

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	27
Teil 1 – Grundlagen	31
A. Problemlage	31
I. Interessenlage	31
II. International geführte Debatte	33
B. Gang der Untersuchung	34
C. Amtsermittlungsgrundsatz	36
I. Amtsermittlungsgrundsatz vs. Verhandlungsgrundsatz	37
1) Amtsermittlungsgrundsatz	38
2) Verhandlungsgrundsatz	39
3) Formelle und materielle Wahrheit	40
4) Beweislast unter Geltung der verschiedenen Prozessmaximen	42
a) Formelle Beweislast und Darlegungslast	42
(1) Unvereinbarkeit von Amtsermittlungsgrundsatz und formeller Beweislast	43
(2) Durchbrechung des Amtsermittlungsgrundsatzes	44
b) Materielle Beweislast	47
(1) Amtsermittlungsgrundsatz und materielle Beweislast	48
(2) Zuweisung der materiellen Beweislast	49
(a) Grundsatz des <i>in dubio pro libertate?</i>	50
(b) Kriterien der Beweislastverteilung	51
(3) Auswirkungen der materiellen Beweislast auf das Parteiverhalten	52
II. § 19a Abs. 2 S. 3 GWB und der Amtsermittlungsgrundsatz	53

Inhaltsverzeichnis

D. Amtsermittlungsgrundsatz und Mitwirkungslasten im kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren	58
I. Mitwirkungslasten im kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren	59
1) Gesetzlicher Anknüpfungspunkt für Mitwirkungslasten	60
2) Grundgedanke und Zweck von Mitwirkungslasten	62
3) Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen Mitwirkungslasten	64
a) Auswirkungen auf die Reichweite der Amtsaufklärungspflicht	65
(1) Behördliches Verfahren - Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	67
(2) Gerichtliches Verfahren - Zumutbarkeit	72
(3) Reichweite Amtsaufklärungspflicht und Verstoß gegen Mitwirkungslasten	74
(4) Verhältnis Mitwirkungslasten zu §§ 59ff GWB	76
b) Auswirkungen auf das Beweismaß?	77
c) Auswirkungen auf Beweiswürdigung	79
d) Keine Auswirkungen auf materielle Beweislast	80
e) Ergebnis	81
4) Grenzen der Mitwirkungslasten	82
II. § 19a Abs. 2 S. 3 GWB vs. Mitwirkungslasten	83
III. Monopolkommission zu § 26 Abs. 2 VwVfG und der Digitalwirtschaft	85
E. Amtsermittlungsgrundsatz im Bußgeldverfahren	87
F. Vermutungen und Beweislastnormen	88
G. Vergleichbare Interessenlagen im GWB	89
I. Sachliche Rechtfertigung im Rahmen von § 19 GWB	90
1) § 19 Abs. 2 Nr. 3 GWB	91
2) § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB	92
3) Zwischenergebnis	92
II. § 20 Abs. 4 GWB	93
III. § 29 Nr. 1 GWB	94
IV. Weitere Fälle	95
V. Schlussfolgerung	96

Teil 2 – Besonderheiten der Digitalwirtschaft und § 19a Abs. 2 S. 3 GWB	97
A. Telos § 19a GWB unter besonderer Berücksichtigung des § 19a Abs. 2 S. 3 GWB	97
I. Konzeption des § 19a GWB	97
II. Durchsetzungsmechanismus § 19a GWB	101
III. Telos § 19a GWB – Besonderheiten der Digitalwirtschaft	102
1) Besonderheiten digitaler Märkte	103
a) Netzwerkeffekte	105
b) Skaleneffekte	108
c) Datenmacht	108
d) Wettbewerb um den Markt	111
e) (Digitale) Marktmacht und Innovation	117
f) Ergebnis	121
2) Telos § 19a GWB	121
3) Telos und Rechtfertigung § 19a Abs. 2 S. 3 GWB im Speziellen	122
a) Gesetzesbegründung	123
b) Reaktion auf die Digitalwirtschaft?	125
(1) Informationsgefälle im Rahmen der Digitalwirtschaft und Probleme mit Auskunftsersuchen	126
(2) Dauer von Verfahren	130
(3) Ergebnis - Stärke des Kartellrechts als dessen Schwäche?	136
c) § 19a Abs. 2 S. 3 GWB als Lösung?	138
(1) Informationsgefälle	138
(2) Beschränkung des Sachverhalts	138
(3) Verkürzte Verfahrensdauer – Gesetzgeberische Vorstellung vs. Praxis	140
(4) Schlussfolgerung	143
d) Bestehende Probleme	143
(1) Ausarbeitung von Abhilfemaßnahmen	144
(a) Informationsasymmetrie	144
i. Praktische Probleme der Europäischen Kommission	144
ii. Übertragbarkeit auf Verfügungen nach § 19a Abs. 2 GWB	145

