

Bundeskartellamt



Offene Märkte  
Fairer Wettbewerb

# Entflechtung als Instrument des Kartellrechts

– Neue Instrumente im GWB? –

Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht

am 7. Oktober 2010

Hintergrundpapier

Bundeskartellamt

Kaiser-Friedrich-Straße 16

53113 Bonn

## Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung.....	5
I.	Historische Entwicklung .....	5
II.	Aktuelle Entwicklung .....	6
B.	Begriffsbestimmung .....	7
C.	Referentenentwurf.....	8
I.	Entflechtung nach § 41 lit. a Referentenentwurf.....	9
II.	Ministerdispens nach § 42 lit. a Referentenentwurf .....	10
D.	Entflechtung im internationalen Kontext.....	11
I.	Vereinigte Staaten von Amerika.....	11
II.	Vereinigtes Königreich.....	13
1.	Entflechtung der britischen Flughäfen (2009) .....	13
2.	Britisches Bier (1989) .....	14
III.	Europäische Union .....	15
E.	Die objektive Entflechtung im System des GWB.....	16
I.	Ordnungspolitisches Leitbild .....	16
II.	Objektive Entflechtung als Instrument der Wettbewerbsaufsicht .....	19
III.	Bezug zum europäischen Wettbewerbsrecht .....	22
F.	Diskussionspunkte.....	23



## A. Einleitung

Die Geschichte der modernen deutschen Wettbewerbsaufsicht<sup>1</sup> beginnt mit einer missbrauchsunabhängigen Entflechtung. Auf Druck und Initiative der Alliierten sind große Unternehmen wie die IG-Farben sowie vergleichbare Großkonzerne in den Bereichen Kohlebergbau, Eisen- und Stahlindustrie, Filialgroßbanken und Filmwirtschaft entflochten worden.<sup>2</sup> Während hier auch Sanktionsgedanken eine Rolle gespielt haben, ist deutlich der Einfluss des U.S.-amerikanischen Antitrustgedankens erkennbar. Dessen Dekartellierungs- bzw. Entflechtungsansatz sollte auch in der traditionell kartellierten deutschen Wirtschaft zur Anwendung gelangen.

### I. Historische Entwicklung

Vor diesem zeitgeschichtlichen Hintergrund ist der erste legislative Entflechtungsvorschlag, der sog. *Josten*-Entwurf vom 5. Juli 1949, zu sehen. Darin waren umfangreiche und detaillierte Regelungen zur Entflechtung enthalten, die auch missbrauchsunabhängig erfolgen sollte.<sup>3</sup> Dieser zur damaligen Zeit radikale Vorschlag hatte allerdings keine Chance auf Realisierung; zu groß war der Widerstand in Industrie und Politik. Folglich finden sich im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen von 1958 keine Regelungen zur Entflechtung, sondern das Gesetz beschränkte sich auf die Kartell- und Missbrauchsaufsicht.

Die Debatte um die Einführung einer Entflechtungsmöglichkeit im GWB verstummte aber nicht. Bereits 1961 fordert der damalige Präsident des Bundeskartellamtes *Günther*: „*Es sollte erwogen werden, marktbeherrschende Stellungen, die einen erheblichen Störungsfaktor im Marktmechanismus darstellen, zu entflechten. Bei allen Konzentrationsvorgängen, die zu größeren wirtschaftlichen Machtballungen führen..., sollte ein Erlaubnisverfahren vorgesehen werden.*“ Die Fusionskontrolle wurde mit der 2. GWB-Novelle eingeführt, die Möglichkeit zur Entflechtung wegen wirtschaftlicher „*Machtballungen*“ ist aber bis heute nicht Bestandteil des GWB.

Mitte der 70er Jahre nahm die politische und wissenschaftliche Diskussion wieder Fahrt auf. In den sog. Kieler Thesen von 1977 forderte die FDP die „*Prüfung der Möglichkeiten zur Ent-*

---

<sup>1</sup> Vor dem zweiten Weltkrieg gab es, wie mit der Kartellverordnung von 1923, nur eine partielle staatliche Wirtschaftsaufsicht. Die weitgehende Kartellierung der deutschen Wirtschaft ist auf diese Weise nicht verhindert worden, vgl. zum Überblick Schmidt, Die Entflechtung als Antitrust-Maßnahme, Dissertation Münster, 1964, S. 5 ff.

<sup>2</sup> Vgl. dazu im Einzelnen Möschel, Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1979, S. 12 ff.; von Götz, wrp 2007, S. 741 ff.

<sup>3</sup> Möschel, Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1979, S. 19 f.

*flechtung von Großunternehmen“*. Im Rahmen eines Gutachtens für das Bundeswirtschaftsministerium entwickelte *Möschel* 1979 einen Legislativvorschlag zur Entflechtung.<sup>4</sup> Zeige eine Sektoruntersuchung, dass sich bestehende Vermachtungen in dem Sektor nicht alleine durch Wettbewerb beseitigen lassen, solle das Bundeskartellamt die Möglichkeit zu einer Entflechtung als ultima ratio erhalten. Missbrauch von Marktmacht ist dabei nach *Möschel* keine notwendige Voraussetzung, aber möglicherweise ein entsprechendes Indiz im Rahmen der durchzuführenden Gesamtanalyse des Marktes.

Die Monopolkommission folgte in ihrem III. Hauptgutachten 1980 einem anderen Ansatz. Eine mögliche Entflechtung sollte neben der Marktbeherrschung stets auch ein missbräuchliches Verhalten des betroffenen Unternehmens voraussetzen.<sup>5</sup> Der Missbrauch war dabei nicht als Verhaltensunrecht zu verstehen, sondern marktstrukturbedingt und nicht auf andere Weise nachhaltig abzustellen. Das Bundeskartellamt sollte nach den Vorschlägen der Monopolkommission für die Feststellung der Eingriffsvoraussetzungen zuständig sein, während der konkrete Entflechtungsplan gemeinsam durch das Amt und das Bundeswirtschaftsministerium ausgearbeitet werden sollte.

## II. Aktuelle Entwicklung

Während die wissenschaftliche Diskussion nie ganz versiegt ist,<sup>6</sup> kam erst mit dem durch den hessischen Wirtschaftsminister erarbeiteten sog. *Rhiel*-Entwurf wieder ein konkreter Vorschlag auf die Tagesordnung.<sup>7</sup> Hintergrund für den Vorstoß war die politische Diskussion um mögliche Entflechtungen in der Energiewirtschaft. Wesentliche Voraussetzung für eine Entflechtung war nach dem *Rhiel*-Entwurf, dass ein Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung auf einem Markt mit gesamtwirtschaftlicher Bedeutung nachweislich missbraucht. Das Missbrauchserfordernis ist in der kurz darauf erfolgten Bundesratsinitiative des Landes Hessens dann bereits entfallen.<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> Möschel, Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1979.

<sup>5</sup> Vgl. Monopolkommission, Fusionskontrolle bleibt vorrangig, Hauptgutachten 1978/1979, 1980, Tz. 662 ff.

<sup>6</sup> Vgl. etwa Scholz, Entflechtung und Verfassung, 1981; Selmer, Unternehmensentflechtung und Grundgesetz, 1981; Müller, Entflechtung, 2004.

<sup>7</sup> Hessisches Ministerium für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung, Entwurf: Gesetz zur Verbesserung der Marktstruktur bei Wettbewerbsversagen, Wiesbaden, 2. November 2007.

<sup>8</sup> Antrag des Landes Hessen, BR-Drs. 76/08 vom 29. Januar 2008.

Der spätere Gesetzesentwurf der FDP<sup>9</sup> übernimmt den hessischen Bundesratsvorschlag nahezu wörtlich. Entscheidende Änderung gegenüber dem *Rhiel*-Entwurf bleibt auch hier der Verzicht auf den Nachweis eines Missbrauchs im Gesetzesentwurf.

Im Koalitionsvertrag der bürgerlich-liberalen Regierung vom 26. Oktober 2009 ist die Einführung eines Entflechtungsinstrumentes als ultima ratio in das GWB vorgesehen.<sup>10</sup> Ein erster Referentenentwurf lag im Januar 2010 zur internen Ressortabstimmung vor. Eine Überarbeitung erfolgte im Mai 2010.

