

Kapitel II

Würdigung der kartellrechtlichen Entscheidungspraxis

Kurz gefasst	101
Summary	102
1 Allgemeine Entwicklungen im Berichtszeitraum.....	103
1.1 Überblick über die legislativen Entwicklungen	103
1.2 Überblick über die kartellrechtliche Entscheidungspraxis	113
2 Spezifische Probleme der Kartellrechtsanwendung.....	135
2.1 Verweisung der Prüfung von Zusammenschlussvorhaben an die Europäische Kommission trotz fehlender nationaler Anmeldepflicht.....	135
2.2 Zuständigkeit für die kartellrechtliche Beurteilung von regionalen Kooperationen im Rahmen der fusionskontrollrechtlichen Prüfung von Zusammenschlussvorhaben.....	143
2.3 SIEC-Test im Fokus der Rechtsprechung	147
2.4 Grenzen für Vorgaben der Hersteller zur Gestaltung des Onlinevertriebs.....	153
2.5 Reformbedarf bei der zivilrechtlichen Privilegierung von Kronzeugen	161
2.6 Bewertung von Kooperationen zum Netzausbau im Regulierungs- und Kartellrecht nach der TKG-Novelle 2021	174
3 Quantitative Analysen im Berichtszeitraum.....	183
3.1 Anwendung quantitativer Methoden durch das Bundeskartellamt.....	183
3.2 Anwendung quantitativer Methoden im Vereinigten Königreich	187
3.3 Anwendung quantitativer Methoden durch die Europäische Kommission.....	189
3.4 Anwendung quantitativer Methoden des Bundeskartellamtes weiter ausbauen.....	192

Kurz gefasst

In Kapitel II entwickelt die Monopolkommission auf der Grundlage der deutschen und europäischen kartellrechtlichen Entscheidungspraxis im Berichtszeitraum Handlungsempfehlungen an Gesetzgeber und Kartellbehörden.

Die Europäische Kommission sollte darauf verzichten, solche **Verweisungen von Zusammenschlussvorhaben** seitens der Mitgliedstaaten zu fördern und anzunehmen, die nicht der nationalen Anmeldepflicht unterliegen. Die Monopolkommission empfiehlt stattdessen eine **Ausweitung des Anwendungsbereichs der deutschen Transaktionswertschwelle**, indem das Erfordernis einer Inlandstätigkeit gestrichen oder jedenfalls zunächst dergestalt angepasst wird, dass auch eine **voraussichtliche künftige Inlandstätigkeit des zu erwerbenden Unternehmens** eine Anmeldepflicht auslösen kann. Dies erscheint entsprechend für die österreichische Transaktionswertschwelle ebenso sinnvoll wie die **Einführung einer Transaktionswertschwelle auf Unionsebene und in den übrigen Mitgliedstaaten**.

Es gibt gute Gründe für die Annahme, dass das Bundeskartellamt eine **bestehende Kooperation mit lediglich regionalen Wirkungen im Fusionskontrollverfahren** bereits nach geltendem Recht auf ihre **Vereinbarkeit mit dem Kartellverbot** beurteilen kann. Zur Erhöhung der Rechtssicherheit sollte das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) dennoch um eine entsprechende **Annexkompetenz für das Bundeskartellamt** ergänzt werden.

Durch die Feststellungen des Europäischen Gerichts und des Oberlandesgerichts Düsseldorf zur Anwendung des SIEC-Tests auf Basis unilateraler Effekte ist **noch keine abschließende Rechtssicherheit** geschaffen worden. Die letztinstanzlichen Entscheidungen in den jeweiligen Fällen stehen noch aus. Es bleibt abzuwarten, ob die obersten Gerichte die hohen Anforderungen an den Nachweis einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs bestätigen. **Nach den letztinstanzlichen Entscheidungen sollte beobachtet werden**, wie sich diese auf die Fusionskontrollpraxis auswirken.