Inhaltsverzeichnis

(b) Bestimmtheitsgrundsatz	148
i. Umgehungsgefahr	149
ii. Annäherung an <i>ex post</i> Kontrolle?	151
iii. Bloße Wiederholung Gesetzeswortlaut?	152
(c) Überwachung	155
(d) Doppelte Prüfung der sachlichen Rechtfertigung	157
(e) Ergebnis	158
(2) Weitere Probleme	159
B. Ergebnis	159
Teil 3 – Rechtsökonomische und rechtspolitische Erwägungen	161
A. Vorbereitende Gutachten	162
I. Furman Report	163
1) Ex ante tool und Informationsbeschaffung	163
2) Reformierung des standard of appeal	165
3) Balance of harms approach im Bereich der Zusammenschlusskontrolle	166
4) Auswertung im Hinblick auf § 19a (Abs. 2 S. 3) GWB	168
II. Special Advisers Report	169
1) Missbrauchskontrolle	170
2) Zusammenschlusskontrolle	171
3) Auswertung im Hinblick auf § 19a (Abs. 2 S. 3) GWB	172
III. Stigler Report	173
1) Missbrauchskontrolle	173
2) Zusammenschlusskontrolle	175
3) Auswertung im Hinblick auf § 19a (Abs. 2 S. 3) GWB	176
IV. Kommission Wettbewerbsrecht 4.0	177
1) Missbrauchsaufsicht	177
2) Zusammenschlusskontrolle	179
3) Auswertung im Hinblick auf § 19a (Abs. 2 S. 3) GWB	180
V. ACCC Report	181
1) Effektivierung der Missbrauchsaufsicht	181
2) Code of conduct	182
3) Zusammenschlusskontrolle	183
4) Auswertung im Hinblick auf § 19a (Abs. 2 S. 3) GWB	183
VI. Zusammenfassung § 19a Abs. 2 S. 3 GWB und die Vorarbeiten	184

B. Type I vs. Type II error	185
I. Ökonomische Modelle	186
1) Ordoliberalismus	187
a) Freiburger Schule	187
(1) Laissez-faire	188
(2) Grundlagen der Freiburger Schule	189
b) Weiterentwicklung der Freiburger Schule	192
c) § 19a (Abs. 2 S. 3) GWB und die Freiburger Schule	193
2) Konzept der <i>workable competition</i>	195
a) Allgemeine Aussage	195
b) § 19a (Abs. 2 S. 3) GWB und Konzept der <i>workable competition</i>	198
3) Harvard School	198
a) Allgemeine Aussage	199
b) § 19a (Abs. 2 S. 3) GWB und die Harvard School	203
4) Chicago School	204
a) Allgemeine Aussage	205
b) § 19a (Abs. 2 S. 3) GWB und die Chicago School	208
5) Neo Brandeis Approach	209
a) Louis D. Brandeis	210
b) Allgemeine Aussage	211
c) § 19a (Abs. 2 S. 3) GWB und der Neo-Brandeis Approach	215
6) Abschließende Betrachtung – Strukturansatz des § 19a GWB	216
II. <i>Form-based approach</i> vs. <i>effects-based approach</i> in der Missbrauchskontrolle	222
1) Per se Regeln, rule of reason Ansatz und Modifikationen	224
a) Vor- und Nachteile	225
b) § 19a Abs. 2 GWB als <i>per se</i> Regel mit Ausnahmeverbehalt	231
2) Wettbewerbspolitik und die Ausrichtung des Kartellrechts	233
a) Der Grenznutzengedanke	233
b) Type I und Type II error im Einzelnen	234
(1) Ausrichtung des amerikanischen, europäischen und deutschen Wettbewerbsrecht	235

