

Die Befugnis des BKartA zur Bekämpfung von „Störungen des Wettbewerbs“:

Verfassungsrechtliche Einordnung und Kritik

Tübingen, den 27. Mai 2023

Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Einleitend ein Gedankenexperiment: Man stelle sich vor, der Gesetzgeber räumte einer staatlichen Verwaltungsbehörde die Befugnis ein, in einem wichtigen gesellschaftlichen Funktionssystem wie dem *System politischer Willensbildung*, der *Wissenschaft*, der *Kultur* oder dem *Sport* „Störungen“ erkennen und hierauf in beliebiger Weise durch Zwangsmaßnahmen reagieren zu können. Der Gesetzgeber habe, so die Annahme, kein klares Bild davon, was eine Störung ist, und überantworte der Verwaltungsbehörde die Entwicklung von Maßstäben. Es wäre davon auszugehen, dass Gesetzgebung derartigen Inhalts einhellig als verfassungswidrig eingestuft würde.

2. Eine derartige Befugnis will der Gesetzgeber im Rahmen der 11. GWB-Novelle nunmehr mit Blick auf das gesellschaftliche Funktionssystem „Markt“ und dessen Koordinationsmechanismus „Wettbewerb“ einführen. Das in § 32f Abs. 3 i.V.m. Abs. 5 GWB-E angelegte Vorhaben ist in der Gesetzgebungsgeschichte Deutschlands einmalig. Das deutsche Recht kennt kein Steuerungsinstrument, das hinsichtlich der Breite (Gesamtheit eines sozialen Funktionssystems), des Regelungsansatzes (Bekämpfung jedweder Störungen durch eine Verwaltungsbehörde) und des Eingriffsinstrumentariums (beliebige Maßnahmen verhaltens- oder strukturbezogener Art) mit der in § 32f Abs. 3 i.V.m. Abs. 5 GWB-E vorgesehenen Macht des BKartA vergleichbar ist.

3. Das geltende Recht ist dadurch gekennzeichnet, dass der Gesetzgeber die Effektivität, Freiheitlichkeit, Fairness und Stabilität des Geschehens in den gesellschaftlichen Funktionssystemen über *Verhaltensregeln* sichert, in denen sich *geronnenes Wissen über die Schädlichkeit bestimmter Handlungen* spiegelt. Dies gilt auch für das geltende Wettbewerbsrecht. § 32f GWB-E läuft steuerungstheoretisch auf einen *Paradigmenwechsel* hinaus.

4. Würden die in § 32f Abs. 3 i.V.m. Abs. 5 GWB-E vorgesehenen Befugnisse geltendes Recht, würde Deutschland einen *wettbewerbsrechtlichen Sonderweg* gehen. Das „Market Investigation Tool“ der britischen Wettbewerbsbehörde hat eine allenfalls ambivalente Erfolgsbilanz und kann nicht als Vorbild dienen. Die EU hat sich kürzlich *gegen* die Einführung eines „New Competition Tool“ entschieden. Es gibt keinen anderen großen und wettbewerbspolitisch aktiven Staat auf der Welt, der in undifferenzierter Weise „Störungen des Wettbewerbs“ bekämpfen lässt. Die bestehenden wettbewerbsrechtlichen Instrumente sind geeignet, etwaige wettbewerbliche Defizite zu bewältigen. Die geplante Gesetzesänderung bewirkt keine Lückenschließung, sondern zielt auf einen *Neuansatz* ab, der wettbewerbstheoretisch nicht abgesichert ist.

5. Die in § 32f GWB-E vorgesehene Kompetenz geht inhaltlich weit über die Befugnisse hinaus, die der Regulierungsbehörde in den Sektoren Post, Telekommunikation, Energie und Bahn zugewiesen sind, ist aber inhaltlich erheblich unbestimmter und offener.

6. Die Begründung des Gesetzesentwurfs gesteht ein, dass eine Definition des Begriffs „Störung des Wettbewerbs“ oder eine Konkretisierung des normativen Konzepts nicht versucht wird. Die in § 32f Abs. 5 S. 2 GWB-E aufgelisteten Topoi haben überwiegend

die *Beschreibung und Analyse von Marktstrukturen* zum Gegenstand (Nr. 1-6). Sie lassen keine *normativen Aussagen* darüber zu, wann funktionierender Wettbewerb vorliegt und dann die Schwelle zur Störung überschritten wird. Den in § 32f Abs. 5 S. 1 GWB-E genannten Regelbeispielen liegen unterschiedliche wettbewerbstheoretische Schadens-theorien zugrunde; sie sind so heterogen, dass sie keine induktiven Schlussfolgerungen auf die allgemeine Definition von „Störung“ zulassen. Es wäre ein Trugschluss zu glauben, dass Wettbewerbstheorie, Ökonomie oder Soziologie konsentrierte Maßstäbe dafür bereitstellen würden, wann eine Störung des Wettbewerbs vorliegt.

7. Die Entscheidung des Gesetzgebers, einer Verwaltungsbehörde die in § 32f Abs. 3 i.V.m. Abs. 5 GWB-E vorgesehenen Befugnisse zu verleihen, stößt verfassungstheoretisch auf schwere Bedenken. Der Entwurf zielt auf die *Verlagerung von Entscheidungsmacht* in einem Umfang ab, der mit liberalen Vorstellungen unvereinbar ist. Der Behörde wird die *Formulierung allgemeiner Marktverhaltensregeln* ermöglicht, die dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben muss. Das Vorhaben beruht auf *sozio-technokratischen Fehlvorstellungen* über die *administrative Steuerbarkeit eines gesellschaftlichen Funktionssystems*. Liberales Verfassungsdenken lässt es nicht zu, dass eine Verwaltungsbehörde in einem gesellschaftlichen Funktionssystem allgemeine Standards von Normalität und Störung definiert.

8. § 32f Abs. 3 S. 1 GWB-E verletzt den aus dem *Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip* folgenden *Bestimmtheitsgrundsatz* (dazu schon Nr. 6). Für die Rechtsunterworfenen ist nicht erkennbar, wann eine Störung vorliegt: Sie können ihr Verhalten nicht so ausrichten, dass sie Zwangsmaßnahmen voraussehbar vermeiden. Hinreichende Bestimmtheit lässt sich insbesondere dadurch herstellen, dass in § 32f Abs. 5 S. 1 GWB-E eine abschließende Aufzählung potentiell störungsauslösender Verhaltensweisen vorgenommen wird. Dies würde auch der Regelungstechnik des „Digital Market Act“ der EU entsprechen.

9. Dem *grundgesetzlichen Wesentlichkeitsvorbehalt* wird § 32f Abs. 3 GWB-E insofern nicht gerecht, als der Gesetzgeber weder eine Definition des Begriffs „Störung“ noch eine Konkretisierung des damit verbundenen Konzepts vornimmt. Er muss zudem näher eingrenzen, wann unilaterale Marktmacht in eine Störung umschlägt (§ 32f Abs. 5 S. 1 Nr. 1 GWB-E). Er darf dem BKartA nicht beliebige Freiheit bei der Auswahl von Verpflichtungsadressaten lassen, die irgendeinen kausalen Beitrag zur Entstehung einer Marktstruktur geleistet haben (§ 32f Abs. 3 S. 2 GWB-E). Schließlich muss auch der Gebrauch der bislang grenzenlosen Entscheidungsmacht nach § 32f Abs. 3 S. 6 GWB-E normativ eingefangen werden.

10. § 32f Abs. 3 i.V.m. Abs. 5 GWB-E sieht *eigentumsrelevante Eingriffe* in das *Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG* vor. Den Anforderungen von Art. 14 Abs. 1 GG genügt die Bestimmung insbesondere deshalb nicht, weil nicht klar erkennbar ist, warum der Gesetzgeber eine allgemeine und unspezifische Störungsbekämpfungsbefugnis begründen will, die über die von ihm konkret identifizierten problematischen Verhaltensweisen hinausreichen soll. Grundrechte lassen die Begründung von Verwaltungsmacht „ins Blaue hinein“ nicht zu. Die Regelung ist zudem unangemessen, weil sie es den Adressaten nicht ermöglicht, ihr Verhalten auszurichten. Sie ist unangemessen, weil sie die Inanspruchnahme aufgrund bloßer Marktmacht ermöglicht (§ 32f Abs. 5 S. 1 Nr. 1 GWB-

E) und weil sie die Inanspruchnahme von nicht-verantwortlichen Unternehmen ermöglicht, ohne dass eingrenzende Voraussetzungen formuliert werden (z.B. § 32f Abs. 3 S. 7 Nr. 1 GWB-E: Gewährung von Zugang zu Daten und Einrichtungen; Nr. 2: Inanspruchnahme, weil der Staat Marktzugangsschranken errichtet hat; § 32f Abs. 3 S. 6 GWB-E: Inanspruchnahme aus Effizienzerwägungen). Sie ist unangemessen, weil sie für diese Fälle keine Entschädigungsregelung vorsieht.

11. § 32f Abs. 3 i.V.m. Abs. 5 GWB-E erweist sich aus den genannten Gründen auch als unzulässiger Eingriff in die *unternehmerische Freiheit nach Art. 12 GG*.

12. Der Gesetzesentwurf verletzt die *Garantie effektiven Rechtsschutzes in Art. 19 Abs. 4 GG*, weil er nicht vorsieht, dass Rechtsbehelfen gegen Anordnungen nach § 32f Abs. 3 S. 6 GWB-E aufschiebende Wirkung zukommt. Nach § 66 Abs. 1 Nr. 1 GWB-E sollen Rechtsbehelfe gegen Entflechtungsregelungen nach § 32f Abs. 4 GWB-E aufschiebende Wirkung haben. Einen sachlichen Grund, dies für die in Breite und Tiefe potentiell schärferen Grundrechtseingriffe nach § 32f Abs. 3 S. 6 GWB-E nicht vorzusehen, gibt es nicht.

13. Die Verfassungskonformität der Bestimmungen in § 32f Abs. 3 i.V.m. Abs. 5 GWB-E lässt sich dadurch herstellen, dass

- das Konzept der Störung des Wettbewerbs durch eine abschließende Liste von schädlichen Verhaltensweisen konkretisiert wird (Änderung des § 32f Abs. 5 S. 1 GWB-E),
- das in § 32f Abs. 3 S. 2 GWB-E vorgesehene Auswahlermessen nur zu Lasten von Unternehmen ausgeübt werden darf, denen eine schädliche Verhaltensweise vorgeworfen werden kann,
- das in § 32f Abs. 3 S. 6 GWB-E vorgesehene Ermessen nur Anordnungen zum Gegenstand haben kann, mit denen die Wirkung der schädlichen Verhaltensweise beseitigt wird.

14. Besteht der Gesetzgeber darauf, dass das BKartA auch Unternehmen in Anspruch nehmen kann, die sich wettbewerbstheoretisch nicht schädlich verhalten haben, bedarf es

- eine Eingrenzung des Marktmachttatbestands in § 32f Abs. 5 S. 1 Nr. 1 GWB-E und
- der Begründung einer Entschädigungsregelung für eigentumsrelevante Maßnahmen, die normativ nicht verantwortliche Unternehmen treffen.

Inhaltsverzeichnis

A. Staatliche Formulierung von Mustern der Normalität und der Störung für das gesellschaftliche Funktionssystem „Markt“	8
B. Das Reformvorhaben.....	11
I. Verfahren.....	11
II. Wesentliche Inhalte	14
1. Feststellung einer Störung des Wettbewerbs.....	14
2. Anordnung von Abhilfemaßnahmen.....	16
3. Verfahrensanforderungen und Rechtsschutz	17
C. Verfassungstheoretische Einordnung und Kritik	19
I. Institutionelle Dimension der Kritik.....	19
1. Behördliche Festlegung von Mustern der Normalität und der Störung des Wettbewerbs	19
2. Wertungsgebundenheit der Definition einer „Störung des Wettbewerbs“	23
3. Weitreichende Verlagerung von Entscheidungsmacht auf eine Behörde	25
4. Kein bloßer „Lückenschluss“	26
II. Instrumentelle Dimension der Kritik.....	27
1. Verlagerung der Entscheidung über die Verhaltensregeln auf eine Behörde.....	27
2. Keine Ex-ante-Erkennbarkeit des verlangten Verhaltens.....	28
III. Funktionalistische Dimension der Kritik	29
IV. Ideelle Dimension der Kritik	31
1. Staatlicher Anspruch der „Normalisierung“ der Verhältnisse in einem gesellschaftlichen Funktionssystem.....	31
2. Gewährung beliebiger Eingriffsbefugnisse zur Beseitigung von „Störungen“ ..	33
D. Verfassungsrechtliche Defizite	34
I. Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 GG)	34
1. Bestimmtheitsgrundsatz	34
a) Verfassungsrechtliche Maßstäbe.....	34
aa) Kriterien der Rechtsprechung des BVerfG	35
bb) Gesteigerte Anforderungen bei abgeschwächter institutioneller demokratischer Einbindung.....	36
b) § 32f Abs. 3 S. 1 i.V.m Abs. 5 GWB-E als blankettartige Ermächtigung ohne inhaltliche Steuerungsqualität	37
aa) Befugnisse auf der Rechtsfolgenseite erzwingen einen erheblichen Bestimmtheitsgrad.....	38
bb) Analyse der Steuerungsqualität von § 32f Abs. 3 S. 1 i.V.m. Abs. 5 GWB-E	38

(1) Keine Legaldefinition und keine gesetzliche Konkretisierung.....	38
(2) Keine greifbare tatbestandliche Eingrenzung durch die Topoi nach § 32 Abs. 5 S. 2 GWB-E.....	39
(3) Keine Eingrenzung der Entscheidungskompetenz nach § 32f Abs. 3 S. 1 GWB-E durch Regelbeispiele nach § 32f Abs. 5 S. 1 GWB-E	41
(4) Kein wissenschaftlicher Konsens und keine vorfindlichen normativen Standards	42
(5) Keine Ex-ante-Orientierungssicherheit durch das Erheblichkeitskriterium	43
cc) Verfassungsrechtliche Bewertung	43
(1) Fehlende Orientierungssicherheit der Unternehmen schadet dem gesetzgeberischen Ziel	44
(2) Höhere Bestimmtheit gesetzgebungstechnisch möglich	45
(a) Beschränkung auf enumerativ aufgezählte und belegbar schädliche Szenarien.....	45
(b) Legislative Festlegung qualitativer und quantitativer Maßstäbe eines Schädlichkeitskonzepts („theory of harm“)	45
2. Gesetzes- bzw. Wesentlichkeitsvorbehalt	46
a) Verfassungsrechtliche Maßstäbe.....	46
b) Wesentlichkeit der Bekämpfung von „Störungen“ des Wettbewerbs im Markt	48
c) Gesetzliche Regelungsdichte genügt nicht den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts	48
aa) Gesetzgeber muss das Vorliegen einer „Störung“ des Wettbewerbs genauer definieren.....	48
bb) Insbesondere: Gesetzgeber muss näher festlegen, wann mit Marktmacht eine Störung verbunden ist.....	49
cc) Auswahlentscheidung nach § 32f Abs. 3 S. 2 bis S. 4 GWB-E muss normativ determiniert werden.....	50
dd) Gesetzesvorbehalt und Beliebigkeit der in § 32f Abs. 3 S. 6 GWB-E begründeten Zwangsbefugnisse	51
II. Grundrechtliche Freiheitsrechte	52
1. Eigentumsgarantie (Art. 14 GG).....	53
a) Eingriffswirkung der Maßnahmen nach § 32f Abs. 3 GWB-E	53
aa) Gewährleistungsgehalt von Art. 14 Abs. 1 GG.....	53
bb) Zweistufige Grundrechtsbeeinträchtigung.....	55
(1) Designation als potentieller Maßnahmenadressat (§ 32f Abs. 3 S. 2 GWB-E).....	55
(2) Erlass von Verpflichtungen nach § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB-E..	55

b) Grundrechtswidrigkeit wegen Verletzung des Bestimmtheitsgebots und des Gesetzesvorbehalts.....	57
c) Fehlende Verhältnismäßigkeit.....	57
aa) Breite und Diffusität des Instruments erschwert die verfassungsrechtliche Beurteilung	58
bb) Designation als potentieller Maßnahmenadressat (§ 32f Abs. 3 S. 2 GWB-E).....	58
cc) Verpflichtungen nach § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB-E.....	60
(1) Fehlen eines hinreichend klar erkennbaren legitimen Ziels.....	60
(2) Geeignetheit.....	62
(3) Erforderlichkeit.....	62
(4) Angemessenheit	63
(a) Allgemeine Indizien für die Unangemessenheit	64
(b) Unangemessene Freiheitsbeeinträchtigung mangels Ex-ante-Erkennbarkeit des verlangten Verhaltens	65
(c) Inanspruchnahme aufgrund bloßer Marktmacht	66
(d) Inanspruchnahme ohne normative Verantwortlichkeit	67
(aa) Ausgewählte Fallgruppen einer Inanspruchnahme von Unternehmen ohne normative Verantwortlichkeit	67
(bb) § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB-E erfassen Aufopferungskonstellationen	69
(cc) § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB-E enthält keine Schutzvorkehrungen zugunsten „nicht verantwortlicher“ Unternehmen	69
(e) Keine Entschädigungsregel im Fall der Inanspruchnahme nicht verantwortlicher Unternehmen.....	69
2. Unternehmerische Freiheit (Art. 12 GG).....	71
a) Gewährleistungsbereich des Art. 12 GG.....	71
b) Eingriff	73
c) Grundrechtswidrigkeit wegen Verletzung des Bestimmtheitsgebots und des Gesetzesvorbehalts.....	74
d) Möglichkeit der Rechtfertigung.....	74
aa) Verfassungsgerichtliche Maßstäbe	74
bb) Designation als potentieller Maßnahmenadressat (§ 32f Abs. 3 S. 2 GWB-E).....	75
cc) Unangemessenheit des Eingriffsinstrumentariums des § 32f Abs. 3 S. 6 und 7 GWB-E.....	75
III. Anforderungen an die Effektivität des Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG).....	76
Literaturverzeichnis	77

A. Staatliche Formulierung von Mustern der Normalität und der Störung für das gesellschaftliche Funktionssystem „Markt“

Einleitend ein Gedankenexperiment: Man stelle sich vor, der Gesetzgeber räumte einer staatlichen Verwaltungsbehörde die Befugnis ein, in einem wichtigen gesellschaftlichen Funktionssystem wie dem *System politischer Willensbildung*, der *Wissenschaft*, der *Kultur* oder dem *Sport* „Störungen“ erkennen und hierauf in beliebiger Weise durch Zwangsmaßnahmen reagieren zu können. Alternativ stelle man sich vor, der Gesetzgeber gewähre einer Verwaltungsbehörde die Kompetenz, auf „Störungen“ des *allgemeinen gesellschaftlichen Zusammenlebens* mit beliebigen Eingriffs- und Steuerungsmaßnahmen reagieren zu können. Der Gesetzgeber habe, so die Annahme, kein klares Bild davon, was eine Störung ist, und überantworte der Verwaltungsbehörde die Entwicklung von Maßstäben. Es wäre davon auszugehen, dass Gesetzgebung derartigen Inhalts einen verfassungspolitischen Aufschrei hervorrufen und von der Verfassungsrechtswissenschaft einhellig verworfen würde.

Eine derartige Befugnis will der Gesetzgeber im Rahmen der 11. GWB-Novelle¹ nunmehr mit Blick auf das gesellschaftliche Funktionssystem „Markt“ und dessen Koordinationsmechanismus „Wettbewerb“ einführen. Eine Verwaltungsbehörde, das Bundeskartellamt, soll definieren, wann der Koordinationsmechanismus dieses gesellschaftlichen Funktionssystems von einer „Störung“ betroffen ist, und hierauf mit beliebigen Zwangsmaßnahmen struktur- oder verhaltensbezogener Art reagieren. Gilt für das gesellschaftliche Funktionssystem „Markt“ verfassungsrechtlich etwas anderes als für sonstige Funktionssysteme? Oder handelt es sich um den ersten Schritt einer Entwicklung, die darauf hinausläuft, dass staatliche Behörden die von ihnen entwickelten Muster von Normalität und Störung auch anderen gesellschaftlichen Funktionssystemen rechtlich einschreiben werden?

Bislang hat der Gesetzgeber nicht den Anspruch erhoben, das soziale Geschehen in gesellschaftlichen Funktionssystemen mit allgemeinen und unspezifischen Sinnmustern von Normalität und Störung überziehen zu können. In keinem der wichtigen gesellschaftlichen Funktionssysteme hat der Gesetzgeber jemals den Versuch gemacht, diesbezügliche rechtliche Festlegungen zu treffen – oder einer Verwaltungsbehörde eine Definitionskompetenz zu verleihen. Der Gesetzgeber sichert die Effektivität,

¹ BMWK, Referentenentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen, Bearbeitungsstand: 15. September 2022, abrufbar unter: <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Wettbewerbspolitik/wettbewerbsdurchsetzungsgesetz-referentenentwurf-bmwk.pdf>; Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und anderer Gesetzes, Beschluss der Bundesregierung vom 5. April 2023, abrufbar unter: <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/aenderung-des-gesetzes-gegen-wettbewerbsbeschaenkungen.pdf>; Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 20/68/6824 vom 16. Mai 2023.

Freiheitlichkeit, Fairness und Stabilität des Geschehens in den verschiedenen gesellschaftlichen Funktionssystemen über *Verhaltensregeln*, in denen sich *geronnenes Wissen über die Schädlichkeit bestimmter Handlungen* spiegelt.² Allgemeine Verhaltensregeln finden sich im Strafrecht; darüber gibt es in jedem der Funktionssysteme verwaltungs- und zivilrechtliche Regelungen zur Gewährleistung der genannten Anliegen. Auch im Wettbewerbsrecht werden bislang Verhaltensweisen von Unternehmen im Markt aufgegriffen, bei denen langfähiges und belastbares Erfahrungswissen besteht, dass diese Verhaltensweisen der Institution, den Akteuren oder Dritten Schaden zufügen. Diese Regelungstechnik ist nicht statisch: Die Veränderung normativer Standards, eine Neubewertung von Interessen oder neues Erfahrungswissen kann zur Einführung neuer Verhaltensregeln führen, wie dies mit Blick auf alle gesellschaftlichen Funktionssysteme regelmäßig zu beobachten ist. Im Bereich von Markt und Wettbewerb kam es beispielsweise zu einer Neubewertung der Folgen bestimmter Unternehmenszusammenschlüsse und zur Einführung der Fusionskontrolle.³ Steter Veränderung und Fortschreibung ist selbstverständlich auch die Interpretation der konkreten Verhaltensregeln unterworfen. Würde sich der Gesetzgeber auf der Grundlage gesicherten Erfahrungswissens dazu entschließen, den Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts über den Bestand der geltenden Verhaltensregeln hinaus auf weitere (begründbar schädliche) Handlungen zu erstrecken, ließen sich hiergegen jedenfalls grundsätzlich keine verfassungsrechtlichen Einwände erheben.⁴

Der Gesetzgeber will allerdings einen anderen Weg gehen. Er will einer Verwaltungsbehörde die Kompetenz einräumen, für den Bereich des Funktionssystems „Markt“ und für den dort bestehenden Koordinationsmechanismus „Wettbewerb“ eine strukturorientierte Definition von Normalität und Störung vorzunehmen und auf dieser Grundlage Verhaltensregeln festzulegen.⁵ Anders als bei der Regulierung konkreter (nachweisbar schädlicher) Verhaltensweisen gibt es für die Bewältigung dieser Aufgabe weder hinreichendes konkretes Erfahrungswissen und allgemein konsentiertere normative Muster.⁶ Die Begründung des Gesetzesentwurfs erklärt offen und freiherzig, dass es nicht möglich sei, diesbezüglich auf Legislativebene normative Kriterien bereitzustellen.⁷ Die Kompetenz wird der Verwaltungsbehörde quasi ins Blaue hinein verliehen – in der

² Die staatlichen Institutionen können natürlich auch durch punktuelle Maßnahmen fördernd, steuernd oder verteilend eingreifen. Diese Handlungsform interessiert im Folgenden nicht.

³ Verordnung (EG) 139/2004 vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2004 L 24/1.

⁴ Für die verfassungsrechtliche Bewertung käme es auf die konkrete Ausgestaltung an.

⁵ *Körber*, Zeitschrift für Rechtspolitik 56 (2023), 5, will Anzeichen für einen „verwalteten Wettbewerb“ erkennen. Vgl. zum Konzept des „verwalteten Wettbewerbs“ schon *Mestmäcker*, Der verwaltete Wettbewerb eine vergleichende Untersuchung über den Schutz von Freiheit und Lauterkeit im Wettbewerbsrecht, 1984.

⁶ Hierzu ausführlich unten C. I.

⁷ Gesetzesentwurf (oben Fn. 1), S. 31: Beschränkung auf eine Regelbeispieltechnik, weil „die Vielschichtigkeit der möglichen Störungslagen keine abschließende Aufzählung zulasse ...“. Zur verfassungsrechtlichen Analyse der Bestimmtheit: unten D. I. 1. b).

Erwartung, dass die ermächtigte Verwaltungsbehörde die ihr übertragende Administrativmacht vernünftig wahrnehmen wird.

Die Schaffung von § 32f GWB-E ist ein Vorhaben, das in der Gesetzgebungsgeschichte Deutschlands einmalig ist. Es gibt im deutschen Recht kein Steuerungsinstrument, das hinsichtlich der Breite (Gesamtheit eines sozialen Funktionssystems), hinsichtlich des Regelungsansatzes (Bekämpfung jedweder Störungen durch eine Verwaltungsbehörde) und hinsichtlich des Eingriffsinstrumentariums (beliebige Maßnahmen verhaltens- oder strukturbezogener Art) dem in § 32f Abs. 3 i.V.m. Abs. 5 GWB-E geplanten Instrument entspricht.

Die hiermit vorgelegte Studie unterzieht das Vorhaben einer verfassungsrechtlichen Bewertung. Verfassungsgerichtliche Präzedenzentscheidungen, auf die die Studie unmittelbar und direkt zurückgreifen könnte, gibt es nicht. In den letzten Jahrzehnten war das BVerfG zwar immer wieder mit verhaltensbezogenen Maßnahmen des Gesetzgebers konfrontiert, die auf die Erzeugung oder Stabilisierung von freiem Wettbewerb ausgerichtet waren; ebenso war es mit Fällen befasst, in denen der Gesetzgeber aus wettbewerbsinhärenten bzw. -übergeordneten Gründen die Freiheit der Akteure im Markt beschränkte.⁸ Das BVerfG hat diese Maßnahmen überwiegend gebilligt.⁹ Dabei spielte durchgehend eine Rolle, dass es der demokratisch legitimierte Gesetzgeber war, der die Entscheidung inhaltlich verantwortete. Demgegenüber hat sich das BVerfG niemals mit einem gesetzgeberischen Regulierungsansatz befassen können, wie er sich nunmehr in § 32f Abs. 3 i.V.m. Abs. 5 des (Regierungs-)Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und anderer Gesetze (GWB-E) findet.

Die Studie wird zunächst einen kurzen Überblick über das Reformvorhaben geben (nachfolgend B.), bevor sie sich der verfassungstheoretischen Einordnung des zu beobachtenden Paradigmenwechsels staatlicher Steuerung eines wichtigen gesellschaftlichen Funktionssystems widmet (nachfolgend C.). Den Hauptteil der Studie bildet eine verfassungsrechtliche Bewertung des Gesetzesvorhabens (nachfolgend D.). Die Studie kommt zu dem Ergebnis, dass § 32f Abs. 3 i.V.m. Abs. 5 GWB auf so schwerwiegende staatsorganisationsrechtliche und grundrechtliche Bedenken stößt, dass von seiner Verfassungswidrigkeit auszugehen ist.¹⁰

⁸ Anschauliche Darstellung des Stands der Rechtsprechung bei *Engel*, Wettbewerb und Gemeinwohl (Competition and the Common Good), 2021.

⁹ Teilweise hat das Gericht selbst Entscheidungen erlassen, die auf Marktöffnung abzielten (z.B. Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Singularzulassung bei Rechtsanwälten bei den Oberlandesgerichten (BVerfG, Urteil vom 13. 12. 2000 – 1 BvR 335/97)).

¹⁰ Die Studie untersucht die Entflechtungsbefugnis nach § 32f Abs. 4 GWB-E nicht. Die staatsorganisationsrechtlichen Bedenken (nachfolgend D. I.) wirken sich auch auf § 32f Abs. 4 GWB-E aus.

B. Das Reformvorhaben

I. Verfahren

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz legte am 26. September 2022 den Referentenentwurf für eine 11. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB-RefE¹¹) vor. In diesem Entwurf war ein neues wettbewerbsrechtliches Instrument enthalten. § 32f GWB-RefE sah vor, dass das Bundeskartellamt (BKartA) in der Folge einer Sektoruntersuchung die Kompetenz haben sollte, bei Vorliegen einer „erheblichen, andauernden oder wiederholten Störung des Wettbewerbs“ auf mindestens einem Markt oder marktübergreifend „alle zur Beseitigung oder Verringerung der Störung des Wettbewerbs erforderlichen Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art“ vorzuschreiben (§ 32f Abs. 3 S. 1 GWB-RefE). Der GWB-RefE sah auch die Anordnung einer Unternehmensentflechtung vor (§ 32f Abs. 4 GWB-RefE). Die Anordnung der „strukturellen Abhilfemaßnahmen“ war ausdrücklich nicht von einer kartellrechtlichen Zuwiderhandlung abhängig. Den politischen Hintergrund des Vorstoßes bildeten Entwicklungen auf dem Markt für Treibstoffe im Frühjahr und Sommer 2022. Der Bundesgesetzgeber hatte zur Dämpfung der hohen Treibstoffpreise einen sog. „Tankrabatt“ eingeführt. Im Juni 2022 machte der Bundeswirtschaftsminister geltend, dass die Mineralölkonzerne und Tankstellenbetreiber den Steuerabschlag auf Benzin und Diesel nicht in angemessenem Umfang an die Verbraucher weitergeben würden.¹² Der Minister kündigte unter anderem im „Spiegel“ die Absicht an, das Wettbewerbsrecht so zu verschärfen, dass es den Wettbewerbsbehörden ermöglicht würde, strukturell in Märkte einzugreifen, ohne dass ein Verstoß gegen legislativ definierte Verhaltensregeln nachgewiesen werden müsste.¹³ Der Äußerung lag ein Positionspapier des Ministeriums zugrunde.¹⁴

Der GBW-RefE löste eine Welle von politischen, rechtspraktischen und rechtswissenschaftlichen Reaktionen aus, die überwiegend kritisch ausfielen.¹⁵ Es bestand Einigkeit

¹¹ Oben Fn. 1.

¹² Die Frage, ob dieser Eindruck richtig war, ist umstritten. Das Ifo-Institut geht in einer Stellungnahme vom 14. Juni 2022 von einer Weitergabe des Rabatts im Umfang von 85-100% aus. Das BKartA beobachtet im Zwischenbericht der Untersuchung zu Raffinerien und zum Kraftstoffgroßhandel (28. November 2022) eine „weitgehende Weitergabe des Tankrabatts“.

¹³ Vgl. Spiegel Online vom 12. Juni 2022 (<https://www.spiegel.de/wirtschaft/service/robert-habeck-plant-schnellere-gewinnabschoepfung-bei-mineraloelkonzernen-a-46e3409e-f052-4f35-9a46-2ab1a66e778d>); vgl. etwa auch Tagesschau vom 12. Juni 2022 (<https://www.tagesschau.de/wirtschaft/habeck-tankrabatt-kartellrecht-101.html>).

¹⁴ Hierzu: <https://www.sueddeutsche.de/politik/tankrabatt-1.5601636>.

¹⁵ Beispiele: Stellungnahme des BDI vom 10. Oktober 2022; Stellungnahme des BDI und anderer Wirtschaftsverbände vom 8. Dezember 2022; Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht vom 28. Oktober 2022 oder Stellungnahme 39/2022 der Bundesrechtsanwaltskammer; aus der Literatur: *Thomas*, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 20 (2022), 333; *Ackermann*, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 2023, 1; *Körber*, Zeitschrift für Rechtspolitik 56 (2023), 5; *Schreitter/Sura*, Der Betrieb 75 (2022), 2715;

in der Feststellung, dass das BKartA die Macht erhalten soll, „anlasslos“ und gestaltend in die betroffenen Märkte einzugreifen“.¹⁶ In der rechtswissenschaftlichen Literatur wurde die neue Befugnis als Kompetenz zum „Marktdesign“ bezeichnet. Vielfach war von einem „Paradigmenwechsel“ die Rede.¹⁷ Kritische Stimmen machten geltend, „man wolle ein solches Instrument einführen, wisse aber noch nicht so genau, wofür.“¹⁸ Ein ähnlicher Vorwurf wurde schon im Jahr 2010 gegen die damals diskutierte Einführung einer verhaltens- bzw. mißbrauchsunabhängigen Entflechtungsregelung geäußert.¹⁹ Die Kritiker gingen weiterhin davon aus, dass von dem Instrument und dem inhärenten Eingriffspotential ein Dämpfungseffekt auf die wirtschaftliche Aktivität im Markt ausgehen würde, der den potentiellen Nutzen des Instruments deutlich überwäge. Kritik wurde auch an der Weite der Wertungsbefugnisse geübt, die der Gesetzgeber einer Verwaltungsbehörde übertrug. Teilweise wurde auch die Gefahr wettbewerbsökonomischer Fehler der Behörde thematisiert.²⁰ Manche Kritiker sahen zudem die Gefahr, dass die Eingriffsbefugnisse zu politisch motivierten Interventionen genutzt werden könnten. Befürworter des Entwurfs haben die Kritik zurückgewiesen, ihr aber letztlich nur die Erwartung entgegenhalten können, dass das BKartA seine neue Macht verantwortungsvoll ausüben werde.²¹

Thiede, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 34 (2023), 1; mit Blick auf verfassungsrechtliche Bedenken: *Grzeszick*, Neue Zeitschrift für Kartellrecht 11 (2023), 5. Positiv etwa: *Bartsch/Käseberg/Weber*, Wirtschaft und Wettbewerb 73 (2023), 245.

¹⁶ *Budzinski*, Die 11. GWB-Novelle – Vom Schutz des Wettbewerbsprozesses zur Verbesserung von Wettbewerbsstrukturen? 113 (121). Budzinski schließt die Forderung an, dass die „Weite“ der Befugnisse „der Einhegung durch Geeignetheit, Erforderlichkeit, und Verhältnismäßigkeit im jeweils strengen Sinn bedarf.“ Hierzu noch unten D. I.

¹⁷ *Kirk/Offergeld/Rohner*, „Kartellrecht in der Zeitenwende“ – Zur Einführung, 13 (15). Zweifelnd: *Mundt*, NZKart 2023, 1.

¹⁸ *Thomas*, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 20 (2022), 333 (338).

