



**Die verfassungsrechtliche
Zulässigkeit eines
Entflechtungstatbestandes
im Gesetz gegen Wett-
bewerbsbeschränkungen**

als ultima ratio zur Beseitigung
eines Wettbewerbsversagens

Christoph Engel





Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Entflechtungstatbestandes im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

als ultima ratio zur Beseitigung eines Wettbewerbsversagens

Christoph Engel

December 2007

Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Entflechtungstatbestandes im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

als ultima ratio zur Beseitigung eines Wettbewerbsversagens*

Christoph Engel

| | | |
|------|--|----|
| I. | Einführung | 2 |
| 1. | Fragestellung | 3 |
| 2. | Vorgängervorschriften und das Meinungsspektrum | 4 |
| 3. | Grundrechtsträger | 4 |
| 4. | Grundrechte | 6 |
| 5. | Gang der Untersuchung | 8 |
| II. | Eigentumsgegenstände | 8 |
| 1. | Veräußerung von Gegenständen des Anlage- und Betriebsvermögens | 9 |
| 2. | Auflösung von Konzernbeziehungen | 12 |
| 3. | Ausgliederung von Unternehmensteilen | 13 |
| 4. | Intervention in externes Wachstum | 14 |
| III. | Eingriff | 15 |
| 1. | Veräußerung durch den Treuhänder | 15 |
| 2. | Vorwirkungen | 15 |
| IV. | Enteignung? | 19 |
| V. | Formelle Grundrechtsschranken | 21 |
| 1. | Drohung | 22 |
| 2. | Bestimmtheit | 24 |
| 3. | Vertrauensschutz | 27 |
| 4. | Grundrechtsschutz durch Verfahren | 28 |
| VI. | Legitimes Ziel | 30 |
| 1. | Maßstäbe | 30 |
| 2. | Marktstruktur und Marktergebnis | 32 |
| 3. | Wirkungslosigkeit der Missbrauchsaufsicht | 36 |
| 4. | Schwäche der Fusionskontrolle | 40 |

* Martin Hellwig, Felix Höffler und Jörn Lüdemann danke ich für hilfreiche Kommentare.

| | |
|---|----|
| VII. Geeignetheit | 41 |
| 1. Maßstäbe | 41 |
| 2. Theoretische Einwände | 42 |
| 3. Praktische Einwände | 43 |
| a. Erfolg vor Gericht | 43 |
| b. Praktische Folgeprobleme | 44 |
| c. Erfolg der Erwerber am Markt | 44 |
| d. Verbesserung des Marktergebnisses | 46 |
| VIII. Erforderlichkeit | 48 |
| 1. Andere Mittel zur Verbesserung des Marktergebnisses | 48 |
| 2. Art und Weise der Entflechtung | 50 |
| IX. Angemessenheit | 51 |
| 1. Entflechtung als ultima ratio | 52 |
| 2. Kompensation | 55 |
| a. Ausgleichspflichtige Bestimmung von Inhalt und Schranken | 55 |
| b. Verkaufserlös als Kompensation | 56 |
| c. Abhängigkeit der Höhe vom Zweck des Eingriffs | 57 |
| d. Kein Schutz der Monopolrente | 59 |
| e. Schutz des going concern? | 60 |
| f. Schutz vor Wertverlust bei Zwangsveräußerung? | 61 |
| X. Kollektive Marktbeherrschung | 63 |
| XI. Ergebnisse | 65 |
| XII. Anhang: Erfolgsbilanz der Fusionskontrolle | 76 |
| 1. Zuwachs der Konzentration zwischen 1993 und 2003 | 76 |
| 2. Grad der Konzentration 2003 | 77 |

I. Einführung

1. Fragestellung

Das deutsche Kartellrecht ist unvollständig. Wenn Unternehmen ihr Verhalten abstimmen oder wenn sie ihre Marktmacht missbrauchen, schreitet die Rechtsordnung ein. Wenn sich Unternehmen zusammenschließen, prüft das Bundeskartellamt den Konzentrationsvorgang. Hat der Zusammenschluss einmal die Billigung des Kartellamts gefunden, gibt es aber keine Handhabe mehr gegen wettbewerbspolitisch problematische Marktstrukturen. Ebenso stumm bleibt die Rechtsordnung, wenn die marktbeherrschende Stellung auf internem Wachstum beruht. Ein Entflechtungstatbestand würde Abhilfe schaffen. Aber wären nachträgliche Eingriffe in die Marktstruktur verfassungsrechtlich zulässig?

Die Mehrheit im Bundestag und im Bundesrat wird für das Vorhaben nicht leicht zu gewinnen sein. Für die Unternehmen ist nicht schwer herauszubekommen, ob sie betroffen sein könnten. Gerade mächtigen Unternehmen fällt der Zugang zum Gesetzgeber leicht; dieser Befund ist eine der Triebkräfte hinter dem ordoliberalen Drängen auf Marktstrukturkontrolle. Deshalb ist mit erbittertem Widerstand zu rechnen. Entscheidet sich der Gesetzgeber dennoch für Entflechtung, wäre das anderen Ländern Legitimation genug. Nicht so in unserem Lande. Selbst wenn das politische Kunststück gelänge, wäre immer noch damit rechnen, dass das neue Gesetz vor das Verfassungsgericht getragen wird. In der politischen Auseinandersetzung werden die Gegner wortreich (und ganz gewiss auch dogmatisch ausgefeilt) vortragen, dass die Verfassung die Entflechtung von Unternehmen gar nicht zulasse.

Diesem Argument will dieser Text zuvorkommen. Er hat also ein streng juristisches Anliegen. Es geht nicht darum, ob Entflechtung wünschenswert wäre. Das muss der Gesetzgeber entscheiden. Vielmehr geht es ausschließlich darum, welche Grenzen die Verfassung zieht, sollte sich der Gesetzgeber zur Einführung von Entflechtung entschließen. Die Grundrechtsdogmatik ist allerdings nicht blind gegenüber dem Regelungsbedarf und den Wirkungen rechtlicher Interventionen. Das erste spielt beim legitimen Ziel seine Rolle¹, das zweite bei der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Angemessenheit. Die Verfassung verlangt vom Gesetzgeber aber nicht die eine richtige Lösung. Die Verfassung erkennt an, dass der Gesetzgeber unter hoher Unsicherheit entscheiden muss², und dass man über den normativen Maßstab streiten kann³. Deshalb kommt es für das Verfassungsrecht nicht darauf an, ob Entflechtung die beste Lösung ist. Der Gesetzgeber muss nur die äußersten Grenzen respektieren, die ihm die Verfassung zieht. Diese Untersuchung bestimmt, wo diese Grenzen liegen.

1 ENGEL in Brugger, Kirste und Anderheiden (2002).

2 MEßERSCHMIDT Gesetzgebungsermessen (2000); SPIECKER GEN. DÖHMANN in Lege (2001).

3 ENGEL in Rechtstheorie (2001).

2. Vorgängervorschriften und das Meinungsspektrum

Der Wunsch nach einem Entflechtungstatbestand ist nicht neu. Schon der erste Entwurf für ein GWB, der Josten-Entwurf aus dem Jahre 1949, enthielt die Entflechtungsbefugnis⁴. Einen offiziellen Entwurf hat die Monopolkommission 1980 in ihrem III. Hauptgutachten vorgelegt⁵. Ausformulierte Textvorschläge gibt es außerdem von ERHARD KANTZENBACH (1978)⁶, WERNHARD MÖSCHEL (1979)⁷ und REINHARD SCHULTE-BRAUCKS (1980)⁸.

Diese Vorschläge haben zu einer verfassungsrechtlichen Diskussion geführt. Die Meinungen sind geteilt. PETER SELMER⁹ und BIRGIT MÜLLER¹⁰ halten Entflechtungen für verfassungswidrig, die Monopolkommission¹¹, KONRAD DUDEN¹², WERNHARD MÖSCHEL¹³, RUPERT SCHOLZ¹⁴, REINHARD SCHULTZE-BRAUCKS¹⁵ und MARKUS KERBER¹⁶ halten sie für verfassungsgemäß¹⁷.

Erwähnt sei auch die Entscheidung einer Kammer des Bundesverfassungsgerichts zur Pressefusionskontrolle. In der Entscheidung erwähnt das Gericht das Eigentumsgrundrecht und die Gewerbefreiheit nicht einmal. Einen Verstoß gegen die Pressefreiheit scheidet das Gericht aus. Die Regeln sind „zur Erreichung des gesetzlichen Ziels der Verhinderung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Macht geeignet, erforderlich und auch im engeren Sinne verhältnismäßig“. Ausdrücklich billigt das Gericht dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Fusionskontrolle einen Gestaltungsspielraum zu. Deshalb durfte er an Pressefusionen zwanzig mal so strenge Anforderungen stellen wie an die Fusion anderer Unternehmen¹⁸.

3. Grundrechtsträger

Der Hauptteil der Untersuchung konzentriert sich auf ein Grundrecht eines Grundrechtsträgers: das Eigentumsgrundrecht des entflochtenen Unternehmens. Das ist der Kern der verfassungs-

4 § 15 Entwurf zu einem Gesetz zur Sicherung des Leistungswettbewerbs und zu einem Monopolamt, gedruckt im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft, 1949.
5 BT Drs. 8/4404, R 764.
6 Zit.n. SCHOLZ Entflechtung (1981) 40; der Vorschlag liegt anscheinend nicht gedruckt vor.
7 MÖSCHEL Entflechtungen (1979) 112 f.
8 SCHULTE-BRAUCKS Auflösung (1980) 284 f.
9 SELMER Unternehmensentflechtung (1981).
10 MÜLLER Entflechtung (2004) 191-240.
11 Monopolkommission Hauptgutachten III, R 779.
12 DUDEN in Coing (1965).
13 MÖSCHEL Entflechtungen (1979) 131-152.
14 SCHOLZ Entflechtung (1981); s. auch SCHOLZ Konzentrationskontrolle (1971) und Maunz-Dürig-Scholz Art. 14 GG, R 507 f.
15 SCHULTE-BRAUCKS Auflösung (1980) 260-278.
16 KERBER Unternehmensentflechtung (1987) 66-107.
17 Vgl. auch BGH 21.2.1978, NJW 1978, 1320, 1325 – Kfz-Kupplungen: die Entflechtung eines vollzogenen Zusammenschlusses, der nicht freigegeben wird, verstößt nicht gegen Art. 14 GG.
18 BVerfG Kammer 29.8.1983, NJW 1986, 1743 – Anzeigenblatt.

rechtlichen Frage. Das Unternehmen selbst ist Träger des Grundrechts¹⁹. Das gilt nach Art. 19 Abs. 3 GG auch dann, wenn das Unternehmen als juristische Person verfasst ist²⁰.

Auch das Anteilseigentum der Gesellschafter ist von Art. 14 GG geschützt²¹. Der Schutz, den das Grundgesetz den Gesellschaftern gewährt, geht jedoch nicht über den Schutz hinaus, den das Unternehmen genießt. Insbesondere werden dadurch nicht die Gewinnerwartungen des Unternehmens zu verfassungsrechtlich gewährleistetem Eigentum²².

Durch die Entflechtung können Arbeitnehmer auf zwei Arten betroffen sein²³. Wenn sie in dem Unternehmensteil gearbeitet haben, der auf Veranlassung des Bundeskartellamts veräußert wird, können sie einen neuen Arbeitgeber erhalten. Das geschieht dann, wenn der Unternehmensteil als lebende Einheit und insbesondere unter Einschluss des Personals veräußert wird. Die Veräußerung greift dann in die von Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Vertragsfreiheit²⁴ der Arbeitnehmer ein. Ihnen wird ein neuer Vertragspartner aufgezwungen. Das gleiche geschieht jedoch bei jeder Veräußerung eines Unternehmens. Das Arbeitsrecht hält angemessene Sicherungen bereit²⁵. Bleibt der Arbeitnehmer beim bisherigen Arbeitgeber, muss er die Schmälerung seines Einkommens und seiner Karrierechancen hinnehmen, die aus dem Verlust der marktbeherrschenden Stellung herrührt. Das berührt die Berufsausübungsfreiheit²⁶. Solche Chancen sind in der Hand des Arbeitnehmers aber so wenig verfassungsrechtlich geschützt wie in der Hand des Arbeitgebers²⁷.

Für die Gläubiger stellen sich ganz parallele Fragen. Wenn ganze Unternehmensteile veräußert werden, kann das so ausgestaltet werden, dass das aufnehmende Unternehmen auch die Verbindlichkeiten übernimmt. Zum Eigentum i.S.v. Art. 14 GG gehört auch die Forderungszuständigkeit²⁸. Der Gesetzgeber ist deshalb nicht frei²⁹. Der Schutz der Gläubiger ist im geltenden Recht weniger gut ausgearbeitet als der Schutz der Arbeitnehmer. Daraus folgt aber kein durchgreifendes Hindernis³⁰. Erscheint der Gläubigerschutz unzureichend, muss die Entflechtung auf andere Weise bewirkt werden. Insbesondere können die Verbindlichkeiten bei der abgebenden Gesellschaft bleiben. Durch die Entflechtung vermindert sich allerdings auch die Haftungsmasse.

19 SCHOLZ Entflechtung (1981) 150.

20 BVerfGE 4, 7, 17 – Investitionshilfe; 23, 153, 163 – Schatzanweisungen; 53, 336, 345 – Eisenbahnkreuzungsgesetz; spezifisch zur Entflechtung SELMER Unternehmensentflechtung (1981) 21.

21 BVerfGE 14, 263, 276 – Feldmühle; 50, 290, 341 – Mitbestimmung; 100, 289, R 42 – Barabfindung; 102, 197, 211 – Spielbankengesetz Baden-Württemberg; BVerfG Kammer 23.8.2000, NJW 2001, 279, 279 – Moto Meter AG.

22 BVerfGE 102, 197, 211 – Spielbankengesetz Baden-Württemberg; vgl. auch SCHULTE-BRAUCKS Auflösung (1980) 268; SCHOLZ Entflechtung (1981) 151.

23 S. auch OEHLER Entflechtung (1976) 217: in der amerikanischen Praxis war der Schutz der Arbeitnehmer nie ein ernst zu nehmendes Entflechtungshindernis.

24 HÖFLING Vertragsfreiheit (1991).

25 MÖSCHEL Entflechtungen (1979) 121; SCHOLZ Entflechtung (1981) 225 f.

26 MÜLLER Entflechtung (2004) 200.

27 Ebd. und näher unten II.1.

28 BVerfGE 42, 263, 294 – Contergan.

29 SCHOLZ Entflechtung (1981) 225 f.; anders wohl MÜLLER Entflechtung (2004) 200.

30 MÖSCHEL Entflechtungen (1979) 120-123.

Zugleich sinkt die Ertragskraft des abgebenden Unternehmens³¹. Gegen solche Veränderungen gewährt das Eigentumsgrundrecht aber keinen Schutz³². Das folgt aus den gleichen Überlegungen, aus denen das Bundesverfassungsgericht ausschließt, dass Chancen und Erwartungen zum verfassungsrechtlich geschützten Eigentum eines Unternehmens gehören³³.

Nicht jeder potentiell Betroffene ist aber auch Grundrechtsträger. Insbesondere kann die öffentliche Hand selbst keinen Grundrechtsschutz beanspruchen. Das gilt jedenfalls dann, wenn Hoheitsträger einen beherrschenden Einfluss auf die Unternehmensführung haben³⁴.

4. Grundrechte

Die Entflechtungsanordnung berührt nicht nur das Eigentumsgrundrecht des entflochtenen Unternehmens. Der Schutz, den andere Grundrechte und Verfassungsnormen gewähren, geht jedoch jedenfalls nicht weiter als Art. 14 GG. Auch dogmatische Probleme gibt es ausschließlich bei dieser Vorschrift. Der Hauptteil der Untersuchung beschränkt sich deshalb auf das Eigentum.

Im Verfassungstreit um die unternehmerische Mitbestimmung hat es eine intensive Auseinandersetzung über die Frage gegeben, ob das Grundgesetz eine bestimmte Wirtschaftsverfassung garantiert³⁵. Das Bundesverfassungsgericht hat das abgelehnt³⁶. Deshalb braucht die Frage auch für die Entflechtung nicht neu aufgeworfen zu werden³⁷.

Ob die Freiheit von Unternehmen zur Betätigung am Markt von Art. 12 Abs. 1 GG geschützt ist oder nur von Art. 2 Abs. 1 GG, ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nach wie vor nicht abschließend geklärt. In neuerer Zeit scheint das Gericht aber stärker zu Art. 12 Abs. 1 zu tendieren³⁸. Ein Eingriff in die Freiheit der Berufswahl scheidet aber jedenfalls aus³⁹. Gegen bloße Beschränkungen der Berufsausübung gewährt Art. 12 Abs. 1 GG keinen nennenswerten Schutz. Jüngst hat das Gericht sogar mehrfach herausgestellt, dass Art. 12 Abs. 1 GG schon tatbestandlich keinen Schutz vor einer Verschlechterung der Wettbewerbschancen gewährt:

„Marktteilnehmer haben aber keinen grundrechtlichen Anspruch darauf, dass die Wettbewerbsbedingungen für sie gleich bleiben. Insbesondere gewährleistet das Grundrecht keinen Anspruch auf eine erfolgreiche Marktteilhabe oder künftige Erwerbsmöglichkeiten. Vielmehr unterliegen die Wettbewerbsposition und damit auch

31 Zum ökonomischen Hintergrund am Parallellfall der feindlichen Übernahme näher MÜLLER und PANUNZI in Quarterly Journal of Economics (2004).

32 Deshalb ist die MÖSCHEL Entflechtungen (1979) 122 erwogene gesamtschuldnerische Haftung von aufnehmendem und abgebendem Unternehmen jedenfalls nicht verfassungsrechtlich geboten.

33 Dazu näher unten II.1.

34 BVerfGE 115, 205, R 72 – in camera.

35 Die Einzelheiten sind in der Entscheidung referiert, BVerfGE 50, 290 – Mitbestimmung.

36 BVerfGE 50, 290, 336 f.

37 Eine noch von dem Streit um die Mitbestimmung geprägte Untersuchung findet sich bei SCHOLZ Entflechtung (1981) 83-136; wie hier SELMER Unternehmensentflechtung (1981) 18.

38 BVerfGE 115, 205, R 84 – in camera.

39 Monopolkommission Hauptgutachten III, R 801; MÖSCHEL Entflechtungen (1979) 142; SCHOLZ Entflechtung (1981) 183; vgl. auch SCHOLZ Konzentrationskontrolle (1971) 52 f.

die erzielbaren Erträge dem Risiko laufender Veränderung je nach den Verhältnissen am Markt und damit nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen⁴⁰.

Die Aufgabe des Kartellrechts ist es, diese Funktionsbedingungen zu erhalten. Vor einer bloßen „Schwächung der wirtschaftlichen Potenz“⁴¹ schützt das Grundrecht deshalb von vornherein nicht⁴². Erst recht schützt es solche Marktstellungen nicht, die ein Unternehmen erst durch den Missbrauch wirtschaftlicher Macht erworben hat. So liegt es regelmäßig bei den späteren Verstärkungen der marktbeherrschenden Stellung, nachdem ein Unternehmen einmal diese Stellung erworben hat.

Die meisten Formen der Entflechtung machen dem entflochtenen Unternehmen Vorgaben für die Unternehmensorganisation; anders ist das am ehesten dann, wenn das Unternehmen zur Veräußerung von einzelnen Gegenständen des Anlage- oder Betriebsvermögens verpflichtet wird. Die Freiheit der Unternehmensorganisation ist von Art. 9 Abs. 1 GG geschützt⁴³. Das Bundesverfassungsgericht gewährt dem Gesetzgeber jedoch einen relativ weiten Ausgestaltungsvorbehalt⁴⁴. Dessen Grenzen sind jedenfalls nicht strenger als die Grenzen von Art. 14 Abs. 1 GG⁴⁵.

Schon aus Gründen der Praktikabilität werden die abzugebenden Vermögensteile nach Möglichkeit von dem entflochtenen Unternehmen freihändig veräußert. Notfalls wird an der Stelle des Unternehmens ein Treuhänder tätig. Die Gerichte hatten noch keinen Anlass, die Rechtsstellung von Entflechtungstreuhändern zu klären. Im Schrifttum ist vorgeschlagen worden, dass er als Beliehener tätig wird⁴⁶. Dann würde dem entflochtenen Unternehmen kein Vertrag aufgezwungen. Vielmehr erhielte ein vom Staat eingesetzter Dritter Macht, über Vermögensgegenstände des Unternehmens zu verfügen. Die tief greifende Sanktion übt aber erheblichen Druck auf das Unternehmen aus, selbst einen geeigneten Käufer zu finden. Das kann man als mittelbaren Eingriff in die von Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Vertragsfreiheit deuten. Überdies bedarf der geschlossene Vertrag der Zustimmung des Bundeskartellamts. Trotzdem sind die mittelbaren Beschränkungen bei der Wahl des Vertragspartners und bei der Ausgestaltung des Vertrages nur ein Randaspekt der Entflechtung. Der verfassungsrechtliche Kern besteht nicht in diesen Beschränkungen⁴⁷, sondern in der Pflicht, die bezeichneten Teile des Vermögens überhaupt zu veräußern⁴⁸.

Nur marktmächtige Unternehmen können entflochten werden. Überdies müssen die Schwellenwerte überschritten sein. Beides kann man als Begünstigung kleinerer Unternehmen deuten⁴⁹.

40 BVerfGE 110, 274, R 41 – Ökosteuer; s. auch BVerfGE 115, 205, R 82 – in camera.

41 Darauf will SELMER Unternehmensentflechtung (1981) 23 abstellen.

42 Vgl. auch Monopolkommission Hauptgutachten III, R 801.

43 BVerfGE 50, 290, 353 f. – Mitbestimmung.

44 Ebd., 354 f.

45 Monopolkommission Hauptgutachten III, R 803; SCHOLZ Entflechtung (1981) 190; s. auch SELMER Unternehmensentflechtung (1981) 24.

46 BÜRK Treuhänder (2005).

47 S. dazu ausführlich HÖFLING Vertragsfreiheit (1991).

48 So im Ergebnis auch Monopolkommission Hauptgutachten III, R 804; SCHOLZ Entflechtung (1981) 193; SELMER Unternehmensentflechtung (1981) 24.

49 DUDEN in Coing (1965) 18.

Die unterschiedliche Behandlung ist jedoch gerechtfertigt. Wenn es an der Marktmacht fehlt, entfällt schon der wettbewerbspolitische Grund zur Intervention⁵⁰. Im Schrifttum sind die Schwellenwerte als Instrument zur Förderung kleinerer und mittlerer Unternehmen gedeutet worden⁵¹. Treffender ist eine andere Begründung. Wenn ein kleines Unternehmen Marktmacht hat, muss der relevante Markt sehr klein sein. Auf solchen Märkten beruht die Marktmacht viel häufiger auf Größenvorteilen als auf größeren Märkten. Alternativ kann man den Unterschied auch so begründen: Fusionen beschränken zwar den Wettbewerb. Wenn sie mit Größen- oder Verbundvorteilen einhergehen, steht dem aber ein Effizienzgewinn gegenüber. Der Gesetzgeber nimmt an, dass bei typisierender Betrachtung oberhalb der Schwellenwerte der Verlust an Wettbewerb überwiegt. Mit den Schwellenwerten macht der Gesetzgeber also von seiner Befugnis zur Typisierung Gebrauch⁵². Deshalb verstoßen auch die Schwellenwerte nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

5. Gang der Untersuchung

Da es ausschließlich um das Eigentumsgrundrecht gehen wird, kann die Untersuchung der Dogmatik von Art. 14 GG folgen. Verschiedene Eigentumsgegenstände können von der Entflechtung betroffen sein (II). Die Entflechtung greift in das Grundrecht ein (III). Sie stellt aber keine Enteignung dar (IV). Daraus ergeben sich die Maßstäbe, an denen die Rechtfertigung des Eingriffs zu messen ist. Die formellen Grundrechtsschranken und die Anforderungen an den Grundrechtsschutz durch Verfahren sind zu beachten (V). Der Gesetzgeber verfolgt ein legitimes Ziel (VI). Entflechtung ist eine geeignete Maßnahme zur Verfolgung dieses Ziels (VII). Ein gleich geeignetes, das Eigentum weniger belastendes Mittel steht dem Gesetzgeber nicht zu Gebote (VIII). Der Eingriff steht auch nicht außer Verhältnis zu dem verfolgten Ziel (IX). All das gilt auch im Fall der kollektiven Marktbeherrschung (X).

II. Eigentumsgegenstände

Wirtschaftsrechtliche Normen berühren typischerweise mehrere Eigentumsgegenstände zugleich. Das ist auch bei der Entflechtung so. Welche Gegenstände das sind, hängt davon ab, auf welchem technischen Wege die Entflechtung bewirkt wird⁵³. Wird eine lebende Einheit veräußert, oder nur einzelne Gegenstände des Anlage- oder Betriebsvermögens? Wenn eine lebende Einheit den Unternehmensträger wechselt, geschieht das nur durch die Auflösung eines faktischen oder vertraglichen Konzerns? Oder wird der veräußerte Unternehmensträger zu diesem Zweck erst neu geschaffen?

50 Monopolkommission Hauptgutachten III, R 788.

51 SCHOLZ Konzentrationskontrolle (1971) 48.

52 BVerfGE 3, 225, 240 – Gleichberechtigung; 27, 142, 150 – Kinderzuschlag; 39, 316, 328 f. – Kinderzuschlag II; 60, 16, 42 – versorgungsrechtlicher Härteausgleich; 96, 1, 6 f. – Weihnachtsfreibetrag.

53 An dieser Stelle interessiert allerdings nicht, ob die Gesellschafter des bisherigen Unternehmens durch Aktien an einem abgespaltenen Unternehmen entschädigt werden, oder nur durch einen Anteil am Veräußerungserlös. Dazu unten VIII.2.

1. Veräußerung von Gegenständen des Anlage- und Betriebsvermögens

Verfassungsdogmatisch ist der intensivste Eingriff am einfachsten zu bewältigen. Zwingt das Bundeskartellamt das Unternehmen, einzelne Teile seines Anlage- oder Betriebsvermögens zu verkaufen, ist das Eigentum an diesen Gegenständen zweifelsfrei berührt. Sie sind durchweg Eigentum i.S.v. Art. 14 GG, gleich ob es sich dabei um Grundstücke, bewegliche Sachen, geistiges Eigentum, Forderungen oder jede andere Art von handelbaren Gegenständen handelt⁵⁴.

Sehr viel schwieriger ist eine Folgefrage. Die einzelnen Teile des Anlage- und Betriebsvermögens sind typischerweise in ihrer Verbindung zur unternehmerischen Einheit mehr wert als je für sich. Die Zerschlagungswerte sind typischerweise niedriger als der Wert des going concern⁵⁵. Um wettbewerbspolitisch sinnvoll zu sein, wird sich die Pflicht zur Veräußerung auf „critical assets“ beziehen. Dann kann es geschehen, dass die bisherige unternehmerische Einheit (zumindest ohne neue Investitionen) nicht mehr lebensfähig oder jedenfalls sehr viel weniger wert ist. Schützt die Verfassung auch vor solchen Wertminderungen? Das ist der richtige Kern des dogmatischen Streits um die Frage, ob zum Eigentum im Sinne von Art. 14 GG auch der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb gehört. Bekanntlich lässt das Bundesverfassungsgericht die Frage in ständiger Rechtsprechung offen⁵⁶. Ich habe an anderer Stelle dargelegt, warum dieser Schutz gewährt werden sollte⁵⁷.

Vom Eigentum am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts jedoch der Eigentumsschutz von Chancen und Gegebenheiten zu unterscheiden⁵⁸. In zahlreichen Entscheidungen betont das Gericht, dass dieser Schutz jedenfalls nicht in Betracht kommt⁵⁹. Das gilt selbst dann, wenn die Chance zu einer öffentlich-rechtlichen Position geronnen ist⁶⁰. Für diese Zurückhaltung gibt es eine Mehrzahl von Gründen an. Art. 14

54 BVerfGE 83, 201, 208 f. – Bundesberggesetz

55 Das kann allerdings auch anders sein. Auf dieser Möglichkeit beruht das Geschäftsmodell von corporate raiders. Durch feindliche Übernahme bringen sie die Leitungsmacht im Unternehmen an sich und nutzen sie dazu, besonders werthaltige assets aus dem bisherigen unternehmerischen Zusammenhang zu lösen. Ein klassisches Beispiel sind Grundstücke in Innenstadtlagen.

56 BVerfGE 51, 193, 221 f. – Weinlagennamen; 66, 116, 145 – Bild-Zeitung/Wallraf; 68, 193, 223 f. – Kostendämpfung Zahntechniker; 77, 84, 118 – Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe; 81, 208, 227 f. – Leistungsschutzrechte für Ausländer; 96, 375, 397 – Kind als Schaden; 105, 252, 278 – Glykol; Kammer 13.6.2002, NVwZ 2002, R 6 – TÜV Monopol; Kammer 20.11.2003, R 15 – Postgesetz; Kammer 16.12.2003, BVerfGK 2, 179, R 29 – Remailing; Kammer 24.11.2004, NJW 2005, 589, 590 – Internet Domain.

57 ENGEL in Archiv des öffentlichen Rechts (1993).

58 Plastisch BVerfG Kammer 22.12.1999, NJW 2000, 1325 – Landgerichtsbezirk Göttingen: „ungeachtet der Reichweite dieses Schutzes bei Gewerbebetrieben [...] oder bei Anwaltspraxen [...] steht nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts fest, dass die Gegebenheiten und Chancen, innerhalb derer der Unternehmer seine Tätigkeit entfaltet, von der Eigentumsgarantie nicht erfasst werden“.

59 BVerfGE 79, 29, R 46 – Sendung in Vollzugsanstalten; 100, 226, 243 – Denkmalschutz; 102, 197, 211 – Spielbankengesetz Baden-Württemberg; 105, 252, 277 f. – Glykol; 110, 274, B 1 b und c – Ökosteuern; Kammer 22.12.1999, NJW 2000, 1325 – Landgerichtsbezirk Göttingen; Kammer 23.8.2000, NJW 2001, 279, 280 – Moto Meter AG; Kammer 29.11.2000, NJW-RR 2001, 750 – Binnenschifffahrt; Kammer 13.6.2002, NVwZ 2002, 1232, R 6 – TÜV Monopol; Kammer 20.11.2003, R 14 – Postgesetz; Kammer 16.12.2003, BVerfGK 2, 179, R 30 – Remailing.

60 BVerfG Kammer 3.7.2001, NVwZ 2002, 197, R 25 – Branntweinmonopol: „Trifft die Rechtsordnung Regelungen, durch die wirtschaftliche Lagen und Verhaltensweisen verrechtlicht werden, die ohne eine rechtliche Regelung der getroffenen Art innerhalb der allgemeinen Rechtsordnung bloße Erwerbchancen darstellen, ist

GG schützt nur das Erworbene, nicht den Erwerb⁶¹. Zum Eigentum gehört deshalb nur, was die Rechtsordnung dem Rechtssubjekt zuvor bereits zugeordnet hatte⁶². Art. 14 GG schützt auch nicht die einträglichste Nutzung des Eigentums⁶³. „Der einzelne Urheber hat nicht Anspruch auf die Zuordnung jedweden noch so geringen Ergebnisses der Werknutzung“⁶⁴. Art. 14 GG enthält keine „allgemeine Wertgarantie“⁶⁵.

Insbesondere sind Marktstellungen nicht geschützt⁶⁶. Das Grundrecht

„gewährt daher dem Beschwerdeführer keinen Schutz davor, sich im Wettbewerb behaupten zu müssen und gegebenenfalls Kunden an konkurrierende Unternehmen zu verlieren“⁶⁷.

„Die Erwartung, dass ein Unternehmen auch in der Zukunft rentabel betrieben werden kann, fällt nicht in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG“⁶⁸.

„Die Rüge, dass die von der Bundesregierung mitzuverantwortenden Wettbewerbsverzerrungen im europäischen Binnenmarkt den Bundesgesetzgeber zur besonderen Rücksichtnahme auf die grundrechtlich geschützten wirtschaftlichen Belange deutscher Transportunternehmer verpflichte, ist ebenfalls unzulässig. [...] Art. 14 Abs. 1 GG biete[t] hierfür keine Grundlage“⁶⁹.

Der Unternehmensruf

„stellt sich am Markt durch die Leistungen und Selbstdarstellungen des Unternehmens einerseits und durch die Bewertung der Marktteilnehmer andererseits immer wieder neu her und ist damit ständiger Veränderung unterworfen. Art. 14 GG schützt [...] nicht [...] das Ergebnis situativer Einschätzungen der Marktbeteiligten, auch wenn dieses wirtschaftlich folgenreich ist“⁷⁰.

Der Wertverlust wäre also selbst dann nicht von Art. 14 GG erfasst, wenn die Marktstellung vor der staatlichen Intervention normativ unbedenklich war. Art. 14 GG ist erst recht unanwendbar, wenn der Gesetzgeber gerade deshalb in die Marktstellung eingreift, weil er die Marktstruktur für ein normatives Problem hält⁷¹.

Allerdings scheinen diese vielen eindeutigen Aussagen des Bundesverfassungsgerichts im Widerspruch zu einer Reihe anderer Entscheidungen des Gerichts zu stehen. Im Feldmühle-Urteil hat das Bundesverfassungsgericht die übertragende Umwandlung des Vermögens einer Kapital-

größte Zurückhaltung geboten, die dadurch begründeten öffentlichrechtlichen Rechtsstellungen in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie einzubeziehen“.

