gewünschten Waren auch weitere Produkte abzunehmen, obwohl diese Produkte anders günstiger zu beschaffen wären.

### 2.2.5.3.2 Statische Wohlfahrtsverluste

#### *Wegfall von Rationalisierungsgewinnen*

**71.** Es besteht jedoch die Gefahr, dass eine vollzogene Entflechtung Rationalisierungsvorteile zunichte macht. Rationalisierungsgewinne entstehen, wenn Unternehmen durch Produktionsverlagerungen das Outputniveau insgesamt optimal auf verschiedene Produktionsstätten verteilen – von Standorten mit hohen zu Standorten mit niedrigen Grenzkosten – und dabei Einsparungen realisieren, sodass sie sich – ohne die Outputmenge insgesamt zu vergrößern<sup>20</sup> – dem Minimum ihrer jeweiligen Durchschnittskosten annähern. Derartige Vorteile gehen verloren, wenn nach einer Entflechtung die Produktionsstätten verlagert werden und sich diese weniger günstig in die Unternehmensstruktur des neuen Eigentümers einfügen. Derlei Nachteile können oftmals konkret belegt werden und sind aufgrund ihrer unmittelbar kostensteigernden Wirkung negativ zu bewerten.

#### *Wegfall von Größen- und Verbundvorteilen*

**72.** Ferner können Entflechtungsmaßnahmen Größen- und Verbundvorteile gefährden. Bei Größenvorteilen<sup>21</sup> handelt sich um langfristige Einspareffekte, die sich bei einer Erhöhung der mengenmäßigen Unternehmensleistung einstellen. Das Verhältnis von Output und Kosten wird maßgeblich von der Produktionstechnik bestimmt; tendenziell steigt die Möglichkeit zur Automatisierung mit dem Produktionsvolumen. Kostenersparnisse können sich zudem durch eine geringere Vorhaltung an Reservekapazitäten („Gesetze der großen Zahlen“) oder durch eine weitreichende, innerbetriebliche Spezialisierung realisieren, sodass die Fähigkeiten der Mitarbeiter gezielter und damit produktiver eingesetzt werden. Es handelt sich um die Einsparung realer Produktionsfaktoren („real economies“).<sup>22</sup> Ein zur Entflechtung gezwungenes Unternehmen muss die verbliebenen Bereiche neu organisieren und die Produktionstechnik an einen veränderten Output anpassen. Der damit einhergehende Verlust von Größenvorteilen ist ein gesamtwirtschaftlicher Verlust, ein Mehrverbrauch von Ressourcen, die an anderer Stelle einen zusätzlichen Beitrag zum Sozialprodukt leisten könnten. Insofern ist dieser aus ökonomischer Sicht negativ zu bewerten. Allerdings bestehen bei der Ermittlung von Größenvorteilen und dem Verlust dieser Vorteile nach Vollzug einer Entflechtung, obwohl die Konzepte theoretisch eindeutig definiert sind, im Einzelfall Abgrenzungs- und Bewertungsprobleme statistischer und prognostischer Art. So gelangen die empirischen Schätzmethode zur Ermittlung von Größenvorteilen nicht immer zu hinreichend klaren Ergebnissen.<sup>23</sup>

**73.** Verbundvorteile bedeuten, dass es kostengünstiger ist, bestimmte Leistungen in einem statt in zwei oder mehreren spezialisierten Unternehmen zu erbringen. Solche Vorteile entstehen oftmals durch eine Mehrfachnutzung von Ressourcen, z.B. wenn durch eine Zusammenführung von komplementären Patenten die Produktionsprozesse optimiert werden können. Verbundvorteile lassen sich auch durch vertikale Integration vor- oder nachgelagerter Produktions- oder Handelsstufen er-

20 Effizienzvorteile bei Erhöhung der Outputmenge werden begrifflich als Größenvorteile eingeordnet.

21 Größenvorteile liegen vor, wenn eine proportionale Erhöhung aller Inputfaktoren eine überproportionale Outputsteigerung bewirkt, sodass die durchschnittlichen Kosten dabei sinken.

22 Von diesen gesamtwirtschaftlichen Größenvorteilen abzugrenzen sind einzelwirtschaftliche Größenvorteile („financial economies“), die die Unternehmen auf Kosten anderer erzielen, z.B. im Einkauf als Folge größenabhängiger Nachfragemacht. Hier findet lediglich eine Gewinnverlagerung vom Zulieferer auf den Nachfrager statt, der keiner realen Einsparung von Produktionsfaktoren entspricht.

23 Zu den bekanntesten Methoden gehören Ingenieurschätzungen und der „Survivor“-Ansatz von Stigler, der darauf abstellt, wie sich Betriebe einer Branche oder Größenklasse im Zeitablauf entwickelt haben. Zunächst werden verschiedene Betriebe einer Branche in Größenklassen unterteilt. Dann wird die Entwicklung der Anteile der einzelnen Größenklassen am Output der gesamten Branche im Zeitablauf untersucht. Diejenige Größenklasse, die ihren Anteil am stärksten erhöhen konnte, gilt als überlegen. Dies ergebe Hinweise auf die (mindest-)optimale Betriebsgröße bei den gegebenen Kostenstrukturen. Vgl. z.B. Schmidt, I., Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 8. Aufl., Stuttgart 2005, S. 94.

zielen. Dann fallen sie vor allem als Ersparnis von Transaktionskosten an, d.h. Kosten für die Aushandlung und den Abschluss von Verträgen sowie die Überwachungs- und Durchsetzungskosten dafür. Das Einsparpotenzial hängt ab vom Grad der Unsicherheit, Häufigkeit und Faktorspezifität der Transaktionen zwischen den Wertschöpfungsstufen. Wird ein Unternehmen vertikal entflochten, dürfte es in der Regel zu einem Verlust von Verbundvorteilen kommen, d.h. zu einem „echten“ Mehrverbrauch von Ressourcen, was aus ökonomischer Sicht negativ zu bewerten ist. Bei der Ermittlung von Verbundvorteilen und dem Verlust dieser Vorteile nach einer Entflechtung bestehen im Einzelfall ähnliche Abgrenzungs- und Bewertungsprobleme wie bei den Größenvorteilen.

**74.** Die Möglichkeit, Größen- und Verbundvorteile zu realisieren, ist eine wichtige Motivation für internes oder externes Wachstum von Unternehmen. Marktbeherrschende Unternehmen vernachlässigen jedoch aufgrund des fehlenden Wettbewerbsdrucks die Kosten- und Qualitätskontrolle, außerdem werden teilweise unproduktive Aufwendungen zur Errichtung strategischer oder institutioneller Markteintrittsbarrieren getätigt, wie z.B. durch exzessive Werbung oder politisches Lobbying. Anders als im Fall der allokativen Ineffizienz, wo steigende Marktmacht gesamtwirtschaftliche Wohlfahrtsverluste induziert, ist ein Zusammenhang zwischen Marktmacht und Kosteneffizienz weniger deutlich, weil größenbedingte Kostenvorteile durch X-Ineffizienzen wieder geschmälert oder gar überkompensiert werden können. Selbst ohne produktionstechnische Größenvorteile lässt sich mithilfe der Prinzipal-Agenten-Theorie zeigen, dass Anreize zur Kostensenkung nicht monoton mit zunehmender Marktmacht sinken oder steigen.<sup>24</sup>

#### ***Doppelte Marginalisierung***

**75.** Neben dem Verlust von Größen- und Verbundvorteilen entsteht bei vertikalen Entflechtungen unter Umständen das Problem steigender Preise infolge der „doppelten Marginalisierung“, zu der es kommt, wenn jedes Unternehmen, das über Marktmacht verfügt, auf seiner jeweiligen Wertschöpfungsstufe einen eigenen Preisaufschlag auf die Grenzkosten vornimmt. So verlangt z.B. ein Hersteller vom Händler gegebenenfalls einen Preisaufschlag und der Händler verlangt wiederum einen Preisaufschlag vom Konsumenten. Der gewinnmaximale Einzelhandelspreis, den ein integrierter Anbieter verlangen würde, wäre dann geringer als der eines unabhängigen Händlers. Er würde dann eine größere Menge verkaufen als zwei unabhängige Händler.<sup>25</sup> Das heißt, schlechter als ein einzelner Monopolist ist aus wohlfahrtstheoretischer Sicht eine Kette von mehreren Monopolisten. Eine vertikale Integration von zwei Monopolisten bringt – wie auch der Fall von zwei Monopolanbietern von komplementären Gütern – allokativ Effizienzvorteile, da die getrennten Aktivitäten koordiniert werden und die Preisexternalität internalisiert wird. Das Ausmaß der Preissteigerung durch den doppelten Aufschlag hängt jedoch stark von der Wettbewerbsintensität auf den einzelnen Stufen ab sowie der Art der Preissetzung oder -verhandlung. Ist z.B. auf einer der beiden Stufen die Preis-Kosten-Marge gleich Null, entfällt das Problem.

#### ***2.2.5.3.3 Dynamische Wohlfahrtseffekte***

**76.** Im Folgenden gilt es abzuschätzen, wie sich die Innovationsanreize des von der Entflechtung betroffenen Unternehmens und des Käufers des betreffenden Vermögensteils verändern. Für den Käufer des entflochtenen Unternehmensteils dürften mit der Eingliederung erhöhte F&E-Anreize

<sup>24</sup> Vgl. Schmidt, K.M., *Managerial Incentives and Product Market Competition*, *Review of Economic Studies* 64, 1997, S. 191-213.

<sup>25</sup> Ebenso dürfte der Betreiber eines Telekommunikationsnetzes nach vertikaler Entflechtung einen über den Grenzkosten liegenden Preis von den Diensteanbietern für den Netzzugang verlangen, weil ein Grenzkostenpreis nicht die Fix- und Gemeinkosten seiner Infrastruktur deckt. Anschließend werden auch die Diensteanbieter einen Preis aufschlag auf die Grenzkosten kalkulieren, der den Endabnehmerpreis erhöht, wobei das Ausmaß der Preissteigerung von der Regulierung der Netzentgelte und dem Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt abhängt. Insgesamt wird ein zweistufiger Preis aufschlag realisiert, der im Falle vertikaler Integration nur einstufig erfolgen würde.

entstehen, weil mit dem Kauf eine Mehrfachnutzung sowohl des eigenen technischen Wissens, des mit dem Kauf hinzugewonnenen Wissens und des zukünftigen Wissens möglich ist. Auch können die Risiken der F&E-Tätigkeit besser aufgefangen werden, wenn das betreffende Unternehmen durch hinzugewonnene Kenntnisse in die Lage versetzt wird, mehrere technologisch voneinander unabhängige Pfade bei der Entwicklung eines Produkts zu beschreiten. Weitere Impulse für Innovationstätigkeit sind vorstellbar durch eine verbesserte Weitergabe von personengebundenen Kenntnissen, die nur eingeschränkt handelbar sind, wie z.B. besondere Fähigkeiten der Mitarbeiter oder sonstige Ausprägungen des Humankapitals. Insofern sind Synergien denkbar, wenn der Kauf des betreffenden Vermögensteils einem vorher hinsichtlich der Marktstellung unterlegenen Unternehmen erlaubt, von den Fähigkeiten eines überlegenen Konkurrenten zu lernen. Von der größeren Verbreitung technischen Wissens im Zuge einer Entflechtung dürften durch Spillover-Effekte auch Dritte profitieren und daraus Anreize entstehen, diese Erkenntnisse weiter zu vertiefen.

**77.** Dagegen könnten sich die Rahmenbedingungen für Innovationstätigkeit für das zur Entflechtung gezwungene Unternehmen verschlechtern. Großunternehmen haben tendenziell größere finanzielle und personelle Ressourcen und können daher auch sehr aufwendige (Grundlagen-)Forschung und Entwicklung betreiben. Ferner nehmen kostensenkende Lernkurveneffekte mit der Größe des Unternehmens zu. Diese Vorteile gehen bei einer Entflechtung verloren. Dem steht gegenüber, dass durch eine hohe Unternehmenskonzentration die Kreativität in der Entwicklung neuer oder verbesserter Produkte beeinträchtigt werden kann. Denkbar ist, dass zunehmend bürokratische und längere Entscheidungswege, eine unzureichende Beteiligung der Mitarbeiter am Innovationserfolg sowie ein erhöhter Zeitaufwand für die Überwachung von immer größeren Forschungsabteilungen in Großunternehmen zum Innovationshindernis werden und dynamische Ineffizienzen hervorrufen können.