¹⁹ Das Mitglied der Monopolkommission *Preusker* machte diese Feststellung in einem Sondervotum, das dazu beitrug, das Vorhaben aufzugeben (vgl. Sondervotum des Kommissionsmitglieds *Peter-Michael Preusker*, verfügbar unter: https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s58_preusker.pdf: „Besonders irritierend bei dieser Gesetzesinitiative ist, dass die objektive Entflechtung aus Sicht aller Beteiligten kaum Anwendung finden wird, da es für den beschriebenen Tatbestand nicht einmal einen hypothetischen Anwendungsfall gibt (so der Berichterstatter der Unionsfraktion). Das heißt, auch das Drohpotential eines solchen Gesetzes ist aus heutiger Sicht überflüssig und eher kontraproduktiv, denn Leistungsanreize im Wettbewerb verlieren ihre Attraktivität, wenn bei Erfolg Entflechtung droht.“).

²⁰ Die wirtschaftstheoretischen Zusammenhänge zwischen einer tatsächlichen oder vermeintlichen Wettbewerbsstörung, der Feststellung der Ursachen und der Entscheidung über die Reaktion sind hochgradig unsicher. Jenseits der Anwendung des Kartellrechts in den unstreitigen Fällen von Hardcore-Kartellen und den klaren Fällen missbräuchlicher Verwendung von Marktmacht geht es um Entscheidungen, die auf allen drei Ebenen enorme Unsicherheiten aufweisen. Die Fehleranfälligkeit (sowohl hinsichtlich Fehlertypen I als auch hinsichtlich Fehlertypen II) ist groß.

²¹ *Mundt*, NZKart 2023, 1 (3).

Nach längeren Verhandlungen der Bundesministerien für Wirtschaft und Klimaschutz, der Finanzen und der Justiz beschloss die Bundesregierung am 5. April 2023 den Regierungsentwurf einer 11. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.²² In der Pressemitteilung der Bundesregierung wird vom „Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz“ gesprochen.²³ Der GWB-E entspricht im Grundansatz den Inhalten des GWB-RefE, nimmt aber eine Reihe von Präzisierungen und Veränderungen vor. Die im GWB-E vorgesehene verstoß- und missbrauchsunabhängige Marktstrukturregulierung soll künftig die vierte Säule des deutschen Wettbewerbsrechts bilden. Nach dem GWB-E ist eine weiche Subsidiarität vorgesehen, wonach das Instrument nur zur Anwendung kommen soll, „soweit die Anwendung der sonstigen Befugnisse nach Teil 1 dieses Gesetzes nach den im Zeitpunkt der Entscheidung beim Bundeskartellamt vorliegenden Erkenntnissen voraussichtlich nicht ausreicht, um der festgestellten Störung des Wettbewerbs angemessen entgegenzuwirken.“ (§ 32f Abs. 3 S. 1 GWB-E).²⁴ Die Bundesregierung hat dem Deutschen Bundestag den Gesetzesentwurf nach Art. 76 GG am 16. Mai 2023 zugeleitet.²⁵

Auch der Regierungsentwurf ist auf erhebliche Kritik gestoßen.²⁶ Viele Äußerungen weisen darauf hin, dass es an einer hinreichenden wissenschaftlichen Diskussion gefehlt habe.²⁷ Die Monopolkommission, die sich dem Vorhaben nicht entgegenstellt,²⁸ macht in überaus vorsichtiger Weise zusätzlichen Beratungsbedarf geltend.²⁹

²² Fundstelle: <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/aenderung-des-gesetzes-gegen-wettbewerbsbeschaenkungen.pdf>.

²³ https://www.bmj.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2023/0405_GWB.html.

²⁴ Der Entwurf legt nicht fest, wie diese Feststellung prozedural und materiell zu ergehen hat. Die Begründung des RegE stellt fest, dass das BKartA keine hohen Darlegungsanforderungen treffen sollen. Der RegE enthält hier ein Tatbestandsmerkmal, dessen praktische Operabilität bislang nicht wirklich abgeschätzt werden kann.

²⁵ BT-Drs. 20/6824; siehe schon oben Fn. 1.

²⁶ Vgl. den Bericht von *Francesca McClimont*, German amendments are “frightening” and “far-reaching”, lawyers say, *GlobalCompetitionReview* vom 6. April 2023, (<https://globalcompetitionreview.com/article/german-amendments-are-frightening-and-far-reaching-lawyers-say>).

²⁷ *Voges*, Die Entflechtungsregelung der 11. GWB-Novelle - Qualität braucht Zeit.

²⁸ Die Monopolkommission hatte sich schon 2010 und 2015 für die Einführung eines Entflechtungsinstruments ausgesprochen (*Monopolkommission*, Sondergutachten 58, Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, 2010, *ibid.*, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte 2015, Tz. 261 ff.).

²⁹ *ibid.*, Wettbewerb 2022 XXIV. Hauptgutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB, Rdnr. 375: Die Monopolkommission „betont aber zugleich, dass es sich um eine grundsätzliche politische Richtungsentscheidung handelt. Der Gesetzgeber sollte das Instrument nur auf Basis einer sorgfältigen Abwägung und Diskussion aller relevanten Aspekte einführen.“

II. Wesentliche Inhalte

§ 32f GWB-E sieht im Anschluss an eine Sektoruntersuchung mehrere Möglichkeiten vor.

Nach § 32f Abs. 2 GWB-E kann das BKartA Unternehmen dazu verpflichten, Zusammenschlüsse im Sinne von § 37 GWB anzumelden.

Nach § 32f Abs. 3-5 GWB-E kann es ein zweistufiges Verfahren durchführen, um eine „erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs“ zu bekämpfen. Der Entwurf sieht vor, dass das BKartA in einem ersten Verfahrensabschnitt eine Verfügung zu erlassen hat, in der es die Feststellung trifft, dass eine derartige Störung vorliegt (§ 32f Abs. 3 S. 1 GWB-E). Im zweiten Verfahrensabschnitt können den erfassten Unternehmen dann beliebige Verhaltenspflichten auferlegt werden (§ 32f Abs. 3 S. 6 GWB-E).

1. Feststellung einer Störung des Wettbewerbs

Nach § 32f Abs. 3 S. 1 GWB-E soll das BKartA die Befugnis erhalten, eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs festzustellen. Der Begriff der „Störung des Wettbewerbs“ wird vom Gesetzgeber weder definiert noch konkretisiert. In der Begründung des Gesetzesentwurfs wird explizit darauf hingewiesen, dass dies angesichts der Vielfalt denkbarer Konstellationen nicht möglich sei.³⁰

Der Gesetzesentwurf benennt allerdings Regelbeispiele und analytische Topoi, mit denen dem BKartA die Wahrnehmung der Kompetenz erleichtert werden soll. In § 32f Abs. 5 S. 1 GWB-E werden insgesamt vier Beispiele aufgelistet, in denen eine Störung des Wettbewerbs vorliegen kann: 1) einseitige Angebots- oder Nachfragemacht, 2) Beschränkungen des Marktzutritts, des Marktaustritts oder der Kapazitäten von Unternehmen oder des Wechsels zu einem anderen Anbieter oder Nachfrager, 3) gleichförmiges oder koordiniertes Verhalten, oder 4) Abschottung von Einsatzfaktoren oder Kunden durch vertikale Beziehungen.

Darüber hinaus listet § 32f Abs. 5 S. 2 GWB-E insgesamt sieben Topoi auf, die bei der Beurteilung, ob eine Störung des Wettbewerbs vorliegt, berücksichtigt werden sollen: 1. Anzahl, Größe, Finanzkraft und Umsätze der auf den betroffenen Märkten oder marktübergreifend tätigen Unternehmen, die Marktanteilsverhältnisse sowie der Grad der Unternehmenskonzentration, 2. Verflechtungen der Unternehmen auf den betroffenen, den vor- und nachgelagerten oder in sonstiger Weise miteinander verbundenen Märkten, 3. Preise, Mengen, Auswahl und Qualität der angebotenen Produkte oder Dienstleistungen auf den betroffenen Märkten, 4. Transparenz und Homogenität der Güter auf den betroffenen Märkten, 5. Verträge und Vereinbarungen zwischen Unternehmen auf den betroffenen Märkten, 6. Grad der Dynamik auf den betroffenen Märkten sowie 7. dargelegte Effizienzvorteile, insbesondere Kosteneinsparungen oder Innovationen, bei angemessener Beteiligung der Verbraucher. In der Begründung des Entwurfs wird betont, dass diese Topoi nicht abschließend seien, kein bestimmtes Gewicht hätten und die Entscheidung des BKartA über das Vorliegen einer Störung nicht determinierten.

³⁰ Gesetzesentwurf (oben Fn. 1), S. 31 (siehe auch schon oben Fn. 7).

Die Bedeutung des allgemeinen Konzepts „Störung des Wettbewerbs“ wird mit der Auflistung von Regelbeispielen und Topoi normativ nicht fixiert oder präzisiert. Die aufgelisteten Regelbeispiele können keine rechtlich-normativen Einbindung der Befugnisse des BKartA bewirken. Den aufgeführten Beispielen liegen divergente wettbewerbstheoretische Schadenstheorien zugrunde, mit der Folge, dass von den Regelbeispielen aus nicht auf die Maßgeblichkeit einer bestimmten Wettbewerbstheorie für die Konkretisierung des allgemeinen Begriffs in § 32f Abs. 3 S. 1 GWB-E (jenseits der Regelbeispiele) geschlossen werden kann. Die Heterogenität der Regelbeispiele lässt keine Normalität erkennen. Auch die Begründung des GWB-E enthält keine Aussagen zur Frage, welche weiteren Fallkonstellationen oder -gruppen nach Auffassung des Gesetzgebers als „Störung“ angesehen werden können.³¹

Auch die Auflistung der Topoi trägt zur Klärung der Bedeutung des allgemeinen Konzepts „Störung des Wettbewerbs“ kaum etwas bei. Die Topoi Nr. 1-6 stammen aus dem wettbewerbstheoretischen Instrumentarium der Marktbeschreibung und -analyse. Es sind Kriterien, die Theorie und Praxis für die Beschreibung der jeweiligen Eigenarten auf den Ebenen „Marktvoraussetzungen“, „Marktprozesse“ und „Marktergebnisse“ heranziehen (können). Eine gesetzliche Bestimmung, die Kriterien benennt, die bei der Marktbeschreibung und -analyse herangezogen werden (können), stellt offensichtlich keine normative Orientierungsmuster bereit, wann eine „Störung“ vorliegt. Die Beschreibung und Analyse der Marktstruktur und die Entwicklung von normativen Kriterien für die Unterscheidung von Normalität und Störung liegen auf unterschiedlicher Ebene. Würde man annehmen, dass die in § 32f Abs. 5 S. 2 Nr. 1-6 GWB-E aufgelisteten Topoi die Entwicklung des nach § 32f Abs. 3 S. 1 GWB-E erforderlichen normativen Maßstabs irgendwie anleiten könnten, würde man einem *Kategorienfehler* aufsitzen.³² Nur der unter in § 32f Abs. 5 S. 2 Nr. 7 GWB-E aufgeführte Topos verlässt die Ebene der Beschreibung und Analyse und hat normative Qualität. Der Umstand, dass unter den sieben Topoi verschiedene Kategorien miteinander vermischt werden, muss als gesetzgebungstechnisches Defizit angesehen werden.

Für die nachfolgende verfassungsrechtliche Prüfung ist die Feststellung wichtig, dass der Text des GWB-E und seine Begründung in der entscheidenden normativen Frage vollständig schweigen: Für die Anwendung von § 32f Abs. 3 S. 1 GWB-E kommt es maßgeblich darauf an, wann ein (noch) wirksamer Wettbewerb in einen gestörten Wettbewerb umschlägt. Dies lässt sich nur bestimmen, wenn qualifizierende oder quantifizierende Maßstäbe dafür entwickelt werden, wann ein (noch) wirksames Wettbewerbsgeschehen in einen Zustand der Störung übergeht. Hierzu findet sich weder im Text des § 32f GWB-E noch in der Begründung irgendein Hinweis. Regelbeispiele und

³¹ Der Gesetzesentwurf verweist auf einen angeblichen „wissenschaftlichen Konsens“ (S. 31), kann aber letztlich hierfür nur eine Studie anführen (dazu noch unten D. I. 1. b) bb).

³² Selbst auf analytischer Ebene ist die Reichweite der Regelungstechnik begrenzt. Sie liefert Gesichtspunkte, gibt aber keinen operablen und verbindlichen Prüfungsmaßstab an die Hand. Ohne die Festlegung eines verbindlichen Prüfrasters handelt es sich lediglich um Angebote, deren Orientierungswert nur begrenzt ist.

analytische Topoi können zur Klärung dieser normativen Frage nichts beitragen. Der in § 32f Abs. 5 S. 2 Nr. 7 GWB-E angesprochene Topos benennt einen Gesichtspunkt, enthält aber weder qualitative noch quantitative Maßstäbe, wann von einem Umschlag auszugehen ist.

Während das Erfordernis der „fortwährenden“ Störung konkretisiert wird, schweigen GWB-E und Begründung auch hinsichtlich des Merkmals der „Erheblichkeit“. Auch hierzu findet sich keinerlei definitorische Festlegung und auch keine konkretisierende Vorgabe.³³

Diese Defizite werden nicht durch die Begründung des Gesetzesentwurfs aufgefangen. In den hier angesprochenen Punkten lässt die Begründung kein präzises normatives Programm und auch kein klar erkennbares Schadenskonzept erkennen. Eine kohärente und umfassende Theorie des „wettbewerbspolitischen Schadens“ („harm“) wird dort nicht entwickelt. Die Begründung des GWB-E benennt drei spezifische Problemlagen, auf die mit § 32f GWB-E reagiert werden soll: stillschweigende oder algorithmische Kollusion, mit der die Unsicherheit über das Verhalten der Wettbewerber beseitigt wird; common or cross ownership; wettbewerbsschädigende Geschäftsstrategien (einschließlich Verträge von nicht-marktbeherrschenden Unternehmen).³⁴ Die Begründung geht nicht auf die Frage ein, warum sich der Gesetzgeber nicht auf die Bekämpfung dieser Problemlagen beschränkt.

Die Verfügung nach § 32f Abs. 3 S. 1 GWB-E ergeht nicht adressatenlos, sondern richtet sich gegen Unternehmen, die als Adressaten von Maßnahmen struktureller oder verhaltensbezogener Art in Betracht kommen (§ 32f Abs. 3 S. 1 und S. 2). Der Kreis der Adressaten kann jederzeit erweitert werden (§ 32f Abs. 3 S. 5 GWB-E). Zu Adressaten können nur Unternehmen gemacht werden, „die durch ihr Verhalten zur Störung des Wettbewerbs wesentlich beitragen“ (§ 32f Abs. 3 S. 3 GWB-E).

2. Anordnung von Abhilfemaßnahmen

Das BKartA wird ermächtigt, in einem zweiten Verfahrensabschnitt den von der Verfügung nach § 32f Abs. 3 S. 1 GWB-E erfassten Unternehmen „alle Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art vorzuschreiben, die zur Beseitigung oder Verringerung der Störung des Wettbewerbs erforderlich sind.“ (§ 32f Abs. 3 S. 6 GWB-E). Der Entwurf listet beispielhaft sechs Gegenstände auf: 1. die Gewährung des Zugangs zu Daten, Schnittstellen, Netzen oder sonstigen Einrichtungen, 2. Vorgaben zu den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen auf den untersuchten Märkten und auf verschiedenen Marktstufen, 3. Verpflichtung zur Etablierung transparenter,

³³ § 32f Abs. 5 S. 3 GWB-E: „Eine Störung des Wettbewerbs ist fortwährend, wenn diese über einen Zeitraum von drei Jahren dauerhaft vorgelegen hat oder wiederholt aufgetreten ist und zum Zeitpunkt der Verfügung nach Absatz 3 keine Anhaltspunkte bestehen, dass die Störung innerhalb von zwei Jahren mit überwiegender Wahrscheinlichkeit entfallen wird.“

³⁴ Gesetzesentwurf (oben Fn. 1), S. 15 (unter Verweis auf ein für die EU-Kommission erstelltes Gutachten).

diskriminierungsfreier und offener Normen und Standards durch Unternehmen, 4. Vorgaben zu bestimmten Vertragsformen oder Vertragsgestaltungen einschließlich vertraglicher Regelungen zur Informationsoffenlegung, 5. das Verbot der einseitigen Offenlegung von Informationen, die ein Parallelverhalten von Unternehmen begünstigen, 6. die organisatorische Trennung von Unternehmens- oder Geschäftsbereichen. Eine weitere Eingrenzung der Befugnis erfolgt nicht. Die Begründung des Gesetzesentwurfs stellt fest, dass die „Vielgestaltigkeit der denkbaren Störungslagen“ einer abschließenden oder begrifflich fixierten Auflistung der in Betracht kommenden konkreten Abhilfemaßnahmen entgegenstehe.³⁵

§ 32f Abs. 4 GWB-E sieht (über § 32f Abs. 3 S. 6 GWB-E hinausgehend) die Möglichkeit der Anordnung einer Unternehmensentflechtung vor. Anders als noch der Referentenentwurf³⁶ ist im Gesetzesentwurf für den Fall der Anordnung einer Entflechtung eine Entschädigung für das betroffene Unternehmen normiert. Nach § 32f Abs. 4 S. 7 und 8 GWB-E gilt ein Mindesterloß von 50 % des erfassten Unternehmenswerts als Voraussetzung für die Durchführung der Entflechtung. Der GWB-E schreibt ferner vor, dass der Staat dem adressierten Unternehmen die Hälfte der Differenz zwischen dem ermittelten Wert des Vermögensteils und dem erzielten Verkaufserlös zu zahlen hat, wenn der tatsächliche Verkaufserlös den Wert des Unternehmensteils unterschreitet. Diese Feststellungen müssen auf der Grundlage eines Wertgutachtens erfolgen, das der Staat zu zahlen hat.

Das Eingriffspotential von § 32f Abs. 3 S. 6 GWB-E liegt nicht nur hinsichtlich der Breite der möglichen Maßnahmen, sondern auch hinsichtlich der grundrechtlichen Eingriffstiefe über jenem vom § 32f Abs. 4 GWB-E.³⁷ Die allgemeine Regelung ermöglicht Eingriffe in das unternehmerische Geschäftsmodell, die eine Intensität aufweisen, die weit über eine Entflechtungsanordnung hinausgehen. In § 32f GWB-E spiegelt sich das allerdings nicht wider – die Regelung weist, wie noch zu zeigen sein wird, Wertungswidersprüche auf.

Die neuen Befugnisse sollen auch in regulierten Märkten zur Anwendung kommen. Nach § 32f Abs. 8 GWB-E muss das BKartA bei Abhilfemaßnahmen im Bereich regulierter Märkte eine Einvernehmensregelung mit der Bundesnetzagentur herbeiführen. Die Bundesnetzagentur wird zu einer Stellungnahme verpflichtet. Künftig sollen BKartA und BNetzA in diesen Märkten parallel Marktstrukturgestaltung betreiben können.

3. Verfahrensanforderungen und Rechtsschutz

Das Bundeskartellamt muss bei Abhilfemaßnahmen nach § 32f Abs. 3 S. 6 und Abs. 4 GWB-E zwingend eine öffentliche mündliche Verhandlung durchführen, es sei denn die

³⁵ Gesetzesentwurf (oben Fn. 1), S. 31.

³⁶ Hierzu die verfassungsrechtliche Kritik von *Grzeszick*, *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* 11 (2023), 5.

³⁷ So auch *ibid.* (Fn. 36).

Beteiligten verzichten darauf. Damit soll dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs entsprochen werden.³⁸

Nach § 66 Abs. 1 GWB-E soll ein Rechtsmittel gegen eine Entflechtungsmaßnahme aufschiebende Wirkung haben.³⁹ Dies gilt jedoch nicht für die anderen Maßnahmen nach § 32f Abs. 3 S. 6 GWB-E.

Weiterhin ist nicht vorgesehen, dass nach dem Abschluss der Sektoruntersuchung ein Bericht veröffentlicht werden muss, der die Grundlage für eine politische und wissenschaftliche Diskussion über die Implikationen der Feststellungen zulassen würde. Eine verpflichtende Mitsprache der Monopolkommission ist nicht vorgesehen; selbst ein Beteiligungsrecht der Monopolkommission ist nur in Einzelfällen begründet.⁴⁰ Auch eine spätere Evaluierung der Abhilfemaßnahmen durch unabhängige Instanzen ist nicht vorgesehen.

³⁸ Vgl. auch § 56 Abs. 7 RegE (Transparenzgebot).

³⁹ Anders noch der Referentenentwurf.

⁴⁰ Keine Beteiligung der Monopolkommission ist bei Erlass der Verfügung nach § 32f Abs. 3 S. 1 und S. 2 GWB-E vorgesehen. Ebenfalls ist keine Beteiligung der Monopolkommission beim Erlass von Maßnahmen nach § 32f Abs. 3 S. 6 GWB-E erforderlich. Nach § 32f Abs. 4 S. 3 GWB-E muss der Monopolkommission (nur) bei Anordnung einer Entflechtung die Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden. Darüber hinaus hat die Monopolkommission das Recht, in den Fällen des § 32f Abs. 3 S. 6 und Abs. 4 GWB-E in einer öffentlichen mündlichen Verhandlung gehört zu werden (§ 56 Abs. 7 S. 3 GWB-E). Eine mündliche Verhandlung muss allerdings nicht zwingend durchgeführt werden (§ 56 Abs. 7 S. 1 GWB-E).

C. Verfassungstheoretische Einordnung und Kritik

Das unter B. beschriebene Gesetzesvorhaben löst verfassungstheoretisch erhebliche Bedenken aus.⁴¹ Vier Ebenen der Kritik sind zu unterscheiden: eine institutionelle (I.), eine instrumentelle (II.), eine funktionalistische (III.) sowie eine ideelle (IV.).

I. Institutionelle Dimension der Kritik

Die in § 32f Abs. 3 GWB-E vorgesehene Befugnis zur Identifizierung und Bekämpfung von „Störungen“ des Koordinationsmechanismus „Wettbewerb“ im Funktionssystem „Markt“ setzt begriffsnotwendig voraus, dass Muster der Normalität und des Gestörtseins entwickelt werden. Die Begründung des Gesetzesentwurfs räumt explizit ein, dass weder § 32f GWB-E noch die begleitenden Erläuterungen den Versuch unternehmen (bzw. unternehmen könnten), eine Definition des Begriffs oder eine gesetzliche Konkretisierung vorzunehmen.⁴² Mehr als einzelne (nicht abschließende) Regelbeispiele und einzelne, sich ganz überwiegend auf die Marktanalyse beziehende Topoi werden nicht fixiert. In der Sache überträgt § 32f Abs. 3 GWB-E damit dem BKartA eine *normativ nicht eingebundene Entscheidungsbefugnis* darüber, wann eine „Störung“ vorliegt und wann nicht. Damit verbinden sich dann weitreichende Gestaltungsbefugnisse hinsichtlich der Steuerung des Funktionssystems „Markt“ und der in diesem agierenden Unternehmen.

1. Behördliche Festlegung von Mustern der Normalität und der Störung des Wettbewerbs

Die Vorstellung, dass es sich bei der Definition von „Störungen des Wettbewerbs“ um eine Entscheidung handle, die quasi aus der „Natur der Sache“ folge oder jedenfalls wissenschaftlich vorgeben sei, ist zwar verbreitet, aber irrig. Die Festlegung, was normaler und was gestörter Wettbewerb ist, ist weder wettbewerbstheoretisch noch ökonomisch oder soziologisch vorgegeben. Sie beruht auf normativen Wertungen und beinhaltet letztlich ein zutiefst politisches Element.

⁴¹ Allgemein zum Verhältnis von Staat und Wettbewerb etwa: *Grzeszick*, Hoheitskonzept – Wettbewerbskonzept in: Isensee/ Kirchhof (eds.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Auflage, Bd. IV, 2006, § 78, Rdnr. 19; *Isensee*, Gemeinwohl im Verfassungsstaat, § 71, Rdnr. 120; vgl. allgemein auch *Mehde*, Wettbewerb zwischen Staaten, 2005, 34, 64; *Musil*, Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung, 2005, 384.

⁴² Gesetzesentwurf (oben Fn. 1), S. 31.

Wettbewerb ist ein Koordinationsmechanismus,⁴³ der auf unterschiedlichen sozialen Feldern eingesetzt werden kann.⁴⁴ Ideengeschichtlich sind die Wurzeln der Idee im Bereich des *politischen Wettbewerbs* älter als im Bereich der *Organisation von Märkten*.⁴⁵ Mit dem Begriff des Wettbewerbs im Markt wird „die Gesamtheit derjenigen Funktionen (beschrieben), welche durch die Koordination unabhängiger Unternehmenspläne auf Märkten erfüllt werden sollen.“⁴⁶ Das Konzept des Wettbewerbs stützt sich notwendig auf die Elemente Handlungsfreiheit und antagonistisches Verhalten.⁴⁷ Ein funktionierender Koordinationsmechanismus bringt eine Vielzahl von („Markt“-)Leistungen zustande.⁴⁸ Häufig werden die Funktionserwartungen in sog. „Leitbildern des Wettbewerbs“ konzeptionell zusammengefasst. Der Koordinationsmechanismus ist nicht stabil, und es gibt Anreize für die Marktteilnehmer, ihn außer Kraft zu setzen. Den Gegenstand des Wettbewerbsrechts bildet sowohl der Schutz der Institution „Wettbewerb“ als auch der Schutz der Interessen der Marktakteure. Sein Zweck ist es, die dieser Institution eingeschriebenen Werte durchzusetzen und ihre funktionalen Versprechungen zu realisieren.

Der Koordinationsmechanismus und seine Elemente sind einer beständigen Dynamik ausgesetzt, die sie auch selbst fördern (Wettbewerb als Entdeckungsverfahren). Eine statische oder abschließende inhaltliche Beschreibung des Koordinationsmechanismus, der in ihm auftretenden Akteure, ihrer individuellen Wirtschaftspläne, der jeweiligen

⁴³ Es ist sowohl sozialtheoretisch als auch rechtlich möglich, Wettbewerb als Institution anzusehen. Die Handlungen eines Akteurs wirken sich in einem wettbewerblichen Koordinationsmechanismus auf die relative Stellung und die Handlungsoptionen der anderen aus. Wettbewerbsrecht koordiniert den Gebrauch von Freiheit.

⁴⁴ Man denke an den „politischen Wettbewerb“ der Parteien. Hierzu etwa: *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer (Hrsg.), Gemeinwohl durch Wettbewerb? Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Graz vom 7. bis 10. Oktober 2009, 2010.*

⁴⁵ *Säcker*, Münchner Kommentar Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2020, Bd. 1, Abschnitt Grundlagen, Rdnr. 5 ff.

⁴⁶ *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 3 Rdnr. 1. Dieses Verständnis ist nicht zwingend. Wettbewerb kann auch als Konkurrenz von Personen begriffen werden („sportlicher Wettbewerb“ etc.) (so etwa *Borchardt/Fikentscher*, Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkungen, Marktbeherrschung, 1957, 15).

⁴⁷ Der Koordinationsmechanismus kann seine Funktionen nur in einem Umfeld erfüllen, in dem die Akteure (Unternehmen und Verbraucher) rechtlich geschützte Entscheidungs- und Handlungsfreiheiten haben, in dem sie Verträge schließen können und Güter eigentumsrechtlich („property rights“) zugeordnet werden. Der Koordinationsmechanismus muss daher rechtlich abgesichert bzw. verfasst sein (*Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 3., unveränd. Aufl. 1960, 304 ff.; *Böhm*, ORDO 17 (1966) 75. Der Staat kann grundsätzlich aber auch lenkend eingreifen, um bestimmte Gemeinwohlangelegenheiten zu gewährleisten, und zwar sowohl auf der Ebene der Voraussetzung als auch mit Blick auf die Prozesse und Ergebnisse.

⁴⁸ Mit Blick auf Gütermärkte: optimale Faktorallokation; optimale Güterverteilung; Verteilung der Gewinne nach „Marktleistung“ etc.

Güterausrüstung sowie der Handlungen ist nicht möglich. Damit ist es schon im Ansatz nicht möglich, die Voraussetzungen, die Funktionselemente und die Ergebnisse („performance“⁴⁹) des wettbewerblichen Geschehens erschöpfend zu erfassen oder wissenschaftlich vorauszusagen. Die Aussage, ob ein derartiger Koordinationsmechanismus gestört ist oder nicht, ist letztlich nur auf der Grundlage einer Vielzahl von funktionalen und normativen Prämissen möglich.⁵⁰ Was einen wettbewerblich geprägten und (störungsfrei) funktionierenden Markt kennzeichnet, lässt sich nicht allgemein, sondern nur mit Blick auf die spezifischen Gegebenheiten des Marktumfelds und die funktionalen Erwartungen an das Marktgeschehen bestimmen. Auch die normativen Maßstäbe, denen der Koordinationsmechanismus Wettbewerb zu entsprechen hat, können sehr unterschiedlich ausfallen. Die Aussage kann zudem immer nur relativ zu den empirischen Gegebenheiten getroffen werden, in die der Koordinationsmechanismus eingebettet ist.⁵¹ Die marktspezifischen Gegebenheiten und normativen Erwartungen können sich über die Zeit ändern, entsprechend auch die Vorstellung davon, wann ein Wettbewerb störungsfrei, wann störungsbehaftet ist.

Während in Wettbewerbstheorie und Wettbewerbsrecht eine nicht unerhebliche Übereinstimmung hinsichtlich möglicher konzeptioneller Funktionen des Wettbewerb besteht, sind erhebliche Meinungsstreitigkeiten um die Richtigkeit der denkbaren „Leitbilder des Wettbewerbs“ zu beobachten.⁵² Allgemeine, weit über die Grenzen der wettbewerbsrechtlichen Diskussion hinausreichende Bekanntheit hat etwa der Streit entwickelt, ob es für die Beurteilung wirksamen oder gestörten Wettbewerbs auf die Voraussetzungen oder auf die Wettbewerbsergebnisse ankommt. Das ist aber nur die Spitze eines Eisbergs von Auffassungsunterschieden.⁵³ In der Folge besteht auch erheblicher Streit darüber, welche konkreten Handlungsempfehlungen zur Realisierung der Wettbewerbsfunktionen in einer konkreten Situation auszusprechen sind.⁵⁴

⁴⁹ *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014., § 3 Rdnr. 2.

⁵⁰ In historischer Perspektive: *Mestmäcker*, ZWeR 2010, 1.

⁵¹ Beispiele: Wenn zu einer bestimmten Zeit in einem bestimmten Markt bestimmte Güter nicht verfügbar oder ihre Preise angestiegen sind, muss dies nicht an einer „Störung“ liegen, sondern kann auf die zugrundeliegenden Realgegebenheiten zurückzuführen sein. Wenn ein Unternehmen seine Marktmacht der großen Innovationskraft verdankt, ist dies keine „Störung“, sondern Ausdruck gelingenden Wettbewerbs. Wenn in der Folge von „economies of scale“ oligopolistische Tendenzen zu beobachten sind, ist dies Ausdruck von Sachgegebenheiten (Größenvorteilen) und nicht notwendig eine „Störung“.

⁵² Siehe etwa: *Basedow*, WuW 2007, 712 ; *Möschel*, Archiv für die civilistische Praxis, 216 (2016), 13 ; *von Weizsäcker*, WuW 2007, 1078 ; *Hertfelder*, Die consumer welfare im europäischen Wettbewerbsrecht Eine Analyse der Rechtspraxis der Kommission und der europäischen Gerichte , 2010.

⁵³ Viele der theoretisch entwickelten Tests sind im übrigen viel zu komplex, um umstandslos auf die Wirklichkeit angewandt zu werden.

⁵⁴ In einer Situation, in der der normativ-teleologische Zuschnitt des bestehenden Instrumentariums unsicher geworden ist, hätte es nahegelegen, wenn der Gesetzgeber hier für Orientierungssicherheit sorgte. Stattdessen sollen in dieser Situation der Orientierungsunsicherheit nunmehr radikal neue Befugnisse geschaffen werden.

Es ist hier nicht der Raum, den gegenwärtigen Streit um Leitbilder vertieft zu behandeln. Mehr als eine kurze Skizze ist nicht möglich. *Systemisch-individualistische Konzeptionen* stellen die normative Idee der Ermöglichung und des Schutzes von Freiheit⁵⁵ und das funktionale Anliegen einer Generierung von Wettbewerbsdruck ins Zentrum. Wettbewerbsschutz zielt danach darauf ab, bestimmte Strukturen und Mechanismen des Wettbewerbs zu gewährleisten, die Freiheit im Markt zu einer riskanten Freiheit zu machen und so einen Anreiz zu Engagement zu geben.⁵⁶ Diesem Ansatz zufolge muss das Wettbewerbsrecht die Koordinationseffizienz ins Zentrum stellen.⁵⁷ *Instrumentelle Konzeptionen* schauen demgegenüber auf die Erzielung bestimmter übergeordneter gesamtwirtschaftlicher Ziele (z.B. gesamtgesellschaftliche Effizienz oder Verbraucherwohl- fahrt). Sie stellen das Ziel bestimmter Marktergebnisse ins Zentrum ihrer Überlegungen. Ihr Bezugspunkt ist die Produktionseffizienz.⁵⁸

Weitere Beurteilungs-, Wertungs- und Entscheidungsnotwendigkeiten ergeben sich, wenn man die Statik (neo-)klassischer Modelle überwindet und die Dynamik des Wettbewerbsprozesses in den Blick nimmt. Der Wettbewerb im Markt ist dann durch eine Abfolge verschiedener Phasen gekennzeichnet, in denen sich Momente des unternehmerischen Vorstoßes und der Erringung von Marktmacht mit Momenten der Verfolgung und des Aufholens abwechseln. Man ist sich wettbewerbsökonomisch einig, dass in diesem dynamischen Prozess Marktunvollkommenheiten eintreten. Diese sind Ergebnis initiativer und innovativer Wettbewerbshandlungen und daher *nicht normativ bedenklich*. Eine Störung liegt insbesondere dann nicht vor, wenn sich in der Folge der Entstehung von Marktmacht imitatorisches Unternehmertum (im Markt oder um den Markt) einstellt. Für die verfassungsrechtliche Einordnung ist von zentraler Bedeutung, dass es wettbewerbsökonomisch kein gesichertes allgemeines Wissen gibt, wann diese Abfolge von Vorstoß- und Verfolgungsphasen „normal“ ist und wann eine „Störung“ eintritt. Man weiß definitorisch, dass die Wettbewerbsintensität umso größer ist, je besser die Verfolgung gelingt und die Innovations- bzw. Vorsprunggewinne des vorstoßenden Unternehmens wieder zurückgehen. Es gibt aber keine vorgegebenen abstrakt-normativen Standards, die eine Bewertung des Prozesses und seiner Abfolge zuließen. Der Schluss von der Beobachtung von einer Marktunvollkommenheit auf eine „Störung des Wettbewerbs“ ist jedenfalls unzulässig.

⁵⁵ Zur Bedeutung des Wettbewerbsschutzes für das Funktionieren einer freiheitlichen Privatrechtsordnung: *Künzler*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? Zur Frage nach den Aufgaben des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen, 2009; *Schuhmacher*, Effizienz und Wettbewerb ein Modell zur Einbeziehung ökonomischer Ansätze in das Kartellrecht, 2010.