61 BVerfGE 105, 252, 277 f. – Glykol; Kammer 20.11.2003, R 14 – Postgesetz.

62 BVerfGE 102, 197, 211 – Spielbankengesetz Baden-Württemberg; 105, 252, 277 f. – Glykol; 110, 274, B 1 b – Ökosteuer; Kammer 13.6.2002, NVwZ 2002, 1232, R 6 – TÜV Monopol.

63 BVerfGE 100, 226, 243 – Denkmalschutz.

64 BVerfGE 79, 29, R 46 – Sendung in Vollzugsanstalten.

65 BVerfGE 105, 252, 277 – Glykol.

66 BVerfGE 105, 252, 278 – Glykol; 110, 274, B 1 c – Ökosteuer; Kammer 29.11.2000, NJW-RR 2001, 750 – Binnenschifffahrt.

67 BVerfG Kammer 29.11.2000, NJW-RR 2001, 750 – Binnenschifffahrt.

68 BVerfGE 110, 274, B 1 b – Ökosteuer.

69 BVerfGE 110, 274, B 1 c – Ökosteuer.

70 BVerfGE 105, 252, 278 – Glykol.

71 Vgl. SCHOLZ Konzentrationskontrolle (1971) 53: die Zusammenschlussfreiheit gehört nur zu den verfassungsrechtlich nicht geschützten Chancen.

gesellschaft auf eine Personengesellschaft zwar im Grundsatz auch dann gebilligt, wenn eine Minderheit der Aktionäre widerspricht. Der Gesetzgeber durfte ihre Interessen

„hinter den Interessen der Allgemeinheit an einer freien Entfaltung der unternehmerischen Initiative im Konzern zurücktreten [...] lassen“⁷².

Art. 14 Abs. 1 GG verlangt dann aber, dass ein ausscheidender Aktionär als Ausgleich mindestens das erhält „was seine gesellschaftliche Beteiligung an dem arbeitenden Unternehmen wert ist“⁷³. Diesen Standpunkt hat das Gericht auch in jüngster Zeit mehrfach bekräftigt⁷⁴.

Eine jüngere Entscheidung ist auf den potentiellen Widerspruch aufmerksam geworden. Zwischen Versicherungen kann der Bestand von Versicherungsverträgen übertragen werden. Aufgrund des Gesetzes war nur klar, dass die gerichtlich bereits durchsetzbaren Ansprüche der Versicherten erhalten bleiben. Der wirtschaftliche Wert einer Lebensversicherung ergibt sich jedoch vor allem aus der Erwartung, an den Überschüssen beteiligt zu werden. Das Versicherungsaufsichtsrecht verpflichtet die Versicherungen, solche Überschüsse zur Vorsorge für künftige Schwankungen anzusammeln. Sind die Überschüsse in dem Moment noch vorhanden, in dem die Versicherung ausgezahlt wird, muss der Versicherte nach Versicherungsaufsichtsrecht daran beteiligt werden. Das Gericht hat die Bestandsübertragung nur zugelassen, wenn dabei die Aussicht der Versicherten auf Überschussbeteiligung ungeschmälert bleibt. Das Gericht betont, bei dieser Aussicht handle es sich um „mehr als eine bloße Chance“⁷⁵.

„Zwar haben die einzelnen Versicherten zu diesem Zeitpunkt noch keine zivilrechtlichen Ansprüche auf eine konkrete Überschussbeteiligung. Sie verfügen jedoch über eine vertrags- und aufsichtsrechtlich abgesicherte, bei planmäßigem Verlauf auch wirtschaftlich gehaltvolle Position. Auch wenn sie noch nicht zu einem subjektiven Recht erstarkt ist, wird sie als gesetzlich programmiertes werdendes Eigentum schon vom Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG erfasst“⁷⁶.

Spätestens bei den Entscheidungen zum Umwandlungsrecht scheitert dieser Versuch des distinguishing jedoch. Der Wert eines Unternehmensanteils ist nur dann „voll“ ersetzt, wenn der ausscheidende Gesellschafter auch dafür entschädigt wird, dass ihm für die Zukunft die Gewinnerwartungen entgehen. Offensichtlich schwebt dem Gericht eine andere Differenzierung vor. Bei der Verfolgung öffentlicher Interessen soll der Gesetzgeber keine Rücksicht darauf nehmen müssen, dass er damit die Gewinnerwartungen von Unternehmen schmälert. Diese Wirkung hat nämlich praktisch jede wirtschaftsrechtliche Intervention. Bei der Umwandlung im Konzern oder bei der Bestandsübertragung zwischen Versicherungen verfolgt der Gesetzgeber dagegen kein (unmittelbares) öffentliches Interesse. Er schafft nur die rechtliche Form, in der Private die von ihnen selbst definierten Ziele verfolgen. Manchmal geht das nur um den Preis, dass auch Dritte beeinträchtigt werden. Das Bundesverfassungsgericht verbietet dem Gesetzgeber nicht katego-

72 BVerfGE 14, 263, 282 – Feldmühle.

73 BVerfGE 14, 263, 284 – Feldmühle.

74 BVerfGE 100, 289, 303 – Barabfindung; Kammer 27.1.1999, NJW 1999, 1699, R 21 – Spruchstellenverfahren; Kammer 8.9.1999, NJW-RR 2000, 842, R 19 – Hartmann & Braun; Kammer 23.8.2000, NJW 2001, 279, 280 – Moto Meter AG.

75 BVerfGE 114, 1, C I 1 b – Überschussbeteiligung.

76 BVerfGE 114, 1, C I 1 b bb (2) (a) – Überschussbeteiligung.

risch, dem einen Privaten zu gestatten, in die Vermögenssphäre eines anderen Privaten einzugreifen. Es besteht aber darauf, dass an die Stelle des Bestandsschutzes dann wenigstens ungeschmälerter Wertschutz tritt.

Dogmatisch wäre es das Sauberste, wenn das Bundesverfassungsgericht im Lichte dieses Anliegens im Ausgangspunkt auch Chancen zu Eigentum erklärt. Denn die Differenzierung hängt ja am verfolgten Ziel. Dogmatisch richtig gehört sie deshalb zu den Schranken. Dies ist aber nicht der Stand der Rechtsprechung. Im übrigen würde sich für die Beurteilung der Entflechtung nichts ändern. Nach dem gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung sind Chancen schon kein Eigentum im Sinne von Art. 14 GG, wenn der Gesetzgeber ein öffentliches Interesse verfolgt. So liegt es hier. Bei der alternativen Lösung wären Chancen zwar Eigentum im Sinne des Grundgesetzes. Wenn der Gesetzgeber ein öffentliches Interesse verfolgt, könnte er in diesen Eigentumsgegenstand aber eingreifen, ohne dass es auf das konkrete Verhältnis zwischen dem Ausmaß der Wertminderung und dem verfolgten öffentlichen Interesse ankäme.

2. Auflösung von Konzernbeziehungen

Der Entflechtungseingriff ist am wenigsten intensiv, wenn das entflochtene Unternehmen bereits als Konzern verfasst ist. Dann kann es zur Beseitigung der marktbeherrschenden Stellung genügen, einzelne Teile aus dem Konzern herauszulösen⁷⁷. Auf welchem rechtstechnischen Wege dieses Ziel erreicht wird, hängt von der Art der konzernrechtlichen Verbindung ab. Beim Vertragskonzern muss der Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag aufgelöst werden⁷⁸. Ein faktischer Konzern muss so umgewandelt werden, dass die bisherige Mutter keine Leitungsmacht mehr hat. Beruhte der Einfluss der Mutter darauf, dass sie Gesellschafterin der Tochter war, muss sie diese Gesellschaftsanteile abgeben⁷⁹. Beruhte der Einfluss auf personellen Verflechtungen, dann müssen diese Verflechtungen gelöst werden⁸⁰.

Die verfassungsrechtliche Einordnung dieses Vorgangs ist allerdings nicht einfach. Scheinbar ist sie erneut durch die Frage belastet, ob der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb überhaupt Eigentum im Sinne von Art. 14 GG darstellt. Denn bei der Auflösung eines Konzerns verliert die Mutter ja die Möglichkeit, das Handeln der Tochter zu bestimmen. In wirtschaftlicher Hinsicht verliert sie dadurch zunächst einmal die Erwartung auf Anteile am Gewinn der Tochter. Das Gericht hält ja aber auch das Eigentum an der Aktie zweifelsfrei für Eigentum im Sinne von Art. 14 GG⁸¹. Dann muss es konsequent auch das Eigentum der Konzernmutter an der Konzern-tochter für Eigentum im Sinne des Grundrechts halten.

77 Monopolkommission Hauptgutachten III, R 748 und R 793; SCHMIDT Entflechtung (1964) 171; OEHLER Entflechtung (1976) 237.

78 Monopolkommission Hauptgutachten III, R 793.

79 SCHOLZ Entflechtung (1981) 64.

80 OEHLER Entflechtung (1976) 105 f.

81 S.o. I.3.

Der Zweifel am Eigentumsschutz des Gewerbebetriebs betrifft nicht die Frage, ob das Eigentum am Unternehmen überhaupt verfassungsrechtlich geschützt ist. Vielmehr geht es nur um das Ausmaß dieses Schutzes. Wie dargelegt geht es genauer um die Frage, ob auch der zusätzliche Wert geschützt ist, der sich aus der Verbindung der Gegenstände des Anlage- und Betriebsvermögens zu der jeweiligen unternehmerischen Aufgabe ergibt. Auch wenn dieser zusätzliche Wert nicht geschützt wäre, greift die Herauslösung von Teilen aus einem Konzern doch jedenfalls im übrigen in das verfassungsrechtlich geschützte Eigentum der Konzernmutter am Unternehmen der Konzerntochter ein. Mittelbar greift dieser Vorgang zugleich in alle Eigentumsgegenstände ein, die zum Anlage- und Betriebsvermögen der Tochtergesellschaft gehören. Die Mutter verliert das durch die Konzernbeziehung vermittelte Eigentum an diesen Gegenständen.

Vorausgesetzt ist allerdings, dass die Mutter zumindest einen Teil des Vermögens der Tochter zueigen hat. Das kann ausnahmsweise anders sein. Beispiele sind reine personelle Verflechtungen oder ein Beherrschungsvertrag, der nicht durch einen Gewinnabführungsvertrag ergänzt ist.

Diese Beispiele machen zugleich deutlich, dass die Auflösung von Konzernbeziehungen noch eine zweite wirtschaftlich nachteilige Wirkung für die Konzernmutter haben kann. Die Mutter verliert ihre Leitungsmacht. Dadurch kann der Wert des verbliebenen Unternehmens sinken. Dabei handelt es sich im dargelegten Sinne jedoch nur um Chancen. Vor deren Verlust schützt das Eigentumsgrundrecht nicht (jedenfalls dann nicht, wenn der Staat, wie hier, ein öffentliches Interesse verfolgt).

3. Ausgliederung von Unternehmensteilen

Die dritte Form der Entflechtung liegt zwischen diesen beiden Extremen. Gegenstand der Veräußerung ist zwar ein lebendes Unternehmen, nicht bloß sein Anlage- oder Betriebsvermögen. Aber vor der Entflechtung war der abzuspaltende Unternehmensteil noch nicht verselbständigt. Vor der Entflechtung muss das bislang einheitliche Unternehmen deshalb – zumindest für eine logische Sekunde – erst in einen Konzern umgewandelt werden. Anschließend erhält das neue Unternehmen einen anderen Unternehmensträger⁸².

In dem Zwang zur Umwandlung in einen Konzern liegt ein zusätzlicher Eingriff in die von Art. 14 GG ebenfalls geschützte Freiheit zur Organisation des Unternehmens⁸³. Im übrigen ist der Vorgang jedoch genauso zu beurteilen wie die Auflösung eines Konzerns, der zuvor schon bestand. Je nachdem, welche Teile des bislang einheitlichen Unternehmens abgespalten werden, kann der Wert des verbleibenden Unternehmens allerdings erheblich sinken. Aus dem gleichen Grund wie bei der Auflösung von Konzernbeziehungen schützt Art. 14 jedoch nicht vor diesem

82 Für die verschiedenen rechtstechnischen Wege, dieses Ergebnis zu bewirken, haben sich die Begriffe spin off, split off und split up eingebürgert, Monopolkommission Hauptgutachten III, R 757; SIEGEL in Harvard Law Review (1966); OEHLER Entflechtung (1976) 119; SCHOLZ Entflechtung (1981) 63; POWERS Spinoffs (2001). Für das Verfassungsrecht spielt der Unterschied zwischen diesen drei Entflechtungstechniken aber keine Rolle.

83 BVerfGE 50, 290, 351 – Mitbestimmung.

zusätzlichen Wertverlust. Geschützt ist das entflochtene Unternehmen allein vor dem Verlust des Unternehmenseigentums an der zu diesem Zweck geschaffenen neuen Tochter. Außerdem ist es vor dem dadurch bewirkten Eingriff in das nunmehr durch Konzernrecht vermittelte Eigentum an den Gegenständen des Anlage- und Betriebsvermögens der neuen Tochter geschützt.

4. Intervention in externes Wachstum

Eine letzte Eigentumsposition kommt dann in Betracht, wenn die Veräußerung gerade solcher Unternehmensteile angeordnet wird, die das Unternehmen zuvor durch Fusion erworben hatte. Diese zusätzliche Frage stellt sich also nur dann, wenn die Entflechtung dadurch bewirkt werden soll, dass ein Vorgang des externen Wachstums rückgängig gemacht wird. Voraussetzung der Entflechtung ist, dass das Unternehmen jetzt die Schwellenwerte für die Fusionskontrolle überschreitet. Regelmäßig werden diese Schwellenwerte dann auch schon bei dem vorangehenden Konzentrationsvorgang überschritten gewesen sein. Dann verlangt das Bundeskartellamt von dem Unternehmen, eine Unternehmensverbindung wieder aufzulösen, die es selbst zuvor freigegeben hatte.

Daraus entsteht vor allem ein Problem, das verfassungsrechtlich zu den formellen Grundrechtsschranken gehört. Das Bundeskartellamt setzt sich scheinbar in Widerspruch zu seiner früheren Entscheidung, und es enttäuscht das Vertrauen des fusionierten Unternehmens. Davon wird zu reden sein⁸⁴. Wenn das Verfahren der Fusionskontrolle durch einen förmlichen Bescheid abgeschlossen worden ist, ist das Unternehmen jedoch auch der Adressat eines begünstigenden Verwaltungsakts. Dieser Verwaltungsakt könnte dem Unternehmen ein subjektives öffentliches Recht gewähren, das von Art. 14 GG geschützt ist.

Eigentum im Sinne von Art. 14 GG kann auch durch Normen des öffentlichen Rechts begründet werden. Dass eine öffentlich-rechtliche Position wertvoll ist, genügt jedoch nicht. Das Bundesverfassungsgericht versagt den Schutz bei Ansprüchen,

„bei denen zu der einseitigen Gewährung des Staates keine den Eigentumsschutz rechtfertigende Leistung des einzelnen hinzutritt [...]. Trifft die Rechtsordnung Regelungen, durch die wirtschaftliche Lagen und Verhaltensweisen verrechtlicht werden, die ohne eine rechtliche Regelung der betroffenen Art innerhalb der allgemeinen Rechtsordnung bloße Erwerbchancen darstellen, ist größte Zurückhaltung geboten, die dadurch begründeten öffentlich-rechtlichen Rechtsstellungen in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie einzubeziehen. Eine solche Einbeziehung kann dann in Betracht kommen, wenn schon bislang in den Schutzbereich des Art. 14 GG fallende Rechtsstellungen inhaltlich umgestaltet werden oder wenn eine durch die Neuregelung geschaffene Rechtsstellung sich speziell als Ausgleich für eine zugleich auferlegte neuartige vermögenswerte Verpflichtung oder Belastung darstellt“⁸⁵.

84 S. unten V.3.

85 BVerfG Kammer 3.7.2001, NVwZ 2002, 197 – Branntweinmonopol; s. bereits BVerfGE 16, 94, 113 – Wehrmachtspensionäre; 18, 392, 397 – Beurkundungsbefugnis; 45, 142, 170 – Weichweizen; 48, 403, 412 f. – Wohnungsbauprämien.

Diese Voraussetzungen sind bei der Freigabe einer Fusion nicht erfüllt. Bei ihr liegt es vielmehr wie bei öffentlichrechtlichen Genehmigungen. Die Genehmigung ist nicht das rechtstechnische Instrument, um ihrem Inhaber einen Vermögenswert zuzuweisen. Vielmehr beseitigt die Genehmigung nur ein Hindernis dafür, dass der Adressat im Anschluss mit den Mitteln des Zivilrechts vermögenswerte Gegenstände schafft oder erwirbt⁸⁶.

III. Eingriff

1. Veräußerung durch den Treuhänder

Die Maßnahmen, mit denen die Entflechtung bewirkt wird, greifen dann unproblematisch in das verfassungsrechtlich geschützte Eigentum ein, wenn sie zwangsweise von dem Treuhänder bewirkt werden. Die Begründung ist ganz einfach, wenn man den Treuhänder als beliebigen Unternehmer ansieht⁸⁷. Dann übt er selbst Hoheitsmacht aus. Manche stellen den Treuhänder aber eher einem Insolvenzverwalter, einem Nachlassverwalter oder einem Testamentsvollstrecker gleich⁸⁸. Die herrschende Meinung im Zivilrecht nimmt an, dass diese Aufgaben private, nicht öffentliche Ämter sind. Auch dann entsteht aber kein durchgreifendes dogmatisches Hindernis. Man muss den Eingriff dann nur dem Bundeskartellamt zurechnen, das sich zur Durchführung privater Hilfe bedient.

2. Vorwirkungen

Die Einsetzung eines Treuhänders ist allerdings ein schwerer Eingriff in die unternehmerische Handlungsfreiheit. Nach der Vorstellung des Gesetzes ist das aber auch nur der Knüppel im Sack. Durch die Drohung mit der Einsetzung eines Treuhänders soll das Unternehmen zur freihändigen Veräußerung bewegt werden. Deshalb müssen diese Vorwirkungen des formalen Eingriffs mit Befehl und Zwang den eigentlichen Gegenstand der verfassungsrechtlichen Prüfung bilden.

Ein Treuhänder wird auch in der amerikanischen Praxis nur als ultima ratio eingesetzt⁸⁹. Die zwangsweise Veräußerung ist in den USA die seltene Ausnahme. Im amerikanischen Kartellrecht können grundsätzlich zwei verschiedene Instanzen tätig werden: die Federal Trade Commission und die Antitrust Division des Department of Justice. In den Steuerjahren 1998 und 1999 hat die Federal Trade Commission 63 Zusammenschlüsse angegriffen. Nur bei drei von

86 LEISNER in Neue Juristische Wochenschrift (1974) 479; VON MANGOLDT/KLEIN/STARCK-DEPENHEUER Art. 14 GG, R 176.

87 BÜRK Treuhänder (2005).

88 MÖSCHEL Auflösung (1982) 48; IMMENGA/MESTMÄCKER-MESTMÄCKER/VEELKEN § 41 GWB, R 58.

89 Immerhin hat man sich bei der Dekartellierung der deutschen Eisen- und Stahlindustrie auf Treuhänder verlassen, SCHMIDT Entflechtung (1964) 29.

Die folgenden Zahlen beziehen sich auf alle Verfahren, in denen Entflechtungen in Betracht kommen. In der Mehrzahl sind das angemeldete Zusammenschlüsse, die nach deutschem und europäischem Kartellrecht der präventiven Fusionskontrolle unterliegen.

ihnen oder 4% der angegriffenen Zusammenschlüsse kam es überhaupt zu einem förmlichen Verfahren. Noch deutlicher waren die Zahlen für die Antitrust Division. Sie hat in den gleichen beiden Steuerjahren 98 Zusammenschlüsse angegriffen, aber nur in einem einzigen ein Gerichtsverfahren eingeleitet⁹⁰. Die Einsetzung eines Treuhänders ist regelmäßig nur die Drohung, die den Kartellbehörden Macht in den Verhandlungen über freihändige Veräußerungen gibt⁹¹. Außerdem sorgt die Drohung dafür, dass Entflechtungszusagen auch eingehalten werden⁹². Zu diesem Zweck lassen sich die amerikanischen Kartellbehörden regelmäßig die Befugnis einräumen, dass ein Treuhänder nach Ablauf der Vollziehungsfrist „Kronjuwelen“ des Unternehmens veräußert⁹³.

Pragmatisch liegt es nahe, so vorzugehen. Das Unternehmen soll vorschlagen, welche Unternehmensteile veräußert werden. Die Veräußerung soll nach Möglichkeit freihändig bewirkt werden. Das Bundeskartellamt beschränkt sich im Normalfall darauf, den geschlossenen Vertrag zu überprüfen. Es darf seine Zustimmung nur dann verweigern, wenn andernfalls der Zweck der Maßnahme gefährdet würde. Zur Veräußerung durch den Treuhänder soll es also im Normalfall gar nicht kommen. Das Gesetz zielt auf Aushandlungsprozesse „im Schatten des Rechts“⁹⁴.

Dahinter steht eine spieltheoretische Logik⁹⁵. Die „Drohpunkte“ der verhandelnden Parteien entscheiden darüber, zu welchem Ergebnis die Verhandlungen führen. Das Unternehmen kann damit drohen, seine Kooperation zu verweigern. Das ist durchaus eine wirksame Drohung. Denn die Entflechtung ist aus der Sicht des Kartellrechts nur dann ein Erfolg, wenn nachher mehr Wettbewerb herrscht als vorher⁹⁶. Deshalb kommt es darauf an, dass durch die Entflechtung eine lebensfähige neue Einheit geschaffen wird. Auch ein geeigneter Erwerber muss gefunden werden, der das neue Unternehmen zum wirtschaftlichen Erfolg führen kann. Sein eigenes Unternehmen und die Branche kennt das zu entflechtende Unternehmen regelmäßig viel besser als das Bundeskartellamt. Ein Treuhänder ist zwar gerade deshalb attraktiv, weil er nach Maßgabe seiner Branchenkenntnis ausgewählt werden kann. Auch er wird typischerweise aber weiter weg vom Geschehen sein als das Unternehmen selbst⁹⁷. Das Recht, die Veräußerung notfalls in die Hände eines Treuhänders zu legen, gibt andererseits auch dem Bundeskartellamt Verhandlungsmasse.

Aus dieser Lösung entsteht ein offensichtliches rechtsstaatliches Problem. Es wird bei den formellen Grundrechtsschranken noch zu behandeln sein⁹⁸. An dieser Stelle geht es dagegen nur um

90 BAER und REDCAY in *George Washington Law Review* (2001) 915.

91 Ebd.in 920, 930; s. auch Monopolkommission Hauptgutachten III, R 755; OEHLER *Entflechtung* (1976) 129 f; MÖSCHEL *Entflechtungen* (1979) 66.

92 Vgl. auch PURRUCKER *Entflechtung* (1974) 191: die Einsetzung eines Treuhänders verhindert, dass sich der Verfahren übermäßig lange hinzieht.

93 FEDERAL TRADE COMMISSION *Divestiture* (1999) 30.

94 MNOOKIN und KORNHAUSER in *Yale Law Journal* (1979).

95 SCHARPF *Games* (1997) chapter 6; s. auch BAIRD, GERTNER und PICKER *Game Theory* (1994). Formal wird das Argument entfaltet von NASH in *Econometrica* (1950).

96 Näher unten VI.2.

97 Näher FEDERAL TRADE COMMISSION *Divestiture* (1999) 29 f.; s. auch KERBER *Unternehmensentflechtung* (1987) 293-352.

98 S. unten V.1.

die Frage, was dann als der Eingriff in das Eigentumsgrundrecht zu qualifizieren ist. In der Praxis des Bundeskartellamts soll die Einsetzung eines Treuhänders selten bleiben. Im Normalfall kann die verfassungsrechtliche Prüfung deshalb nicht an diesem Einzelakt ansetzen. An dieser Stelle geht es jedoch um die Ermächtigungsgrundlage. Die Ermächtigung erstreckt sich zweifelsfrei auf die Einsetzung des Treuhänders. Damit steht fest, dass das Gesetz in das Grundrecht eingreift.

Davon ist jedoch die Frage zu unterscheiden, ob es noch einen zweiten Eingriff gibt. Er könnte in den Wirkungen bestehen, die das Bundeskartellamt nach dem Willen des Gesetzgebers in Verhandlungen mit dem Unternehmen gerade deshalb erreicht, weil es mit der Einsetzung des Treuhänders drohen kann⁹⁹. An dieser Stelle könnte die Frage letztlich dahinstehen. Wenn dieser zweite Eingriff zu verneinen wäre, bliebe ja immer noch der erste. Doch für das Übermaßverbot kommt es darauf an, welche Maßnahme geeignet, erforderlich und angemessen sein muss: die seltene Einsetzung des Treuhänders oder die häufigen Verhandlungen im Schatten des Rechts¹⁰⁰?

Obwohl Aushandlungsprozesse in der Verwaltungspraxis an der Tagesordnung sind, ist diese verfassungsdogmatische Frage bislang stiefmütterlich behandelt worden. Richtigerweise handelt es sich um einen mittelbaren Grundrechtseingriff. Der lebhafteste Streit über die Grenzen dieser dogmatischen Figur¹⁰¹ spielt dabei keine Rolle. Die Aushandlungsprozesse ergeben sich ja nicht bloß. Dem Gesetz geht es vielmehr darum, dass solche Aushandlungen stattfinden sollen. Der mittelbare Eingriff erfolgt also final.

Schwieriger ist zu bestimmen, worin denn nun genau die Wirkung des mittelbaren Eingriffs besteht. Wenn alle Beteiligten vollständig rational sind, ergibt sich die Antwort aus der Spieltheorie¹⁰². Die Wirkung besteht gerade nicht in dem Angedrohten, sondern in dem Gleichgewicht, das sich ergibt, weil das Bundeskartellamt und das zu entflechtende Unternehmen in Kenntnis des gegenseitigen Drohpotenzials verhandeln. Im spieltheoretischen Jargon heißt es: die Auszahlung jenseits des Gleichgewichtspfads bestimmt das Gleichgewicht¹⁰³.

Das kann zwei sehr verschiedene Dinge bedeuten. Wenn der Lösungsraum diskret ist, dann gibt es keinen direkten Zusammenhang zwischen der Schwere des angedrohten Nachteils und dem Gleichgewicht. Nehmen wir zur Illustration an, dass nur zwei Lösungen denkbar sind: das Unternehmen wird am Ende eines langen Gerichtsverfahrens von einem Treuhänder dazu gezwungen, den Betrieb zu veräußern, an dem ihm am meisten liegt. Oder das Unternehmen bietet an, einen zweiten Betrieb so umzugestalten, dass er selbstständig veräußert werden kann. Wenn beide Parteien damit rechnen, dass das Bundeskartellamt den Prozess gewinnt und dass der Treuhänder Erfolg hat, dann wird sich das Unternehmen zu der alternativen Lösung bereit finden.

99 Vgl. KERBER Unternehmensentflechtung (1987) 68: Art. 14 GG strahlt auf Entflechtungsverträge aus, die das Bundeskartellamt mit dem entflochtenen Unternehmen schließt.

100 S. unten IX.2.f.

101 S. nur BETHGE in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (1998); MURSWIEK in Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (2003).

102 Vgl. zu einem eng verwandten Fall KOULIAVTSEV in Economic Inquiry (2005) 372. Näher BAIRD, GERTNER und PICKER Game Theory (1994).

103 Näher BAIRD, GERTNER und PICKER Game Theory (1994).

Dem Bundeskartellamt bleibt der aufwändige und riskante Prozess erspart. Das Unternehmen muss nur die (aus seiner Sicht) zweitschlechteste Lösung hinnehmen.

Rationale Parteien berechnen in solchen Fällen Erwartungswerte. Sie beziffern den Nachteil, den sie bei jeder der beiden Lösungen erwarten. Und sie stellen fest, wie wahrscheinlich jede der Lösungen ist. Das Produkt aus Nachteil mal Wahrscheinlichkeit ist der Erwartungswert. Wenn eine rationale Partei die Wahl hat, entschließt sie sich für die Handlung mit dem höheren Erwartungswert. Jeder noch so kleine Unterschied genügt. Daraus folgt im Umkehrschluss: auch wenn der angedrohte Nachteil drakonisch ist, ändert sich das Ergebnis nicht. Es geht ja immer nur um die Wahl zwischen zwei Optionen.

Anders sieht das Ergebnis dagegen aus, wenn der Lösungsraum kontinuierlich ist. Dieses Ergebnis wird approximiert, wenn der Lösungsraum zwar diskret ist, aber viele Lösungen denkbar sind. Dann entscheiden die jeweiligen Außenoptionen darüber, wie die Lösung aussieht. Wer ein hohes Drohpotenzial hat, holt mehr für sich heraus¹⁰⁴. Wenn das Bundeskartellamt mit drakonischen Maßnahmen drohen kann, kann es dem Unternehmen also gravierendere Formen der Entflechtung abtrotzen.

Auch wenn der Lösungsraum kontinuierlich ist, fällt das Gewicht des Eingriffs aber nicht mit dem Gewicht der Drohung zusammen. Für das Gleichgewicht kommt es außerdem darauf an, welches Drohpotential die Gegenseite hat, und wie groß der potentielle Kooperationsgewinn ist. Es kommt also auch darauf an, wie schwierig die Lage des Bundeskartellamts wäre, wenn die Verhandlungen scheitern. Und man muss ermitteln, wie sehr sich beide Seiten verbessern, wenn sie sich einigen. Typischerweise wird der Gewinn vor allem ein Zeitgewinn sein. Beiden Seiten bleibt eine möglicherweise jahrelange Auseinandersetzung erspart. Auch Prozesskosten und Prozessrisiken werden vermieden.

Wie offen der Lösungsraum in Entflechtungsfällen ist, ist abstrakt schwer zu bestimmen. Manchmal wird nach Lage der Dinge nur eine kleine Zahl von Lösungen in Betracht kommen. In anderen Fällen wird es viel mehr Möglichkeiten geben, die marktbeherrschende Stellung nachhaltig zu beseitigen. Sobald der Entflechtungsplan fest steht, verengt sich der Lösungsraum dagegen drastisch. Es gibt nur noch zwei Möglichkeiten: das Unternehmen erfüllt die Entflechtungszusage, oder es hintertreibt die Umsetzung. Deshalb ist es aus der Sicht des Eigentumsgrundrechts wenig problematisch, wenn sich das Bundeskartellamt in der ursprünglichen Entflechtungsvereinbarung zusätzliche Interventionsbefugnisse für den Fall zusagen lässt, dass die Entflechtung nicht innerhalb der Frist bewirkt ist.

Um den Erwartungswert der Vollstreckung mit Hilfe eines Treuhänders zu berechnen, müssen das Unternehmen und das Bundeskartellamt in die Zukunft blicken. Wer wird sich für das Amt des Treuhänders gewinnen lassen? Wird er schließlich einen geeigneten Käufer finden? Welche

104 Eine elegante formale Methode, dieses Ergebnis zu bestimmen, ist die Nash bargaining solution, NASH in *Econometrica* (1950). Ich habe sie benutzt, um die Anreize für Innovationen im Kartell zu bestimmen, ENGEL *Process Innovation* (2007) .

Zugeständnisse wird er dem Käufer machen müssen? Exakte Antworten wird es auf diese Fragen im Vorhinein nicht geben. Ebenso wenig werden beide Seiten präzise vorhersagen können, wie wirksam das Unternehmen dem Kartellamt oder dem Treuhänder die Arbeit erschweren könnte. Beide Seiten müssen deshalb unter nicht unerheblicher Unsicherheit zwischen Kooperation und Obstruktion wählen.

Außerdem gelten die Vorhersagen der Spieltheorie nur unter der Annahme, dass beide Seiten unter vollständiger Verwertung der vorhandenen Information ihren Nutzen maximieren. Wenn Unternehmen vom Wettbewerb kontrolliert sind, nähert sich ihr Verhalten dieser Annahme normalerweise an. Aber hier richtet sich der Eingriff ja gerade gegen ein Unternehmen, das vom Wettbewerb nur wenig kontrolliert ist. Beides legt nahe, die spieltheoretische Analyse nicht für ein einfaches Abbild der Wirklichkeit zu halten. Grob falsch wird sie aber nicht liegen. Für das Verfassungsrecht kommt es ja aber auch nicht darauf an, ob die Spieltheorie das Verhandlungsergebnis präzise vorhersagt. Es genügt die Einsicht, dass das Verhandlungsergebnis von der angedrohten einseitigen Handlung des Bundeskartellamts systematisch abweichen wird. Dieses Verhandlungsergebnis ist deshalb der eigentliche Eingriff in das Eigentumsgrundrecht.

IV. Enteignung?

Manchmal kann die Entflechtung in einer Weise bewirkt werden, die dem entflochtenen Unternehmen kein Eigentum entzieht. So liegt es insbesondere, wenn ein faktischer Konzern allein dadurch aufgelöst werden kann, dass personelle Verflechtungen beseitigt werden. Auch bei der Auflösung eines Vertragskonzerns verliert die Mutter zumindest im zivilrechtlichen Sinne kein Eigentum. Nur die Beherrschungsmöglichkeit und der Anspruch auf Gewinnabführung entfallen. Meist geht die Entflechtung aber damit einher, dass das entflochtene Unternehmen bürgerlich-rechtliches Eigentum verliert. So liegt es, wenn ein Unternehmensteil ausgegliedert und veräußert wird. Ebenso liegt es, wenn ein faktischer Konzern aufgelöst wird, der durch Anteilseigentum bewirkt worden war. Schließlich geht Eigentum verloren, wenn das Unternehmen gezwungen wird, einzelne Teile seines Anlage- oder Betriebsvermögens zu veräußern.