Inhaltsverzeichnis

(2) <i>Error cost test</i>	236
(a) Grundlagen der Entscheidungstheorie	236
(b) Error cost test im Einzelnen	238
(c) Problem des error cost tests	239
(d) Zwischenergebnis	239
(3) Vor- und Nachteile unter besonderer Berücksichtigung der Digitalwirtschaft	240
(4) Nachweis von Fehlerkosten?	246
(5) Modifikation des <i>error cost test</i> je nach Gefahrenlage	248
(6) <i>Error cost framework</i> und § 19a Abs. 2 S. 3 GWB	249
3) Entwicklung des Europäischen Kartellrechts (more economic approach und Art. 102 AEUV)	251
a) Ziele des Wettbewerbsrechts	255
b) <i>Form-based approach</i>	257
(1) Ökonomische Überlegungen beim <i>form-based approach</i> ?	259
(a) Art. 102 AEUV – „by object“ and „by effect“	259
(b) Gesetzgeberische Reform	262
(c) Ökonomie und Subsumtion	263
(2) Vorteile des <i>form-based approach</i>	264
(3) Sachliche Rechtfertigung unter Geltung des <i>form-based approach</i>	265
(a) Rechtfertigungsgründe	266
i. Legitime Geschäftsinteressen	266
ii. Öffentliche Interessen	269
(b) Anforderungen im Einzelnen	270
(c) Zwischenergebnis	271
c) <i>More economic approach</i> der Europäischen Kommission	271
(1) Kritik am <i>form-based approach</i>	272
(2) Art. 102 AEUV und der more economic approach nach der Europäischen Kommission	276
(a) Diskussionspapier 2005	277
i. <i>As efficient competitor test</i>	279
ii. Effizienzverteidigung	281
iii. Verbleibende ordoliberalen Prägung und <i>efficiency attack</i>	283
(b) Prioritätenmitteilung	284

(c) Intel-Entscheidung der Europäischen Kommission	287
(3) Der <i>more economic approach</i> in der Missbrauchskontrolle und die Europäischen Gerichte	289
(4) Allgemeine Probleme des <i>more economic approach</i>	295
(a) Kritik an Zielsetzung	295
(b) Zunahme von Verfahrensdauer und Komplexität	296
(c) Zunahme von under-enforcement	300
(d) Rechtsunsicherheit und Abnahme von Fehlentscheidungen	301
(f) Unvereinbarkeit mit Europarecht?	304
(g) Ergebnis	304
(h) Aktuelle Entwicklungen und Ausblick	305
(5) Beweislast und sachliche Rechtfertigung	308
(6) Ergebnis	311
d) Verstärkte Ökonomisierung der deutschen Missbrauchskontrolle? Zur Sichtweise des BKartA	311
(1) Kritik am more economic approach	312
(2) Festhalten am verhaltensbasierten Ansatz	314
(3) Effizienzverteidigung und § 19 GWB	317
(a) Stellungnahmen zum Diskussionspapier 2005	317
(b) Effizienzverteidigung in der deutschen Praxis	318
(4) Ergebnis	321
e) Schlussfolgerung	321
III. Digital Markets Act	324
1) Unmittelbar anwendbare Verhaltenspflichten	325
2) (Gar) keine sachliche Rechtfertigung?	326
a) Tatbestandsimmanente Ausnahmen	327
b) Aussetzung, Art. 9 DMA	329
c) Befreiung, Art. 10 DMA	330
d) Ergebnis	331
3) Debatte um Einführung Effizienzverteidigung	331
a) Politikoptionen nach der Europäischen Kommission	332