**78.** Von diesen Überlegungen abgesehen, lässt sich jedoch keine verallgemeinerungsfähige Wirkung einer Entflechtung auf die Innovationstätigkeit der Marktteilnehmer ableiten. Dass technischer Fortschritt mit wachsender Unternehmensgröße überproportional zunimmt, wie die erste der beiden Neo-Schumpeter-Hypothesen<sup>26</sup> unterstellt, ist durch empirische Studien nicht belegt.<sup>27</sup> Ebensovienig eindeutig ist der Zusammenhang von Marktmacht und Innovationstätigkeit. Nach der zweiten Neo-Schumpeter-Hypothese begünstigt Marktmacht die Innovation, da erhöhte Marktmacht einen stärkeren Schutz vor schneller Imitation bietet, etwa durch die Errichtung strategischer Markteintrittsbarrieren, sodass die Refinanzierbarkeit der F&E besser gewährleistet sei als unter intensivem Wettbewerb. Andererseits ist aber zu bedenken, dass oftmals gerade der Wettbewerb die treibende Kraft hinter technischem Fortschritt ist. Wenn die Unternehmen damit rechnen müssen, dass ihnen Wettbewerber durch kostensenkende Produktionsprozesse oder neue bzw. qualitativ bessere Produkte zuvorkommen, werden sie verstärkt eigene F&E betreiben, um ihren Marktanteil zu verteidigen oder auszubauen. Die empirischen Untersuchungen zur zweiten Neo-Schumpeter-Hypothese zeigen nur, dass ein gewisser Grad an Marktmacht für die technische Entwicklung förderlich sein kann, dass aber kein genereller Zielkonflikt zwischen der Verhinderung von Marktmacht und der Förderung von technischem Fortschritt besteht.<sup>28</sup> Es scheint nicht primär die Unternehmensgröße über den Grad der Innovationstätigkeit zu entscheiden, sondern Aspekte wie die Größe

26 Vgl. Schumpeter, J.A., *Capitalism, Socialism and Democracy*, 3. Aufl., New York 1950. Einer der wesentlichen Anreize für die Unternehmen, etwas Neues zu erfinden, sei die in Aussicht stehende Marktmacht durch das Angebot neuer oder verbesserter Produkte.

27 Einen Überblick zu den empirischen Untersuchungen zur ersten Neo-Schumpeter-Hypothese enthalten Schmidt, I., a.a.O., S. 106 f., sowie Scherer, F.M., Ross, D., *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3. Aufl., Boston 1990, S. 630 ff.

28 Vgl. Aghion, P. et al., *Competition and Innovation: An Inverted-U Relationship*, *Quarterly Journal of Economics* 120, 2005, S. 701-728.

und das Wachstum der Absatzmärkte, die Sicherung von Innovationsrenten durch die Patentierbarkeit und die Frage, ob überhaupt signifikante Neuerungen möglich sind.<sup>29</sup>

#### **2.2.5.3.4 Abwägung im Rahmen einer „efficiency defense“**

**79.** Im Rahmen einer ökonomisch begründeten Entflechtungsregelung, die dem Ziel der Wohlfahrtssteigerung verpflichtet ist, sind effizienz mindernde und -steigernde Wirkungen von Entflechtungen gegeneinander abzuwägen. F&E-Tätigkeiten bedürfen wirtschaftlicher Anreize, wie sie durch die Inaussichtstellung exklusiver Nutzungsrechte und damit verbundener Innovationsrenten gewährleistet werden. Dies bedeutet jedoch, dass für die Dauer der exklusiven Nutzung auf Wettbewerb verzichtet und daher allokativer Ineffizienzen in Kauf genommen werden müssen. Es besteht also ein Zielkonflikt zwischen dynamischen Effizienzgewinnen auf der einen Seite und statischen Effizienzvorteilen auf der anderen Seite. Wie erläutert, belegen die empirischen Studien keinen positiven, verallgemeinerungsfähigen Zusammenhang zwischen Innovationstätigkeit und der Unternehmensgröße oder Marktstellung. Im Umkehrschluss ist nicht davon auszugehen, dass eine Entflechtung nach Vollzug die Innovationstätigkeit des betroffenen Unternehmens in einer gesicherten Weise beeinflusst.

**80.** Die bisherigen Überlegungen haben gezeigt, dass nach einer Entflechtung ein Zuwachs an allokativer Effizienz oder ein etwaiger Zuwachs an dynamischer Effizienz infolge der Auflösung einer marktbeherrschenden Stellung einerseits und ein Verlust an technischer (produktiver) Effizienz infolge des Wegfalls von Größen- und Verbundvorteilen andererseits eintreten kann. An diese Überlegung schließt sich die Frage an, welche verfahrensrechtliche Ausgestaltung für die Berücksichtigung von Effizienzeinwänden gewählt werden soll. Denkbar wäre es, die Eingreifkriterien – ähnlich wie bei der deutschen Fusionskontrolle – unter genereller Berücksichtigung von möglichen Effizienzverlusten so hoch anzusetzen, dass eine Einzelfallanalyse der Effizienzen – jedenfalls seitens des Bundeskartellamts – nicht mehr erfolgen muss. Möglich wäre aber auch eine Verfahrensgestaltung – vergleichbar der *efficiency defense* in der europäischen Fusionskontrolle – bei der die Effizienzen im Einzelfall beachtet werden müssen.

**81.** Für erstere Alternative sprechen die Parallele zur Regelung in der deutschen Fusionskontrolle und die praktischen Schwierigkeiten einer Abwägung von Effizienzgewinnen und -verlusten im Einzelfall. Zugunsten einer Einzelfallanalyse wird hingegen im Allgemeinen die größere Einzelfallgerechtigkeit vorgetragen. Die Monopolkommission empfiehlt im Zusammenhang mit der objektiven Entflechtungsvorschrift des § 41a GWB-E die Zulassung und Analyse des Effizienzeinwands im Einzelfall. Hierfür sind folgende Gründe maßgebend: Anders als bei der Fusionskontrolle, die der Entstehung oder Verstärkung von Marktbeherrschung aufgrund externen Wachstums begegnet, wird die Entflechtungsregelung überwiegend marktbeherrschende Unternehmen treffen, deren starke Marktstellung – jedenfalls auch – auf internem Wachstum beruht. Anders als beim Wachstum durch Fusion ist bei internem Wachstum die Annahme nahe liegend, dass dieses gerade wegen der damit verbundenen Größen- und Verbundvorteile erfolgte. Darüber hinaus wird eine als *Ultima Ratio* ausgestaltete Entflechtungsvorschrift – im Unterschied zur nationalen Fusionskontrolle, der weit über 1.500 Fälle im Jahr unterliegen – nur eine ganz geringe Anzahl von Ausnahmesachverhalten berühren. Diese Einschätzung bleibt selbst dann gültig, wenn als Vergleichsmaßstab die Anzahl der Zusammenschlussverfahren herangezogen wird, die in die zweite Verfahrensphase gelangen. Die

<sup>29</sup> Vgl. Cohen, W.M., Levin, R.C., *Empirical Studies of Innovation and Market Structure*, in: Schmalensee, R., Willig, R.D. (eds.), *Handbook of Industrial Organization*, Vol. 2, Amsterdam 1989, S. 1059, 1067 ff. Möglicherweise gibt es eine Art Arbeitsteilung, wonach große Unternehmen Vorteile bei der Grundlagenforschung und Marktdurchsetzung von Innovationen haben, während kleine Unternehmen bei der anwendungsorientierten Weiterentwicklung von Erfindungen punkten; vgl. Schmidt, I., a.a.O., S. 106 f.

Einzelfallanalyse bliebe im Rahmen des Entflechtungsverfahrens also tatsächlich auf „Einzelfälle“ beschränkt. Daneben dürfte die obligatorische Durchführung einer Sektoruntersuchung die Beurteilung von geltend gemachten Effizienzen erleichtern. Eine vergleichbare Branchenanalyse findet im Rahmen der Fusionskontrolle nicht statt. Es kommt hinzu, dass für das Entflechtungsverfahren keine Fristen vorgesehen sind, sodass für Ermittlungen und Analysen mehr Zeit verbleibt, während bei der Fusionskontrolle regelmäßig nur vier Monate für den Erlass der Entscheidung zur Verfügung stehen.

**82.** Nach Auffassung der Monopolkommission sollte die Abwägung der Effizienzen bereits im Verfahren vor dem Bundeskartellamt und nicht erst im Ministerverfahren erfolgen. Dafür spricht die hohe wirtschaftliche Bedeutung einer kartellbehördlichen Entflechtungsanordnung für die betroffenen Unternehmen. Es ist nicht auszuschließen, dass Entflechtungsverfügungen – jedenfalls kurzfristig – negative Auswirkungen auf den Wert und insbesondere die Finanzierungsmöglichkeiten der adressierten Unternehmen haben werden. Deshalb sollten in der Verfügung des Bundeskartellamts bereits sämtliche entscheidungserheblichen Aspekte berücksichtigt werden. Das Bundeskartellamt hätte somit sämtliche wettbewerblichen Aspekte sowie statische und dynamische Effizienzen zu beachten. Dem Ministerverfahren blieben die (sonstigen) gesamtwirtschaftlichen Vorteile und überragenden Interessen der Allgemeinheit vorbehalten.

Die Monopolkommission spricht sich ferner dafür aus, dass das von einer Entflechtungsverfügung betroffene Unternehmen die Darlegungs- und (materielle) Beweislast für mögliche Effizienzen trägt. Informationen, auf deren Grundlage beurteilt werden kann, ob eine Entflechtungsmaßnahme zu Effizienzschäden führt und diese die positiven Wirkungen einer Entflechtung aufheben, befinden sich überwiegend in der Sphäre des betroffenen Unternehmens. In der Praxis wird das jeweilige Unternehmen ohnedies ein starkes Eigeninteresse daran haben, die aus seiner Sicht günstigen Informationen zu Größenvorteilen und sonstigen relevanten Sachverhalten zu übermitteln.

### **2.2.6 Ausgestaltung des Entflechtungsverfahrens**

**83.** Im vorangegangenen Abschnitt wurden im Zusammenhang mit dem Vorschlag der gerichtlichen Geltendmachung zusätzlicher Kompensationsansprüche gegen die öffentliche Hand einerseits und der Einführung eines ausdrücklichen Effizienzeinwands andererseits auch verfahrensrechtliche Empfehlungen abgegeben. Nachfolgend geht die Monopolkommission auf zwei weitere verfahrensrechtliche Aspekte ein.

#### **2.2.6.1 Zweistufigkeit des Verfahrens**

**84.** Der Entwurf sieht ein zweistufiges Verfahren für die objektive Entflechtung vor. Auf der ersten Stufe ist die Zuständigkeit des Bundeskartellamts vorgesehen, das insbesondere für die Feststellung der materiell-rechtlichen Entflechtungsvoraussetzungen, die Durchführung der Sektoranalyse und der Verhandlungen mit den betroffenen Unternehmen sowie den Erlass der Entflechtungsverfügung verantwortlich ist. Die zweite Stufe wird auf Antrag des entflochtenen Unternehmens erreicht, wenn es im Fall einer Veräußerungsanordnung um einen Ministerdispens ersucht. Im Ministerdispensverfahren gemäß § 42a GWB-E, das dem Ministererlaubnisverfahren in der Fusionskontrolle nachgebildet ist, trägt der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie die Verantwortung.

**85.** Grundsätzlich befürwortet die Monopolkommission den zweistufigen Aufbau des objektiven Entflechtungsverfahrens. Für die Abstufung spricht zum einen die Parallele zur nationalen Fusionskontrolle. Jedenfalls solange in der Fusionskontrolle eine Ministererlaubnis für notwendig erachtet wird, wäre eine abweichende Regelung im Entflechtungsverfahren nur schwer begründbar. Die Einbeziehung des Ministers hat vor dem Hintergrund, dass sowohl im Fusionskontroll- als auch

im Entflechtungsverfahren Versuche politischer Einflussnahme nie ganz auszuschließen sein werden, zwei wesentliche Vorteile. Zum einen basiert die Unabhängigkeit des Bundeskartellamts maßgeblich auf dem Umstand, dass die Tätigkeit der Behörde lediglich auf ein einziges Ziel – nämlich die rein wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Sachverhalten – beschränkt bleibt. Die Unabhängigkeit wäre gefährdet, wenn das Amt verschiedene, an sich inkommensurable Kriterien wie wettbewerbliche, sonstige wirtschaftliche oder außerwirtschaftliche Aspekte gegeneinander abwägen müsste. Zum anderen ist das Instrument der Ministererlaubnis entscheidend dafür, dass der politisch legitimierte Entscheidungsträger auch die politische Verantwortung für seine Entscheidungen trägt.