Der aktuelle Vorschlag greift, das hat der Blick auf die Geschichte gezeigt, eine Strömung auf, die von Beginn an Teil der wettbewerbspolitischen und wettbewerbsrechtlichen Diskussion gewesen ist. Dies gilt auch für die Einführung einer objektiven, also missbrauchsunabhängigen Entflechtung.

## **B. Begriffsbestimmung**

Der Begriff der Entflechtung ist in zwei Richtungen abzugrenzen: Im Hinblick auf die Anordnungsvoraussetzungen und auf den Anordnungsinhalt. Der Referentenentwurf sieht vor, dass eine Entflechtungsanordnung unabhängig von einem konkreten Kartellrechtsverstoß ergehen kann („objektive Entflechtung“<sup>11</sup>). Hinsichtlich des möglichen Anordnungsinhaltes ist der Referentenentwurf weit gefasst. Das Bundeskartellamt kann anordnen, dass „*marktbeherrschende Unternehmen Teile ihres Vermögens veräußern oder auf andere Weise verselbständigen müssen (Entflechtungsanordnung)...*“. Dieser Tatbestand erfasst unzweifelhaft die sog. eigentumsrechtliche Entflechtung, also die Veräußerung von Vermögensteilen an einen Dritten. Aber auch jede Verselbständigung des Vermögens eines Unternehmens auf andere Weise ist hiernach eine Entflechtung. Der Wortlaut schließt nicht aus, dass neben strukturellen auch verhaltensbedingte Auflagen im Rahmen einer Entflechtungsanordnung ergehen können. Eine Verselbständigung „*auf andere Weise*“ könnte etwa auch durch eine Untersagung der Einflussnahme auf Unternehmensteile erfolgen.

Der Begriff der Entflechtung ist vor allem aus der Diskussion im Energiebereich vertraut. Im Energiewirtschaftsgesetz bestehen seit 2005 Vorgaben zur rechtlichen, operationellen, informatorischen und buchhalterischen Entflechtung des Netzbetreibers. Die eigentumsrechtliche Entflechtung, das sog. *Ownership Unbundling*, ist Kernbestandteil des Dritten Binnen-

---

<sup>9</sup> Gesetzesentwurf der FDP-Fraktion, BT-Drs. 16/8405 vom 5. März 2008.

<sup>10</sup> Wachstum, Bildung, Zusammenhalt. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, 26.10.2009.

marktpaketes Energie.<sup>12</sup> Allerdings gibt es dort neben dem *Ownership Unbundling* zwei weitere Möglichkeiten der Entflechtung, die keine Eigentumsübertragung voraussetzen.

Das geltende Kartellrecht bestimmt in Art. 7 der VO 1/03, dass die Europäische Kommission zur Abstellung von Zuwiderhandlungen auch Maßnahmen struktureller Art vorschreiben kann. Es ist davon auszugehen, dass dies auch im Rahmen des § 32 GWB möglich ist. Wegen der insofern eindeutigeren Formulierung sieht der Referentenentwurf für das deutsche Recht die Übernahme des Wortlauts von Art. 7 der VO 1/03 vor. Die bestehenden Vorschriften ermöglichen also erforderlichenfalls Entflechtungen. Der Unterschied zur objektiven Entflechtung besteht darin, dass diese Anordnungen nur zur Abstellung eines konkreten Kartellrechtsverstoßes ergehen können. Gedanklich lassen sich hierbei zwei Begrenzungen für eine Entflechtungsanordnung trennen: Zum einen kann ein Unternehmensteil nur dann verselbstständigt werden, wenn sich das das betroffene Unternehmen unrechtmäßig verhalten hat. Zum anderen darf die Anordnung nicht über das hinausgehen, was zur wirksamen Abstellung einer Zuwiderhandlung erforderlich ist. Beide Einschränkungen bestehen bei einem objektiven Entflechtungsinstrument nicht. Die Anordnung kann unabhängig davon erfolgen, ob sich ein Unternehmen rechtswidrig oder rechtmäßig verhält. Besonders weitgehend ist das Instrument, weil in der Folge auch die zweite Beschränkung entfällt. Ohne konkret vorgeworfene Verhaltensweise braucht sich die Anordnung nicht auf das zur Beseitigung der Zuwiderhandlung Notwendige und Erforderliche zu beschränken. Es geht vielmehr gerade darum, die Wettbewerbsbedingungen als solche (auf einem bestimmten Markt) zu verbessern.

### C. Referentenentwurf

Es ist beabsichtigt, in das GWB im siebten Abschnitt über die Zusammenschlusskontrolle die Vorschriften § 41 lit. a und § 42 lit. a einzufügen.<sup>13</sup> Darin sind die wesentlichen materiellen und verfahrensrechtlichen Regelungen für eine Entflechtungsanordnung und das dieser ggf. nachfolgende Verfahren der Ministerausnahme enthalten.

---

<sup>11</sup> So Monopolkommission, Sondergutachten 58, Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, 2010, S. 58. vgl. auch Klees/Hauser, Entflechtung von Unternehmen als Instrument des allgemeinen Wettbewerbsrechts? RATUBS Nr. 4/2010, S. 3 ff.

<sup>12</sup> Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG; Verordnung (EG) Nr. 714/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1228/2003; Verordnung (EG) Nr. 713/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden.

<sup>13</sup> Vgl. Text im Annex.



## I. Entflechtung nach § 41 lit. a Referentenentwurf

Die Entflechtung ist immer *ultima ratio*.<sup>14</sup> Die Voraussetzungen des Tatbestandes sollen dies bei der Rechtsanwendung gewährleisten. Die Grundentscheidung im vorliegenden Entwurf lautet: verkrustete Marktstrukturen, die strukturell erhebliche wettbewerbliche Defizite aufweisen, müssen verändert werden können. Zum Wohle des Wettbewerbs als Ganzem soll eine entsprechende Marktstrukturveränderung durch Entflechtung möglich sein, auch wenn ein konkreter Missbrauch nicht vorliegt oder festgestellt werden kann.

Die Einleitung eines Entflechtungsverfahrens sowie die Auswahl der betroffenen Unternehmen steht nach dem Entwurf im pflichtgemäßen Ermessen des Amtes. Zentrales materielles Kriterium ist die Marktbeherrschung, deren Feststellung im herkömmlichen Rahmen des § 19 Abs. 2 GWB erfolgen soll.<sup>15</sup> Anders als im Rahmen der Missbrauchsaufsicht reicht aber die Feststellung der Marktbeherrschung allein nicht aus. Das Bundeskartellamt muss vielmehr begründet darlegen, dass die Marktbeherrschung schon länger besteht und auch in Zukunft bestehen wird. In der Regel soll von einem Fortbestehen der Marktbeherrschung auszugehen sein, wenn dies für die nächsten fünf Jahre anzunehmen ist. Wie lange die Marktbeherrschung in der Vergangenheit bestanden haben muss, lassen Referentenentwurf und Begründung offen.

Die Entflechtung kann nur bei Unternehmen vorgenommen werden, die in bestimmten Märkten aktiv sind. Diese Märkte müssen technisch, strukturell und wirtschaftlich die Möglichkeit für Wettbewerb an sich eröffnen. Zudem müssen Anzeichen vorliegen, die auf eine Erstarrung des Wettbewerbs deuten lassen.<sup>16</sup> Bei dieser Beurteilung soll das Bundeskartellamt auf Erkenntnisse aus einer Sektoruntersuchung oder aus vorangegangenen Missbrauchs- und Fusionskontrollverfahren zurückgreifen können.

Die Märkte müssen eine gesamtwirtschaftliche Bedeutung aufweisen. Nur auf diesen Märkten soll wegen ihrer Bedeutung für die Allgemeinheit das „scharfe Schwert“ der Entflechtung zulässig sein. Eine solche Bedeutung können etwa die Infrastrukturnetze vor- und nachgelagerten Märkte sowie Märkte, welche der Versorgung mit wichtigen Gütern oder Dienstleistungen dienen, haben. Dem GWB ist zumindest der Begriff des „gesamtwirtschaftlichen Vorteils“ aus dem Ministererlaubnisverfahren nach § 42 GWB bekannt. Eine prägnante Konturierung hat er dort in der Praxis bislang nicht erfahren.