Inhaltsverzeichnis

b) Nachteile einer sachlichen Rechtfertigung (insbesondere Effizienzverteidigung)	336
c) Vorteile einer sachlichen Rechtfertigung (insbesondere Effizienzverteidigung und Beweislastumkehr)	338
(1) Mangelnde empirische Absicherung und <i>over-enforcement</i>	338
(2) Ressourcenaufwand	340
(3) Weniger Wissen um digitale Märkte	342
(4) Inflexibilität	343
d) Vorschläge zur verfahrensrechtlichen Ausgestaltung der Effizienzverteidigung	344
e) Ergebnis	346
IV. Kritik und Chancen § 19a GWB	347
1) Kritik am (modifizierten) per se Ansatz des § 19a Abs. 2 GWB	348
a) Mangelnde empirische Absicherung und <i>over-enforcement</i>	348
b) Verfahrensverzögerung	351
c) Mangelnde Bestimmtheit bzw. mehr Flexibilität	353
d) Ressourcenaufwand	355
e) § 19a GWB und over-deterrence?	357
(1) Abschreckungswirkung durch abstrakt zu erwartende Verfügung	357
(2) Abschreckungswirkung durch konkret zu erwartende Verfügung	359
(3) Abschreckungswirkung durch zu erwartendes <i>private enforcement?</i>	360
(a) Probleme des private enforcement in der Digitalwirtschaft	361
(b) Adressierung der Probleme durch § 19a GWB?	364
i. Stand-Alone-Klagen	364
ii. „Follow-on-Klagen“ iW	370
(i) Keine Bindungswirkung nach § 33b GWB	370
(ii) Verfügung nach § 19a Abs. 2 GWB als (unzureichende?) Hilfestellung	371
(c) Schlussfolgerung	373

(4) Abnahme der Abschreckungswirkung des klassischen Kartellrechts durch § 19a GWB?	373
(a) Auswirkung § 19a GWB auf Anwendung(shäufigkeit) des klassischen Kartellrechts	374
(b) Schlussfolgerung	376
(5) Zwischenergebnis	377
f) Ergebnis – Interessenabwägung des § 19a Abs. 2	378
2) Sonstige Kritik	381
V. § 19a GWB und der DMA	382
VI. Ergebnis	383
Teil 4 – Analyse § 19a Abs. 2 S. 2, 3 GWB	387
A. Konkrete verfassungsrechtliche (Einzel-)Fragen zu § 19a Abs. 2 S. 3 GWB	388
I. Rechtsstaatsprinzip und § 19a Abs. 2 S. 3 GWB	388
1) Generelle Unvereinbarkeit	389
2) Unvereinbarkeit bei mangelndem empirischem Nachweis	391
a) Mangelnde empirische Absicherung kartellrechtlicher Vermutungen	392
(1) Monopol- und Oligopolvermutung	392
(2) § 19 Abs. 2 Nr. 3 GWB	393
(3) Zwischenergebnis	393
b) Auswirkungen mangelnder empirischer Nachweis	394
c) (Andere) Gründe für Vermutungen und Beweislastverteilungen	396
d) Zwischenergebnis	398
3) Art. 19 Abs. 4 GG	398
II. Verfassungskonforme Auslegung des § 19a Abs. 2 S. 3 GWB unter Berücksichtigung des Sphärengedankens	400
1) Allgemeine Erwägungen	401
2) § 18 Abs. 6 GWB	402
a) Gegenstand der Beschränkung	403
(1) Formelle Beweislast	404
(2) Materielle Beweislast	404
(3) Darlegungslast	405

Inhaltsverzeichnis

b) Reichweite der formellen Beweislast	407
(1) (Großzügigere) Rechtsprechung	407
(2) Terminologie – Sphärengedanke	409
(a) Argumentation Ittners	410
(b) Neuere Entwicklungen und Stellungnahme	412
(c) Ergebnis	414
3) § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GWB	414
4) § 29 Nr. 1 GWB	415
5) § 19a Abs. 2 S. 3 GWB	416
a) Formelle Beweislast	416
b) Darlegungslast und materielle Beweislast	417
(1) Materielle Beweislast	418
(2) Darlegungslast	421
(3) Ergebnis	424
c) Umgang mit Sonderwissen	424
d) Umgang mit bereits zur Überzeugung festgestellten Tatsachen	425
(1) Gesetzmäßigkeit der Verwaltung	425
(2) Gerichtsbekannte Tatsachen, § 291 ZPO	426
e) Ergebnis	427
III. Auswirkungen von § 73 Abs. 5 GWB auf § 19a Abs. 2 S. 3 GWB?	428
1) BVerfG, Urt. v. 30.10.1990, 2 BvR 562/88	429
2) BVerfG, Beschl. v. 25.04.2018, 2 BvR 2435/17	430
3) Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung?	430
IV. Bedeutung Beweislast für Bußgeldbescheide	432
1) § 18 Abs. 4 GWB	432
2) § 19a Abs. 2 S. 3 GWB	434
V. Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal - Wettbewerbsschädigungspotential?	435
1) Probleme bei Anerkennung?	438
a) Allgemeine Grundsätze	439
b) Widerlegung auf Ebene der sachlichen Rechtfertigung?	440
c) Ergebnis	441
2) Entgegenstehende gesetzgeberische Konzeption	442
3) Herleitung	445
a) Teleologische Auslegung	445
b) Teleologische Reduktion	447