⁵⁶ Eines der Hauptziele des Wettbewerbsrechts ist es daher, Handlungen zu bekämpfen, die dazu führen, dass der Wettbewerbsdruck abnimmt (Kollusion). Unternehmen, die so viel Marktmacht haben, dass sie dem Druck nur begrenzt unterworfen sind, werden Verhaltensregeln auferlegt, mit der eine Behinderung oder Ausbeutung anderer verhindert werden soll.

⁵⁷ Stärkung der Entdeckungs- und Lenkungsfunktion des Wettbewerbs; Informationseffizienz; Freiheitssicherungseffizienz; Anreizmechanismen.

⁵⁸ Bezugspunkte sind etwa die Preisstruktur, die Gewinnverteilung, der Innovationsgrad etc.

Wettbewerbstheoretisch wird von niemandem in Frage gestellt, dass die Entscheidung, welcher Wettbewerbsdruck in einer spezifischen Marktsituation hinreichend wirksam bzw. normativ anzustreben ist und wann von einer Reduktion des Wettbewerbsdrucks in einem Umfang gesprochen werden kann, dass dies als eine „Störung“ des Wettbewerbs angesehen werden muss, auf einen Akt der (prognostische Elemente umfassenden) Wertung hinausläuft. Erst recht gilt dies für den Fall, dass die Entscheidung ein zeitlich-dynamisches Element integriert (z.B. hinsichtlich der Entscheidung, in welchem Zeitrahmen die Pionierstellung des innovativen Unternehmens abgebaut sein muss). Es geht auch mit Blick auf eine Betrachtung von Wettbewerb als dynamisches Geschehen nicht um den Nachvollzug von vorgegebenen Mustern, sondern um eine gestaltende Bewertung und Entscheidungsfindung in einem hochgradig unsicheren Umfeld.

Dieser ganz knappe Überblick lässt bereits erkennen, dass es wettbewerbstheoretisch schon im Grundsatz kein Modell gibt (oder auch geben kann), dem sich allgemeine normative Standards darüber entnehmen ließen, wie sich Normalität und Störung des Wettbewerbs voneinander unterscheiden lassen. Schon im idealisierenden „Standardmodell“ eines vollkommenen Wettbewerbs ergeben sich vielfältige Unsicherheiten und Wahlmöglichkeiten. Und wer bereit ist, sich vom „Standardmodell“ zu lösen und sich mit Konstellationen des unvollkommenen Wettbewerbs zu befassen, potenziert diese Gegebenheiten. Es fehlt im Übrigen auch an praktischem Erfahrungswissen, das allgemeine Aussagen darüber zuließe, welche Formen einer administrativen Einwirkung sich im Ergebnis (vor dem Hintergrund der verschiedenen Zielsetzungen) als nützlich und welche als schädlich anzusehen sind.

2. Wertungsgebundenheit der Definition einer „Störung des Wettbewerbs“

Die Anwendung von § 32f Abs. 3 bis Abs. 5 GWB-E würde in einem Realumfeld erfolgen, in dem eine Vielzahl von marktprägenden Realfaktoren, eine Vielzahl von Marktunvollkommenheiten, von unternehmerischen Verhaltens- und Reaktionsstrategien und schließlich von Zielvorstellungen, normativen Wertungen und Standards zusammengeführt werden muss. Die Anwendungspraxis des § 32f GWB-E würde sich auch auf Feldern des unvollkommenen Wettbewerbs bewegen, in denen weder vollkommener Wettbewerb noch eine monopolistische Situation besteht. Auf diesem Zwischenfeld existiert eine unüberschaubare Vielfalt von Wettbewerbstheorien (einschließlich wettbewerbsrechtlicher Schadenstheorien), die nicht nur je unterschiedliche Aussagen darüber treffen, was funktionierender Wettbewerb ist und wo dessen Grenzen liegen, sondern dabei auch für Feststellungen eines (nicht) funktionierendem Wettbewerbs auf weit auseinanderfallende Modelle und Tests zurückgreifen.⁵⁹ Keine der Theorien, die funktionale oder normative Standards an das Mindestmaß (un)vollkommenen Wettbewerbs richten,⁶⁰

⁵⁹ Kerber/Schwalbe, *Ökonomische Grundlagen des Wettbewerbsrechts in: Wettbewerbsrecht* (eds.), Bd 1, 3. Aufl. 2020, Einl. H. Anschaulich für den Bereich der Fusionskontrolle: Schwalbe/Daniel Zimmer, *Kartellrecht und Ökonomie*, 3. Aufl. 2021 (mit der Darstellung von Dutzenden Ansätzen).

⁶⁰ Z.B. Clark, *Am. Econ. Rev.* 30 (1940), 241; *ibid.*, *Competition as a Dynamic Process*, 1962 ; Kantzenbach, *Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs*, 1965;

ist ohne Einwände geblieben.⁶¹ Diese Vielfalt lässt sich schon beobachten, wenn man sich nur auf die „Standardansätze“ konzentriert. Sie vervielfältigt sich, wenn man die Existenz von „alternativen Theorien“ des Wettbewerbs einbezieht.⁶²

Auch die inzwischen gut entwickelte „Theorie des Marktdesigns“ macht zuerst und vor allem deutlich, dass normative und politische Vorentscheidungen wesentlich für die Frage sind, wie der Koordinationsmechanismus auszusehen hat (und was damit als ungestörter bzw. gestörter Wettbewerb gilt).⁶³ Weder die Wettbewerbstheorie noch die Ökonomie können diesbezüglich allgemein konsenterte und unmittelbar verwertbare Sinnmuster bereitstellen.

Es sind letztlich wertende Urteile, nach denen sich bestimmt, wie die Voraussetzungen, Funktionsmechanismen, Prozesse und Ergebnisse aussehen müssen, damit von einem funktionierenden Wettbewerb gesprochen werden kann. Im Zuge der Beschäftigung mit dem „Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs“ ist deutlich geworden, dass es ein ganzes Bündel möglicher Ziele der Wettbewerbspolitik gibt, über dessen Zusammensetzung letztlich politisch entschieden werden muss.⁶⁴ Eine sich zunehmend differenzierende Diskussion macht deutlich, „dass das gesicherte Wissen der Wirtschaftswissenschaften über die Determinanten und den Ablauf von Wettbewerbsprozessen ebenso wie über die Wirkung bestimmter Marktstrukturen und Verhaltensweisen immer noch beschränkt ist.“⁶⁵ Das Recht kann sich hier nicht auf die von anderen Disziplinen entwickelten Sinnmuster stützen, sondern muss ein eigenes Konzept entwickeln. Allerdings versuchen die Verfasserinnen und Verfasser des § 32f Abs. 3 S. 1 GWB-E nicht, ein derartiges Konzept legislativ zu verankern.⁶⁶ Sie geben die Aufgabe vielmehr an eine Verwaltungsbehörde weiter. Die Begründung des Gesetzesentwurfs geht auf diese institutionelle Entscheidung nicht ein; sie weist, wie schon erwähnt, nur auf die Manifestation dieser Gegebenheit („Vielschichtigkeit möglicher Störungslagen“) hin.

Die vorstehend beschriebenen Wertungsspielräume und -notwendigkeiten des BKartA weiten sich im Übrigen noch deutlich aus, wenn man in Rechnung stellt, dass die Begründung des Gesetzesentwurfs davon spricht, dass § 32f GWB-E mit dem Ziel der Schaffung

Überblick bei: *Schmidt/Haucap*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht Eine interdisziplinäre Einführung, 2013, 61 ff. (mit Kritik an überkommenen Konzepten eines „wirksamen Wettbewerbs“).

⁶¹ Einen Überblick über die Vielzahl der Ansätze bei *Säcker*, Münchner Kommentar Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2020, Bd. 1, Abschnitt Grundlagen, Rdnr. 26 ff.

⁶² *Moudud*, Alternative theories of competition, 2013.

⁶³ Siehe etwa: *Vulkan/Roth/Neeman*, The Handbook of Market Design, 2013.

⁶⁴ Siehe *Kerber/Schwalbe*, Ökonomische Grundlagen des Wettbewerbsrechts in: Wettbewerbsrecht (eds.), Band 1, 3. Aufl. 2020, ed. 2020, p. , Abschnitt Grundlagen, Rdnr. 133 ff. (neben ökonomischen Zielen wie Allokations- und produktionseffizienz und Innovation auch Wettbewerbsfähigkeit, Wettbewerbsfreiheit, Gerechtigkeit und Fairness).

⁶⁵ *Ibid.*, Abschnitt Grundlagen, Rdnr. 132.

⁶⁶ Zur Möglichkeit einer derartigen Verankerung unten D. I. 1. b) cc).

einer *sozial-ökologischen* Marktwirtschaft⁶⁷ erlassen wurde. Die Begründung des Gesetzesentwurfs spricht offen davon, dass das Konzept der „Störung“ des Wettbewerbs vor dem Hintergrund des Ziels des nachhaltigen Wirtschaftens verstanden werden muss.⁶⁸ Die Erwartung ist damit alles andere als fernliegend, dass das BKartA das Konzept der Störung des Wettbewerbs nicht mehr nur wettbewerbstheoretisch verstehen wird, sondern dass es ein inhaltliches Leitbild (Ökologie und grüne Transformation) zum Prüfungsmaßstab machen wird. Die Abwendung von einem ergebnisoffenen Wettbewerbsverständnis wird von der Gesetzesbegründung nahegelegt. Würde sich das BKartA der Möglichkeiten des § 32f Abs. 3 i.V.m. Abs. 5 GWB-E bedienen, um einen inhaltlich definierten Transformationsprozess voranzutreiben, würde dies das Bild einer politisierten Behörde befördern, die eine inhaltliche Agenda verfolgt.⁶⁹ Die rechtsstaatlichen Anforderungen an die gesetzliche Absicherung einer derartigen Befugnis würden sich potenzieren.

3. Weitreichende Verlagerung von Entscheidungsmacht auf eine Behörde

Wenn § 32f Abs. 3 S. 1 GWB-E dem BKartA die Aufgabe erteilt, Normalitätsvorstellungen des Wettbewerbs (und, als Gegenseite: Muster eines „gestörten“ Wettbewerbs) zu entwickeln, überträgt die Bestimmung der Behörde damit weitgehende Gestaltungsmacht. Die Wettbewerbsbehörde wird sich mit dem Gesamtgeschehen im gesellschaftlichen Funktionssystem „Markt“ befassen müssen und bekommt weitgehende Freiheit, festzulegen, welche Gegebenheiten auf den Ebenen Marktstruktur,⁷⁰ Marktverhalten⁷¹ und Marktergebnisse⁷² als (noch) funktionierender Wettbewerb anzusehen sind und wo die Situation in eine Störung übergeht. Das BKartA wird ohne ein normatives Konzept

⁶⁷ Gesetzesentwurf (oben Fn. 1), S. 15: „Merkmale einer Wettbewerbsordnung als Kernelement der sozial-ökologischen Marktwirtschaft ...“.

⁶⁸ Gesetzesentwurf, (oben Fn. 1), S. 14: „Zudem entstehen häufig Fehlanreize, die sich negativ auf nachhaltiges Wirtschaften ... auswirken.“

⁶⁹ *Thomas*, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 20 (2022), 333 (354): „Die Beschränkung des bestehenden Kartellrechts auf konkrete Verhaltensweisen sichert das BKartA vor politischer Einflussnahme ab. Das Amt hat nicht die Aufgabe, als Projektionsfläche für gesellschaftliche Erwartungen über bestimmte Idealformen von Wettbewerb oder Marktergebnisse zu dienen. Die aktuelle Debatte über die Dimension der Nachhaltigkeit im Kartellrecht zeigt lediglich beispielhaft, wie schwierig es ist, gesellschaftspolitische Zielanliegen in ein freiheits- und effizienzbasierendes Kartellrechtssystem zu überführen. Wenn solche Erwägungen, wie etwa Nachhaltigkeit, künftig nicht mehr (nur) im Rahmen der Prüfung konkreter Verhaltensweisen (etwa einer horizontalen Vereinbarung) zu berücksichtigen sind, sondern allgemein als eine Ausprägung von behördenseitig zu optimierendem Wettbewerb zu betrachten wären, bestünde die Gefahr, dass die Kartellrechtsanwendung nur noch „Verlierer“ kennt.“

⁷⁰ Gesamtheit der Faktoren, die sich auf die Art und Intensität des Wettbewerbs im Markt auswirken (z.B. Zahl der Anbieter und Nachfrager mit Marktanteilen, Markteintrittsschranken, Produkthomogenität etc.).

⁷¹ Gesamtheit der Entscheidungen der Marktsubjekte (z.B. mit Blick auf Preis, Menge, Produkt und Produktqualität etc.).

⁷² Mikroperspektive: Unternehmerische Gewinne, unternehmerische Reaktionen auf Marktentwicklungen etc.; Makroperspektive: Allokations- und Wohlfandeffekte.

von einem (hinreichend) effektiven Wettbewerb nicht erkennen können, ob eine Störung des Wettbewerbs vorliegt, geschweige denn eine Abhilfemaßnahme formulieren können. Ohne die Entwicklung eigener normativer Wertungen und ohne die Bildung eigener Präferenzen wird das BKartA diese Befugnis nicht wahrnehmen können. Gerade weil es um ein Feld geht, in dem widerstreitende Interessen und Handlungsziele aufeinanderstoßen, muss sich die entscheidende Verwaltungsbehörde weit auf das Feld der Politik vorwagen.

§ 32f Abs. 3 S. 1 GWB-E zielt damit auf die Begründung administrativer Macht ab, die mit Blick auf ihren Umfang⁷³ und ihrer Eingriffstiefe⁷⁴ im geltenden Recht keine vergleichbaren Vorbilder kennt. Die Bestimmung begründet diese Macht, ohne sie normativ anzuleiten oder einzugrenzen. Das entstehende Bild muss verfassungstheoretisch⁷⁵ grundsätzliche und ernste Sorge auslösen: Das BKartA soll künftig nicht mehr darauf beschränkt sein, das Geschehen im Markt daraufhin zu beobachten, ob gesetzlich festgelegte (verbotene oder untersagbare) Verhaltensweisen vorliegen. Es soll vielmehr selbst eine Konzeption funktionierenden Wettbewerbs entwickeln und diese mit den unbegrenzten Mitteln des § 32f Abs. 3 S. 6 GWB-E durchsetzen.

4. Kein bloßer „Lückenschluss“

In der Begründung des Gesetzesentwurfs wird der Versuch unternommen, den Paradigmenwechsel in der behördlichen Wettbewerbsaufsicht als bloße Beseitigung einer bestehenden „Lücke“ zu beschreiben.⁷⁶ Das ist offensichtlich irreführend. Würde sich der Gesetzgeber dazu entschließen, von einem handlungs- und verhaltensorientierten Strafrecht auf ein Strafrecht überzugehen, das einer staatlichen Stelle die Befugnis verleiht, auf „Störungen des gesellschaftlichen Zusammenlebens“ unabhängig vom Vorliegen eines legislativ definierten Rechtsverstoßes mit beliebigen Sanktionen zu reagieren, würde auch niemand von einem bloßen „Lückenschluss“ sprechen.

Die Begründung des GWB-E muss noch in einem anderen Punkt verwundern. Dort wird mehrfach affirmativ auf die inzwischen aufgegebenen Pläne der EU-Kommission verwiesen, ein sog. „New Competition Tool“ zu schaffen.⁷⁷ Es ist nicht recht ersichtlich, wie ein aufgegebenener Plan zur Rechtfertigung des Vorhabens in § 32f GWB-E beitragen kann. Der EU-Gesetzgeber war sich im Übrigen der Problematik eines Regelungsinstruments bewusst, das von der Formulierung von Verhaltensregeln zu einem strukturorientierten Regulierungsansatz übergeht. Er hat sich gegen den Erlass eines „New Competition Tools“ entschieden, weil man die Defizite und Probleme eines derartigen Instruments höher gewichtet hat als den Nutzen. Die Verfasserinnen und Verfasser des Entwurfs scheinen nicht zu sehen, dass sich die EU mit der Verordnung 2022/1925 (Digital

⁷³ § 32f Abs. 3 S. 6 GWB-E: beliebige Anordnungen verhaltensorientierter oder strukturorientierter Art.

⁷⁴ Zur Struktur der weitreichenden Eingriffe in Eigentum und Freiheit (unten D. II.).

⁷⁵ Zur verfassungsrechtlichen Bewertung unten D.

⁷⁶ Z.B. Gesetzesentwurf (oben Fn. 1), S. 16: „Vor diesem Hintergrund bedarf es eines Instruments, das die dargestellte Lücke im kartellrechtlichen Rahmen schließt ...“.

⁷⁷ Z. B. Gesetzesentwurf (oben Fn. 1), S. 15, 18, 31.

Markets Act) für einen Regulierungsansatz entschieden hat, der in jeder Hinsicht verhaltenorientiert ist und eine abschließende Aufzählung der regulierten Verhaltensweisen vorsieht. Aus verfassungstheoretischer Perspektive könnte der Unterschied des Ansatzes, wie er mit dem Digital Markets Act verfolgt wird, zu dem Ansatz, der § 32f GWB-E zugrunde liegt, nicht größer sein.⁷⁸ Erstaunlicherweise scheinen die Verfasserinnen und Verfasser des Gesetzesentwurfs diesen Unterschied nicht zu sehen.

II. Instrumentelle Dimension der Kritik

1. Verlagerung der Entscheidung über die Verhaltensregeln auf eine Behörde

Der in § 32f GWB-E gewählte Ansatz bricht auch auf einer anderen Ebene mit den etablierten Grundsätzen des Wettbewerbsrechts. § 32f Abs. 3 GWB-E beschränkt sich darauf, in (rechtsstaatlich unzureichender Weise⁷⁹) das Konzept der „Störung des Wettbewerbs“ einzuführen.⁸⁰ Die Entscheidung, welche Verhaltensanforderungen für die Unternehmen im Falle des Vorliegens einer „Störung“ gelten, soll dann das BKartA treffen (§ 32f Abs. 3 S. 6 GWB-E). Das BKartA soll den Marktakteuren nach Feststellung einer „Marktstörung“ beliebige struktur- oder verhaltensbezogene Pflichten auferlegen können. In der Logik des Regulierungsansatzes von § 32f GWB-E liegt es, dass die Ausübung dieser behördlichen Macht Unternehmen unabhängig davon trifft, ob sie gegen Verhaltenspflichten verstoßen haben. Es geht um Struktursicherung, nicht um die Bekämpfung von Verhaltensunrecht.

Dieser Steuerungsansatz bringt es mit sich, dass § 32f GWB-E dem BKartA nicht nur hinsichtlich der Ausfüllung des Konzepts der „Störung“,⁸¹ sondern auch hinsichtlich der Festlegung der Verhaltenspflichten der Unternehmen eine enorme Macht zukommt. Im Vergleich zum geltenden Wettbewerbsrecht erfolgt zugleich eine wesentliche Verschiebung von Zuständigkeiten vom Gesetzgeber hin zu einer Verwaltungsbehörde. Die überkommenen wettbewerbsrechtlichen Tatbestände sind dadurch gekennzeichnet, dass der Gesetzgeber selbst das verbotene oder untersagbare Verhalten definiert. Die Wettbewerbsbehörde ist auf die Anwendung und Durchsetzung der gesetzlich fixierten Verhaltensregeln beschränkt. Sie kann zudem (auf der Rechtsfolgenseite) etwaige Sanktionen definieren. § 32f GWB-E will demgegenüber die Definitionskompetenz für die Verhaltenspflichten der Verwaltungsbehörde übertragen: Hat sie eine „Störung“ des

⁷⁸ Der Kreis der Staaten, die eine derartige Form behördlicher Marktstrukturgestaltung vorsehen, ist sehr klein: Im Referentenentwurf wurde auf Großbritannien, Griechenland, Mexiko, Südafrika und Island hingewiesen (Referentenentwurf (oben Fn. 1), S. 16. Der Verweis fehlt im Regierungsentwurf und im Gesetzesentwurf). Die Aufzählung dieser Staaten sollte Anlass zur Frage geben, warum die ganz überwiegende Anzahl von Staaten mit effektiver Wettbewerbspolitik ein § 32f GWB-E entsprechendes Instrument gerade nicht kennen.

⁷⁹ Dazu unten D. I.

⁸⁰ Im Folgenden soll, wie es auch § 32f Abs. 3, Abs. 5 GBW-E machen, nur von „Störung des Wettbewerbs“ gesprochen werden.

⁸¹ Hierzu vorstehend C. I.

Wettbewerbs festgestellt, soll sie entscheiden, welche (struktur- oder verhaltensbezogenen) Pflichten sie den von ihr ausgewählten Unternehmen auferlegt. Sie hat nicht nur eine (weitgehende⁸²) Auswahlmacht, Unternehmen zu Verpflichtungsadressaten zu machen; sie hat auch gesetzlich unbegrenzte Entscheidungsmacht, was die Art und den Inhalt der Verpflichtung angeht.⁸³ Es bedarf keiner Begründung, dass dieser Steuerungsansatz für ein liberales Verfassungsdenken schwer erträglich erscheint. Verfassungsrechtspositiv stellen sich drängende Fragen hinsichtlich der Einhaltung des Gesetzesvorbehalts.⁸⁴

2. Keine Ex-ante-Erkennbarkeit des verlangten Verhaltens

Eine Konsequenz des in § 32f Abs. 3 GWB-E gewählten Regelungsansatzes ist es, dass der Gesetzgeber den Unternehmen keine Verhaltensorientierung darüber vermittelt, wie sie sich (*ex ante*) zu verhalten haben, um behördliche Eingriffsmaßnahmen zu vermeiden. Sie erfahren in der Folge einer „Störung des Wettbewerbs“, dass sie möglicherweise Adressaten für einen Grundrechtseingriff werden (§ 32f Abs. 3 S. 2 GWB-E). Definitive Sicherheit haben sie erst, wenn die Verwaltungsbehörde sie im zweiten Verfahrensschritt in die Pflicht nimmt. Erst dann können sie *ex post* erkennen, wie sie sich hätten verhalten müssen, um den Eingriff zu vermeiden. Die Unternehmen sehen sich einem behördlichen Eingriffspotential gegenübergestellt, ohne *ex ante* irgendwelche Verhaltensregeln erkennen zu können.⁸⁵ Sie werden vom Gesetzgeber letztlich als *Mittel zum Zweck* betrachtet, um angebliche Störungen des Wettbewerbs beseitigen zu können.

Das geltende Verwaltungs- und Strafrecht ist, nicht zuletzt mit Blick auf die Regulierung von Marktverhalten, durchgängig davon geprägt, dass die rechtsunterworfenen Akteure der gesetzlichen Bestimmung (mit der rechtsstaatlich gebotenen Bestimmtheit) entnehmen können, wie sie sich zu verhalten haben. Die Vermittlung von Ex-ante-Orientierungssicherheit ermöglicht es den Adressaten, ihre Handlungen im jeweiligen gesellschaftlichen Funktionssystem so zu planen und durchzuführen, dass sie sich keinen Zwangsmaßnahmen ausgesetzt sehen. Das gilt auch für das geltende Wettbewerbsrecht. Dieses ist dadurch gekennzeichnet, dass der Gesetzgeber selbst die grundsätzlich bedenklichen Verhaltensweisen definiert hat. Das geltende Wettbewerbsrecht thematisiert die vom Gesetzgeber umschriebenen Verhandlungsstrategien, Ausbeutungs- und Behinderungsstrategien bzw. Konzentrationsstrategien. Es greift aus der „Fülle der Interdependenzen aller wirtschaftlich relevanter Faktoren“⁸⁶ einzelne Realsachverhalte heraus,

⁸² Hierzu unten D. I. 2. c) bb).

⁸³ Die in § 32f Abs. 3 S. 7 GWB-E aufgezählten Beispiele sind nicht abschließend („insbesondere“). Sie beanspruchen auch nicht, den in § 32f Abs. 3 S. 6 GWB-E eröffneten Entscheidungsspielraum („alle Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art“) inhaltlich zu begrenzen.

⁸⁴ Dazu unten D. I.

⁸⁵ Die Zweistufigkeit des Verfahrens, die § 32f Abs. 3 GWB-E vorsieht, verstärkt die Orientierungsunsicherheit, weil die Unternehmen als potentielle Eingriffsadressaten zwar die Rechtmäßigkeit der Feststellung einer Marktstörung überprüfen lassen können, aber nicht wissen, ob und wie sie im Ergebnis tatsächlich betroffen sein werden (hierzu noch unten D. II. 1. c) bb).

⁸⁶ *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 3 Rdnr. 5.

deren Ursache-Wirkung-Zusammenhänge empirisch bekannt und durch Erfahrung bestätigt worden sind (Absprache, spezifische Handlungsformen eines „Missbrauchs“, bestimmte Konstellationen eines Zusammenschlusses). Diese Realsachverhalte wurden ausgewählt, weil das empirische Wissen um die (schädlichen) Wirkungen derartiger Handlungen so groß ist, dass sie entweder per se oder in der Folge einer genaueren behördlichen Bewertung verboten sind bzw. untersagt werden können. Der Gesetzgeber entscheidet über die relevanten Konstellationen, und die Kartellbehörde ist darauf festgelegt und darin beschränkt, sich allein mit diesen (in gesetzliche Tatbestände gefasste) Realsachverhalten zu befassen.

Es dürfte einleuchten, dass der in § 32f GWB-E beabsichtigte Paradigmenwechsel der gesetzlich-administrativen Steuerung gesellschaftlicher Funktionssysteme für das liberale Verfassungsdenken tiefgreifende Bedenken hervorrufen muss. Begnügt sich der Gesetzgeber damit, mehr oder weniger (un-)bestimmte Aussagen darüber zu treffen, wann in einem sozialen Funktionssystem eine „Störung“ vorliegt, und überlässt es einer Verwaltungsbehörde, den von ihr ausgewählten Adressaten Verhaltensvorhaben zu machen, liegt darin nicht nur eine grundsätzliche Verschiebung von Macht, die mit demokratisch und rechtsstaatlich rückgebundenen Traditionen bricht. Der Gesetzgeber wählt auch einen Regelungsansatz, der die in die Pflicht genommenen Adressaten behördlicher Maßnahmen (strukturell zwingend) im Dunkeln lässt, was die an sie gerichteten Verhaltenserwartungen angeht. Letztlich schadet der Gesetzgeber seinem Steuerungsziel, wann er nicht selbst die Verhaltensregeln definiert, sondern die erst *ex post* von einer Behörde festgelegt werden.⁸⁷

III. Funktionalistische Dimension der Kritik

Aus verfassungstheoretischer Sicht ist drittens von Bedeutung, dass das Gesetzgebungsvorhaben in einem Umfang auf Behördenvertrauen beruht, wie es mit der natürlichen Skepsis liberalen Verfassungsdenkens nicht zu vereinbaren ist. Die in § 32f GWB-E eingeräumten Befugnisse gewähren dem BKartA nicht nur weit gefasste Wertungs- und Entscheidungsbefugnisse. Sie beruhen auch auf einem erstaunlich großen Vertrauen darauf, dass die gesetzlich übertragene Administrativmacht und die damit verbundenen Eingriffs- und Gestaltungsmöglichkeiten sachgerecht, vernünftig und gerecht ausgeübt werden. In den Äußerungen, die inzwischen zu dem gesetzgeberischen Reformvorhaben gemacht wurden, wird durchgängig betont, dass die Kritik sich nicht gegen die Amtswalter des BKartA richte, die unter dem Präsidenten der Behörde hervorragende Arbeit leisteten. Das mag so sein. Allein: Das liberale Verfassungsdenken ist von Skepsis gegenüber staatlicher (und behördlicher) Macht gekennzeichnet. Es begnügt sich nicht mit Staats- und Behördenvertrauen; und es begnügt sich nicht mit der Hoffnung, dass die ermächtigten Amtswalter aus ihren Eingriffsbefugnissen etwas Gutes machen und

⁸⁷ Der Einwand, dass sich eine behördliche Praxis einstellen kann, die eine gewisse Sicherheit vermittelt, liegt auf einer anderen Ebene. Behördliche Praktiken können innerhalb rechtsstaatlicher Grenzen jederzeit geändert werden.

„Chancen“ realisieren werden.⁸⁸ Das liberale Verfassungsdenken ist von Machtskepsis und -kritik getragen. Soweit es um die Einführung neuer und weitgehender Verwaltungsbefugnisse und administrativer Macht geht, erweist sich das liberale Verfassungsdenken als grundsätzlich skeptisch. Dies gilt insbesondere, wenn es um Kompetenzen geht, deren Bedarf nicht klar erkennbar ist, und wenn es um Eingriffsbefugnisse mit grundrechtlicher Relevanz geht.

Das liberale Verfassungsdenken hat insbesondere für überschießende Eingriffsbefugnisse keinen Sinn, bei denen nicht klar ist, dass sie in ihrer ganzen Breite auch gebraucht werden. In der Begründung des GWB-E werden konkrete Fallkonstellationen genannt, in denen das verfügbare wissenschaftliche Wissen die Einschätzung zulässt, dass wettbewerblicher Schaden denkbar ist. Der Steuerungsansatz in § 32f Abs. 3 S. 1 und S. 6 GWB-E beschränkt sich nicht darauf, diese Konstellationen gesetzgeberisch zu verarbeiten. Die Vorschriften sehen vielmehr eine das gesamte gesellschaftliche Funktionssystem abdeckende Definitions- und Eingriffsbefugnis vor, die quasi ins Blaue hinein begründet wird. Die Schaffung von Verwaltungskompetenzen, deren konkrete gemeinwohlfördernde Funktion nicht erkennbar ist, ist verfassungstheoretisch nicht statthaft. Entsprechendes gilt für die Schaffung von Befugnissen ins Blaue hinein, die so breit angelegt sind, dass ihr konkreter Nutzen nicht mehr abschätzbar ist. Wenn sich einzelnen Teilbereichen einer überbreiten Kompetenz ein klarer Nutzwert erkennen lässt, hat sich der Gesetzgeber, zumindest im Grundsatz, damit zu begnügen.⁸⁹ Die Einsetzung überschießender Administrativmacht in der Hoffnung, dass die ermächtigte Verwaltungsbehörde damit schon etwas Sinnvolles anstellen wird, läuft dem liberalen Verfassungsdenken ganz grundlegend zuwider. Die verfassungstheoretische Argumentationslast liegt bei jenen, die die staatlichen Befugnisse vergrößern wollen.

Das liberal-konstitutionalistische Denken bevorzugt im Übrigen die Reform und Erweiterung bestehender Handlungsbefugnisse gegenüber dem Vollzug eines Paradigmenwechsels und der Einführung eines Steuerungsmodells, für dessen vernünftige Umsetzung das notwendige (Modell- und Tatsachen-)Wissen nicht vorhanden ist und das sich auch nicht auf Erfahrungspraxis stützen kann. Diese Skepsis gegenüber nicht (oder nicht hinreichend) normativ eingebundener Administrativmacht ist in Bereichen, in denen eine rechtliche Kontrolle durch Gerichte aufgrund der Sachgegebenheiten der Materie eher locker ausfallen muss, umso größer. Gerade wenn die administrativen Handlungskompetenzen nur vage oder auch gar nicht normativ ausgerichtet sind, wird das liberale Verfassungsdenken immer betonen, dass eine Rechtskontrolle nicht effektiv (oder nur um den Preis gerichtlicher Maßstabsbildung) vorgenommen werden kann. Es wird zudem betonen, dass das Streben nach wettbewerbstheoretischer Vernunft und das Streben nach Rechtskonformität des behördlichen Handelns auf grundsätzlich unterschiedlicher Ebene liegen.

⁸⁸ Vgl. *Mundt*, NZKart 2023, 1 (3): „Die neuen Befugnisse bieten allerdings die Chance, verkrustete Wettbewerbsstrukturen aufzubrechen und dadurch überhaupt erst wieder den Wettbewerb zu ermöglichen.“

⁸⁹ Das BVerfG hat sich vereinzelt zum Verbot geäußert, Administrativmacht ins Blaue hinein zu nutzen (z.B. BVerfG, Urt. vom 27.5.2020, 1 BvR 1873/13 - Bestandsdatenauskunft durch Sicherheitsbehörden, Rdnr. 145, mit Verweis auf BVerfGE 130, 251 Rdnr. 177).

Diese liberale Skepsis ist umso notwendiger, wenn sich ein Gesetzgebungsvorhaben auf einem Feld bewegt, auf dem die Gefahr populistischer Verneigung vor den Wünschen der Politik oder den Erwartungen der Bevölkerung besteht. Im hier interessierenden Bereich ist diese Gefahr überaus greifbar: In schwierigen wirtschaftlichen Zeiten und Krisenmomenten liegt es alles andere als fern, dass Politik und Bevölkerung zu Maßnahmen gegen „mächtige“ Unternehmen oder zu einem Einschreiten auf Märkten mit „vermachten“ Strukturen aufrufen werden.

IV. Ideelle Dimension der Kritik

Aus Sicht des liberalen Verfassungsdenkens lässt sich gegen das geplante Vorhaben schließlich einwenden, dass es liberalen Grundvorstellungen über das Verhältnis von Staat und Gesellschaft zuwiderläuft. Es ist von sozio-technokratischer Vermessenheit gekennzeichnet. Diese Feststellung gilt sowohl für den Anspruch, in der Breite des Funktionssystems „Markt“ die Störungen des Koordinationsmechanismus „Wettbewerb“ definieren zu können. Es gilt auch für die Entscheidung, dem BKartA beliebige Eingriffsbefugnisse zu verleihen.