---

<sup>14</sup> Begründung A. sowie A. I. 1.) und an weiteren Stellen der Begründung.

<sup>15</sup> Begründung B. zu Nr. 16 (§ 41a – neu), zu Absatz 1 zu Satz 1 a).

<sup>16</sup> Begründung B. zu Nr. 16 (§ 41a – neu), zu Absatz 1 zu Satz 1 b).

Ausgenommen und damit nicht Ziel einer Entflechtung sind Unternehmen in Märkten, die einer sektorspezifischen Regulierung des Netzzugangs und der Netzentgelte unterworfen sind. Das Bundeswirtschaftsministerium geht insoweit von einer Vorrangstellung des Regulierungsrechts aus (*lex specialis*).

Die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen des § 41 lit a GWB sind im Wesentlichen Konkretisierungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Auch das in den Absätzen 3 – 6 beschriebene Entflechtungsverfahren zeichnet sich durch eine besondere Berücksichtigung der Belange des betroffenen Unternehmens aus. Verpflichtungszusagen sollen möglich sein, um eine Entflechtungsanordnung zu vermeiden.<sup>17</sup> Eine Entflechtung soll soweit wie möglich in Zusammenarbeit und gar im Einvernehmen mit dem Unternehmen erfolgen. Hiermit soll auch erreicht werden, dass die besondere Kenntnis der Unternehmen über den Markt und seine Strukturen im Verfahren berücksichtigt wird. Das Bundeskartellamt soll dieses Wissen nutzen, um eine verhältnismäßige und sachgerechte Anordnung treffen zu können. Wichtiges Instrument für die Beurteilung durch das Bundeskartellamt soll die obligatorische Stellungnahme der Monopolkommission zur gesamtwirtschaftlichen Bedeutung des betroffenen Marktes sein.

## II. Ministerdispens nach § 42 lit. a Referentenentwurf

Neben dem Beschreiten des Rechtswegs (wobei eine Beschwerde nach § 63 GWB als Ausnahme von der Regel des § 64 GWB aufschiebende Wirkung erhalten soll<sup>18</sup>) haben die betroffenen Unternehmen die Möglichkeit eines Antrags auf Ministerdispens. „Zur Wahrung der Proportionalität“<sup>19</sup> der Entflechtung mit den Fusionskontrollverfahren soll eine der Ministererlaubnis vergleichbare Möglichkeit geschaffen werden.

---

<sup>17</sup> Klees/Hauser sind allerdings der Meinung, dass eine Kooperation seitens der Unternehmen nicht zu erwarten sei, da den Unternehmen keine Geldbußen drohten, die es zu vermeiden gelte. Dies., Entflechtung von Unternehmen als Instrument des allgemeinen Wettbewerbsrechts? RATUBS Nr. 4/2010, S. 20 FN 83.

<sup>18</sup> „Die sofortige Vollziehbarkeit dieser Verfügung wäre ein unverhältnismäßiger Eingriff“, Begründung zu Buchstabe a (§ 64 Abs. 1 Nr. 2).

<sup>19</sup> Begründung zu Nummer 17 (§ 42a – neu).

## D. Entflechtung im internationalen Kontext

Anordnungen mit strukturellem Inhalt sind in den Wettbewerbsordnungen der europäischen Nachbarländer kein Fremdkörper. Das Instrument einer objektiven Entflechtung ist in Europa dagegen nur in Griechenland und dem Vereinigten Königreich vorgesehen. Die Diskussion um die Entflechtung beginnt in der Regel mit einem Verweis auf die USA und das Vereinigte Königreich. Die USA verfügen über die längsten und umfangreichsten Erfahrungen mit kartellrechtlichen Entflechtungen. Der jüngste Fall einer Entflechtung erfolgte jedoch auf der Grundlage des englischen Rechts mit der Zerschlagung der British Airport Authority im Jahr 2009. Außerdem hat die Europäische Kommission im Energiebereich in den letzten Jahren in mehreren Fällen Verpflichtungszusagen entgegengenommen, welche Entflechtungen zum Inhalt hatten.

### I. Vereinigte Staaten von Amerika

Grundlage der großen amerikanischen Entflechtungsverfahren (Standard Oil, American Tobacco, AT&T, Alcoa, IBM oder auch Microsoft) ist stets der Sherman Act, insbesondere Section 2 gewesen. Der Sherman Act als solcher enthält zwar keine explizite Regelung der Entflechtung.<sup>20</sup> Seit der Zerschlagung des Ölimperiums von *Rockefeller* im Fall „Standard Oil“ ist die Entflechtung allerdings als strukturelle Maßnahme im amerikanischen Antitrustrecht anerkannt. Ausgestaltet wurden die konkreten Anforderungen an Entflechtungsanordnung und –verfahren durch die Rechtsprechung des Supreme Court.<sup>21</sup>

Der Sherman Act sieht ein grundsätzliches Monopolisierungsverbot vor.<sup>22</sup> Im Laufe der Jahrzehnte hat der Supreme Court diese Vorschrift unterschiedlich interpretiert, durchgängig jedoch eine wettbewerbsbeschränkende Verhaltenskomponente für die Erfüllung des Tatbestandes gefordert. Im Gegensatz zum Referentenentwurf knüpft die Entflechtung auf Grund-

---

<sup>20</sup> Section 7 Clayton Act ermöglicht die nachträgliche Entflechtung eines Zusammenschlusses, wenn „*the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly*“. Section 8 Clayton Act enthält ein Verbot „*Interlocking directorates and offices*“, so dass unter bestimmten Voraussetzungen Verflechtungen im Management zweiter Wettbewerber untersagt werden können. Beide Vorschriften können für den Rechtsvergleich vorliegend unbeachtet bleiben, beruhen sie doch auf einer anderen Konstellation als § 41 lit. a Referentenentwurf.

<sup>21</sup> Für eine Übersicht bis 1980 vgl. Monopolkommission, Fusionskontrolle bleibt vorrangig, Hauptgutachten 1978/1979, 1980, Tz. 680 ff.

<sup>22</sup> Sec. 2: „Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony [..]“.

lage des Sherman Acts damit an ein wettbewerbsbeschränkendes unternehmerisches Verhalten, nämlich die Monopolisierungsstrategie, an.

Zur Verteidigung kann das beklagte Unternehmen die „*thrust-upon-defense*“ geltend machen.<sup>23</sup> Die Strafbarkeit des Monopolisten entfällt, wenn seine *Marktstellung* „*from growth or development as a consequence of a superior product, business acumen, or historic accident*“<sup>24</sup> herrührt.

Amerikanische Entflechtungsverfahren sind ausgesprochen zeitaufwendig. Die bisherigen Verfahren dauerten einschließlich einer gerichtlichen Klärung im Durchschnitt knapp sieben Jahre. Der Vollzug der Entflechtung dürfte anschließend weitere Monate oder Jahre in Anspruch genommen haben. Dass die Verfahren für beide Seiten äußerst personal- und kostenintensiv sind, ist auch eine Folge dieser langen Verfahrensdauer.