c) Verfassungskonforme Auslegung	448
e) Ergebnis	449
4) Alternative Verortung der Prüfung des Wettbewerbsschädigungspotentials?	449
a) Sachliche Rechtfertigung	449
b) Ermessen	452
(1) Intendiertes Ermessen	453
(2) Herleitung intendierten Ermessens	455
(a) Ermessensreduktion auf Null?	456
(b) Rechtsprechung des BVerwG zu § 33 Abs. 2 TKG 1996	457
(c) Intendiertes Ermessen und § 19a Abs. 2 GWB	457
c) Wettbewerbsschädigungspotential als Screening-Methode?	460
c) Ergebnis	462
IV. Fazit	462
B. Teleologische Reduktion § 19a Abs. 2 S. 3 GWB außerhalb der Digitalwirtschaft	463
I. Unternehmen außerhalb der Digitalwirtschaft als potentieller Verfügungsadressat nach § 19a Abs. 1 GWB	463
II. Teleologische Reduktion § 19a Abs. 2 S. 3 GWB außerhalb der Digitalwirtschaft	465
III. Ergebnis	466
C. Sachliche Rechtfertigung im Rahmen von § 19a Abs. 2 GWB	466
I. Prüfung unter negative(re)n Vorzeichen	468
II. Effizienzverteidigung	470
1) Begrifflichkeiten und allgemeine Erwägungen	470
a) Arten von Effizienzen	470
b) Gesamtwohlfahrt und Konsumentenwohlfahrt	472
c) <i>Williamson-Trade-Off</i>	473
d) Probleme bei der Ermittlung dynamischer Effizienzen	475
e) Zielkonflikt dynamischer und statischer Effizienzen	477
2) Effizienzverteidigung in der Praxis der Europäischen Kommission	478
a) Art. 101 Abs. 3 AEUV	479
(1) Beweislast	481

Inhaltsverzeichnis

(2) Nachweisanforderungen	483
(3) Berücksichtigung künftiger Effizienzen	484
(4) Bedeutung dynamischer Effizienzen	485
b) Fusionskontrolle	485
(1) Anforderungen an die Effizienzverteidigung	487
(a) Erheblich	488
(b) Sich rechtzeitig einstellen	489
(c) Vorteile für den Verbraucher	490
(d) Fusionsspezifisch	491
(e) Nachprüfbarkeit	494
i. (Zu) Hohe Nachweisanforderungen?	495
ii. Beweislast oder Darlegungslast?	497
iii. Gefahren des Informationsgefälles?	498
(f) Ergebnis	500
(2) Ausgewählte Fragen zur Effizienzverteidigung	501
(a) Bedeutung von dynamischen und statischen Effizienzen	501
(b) Efficiency attack in der Zusammenschlusskontrolle	504
(c) Fortbestehender Strukturansatz	506
(5) Ergebnis	506
c) Art. 102 AEUV	508
d) Ergebnis	510
3) Effizienzverteidigung in der Praxis des BKartA	511
a) Fusionskontrolle	511
(1) Effizienzverteidigung	512
(a) Diskussion zur Einführung im Rahmen der 8. GWB-Novelle	512
(b) Stellungnahme der Monopolkommission zur Einführung der Effizienzverteidigung in die deutsche Fusionskontrolle	513
(c) Praxis des BKartA	514
(2) Abwägungsklausel, § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GWB	515
(a) Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen	516
(b) Überwiegen der Vorteile	517
(c) Kausalität	518
(d) Nachweis	519
(e) Ergebnis	519