1. Staatlicher Anspruch der „Normalisierung“ der Verhältnisse in einem gesellschaftlichen Funktionssystem

Es ist eine geläufige Erscheinung, dass staatliche Institutionen einzelne bestimmte Sachlagen oder Entwicklungen in einem gesellschaftlichen Funktionssystem als schädlich einstufen und hierauf rechtlich reagieren. Der Anspruch, ein allgemeines und unspezifisches *rechtliches Konzept* der „Störung“ in einem gesellschaftlichen Funktionssystem zu verankern, bewegt sich auf einer anderen Ebene und hat eine andere Qualität. Er läuft darauf hinaus, potentiell flächendeckend Muster der Normalität und Nicht-Normalität im jeweiligen gesellschaftlichen Funktionssystem festlegen zu können.⁹⁰ Das rechtliche Konzept der „Störung“ zwingt – schon aus Gründen der Rechtsanwendungsgleichheit – dazu, das Funktionssystem in seiner Breite daraufhin zu vermessen und Festlegungen zu treffen, wo Verhältnisse der Normalität und wo Erscheinungen einer Störung vorliegen. In diesem Prozess werden die handelnden staatlichen Institutionen zur Entwicklung von Normalitätsmustern im jeweiligen Funktionssystem gezwungen. Sie können sich nicht auf vorfindliche bzw. vorgegebene Muster stützen, sondern müssen definatorisch tätig werden. Der sozial-technokratische Begriff der „Störung“ gewinnt seine Bedeutung vor dem Hintergrund von Effizienzannahmen hinsichtlich des effektiven Funktionierens

⁹⁰ Die Differenz lässt sich anschaulich am Polizei- und Ordnungsrecht illustrieren: Es ist eine Sache, wenn die polizeirechtlichen Spezialbefugnisse einer Behörde die Befugnis einräumen, in konkret benannten Situationen durch Maßnahmen zu reagieren, oder wenn die Generalklausel die Reaktion auf Beeinträchtigen der mit dem Begriff der „öffentlichen Sicherheit und Ordnung“ bezeichneten konkreten Schutzgüter (Bestand des Staates und seiner Rechtsordnung etc.) ermöglicht. Es wäre eine andere Sache, wenn die Polizeibehörden die unspezifische Befugnis bekämen, „Störungen des gesellschaftlichen Zusammenlebens“ zu identifizieren und hierauf in beliebiger Weise zu reagieren.

sozialer Systeme; diese Annahmen sind ihrerseits wiederum wertungsbedingt.⁹¹ Im soziologischen Schrifttum wird darauf hingewiesen, dass Versuche einer Definition von sozialen „Störungen“ nicht nur einen Prozess reflexiver Selbstverständigung über die normativen Strukturen des jeweiligen Funktionssystems erzwingen, sondern auch ein Element der funktionssystemumfassenden sozialen Kontrolle beinhalten.⁹²

Diese Feststellungen gelten auch für das Sozialsystem „Markt“ und den dort zu beobachtenden Koordinationsmechanismus „Wettbewerb“. Wer das Wettbewerbsrecht um den Tatbestand der „Störung des Wettbewerbs“ erweitert, muss ein Konzept des Ideal- bzw. Normalwettbewerbs vor Augen haben und rechtlich fixieren – oder der mit der Rechtsanwendung beauftragten Behörde die Entwicklung von Normalitätsvorstellungen ermöglichen.

Hinter § 32f GWB-E steht ein rechtskultureller Anspruch, der dem liberalen Verfassungsdenken fremd erscheinen muss. In einer liberalen Verfassungsordnung steht es weder dem Gesetzgeber noch einer von ihm beauftragten Verwaltungsbehörde zu, für die verschiedenen gesellschaftlichen Funktionssysteme *allgemeine Muster der Normalität bzw. Störung* rechtsförmig festzulegen. Es gehört zu den grundsätzlichen Leitideen des liberalen Verfassungsrechts, dass der Staat weder für die Gesamtgesellschaft noch für funktionale Teilbereiche (explizit oder implizit) eine bestimmte „Normalität“ fixieren oder gar deren Herstellung erzwingen darf. Selbstverständlich lässt es das liberale Verfassungsdenken zu, dass der Staat Maßnahmen zur Bekämpfung spezifischer Beeinträchtigungssituationen ergreift – dies ist zum Schutz der Interessen und Rechte aller in den jeweiligen Funktionssystemen sogar geboten. In einer Situation, die von gesellschaftlicher Pluralität, einer weiten Vielfalt von Wertungsmustern und Interessenkonstellationen und begrenztem empirischem Wissen gekennzeichnet ist, muss der Versuch einer *allgemeinen* rechtlichen Fixierung von Normalität und Störung dem liberalen Verfassungsdenken demgegenüber fremd erscheinen. Es sollte zu denken geben, dass sich weder die Wettbewerbstheorie noch die Ökonomie oder die Soziologie darauf haben verständigen können, was als „Normalwettbewerb“ gilt und wann dieser in eine „Störung“ umschlägt. § 32f Abs. 3 S. 1 GWB-E beansprucht nunmehr eine staatliche Kompetenz, diese Festlegung treffen zu können.

Diese Bedenken wiegen umso schwerer, wenn man berücksichtigt, dass § 32f Abs. 3 GWB-E diesen Anspruch für das Funktionssystem „Markt“ in der gesamten Breite erhebt: Die Regelung begrenzt den Definitionsauftrag nicht inhaltlich, sondern erstreckt ihn nach Wortlaut und Begründung sowohl auf die *Marktvoraussetzungen* als auch auf das *Marktverhalten* und die *Marktergebnisse*. § 32f Abs. 3 S. 1 GWB-E ist so angelegt, dass sich das zu entwickelnde Bild von „Normalität“ auf alle Teilelemente (Akteure, Handlungen, Strukturen, Institutionen etc.) erstrecken muss. Wenn man Wettbewerb als Verbindung von Institutionen, Strukturgegebenheiten und Handlungspraktiken in einem Markt ansieht, kann man die Neuregelung schon im Grundansatz nicht sinnvoll

⁹¹ Vgl. *Groenemeyer*, Soziologische Konstruktionen sozialer Probleme und gesellschaftliche Herausforderungen in: *Groenemeyer* (Hrsg.), *Soziale Probleme – Konstruktivistische Kontroversen und gesellschaftliche Herausforderungen*, Zeitschrift für soziale Probleme und soziale Kontrolle, 2001, 5 (6).

⁹² *Ibid.* (Fn. 91).

anwenden, wenn nicht zuvor eine Normalisierung der Marktgegebenheiten in der ganzen Breite des Funktionssystems vorgenommen wird.

2. Gewährung beliebiger Eingriffsbefugnisse zur Beseitigung von „Störungen“

Ähnliche Bedenken lassen sich mit Blick auf § 32f Abs. 3 S. 6 GWB-E formulieren. Die geplante Neuregelung wird von einem sozial-technokratischen Grundglauben an eine umfassende staatliche Gestaltungsfähigkeit sozialer Verhältnisse in einem gesellschaftlichen Funktionsbereich (hier: im Markt) getragen. Die wissenschaftliche Rezeption des GWB-RefE hat durchgängig darauf hingewiesen, dass die Neuregelung den Auftrag zu „Marktdesign“ begründe. Der Kampf gegen „Wettbewerbsstörungen“, der mit beliebigen Mitteln geführt werden darf, ist immer auch ein Auftrag zur Durchsetzung einer bestimmten Marktstruktur. Es sollte zu denken geben, dass auf dem wissenschaftlichen Feld des Marktdesigns auch (affirmativ und ohne jede Polemik) von „microeconomic engineering“ die Rede ist.⁹³ Auch der Gesetzesentwurf räumt (indirekt) ein, dass die Befugnisse nach § 32f GWB-E letztlich eine Marktregulierung zum Gegenstand haben: Er spricht von der Notwendigkeit, im Verfahren nach § 32f GWB-E nicht nur die Marktbeteiligte oder Unternehmensbranchen zu beteiligen, sondern „z.B. auch Verbraucher oder Arbeitnehmer“.⁹⁴ Befürworter des Entwurfs haben dieser Einordnung der neuen Befugnis keine Sachargumente entgegenstellen können.⁹⁵

Hinter § 32f GWB-E steht letztlich ein sozial-technokratisches Denken, das einen wichtigen gesellschaftlichen Funktionsbereich („Markt“) einem umfassenden staatlichen Ordnungsanspruch unterwirft. Kompetenziell soll das BKartA nicht nur für die Bekämpfung jeder Störung des Koordinationsmechanismus „Wettbewerb“ zuständig sein. Die Behörde soll auch alle Befugnisse haben, um die identifizierten Störungen zu beseitigen oder zu vermindern. Der technokratische Zugriff geht mit einem Lenk- und Interventionsanspruch einher, der einem liberaler Skepsis verhafteten Staatsdenken fremd anmuten muss. Diese Bedenken sind nicht zuletzt deshalb ernst zu nehmen, weil es nicht ausgeschlossen erscheint, dass ein Steuerungsansatz, der vom Gesetzgeber für den gesellschaftlichen Funktionsbereich „Markt“ eingeführt worden ist, künftig auch in anderen Funktionsbereichen Verwendung finden könnte.

⁹³ Z.B. *Roth*, What have we learned from Market Design in: Vulkan/Roth/ Neeman (Hrsg.), *The Handbook of Market Design*, 2013, 7 (7).

⁹⁴ Gesetzesentwurf (oben Fn. 1), S. 27.

⁹⁵ Vgl. *Mundt*, NZKart 2023, 1.

D. Verfassungsrechtliche Defizite

Die nachfolgenden Überlegungen widmen sich der Analyse des positiven Verfassungsrechts. Die Untersuchung orientiert sich an der Rechtsprechung des BVerfG, geht aber auch auf verfassungsrechtswissenschaftliche Standpunkte ein. Die unter C. entwickelten Bedenken verfassungstheoretischer Art können die Interpretation des positiven Rechts, das regelmäßig durch Offenheit und Konkretisierungsbedürftigkeit gekennzeichnet ist, befruchten und ihr inhaltliche Orientierung geben.

I. Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 GG)

Im ersten Abschnitt geht es um die Frage, ob die geplante Neuregelung mit den grundgesetzlichen Regelungen staatsorganisationsrechtlicher Art vereinbar ist. Konkret geht es dabei vor allem um die Einhaltung der Bestimmtheitsanforderungen (1.) und um die Beachtung des Gesetzesvorbehalts einschließlich des Wesentlichkeitsgrundsatzes (2.). Beide Anforderungen werden vom BVerfG dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 2, Abs. 3 GG) zugeordnet.

1. Bestimmtheitsgrundsatz

Rechtsstaatlichkeit ohne Orientierungsgewissheit und Rechtssicherheit ist nicht denkbar. Das Bestimmtheitsgebot folgt aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG), dient aber auch dazu, sicherzustellen, dass die Inhalte der den Bürgerinnen und Bürgern auferlegten Zwangsmaßnahmen den für demokratische Herrschaft kennzeichnenden Anforderungen entsprechen (Art. 20 Abs. 2 GG). Die Geltung des Bestimmtheitsgebots als verpflichtender, am Vorrang der Verfassung teilhabender und den Gesetzgeber⁹⁶ bindender Verfassungsgrundsatz ist unbestritten. Das Ziel des Bestimmtheitsgebots ist zunächst eine wirksame gesetzliche Steuerung der ausführenden Verwaltung, sodann die Gewährleistung von Orientierungs- und Verhaltenssicherheit für die rechtsunterworfenen Bürgerinnen und Bürger, schließlich die Ermöglichung einer effektiven rechtlichen Kontrolle des Verwaltungshandelns durch die Gerichte. Das BVerfG formuliert, dass das Bestimmtheitsgebot „der Vorhersehbarkeit von Eingriffen für die Bürgerinnen und Bürger, einer wirksamen Begrenzung der Befugnisse gegenüber der Verwaltung sowie der Ermöglichung einer effektiven Kontrolle durch die Gerichte“ diene.⁹⁷

a) Verfassungsrechtliche Maßstäbe

Das Bundesverfassungsgericht verlangt in ständiger Rechtsprechung, dass gesetzliche Rechtsvorschriften so genau „zu fassen sind, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden

⁹⁶ Auf die Bindungswirkung für andere staatliche Funktionen wird hier nicht eingegangen.

⁹⁷ So zuletzt BVerfGE 141, 220 Rdnr. 94 (mit Verweis auf BVerfGE 113, 348 (375); 120, 378 (407 f.); 133, 277 (336)).

Lebenssachverhalte und mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist.⁹⁸ Das Bestimmtheitsgebot verlangt keine Optimierung der inhaltlichen Vorgaben,⁹⁹ sondern eine sachangemessene Regelungsdichte, die den verschiedenen Belangen (Allgemeinheit des Gesetzes, Zukunftsoffenheit des Gesetzes, Vorhersehbarkeit und Orientierungssicherheit etc.) gerecht wird. Allgemeine Aussagen lassen sich diesbezüglich nur in begrenztem Umfang machen. Das BVerfG verwendet in ständiger Rechtsprechung eine Reihe von Kriterien, die der Maßstababildung im konkreten Fall zugrunde zu legen sind.

aa) Kriterien der Rechtsprechung des BVerfG

Das BVerfG betont, dass es bei der Bestimmung des Maßes inhaltlicher Bestimmtheit nicht nur auf die Rechtsmaterie ankomme, der die fragliche Bestimmung zugehört, sondern auch auf die sachlichen Eigenarten des Regelungsgegenstands und die Art und Intensität der (Grundrechts-)Wirkungen für die Normadressaten. Je intensiver die grundrechtliche Belastungswirkung ist, desto größere Anforderungen sind an die inhaltliche Bestimmtheit der eingreifenden bzw. zum Eingriff ermächtigenden gesetzlichen Bestimmung zu stellen. Bestimmungen, deren Regelungsgehalt sich außerhalb der grundrechtlichen Gewährleistungssphäre von Bürgerinnen, Bürgern und Unternehmen bewegt, können damit inhaltlich offener gestaltet werden als Bestimmungen, die auf eine Beschneidung grundrechtlicher Freiheit abzielen. Bestimmungen, die einer eingriffintensiven Rechtsmaterie zugehören, müssen inhaltlich bestimmter formuliert sein als Bestimmungen, die institutioneller oder prozeduraler Art sind. Für den Bereich des Strafrechts ist dies in Art. 103 GG ausdrücklich geregelt; es gilt im Grundsatz und unter Berücksichtigung der jeweiligen Besonderheiten der Sachmaterie aber auch für das Eingriffsverwaltungsrecht. Mit Blick auf die Eigenarten des Regelungsgegenstands kommt es vor allem darauf an, welchen Grad gesetzlicher Bestimmtheit möglich ist, ohne dass das Ziel einer sachgerechten Regelung beeinträchtigt wird. Je vielfältiger und dynamischer die zu regelnde Sachlage ist, desto geringer sind die Bestimmtheitsanforderungen. Historisch überlieferte Bestimmungen können den rechtsstaatlichen Anforderungen auch dann entsprechen, wenn sie zwar überaus unbestimmt sind, eine kontinuierliche und hinreichend dichte Auslegungspraxis aber die notwendige Orientierungssicherheit verleiht.

Die vorstehende Beschreibung der Rechtsprechung des BVerfG macht deutlich, dass es im konkreten Fall notwendig ist, eine Mehrzahl von Kriterien zusammenzuführen und in einen angemessenen Gesamtmaßstab zu bilden. Das Grundgesetz formuliert Mindestanforderungen an die inhaltliche Bestimmtheit des Gesetzes, die der Gesetzgeber überschreiten kann. Das grundgesetzliche Mindestmaß der Bestimmtheit einer gesetzlichen Bestimmung wird unterschritten, wenn nicht sichergestellt ist, „dass die von ihr Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach einrichten können.“¹⁰⁰ Eine

⁹⁸ So z.B. BVerfGE 49, 168 (181); 59, 104 (114); 87, 234 (263); 89, 69 (84); 93, 213 (238); 102, 254 (337); 102, 347 (361).

⁹⁹ BVerfGE 107, 104 (120); ähnlich *Grzeszick*, Kommentierung des Art. 20 GG in: Dürig/Herzog/ Scholz (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Stand 2023, Art. 20 VIII Rdnr. 61.

¹⁰⁰ BVerfGE 52, 1 (41).

grundrechtsrelevante Bestimmung, die keinerlei Orientierungssicherheit gewährt, kann damit niemals den rechtsstaatlichen Anforderungen genügen.

bb) Gesteigerte Anforderungen bei abgeschwächter institutioneller demokratischer Einbindung

Das BVerfG geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass es den Anforderungen des Demokratieprinzips des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 2 GG) grundsätzlich entspricht, dass die Durchführung der vom parlamentarisch-demokratischen Gesetzgeber erlassenen Gesetze einer Verwaltung übertragen wird, die von einem Minister geleitet wird, der seinerseits in einem parlamentarischen Verantwortungszusammenhang steht. Die ministeriell geleitete, hierarchisch strukturierte Verwaltung löst die im Demokratieprinzip angelegten parlamentarischen Steuerungs- und Kontrollbedürfnisse nach dem vom BVerfG entwickelten Modell sachgerecht ein. Das BVerfG lässt es zu, dass der Verantwortungszusammenhang durch Einrichtung „ministerialfreier Räume“ abgeschwächt wird, verlangt dafür aber einen besonderen Rechtfertigungsgrund.

Der Zusammenhang zwischen den vom Demokratieprinzip vorgeprägten institutionellen Durchführungsstrukturen und den grundgesetzlichen Bestimmtheitsanforderungen hat in der Rechtsprechung des BVerfG bislang (mangels eines entsprechenden Falls) keine wesentliche Rolle gespielt. In der Linie der Rechtsprechung des Gerichts zu Art. 20 Abs. 2 GG liegt es aber, für den Fall abgeschwächter demokratischer Steuerungs- und Kontrollstrukturen zur Absicherung des notwendigen Legitimationsniveaus ein *erhöhtes Bestimmtheitsniveau* zu verlangen. In der Terminologie der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung lässt sich auf diese Weise die abgesenkte institutionell-persönliche Legitimation durch eine erhöhte sachlich-inhaltliche Legitimation ausgleichen. In anderen Worten: Wenn der Minister seine parlamentarisch-demokratische Verantwortlichkeit nicht dadurch einlösen kann, dass er Entscheidungen einer nachgeordneten Behörde an sich ziehen kann (Substitutions- bzw. Devolutionsbefugnis), und auch keine fallbezogenen Einzelweisungen erteilen kann, ist ein Ausfall demokratischer Steuerung und Kontrolle zu beobachten, der dadurch aufgefangen werden muss, dass die Steuerungsqualität und damit die Bestimmtheit des Gesetzes erhöht wird.

Die mit Anwendung von § 32f GWB-E betrauten Beschlussabteilungen des BKartA bewegen sich in derartigen ministerialfreien Räumen. Das BKartA ist dem Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie zugeordnet (§ 51 Abs. 1 S. 2 GWB). Nach § 52 GWB hat das Ministerium die Befugnis, dem BKartA allgemeine Weisungen für den Erlass oder die Unterlassung von Verfügung nach dem GWB zu erteilen. Die Rechtspraxis und die ganz überwiegende Auffassung in der rechtswissenschaftlichen Literatur gehen davon aus, dass dem Ministerium Einzelweisungen insbesondere an die Beschlussabteilungen nicht erlaubt sind.¹⁰¹ Schon seit Jahrzehnten hat das Ministerium keine derartige Weisung erteilt; die Minister haben ebenfalls seit Langem durchgängig betont, dass sie sich als nicht rechtlich befugt sehen, ein derartiges Instrument zu verwenden. In der rechtswissenschaftlichen Literatur stützt man sich zur

¹⁰¹ Vgl. die Darstellung der Rechtslage in: *Stockmann*, Kommentierung des Art. 51 GWB in: Immenga/ Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB., 2020, § 51 Rdnr. 8-19.

Begründung dieser Sichtweise nicht nur auf einen Gegenschluss zu § 52 GWB, sondern auch auf eine systematische Interpretation von § 51 GWB, insbesondere mit Blick auf die besondere rechtliche Ausgestaltung der Institution der Beschlussabteilungen in § 51 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 und Abs. 4 GWB: Die Funktionalität der Institution und der Wert einer intra-behördlichen Verselbständigung würden erheblich geschmälert, wenn der Minister das Recht hätte, Weisungen für eine Sachentscheidung zu erteilen. Eine große Bedeutung spielen auch teleologisch-funktionale Überlegungen, nämlich die Notwendigkeit einer politikfernen Erledigung der Aufgaben der Beschlussabteilungen. Im Ergebnis steht außer Frage, dass der parlamentarisch-demokratisch Verantwortungszusammenhang, in dem die Beschlussabteilungen stehen, gegenüber dem in Art. 20 Abs. 2 GG vorgesehenen Regelmodell gelockert ist.

Nach dem Gesagten zwingt dies zu der Schlussfolgerung, dass die inhaltliche Bestimmtheit der Kompetenz- und Befugnisnormen erhöht sein muss.

b) § 32f Abs. 3 S. 1 i.V.m Abs. 5 GWB-E als blankettartige Ermächtigung ohne inhaltliche Steuerungsqualität

Den beschriebenen verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt § 32f Abs. 3 S. 1 i.V.m. Abs. 5 GWB-E nicht.¹⁰² Das Konzept der „Störung des Wettbewerbs“ wird vom Gesetzgeber eingeführt, inhaltlich aber nicht ausgestaltet. Dies gilt auch dann, wenn man die Aufzählung von vier Regelbeispielen und die Benennung der Topoi in § 32f Abs. 5 GWB berücksichtigt. Die gesetzliche Bestimmung lässt noch nicht einmal in Ansatz erkennen, welche Vorstellungen der Gesetzgeber vom Konzept des (noch) funktionierenden Wettbewerbs hat und wo die Schwelle zur Störung erreicht ist. Die gewählte Gesetzgebungstechnik hat keine normative Leit- und Steuerungswirkung für die Konkretisierung des in § 32f Abs. 3 S. 1 GWB-E eingeführten rechtlichen Konzepts.¹⁰³ Den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen genügt die über die Regelbeispiele

¹⁰² Kritisch auch (zum Referentenentwurf): *Thomas*, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 20 (2022), 333; *Körber*, Zeitschrift für Rechtspolitik 56 (2023), 5; *Brenner*, Rettungsschüsse im Sonderpolizeirecht die 11. GWB-Novelle und das Verfassungsrecht, WuW 2023, 74 (78 f.); *Paal/Kieß*, Neue Zeitschrift für Kartellrecht 10 (2022), 678 (681 f.). positiver: *Wagner-von Papp*, Neue Zeitschrift für Kartellrecht 10 (2022), 605. Siehe den Überblick über die Diskussion bei: *Deutscher Bundestag*, Referentenentwurf zum Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz. Der verfassungsrechtliche Rahmen für die Änderungs-vorschläge der 11. GWB-Novelle. WD 3-3000-174/22 vom 21.2.2023., 2023, 23-26.

¹⁰³ Die Monopolkommission äußerte schon mit Blick auf den „Brüderle“-Entwurf 2021 Zweifel daran, dass der Entwurf einer Entflechtungsregelung den verfassungsstaatlichen Anforderungen entspricht, die an eine hinreichend bestimmte gesetzliche Eingriffsbefugnis zu stellen sind. Vgl. *Monopolkommission*, Sondergutachten 58, Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, 2010, Rdnr. 102 ff. Die Zweifel müssen für das viel offenere Konzept der Wettbewerbsstörung erst recht gelten.

des § 32f Abs. 5 S. 1 GWB-E hinausgehende Begründung einer Kompetenz zur Bekämpfung inhaltlich nicht spezifizierter „Störungen des Wettbewerbs“ nicht.

aa) Befugnisse auf der Rechtsfolgenseite erzwingen einen erheblichen Bestimmtheitsgrad

Die grundrechtliche Eingriffstiefe der Rechtsfolgen, die das § 32f GWB vorgesehenen neue Instrument vorsieht, ist überaus groß und reicht in Kernbereiche der Freiheiten aus Art. 14 GG und Art. 12 GG hinein.¹⁰⁴ Der Gesetzgeber erkennt die grundrechtliche Eingriffstiefe jedenfalls für die Entscheidung über eine Entflechtung dadurch ausdrücklich an, dass er sie nur unter einschränkenden Voraussetzungen (Mindestverkaufserlös) und unter Einrichtung einer Entschädigungsregel zulässt. Es ist überaus selten und außergewöhnlich, dass die Verhältnismäßigkeit einer inhaltsbestimmenden Maßnahme nach Art. 14 Abs. 2 GG durch Ausgleichszahlungen hergestellt werden soll – allein das illustriert, dass es sich um einen tiefgehenden Eingriff in Bereiche handelt, die zum Wesensgehalt der Freiheit der Eigentümerinnen und Eigentümer gehört. Aber auch in § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB-E sind Instrumente vorgesehen, die diesen Wesensbereich berühren (z.B. Zwangslizenzen, Begründung eines Zwangszugangs zu Netzen, Verpflichtung zur Teilung von Datenbeständen etc.). Die gesetzliche Regelung berührt die Grundrechte der Betroffenen auch nicht nur akzidentiell und am Rande, sondern zielt unmittelbar auf eine grundrechtsrelevante Beschränkung des Kerns der unternehmerischen Freiheitsausübung ab.

bb) Analyse der Steuerungsqualität von § 32f Abs. 3 S. 1 i.V.m. Abs. 5 GWB-E

(1) Keine Legaldefinition und keine gesetzliche Konkretisierung

Der üblichen Gesetzgebungstechnik hätte es entsprochen, wenn der Gesetzgeber das Konzept der „Störung des Wettbewerbs“ legaldefiniert (so etwa die Praxis des EU-Gesetzgebers, der den operativen Regelungen seiner Rechtsakte ausführliche Begriffsdefinitionen voranstellt) oder jedenfalls eine Konkretisierung des Konzepts durch Benennung von positiven oder negativen Merkmalen vorgenommen hätte. Der Gesetzgeber erfüllt diese Aufgabe aber nicht. Die Befugnis des BKartA, „Störungen des Wettbewerbs“ jenseits der gesetzlichen Regelbeispiele identifizieren (und zum Gegenstand grundrechtsbelastender Eingriffe machen) zu können, wird inhaltlich nicht weiter begrenzt. Der Begriff wird weder legaldefiniert, noch wird der Anwendungsbereich der Kompetenz durch normative Festlegungen begrenzt.

Der Gesetzgeber führt in § 32f Abs. 3 S. 1 GWB-E ein neues regulatorisches Konzept ein, räumt allerdings selbst ein, dass es ihm nicht möglich ist, dieses Konzept zu definieren oder zu konkretisieren. Die Verfasserinnen und Verfasser des Entwurfs machen geltend, „dass sich weder notwendige Kriterien nennen lassen, die stets bei einer Störung des Wettbewerbs vorliegen müssen, noch existieren hinreichende Kriterien, aus deren Vorliegen direkt das Vorliegen einer Störung geschlussfolgert werden könnte.“¹⁰⁵ In

¹⁰⁴ Siehe hierzu unter D. II.

¹⁰⁵ Gesetzesentwurf (oben Fn. 1), S. 33.

dem Entwurf wird diese Beobachtung als Grund dafür angeführt, dass eine Definition des Begriffs der Störung des Wettbewerbs unmöglich sei; die Begründung gesteht auch ein, dass die Aufzählung von Topoi in § 32f Abs. 5 S. 2 GWB-E nicht mehr als eine Skizze von Möglichkeiten ist.¹⁰⁶

Wenn der Gesetzgeber selbst eingesteht, dass er das zentrale Konzept eines mit weitreichenden Grundrechtseingriffen verbundenen Vorhabens weder definieren noch über eingrenzende Merkmale beschreiben kann, kommt man nicht um die Schlussfolgerung herum, dass das Vorhaben rechtsstaatliche Probleme aufwirft. Stellt man in Rechnung, dass dem BKartA eine weitgehende Befugnis erteilt werden soll, einen der wichtigsten gesellschaftlichen Funktionsbereiche einer umfassenden Steuerung zu unterziehen („Marktdesign“), führt dies zwangsläufig zu der Erkenntnis, dass hier eine Kompetenz begründet wird, die der ermächtigten Verwaltungsbehörde unbegrenzte Steuerungsmacht verleiht.

(2) Keine greifbare tatbestandliche Eingrenzung durch die Topoi nach § 32 Abs. 5 S. 2 GWB-E

In der Begründung des Gesetzesentwurfs schimmert die Auffassung durch, dass die in § 32f Abs. 5 S. 2 GWB-E aufgezählten Topoi den über die Regelbeispiele hinausgehenden Anwendungsbereich von § 32f Abs. 3 GWB-E näher eingrenzen könnten.¹⁰⁷ Das ist schon deshalb falsch, weil die Topoi ganz überwiegend keine normative Qualität haben: Sie sind *Instrumente zur Marktbeschreibung und -analyse*.¹⁰⁸ Ein Topos geht darüber hinaus, kann aber allein keine Eingrenzung bewirken.

¹⁰⁶ Gesetzesentwurf (oben Fn. 1), Begründung, S. 33: „Eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs kann sich in den in Absatz 5 Satz 2 benannten Faktoren widerspiegeln, welche bei einer Prüfung nach den Absätzen 3 und 4 Berücksichtigung finden sollen. Dabei kann insbesondere das Zusammenwirken mehrerer Kriterien zu einer Störung des Wettbewerbs führen. Gleichzeitig müssen weder alle im Folgenden genannten Kriterien für das Vorliegen einer erheblichen Wettbewerbsstörung kumulativ tragend sein, noch ist eine hohe Relevanz einzelner Kriterien in jedem Fall hinreichend für eine Wettbewerbsstörung.“

¹⁰⁷ Der Gesetzesentwurf behauptet: „Der dem deutschen Kartellrecht bisher unbekannt Begriff der „Störung des Wettbewerbs“ wird anhand klarer und ausführlich begründeter Regelbeispiele sowie einer ebenfalls ausführlich erläuterten Liste von Prüfkriterien für das Vorliegen einer Wettbewerbsstörung konkretisiert.“ (S. 17). Zugleich weist er an späterer Stelle darauf hin, dass „die Vielschichtigkeit möglicher Störungslagen ... keine abschließende Aufzählung zulässt“ (S. 31) und (mit Blick auf die Faktoren in S. 5) „dass sich weder notwendige Kriterien nennen lassen, die stets bei einer Störung des Wettbewerbs vorliegen müssen, noch existieren hinreichende Kriterien, aus deren Vorliegen direkt das Vorliegen einer Störung geschlussfolgert werden könnte.“ Der Inhalt der über die Regelbeispiele des § 32f Abs. 5 S. 1 GWB-E hinausgehenden Befugnis wird entgegen der Behauptung gerade nicht konkretisiert.

¹⁰⁸ Siehe schon oben B.

Bei den Topoi in § 32f Abs. 5 S. 2 Nr. 1-6 GWB-E handelt es sich um Gesichtspunkte, derer sich die Wettbewerbstheorie und die Theorie der Industrieökonomik zur *Beschreibung und Analyse von Märkten* bedienen. Auf theoretischer Ebene wird zwischen der Ebene der Marktoraussetzungen, der Ebene des Marktverhaltens, und der Ebene der Marktergebnisse unterschieden. In gängigen Darstellungen und Lehrbüchern wird jeder dieser Ebenen jeweils mindestens ein Duzend an Beschreibungskriterien zugeordnet.¹⁰⁹ Der Gesetzesentwurf greift sich hier einzelne heraus, ohne offenzulegen, warum er aus der großen Zahl wissenschaftlich identifizierter Kriterien gerade diese (und nur diese) erwähnt (Marktstruktur: Nr. 1, Nr. 2, Nr. 4, Nr. 5; Marktergebnis: Nr. 3; Notwendigkeit einer dynamischen Analyse: Nr. 6). Auch die Begründung des Entwurfs ist in diesem Punkt unergiebig. Es gibt wettbewerbstheoretisch keinen Grund für die Annahme, dass gerade die vom Gesetzgeber ausgewählten Faktoren eine besondere Relevanz für die Beschreibung des (wettbewerblichen) Marktgeschehens haben. Wer den Stand der wettbewerbstheoretischen und industrieökonomischen Diskussion zu Marktbeschreibung und -analyse vor Augen hat, wird geneigt sein, von einer eher willkürlichen Auswahl zu sprechen. Oben unter B. wurde bereits darauf hingewiesen, dass es auf einen Kategorienfehler hinausläufe, anzunehmen, dass Topoi zur Beschreibung und Analyse von Märkten irgendwelche Maßstäbe für die normative Beurteilung des Marktgeschehens bereitstellen könnten. Insofern ist es daher irrelevant, dass der Gesetzgeber eine inhaltliche Qualifikation oder eine Bestimmung des jeweiligen Wertes und der Bedeutung der Topoi nicht vornimmt. Denn die benannten Topoi sind in jedem Fall nicht geeignet, den Anwendungsbereich des GWB-E zu konkretisieren.

Eine normative Qualität hat die in Nr. 7 angesprochene Möglichkeit der Bewertung der Effizienz des zu beobachtenden Marktgeschehens (Nr. 7). Dieses Kriterium räumt dem BKartA die Möglichkeit ein, bei der Bestimmung seines Bilds vom funktionierenden Wettbewerb (und bei der Definition der Übergangsschwelle zur Störung) eine effizienzorientierte Wettbewerbstheorie heranzuziehen. Die isolierte Benennung dieses Kriteriums kann aber schon nach allgemeinen Denkgesetzen keine wirkliche Eingrenzung der Befugnis bewirken. Nr. 7 spricht letztlich eine Trivialität an, die wettbewerbstheoretisch auch dann berücksichtigt werden müsste, wenn sie im Gesetz nicht erwähnt worden wären.

Der Gesetzesentwurf macht der Benennung der Topoi in § 32f Abs. 5 S. 2 GWB-E zwar deutlich, dass diese eine Entscheidungsrelevanz bei der Wahrnehmung des von § 32f Abs. 3 GWB-E haben. Er schließt aber nicht aus, dass das BKartA auch andere Gesichtspunkte heranzieht. Eine inhaltliche Eingrenzung der Entscheidungskompetenz kann durch die Benennung dieser sieben Topoi noch nicht einmal im Ansatz gesehen werden.

¹⁰⁹ Vgl. etwa *Schmidt/Haucap*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht Eine interdisziplinäre Einführung, 2013, 76.

(3) Keine Eingrenzung der Entscheidungskompetenz nach § 32f Abs. 3 S. 1 GWB-E durch Regelbeispiele nach § 32f Abs. 5 S. 1 GWB-E

Eine Eingrenzung der über die Regelbeispiele der § 32f Abs. 5 S. 1 GWB-E hinausgehenden Entscheidungsbefugnis des BKartA nach § 32f Abs. 3 S. 1 GWB-E wird auch nicht dadurch bewirkt, dass sich der Gesetzgeber einer Regelbeispieltechnik bedient.

Es ist grundsätzlich zutreffend, dass eine breit angelegte und inhaltlich unbestimmte Entscheidungskompetenz dadurch an Bestimmtheit gewinnen kann, dass der Gesetzgeber Regelbeispiele formuliert, die der ermächtigten Verwaltungsbehörde die (extrapolierende) induktive Erschließung des im Übrigen gewährten Entscheidungs- und Handlungsraums ermöglichen. Nach allgemeinen methodischen Regeln kann eine derartige induktive Erschließung allerdings nur gelingen, wenn die Regelbeispiele hinreichend homogen sind, um gemeinsame normative Leitgesichtspunkte erkennen zu lassen, und wenn sie so gewählt sind, dass aus ihnen Rückschlüsse abgeleitet werden können, was nicht von der zu konkretisierenden Befugnis umfasst sein soll. Andernfalls können die Regelbeispiele keine Grundlage für Schlussfolgerungen darüber bieten, was von der allgemeinen Regelung eingeschlossen sein soll und was nicht.