Die in der Praxis vollzogenen Entflechtungen werden unterschiedlich beurteilt. Während die Entflechtung von AT&T im Jahr 1982 in der Regel als positiv für die Belebung des lokalen und überregionalen Telefonmarktes gesehen wird, ist das Meinungsbild bei anderen Fällen deutlich differenzierter. Von Kritikern wird darauf verwiesen, dass beispielsweise bei Standard Oil (1911) oder IBM (1956) die Entflechtungen wenige bis überhaupt keine Wirkungen für den Wettbewerb oder den Verbraucher hatten.<sup>25</sup> Als Grund wird der in der Zwischenzeit erfolgte Wandel der Marktverhältnisse angeführt. Im Fall von IBM musste sich das Unternehmen von Teilen seiner Lochkartenpressen trennen (Grenze 50 % Marktanteil), der Schwerpunkt des Geschäftes lag jedoch mittlerweile auf der elektronischen Datenverarbeitung.<sup>26</sup> Auch im Pullmann-Verfahren, dem führenden Schlaf- und Speisewagenhersteller, erfolgte die Entflechtung zu einem Zeitpunkt, zu dem der Wirtschaftszweig aufgrund der starken Zunahme des Flug- und Autoverkehrs bereits erheblich an Bedeutung verloren hatte.<sup>27</sup> Gleiches gilt für das sich über 14 Jahre erstreckende Verfahren gegen United Fruits (Umsatzanteil des zu entflechtenden Unternehmensteils war von 35 % auf 13 % gesunken).<sup>28</sup> Ungeachtet des möglichen zeitlichen Verzugs zwischen Anordnung und tatsächlicher Entflechtung bewerten ande-

---

<sup>23</sup> Eine vergleichbare Klausel hat Möschel vorgeschlagen, Referat in der Hessischen Landesvertretung bei der Veranstaltung „Für Wettbewerb in der Stromerzeugung – Erweiterung des GWB um die Möglichkeit von Eingriffen in die Marktstruktur“, 29.11.2006.

<sup>24</sup> United States v. Grinnel Corp., 384 U.S. 563 (1966).

<sup>25</sup> Z.B. Crandall, The Failure of Structural Remedies in Sherman Act Monopolization Cases, Working Paper March 2001, S. 88 (Verfasser ist allerdings Berater im Microsoftverfahren gewesen).

<sup>26</sup> Siehe im Einzelnen Möschel, Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1979, S. 68.

<sup>27</sup> Dazu Möschel, Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1979, S. 67.

<sup>28</sup> Nachweis bei Herrmann, Die Entflechtung als Instrument der Wettbewerbspolitik, Dissertation Berlin 1981.

re Stimmen die aufgrund der Entflechtung erfolgte langfristige Neuordnung der betroffenen Wirtschaftszweige und die Chance auf eine Intensivierung des Wettbewerbs positiv.<sup>29</sup>

## II. Vereinigtes Königreich

Auch im Vereinigten Königreich ist die objektive Entflechtung eines der Instrumente der wettbewerblichen Aufsicht. Im dualen System der britischen Wettbewerbsaufsicht kommt dabei sowohl dem Office of Fair Trading (OFT) als auch der Competition Commission (CC) eine wichtige Rolle zu. Aufgrund seiner primären Zuständigkeit prüft zunächst das OFT alle kartellrechtlichen Fälle.<sup>30</sup> Dabei entscheidet es in der Sache entweder selbst<sup>31</sup> oder überträgt den Fall für eine Marktuntersuchung der CC.<sup>32</sup> Letzteres ist regelmäßig in den Fällen erfolgt, in denen Entflechtungen als Abhilfemaßnahme empfohlen oder angeordnet worden sind. Kommt die CC nach Abschluss der Marktuntersuchung zu dem Ergebnis, dass auf einem Markt wettbewerbliche Probleme („adverse effect on competition“) vorliegen, kann sie über die erforderlichen Abhilfemaßnahmen selbst in der Sache entscheiden.<sup>33</sup> Strukturelle Maßnahme kann dann auch die Aufspaltung („division of a business“, „divestiture“) eines Unternehmens sein.<sup>34</sup> Die Anordnung der Entflechtung kann folglich unabhängig vom Vorliegen eines Kartellverstoßes ergehen. Dabei muss sie „reasonable and practicable“ sein. An dieser Stelle dürften im Ergebnis vergleichbare Vorgaben wie bei dem im deutschen Recht geltenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gelten.

### 1. Entflechtung der britischen Flughäfen (2009)

Als jüngster Fall einer objektiven Entflechtung ist die Entflechtung des marktbeherrschenden Flughafenbetreibers British Airports Authority („BAA“) zu nennen. Das ehemalige Staatsunternehmen British Airports Authority (BAA) wurde mit dem *Airports Act 1986* privatisiert. Im Juli 2006 wurde die BAA von einem Konsortium unter der Führung des spanischen Konzerns Ferrovial übernommen. Zu diesem Zeitpunkt besaß die BAA sieben Flughäfen im Vereinigten Königreich.<sup>35</sup> Zusammen waren diese Flughäfen für mehr als 60 % des Passagieraufkommens im Vereinigten Königreich verantwortlich (wobei allein auf die Flughäfen Heathrow, Gatwick,

---

<sup>29</sup> von Hirschhausen/Neumann/Weigt, Entflechtung als Instrument einer aktiven Wettbewerbspolitik, Gutachten für das Hessische Ministerium für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung, 2007, S. 25 f.; Möschel, Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1979, S. 75.

<sup>30</sup> Sec. 155 Enterprise Act 2002 („EA 02“).

<sup>31</sup> Sec. 32 f. CA 1998.

<sup>32</sup> Sec. 131 EA 02 ff.

<sup>33</sup> Vgl. [http://www.competition-commission.org.uk/about\\_us/index.htm](http://www.competition-commission.org.uk/about_us/index.htm).

<sup>34</sup> Sec. 161 EA 02 i.V.m. Schedule 8, Nr. 13 (1).

<sup>35</sup> Die Flughäfen London Heathrow, London Stansted, London Gatwick und Southampton in Südengland sowie die Flughäfen Glasgow, Edinburgh und Aberdeen im Norden.

Stansted und Southampton ein Anteil bis zu 90 % des Passagieraufkommens im Ballungsraum Südostengland entfällt).

Die Marktuntersuchung der CC stellt eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs zwischen den Flughäfen fest. Als wesentlicher Grund wird die Eigentümerstellung der BAA gesehen, die einen Wettbewerb zwischen den Flughäfen verhindere. Die von der CC bemängelten Defizite bei der Flughafenregulierung (auch diese wirkt nach Ansicht der CC wettbewerbsbeschränkend) würden auf diese Weise noch verstärkt.<sup>36</sup> Als strukturelle Maßnahme ordnete die CC die Veräußerung der Flughäfen London-Gatwick und London-Stansted sowie eines schottischen Flughafen (Glasgow oder Edinburgh) innerhalb von zwei Jahren an.<sup>37</sup>

Nachdem die BAA den Flughafen Gatwick im Oktober 2009 entsprechend des Beschlusses bereits verkauft hatte, wurde die Entscheidung der CC durch das Competition Appeal Tribunal („CAT“) am 21. Dezember 2009 aufgehoben.<sup>38</sup> Allerdings bestätigt das CAT nicht die von der BAA gerügte Unverhältnismäßigkeit der Entflechtung, sondern verweist die Entscheidung aufgrund eines Verfahrensfehlers an die CC zurück. Ein bei der Entscheidung beteiligtes Mitglied war nach Ansicht des Gerichts befangen. Die CC muss die Entscheidung nunmehr unter Berücksichtigung der verfahrensrechtlichen Anforderungen erneut erlassen.

## 2. Britisches Bier (1989)

Aus jüngerer Zeit kann auch der Fall der britischen Brauereien erwähnt werden.<sup>39</sup> Die britische Bierindustrie hatte in den 80er Jahren einen bedenklich hohen Konzentrationsgrad erreicht. Die Brauereiunternehmen waren in aller Regel vertikal integriert, so dass ca. 75 % aller Pubs im Eigentum der Brauereien standen. Dadurch entstand eine oligopolistische Marktstruktur, wobei vor allem sechs große britische Brauereien den Biervertrieb dominierten. Zugleich besaßen diese Unternehmen rund 41 % aller Pubs.

Der mit dem Fall betraute Director General of Fair Trading (DGFT, dessen Aufgaben heute vom OFT wahrgenommen werden) verwies den Fall zur Durchführung einer Marktuntersu-

---

<sup>36</sup> Zudem kommt, dass der Flughafen Aberdeen nach Einschätzung der CC aufgrund seiner isolierten geographischen Lage entfernt von weiteren Ballungszentren im Norden ein natürliches Monopol bildet, vgl. Competition Commission, BAA airports market investigation, S. 89, abrufbar unter [http://www.competition-commission.org.uk/rep\\_pub/reports/2009/fulltext/545.pdf](http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/2009/fulltext/545.pdf).