Vertriebsvereinbarungen zwischen Herstellern und Händlern dienen in der Regel dazu, die Servicequalität von Vertriebsnetzwerken zu sichern oder zu fördern. In Einzelfällen können Doppelpreissysteme oder Anforderungen an die Servicequalität auch zur **Verhinderung der wirksamen Nutzung des Internets zum Verkauf** eingesetzt werden. Hiervon sollte jedoch **nur dann** ausgegangen werden, **wenn die ernsthafte Gefahr besteht, dass Verbraucherinnen und Verbraucher Produkte online nur zu Konditionen erwerben können, die wesentlich schlechter als jene im stationären Handel sind**.

Werden Unternehmen, die in Kartellverfahren als **Kronzeugen** auftreten, **vor privaten Schadensersatzansprüchen geschützt, kann dies die Stabilität von Kartellen schwächen**. Bei einer entsprechenden **Gesetzesänderung** sollte der Schutz der Geschädigten und ihrer Ansprüche sichergestellt bleiben. Haftet der Kronzeuge gegenüber Kartellgeschädigten ausschließlich nachrangig, bleibt dies dennoch gewährleistet.

Soweit beim **Glasfaserausbau** künftig verstärkt Kooperationen eingegangen werden und dazu auf das **neue Verfahren nach den §§ 18, 19 Telekommunikationsgesetz (TKG)** zurückgegriffen wird, ist seitens der Regulierungs- und Wettbewerbsbehörden darauf zu achten, ihre **Entscheidungen eng miteinander abzustimmen**, um Wertungswidersprüche zu vermeiden. Da entsprechende Abstimmungspflichten noch nicht hinreichend gesetzlich genannt sind, sollten die **bestehenden Regelungen im TKG (klarstellend) ergänzt werden**.

Summary

In Chapter II, the Monopolies Commission develops recommendations for actions to be taken by legislators and competition authorities on the basis of the German and the EU competition decision-making practice in the reporting period.

The European Commission should refrain from promoting and accepting such **referrals of proposed mergers** by Member States which are not subject to national merger control. Instead, the Monopolies Commission recommends **extending the scope of application of the German transaction value threshold** by deleting the requirement of having domestic operations or, at least, initially adapting it in such a way that **anticipated future domestic operations of the target undertaking** can also trigger a notification requirement. Accordingly, this appears as reasonable for the Austrian transaction value threshold as does the **introduction of a transaction value threshold at EU level and in the other Member States**.

There are good reasons to assume that the German Federal Cartel Office can already assess an **existing cooperation with only regional effects in merger control proceedings** for its **compatibility with the ban on cartels** under current law. To increase legal certainty, the German Act against Restraints of Competition should nevertheless be supplemented by a corresponding **annex competence for the Federal Cartel Office**.

The decisions of the General Court and the Dusseldorf Higher Regional Court on the application of the SIEC test on the basis of unilateral effects do **not yet** provide **legal certainty**. The final decisions in the respective cases are still pending. It remains to be seen whether the highest courts will confirm the high requirements for proof of a significant impediment to effective competition. **Once the court decisions have been made**, it will be necessary to **monitor** their impact on merger control practice.

Distribution agreements between suppliers and retailers usually have the purpose of safeguarding or promoting the service quality of distribution networks. In some cases, dual pricing systems or service quality requirements might be used to **prevent the effective use of the Internet for sales**. However, this should **only** be assumed **if there is a serious risk that consumers will only be able to purchase products online on terms that are significantly worse than those in bricks-and-mortar retail**.

If undertakings that become **immunity recipients** in cartel proceedings **are protected from private claims for damages, this can weaken the stability of cartels**. An **amendment to the law** in this regard should ensure that injured parties and their claims for damages are protected. If the immunity recipient is only subordinately liable to cartel victims, this is nevertheless guaranteed.

The German Telecommunications Act (TKG) introduces new rules regarding the assessment of **co-operation models in its §§ 18 and 19**. The regulatory and competition **authorities should work together closely** to diminish inconsistencies in their judgement of co-operation models, if undertakings make use of the new rules. Therefore, it should be further **clarified how the authorities can work together**.