Im kartellrechtlichen Schrifttum ist solch ein Eigentumsverlust regelmäßig mit einer Enteignung im Sinne von Art. 14 Abs. 3 GG gleichgesetzt worden¹⁰⁵. Wenn das zuträfe, während die Folgen erheblich. Enteignungen sind nach Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG nur „zum Wohle der Allgemeinheit“ zulässig. Deshalb gelten strengere Anforderungen an das vom Staat verfolgte Ziel¹⁰⁶. Nach der Junktimklausel in Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG ist das zu Grunde liegende Gesetz unwirksam, wenn es nicht selbst Art und Ausmaß der Entschädigung regelt. Man müsste untersuchen, ob es dafür genügt, dass der Veräußerer den Kaufpreis erhält. Der Rechtsweg zu den Zivilgerichten dürfte nach Art. 14 Abs. 3 Satz 4 GG nicht versperrt werden. Wenn sich nachträglich erweist,

105 Monopolkommission Hauptgutachten III; R 754, 794 f.; DUDEN in Coing (1965) 17; SELMER Unternehmensentflechtung (1981) 62; SCHOLZ Entflechtung (1981) 172 f.; MÜLLER Entflechtung (2004) 195 f.; a.A. wohl SCHULTE-BRAUCKS Auflösung (1980) 266.

106 HAAS in Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (2002) 274.

dass die Entflechtung zur Sicherung von wirksamen Wettbewerb nicht mehr erforderlich ist, hätte das entflochtene Unternehmen einen Anspruch auf „Rückenteignung“, also auf Rückübertragung durch Hoheitsakt¹⁰⁷.

Die Einordnung als Enteignung steht aber im eindeutigen Widerspruch zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts:

„Mit der Enteignung greift der Staat auf das Eigentum des Einzelnen zu. Sie ist auf die vollständige oder teilweise Entziehung konkreter subjektiver, durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG gewährleisteter Rechtspositionen zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben gerichtet [...]. Die Enteignung setzt den Entzug konkreter Rechtspositionen voraus, aber nicht jeder Entzug ist eine Enteignung im Sinne von Art. 14 Abs. 3 GG. Diese ist beschränkt auf solche Fälle, in denen Güter hoheitlich beschafft werden, mit denen ein konkretes, der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienendes Vorhaben durchgeführt werden soll [...]. Ist mit dem Entzug bestehender Rechtspositionen der Ausgleich privater Interessen beabsichtigt, kann es sich nur um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums handeln“¹⁰⁸.

Die Berichterstatterin zu diesem Verfahren, die Richterin am Bundesverfassungsgericht Haas, hat in einem Begleitaufratz unterstrichen, dass die Entscheidung programmatisch gemeint ist. Das Gericht legt Wert auf die Feststellung, dass die besondere Zweckbestimmung konstitutiv für das Vorliegen einer Enteignung ist¹⁰⁹. Ausdrücklich betont das Gericht, dass die Intensität der Belastung für sich allein nicht ausschlaggebend ist¹¹⁰.

Konsequent hat das Gericht eine Enteignung in den folgenden Fällen verneint: im Strafprozess wird Eigentum des Täters für verfallen erklärt¹¹¹; zur Vorbereitung wird der dingliche Arrest angeordnet¹¹²; die zuständige Behörde ordnet an, dass tollwutgefährdete Hunde getötet werden¹¹³; in der Zwangsvollstreckung wegen privater Forderungen greift der Staat auf fremdes Eigentum zu¹¹⁴; in der Flurbereinigung wird Bauland umgelegt¹¹⁵; damit das Konzept einer Stiftung aufgeht, ordnet der Gesetzgeber das Erlöschen bestimmter Ansprüche an¹¹⁶; zur Regelung des nachbarlichen Ausgleichs bestimmt der Gesetzgeber, welche Immissionen hinzunehmen sind, selbst wenn dadurch Grundstücke erheblich an Wert verlieren¹¹⁷; zum Schutz der Klein-

107 Leitentscheidung BVerfGE 38, 175 – Rückenteignung.

108 BVerfGE 104, 1, 10 – Baulandumlegung; ebenso BVerfGE 24, 367, 394 – Hamburgisches Deichordnungsgesetz; 38, 175, 180 – Rückenteignung; 42, 263, 299 – Contergan; 52, 1, 27 – Kleingarten; 58, 300, 331 – NaBauskiesung; 66, 248, 257 – Hochspannungsleitung; 70, 191, 199 f. – Fischereibezirke; 72, 66, 76 – Flughafen Salzburg; 79, 174, 191 f. – Straßenverkehrslärm; 100, 226, 240 – Denkmalschutz; 101, 239, 259 – Stichtagsregelung; 102, 1, 15 f. – Altlasten; Kammer 25.8.1999, NJW 2000, 798 – TK Leitung I; Kammer 18.1.2001, NJW 2001, 2960, R 10 – TK Leitung II.

109 HAAS in Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (2002) 274.

110 BVerfGE 100, 226, 240 – Denkmalschutz.

111 BVerfGE 22, 387, 422 – Verfall; 110, 1, R 89 – erweiterter Verfall; Kammer 7.6.2005, BVerfGK 5, 292, R 36 – Rückgewinnungshilfe.

112 BVerfG 14.6.2004, R 40 – dinglicher Arrest.

113 BVerfGE 20, 351, 357 und 359 – Tollwut.

114 BVerfGE 46, 325, 334 f. – Zwangsversteigerung II; 49, 220, 225 – Zwangsversteigerung III; 51, 150, 156 – Zwangsversteigerung IV.

115 BVerfGE 104, 1, 9 f. – Baulandumlegung

116 BVerfGE 42, 263, 299 – Contergan; 112, 93, B II 2 a – Zwangsarbeiter.

117 BVerfGE 72, 66, 76 f. – Flughafen Salzburg; 79, 174, 191 f. – Verkehrsemissionen.

gärtner entleert der Gesetzgeber das Eigentum des Verpächters weitgehend¹¹⁸; dem Verleger jedes Buchs wird aufgegeben, kostenlos Belegstücke bei der Deutschen Nationalbibliothek abzuliefern¹¹⁹; der Mehrheitsaktionär erhält das Recht, Minderheitsaktionäre aus dem Unternehmen zu drängen¹²⁰; Versicherungen wird auch bei Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit gestattet, den Bestand an Lebensversicherungen an andere Versicherer zu übertragen, obwohl dadurch das Mitgliedschaftsrecht der Versicherten untergeht¹²¹.

Nach diesen Maßstäben ist auch die Entflechtung marktbeherrschender Unternehmen eine Bestimmung von Inhalt und Schranken ihres Eigentums, keine Enteignung. Weder beschafft sich der Staat Vermögensgegenstände des Unternehmens, 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 in Stand zu setzen. Es handelt sich also auch nicht um eine privatnützige Enteignung. Vielmehr ist der Eigentumsverlust nur das Instrument, um die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs wiederherzustellen. Dafür kommt es nicht auf ganz bestimmte Eigentumsgegenstände und noch weniger auf konkrete Begünstigte an¹²². Jeder Eingriff genügt, durch den das Unternehmen wieder vom Wettbewerb kontrolliert wird. Dass keine Enteignung vorliegt, zeigt sich also besonders deutlich an dem weiten Freiraum, den das Gesetz dem entflochtenen Unternehmen einräumt¹²³.

V. Formelle Grundrechtsschranken

Entflechtung wirft eine Reihe von Fragen des formellen Verfassungsrechts auf: ist es rechtsstaatlich problematisch, dass der Gesetzgeber auf Aushandlungsprozesse zwischen dem Unternehmen und dem Bundeskartellamt setzt (1)? Ist der Bestimmtheitsgrundsatz gewahrt (2)? Verstößt es gegen den verfassungsrechtlich gebotenen Vertrauensschutz, dass sich die Entflechtung auch auf Unternehmen bezieht, die ihre marktbeherrschende Stellung bereits vor Erlass des Gesetzes erlangt hatten? Oder dass sie sich auf Unternehmensteile beziehen kann, die das Unternehmen zuvor durch freigegebene Fusion erworben hatte (3)? Genügt der flankierende verfahrensrechtliche Schutz dem Gebot des Grundrechtsschutzes durch Verfahren (4)?

118 BVerfGE 52, 1, 27 f. – Kleingarten.

119 BVerfGE 58, 137, 144 – Belegexemplare.

120 BVerfGE 14, 263, 277 – Feldmühle; 100, 289, R 45 – Barabfindung.

121 BVerfGE 114, 1, C II 2 a – Überschussbeteiligung.

122 Vgl. JARASS in Neue Juristische Wochenschrift (2000) 2844: Enteignung setzt einen konkreten Begünstigten voraus.

123 LEGE Zwangskontrakt (1995) 69 f. und passim hat einen eleganten Vorschlag gemacht, nach dem die Qualifikation noch einfacher fiele: Zwangskontrakte sind Enteignungen; Güterdefinitionen sind Bestimmungen von Inhalt und Schranken; gegen Wirtschaftslenkung schützt Art. 14 GG gar nicht. Die Entflechtung würde allenfalls in die zweite, vielleicht sogar in die dritte Kategorie gehören.

1. Drohung

Wenn das Bundeskartellamt die Drohung schließlich wahr macht und einen Treuhänder damit beauftragt, die in der Verfügung bezeichneten Vermögensgegenstände zu veräußern, unterliegt diese Maßnahme in vollem Umfang der rechtsstaatlichen Kontrolle. Das Bundeskartellamt muss sich im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage gehalten haben. Der Treuhänder kann nur in dem Rahmen tätig werden, den die Verfügung des Bundeskartellamts absteckt. Die Verfügung ist ein Verwaltungsakt, der nach § 63 GWB mit der Beschwerde angefochten werden kann. Das Handeln des Treuhänders ist eine atypische Form der Verwaltungsvollstreckung¹²⁴. Auch dagegen ist nach § 18 Abs. 1 BVwVG Rechtsschutz eröffnet.

Lässt sich das Bundeskartellamt auf Vorschlag des Unternehmens auf eine Lösung ein, die dem Unternehmen angenehmer ist, ist dagegen aus der Sicht des Rechtsstaatsprinzips zunächst nichts zu erinnern. Es handelt sich nur um die Anwendung eines im Polizeirecht entwickelten Instituts, der Abwendungsbefugnis¹²⁵. Rechtsförmlichkeit ist kein Selbstzweck. Das Rechtsstaatsprinzip dient dem Schutz der Adressaten belastender Verwaltungsakte. Wenn der Adressat die Lösung erhält, die er wünscht, verwirklicht sich das Rechtsstaatsprinzip gerade.

Die Wohltat kann sich für den Adressaten allerdings umkehren. Er kann sich zu Zugeständnissen genötigt sehen, die das Bundeskartellamt mit einseitigem Handeln gar nicht erwirken könnte. Über dieselbe Frage gibt es seit langem in der Fusionskontrolle eine Diskussion¹²⁶. Für die Entflechtung spielt dieses Problem jedoch keine wichtige Rolle. Wenn die Verfügung des Bundeskartellamts von einem Treuhänder vollzogen wird, belastet das den Adressaten gleich doppelt schwer. In materieller Hinsicht, weil er keine eleganteren Lösungen mehr vorschlagen kann. Und in prozeduraler Hinsicht, weil er auf die Auswahl des Käufers und die Ausgestaltung des Kaufvertrags keinen Einfluss mehr hat. Dass das entflochtene Unternehmen einen noch schwereren Eingriff anbietet, ist sehr unwahrscheinlich. Andererseits verlangt wirksame Entflechtung, dass die marktbeherrschende Stellung aufgelöst wird. Das kann auf viele Arten geschehen. Deshalb ist schwer vorstellbar, dass das Bundeskartellamt erst die Verhandlungen braucht, um eine Maßnahme durchzusetzen, die es nicht auch hätte einseitig anordnen können.

Damit bleibt nur noch ein formelles Bedenken. Nach dem Willen des Gesetzes werden dem Adressaten Verhandlungen aufgezwungen. Er kann sich zwar auf die passive Stellung des Adressaten einer Verfügung des Bundeskartellamts zurückziehen. Das Gesetz ist aber bewusst so ausgestaltet, dass diese Option für den Adressaten wenig attraktiv ist. An dieser Stelle spiegelt sich gleichsam, was später für die materielle Prüfung bedeutsam werden wird. Der Gesetzgeber rechnet damit, dass die Drohung im Normalfall gar nicht vollzogen wird. Das wird die Prüfung am

124 KERBER Unternehmensentflechtung (1987) 300, 319.

125 Siehe etwa § 3 Abs. 2 S. 2 PolG NRW: „der betroffenen Person ist auf Antrag zu gestatten, ein anderes ebenso wirksames Mittel anzuwenden, sofern die Allgemeinheit dadurch nicht stärker beeinträchtigt wird“.

126 Zusammenfassend zuletzt KAPPES Nebenbestimmungen (2002) .

Übermaßverbot entlasten¹²⁷. Konsequenter muss an dieser Stelle dann aber auch berücksichtigt werden, dass ein rationaler Adressat den Verhandlungen nicht entgehen kann.

Wenn man verhandeln kann, statt Befehle entgegennehmen zu müssen, ist das zunächst einmal ein Vorteil, kein Nachteil, auch aus der Sicht des Rechtsstaatsprinzips. Das rechtliche Gehör ist ein Kernelement des Rechtsstaats. Wer verhandeln kann, hat noch deutlich intensiveren Einfluss auf das Ergebnis. Weil die Behörde die Zustimmung des Adressaten erst gewinnen muss, hat sie jeden Anlass, ihm aufmerksam zuzuhören und mit ihm zusammen nach Lösungen zu suchen, die den widerstreitenden Interessen gerecht werden.

Das rechtliche Gehör ist aber eine reine Wohltat. Wenn der Adressat lieber schweigt, bleibt ihm das frei. So frei ist ein Unternehmen nicht mehr, wenn ihm andernfalls die Veräußerung von Vermögensteilen durch einen Treuhänder droht. Es muss sich wohl oder übel auf die Verhandlungen einlassen. Es kann und soll nach wie vor seinen Standpunkt vertreten und Einfluss auf das Ergebnis gewinnen. Um das noch größere Übel abzuwenden, muss es aber ernsthaft und sichtbar verhandeln. Um Erfolg zu haben, muss es dem Bundeskartellamt glaubwürdig die Bereitschaft signalisieren, an der Beseitigung der eigenen marktbeherrschenden Stellung mitzuwirken. Die Konstruktion des Gesetzes zielt gerade darauf, dass das Unternehmen dabei seinen Wissensvorsprung als Verhandlungsmasse einsetzt. Das Unternehmen muss also für gewöhnlich zwar keinen Eingriffen in der Sache zustimmen, die das Bundeskartellamt nicht auch einseitig hätte bewirken können. Wohl sieht es sich aber (mittelbar) genötigt, dem Bundeskartellamt Einblicke in das Unternehmen und in die Branche zu gewähren, die das Amt mit Befehl und Zwang schwerlich oder gar nicht hätte gewinnen können.

Auch das Rechtsstaatsprinzip verlangt vom Staat aber nichts Unmögliches. Aus bloßer Bequemlichkeit dürfte eine Behörde dem Bürger keine Verhandlungen aufzwingen. Aber darum geht es auch nicht. Das normative Anliegen besteht darin, die Marktstruktur so umzugestalten, dass auf möglichst lange Zeit wirksamer Wettbewerb herrscht. Wenn das ausgegliederte Unternehmen schnell wieder aus dem Markt ausscheidet, ist für das normative Ziel wenig gewonnen. Noch weniger ist erreicht, wenn sich gleich gar kein geeigneter Käufer findet. Ohne Mithilfe des entflochtenen Unternehmens fällt es dem Bundeskartellamt und seinem Treuhänder sehr schwer, dieses Ziel zu erreichen.

Das Wissensgefälle zwischen dem Bundeskartellamt und dem entflochtenen Unternehmen ist notwendig groß. Ja mehr noch. Selbst wenn das Bundeskartellamt jede einzelne Tatsache kennte, könnte es die Mitwirkung des entflochtenen Unternehmens noch nicht ersetzen. Nicht nur das Wissen, auch die Erfindungskraft des Unternehmens wird gebraucht. Es geht also nicht bloß darum, der Obstruktion entgegenzuwirken. Vielmehr verschaffen die aufgezwungenen Verhandlungen dem Unternehmen einen wirksamen Anreiz, die bisherige unternehmerische Einheit so umzugestalten, dass langfristig lebensfähige Teile verselbstständigt werden. Ebenso stark ist der Anreiz, nach einem Käufer zu suchen, der mit dem Unternehmen oder den Teilen des Anlage-

127 S. unten IX.2.f.

oder Betriebsvermögens etwas anfangen kann. In der Praxis wird beides häufig ineinander übergehen. Wie man die neue Einheit zuschneidet, wird davon abhängen, wer sie übernehmen soll.

Gegeben das normative Ziel sind Verhandlungen also die mit Abstand beste Lösung; man kann sich sogar fragen, ob Verhandlungen vielleicht die einzig denkbare Lösung sind. Es gibt Lösungen, auf die der Staat ganz verzichten muss, weil er sie nur in einer Weise erreichen könnte, die das Rechtsstaatsprinzip unerträglich findet. So dürfte der Lügendetektor nicht eingeführt werden, obwohl das Beweismittel der Zeugenaussage dadurch verlässlicher wird. Die Menschenwürde der Zeugen lässt das nicht zu¹²⁸.

Ein vergleichbar gewichtiges Hindernis ist hier aber nicht zu erkennen. Der Zwang, sich auf Verhandlungen über die Ausgestaltung der Entflechtung einzulassen, belastet das Unternehmen viel weniger; vor allem kann und soll es in diesen Verhandlungen ja die für es selbst schonendste Lösung erwirken. Auf der anderen Seite steht die Wirksamkeit des Mechanismus, der für die Wirtschaftsordnung der Bundesrepublik konstitutiv ist. Ohne wirksamen Wettbewerb ist eine Marktwirtschaft funktionslos. Im Ergebnis hält sich der mittelbare Zwang zu Verhandlungen deshalb im Rahmen der formellen Grundrechtsschranken.

2. Bestimmtheit

Vergleichbare Fragen stellen sich auch aus dem Blickwinkel des Bestimmtheitsgrundsatzes¹²⁹. Auch hier ist zwischen dem einseitigen Handeln des Bundeskartellamts sowie seines Treuhänders einerseits und dem Ergebnis der Verhandlungen mit dem zu entflechtenden Unternehmen andererseits zu unterscheiden.

In seiner Anordnung muss das Bundeskartellamt die zu veräußernden Vermögensteile exakt bezeichnen. Der Treuhänder kann nur im Rahmen dieser Anordnung tätig werden. Auf der Ebene des Verwaltungshandelns ist der Bestimmtheitsgrundsatz deshalb unproblematisch beachtet. Ist aber auch die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage bestimmt genug? Nach der so genannten Wesentlichkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts muss der Gesetzgeber die Verwaltung umso genauer leiten, je wesentlicher eine Maßnahme für Demokratie, Rechtsstaat und Grundrechte ist¹³⁰.

Ob es die Möglichkeit geben soll, marktbeherrschende Stellungen nachträglich durch Entflechtung aufzulösen, ist seit Jahrzehnten politisch umstritten. Diese Entscheidung hat ganz sicher hohe demokratische Relevanz. Wenn die Entflechtung nun eingeführt wird, dann hat der Gesetzgeber diese Entscheidung aber auch selbst getroffen. Er hat auch präzise festgelegt, welche Unternehmen entflochten werden können. Dass die Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung

128 BVerfG Kammer 18.8.1981, NStZ 1981, 446; vgl. aber BGHSt 44, 308.

129 Vgl. PURRUCKER Entflechtung (1974) 166; GOTTHOLD in Zeitschrift für Handelsrecht (1980) 348 f.

130 Leitentscheidungen BVerfGE 47, 46, 79 – Sexualkunde; 49, 89, 125 f. – Kalkar.

einnehmen¹³¹, soll nach den gegenwärtig diskutierten Überlegungen für sich allein noch nicht genügen. Vielmehr müssen vier weitere Voraussetzungen erfüllt sein. Die Schwellenwerte für die Fusionskontrolle müssen überschritten sein. Es muss sich um einen Markt mit gesamtwirtschaftlicher Bedeutung handeln. Zuvor muss der Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung in wenigstens einem Fall nachgewiesen sein. Durch den Eingriff müssen sich die Wettbewerbsverhältnisse spürbar verbessern.

Größere Genauigkeit kann man vom Gesetzgeber nicht verlangen. Insbesondere kann es nicht die Aufgabe des Gesetzgebers sein, jede einzelne Entflechtungsentscheidung oder die Auswahl jeder einzelnen Branche zu verantworten, in der ein Unternehmen entflochten wird. Die Anwendung abstrakter Tatbestandsmerkmale auf konkrete Fälle ist keine Aufgabe der Gesetzgebung, sondern der Verwaltung. Im Gegenteil verbietet Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG sogar, dass der Gesetzgeber unmittelbar über Einzelfälle entscheidet. Dahinter steht die Sorge, durch das Hochspielen einzelner Fälle werde es zu der ungleichen Behandlung vergleichbarer Sachverhalte kommen.

Am ehesten könnten Bestimmtheitsprobleme auftauchen, wenn nur die Entflechtung von Unternehmen mit „gesamtwirtschaftlicher Bedeutung“ vorgesehen wird. Der Begriff ließe sich aber durch Rückgriff auf das „allgemeine wirtschaftliche Interesse“ in Art. 16 und 86 Abs. 2 EGV ausfüllen¹³². Zur Auslegung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs gibt es eine reiche Rechtsprechung und Literatur¹³³.

Dass der Gesetzgeber das Bundeskartellamt verpflichtet, jede marktbeherrschende Stellung aufzulösen, ist schwer vorstellbar. Er wird dem Amt ein Entschließungsermessen einräumen. Es gilt das Opportunitätsprinzip, nicht das Legalitätsprinzip. Die Entscheidung des Gesetzgebers ist nur die notwendige, nicht auch die hinreichende Bedingung für die Entflechtung eines Unternehmens. Im Schrifttum gibt es seit Jahrzehnten eine Auseinandersetzung darüber, ob das Opportunitätsprinzip mit der Verfassung vereinbar ist¹³⁴. Neben der Wesentlichkeitstheorie wird auch Art. 3 Abs. 1 GG bemüht. Das Bundesverfassungsgericht hat solcher Kritik eine Absage erteilt. Es verneint einen Verfassungsverstoß selbst dann, wenn das Legalitätsprinzip gilt, die Staatsanwaltschaft aber gegen andere Täter nicht einschreitet¹³⁵. Es genügt also, wenn das Bundeskartellamt über das Aufgreifen nach seinem pflichtgemäßen Ermessen entscheidet¹³⁶. Es darf sich bei dieser Entscheidung nicht von sachwidrigen Kriterien leiten lassen¹³⁷. Hat sich einmal eine Pra-

131 Insofern ist der Entwurf präziser als der von SELMER Unternehmensentflechtung (1981) 60 kritisierte ältere Vorschlag von MÖSCHEL, der auf „übermäßige wirtschaftliche Macht“ abstellen wollte. Der Begriff der Marktbeherrschung ist durch die jahrzehntelange Praxis der Kartellbehörden und -gerichte wohldefiniert.

132 Ebenso BVerfGE 54, 143, 144 – Taubenfütterungsverbot; Kammer 26.1.2001, NJW 2001, 1409, 1410 – Demonstration Bramfeld, jeweils zur Generalklausel des Polizeirechts.

133 Einzelheiten bei MESTMÄCKER und SCHWEITZER Europäisches Wettbewerbsrecht (2004) § 34, R 17-24.

134 Kritisch etwa RIEß in Neue Zeitschrift für Strafrecht (1981); offener etwa SCHULENBURG in Juristische Schulung (2004); IMMENGA/MESTMÄCKER-MÖSCHEL 3 § 19 GWB, R 239.

135 BVerfG Kammer 23.7.1982, NStZ 1982, 430, 430 – Arztstrafverfahren; s. auch BVerwG NJW 1961, 793, 793 – Baurechtswidrigkeit.

136 IMMENGA/MESTMÄCKER-DANNECKER 3 vor § 81 GWB, R 149 f.

137 OLG Braunschweig, NStZ 2003, 95, 95 – Werbung für Prostitution.

xis herausgebildet, ist das Bundeskartellamt daran nach den Grundsätzen für die Selbstbindung des Ermessens festgehalten¹³⁸.

Im Gesetz selbst wird man nur anordnen können, dass das marktbeherrschende Unternehmen binnen angemessener Frist die in der Verfügung bezeichneten Teile seines Vermögens veräußern muss. Das Gesetz sagt also nicht, welche Teile des Vermögens das sind. Es bestimmt auch nicht, auf welchem rechtstechnischen Weg die Entflechtung bewirkt wird. Von der bloßen Auflösung personeller Verflechtungen bis hin zur Aufgliederung eines bislang einheitlichen Unternehmens sind dann alle Lösungen mit dem Text des Gesetzes vereinbar¹³⁹. Auch gegen dieses Auswahlermessen ist aber weder vor dem Bestimmtheitsgrundsatz noch vor Art. 3 Abs. 1 GG etwas zu erinnern. Die betroffenen Märkte und die bisherige corporate governance der entflochtenen Unternehmen sind zu verschieden, als dass der Gesetzgeber präziser werden könnte. Auch dieses Ermessen darf selbstredend nur pflichtgemäß ausgeübt werden.

Wie mehrfach erwähnt ist die einseitige Intervention nur eine Notlösung. Vorrangig zielt ein Entflechtungstatbestand auf die Verhandlungen zwischen dem Bundeskartellamt und dem zu entflechtenden Unternehmen. Daraus entsteht vor allem in einer Hinsicht ein zusätzliches Problem mit dem Bestimmtheitsgrundsatz. Bei der Prüfung der materiellen Grundrechtsschranken wird sich zwar zeigen, dass Entflechtung verfassungsgemäß ist. Voraussetzung ist allerdings, dass der Veräußerungserlös nicht weit unter Wert bleibt¹⁴⁰. Es handelt sich also um eine ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung¹⁴¹. Das Bundesverfassungsgericht hat die so genannte Nassauskiesungsrechtsprechung auch auf solche Inhalts- und Schrankenbestimmungen erstreckt¹⁴². Wer glaubt, dass ein Eigentumseingriff verfassungswidrig ist, weil er ohne Kompensation erfolgt, der muss den Eingriff anfechten. Er darf den eingreifenden Verwaltungsakt nicht bestandskräftig werden lassen und nachträglich Entschädigung verlangen. Weil dem so ist, muss die Höhe der Kompensationsleistung an sich im eingreifenden Akt festgelegt sein¹⁴³. Die Entschädigung besteht hier aus dem Veräußerungserlös. Wie hoch er ist, steht erst fest, wenn der Vertrag mit dem Käufer geschlossen ist.

Dieses Problem ist jedoch nicht unüberwindlich. Es stellt sich von vornherein nicht, wenn das Bundeskartellamt mit dem zu entflechtenden Unternehmen und dieses Unternehmen mit potentiellen Käufern schon verhandeln, bevor das Kartellamt seine Verfügung erlässt. Das kann zur Durchsetzung des wettbewerbspolitischen Ziels allerdings nachteilig sein. Solange das Unternehmen nicht wirklich weiß, welcher einseitige Eingriff ihm notfalls droht, mag es weniger engagiert nach besseren Lösungen suchen. Außerdem werden die rechtsstaatlichen Bedenken dann größer. Denn das Unternehmen muss dann unter einem Schleier der Ungewissheit verhandeln.

138 Leitentscheidung BVerwGE 8, 4, 10 – Entschädigung.

139 S. zu diesen Lösungen oben II.

140 S. unten IX.2.f.

141 S. unten IX.2.a.

142 BVerfGE 100, 226, 246 – Denkmalschutz.

143 BVerfGE 114, 1, C II 3 b bb – Überschussbeteiligung; Kammer 26.8.2002, NJW 2003, 196, 198 – TK Leitung; s. auch BVerfGE 100, 226, 245 – Denkmalschutz.

Das Problem ist aber auch dann lösbar, wenn die Verfügung des Bundeskartellamts den Verhandlungen vorausgeht. Das Gesetz könnte bestimmen, dass die Frist zur Anfechtung der Verfügung des Bundeskartellamts erst zu laufen beginnt, wenn das Bundeskartellamt einen Treuhänder bestellt. Vor allem greift aber der Vollstreckungsschutz. Der Treuhänder darf die Vermögensteile nur veräußern, wenn die Verschleuderung von Vermögensgegenständen verhindert wird¹⁴⁴. Wird dieser Schutz im Gesetz geeignet ausgestaltet, weiß der Adressat aber, welche Kompensation er zumindest erhält.

Im Vorhinein bleibt dem Unternehmen nicht nur der Veräußerungserlös unbekannt. Der Zweck der Verhandlungslösung liegt ja gerade darin, die Unternehmens- und Branchenkenntnis des Unternehmens in die Pflicht zu nehmen und seine Kreativität zu nutzen. Auch die Frage, auf welchem Wege die Entflechtung bewirkt wird und wer schließlich welche Vermögensbestandteile übernimmt, ist deshalb vom Gesetz nicht im einzelnen determiniert. Entsteht daraus ein Problem mit der Wesentlichkeitsrechtsprechung? Aus der Sicht des Demokratieprinzips könnte man einwenden: der Gesetzgeber verschafft dem zu entflechtenden Unternehmen Einfluss auf das Ergebnis, obwohl das Unternehmen natürlich in keiner Weise demokratisch legitimiert ist. Dieser Einfluss ist jedoch nur der Preis dafür, dass der Gesetzgeber das von ihm gewollte Ziel der Auflösung marktbeherrschender Stellungen auch wirklich erreicht. Durch die Verhandlungslösung verliert das Unternehmen sein Obstruktionspotenzial. Seine unternehmerische Kreativität wird in den Dienst der öffentlichen Sache gestellt. Das Demokratieprinzip will den Gesetzgeber nicht dazu zwingen, wirkungslose Lösungen zu akzeptieren.

Damit könnte die Wesentlichkeit nur noch aus der Sicht des Rechtsstaatsprinzips und der Grundrechte des entflochtenen Unternehmens begründet werden. Der Gesetzgeber setzt das Unternehmen sehenden Auges dem Verhandlungsdruck aus. Aus den gleichen Gründen, aus denen heraus die Drohung mit einseitigem Handeln mit dem Rechtsstaatsprinzip vereinbar ist¹⁴⁵, muss jedoch auch der Bestimmtheitsgrundsatz eingeschränkt werden. Die Verhandlungslösung ist die Voraussetzung dafür, dass das gesetzgeberische Ziel überhaupt erreicht wird. Die Informationsasymmetrie zwischen Kartellamt und Unternehmen ist anders nicht überwindlich.

3. Vertrauensschutz

Art. 14 GG schützt das Erworbene, nicht den Erwerb¹⁴⁶. Trotzdem kann man Eigentumsschutz und Vertrauensschutz konzeptionell unterscheiden. Das wird in folgender Konstellation deutlich: zunächst schafft der Gesetzgeber die Möglichkeit, dass die Verwaltung in bestimmte Eigentumsgegenstände eingreift. Sodann erwirbt der Eigentümer solch einen Gegenstand. Schließlich macht die Verwaltung von der Ermächtigung Gebrauch. Das ist ein Eigentumseingriff. Auf Vertrauensschutz kann sich der Eigentümer aber nicht berufen. Er hat den Gegenstand ja in Kenntnis der Eingriffsmöglichkeit erworben. Jede neue das Eigentum beeinträchtigende Regel überrascht

144 S. unten IX.2.f.

145 S. gerade V.1.

146 BVerfGE 30, 292, 344 f. – Erdölbevorratung.

den Eigentümer dagegen. Er hatte das Eigentum nicht in der Erwartung dieses späteren Eingriffs erworben. In dieser Konstellation fallen Eigentumseingriff und Vertrauensschutz zusammen. Daran liegt es, dass das Bundesverfassungsgericht auf die getrennte Untersuchung des Vertrauensschutzes bei Art. 14 GG verzichtet¹⁴⁷.

Die Entflechtungsmöglichkeit kann aus zwei Gründen ein Problem des Vertrauensschutzes aufwerfen. Zunächst wird die Regel nun ja neu eingeführt. Sie soll sich aber auch auf solche Unternehmen erstrecken, die bei ihrer Einführung bereits marktbeherrschend waren. Das ist aber nur eine unechte Rückwirkung¹⁴⁸ beziehungsweise, in der Terminologie des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts, eine tatbestandliche Rückanknüpfung¹⁴⁹. Der verfassungsrechtliche Schutz gegen solche nachträglichen Eingriffe in Vorgänge, die noch nicht abgeschlossen waren, ist gering. Es genügt ein legitimes öffentliches Interesse. Es liegt hier in der Sorge um die Steuerungskraft des Wettbewerbs¹⁵⁰.

Ein spezifischeres Problem des Vertrauensschutzes stellt sich dann, wenn das Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung durch externes Wachstum erlangt hat. Weil die Entflechtung voraussetzt, dass die Schwellenwerte für die Fusionskontrolle überschritten sind, wird regelmäßig auch der Erwerbsvorgang vom Bundeskartellamt geprüft worden sein. Wenn das Bundeskartellamt die Fusion freigegeben hat, kann das Unternehmen seinen Wunsch nach Vertrauensschutz zusätzlich auf eine Verwaltungsentscheidung stützen. Das ist allerdings nicht in jedem Fall so. Wenn die marktbeherrschende Stellung dem fusionierten Unternehmen erst nachträglich durch neues internes Wachstum zugewachsen ist, bezieht sich die Entflechtung hierauf. An einer Verwaltungsentscheidung als Vertrauenstatbestand fehlt es auch dann, wenn das Bundeskartellamt darauf verzichtet hat, das Hauptprüfungsverfahren einzuleiten.