<sup>37</sup> Competition Commission, BAA airports market investigation, S. 4, abrufbar unter [http://www.competition-commission.org.uk/rep\\_pub/reports/2009/fulltext/545.pdf](http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/2009/fulltext/545.pdf).

<sup>38</sup> Siehe <http://www.catribunal.org.uk/238-5051/Judgment.html>.

<sup>39</sup> Daneben ist noch der Fall „Außenwerbung“ aus dem Jahr 1979 ein echter Entflechtungsfall. Hier wurde ein Gemeinschaftsunternehmen der britischen Werbeindustrie entflochten, welches ein Oligopol auf dem Markt für Außenwerbung bildete und zudem Preisabsprachen beinhaltete.

chung an die MMC (UK Monopoly and Mergers Commission, die heute aufgelöst ist und deren Aufgaben von der CC wahrgenommen werden). Diese kam in ihrer Marktuntersuchung zu dem Schluss, dass das vertikale, von den sechs großen Unternehmen dominierte Vertriebssystem, den Marktzutritt neuer Wettbewerber unter den Bierbrauern behindere.

Auf Empfehlung der MMC erließ die Regierung „Beer Orders“ (gem. Sec. 56, 89 i.V.m. Schedule 8 Fair Trading Act), durch welche die Brauereien verpflichtet wurden, sich zum Teil von ihren Pubs zu trennen. Insgesamt erfolgte daraufhin in 14.000 Fällen (rund 17 % aller Pubs) eine Veräußerung. Die Marktmacht der sechs großen Brauereien wurde dadurch erheblich beschnitten und zugleich der Grad der vertikalen Integration reduziert. Der erwünschte Effekt, die Senkung der Endverbraucherpreise, realisierte sich nur geringfügig. Ein Grund mag sein, dass die vertikalen durch horizontale Verbindungen abgelöst wurden, indem große Pub-Ketten entstanden.

### III. Europäische Union

Die Europäische Kommission hat das Instrument der Verpflichtungszusage in den Fällen der vertikal integrierten Energiekonzerne E.ON<sup>40</sup> und RWE<sup>41</sup> genutzt, um von den Unternehmen angebotene strukturelle Anordnungen für verbindlich zu erklären. Ein vergleichbares Ergebnis ist im noch laufenden Verfahren ENI<sup>42</sup> zu erwarten.

RWE hatte angeboten, sein gesamtes deutsches Gasfernleitungsnetz zu veräußern, um den von der Kommission erhobenen Vorwurf der Gasmarktabstimmung auszuräumen. E.ON hat in Rahmen der Zusagen sein deutsches Stromhöchstspannungsnetz veräußert. ENI bietet der Kommission die Veräußerung seines Gasfernleitungsnetzes in Deutschland, Österreich und der Schweiz an. Bei diesen Fällen handelt es sich um eigentumsrechtliche Entflechtungen, die allerdings freiwillig angeboten wurden. Auch die Verfahren GdF,<sup>43</sup> EdF<sup>44</sup> oder E.ON Ruhrgas<sup>45</sup> können als Beispiele für strukturelle Anordnungen im Wege der Verpflichtungszusagenentscheidung nach Art. 9 VO 1/2003 dienen. In diesen Fällen haben sich die Energieversorgungsunternehmen u.a. verpflichtet, ihren Anteil an den Gesamtbuchungen im Strom- oder Gasnetz auf eine Höchstgrenze zu reduzieren und diese für lange Zeit nicht zu überschreiten.

---

<sup>40</sup> E.ON (COMP/39.388) – Deutscher Stromgroßhandelsmarkt und (COMP/39.389) – Deutscher Regelenergiemarkt), Entscheidung vom 26.11.2008.

<sup>41</sup> RWE (COMP/39.402) – Gasmarktabstimmung, Entscheidung vom 18.03.2009.

<sup>42</sup> ENI (COMP/39315). Die Verpflichtungszusagen sind am 15.03.2010 vorgelegt worden.

<sup>43</sup> COMP/39.316 – Gaz de France, Entscheidung vom 3.12.2009.

<sup>44</sup> EdF (COMP/B-1/39.386) – langfristige Stromlieferverträge, Entscheidung vom 17.03.2010.

<sup>45</sup> E.ON Ruhrgas (COMP/39.317) – Gasmarktabstimmung, Entscheidung vom 4.05.2010.

Diese Verfahren sind auf Kritik gestoßen. Der Kommission wurde vorgeworfen, die Unternehmen hätten die entsprechenden Zusagen nur angesichts der möglich erscheinenden immensen Bußgelder des europäischen Kartellverfahrensrechts abgegeben. Die Entscheidungen sind für die Diskussion um die objektive Entflechtung aber unabhängig hiervon von Bedeutung, weil sie wertvolle Beispiele zur Diskussion über die Wirksamkeit entsprechender Anordnungen geben und geben werden. In konzeptioneller Hinsicht können sie als „Mittelweg“ zwischen Anordnungen strukturellen Inhalts auf der Grundlage von § 32 GWB bzw. Art. 7 VO 1/2003 und einer objektiven Entflechtung angesehen werden. Anlass für die Verfahren war der Vorwurf verschiedener konkreter missbräuchlicher Verhaltensweisen, etwa der langfristigen Kapazitätsbuchungen. Die Entflechtung der Netze geht über das zur Abstellung der konkreten Missbrauchsvorwürfe Erforderliche hinaus.<sup>46</sup> Gleichzeitig haben sie aber doch einen Rückbezug zu den konkreten Vorwürfen, indem sie darauf gerichtet sind, durch eine Strukturänderung die Anreize zu solchen missbräuchlichen Verhaltensweisen entfallen zu lassen.

## **E. Die objektive Entflechtung im System des GWB**

Der Referentenentwurf ist auf ein geteiltes Echo gestoßen. Kritikpunkt insbesondere der Wirtschaft ist die Abkoppelung einer Befugnis zu strukturellen Anordnungen von einem Kartellrechtsverstoß. Die Monopolkommission hat sich in ihrem 58. Sondergutachten zur Einführung eines objektiven Entflechtungsinstruments positiv geäußert, allerdings nicht einstimmig.<sup>47</sup> Ein abweichendes Votum weist auf das Fehlen eines konkreten Missbrauchsvorwurfs hin.

### **I. Ordnungspolitisches Leitbild**

Kritiker sehen in einem objektiven Entflechtungsinstrument einen Verstoß gegen das „ordnungspolitische Leitbild“ des GWB bzw. der deutschen Wettbewerbspolitik. Angeknüpft werde nicht an ein wettbewerbsschädliches Fehlverhalten. Dadurch erfasse das Instrument auch Fälle erfolgreichen internen Unternehmenswachstums. Dieses sei aber gerade erlaubt und vor allem unter dem Gesichtspunkt der dynamischen Wettbewerbsfunktionen auch erwünscht - bis zur Marktbeherrschung und darüber hinaus. Die Frage, ob es tatsächlich ein ordnungspolitisches Leitbild gibt, welches einem solchen Instrument prinzipiell entgegen

---

<sup>46</sup> Soweit vorhandene langfristige Buchungen erhalten bleiben, dürfte der strukturellen Maßnahme sogar die Eignung zur Abstellung der Zuwiderhandlung fehlen.

<sup>47</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 58, Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, 2010.



steht, bedarf allerdings noch eingehenderer Diskussion. Hiervon ist auch die Problematik zu trennen, ob das Instrument der objektiven Entflechtung *praktikabel* ist.