1 Allgemeine Entwicklungen im Berichtszeitraum

1.1 Überblick über die legislativen Entwicklungen

1.1.1 Verabschiedung der 10. GWB-Novelle

167. Am 19. Januar 2021 ist die 10. GWB-Novelle in Kraft getreten.¹ Mit ihr wurde unter anderem die sog. ECN+-Richtlinie umgesetzt.² Gleichzeitig sollte ein neuer Ordnungsrahmen für die Digitalisierung und Globalisierung der Wirtschaft geschaffen, dem Anstieg der Fallzahlen in der Fusionskontrolle beim Bundeskartellamt begegnet und die Durchsetzbarkeit von Schadenersatzansprüchen aufgrund von Kartellabsprachen verbessert werden.³ Die Monopolkommission hat sich bereits in ihrem XXIII. Hauptgutachten sowie einem Policy Brief zum entsprechenden Referentenentwurf⁴ des damaligen Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie vom 24. Januar 2020 geäußert.⁵

168. Ein wesentlicher Inhalt der Novellierung, der die Digitalwirtschaft betrifft, war die Einführung eines neuen § 19a in das GWB.⁶ Diese Norm verschafft dem Bundeskartellamt neue Eingriffsbefugnisse gegenüber Unternehmen, die eine eigens festgestellte überragende marktübergreifende Stellung für den Wettbewerb auf Märkten im Sinne des § 18 Abs. 3a GWB haben, d. h. bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken. Wenn einem Unternehmen auf solchen Märkten eine Stellung gemäß § 19a Abs. 1 GWB attestiert wird, können ihm Verhaltensweisen im Sinne des Abs. 2 untersagt werden. Anders als noch im Referentenentwurf vorgesehen, wurden im weiteren Gesetzgebungsprozess insbesondere Regelbeispiele eingefügt, die die Verhaltensweisen nach Abs. 2 weiter konkretisieren, der Rechtsweg gegen Entscheidungen des Bundeskartellamtes in erster und letzter Instanz auf den Bundesgerichtshof (BGH) konzentriert (§ 73 Abs. 5 GWB) und dem BGH in § 75 Abs. 5 GWB die Möglichkeit eröffnet, in Verfahren nach § 19a GWB eine Stellungnahme der Monopolkommission einzuholen. Das Bundeskartellamt hat im Jahr 2021 gegen die Unternehmen Meta (vormals Facebook), Amazon, Alphabet (mit ihrem Tochterunternehmen Google) sowie Apple Verfahren nach § 19a Abs. 1 GWB eröffnet. Die ersten Unternehmen, die als solche mit überragender marktübergreifender Bedeutung eingestuft wurden, waren Alphabet und Meta, gegen die in der Folge die Prüfung einer Untersagung von Verhaltensweisen nach § 19a Abs. 2 GWG eingeleitet wurde.⁷

169. Gegenüber dem Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle⁸ wurde zudem im weiteren Gesetzgebungsverfahren in § 186 Abs. 9 GWB im Krankenhausbereich eine zeitlich befristete Ausnahme von der Fusionskontrolle für

¹ Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer Bestimmungen (GWB-Digitalisierungsgesetz) vom 18. Januar 2021, BGBl. I Nr. 1 vom 18.1.2021, 2

² Richtlinie (EU) 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarks, ABl. L vom 14. Januar 2019, S. 3; Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen (GWB-Digitalisierungsgesetz), BT-Drs. 19/23492 vom 19. Oktober 2020, S. 1.

³ Ebenda, vgl. Fn. 2.

⁴ Der Referentenentwurf ist abrufbar unter <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/G/gwb-digitalisierungsgesetz-referentenentwurf.pdf>, Abruf am 11. Mai 2022.

⁵ Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, Wettbewerb 2020, Baden-Baden, 2020, Tz. 309 ff. bzw. Monopolkommission, 4. Policy Brief: 10. GWB-Novelle – Herausforderungen auf digitalen und regionalen Märkten begegnen!, Januar 2020.