Auch wenn die Fusion durch Verwaltungsakt freigegeben worden ist, entsteht aber kein verfassungsrechtliches Problem. Solche Freigabeentscheidungen sind begünstigende Verwaltungsakte, die nach den Regeln des allgemeinen Verwaltungsfahrensrechts zurückgenommen oder widerrufen werden können. Dagegen ist von Verfassungs wegen nichts zu erinnern. Allenfalls könnte sich empfehlen, dass der Gesetzgeber das bei dieser Gelegenheit auch im GWB ausdrücklich feststellt. Genauso kann verfahren werden, wenn eine Ministererlaubnis die Untersagung überspielt hat.

147 BVerfGE 76, 220, 244 f. – Unterhaltsgeld.

148 BVerfGE 11, 139, 145 f. – Kostenrechtsnovelle.

149 BVerfGE 72, 200, 242 – Einkommensteuer.

150 Ebenso MÜLLER Entflechtung (2004) 201

4. Grundrechtsschutz durch Verfahren

Die Grundrechte haben auch eine verfahrensrechtliche Dimension¹⁵¹. Das gilt gerade für das Eigentumsgrundrecht¹⁵². Es „schließt den Anspruch auf eine faire Verfahrensführung ein“¹⁵³. In der amerikanischen Praxis haben Entflechtungsverfahren häufig sehr lange gedauert¹⁵⁴. Das belastet die Adressaten zusätzlich. Werden in dieser Zeit Unternehmensanteile gehandelt, wirkt sich das preismindernd aus. Der Preis, der für eine Aktie erzielt werden kann, ist als solcher vom Eigentum an der Aktie allerdings nicht geschützt. Dabei handelt es sich verfassungsrechtlich bloß um eine Chance¹⁵⁵. Trotzdem darf das Bundeskartellamt das Verfahren nicht unnötig in die Länge ziehen. Hier lag in der amerikanischen Erfahrung aber auch nicht der eigentliche Grund für lang andauernde Verfahren. Teils ging es um die inhärenten Schwierigkeiten, Unternehmensanteile abzutrennen und geeignete Käufer zu finden. Teils spielten die Unternehmen auf Zeit, in der Hoffnung, dass sich die Marktverhältnisse in der Zwischenzeit so ändern könnten, dass die Kartellbehörden die Entflechtungsanordnung aufheben¹⁵⁶. Die inhärenten Schwierigkeiten sind hinzunehmen. Soweit die Unternehmen selbst das Verfahren verzögern, folgt daraus ohnehin kein verfassungsrechtliches Problem.

Auch bei einer ausgleichspflichtigen Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums muss die Höhe der Entschädigung notfalls gerichtlich geprüft werden können¹⁵⁷. Geht das Bundeskartellamt einseitig vor, bereitet das keine Schwierigkeiten. Der Treuhänder darf die bezeichneten Vermögensteile nur dann veräußern, wenn dabei kein Vermögen verschleudert wird. Das kann gerichtlich geprüft werden.

Schwieriger wird es, wenn sich Unternehmen und Bundeskartellamt einigen und Unternehmensanteile freihändig veräußert werden. Das Unternehmen könnte zwar den Rechtsweg beschreiten, wenn das Kartellamt die Zustimmung zum Veräußerungsvertrag verweigert. Das ist aber kein geeignetes Verfahren, um prüfen zu lassen, ob das Unternehmen zu billig verkauft wird. Eine direkte gerichtliche Überprüfung gibt es dagegen nicht, wenn der vorgelegte Vertrag vollzogen wird. Dieser Vorgang ist dann ja aber auch von der Zustimmung des Unternehmens getragen. Das Unternehmen stimmt allerdings nur deshalb zu, weil es andernfalls damit rechnen müsste, dass das Bundeskartellamt einseitig interveniert. Wenn es rational handelt, stimmt das Unternehmen aber nur Lösungen zu, bei denen es sich besser stellt. Deshalb genügt es für die Forderung des Bundesverfassungsgerichts, dass das Unternehmen die Abrede mit dem Kartellamt notfalls platzen lassen und die Verfügung des Amtes oder das Handeln des Treuhänders vor Gericht bringen kann.

151 Leitentscheidung BVerfGE 53, 30, 60 – Mülheim-Kärlich; darauf bezieht sich SCHOLZ Entflechtung (1981) 179.

152 BVerfGE 46, 325, 334 – Zwangsversteigerung II; Kammer 27.1.1999, NJW 1999, 1701 – Verschmelzung.

153 BVerfG Kammer 7.6.2005, BVerfGK 5, 292, R 41 – Rückgewinnungshilfe

154 MÜLLER Entflechtung (2004) 202.

155 S. oben II.1.

156 Einzelheiten bei PURRUCKER Entflechtung (1974) 116-121.

157 BVerfG Kammer 23.8.2000, NJW 2001, 279, 281 – Moto Meter AG.

VI. Legitimes Ziel

Die Entflechtung greift regelmäßig in das Eigentum des entflochtenen Unternehmens ein. Sie muss deshalb geeignet, erforderlich und angemessen sein. Diese drei Tatbestandsmerkmale sind relativ. Ihre Wirkung hängt davon ab, welches Ziel der Gesetzgeber verfolgt, und ob dieses Ziel mit der Verfassung vereinbar ist. Das Bundesverfassungsgericht hat herausgearbeitet, welchen Maßstäben der Gesetzgeber bei der Wahl des Interventionsziels genügen muss (1). Der Gesetzgeber geht von einem Zusammenhang zwischen Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnis aus (2). Er reagiert auf Schwächen der Missbrauchskontrolle (3) und der Fusionskontrolle (4).

1. Maßstäbe

Der Eingriff ist keine Enteignung, sondern nur eine Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums¹⁵⁸. Deshalb muss der Eingriff nicht dem „Wohl der Allgemeinheit“ im Sinne von Art. 14 Abs. 3 GG dienen¹⁵⁹. Insbesondere kommt es nicht auf die besonderen Anforderungen an privatnützige Enteignungen an¹⁶⁰. Vielmehr genügen die Anforderungen an Inhalts- und Schrankenbestimmungen.

Das Bundesverfassungsgericht war in manchen Entscheidungen sehr großzügig. Es hat „einleuchtende Gründe“ ausreichen lassen¹⁶¹.

„Einschränkungen der Eigentümerbefugnisse müssen vom jeweiligen Sachbereich her geboten und auch in ihrer Ausgestaltung sachgerecht sein. Sie dürfen nicht weiter gehen als es ihr Grund, der Schutz des Gemeinwohls, erfordert“¹⁶².

Es genügt, wenn der Gesetzgeber die widerstreitenden Belange in ein „ausgewogenes Verhältnis“ bringt¹⁶³. Erst die „einseitige Bevorzugung“ eines bestimmten Belangs wäre verfassungsrechtlich problematisch¹⁶⁴. Insbesondere hat das Gericht Eigentumseingriffe mit dem Ziel, „die Voraussetzungen für das tatsächliche Entstehen von Wettbewerb [...] zu schaffen“ genügen lassen¹⁶⁵. Die Pflicht von Grundstückseigentümern, die Verlegung von Telekommunikationsleitungen zu dulden, hat das Gericht wie folgt begründet:

„Die dadurch geschaffene Zulassung von Wettbewerb setzt staatliche Rahmenbedingungen voraus, die sicherstellen, dass Wettbewerb auch tatsächlich verwirklicht wird

158 S. oben IV.

159 Dazu BVerfGE 74, 264, 285 – Boxberg.

160 Zu der Frage hat es eine breite literarische Diskussion im Anschluss an das Sondervotum des Richters BÖHMER im Fall Dürkheimer Gondelbahn gegeben, BVerfGE 56, 249, 284-295; die Diskussion ist berichtet bei SCHMIDBAUER Enteignung zugunsten Privater (1989).

161 BVerfGE 20, 351, 360 – Tollwut.

162 BVerfGE 110, 1, R 100 – erweiterter Verfall.

163 BVerfGE 114, 1, C II 2 a – Überschussbeteiligung.

164 BVerfGE 112, 93, B II 2 a – Zwangsarbeiter

165 BVerfG Kammer 26.8.2002, NJW 2003, 196, 198 – TK Leitung.

und interessierte Unternehmen überhaupt ernsthaft in Konkurrenz zur D. AG treten können¹⁶⁶.

Wenn der Gesetzgeber ein neues wirtschaftspolitisches Instrument einführt, entscheidet er notwendig unter Unsicherheit. Ob das Instrument den gewünschten Zweck wirklich erreicht, wird letztlich erst seine Anwendung in der Praxis erweisen können. Diese Unsicherheit hindert den Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts jedoch nicht, das Regelwerk zu reformieren¹⁶⁷. Die verfassungsrechtliche Kontrolle beschränkt sich auf die Qualität der Prognose¹⁶⁸.

„Im einzelnen hängt die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers von Faktoren verschiedener Art ab, im besonderen von der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter“¹⁶⁹.

Die Einführung der unternehmerischen Mitbestimmung hat das Gericht so eingeschätzt:

„Das Gesetz regelt einen Ausschnitt komplexer, schwer übersehbarer Zusammenhänge [...]. Bei dieser Sachlage kann jedenfalls nicht gefordert werden, dass die Auswirkungen des Gesetzes mit hinreichender Wahrscheinlichkeit oder gar Sicherheit übersehbar sein müssten, zumal Rechtsgüter wie das des Lebens oder der Freiheit der Person nicht auf dem Spiele stehen. Ob das Bundesverfassungsgericht sich auf eine bloße Evidenzkontrolle zu beschränken hätte, bedarf keiner Entscheidung. Denn die Prognose des Gesetzgebers ist vertretbar“¹⁷⁰.

Die Vertretbarkeit der Einschätzung des Gesetzgebers hat das Gericht wie folgt begründet: der Gesetzgeber hatte das erreichbare Material verwertet und Erfahrungen mit vergleichbaren Regelungen im In- und Ausland ausgewertet¹⁷¹. Er hatte sich auf die wissenschaftlichen Untersuchungen der Mitbestimmungskommission gestützt¹⁷². Der Regierungsentwurf war der Gegenstand umfassender Anhörungen im Parlament¹⁷³.

Das Schutzniveau des Eigentumsgrundrechts ist umso niedriger, „je mehr das Eigentumsobjekt in einem sozialen Bezug und einer sozialen Funktion steht“¹⁷⁴.

166 BVerfG Kammer 18.1.2001, NJW 2001, 2960, R 10 – TK Leitung.

167 BVerfGE 21, 150, 157 – Weinwirtschaftsgesetz.

168 BVerfGE 50, 290, 332 – Mitbestimmung.

169 Ebd. 332 f.

170 Ebd. 333.

171 Ebd. 334.

172 Ebd. 335.

173 Ebd.

174 Ebd. 340 f.; s. bereits BVerfGE 21, 73, 83 – Grundstücksverkehrsgesetz; 31, 229, 242 – Schulbuchprivileg; 36, 281, 292 – Patentanmeldungen; 37, 132, 140 – Vergleichsmiete; 42, 263, 294 – Contergan; u.a. bestätigt in BVerfGE 53, 257, 292 – Versorgungsausgleich; 100, 226, 241 – Denkmalschutz; 102, 1, 17 – Altlasten; 112, 93, B II 2 b – Zwangsarbeiter.

2. Marktstruktur und Marktergebnis

Niemand bezweifelt, dass die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs ein legitimes Ziel darstellt, zu dessen Verfolgung der Gesetzgeber in das Eigentum eingreifen darf¹⁷⁵. Das folgt schon aus Art. 74 Nr. 16 GG¹⁷⁶. Gestritten wird nur über die Folgefrage, ob zu diesem Zweck auch Unternehmen entflochten werden dürfen. Dabei geht es nicht nur um die Auswahl eines geeigneten Mittels. Sieht man näher hin, geht es vielmehr um die Konkretisierung des Regelungsziels. Denn die Entflechtung ändert die Struktur des relevanten Markts. Für sich allein ist die Marktstruktur normativ nicht relevant. Das Ziel des Wettbewerbs besteht nicht darin, Märkte einer bestimmten Struktur zu erhalten oder zu bewahren. Die Sorge des Gesetzgebers um die Marktstruktur ist nur dann berechtigt, wenn es einen hinreichend dichten Zusammenhang zwischen der Marktstruktur und einem normativen Ziel gibt, um das es dem Gesetzgeber letzten Endes geht¹⁷⁷.

Warum wirksamer Wettbewerb erstrebenswert ist, kann man auf verschiedene Weise begründen¹⁷⁸. Eine erste Begründung ist wohlfahrtstheoretischer Natur. Wenn ein Anbieter nicht vom Wettbewerb kontrolliert ist, wird er den Preis so wählen, dass er den höchstmöglichen Gewinn erzielt. Typischerweise nimmt der erzielbare Preis mit der angebotenen Menge ab. Will der Anbieter eine größere Menge absetzen, muss er mit dem Preis heruntergehen. Manche Nachfrager können sich das Produkt andernfalls nicht leisten. Andere Nachfrager haben für weitere Einheiten eine niedrigere Zahlungsbereitschaft als für die erste Einheit.

Im Gleichgewicht entspricht der Preis p^* für die letzte abgesetzte Einheit gerade den Grenzkosten des Anbieters. Er entschließt sich zur Produktion dieser Einheit gerade dann, wenn er für diese Einheit keinen Gewinn mehr macht. Sind die Grenzkosten konstant, wie in dem in Abbildung 1 gezeigten Beispiel, macht der Anbieter also auf die gesamte Menge keinen Gewinn. Dazu zwingt ihn der Wettbewerb. Wenn er einen höheren Preis setzt, wird ihn ein Konkurrent unterbieten. Dem kommt der Anbieter zuvor, indem er selbst zu Grenzkosten anbietet¹⁷⁹. Das Ergebnis ist effizient. Die gesamte Nachfrage, die zu Grenzkosten bedient werden kann, wird auch tatsächlich bedient.

Ist der Anbieter nicht vom Wettbewerb kontrolliert, vermeidet er das für ihn nachteilige Marktergebnis. Er setzt den Preis p^c so hoch an, dass sein Gewinn maximal ist. In der Zeichnung ist der Gewinn das dunkle Rechteck. Wenn der Anbieter so vorgeht, fällt aber ein erheblicher Teil der Nachfrage aus. Der Wohlfahrtverlust besteht aus dem helleren Dreieck rechts von dem Gewinn des Anbieters. Wenn die Rechtsordnung für funktionsfähigen Wettbewerb sorgt, verhindert

175 MÖSCHEL Entflechtungen (1979) 136; SELMER Unternehmensentflechtung (1981) 15; SCHMIDT-PREuß Substanzerhaltung (2003) 41; MÜLLER Entflechtung (2004) 68.

176 SELMER Unternehmensentflechtung (1981) 30; MÜLLER Entflechtung (2004) 199.

177 Kritisch insbesondere SELMER Unternehmensentflechtung (1981) 39, 45, 51.

178 In der amerikanischen Diskussion wird Entflechtung auch noch auf andere Weise begründet. Ihr wird eine pönale Funktion zugedacht: die Früchte verbotenen Tuns sollen denjenigen entrissen werden, die das Kartellrecht missachtet haben, MÜLLER Entflechtung (2004) 68. Außerdem soll die Entflechtungsdrohung abschreckend wirken, MÜLLER Entflechtung (2004) 69. Diese Beweggründe spielen für den hessischen Vorschlag keine Rolle und werden deshalb hier nicht weiter verfolgt.

179 Das hat schon BERTRAND in *Journal des savants* (1883) herausgearbeitet.

sie diesen Wohlfahrtverlust. Funktionsfähiger Wettbewerb ist in diesem Fall gleichbedeutend mit der Abwesenheit eines Monopols.

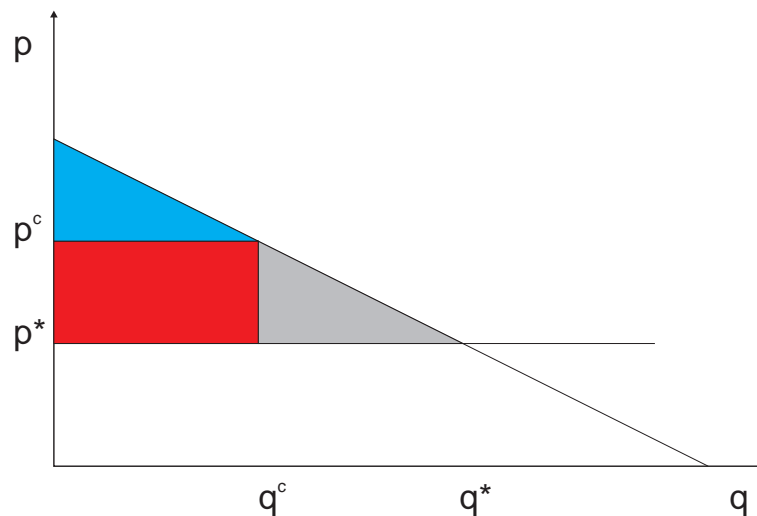


Abbildung 1
Monopolpreis und Monopolgewinn

Zu dem Wohlfahrtsverlust kommt es allerdings nur dann, wenn der Anbieter gezwungen ist, alle Einheiten zum gleichen Preis zu veräußern. Ist er im Stande, für jede Einheit gerade den Preis zu verlangen, der der Zahlungsbereitschaft entspricht, ist das Marktergebnis wieder effizient. Nun wird ja wieder die gesamte Nachfrage bedient, soweit das zu Grenzkosten überhaupt möglich ist. Zugleich ist der Gewinn maximal. Er besteht nun nicht bloß aus dem Rechteck, sondern aus dem gesamten Dreieck oberhalb der Grenzkosten. Der Anbieter kann sich die gesamte „Konsumentenrente“ aneignen. Auch das ist normativ aber nicht erwünscht. In der kartellrechtlichen Literatur wird das normative Problem für gewöhnlich als die Ausbeutung der Abnehmer durch den Anbieter bezeichnet. Ökonomen sprechen von einem verteilungspolitischen Argument.

Der Wohlstand steigt nicht nur, wenn knappe Güter zum besten Wirt wandern. Das ist das Anliegen der effizienten Allokation. Vielmehr sollen Produkte und Produktionsverfahren auch laufend besser werden. In der ökonomischen Literatur gibt es Streit über den Zusammenhang zwischen der Zahl der Anbieter und dem Grad der Innovation in einem Markt¹⁸⁰. Der Streit bezieht sich aber nur auf die Frage, ob eine relativ kleine Zahl von Anbietern zu mehr Innovation führen könnte als eine relativ große Zahl. Ist ein Unternehmen vom Wettbewerb nicht mehr wirksam kontrolliert, sind die Innovationsanreize dagegen eindeutig schwächer als bei Wettbewerb.

Das lässt sich für den Fall der Prozessinnovation noch einfacher zeigen als für den Fall der Produktinnovation. Denn durch Produktinnovation werden die Produkte zu Substituten. Das Problem wird mehrdimensional. Das lässt sich in zweidimensionalen Grafiken nicht mehr gut abbilden. Eine Prozessinnovation beschränkt sich dagegen darauf, den Preis für die Herstellung eines

180 S. nur AGHION, BLOOM, BLUNDELL, GRIFFITH und HOWITT in Quarterly Journal of Economics (2005); spezifisch zu Entflechtung vgl. SCHULTE-BRAUCKS Auflösung (1980) 210-212.

homogenen Guts zu senken. Das Problem bleibt zweidimensional. Deshalb wird der Effekt im folgenden an einer Prozessinnovation illustriert.

Auch ein Monopolist hat einen Anreiz zur Innovation. Wenn er billiger produzieren kann, lohnt es sich für ihn, den Preis etwas auf \hat{p}^c zu senken. Dass er die begehrtesten Einheiten etwas billiger verkauft, wird mehr als wettgemacht dadurch, dass er deutlich mehr Einheiten absetzt. In der Zeichnung ist der Unterschied zwischen dem bisherigen und dem neuen Monopolgewinn durch die graue, L-förmige Fläche bezeichnet.

Herrscht Wettbewerb auf dem Produktmarkt, ist der Innovationsanreiz aber noch erheblich stärker. Die Begründung ist dann besonders einfach, wenn die Innovation durch ein Patent geschützt ist. Dann verhindert die Rechtsordnung, dass die Konkurrenten die neue Produktionsmethode imitieren¹⁸¹. Weil sie immer noch zu den bisherigen, höheren Kosten produzieren müssen, können sie den Innovator nicht unterbieten. Er setzt einen Preis, der nur minimal unter dem bisherigen Wettbewerbspreis p^* liegt, und erhält die gesamte Nachfrage. Sein Innovationsanreiz besteht deshalb aus dem fett umrandeten Balken. Dessen Untergrenze wird von den neuen Grenzkosten \hat{p}^* gebildet. In der rechten oberen Ecke der Zeichnung sind die beiden Flächen einander gegenübergestellt. Man sieht, dass der Innovationsanreiz bei Wettbewerb auf dem Produktmarkt deutlich stärker ist. Im mathematischen Modell kann man zeigen, dass dies immer gilt, gleichgültig wie die Parameter verteilt sind¹⁸².

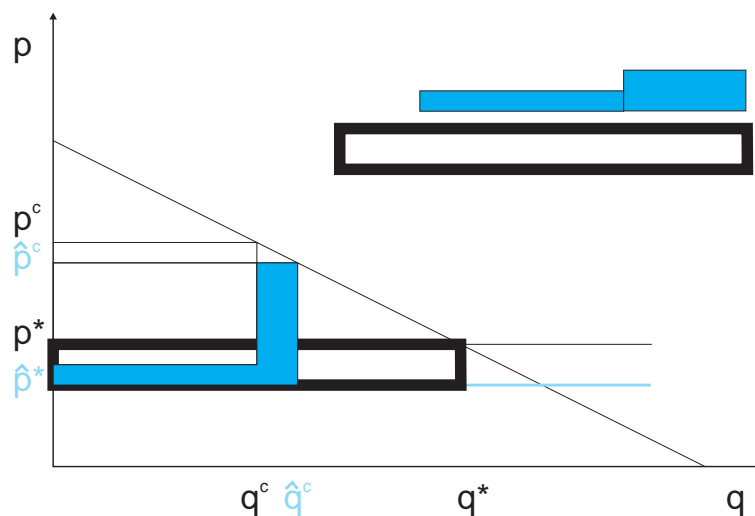


Abbildung 2
Anreize zur Prozessinnovation
(Monopol und Wettbewerb)

181 Empirisch ist Imitation aber auch ohne geistiges Eigentum für gewöhnlich alles andere als perfekt, Daten bei LEVIN, KLEVORICK, NELSON, WINTER, GILBERT und GRILICHES in *Brookings Papers on Economic Activity* (1987) 809. Auch dann gibt es folglich einen relativ starken Innovationsanreiz. Das gilt insbesondere für Prozessinnovationen, weil sie leichter geheim zu halten sind als Produktinnovationen.

182 ARROW in Nelson (1962) ; ich habe gezeigt, dass das Ergebnis auch für den Fall gilt, dass zwei Anbieter auf dem Produktmarkt kollusiv zusammenwirken, ENGEL *Process Innovation* (2007) .

Es gibt noch einen vierten normativen Maßstab. Wer vom Wettbewerb nicht kontrolliert ist, der kann anderen seinen Willen aufzwingen¹⁸³. Diese anderen können andere Private sein, aber auch Politik und Verwaltung. Für solchen Einfluss ist Marktbeherrschung allerdings nur eine notwendige, keine hinreichende Bedingung. Das fragliche Produkt kann für das Leben der Abnehmer so unwichtig sein, dass sie lieber darauf verzichten, als in anderer Sache gefügig zu werden. Der fragliche Markt kann so klein sein, dass die politischen Kräfte gleichgültig lässt, wie das marktbeherrschende Unternehmen seine wirtschaftliche Macht einsetzt. Oft lässt sich wirtschaftliche aber in politische Macht ummünzen.

Wenn ein Unternehmen auf Wettbewerber keine Rücksicht nehmen muss, kann es einen deutlich höheren Gewinn machen. Unter Umständen ist es auch im Stande, seine politischen Ziele durchzusetzen. Wenn das Aussicht auf Erfolg verspricht, haben Unternehmen deshalb einen erheblichen Anreiz, in den Aufbau einer marktbeherrschenden Stellung zu investieren. Den gleichen Anreiz haben ihre Konkurrenten. Ist die Marktgegenseite nicht zu zersplittert, hat auch sie einen Anreiz, in Gegenwehr zu investieren. Schließlich kann es auch für politische Entscheidungsträger ratsam sein, sich vorbeugend der Unterstützung mächtiger Unternehmen zu versichern. Ein schwaches Kartellrecht hat deshalb noch einen fünften Nachteil: für alle Beteiligten lohnt es, unproduktiven Aufwand für den Kampf um die Marktbeherrschung zu treiben.

Auch die empirische Literatur zeigt, dass es einen Zusammenhang zwischen der Marktstruktur und dem Marktergebnis gibt. Gelegentlich wird zwar davon berichtet, dass Kartelle erfolglos geblieben sind. Die Mehrzahl der empirischen Studien über Kartelle zeigt aber, dass es ihnen gelingt, die Preise erheblich oberhalb der Grenzkosten zu halten¹⁸⁴. Selbst wenn die Unternehmen überdies noch das Koordinationsproblem im Kartell bewältigen müssen, gelingt es ihnen also, ihre Marktmacht in höhere Gewinne umzumünzen.

Noch eindrucksvoller ist die experimentelle Evidenz. Es gibt einen klaren negativen Zusammenhang zwischen der Zahl der Anbieter und dem Grad der Abweichung vom Wettbewerbsgleichgewicht¹⁸⁵. Anders gewendet: je mehr Anbieter, desto mehr nähert sich das Marktergebnis dem Ausgleich von Angebot und Nachfrage¹⁸⁶ an, und damit dem normativ erwünschten Ergebnis.

Vor dem Hintergrund dieses ebenso klaren theoretischen wie empirischen Befundes verwundert, dass es im Schrifttum eine Diskussion über die Berechtigung von Entflechtungen gibt¹⁸⁷. Die

183 MESTMÄCKER in Monopolkommission (2005); HELLWIG in Engel und Möschel (2006).

184 Die verfügbaren empirischen Studien sind zusammengefasst in LEVENSTEIN und SUSLOW in *Journal of Economic Literature* (2006) 79-81.

185 Lineare Regression über 510 unabhängige Beobachtungen, gewonnen aus einer Meta-Studie über alle veröffentlichten Experimente mit auswertbaren Daten. Abhängige Variable ist die jeweilige strategische Variable, bei Preiswettbewerb also der Preis, bei Mengenwettbewerb die Menge. Wo diese nicht mitgeteilt oder, insbesondere bei Substituten, nicht informativ war, tritt der Gewinn an die Stelle. Die abhängige Variable ist normiert für das Intervall zwischen dem Wettbewerbspreis (die Wettbewerbsmenge, den Wettbewerbsgewinn) und dem kollusiven Preis (der kollusiven Menge; im letztgenannten Fall natürlich mit negativem Vorzeichen, dem kollusiven Gewinn). $\beta = -0,31$, $p < 0,001$; Einzelheiten ENGEL How Much Collusion? A Meta-Analysis on Oligopoly Experiments (2006).

186 Technisch präzise: dem Walrasianischen Gleichgewicht.

187 MÖSCHEL Entflechtungen (1979) 57 f.: „Die einzige wirklich verlässliche Aussage [...] ist die Banalität, dass sich durch Entflechtung vorher bestehender Unternehmenseinheiten die Zahl der unabhängigen Entschei-

normative Nähe zur Zusammenschlusskontrolle soll nicht ausreichen, um ein eindeutiges wettbewerbspolitisches Urteil zu Gunsten von Entflechtungen abzugeben¹⁸⁸. Konsistent wird dieser Zweifel allenfalls, wenn er sich auf die in der Kartellrechtpraxis gefundenen Definitionen von Marktbeherrschung bezieht. Es wäre jedenfalls vorstellbar, dass Marktbeherrschung für die Zwecke der Missbrauchsaufsicht oder der Fusionskontrolle schon bejaht würde, wenn der Vermachtungsgrad für die schwerere Intervention der Entflechtung noch nicht hinreicht¹⁸⁹.

Ob diese Sorge begründet wäre, ist an dieser Stelle nicht zu untersuchen. Das ist eine Frage der Auslegung des einfachen Rechts. Sollte eine Differenzierung angezeigt sein, könnte sie dadurch bewirkt werden, dass der Begriff der Marktbeherrschung als Voraussetzung der Entflechtung enger ausgelegt wird. Ob solch eine differenzierende Handhabung angebracht wäre, erscheint allerdings zweifelhaft. Denn nach den gegenwärtig diskutierten Vorstellungen soll Marktbeherrschung allein zur Entflechtung nicht ausreichen. Überdies muss es sich um einen Wirtschaftszweig von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse handeln. Und in zumindest einem Fall muss zuvor der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung festgestellt worden sein¹⁹⁰.

Gegenüber verbleibenden Restunsicherheiten könnte sich der Gesetzgeber auf seinen Prognose-spielraum berufen¹⁹¹. Der Spielraum ist deshalb besonders weit, weil der soziale Bezug so hoch ist wie nur denkbar. Adressaten der Entflechtung sind nicht nur Unternehmen. Wegen der Schwellenwerte müssen diese Unternehmen überdies besonders groß sein¹⁹². Vor allem ergibt sich der soziale Bezug aber gerade aus der wirtschaftlichen Macht des Adressaten¹⁹³.

3. Wirkungslosigkeit der Missbrauchsaufsicht

Der letzte Abschnitt hat begründet, warum ein Eingriff in die Marktstruktur das Marktergebnis verbessert. Die Gegner der Entflechtung wenden ein: Eingriffe in das Marktverhalten reichen aus¹⁹⁴. Die Missbrauchsaufsicht genügt also zur Bewältigung des Problems. Auf den ersten Blick scheint dieser Einwand dogmatisch zur Erforderlichkeit zu gehören. Es geht darum, ob ein milderer, gleich geeignetes Mittel zur Verfügung steht. In diesen Vergleich sind jedoch von vornherein nur solche Instrumente einzustellen, die überhaupt dazu geeignet sind, das Ziel des Gesetzgebers zu erreichen. Wenn sich das Ziel darauf beschränkte, nur irgend einen günstigen Einfluss auf das Marktergebnis zu nehmen, würde der Einwand wirklich zur Erforderlichkeit gehö-

dungsträger erhöht und dass dies im Grundsatz einer sich im Wettbewerb koordinierenden Wirtschaftsordnung konform ist“; nuancierend Monopolkommission Hauptgutachten III, R 668-672.

188 Ebd. 45-48.

189 Anders aber Monopolkommission Hauptgutachten III, R 673: „Entflechtung zur Beseitigung konkreter marktbeherrschender Positionen“ ist angezeigt.

190 Für den Fall von Unternehmensverflechtungen mit „Identität mit oder [...] Nähe zu Behinderungspraktiken“ hält im übrigen auch MÖSCHEL Entflechtungen (1979) 57 Entflechtung zweifelsfrei für angemessen.

191 SCHOLZ Entflechtung (1981) 11, 120 f.; s. auch SELMER Unternehmensentflechtung (1981) 56.

192 Monopolkommission Hauptgutachten III, R 788; SCHULTE-BRAUCKS Auflösung (1980) 264 f; KERBER Unternehmensentflechtung (1987) 75.

193 Monopolkommission Hauptgutachten III, R 788.

194 SELMER Unternehmensentflechtung (1981) 42; MÜLLER Entflechtung (2004) 204.

ren. Dass die Missbrauchsaufsicht niemals irgend einen günstigen Effekt hat, kann man nicht behaupten.

Das entspricht aber jedenfalls nicht den Intentionen der Befürworter eines Entflechtungstatbestands. Dass dem Bundeskartellamt auch das schärfere Schwert der Entflechtung in die Hand gegeben werden soll, ist gerade eine Antwort auf die unbefriedigenden Erfahrungen mit der Missbrauchsaufsicht. Dazu passt es besser, wenn man das Ziel des Gesetzgebers präziser formuliert. Ihm geht es darum, das Marktergebnis nicht nur irgendwie, sondern *nachhaltig* zu verbessern. Richtigerweise gehört auch diese Präzisierung dogmatisch bereits zur Definition des legitimen Ziels¹⁹⁵. Man kann es auch so sagen: der Gesetzgeber will das Bundeskartellamt nicht zwingen, in jedem Fall abzuwarten, bis das normativ unerwünschte Marktergebnis tatsächlich eingetreten ist. Schon die Marktgefährdung soll ausreichen, die sich aus einer problematischen Marktstruktur ergibt¹⁹⁶.

Nicht zufällig schätzen die Anhänger und die Gegner der Entflechtung die Wirksamkeit der Missbrauchsaufsicht allerdings verschieden ein. Wer für Entflechtung eintritt, verweist auf die frustrierenden Erfahrungen mit der Missbrauchsaufsicht¹⁹⁷. Wer gegen Entflechtung ist, ist optimistischer¹⁹⁸. Die Zahlen sprechen aber eine völlig eindeutige Sprache. Ein erster Blick auf Abbildung 3 zeigt bereits, wie gering die Erfolgsquote der Missbrauchsaufsicht seit jeher gewesen ist. Im Zeitablauf sinkt die Erfolgsquote sogar noch.

195 Näher zur Dogmatik dieses Tatbestandsmerkmals ENGEL in Brugger, Kirste und Anderheiden (2002).

196 SCHOLZ Entflechtung (1981) 48, 123; vgl. auch SELMER Unternehmensentflechtung (1981) 43: der Gesetzgeber hat das Recht zur Vorbeugung.

197 Monopolkommission Sondergutachten 1; Hauptgutachten III, R 674; SCHOLZ Konzentrationskontrolle (1971) 2; MÖSCHEL Entflechtungen (1979) 1, 78; SCHOLZ Entflechtung (1981) 7; SCHULTE-BRAUCKS in Betriebsberater (1981) 1370; KERBER Unternehmensentflechtung (1987) 85; s. auch MÖSCHEL Entflechtungen (1979) 79-81 zu den amerikanischen Erfahrungen mit der Missbrauchsaufsicht.