**86.** Die Monopolkommission teilt ebenfalls die Meinung des BMWi, dass ein Antrag auf Ministerdispens nur im Fall einer Veräußerungsanordnung zugelassen werden sollte. Das Ministerdispensverfahren stellt eine Ausnahme von der Entflechtung dar und ist als solche restriktiv zu handhaben. Im Vergleich zur sonstigen Verselbstständigung stellt die Veräußerung einen besonders schweren Eingriff in die Unternehmensrechte dar. Es erscheint daher sachgerecht, die Ausnahmebestimmung auf letztere Fallgestaltungen zu beschränken.

**87.** Diskussionswürdig erscheint im Zusammenhang mit der geplanten Entflechtungsregelung allerdings, ob die Kriterien des Ministererlaubnisverfahrens unverändert auf das Ministerdispensverfahren übertragen werden können. Anlass zu dieser Frage gibt zunächst das im Entwurf vorgesehene Tatbestandsmerkmal der „wesentlichen Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen“, das vom Bundeskartellamt zu prüfen ist. Nach Auffassung der Monopolkommission besteht – über die in der Begründung zum Entwurf erfolgten Aussagen hinaus – Klärungsbedarf in Bezug auf die Reichweite dieses Tatbestandsmerkmals. Unklar ist insbesondere, ob die Feststellung einer „wesentlichen Wettbewerbsverbesserung“ auch die Berücksichtigung von Effizienzvor- und -nachteilen einer Entflechtung seitens des Bundeskartellamts umfasst. Wird dies bejaht, wäre zumindest fraglich, ob dieselben Aspekte nochmals im Ministerdispensverfahren Eingang finden sollten. Dieselbe Frage stellt sich im Übrigen bei Berücksichtigung des oben erörterten Vorschlags der Monopolkommission, einen ausdrücklichen Effizienzeinwand zuzulassen, über den das Bundeskartellamt auf der ersten Verfahrensstufe zu entscheiden hätte.<sup>30</sup>

**88.** Wie oben dargelegt, können fiskalische Gründe gegen eine Entflechtung sprechen, die aus wettbewerblicher Sicht wünschenswert wäre.<sup>31</sup> In einem solchen Fall ist eine Abwägung der fiskalischen Nachteile aufgrund der zu zahlenden Kompensation mit den positiven Wettbewerbswirkungen vorzunehmen. Diese Abwägung sollte allerdings nicht dem Bundeskartellamt als einer ausschließlich am Wettbewerbsschutz orientierten Behörde zugewiesen werden. Eine Lösung des Problems könnte vielmehr darin bestehen, der Bundesregierung – aus fiskalischen Gründen – ein Veto-recht oder die Befugnis einzuräumen, selbst ein Ministerdispensverfahren zu initiieren. Nach Auffassung der Monopolkommission ist ein Initiativrecht der Bundesregierung einer gesetzlich verankerten, obligatorischen Mitwirkung des Bundeswirtschaftsministers im Entflechtungsverfahren vorzuziehen. Anderenfalls würde ein Ministerdispensverfahren in sämtlichen Fällen durchgeführt werden, selbst wenn die Marktbeherrschung nicht auf Investitionen oder Innovationen beruht und auch das betroffene Unternehmen keinen Dispensantrag gestellt hat. Bislang steht nur dem von der Entflechtung betroffenen Unternehmen ein Antragsrecht nach § 42a GWB-E zu. Es müsste daher ein Veto- oder ein Antragsrecht der Bundesregierung in die genannte Regelung integriert werden.

Nach Auffassung der Monopolkommission sollte die Abwägung von fiskalischen Aspekten und Wettbewerbswirkungen erst nach Abschluss des Verfahrens beim Bundeskartellamt zugelassen werden. Dafür spricht zum einen, dass die Trennung zwischen rein wettbewerblicher Beurteilung

<sup>30</sup> Vgl. Abschnitt 2.2.5.3.4.

<sup>31</sup> Vgl. Abschnitt 2.2.5.2.3

einerseits und gesamtwirtschaftlicher Einschätzung andererseits bestehen bleibt und Transparenz über die Gründe herrscht, die zu einer Ablehnung der Entflechtung führen. Zum Zweiten steht erst am Ende des Verfahrens beim Bundeskartellamt fest, welche Vermögensteile überhaupt zur Entflechtung anstehen.

#### **2.2.6.2 Beteiligung der Monopolkommission**

**89.** Der Entwurf sieht in § 41a Abs. 1 Satz 3 eine Mitwirkung der Monopolkommission in objektiven Entflechtungsverfahren vor. Daneben verweist § 42a GWB-E auf § 42 Abs. 4 GWB. Die Monopolkommission soll demnach sowohl in dem vom Bundeskartellamt durchgeführten Verfahren als auch in einem möglichen Ministerdispensverfahren mitwirken.

**90.** Die Monopolkommission begrüßt ihre Einbindung in das Entflechtungsverfahren, weil sie der Ansicht ist, mit ihrer Kompetenz einen Beitrag zu sachgerechten Entscheidungen leisten zu können. Entflechtungen werden sich als besonders schwierige Vorgänge erweisen, zu deren Bearbeitung von Anfang an jeder verfügbare Sachverstand genutzt werden sollte. Die Monopolkommission gibt in diesem Zusammenhang zu bedenken, dass die vorgesehene Erweiterung ihres Aufgabenbereichs eine Verbesserung ihrer personellen Ausstattung voraussetzt. Entflechtungsverfahren werden über längere Zeiträume hinweg sowohl sorgfältige und umfassende Prüfungen von Ermittlungsergebnissen des Bundeskartellamts als auch eigene Anhörungen und Feststellungen erfordern. Die Tatsache, dass Ermittlungsbefugnisse ausschließlich dem Bundeskartellamt zugewiesen sind, bedeutet nicht, dass sich für die Monopolkommission nicht weiterer Klärungsbedarf und die Notwendigkeit für ergänzende Überlegungen ergeben kann. Die gebotene Sorgfalt bei der Meinungsbildung kann daher nur sichergestellt werden, wenn die Arbeitsfähigkeit der Monopolkommission verbessert wird. Die Monopolkommission weist darauf hin, dass eine personelle Verstärkung auch ad hoc – bei Einleitung eines Entflechtungsverfahrens durch das Bundeskartellamt – erfolgen kann.

**91.** Im Übrigen ist es für die Mitwirkung der Monopolkommission in objektiven Entflechtungsverfahren unerlässlich, dass sie Zugang zu den Verfahrensakten des Bundeskartellamts hat. Die Monopolkommission verfügt selbst nicht über vergleichbare eigene Ermittlungsbefugnisse wie das Bundeskartellamt. Ihre personelle Ausstattung ließe die Durchführung von eigenen, umfangreichen Ermittlungen auch nicht zu. Darüber hinaus würde es zu einer unangemessenen bürokratischen Belastung sowohl der betroffenen Unternehmen als auch der beteiligten staatlichen Institutionen führen, wenn neben die Sektoranalyse des Bundeskartellamts parallele Ermittlungen seitens der Monopolkommission treten würden. Nach § 46 Abs. 2a GWB besteht bereits nach heutiger Rechtslage ein Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission, soweit dies zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist. Um Rechtsunsicherheiten zu vermeiden, sollte zumindest in die Begründung von § 41a Abs. 1 GWB-E ein Hinweis aufgenommen werden, dass das Akteneinsichtsrecht auch in objektiven Entflechtungsverfahren besteht.

#### **2.2.7 Verfassungsrechtliche Aspekte**

**92.** Gegen eine Entflechtungsregelung werden regelmäßig verfassungsrechtliche Einwände vorgebracht.<sup>32</sup> Zwei Ebenen sind bei der Bewertung zu unterscheiden: die Verfassungsmäßigkeit des geplanten Gesetzes an sich und die Verfassungsmäßigkeit der konkreten Entflechtungsentscheidung, die im Einzelfall von der zuständigen Behörde getroffen wird.

**93.** Eine Entflechtung kann die Grundrechte des entflochtenen Unternehmens selbst, seiner Anteilseigner, seiner Arbeitnehmer und seiner Gläubiger berühren. Je nach der gewählten Form der Entflechtungsmaßnahme können mit einer entsprechenden Maßnahme unter anderem Eingriffe in das

<sup>32</sup> Überblick über den Meinungsstand bei Engel, C., a.a.O., S. 4.

Eigentumsgrundrecht gemäß Art. 14 GG, in die Berufs- und Gewerbefreiheit nach Art. 12 GG sowie in die von Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Organisations- und Vertragsfreiheit verbunden sein.<sup>33</sup> Vor allem im Zusammenhang mit Oligopolverhalten kommt zudem ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz in Betracht. Eine Entflechtungsregelung ist darüber hinaus an dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatz und am verfassungsrechtlich gebotenen Vertrauensschutz zu messen. Außerdem kommt dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz herausragende Bedeutung bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit zu.

**94.** Nach Auffassung der Monopolkommission ist die Einführung einer Entflechtungsvorschrift jedenfalls im Grundsatz mit der Verfassung vereinbar. Im Einzelnen kommt es auf die Ausformung der materiell- und verfahrensrechtlichen Kriterien eines Entflechtungsinstruments an. Die Monopolkommission beschränkt sich an dieser Stelle auf Ausführungen zu einigen wesentlichen verfassungsrechtlichen Aspekten.

#### **2.2.7.1 Inhalts- und Schrankenbestimmung**

**95.** Den Kern einer möglichen Grundrechtsbeeinträchtigung durch eine objektive Entflechtungsvorschrift bildet das Eigentumsrecht des entflochtenen Unternehmens. Der Schutzbereich sonstiger Grundrechte reicht jedenfalls nicht weiter als der durch Art. 14 GG gewährleistete Schutz. Die Monopolkommission beschränkt ihre Ausführungen hinsichtlich des Grundrechtsschutzes daher auf die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG.

Nach Auffassung der Monopolkommission können bestimmte Entflechtungsmaßnahmen in das Eigentumsrecht des entflochtenen Unternehmens eingreifen. Solche Eingriffe stellen ihrer Ansicht nach jedoch keine Enteignung, sondern lediglich eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums dar. Daraus folgt unter anderem, dass geringere Anforderungen an die Rechtfertigung des Eingriffs bestehen, keine Kompensationslösung im Gesetz erforderlich ist und die Eröffnung des Zivilrechtswegs wegen der Höhe der Entschädigung nicht unerlässlich ist.

**96.** Ob ein Eingriff in das Eigentum des entflochtenen Unternehmens gegeben ist, hängt von der Ausgestaltung der konkreten Entflechtungsmaßnahme ab. Unzweifelhaft ist ein Eingriff zu bejahen, wenn Teile eines bislang einheitlichen Unternehmens verselbstständigt und anschließend veräußert werden. Von einem Eigentumseingriff ist ebenfalls bei der Veräußerung von einzelnen Gegenständen des Anlage- oder Betriebsvermögens auszugehen.<sup>34</sup>

**97.** Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann von einer Enteignung nur dann ausgegangen werden, wenn der Eigentumseingriff auf die Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben gerichtet ist. Eine Enteignung ist demnach auf Fälle beschränkt, in denen Güter hoheitlich beschafft werden, mit denen ein konkretes, der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienendes Vorhaben durchgeführt werden soll.<sup>35</sup> Diese Voraussetzungen sind bei einer Entflechtung marktbeherrschender Unternehmen nicht erfüllt. Weder beschafft sich der Staat Vermögensgegenstände des Unter-

33 Im Zusammenhang mit der möglichen Entflechtung von Presse- und sonstigen Medienunternehmen wird darüber hinaus eine mögliche Verletzung von Art. 5 Abs. 1 und 2 GG angemahnt. In diesem Zusammenhang ist allerdings darauf hinzuweisen, dass sowohl der Bundesgerichtshof als auch das Bundesverfassungsgericht jedenfalls die Verfassungsmäßigkeit der pressespezifischen Fusionskontrolle grundsätzlich bestätigt haben; vgl. BGH, Urteil vom 18. Dezember 1979, WuW/E BGH 1685, 1687 ff., „Springer-Elbe Wochenblatt“, sowie BVerfG, Urteil vom 29. August 1983, WuW/E VG 307, „Münchner Anzeigenblätter“.