⁶ Siehe zum Verhältnis des § 19a GWB zum DMA auch unten, Tz. 508 ff.

⁷ BKartA, Für Meta (vormals Facebook) gelten neue Regeln – Bundeskartellamt stellt „überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb“ fest, Pressemitteilung, 4. Mai 2022. Siehe dazu auch Tz. 206.

⁸ Siehe zu den Veränderungen im Gesetzgebungsverfahren Käseberg, T., in: Bien, F. u. a. (Hrsg.), Die 10. GWB-Novelle: das neue Kartellrecht, München, 2021, Einleitung, Tz. 26 ff.

solche Konzentrationsvorhaben aufgenommen, die mit Mitteln des Krankenhausstrukturfonds gefördert werden.⁹ Dies ist kritisch zu sehen. Die Monopolkommission hatte sich bereits in ihrem XXIII. Hauptgutachten gegen jegliche kartellrechtliche Bereichsausnahme ausgesprochen, da dadurch die qualitätssichernde Wirkung der Fusionskontrolle außer Kraft gesetzt wird.¹⁰ Zwar weisen auch nach Auffassung der Monopolkommission Zusammenschlüsse im Krankensektor einige relevante Unterschiede zu Zusammenschlüssen in anderen Branchen auf. Diesen Besonderheiten hätte jedoch auch dadurch Rechnung getragen werden können, dass ein ausdrücklicher Effizienz einwand für Krankenhausfusionen in das GWB aufgenommen wird, der eine hinreichend klare Abwägungsmöglichkeit zwischen wettbewerblich induzierten Qualitätsveränderungen einerseits und aus Synergieeffekten resultierenden Qualitätsvorteilen andererseits vorsieht.¹¹ Bisher sind dem Bundeskartellamt noch keine vollzogenen Zusammenschlüsse mitgeteilt worden, die unter diese Vorschrift fallen (vgl. § 186 Abs. 9 Satz 2 GWB).

170. In der Fusionskontrolle wurden die Aufgreifschwelle gegenüber dem ursprünglichen Vorschlag im Referentenentwurf noch weiter erhöht. Dies betrifft die sog. erste Inlandsumsatzschwelle (§ 35 Abs. 1 Nr. 2 Halbs. 1 GWB), wonach mindestens ein beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von nunmehr mindestens EUR 50 Mio. statt wie bisher EUR 25 Mio. erzielt haben muss. Im Referentenentwurf war diesbezüglich noch keine Erhöhung vorgesehen. Die zweite Inlandsumsatzschwelle (§ 35 Abs. 1 Nr. 2 Halbs. 2 GWB) wurde weiter angehoben als im Referentenentwurf vorgeschlagen. Das kleinere an einem Zusammenschluss beteiligte Unternehmen muss nun Inlandsumsätze von mindestens EUR 17,5 Mio. statt bisher EUR 5 Mio. aufweisen. Im Referentenentwurf war noch eine Erhöhung auf EUR 10 Mio. beabsichtigt. Aufgrund dieser stärkeren Erhöhung der Schwellenwerte ist erneut¹² auf die Gefahr hinzuweisen, dass es dadurch zu einer Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen auf regionalen Märkten kommen kann, indem wettbewerblich relevante Zusammenschlüsse dort vermehrt aus der Kontrollpflicht fallen. Die neue Aufforderungsregelung des § 39a GWB erachtet die Monopolkommission nicht als geeignetes Instrument, um die Regionalmarktproblematik zu adressieren. Gemäß § 39a GWB kann das Bundeskartellamt ein Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen für bestimmte Wirtschaftszweige verpflichten, jeden Zusammenschluss mit anderen Unternehmen anzumelden. Eine gezieltere Stärkung der Kontrolle regionaler Zusammenschlüsse ließe sich aus der Sicht der Monopolkommission vielmehr dadurch erreichen, dass der Gesetzgeber die Unternehmensumsätze bei Zusammenschlüssen mit regionalem Schwerpunkt rechnerisch erhöht. Die Monopolkommission hatte daher bereits empfohlen, statt den § 39a GWB einzuführen, den bestehenden § 38 GWB um einen neuen Absatz 6 zu ergänzen, der lauten sollte:

„Für einen Zusammenschluss, bei dem mindestens 90 Prozent der Inlandsumsätze eines Zusammenschlussbeteiligten in nicht mehr als drei Bundesländern erwirtschaftet werden, ist das Doppelte der Umsatzerlöse in Ansatz zu bringen. Abweichend davon sind für die Berechnung der Schwelle nach § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 die Umsatzerlöse auf einem Markt zu verdoppeln, der sich räumlich auf nicht mehr als drei Bundesländer erstreckt.“¹³

171. Ansonsten wurde in § 81d Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 GWB die Möglichkeit aufgenommen, wirksame Compliance-Maßnahmen, die bereits vor einer Zuwiderhandlung eingeführt worden sind, im Rahmen der Zumessung von Bußgeldern bei einem gleichwohl erfolgten Kartellrechtsverstoß zu berücksichtigen.¹⁴ Schließlich wurde davon abge-

⁹ Ebenda, vgl. Fn. 8, Einleitung, Tz. 28.

¹⁰ Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 5, Tz. 131 ff. insbes. Tz. 165.

¹¹ Ebenda, vgl. Fn. 5, Tz. 168. Zum Zusammenwirken von Wettbewerb, Planung und Finanzierung siehe auch Monopolkommission, Sondergutachten 83 (2022): Krankenhausversorgung nach Corona: Wettbewerb, Planung und Finanzierung neu organisieren.

¹² Ebenda, vgl. Fn. 5, Tz. 315 unter Verweis auf Monopolkommission, 4. Policy Brief, a. a. O., vgl. Fn. 5.

¹³ Monopolkommission, Policy Brief Nr. 4, a. a. O., vgl. Fn. 5, S. 6 ff.

¹⁴ Käseberg, T., a. a. O., vgl. Fn. 8, Tz. 35. Zuvor war im Referentenentwurf nur die Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen vorgesehen, die nach der Zuwiderhandlung eingeführt worden sind, siehe dazu Referentenentwurf, § 81d Abs. 1 Satz 2 Nrn. 4, 5 GWB. Solche Compliance-Maßnahmen sind gemäß § 81d Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 Alt. 2 GWB weiterhin berücksichtigungsfähig.

sehen, die Tankstellen zu einer Weiterleitung von Mengendaten an die Markttransparenzstelle für Kraftstoffe zu verpflichten.¹⁵

1.1.2 Leitlinien des Bundeskartellamts zur Vereinbarkeit des Genossenschaftswesens mit dem Kartellrecht

172. Eine weitere Entwicklung im Berichtszeitraum war die Verabschiedung der Leitlinien für die Vereinbarkeit des Genossenschaftswesens mit dem Kartellrecht durch das Bundeskartellamt (Genossenschafts-Leitlinien).¹⁶ Erste Anregungen für die Schaffung derartiger Leitlinien waren dem Koalitionsvertrag auf Bundesebene zwischen CDU/CSU und SPD vom März 2018 zu entnehmen, der sich für eine Stärkung von Genossenschaften als „*nachhaltige und krisenfeste Unternehmensform in den unterschiedlichsten Wirtschaftsbereichen*“ ausgesprochen und Orientierungshilfen für kleinere Genossenschaften angeregt hatte.¹⁷ Das Bundeskartellamt hat infolgedessen im Mai 2021 einen ersten Entwurf dazu vorgelegt, diesen einer öffentlichen Konsultation unterzogen und im November 2021 die endgültige Fassung veröffentlicht.¹⁸