Nach diesen Maßstäben lassen die in § 32f Abs. 5 S. 1 GWB-E aufgezählten vier Regelbeispiele keine Aussagen darüber zu, wie die Kompetenz nach § 32f Abs. 3 S. 1 GWB-E begründete allgemeine Kompetenz (über die Regelbeispiele hinaus) inhaltlich zu verstehen ist. § 32f Abs. 5 S. 1 Nr. 3 GWB-E spricht ein potentiell kollusives Verhalten an. Die Wahl dieses Regelbeispiels soll den Anwendungsbereich von § 1 GWB ausweiten, ohne dass hierfür, wie in der wettbewerbsrechtlichen Literatur eingewandt wird, ein echtes Bedürfnis besteht.¹¹⁰ In § 32f Abs. 5 S. 1 Nr. 2 und Nr. 4 GWB-E werden Missbrauchstatbestände aufgelistet. § 32f Abs. 5 S. 1 Nr. 1 GWB-E kennzeichnet eine Marktstruktur, die wettbewerbstheoretisch neutral ist: Marktmacht ist per se weder ein Zeichen für funktionierenden noch ein Zeichen für gestörten Wettbewerb.¹¹¹ Es ist schlechterdings nicht ersichtlich, wie sich aus dieser *bunten Zusammenstellung* von Regelbeispielen, die zum Teil auf eine Ausweitung der bestehenden wettbewerbsrechtlichen Verhaltenstatbestände hinauslaufen (Nr. 2-4) und sich zum Teil auf Kriterien stützen, die wettbewerbsrechtlich ohne Berücksichtigung der Statik und Dynamik der Marktstruktur nicht bewertet werden können, ein induktiver Schluss auf die allgemeinen Befugnisse in § 32f Abs. 3 S. 1 GWB-E gezogen werden kann, der (hierauf kommt es an) auch etwas über die Grenzen der Kompetenz sagt. Wer die gegenwärtige wettbewerbsrechtliche Diskussion verfolgt, wird nicht klar erkennen können, warum gerade die in § 32f Abs. 5 S. 1 GWB-E aufgezählten Kriterien ausgewählt wurden; der Entscheidung haftet etwas Beliebiges an.

Eine Extrapolation auf *normative Grenzen des Anwendungsfelds* von § 32f Abs. 3 S. 1 GWB-E ist nicht möglich, weil die Regelbeispiele des § 32f Abs. 5 S. 1 GWB-E expansive Tendenz haben, ohne aber gemeinsame Prinzipien oder Wertungen erkennen zu lassen, die eine Eingrenzung der allgemeinen Kompetenz ermöglichen. § 32f Abs. 5 S.

¹¹⁰ Hierzu *Thomas*, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 20 (2022), 333, passim.

¹¹¹ Zur Verfassungskonformität unter freiheitstheoretischen Gesichtspunkten: unten D. II.

1 Nr. 1 GWB-E ist schon strukturell gänzlich unbrauchbar, Grenzziehungen erkennen zu lassen.

(4) Kein wissenschaftlicher Konsens und keine vorfindlichen normativen Standards

Das BKartA wird sich auch nicht auf gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse oder auf eine kontinuierliche Entscheidungspraxis stützen können, wenn es die inhaltlich vollständig offene Kompetenz zur Bekämpfung von „Störungen des Wettbewerbs“ wahrnehmen wird. In der Begründung des Gesetzesentwurfs wird zwar suggeriert, dass die „Störung des Wettbewerbs“ ein Kriterium sei, das eine hohe normative Bestimmtheit aufweise und deshalb von einer Verwaltungsbehörde ohne wesentliche Eigenwertungen operationalisiert werden könne.¹¹² Es spricht alles für die Annahme, dass den Verfasserinnen und Verfassern des Entwurfs hier ein Trugbild vor Augen steht.

Wenn die Begründung des Gesetzesentwurfs geltend macht, es bestünde ein „wissenschaftlicher Konsens“ darüber, was eine „Störung“ des Wettbewerbs darstelle, und diesbezüglich auf eine Studie verweist, die 2020 für die Europäische Kommission erstellt wurde,¹¹³ muss dies angesichts der tiefgreifenden wettbewerbstheoretischen und politischen Differenzen über das richtige Verständnis der Funktion des Wettbewerbsschutzes, der Vielfalt dabei zum Tragen kommender Konzeptionen und Schadenstheorien sowie der beinahe unüberschaubaren Diversität dabei einfließender normativer Wertungen verwundern.¹¹⁴ Wer mit der wettbewerbstheoretischen Diskussion vertraut ist, wird sich nicht in die Annahme versteigen, dass es mit Blick auf die Abgrenzung von wirksamem zu gestörtem Wettbewerb einen „wissenschaftlichen“ Konsens oder anerkannte vorfindliche Standards gibt, auf die das BKartA umstandslos zurückgreifen könnte. Es gibt vielfältigste Modelle, die die Gewinnung des notwendigen empirischen Wissens anleiten und für die Bewertung relevante normative Kriterien aufstellen. Wenn sie wettbewerbstheoretisch seriös sind, sind diese Modelle allerdings regelmäßig offen; sie strukturieren, geben aber keine bestimmten normativen Maßstäbe vor. Und die Auswahl des anzuwendenden Modells kann die Wissenschaft der Politik bzw. der Verwaltungsbehörde schon grundsätzlich nicht vorgeben.

¹¹² Deutlich etwa: Gesetzesentwurf (oben Fn. 1), Begründung S. 15. In der Folge wird die Begründung dann aber ganz vage und ambivalent, insbesondere was die Bewertung von internem Wachstum angeht (S. 16, 3. und 4. Absatz, S. 17, mit vielen Formulierungen in der Möglichkeitsform). Die Ambivalenz wird im folgenden Satz anschaulich zum Ausdruck gebracht: „Deshalb muss eine erfolgreiche Wettbewerbspolitik einerseits unternehmerische Freiheit fördern und starke Marktpositionen oder Gewinne ermöglichen; andererseits muss sie bei eingeschränktem oder verfälschtem Wettbewerb eingreifen können.“

¹¹³ *Motta/Peitz*, Intervention triggers and underlying theories of harm: expert advice for the impact assessment of a new competition tool: Expert study, 2020.

¹¹⁴ Hierzu schon oben C. I.

Auch der Verweis auf die Leitlinien der britischen Wettbewerbsbehörde¹¹⁵ führt nicht weiter: Die Lektüre dieses mehr als 100 Seiten langen Dokuments macht vor allem deutlich, dass die Entscheidung darüber, wann „adverse effects on competition“ vorliegen, auf einem hochgradig wertungsabhängigen Prozess beruht, in dem zunächst erst einmal definiert werden muss, was die „theory of harm“ sein soll, und in den mehrere Duzend Faktoren einfließen. Die Verfasserinnen und Verfasser des Gesetzesentwurfs geben durch den Hinweis auf die Leitlinien letztlich zu erkennen, dass es erst die Behörde ist, die die Standards und normativen Kriterien festlegt, nach denen sich entscheidet, ob eine „Störung“ vorliegt. Verfassungsrechtlich muss man dieses Eingeständnis als weiteres Argument dafür verstehen, dass es dem gesetzgeberischen Konzept an Bestimmtheit mangelt. Die Erfahrungen mit dem „Market Investigation Tools“ sind im Übrigen nicht so positiv, dass eine Übernahme ins deutsche Recht gerechtfertigt erscheint.¹¹⁶

(5) Keine Ex-ante-Orientierungssicherheit durch das Erheblichkeitskriterium

Wenn der Gesetzgeber nicht mit hinreichender Bestimmtheit festlegt, was als „Störung des Wettbewerbs“ anzusehen ist, kann das qualifizierende Kriterium der „Erheblichkeit“ in § 32f Abs. 3 S. 1 GWB-E aus sich heraus auch keine normative Wirkung entfalten.¹¹⁷ Erst wenn das BKartA entschieden hat, was es als „Störung“ ansehen will, kann es dann auch Aussagen über die Erheblichkeit dieser Störung formulieren. Für die Unternehmen schafft die gesetzliche Formulierung keine Orientierungs- und Verhaltenssicherheit.

cc) Verfassungsrechtliche Bewertung

Die Bestimmung des § 32f Abs. 3 i.V.m. Abs. 5 GWB-E lässt noch nicht einmal im Ansatz ein normatives „Programm“ des Gesetzgebers erkennen, wie das Konzept der „Störung“ allgemein (über die Regelbeispiele hinaus) vom BKartA mit Leben gefüllt werden muss. In der Sache stellt die Bestimmung eine blankettartige Ermächtigung zur behördlichen Regulierung eines zentralen gesellschaftlichen Funktionsbereichs dar. Im Kontext der Entwicklung der Maßstäbe, die das BVerfG an die Bestimmtheit einer gesetzlichen Regelung richtet, ist darauf hingewiesen worden, dass die Entscheidung über die Verfassungskonformität letztlich von einer Gesamtbetrachtung des Regelungsumfelds und -ansatzes abhängt. Die Maßstäbe, die das BVerfG für die Festlegung des im konkreten Fall gebotenen Bestimmtheitsgrads anlegt, stellen u.a. auch auf Sachbereich und spezifische Sachgegebenheiten ab.¹¹⁸ Nimmt man diese Gesamtbetrachtung vor, ist

¹¹⁵ *Commission*, Guidelines for market investigations: Their role, procedures, assessment and remedies, 2013 (https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284390/cc3_revised.pdf).

¹¹⁶ *Thomas*, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 20 (2022), 333 (337). Siehe auch schon Nettesheim/Thomas, Entflechtung im deutschen Kartellrecht, 2011.

¹¹⁷ Die Begründung des Gesetzesentwurfs (oben. Fn. 1) stellt diesbezüglich fest: „Erheblich ist eine Störung, sofern diese mehr als nur geringfügig negative Effekte auf den Wettbewerb auf mindestens einem mindestens bundesweiten Markt, mehreren einzelnen Märkten oder marktübergreifend hat. Die Begriffe der „Störung des Wettbewerbs“ sowie das Kriterium „fortwährend“ werden in Absatz 5 definiert.“ (S. 27).

¹¹⁸ Dazu oben Text bei Fn. 98.

die Schlussfolgerung zwingend, dass der in § 32f Abs. 3 S. 1 i.V.m. Abs. 5 GWB gewählte Ansatz hinter den rechtsstaatlich vorgegebenen Standards zurückbleibt.

(1) Fehlende Orientierungssicherheit der Unternehmen schadet dem gesetzgeberischen Ziel

Es ist den der tiefgreifenden Eingriffsbefugnis unterworfenen Marktteilnehmern nicht möglich, mit der vom Rechtsstaatsprinzip verlangten Orientierungssicherheit zu erkennen, welche Situation vom BKartA als (noch) „wirksamer“ Wettbewerbs und welche schon als „gestörter“ Wettbewerb anzusehen ist. Es ist für sie (jenseits der Regelbeispiele) damit auch nicht erkennbar, wann eine Situation zu entstehen droht, die normativ als „gestörter Wettbewerb“ eingeordnet werden kann. Die Unternehmen können konsequenterweise ihr Verhalten auch nicht anpassen und dazu beitragen, dass es gar nicht erst zur Entstehung von Störungssituationen kommt.

Die gesetzgeberische Regelungstechnik (fehlende Bestimmtheit von § 32f Abs. 3 S. 1 i.V.m. Abs. 5 GWB-E und Entscheidung, dem BKartA den Gebrauch der Kompetenznorm ad hoc und mit Blick auf Einzelfälle zu ermöglichen) führt letztlich dazu, dass das gesetzgeberische Ziel einer Verhinderung von Wettbewerbsstörungen nicht effektiv verfolgt wird. Lässt der Gesetzgeber die Normadressaten im Dunkeln, welche spezifische Situation verhindert werden soll und welcher Verhaltensbeitrag von ihnen verlangt wird, ist die natürliche Folge, dass die Eingriffsregelung keine verhaltenssteuernde Wirkung entfalten kann. Die unspezifische Bedrohung mit Eingriffsmaßnahmen einer Verwaltungsbehörde mag zwar Einschüchterungseffekte auslösen, aber keine rationale (und damit verhältnismäßige) Verhaltenslenkung bewirken. Letztlich haben auch die Verteidiger des Reformvorhabens dem nichts entgegenstellen können. Sie haben sich, wie schon gesagt, damit begnügt, Vertrauen in die Entscheidungsweisheit des BKartA einzufordern – eine Forderung, die liberalem Verfassungsdenken fremd ist.¹¹⁹

Wer sich mit § 32f GWB-E befasst, stößt im Übrigen auf ein rechtsstaatliches Paradox: Die in § 32f GWB-E vorgesehene Kompetenz geht inhaltlich weit über die Befugnisse hinaus, die der Regulierungsbehörde in den Sektoren Post, Telekommunikation, Energie und Bahn zugewiesen sind,¹²⁰ ist aber inhaltlich erheblich unbestimmter und offener. Nimmt man zur Kenntnis, dass unbestimmte Kompetenzen grundrechtsrelevanter Art in anderen Bereichen der Eingriffsverwaltung in den letzten Jahrzehnten kontinuierlich stärker normativ eingebunden und reduziert wurden,¹²¹ mutet die nunmehr geplante inhaltlich gänzlich offene und unbegrenzte Kompetenz nachgrade vor-verfassungsstaatlich an.

¹¹⁹ Dazu oben C. III.

¹²⁰ Keine dieser Behörden hat den unspezifischen Auftrag zur Bekämpfung von „Störungen“.

¹²¹ So etwa im allgemeinen Polizeirecht mit der Beschränkung der Kompetenz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit auf den Schutz des Staats und seiner Rechtsordnung (Bekämpfung klaren Verhaltensunrechts) oder mit der faktischen Aufgabe des Auftrags zum Schutz der öffentlichen Ordnung.

(2) Höhere Bestimmtheit gesetzgebungstechnisch möglich

Der Gesetzgeber regelt in § 32f Abs. 3 i.V.m. Abs. 5 GWB-E auch keinen Sachverhalt, der aufgrund der sachlichen Gegebenheiten des Realsachverhalts keine höhere Regelungsdichte ermöglichte. Zwei Möglichkeiten stehen dem Gesetzgeber offen, um den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes zu entsprechen.

(a) Beschränkung auf enumerativ aufgezählte und belegbar schädliche Szenarien

Die mehrmonatliche wettbewerbstheoretische Diskussion seit Veröffentlichung des Referentenentwurfs hat deutlich vor Augen geführt, dass es spezifische Marktstruktursituationen und spezifische unternehmerische Verhaltensweisen geben kann, die mit den Bestimmungen des geltenden Wettbewerbsrechts nur unvollkommen erfasst werden können, deren Schädlichkeit aber auf der Grundlage tragfähiger Modelle mit hinreichender empirischer Sicherheit festgestellt werden kann. In der Begründung des Gesetzesentwurfs werden drei dieser Konstellationen explizit angesprochen.¹²² Die verfassungsrechtliche Bestimmtheit von § 32f Abs. 3 i.V.m. Abs. 5 GWB-E ließe sich dadurch herstellen, dass der Gesetzgeber auf die Begründung einer blankettartigen Ermächtigungsnorm verzichtet und sich auf die legislative Bewältigung dieser konkreten Szenarien konzentriert, indem er einzelne (hinreichend klar umschriebene) Tatbestände zur Erfassung und Steuerung dieser Szenarien festschreibt.

Es ginge dann nicht mehr um den unspezifischen Schutz des Koordinationsmechanismus „Wettbewerb“ im Funktionssystem „Markt“, sondern um die Bekämpfung einzelner, von der Wettbewerbstheorie auf der Grundlage belastbaren empirischen Wissens identifizierter konkret schädlicher Entwicklungen. Der Gesetzgeber würde keine Kompetenz ins Blaue hinein begründen, sondern selbst enumerativ definieren, was schädlich ist.

Konkret würde dies bedeuten, dass § 32f Abs. 5 Nr. 1 GWB-E wie folgt umzuformulieren ist:

(5) Eine Störung des Wettbewerbs kann in folgenden Fällen vorliegen:

1. ... ,
2. ... ,
- x.

(b) Legislative Festlegung qualitativer und quantitativer Maßstäbe eines Schädlichkeitskonzepts („theory of harm“)

Die Bestimmtheit von § 32f Abs. 3 i.V.m. Abs. 5 GWB-E ließe sich auch dadurch erhöhen, dass der Gesetzgeber hinreichend spezifische normative Grundsätze und Entscheidungskriterien dafür festlegt, wann die „Normallage“ eines noch wirksamen Wettbewerbs in eine „Störung“ umschlägt. Derartige Grundsätze und Kriterien müssen qualitativer und quantitativer Art sein. Sie würde es auch ermöglichen, über die „Erheblichkeit“ einer Störung des Wettbewerbs sinnvoll sprechen zu können.

¹²² Oben Text bei Fn. 34.

Würde sich der Gesetzgeber hierzu entschließen, würden die von ihm legislativ entwickelten Vorgaben nicht nur die behördliche Kompetenz normativ einbinden. Sie würden auch eine Rechtskontrolle ermöglichen, ob die Annahme des BKartA rechtsrichtig ist, dass in einem konkreten Fall eine „Normalsituation“ des wirksamen Wettbewerbs vorliegt oder dass in einem der relevanten Bereiche (Marktstruktur, Marktverhalten, Marktergebnis) schon eine „Störung“ zu beobachten ist. Diese Festlegung derartiger Vorgaben wäre ohne die Festlegung auf eine „theory of harm“ kaum möglich. Es gibt allerdings keinen gesetzgebungstechnischen Grund, warum sich der Gesetzgeber nicht auf eine Theorie des „wettbewerblichen Schadens“ festlegen könnte.

Die hiermit vorgelegte wissenschaftliche Untersuchung hält sich jedes Vorschlags, weil die Festlegung der geforderten qualitativen und quantitativen Maßstäbe eines Schädlichkeitskonzepts eine politisch zu entscheidende Frage wäre.

2. Gesetzes- bzw. Wesentlichkeitsvorbehalt

Es lässt sich unschwer aufzeigen, dass § 32f Abs. 3 S. 1 i.V.m. Abs. 5 GWB-E auch nicht den Anforderungen entspricht, die sich aus dem grundgesetzlichen Vorbehalt des Gesetzes ergeben. Der Gesetzgeber versucht in § 32f GWB-E, die institutionelle Zuständigkeitsverteilung zwischen Gesetzgebung und Verwaltung in verfassungswidriger Weise zu verschieben. Der grundgesetzliche Gesetzesvorbehalt und die sich daraus ergebenden „Wesentlichkeitsanforderungen“ nehmen dem Gesetzgeber nicht grundsätzlich das Recht, eine Verwaltungsbehörde die regulatorische Aufsicht über einen gesellschaftlichen Funktionsbereich zu übertragen; sie zwingen den Gesetzgeber aber dazu, sich in dem parlamentarisch-demokratischen Verfahren über die wesentlichen normativen Standards zu verständigen und diese mit Verbindlichkeit für die ermächtigte Verwaltungsbehörde festzulegen.

a) Verfassungsrechtliche Maßstäbe

Das Grundgesetz setzt in vielen Entscheidungs- und Handlungsbereichen ein förmliches Parlamentsgesetz voraus. Das BVerfG geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass es Fälle gibt, in denen sich der allgemeine Gesetzesvorbehalt zu einem Wesentlichkeitsvorbehalt ausweitet, der dem Gesetzgeber die Pflicht auferlegt, selbst die „wesentlichen“ Fragen zu entscheiden. Das Gericht stellt fest: „Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gebietet, dass der Gesetzgeber im Bereich der Grundrechtsausübung die der staatlichen Eingriffsmöglichkeit offenliegende Rechtssphäre selbst abgrenzt und dies nicht dem Ermessen der Verwaltungsbehörde überlässt.“¹²³

Von zentraler Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die gesetzliche Gewährleistung der „Berechenbarkeit“ des staatlichen Verwaltungshandelns: „Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung fordert nicht nur irgendeine, sondern eine begrenzte und näher bestimmte Ermächtigung der Exekutive zur Vornahme belastender Verwaltungsakte; er zielt darauf ab, die Eingriffe der öffentlichen Gewalt möglichst berechenbar zu

¹²³ BVerfGE 20, 150 (157 f.) unter Hinweis auf E 6, 32 (42); 8, 71 (76); 8, 274 (325); 9, 83 (87); 13, 153 (160).

machen. Das Gesetz muss die Tätigkeit der Verwaltung inhaltlich normieren und darf sich nicht darauf beschränken, allgemein gehaltene Grundsätze aufzustellen. Eine ‚vage Generalklausel‘, die es dem Ermessen der Exekutive überlässt, die Grenzen der Freiheit im Einzelnen zu bestimmen, ist mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht vereinbar.“¹²⁴

Ob der Wesentlichkeitsvorbehalt greift, wird vom BVerfG inzwischen differenziert beantwortet; es unterscheidet zwischen Fallgruppen, in denen sich diese Notwendigkeit aus Staatsstrukturprinzipien (Demokratieprinzip und Rechtsstaatsprinzip) ergibt, und Fallgruppen, in denen der Gesetzgeber aufgrund der Grundrechte zur Regelung des Wesentlichen gezwungen wird.¹²⁵ Eine differenzierte Analyse dieser Fragen ist hier nicht notwendig, weil im Ergebnis unstreitig ist, dass § 32f Abs. 3 i.V.m. Abs. 5 GWB-E aus demokratischen und grundrechtlichen Gründen (politische Bedeutung der Übertragung einer umfassenden „negativen“ Regulierungsbefugnis auf eine Verwaltungsbehörde/Grundrechtsrelevanz der Entscheidungsbefugnisse) den Wesentlichkeitsanforderungen zu entsprechen hat.

Der Rechtsprechung des BVerfG lässt klar erkennen, dass sich allgemeine Aussagen zu der grundgesetzlich geforderten Regelungsdichte nicht treffen lassen. Das Gericht differenziert zunächst zwischen den Bereichen der Eingriffsverwaltung, der Leistungsverwaltung sowie der institutionell-organisatorischen bzw. prozeduralen Gestaltung. Es ist anerkannt, dass im Bereich der Eingriffsverwaltung die geforderte Regelungsdichte des Gesetzes mit der Intensität der vorgesehenen Grundrechtseingriffe steigt.¹²⁶ Im Übrigen stellt die Rechtsprechung zur Bestimmung der Reichweite der gesetzgeberischen Entscheidungsnotwendigkeiten („Vorbehaltsbereich“) auf eine Vielzahl von Kriterien ab, die in der Verbindung ein Gesamturteil ermöglichen:¹²⁷ politische Bedeutung und Wichtigkeit des zu regelnden Sachverhaltes; Reichweite der Regelung und Größe des Adressatenkreises; strukturelle Bedeutung der geplanten Regelung; Dauerhaftigkeit der Regelung; Art und Umfang der grundrechtlichen, wirtschaftlichen, soziokulturellen oder auch finanziellen Folgen.

Darüber hinaus stützt sich das BVerfG auch auf institutionelle Überlegungen zum Verhältnis von Gesetzgebung und Exekutive: Der Wesentlichkeitsvorbehalt greift insbesondere dort, wo es um politische Wertungen geht, bei denen die demokratisch-parlamentarische Legitimation des Parlaments und die legitimitätsgenerierende Qualität eines öffentlichen Gesetzgebungsverfahrens zum Tragen kommen sollen, und wo es um allgemeine Angelegenheiten geht, die für die Gesamtheit der politischen Gemeinschaft von Bedeutung sind. Auf der anderen Seite ist eine zurückgenommene Regelungsdichte hinnehmbar, wenn es um Fragen geht, die nicht allgemeiner Natur sind und die in

¹²⁴ BVerfGE 8, 274 (325) unter Verweis auf BVerfGE 6, 32 (42); 7, 282 (302); 8, 71 (76).

¹²⁵ Ausführliche Analyse bei: *Papier/Moeller*, Archiv des öffentlichen Rechts 122 (1997), 177.

¹²⁶ Z.B. BVerfGE 8, 274 (325); *Grzeszick*, Kommentierung des Art. 20 GG in: Dürig/Herzog/ Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, Stand 2023, Art. 20 Rdnr. 111, mit Verweis auf Ossenbühl, HStR V, 3. Aufl., 2007, § 101 Rdnr. 29 f.

¹²⁷ Z.B. BVerfGE 40, 237 (249); 49, 89 (126 f.); 83, 130 (152); 95, 267 (309).

Verwaltungsverfahren effektiv bewältigt werden können. Fehlende Sachkunde des Parlaments kann kein Argument sein, wesentliche Entscheidungen nicht selbst zu treffen und auf Verwaltungsbehörden zu übertragen: Das Gesetzgebungsverfahren ist strukturell auf die Generierung von Sachwissen angelegt. Schlechterdings unzulässig wäre es, wenn die am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Amtsträger bewusst auf die Generierung von Sachkunde verzichteten und Unwissenheit vorschöben, um die Begründung einer blankettartigen Ermächtigung einer Verwaltungsbehörde zu rechtfertigen.

b) Wesentlichkeit der Bekämpfung von „Störungen“ des Wettbewerbs im Markt

Die in § 32f Abs. 3 i.V.m. Abs. 5 GWB-E vorgesehene Regelung bewegt sich in einem Bereich, in dem die sich aus dem Wesentlichkeitsgrundsatz ergebenden Anforderungen hoch sind. Die gesetzgeberische Absicht, das zentrale gesellschaftliche Funktionssystem „Markt“ und der dort bestehende Koordinationsmechanismus „Wettbewerb“ einer umfassenden Regulierung durch eine Verwaltungsbehörde zu unterwerfen, ist nicht nur von hochpolitischer Natur. Kaum ein anderes wirtschaftspolitisches Vorhaben der letzten Jahre war und ist so umstritten wie der Versuch, Wettbewerbspolitik durch Struktursteuerung zu betreiben. Die Realisierung der Absicht hat auch weitreichende grundrechtliche Implikationen für eine unüberschaubare Vielzahl von Akteuren. Es geht um eine Reform, die nicht nur vorübergehender Natur ist. Sie hat erhebliche ökonomische Konsequenzen für die Wirtschaft Deutschlands und kann für die betroffenen Unternehmen mit erheblichen Nachteilen, auch finanzieller Natur, verbunden sein. Vor allem aber geht es bei der Frage, wann die Verhältnisse in einem gesellschaftlichen Funktionsbereich noch geordnet und wann sie schon gestört sind, um eine Entscheidung, die nur auf der Grundlage normativer Wertungen getroffen werden kann. Diese normativen Wertungen und deren Prämissen können sehr unterschiedlich ausfallen. Es besteht daher die Notwendigkeit, über diese normativen Wertungen in einem transparenten parlamentarischen Verfahren zu diskutieren und zu entscheiden. Gerade weil es nicht um eine Entscheidung geht, die technisch-instrumenteller Art ist, ist kein natürlicher „Vorsprung“ der Verwaltungsbehörde zu erkennen. Wenn sich der Gesetzgeber entscheidet, Gesetze zu erlassen, mit denen er für einen wichtigen gesellschaftlichen Funktionsbereich (hier: „Markt“) Muster der Normalität und der Störung definieren will, muss er dies selbst machen und kann es nicht auf eine Verwaltungsbehörde übertragen.

c) Gesetzliche Regelungsdichte genügt nicht den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts

Die Regelung des § 32f Abs. 3 i.V.m. Abs. 5 GWB-E genügt nach diesen Maßstäben nicht den Anforderungen des grundgesetzlichen Gesetzesvorbehalts. Sie überlässt grundsätzliche Entscheidungen, die nach dem Wesentlichkeitsgrundsatz vom Gesetzgeber getroffen werden müssten, einer Verwaltungsbehörde. Die Regelungsdichte, die das Grundgesetz bei einer systemverändernden Grundentscheidung wie § 32f GWB-E verlangt, wird vom Gesetzgeber in mehrfacher Hinsicht nicht erbracht.

aa) Gesetzgeber muss das Vorliegen einer „Störung“ des Wettbewerbs genauer definieren

Den gesteigerten Anforderungen an die Regelungsdichte des Gesetzes genügt § 32f Abs. 3 i.V.m. Abs. 5 GWB-E mit Blick auf die legislative Konkretisierung des

Konzepts der „Störung“ nicht. Es sei an dieser Stelle an die Feststellungen zum geringen Bestimmtheitsgrad der Regelung erinnert: Die Nichterfüllung der Vorbehaltsanforderungen des Wesentlichkeitsgrundsatzes ist nur die Gegenseite zur geringen normativen Bestimmtheit der im Gesetzgebungsverfahren befindlichen Regelung. Den grundgesetzlichen Anforderungen an die gesetzliche Regelungsdichte würde § 32f Abs. 3 i.V.m. Abs. 5 GWB-E nur entsprechen, wenn der Gesetzgeber für die verschiedenen Teilbereiche des Marktes (Marktstruktur, Marktverhalten, Marktergebnis) selbst die normativen Kriterien festlegt, nach denen zu beurteilen ist, wann der Übergang von einem (noch) wirksamen Wettbewerb in eine Störung erfolgt. Er hat zudem nach Art und Umfang festzulegen, wann der Verursachungsbeitrag eines Unternehmens geeignet ist, die Unterwerfung unter struktur- oder verhaltensbezogene Anordnungen des BKartA zu rechtfertigen.

Wenn der Gesetzgeber einer Verwaltungsbehörde die umfassende Regulierung des gesellschaftlichen Funktionssystems „Markt“ übertragen will, wird er durch den grundgesetzlichen Gesetzesvorbehalt und die sich daraus ergebenden „Wesentlichkeitsanforderungen“ dazu gezwungen, selbst die normativen Kriterien festzulegen, nach denen sich bestimmt, was mit Blick auf die Elemente „Marktvoraussetzungen“, „Marktverhalten“ und „Marktergebnisse“ als Normallage eines hinreichend wirksamen Wettbewerbs anzusehen ist und wann eine Störung eintritt. Er kann sich nicht mit der Auflistung einzelner (inhomogener) Beispiele begnügen und die Entscheidung damit in der Sache einer Verwaltungsbehörde übertragen.

Wenn es richtig ist, dass sich der Gesetzgeber (wie in der Begründung des Gesetzesentwurfs behauptet) nicht in der Lage sieht, das Konzept der „Störung des Wettbewerbs“ zu definieren oder über konkretisierende Festlegungen normativ auszurichten, besteht Anlass, das Vorhaben nicht weiter zu verfolgen. Sieht sich der Gesetzgeber nicht in der Lage, ein normatives Konzept in rechtsstaatskonformer Weise zu operationalisieren, kann nicht der Ausweg sein, einfach der Verwaltungsbehörde eine nicht definierte Kompetenz zu gewähren. Die verfassungsstaatlich angemessene Reaktion ist vielmehr, auf den Gebrauch derartiger Konzepte zu verzichten.¹²⁸

Die Verfassungskonformität des gesetzgeberischen Konzepts ließe sich dadurch herstellen, dass das Konzept der Störung des Wettbewerbs durch eine abschließende Liste von schädlichen Verhaltensweisen konkretisiert wird (Änderung des § 32f Abs. 5 S. 1 GWB-E).

bb) Insbesondere: Gesetzgeber muss näher festlegen, wann mit Marktmacht eine Störung verbunden ist

Den gesteigerten Anforderungen an die Regelungsdichte des Gesetzes genügt auch § 32f Abs. 5 S. 1 Nr. 1 GWB-E nicht. Die Entscheidung, als Regelbeispiel für das Vorliegen einer „Störung des Wettbewerbs“ die Existenz von Marktmacht aufzuführen, ist wettbewerbstheoretisch unsinnig: Marktmacht per se lässt sich wettbewerbstheoretisch

¹²⁸ Zur Möglichkeit, spezifische Verhaltensweisen zu verfolgen, schon oben D. I. 1. b) cc) (2) (a).

nicht per se als gut oder schlecht einordnen; die Beobachtung von Marktmacht allein lässt auch keine Aussagen darüber zu, ob (noch) funktionierender Wettbewerb vorliegt oder nicht. Es verletzt nicht nur grundrechtliche Anforderungen,¹²⁹ sondern genügt auch nicht den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts, wenn der Gesetzgeber dem BKartA völlig freie Hand lässt, wann es aus der Beobachtung des Vorliegens von Marktmacht eine Störung des Wettbewerbs folgern will. Verfassungsrechtlich ist es geboten, auf gesetzlicher Ebene qualifizierende Maßstäbe zu formulieren, wann der Gebrauch von Marktmacht in eine Störung umschlägt (z.B.: Behinderungs- oder Diskriminierungspraktiken).

cc) Auswahlentscheidung nach § 32f Abs. 3 S. 2 bis S. 4 GWB-E muss normativ determiniert werden

Die Regelung des § 32f Abs. 3 GWB-E überantwortet der Verwaltungsbehörde zudem insofern eine mit dem Gesetzesvorbehalt unvereinbare Gestaltungsmacht, als sie die Auswahl der Unternehmen nicht determiniert, die zu Adressaten einer Zwangsmaßnahme gemacht werden sollen. Nach § 32f Abs. 3 S. 2 GWB-E können alle Unternehmen in die Pflicht genommen werden, „die als Adressaten nach Satz 6 oder Absatz 4 in Betracht kommen.“ Nach Satz 4 dieser Bestimmung können Adressaten von Maßnahmen alle Unternehmen sein, „die durch ihr Verhalten zur Störung des Wettbewerbs wesentlich beitragen.“ Die Begründung des Gesetzesentwurfs erläutert: „Ein wesentlicher Beitrag liegt bereits in *jedem am Markt spürbaren Verhalten*.“¹³⁰ Der Gesetzgeber versucht, das Auswahlermessen der Behörde durch § 32f Abs. 3 S. 4 GWB-E einzugrenzen: „Bei der Auswahl der Adressaten und der Abhilfemaßnahmen ist insbesondere auch die Marktstellung des Unternehmens zu berücksichtigen.“ Der Gesetzgeber verzichtet auf die Festlegung eines Konzepts normativer Verantwortung. Es reicht irgendeine Kausalbeziehung zwischen dem Handeln eines Unternehmens und der vom BKartA definierten Marktstörung.

Die gesetzlichen Regelungen stellen es dem BKartA damit weitgehend frei, welche Unternehmen es zum Objekt seiner Verfügung machen will. Die gesetzgeberische Vorgabe, dass das BKartA die Marktstellung des Unternehmens zu berücksichtigen hat, ist trivial – was soll sonst gelten? Die von § 32f Abs. 3 S. 2 GWB-E verlangte Kausalbeziehung stellt zwar sicher, dass gänzlich unbeteiligte Unternehmen nicht zum Objekt einer Verfügung gemacht werden können. Die Regelung gibt darüber hinaus aber keine Kriterien an die Hand, nach welchen Kriterien sich die Auswahl in dem Regelfall vollziehen muss, dass eine Vielzahl von Marktakteuren mit unterschiedlichsten Beiträgen zur Entstehung einer bestimmten Marktsituation beitragen werden. Insbesondere wird nicht nach dem normativen Verantwortungsbeitrag differenziert, wie dies etwa im Polizeirecht (Verhaltensstörer – Zustandsstörer) üblich ist. In der Sache kann das BKartA, das schon bei der Festlegung seines Verständnisses von Marktstörung normativ frei ist, auch bei der Auswahl der potentiellen Maßnahmenadressaten (§ 32f Abs. 3 S. 1 und S. 2 GWB-E) und bei der Inpflichtnahme von Unternehmen durch Grundrechtseingriffe (§ 32f Abs. 3 S. 6 GWB-E) auf der Grundlage eigener Präferenzen entscheiden.

¹²⁹ Dazu unten D. II.

¹³⁰ Gesetzesentwurf (oben Fn. 1), S. 28 (Hervorhebung nur hier).