34 Ein entsprechender Eingriff ist dagegen z.B. bei Pro-rata-Lösungen oder bei der Auflösung eines faktischen Konzerns durch Beseitigung personeller Verflechtungen zu verneinen. Nicht vom Schutzbereich des Art. 14 GG erfasst sind ferner reine Chancen und Gewinnerwartungen, weil der Gesetzgeber mit der Einführung der Entflechtungsregelung ein öffentliches Interesse verfolgt. Auch bestimmte Marktstellungen sind nicht vom Eigentumschutz abgedeckt.

35 BVerfGE 104, 1, 10 – Baulandumlegung.

nehmens, um sie selbst für einen öffentlichen Zweck zu nutzen, noch geht es dem Staat darum, die Erwerber durch diese Vermögensgegenstände zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe instand zu setzen.<sup>36</sup> Der mit einer Entflechtung verbundene Eingriff in das Eigentum ist deshalb nicht als Enteignung, sondern als Inhalts- und Schrankenbestimmung zu werten.

**98.** Mit der Einordnung als Inhalts- und Schrankenbestimmung gelten niedrigere Anforderungen an die Rechtfertigung von Eigentumseingriffen als im Falle einer Enteignung. Es genügt, dass der Gesetzgeber ein legitimes Ziel – die Wiederherstellung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs – verfolgt und dass die gewählte Regelung zur Zielerreichung geeignet, erforderlich und angemessen ist. Bei der Frage, ob ein objektives Entflechtungsinstrument diese Eignung aufweist, steht dem Gesetzgeber ein weiter Einschätzungsspielraum zu.<sup>37</sup> Die Erforderlichkeit ist angesichts der Tatsache, dass vermachteten Marktstrukturen nur im Wege struktureller Eingriffe ursachenadäquat begegnet werden kann, zu bejahen. Es wurde bereits ausgeführt, dass weder die Fusionskontrolle noch die Missbrauchsaufsicht ebenso geeignete Instrumente sind, um strukturelle Wettbewerbsbeschränkungen zu adressieren.<sup>38</sup> Der Aspekt der Angemessenheit betrifft im Kern die Frage nach einer Entschädigung für den eigentumsrechtlichen Eingriff. Auf die im Rahmen einer Entflechtung zu leistende Kompensation geht die Monopolkommission im folgenden Abschnitt ein.

#### **2.2.7.2 Kompensation**

**99.** Ein Einwand verfassungsrechtlicher Art wird damit begründet, dass die im Entwurf vorgesehene Kompensation – jedenfalls im Falle einer zwangsweisen Veräußerung durch den vom Bundeskartellamt eingesetzten Treuhänder – unzureichend sei. Der Entwurf geht davon aus, dass bei einer freihändigen Veräußerung der Verkaufserlös die gesamte Kompensation bildet. Nach unten ist die Kompensationsleistung gemäß § 41a Abs. 5 Satz 2 GWB-E begrenzt. Hiernach darf der Vermögensteil durch einen Treuhänder nur verkauft werden, wenn der Erlös mindestens die Hälfte des nach § 41a Abs. 3 Satz 2 GWB-E festgestellten Werts beträgt.

**100.** Da die objektive Entflechtung nach Auffassung der Monopolkommission keine Enteignung darstellt, folgt die Notwendigkeit einer Entschädigung nicht unmittelbar aus Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG. Allerdings kann der Entzug bestimmter Rechtspositionen eine Kompensationspflicht auch dann auslösen, wenn eine Vorschrift lediglich Inhalt und Schranken des Eigentums bestimmt. Hierbei folgen Grund und Höhe eines etwaigen Ausgleichs aus dem Ergebnis einer Abwägung zwischen den betroffenen privaten und öffentlichen Interessen.

**101.** Ohne auf die weiteren Einzelheiten der verfassungsrechtlichen Diskussion einzugehen, stellt die Monopolkommission fest, dass ihr Vorschlag zur generellen Gewährung einer zusätzlichen staatlichen Kompensation in Verbindung mit der Möglichkeit, weitere Ansprüche im Gerichtsweg geltend zu machen, den dargestellten Bedenken begegnet. Aus den oben genannten Gründen hält es die Monopolkommission nicht für sachgerecht, eine Entflechtung daran scheitern zu lassen, dass der zu erzielende Verkaufserlös die Grenze von 50 % des ermittelten Wertes unterschreitet.<sup>39</sup> Allerdings ist aufgrund der von ihr vorgeschlagenen staatlichen Kompensation gewährleistet, dass die von der Entflechtung betroffenen Unternehmen mindestens die Hälfte des ermittelten Wertes erhalten. Darüber hinaus steht es den betroffenen Unternehmen frei, weitergehende Ansprüche vor Gericht geltend zu machen.

<sup>36</sup> Vgl. Engel, C., a.a.O., S. 21.

<sup>37</sup> Vgl. oben Abschnitt 2.2.4.5.

<sup>38</sup> Vgl. oben Abschnitt 2.2.4.2.

<sup>39</sup> Vgl. Abschnitt 2.2.5.2.3.

### 2.2.7.3 Bestimmtheitsgebot

**102.** Ob die Anforderungen an die Bestimmtheit einer Verfügung des Bundeskartellamts erfüllt sind, muss im jeweiligen Einzelfall nachgeprüft werden. Im Grundsatz gilt, dass in der Behördenentscheidung die konkrete Entflechtungsmaßnahme, der betroffene Vermögensteil sowie der nach § 41a Abs. 3 Satz 2 GWB-E festgestellte Wert zu bezeichnen sind.

**103.** Ob den Anforderungen an die Bestimmtheit einer Entflechtungsregelung durch den Entwurf entsprochen wird, richtet sich nach dem Wesentlichkeitsprinzip. Hiernach muss der Gesetzgeber die Verwaltung umso genauer leiten, je wesentlicher eine Maßnahme für Demokratie, Rechtsstaat und Grundrechte ist. Zweifellos weist die Entscheidung über eine objektive Entflechtungsregelung einen hohen demokratischen Bezug auf. Das Bestimmtheitsgebot verlangt jedoch nicht, dass der Gesetzgeber jede einzelne Entflechtungsentscheidung oder jede künftig möglicherweise von einer Entflechtung betroffene Branche exakt festlegt.

**104.** Die Vorschrift des § 41a GWB-E stellt eine Reihe von Tatbestandsmerkmalen auf, die erfüllt sein müssen, bevor eine Entflechtung angeordnet werden darf. Nach Auffassung der Monopolkommission ist ein Teil dieser Merkmale unter dem Gesichtspunkt der Bestimmtheit als unproblematisch anzusehen. Dies gilt ohne Weiteres für die fusionskontrollrechtlichen Schwellenwerte, deren Höhe sich unmittelbar aus § 35 Abs. 1 GWB ergibt. Dasselbe ist aber auch für das Kriterium der Marktbeherrschung anzunehmen, dessen Bedeutung und Grenzen aufgrund der langjährigen Entscheidungspraxis von Wettbewerbsbehörden und Gerichten zur Missbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle ausreichend geklärt ist.

**105.** Im Hinblick auf andere Tatbestandselemente hegt die Monopolkommission jedoch Zweifel an der ausreichenden Bestimmtheit. Zum Teil werden diese Bedenken aufgrund der zusätzlichen Erläuterungen in der Begründung zum Entwurf abgemildert. Zum Teil bleiben Gesetzesformulierungen trotz der Ausführungen in der Begründung schwer abzugrenzen oder stehen sogar zu ihnen in Widerspruch. Insoweit empfiehlt die Monopolkommission, dass der Gesetzgeber den Wortlaut einzelner Formulierungen überdenkt und gegebenenfalls konkretisiert.

**106.** Unklar ist zunächst die Festlegung der nach § 41a GWB-E zulässigen Entflechtungsmaßnahmen selbst. Während der Gesetzentwurf von „Veräußerung von Vermögensteilen“ und „Verselbständigung in anderer Weise“ spricht, nennt die Begründung als zulässige Abhilfemaßnahme auch die Gewährung des Zugangs zu wichtiger Infrastruktur oder wichtigen Vorleistungen. Zweifelhaft erscheint schon, wie eine solche Zugangsverpflichtung unter die Begriffe „Veräußerung“ und „Verselbständigung“ subsumiert werden kann. Da Zugangsverpflichtungen in der Regel nicht als rein strukturelle Maßnahmen verstanden werden, stellt sich darüber hinaus die Frage, ob die Verfasser des Entwurfs auch verhaltensorientierte Verfügungen ermöglichen wollen. Hier wäre eine Klarstellung durch den Gesetzgeber nach Auffassung der Monopolkommission dringend geboten.

**107.** Das Kriterium „Markt von gesamtwirtschaftlicher Bedeutung“ stellt einen unbestimmten Rechtsbegriff dar, der im geltenden GWB keine Entsprechung hat. Laut Begründung zum Entwurf wird es sich in der Regel um bundesweite Märkte handeln. Beispielhaft sind „Märkte für die Versorgung mit wichtigen und unverzichtbaren Gütern, flächendeckende Entsorgungsleistungen, bestimmte Rohstoffe, Produkte oder Dienstleistungen, die der nationalen Sicherheit dienen“, genannt. Diese Ausführungen sind nach Ansicht der Monopolkommission nur eingeschränkt geeignet, die Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit für die Unternehmensseite wesentlich zu erhöhen.

**108.** Nach § 41a GWB-E ist die Anordnung einer Veräußerung oder Verselbständigung nur zulässig, wenn dies eine „wesentliche Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen“ erwarten lässt. Laut

Begründung des Entwurfs kann das Bundeskartellamt bei seiner Prognose auf Erkenntnisse und Erfahrungen aus der Fusionskontrolle bei der Anwendung des „identischen Tatbestandsmerkmals in § 36 Abs. 1 GWB“ (Abwägungsklausel) zurückgreifen. Festzuhalten ist insoweit allerdings, dass § 36 Abs. 1 GWB lediglich von „Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen“ spricht, eine Wesentlichkeit der Verbesserungen jedoch nicht voraussetzt. Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass nach Rechtsprechung und Behördenpraxis aufgrund der Abwägungsklausel lediglich Verbesserungen auf Märkten berücksichtigt werden dürfen, auf denen der Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung hervorruft. Im Gegensatz dazu dürfte sich die „wesentliche Verbesserung“ in § 41a GWB-E wohl gerade auf den beherrschten Markt beziehen. Offen bleibt letztlich auch, ob die geforderte wesentliche Verbesserung im Fall einer entziehenden Entflechtung stets die vollständige Beseitigung der fortdauernden Marktbeherrschung meint.

**109.** Eine Veräußerungsanordnung darf gemäß § 41a Abs. 2 Satz 2 GWB-E nicht auf Vermögensteile gerichtet sein, für die sektorspezifisches Regulierungsrecht Regeln enthält. Diese Formulierung könnte zu Rechtsunsicherheiten führen, da für viele Branchen Spezialgesetze gelten, die ebenfalls als Regulierung verstanden werden. Als Beispiele seien nur der Banken- oder Versicherungssektor genannt. Aus der Begründung zum Entwurf lässt sich zwar entnehmen, dass lediglich solche Vermögensteile gemeint sind, für die kartellrechtliches Sonderrecht gilt. Hiernach dürfte sich der Ausschluss von Veräußerungsanordnungen im Wesentlichen auf Vermögensteile beziehen, die der sektorspezifischen Regulierung durch die Bundesnetzagentur unterliegen. Ein entsprechender Hinweis im Gesetzestext würde jedoch dazu beitragen, diesbezügliche Unsicherheiten auszuräumen.