173. Das Bundeskartellamt differenziert unter Berufung auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) bei der kartellrechtlichen Beurteilung von Genossenschaftsaktivitäten danach, ob entweder das Verhalten der einzelnen Genossenschaft zu ihren Mitgliedern betroffen ist oder das Verhältnis von Genossenschaften zueinander und Dritten gegenüber.¹⁹ Hinsichtlich erstgenanntem Verhältnis behandelt das Bundeskartellamt die Fallgruppen der langfristigen Lieferverpflichtungen, der Möglichkeiten und Grenzen des gemeinsamen (Online-)Vertriebs sowie des Informationsaustauschs. Die Herausforderungen und Möglichkeiten in der Digitalökonomie für die Genossenschaften bilden einen Schwerpunkt in den Leitlinien.²⁰ Beispielhaft wird hier insbesondere auf die Zunahme des Onlinevertriebs hingewiesen. Dadurch kann es dazu kommen, dass die räumlichen Tätigkeitsgebiete von Genossenschaftsmitgliedern wachsen und sich vormals verschiedene regionale Märkte zunehmend überschneiden mit der Konsequenz, dass die Genossenschaftsmitglieder verstärkt in Wettbewerb zueinander treten.²¹ Wenn Genossenschaftsmitglieder ihre Produkte und Dienstleistungen über eine gemeinsame Plattform mit einheitlichem Markenauftritt anbieten, kann dies zwar ihre Wettbewerbsfähigkeit gegenüber anderen großen Online-Plattformen erhöhen.²² Die Plattformen müssen jedoch so ausgestaltet werden, dass kartellrechtlich unzulässige Absprachen (insbesondere über den Preis) vermieden werden.²³

1.1.3 Einigung auf den Digital Markets Act im Trilogverfahren im März 2022

174. Am 15. Dezember 2020 veröffentlichte die Europäische Kommission ihren Vorschlag für eine Verordnung über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte; Digital Markets Act – DMA).²⁴

¹⁵ Ebenda, vgl. Fn. 8, Tz. 36.

¹⁶ BKartA, Leitlinien für die Vereinbarkeit des Genossenschaftswesens mit dem Kartellrecht, Bonn, November 2021.

¹⁷ CDU, CSU und SPD, Ein neuer Aufbruch für Europa – Eine neue Dynamik für Deutschland – Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag, 19. Legislaturperiode, abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/koalitionsvertrag-zwischen-cdu-csu-und-spd-195906>, Abruf am 5. Mai 2022, Zeile 2921 ff.

¹⁸ BKartA, Bundeskartellamt veröffentlicht Genossenschafts-Leitlinien, Pressemitteilung, 2. November 2021.

¹⁹ BKartA, Genossenschaftsleitlinien, a. a. O., vgl. Fn. 16, Tz. 73.

²⁰ Ebenda, vgl. Fn. 16, insbes. Tz. 70 ff. und Tz. 101 ff.

²¹ Ebenda, vgl. Fn. 16, Tz. 102.

²² Ebenda, vgl. Fn. 16, Tz. 111.

²³ Ebenda, vgl. Fn. 16, Tz. 111 ff. Dazu noch Tz. 216.

²⁴ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte), KOM(2020) 842 final vom 15. Dezember 2020.

Nachdem sich der Rat der Europäischen Union am 25. November 2021²⁵ und das Europäische Parlament am 15. Dezember 2021²⁶ jeweils intern auf eine Position zu dem Gesetzgebungsverfahren geeinigt hatten, gelang am 24. März 2022 im Trilogverfahren eine Einigung zwischen Kommission, Rat und Parlament.²⁷ Der finale Text der Verordnung lag zum Zeitpunkt der Erstellung des vorliegenden Gutachtens jedoch noch nicht vor. Die Monopolkommission hatte sich bereits in ihrem Sondergutachten 82 vom 5. Oktober 2021 und ihrem 8. Policy Brief mit dem Kommissionsvorschlag befasst und einige Anpassungen vorgeschlagen.²⁸