Der Gesetzgeber wird den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts nicht gerecht, wenn er sich mit einem bloßen Kausalkriterium begnügt und keinerlei normative Leitprinzipien für die Auswahl der Maßnahmenadressaten festlegt. Die Verfassungskonformität der in § 32f Abs. 3 S. 2-4 GWB-E begründeten Befugnisse lässt sich dadurch herstellen, dass das BKartA auf Maßnahmen beschränkt wird, die sich einen normativ vorwerfbaren Verhaltensbeitrag vorwerfen lassen müssen.

dd) Gesetzesvorbehalt und Beliebigkeit der in § 32f Abs. 3 S. 6 GWB-E begründeten Zwangsbefugnisse

Der Gesetzgeber sieht in § 32f Abs. 3 S. 6 GWB-E vor, dass das BKartA beliebige Maßnahmen verhaltens- oder strukturbezogener Art ergreifen darf, um eine Beseitigung oder Verringerung der festgestellten Störung des Wettbewerbs zu erzwingen. § 32f Abs. 3 GWB-E wendet sich in grundsätzlicher Weise vom bisherigen Steuerungs- bzw. Regulierungsansatz des Verwaltungs- und Strafrechts ab.¹³¹ Der Gesetzgeber verzichtet zur Bekämpfung vermeintlicher Effektivitätsprobleme in einem wesentlichen sozialen Funktionssystem auf die legislative Formulierung von Verhaltensregeln. Stattdessen ermöglicht er es einer Verwaltungsbehörde, vor dem Hintergrund vager inhaltlicher Vorgaben eine funktionale Störung festzustellen und dann selbst zu entscheiden, welche Adressaten zu welchem Verhalten verpflichtet werden. Es handelt sich hierbei um ein in der Breite (Gesamtheit eines sozialen Funktionssystems) und Tiefe (beliebige Eingriffe struktur- und verhaltensbezogener Art) bislang einmaliges Vorhaben.

Die Begründung des Gesetzesentwurfs verweist ausdrücklich darauf, dass die Aufstellung in § 32f Abs. 3 S. 7 GWB-E nur beispielhaft ist. Sie macht geltend: „Einer abschließenden, begrifflich fixierten Auflistung aller in Betracht kommenden konkreten Abhilfemaßnahmen steht die Vielgestaltigkeit der denkbaren Störungslagen entgegen.“¹³² Diese Feststellung mag gesetzgebungstechnisch richtig sein. Verfassungsrechtlich ist diese Beliebigkeit aber mit dem im Rechtsstaatsprinzip angelegten Wesentlichkeitsvorbehalt unvereinbar. Die vom Gesetzgeber geplante grenzenlose Befugnisweite ist wettbewerbsrechtlich auf wohlbegründete Einwände gestoßen. „§ 32f Abs. 3 RefE-GWB beschreibt ein offen angelegtes „Wettbewerbsförderungsziel“, definiert aber keine Verhaltensspielräume, die seitens der Unternehmen *ex ante* erkannt und beachtet werden können. ... Angesichts des unbestimmten Wortlauts des § 32f Abs. 3 RefE-GWB wäre beispielsweise denkbar, dass die Behörde ganze Geschäftsmodelle verbietet, wenn sie zu der Auffassung gelangt, dass diese den Wettbewerb, wie er der behördlichen Vorstellung vorschwebt, beeinträchtigen. Die verstoßunabhängige verhaltensbezogene Anordnungsbefugnis enthält also – anders als derzeit § 32 GWB – die Möglichkeit, im Wege der Marktgestaltungsanordnung ganze Betriebe faktisch stillzulegen, wenn das – legale – Geschäftsmodell als wettbewerbschädlich wahrgenommen wird. Keine andere Behörde, die mit der Kontrolle von Märkten betraut ist, hat einen solchen Grad an quasi-legislatorischen Befugnissen.“¹³³

¹³¹ Oben A.

¹³² Gesetzesentwurf (oben Fn. 1), S. 28.

¹³³ Stefan Thomas, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 20 (2022), 333 (349), zum insoweit gleichlautenden RefE-GWB.

Verfassungsgerichtliche Präzedenzfälle, denen Maßstäbe für die Beurteilung der Frage, ob dies mit den Anforderungen des Wesentlichkeitsgrundsatzes vereinbar ist, gibt es nicht. Die Begründung des Gesetzesentwurfs enthält sich hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Einordnung jeglicher Ausführungen. Eine allgemeine Beurteilung der Anforderungen des Wesentlichkeitsgrundsatzes im hier interessierenden Zusammenhang ist letztlich nicht notwendig. Wenn der Wesentlichkeitsgrundsatz mit Blick auf die Regulierung sozialer Funktionssysteme irgendeine Bedeutung behalten soll, kommt man nicht um die Schlussfolgerung herum, dass der Gesetzgeber einer Verwaltungsbehörde nicht beliebige Freiheit bei der Formulierung von Verhaltensregeln lassen kann. Er muss die der Verwaltungsbehörde eröffneten Spielräume entweder dadurch eingrenzen, dass er eine abschließende Liste von Optionen festlegt, oder jedenfalls hinreichend bestimmte gesetzgeberische Regeln festlegen, die den Entscheidungsspielraum der Behörde ausrichten und eingrenzen. Der in § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB-E gewählte Ansatz (Beispiele und eine im Übrigen gänzlich unbegrenzter weiterer Gestaltungsspielraum) genügt diesen Anforderungen offensichtlich nicht.

Die Verfassungskonformität der in § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB-E begründeten Befugnisse ließe sich dadurch herstellen, dass das BKartA auf den Erlass von Maßnahmen beschränkt wird, mit denen die Wirkungen eines wettbewerbsschädigenden Verhaltens eines Unternehmens beseitigt wird.

II. Grundrechtliche Freiheitsrechte

§ 32f GWB-E ist ein in der Breite (Gesamtheit eines sozialen Funktionssystems), im Regelungsansatz (Bekämpfung von Störungen durch eine Verwaltungsbehörde) und in der Eingriffstiefe (beliebige Eingriffe struktur- und verhaltensbezogener Art) in der Geschichte Deutschlands beispielloses Vorhaben.¹³⁴ Die Gestaltungs-, Steuerungs- und Eingriffsmacht, die die Bestimmung dem BKartA verleiht, muss sich nicht nur an den staatsorganisationsrechtlichen Bestimmungen des Grundgesetzes messen lassen, sondern muss auch den Anforderungen der Grundrechte des Grundgesetzes genügen. Wettbewerbspolitiker, Wettbewerbstheoretiker und Unternehmenspraktiker haben darauf hingewiesen, dass die dem BKartA eingeräumte Eingriffsmacht schon abstrakt einen erheblichen „chilling effect“¹³⁵ haben wird: Die Marktakteure können zwar nicht abschätzen, wann eine „Störung“ des Markts vorliegt und wann sie für deren Beseitigung oder Verminderung herangezogen werden – sie sind aber bei jeder unternehmerischen Entscheidung von der Möglichkeit bedroht, dass das BKartA sie als Mitverantwortliche für eine Störung heranziehen wird. Dieses Bedrohungsszenario hat nicht nur einschüchternde Wirkung, sondern wird sich ökonomisch auch dämpfend aus (etwa auf die Innovationsbereitschaft oder die Verhaltensaggressivität im Wettbewerb).

Im Folgenden soll zunächst geklärt werden, ob die Regelung des § 32f GWB-E mit der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG vereinbar ist. Die Entflechtungsregelung (§ 32f Abs.

¹³⁴ Vgl. schon oben unter A.

¹³⁵ Hierzu etwa: *Wolff*, Anreize im Recht Ein Beitrag zur Systembildung und Dogmatik im Öffentlichen Recht und darüber hinaus, 2021, 169 ff. siehe auch *Baer*, Staatliche Steuerung durch Nudging im Lichte der Grundrechte, 2023.

4 GWB-E) soll dabei, in Übereinstimmung mit der Grundanlage dieser Studie, nicht untersucht werden. Die Untersuchung konzentriert sich auf die Befugnisse in § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB-E (nachfolgend 1.). Im Anschluss soll die Vereinbarkeit dieser Befugnisse mit der unternehmerischen Freiheit des Art. 12 GG geprüft werden (nachfolgend 2.). Weitere Grundrechte, wie etwa Art. 3 Abs. 1 GG (Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit),¹³⁶ sollen hier nicht behandelt werden.¹³⁷

1. Eigentumsgarantie (Art. 14 GG)

a) Eingriffswirkung der Maßnahmen nach § 32f Abs. 3 GWB-E

Der Gesetzgeber gewährt dem BKartA in § 32f Abs. 3 S. 1 und S. 2 GWB-E die Befugnis, Unternehmen zu Adressaten einer Verfügung zu machen. Zudem wird der Behörde in § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB-E die Kompetenz verliehen, beliebige Maßnahmen struktur- oder verhaltensbezogener Art anzuordnen, um eine erhebliche „Störung des Wettbewerbs“ zu beseitigen oder zu vermindern. Die Begründung des Gesetzesentwurfs lässt die Fehlvorstellung erkennen, dass Maßnahmen nach § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB-E keine „eigentumsrechtlichen Maßnahmen“ sein könnten.¹³⁸ Das ist schon mit Blick auf die in § 32f Abs. 3 S. 7 GWB-E aufgelisteten Beispiele unrichtig, und es ist natürlich erst recht unrichtig, wenn es um die allgemeine Kompetenz zur Inpflichtnahme von Unternehmen (§ 32f Abs. 3 S. 6 GWB-E) geht.

aa) Gewährleistungsgehalt von Art. 14 Abs. 1 GG

Die grundrechtliche Eigentumsgarantie schützt die tatsächlichen und rechtlichen Freiheiten, die der Eigentümer mit Blick auf das Eigentumsgut innehaben soll. Die Grundrechtsbestimmung greift nur, wenn und soweit dem Grundrechtsträger Eigentum im verfassungsrechtlichen Sinn zugeordnet ist. Art. 14 GG schützt nicht nur die vom bürgerlichen Recht begründeten Eigentumspositionen, sondern auch bestimmte öffentlich-rechtlich gewährte Rechte. Es ist unstrittig, dass das Sach- und das Anlagevermögen eines Unternehmens diesen Schutz genießen. Die Eigentumsposition kann dabei Mobilien, Immobilien, aber auch Ansprüche und sonstige Rechtspositionen vermögenswerter Natur umfassen. Der Schutz ist grundsätzlich weit gezogen: In der Entscheidung zur Überschussbeteiligung im Versicherungsbereich ging das BVerfG so weit, nicht nur

¹³⁶ Zur Verantwortung des Gesetzgebers für einen gleichmäßigen Vollzug gesetzlicher Steuerungs- und Belastungsmaßnahmen: *Eckhoff*, Rechtsanwendungsgleichheit im Steuerrecht die Verantwortung des Gesetzgebers für einen gleichmäßigen Vollzug des Einkommensteuerrechts, 1999; *Reimer*, Allgemeiner Gleichheitssatz in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, 2022, Bd. 4, § 128 Rdnr. 95 ff.

¹³⁷ Im Schrifttum wird darauf hingewiesen, dass die Märkte, in denen das vorgesehene Instrument zur Anwendung kommen wird, regelmäßig überstaatlicher Struktur sind. Das Instrument wird aus praktischen Gründen aber letztlich vor allem deutsche Unternehmen treffen und so einen Wettbewerbsnachteil bewirken.

¹³⁸ Gesetzesentwurf (oben Fn. 1), S. 17, 28. Dort wird der Begriff „eigentumsrechtliche Maßnahme“ nur auf § 32f Abs. 4 GWB-E angewandt.

Ansprüche aus Lebensversicherungen dem Schutz von Art. 14 GG zu unterstellen, sondern auch die vom Versicherungsunternehmen bereits angesammelten Überschüsse; das Gericht spricht insofern von „eine(r) vertrags- und aufsichtsrechtlich abgesicherte(n), bei planmäßigem Verlauf auch wirtschaftlich gehaltvolle(n) Position“. ¹³⁹ Darüber hinaus genießen eigentumsgrundrechtlichen Schutz auch die Rechtspositionen, die ein Anteilseigner am Unternehmensträger innehat. ¹⁴⁰ Die nach Art. 14 GG geschützte Rechtsposition umfasst nicht lediglich vermögensrechtliche Ansprüche auf Gewinnbeteiligung und Ausschüttung im Liquidationsfall, sondern vor allem die in der mitgliedschaftlichen Stellung begründeten Entscheidungsrechte. ¹⁴¹

Art. 14 Abs. 1 GG gewährt verfassungsrechtlichen Schutz für den *Bestand des Eigentums*: Staatliche Maßnahmen, die auf einen Entzug des Eigentums oder auf eine Pflicht zur Veräußerung hinauslaufen, sind immer als Beeinträchtigung der Freiheit des Art. 14 Abs. 1 GG anzusehen. Darüber hinaus schützt Art. 14 Abs. 1 GG auch die *Nutzung des Eigentumsguts*. ¹⁴² Die Grundrechtsbestimmung erstreckt sich auch auf die Freiheit, mit dem Eigentumsgut grundsätzlich nach Belieben verfahren zu können. Art. 14 Abs. 1 GG beruht auf der Vorstellung einer prinzipiell umfassenden Herrschafts- und Verfügungsbefugnis des Eigentümers über seine Güter (Freiheit als regulative Idee). ¹⁴³ Die Eigentümerfreiheit umfasst damit nicht lediglich das Recht, die Position passiv innezuhaben. Eigentum aktiviert Freiheit: Im Zentrum des verfassungsrechtlichen Schutzes steht die Entscheidung darüber, ob und wie die eigentumsrechtlich zugeordneten Güter genutzt werden. Die Eigentumsfreiheit umfasst auch die Freiheit der Schaffung eines organisatorischen Rahmens, in dem die Nutzung erfolgt. Zwingt die öffentliche Hand ein Unternehmen dazu, Unternehmensteile gesellschaftsrechtlich neu zu verfassen, wird in die vom Eigentumsgrundrecht geschützte Organisationsfreiheit des Trägers der Garantie eingegriffen. ¹⁴⁴ Gleiches gilt im Fall der Anordnung der Auflösung eines unternehmerischen Verbunds (Formen des „spin off“, „split off“ und des „split up“), mit denen in die eigentumsrechtlich abgesicherte Freiheit der Organisation der Nutzung von Eigentumsgütern eingegriffen wird. Auch die Verpflichtung zum Abschluss obligatorischer oder dinglicher Verträge über die Nutzung, Veräußerung oder Belastung von Eigentumspositionen bewirkt einen Eingriff, ebenso wie das Gebot, derartige Vertragsschlüsse zu unterlassen: In beiden Fällen wird der von Art. 14 GG umfasste Freiheitsbereich berührt. ¹⁴⁵ Keinen Schutz erstreckt die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Eigentums demgegenüber auf das (wirtschaftliche) Umfeld, in dem sich eine Eigentumsposition bewegt. Das BVerfG hat in ständiger Rechtsprechung ausgesprochen, dass

¹³⁹ BVerfGE 114, 1.

¹⁴⁰ BVerfGE 14, 263 (276 ff.); 25, 371 (407); 50, 290 (351); 100, 289 (301 f.). Umfassend: *Schmidt-Aßmann*, Festschrift Peter Badura 2003, 1009 ff.

¹⁴¹ Hierzu etwa *Suhr*, Eigentumsinstitut und Aktieneigentum, 1966.

¹⁴² Als Eigentumsgut sind verfassungsrechtlich nicht nur Sachen etc. zu bezeichnen, sondern auch Rechte des Unternehmens.

¹⁴³ BVerfGE 52, 1 (30).

¹⁴⁴ BVerfGE 50, 290 (351).

¹⁴⁵ *Papier/Shirvani*, Kommentierung des Art. 14 GG, in: Dürig/Herzog/ Scholz (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Stand 2023, Art. 14 Rdnr. 229.

Marktstellungen nicht geschützt sind.¹⁴⁶ Das Grundrecht "gewährt daher ... keinen Schutz davor, sich im Wettbewerb behaupten zu müssen und gegebenenfalls Kunden an konkurrierende Unternehmen zu verlieren".¹⁴⁷ In der Entscheidung über die Einführung der Öko-Steuer stellt das Gericht in diesem Zusammenhang fest: "Die Erwartung, dass ein Unternehmen auch in der Zukunft rentabel betrieben werden kann, fällt nicht in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG".¹⁴⁸ Ebenso wenig bietet Art. 14 GG Schutz vor Schwankungen des Wertes, die einem Eigentumsgut im Markt zugeschrieben werden: Wertzuschreibungen im Markt werden (und können auch) nicht über Art. 14 GG stabilisiert werden.

bb) Zweistufige Grundrechtsbeeinträchtigung

Nach diesen Maßstäben bewirkt § 32f GWB-E auf zwei Stufen eine Beeinträchtigung von Art. 14 Abs. 1 GG.

(1) Designation als potentieller Maßnahmenadressat (§ 32f Abs. 3 S. 2 GWB-E)

Die in § 32f Abs. 3 S. 2 GWB-E vorgesehene Verfügung bewirkt eine Grundrechtsbeeinträchtigung. Der Staat wirkt in die grundrechtlich geschützte Freiheitssphäre ein, wenn er Bürgerinnen und Bürger oder Unternehmen per Verfügung erklärt, dass sie im nächsten Verfahrensabschnitt zum Objekt belastender Maßnahmen gemacht werden könnten. Die Designation als potentieller Maßnahmenadressat ist nicht grundrechtlich „neutral“ oder für den Gebrauch der grundrechtlichen Freiheiten irrelevant. Art. 14 Abs. 1 GG ist berührt, wenn und soweit im zweiten Verfahrensabschnitt Maßnahmen in Betracht kommen oder gar absehbar vorgesehen sind, die die Freiheit des Art. 14 Abs. 1 GG beeinträchtigen.

(2) Erlass von Verpflichtungen nach § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB-E

Darüber hinaus sieht Art. 32f GWB-E den Erlass von eigentumsbeeinträchtigenden Maßnahmen in § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB-E vor.

Die Gewährleistung von Art. 14 Abs. 1 GG wird schon durch einige der Maßnahmen berührt, die in den Regelbeispielen in § 32f Abs. 3 S. 7 GWB-E vorgesehen sind. Die in Nr. 6 vorgesehene „organisatorische Trennung von Unternehmens- oder Geschäftsbereichen“ greift die Nutzungs- und Entscheidungsfreiheit im Umgang mit Unternehmenseigentumspositionen an. Die in Nr. 1 vorgesehene Verpflichtung, dritten Unternehmen „Zugang zu Daten, Schnittstellen, Netzen oder sonstigen Einrichtungen“ zu gewähren, ist eigentumsrechtlich relevant: Hier wird in die Freiheit der Nutzung von und Verfügung über eigentumsrechtlich zugeordnete Güter eingegriffen. Die in Nr. 2 vorgesehene Möglichkeit, „Vorgaben zu den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen“ zu machen, hat eine eigentumsrelevante Dimension insofern, als sie auch die Nutzung von eigentumsrechtlich zugeordneten Gütern umfassen kann: Die Bestimmung ist so weit

¹⁴⁶ BVerfGE 105, 252 (278); BVerfGE 110, 274; BVerfG (Kammer) NJW-RR 2001, 750.

¹⁴⁷ BVerfG (Kammer), NJW-RR 2001, 750.

¹⁴⁸ BVerfGE 110, 274.

gefasst, dass ihr beliebige Formen der Pflicht zur Begründung von (Mit-)Nutzungsrechten oder von Nutzungsbeschränkungen unterfallen können.

Darüber hinaus ist auch die allgemeine Anordnungsbefugnis nach § 32f Abs. 3 S. 6 GWB-E eigentumsrelevant und muss daher an Art. 14 Abs. 1 GG gemessen werden. Weil sie grundsätzlich unbeschränkt ist, kann sie sich rechtlich auf jede Form der unternehmerischen Entscheidung über die Nutzung eigentumsrechtlich zugeordneter Güter erstrecken. Die verfassungsrechtliche Bewertung muss sich dem Umstand stellen, dass das BKartA in umfassender Weise ermächtigt werden soll, Nutzungsregime über Eigentums Güter zu schaffen. Die Behörde soll rechtlich sogar die Zwangsabgabe von Eigentums Gütern anordnen können.

bb) Maßnahmen nach § 32f Abs. 3 S. 2 GWB-E und § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB-E als Inhaltsbestimmung

Die verfassungsrechtliche Beurteilung der in § 32f Abs. 3 S. 2 GWB-E und § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB-E vorgesehenen eigentumsrelevanten Maßnahmen hängt wesentlich von der Frage ab, ob man sie als Enteignung oder als Inhaltsbestimmung des Eigentums ansieht.¹⁴⁹ Eine Enteignung muss den Anforderungen des Art. 14 Abs. 3 GG entsprechen; andernfalls ist sie nichtig. Maßnahmen zur Inhaltsbestimmung des Eigentums müssen demgegenüber insbesondere den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips genügen.

Das BVerfG geht inzwischen in gesicherter Rechtsprechung davon aus, dass gesetzliche Maßnahmen, die die Inhalte einer eigentumsgrundrechtlich geschützten Rechtsposition generell und abstrakt festlegen, als eine Inhaltsbestimmung des Eigentums anzusehen ist.¹⁵⁰ Das Gericht hat, beginnend mit den Entscheidungen zum Kleingartenrecht¹⁵¹ und zur Nassauskiesung¹⁵², in den letzten drei Jahrzehnten den Anwendungsbereich von Art. 14 Abs. 3 GG kontinuierlich zurückgeführt, das Konzept der Enteignung auf seine Wurzeln zurückgeführt und geht heute von einer Enteignung nur bei Vorliegen eines staatlichen Güterbeschaffungsvorgangs aus. Diese Sichtweise hat sich spätestens in den Entscheidungen zum Denkmalschutz,¹⁵³ zur Baulandumlegung¹⁵⁴ und zum Atomausstieg¹⁵⁵ durchgesetzt.

Im hier interessierenden Kontext zwingt das zu der Schlussfolgerung, dass § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB-E eine Inhaltsbestimmung des Eigentums vorsieht. Die Bestimmung entzieht nicht das Eigentum zu staatlichen Güterbeschaffungszwecken, sondern begründet eine der Eigentumsposition latent anhaftende Pflichtigkeit. Es liegt kein staatlicher Zugriff auf Eigentums Güter vor, die zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben vollständig

¹⁴⁹ Ausführlich und m.w.N.: *Becker*, ZRP 2010, 107; *Droege/Wischmeyer*, Juristische Schulung 2009, 706.

¹⁵⁰ BVerfGE 58, 300 (330).

¹⁵¹ BVerfGE 58, 1.

¹⁵² BVerfGE 58, 300.

¹⁵³ BVerfGE 100, 226.

¹⁵⁴ BVerfGE 104, 1; siehe auch BVerfGE 112, 93; BVerfGE 114, 1.

¹⁵⁵ BVerfGE 143, 246.

oder teilweise entzogen werden sollen. Stattdessen beansprucht der Gesetzgeber, den Umgang des Eigentümers mit seinen Gütern rechtlich (neu) regeln zu können, indem einer Verwaltungsbehörde die Befugnis zum Erlass von nutzungsregelnden Maßnahmen gewährt wird.

b) Grundrechtswidrigkeit wegen Verletzung des Bestimmtheitsgebots und des Gesetzesvorbehalts

Der Umstand, dass es § 32f Abs. 3 S. 1 i.V.m. Abs. 5 GWB-E an hinreichender Bestimmtheit fehlt und wesentliche Fragen nicht vom Gesetzgeber entschieden werden,¹⁵⁶ hat nicht nur staatsorganisationsrechtliche Bedeutung. Er schlägt sich auch nicht nur in einer Verletzung des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips nieder (Art. 20 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 GG). Es entspricht ständiger Rechtsprechung des BVerfG, dass es die Grundrechtsträger nicht hinnehmen müssen, dass ihre Grundrechte durch ein Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes beeinträchtigt werden, das mit der Verfassung unvereinbar ist. Das bedeutet konkret, dass schon die Designation als Verfügungsadressat nach § 32f Abs. 3 S. 2 GWB-E verfassungswidrig wäre, wenn § 32f GWB-E in der geltenden Form erlassen würde. Zudem wären auch Maßnahmen nach § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB-E verfassungswidrig, weil das BKartA hier grundrechtsbelastende Befugnisse in Anspruch nehmen würde, die mit den Vorgaben des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips unvereinbar sind.

c) Fehlende Verhältnismäßigkeit

Im Folgenden soll zudem aufgezeigt werden, dass die gesetzliche Begründung einer verwaltungsbehördlichen Kompetenz, beliebige Maßnahmen struktur- oder verhaltensbezogener Art anzuordnen, um eine erhebliche „Störung des Wettbewerbs“ zu beseitigen oder zu vermindern, nicht den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes genügt. Die in § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB-E vorgesehenen Eingriffsmöglichkeiten gehen über eine den diesbezüglichen Anforderungen entsprechende Weise deutlich hinaus. Sie akzentuieren nicht nur die in Art. 14 Abs. 2 GG angesprochene Sozialpflichtigkeit des Eigentums, sondern nehmen Eigentümer als Nichtstörer, vielfach auch ohne erkennbare normative Verantwortung, in Anspruch.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Dazu oben D. I. 1. b).

¹⁵⁷ Das Erfordernis der Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes kann nicht mit dem Argument in Frage gestellt werden, dass „das Bundeskartellamt die Vorschrift verfassungskonform unter Berücksichtigung der jeweils möglicherweise betroffenen Grundrechte ... auszulegen hat“ (so Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Referentenentwurf zum Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz. Der verfassungsrechtliche Rahmen für die Änderungsvorschläge der 11. GWB-Novelle, WD 3-3000-174/22 vom 21.2.2023, S. 26; ähnlich *Mundt*, NZKart 2023, 1 (3)). Wäre dies richtig, könnte der Gesetzgeber Beliebiges anordnen, wenn nur die Erwartung besteht, dass die ausführende Verwaltung sich auf verhältnismäßige Maßnahmen beschränkt. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz würde dann seine Bindungswirkung für den Gesetzgeber verlieren.

aa) Breite und Diffusität des Instruments erschwert die verfassungsrechtliche Beurteilung

Wer sich mit der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit von § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB-E befasst, kämpft mit der Diffusität und Unbestimmtheit des einzuführenden regulativen Instruments. Es bestehen offensichtliche Schwierigkeiten, die Verhältnismäßigkeit einer Regelung in Frage zu stellen – oder auch argumentativ aufzuzeigen, die die Breite von § 32f GWB-E aufweist. Ein Instrument, das dem (tatsächlichen oder vermeintlichen) Schutz des Koordinationsmechanismus „Wettbewerb“ in dem breiten gesellschaftlichen Funktionssystem „Markt“ dient, verfolgt schon (jenseits des Semantischen) ein überaus diffuses Ziel. Die Bewertung von Ziel-Mittel-Relationen fällt schwer, wenn es um ein so unklares Ziel wie Bekämpfung von „Störungen“ des Wettbewerbs mit beliebigen Mitteln auf der Rechtsfolgenseite geht. Eine verfassungsrechtliche Einordnung und (Verhältnismäßigkeits-)Bewertung des Instruments wird nur gelingen, wenn eine präzise Rekonstruktion des politisch-normativen Programms möglich ist, das der Gesetzgeber verfolgt.¹⁵⁸ Wenn das aus Gründen der Unklarheit des normativen Programms Schwierigkeiten bereitet, droht die Kontrolle ins Leere zu laufen.

Verteidiger der Verhältnismäßigkeit werden einerseits geltend machen, dass die Beseitigung von „Störungen“ immer legitim sein muss. Sie werden andererseits darauf setzen, dass mit dem Instrument von der ermächtigten Verwaltungsbehörde *in concreto* etwas Sinnvolles gemacht werden wird. Aus verfassungsrechtlicher Sicht reicht diese Erwartung (oder diese Hoffnung) allerdings nicht aus. Ein gesetzliches Eingriffsinstrument muss nicht nur semantisch, sondern auch sachlich-inhaltlich einen ganz konkreten Zielzustand verfolgen, der auf seine Legitimität überprüft werden kann. Es muss im Übrigen aufgezeigt werden können, dass das Instrument in voller Breite verhältnismäßig ist. Dies bedeutet konkret, dass die der Behörde übertragenen Kompetenzen nicht nur einzeln oder teilweise den Anforderungen von Geeignetheit und Erforderlichkeit zu entsprechen haben; sie müssen diesen Anforderungen vollumfänglich genügen.

Dieser Nachweis muss *ex ante* geführt werden können; es reicht nicht aus, auf eine spätere Bewährung in der Hand einer vertrauenswürdigen Verwaltungsbehörde zu vertrauen. Die materielle Argumentationslast für die Erfüllung dieser Anforderungen liegt auf Seiten des Staates (bzw. des handelnden Gesetzgebers). Er ist zwar von Verfassung wegen nicht verpflichtet, seine Entscheidung zu begründen. Fehlt es aber an hinreichenden Gründen, muss er sich den Vorwurf gefallen lassen, sehenden Auges eine Entscheidung getroffen zu haben, die materiell mit den grundgesetzlichen Anforderungen unvereinbar ist.

bb) Designation als potentieller Maßnahmenadressat (§ 32f Abs. 3 S. 2 GWB-E)

Die in § 32f Abs. 3 S. 2 GWB-E vorgesehene Verfügung bewirkt – wie vorstehend festgestellt – für die designierten Unternehmen eine Grundrechtsbeeinträchtigung. Die

¹⁵⁸ So die Mahnung von *Engel*, Wettbewerb und Gemeinwohl (Competition and the Common Good), 2021, 7. Engel beobachtet, dass das Bundesverfassungsgericht diese Rekonstruktion gelegentlich „sehr ad hoc“ vornimmt.

Regelung ist unverhältnismäßig, weil sie schon kein hinreichend legitimes Ziel verfolgt. Sie ist im Übrigen unangemessen.

Die Kompetenz nach § 32f Abs. 3 S. 2 GWB-E soll nach den Vorstellungen der Verfasserinnen und Verfasser des Gesetzesentwurfs dazu dienen, die Feststellungen nach S. 1 zum Vorliegen einer „Störung“ des Wettbewerbs zu personalisieren. Dem BKartA wird die Möglichkeit eingeräumt, Unternehmen, die durch irgendein am Markt spürbares Verhalten¹⁵⁹ zu der vom BKartA beobachteten Störung kausal beigetragen haben, rechtlich zu fixieren.¹⁶⁰ Mit diesem Schritt soll materiell-rechtlich sichergestellt werden, dass sich der zweite Prüfungsabschnitt nicht auf Unternehmen erstreckt, die „die offensichtlich keinen oder nur einen ganz entfernten oder geringfügigen Beitrag zu der Wettbewerbsstörung geleistet haben.“¹⁶¹ Der Gesetzesentwurf macht darüber hinaus geltend, dass die von § 32f Abs. 3 S. 2 GWB-E ermöglichte (grundrechtsbelastende) Designation den Interessen der fixierten Unternehmen diene: Sie ermögliche „betroffenen Unternehmen im Zusammenspiel mit § 54 Absatz 2 Nummer 2 und § 73 Absatz 1 Satz 1 eine gerichtliche Überprüfung der Feststellung der Störung des Wettbewerbs. Rechtsbehelfe gegen die Feststellung der Störung haben keine aufschiebende Wirkung.“¹⁶²

In der zweistufigen Konstruktion des § 32f GWB-E ist es angelegt, dass das BKartA zum Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung nach § 32f Abs. 3 S. 2 GWB-E noch keine abschließende Feststellung darüber treffen kann, ob die zum Verfügungsobjekt gemachten Unternehmen tatsächlich alle Voraussetzungen einer Inanspruchnahme nach § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB-E erfüllen. Es ist auch noch nicht absehbar, wie sie gegebenenfalls für die beanspruchte Beseitigung oder Verminderung der „Störung“ herangezogen werden. Mit Blick darauf, dass die Verfügung nach § 32f Abs. 3 S. 2 GWB-E ohne rechtzeitige Anfechtung bestandskräftig wird, zwingt der Gesetzgeber designierte Unternehmen in ein Rechtsschutzverfahren, ohne dass sie sehen können, ob und wie sie im Ergebnis belastet werden. Damit verfolgt der Gesetzgeber kein rechtsstaatlich legitimes Ziel.

Diese Feststellung kann nicht mit dem Argument in Frage gestellt werden, dass es der Verwaltungsvereinfachung diene, wenn zunächst in einem quasi objektiven Zwischenverfahren über die Richtigkeit der Feststellung einer „Störung“ (§ 32f Abs. 3 S. 1 GWB-E) und über die Richtigkeit der Behauptung nach § 32f Abs. 3 S. 2 GWB-E gestritten wird, bevor dann später geklärt wird, ob und wie das Unternehmen subjektiv-konkret zur Beseitigung oder Verringerung der Störung herangezogen wird. Art. 20 Abs. 3 GG schützt Bürgerinnen und Bürger ebenso wie Unternehmen davor, sich in ein derartiges Zwischenverfahren hineinzwingen zu lassen, wenn für sie nicht erkennbar ist,

¹⁵⁹ Gesetzesentwurf (oben Fn. 1), S. 28: „Ein wesentlicher Beitrag liegt bereits in jedem am Markt spürbaren Verhalten.“ Klarstellend: „Dabei ist eine Verletzung des Wettbewerbsrechts durch das entsprechende Unternehmen nicht erforderlich.“

¹⁶⁰ § 32f Abs. 3 S. 5 GWB-E lässt es zu, den Kreis der durch Verfügung identifizierten Unternehmen jederzeit auf weitere Unternehmen ausweiten.

¹⁶¹ Gesetzesentwurf (oben Fn. 1), S. 28.

¹⁶² Gesetzesentwurf (oben Fn. 1), S. 28.

ob sie am Ende wirklich belastet werden (können). Hierin liegt immer auch ein unangemessener Grundrechtseingriff.

cc) Verpflichtungen nach § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB-E

Die Bestimmung des § 32f Abs. 3 GWB-E erweist sich auch auf der zweiten Stufe als unverhältnismäßig.

(1) Fehlen eines hinreichend klar erkennbaren legitimen Ziels

Die in § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB-E vorgesehene Befugnis zur Beseitigung von erheblichen „Störungen“ des Koordinationsmechanismus „Wettbewerb“ im gesellschaftlichen Funktionssystem „Markt“ wirft bereits deshalb Zweifel auf, weil der Gesetzgeber damit den Versuch einer allgemeinen und umfassenden „Normalisierung“ der Anschauungen über Normallagen und Probleme in einem sozialen Funktionssystem vornimmt, die dem liberalen Verfassungsdenken fremd ist.¹⁶³ Es lässt sich mit guten Gründen argumentieren, dass es dem Gesetzgeber (oder einer von ihm ermächtigten Verwaltungsbehörde) schon im Ansatz nicht freistehen darf, das Ziel zu verfolgen, einen allgemeinen Standard der Normalität in Funktionssystemen wie politischer Willensbildung, Wissenschaft, Kultur oder Sport festzulegen (oder durch eine Behörde festzulegen). Das muss entsprechend auch für das Funktionssystem Markt gelten. Es ist eine Sache, ob der Gesetzgeber eine Behörde dazu ermächtigt, die von ihm festgelegten Verhaltensregeln durchzusetzen, und eine andere Sache, allgemeine Standards für das Gestörtsein eines gesellschaftlichen Funktionssystems zu definieren. Bedenken bestehen zudem, weil sich in den Vorstellungen des Gesetzgebers eine (ebenfalls beschriebene) sozio-technokratische Hybris ausdrückt, wonach es den Amtswaltern einer staatlichen Behörde möglich sein soll, auf der Grundlage der verfügbaren Wissensbasis und mit hinreichender Rationalität zu belastbaren Aussagen zu kommen.¹⁶⁴ Das kann hier aber letztlich dahinstehen.