198 SELMER Unternehmensentflechtung (1981) 42; MÜLLER Entflechtung (2004) 204.

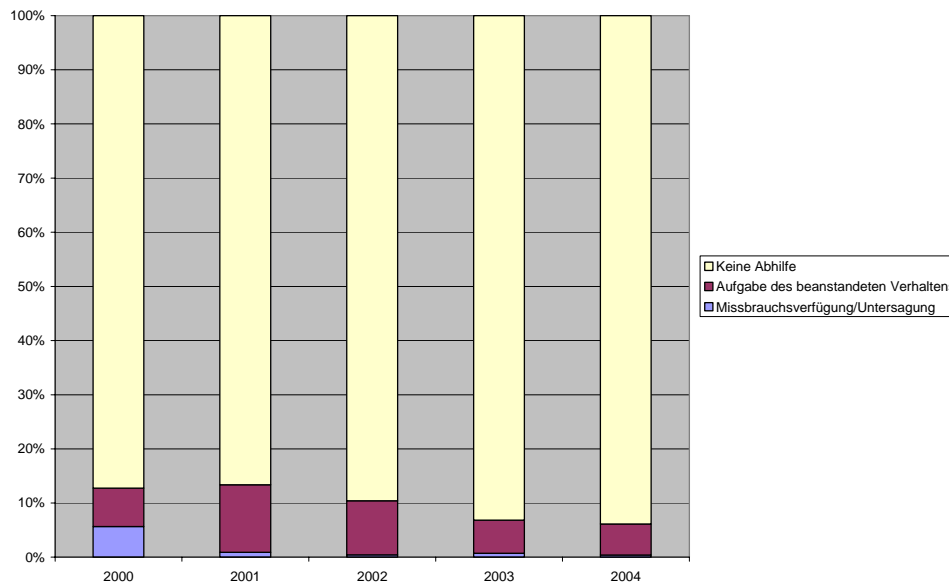


Abbildung 3
 Erfolgsquote der Missbrauchskontrolle
 (Erfolgreiche Interventionen in Prozent aller anhängigen und neu eingeleiteten Verfahren
 Quelle: Tätigkeitsberichte der Bundeskartellamts; eigene Zusammenstellung)

Das Bild bestätigt sich bei einem genaueren Blick auf die Statistik des Bundeskartellamts¹⁹⁹. Nur eine verschwindend kleine Zahl der eingeleiteten Missbrauchsverfahren führt zu einer förmlichen Missbrauchsverfügung oder Untersagung. Auch wenn man die Fälle einbezieht, in denen die Unternehmen es vorgezogen haben, das beanstandete Verhalten im laufenden Verfahren abzustellen, bleibt die Erfolgsquote niedrig. Sie beträgt in keinem der Jahre 2000 bis 2004 mehr als 13,36%. Im Jahre 2004 ist sie auf 6,11% gefallen. In mehr als 9 von 10 Fällen war das Bundeskartellamt im Durchschnitt der Jahre 2000 bis 2004 erfolglos. Natürlich sind auch die Fälle als „keine Abhilfe“ gezählt, in denen das Bundeskartellamt ein Verfahren eingeleitet hat, der Verdacht des Missbrauchs sich im Laufe des Verfahrens dann aber zerstreut hat. Man muss dem Bundeskartellamt aber schon ein merkwürdiges Maß an Fehleinschätzungen unterstellen, wenn man auch nur den Großteil der Einstellungen des Verfahrens auf diese Weise erklären will.

199 Tätigkeitsbericht 1999/2000, BT Drs. 14/6300, 222; Tätigkeitsbericht 2001/2002, BT Drs. 15/1226, 274; Tätigkeitsbericht 2003/2004, BT Drs. 15/5790, 230; der Unterschied ist für alle Jahre statistisch signifikant, χ^2 -Test, $p < 0,001$.

| | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | Mittelwerte 2000-2004 |
|--|--------|--------|--------|--------|--------|--------------------------|
| alle anhängigen Verfahren | 45 | 89 | 132 | 160 | 199 | 125 |
| alle neue Verfahren | 96 | 128 | 98 | 118 | 63 | 100,6 |
| alle Verfahren | 141 | 217 | 230 | 278 | 262 | 225,6 |
| Missbrauchsverfügung/Untersagung | 8 | 2 | 1 | 2 | 1 | 2,8 |
| Prozent anhängige Verfahren | 17,78% | 2,25% | 0,76% | 1,25% | 0,50% | 4,51% |
| Prozent neue Verfahren | 8,33% | 1,56% | 1,02% | 1,69% | 1,59% | 2,84% |
| Prozent alle Verfahren | 5,67% | 0,92% | 0,43% | 0,72% | 0,38% | 1,63% |
| Aufgabe des beanstandeten Verhaltens | 10 | 27 | 23 | 17 | 15 | 18,4 |
| Prozent anhängige Verfahren | 22,22% | 30,34% | 17,42% | 10,63% | 7,54% | 17,63% |
| Prozent neue Verfahren | 10,42% | 21,09% | 23,47% | 14,41% | 23,81% | 18,64% |
| Prozent alle Verfahren | 7,09% | 12,44% | 10,00% | 6,12% | 5,73% | 8,27% |
| Untersagung oder Aufgabe | 18 | 29 | 24 | 19 | 16 | 21,2 |
| Prozent Untersagung oder Aufgabe anhängige Verfahren | 40,00% | 32,58% | 18,18% | 11,88% | 8,04% | 22,14% |
| Prozent Untersagung oder Aufgabe neue Verfahren | 18,75% | 22,66% | 24,49% | 16,10% | 25,40% | 21,48% |
| Prozent Untersagung oder Aufgabe alle Verfahren | 12,77% | 13,36% | 10,43% | 6,83% | 6,11% | 9,90% |

Tabelle 1
Erfolgsbilanz der Missbrauchskontrolle
(Quelle: Tätigkeitsberichte der Bundeskartellamts; eigene Berechnungen)

4. Schwäche der Fusionskontrolle

Von den Befürwortern der Entflechtung wird häufig ein zweites Argument hinzugefügt: auch die Fusionskontrolle ist nicht hinreichend wirksam²⁰⁰. Das Argument hat die gleiche Struktur. Richtigerweise geht es nicht nur um die Suche nach milderem Mitteln, sondern um die Definition des Regulierungsziels. Je weniger Erfolg die präventive Fusionskontrolle hat, desto mehr ist die Entflechtung auch deshalb gerechtfertigt, weil sie die Marktstruktur nachträglich korrigiert und dadurch wieder Raum für Wettbewerb schafft.

In dieser Hinsicht ist die empirische Evidenz aber weniger eindrucksvoll. Der Monopolkommission ist es nicht gelungen, über alle Branchen hinweg den statistischen Nachweis zu erbringen, dass die Konzentration in der Zeit steigt²⁰¹. Immerhin gibt es aber eine ganze Reihe von Branchen, in denen die Konzentration zwischen 1993 und 2003 zugenommen hat, obwohl das externe Wachstum der Fusionskontrolle unterlag; die Einzelheiten finden sich im Anhang zu dieser Untersuchung²⁰².

Klarer wird die Evidenz, wenn man nicht die Zuwächse betrachtet, sondern allein das Ergebnis, also den gegenwärtigen Konzentrationsgrad der Branche. Letztlich kommt es normativ nur hierauf an. Wenn die Konzentration heute problematisch hoch ist, sollte die Wettbewerbspolitik ein Instrument besitzen, das die Zustände bessern kann. Auch dazu finden sich Daten im Anhang²⁰³. Nicht wenige Branchen sind so stark konzentriert, dass Anlass zu wettbewerbspolitischer Wachsamkeit besteht. Unmittelbar lassen sich die vorhandenen Daten für die Bestimmung des legitimen Ziels aber nicht verwerten. Das liegt vor allem an der Bezugsgröße. Vorhanden sind nur Zahlen aus der Branchenklassifikation des Statistischen Bundesamts. Sie stehen bestenfalls in einem losen Zusammenhang mit der Bestimmung des relevanten Markts. Hier ist die eigentliche empirische Arbeit deshalb noch zu leisten.

Ein anschauliches Beispiel gibt die Branche, die politisch den Anstoß zur Einführung von Entflechtung in das GWB gegeben hat. Die folgende Tabelle fasst die wichtigsten Veränderungen zusammen. Die Fusionskontrolle hat dem Konzentrationsprozess nichts entgegenzusetzen gehabt.

200 Monopolkommission Hauptgutachten III, R 664, R 667, R 677; MÖSCHEL Entflechtungen (1979) 77; SCHULTE-BRAUCKS in Betriebsberater (1981) 1369 f..

201 Monopolkommission Hauptgutachten III, R 669; s. auch KRAKOWSKI Dekonzentration (1985) .

202 S. unten Tabelle 3.

203 S. unten Tabelle 4, Tabelle 5, Tabelle 6.

| | Strom (KR 4) | | Gas (KR 5) | |
|----------------------------|--------------|------|------------|------|
| | 1998 | 2003 | 1997 | 2005 |
| Erzeugungskapazitäten | 63% | 90% | – | – |
| Absatz an Letztverbraucher | 41% | 71% | 58% | 81% |

Tabelle 2
Konzentration in der Energiewirtschaft²⁰⁴

VII. Geeignetheit

1. Maßstäbe

Die Gegner der Entflechtung wenden ein: ob das Instrument sein Ziel erreicht, ist viel zu unsicher. Verfassungsdogmatisch gesprochen bestreiten sie also die Geeignetheit des Mittels²⁰⁵. Für einen Verfassungsrechtler ist das ein überraschendes Argument. In der Praxis des Bundesverfassungsgerichts kommt es so gut wie nie vor, dass ein Eingriff an der Geeignetheit scheitert. Selbst die Lehrbücher haben Mühe, Beispiele zu bilden, die nicht gar zu konstruiert wirken.

Die Gegner wenden ein: die Prognose ist nicht sicher genug²⁰⁶. „Konkrete Erfahrungssätze“ müssten für den Erfolg der Maßnahme sprechen²⁰⁷. Auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts können sich die Gegner bei dieser Forderung aber nicht stützen²⁰⁸. Gewiss hat der Eingriff in das Eigentum Gewicht. Darauf berufen sich die Gegner. Das normative Ziel der Wiederherstellung des Wettbewerbs hat aber kein geringeres Gewicht. Der soziale Bezug ist so groß wie nur denkbar, wenn ein Unternehmen ohne Kontrolle durch den Wettbewerb ist. Auch bei der Prüfung der Geeignetheit verlangt die Verfassung vom Gesetzgeber deshalb nur, dass er die vernünftigerweise denkbaren Anstrengungen zur Aufklärung trifft. Er muss die erreichbaren Fakten wahrnehmen und daraus ein nachvollziehbares Urteil ableiten; mehr nicht.

204 Daten aus EIKMEIER und GABRIEL Quantitative Entwicklung der Erzeugungs- und Absatzstruktur in der deutschen Stromwirtschaft von 1998 bis heute (2005); EIKMEIER Entwicklung der Konzentration in der deutschen Gaswirtschaft von 1997 bis 2005 (2006). Beim Strom beziehen sich die Angaben auf den Anteil der vier größten, beim Gas auf den Anteil der 5 größten Unternehmen.

205 SELMER Unternehmensentflechtung (1981) 34, 55; MÜLLER Entflechtung (2004) 202 f.; a.A. Monopolkommission Hauptgutachten III, R 784; MÖSCHEL Entflechtungen (1979) 151 f.

206 SELMER Unternehmensentflechtung (1981) 56 f.

207 MÜLLER Entflechtung (2004) 202 f.

208 S. oben VI.1.

Prinzipiell könnten Zweifel an der Eignung zwei Gründe haben: die Entflechtung führt nicht zu einer Verbesserung der Marktstruktur (2); die theoretisch denkbare Verbesserung der Marktstruktur wird praktisch nicht erreicht (3).

2. Theoretische Einwände

Auf der theoretischen Ebene sind prinzipielle Zweifel an der Eignung nicht möglich. Sie werden auch nicht vorgetragen. Durch Entflechtung wird die Marktstruktur so verändert, dass kein Unternehmen mehr eine marktbeherrschende Stellung innehat. Nach der Entflechtung sind deshalb alle Unternehmen wieder vom Wettbewerb kontrolliert. Die Intervention führt kausal zur Verbesserung des Marktergebnisses.

Ausnahmsweise führt die Vermehrung der Anbieter allerdings nicht zu einer Verbesserung des Marktergebnisses. Dann würde Entflechtung jedenfalls die Wohlfahrt nicht mehren. Allenfalls könnte der Gesetzgeber die Intervention mit anderen normativen Anliegen begründen, etwa dem Wunsch nach dem Schutz vor unkontrollierter politischer Macht, oder mit verteilungspolitischen Zielen. Solche Zweifel werden vermieden, wenn das Gesetz verlangt, dass die Entflechtung eine spürbare Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse erwarten lässt. Daran würde es vor allem fehlen, wenn Größen- und Verbundvorteile ein solches Ausmaß haben, dass kein Raum für Wettbewerb bleibt²⁰⁹.

Mit dem gleichen Vorbehalt kann auch der Fall bewältigt werden, dass ein Unternehmen einen Markt neu eröffnet²¹⁰. Bis die ersten Nachahmer in den Markt eintreten, hat der Innovator unvermeidlich eine marktbeherrschende Stellung. Wenn nicht zu besorgen ist, dass diese Stellung unangreifbar wird, ist dagegen wettbewerbspolitisch nichts zu erinnern.

Gegenüber anderen Vorschlägen für Einschränkungen der Entflechtung sollte die Kartellrechtpraxis dagegen zurückhaltend sein. Es gibt keinen Grund, marktbeherrschende Stellungen als Instrumente zur Verbesserung der „internationalen Wettbewerbsfähigkeit“ zu privilegieren²¹¹. Auch zur „Strukturverbesserung“ sollten sie nicht eingesetzt werden²¹². Von der Verfassung ist weder das eine noch das andere gefordert.

209 Literarisch haben eine Ausnahme für Größenvorteile gefordert: Monopolkommission Hauptgutachten III, R 734 und R 739; SCHULTE-BRAUCKS Auflösung (1980) 206-208; SCHOLZ Entflechtung (1981) 54, 131; SCHULTE-BRAUCKS in Betriebsberater (1981) 1374; MÜLLER Entflechtung (2004) 203. Zur Empirie siehe RÖLLER, STENNEK und VERBOVEN in *European Economy* (2001).

210 LENEL in *Zeitschrift für Handelsrecht* (1982) 62; vgl. auch SCHOLZ Entflechtung (1981) 131: der eine Ausnahme für „Erfordernisse des technischen Fortschritts“ fordert.

211 So aber SCHOLZ Entflechtung (1981) 131; kritisch SCHULTE-BRAUCKS Auflösung (1980) 212 f.

212 So aber SCHOLZ Entflechtung (1981) 131.

3. Praktische Einwände

Ernster sind die praktischen Einwände gegen Entflechtung zu nehmen. Erfahrungen gibt es einmal aus der Tätigkeit der alliierten Dekartellierungsbehörden²¹³, zum anderen aus den Vereinigten Staaten²¹⁴. Diese Erfahrungen können genutzt werden, um das Gewicht ganz unterschiedlicher Einwände abzuschätzen: wie oft scheitern die Kartellbehörden vor Gericht (a)? Lassen sich die praktischen Folgeprobleme lösen (b)? Haben die Erwerber Erfolg am Markt (c)? Verbessert sich das Marktergebnis (d)?

a. Erfolg vor Gericht

Eine erste Kritik lautet: in den USA haben eingeleitete Verfahren nicht oft zur Entflechtung geführt. Es sind eine Reihe eindrucksvoll klingender Zahlen im Umlauf. Sie alle sind aber durch Abgrenzungsprobleme belastet. RICHARD POSNER hat gezählt: In der Zeit zwischen 1890 und 1970 stehen 370 eingeleiteten Verfahren 32 Entflechtungen gegenüber²¹⁵. Er betont jedoch selbst: 80% dieser Verfahren betrafen aggressive Kartelle. Wenn man das Sample auf „single firm abuses“ beschränkt, dann war die Erfolgsquote mit 32 von 64 Fällen sehr ordentlich²¹⁶. WILLIAM KOVACIC errechnet ein etwas ungünstigeres Verhältnis. Für die Zeit zwischen 1890 und 1989 zählt er 136 Gerichtsverfahren wegen single firm monopolization. In 34 Fällen haben die Gerichte divestiture gewährt²¹⁷. Dabei sind die Fälle jedoch nicht mitgezählt, in denen die Gerichte andere Instrumente als die Auflösung von Unternehmen eingesetzt haben, um die marktbeherrschende Stellung zu beseitigen²¹⁸. In wie vielen Fällen die Gerichte von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht haben, teilt Kovacic nicht mit. Die genaueste Statistik stammt von ROBERT CRANDALL. Zwischen 1890 und 1996 gab es 423 monopolization Fälle. 87 endeten mit einer strafrechtlichen Sanktion. 336 wurden von den Zivilgerichten behandelt. In 172 Fällen verhängten die Gerichte behavioural remedies, in 69 Fällen compulsory licences. In 95 Fällen oder 28,3% der Fälle ergriffen sie structural remedies; 63 davon waren divestiture oder dissolution²¹⁹.

Sieht man genau genug hin, scheitern die amerikanischen Kartellbehörden also keineswegs regelmäßig vor Gericht. Sie nutzen das Instrumentarium ihrer Rechtsordnung nur in differenzierter Weise. Vom härtesten Eingriffe, also der Auflösung von Unternehmen, machen sie nur dann Gebrauch, wenn das unvermeidlich ist. Auch wenn der Gedanke der ultima ratio im amerikanischen

213 Dazu näher SCHMIDT Entflechtung (1964) 39-46; MÖSCHEL Entflechtungen (1979) 4-26; HERRMANN Entflechtung (1981) 161-182; MÜLLER Entflechtung (2004) 39-46.

214 Dazu näher Monopolkommission Hauptgutachten III, R 680-R689; SCHMIDT Entflechtung (1964) 63-151; PURRUCKER Entflechtung (1974) 41-150; OEHLER Entflechtung (1976) 92-135; SCHULTE-BRAUCKS Auflösung (1980) 61-110; HERRMANN Entflechtung (1981) 183-224; MÜLLER Entflechtung (2004) 58-97.

S. aus dem amerikanischen Schrifttum vor allem BURKE Divestiture (1998); FEDERAL TRADE COMMISSION Divestiture (1999); BAER und REDCAY in *George Washington Law Review* (2001); CRANDALL in *Oregon Law Review* (2001); PILLOFF *Divested Bank Offices* (2002).

215 POSNER in *Journal of Law and Economics* (1970) 405 f.

216 Ebd.in 404; s. zur Interpretation der Zahlen auch SCHULTE-BRAUCKS Auflösung (1980) 64.

217 KOVACIC in *Iowa Law Review* (1989) 1110 f.

218 Ebd.in 1111.

219 CRANDALL in *Oregon Law Review* (2001) 115 f., 120.

Recht nicht dogmatisch verfestigt ist²²⁰, prägt er doch die Praxis der Behörden und Gerichte. Im übrigen und vor allem folgt aus Niederlagen der amerikanischen Kartellbehörden vor Gericht wenig für die Frage, wie geeignet das Instrument in Deutschland ist. Die Rechtsordnung hat es ja in der Hand, das materielle Recht und das Verfahrensrecht so auszugestalten, dass ein Erfolg vor Gericht wahrscheinlicher wird.

b. Praktische Folgeprobleme

Die Kritiker wenden weiter ein: Entflechtungen sind nicht praktikabel²²¹. Vor allem die Praxis der Dekartellierung hat aber gezeigt, dass die praktischen Schwierigkeiten durchweg überwindlich sind²²². Man hat die sachlich einschlägigen Schulden auf die neu entstehenden Einheiten übertragen²²³. Auch die Arbeitsverhältnisse sind übergegangen²²⁴. Für die steuerliche Abwicklung sind ebenfalls akzeptable Lösungen gefunden worden²²⁵. Eine andere Sorge wird durch amerikanische Erfahrungen ausgeräumt. Die amerikanischen Kartellbehörden hatten keine Schwierigkeiten, geeignete Treuhänder zu finden²²⁶. Am ehesten bereitet die häufig lange Dauer der Entflechtungsverfahren ein praktisches Problem²²⁷. Notfalls muss hier nach amerikanischem Vorbild mit einstweiligen Anordnungen gearbeitet werden²²⁸.

c. Erfolg der Erwerber am Markt

Die Entflechtung ist wettbewerbspolitisch nur dann ein Erfolg, wenn sie die Marktstruktur nachhaltig verbessert. In dieser Hinsicht ist die Bilanz der alliierten Dekartellierung weniger erfreulich. Mit Ausnahme der Aufspaltung der IG Farben sind fast alle anderen Entflechtungen später wieder rückgängig gemacht worden²²⁹. Das lag jedoch nicht am unternehmerischen Misserfolg. Grund war vielmehr, dass die deutsche Politik die Dekartellierung als aufgezwungen empfunden hat. Die Rekonzentration fand statt, nachdem die Bundesrepublik diesen Teil ihrer Souveränität wiedererlangt hatte²³⁰. Sie ist also nur Ausdruck mangelnder politischer Unterstützung für das Ziel der Dekonzentration.

Die amerikanischen Erfahrungen waren sehr viel erfreulicher. Die amerikanischen Aufsichtsbehörden gestatten Zusammenschlüsse häufig nur dann, wenn die beteiligten Unternehmen problematische Teile aus dem Unternehmen herauslösen. Das geschieht insbesondere oft bei der Fusion von Banken, wenn dadurch nur auf einzelnen regionalen Märkten eine marktbeherrschende

220 Zum deutschen Recht s. unten IX.1.

221 SELMER Unternehmensentflechtung (1981) 58.

222 MÖSCHEL Entflechtungen (1979) 18-22, 114-130.

223 Ebd. 20 f.

224 Ebd. 21.

225 Ebd. 21 f., 129 f.

226 KERBER Unternehmensentflechtung (1987) 311.

227 PURRUCKER Entflechtung (1974) 116-121; OEHLER Entflechtung (1976) 129, 242; SELMER Unternehmensentflechtung (1981) 55; KERBER Unternehmensentflechtung (1987) 165; MÜLLER Entflechtung (2004) 93.

228 PURRUCKER Entflechtung (1974) 119.

229 MÖSCHEL Entflechtungen (1979) 12-18.

230 Einzelheiten Ebd. .

Stellung entstünde²³¹. Die Federal Trade Commission hat zwischen 1990 und 1994 in 35 Fällen durch consent decrees Unternehmen entflochten. Im Jahre 1999 waren noch 28 dieser abgespaltenen Unternehmen erfolgreich am Markt²³².

Die Bilanz der Federal Reserve ist noch eindrucksvoller. Zwischen 1985 und 1992 hat sie erwirkt, dass sich Banken von insgesamt 210 örtlichen Niederlassungen getrennt haben²³³. Eine Untersuchung aus dem Jahre 1998 ergab, dass sämtliche 210 Niederlassungen noch aktiv waren²³⁴. Eine spätere Untersuchung betrachtet die von der Federal Reserve veranlasste Entflechtung von 751 Bankniederlassungen zwischen 1989 und 1998²³⁵. Im ersten Jahr nach der Entflechtung waren im Durchschnitt alle Niederlassungen aktiv, im zweiten Jahr waren es 97%, im fünften Jahr 76% und im 12. Jahr 67%²³⁶. Bemerkenswerter Weise ist diese Überlebensrate höher als der Durchschnitt aller Bankniederlassungen. Niederlassungen, die nicht entflochten worden sind, werden also häufiger geschlossen. Der Unterschied beträgt 3,7% im zweiten Jahr, 0,2% im fünften Jahr und 23,9% im 12. Jahr²³⁷.

Die amerikanischen Kartellbehörden waren also sehr geschickt darin, die Entflechtung so zu gestalten, dass die Erwerber am Markt Erfolg hatten. Das versteht sich nicht von selbst. Das Bundeskartellamt sollte von den amerikanischen Erfahrungen lernen. Am wichtigsten ist es, geeignete Käufer zu finden²³⁸. Sie sollten genügend Branchenerfahrung haben, und es sollte der Wille erkennbar sein, das neue Unternehmen wirksam am Markt zu etablieren²³⁹. Wenn lebende Einheiten übertragen wurden, war das sehr viel häufiger erfolgreich als bei der Veräußerung einzelner Gegenstände des Anlage- oder Betriebsvermögens²⁴⁰. Wenn kleine Firmen als Käufer auftraten, war die Entflechtung häufiger erfolgreich²⁴¹. Eine fortbestehende Geschäftsbeziehung zwischen Veräußerer und Erwerber hatte mal günstige, mal ungünstige Wirkungen²⁴². Es kommt insoweit also auf die Einzelheiten des Falles an.

Wenn die Erwerber nicht erfolgreich waren, lag das manchmal am strategischen Verhalten der Veräußerer. Sie nutzten unglückliche Formulierungen oder Freiräume in dem Veräußerungsvertrag, um dem Erwerber zu schaden und dadurch den Druck des zusätzlichen Wettbewerbs abzumildern²⁴³. Oft schalteten die Erwerber die Kartellbehörden auch dann nicht ein, wenn der Veräußerer den Kaufvertrag verletzte. Sie hatten Angst, dann in der Zukunft vom Veräußerer noch schlechter behandelt zu werden²⁴⁴. Andere Käufer unterschätzten die Risiken des Geschäfts²⁴⁵.

231 Einzelheiten BURKE Divestiture (1998); PILLOFF Divested Bank Offices (2002) .

232 FEDERAL TRADE COMMISSION Divestiture (1999) 7-10.

233 BURKE Divestiture (1998) 10.

234 Ebd. 15.

235 PILLOFF Divested Bank Offices (2002) 1.

236 Ebd. 13.

237 Ebd. 16.

238 BAER und REDCAY in *George Washington Law Review* (2001) 922.

239 FEDERAL TRADE COMMISSION Divestiture (1999) 33 f..

240 Ebd. 10 f.

241 Ebd. 14, 35.

242 Ebd. 12.

243 Ebd. 18 f.

244 Ebd. 26.

Nach den amerikanischen Erfahrungen empfehlen sich flankierende Sicherungen, um diesen Gründen für einen Misserfolg vorzubeugen. Die Federal Trade Commission verlangt von dem Erwerber regelmäßig die Vorlage eines „viable business plan“ und den Nachweis, dass er Zugang zu den benötigten Vorprodukten hat²⁴⁶. Häufig setzen die amerikanischen Kartellbehörden auch zur Überwachung von Verträgen über die freihändige Veräußerung Treuhänder ein. Typischerweise kennt ein Treuhänder die Branche besser und kann deshalb Signale wirksamer verwerten²⁴⁷. Die amerikanischen Kartellbehörden bestehen außerdem regelmäßig auf Sicherungen für den Fall, dass eine Entflechtungsabrede scheitert. Die Kartellbehörden können dann einen weiteren Vermögensgegenstand („ein Kronjuwel“) verwerten, dessen Verlust das Unternehmen empfindlich trifft²⁴⁸. Wenn die Abrede mit dem ersten Erwerber nicht vollzogen wird, fällt der Vermögensgegenstand an den Veräußerer zurück. Dieser muss binnen festgelegter Frist einen neuen Erwerber finden²⁴⁹.

d. Verbesserung des Marktergebnisses

Die Kritiker der Entflechtung wenden schließlich ein: das Instrument ist sinnlos, weil es die Effizienz nicht verbessert²⁵⁰. Das ist eine Aussage zu den Wirkungen der Entflechtung auf das Marktergebnis. Solche Aussagen sind ihrer Struktur nach problematisch. Man müsste den Effekt der Veränderung der Marktstruktur isolieren können. Im Experiment ist das möglich. Bei praktischen Entflechtungsfällen gibt es dagegen fast immer auch plausible alternative Erklärungen für das Marktergebnis. Dies ist selbst dann ein gravierendes Problem, wenn man große Fallzahlen hat. Dann kann man aber wenigstens mit ökonomischer Kunstfertigkeit versuchen, aus Korrelationen auf Kausalität zu schließen²⁵¹. Beschränkt man die Untersuchung dagegen auf die nachträgliche Intervention in gewachsene Industrien, gibt es auch in den USA nur einige wenige Fälle²⁵². Wo der Erfolg problematisch erscheint, gibt es jeweils plausible alternative Erklärungen.

Im einzelnen: im Fall Standard Oil sind die Ölpreise im Anschluss an die Entflechtung stark gestiegen. Die Entflechtung wurde aber im Jahre 1911 wirksam. Die Preise stiegen ab 1914 und besonders stark bis 1920. Der Grund war ein drastisches Ansteigen der Nachfrage, teils durch das Aufkommen des Autos, teils durch den Ersten Weltkrieg²⁵³. Im Fall American Tobacco sind die Zigarettenpreise nicht gesunken. Der Grund war vor allem, dass das neu entstandene enge Oligopol viele Ressourcen in Werbung gesteckt hat, nicht in Preissenkungen²⁵⁴. Diesen Befund

245 Ebd. 20-23, 25.

246 Ebd. 32.

247 Ebd. 29 f.

248 Ebd. 30.

249 Dieses Verfahren wird „redivestiture“ genannt, Ebd. 41.

250 CRANDALL in Oregon Law Review (2001) 109; CRANDALL und WINSTON in Journal of Economic Perspectives (2003) 7-13; s. auch SHELANSKI und SIDAK in University of Chicago Law Review (2001) 20; MÜLLER Entflechtung (2004) 96 f.

251 LEAMER in American Economic Review (1983).

252 Die daraus entstehenden Probleme räumt auch CRANDALL in Oregon Law Review (2001) 110 ein.

253 Ebd. in 127.

254 Ebd. in 141. Zum theoretischen Streit um die strategische Natur von Werbeaufwendungen s. SUTTON Sunk Cost (1991); SCHMALENSEE in Journal of Industrial Economics (1992).

kann man jedoch auch anders interpretieren. Die Entflechtung gab den Anstoß zu einer Produktinnovation. Seither verkaufen die Zigarettenhersteller nicht bloß Tabak, sondern ein Image. Im Fall Paramount sind die Preise für Kinobesuche trotz Entflechtung gestiegen. Das scheint aber daran zu liegen, dass tacit collusion möglich blieb²⁵⁵. Hier ist die Entflechtung also nicht weit genug gegangen.

In anderen Fällen hatte die Entflechtung den gewünschten Erfolg. Die Entflechtung von Alcoa begann im Jahre 1912 und endete im Jahre 1951. Während dieser langen Zeit sind die Aluminiumpreise kontinuierlich gesunken²⁵⁶. Im Fall United Shoe Machinery hilft der Blick auf die Preisentwicklung nicht weiter; jede Maschine ist anders²⁵⁷. Andere Indikatoren deuten aber auf einen Erfolg. Neue Anbieter sind in den Markt eingetreten. United Shoe Machinery hat Marktanteile verloren. Der Markt für gebrauchte Maschinen ist aufgeblüht²⁵⁸. Vor allem war aber nach ganz allgemeiner Einschätzung die Entflechtung von AT&T ein Erfolg²⁵⁹. Insbesondere die Preise für Langstreckentelefonate sind im Anschluss verfallen²⁶⁰. Die Telekommunikationsanbieter haben ihre Kosten gesenkt²⁶¹. Die Investitionen in Forschung und Entwicklung haben zugenommen²⁶².

Diese Ergebnisse werden von den Erfahrungen der Federal Reserve mit der Entflechtung einzelner Bankniederlassungen bestätigt. Unmittelbar nach dem Eigentümerwechsel verlieren sie zwar typischerweise Marktanteile²⁶³. Diese Anteile wachsen jedoch normalerweise nicht den bisherigen Eigentümern zu²⁶⁴. Auf mittlere Frist erholen sich die entflochtenen Niederlassungen. Im Durchschnitt gewinnen sie etwas an Einlagen²⁶⁵. Ihre Wachstumsrate entspricht dem Wachstum vergleichbarer Niederlassungen, die nicht entflochten worden sind²⁶⁶.

Im Ergebnis hält sich der Gesetzgeber deshalb auch im Angesicht der amerikanischen Erfahrungen im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative, wenn er die Entflechtung für ein geeignetes Instrument zur Überwindung der Nachteile marktbeherrschender Stellungen hält. Wiederum wäre das Bundeskartellamt aber gut beraten, die Faktoren im Auge zu behalten, die nach den amerikanischen Erfahrungen eine Verbesserung des Marktergebnisses wahrscheinlicher machen.

Verkäufer suchen schwache Käufer, in der Hoffnung, dass ihnen wenig Wettbewerb droht²⁶⁷. Bevor es dem Vertrag zustimmt, sollte das Bundeskartellamt deshalb sorgsam prüfen, ob der Erwerber auch wirklich im Stande ist, dem Veräußerer wirksam Konkurrenz zu machen. Es kann

255 CRANDALL in Oregon Law Review (2001) 160.

256 Ebd.in 153.

257 Ebd.in 171.

258 Ebd.in 173.

259 NOAM in Southern Economic Journal (1993); CRANDALL in Oregon Law Review (2001) 190.

260 CRANDALL in Oregon Law Review (2001) 190.

261 KROUSE, DANGER, CABOLIS, CARTER, RIDDLE und RYAN in Journal of Law and Economics (1999) 61, 83.

262 DATTA in Southern Economic Journal (2003) 657.

263 BURKE Divestiture (1998) 13.

264 Ebd.

265 Ebd. 17.

266 PILLOFF Divested Bank Offices (2002) 19.

267 FEDERAL TRADE COMMISSION Divestiture (1999) 15.

für den Erwerber attraktiv sein, sein Marktverhalten mit dem Veräußerer abzustimmen²⁶⁸. Das Bundeskartellamt sollte der Veräußerung deshalb nur zustimmen, wenn die Gefahr von tacit collusion gering ist; das hatten die amerikanischen Behörden im Fall Paramount unterlassen²⁶⁹. Wenn der Preis sehr niedrig ist, den der Erwerber bezahlt, ist nicht mit dem Fortbestand des Unternehmens zu rechnen²⁷⁰. Der Erwerber will es liquidieren²⁷¹. Das kann als Maßnahme zur Restrukturierung einer Branche sinnvoll sein. Dann müssen zusätzliche Sicherungen aber verhindern, dass der bisherige Markt vermachtet bleibt.