(3) Ministererlaubnis	519
(4) Ergebnis - <i>efficiency attack?</i>	521
b) Kartellverbot	522
c) § 19 GWB	522
d) Ergebnis	523
4) Effizienzverteidigung im DMA nach dem Vorschlag der Monopolkommission	523
5) Zwischenergebnis	524
6) Effizienzverteidigung und § 19a Abs. 2 GWB	525
a) Terminologie – Effizienzverteidigung oder (bloß) berücksichtigungsfähige Aspekte?	525
b) Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts	528
c) Angemessene Beteiligung von Verbrauchern	530
(1) Angemessene Beteiligung	531
(2) Verbraucherbegriff	531
(3) Berücksichtigungsfähige Effizienzvorteile	532
(a) „Marktübergreifende“ Effizienzvorteile	532
(b) „Plattformübergreifende“ Effizienzvorteile	535
(4) Ergebnis - <i>killer qualification?</i>	539
d) Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung	539
e) Kein vollständiger Ausschluss des Wettbewerbs	540
f) Hohe Wahrscheinlichkeit und Nachprüfbarkeit	541
g) (Zu erwartende) Problemkreise	541
(1) Abwägungsprobleme	542
(2) Nichtberücksichtigung von Skalen- und Verbundvorteilen	543
(3) <i>Efficiency attack</i> bei § 19a Abs. 2 GWB?	543
(a) Gesetzlich normierte efficiency attack	544
(b) Praktische efficiency attack	545
(c) Ergebnis	546
(4) Besonderheiten der Digitalwirtschaft	546
7) Ergebnis	547
III. Sachliche Rechtfertigung außerhalb von Effizienzen	548
1) Art. 102 AEUV	549
2) § 19 GWB	550
a) Legitime Geschäftsinteressen	551
b) Öffentliche Interessen	552
c) Allgemeine Anforderungen	553

Inhaltsverzeichnis

3) § 19a Abs. 2 GWB	553
a) Legitime Geschäftsinteressen	554
(1) Objektive Notwendigkeit	554
(2) Objektive Geschäftsinteressen	556
b) Pro competition defence	559
c) Nichtvorliegen des Wettbewerbsschädigungspotentials	561
d) Schädlichkeit der Verfügung für den Wettbewerb	562
e) Keine gratis defence	564
f) Öffentliches Interesse?	564
g) Allgemeine Anforderungen	566
h) Ergebnis	567
IV. Zweckmäßigkeit eines Leitfadens	568
V. Anforderungen an die Überzeugungsbildung	569
1) Allgemeines zur Überzeugungsbildung vor BKartA und Gericht	570
2) Beweismaß bei Beweisproblemen	571
a) Beweismaß bei Beweisnotstand	571
b) Beweismaß bei Prognoseentscheidungen, insbesondere § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GWB	572
3) Beweismaß im Recht der Gefahrenabwehr	574
4) Beweismaß bei § 19a Abs. 2 S. 2 GWB	575
VI. Nachweisanforderungen	578
1) Ökonomische Gutachten	579
2) Umfang?	581
3) Sonstige relevante Unterlagen	582
4) Ergebnis	582
VII. Gefahren des Informationsgefälles?	582
1) Institutionelle Absicherungen	583
2) Gefahren des Informationsgefälles	585
a) Mitwirkungslasten und Informationsgefälle	586
b) Kontrolle von Angaben in der Fusionskontrollpraxis	588
c) Überlegungen zu § 19a Abs. 2 GWB	589
3) Fehlende Sanktionsmöglichkeit im Falle von unvollständigen bzw. falschen Angaben	592
a) Falschangaben bei Mitwirkungslasten	592
b) Falschangaben in der Fusionskontrolle	593
(1) Bußgeldhaftung	594
(2) Sonstige Folgen, insbesondere Entflechtung	596

c) Falschangaben bei Auskunftsersuchen	597
d) Falschangaben im DMA	597
e) Sanktionsmöglichkeit <i>de lege ferenda</i> im Rahmen von § 19a Abs. 2 GWB?	597
(1) Bußgeld	598
(2) Entflechtung?	599
(a) Rechtslage <i>de lega lata</i> im Rahmen von § 19a Abs. 2 GWB	600
(b) § 32f Abs. 3, 4 GWB als Problemlösung?	601
(c) Vorschlag <i>de lege ferenda</i>	603
(3) Ergebnis	605
VIII. § 19a Abs. 2 S. 3 GWB, Verpflichtungszusagen und informelle Verfahrensabschlüsse	606
1) Vorteile von Verpflichtungszusagen	607
2) Nachteile von Verpflichtungszusagen	608
3) Interessenlage bei § 19a Abs. 2 GWB	612
4) Praxis – angebotene Verpflichtungszusagen und informelle Verfahrensabschlüsse	614
D. Verfassungskonformität § 19a Abs. 2 S. 3 GWB - Grundrechtsprüfung	615
I. Interessenlage	616
II. Zielsetzung § 19a Abs. 2 S. 3 GWB	617
1) Effektivierung als Mittel zum Zweck	618
2) Schutz des Wettbewerbs als Institution	618
a) Schutzauftrag des Staates	619
(1) Schutz vor Fremdbestimmtheit	620
(2) Staatliche Schutzpflicht zur Wettbewerbssicherung?	622
b) Ergebnis	623
III. Betroffene Grundrechte der ÜMB-Unternehmen	624
1) Verhaltensorientierte Abhilfemaßnahmen und Untersagungsverfügungen	625
a) Grundrechtlich geschützte Wettbewerbsfreiheit	625
b) Art. 12 Abs. 1 GG	626
c) Art. 14 Abs. 1 GG	628
d) Sonstige betroffene Grundrechte und Verfassungsgüter	630
e) Persönlicher Schutzbereich	631