Den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Legitimität des gesetzgeberischen Ziels wird die geplante Regelung deshalb nicht gerecht, weil es dem Gesetzgeber zwar möglich ist, von „Störungen“ des Wettbewerbs zu sprechen. Es ist ihm auch möglich, dafür einzelne Beispiele zu benennen. Die Verfasserinnen und Verfasser des Gesetzesentwurfs gestehen aber offen ein, dass sie den angestrebten Zielzustand weder definieren noch so greifbar konkretisieren können, dass er über die Breite des Anwendungsbereichs von § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB-E erkennbar wird.¹⁶⁵ Der Begründung des GWB-E lässt sich auch nicht entnehmen, warum dem BKartA eine Befugnis eingeräumt werden soll, die über die in der Begründung genannten wettbewerbsschädigenden Konstellationen der förmlichen oder impliziten Kooperation ((1) Kollusion und Parallelverhalten im Oligopol; (2) Ownership, (3) vertragliche Bindungen) hinausgehen soll. Die Begründung erläutert nicht, warum sie sich nicht der Bekämpfung dieser wettbewerbs-theoretisch abgesicherten Problemlagen begnügen, sondern ein allgemeines Instrument zur „Wettbewerbsdurchsetzung“ schaffen wollen.

¹⁶³ Dazu oben C. IV.

¹⁶⁴ Hierzu oben C. III.

¹⁶⁵ Siehe oben Text bei Fn. 30.

Die verfassungsrechtliche Bewertung darf sich dabei nicht damit begnügen, festzustellen, dass es begrifflich sicherlich eine legitime Zielsetzung ist, „Störungen“ des Wettbewerbs verfolgen zu lassen. Wenn sich der Gesetzgeber bewusst und erklärtermaßen jeder definatorischen oder bedeutungskonkretisierenden Festlegung enthält, was „Störung“ ist,¹⁶⁶ kann er nicht zugleich beanspruchen, ein hinreichend klar erkennbares Ziel zu verfolgen. Der Gesetzgeber räumt ein, dass er bei der Schaffung der geplanten behördlichen Kompetenz von einer vagen regulativen Idee geleitet wird, das Ziel aber letztlich nicht beschreiben kann.¹⁶⁷

Um den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu genügen, muss der Gesetzgeber darlegen können, dass in der von ihm geschaffenen Kompetenz ein normatives Programm eingeschrieben ist, das die prognostische Erwartung begründet, dass die Kompetenz auch tatsächlich zu einem Ziel verwandt wird, das den grundrechtlichen Standards der Eingriffsrechtfertigung entspricht. Wird demgegenüber eine Kompetenz ins Blaue hinein begründet, ohne dass der Gesetzgeber ein klares normatives Programm formuliert,¹⁶⁸ kann nicht davon gesprochen werden, dass die Regelung von einem Gemeinwohl-anliegen getragen wird. Die Hoffnung darauf, dass die Behörde die Kompetenz in einer Weise verwenden wird, die einen (konkreten) Gemeinwohlbeitrag bringen wird, reicht nicht aus, um ein legitimes Ziel attestieren zu können.

Hinter § 32f Abs. 3 GWB-E steht zusammenfassend eine Entscheidung, die auf die Begründung behördlicher Macht ins Blaue hinein hinausläuft: Der Entwurf wird von der Hoffnung und Erwartung getragen, dass das BKartA daraus etwas Sinnvolles mache. Das genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips schon auf der Ebene der Legitimität des Ziels nicht.

¹⁶⁶ Es ist oben herausgearbeitet worden, dass die Topoi Blickwinkel zur Beschreibung der Empirie bezeichnen, aber keine normative Aussage hinsichtlich der Schwelle der Störung enthalten. Gleiches gilt für die Regelbeispiele.

¹⁶⁷ Um etwaigen Einwänden zuvorzukommen, sei an dieser Stelle darauf verwiesen, dass sich beispielsweise der Zielzustand, der hinter der polizeirechtlichen Generalklausel steht, klar bestimmen lässt: Es geht um einen Zustand, in dem Verstöße gegen das geschriebene Recht bzw. eine Gefährdung des Staats und seiner Institutionen („Sicherheit“) sowie eine Verletzung der empirisch nachweisbaren grundsätzlichen Vorstellungen über das Zusammenleben („Ordnung“) nicht gegeben sind. Ähnliches gilt auch für andere verwaltungsrechtliche Eingriffsbefugnisse.

¹⁶⁸ Das ist nicht nur eine verfassungsrechtliche Notwendigkeit. Auch wettbewerbspolitisch wird auf das „Fehlen einer präzisen Bedarfsdiagnose für ein solches Instrument“ hingewiesen. *Thomas*, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 20 (2022), 333: „Wie sich gezeigt hat, sind die im RefE angeführten Schadensszenarien nicht plausibel. Das deutsche und das EU-Kartellrecht sowie flankierende Regelungen wie der DMA spannen mittlerweile ein so engmaschiges Netz über marktrelevante Verhaltensweisen von Unternehmen, dass die behaupteten Lücken, die ein § 32f RefE-GWB zu schließen hätte, nicht existieren.“

(2) Geeignetheit

Im Lichte der vorstehenden Beschreibung des geplanten Eingriffsinstituts lässt sich auch seine Geeignetheit nicht begründen. Dies gilt jedenfalls für die Regelbeispiele des § 32f Abs. 3 S. 7 GWB-E hinausreichenden Kompetenz nach § 32f Abs. 3 S. 6 GWB-E.

Auch auf dieser Ebene ist zwischen einer abstrahierenden Betrachtungsweise und einer konkreten Nachweisebene zu unterscheiden. Bei rein abstrakter Betrachtung lässt sich schwerlich in Zweifel ziehen, dass das geplante Instrument irgendwie das (diffuse) Ziel der Verbesserung des Wettbewerbs zu fördern geeignet ist: Wenn der Gesetzgeber einer Behörde eine blankettartige Kompetenz erteilt, beliebige Verhaltens- und Strukturmaßnahmen anzuordnen, wird man davon ausgehen können, dass am Ende die eine oder andere wettbewerbsfördernde Entscheidung ergehen wird. Das entspricht praktischer Erfahrung. Für die Begründung der Geeignetheit als Teil einer Verhältnismäßigkeitsprüfung reicht dieser Nachweis aber nicht aus. Die Geeignetheit der über die Regelbeispiele des § 32f Abs. 3 S. 7 GWB-E hinausreichenden allgemeinen Kompetenz nach § 32f Abs. 3 S. 6 GWB-E lässt sich nicht begründen, wenn nicht definiert oder hinreichend konkret beschrieben werden kann, wie der vom Gesetzgeber angestrebte Zielzustand aussieht. Der Gesetzgeber erklärt allerdings selbst, dass er dazu „angesichts der Vielgestaltigkeit“ der Lebenssachverhalte nicht in der Lage ist. Letztlich lässt sich der Nachweis der Geeignetheit der über die Regelbeispiele des § 32f Abs. 3 S. 7 GWB-E hinausreichenden Kompetenz nach § 32f Abs. 3 S. 6 GWB-E mangels eines klaren normativen Programms nicht führen.

(3) Erforderlichkeit

Das Eingriffsinstitut ist hinsichtlich der über die Regelbeispiele des § 32f Abs. 3 S. 7 GWB-E hinausreichenden allgemeinen Kompetenz nach § 32f Abs. 3 S. 6 GWB-E auch nicht erforderlich. Die Begründung einer allgemeinen, über die Regelbeispiele des § 32f Abs. 3 S. 7 GWB-E hinausreichenden Eingriffsbefugnis in § 32f Abs. 3 S. 6 GWB-E ist weder von hinreichendem Wissen getragen noch auf die dem Gesetzgeber erkennbar vor Augen stehenden Störungsszenarien ausgerichtet. Ein sicheres Ergebnis der langjährigen Diskussionen in Wettbewerbstheorie, Wettbewerbsökonomie und Wettbewerbspolitik ist, dass es zwar tatsächlich hinreichend belastbares (modellbasiertes oder empirisches) Wissen über Wettbewerbsdefizienzen gibt, dass es hierbei aber nur um wenige konkrete Konstellationen geht. Die in der Begründung des Gesetzesentwurfs erwähnte Studie macht ebenfalls deutlich, dass von einer (erheblichen) Störung des Wettbewerbs vor dem Hintergrund des verfügbaren Wissens und mit hinreichender Belastbarkeit nur in einzelnen spezifischen Konstellationen gesprochen werden kann.

Es ist damit offensichtlich, dass die Bekämpfung der in der Wettbewerbstheorie, Wettbewerbsökonomie und Wettbewerbspolitik diskutierten schädlichen Konstellationen nicht die Einführung einer umfassenden Regulierung für den gesellschaftlichen Funktionsbereich „Markt“ und sein Koordinationsmechanismus verlangt. Es würde vielmehr ausreichen, wenn sich der Gesetzgeber darauf konzentrierte, die spezifischen theoretisch identifizierbaren und empirisch belastbar als schädlich einzuordnenden Konstellationen enumerativ zu benennen und vor diesem Hintergrund dem BKartA die zur Bekämpfung konkret notwendigen Mittel in die Hand zu geben. Der Einführung einer allgemeinen

Kompetenz (entsprechend § 32f Abs. 3 S. 6 GWB-E) bedarf es nicht, wenn sich die theoretisch und empirisch erkennbaren Schadenskonstellationen auch mit einem konkret-spezifischen Ansatz bewältigen lassen. Sollten sich die theoretischen Erkenntnisse oder das empirische Wissen ändern, kann die Regelung jederzeit nachgeführt werden.

Dem Erforderlichkeitsgrundsatz wird damit entsprochen, wenn der Gesetzgeber sich damit begnügt, die nach heutigem Wissen als schädlich anzusehenden Konstellationen in einer Auflistung (entsprechend der Regelungstechnik des Digital Markets Act) zu benennen. Eine Regelungstechnik, wie sie der EU-Gesetzgeber im Digital Markets Act gewählt hat, ist als milderer Mittel gleich effektiv. Dass die Wahl dieser Gesetzgebungstechnik eine vertiefte Auseinandersetzung des mit dem gesicherten Stand von schädlichen Konstellationen voraussetzte, steht der Annahme nicht entgegen. Der Gesetzgeber kann die fehlende Erforderlichkeit einer Eingriffskompetenz nicht damit begründen, dass er sich eine vertiefte Beschäftigung mit der Sachmaterie ersparen will. Der EU-Gesetzgeber hat beim Erlass des Digital Markets Act gezeigt, dass dies möglich und zumutbar ist und zu einem eindeutig milderem Eingriffsinstrument führt, als dies mit einer blankettartigen Kompetenz gelingt.

(4) Angemessenheit

Art. 14 Abs. 1 GG verlangt eine Abwägung, in der die für und gegen die Maßnahme sprechenden Gesichtspunkte umfassend ermittelt und in Rechnung gestellt werden. Nicht alle Gesichtspunkte haben dabei das gleiche Gewicht. Sie müssen nicht nur erfasst und benannt, sondern auch gewichtet werden. Von Bedeutung ist nicht nur die Art der in Frage stehenden Eigentumsposition, sondern auch der Grad der Verkürzung oder Beeinträchtigung der Privatnützigkeit. Staatliche Maßnahmen, die auf Rechtspositionen zugreifen, die einen besonderen personalen Bezug aufweisen, sind in besonderem Maße rechtfertigungsbedürftig. Eigentum, das der persönlichen Freiheitsentfaltung dient oder einen Bestandteil der Privatsphäre des Trägers bildet, erweist sich danach als besonders zugriffsresistent. Eigentumspositionen haben in der Abwägung auch dann ein besonderes Gewicht, wenn und soweit sie sich als Ausdruck eigener Leistung erweisen; hier kommen menschenrechtliche Schutzkontexte zum Tragen.¹⁶⁹ Auf der anderen Seite ist dem Staat eine Beschränkung der Nutzung oder ein Entzug von Eigentumsrechten um so eher möglich, je größer der Sozialbezug ist. Die Ausgestaltungsmöglichkeiten des Gesetzgebers sind damit im Hinblick auf Wohnraum oder Produktionsmittel deutlich größer als im Hinblick auf persönliches Eigentum. Die Kategorie der Situationsgebundenheit des Eigentums wird dazu herangezogen, um Pflichten zu begründen, die ihre Grundlage und Wurzeln in der natürlichen Lage eines Eigentumsguts finden.¹⁷⁰ Bei der Bewertung einer eigentumsbeeinträchtigenden staatlichen Regelung sind diese Kriterien nach ihrem jeweiligen relativen Gewicht und in Ansehung ihrer jeweiligen Bedeutung zusammenzuführen und als Bewertungs- und Abwägungsmaßstab zu verwenden.

Die Eingriffsermächtigung nach § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB-E leidet nach diesen Maßstäben daran, dass sie keine angemessene Balance zwischen den öffentlichen

¹⁶⁹ BVerfGE 14, 288 (294); 18, 391 (397); 53, 257 (291); 69, 272 (299 ff.).

¹⁷⁰ BGHZ 23, 30 (33); 67, 320 (328); 90, 4 (14); Überblick bei *Bartlisperger*, DVBl. 2003, 1473.

Gemeinwohlinteressen und den betroffenen (grundrechtlich geschützten) unternehmerischen Interessen herstellt. Die Regelung geht weit über das hinaus, was der Durchsetzung der Sozialpflichtigkeit des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) dient. Sie sieht die Verfolgung eines diffusen Gemeinwohlanliegens vor, das sich (jenseits der semantischen Formulierung „Störung“) nicht klar beschreiben lässt, ermöglicht zugleich aber schwere Eingriffe in das Eigentum: Sie verletzt damit das Erfordernis der Angemessenheit.

(a) Allgemeine Indizien für die Unangemessenheit

Aus Platzgründen soll im Folgenden nicht jedem verfassungsrechtlichen Zweifel nachgegangen werden. Manches soll hier nur summarisch erwähnt werden.

Die Angemessenheit der Ziel-Mittel-Relation ist schon deshalb in Zweifel zu ziehen, weil es § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB-E dem BKartA freistellt, „zur Beseitigung oder *Verringerung* der Störung“¹⁷¹ beliebige Maßnahmen struktur- oder verhaltensbezogener Art ergreifen zu können. Der Gesetzgeber verlangt zwar, dass die ergriffenen Maßnahmen zur Verwirklichung der angestrebten Förderung des Wettbewerbs „erforderlich“ sind, verzichtet aber auf die Herstellung einer Angemessenheitsrelation. Auch schwere Eingriffe sollen damit für *irgendeine Verringerung der Störung* möglich sein.

Es fällt ferner auf, dass sich § 32f GWB-E (in der Fassung des Gesetzesentwurfs) mit erheblichem Aufwand um die Sicherung der Verhältnismäßigkeit einer Anordnung nach Abs. 4 (Entflechtung) bemüht. Demgegenüber scheint es, als ob die Verfasserinnen und Verfasser des Entwurfs die Beeinträchtigungswirkung der in § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB-E vorgesehenen Eingriffe als gering einschätzen. Es springt allerdings ins Auge, dass die dort vorgesehenen struktur- und verhaltensbezogenen Maßnahmen letztlich mindestens so tief in die Wettbewerbsstellung eines Unternehmens eingreifen können wie eine Entflechtungsanordnung. § 32f Abs. 3 S. 6 GWB-E lässt es etwa zu, dass das BKartA ein Unternehmen zur Veräußerung von Sacheigentum oder zur Aufgabe von Produktionsanlagen oder -standorten zwingt. Ein qualitativer Unterschied zu Abs. 4 GWB-E besteht nicht.

Zweifel an der Angemessenheit bestehen im Übrigen auch jenseits der konkreten rechtlichen Ausgestaltung. Oben ist festgestellt worden, dass sich auf abstrakter Ebene schwerlich bestreiten lässt, dass mit einem Instrument beinahe grenzenloser Weite auch Gutes gemacht werden *kann*. Die offene Frage ist, in wie vielen Fällen dies der Fall sein wird. Rechtspolitisch und verfassungsrechtlich sind den Nutzenhoffnungen und -erwartungen die erkennbaren Nachteile gegenüber zu stellen. Das neue Instrument wird offensichtlich einen „chilling effect“ haben, weil es unternehmensinternes Wachstum, eine aufgrund von Innovation und Kreativität errungene Marktmacht und ein Streben nach Effizienz, das sich in Marktmacht äußert, potentiell bedroht. Das Instrument wird dämpfende Effekte freisetzen, wenn Unternehmen künftig darüber zu entscheiden haben, mit welcher Innovationsfreude, Kreativität und Aggressivität sie im Markt vorgehen. Es besteht die Gefahr, dass die Drohkulisse des neuen Instruments den Wettbewerb mehr schädigen wird, als die Bemühungen des BKartA um Identifizierung und Bekämpfung konkreter Störungen zu einer Verbesserung beitragen können. Nur wenn sich

¹⁷¹ Hervorhebung nur hier.

hier eine klar positive Bilanz nachweisen ließe, würde das Instrument die verfassungsrechtliche Angemessenheitsanforderungen entsprechen. Die Argumentationslast liegt beim Gesetzgeber; die Begründung des Entwurfs schweigt hierzu gleichwohl.

Zweifel an der Angemessenheit sind auch deshalb angezeigt, weil es durchaus denkbar erscheint, dass die vielfältigen Kosten, die bei der Anwendung des Instruments für die verschiedenen Beteiligten (Verwaltung, Unternehmen etc.) anfallen, die durch den Einsatz bewirkten volkswirtschaftlichen Gewinne übertreffen. Dies gilt insbesondere, wenn das Instrument zwar auf breitem Feld zu Aufwendungen führt, vom BKartA am Ende aber nur selten (und möglicherweise mit zweifelhafter Erfolgsbilanz) angewandt wird. Auch hierzu findet sich in der Begründung des Gesetzesentwurfs nichts.

Schließlich ist die Fehleranfälligkeit der Verwaltung des Instruments handgreiflich: Die Wahrscheinlichkeit, dass Eingriffe erfolgen, die im Ergebnis mehr Schaden als Nutzen bringen, ist angesichts des beschränkten Wissens und der beschriebenen theoretischen und normativen Unsicherheiten sehr groß.¹⁷²

Diese Punkte werden in einem verfassungsgerichtlichen Prozess über die Verfassungskonformität des Instruments eine wichtige Rolle spielen. Sie sollen hier nicht vertieft werden. Die Überlegungen zur Angemessenheit von § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB-E werden sich aus Platzgründen auf zwei Punkte konzentrieren.

(b) Unangemessene Freiheitsbeeinträchtigung mangels Ex-ante-Erkennbarkeit des verlangten Verhaltens

Das geltende Recht ist, wie oben (C.) festgestellt worden ist, im Bereich der Eingriffs- bzw. Regulierungsverwaltung von einem Steuerungsansatz gekennzeichnet, der die Festlegung von Verhaltensregeln im Gesetz und den anschließenden Vollzug dieser Verhaltensregeln durch die Verwaltungsbehörde vorsieht. Dieser Steuerungsansatz macht es den rechtsunterworfenen Bürgerinnen und Bürgern bzw. den Unternehmen möglich, *ex ante* zu erkennen, welches Verhalten verlangt wird, um staatlichen Eingriffen und Zwangsmaßnahmen zu entgehen. Der in § 32f Abs. 3 GWB-E gewählte Ansatz (behördliche Festlegung von Zwangsmaßnahmen in der Folge der Beobachtung einer von der Behörde selbst definierten Störung) macht es den rechtsunterworfenen Personen demgegenüber unmöglich, zu erkennen, dass sie in der Gefahr stehen, zum Objekt

¹⁷² Das Verfassungsdenken in Deutschland wird stark von der Vorstellung geprägt, dass die Gemeinwohldienlichkeit der Wahrnehmung von Amtsgewalt durch institutionelle Vorkehrungen (Amtsstellung der handelnden Personen, hinreichend bestimmte gesetzliche Vorgaben, Rechtskontrolle) so gut gesichert ist, dass für ein grundsätzliches Misstrauen wenig Anlass ist. Die politik-ökonomischen Diskussionen über Fehlentwicklungen (institutionelle Eigeninteressen, politische Einflussnahme und Verzweckung, „regulatory capture“ etc.) spielen im Verfassungsrecht beinahe keine Rolle. Dieser Glaube an die Gemeinwohlorientierung kann dazu führen, dass der Gesetzgeber die Bekämpfung vermeintlich oder tatsächlich schädlicher Marktmacht dadurch unternimmt, dass er einer Behörde neue Macht gibt; und zwar ohne, dass in der Begründung eine erkennbare Auseinandersetzung mit der Frage erfolgt, ob die sich ergebende Gesamtbilanz wirklich positiv ist.

behördlicher Grundrechtseingriffe zu werden. Sie sind mit der Möglichkeit eines Eingriffs auch dann konfrontiert, wenn sie sich rechtskonform verhalten haben. Mehr noch: Sie sind mit dieser Möglichkeit auch dann konfrontiert, wenn sie sich keine wettbewerbstheoretisch schädliche oder normativ vorwerfbare Handlung vorhalten lassen müssen (hierzu sogleich (c)).

Das geltende Recht kennt entsprechende Regelungen im Bereich der polizeilichen Gefahrenabwehr (Inanspruchnahme als „Nichtstörer“). In diesen Fällen geht es allerdings um seltene Gefahrensituationen, in denen kein Störer greifbar ist *und* die handelnde Behörde die Gefahr nicht selbst oder durch Beauftragte beseitigen kann. Es geht, in anderen Worten, um Ausnahme- und Grenzsituationen. Gesetzgebungstechnisch gibt es in dieser Situation auch keinen anderen Regelungsansatz. Demgegenüber will § 32f Abs. 3 i.V.m. Abs. 5 GWB-E eine neue Standardkompetenz einführen, die nicht nur in Ausnahmesituationen zur Anwendung kommen soll. Rechtsstaatlich und grundrechtlich spricht alles für die Annahme, dass der Gesetzgeber verpflichtet ist, seine Steuerungsanliegen in einer Weise zu verfolgen, die es Unternehmen ermöglicht, *ex ante* erkennen zu können, wie sie sich zu verhalten haben, dass sie keinen Grundrechtseingriff erleiden müssen. Effektiver grundrechtlicher Freiheitsschutz ist nur gegeben, wenn die Grundrechtsträger *ex ante* erkennen können, wann sie ihr Handeln in eine Situation bringt, in der mit staatlichen Eingriffen und Sanktionen zu rechnen ist. Der Steuerungsansatz des § 32f Abs. 3 GWB-E macht dies grundsätzlich unmöglich.

Die Unangemessenheit ließe sich dadurch vermeiden, dass der Gesetzgeber selbst die Lagen und Verhaltensanforderungen festlegt, die zu einem behördlichen Einschreiten Anlass geben können. In der Begründung des GWB-E werden immerhin drei Konstellationen kurz angesprochen.¹⁷³ Verfestigt sich das wettbewerbstheoretische Wissen über die Schädlichkeit anderer Verhaltensweisen, kann dies unproblematisch gesetzgeberisch nachvollzogen werden.

(c) Inanspruchnahme aufgrund bloßer Marktmacht

§ 32f Abs. 5 S. 1 Nr. 1 GWB-E lässt sich entnehmen, dass die Verfasserinnen und Verfasser des Entwurfs unilaterale Marktmacht als Regelbeispiel für das Vorliegen einer „Störung“ des Wettbewerbs ansehen wollen. Die Bestimmung sieht damit vor, dass die Beobachtung derartiger Marktmacht das BKartA die Befugnis zu den in § 32f Abs. 3 S. 6 GWB-E vorgesehenen beliebigen Eingriffsmaßnahmen geben soll. Die Studie hat an anderer Stelle bereits darauf hingewiesen, dass das Vorliegen unilateraler Marktmacht *per se* keinerlei Aussage darüber zulässt, ob und wie den normativen Anforderungen an funktionierenden Wettbewerb entsprochen wird.¹⁷⁴ Eine Regelung, die vorsieht, dass das BKartA einen wettbewerbstheoretisch und normativ nicht als schädlich zu qualifizierenden Zustand zur Grundlage beliebiger Eingriffe machen kann, ist unangemessen.¹⁷⁵

¹⁷³ Siehe schon Text oben bei Fn. 34.

¹⁷⁴ Oben Text bei Fn. 111.

¹⁷⁵ Zur Notwendigkeit, aus Gründen des Gesetzesvorbehalts hier qualifizierende Regelungen zu treffen, oben Text bei Fn. 129.

(d) Inanspruchnahme ohne normative Verantwortlichkeit

In § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB-E ist die Inanspruchnahme von Unternehmen vorgesehen, die sich keine wettbewerbstheoretisch schädliche oder normativ vorwerfbare Handlung vorhalten lassen müssen. Der Gesetzgeber stellt sicher, dass die Inanspruchnahme nach § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB-E nur Unternehmen treffen kann, die einen *Kausalbeitrag*¹⁷⁶ zur Entstehung der behaupteten „Störung“ geleistet haben.¹⁷⁷ Er sieht in diesen Fällen explizit vor, dass Unternehmen auch dann herangezogen werden, wenn sie sich rechtmäßig verhalten haben. Darüber hinaus sieht er eine Inanspruchnahme auch dann vor, wenn Unternehmen wettbewerbstheoretisch folgerichtig und normativ richtig agiert haben. Jedenfalls mit Blick auf diese Konstellationen verstößt § 32f Abs. 3 GWB-E gegen Art. 14 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 GG.

(aa) Ausgewählte Fallgruppen einer Inanspruchnahme von Unternehmen ohne normative Verantwortlichkeit

Die Regelung des § 32f Abs. 3 GWB-E erfasst eine Reihe von Fallgruppen, die dadurch gekennzeichnet sind, dass die in die Pflicht genommenen Unternehmen im Rechtssinn als *nicht verantwortliche Personen* angesehen werden müssen. Eine derartige Inanspruchnahme liegt immer dann vor, wenn einem Unternehmen kein wettbewerbstheoretisch schädliches Verhalten vorgeworfen werden kann.

- Inanspruchnahme wegen „einseitiger Angebots- oder Nachfragemacht“

Eine Inanspruchnahme ohne wettbewerbstheoretisch schädliche oder normativ vorwerfbare Handlung ist zunächst in der Konstellation des § 32f Abs. 5 S. 1 Nr. 1 GWB-E möglich. § 32f Abs. 3 i.V.m. Abs. 5 GWB-E lässt es zu, dass das BKartA in jeder Situation einer „einseitigen Angebots- oder Nachfragemacht“ mit beliebigen Maßnahmen struktur- oder verhaltensbezogener Natur einschreitet. Es ist eine wettbewerbstheoretische Trivialität, dass Fälle einseitiger Angebots- oder Nachfragemacht insbesondere dann eintreten, wenn ein Unternehmen besonders innovativ ist und sich im Wettbewerb gegenüber der Konkurrenz durchsetzt (innovationsgetriebenes internes Wachstum). Ein Fehlverhalten kann dem Unternehmen weder wettbewerbstheoretisch noch normativ vorgehalten werden. Gleichwohl soll, wie die Gesetzesbegründung deutlich macht, gerade in diesen Fällen ein behördlicher Eingriff möglich sein.¹⁷⁸

¹⁷⁶ Der Gesetzgeber dehnt das Konzept der Kausalität bis ins Irrationale aus. Ein Unternehmen kann kausal zu einer „Marktstörung“ etwa auch dadurch beitragen, dass es in einem Markt seine Produktion aufgibt oder ein Produkt vom Markt nimmt und so die Marktstellung der Konkurrenten stärkt.

¹⁷⁷ Dies ergibt sich aus § 32f Abs. 3 S. 2 und S. 3 GWB-E.

¹⁷⁸ In der Begründung des Gesetzesentwurfs (oben Fn. 1) im Übrigen immer wieder mit dem Zusammentreffen von „großen“ und „kleinen“ Unternehmen argumentiert (vgl. z.B. S. 31).

- Inanspruchnahme für staatlich bewirkte Marktzugangsschranken

Eine Inanspruchnahme ohne normativ vorwerfbare Handlung ist ferner in der Konstellation des § 32f Abs. 5 S. 1 Nr. 2 GWB-E vorgesehen. Das BKartA soll Unternehmen mit beliebigen Maßnahmen struktur- oder verhaltensbezogener Art überziehen können, wenn die beobachtete „Störung“ im Markt auf „regulatorische bzw. administrative Marktzugangsvoraussetzungen“ zurückzuführen ist.¹⁷⁹ Aus grundrechtlicher Sicht ist es überaus bemerkenswert, dass der Gesetzgeber schwerwiegende Grundrechtseingriffe vorsieht, um die Folgen der vom Staat selbst bewirkten Marktzugangsbeschränkungen aufzufangen oder zu beseitigen. Offenkundig kann den belasteten Unternehmen in diesen Fällen kein normativer Vorwurf gemacht werden.

- Inanspruchnahme aus Effizienzerwägungen oder zur Durchsetzung fremder Freiheit

Eine Inanspruchnahme ohne normativ vorwerfbare Handlung ist ferner in einer Reihe von Fällen vorgesehen, die in § 32f Abs. 3 S. 7 GWB-E explizit als Regelbeispiele aufgelistet sind. Die in § 32f Abs. 3 S. 7 Nr. 1 GWB-E vorgesehene Verpflichtung der Gewährung des Zugangs zu Daten, Schnittstellen, Netzen und sonstigen Einrichtungen mag im Einzelfall aus wohlfahrtsökonomischen Effizienzgründen sinnvoll erscheinen.¹⁸⁰ Verfassungsrechtlich ist es aber offensichtlich, dass es keine normative Erwartung (oder gar Pflicht) der Unternehmen gibt, die von ihnen unternehmerisch erarbeiteten und genützten Güter und Einrichtungen mit anderen, die daran Interesse haben, zu teilen. Der Gesetzgeber sieht hier einen Eingriff in die unternehmerische Eigentumsstellung vor, ohne dass dies der Durchsetzung von Verhaltenserwartungen nach Art. 14 Abs. 2 GG dient.

Der Gesetzgeber sieht auch vor, dass die „auf einem Markt vorherrschenden Kostenstrukturen“ Eingriffe rechtfertigen sollen (economies of scale/economies of scope/Netzwerkeffekte), obgleich diese objektive Marktstrukturgegebenheiten sind und ihre Nutzung jenseits jeder Entscheidungsmöglichkeit des Unternehmens liegt, in dessen Grundrechte eingegriffen werden soll.¹⁸¹ Netzwerkeffekte und Skalenerträge sind per se keine „anhaltende Wettbewerbsstörung“¹⁸², sondern Marktgegebenheiten, die per se keine normative Bewertung zulassen. Auch hier wird nicht Art. 14 Abs. 2 GG zur Geltung gebracht, sondern aus (tatsächlichen oder vermeintlichen) Gemeinwohlerwägungen in eine wettbewerbstheoretisch und normativ legitime unternehmerische Stellung eingegriffen.

Weitere Fälle einer Inanspruchnahme ohne normative Verantwortlichkeit ließen sich ohne Weiteres aufzählen. § 32f Abs. 3 S. 6 GWB-E ist im Übrigen so weit gefasst, dass letztlich nicht absehbar ist, wie weit das BKartA wettbewerbstheoretisch unschädlich und normativ richtig handelnde Unternehmen aus Effizienzgründen oder zur Durchsetzung fremder Freiheit im Wettbewerb heranziehen wird. Nimmt man zur Kenntnis, dass der Gesetzgeber § 32f Abs. 3 GWB-E in den Kontext der ökologischen Transformation

¹⁷⁹ Gesetzesentwurf (oben Fn. 1), Begründung S. 31.

¹⁸⁰ Gesetzesentwurf (oben Fn. 1), Begründung S. 31 f.

¹⁸¹ Gesetzesentwurf (oben Fn. 1), Begründung S. 32.

¹⁸² So fälschlich Gesetzesentwurf (oben Fn. 1), Begründung S. 15, unter Verweis auf die Kommissionsstudie.

der Volkswirtschaft stellt, liegt die Annahme alles andere als fern, dass die Befugnisse nach § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB-E auch für die Durchsetzung von politischen Gestaltungszielen eingesetzt werden.

(bb) § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB-E erfassen Aufopferungskonstellationen

Die vorstehenden Beobachtungen zwingen zu der Feststellung, dass wesentliche Befugnisse nach § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB-E verfassungsrechtlich auf eine Aufopferung der betroffenen Unternehmen hinauslaufen. Die betroffenen Unternehmen werden durch behördliche Anordnung in eigentumsrelevanter Weise zu einem Verhalten verpflichtet, ohne dass sie sich wettbewerbstheoretisch schädlich oder normativ vorwerfbar verhalten haben. In anderen Worten: Soweit das BKartA die Behauptung einer „Störung“ des Wettbewerbs auf die Nichterfüllung von Effizienzerwartungen oder das Nichtvorliegen institutionell-systemischer Vorstellungen von Wettbewerbsfreiheit stützt, wird die Behörde die betroffenen Unternehmen nach § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB-E in die Pflicht nehmen, ohne dass diesen irgendein Fehlverhalten vorgehalten werden kann. Es ist in diesen Fällen nicht möglich, verantwortungstheoretisch geltend zu machen, dass die betroffenen Unternehmen eine Verantwortung für die Sicherung der volkswirtschaftlichen Gesamtwohlfahrt oder für die Gewährleistung eines freiheitlichen Wettbewerbsumfelds tragen.

(cc) § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB-E enthält keine Schutzvorkehrungen zugunsten „nicht verantwortlicher“ Unternehmen

Die Verfasserinnen und Verfasser geben nicht zu erkennen, ob sie sehen, dass sich eigentumsrelevante Maßnahmen nach § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB-E sowohl gegen „verantwortliche“ als auch gegen „nicht verantwortliche“ Unternehmen richten können. Die Begründung des Gesetzesentwurfs geht auf diesen Umstand nicht ein. Nach allgemeinen, vor allem polizeirechtlich anerkannten Kategorien des deutschen öffentlichen Rechts kommt die Inanspruchnahme „nicht verantwortlicher Personen“ nur bei Vorliegen qualifizierter Voraussetzungen in Betracht. Orientiert man sich an § 20 BPolG, der mit den Polizeigesetzen der Länder weitgehend deckungsgleich ist, kommt eine derartige Inanspruchnahme nur bei einer gegenwärtigen erheblichen Gefahr in Betracht: Es muss um den *Schutz eines bedeutsamen Rechtsguts* (Bestand des Staates, Leben, Gesundheit, Freiheit etc.) gehen. Zudem kommt ein Vorgehen gegen eine nicht störende Person nur in Betracht, wenn die staatliche Stelle nicht oder nicht rechtzeitig oder durch einen Beauftragten die Gefahr abwehren kann.