#### **2.2.7.4 Vertrauensschutz**

**110.** Das von Art. 20 GG geschützte Vertrauen in die Beständigkeit von staatlichen Regelungen wird durch die Bereitstellung eines Entflechtungsinstruments im GWB in zweierlei Weise tangiert. Zum einen wird die neu eingeführte Entflechtungsregelung auch für Unternehmen gelten, die ihre marktbeherrschende Stellung bereits vor Inkrafttreten der Entflechtungsvorschrift erworben haben. Zum anderen kann die Entflechtungsvorschrift auch auf solche Unternehmen anwendbar sein, die ihre marktbeherrschende Stellung aufgrund externen Wachstums und mit Zustimmung der zuständigen Wettbewerbsbehörde erlangt haben.

**111.** Im ersten Fall wären sowohl Unternehmen mit marktbeherrschenden Positionen, die auf internem Wachstum beruhen, als auch solche, die ihre Marktstellung durch Zusammenschlüsse erworben haben, betroffen. In beiden Konstellationen liegt lediglich eine Form der sog. unechten Rückwirkung vor, da die Entflechtungsnorm in Vorgänge eingreifen würde, die noch nicht abgeschlossen sind. In einer solchen Konstellation sind gesetzgeberische Maßnahmen, die einen Sachverhalt erstmals oder anders regeln, grundsätzlich zulässig. Dies gilt jedenfalls, sofern ein legitimes öffentliches Interesse an ihnen besteht. Es wurde bereits oben festgestellt, dass die Wiederherstellung wettbewerblicher Strukturen und das Ermöglichen von Wettbewerbsprozessen ein solches legitimes öffentliches Interesse begründen.

**112.** Der zweite Fall berührt Unternehmen, die ihre marktbeherrschende Stellung mittels externen Wachstums unter Zustimmung des Bundeskartellamts, der Europäischen Kommission oder des Bundeswirtschaftsministers erreicht haben. Möglicherweise könnte der Vertrauensschutz in einem solchen Fall auf die bestandskräftige Verwaltungsentscheidung gestützt werden. Auch in diesem Fall stehen einer Entflechtung jedoch keine verfassungsrechtlichen Bedenken entgegen. Behördliche Freigabe- oder Erlaubnisentscheidungen stellen begünstigende Verwaltungsakte dar. Diese können gemäß § 40 Abs. 3a GWB unter bestimmten Umständen zurückgenommen oder geändert werden. Streitig ist, ob die Regelung im GWB abschließend ist oder über die in § 40 Abs. 3a GWB ge-

nannten Gründe hinaus die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Regeln zu Rücknahme und Widerruf von begünstigenden Verwaltungsakten anwendbar sind. Um diesbezügliche Rechtsunsicherheiten zu vermeiden, empfiehlt die Monopolkommission eine Erweiterung des Tatbestands in § 40 Abs. 3a GWB. Hiernach sollte eine Rücknahme oder Änderung der Freigabe auch dann möglich sein, wenn das Bundeskartellamt aufgrund nachträglich eingetretener Tatsachen berechtigt wäre, die Freigabe nicht zu erteilen, sofern ohne den Widerruf oder die Änderung das öffentliche Interesse an wesentlichem Wettbewerb auf einem Markt mit gesamtwirtschaftlicher Bedeutung gefährdet wäre.

**113.** Die Tatsache, dass die Einführung einer Entflechtungsregelung unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes verfassungsrechtlich unproblematisch ist, hindert den Gesetzgeber nicht daran, zusätzlichen Vertrauensschutz zu gewähren. Die Vorschrift des § 41a Abs. 2 Satz 1 GWB-E sieht vor, dass sich eine Veräußerungsanordnung nicht auf Vermögensteile erstrecken darf, die das betroffene Unternehmen in den letzten fünf Jahren vor der Zustellung der Entflechtungsverfügung aufgrund fusionskontrollrechtlicher Freigabe oder Ministerebene erworben hat. Die Vorschrift dient laut Begründung des Entwurfs dem Vertrauensschutz in Bezug auf externes Unternehmenswachstum. Ein solcher Vertrauensschutz kann nach Ansicht der Monopolkommission insbesondere aus Gründen der Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit sinnvoll sein. Die Zusammenschlussbeteiligten wissen aufgrund dieser Bestimmung, dass sie jedenfalls für einen gewissen Zeitraum nicht als Adressaten einer Entflechtungsanordnung infrage kommen. Darüber hinaus werden mögliche Konflikte mit der Europäischen Kommission abgemildert, wenn der Bestand einer europäischen Fusionskontrollentscheidung für eine gewisse Zeit garantiert ist.

**114.** Die Bestimmung des § 41a Abs. 2 Satz 1 GWB-E erstreckt sich weder auf Zusammenschlüsse, bei denen die Umsätze unterhalb der fusionskontrollrechtlichen Aufgreifschwelle bleiben, noch auf Unternehmen, deren Marktstellung auf internem Wachstum gründet. Soweit die Norm zwischen externem und internem Wachstum differenziert, ist dies nach Auffassung der Monopolkommission sachgerecht. Zum einen beruht die Differenzierung auf dem Umstand, dass der Zusammenschluss einer behördlichen Prüfung unterlag, die im Wesentlichen am Marktbeherrschungskriterium ausgerichtet ist, das wiederum eine der zentralen Voraussetzungen für eine Entflechtungsmaßnahme bildet. Der Gesetzgeber darf in diesem Zusammenhang davon auszugehen, dass die Entscheidungen der zuständigen Wettbewerbsbehörden materiell-rechtlich fehlerlos ergangen sind. Vor diesem Hintergrund ist der Vertrauensschutz jedenfalls für den in der Fusionskontrolle maßgeblichen Prognosezeitraum von zwei bis drei Jahren ohne Weiteres gerechtfertigt. Eine Verlängerung des Vertrauensschutzes auf insgesamt fünf Jahre – wie es der Entwurf vorschlägt – ist nach Auffassung der Monopolkommission ebenfalls vertretbar. Bei sachlich zutreffender Entscheidung der zuständigen Wettbewerbsbehörde ist in aller Regel nicht zu erwarten, dass sofort im Anschluss an den Ablauf des fusionskontrollrechtlichen Prognosezeitraums die restriktiven Voraussetzungen für eine Entflechtungsanordnung erfüllt sein werden. Selbst bei entgegenstehenden Anhaltspunkten ergibt sich aus der Fünf-Jahres-Frist kein wesentliches Problem, da ein Entflechtungsverfahren regelmäßig einige Zeit in Anspruch nehmen wird und auch schon vor Ablauf der Fünf-Jahres-Frist eingeleitet werden kann.

**115.** Zum Zweiten würde eine entsprechende Vertrauensschutzregelung für Unternehmen, deren marktbeherrschende Stellung auf internem Wachstum beruht, erhebliche Probleme bei der praktischen Durchführung bereiten. Im Fall internen Wachstums wäre es wesentlich schwieriger, den maßgeblichen Zeitpunkt für den Beginn der Vertrauensschutzfrist festzustellen. Dieser müsste mit der erstmaligen Entstehung der Marktbeherrschung zusammenfallen, einem Umstand, der sich häufig einer konkreten Feststellung entzieht. Schwierigkeiten könnte ferner die Beweisführung hin-

sichtlich des Umstandes bereiten, dass die festgestellte Marktbeherrschung für die Dauer der Vertrauensschutzfrist ohne Unterbrechung bestanden hat. Schließlich wird die Ungleichbehandlung zwischen externem, behördlich kontrolliertem Wachstum und internem Wachstum auch dadurch abgemildert, dass ein Entflechtungsverfahren selbst einige Zeit in Anspruch nehmen dürfte, bevor es zu einer abschließenden Entscheidung kommt. Gesetzlich vorgeschrieben ist nicht nur die Durchführung einer aktuellen Sektoranalyse, die nach den bisherigen Erfahrungen des Bundeskartellamts weit länger als ein Jahr dauern kann. Einer Behördenentscheidung müssen vielmehr auch eine Wertermittlung sowie Verhandlungen mit den betroffenen Unternehmen vorausgehen, was ebenfalls einige Zeit in Anspruch nehmen wird.

**116.** Die abweichende Behandlung von fusionierten Unternehmen, bei denen die gesetzlichen Aufgreifschwelle der Zusammenschlusskontrolle nicht erreicht wurden, wirft nach Ansicht der Monopolkommission ebenfalls keine Probleme auf. Auch insoweit beruht die Differenzierung auf dem Umstand, dass in einem Fall eine behördliche Kontrolle stattgefunden hat, die in dem anderen Fall unterblieben ist. Darüber hinaus dürften Unternehmen, deren Umsätze unterhalb der fusionskontrollrechtlichen Schwellen liegen, jedenfalls zunächst nicht von einer Entflechtungsanordnung bedroht sein, da eine entsprechende Maßnahme das Erreichen derselben Schwellenwerte voraussetzt. Eine Entflechtung kommt überhaupt erst dann in Betracht, wenn die entsprechenden Umsatzschwellen im Nachgang zur Fusion aufgrund internen Wachstums erzielt werden.

**117.** Anzumerken ist in diesem Zusammenhang noch, dass die Vorschrift des § 41a Abs. 2 Satz 1 GWB-E möglicherweise unzureichend ist, den angestrebten Vertrauensschutz in der Praxis tatsächlich sicherzustellen. Der Ausschluss der Veräußerungsanordnung bezieht sich nach dem Wortlaut der Norm nur auf den Erwerbsgegenstand einer früheren Fusionskontrollfreigabe. Die Regelung kann jedoch nicht verhindern, dass dem betroffenen Unternehmen die Veräußerung eines Vermögensteils aus seinem sonstigen Bestand aufgegeben wird, der ebenfalls für die Marktposition auf dem relevanten Markt maßgebend war.

### **2.2.8 Europarechtliche Bedenken**

**118.** Schließlich werden Bedenken gegen eine objektive Entflechtungsvorschrift auch aus dem europäischen Wettbewerbsrecht, genauer aus dem Verhältnis von nationaler Entflechtung und europäischer Fusionskontrolle, abgeleitet. Zum einen wird die Konstellation beschrieben, in der die aufgrund einer nationalen Entflechtungsmaßnahme getrennten Unternehmensteile unverzüglich nach der Entflechtung ihren Zusammenschluss bei der Europäischen Kommission anmelden. Auf diese Weise könne eine nationale Entflechtungsanordnung in Brüssel problemlos rückgängig gemacht werden. Die Monopolkommission hält das hier aufgeworfene Problem für rein theoretischer Natur. Sowohl in der europäischen Fusionskontrolle als auch in der geplanten Entflechtungsregelung ist das Marktbeherrschungskriterium zentral für die behördliche Entscheidung. Die europäischen Maßstäbe sind insofern noch strenger, als für eine Untersagung bereits die Feststellung einer erheblichen Beschränkung des wirksamen Wettbewerbs ausreicht. Daher ist davon auszugehen, dass über die Frage der Marktbeherrschung im Regelfall Einigkeit zwischen den beiden zuständigen Wettbewerbsbehörden bestehen wird. Zwar ist nicht auszuschließen, dass Europäische Kommission und Bundeskartellamt – etwa aufgrund einer unterschiedlichen Marktabgrenzung – in Ausnahmefällen abweichende inhaltliche Positionen einnehmen. Es ist aber davon auszugehen, dass die Europäische Kommission ihr Vorgehen gerade bei einer vorangegangenen Entflechtung eng mit dem Bundeskartellamt koordinieren und die Gründe, die nach Ansicht des Amtes für eine Entflechtungsverfügung bestanden, in ihre fusionskontrollrechtliche Beurteilung einbeziehen wird.

**119.** Zum Zweiten wird vorgetragen, dass die Entflechtung – umgekehrt – auch zur Korrektur einer vorangegangenen fusionskontrollrechtlichen Freigabe seitens der Europäischen Kommission eingesetzt werden könne. Möglicherweise stehe hier der in Art. 21 Abs. 3 Unterabs. 1 FKVO geregelte Anwendungsvorrang der europäischen Fusionskontrolle einer Entflechtung auf der Ebene eines Mitgliedstaats entgegen. Aus den oben genannten Gründen hält die Monopolkommission auch diesem Fall für äußerst unwahrscheinlich, soweit ihm die Vorstellung zugrunde liegt, das Bundeskartellamt werde unmittelbar nach einer fusionskontrollrechtlichen Genehmigung seitens der Europäischen Kommission eine Entflechtung der neuen Unternehmenseinheit anordnen. Dies würde voraussetzen, dass das Bundeskartellamt eine verfestigte Marktbeherrschung feststellt, die auf absehbare Zeit keinen Wettbewerb zulässt, obwohl die Europäische Kommission kurz zuvor eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung durch den Zusammenschluss verneint hat.