Inhaltsverzeichnis

f) Zwischenergebnis	631
2) Strukturelle Abhilfemaßnahmen	632
IV. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Ausgestaltung des Verfahrensrechts	633
V. Verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab im Bereich wirtschaftslenkender Maßnahmen	634
1) Wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes	634
2) Reichweite und Bedeutung des Prognosespielraums des Gesetzgebers	635
a) Zurücknahme der Prüfungsdichte	636
b) Prüfungsmaßstab im Einzelnen	638
3) Rechtsprechung zur Verfassungskonformität von § 23a Abs. 1 Nr. 1a GWB a.F.	640
VI. Verfassungskonformität § 19a Abs. 2 S. 3 GWB im Speziellen	641
1) Eingriffscharakter § 19a Abs. 2 S. 3 GWB	641
2) Art. 3 Abs. 1 GG	642
3) Verhältnismäßigkeit	645
a) Legitimer Zweck	645
b) Geeignetheit	647
c) Erforderlichkeit	648
d) Angemessenheit	649
(1) Auswirkungen auf Betroffene	649
(a) Belastung durch § 19a Abs. 2 S. 3 GWB	649
i. Formelle Beweislast und Darlegungslast	650
ii. Materielle Beweislast	651
(b) Intensität des (ermöglichten) Eingriffs	651
i. Verhaltensorientierte Abhilfemaßnahmen und Untersagungsverfügungen	652
ii. Strukturelle Abhilfemaßnahmen	654
(c) Mangelnde Bestimmtheit und Beweislastregel	654
(d) Adressatenkreis	655
(e) Relativierung des Eingriffs durch notwendige Feststellungsverfügung?	659
i. Kein unmittelbares Verbot	660
ii. Keine Vorfeldwirkung	661
(f) Over-enforcement	661

(g) Ergebnis	662
(2) Bedeutung des verfolgten Ziels	663
(a) Rang des zu schützenden Rechtsguts	663
(b) Intensität und Wahrscheinlichkeit der Gefährdung	664
(c) Grad der Förderung und Effektivierungsbedarf	666
(3) Abwägung	667
E. Vereinbarkeit mit Art. 2 VO 1/2003	672
I. Verhältnis zum nationalen Recht	673
1) Parallele Anwendung von § 19a GWB und Art. 102 AEUV	674
a) Effektivitätsgrundsatz	674
b) Anwendbarkeit von Art. 2 VO 1/2003 auf sachliche Rechtfertigung	675
2) Ergebnis	677
II. Öffnungsklausel, Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003	677
III. Ergebnis	680
F. Präklusions- oder Prüffrist <i>de lege ferenda</i>	680
I. Vorschläge im DMA	681
II. Vergleichbare Interessenlage im Falle von § 19a Abs. 2 GWB?	683
1) Denkbare Mechanismen	685
a) Prüffrist	685
b) Präklusionsvorschrift	686
(1) Formelle Präklusion	687
(2) Materielle Präklusion	687
2) Zweckmäßigkeit	688
a) Prüffrist	688
b) Präklusion	689
3) Verfassungsrechtliche Zulässigkeit formeller Präklusion	691
4) Vereinbarkeit mit DMA	692
5) Ergebnis und Vorschlag <i>de lege ferenda</i>	693

Inhaltsverzeichnis

Teil 5 – Gesamtergebnis	695
Literaturverzeichnis	703
Materialienverzeichnis	741