Die Regelung des § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB-E sieht derartige einschränkende Voraussetzungen beim Vorgehen gegen nicht verantwortliche Unternehmen nicht vor. Sie lässt beliebige Maßnahmen zu, ohne dass einschränkende Tatbestandsvoraussetzungen festgelegt worden sind. Sie erweist sich damit als unangemessen.

(e) Keine Entschädigungsregel im Fall der Inanspruchnahme nicht verantwortlicher Unternehmen

Die Regelung des § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB-E ist im Übrigen auch deshalb unangemessen, weil sie keine Entschädigungsregelung für den Fall vorsieht, dass

Unternehmen als nicht verantwortliche Personen im eigentumsrelevanten Bereich in die Pflicht genommen werden, um die Realisierung objektiver Gemeinwohlziele (wettbewerbliche Effizienzerwartungen, wettbewerbsbezogene freiheitstheoretische Strukturvorstellungen) zu ermöglichen.¹⁸³ Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Inpflichtnahme erfolgt, um die Realisierung der Ziele positiv zu fördern, oder ob sie der Beseitigung von Beeinträchtigungen („Störungen“) dient – das sind nur zwei Seiten einer Medaille. § 32f GWB-E sieht eine Entschädigungsregelung nur für den Fall der Anordnung der Entflechtung nach Abs. 4 vor. Die Begründung des Gesetzesentwurfs lässt nicht erkennen, warum für eigentumsrelevante Maßnahmen nach § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB-E nicht eine entsprechende Regelung vorgesehen ist.¹⁸⁴ In der Ungleichbehandlung der verschiedenen Fallgruppen liegt eine Wertungswidersprüchlichkeit, die ihre Ursache wohl in dem Umstand hat, dass die Verfasserinnen und Verfasser des Entwurfs (zu Unrecht) davon auszugehen scheinen, dass § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB-E keine eigentumsrelevanten Maßnahmen ermöglicht.

Das BVerfG betont in ständiger Rechtsprechung, dass Art. 14 Abs. 1 GG subsidiär eine Wertgarantie enthält, die zum Tragen kommen kann, wenn der Gesetzgeber in Form einer Inhaltsbestimmung zulässigerweise auf Eigentumspositionen zugreift und diese umgestaltet (bzw. eine behördliche Umgestaltung zulässt). Die Wertgarantie greift, wenn die Belastung über das Maß hinausgeht, das nach Art. 14 Abs. 2 GG vom Eigentümer aufgrund der Sozialpflichtigkeit des Eigentumsgruts zu tragen ist. Art. 14 GG verpflichtet den Gesetzgeber insbesondere dazu, sicherzustellen, dass dem Eigentümer der Wert einer Eigentumsposition erhalten bleibt, in die durch inhaltsbestimmende Maßnahmen zum Schutz objektiver Gemeinwohlanliegen oder zur Durchsetzung der Interessen Dritter eingegriffen wird. Wenn dem Eigentümer in einem solchen Fall schon keine Abwehr möglich ist, so wird ihm doch der Wert garantiert. Das BVerfG hat es in der *Feldmühle-Entscheidung* einerseits gebilligt, dass es der Gesetzgeber der Mehrheit einer Kapitalgesellschaft ermöglicht, die Übertragung des Vermögens auf eine Personengesellschaft auch gegen den Willen einer Aktionärsminderheit zu beschließen. Das Gericht stellt in diesem Zusammenhang fest, dass der Gesetzgeber die Interessen der Minderheit "hinter

¹⁸³ *Papier/Shirvani*, Kommentierung des Art. 14 GG, in: Dürig/Herzog/ Scholz (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Stand 2023, Art. 14 Rdnr. 614: „Beruht die Gefahrenlage nur mittelbar auf dem Eigentum bzw. auf der Eigentumsnutzung, so darf der Eigentümer im Allgemeinen nur als Nichtstörer unter den Voraussetzungen eines polizeilichen Notstandes (vgl. Art. 9 Abs. 3 BayLStVG; § 19 OBG NRW) in Anspruch genommen werden. Das Bundespolizeigesetz und die Polizei- und Ordnungsgesetze der Länder gewähren dem durch einen Notstandeingriff in Anspruch genommenen Nichtstörer übereinstimmend einen Entschädigungsanspruch. Dies ist ein Anwendungsfall der Aufopferungsentschädigung: Eine an sich nicht ordnungs- oder polizeipflichtige Person wird im Interesse des gemeinen Wohls zu einer Maßnahme der Gefahrenabwehr oder der Störungsbeseitigung (mit-)herangezogen, weil anders eine gegenwärtige erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung nicht abgewendet werden kann.“

¹⁸⁴ Das Fehlen einer Entschädigungsregelung bis § 32f Abs. 3 GWB-RefE hatte bereits *Grzeszick*, Neue Zeitschrift für Kartellrecht 11 (2023), 5, gerügt. Er weist zu Recht darauf hin, dass das Eingriffspotential von § 32f Abs. 3 S. 6 GWB-E über dem von § 32f Abs. 4 GWB-E liegt.

den Interessen der Allgemeinheit an einer freien Entfaltung der unternehmerischen Initiative im Konzern zurücktreten“ lassen konnte.¹⁸⁵ Allerdings ergibt sich nach Auffassung des Gerichts in einer solchen Situation aus Art. 14 Abs. 1 GG die Pflicht, dem ausscheidenden Aktionär jedenfalls den Wert zukommen zu lassen, den seine gesellschaftsrechtliche Stellung zum Zeitpunkt des Ausscheidens wert ist. Diese Bedeutung von Art. 14 Abs. 1 GG hat das Gericht auch in jüngeren Entscheidungen immer wieder hervorgehoben.¹⁸⁶

Vor diesem Hintergrund können die Befugnisse nach § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB-E verfassungsrechtlich nur Bestand haben, wenn der Gesetzgeber vorsieht, dass Unternehmen, die als nicht verantwortliche Personen herangezogen werden (derartige Konstellationen sind oben beschrieben worden¹⁸⁷), eine Entschädigung beanspruchen können. Hieran fehlt es. Der Gesetzgeber kann in diesem Punkt auch nicht auf die Entscheidung des BKartA verweisen.¹⁸⁸

2. Unternehmerische Freiheit (Art. 12 GG)

Das Instrument, das in § 32f Abs. 3 i.V.m. Abs. 5 GWB-E vorgesehen ist, ist auch an der unternehmerischen Freiheit (Art. 12 GG) zu messen.

a) Gewährleistungsbereich des Art. 12 GG

Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet die Freiheit der unternehmerischen und beruflichen Betätigung sachlich und inhaltlich umfassend.¹⁸⁹ Den Schutz genießt nach dem Wortlaut des

¹⁸⁵ BVerfGE 14, 263 (282).

¹⁸⁶ BVerfGE 100, 289 (303); BVerfG (Kammer) NJW 1999, 1699; BVerfG (Kammer) NJW-RR 2000, 842.

¹⁸⁷ Siehe D. II. 1. c) cc) (4) (c).

¹⁸⁸ *Papier/Shirvani*, Kommentierung des Art. 14 GG, in: Dürig/Herzog/ Scholz (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Stand 2023, Art. 14 Rdnr. 483: „Der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum ist m. a. W. vor allem begrenzt durch das Gebot gerechter Abwägung als Anforderung sowohl an den Vorgang des Abwägens als auch an den Inhalt der getroffenen Abwägungsentscheidung. Diesem Abwägungsgebot vermag der Gesetzgeber nur zu genügen, wenn er sich selbst darüber klar wird, ob eine Eigentumsbeschränkung aus Gründen des öffentlichen Wohls geboten ist und ob sie deswegen trotz ihrer Eingriffsschwere und -tiefe durch eine Entschädigungsleistung abgemildert bzw. kompensiert werden soll. Der Gesetzgeber ist dabei verpflichtet, Verletzungen der Eigentumsgarantie primär durch verfahrensrechtliche Vorkehrungen und sekundär durch kompensatorische Entschädigungsregelungen zu verhindern. Dabei hat er die Voraussetzungen, die Art und den Umfang der Entschädigung selbst zu regeln.“

¹⁸⁹ Z.B. *Klement*, 2013 ; *Bäcker*, Wettbewerbsfreiheit als normgeprägtes Grundrecht Eine dogmatische Neubestimmung am Beispiel des Abwehrrechts des Konkurrenten gegen eine Subvention.

Grundgesetzes der „Beruf“. Rechtsprechung¹⁹⁰ und verfassungsrechtliches Schrifttum¹⁹¹ gehen einverständlich davon aus, dass sich die Gewährleistung auf jede Form der unternehmerischen Tätigkeit im Markt erstreckt. Geschützt wird jede auf Dauer angelegte Tätigkeit zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage. Die verfassungsrechtliche Gewährleistung bezieht sich damit nicht lediglich auf Tätigkeiten, die nach überkommenen Sprachkonventionen als „Beruf“ angesehen werden. Sie erstreckt sich auch nicht nur auf das Gewerbe, sondern umfasst auch Industrie, Dienstleistungen u.ä. Es gibt keinen feststehenden Berufs- bzw. Unternehmensbegriff, vielmehr ist die Definition entwicklungs offen, sodass auch neu entstehende Berufsfelder aufgefangen werden. Das BVerfG spricht dem Grundrecht einen zukunftsgerichteten Charakter zu.¹⁹² Eine Orientierung an überkommenen Berufsbildern ist deshalb unstatthaft; sie hätte zur Folge, dass dem Grundrechtsträger die in der Freiheit angelegte Möglichkeit genommen würde, neue Tätigkeitsprofile zu entwickeln. Die Tätigkeit an sich, d.h. unabhängig von ihrer berufsmäßigen Ausübung, muss erlaubt sein.¹⁹³

Art. 12 GG schützt nicht lediglich das Recht, innerhalb einer gesetzlich festgelegten Ordnung wirtschaftlich tätig zu werden. Art. 12 GG ist nicht bloß ein Grundrecht „aus der Hand“ des Gesetzgebers. Art. 12 GG garantiert auch diejenigen rechtlichen Rahmenbedingungen, die für die freiheitliche Betätigung auf wirtschaftlichem Gebiet von grundlegender Bedeutung sind (Vertragsautonomie etc.). Zudem schützt das Grundrecht die konkrete Freiheitsbetätigung in dem gesetzten Rahmen. Die unternehmerische Entscheidung, wie von der eröffneten Freiheit Gebrauch gemacht wird, ist ebenfalls vom Schutz umfasst. Dies betrifft einerseits die Entscheidung darüber, wie sich ein Unternehmen im Markt positioniert und verhält. Geschützt ist die „wirtschaftliche Betätigung“¹⁹⁴ und mithin die unternehmerische Handlungsfreiheit, die die Vertragsfreiheit sowie die Kommunikations- und Organisationsfreiheit, die Gewerbefreiheit und die Wettbewerbsfreiheit umfasst. Andererseits werden aber auch Entscheidungen über die Unternehmensorganisation und auf allen Stufen des unternehmerischen Produktionsprozesses geschützt.

Nach diesen Maßstäben bewegt sich § 32f GWB-E vollumfänglich im Gewährleistungsbereich des Art. 12 GG. Dies gilt nicht nur für die in § 32f Abs. 3 S. 1 und S. 2 GWB-E vorgesehene Inpflichtnahme als mögliche Destinatäre von Zwangsmaßnahmen, sondern auch für die in § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB-E vorgesehene Eingriffsermächtigung.

Die Analyse der Ermächtigung in § 32f Abs. 3 S. 7 GWB-E fördert vielfältige Formen der Beeinträchtigungen der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit zu Tage. Sie erstrecken sich von der Entscheidung über die Begründung und Unterhaltung von

¹⁹⁰ BVerfGE 7, 377 (397); 102, 197 (212); 105, 252 (265); 111, 10 (28).

¹⁹¹ Z.B. *Mann*, Kommentierung des Art. 12 GG, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 9. Auflage 2021, Art 12 Rdnr. 43 ff. ; *Scholz*, Kommentierung des Art. 12 GG, in: Dürig/Herzog/ Scholz (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Stand 2023, Art. 12 Rdnr. 266 ff.

¹⁹² BVerfGE 30, 292, 334.

¹⁹³ BVerwGE 87, 37 (40).

¹⁹⁴ BVerfGE 91, 207 (221); BVerfGE 98, 218 (259).

Geschäftsbeziehungen mit anderen Unternehmen über die Wahrnehmung der unternehmerischen Privatautonomie und die Entscheidung über Vertragsformen oder Vertragsgestaltungen, die Entscheidung über die Bewirtschaftung der eigenen Sachen, Daten und Einrichtungen, die Entscheidung über die Auswahl und Verwendung von Normen und Standards bis hin zur Entscheidung über die Informationsoffenlegung. Das ist nur eine beispielhafte Auswahl.¹⁹⁵

Die Befugnis des BKartA, beliebige Maßnahmen struktur- bzw. verhaltensbezogener Art zu erlassen (§ 32f Abs. 3 S. 6 GWB-E), erfasst den ganzen Gewährleistungsbereich des Art. 12 GG.

b) Eingriff

Als Eingriff in das Freiheitsrecht des Art. 12 GG ist jedes staatliche Handeln anzusehen, das ein vom Grundrecht geschütztes Verhalten ganz oder teilweise rechtlich oder tatsächlich unmöglich macht.¹⁹⁶ Dabei können Eingriffe einerseits in klassischer Weise erfolgen. Dies ist dann der Fall, wenn imperativ, unmittelbar und final durch Rechtsakt auf das grundrechtlich geschützte Verhalten eingewirkt wird. Die rechtliche Beschneidung der Freiheit, ein Unternehmen den eigenen Vorstellungen entsprechend zu führen, einschließlich der „Aufbürdung von Belastungen mit dem Ziel, die Normadressaten vom Abschluss bestimmter ökonomisch relevanter Verträge abzuhalten oder zum Abschluss bzw. zur Aufrechterhaltung solcher Verträge zu bewegen“,¹⁹⁷ ist damit ein Eingriff in Art. 12 GG. Andererseits kann die Berufsfreiheit aber auch auf mittelbar-faktische Weise beeinträchtigt werden. Hierbei geht es vor allem um staatlich veranlasste und hinreichend einschneidende Veränderungen des wirtschaftlichen Umfelds, etwa durch staatliche Informationspolitik, durch Förderung von Konkurrenten oder durch Änderung der allgemeinen Rahmenbedingungen unternehmerischer Tätigkeit. Es kann aber auch um Einwirkungen unterhalb der Schwelle der Begründung einer konkreten Verhaltenspflicht gehen. Die Rechtsprechung ist grundsätzlich zurückhaltend bei der Annahme derartiger mittelbar-faktischer Beeinträchtigungen. Von einem Eingriff ist auszugehen, wenn die Beeinträchtigung für die staatliche Stelle vorhersehbar war sowie billigend in Kauf genommen wurde und damit zurechenbar ist.¹⁹⁸ Der Maßnahme muss eine objektiv berufsregelnde

¹⁹⁵ Im Vergleich zum Referentenentwurf enthalten der Regierungsentwurf und der Gesetzesentwurf eine Verschiebung. Zwei Maßnahmen werden nicht mehr vorgesehen (Belieferungspflicht; Eingriffe in behördliche oder vergleichbare Zulassungen); dafür hat man nunmehr in Nr. 5 das Verbot der einseitigen Offenlegung von Informationen aufgenommen. Derartige Verschiebungen haben aber wenig Relevanz, weil das BKartA die gestrichenen Verpflichtungen weiterhin auf der Grundlage von § 32f Abs. 3 S. 6 GWB-E anordnen kann.

¹⁹⁶ Scholz, Kommentierung des Art. 12 GG, in: Dürig/Herzog/ Scholz (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Stand 2023, Art. 12 Rdnr. 300 ff.

¹⁹⁷ BVerwG, Urteil vom 25. 4. 2001, NVwZ 2001, 1399 (1407) mit Verweis auf BVerfGE 81, 156 (188 f.); BVerfGE 99, 202 (211).

¹⁹⁸ BVerfGE 13, 181 (185); 61, 291 (308); 81, 108 (121).

Tendenz¹⁹⁹ mit der Folge einer spürbaren Beeinträchtigung für das Schutzgut²⁰⁰ innewohnen. Sie muss in ihrer Wirkung mit einem unmittelbaren Grundrechtseingriff funktionsadäquat sein.

Nach diesen Maßstäben ist schon die in § 32f Abs. 3 S. 1 und S. 2 GWB-E vorgesehene Inpflichtnahme für die Adressaten der Verfügung ein Grundrechtseingriff. Es geht hier nicht lediglich um ein rechtliches Nullum und auch nicht nur um eine vorbereitende Maßnahme. Die Bezeichnung als potentieller Adressat von Maßnahmen nach § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB-E hat regelnde Tendenz und führt zu einer Grundrechtsbelastung. Keiner weiteren Begründung bedarf, dass auch die in § 32f Abs. 3 S. 6 und 7 GWB-E vorgesehenen Maßnahmen (durchgängig: unmittelbare) Eingriffswirkung haben.

c) Grundrechtswidrigkeit wegen Verletzung des Bestimmtheitsgebots und des Gesetzesvorbehalts

Auch mit Blick auf Art. 12 GG gilt, dass die in § 32f GWB-E vorgesehenen Grundrechtseingriffe schon deshalb grundrechtswidrig sind, weil die Vorgaben des Bestimmtheitsgebots und des Wesentlichkeitsvorbehalts nicht beachtet worden sind. Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung eines Eingriffs setzt voraus, dass er auf einer gesetzlichen verfassungsgemäßen Rechtsgrundlage beruht (Gesetzesvorbehalt).²⁰¹

d) Möglichkeit der Rechtfertigung

aa) Verfassungsgerichtliche Maßstäbe

Besondere Bedeutung kommt auch bei Art. 12 GG dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu.²⁰² Seit dem Apothekenurteil²⁰³ unterscheidet das BVerfG folgende drei Stufen:²⁰⁴ objektive Berufszulassungsregelungen, die den Zugang zum Beruf von Voraussetzungen abhängig machen, die außerhalb der Person des Grundrechtsträgers liegen; sie können nur dann Bestand haben, wenn sie der Abwehr von Gefahren für überragend wichtige Gemeinschaftsgüter dienen; Regelungen, welche den Zugang zum Beruf von subjektiven Voraussetzungen abhängig machen; sie können nur dann verfassungsrechtlichen Bestand haben, wenn sie dem Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter dienen; und schließlich Berufsausübungsregelungen, welche die Bedingungen und Modalitäten der beruflichen Tätigkeit zum Gegenstand haben und bereits dann als zulässig zu erachten sind, wenn sie von vernünftigen Erwägungen des Allgemeinwohls getragen werden.

¹⁹⁹ BVerfGE 97, 228 (254); BVerfGE 98, 218 (258); BVerfGE 95, 267 (302).

²⁰⁰ *Wieland*, Kommentierung des Art. 12 GG, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 3. Aufl., 2018, Bd. 1, Art. 12 Rdnr. 79: "von einigem Gewicht".

²⁰¹ BVerwG, NJW 1996, 3161.

²⁰² BVerfGE 30, 292 (316); BVerfGE 76, 196 (207 ff.); BVerfGE 80, 1 (29); BVerfGE 86, 28 (39).

²⁰³ BVerfGE 7, 377.

²⁰⁴ Näheres zur Drei-Stufentheorie: *Breuer*, Die staatliche Berufsregelung und Wirtschaftslenkung, in: Isensee/ Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 6: Freiheitsrechte, 1989, § 148 Rdnr. 6–10.

Einzelne Urteile des BVerfG, in denen diese Dogmatik nicht zur Anwendung gekommen ist, wecken Zweifel an der Zukunftsmächtigkeit dieser Unterscheidung. Bislang hat sich das Gericht aber nicht dahingehend geäußert, dass es sich von dieser Dogmatik abgewendet hat. Der Staat ist im Übrigen gehalten, die den Grundrechtsberechtigten am wenigsten belastende Form des Eingriffs zu wählen.²⁰⁵ Selbst dieser Eingriff hat keinen Bestand, wenn er sich im Lichte einer Abwägung der kollidierenden Ziele und Interessen als unangemessen erweist.

bb) Designation als potentieller Maßnahmenadressat (§ 32f Abs. 3 S. 2 GWB-E)

Die in § 32f Abs. 3 S. 2 GWB-E vorgesehene Verfügung ist schon bei der Behandlung von Art. 14 Abs. 1 GG als unangemessene Maßnahme zu Lasten der betroffenen Unternehmen eingeordnet worden. Diese Feststellung gilt auch für Art. 12 GG.

cc) Unangemessenheit des Eingriffsinstrumentariums des § 32f Abs. 3 S. 6 und 7 GWB-E

Zweifel an der Angemessenheit bestehen auch hinsichtlich des Eingriffsinstrumentariums des § 32f Abs. 3 S. 6 und 7 GWB-E. Die oben geschilderten Zweifel an der Angemessenheit der hinter § 32f Abs. 3 S. 6 und 7 GWB-E stehenden gesetzlichen Wertungen (beliebige Eingriffsmöglichkeiten zu irgendeiner Form der Verringerung der beobachteten Wettbewerbsstörung) sind hier ebenfalls relevant. Gleiches gilt für die überaus zweifelhafte und im wettbewerbsrechtlichen Schrifttum mit guten Gründen zu bezweifelnde Gesamtnutzenbilanz. Selbst wenn man dem Gesetzgeber einen gewissen verfassungsrechtlichen Beurteilungsspielraum einräumt, verbinden sich mit der Gesamtkonstruktion des Instruments so vielfältige Zweifelsfragen, dass es dem Gesetzgeber letztlich nicht möglich ist, eine Eingriffskompetenz der Breite, Tiefe und Schärfe, wie sie § 32f Abs. 3 S. 6 GWB-E vorsieht, als angemessen darzustellen. In der Begründung des Gesetzesentwurfs wird noch nicht einmal ansatzweise der Versuch unternommen, hier Argumente zu liefern.

Verfassungsrechtlich steht im Übrigen nicht ernsthaft in Frage, dass die Heranziehung von nicht verantwortlichen Unternehmen für die Realisierung von Gemeinwohlanliegen (z.B. Förderung allgemeiner volkswirtschaftlicher Effizienz oder Erzwingung bestimmter [freiheitlicher] Marktstrukturen) in der in § 32f Abs. 3 GWB-E vorgesehenen Weise nicht angemessen ist. Dies gilt nicht nur für die Begründung von Zugangsverpflichtungen, sondern auch für die Bekämpfung von Marktmacht, die auf wettbewerbskonformen Verhalten beruht, und es gilt schließlich auch, wenn die Freiheit von Unternehmen beschnitten werden soll, um die Wirkung von staatlich verursachten Marktzugangsbeschränkungen auszugleichen. In diesem Punkt sei auf die Ausführungen zu Art. 14 GG verwiesen.

²⁰⁵ BVerfGE 7, 377 (405); 11, 30 (40); 16, 147 (162).

III. Anforderungen an die Effektivität des Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG)

Abschließend sei noch darauf hingewiesen, dass der GWB-E auch die Anforderungen von Art. 19 Abs. 4 GG nicht beachtet. Er sieht vor, dass Rechtsbehelfen gegen Maßnahmen nach § 32f Abs. 4 GWB-E aufschiebende Wirkung zukommt (§ 66 Abs. 1 Nr. 1 GWB-E). Rechtsbehelfe gegen Maßnahmen nach § 32f Abs. 1 S. 6 GWB-E sollen keine aufschiebende Wirkung haben. Einen sachlichen Grund hierfür gibt es nicht. Der Gesetzgeber kann keine sachlichen Gründe dafür benennen, dass die Eigentumsbeeinträchtigungen oder Freiheitsbeschränkungen nach § 32f Abs. 1 S. 6 GWB-E entgegen der Regelannahme des Art. 19 Abs. 4 GG im Fall der Einlegung eines Rechtsbehelfs unverzüglich durchgesetzt werden müssten, während dies bei Entflechtungen nicht der Fall sein soll. Der GWB-E steht im Widerspruch sowohl zu Art. 19 Abs. 4 GG als auch in Konflikt zur rechtsschutzgewährleistenden Dimension der Grundrechte aus Art. 14 GG und Art. 12 GG, wenn in dieser Frage ohne sachlich erkennbaren Grund eine Differenzierung vorgenommen wird.

Literaturverzeichnis

- Ackermann, Thomas*: Rechtsfragen einer wettbewerblichen Generalklausel – Zur geplanten Einführung von § 32f GWB-E, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 2023, 1.
- Bäcker, Matthias*: Wettbewerbsfreiheit als normgeprägtes Grundrecht Eine dogmatische Neubestimmung am Beispiel des Abwehrrechts des Konkurrenten gegen eine Subvention, 2007.
- Baer, Franziskus*: Staatliche Steuerung durch Nudging im Lichte der Grundrechte, 2023.
- Bartlsperger, Richard*: Die öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung im situationsbedingten Gemeinschaftsinteresse, DVBl. 2003, 1473.
- Bartsch, Elga/Käseberg, Thorsten/Weber, Daniel*: Der Regierungsentwurf zur 11. GWB-Novelle, Wirtschaft und Wettbewerb 73 (2023), 245.
- Basedow, Jürgen*: Konsumentenwohlfaht und Effizienz – Neue Leitbilder der Wettbewerbspolitik?, WuW 2007, 712.
- Becker, Florian*: Entflechtung im Wettbewerbsrecht und Eigentumsgrundrecht, ZRP 2010, 107.
- Böhm, Franz*: Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, ORDO 17 (1966) 75.
- Borchardt, Knut/Fikentscher, Wolfgang*: Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkungen, Marktbeherrschung, 1957.
- Brenner, Tobias*: Rettungsschüsse im Sonderpolizeirecht die 11. GWB-Novelle und das Verfassungsrecht, WuW 2023, 74.
- Breuer, Rüdiger*: Die staatliche Berufsregelung und Wirtschaftslenkung. , in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band 6: Freiheitsrechte, 1989, Bd. 3, § 148.
- Budzinski, Oliver*: Die 11. GWB-Novelle – Vom Schutz des Wettbewerbsprozesses zur Verbesserung von Wettbewerbsstrukturen?, in: Kirk, Alexander/Offergeld, Philipp/Rohner, Tristan (Hrsg.), Die 11. GWB-Novelle – Vom Schutz des Wettbewerbsprozesses zur Verbesserung von Wettbewerbsstrukturen?, 2023, 113.
- Clark, John Maurice*: Competition as a Dynamic Process, 1962.
- ibid.*: Towards a Concept of Workable Competition, Am. Econ. Rev. 30 (1940), 241.
- Commission, UK Competition*: Guidelines for market investigations: Their role, procedures, assessment and remedies, 2013.
- Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste*, Referentenentwurf zum Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz. Der verfassungsrechtliche Rahmen für die Änderungsvorschläge der 11. GWB-Novelle. WD 3-3000-174/22 vom 21.2.2023, 2023.
- Droege, Michael/Wischmeyer, Thomas*: „Ownership Unbundling“ – Grundrechtliche Grenzen bei der Neuordnung der Energiewirtschaft, Juristische Schulung 2009, 706.
- Eckhoff, Rolf*: Rechtsanwendungsgleichheit im Steuerrecht die Verantwortung des Gesetzgebers für einen gleichmäßigen Vollzug des Einkommensteuerrechts, 1999.

- Engel, Christoph*: Wettbewerb und Gemeinwohl (Competition and the Common Good), 2021.
- Eucken, Walter*: Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 3., unveränd. Aufl. 1960.
- Groenemeyer, Axel* Soziologische Konstruktionen sozialer Probleme und gesellschaftliche Herausforderungen, in: Groenemeyer, Axel (eds.), Soziale Probleme – Konstruktivistische Kontroversen und gesellschaftliche Herausforderungen, Zeitschrift für soziale Probleme und soziale Kontrolle, 2001, 5.
- Grzeszick, Bernd*: Hoheitskonzept – Wettbewerbskonzept, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Auflage, Bd. IV, 2006.
- ibid.*: Kommentierung des Art. 20 GG, in: Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Ruppert (Hrsg.), Grundgesetz, 2023.
- ibid.*: Missbrauchsunabhängige Entflechtung nur gegen Entschädigung!, Neue Zeitschrift für Kartellrecht 11 (2023), 5.
- Hertfelder, Johannes*: Die consumer welfare im europäischen Wettbewerbsrecht Eine Analyse der Rechtspraxis der Kommission und der europäischen Gerichte, 2010.
- Isensee, Josef*: Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Auflage, Bd. IV, 2006, § 71.
- Kantzenbach, Erhard*: Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, Series Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 1965.
- Kerber, Wolfgang/Schwalbe, Ulrich*: Ökonomische Grundlagen des Wettbewerbsrechts, in: Münchner Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 1, 3. Aufl. 2020.
- Kirk, Alexander/Offergeld, Philipp/Rohner, Tristan* „Kartellrecht in der Zeitenwende“ – Zur Einführung, in: Kirk, Alexander/Offergeld, Philipp/Rohner, Tristan (Hrsg.), Die 11. GWB-Novelle – Vom Schutz des Wettbewerbsprozesses zur Verbesserung von Wettbewerbsstrukturen?, 2023, 13.
- Klement, Jan Henrik* Wettbewerbsfreiheit, 2013.
- Körber, Torsten*: Die 11. GWB-Novelle zwischen freiem und verwaltetem Wettbewerb, Zeitschrift für Rechtspolitik 56 (2023), 5.
- Künzler, Adrian*: Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? Zur Frage nach den Aufgaben des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen, 2009.
- Mann, Thomas*: Kommentierung des Art. 12 GG, in: Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz, 9. Auflage 2021.
- Mehde, Volker*: Wettbewerb zwischen Staaten, 2005.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim*: Der verwaltete Wettbewerb eine vergleichende Untersuchung über den Schutz von Freiheit und Lauterkeit im Wettbewerbsrecht, Tübingen, 1984.
- ibid.*: Zwischen Lämmerweide und Wolfsrudel, Gedanken zur Naturgeschichte des Wettbewerbs, , ZWeR 2010, 1.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim/Schweitzer, Heike*: Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014.
- Monopolkommission*, Sondergutachten 58, Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, 2010.
- ibid.*, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015.
- ibid.*: Wettbewerb 2022 XXIV. Hauptgutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB, 2022.
- Möschel, Wernhard*: Wettbewerb zwischen Privatautonomie und ökonomischer Effizienz, Archiv für die civilistische Praxis, 216 (2016), 13.

- Motta, Massimo/Peitz, Martin*: Intervention triggers and underlying theories of harm: expert advice for the impact assessment of a new competition tool: Expert study, 2020.
- Moudud, Jamee K. (Hrsg.)*: Alternative theories of competition, 2013.
- Mundt, Andreas*: Paradigmenwechsel in der 11. GWB-Novelle? Die Sicht der Praxis, NZKart 2023, 1.
- Musil, Andreas*: Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung, 2005.
- Nettesheim, Martin/Thomas, Stefan*, Entflechtung im deutschen Kartellrecht, 2011
- Paal, Boris P./Kieß, Fabian*: Ausweitung von Sektoruntersuchungen durch § 32f GWB-E: Gebotene Komplettierung oder Paradigmenwechsel? Neue Zeitschrift für Kartellrecht 10 (2022), 678.
- Papier, Hans-Jürgen/Moeller, Johannes*: Das Bestimmtheitsgebot und seine Durchsetzung, Archiv des öffentlichen Rechts 122 (1997), 177.
- Papier, Hans-Jürgen/Shirvani, Foroud*: Kommentierung des Art. 14 GG, in: Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Ruppert (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 2023 (Bearbeitungsstand 2010).
- Reimer, Philipp*: Allgemeiner Gleichheitssatz, in: Stern, Klaus/Sodan, Helge/Möstl, Markus (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, 2022, Bd. 4, § 128.
- Roth, Alvin E.*: What have we learned from Market Design, in: Vulkan, Nir/Roth, Alvin E./Neeman, Zivka (Hrsg.), The Handbook of Market Design 2013, 7.
- Säcker, Franz Jürgen*: Die rechtspolitischen Grundlagen des Wettbewerbsrechts, in: Münchner Kommentar Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2020.
- Schmidt, Ingo/Haucap, Justus*: Wettbewerbspolitik und Kartellrecht. Eine interdisziplinäre Einführung, 2013.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard*: Der Schutz des Aktieneigentums durch Art. 14 GG, Festschrift Peter Badura, 2003, 1009.
- Scholz, Ruppert*: Kommentierung des Art. 12 GG, in: Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Ruppert (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Stand 2023 (Bearbeitungsstand 2006).
- Schreitter, Florian von/Sura, Martin*: Der RefE zur 11. GWB-Novelle - "Kartellrecht mit Klauen und Zähnen"?, Der Betrieb 75 (2022), 2715.
- Schuhmacher, Florian*: Effizienz und Wettbewerb ein Modell zur Einbeziehung ökonomischer Ansätze in das Kartellrecht, 2010.
- Schwalbe, Ulrich/Daniel Zimmer*: Kartellrecht und Ökonomie, 3. Aufl. 2021.
- Stockmann, Kurt*: Kommentierung des Art. 51 GWB, in: Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB., 2020.
- Suhr, Dieter*: Eigentumsinstitut und Aktieneigentum, 1966.
- Thiede, Thomas*: Der Referentenentwurf zur 11. GWB-Novelle, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 34 (2023), 1.
- Thomas, Stefan*: Rechtliche und wettbewerbspolitische Bewertung des § 32f RefE 11. GWB-Novelle, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 20 (2022), 333.
- Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*: Gemeinwohl durch Wettbewerb? Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Graz vom 7. bis 10. Oktober 2009, 2010.
- Voges, Paul*: Die Entflechtungsregelung der 11. GWB-Novelle - Qualität braucht Zeit, in: Kirk, Alexander/Offergeld, Philipp/Rohner, Tristan (Hrsg.), Die 11. GWB-

- Novelle – Vom Schutz des Wettbewerbsprozesses zur Verbesserung von Wettbewerbsstrukturen?, 2023, 59.
- von *Weizsäcker, Christian*: Konsumentenwohlfahrt und Wettbewerbsfreiheit: Über den tieferen Sinn des „Economic Approach“, WuW 2007, 1078.
- Vulkan, Nir /Roth, Alvin E. /Neeman, Zivka (Hrsg.)*: The Handbook of Market Design, 2013.
- Wagner-von Papp, Florian*: Die 11. GWB-Novelle: Geht es Oligopolen an den Kragen?, Neue Zeitschrift für Kartellrecht 10 (2022), 605.
- Wieland, Joachim*: Kommentierung des Art. 12 GG, in: Dreier, Horst (eds.), Grundgesetz. Kommentar, 3. Aufl., 2018, Bd. 1.
- Wolff, Johanna*: Anreize im Recht Ein Beitrag zur Systembildung und Dogmatik im Öffentlichen Recht und darüber hinaus, 2021.