175. Hintergrund der Verordnung sind Probleme, die sich bei der Durchsetzung der EU-Wettbewerbsregeln und insbesondere von Art. 102 AEUV in der Digitalwirtschaft gezeigt haben. Die Verfahren kommen nach verbreitetem Eindruck zu spät, dauern grundsätzlich zu lange und haben bisher auch nicht zu einer spürbaren (Wieder-)Belebung des Wettbewerbs beitragen können. Um die bei der Anwendung von Art. 101 f. AEUV bestehenden Durchsetzungsprobleme zu lösen, insbesondere eine Verfahrensbeschleunigung zu erreichen, sieht der DMA vor, auf eine Marktabgrenzung, die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung, eine Prüfung der Auswirkungen der adressierten Verhaltensweisen im Einzelfall sowie die Möglichkeit der Effizienzeinrede zu verzichten. Als Adressaten wurden sog. „Gatekeeper“ (deutsch: Torwächter) benannt, die als Betreiber von zentralen Plattformdiensten tätig sind. Die zentralen Plattformdienste sind Online-Vermittlungsdienste, Online-Suchmaschinen, Online-Dienste sozialer Netzwerke, Video-Sharing-Plattform-Dienste, nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste, Betriebssysteme, Webbrowser, Virtuelle Assistenten, Cloud-Computing-Dienste sowie Online-Werbedienste. Diese Gatekeeper werden sodann festgelegten Verhaltenspflichten unterworfen. Eine einzelfallbezogene Ausnahme von den Regelungen des DMA soll nur unter sehr engen Voraussetzungen möglich sein.

176. Da sich neben einzelnen digitalen Plattformdiensten inzwischen ganze Ökosysteme herausgebildet haben, die sich aus zwei oder mehreren komplementären Diensten zusammensetzen, empfiehlt die Monopolkommission weiterhin, ein Ökosystem-Kriterium aufzunehmen, bei dem ein Betreiber zentraler Plattformdienste als Gatekeeper benannt wird, wenn er ein Produkt- und/oder Akteur-basiertes Ökosystem orchestriert und dabei die Fähigkeit besitzt, Eintrittsbarrieren zu erhöhen und/oder sein Ökosystem in neue Bereiche zu erweitern.²⁹ Dieses Kriterium ist dann als erfüllt anzusehen, wenn eine Multi-Plattform-Integration mit mindestens zwei zentralen Plattformdiensten oder eine Doppelrolle durch den Betreiber gegeben ist. Die Aufnahme dieses Ökosystem-Kriteriums hätte zur Folge, dass der Kreis der Adressaten des DMA auf Unternehmen begrenzt wird, von denen besonders große Gefahren für den Wettbewerb ausgehen. Es ermöglicht zudem einen effektiveren Einsatz der Ressourcen zur Durchsetzung des DMA. Zweitens hatte die Monopolkommission empfohlen, sämtliche Verhaltenspflichten dem Dialogverfahren und der Effizienzeinrede zu öffnen.³⁰ Dies hat den Vorteil, dass alle Verhaltenspflichten gleichermaßen unmittelbar Anwendung finden und zugleich die Anpassung einer oder die Ausnahme von einer spezifischen Verhaltenspflicht im Einzelfall möglich ist, um etwaige Kollateralschäden begrenzen zu können.

177. Gegenüber dem ursprünglichen Vorschlag der Europäischen Kommission wurde auf Anregung des Europäischen Parlaments insbesondere eine Interoperabilitätsverpflichtung für nummernunabhängige interpersonelle

²⁵ Rat der Europäischen Union, Regulierung von Big Tech: Rat einigt sich auf mehr Wettbewerb im digitalen Bereich, Pressemitteilung, 25. November 2021.

²⁶ Europäisches Parlament, Digital Markets Act: Parliament ready to start negotiations with Council, Pressemitteilung, 15. Dezember 2021.

²⁷ Europäisches Parlament, Deal on Digital Markets Act: ensuring fair competition and more choice for users, Pressemitteilung, 24. März 2022.