Soweit man dem GWB und seiner Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte ein ordnungspolitisches Leitbild entnehmen möchte, ist zunächst festzustellen, dass dieses vom einfachen Gesetzgeber geformt und weiterentwickelt wird. Die Einführung eines Instruments der objektiven Entflechtung wäre eine solche Weiterentwicklung. In der Regierungsbegründung zum GWB 1958 (das z.B. auch noch keine Fusionskontrolle kannte) heißt es u.a., dass das Wettbewerbsprinzip die „*ökonomischste und zugleich demokratischste Form der Wirtschaftsordnung*“ ist.<sup>48</sup> Zugleich sei in den Wettbewerbsprozess lenkend nur insoweit einzugreifen, „*wie dies zur Aufrechterhaltung des Marktmechanismus oder zur Überwachung derjenigen Märkte erforderlich ist, auf denen die Marktform des vollständigen Wettbewerbs nicht erreichbar ist...*“.<sup>49</sup> Ob die objektive Entflechtung mit diesem Leitbild des historischen Gesetzgebers zu vereinbaren ist oder nicht, erscheint nicht eindeutig. Immerhin wird hier auf außerökonomische Ziele des GWB und wünschenswerte Marktstrukturen verwiesen.<sup>50</sup>

Letztlich bezieht sich der Verweis auf ein „ordnungspolitisches Leitbild“ wohl auf die Diskussion um Schutzgegenstand und Ziele von Wettbewerbspolitik und –recht. Klare Frontstellungen sind in dieser Hinsicht jedoch nicht erkennbar. Ein strikt ergebnisorientierter Ansatz, der das Ziel der Wettbewerbspolitik ausschließlich in der Maximierung der Gesamt- oder Konsumentenwohlfahrt sieht, würde zwar einerseits im konkreten Fall die Wohlfahrtswirkungen einer Entflechtung in den Mittelpunkt stellen, andererseits aber der Vorstellung einer rein strukturellen Absicherung eines funktionsfähigen Wettbewerbsprozesses (durch objektive Entflechtung) skeptisch gegenüber stehen. Ein prozessorientierter Ansatz, der die Bedeutung der Marktstruktur für die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs betont, wird umgekehrt zwar einerseits die Chancen eines aktiven Eingriffs in die Marktstruktur für die Förderung des Wettbewerbsgeschehens begrüßen, andererseits aber gerade aufgrund der Einsicht in die Ergebnisoffenheit dieses dynamischen Prozesses einer missbrauchsunabhängigen Entflechtung auch kritisch gegenüberstehen.

Bei einem Blick über das GWB hinaus fällt auf, dass der europäische und deutsche Gesetzgeber Anordnungen strukturellen Inhalts ohne konkreten Normvorstoß zur Verstärkung des Wettbewerbs bereits als Instrument einsetzt. Entflechtungen sind im Regulierungsrecht fes-

---

<sup>48</sup> Regierungsbegründung zum GWB 1958, BT-Drs. 1158, 2. Wahlperiode, Anlage 1, S. 21.

<sup>49</sup> Regierungsbegründung zum GWB 1958, BT-Drs. 1158, 2. Wahlperiode, Anlage 1, S. 21 f.

<sup>50</sup> Auch wenn die Regierungsbegründung auf ein überholtes Idealmodell des „vollständigen Wettbewerbs“ abstellt, um dessen Herbeiführung es bei der objektiven Entflechtung nicht gehen kann.

ter Bestandteil der Marktstrukturaufsicht, auch wenn ein sog. Ownership Unbundling bislang noch nicht zum Repertoire gehört.<sup>51</sup> Die Ziele der regulierungsrechtlichen Entflechtung<sup>52</sup> sind vom Ansatz und der Stoßrichtung her mit den Zielen einer objektiven Entflechtung vergleichbar. In beiden Fällen geht es um aktive Eingriffe in die Marktstruktur, die unabhängig von einem konkreten Verhalten der Unternehmen erfolgen. Auf diese Weise soll Wettbewerb ermöglicht werden. Bei natürlichen Monopolen ist der Wettbewerb innerhalb des Monopolmarktes ausgeschlossen. Zudem verspricht die Kontrolle des Monopolmarktes den unmittelbaren und privilegierten Zugang zu den vor- und nachgelagerten Märkten. Die Entflechtung einschließlich der regulierungsrechtlichen Aufsicht soll den Zugang sowohl zum Monopol- als auch zu den benachbarten Märkten für alle zu vergleichbaren Bedingungen ermöglichen. Die vorhandene Marktstruktur, das natürliche Monopol, soll keine abschottende Marktzutrittsschranke bilden. In diesem Zusammenhang ließe sich fragen, ob auf Märkten, die für das neue Entflechtungsinstrument in Betracht kommen, nicht die sektorenspezifische Regulierung das effizientere Instrument ist.<sup>53</sup> Damit ist zugleich das grundsätzliche Verhältnis von regulierungsrechtlicher zu kartellrechtlicher Aufsicht angesprochen. Der Referentenentwurf geht hier von einem Vorrang des Regulierungsrechts aus. Folgerichtig findet die Entflechtung keine Anwendung auf Märkten, auf denen der Wettbewerb nach technischen und ökonomischen Gesichtspunkten grundsätzlich nicht sinnvoll ist und die deshalb einer Regulierung unterworfen sind.<sup>54</sup> Das Vorrangverhältnis geht soweit, dass eine kartellrechtliche Entflechtung der Netze auch bei einer Marktbeherrschung auf den den Infrastrukturnetzen vor- und nachgelagerten Märkten nicht angeordnet werden soll. Nicht ausgeschlossen wird damit die Entflechtung anderer Unternehmensteile im vertikal integrierten Unternehmen. Hier lautet die grundsätzliche Entscheidung, dass der strukturelle, punktuelle Entflechtungseingriff in die Unternehmenssubstanz das mildere und bessere geeignete Mittel als eine dauerhafte und flächendeckende Regulierung ist.<sup>55</sup>

Schließlich wird unter dem Topos der Vereinbarkeit einer objektiven Entflechtung mit dem ordnungspolitischen Leitbild auf die Verwandtschaft mit der Fusionskontrolle verwiesen. Präventiv gebietet das GWB, Unternehmenszusammenschlüsse ab einer gewissen Größe der Kontrolle durch das Bundeskartellamt zu unterziehen. Die Fusionskontrolle kann als Mittel staatlicher Gefahrenabwehr zur Aufrechterhaltung eines ausreichenden (Rest-)Wettbewerbs

---

<sup>51</sup> Nach den Vorgaben im Dritten Binnenmarktpaket Energie können die Mitgliedstaaten aber in Zukunft eine eigentumsrechtliche Entflechtung der Netzbetreiber regeln, vgl. bereits oben S. 6.

<sup>52</sup> Darunter fällt z.B. im EnWG die rechtliche, operationelle, informatorische und buchhalterische Entflechtung.

<sup>53</sup> Fuchs, WuW 2010, S. 479.

<sup>54</sup> Begründung B. zu Nr. 16 (§ 41a – neu), zu Absatz 2 zu Satz 2.

<sup>55</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 58, Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, 2010, S. 11 f.

angesehen werden. Ausbeutungs- und Behinderungspotentiale durch Marktbeherrschung sollen schon im Ansatz verhindert bzw. beseitigt werden. In jedem Fall handelt es sich um die Ausübung von Marktstrukturkontrolle. Voraussetzung ist allerdings eine Handlung des Unternehmens, der Zusammenschluss mit einem anderen Unternehmen. Es lassen sich Parallelen, aber auch Gegensätzlichkeiten zwischen der Fusionskontrolle und dem Entflechtungsinstrument des Referentenentwurfs feststellen. Teilweise wird in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, auch die Fusionskontrolle sei letztlich Verhaltenskontrolle und damit einem objektiven Entflechtungsinstrument nicht verwandt.<sup>56</sup> Wer die objektive Entflechtung vor allem auch als Mittel präventiver Gefahrenabwehr<sup>57</sup> versteht, wird angesichts der Kongruenz der Zwecke hierin eine notwendige Ergänzung der bereits angelegten Marktstrukturkontrolle im Rahmen der Fusionskontrolle sehen.<sup>58</sup>

## II. Objektive Entflechtung als Instrument der Wettbewerbsaufsicht

Losgelöst von der Diskussion um die Vereinbarkeit mit dem ordnungspolitischen Leitbild oder der Verwandtschaft zu vorhandenen Instrumenten der Wettbewerbsaufsicht ist die Eignung und Angemessenheit des Instruments der objektiven Entflechtung durch das Bundeskartellamt zu diskutieren.