Nicht auszuschließen sind allerdings nach Auffassung der Monopolkommission Konstellationen, in denen eine Entflechtungsmaßnahme solche Unternehmen trifft, deren starke Marktposition – auch – aufgrund einer in der Vergangenheit von der Europäischen Kommission genehmigten Fusion erreicht wurde. Eine solche Maßnahme stellt den in Art. 21 Abs. 3 Unterabs. 1 FKVO festgelegten Vorrang der FKVO jedoch nicht infrage. Denn sie „unterläuft“ die fusionskontrollrechtliche Freigabe nicht, da die Voraussetzungen der Entflechtung erst durch weiteres internes Wachstum erfüllt werden. Um möglichen Konflikten von vornherein zu begegnen, erlaubt § 41a Abs. 2 GWB-E bei einer bestandskräftigen Fusionsfreigabe die Anordnung der Veräußerung erst nach Ablauf von fünf Jahren. Empfehlenswert wäre nach Auffassung der Monopolkommission die zusätzliche Feststellung im Gesetz, dass eine Entflechtung bei vorangegangener fusionskontrollrechtlicher Freigabe durch die Europäische Kommission nur zulässig ist, wenn sich die Wettbewerbsverhältnisse seither wesentlich geändert haben.

### **2.3 Entflechtungsbefugnis bei nachgewiesenem Kartellrechtsverstoß (§ 32 Abs. 2 GWB-E)**

#### **2.3.1 Einleitung**

**120.** Im Entwurf ist eine Anpassung von § 32 Abs. 2 GWB an den Wortlaut von Art. 7 VO 1/2003 vorgesehen, der die Befugnis der Europäischen Kommission zur Abstellung von Zuwiderhandlungen gegen Art. 81 und 82 EGV (neu: Art. 101 und 102 AEUV) regelt. Die Anpassung des nationalen Rechts ist im Wesentlichen darauf gerichtet, den nationalen Wettbewerbsbehörden im Falle nachgewiesener Kartellrechtsverletzungen ausdrücklich das Recht einzuräumen, neben verhaltensorientierten Maßnahmen auch solche struktureller Natur aufzuerlegen.

Während die Einführung einer objektiven Entflechtungsregelung in der öffentlichen Diskussion auf erhebliche Bedenken stößt, wird die beabsichtigte Änderung von § 32 Abs. 2 GWB in Wissenschaft und Praxis kaum kontrovers erörtert. Wesentliche Gründe hierfür dürften sein, dass bereits mit der Siebten GWB-Novelle zahlreiche Befugnisse der nationalen Wettbewerbsbehörden in Kartell- und Missbrauchsverfahren eng an den entsprechenden Vorgaben des europäischen Wettbewerbsrechts ausgerichtet worden sind und nunmehr lediglich eine weitere Anpassung an die VO 1/2003 in Rede steht. Laut Begründung zum Entwurf leistet die angestrebte Umformulierung des § 32 Abs. 2 GWB daher in erster Linie einen Beitrag zu größerer Rechtsklarheit und -sicherheit, indem die Ermächtigung der nationalen Wettbewerbsbehörden ausdrücklich auf strukturelle Maßnahmen ausgedehnt wird.

### ***2.3.2 Keine staatliche Kompensation und kein Effizienzeinwand***

**121.** Aus den genannten Gründen befürwortet auch die Monopolkommission die beabsichtigte Änderung des § 32 Abs. 2 GWB. Diese trägt dazu bei, die Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit für betroffene Unternehmen zu verbessern. Gleichzeitig stellt sie sicher, dass Kartellrechtsverstöße auch dann zuverlässig und wirksam abgestellt werden können, wenn verhaltensorientierte Maßnahmen nicht ausreichen, um die Legalität der Situation wiederherzustellen. Daneben wird die Abschreckungswirkung der behördlichen Befugnisse gegenüber Kartell- und Missbrauchsverstößen dadurch verstärkt, dass die betroffenen Unternehmen bei behördlicher Aufdeckung mit Struktureingriffen rechnen müssen. Die weitere Harmonisierung der Eingriffsrechte mit den Befugnissen der Europäischen Kommission kann sich schließlich positiv auf die Zuweisung von Fällen an die nationalen Wettbewerbsbehörden innerhalb des europäischen Behördennetzes auswirken.

**122.** Anders als im Zusammenhang mit der objektiven Entflechtungsbefugnis in § 41a GWB-E lehnt die Monopolkommission insoweit eine staatliche Kompensationsleistung, die zusätzlich zu dem erzielten Verkaufserlös gezahlt wird, ab. Ebenso wenig hält sie bei strukturellen Maßnahmen im Rahmen von Kartell- oder Missbrauchsverfahren die Zulassung eines ausdrücklichen Effizienzeinwands für sachgerecht.

**123.** Im Prinzip wirft die Befugnis der Wettbewerbsbehörden zu strukturellen Maßnahmen im Rahmen des § 32 Abs. 2 GWB zwar ebenfalls die im Zusammenhang mit der Vorschrift des § 41a GWB-E untersuchten wettbewerbstheoretischen Fragen auf. Insbesondere die dargestellten Zielkonflikte zwischen den generellen Vorteilen von Entflechtungsmaßnahmen einerseits und den damit verbundenen Nachteilen in Bezug auf Vorfeldwirkungen andererseits sind nicht auf eine objektive Entflechtungsregelung im Sinn des § 41a GWB-E beschränkt. Allenfalls könnte das Ausmaß negativer Vorfeldwirkungen im Zusammenhang mit § 32 Abs. 2 GWB-E geringer sein als bei einer von Kartellrechtsverstößen gänzlich unabhängigen Eingriffsbefugnis.

**124.** Eine Begrenzung negativer Vorfeldwirkungen könnte zum einen aus dem Umstand folgen, dass die Entflechtungsbefugnis nach § 32 Abs. 2 GWB-E weniger weit geht als die auf § 41a GWB-E gestützte Ermächtigung. Im Einzelnen ist die Reichweite der Ermächtigung zu strukturellen Maßnahmen sowohl in Bezug auf die Regelung des Art. 7 VO 1/2003 als auch des § 32 Abs. 2 GWB umstritten. Fest steht, dass jede auferlegte Maßnahme für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich und gegenüber dem festgestellten Verstoß verhältnismäßig sein muss. Daraus wird gefolgert, dass sich jede Abhilfe zielgerichtet auf die Abstellung des festgestellten Verstoßes oder dessen fortdauernder Auswirkungen beziehen muss. Diskutiert wird in diesem Zusammenhang vor allem, unter welchen Umständen keine „gleich wirksame“ Verhaltensmaßnahme zur Verfügung steht. Zum Teil wird das Fehlen einer verhaltensorientierten Maßnahme bereits bejaht, wenn eine Abhilfe struktureller Art wirksamer als diese ist. Zum Teil werden strukturelle Maßnahmen nur für zulässig gehalten, sofern gar keine wirksame Verhaltensmaßnahme zur Verfügung steht, da anderenfalls die strukturellen Maßnahmen unzulässigerweise zum Regelfall würden. Für eine restriktive Anwendung von strukturellen Maßnahmen wird ferner angeführt, dass die bestehende Wettbewerbsordnung nicht die aus eigener Kraft gewachsenen marktbeherrschenden Positionen als solche, sondern nur deren missbräuchliche Ausnutzung missbilligt. Letztere Einschätzung wird indes gerade im Zuge der Einführung einer objektiven Entflechtungsregelung möglicherweise neu zu überdenken sein. Auch die Erfahrungen mit der Anwendung von Art. 7 VO 1/2003 auf europäischer Ebene weisen in eine andere Richtung. Zwar hat die Europäische Kommission – soweit ersichtlich – noch keine entsprechenden Abhilfeentscheidungen auf Art. 7 VO 1/2003 gestützt. Im Rahmen von mehreren durchgeführten Missbrauchsverfahren hat sie jedoch Verpflichtungen

tungszusagen im Sinn von Art. 9 VO 1/2003 entgegengenommen, die weitreichende Eingriffe in die Struktur der betroffenen Unternehmen enthielten.<sup>40</sup>

**125.** Ein geringeres Ausmaß negativer Vorfeldwirkungen könnte zum anderen daraus resultieren, dass bei § 32 Abs. 2 GWB-E nicht das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung allein zur Entflechtung Anlass gibt. Marktbeherrschende Unternehmen sehen sich dem Risiko der Entflechtung vielmehr nur dann ausgesetzt, wenn ein missbräuchliches Verhalten und der entsprechende Nachweis dieses Verhaltens hinzutreten. Die Gefahr, Adressat einer Entflechtungsanordnung zu werden, hängt somit auch von einem künftigen rechtswidrigen Verhalten des jeweiligen Unternehmens ab. Dieser Umstand ändert jedoch nichts daran, dass grundsätzlich auch die Entflechtungsdrohung in § 32 Abs. 2 GWB-E negative Wirkungen in Bezug auf Investitions- und Innovationsanreize auslöst.

**126.** Unabhängig davon, welche Reichweite die Entflechtungsermächtigung gemäß § 32 Abs. 2 GWB-E und welches Ausmaß die negativen Vorfeldwirkungen dieser Regelung haben, hält es die Monopolkommission für sachgerecht, entflochtenen Unternehmen im Fall nachgewiesener Kartellrechtsverletzungen keine staatliche Kompensation für getätigte Investitionen und Innovationen zu zahlen. Im Unterschied zu § 41a GWB-E, der einen reinen Gefährdungstatbestand darstellt, ist im Rahmen von § 32 Abs. 2 GWB-E eine Verletzung des Wettbewerbsrechts bereits eingetreten. Im letztgenannten Fall hatten die jeweiligen Unternehmen es selbst in der Hand, den Eintritt der Voraussetzungen für eine Entflechtung durch kartellrechtskonformes Verhalten abzuwenden. Tun sie dies nicht, ist es sachlich angemessen, ihnen nur den Verkaufserlös für die abgetrennten Vermögensteile zu überlassen. Darüber hinaus geht die Monopolkommission davon aus, dass der Verzicht auf eine staatliche Kompensation, die den Verkaufserlös übersteigt, die Abschreckungswirkung der Norm vergrößert. Aus den genannten Gründen sollte im Rahmen des § 32 Abs. 2 GWB-E auch kein ausdrücklicher Effizienzeinwand zugelassen werden.

### **2.3.3 Sonstige Aspekte**

**127.** Aspekte wettbewerbspolitischer, verfassungs- und europarechtlicher Natur, die gegen die vorgeschlagene Norm sprechen könnten, sind nach Auffassung der Monopolkommission nicht ersichtlich. Zu Konflikten mit dem europäischen Wettbewerbsrecht kann die geplante Regelung schon deshalb nicht führen, weil sie zu einer Harmonisierung mit europarechtlichen Vorgaben beiträgt. Grundsätzliche verfassungsrechtliche Einwände stehen nach Ansicht der Monopolkommission schon einer objektiven Entflechtungsregelung nicht entgegen. Dies muss erst recht für eine Entflechtungsregelung gelten, die als Eingriffsvoraussetzung den Nachweis eines Kartellrechtsverstößes erfordert und sich gegen Unternehmen richtet, die als „Störer“ aufgetreten sind.

**128.** Die wettbewerbspolitische Beurteilung ergibt ebenfalls keine Einwände gegen die vorgeschlagene Rechtsangleichung. Der Zweck der Gesetzesänderung besteht in erster Linie in einer Klarstellung der behördlichen Befugnisse und in einer Erhöhung der Rechtssicherheit. Die Möglichkeit zu strukturellen Maßnahmen soll dazu beitragen, die Effektivität bei der Abstellung von Kartellrechtsverstößen und der Neutralisierung von deren Auswirkungen zu erhöhen. Daneben wird die Abschreckungswirkung verstärkt.