Schließlich wenden Kritiker ein: manche amerikanischen Entflechtungsverfahren waren deshalb unnötig, weil sich die Marktstruktur schon aus anderen Gründen gebessert hat²⁷². Das anschaulichste Beispiel ist das Verfahren gegen IBM. Das Verfahren dauerte von 1969 bis 1981. Es endet mit dem Eingeständnis der Kartellbehörden, dass man keine gerichtsverwertbaren Belege für einen Kartellverstoß habe finden können²⁷³. Mit Apple war ein kraftvoller Wettbewerber in den Markt eingetreten²⁷⁴. Zum einen sagt das jedoch nichts darüber, ob die Entflechtung im Jahre 1956 wohltuende Wirkungen gehabt hätte. Zum anderen wird ein Entflechtungstatbestand genau für diesen Fall einen Vorbehalt machen. Das Bundeskartellamt darf ein Unternehmen nur dann entflechten, wenn das eine spürbare Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen erwarten lässt. Ist zu erwarten, dass diese Verbesserung schon aus anderen Gründen eintritt, fehlt es an der Eingriffsvoraussetzung.

VIII. Erforderlichkeit

Zwei Arten von milderem Mitteln kommen in Betracht: es könnte möglich sein, das Marktergebnis auf schonendere Weise zu verbessern (1); und die Entflechtung selbst könnte in einer Art bewirkt werden, die das Unternehmen weniger belastet (2).

1. Andere Mittel zur Verbesserung des Marktergebnisses

Ein Grundrechtseingriff ist dann nicht erforderlich, wenn dem Gesetzgeber ein gleich wirksames, aber den Grundrechtsträger weniger belastendes Mittel zu Gebote steht, um sein Regelungsziel zu erreichen²⁷⁵. Oben ist dargelegt, dass das Ziel der Entflechtung darin besteht, das Marktergebnis in vermachteten Märkten *nachhaltig* zu verbessern²⁷⁶. Daraus ergibt sich, dass die Miss-

268 Ebd. 26.

269 CRANDALL in Oregon Law Review (2001) 162.

270 KERBER Unternehmensentflechtung (1987) 95 f., 164: die amerikanische Praxis spricht von „predatory purchasers“.

271 PURRUCKER Entflechtung (1974) 105 f.

272 S. auch CRANDALL in Oregon Law Review (2001) 112, 123-136 zum Fall Standard Oil.

273 Die anschaulichste Darstellung des Falles ist nicht ganz ungefärbt. Sie stammt aus der Feder der ökonomischen Vertreter von IBM, FISHER, MCGOWAN und GREENWOOD *Folded Spindled* (1983).

274 CRANDALL in Oregon Law Review (2001) 113.

275 S. nur BVerfGE 53, 135, 143 – Schokoladenosterhase.

276 S. oben VI.3.

brauchskontrolle schon kein geeignetes Mittel darstellt²⁷⁷. Auf die Frage, ob sie gleich geeignet ist, kommt es richtigerweise also gar nicht an.

Immerhin hat die Bundesregierung den Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels im Bundestag eingebracht. Durch den Entwurf soll § 29 GWB neu gefasst werden. Die Vorschrift verschärft die Missbrauchskontrolle. Es soll künftig genügen, dass das Bundeskartellamt auf einem Vergleichsmarkt niedrigere Preise nachweist. Dann kehrt sich die Beweislast um. Das Energieversorgungsunternehmen muss nachweisen, dass die Abweichung gerechtfertigt ist²⁷⁸. Auch wenn diese Vorschrift Gesetz geworden ist, gilt sie nur für Energieversorgungsunternehmen. Der Gesetzgeber könnte vergleichbare Regeln aber natürlich auch für andere oder für alle Branchen schaffen.

Die Beweislastumkehr mag es dem Bundeskartellamt etwas leichter machen, Preismissbrauch nachzuweisen. Vermutlich wird sich der Streit dann allerdings auf die Frage verlagern, ob die Märkte wirklich vergleichbar sind. Auch eine vereinfachte Missbrauchskontrolle kann aber immer erst dann eingreifen, wenn der Missbrauch tatsächlich geschehen ist. Gegen die Missbrauchsgefahr richtet diese Kontrolle nichts aus. Außerdem wäre das Bundeskartellamt genötigt, in Permanenz gegen marktbeherrschende Unternehmen vorzugehen, oder damit jedenfalls wirkungsvoll zu drohen. Das ist gerade nicht die nachhaltige Lösung des Problems, die erst durch Entflechtung bewirkt wird.

Im übrigen kann man daran zweifeln, ob es sich bei einer Missbrauchsaufsicht in Permanenz überhaupt um ein milderes Mittel handelt. Das Unternehmenseigentum wird dann zwar geschont. Dafür greift der Staat aber intensiv in die von Art. 12 Abs. 1 beziehungsweise Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Freiheit der Preisbildung ein. Schließlich beschränkt sich das normative Ziel nicht darauf, die Ausbeutung der Abnehmer zu verhindern. Eine bloße Verschärfung der Missbrauchskontrolle setzt weder bessere Anreize zur Innovation, noch schützt sie den politischen Prozess vor wirtschaftlicher Macht²⁷⁹.

Ganz ähnlich verhält es sich mit der Möglichkeit, Entflechtung durch Regulierung zu ersetzen²⁸⁰. Solch eine laufende Verhaltenskontrolle ist weniger nachhaltig. Sie belastet die Unternehmen in anderer Hinsicht schwer²⁸¹. Falls sie überhaupt günstige Wirkungen für Innovation und den Schutz der Politik vor wirtschaftlicher Macht hat, ist sie dafür jedenfalls nicht gleich geeignet.

Schließlich muss der Gesetzgeber auch nicht deshalb auf Entflechtung verzichten, weil er die Fusionskontrolle verschärfen könnte²⁸². Die Fusionskontrolle bewirkt von vornherein nichts, wenn die marktbeherrschende Stellung auf internem Wachstum beruht²⁸³. Außerdem wirkt Fusi-

277 SCHULTE-BRAUCKS Auflösung (1980) 267; a.A. MÜLLER Entflechtung (2004) 204

278 BRDrs. 278/07.

279 S. oben VI.2.

280 Das hält MÜLLER Entflechtung (2004) 204 unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit für geboten.

281 SCHOLZ Entflechtung (1981) 126.

282 Ebd. 128; a.A. wohl SELMER Unternehmensentflechtung (1981) 43.

283 SCHOLZ Entflechtung (1981) 129.

onskontrolle immer nur für die Zukunft. Oben ist dargelegt, dass die Konzentration bereits heute in nicht wenigen Märkten ein kritisches Maß erreicht hat²⁸⁴.

2. Art und Weise der Entflechtung

Die Entflechtung kann rechtstechnisch auf sehr unterschiedliche Weise bewirkt werden. Die einzelnen Techniken sind bei der Bestimmung der Eigentumsgegenstände vorgeführt worden²⁸⁵. Sie unterscheiden sich typischerweise auch nach der Schwere des Eingriffs. Nicht für das Unternehmen selbst, aber für seine Aktionäre ist die pro rata Lösung die schonendste²⁸⁶. Sie behalten ihr Eigentum am Unternehmen. Sie halten künftig nur Aktien an zwei Unternehmen, statt an einem einzigen, wie zuvor.

Das Eigentum sowohl des Unternehmens wie der Anteilseigner wird auch dann weitgehend geschont, wenn die Entflechtung durch die Auflösung eines Konzerns bewirkt werden kann, der schon zuvor bestand²⁸⁷. Wenn nur personelle Verflechtungen oder ein Vertragskonzern aufgelöst werden, ist allenfalls das Eigentum am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb betroffen, wenn es denn von Art. 14 GG überhaupt geschützt ist. Einfach ist auch die Auflösung eines faktischen Konzerns, der auf dem Eigentum der Mutter an Anteilen der Tochter beruhte²⁸⁸. Aus der Sicht von Art. 14 GG wird der Eingriff dann aber schon belastender. Die Mutter verliert ihr Anteilseigentum.

Ebenso liegt es, wenn ein zuvor einheitliches Unternehmen zunächst in einen Konzern umgewandelt und die Tochterunternehmen sodann veräußert werden. Eine zusätzliche Belastung für das Eigentum des Unternehmens ergibt sich dann aber aus dem Eingriff in die unternehmerische Einheit²⁸⁹. Das beeinträchtigt die Freiheit zur Organisation des Unternehmens. Je nachdem, wie abgespalten wird, kann auch die Lebensfähigkeit des verbleibenden Unternehmens beeinträchtigt sein.

Am intensivsten ist der Eigentumseingriff, wenn die Entflechtung durch die Veräußerung einzelner Gegenstände des Anlage- oder Betriebsvermögens bewirkt wird. In der amerikanischen Praxis sind Unternehmen etwa verpflichtet worden, Patente und Warenzeichen, patentgeschützte Maschinen oder öffentlich-rechtliche Lizenzen herauszugeben, die die Voraussetzung für die Versorgung eines regionalen Marktes waren²⁹⁰. Die Intensität des Eingriffs ergibt sich vor allem aus dem Umstand, um den auch beim Eigentumsschutz für den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gestritten wird. Wenn einzelne Eigentumsgegenstände isoliert veräußert werden,

284 S. oben VI.4.

285 S. oben II.

286 Monopolkommission Hauptgutachten III, R 795; DUDEN in Coing (1965) 11; MÖSCHEL Entflechtungen (1979) 19 f., 137; SCHOLZ Entflechtung (1981) 175 f..

287 Monopolkommission Hauptgutachten III, R 793, s. auch R 748; OEHLER Entflechtung (1976) 237.

288 Monopolkommission Hauptgutachten III, R 747.

289 Vgl. Monopolkommission Hauptgutachten III, R 758.

290 OEHLER Entflechtung (1976) 110 f.

geht der zusätzliche Wert verloren, der typischerweise aus ihrer Einbindung in die bisherige unternehmerische Aufgabe resultiert hat.

Diese Ordnung der Eingriffstechniken trifft aber nur typischerweise zu. Im Einzelfall kann dem Unternehmen oder seinen Aktionären eine Technik weniger belastend erscheinen, die im Normalfall der stärkere Eingriff wäre. So mag ein Konzern eher bereit sein, einen weiteren Geschäftszweig der Mutter zu verselbständigen und zu veräußern als auf ein Tochterunternehmen zu verzichten, das für den Geschäftserfolg des gesamten Konzerns entscheidend ist.

Vor allem ist aber nicht jede Entflechtungstechnik in jedem Fall geeignet. Einen Konzern kann man nur auflösen, wenn er zuvor bereits bestanden hat²⁹¹. Eine lebende Einheit kann man nur dann veräußern, wenn sich dafür ein Käufer findet. Auch wenn an sich mehrere Techniken zur Verfügung stünden, sind sie doch nicht unbedingt gleich wirksam. Nach den amerikanischen Erfahrungen ist typischerweise etwa die Veräußerung einer lebenden Einheit erfolgreicher als die Veräußerung einzelner Vermögensgegenstände²⁹².

Dem entspricht es, wenn das Gesetz dem Unternehmen nicht nur eine Abwendungsbefugnis eingeräumt. Im Normalfall sollte die Entflechtungstechnik vielmehr zwischen dem Bundeskartellamt und dem Unternehmen ausgehandelt werden. Verhandlungen im Schatten des Rechts erweisen sich deshalb auch aus der Sicht des Verfassungsgebotes der Erforderlichkeit als die angemessene Lösung²⁹³. Gerade weil jeder Fall anders ist, müssten abstrakte Vorschriften über Art und Weise der Entflechtung regelmäßig zum Nachteil des Unternehmens über das Ziel hinaus schießen. Die Drohung mit der einseitigen Entflechtung erweist sich als elegante Technik, um dem Unternehmen so viel Einfluss wie möglich zu geben. Es erhält die Chance, auf die schonendste Lösung hinzuwirken, die das Ziel der Entflechtung, also die nachhaltige Auflösung der marktbeherrschenden Stellung, gerade noch erreicht.

IX. Angemessenheit

Steht die Schwere des Eingriffs in das Eigentum außer Verhältnis zu dem Ziel des Gesetzgebers? Dahinter verbergen sich zwei Fragen. Verlangt die Verfassung vom Gesetzgeber, dass er, jedenfalls unter bestimmten Umständen, ganz auf Entflechtung verzichtet (1)? Muss das entflochtene Unternehmen zumindest einen Ausgleich in Geld erhalten? Wenn ja, in welcher Höhe (2)?

291 Ebd. 101 f. spricht plastisch von den vorhandenen „Bruchlinien“, die bei der Entflechtung genutzt werden können.

292 BAER und REDCAY in *George Washington Law Review* (2001) 921.

293 Vgl. SCHOLZ *Entflechtung* (1981) 178: „Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit fordert des weiteren, dass auch die Möglichkeiten der vereinbarten Entflechtung ausgeschöpft werden“.

1. Entflechtung als ultima ratio

Manche Entflechtungstechniken greifen gar nicht in das Eigentum ein. Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn man den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nicht für Eigentum im Sinne von Art. 14 GG hält²⁹⁴. Die verbleibenden Entflechtungstechniken belasten das Eigentum des Unternehmens und seiner Aktionäre unterschiedlich intensiv²⁹⁵. Man kann deshalb nicht pauschal davon sprechen, dass das Eigentum durch Entflechtung außergewöhnlich schwer belastet wird²⁹⁶.

Auch der Vergleich zu alternativen Lösungen ist nicht immer eindeutig, selbst wenn man davon absieht, dass solche Lösungen nicht gleich geeignet wären²⁹⁷. Um wenigstens in die Nähe des Effekts einer Entflechtung zu kommen, müsste das marktbeherrschende Unternehmen durch Regulierung auf Dauer der Verhaltenskontrolle unterworfen werden. Dann bleibt die Zuordnung des Unternehmenseigentums zwar unangetastet. Die unternehmerische Handlungsfähigkeit wird dann aber auf Dauer beschränkt. Wenn man den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb für Eigentum im Sinne von Art. 14 GG hält, steht dem einen Eigentumseingriff dann sogar ein anderer Eigentumseingriff gegenüber. Eindeutig ist die Belastung nur dann, wenn man den Vergleich auf das schon vorhandene kartellrechtliche Instrumentarium beschränkt. Trivialerweise wird der Eingriff intensiver, wenn dieses Instrumentarium um die Möglichkeit zu Entflechtung ergänzt wird.

Schon diese Überlegungen zeigen, dass die Verfassung dem Gesetzgeber bei der Einführung von Entflechtung keineswegs äußerste Zurückhaltung auferlegt. Wenn auch die Befürworter von Entflechtung darauf drängen, dass Entflechtung nur als „ultima ratio“ in Betracht komme²⁹⁸, ist das also nur Ausdruck pragmatischer Klugheit. Ein zu forsches Entflechtungsprogramm könnte das Instrument diskreditieren. Es wäre mit dem erbitterten Widerstand der betroffenen Unternehmen zu rechnen. Vor allem würden aber die Chancen sinken, dass sich der Gesetzgeber überhaupt zur Einführung von Entflechtung entschließt.

Auch eine Ausprägung dieses Gedankens ist mit Vorsicht zu genießen. Manche Befürworter von Entflechtung schränken ein: die Lebensfähigkeit des entflochtenen Unternehmens dürfe nicht gefährdet werden²⁹⁹. Das ist richtig, wenn ein bislang einheitliches Unternehmen durch Ausgliederung oder durch die Veräußerung von Gegenständen des Anlage- oder Betriebsvermögens entflochten wird. Dann ergibt sich die Einschränkung aber schon aus dem Maßstab der Geeignetheit. Sie ist die Voraussetzung dafür, dass das Ziel des Eingriffs überhaupt erreicht wird. Denn nach der Entflechtung soll ja mehr Wettbewerb herrschen als zuvor. Wenn ein Monopol durch

294 S. oben II.

295 S. gerade VIII.2.

296 Anders SELMER Unternehmensentflechtung (1981) 29.

297 S. oben VIII.1.

298 Monopolkommission Hauptgutachten III, R 663, R 783; SCHOLZ Entflechtung (1981) 125; LENEL in Zeitschrift für Handelsrecht (1982) 64.

299 Monopolkommission Hauptgutachten III, R 760, R 791; SCHOLZ Entflechtung (1981) 170.

ein anderes ersetzt wird, ist dem Wettbewerb nicht gedient. Die Lebensfähigkeit muss dagegen nicht deshalb gewahrt werden, weil der Eingriff sonst zu schwer würde:

„Die Erwartung, dass ein Unternehmen auch in der Zukunft rentabel betrieben werden kann, fällt nicht in den Schutzbereich von Art. 14 Abs. 1 GG“³⁰⁰.

War das entflochtene Unternehmen zuvor schon als Konzern verfasst, verlangt die Verfassung nicht, dass jedes Tochterunternehmen auch nach der Entflechtung Gewinn abwirft. Andernfalls könnten Unternehmen, die mit Entflechtung rechnen, den Eingriff durch geschickte Konzernorganisation stumpf machen. Die eigentliche Grenze ergibt sich wiederum aus der Geeignetheit, nicht aus der Angemessenheit. Soll das Tochterunternehmen auf einen neuen Eigentümer übergehen, ist dem Wettbewerb nur gedient, wenn das Tochterunternehmen lebensfähig bleibt.

Eine weitere im Schrifttum vorgeschlagene Unterscheidung findet dagegen einen begrenzten Rückhalt in verfassungsrechtlichen Vorgaben. Ist die marktbeherrschende Stellung durch internes Wachstum entstanden, kann stärkere Zurückhaltung geboten sein³⁰¹. Wenn überhaupt, passt der Gedanke der „ultima ratio“ am ehesten mit dieser Begründung. Dem entspricht die amerikanische Praxis. Dort waren Entflechtungen selten, wenn der Erwerb der marktbeherrschenden Stellung allein auf internem Wachstum beruhte³⁰².

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hängt das Ausmaß des Eigentumschutzes davon ab, inwieweit der Eigentümer sein Recht durch eigene Leistung erworben hat³⁰³. Das Gericht hat entschieden:

„Es wäre mit dem Gehalt des Grundrechts nicht vereinbar, wenn dem Staat die Befugnis zugebilligt würde, die Fortsetzung von Grundstücksnutzungen, zu deren Aufnahme umfangreiche Investitionen erforderlich waren, abrupt und ohne Überleitung zu unterbinden“³⁰⁴.

Internes Wachstum ist aber nicht stets die Folge eigener Leistung. Dass ein Unternehmen am Markt Erfolg hat, kann auch einfach auf günstigen äußeren Umständen beruhen. Die regulierende Rechtsordnung kann diesem Unternehmen gewogener gewesen sein³⁰⁵. Ja, das Unternehmen kann sogar unter Verstoß gegen das kartellrechtliche Missbrauchsverbot Konkurrenten vom Markt gedrängt haben³⁰⁶. Angesichts der geringen Erfolgsquote der Missbrauchsaufsicht ist das alles andere als unwahrscheinlich³⁰⁷.

Vermutlich würde ein Entflechtungstatbestand vom Bundeskartellamt aber nicht verlangen, dass es die Gründe erforscht, aus denen ein Unternehmen marktbeherrschend geworden ist. Die Fest-

300 BVerfGE 110, 274, B 1 b – Ökosteuern.

301 DUDEN in Coing (1965) 19; SCHOLZ Entflechtung (1981) 50; SCHULTE-BRAUCKS in Betriebsberater (1981) 1371; s. auch SELMER Unternehmensentflechtung (1981) 10.

302 CRANDALL in Oregon Law Review (2001) 110.

303 BVerfGE 58, 81, 112 – Ausbildungsausfallzeiten.

304 BVerfGE 58, 300, 349 f. – Naßauskiesung.

305 Die Unternehmen sind in der Praxis sogar nicht selten selbst die Anwälte der Regulierung, in der Erwartung ihrer marktschließenden Wirkung, STIGLER in Bell Journal of Economics (1971).

306 MÜLLER Entflechtung (2004) 195.

307 S. oben VI.3.

stellung genügt, dass das Unternehmen heute seinen Markt beherrscht. Aus Gründen der Praktikabilität ist das sicher die bessere Lösung. Man kann sich trotzdem fragen, ob aus diesem Grunde zusätzliche Beschränkungen der Entflechtungsbefugnis wirklich von der Verfassung geboten sind. Jedenfalls machen diese zusätzlichen Sicherungen das verfassungsrechtliche Urteil aber noch eindeutiger. Das Gesetz könnte etwa verlangen, dass es sich um einen Markt von allgemeiner wirtschaftlicher Bedeutung handelt. Dadurch erhöht sich der soziale Bezug³⁰⁸. Der Freiraum des Gesetzgebers wird noch weiter. Die Schwellenwerte der Fusionskontrolle müssen überschritten sein. Die Entflechtung steht deshalb nur für Märkte mit erheblicher Breitenwirkung zur Verfügung. Auch dadurch erhöht sich der soziale Bezug.

Die stärkste Einschränkung ergibt sich, wenn zuvor in wenigstens einem Fall der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nachgewiesen sein muss. Angesichts der geringen Erfolgsquote der Missbrauchsaufsicht wird dann Entflechtung in vielen Märkten unmöglich, in denen sie normativ angezeigt wäre. Der Gesetzgeber will dann ganz sicher sein, dass in dem betroffenen Markt wirklich ein Problem besteht. Das erleichtert die verfassungsrechtliche Würdigung zusätzlich³⁰⁹. Denn durch den Nachweis des Missbrauchs steht fest, dass das Unternehmen „Störer“ ist³¹⁰. Dass Eingriffe in das Eigentum von Störern verfassungsrechtlich unproblematisch sind, hat das Verfassungsgericht viele Male festgehalten³¹¹. Viele andere Entscheidungen belegen aber, dass die nachgewiesene Störung keine Voraussetzung für den Eigentumseingriff ist³¹². Sie ist nicht einmal dafür ausschlaggebend, dass der Eingriff nicht als Enteignung qualifiziert wird³¹³.

Wenn der im Bundestag eingebrachte Entwurf zur Verschärfung der Preismissbrauchskontrolle über Energieunternehmen Gesetz wird, wird der Nachweis des Missbrauchs in dieser Branche allerdings etwas einfacher. Ein verfassungsrechtliches Problem entsteht daraus aber nicht. Entflechtung wäre auch dann verfassungsgemäß, wenn der Gesetzgeber auf den Nachweis vergangenen Missbrauchs ganz verzichtete. Im übrigen sollte man sich über die Wirksamkeit der neuen Missbrauchsregel keine Illusionen machen. Der Streit wird sich künftig auf die Frage verlagern, ob der vom Bundeskartellamt herangezogene Vergleichsmarkt wirklich vergleichbar ist. Da zwei räumlich oder sachlich verschiedene Märkte niemals wirklich gleich sind, wird reichlich Gelegenheit zu gerichtlichen Auseinandersetzungen bleiben.

Das Erfordernis des nachgewiesenen Missbrauchs ändert auch nicht etwa den Charakter der Entflechtung. Sie wird dadurch nicht zu einem pönalen Instrument³¹⁴. Die Unverhältnismäßigkeit

308 S. oben VI.1.

309 SCHOLZ Entflechtung (1981) 130: bei „missbrauchsgezielten“ Verflechtungen fällt das verfassungsrechtliche Urteil am leichtesten.

310 MÜLLER Entflechtung (2004) 200; s. auch SCHULTE-BRAUCKS Auflösung (1980) 265: „daraus folgt, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen, das seine Stellung missbraucht, sich nicht auf den Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG berufen kann“.

311 BVerfGE 22, 387, 422 – Verfall; 110, 1, R 89 – erweiterter Verfall; Kammer 7.6.2005, BVerfGK 5, 292, R 36 – Rückgewinnungshilfe; BVerfGE 20, 351, 357 und 359 – Tollwut.

312 Nachweise oben IV.

313 S. oben IV.

314 So aber Monopolkommission Hauptgutachten III, R 724, s. jedoch R 727; SELMER Unternehmensentflechtung (1981) 42.

ergibt sich auch nicht etwa daraus, dass der Gesetzgeber den Nachweis eines einzigen Missbrauchs genügen lässt³¹⁵. Der Nachweis des Missbrauchs wäre nur eine zusätzliche Sicherung, die dazu führen soll, dass das Bundeskartellamt nur dann zur Entflechtung greift, wenn die Missbrauchsgefahr mit Händen zu greifen ist.

2. Kompensation

a. *Ausgleichspflichtige Bestimmung von Inhalt und Schranken*

Die Entflechtung ist keine Enteignung³¹⁶. Die Notwendigkeit der Gewährung einer Entschädigung folgt deshalb nicht aus Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG³¹⁷. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gibt es jedoch auch Bestimmungen von Inhalt und Schranken des Eigentums, die nur dann verfassungsgemäß sind, wenn sie mit einer Kompensation des Eigentümers verbunden werden³¹⁸. Die bloße Tatsache, dass der Grundrechtsträger sein Eigentum verliert, genügt dafür jedoch noch nicht³¹⁹.

„Der Gesetzgeber muss danach die Umgestaltung oder Beseitigung eines Rechts zwar nicht durchweg mit einer Entschädigungs- oder Übergangsregelung abmildern. Die völlige, übergangs- und ersatzlose Beseitigung einer Rechtsposition kann jedoch nur unter besonderen Voraussetzungen in Betracht kommen. Durch das bloße Bedürfnis nach Rechtseinheit im Zuge einer Neuregelung wird sie nicht gerechtfertigt“³²⁰.

Entschädigung muss einmal dann gewährt werden, wenn eine an sich verfassungsgemäße Regel einzelne Eigentümer unverhältnismäßig schwer trifft³²¹. Die Entschädigungspflicht ist dann Ausfluss des Gleichheitssatzes³²². Darum geht es hier jedoch nicht. Adressaten sind nur solche Unternehmen, die eine marktbeherrschende Stellung innehaben.

Zum zweiten kann sich die Ausgleichspflicht aus der Schwere des Eingriffs ergeben. Ohne Ausgleich wäre der Eingriff unzumutbar³²³. Dabei kommt es jedoch nicht allein auf das Gewicht des Eingriffs an. Vielmehr hängt auch die Frage, ob Ausgleich zu gewähren ist, und wenn ja, in welcher Höhe, an der Abwägung zwischen den betroffenen privaten und öffentlichen Interessen³²⁴. Der Eigentumsgegenstand steht, wie mehrfach erwähnt, in dem höchsten denkbaren sozialen Bezug. Die Entflechtung richtet sich nur gegen solche Unternehmen, die eine marktbeherrschende

315 So aber Ebd. 50.

316 S. oben IV.

317 Und erst recht nicht aus einer Analogie zu Art. 15 GG, wie DUDEN in Coing (1965) 19 meint.

318 BVerfGE 100, 226, 244 – Denkmalschutz

319 BVerfGE 20, 351, 355, 360 – Tollwut.

320 BVerfGE 83, 201, 212 f. – Bundesberggesetz.

321 BVerfGE 100, 226, 244 – Denkmalschutz.

322 BVerfGE 54, 251 – Vormundschaft; SCHULZE-OSTERLOH in Neue Juristische Wochenschrift (1981) 2541.

323 BVerfGE 14, 263, 283 – Feldmühle; 114, 1, C II 3 a – Überschussbeteiligung.

324 BVerfG Kammer 26.8.2002, NJW 2003, 196, 198 – TK Leitung; SELLMANN in Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (2003) 1420-1422.

de Stellung innehaben und die diese Stellung in der Vergangenheit nachweislich missbraucht haben³²⁵.

Wählt das Bundeskartellamt eine Entflechtungstechnik, die ohne die Übertragung von Vermögensgegenständen auf Dritte auskommt, ist deshalb kein Ausgleich erforderlich³²⁶. So liegt es bei der Auflösung von personellen Verflechtungen, bei der Beendigung von Vertragskonzernen, und bei der Auflösung von Konzernen oder bei der Aufgliederung bislang einheitlicher Unternehmen im Wege der pro rata Lösung.

Anders liegt es dagegen in den beiden verbleibenden Fällen. Ein Konzern oder ein bislang einheitliches Unternehmen wird dadurch aufgegliedert, dass Dritte die Anteile an diesem Unternehmen übernehmen. Oder es werden einzelne Gegenstände des Anlage- oder Betriebsvermögens auf Dritte übertragen. Man kann den Unterschied auf zwei Arten begründen. Zum einen wird dem Unternehmen und seinen Eigentümern nur in diesen Fällen ein Vermögensgegenstand gänzlich entzogen. Zum anderen ist bei diesen Arten der Entflechtung nicht nur die Allgemeinheit begünstigt. Es wird nicht nur wirksamer Wettbewerb wiederhergestellt. Vielmehr geschieht das gerade dadurch, dass einzelne Dritte Inhaber von Vermögensgegenständen werden, die zuvor dem entflochtenen Unternehmen gehört hatten. Würde man auch in solchen Fällen auf Ausgleich verzichten, erhielten zufällig ausgewählte Dritte einen Vermögensgegenstand geschenkt.

b. Verkaufserlös als Kompensation

Vor diesem Hintergrund ergibt sich gleichsam von selbst, worin der Ausgleich besteht: das entflochtene Unternehmen wird dadurch entschädigt, dass es den Verkaufserlös erhält³²⁷. Das entspricht auch der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Bei der Baulandumlegung hat das Gericht entschieden:

„Der Gesetzgeber hat zu entscheiden, ob die Entschädigung in Geld oder anderen Werten (z.B. Rechte, Ersatzland) bestehen soll“³²⁸.

Noch deutlicher ist eine Entscheidung zum Versuchsprivileg im Patentrecht:

„Allerdings kann [...] der Inhaber des jüngeren Verwendungspatents dieses ohne Zustimmung des Inhabers des Erzeugnispatents nicht verwerten. Der Inhaber des Erzeugnispatents partizipiert, da er für seine Zustimmung ein entsprechendes Entgelt erhalten wird, somit an dem wirtschaftlichen Wert des Verwendungspatents. Damit erhält er zugleich einen finanziellen Ausgleich dafür, dass er die Versuchshandlungen, die auf Erlangung des Verwendungspatents zielten, dulden musste. Insoweit

325 S. oben VI.1.

326 Alternativ könnte man das Ergebnis auch so begründen: wenn das Bundeskartellamt diese Techniken verwendet, führt das nur zu solchen Wertminderungen, für die kein Ausgleich zu gewähren ist. S. dazu sogleich IX.2.d.

327 Monopolkommission Hauptgutachten III, R 795; MÖSCHEL Entflechtungen (1979) 137; s. auch DUDEN in Coing (1965) 17; SCHOLZ Entflechtung (1981) 173 f.; a.A. MAUNZ-DÜRIG-SCHOLZ Art. 14 GG, R 508: der Verkaufserlös ist nur im Rahmen der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen.

328 BVerfGE 24, 367, 419.

bleibt der wirtschaftliche Wert des Erzeugnispatents seinem Inhaber – wie grundsätzlich von Art. 14. Abs. 1 Satz 1 GG gefordert [...] – zugeordnet³²⁹.

c. *Abhängigkeit der Höhe vom Zweck des Eingriffs*

Was sagt das Bundesverfassungsgericht zur Höhe des Ausgleichs, soweit er geschuldet ist³³⁰? Auf den ersten Blick gibt es in der Rechtsprechung eine verwirrende Vielfalt von Aussagen. Man könnte sogar glauben, dass sich das Gericht selbst widerspricht. Auf der einen Seite hat das Gericht vielfach betont, dass aus Art. 14 GG keine „allgemeine Wertgarantie“ folgt³³¹. Es gibt keinen Anspruch auf „die höchstmögliche Rendite“³³². Der Gesetzgeber kann eine Entschädigung festlegen, die unter dem Verkehrswert liegt³³³. Auf der anderen Seite hat das Gericht verlangt, dass Minderheitsaktionäre aus einer Gesellschaft nur dann ausgeschlossen werden dürfen, wenn sie „eine volle Abfindung“ erhalten³³⁴. Der Börsenkurs ist dabei die Untergrenze³³⁵. Ebenso muss bei der Bestandsübertragung von Lebensversicherungen verfahren werden. Den Versicherten muss der „reale Wert“ der Überschussbeteiligungen erhalten bleiben³³⁶.

Der scheinbare Widerspruch löst sich in der gleichen Weise auf wie die Frage, ob Chancen Eigentum im Sinne von Art. 14 GG sind³³⁷: man muss den jeweils vom Gesetzgeber verfolgten Zweck in den Blick nehmen. Voller Ausgleich ist nur dann verlangt, wenn der Eigentumseingriff ausschließlich dem Interesse Privater dient³³⁸. Bei Eigentumseingriffen zum Wohle der Allgemeinheit bestimmt sich die von der Verfassung geforderte Kompensation aus dem Verhältnis des öffentlichen zum privaten Interesse des Eigentümers³³⁹.