Ein Kritikpunkt lautet, dass das Instrument der objektiven Entflechtung die Funktionen dynamischen Wettbewerbs verkenne. In einem dynamischen, ergebnisoffenen Wettbewerb solle der innovative, sich regelkonform verhaltende Marktführer die Früchte seiner Anstrengungen behalten dürfen. Die Gefahr, diese durch eine Entflechtung entzogen zu bekommen, sei wettbewerbschwächend. Die Monopolkommission hat in ihrem Sondergutachten insofern eine ausführliche wettbewerbstheoretische Analyse vorgenommen.<sup>59</sup> Sie kommt darin zu dem Ergebnis, dass das Instrument der objektiven Entflechtung trotz dieser Folgen gleichwohl sinnvoll sein kann. Im Rahmen dieser Diskussion dürften grundsätzlich diejenigen, die sich von einer (wie auch immer definierten) bestimmten Marktstruktur in der Tendenz die besten Ergebnisse erhoffen, einer objektiven Entflechtung positiver gegenüberstehen als diejenigen, die einer solchen Strukturbetrachtung fern stehen. In diesem Zusammenhang fällt folgender Aspekt auf: Der Referentenentwurf knüpft mit dem Kriterium der Marktbe-

---

<sup>56</sup> So wohl Satzky, WUW 2010, S. 614, 620. A.A. Monopolkommission, Sondergutachten 58, Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, 2010, S. 10.

<sup>57</sup> Mundt, Neue Instrumente zur Beschneidung wirtschaftlicher Macht?, Orientierungen zur Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 123, März 2010, S. 29, 30.

<sup>58</sup> So auch Monopolkommission, Sondergutachten 58, Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, 2010, S. 10.

<sup>59</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 58, Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, 2010, S. 16 ff.

herrschaft an ein etabliertes Strukturkriterium an. Gleichzeitig wird im Bereich der Fusionskontrolle die Übernahme des SIEC-Tests diskutiert. Jedenfalls bei einem so einschneidenden Instrument wie der objektiven Entflechtung scheint diskussionswürdig, ob ein stärker wirkungsbasierter Ansatz sinnvoll sein könnte. So wird vertreten, dass die „verkrusteten Märkte“ tatbestandlich besser über die festgestellten unerwünschten *Wirkungen* der Marktherrschaft eingegrenzt werden könnten.<sup>60</sup>

Im Hinblick auf die Frage der Eignung einer objektiven Entflechtung als Instrument der Wettbewerbsaufsicht werden Anordnungen strukturellen Inhalts in der Praxis (teilweise) als wirksames Mittel angesehen. Lässt sich ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten nicht anders beseitigen, ist als strukturelle Maßnahme sowohl im europäischen als auch im deutschen Recht eine Entflechtung denkbar. Die oben dargestellte Praxis der Europäischen Kommission im Bereich der großen vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen hat gezeigt, dass strukturelle Entflechtungen im Rahmen der Missbrauchsaufsicht durchaus als probates Mittel zur Belebung des Wettbewerbs angesehen werden.<sup>61</sup> Auch das Bundeskartellamt hat mit einigen Entscheidungen in vorhandene Marktstrukturen eingegriffen, jedoch ohne Unternehmensteile zu verselbständigen. Die Untersagungen langfristiger Gaslieferverträge dienten der Abstellung einer konkreten Zuwiderhandlung und untersagten ein bestimmtes Verhalten. Zugleich können sie wegen ihrer Wirkung im betroffenen Markt schon als strukturelle Maßnahmen bezeichnet werden.

Hieran anknüpfend ließe sich argumentieren, dass die Ziele der objektiven Entflechtung auch durch eine (verschärfte) Missbrauchsaufsicht erreicht werden können und es eines entsprechenden Instrumentes nicht bedarf. Mit dem Hinweis darauf, dass das bestehende Instrumentarium „*hochgradig imperfekt*“ sei, wird die Frage u.a. von der Monopolkommission allerdings verneint.<sup>62</sup> In der Tat muss nach geltendem Recht in jedem Einzelfall – abgesehen von weitergehenden Verpflichtungszusagen – geprüft werden, ob Verhaltensauflagen nicht ausreichend sind, um einen konkreten Kartellrechtsverstoß abzustellen. Die Fallkonstellatio-

---

<sup>60</sup> Vgl. Klees/Hauser, Entflechtung von Unternehmen als Instrument des allgemeinen Wettbewerbsrechts? RATUBS Nr. 4/2010, S. 29

<sup>61</sup> Zu nennen sind hier insbesondere die in den Fällen E.ON (COMP/39.388 – Stromgroßhandelsmarkt und COMP/39.389- Deutscher Regelenergiemarkt) und RWE (COMP/39.402) erfolgten Entflechtungen des Netzes.

<sup>62</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 58, Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, 2010, S. 11.

nen, in denen strukturelle Maßnahmen verhängt werden können, dürften die Ausnahme sein.<sup>63</sup>

Schließlich haben Kritiker ein grundsätzliches Misstrauen gegenüber der Entflechtung durch eine Behörde geäußert. Die Gestaltung von Märkten wird dem Bereich der Industriepolitik und dem wirtschaftspolitischen Gestaltungsauftrag des Gesetzgebers zugeordnet. Ermessensentscheidungen des Bundeskartellamtes im Rahmen der Entflechtung, insbesondere auf Oligopolmärkten, werden hier kritisch gesehen.<sup>64</sup> Manche befürchten deshalb ein „*Fehlerisiko ersten Ranges*“,<sup>65</sup> wenn das Amt seine Entscheidung frei und weisungsunabhängig treffen kann. Dahinter steht offenbar die Befürchtung, dass unternehmerische Entscheidungen letztendlich nicht durch behördliche Vorgaben ersetzt werden können. In der Tat wird man festhalten müssen, dass das Bundeskartellamt durch eine objektive Entflechtung Märkte nach seiner Überzeugung „gestalten kann“ - mit allen Gefahren, die eine solche Marktgestaltung durch eine Behörde in sich trägt. Die Monopolkommission verweist in diesem Zusammenhang allerdings auf die Erfahrungen des Bundeskartellamtes im Bereich der teilweise umfangreichen Nebenbestimmungen in Fusionskontrollverfahren.<sup>66</sup> Ein Unterschied besteht hierbei darin, dass auch angebotene Zusagen immer eine unternehmerische Entscheidung darstellen, während bei einer objektiven Entflechtung im Einzelfall möglicherweise ganz auf eigene Vorstellungen der Behörde von einer besseren Unternehmens- und damit Marktstruktur zurückgegriffen werden müsste. Hierbei sind sehr komplexe – auch betriebswirtschaftliche – Erwägungen mit möglicherweise einer Vielzahl von Handlungsoptionen anzustellen.

In der Vergangenheit ist ein „Mittelweg“ zwischen verhaltensbezogenen Anordnungen und objektiver Entflechtung diskutiert worden.<sup>67</sup> Als Anschauung können die oben beschriebe-

---

<sup>63</sup> Grundsätzlich zweifelnd, ob mit einer Anknüpfung an Verhaltenskriterien die gleichen Wirkungen erzielt werden können Möschel, Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1979, S. 84 f.

<sup>64</sup> Bechtold, BB 2010, S. 451, 453, v.a. mit dem Hinweis auf das freie Aufgreif- und Auswahlermessen des Amtes.

<sup>65</sup> Haus, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 16.12.2009, S. 12.

<sup>66</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 58, Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, 2010, S. 14 f; einschränkend insoweit Klees/Hauser, Entflechtung von Unternehmen als Instrument des allgemeinen Wettbewerbsrechts? RATUBS Nr. 4/2010, S. 38 f., da die Interessenlage für die Unternehmen in beiden Verfahren grundverschieden sei. In Fusionskontrollverfahren sei die Kooperationsbereitschaft anders gelagert, weil hier eine Freigabe erreicht werden soll.