**129.** Ferner sind die ordnungspolitischen Prinzipien des nationalen Wettbewerbsrechts nicht berührt. Soweit es um Kartellverstöße oder missbräuchliche Verhaltensweisen seitens marktbeherrschender Unternehmen geht, hat der Gesetzgeber bereits eine Vorentscheidung zugunsten der Verfolgung derartiger Verhaltensweisen getroffen. Es ist nur folgerichtig, dass die Befugnisse der zuständigen Wettbewerbsbehörden so ausgestaltet werden, dass Kartellrechtsverletzungen möglichst

<sup>40</sup> Europäische Kommission, Entscheidungen vom 18. März 2009, COMP 39.402, „RWE“, sowie vom 26. November 2008, COMP 39.388 und COMP 39.389, „E.ON“.

wirkungsvoll begegnet werden kann. Die Gefahr einer willkürlichen Umgestaltung von Märkten durch das Bundeskartellamt erscheint im Rahmen von § 32 Abs. 2 GWB-E noch unwahrscheinlicher als bei der objektiven Entflechtung im Sinn des § 41a GWB-E. Diese Einschätzung beruht auf dem Umstand, dass eine Eingriffsbefugnis des Amtes erst ausgelöst wird, wenn ein Kartellrechtsverstoß nachgewiesen wurde. Außerdem muss die Entflechtungsmaßnahme gezielt gegen den Verstoß oder seine Auswirkungen gerichtet sein. Hierbei steht die Entflechtungsmaßnahme unter einem besonderen Rechtfertigungsdruck hinsichtlich ihrer Verhältnismäßigkeit.

**130.** Die Monopolkommission erkennt allerdings auch im Zusammenhang mit der geplanten Änderung des § 32 Abs. 2 GWB keine besondere Eilbedürftigkeit. Festzuhalten ist insoweit, dass das Bundeskartellamt bereits auf der Basis der geltenden Rechtslage von seiner Berechtigung ausgeht, strukturelle Eingriffe durchzuführen.<sup>41</sup> Diese Auffassung wurde von der Rechtsprechung jedenfalls im Grundsatz bestätigt.<sup>42</sup> Da die Entflechtungsregelungen der §§ 32 Abs. 2 und 41a GWB-E vielfältige inhaltliche Bezüge aufweisen und die Implementierung von § 41a GWB-E aus den oben dargestellten Gründen nur gemeinsam mit der geplanten Reform der nationalen Fusionskontrollregeln sinnvoll erscheint, sollte auch die Neuformulierung des § 32 Abs. 2 GWB in ein Gesamtvorhaben „Achte GWB-Novelle“ einbezogen werden.

**131.** Weiteren Klärungsbedarf sieht die Monopolkommission allerdings hinsichtlich des Verhältnisses der beiden im Entwurf angelegten Entflechtungsregeln zueinander. Hierzu bedarf es zunächst einer Klarstellung der durch § 41a GWB-E vermittelten Eingriffsbefugnisse. Wie oben bereits dargestellt wurde, bestehen insofern gewisse Friktionen zwischen dem Wortlaut des geplanten Gesetzes einerseits (Veräußerung und Verselbstständigung) und der Erläuterung in der Begründung zum Entwurf (Zugang zu Infrastruktur).

Offen lässt der Entwurf ferner die Frage nach dem Konkurrenzverhältnis zwischen § 32 Abs. 2 und § 41a GWB-E. Für den Fall, dass ein Sachverhalt die Voraussetzungen beider Normen erfüllt, könnten Probleme in der Praxis daraus resultieren, dass die Regelung des § 32 Abs. 2 GWB-E den Vorrang verhaltensorientierter Abhilfemaßnahmen statuiert, die Vorschrift des § 41a GWB-E jedoch von einem Vorrang bzw. der ausschließlichen Anwendung struktureller Eingriffe ausgeht. Einiges spricht dafür, in Fällen, in denen die Erfordernisse des § 41a GWB-E erfüllt sind – marktbeherrschende Stellung auf einem gesamtwirtschaftlichen bedeutenden Markt mit auf absehbare Zeit verfestigten Marktstrukturen – stets strukturellen Maßnahmen den Vorrang einzuräumen. Denn eine reine Verhaltensmaßnahme vermag in einem solchen Fall den auf dem relevanten Markt festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen nicht wirksam zu begegnen. Eine entsprechende Klärung im Gesetzestext oder in der Gesetzesbegründung wäre wünschenswert.

## **2.4 Stellungnahmerecht des Bundeskartellamts in Gesetzgebungsverfahren (§ 53a GWB-E)**

**132.** Die Monopolkommission befürwortet die Implementierung eines formellen Stellungnahmerechts des Bundeskartellamts in Gesetzgebungsverfahren mit wettbewerblichem Bezug. Sie hat bereits in ihrem Vierzehnten Hauptgutachten für eine frühzeitige Einbindung der Monopolkommission in die wirtschaftliche Gesetzgebung plädiert, um ordnungspolitischen Fehlentwicklungen vorzubeugen.<sup>43</sup> Ferner hat die Monopolkommission im Zusammenhang mit der geplanten Einführung ei-

<sup>41</sup> BKartA, Beschluss vom 9. August 2006, B1-116/04, „Nord-KS/Xella“.

<sup>42</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20. Juni 2007, VI-Kart 14/06 (V), „Nord-KS/Xella“; BGH, Beschluss vom 4. März 2008, KVZ 55/07, „Nord-KS/Xella“.

<sup>43</sup> Vgl. Monopolkommission, Netzettbewerb durch Regulierung, Hauptgutachten 2000/2001, Baden-Baden 2003, Tz. 9.

nes branchenweit geltenden Postmindestlohns vorgeschlagen, dem Bundeskartellamt vor der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen ein Anhörungsrecht einzuräumen.<sup>44</sup> Dieser Vorschlag beruhte auf der Überlegung, dass grundsätzlich jede Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags durch die Vereinheitlichung und regelmäßige Erhöhung der Produktionskosten Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation der betroffenen Produktmärkte hat und zu höheren Kosten für die Verbraucher führt.

**133.** Nach Auffassung der Monopolkommission ist es sinnvoll, dem Bundeskartellamt als der für die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts zuständigen Bundesbehörde darüber hinaus ein generelles Anhörungsrecht bei legislativen Maßnahmen, die Auswirkungen auf wettbewerbsrelevante Sachverhalte haben können, einzuräumen. Die Ausübung eines solchen Rechts durch eine fachlich unabhängige und ausschließlich dem Wettbewerbsschutz verpflichtete Behörde würde die möglichen positiven und negativen Auswirkungen auf den Produktmarkt Wettbewerb und auf die Verbraucher transparenter machen und die Entscheidungsgrundlage des Gesetzgebers wesentlich verbessern. Die Monopolkommission geht davon aus, dass die gesetzliche Verankerung eines Stellungnahmerechts der Meinungsäußerung des Bundeskartellamts größeres Gewicht verleiht und sich auf die Berücksichtigung des Wettbewerbsgedankens in Gesetzgebungsverfahren insgesamt positiv auswirken wird. Die Monopolkommission weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass bereits derzeit einer ganzen Reihe von nationalen Wettbewerbsbehörden, z.B. in Frankreich, Großbritannien, Italien und Spanien, die Aufgabe einer wettbewerbslichen Folgenabschätzung gesetzlich übertragen ist.

**134.** Die Monopolkommission teilt die Meinung des BMWi, wonach das Stellungnahmerecht des Bundeskartellamts als Befugnisnorm auszugestalten ist. Eine Verpflichtung zur Meinungsäußerung in jedem einzelnen Gesetzgebungsverfahren, in dem wettbewerbsliche Auswirkungen nicht gänzlich ausgeschlossen werden können, würde umfangreiche Ressourcen des Amtes binden, ohne dass dem entsprechende positive Wirkungen für den Wettbewerb gegenüberstünden. Die Einräumung eines Ermessens bei der Frage, ob eine Meinungsäußerung sachdienlich ist oder nicht, ermöglicht es dem Bundeskartellamt hingegen, Prioritäten zu setzen und sich – bei starker anderweitiger Arbeitsbelastung – auf Stellungnahmen in besonders wichtigen Fällen zu konzentrieren.

## **2.5 Empfehlungen der Monopolkommission**

**135.** Die Monopolkommission hat sich im vorliegenden Sondergutachten mit der geplanten Einführung eines objektiven Entflechtungsinstruments und einer Entflechtungsbefugnis bei nachgewiesenem Kartellrechtsverstoß auseinandergesetzt. Außerdem hat sie die beabsichtigte gesetzliche Verankerung eines generellen Stellungnahmerechts des Bundeskartellamts in Gesetzgebungsverfahren behandelt. Im Einzelnen gibt sie folgende Empfehlungen ab:

- Die Monopolkommission befürwortet die Implementierung eines missbrauchsunabhängigen, d.h. objektiven Entflechtungsinstruments im allgemeinen Kartellrecht (§ 41a GWB-E), um auf Märkten mit verfestigten nicht wettbewerbslichen Strukturen Wettbewerb zu beleben. Mit der Einführung einer objektiven Entflechtungsbefugnis wird die derzeit geltende Marktstrukturkontrolle vervollständigt. Im Vordergrund einer solchen Entflechtungsregelung steht nach Auffassung der Monopolkommission nicht der Sanktionscharakter des Instruments, sondern die wirksame Behebung von Funktionsstörungen des Wettbewerbs.

<sup>44</sup> Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2007: Monopolkampf mit allen Mitteln, Sondergutachten 51, Baden-Baden, 2008, Tz. 79, sowie Monopolkommission, Post 2009: Auf Wettbewerbskurs gehen, Sondergutachten 57, Baden-Baden 2010, Tz. 73.

- Allerdings sieht die Monopolkommission die Implementierung einer objektiven Entflechtungsregelung im GWB nicht als vordringlich an. Wegen des engen Sachzusammenhangs mit der geplanten Achten GWB-Novelle empfiehlt sie nachdrücklich die Durchführung eines einheitlichen Gesetzgebungsverfahrens. Nur auf diesem Weg lassen sich Friktionen, Widersprüche und die Notwendigkeit nachträglicher Anpassungsprozesse vermeiden.
- Die Monopolkommission hält die Einführung eines objektiven Entflechtungstatbestands prinzipiell für sinnvoll, weil die Fusionskontrolle sowie die Kartell- und Missbrauchsaufsicht nicht in allen Fällen ausreichen, um auf dauerhaft vermachteten Märkten Wettbewerb in Gang zu setzen und aufrechtzuerhalten. An diesem Befund würde auch eine Verschärfung des bestehenden kartellrechtlichen Instrumentariums nichts ändern.
- Nach Auffassung der Monopolkommission ist die Einführung einer allgemeinen Entflechtungsregelung im GWB für Märkte, auf denen Wettbewerb grundsätzlich technisch und ökonomisch möglich ist, der Errichtung von branchenspezifischen Regulierungsregimen vorzuziehen. Die mit einer Regulierung verbundene laufende Verhaltenskontrolle ist nicht in demselben Maß wie ein Entflechtungsinstrument geeignet, Innovationsprozesse anzustoßen und die Entwicklung wettbewerblicher Strukturen zu fördern.
- Dagegen sollte eine allgemeine Entflechtungsvorschrift nicht auf Märkte anwendbar sein, die der Gesetzgeber bereits heute einer Regulierung durch die Bundesnetzagentur unterstellt hat. Im Rahmen der Regulierung entscheidet der Gesetzgeber auch über eine eigentumsrechtliche Trennung von der Netzebene einerseits und vor- oder nachgelagerten Märkten andererseits. Die insoweit getroffenen Entscheidungen dürfen nicht durch die Anwendung kartellrechtlicher Entflechtungsregeln überlagert werden.
- Die Monopolkommission gibt zu bedenken, dass mit einer objektiven Entflechtungsvorschrift die Gefahr verbunden ist, dass Unternehmen allein wegen der Existenz eines solchen Instruments Investitionen und Innovationen unterlassen, um dem Risiko einer Entflechtung zu entgehen (Vorfeldwirkungen). Mit dem Vollzug von Entflechtungsmaßnahmen können darüber hinaus Rationalisierungsvorteile zunichte gemacht sowie Größen- und Verbundvorteile gefährdet werden (Ex-post-Wirkungen). Solchen negativen Auswirkungen ist nach Ansicht der Monopolkommission durch eine entsprechende Ausgestaltung der Entflechtungsregelung zu begegnen.
- Um negative Vorfeldwirkungen, die sich in einem Verlust von Investitions- und Innovationsanreizen manifestieren, weitestgehend zu vermeiden, schlägt die Monopolkommission vor, dem entflochtenen Unternehmen neben dem Verkaufserlös eine Kompensation aus öffentlichen Mitteln zu gewähren. Die Höhe dieser staatlichen Kompensationsleistung sollte generell die Hälfte der Differenz zwischen dem gutachterlich festgestellten Wert des zur Veräußerung bestimmten Vermögensteils und dem erzielten Verkaufserlös betragen.
- Die Monopolkommission ist sich bewusst, dass die vorgeschlagene, generalisierende Regelung im Einzelfall teilweise zu einer Über-, teilweise zu einer Unterkompensation der im Rahmen einer Entflechtung verloren gehenden Investitions- und Innovationsrenten führen wird. Aus Praktikabilitätsgründen spricht sie sich dennoch gegen eine Pflicht zur Ermittlung der exakten Kompensationshöhe, sondern für eine generalisierende Regelung aus.
- Um Härten zu vermeiden, schlägt die Monopolkommission zudem vor, für die von einer Entflechtungsmaßnahme betroffenen Unternehmen den Rechtsweg zu den Zivilgerichten zu eröffnen, damit im Einzelfall eine höhere Kompensation erlangt werden kann. Eine solche Klage darf jedoch keine aufschiebende Wirkung im Hinblick auf die behördliche Entflechtungsanordnung haben.