Wird die Entflechtung gerade durch die Übertragung von Vermögensgegenständen auf ein anderes Unternehmen bewirkt, hält dieser Vorgang in ähnlicher Weise die Mitte zwischen einer privatnützigen Maßnahme und einer Förderung des öffentlichen Interesses wie die Gewährung ei-

329 BVerfG Kammer 10.5.2000, NJW 2001, 1783, 1783 – Versuchsprivileg. Das Entgelt kann in diesem Fall aber auch in einer Beteiligung am Umsatz bestehen, während bei der Entflechtung nur eine einmalige Zahlung in Betracht kommt.

330 Im Schrifttum lässt SCHOLZ Entflechtung (1981) 173 eine Entschädigung unter dem Verkehrswert genügen. DUDEN in Coing (1965) 17 fordert dagegen den vollen Verkehrswert. S. auch SCHMIDT-PREuß Substanzerhaltung (2003) 39 zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten in der Stromwirtschaft.

331 BVerfGE 105, 17, 30 – Sozialpfandbriefe; 105, 252, 277 – Glykol; in der Sache schon BVerfGE 38, 348, 351 – Zweckentfremdung von Wohnraum; 58, 300, 345 – Naßauskiesung; 71, 230, 253 – Vergleichsmiete; 84, 382, 384 f. – Räumungsklage; 91, 294, 310 – Grundmietenverordnung.

332 BVerfGE 87, 146, 149 – Kleingarten.

333 BVerfGE 24, 367, 421 – Hamburgisches Deichordnungsgesetz; 41, 126, 161 – Reparationsschäden; 46, 268, 286 – Bayerische Bodenreform.

334 BVerfGE 100, 289, R 47 – Barabfindung; s. auch ebd. R 56: „Der Ausgleich für außenstehende Aktionäre muss vielmehr so bemessen sein, dass sie auch künftig solche Renditen erhalten, die sie erhalten hätten, wenn der Unternehmensvertrag nicht geschlossen worden wäre“; BVerfG Kammer 27.1.1999, NJW 1999, 1699, R 21 – Spruchstellenverfahren; BVerfG Kammer 23.8.2000, NJW 2001, 279, 280 – Moto Meter AG.

335 BVerfGE 100, 289, R 53, R 63 – Barabfindung; s. auch BVerfG Kammer 8.9.1999, NJW-RR 2000, 842, R 19 – Hartmann & Braun.

336 BVerfGE 114, 1, C I 2 b aa (2) (b) – Überschussbeteiligung.

337 S. oben 0

338 BVerfGE 100, 289, 303 – Barabfindung.

339 Ebd.: „Anders als bei Enteignungen zum Wohl der Allgemeinheit“.

nes Leitungsrechts an Telekommunikationsunternehmen. Für diesen Fall hat das Bundesverfassungsgericht entschieden:

„Da der aus der Nutzung der betroffenen Grundflächen zur kommerziellen Telekommunikation erzielte Ertrag nicht vorrangig der Allgemeinheit, sondern den Inhabern des Leitungsrechts zugute kommt, ließe sich eine unentgeltliche Duldungspflicht in derartigen Fällen weder mit der besonderen Sozialbindung des Grundeigentums noch mit dem mit der gesetzlichen Regelung verfolgten Zweck rechtfertigen“³⁴⁰.

In entsprechender Anwendung folgt für die übertragende Entflechtung: weil ein konkreter Empfänger begünstigt wird, muss das entflochtene Unternehmen einen Ausgleich erhalten. Dieser Ausgleich muss aber nicht den vollen wirtschaftlichen Wert des übertragenen Rechts ausmachen.

Die genauere Eingrenzung der verfassungsrechtlich geschuldeten Kompensation wird möglich, wenn man die Entflechtung in Beziehung zu den vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Fallgruppen setzt. Eigentumsgegenstände, von denen eine Gefährdung der Öffentlichkeit oder Dritter ausgeht, können entschädigungslos entzogen werden. Das hat das Gericht nicht nur für die *producta und instrumenta sceleris* entschieden³⁴¹, sondern auch für die Tötung eines Hundes, der im Verdacht stand, Tollwut zu übertragen³⁴². Im Schrifttum ist umstritten, ob die Entflechtung analog zu behandeln ist³⁴³.

Die Teilnahme am Wettbewerb ist zwar in sich rechtmäßig³⁴⁴. Mit internem Wachstum ist kein Unwerturteil verbunden³⁴⁵. Wird Entflechtung allerdings nur dann zugelassen, wenn der Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung in wenigstens einem Fall nachgewiesen ist, liegt mehr als bloß ein „Rest an Verhaltensunrecht“³⁴⁶ vor. Man wird auch schlecht behaupten können, auch eine durch Missbrauch erlangte Marktstellung sei verfassungsrechtlich geschützt³⁴⁷. Und zwei andere Argumente sind auch nicht besonders stark: die soziale Unverträglichkeit sei nicht so stark wie bei dem polizeirechtlichen Störer³⁴⁸; der Zusammenschluss habe sich im Moment des Eingriffs stärker verfestigt als beim Handeln eines Störers³⁴⁹. Der entscheidende Gesichtspunkt ist ein anderer: bei der übertragenden Entflechtung wird nicht nur eine Störung beseitigt. Vielmehr geschieht das gerade dadurch, dass eine bestimmte andere Person das Eigentum erhält. Dieser „windfall profit“ bedarf des Ausgleichs.

340 BVerfG Kammer 26.8.2002, NJW 2003, 196, 198 – TK Leitung.

341 BVerfGE 22, 387, 422 – Verfall; 110, 1, R 89 – erweiterter Verfall; Kammer 7.6.2005, BVerfGK 5, 292, § 36 – Rückgewinnungshilfe.

342 BVerfGE 20, 351, 357 und 359 – Tollwut.

343 Dafür SCHULTE-BRAUCKS Auflösung (1980) 266; dagegen DUDEN in Coing (1965) 18 f.; SCHOLZ Entflechtung (1981) 147, 158, 167; SELMER Unternehmensentflechtung (1981) 47; KERBER Unternehmensentflechtung (1987) 77 f.

344 SCHOLZ Entflechtung (1981) 158.

345 Ebd. 167.

346 Der nach MÖSCHEL Entflechtungen (1979) 139 in die Abwägung einzustellen ist.

347 So aber SELMER Unternehmensentflechtung (1981) 47.

348 KERBER Unternehmensentflechtung (1987) 77 f.; das ist schon deshalb kein gutes Argument, weil einen bekanntlich jede Übertretung einer öffentlichrechtlichen Norm zum Störer macht.

349 Ebd. 78.

d. *Kein Schutz der Monopolrente*

Im Schrifttum findet sich gelegentlich die Aussage: auch das „Machteigentum“ sei von Art. 14 GG geschützt³⁵⁰. Deshalb gebe es keinen Abschlag von der geschuldeten Entschädigung für das „Monopolpotenzial“³⁵¹. Das Bundesverfassungsgericht sieht das anders³⁵².

„Zwar hat der Beschwerdeführer aufgrund seiner bisherigen tatsächlichen Monopolstellung im Bereich der gewerberechlichen Aufgabenerfüllung Dispositionen als Privatrechtssubjekt getroffen und aufgrund der Gesetzeslage wirtschaftliche Vorteile gehabt. Dies allein begründet aber keine schützenswerten Positionen im Sinne von Art. 14 Abs. 1 GG. Entscheidend für die Bewertung einer Rechtsstellung als Eigentum ist insoweit, ob sie sich als Äquivalent eigener Leistung erweist oder lediglich auf staatlicher Gewährung beruht. Der wirtschaftliche Vorteil durch ein staatlich angeordnetes Monopol beruht aber nicht auf der Eigenleistung der Begünstigten“³⁵³.

Oder allgemeiner:

„Hoheitlich bewirkte Minderungen des Marktwerts eines Vermögensgutes berühren daher in der Regel nicht den Schutzbereich des Eigentumsgrundrechts“³⁵⁴.

Ebenso sieht das der Bundesgerichtshof:

„Eingeschränkt ist nur die Verwertung im Rahmen eines Zusammenschlusses, der erwarten läßt, daß sich eine schon bestehende marktbeherrschende Stellung durch den Zusammenschluß verstärkt. Sollte der durch anderweitige Veräußerung zu erzielende Kaufpreis niedriger sein als der Erlös aus einem Anteilsverkauf, der zur Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt, so ist dies im Hinblick auf die soziale Bindung des Eigentums (Art. 14 I, II GG) hinzunehmen.“³⁵⁵

Auch in den USA kann der Verlust der Monopolrente nicht als Einwand gegen Entflechtung vorgebracht werden³⁵⁶. Ebenso wenig kann der Eigentümer dafür Ersatz beanspruchen, dass er bei wirksamerem Wettbewerb mehr Aufwand zur Verteidigung seines Marktanteils treiben muss, etwa durch Werbung oder Einführungspreise.

Dies stimmt mit zahlreichen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts überein, nach denen es keinen Grundrechtsschutz vor neuer Konkurrenz gibt³⁵⁷. Gegenüber Eingriffen zur Durchsetzung öffentlicher Interessen³⁵⁸ gibt es auch keinen Eigentumsschutz von Chancen³⁵⁹.

350 SELMER Unternehmensentflechtung (1981) 62; s. auch SCHMIDT-PREuß Substanzerhaltung (2003) 27: auch der Marktbeherrscher ist von Art. 14 GG geschützt.

351 SELMER Unternehmensentflechtung (1981) 63.

352 A.A. auch Monopolkommission Hauptgutachten III, R 758, R 792; SCHULTE-BRAUCKS Auflösung (1980) 266, 269.

353 BVerfG Kammer 13.6.2002, NVwZ 2002, 1232, R 10 – TÜV Monopol.

354 BVerfG Kammer 24.1.2007, R 20 – Mobilfunkseideanlage.

355 BGH 21.2.1978, NJW 1978, 1320, 1325 – Kfz-Kupplungen.

356 Richter Learned Hand, U.S. v. Corn Products Refining Co. 234 F. 964, 1018.

357 BVerfGE 110, 274, B 1 c – Ökosteuer; BVerfG Kammer 15.3.2000, NJW 2000, 1939 – Postulationsfähigkeit; BVerfG Kammer 10.5.2000, NJW 2001, 1783 – Versuchsprivileg; BVerfG Kammer 29.11.2000, NJW-RR 2001, 750 – Tarifsysteem in der Binnenschiffahrt; BVerfG Kammer 13.6.2002, NVwZ 2002, 1232, R 9 – TÜV Monopol; s. aus der Literatur auch LEGE Zwangsvertrag (1995) 107, 108 f.

358 Zu Eingriffen, die ausschließlich privaten Interessen dienen, s. oben bei FN 334.

„Art. 14 GG schützt nur normativ zugeordnete Rechtspositionen, nicht aber das Ergebnis situativer Einschätzungen der Marktbeteiligten, auch wenn dieses wirtschaftlich folgenreich ist“³⁶⁰.

„Art. 14 Abs. 1 GG schützt nicht die einträglichste Nutzung des Eigentums“³⁶¹.

„Der verfassungsrechtliche Anspruch beschränkt sich auf die Gewährleistung einer angemessenen Verwertung, das heißt der Bereitstellung von gesetzlichen Zuordnungsmechanismen, die dem Grundsatz nach eine wirtschaftlich sinnvolle Disposition und Nutzung möglich machen“³⁶².

Deshalb sind auch enttäuschte Erwartungen nicht geschützt³⁶³. Auch die Tatsache, dass sich die Chancen im Wert von Aktien abbilden, führt nicht zu ihrem verfassungsrechtlichen Schutz³⁶⁴. Hat die Rechtsordnung Chancen verrechtlicht, führt auch das normalerweise nicht zu ihrem verfassungsrechtlichen Schutz³⁶⁵.

„Die Erwartung, dass ein Unternehmen auch in der Zukunft rentabel betrieben werden kann, fällt nicht in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG“³⁶⁶.

e. *Schutz des going concern?*

Bei der Entflechtung spielt eine verfassungsdogmatische Frage eine Rolle, die sonst eher akademisch ist: ist das Unternehmen auch als lebende Einheit vom Eigentumsgrundrecht geschützt^{367?} Das Bundesverfassungsgericht beharrt darauf, die Frage nicht entscheiden zu wollen³⁶⁸.

„Eigentumsrechtlich gesehen ist ein Unternehmen die tatsächliche – nicht aber rechtliche – Zusammenfassung der zu seinem Vermögen gehörenden Sachen und Rechte, die an sich schon vor verfassungswidrigen Eingriffen geschützt sind, weshalb fraglich ist, ob der Gewerbebetrieb als solcher Eigentum im Sinne des Art. 14 GG ist“³⁶⁹.

359 BVerfGE 79, 29, R 46 – Sendung in Vollzugsanstalten; 100, 226, 243 – Denkmalschutz; 102, 197, 211 – Spielbankengesetz Baden-Württemberg; 105, 252, 277 – Glykol; BVerfG Kammer 22.12.1999, NJW 2000, 1325 – Landgerichtsbezirk Göttingen; BVerfG Kammer 29.11.2000, NJW-RR 2001, 750 – Binnenschifffahrt; BVerfG Kammer 13.6.2002, NVwZ 2002, 1232, R 6 – TÜV Monopol; BVerfG Kammer 20.11.2003, R 14 – Postgesetz; BVerfG Kammer 16.12.2003, BVerfGK 2, 179, R 30 – Remailing.

360 BVerfGE 105, 252, 278 – Glykol.

361 BVerfGE 100, 226, 243 – Denkmalschutz.

362 BVerfGE 79, 29, R 46 – Sendung in Vollzugsanstalten.

363 BVerfG Kammer 20.11.2003, R 15 – Postgesetz.

364 BVerfG Kammer 23.8.2000, NJW 2001, 279, 280 – Moto Meter AG.

365 BVerfG Kammer 3.7.2001, NVwZ 2002, 197, R 25 – Branntweinmonopol; BVerfG Kammer 21.8.2002, NJW 2002, 3640 – Kursmakler.

366 BVerfGE 110, 274, B 1 b – Ökosteuer.

367 In der Literatur zur Entflechtung bejahen die Frage SCHOLZ Entflechtung (1981) 141-143; SELMER Unternehmensentflechtung (1981) 21 f., 64; MÜLLER Entflechtung (2004) 192 f.; s. auch SCHMIDT-PREUß Substanzerhaltung (2003) 26; a.A. DUDEN in Coing (1965) 14. Aus dem allgemeinen Schrifttum zusammenfassend Bonner Kommentar-KIMMINICH Art. 14 GG, R 77-94; ENGEL in Archiv des öffentlichen Rechts (1993); HAGEN in Gewerbearchiv (2005).

368 BVerfGE 51, 193, 221 f. – Weinlagennamen; 66, 116, 145 – Bild-Zeitung/Wallraf; 68, 193, 223 f. – Kostendämpfung Zahntechniker; 77, 84, 118 – Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe; 81, 208, 227 f. – Leistungsschutzrechte für Ausländer; 96, 375, 397 – Kind als Schaden; 105, 252, 278 – Glykol; Kammer 13.6.2002, NVwZ 2002, R 6 – TÜV Monopol; Kammer 20.11.2003, R 15 – Postgesetz; Kammer 16.12.2003, BVerfGK 2, 179, R 29 – Remailing; Kammer 24.11.2004, NJW 2005, 589, 590 – Internet Domain.

369 BVerfG Kammer 13.6.2002, NVwZ 2002, 1232, R 6 – TÜV Monopol.

Dass sich das Bundesverfassungsgericht gerade bei einem Entflechtungsfall zur Bejahung des Schutzes entscheiden würde, ist wenig wahrscheinlich. Selbst wenn, wäre die Wirkung eng begrenzt. Aus den gerade dargelegten Gründen fiel der Wertverlust aus der Auflösung der marktbeherrschenden Stellung jedenfalls nicht unter Art. 14 GG. Es könnte allenfalls um den Unterschied zwischen der Veräußerung lebender Einheiten und einzelner Gegenstände des Anlage- oder Betriebsvermögens gehen. Die Verfassung böte dann grundsätzlich Schutz davor, dass dem Inhaber unternehmerischen Eigentums nur die Zerschlagungswerte belassen werden. Die Entflechtung dürfte auf diesem Wege nur dann bewirkt werden, wenn die Veräußerung einer lebenden Einheit nicht möglich ist oder zur Erreichung des Zwecks der Entflechtung nicht genügen würde. Das folgt aber ohnehin aus dem Gebot der Erforderlichkeit³⁷⁰.

f. *Schutz vor Wertverlust bei Zwangsveräußerung?*

Wenn das Unternehmen innerhalb der Frist keinen akzeptablen Käufer präsentiert, setzt das Bundeskartellamt einen Treuhänder ein. Das ist eine atypische Form des Verwaltungszwangs. Ist das Unternehmen von Art. 14 GG vor dem Wertverlust aus Zwangsveräußerung geschützt³⁷¹? Zunächst einmal ist dieser Verlust nicht ausgemacht. In der amerikanischen Praxis hat es Kursstürze praktisch nicht gegeben³⁷². Im Gegenteil sind die Kurse entflochtener Unternehmen auf mittlere Frist häufig sogar gestiegen³⁷³. Gar nicht selten haben sich Käufer auf Verträge zu ungünstigen Bedingungen eingelassen, weil sie befürchteten, dass ihnen sonst ein anderer Käufer vorgezogen würde³⁷⁴. Außerdem darf der Wertverlust aus Zwangsveräußerung nicht mit dem kapitalisierten Verlust der Monopolrente vermischt werden.

Trotzdem kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Erlös bei zwangsweiser Veräußerung geringer ist, als wenn der Unternehmensteil oder der Vermögensgegenstand freihändig veräußert würde. Darauf deuten jedenfalls die Erfahrungen bei der Zwangsversteigerung von Grundstücken³⁷⁵ und bei der Verwertung von Anlagevermögen im Konkurs hin³⁷⁶. Die Gründe für das Phänomen sind nicht sehr klar. In der förmlichen Zwangsvollstreckung wird an den anwesenden Bieter veräußert, der das höchste Gebot abgegeben hat. Deshalb könnte der Markt enger sein als bei freihändiger Veräußerung. Wer nicht sofort mehr bietet, wird nicht mehr in Betracht gezogen. Der Vergleich mit alternativen Kaufobjekten ist erschwert. Beides könnte die Unsicherheit erhöhen, unter der Interessenten bieten müssen. Darauf könnten sie mit einem Risikoabschlag

370 S. oben VIII.2.

371 Verneinend Monopolkommission Hauptgutachten III, R 754; SCHOLZ Entflechtung (1981) 174.

372 OEHLER Entflechtung (1976) 218 f.

373 Ebd. 268-270.

374 FEDERAL TRADE COMMISSION Divestiture (1999) 15, 23-25 und passim.

375 Bei der Zwangsversteigerung von Grundstücken wird im Durchschnitt 65% des Verkehrswerts für vergleichbare, freihändig veräußerte Grundstücke erzielt, Expertenkommission zur Anschlussförderung im öffentlich geförderten Wohnungsbau im Land Berlin, Endbericht, http://www.diw.de/deutsch/produkte/publikationen/expublikationen/gutachten/docs/diw_anschlussfoerd_wohn_berlin_200301.pdf.

376 WILLIAMS in American Bankruptcy Institute Law Review (2001), die Daten beziehen sich allerdings ausschließlich auf angegriffene Entscheidungen, also ein verzerrtes Sample.

reagieren. Schließlich mag ein psychologischer Effekt eine Rolle spielen. Eine Art „Schnäppchenmentalität“ könnte sich auswirken.

Je besser der Käufermarkt funktioniert, desto weniger wahrscheinlich sind solche Effekte allerdings. Wer sich davon beeinflussen lässt, muss nämlich befürchten, dass ein anderer den begehrten Gegenstand erhält. Die erwähnte amerikanische Erfahrung belegt, dass dies nicht bloß eine theoretische Überlegung ist. Daraus folgt allerdings nur dann ein beachtlicher Einwand, wenn zumindest prinzipiell eine gewisse Zahl an potentiellen Käufern vorhanden ist. Das wird bei Entflechtungsfällen nicht immer so sein. Als Käufer der lebenden Einheit kommen am ehesten solche Unternehmen in Betracht, die auf demselben oder einem verwandten Markt bereits tätig sind. Mit Gegenständen des Anlage- oder Betriebsvermögens kann nur etwas anfangen, wer sie für die eigene unternehmerische Tätigkeit verwenden kann.

Verfassungsrechtlich hat dieser Einwand allerdings relativ geringes Gewicht. An dieser Stelle wirkt sich aus, dass die Veräußerung durch einen Treuhänder im Normalfall nur die Drohung ist, die das Unternehmen dazu anhält, ernsthaft nach einem geeigneten Käufer zu suchen. Gerade weil die Gefahr nicht vollständig theoretisch ist, dass der Erlös bei zwangsweiser Veräußerung niedriger sein könnte, hat das Unternehmen einen Anreiz, den wettbewerbspolitisch erwünschten Zustand herzustellen. In der erwähnten Weise ist das aber nur die Auszahlung jenseits des Gleichgewichtspfads. Sie entscheidet zwar darüber, wo sich das Gleichgewicht in den Verhandlungen zwischen dem Bundeskartellamt und dem Unternehmen einpendelt. Aus den dargelegten Gründen ist dieses Gleichgewicht aber von der Auszahlung verschieden, die das Unternehmen bei Zwangsveräußerung erwartet. Im Gleichgewicht erhält das Unternehmen einen systematisch höheren Erlös³⁷⁷.

Solange das Unternehmen freihändig veräußert wird, kommt es auch für die verfassungsrechtliche Beurteilung nur auf den Erlös an, der dann erzielt wird. Die Rechtsordnung muss allerdings auch auf den – seltenen – Fall vorbereitet sein, in dem schließlich doch ein Treuhänder eingesetzt wird. Das mag daran liegen, dass ausnahmsweise wirklich kein geeigneter Käufer zu finden war. Es mag auch daran liegen, dass das Unternehmen die Wahrscheinlichkeit falsch eingeschätzt hat, dass das Bundeskartellamt die Drohung schließlich auch wahr macht. (Nur) für diesen Fall kann auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Zwangsversteigerung von Grundstücken zurückgegriffen werden. Danach darf der Zuschlag nicht weit unter Wert erteilt werden³⁷⁸. Im entschiedenen Fall war der Verkehrswert des Grundstücks auf 95.000.- DM geschätzt worden. Der Erwerber hatte den Zuschlag für ein Gebot von 10.500.- DM erhalten³⁷⁹. Das Gericht lässt erkennen, dass es die Grenze aus § 817a ZPO für akzeptabel hält³⁸⁰. Danach darf der Zuschlag in der Mobiliarzwangsvollstreckung nicht erteilt werden, wenn der Erlös weniger als die Hälfte des gemeinen Werts beträgt. Es liegt nahe, dass der Gesetzgeber diese Grenze auch für Veräußerungen durch den Treuhänder im Rahmen der Entflechtung festlegt.

377 S. oben III.2.

378 BVerfGE 46, 325 – Zwangsversteigerung II.

379 Ebd. 326 f.

380 Ebd. 332.

X. Kollektive Marktbeherrschung

Kollektive Marktbeherrschung ist normativ nicht weniger problematisch als individuelle. Die gemeinschaftliche marktbeherrschende Stellung der Stromerzeuger ist sogar der Anlass für die gegenwärtige rechtspolitische Diskussion um die Entflechtung. Auch die Monopolkommission hatte gefordert, den Entflechtungstatbestand auf Oligopole zu erstrecken³⁸¹. Das führt allerdings zu einem offensichtlichen Gleichheitsproblem. Das Unternehmen, das vom Bundeskartellamt in Anspruch genommen wird, erleidet einen zusätzlichen Vermögensnachteil, obwohl die übrigen Mitglieder des Oligopols ebenfalls für das normative Problem verantwortlich sind.

Aus dem Verlust der Monopolrente kann dieser Nachteil allerdings nicht bestehen. Er trifft ja alle Mitglieder des Oligopols gleichermaßen. Ein zusätzlicher Verlust kann jedoch aus zwei Gründen eintreten: weil nur dieses Unternehmen Vermögensteile veräußern muss, sinkt der Wert des gesamten Unternehmens stärker als bei den anderen Mitgliedern des Oligopols. Weil die Veräußerung zumindest im Schatten des Treuhänders stattfindet, könnte der Erlös für die veräußerten Unternehmensteile unter deren Marktwert liegen.

Das Problem löst sich, wenn das Oligopol hinreichend asymmetrisch ist. Trägt ein Unternehmen besonders hohe Verantwortung für das Marktergebnis, ist es nicht gleichheitswidrig, gerade von diesem Unternehmen zu verlangen, dass es Vermögensgegenstände veräußert³⁸². Schwierig wird es dagegen, wenn alle Unternehmen ungefähr gleich bedeutsam sind. Ein Indiz dafür sind ungefähr gleich große Marktanteile.

Ist die Zahl der Anbieter klein, kann es allerdings geboten sein, von allen Unternehmen die Veräußerung von Vermögensbestandteilen zu verlangen. So läge es etwa bei einem Duopol. Denn die experimentellen Befunde belegen, dass die Kollusionsgefahr auch bei einem Triopol noch hoch ist³⁸³.

Jedenfalls kann das Gleichheitsproblem in solchen Fällen dadurch vermieden werden, dass das Bundeskartellamt alle Oligopolmitglieder in Anspruch nimmt. Diese Lösung scheidet allerdings aus, wenn der Eingriff dann insgesamt unnötig intensiv wird. Praktisch kommt es vor allem darauf an, ob der wettbewerbspolitische Erfolg auch dann noch erreicht wird, wenn alle Mitglieder des Oligopols gezwungen werden, relativ kleine Teile ihres Vermögens abzugeben. Auch wenn das prinzipiell ausreicht, um die marktbeherrschende Stellung zu beseitigen, wird das Bundeskartellamt außerdem mit mehr Verfahren belastet. Es wird wahrscheinlicher, dass einzelne Verfahren aus praktischen Gründen oder vor Gericht scheitern. Zur Überwindung des Gleichheitsproblems ist diese zusätzliche Last an sich allerdings hinzunehmen. Damit der wettbewerbspolitische Erfolg auch wirklich erreicht wird, darf das Bundeskartellamt von jedem einzelnen Mitglied des Oligopols dann mehr verlangen als nötig wäre, wenn schließlich alle Verfahren Erfolg hätten. Das Bundeskartellamt darf also gleichsam einen Sicherheitszuschlag machen.

381 Monopolkommission Hauptgutachten III, R 752.

382 Vgl. SCHOLZ Entflechtung (1981) 56.

383 S. die Daten oben VI.2.

Auch sonst kommt es im Recht nicht selten vor, dass die geschuldete Handlung oder der geschuldete Erfolg alternativ von mehreren bewirkt werden kann. Die typische Reaktion der Rechtsordnung ist die Gesamtschuld. Der Gläubiger hat die Wahl, welchen Schuldner er in Anspruch nimmt. Das Gleichheitsproblem wird durch Regress im Innenverhältnis bewältigt. Die Übertragung dieser Lösung auf die Entflechtung einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung ist allerdings schwierig.

§ 19 II 2 GWB setzt gerade nicht voraus, dass das Innenverhältnis rechtlich ausgestaltet ist. Im ökonomischen Schrifttum ist von „tacit collusion“ die Rede. Die zu Grunde liegenden Modelle gehen davon aus, dass sich die Beteiligten allein durch ihr Marktverhalten Signale senden³⁸⁴. Juristisch geht es um einen Gefährdungstatbestand. Die Rechtsordnung verzichtet auf den Nachweis, dass die Beteiligten ihr Verhalten tatsächlich durch explizite Absprachen oder durch konkludentes Handeln abgestimmt haben. Um den Ausgleich im Innenverhältnis zu ermöglichen, müsste die Rechtsordnung gerade verfestigen, was sie bekämpfen will.

Die Entflechtung einer kollektiven marktbeherrschende Stellung war auch in den USA selten³⁸⁵. Illustrativ sind aber die Erfahrungen im Fall *Paramount*. Die marktbeherrschende Stellung der fünf großen amerikanischen Filmstudios ergab sich nach der Überzeugung der amerikanischen Kartellbehörden nicht zuletzt aus der vertikalen Integration zwischen Filmproduktion und dem damals einzigen Absatzkanal, den Kinos. Auf Drängen des Supreme Court haben die Kartellbehörden schließlich die vertikale Desintegration aller Anbieter durchgesetzt. Zunächst hatten sich die Kartellbehörden dagegen darauf beschränkt, den Filmstudios Absatztechniken zu verbieten, mit denen sie ihre Macht ausspielen konnten. Insbesondere wurde „block booking“ untersagt. Da diese Maßnahme für sich allein noch nicht den gewünschten Erfolg hatte, untersagte das zuständige Gericht einige Jahre später noch zahlreiche weitere Verhaltensweisen³⁸⁶.

Der Fall belegt zwei Dinge: grundsätzlich kann die kollektive Marktbeherrschung auch auf andere Weise als durch die Veräußerung von Unternehmensteilen beseitigt werden. Auch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen sollte die Möglichkeit eröffnen. Wohlgemerkt ist dabei nicht der Nachweis verlangt, dass gerade durch die Maßnahmen, deren Gebrauch für die Zukunft untersagt wird, in der Vergangenheit die marktbeherrschende Stellung missbraucht wurde. Vielmehr genügt, wie bei der Entflechtung als Reaktion auf individuelle Marktbeherrschung, dass nur in irgendeinem Fall der Missbrauch nachgewiesen ist. Die zusätzliche Handlungsmöglichkeit hat nur den Zweck, das Gleichheitsproblem zu entschärfen.

Zugleich zeigen die amerikanischen Erfahrungen allerdings auch, dass dieser Ausweg nicht immer gangbar ist. Auch im Angesicht des Gleichheitssatzes verlangt die Verfassung vom Bundeskartellamt nur, dass es solche gleichmäßigen Belastungen sorgsam prüft. Kommt es dabei aber zu der – gerichtlich überprüfbaren – Einschätzung, dass diese Instrumente nicht hinreichend wirksam wären, darf es auch nach seinem pflichtgemäßen Ermessen ein Mitglied des Oligopols,

384 IVALDI, JULLIEN, REY, SEABRIGHT und TIROLE Tacit Collusion (2003) .

385 KOVACIC in Iowa Law Review (1989) 1110 zählt 9 Verfahren in der Zeit von 1890 bis 1989.

386 Einzelheiten bei CRANDALL in Oregon Law Review (2001) 154-158.

oder einzelne Mitglieder herausgreifen. Die Verfassung verlangt also nur, das Gleichheitsproblem nach Kräften zu überwinden. Erweist sich das als unmöglich, muss das Bundeskartellamt die kollektive marktbeherrschende Stellung nicht bestehen lassen.

XI. Ergebnisse

1. Wenn das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen um die Befugnis des Bundeskartellamts zur Entflechtung ergänzt wird, greift das in Grundrechte des entflochtenen Unternehmens, seiner Anteilseigner, der Arbeitnehmer und der Gläubiger ein. Der Eingriff ist aber gerechtfertigt.
2. Die Entflechtung greift in das Eigentum des Unternehmens ein, in seine Berufs- und Gewerbefreiheit, in seine Organisationsfreiheit und in die Vertragsfreiheit. Der Kern des verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsbedarfs liegt dabei beim Eigentumsgrundrecht.
3. Entflechtung kann auf vielfache Weise bewirkt werden. War das marktbeherrschende Unternehmen zuvor als Konzern verfasst, können einzelne Töchter aus dem Konzern herausgelöst werden. Wie das geschieht, hängt davon ab, worauf die Leitungsmacht gründete. Es kann genügen, personelle Verflechtungen oder einen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag aufzulösen. Beides greift nicht in das Eigentum des Unternehmens ein. Anders liegt es, wenn die Leitungsmacht auf Anteilseigentum beruhte. Entflechtung greift auch dann in das Eigentum am Unternehmen ein, wenn zu diesem Zweck Teile des bislang einheitlichen Unternehmens verselbstständigt und anschließend veräußert werden. Auch die Veräußerung von einzelnen Gegenständen des Anlage- oder Betriebsvermögens greift in das Eigentum an diesen Gegenständen ein.
4. Im letztgenannten Fall ist das Eigentum an den fraglichen Gegenständen des Anlage- oder Betriebsvermögens unmittelbar betroffen. Das Anteilseigentum der Mutter an einer zuvor schon selbstständigen Tochter ist verfassungsrechtlich geschützt. Richtigerweise gilt das auch dann, wenn ein zuvor einheitliches Unternehmen bei dieser Gelegenheit erst aufgegliedert wird. Der Zweifel des Bundesverfassungsgerichts am Eigentumsschutz für den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb meint nicht das Unternehmenseigentum zur Gänze, sondern nur den Unterschied zwischen den Zerschlagungswerten und dem Wert des lebenden Unternehmens.
5. Die frühere Entscheidung des Bundeskartellamts, eine Fusion freizugeben, ist nicht Eigentum im Sinne von Art. 14 GG.
6. Wenn ein Treuhänder auf Geheiß des Bundeskartellamts Unternehmensteile oder Gegenstände des Anlage- und Betriebsvermögens veräußert, greift er dadurch in das Eigentum des Unternehmens ein.