<sup>67</sup> Vgl. Möschel, der sich als materielles Eingriffskriterium für eine Gesamtschau von Verhaltens- und Strukturansätzen unter Berücksichtigung des Marktbezuges ausspricht, in: Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1979, S. 158 f. Auch die Monopolkommission hat in ihrem Hauptgutachten von 1980 gefordert, dass neben einem konkreten Missbrauch der Nachweis erbracht wird, dass dieser Missbrauch strukturbedingt ist. Die strukturellen Rahmenbedingungen des Marktes müssen missbräuchliche Verhaltensweise nahelegen. Monopolkommission, Fusionskontrolle bleibt vorrangig, Hauptgutachten 1978/1979, 1980, Tz. 729 ff.

nen Fallkonstellationen der von der Europäischen Kommission entgegen genommenen Verpflichtungszusagen dienen. Grundlage für die Entflechtung waren mehrere vorgeworfene Marktmissbräuche, die (im Wege einer Verpflichtungszusage) zu einer Anordnung führten, die die strukturellen Grundlagen und Anreize für derartige Missbräuche beseitigen soll. Hier hat die Kommission also den Nexus zwischen angeordneter Maßnahme und vorgeworfenem Marktmachtmissbrauch gelockert. Dies war allerdings nur im Verfahren der Verpflichtungszusage nach Art. 9 VO 1/03 möglich. Einen derartig „gelockerten Nexus“ lässt der derzeitige Wortlaut des Art. 7 VO 1/03 bzw. des § 32 GWB nicht zu. Mit der Untersuchung konkreter Missbräuche, die sich auf eine bestimmte Unternehmens- oder Marktstruktur zurückführen lassen, könnte möglicherweise auch der Aspekt zum Tragen kommen, vor einer Entflechtung stärker auf festgestellte *Wirkungen* einer bestimmten Marktstruktur abzustellen.

### III. Bezug zum europäischen Wettbewerbsrecht

Bislang ist wegen möglicher Konflikte mit europäischem Wettbewerbsrecht vor allem darauf hingewiesen worden, dass die europäische Fusionskontrollverordnung<sup>68</sup> der Einführung einer objektiven Entflechtung entgegenstehen könnte. Entnimmt man dieser teleologisch einen grundlegenden Anwendungsvorrang, soll eine nationale Entflechtung ausscheiden, wenn die Markbeherrschung Folge eines durch die Kommission genehmigten Zusammenschlusses ist.<sup>69</sup> Zugleich könne der Fusionskontrollverordnung der Grundsatz entnommen werden, dass markbeherrschende Stellungen nur bei externem Wachstum durch Hoheitsakt beseitigt werden können.<sup>70</sup> Für die Praxis wird darauf hingewiesen, dass einmal entflochtene Unternehmen ihren Wiederzusammenschluss bei der Europäischen Kommission anmelden könnten.<sup>71</sup> Das in § 41 lit. a Abs. 4 S. 5 Referentenentwurf vorgesehenes Rückerwerbsverbot wird insofern als europarechtswidrig betrachtet.<sup>72</sup>

Für den Bereich der Fusionskontrolle erscheint es jedoch fraglich, ob Kommission oder Bundeskartellamt im Einzelfall widerstreitende Entscheidungen ohne Berücksichtigung der vorangegangenen Entscheidung der jeweils anderen Behörde treffen würden.

Für die Diskussion näherliegend dürften die Bezüge der vorgeschlagenen Regelung zu dem durch die VO 1/2003 etablierten System des Europäischen Netzwerkes der Kartellbehörden

---

<sup>68</sup> Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 20. Januar 2004.

<sup>69</sup> Lange, EWS 2010, S. 1.

<sup>70</sup> Bechtold, BB 2010, S. 451, 452.

<sup>71</sup> Hierzu im Einzelnen Monopolkommission, Sondergutachten 58, Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, 2010, S. 37.

<sup>72</sup> Lange, EWS 2010, S. 1.

(„ECN“) sein. Typischerweise dürften Fälle der objektiven Entflechtung solche Sachverhalte und Märkte erfassen, die den Artikel 101 und 102 AEUV unterfallen. Deshalb erscheint es sinnvoll, das vorgeschlagene Instrument auch unter dem Blickwinkel der Fallallokation im Netzwerk, der einheitlichen Ausrichtung einer europäischen Wettbewerbspolitik oder auch der Konvergenz der nationalen Verfahrensrechte zu diskutieren.

## F. Diskussionspunkte

Die Darstellung hat grundsätzliche Fragen aufgeworfen:

- Besteht ein Bedarf für das Instrument der objektiven Entflechtung? Inwieweit ist das vorhandene Instrumentarium unzureichend? Passt ein solches Instrument in das System der Wettbewerbsaufsicht oder stellt es einen Systembruch im GWB dar?
- Sollte eine Entflechtungsanordnung den Nachweis eines konkreten Kartellrechtsverstößes voraussetzen? Wie ist der Ansatz zu bewerten, bei dem das konkrete Verhalten nur den Anlass bietet, strukturelle Maßnahmen anzuordnen, um die für das Verhalten (mit-)verantwortliche Struktur des Marktes zu ändern?
- Sprechen grundsätzliche Erwägungen gegen behördliche Entflechtungen von Unternehmensteilen und die damit verbundene Umstrukturierung von Märkten?
- Wie wirksam ist ein objektives Entflechtungsinstrument? Ist eine belastbare Prognose in betriebswirtschaftlicher Hinsicht und in Hinblick auf die erwartete Verbesserung der Marktergebnisse möglich? Ist dafür die Kooperation der Unternehmen notwendig? Wie könnte diese gesichert werden angesichts der Tatsache, dass im Gegensatz zu Fusionskontrollverfahren kein Interesse der Unternehmen am Fortgang des Verfahrens besteht und – mangels vorgeworfener konkreter Rechtsverstöße – auch keine Geldbuße droht?

Neben diesen allgemeinen Fragestellungen bietet der im Januar 2010 vorgelegte (und im Mai 2010 überarbeitete) Referentenentwurf Anlass zur Diskussion im Detail:

- Der Wortlaut des § 41 lit. a GWB lässt offen, ob mit einer Entflechtungsanordnung auch verhaltensorientierte Maßnahmen ergehen können. Lässt sich in diesem Fall ein systematisches Spannungsverhältnis mit § 32 GWB feststellen, der an eine in der Regel milder wirkende Verhaltensanordnung strengere Voraussetzungen knüpft (Kartellrechtsverstoß)?

- Die Entflechtung soll die Verkrustung eines Marktes, der von einem oder mehreren Unternehmen beherrscht wird, beenden. Ist es denkbar, dass die Entflechtung für Unternehmensteile auf anderen Märkten erfolgt, auf denen keine Marktbeherrschung besteht?
- Nach § 71 Abs. 5 S. 2 GWB ist im Verfahren der Ministererlaubnis die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung durch das Beschwerdegericht nicht überprüfbar. Inwieweit ist die Einschätzung des Bundeskartellamtes über die gesamtwirtschaftliche Bedeutung eines Marktes justiziabel?
- Die verfassungsrechtliche Dimension der objektiven Entflechtung wird vielfach diskutiert. Für den Gesetzgeber stellt sich die Frage, ob und in welcher Höhe eine Entschädigung für den veräußerten Vermögensteil geregelt werden muss. Stellt der Vorschlag der Monopolkommission eine praktikable Lösung dar?<sup>73</sup>
- Sowohl das Bundeskartellamt als auch das Bundeswirtschaftsministerium haben bei ihrer Prüfung gesamtwirtschaftliche Aspekte zu berücksichtigen. Gibt es Konflikte wegen zum Teil unterschiedlicher, zum Teil sich deckender materieller Prüfkriterien?

---

<sup>73</sup> Diese schlägt auf Grundlage des ersten Referentenentwurfs (Jan. 2010) vor, dass die Hälfte der Differenz zwischen gutachterlich festgestelltem Wert und dem tatsächlich erzielten Verkaufserlös durch den Bund zu tragen ist. Das Unternehmen erhält also in jedem Fall immer die Hälfte des festgestellten Wertes des Vermögensteils, vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 58, Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, 2010, S. 21 ff.