- Die Monopolkommission empfiehlt in diesem Zusammenhang außerdem, dass sich die Bewertung des zu entflechtenden Vermögensteils an dem spezifischen Wert des Vermögensteils für das von der Entflechtung betroffene Unternehmen zum Zeitpunkt der Entflechtungsmaßnahme orientieren muss. Überdies sollte ihrer Auffassung nach eine Entflechtungsmaßnahme auch dann vollzogen werden, wenn der zu erzielende Verkaufserlös die Schwelle von 50 % des ermittelten Wertes unterschreitet. Anderenfalls würden die Entflechtungsvorhaben gerade für die Unternehmen regelmäßig scheitern, die mit der Entflechtungsregelung adressiert werden sollen. Das sind Unternehmen, bei denen der Marktmachtverlust infolge der Entflechtung besonders hoch ist. Die vorgeschlagene Kompensationsregel stellt sicher, dass die betroffenen Unternehmen mindestens die Hälfte des gutachterlich festgestellten Wertes erhalten.
- Negative Ex-post-Wirkungen einer Entflechtungsmaßnahme lassen sich nach Ansicht der Monopolkommission durch die Zulassung eines ausdrücklichen Effizienzeinwands beseitigen. Über den Effizienzeinwand sollte das Bundeskartellamt entscheiden. Die Darlegungs- und Beweislast für mögliche Effizienzverluste haben nach Auffassung der Monopolkommission die betroffenen Unternehmen zu tragen.
- Die Monopolkommission befürwortet das vorgeschlagene zweistufige Entflechtungsverfahren mit der Zuständigkeit des Bundeskartellamts für die wettbewerbsrechtliche Prüfung einerseits und der Verantwortlichkeit des Bundeswirtschaftsministers im Übrigen andererseits (§ 42a GWB-E). Dem Bundeskartellamt sollte hierbei allerdings auch die Beurteilung von möglichen Effizienzverlusten vorbehalten sein. Die Monopolkommission folgt außerdem dem Vorschlag, einen Ministerdispens nur im Zusammenhang mit Veräußerungsanordnungen zuzulassen. Daneben ist der Bundesregierung aus fiskalischen Gründen entweder selbst ein Vetorecht gegen Entflechtungsmaßnahmen oder die Befugnis, ein Ministerdispensverfahren zu initiieren, einzuräumen.
- Die Monopolkommission sieht ihre geplante Mitwirkung – auch im Verfahren beim Bundeskartellamt – als sinnvoll an. Sie gibt aber zu bedenken, dass eine sachgerechte Aufgabenerfüllung eine Verbesserung ihrer personellen Ausstattung – jedenfalls ad hoc bei Einleitung eines Entflechtungsverfahrens – voraussetzt. Im Übrigen muss sichergestellt sein, dass das Recht der Monopolkommission auf Akteneinsicht beim Bundeskartellamt auch in Entflechtungsverfahren besteht.
- Nach Auffassung der Monopolkommission stehen einer objektiven Entflechtungsbefugnis im GWB keine grundsätzlichen verfassungs- oder europarechtlichen Einwände entgegen. Im Einzelnen kommt es auf die Ausgestaltung der materiell- und verfahrensrechtlichen Kriterien eines solchen Entflechtungsinstruments an. Die Monopolkommission sieht insbesondere vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots Nachbesserungsbedarf hinsichtlich des vorliegenden GWB-Entwurfs.
- Der Einführung einer ausdrücklichen Entflechtungsbefugnis bei nachgewiesenem Kartellrechtsverstoß (§ 32 Abs. 2 GWB-E) steht die Monopolkommission positiv gegenüber. Da die von der Entflechtung betroffenen Unternehmen nachweislich gegen das Kartellrecht verstoßen haben, ist eine über den Verkaufserlös hinausgehende staatliche Kompensation ihrer Ansicht nach nicht sachgerecht. Aus demselben Grund sollten die Unternehmen auch keinen Effizienzeinwand geltend machen können. Weiteren Klärungsbedarf sieht die Monopolkommission hinsichtlich des Verhältnisses der beiden geplanten Entflechtungsregeln – § 32a und 41a GWB-E – zueinander.

- Die Monopolkommission spricht sich für die Einführung eines allgemeinen Stellungnahme-rechts des Bundeskartellamts in Gesetzgebungsverfahren mit wettbewerblichem Bezug aus (§ 53a GWB-E). Im europäischen Umfeld nimmt bereits derzeit eine Reihe von nationalen Wettbewerbsbehörden die Aufgabe einer wettbewerblichen Folgenabschätzung von legisla-tiven Maßnahmen wahr. Die Ausübung eines solchen Rechts durch das fachlich unabhängige und ausschließlich dem Wettbewerbsschutz verpflichtete Bundeskartellamt würde die Entscheidungsgrundlage des Gesetzgebers deutlich verbessern. Die gesetzliche Verankerung eines Stellungnahme-rechts würde sich überdies insgesamt positiv auf die Verbreitung des Wettbewerbsgedankens auswirken.
- Die Monopolkommission hält es in diesem Zusammenhang ferner für richtig, das Stellung-nahmerecht des Bundeskartellamts als Befugnisnorm auszugestalten. Dies ermöglicht es dem Bundeskartellamt, Prioritäten zu setzen und sich auf Stellungnahmen in besonders wichtigen Fällen zu konzentrieren.

Bonn, im April 2010

Justus Haucap

Christiane zu Salm

Angelika Westerwelle

Daniel Zimmer

Das Kommissionsmitglied Preusker trägt das Gutachten nicht mit, da es grundsätzliche Bedenken gegen eine Entflechtung hat, die ohne den Nachweis eines Missbrauchs, der präzise definiert sein muss, erfolgen soll.

Peter-Michael Preusker

*Anhang*

**Übersicht über die im Entwurf vorgeschlagenen Regelungen  
zu Entflechtungsbefugnis und Stellungnahmerecht des Bundeskartellamts**

*§ 32 Abs. 2 GWB-E*

(2) Sie [die Wettbewerbsbehörde] kann ihnen [den betroffenen Unternehmen] hierzu alle erforderlichen Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art vorschreiben, die gegenüber der festgestellten Zuwiderhandlung verhältnismäßig und für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich sind. Abhilfemaßnahmen struktureller Art können nur in Ermangelung einer verhaltensorientierten Abhilfemaßnahme von gleicher Wirksamkeit festgelegt werden, oder wenn letztere im Vergleich zu Abhilfemaßnahmen struktureller Art mit einer größeren Belastung für die beteiligten Unternehmen verbunden wäre.

*§ 41a GWB-E*

(1) Sind auf einem Markt mit gesamtwirtschaftlicher Bedeutung Unternehmen marktbeherrschend und ist auf absehbare Zeit das Fortbestehen dieser Marktbeherrschung zu erwarten, obwohl Wettbewerb technisch und wirtschaftlich möglich ist, kann das Bundeskartellamt auf der Grundlage einer aktuellen Untersuchung des betroffenen Wirtschaftszweiges anordnen, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen Teile seines Vermögens veräußern oder auf andere Weise verselbständigen muss, wenn dies eine wesentliche Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen erwarten lässt und verhältnismäßig ist. Satz 1 findet nur Anwendung, wenn marktbeherrschende Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor Erlass der Anordnung Umsatzerlöse entsprechend § 35 Abs. 1 in Verbindung mit den §§ 38 Abs. 1 bis 4 und 36 Abs. 2 erzielt haben. Vor Erlass der Anordnung ist eine Stellungnahme der Monopolkommission einzuholen und den obersten Landesbehörden, in deren Gebiet die betroffenen Unternehmen ihren Sitz haben, Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Die Anordnung kann mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden.

(2) Die Anordnung einer Veräußerung darf sich nicht auf Vermögensteile erstrecken, die das betroffene Unternehmen in den letzten fünf Jahren vor der Zustellung der Entflechtungsverfügung aufgrund der bestandskräftigen Freigabe eines Zusammenschlusses durch das Bundeskartellamt, die Europäische Kommission oder nach Erteilung einer bestandskräftigen Ministererlaubnis erworben hat. Auf Vermögensteile, für die sektorspezifisches Regulierungsrecht Regeln enthält, darf die Veräußerungsanordnung nicht gerichtet sein.

(3) Das marktbeherrschende Unternehmen kann vor Erlass der Entflechtungsanordnung bis zu einem vom Bundeskartellamt zu bestimmenden Zeitpunkt geeignete Vorschläge unterbreiten, welche Teile seines Vermögens zu veräußern oder auf andere Weise zu verselbständigen sind. Der Wert eines zu Veräußerung bestimmten Vermögensteils ist von einem durch das Bundeskartellamt beauftragten Wirtschaftsprüfer festzustellen. Der Inhalt dieser Feststellung ist Geschäftsgeheimnis.

(4) In der Entflechtungsanordnung ist dem Unternehmen ein angemessener Zeitraum zu gewähren, innerhalb dessen die nach Absatz 1 angeordnete Veräußerung oder Verselbständigung der Vermögensteile zu erfolgen hat. Im Falle der Veräußerung müssen der oder die Erwerber von den marktbeherrschenden Unternehmen unabhängig und dürfen nicht im Sinne von § 36 Abs. 2 mit ihnen verbunden sein. Der Vertrag mit dem oder den vorgeschlagenen Erwerbern über die bestimmten Vermögensteile bedarf zu seiner Wirksamkeit der Genehmigung des Bundeskartellamts. Die Ge-

nehmung darf nur verweigert werden, wenn der in Absatz 1 Satz 1 bestimmte Zweck nicht erreicht wird. Ein Rückerwerb veräußerter Vermögensteile oder die Wiedererlangung eines wettbewerblich erheblichen Einflusses auf verselbständigte Vermögensteile durch das marktbeherrschende Unternehmen oder mit ihm verbundene Unternehmen ist innerhalb einer Frist von in der Regel zehn Jahren seit der Veräußerung oder Verselbständigung nicht erlaubt.

(5) § 41 Abs. 4 gilt entsprechend. Bestellt das Bundeskartellamt einen Treuhänder zur Durchsetzung seiner Anordnung, darf dieser einen Vermögensteil nur veräußern, wenn der Erlös mindestens die Hälfte des nach Absatz 3 Satz 2 festgestellten Werts beträgt.

(6) § 32b gilt entsprechend.

#### *§ 42a GWB-E*

Der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie entscheidet in den Fällen des § 41a auf Antrag, dass eine vom Bundeskartellamt angeordnete Veräußerung von Vermögensteilen nicht erfolgen muss, wenn die bestehenden Wettbewerbsbedingungen durch gesamtwirtschaftliche Vorteile aufgewogen werden oder die gegebene Struktur der betroffenen Unternehmen durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist. § 42 Abs. 1 Satz 2 und 3, Abs. 2 bis 4 gelten entsprechend.

#### *§ 53a GWB-E*

Das Bundeskartellamt kann zu Gesetzesvorhaben aus wettbewerblicher Sicht Stellung nehmen.