7. Das Bundeskartellamt greift auch dann mittelbar in das Eigentum des Unternehmens ein, wenn es im Schatten der drohenden einseitigen Veräußerung mit dem Unternehmen über die freihändige Veräußerung von Unternehmensteilen verhandelt. Dieser Eingriff ist aber systematisch weniger belastend als die einseitige Veräußerung. Die Macht, notfalls auch einseitig zu handeln, bestimmt nur den Drohpunkt des Bundeskartellamts für die Verhandlungen mit dem Unternehmen. Das Gewicht des Eingriffs ergibt sich erst aus dem Gleichgewicht des Verhandlungsspiels.
8. Die Entflechtung ist keine Enteignung. Der Eingriff muss deshalb nicht den besonderen Anforderungen an das „gemeine Wohl“ genügen. Das GWB muss deshalb keine Entschädigungsregelung enthalten. Wegen der Höhe der Entschädigung muss nicht der Rechtsweg zu den Zivilgerichten eröffnet werden. Bei einer übertragenden Enteignung verliert das Unternehmen zwar sein Eigentum an Unternehmensteilen oder Gegenständen des Anlage- und Betriebsvermögens. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kommt es für die Abgrenzung zwischen der Enteignung und der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums aber nicht ausschließlich auf die Schwere des Eingriffs an. Vielmehr ist ein Eingriff nur dann Enteignung, wenn der Zweck der Maßnahme gerade darin besteht, dass dieser Eigentumsgegenstand einem öffentlichen Interesse nutzbar gemacht wird. Der Zweck der Entflechtung besteht in etwas anderem. Wettbewerb soll wieder funktionsfähig werden.
9. Die Drohung mit dem einseitigen Handeln des Treuhänders zwingt dem Unternehmen Verhandlungen mit dem Bundeskartellamt auf. In diesen Verhandlungen kann und soll das Unternehmen seine Interessen wahren. Insbesondere soll es die schonendste Lösung finden, mit der wirksamer Wettbewerb gerade noch geschaffen wird. Trotzdem sind die rechtsstaatlichen Sicherungen in solchen Verhandlungen geringer als beim einseitigen Verwaltungshandeln. Dieser Nachteil ist aber hinzunehmen. Das Bundeskartellamt weicht nicht aus Bequemlichkeit auf Verhandlungen aus. Vielmehr sind Verhandlungen der einzige Weg, wirksamen Wettbewerb zu erreichen, obwohl das Unternehmen die eigenen Verhältnisse und die Branche notwendig besser kennt als das Bundeskartellamt. Verhandlungen sind das Instrument, diese Informationsasymmetrie zu überwinden.
10. Der Bestimmtheitsgrundsatz ist in dem Maße gewahrt, in dem der Gegenstand das zulässt. Wenn das GWB um einen Entflechtungstatbestand erweitert wird, verantwortet der Gesetzgeber selbst zweifelsfrei die Möglichkeit der Entflechtung. In seiner Verfügung bezeichnete das Bundeskartellamt exakt die Vermögensteile, die der Treuhänder notfalls veräußern könnte. Das Tatbestandsmerkmal der „gesamtwirtschaftlichen Bedeutung“ kann durch Rückgriff auf die differenzierte Judikatur zu Art. 16 und Art. 86 II EGV präzisiert werden. Wie allgemein im Ordnungsrecht ist auch bei der Entflechtung von Verfassungen wegen nichts gegen das Opportunitätsprinzip zu erinnern. Die Entflechtungstechnik kann im Gesetz nicht festgelegt werden, weil sie vom Einzelfall abhängt. Wenn sich das Unternehmen auf die Verhandlungslösung einlässt, kennt es vorab die Höhe des Verkaufserlöses nicht genau. Zumindest kennt das Unternehmen aber die Untergrenze, die niemals unterschritten werden kann. Denn

der Treuhänder dürfte nicht veräußern, wenn der Erlös weniger als die Hälfte des (bereinigten) Werts beträgt. Das genügt.

11. Von Verfassungen wegen ist nicht problematisch, wenn auch die Entflechtung marktbeherrschender Stellungen zugelassen wird, die bei Einführung des Gesetzes bereits bestanden. Das ist nur eine unechte Rückwirkung. Ebenfalls unproblematisch ist die Möglichkeit, Freigabeentscheidungen in der Fusionskontrolle zu widerrufen. Damit wird nur ein allgemeines Instrument des Verwaltungsverfahrensrechts auf die Fusionskontrolle erstreckt.
12. Das Ziel des Gesetzes besteht darin, durch einen Eingriff in die Marktstruktur die Voraussetzung für wirksamen Wettbewerb zu schaffen. Sowohl die ökonomische Theorie wie die ökonomische und die experimentelle Evidenz belegen einen hinreichend dichten Zusammenhang zwischen Marktstruktur und Marktergebnis. Der Gesetzgeber hält sich bei der Wahl dieses Ziels im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative.
13. Das Gesetz beschränkt sich nicht darauf, überhaupt Wettbewerb herzustellen. Vielmehr erreicht es sein Ziel nur dann, wenn dies auch nachhaltig geschieht. Dadurch reagiert der Gesetzgeber auf das empirisch eindeutige nahezu vollständige Versagen der Missbrauchskontrolle und auf die empirisch belegbaren Schwächen der Fusionskontrolle.
14. Ausnahmsweise führt auch die Vermehrung der Zahl der Anbieter nicht zu mehr Wettbewerb. So liegt es, wenn der Markt sehr starke Größen- oder Verbundvorteile aufweist. Ebenso liegt es, wenn ein Unternehmen einen Markt neu eröffnet. Die Sorge um die internationale Wettbewerbsfähigkeit genügt dagegen ebenso wenig wie der Wunsch, alle bislang vorhandenen Unternehmen lebensfähig zu halten. Soweit Einwände berechtigt sind, darf das Bundeskartellamt auch nicht zum Einschreiten ermächtigt werden.
15. Die Erfahrungen der Alliierten Dekartellierungsbehörden und der amerikanischen Kartellbehörden belegen, dass Entflechtung ein hinreichend wirksames Instrument ist. Wenn die amerikanischen Behörden schließlich vor Gericht unterlegen sind, zeigt dies nur, dass die Rechtsregeln geeignet ausgestaltet werden müssen. Die praktischen Folgeprobleme sind durchweg gut bewältigt worden. Die amerikanischen Kartellbehörden waren sehr geschickt darin, Entflechtungen so auszugestalten, dass die verselbständigten Unternehmensteile am Markt Erfolg hatten. Das Bundeskartellamt sollte aus diesen Erfahrungen lernen. Das Marktergebnis hat sich in den USA auf mittlere Frist nicht in allen Fällen gebessert. Es gibt aber genügend Fälle, in denen dies eindeutig geschehen ist. Der Gesetzgeber hält sich deshalb im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative, wenn er Entflechtung einführt.
16. Alternative Instrumente sind nicht gleichermaßen geeignet, das Marktergebnis nachhaltig zu verbessern. Insbesondere würde eine Verschärfung der Missbrauchskontrolle nicht den gleichen Erfolg erwarten lassen. Das gilt auch für den gegenwärtig im Parlament beratenen Entwurf zur Verschärfung der Missbrauchskontrolle über Energiepreise.

17. Die verschiedenen Entflechtungstechniken belasten das Unternehmen und seine Anteilseigner unterschiedlich schwer. Insbesondere bleibt die Belastung klein, wenn die Anteile an einem verselbständigten Teil des Unternehmens pro rata an die Aktionäre des Unternehmens ausgegeben werden. Diese Lösung kommt aber nur dann in Betracht, wenn sich das Unternehmen im Streubesitz befindet. Auch sonst hängt die Wahl der Entflechtungstechnik weitgehend an den Verhältnissen, die das Bundeskartellamt vorfindet.
18. Durch vier Sicherungen kann die Entflechtung als ultima ratio ausgestaltet werden: in mindestens einem Fall muss der Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung nachgewiesen sein; es muss sich um einen Markt von gesamtwirtschaftlichen Bedeutung handeln; die Schwellenwerte für die Fusionskontrolle müssen überschritten sein; durch die Entflechtung muss eine spürbare Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen zu erwarten sein. Es ist nicht sicher, dass diese Zurückhaltung von der Verfassung geboten ist. Die Sicherungen genügen vor dem Verfassungsgebot der Angemessenheit aber in jedem Fall.
19. Die übertragende Entflechtung ist eine ausgleichspflichtige Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums. Das ergibt sich aus der Tatsache, dass Eigentumsgegenstände des Unternehmens auf einen bestimmten privaten Empfänger übertragen werden. Der Verkaufserlös ist der von der Verfassung gebotene Ausgleich.
20. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hängt die Höhe des geschuldeten Ausgleichs von dem Zweck ab, den der Gesetzgeber mit der Eigentumsübertragung verfolgt. Dient die Übertragung ausschließlich privaten Interessen, wie beim Ausschluss von Minderheitsaktionären aus einem Unternehmen, ist der volle Wert zu ersetzen. Wird dem Störer der störende Eigentumsgegenstand entzogen, ist gar kein Ausgleich geschuldet. Die Entflechtung liegt in der Mitte zwischen beiden Extremen. Der Zweck liegt sehr viel näher an der Beseitigung einer Störung. Es werden aber bestimmte Private begünstigt. Deshalb verlangt die Verfassung einen finanziellen Ausgleich. Er muss aber nicht den vollen Wert ausmachen.
21. Das entflochtene Unternehmen hat keinen Anspruch auf Ausgleich dafür, dass ihm für die Zukunft die Monopolrente entgeht.
22. Der Streit um den Eigentumsschutz für den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb spielt auch für die Höhe des Ausgleichs nur eine geringe Rolle. Es geht ausschließlich um den Fall, dass die Entflechtung durch die Veräußerung einzelner Gegenstände des Anlage- oder Betriebsvermögens bewirkt wird. Würde das Bundesverfassungsgericht seine Zweifel überwinden, wäre ein Ausgleich gefordert, wenn das Bundeskartellamt ohne Not davon absieht, lebende Einheiten zu veräußern. Das verbietet aber bereits der Grundsatz der Erforderlichkeit.
23. Der Treuhänder darf die bezeichneten Vermögensgegenstände nach dem Entwurf nicht veräußern, wenn der Erlös weniger als die Hälfte ihres Werts beträgt. Das entspricht der Verfassungsrechtsprechung. Im Normalfall kommt es auf diese Untergrenze aber nicht an. Das auch

verfassungsrechtlich erhebliche Gewicht des Eingriffs ergibt sich nicht aus dem Drohpunkt des Bundeskartellamts, sondern aus dem Gleichgewicht.

24. Wenn das Bundeskartellamt gegen eine kollektive marktbeherrschende Stellung einschreitet, muss es nach Kräften danach trachten, Gleichheitsverstöße zu vermeiden. Das ist unproblematisch, wenn Entflechtungsanordnungen gegen alle Mitglieder eines Oligopols gerechtfertigt sind, oder wenn der Markt so asymmetrisch ist, dass ein Unternehmen die hauptsächliche Verantwortung trägt. Wenn jedenfalls möglich erscheint, dass andere, gleichmäßige Eingriffe das Marktergebnis nachhaltig verbessern, muss das Bundeskartellamt diese Lösung wählen. Steht nach der Überzeugung des Bundeskartellamts dagegen fest, dass die Entflechtungsanordnung gegen ein Mitglied des Oligopols das einzig wirksame Instrument zur Wiederherstellung von Wettbewerb ist, ist auch dies von der Verfassung zugelassen.

Literatur

- AGHION, PHILIPPE, NICHOLAS BLOOM, RICHARD BLUNDELL, RACHEL GRIFFITH and PETER HOWITT (2005). „Competition and Innovation: An Inverted-U Relationship.“ Quarterly Journal of Economics 120: 701-728.
- ARROW, KENNETH JOSEPH (1962). Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention. The Rate and Direction of Inventive Activity. Economic and Social Factors. Richard R. Nelson. Princeton, Princeton University Press: 609-630.
- BAER, WILLIAM J. and RONALD C. REDCAY (2001). „Solving Competition Problems in Merger Control: The Requirements for an Effective Divestiture Remedy.“ George Washington Law Review 69: 915-931.
- BAIRD, DOUGLAS G., ROBERT H. GERTNER and RANDAL C. PICKER (1994). Game Theory and the Law. Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- BERTRAND, JOSEPH LOUIS FRANCOIS (1883). „Théorie mathématique de la richesse sociale par Léon Walras. Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses par Augustin Cournot.“ Journal des savants 67: 499-508.
- BETHGE, HERBERT (1998). „Der Grundrechtseingriff.“ Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 57: 7-56.
- BÜRCK, FABIAN (2005). Der Treuhänder in der Entflechtung als Beliehener
<http://w210.ub.uni-tuebingen.de/dbt/volltexte/2005/1869>.
- BURKE, JIM (1998). Divestiture as an Antitrust Remedy in Bank Mergers
<http://www.federalreserve.gov/pubs/feds/1998/199814/199814pap.pdf>.
- CRANDALL, ROBERT W. (2001). „The Failure of Structural Remedies in Sherman Act Monopolization Cases.“ Oregon Law Review 80: 109-198.
- CRANDALL, ROBERT W. and CLIFFORD WINSTON (2003). „Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence.“ Journal of Economic Perspectives 17: 3-26.
- DATTA, ANUSUA (2003). „Divestiture and Its Implications for Innovation and Productivity Growth in U. S. Telecommunications.“ Southern Economic Journal 69: 644-658.
- DUDEN, KONRAD (1965). Entflechtung und Grundgesetz. Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung. Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm am 16. Februar 1965. Helmut Coing. Karlsruhe, C.F. Müller: 3-20.
- EIKMEIER, BERND (2006). Entwicklung der Konzentration in der deutschen Gaswirtschaft von 1997 bis 2005

- EIKMEIER, BERND and JÜRGEN GABRIEL (2005). Quantitative Entwicklung der Erzeugungs- und Absatzstruktur in der deutschen Stromwirtschaft von 1998 bis heute
- ENGEL, CHRISTOPH (1993). „Eigentumsschutz für Unternehmen.“ Archiv des öffentlichen Rechts 118: 169-236.
- ENGEL, CHRISTOPH (2001). „Offene Gemeinwohldefinitionen.“ Rechtstheorie 32: 23-52.
- ENGEL, CHRISTOPH (2002). Das legitime Ziel als Element des Übermaßverbots. Gemeinwohl als Frage der Verfassungsdogmatik. Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt. Winfried Brugger, Stephan Kirste und Michael Anderheiden. Baden-Baden, Nomos: 103-172.
- ENGEL, CHRISTOPH (2006). How Much Collusion? A Meta-Analysis on Oligopoly Experiments <http://ssrn.com/abstract=951160>.
- ENGEL, CHRISTOPH (2007). Incentives for Process Innovation in a Collusive Duopoly <http://ssrn.com/abstract=991071>.
- FEDERAL TRADE COMMISSION (1999). A Study of the Commission's Divestiture Process <http://www.ftc.gov/os/1999/08/divestiture.pdf>.
- FISHER, FRANKLIN M., JOHN J. MCGOWAN and JOEN E. GREENWOOD (1983). Folded, Spindled, and Mutilated. Economic Analysis and U.S. v. IBM. Cambridge, Mass., MIT Press.
- GOTTHOLD, JÜRGEN (1980). „Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen.“ Zeitschrift für Handelsrecht 144: 341-349.
- HAAS, EVELYN (2002). „Die Baulandumlegung – Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums.“ Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 21: 272-277.
- HAGEN, OTHMAR (2005). „Das Unternehmen als nach Art. 14 Abs. 1 GG geschütztes eigenständiges Rechtssubjekt.“ Gewerbearchiv: 402-408.
- HELLWIG, MARTIN (2006). Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? Zur normativen Grundlegung der Wettbewerbspolitik. Recht und spontane Ordnung. Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum achtzigsten Geburtstag. Christoph Engel und Wernhard Möschel. Baden-Baden, Nomos: 231-268.
- HERRMANN, ARMIN (1981). Die Entflechtung als Instrument der Wettbewerbspolitik. Berlin.
- HÖFLING, WOLFRAM (1991). Vertragsfreiheit. Eine grundrechtsdogmatische Studie. Heidelberg, C.F. Müller.
- IVALDI, MARC, BRUNO JULLIEN, PATRICK REY, PAUL SEABRIGHT and JEAN TIROLE (2003). The Economics of Tacit Collusion http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf.

- JARASS, HANS D. (2000). „Inhalts- und Schrankenbestimmung oder Enteignung? Grundfragen der Struktur der Eigentumsgarantie.“ Neue Juristische Wochenschrift: 2841-2845.
- KAPPES, DANIEL (2002). Nebenbestimmungen im Fusionskontrollrecht des GWB http://www.jurawelt.de/download/dissertationen/tenea_juraweltbd10.pdf.
- KERBER, MARKUS C. (1987). Die Unternehmensentflechtung nach dem GWB. Ein Beitrag zur Dogmatik von § 24 VI, VII GWB aus wettbewerbs-, gesellschafts- und verfassungsrechtlicher Sicht. Baden-Baden, Nomos.
- KOULIAVTSEV, MIKHAIL S. (2005). „Some Empirical Evidence on the Effectiveness of Anti-merger Relief in the United States.“ Economic Inquiry 43: 370-384.
- KOVACIC, WILLIAM E. (1989). „Failed Expectations: The Troubled Past and Uncertain Future of the Sherman Act as a Tool for Deconcentration.“ Iowa Law Review 74: 1105-1150.
- KRAKOWSKI, MICHAEL (1985). Dekonzentrationsprozesse in der Bundesrepublik Deutschland. Köln, Heymanns.
- KROUSE, CLEMENT G., KENNETH L. DANGER, CHRISTOS CABOLIS, TANJA D. CARTER, JON M. RIDDLE and DANIEL J. RYAN (1999). „The Bell System Divestiture/Deregulation and the Efficiency of the Operating Companies.“ Journal of Law and Economics 42: 61-87.
- LEAMER, EDWARD E. (1983). „Let's Take the Con out of Econometrics.“ American Economic Review 23: 31-43.
- LEGE, JOACHIM (1995). Zwangskontrakt und Güterdefinition. Zur Klärung der Begriffe „Enteignung“ und „Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums“. Berlin, Duncker & Humblot.
- LEISNER, WALTER (1974). „Verfassungsrechtlicher Schutz der Anwaltspraxis.“ Neue Juristische Wochenschrift 27: 478-483.
- LENEL, HANS OTTO (1982). „Zwei Stellungnahmen zur Regelung der Entflechtung.“ Zeitschrift für Handelsrecht 146: 61-73.
- LEVENSTEIN, MARGARET C. and VALERIE Y. SUSLOW (2006). „What Determines Cartel Success?“ Journal of Economic Literature 44: 43-95.
- LEVIN, RICHARD C., ALVIN K. KLEVORICK, RICHARD R. NELSON, SIDNEY G. WINTER, RICHARD GILBERT and ZVI GRILICHES (1987). „Appropriating the Returns from Industrial Research and Development.“ Brookings Papers on Economic Activity: 783-831.
- MEBERSCHMIDT, KLAUS (2000). Gesetzgebungsermessen. Berlin, Spitz.

- MESTMÄCKER, ERNST JOACHIM (2005). Die Interdependenz von Recht und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik. Zukunftsperspektiven der Wettbewerbspolitik. Monopolkommission. Baden-Baden, Nomos: 19-35.
- MESTMÄCKER, ERNST-JOACHIM and HEIKE SCHWEITZER (2004). Europäisches Wettbewerbsrecht. München, Beck.
- MNOOKIN, ROBERT H. and LEWIS A. KORNHAUSER (1979). „Bargaining in the Shadow of the Law.“ Yale Law Journal 88: 950-997.
- MÖSCHEL, WERNHARD (1979). Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen. Eine vergleichende rechtspolitische Studie. Tübingen.
- MÖSCHEL, WERNHARD (1982). Die Auflösung vollzogener Unternehmenszusammenschlüsse nach dem GWB im Spannungsverhältnis zum Bürgerlichen Recht und zum Gesellschaftsrecht. Heidelberg, C.F.Müller.
- MÜLLER, BIRGIT (2004). Entflechtung und Deregulierung. Ein methodischer Vergleich. Berlin, Duncker.
- MÜLLER, HOLGER M. and FAUSTO PANUNZI (2004). „Tender Offers and Leverage.“ Quarterly Journal of Economics 119: 1217-1248.
- MURSWIEK, DIETRICH (2003). „Das Bundesverfassungsgericht und die Dogmatik mittelbarer Grundrechtseingriffe – Zu der Glykol- und der Osho- Entscheidung vom 26. 6. 2002.“ Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht: 1-8.
- NASH, JOHN (1950). „The Bargaining Problem.“ Econometrica 18: 155-162.
- NOAM, ELI (1993). „Assessing the Impacts of Divestiture and Deregulation in Telecommunications.“ Southern Economic Journal 59: 438-449.
- OEHLER, WOLFGANG (1976). Entflechtung und Kontrahierungszwang. Methoden und Erfahrungen im amerikanischen Recht der Wettbewerbsbeschränkungen. Baden-Baden, Nomos.
- PILLOFF, STEVEN J. (2002). What's Happened at Divested Bank Offices? An Empirical Analysis of Antitrust Divestitures in Bank Mergers
<http://www.federalreserve.gov/pubs/feds/2002/200260/200260pap.pdf>.
- POSNER, RICHARD A. (1970). „A Statistical Study of Antitrust Enforcement.“ Journal of Law and Economics 13: 365-419.
- POWERS, ERIC A. (2001). Spinoffs, Selloffs and Equity Carveouts. An Analysis of Divestiture Method Choice <http://ssrn.com/abstract=257600>.

- PURRUCKER, STEFAN (1974). Probleme der Durchführung der Fusionskontrolle nach dem 2. Gesetz zur Änderung des GWB bei vollzogenen Unternehmenszusammenschlüssen in rechtsvergleichender Sicht. Die Entflechtung als Maßnahme gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Kiel.
- RIEB, PETER (1981). „Die Zukunft des Legalitätsprinzips.“ Neue Zeitschrift für Strafrecht 1: 2-10.
- RÖLLER, LARS-HENDRIK, JOHAN STENNEK and FRANK VERBOVEN (2001). „Efficiency Gains from Mergers.“ European Economy 5: 31-127.
- SCHARPF, FRITZ WILHELM (1997). Games Real Actors Play. Actor-Centered Institutionalism in Policy Research. Boulder, Colo., Westview Press.
- SCHMALENSEE, RICHARD (1992). „Sunk Costs and Market Structure: A Review Article.“ Journal of Industrial Economics 40: 125-134.
- SCHMIDBAUER, WILHELM (1989). Enteignung zugunsten Privater. Berlin, Duncker & Humblot.
- SCHMIDT, RICHARD (1964). Die Entflechtung als Antitrust-Maßnahme. Münster.
- SCHMIDT-PREUB, MATTHIAS (2003). Substanzerhaltung und Eigentum. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Bestimmung von Netznutzungsentgelten im Stromsektor. Baden-Baden, Nomos.
- SCHOLZ, RUPERT (1971). Konzentrationskontrolle und Grundgesetz. Stuttgart, Enke.
- SCHOLZ, RUPERT (1981). Entflechtung und Verfassung. Baden-Baden, Nomos.
- SCHULENBURG, JOHANNA (2004). „Legalitäts- und Opportunitätsprinzip im Strafverfahren.“ Juristische Schulung 44: 765-770.
- SCHULTE-BRAUCKS, REINHARD (1980). Die Auflösung marktbeherrschender Stellungen. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des Problems der Marktmacht mit einer Fallstudie über die amerikanische Computerindustrie. Baden-Baden, Nomos.
- SCHULTE-BRAUCKS, REINHARD (1981). „Die Entflechtung als Aufgabe der Wirtschaftspolitik.“ Betriebsberater 36: 1369-1374.
- SCHULZE-OSTERLOH, LERKE (1981). „Entschädigungspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums und Enteignung – Tendenzen der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.“ Neue Juristische Wochenschrift 34: 2537-2545.
- SELLMANN, CHRISTIAN (2003). „Die eigentumsrechtliche Inhalts- und Schrankenbestimmung. Entwicklungstendenzen.“ Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht: 1417-1423.

- SELMER, PETER (1981). Unternehmensentflechtung und Grundgesetz. Verfassungsrechtliche Probleme einer allgemeinen Entflechtungsermächtigung. Köln, Heymanns.
- SHELANSKI, HOWARD A. and J. GREGORY SIDAK (2001). „Antitrust Divestiture in Network Industries.“ University of Chicago Law Review 68: 1-99.
- SIEGEL, STANLEY (1966). „When Corporations Divide. A Statutory and Financial Analysis.“ Harvard Law Review 79: 534-570.
- SPIECKER GEN. DÖHMANN, INDRA (2001). Staatliche Entscheidungen unter Unsicherheit. Juristische und ökonomische Vorgaben. Gentechnik im nicht-menschlichen Bereich – was kann und was sollte das Recht regeln? Joachim Lege. Berlin, Arno Spitz: 51-88.
- STIGLER, GEORGE J. (1971). „The Theory of Economic Regulation.“ Bell Journal of Economics 2: 3-21.
- SUTTON, JOHN (1991). Sunk Costs and Market Structure. Price Competition, Advertising, and the Evolution of Concentration. Cambridge, Mass., MIT Press.
- WILLIAMS, JACK F. (2001). „Debunking the Myth Engulfing Article 9 Collateral Dispositions.“ American Bankruptcy Institute Law Review 9: 703-732.

XII. Anhang: Erfolgsbilanz der Fusionskontrolle

1. Zuwachs der Konzentration zwischen 1993 und 2003

| | HHI 1993 | HHI 2003 | HHI 2003- HHI 1993 |
|---|----------|----------|-----------------------|
| Herstellung von Ölen und Fetten | 144,977 | 254,58 | 109,603 |
| Herstellung von Leder | 65,613 | 174,04 | 108,427 |
| Tabakverarbeitung | 187,015 | 250,73 | 63,715 |
| Kartoffelverarbeitung | 111,088 | 153,21 | 42,122 |
| Herstellung von Datenverarbeitungsgeräten | 215,345 | 255,1 | 39,755 |
| Herstellung von land- und forstwirtschaftlichen Maschinen | 50,695 | 89,35 | 38,655 |
| Mineralölverarbeitung | 138,734 | 172,46 | 33,726 |
| Herstellung von elektrischen Lampen und Leuchten | 71,676 | 102,34 | 30,664 |
| Herstellung von Spielwaren | 38,965 | 59,38 | 20,415 |
| Herstellung von pharmazeutischen Erzeugnissen | 26,389 | 43,56 | 17,171 |
| Lederverarbeitung | 21,042 | 37,17 | 16,128 |
| Herstellung von Spirituosen | 58,192 | 71,56 | 13,368 |

Tabelle 3

Zunahme der Konzentration 1993 – 2003

(Herfindahl Hirschman Index

Monopolkommission Hauptgutachten XI und XVI; eigene Zusammenstellung)³⁸⁷

Der Konzentrationsgrad ist dabei mit dem Herfindahl Hirschman Index HHI gemessen. Dieser Index errechnet sich als die Summe der quadrierten Marktanteile. Der Index ist hoch, wenn einzelne Unternehmen einen hohen Marktanteil haben. Um den Index besser lesbar zu machen, wird das Ergebnis üblicherweise auf das Intervall von 0 bis 1000 normiert³⁸⁸. Bei Werten über 100 ist die Aufmerksamkeit der Kartellbehörden angezeigt. Werte über 180 gelten als kritisch³⁸⁹. Zum Vergleich: wenn drei Unternehmen je einen Marktanteil von 25% haben, errechnet sich ein HHI von 187,5³⁹⁰.

387 Die Zahl der aufgeführten Branchen ist auch deshalb klein, weil das Statistische Bundesamt, auf dessen Zahlen die Monopolkommission zurückgreift, unter dem Einfluss der EG die Klassifikation der Unternehmen mehrfach geändert hat, Einzelheiten Monopolkommission Hauptgutachten XII, Anlagenband R 11 – R 22.

388 In der amerikanischen Praxis wird stattdessen auf das Intervall zwischen 0 und 10 000 normiert.

389 US Department of Justice and Federal Trade Commission, 1992 Horizontal Merger Guidelines, 57 FR 41552, 1.5.

390 Unter der selbstredend irrealen Annahme, dass die Marktanteile der verbleibenden Unternehmen gegen 0 gehen. Andernfalls ist der HHI noch etwas größer.

2. Grad der Konzentration 2003

| WZB | HHI | HHI VVC | Zahl | Zahl Gruppen |
|--|--------|---------|------|--------------|
| 10 Kohlenbergbau, Torfgewinnung | 219,92 | 409,53 | 37 | 32 |
| 16 Tabakverarbeitung | 250,73 | 274,35 | 23 | 21 |
| 30 Herstellung von Büromaschinen, Datenverarbeitungsgeräten und –einrichtungen | 224,23 | 224,24 | 173 | 170 |
| 30 Herstellung von Büromaschinen, Datenverarbeitungsgeräten und –einrichtungen | 224,23 | 224,24 | 173 | 170 |
| 11 Gewinnung von Erdöl und Erdgas | 194,71 | 214,55 | 20 | 17 |
| 23 Kokerei, Mineralölverarbeitung, Herstellung von Verarbeitung von Spalt- und Brutstoffen | 171,23 | 176,44 | 47 | 40 |
| 31 Herstellung von Geräten der Elektrizitätserzeugung, -verteilung u.Ä. | 115,14 | 119,27 | 1926 | 1718 |
| 34 Herstellung von Kraftwagen und Kraftwagenteilen | 102,16 | 114,3 | 960 | 835 |

Tabelle 4

Konzentration der deutschen Wirtschaft 2003

(HHI, zweistellige Klassifikation)

Quelle: Monopolkommission Hauptgutachten XVI, Anlagenband; eigene Zusammenstellung)³⁹¹

| WZB | HHI | HHI VVC | Zahl | Zahl Gruppen |
|---|--------|---------|------|--------------|
| 321 Herstellung von elektronischen Bauelementen | 195,12 | 258,29 | 269 | 252 |
| 371 Recycling von metallischen Altmaterialien und Reststoffen | 175 | 177,23 | 44 | 41 |
| 191 Herstellung von Leder- und Lederfaserstoff | 174,04 | 175,62 | 23 | 20 |
| 154 Herstellung von pflanzlichen und tierischen Ölen und Fetten | 147,84 | 159,18 | 27 | 23 |
| 263 Herstellung von keramischen Wand- und Bodenfliesen und –platten | 147,01 | 152,94 | 22 | 20 |
| 352 Bahnindustrie | 144,39 | 145,16 | 75 | 72 |
| 322 Herstellung von Geräten und Einrichtungen der Telekommunikationstechnik | 136,95 | 138,96 | 148 | 136 |
| 297 Herstellung von Haushaltsgeräten, anderweitig nicht genannt | 117,4 | 129,02 | 132 | 127 |
| 323 Herstellung von Rundfunkgeräten sowie phono- und videotechnischen Geräten | 126,81 | 126,86 | 120 | 118 |
| 223 Vervielfältigung von bespielten Ton-, Bild- und Datenträgern | 123,35 | 123,39 | 28 | 27 |
| 282 Herstellung von Metallbehältern ... | 101,12 | 118,28 | 184 | 172 |
| 455 Vermietung von Baumaschinen und -geräten mit Bedienungspersonal | 104,61 | 104,61 | 15 | 15 |

Tabelle 5

Konzentration der deutschen Wirtschaft 2003

(HHI, dreistellige Klassifikation)

Quelle: Monopolkommission Hauptgutachten XVI, Anlagenband; eigene Zusammenstellung)

391 HHI VVC: Herfindahl Index unter Berücksichtigung der vom Verband der Vereine Creditreform zur Verfügung gestellten Angaben über die Bildung von Unternehmensgruppen.

| WZB | HHI | HHI VVC | Zahl | Zahl Gruppen |
|--|--------|------------|------|-----------------|
| 1753 Herstellung von Vliesstoff und Erzeugnissen daraus (ohne Bekleidung) | 122,88 | 155,23 | 44 | 40 |
| 1593 Herstellung von Traubenwein | 149,58 | 154,12 | 31 | 30 |
| 1531 Kartoffelverarbeitung | 153,21 | 153,21 | 34 | 34 |
| 1412 Gewinnung von Kalk- und Gipsstein | 124,91 | 151,13 | 25 | 23 |
| 2752 Stahlgießereien | 113,48 | 142,97 | 35 | 34 |
| 2861 Herstellung von Schneidwaren und Bestecken aus unedlen Metallen | 137,58 | 137,58 | 43 | 43 |
| 2441 Herstellung von pharmazeutischen Grundstoffen | 135,84 | 135,84 | 26 | 26 |
| 297 Herstellung von Haushaltsgeräten, anderweitig nicht genannt | 117,4 | 129,02 | 132 | 127 |
| 2615 Herstellung, Veredelung und Bearbeitung von sonstigem Glas einschließlich technischen Glaswaren | 125,42 | 128,94 | 65 | 61 |
| 1597 Herstellung von Malz | 100,58 | 122,51 | 17 | 15 |
| 2122 Herstellung von Haushalts-, Hygiene- und Toilettenartikeln aus Zellstoff, Papier und Pappe | 100,83 | 122,41 | 42 | 38 |
| 1585 Herstellung von Teigwaren | 100,7 | 119,4 | 30 | 27 |

Tabelle 6

Konzentration der deutschen Wirtschaft 2003

(HHI, vierstellige Klassifikation)

Quelle: Monopolkommission Hauptgutachten XVI, Anlagenband; eigene Zusammenstellung)

Die Daten sind dem jüngsten Hauptgutachten der Monopolkommission entnommen. Die Kommission greift für die Bestimmung der Marktanteile auf Daten des Statistischen Bundesamtes zurück. Die Klassifikation des Statistischen Bundesamtes stimmt nicht damit überein, wie die Kartellbehörden und Kartellgerichte den relevanten Markt abgrenzen. Tendenziell zieht das Statistische Bundesamt die Grenzen aber eher weiter. Die folgenden Tabellen untertreiben den Konzentrationsgrad also. Damit das vermutliche Maß der Untertreibung sichtbar wird, sind die Tabellen nach den Ebenen der statistischen Klassifikation getrennt. Zweistellige Klassifikationen sind weiter als dreistellige. Dreistellige sind weiter als vierstellige. Die drei Tabellen enthalten alle Branchen, in denen der Index im Jahre 2003 den kritischen Wert von 100 (schon ohne Berücksichtigung von Unternehmensgruppen) überstiegen hat.