²⁸ Monopolkommission, Sondergutachten 82 (2021): Empfehlungen für einen effektiven und effizienten Digital Markets Act, Baden-Baden, 2022 bzw. Monopolkommission, 8. Policy Brief: DMA stärker auf marktübergreifende Ökosysteme ausrichten!, Juli 2021.

²⁹ Näher dazu Monopolkommission, Sondergutachten 82 (2021), a. a. o., vgl. Fn. 28, Tz. 29 ff.

³⁰ Näher dazu ebenda, vgl. Fn. 28, Tz. 51 ff. bzw. 130 ff.

Kommunikationsdienste aufgenommen.³¹ Dies betrifft vor allem sog. „Messenger“. Danach sollen Gatekeeper verpflichtet werden, ihre Messenger auf Wunsch eines Wettbewerbers interoperabel zu machen, sodass sich z. B. Nutzerinnen und Nutzern von WhatsApp mit jenen kleinerer Anbieter (z. B. Threema, Signal, Telegram) gegenseitig austauschen können. In einem ersten Schritt muss diese Verpflichtung innerhalb von zwei Jahren nach Inkrafttreten des DMA umgesetzt werden und muss zunächst nur die Kommunikation zwischen zwei Personen mittels Text und Anhängen erfassen. In einem zweiten Schritt sollen sodann – nach weiteren zwei Jahren – Sprach- und Videoanrufe möglich sein sowie eine Kommunikation in Gruppen.

178. Die Monopolkommission hatte sich in ihrem 12. Sektorgutachten Telekommunikation eingehend mit den Vor- und Nachteilen von Interoperabilitätsverpflichtungen für derartige Dienste befasst.³² Sie begrüßt zwar, dass im DMA ein asymmetrischer Ansatz gewählt worden ist, d. h., eine Interoperabilitätsverpflichtung nur für die Dienste der Gatekeeper bestehen soll und kleinere Dienste nicht zur Herstellung von Interoperabilität verpflichtet werden. Dies wäre ein wettbewerbsschädlicher und unverhältnismäßiger Eingriff gewesen.³³ Zudem ist eine Beschränkung der Verpflichtung auf bestimmte Funktionalitäten grundsätzlich sinnvoll, um den von den Gatekeepern ausgehenden Innovationswettbewerb nicht zum Erliegen zu bringen.³⁴ Dennoch erscheint gegenwärtig auch eine asymmetrische Interoperabilitätsverpflichtung nicht geboten, da sie nach jetziger Einschätzung in wettbewerblicher Hinsicht mit mehr Nachteilen als Vorteilen einhergeht.³⁵ Wie eine Interoperabilität bei Messengern im DMA technisch genau ausgestaltet werden soll, ist noch unklar, da der Gesetzestext selbst noch nicht vorliegt. Für die Umsetzung ist jedoch generell auf folgende Punkte hinzuweisen: Bei einer asymmetrischen Interoperabilitätsverpflichtung gilt es insbesondere darauf zu achten, dass sie umfassende Nichtdiskriminierungsbedingungen enthält und nicht bestimmte (proprietäre) Standards oder Schnittstellen bevorzugt und dadurch die Stellung eines Dienstes oder einer Gruppe von Diensten gegenüber Dritten begünstigt.³⁶ In der Praxis wird es daher darauf ankommen, dass bei der Durchsetzung des DMA die Standardsetzung durch die Gatekeeper nicht zu einer weiteren Verstärkung ihrer Marktstellung führt und kleinere Wettbewerber noch höheren Marktzutrittsbarrieren ausgesetzt sind, indem sie ihre Dienste an den Vorgaben der Gatekeeper ausrichten müssen.³⁷

1.1.4 Überarbeitung der Vertikal-GVO und der Vertikal-Leitlinien

179. Die Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung (Vertikal-GVO)³⁸ normiert bestimmte Voraussetzungen, unter denen vertikale Vereinbarungen von dem Kartellverbot in Art. 101 Abs. 1 AEUV freigestellt sind. Dabei geht die Vertikal-GVO pauschal und unwiderleglich davon aus, dass eine von ihr erfasste Vereinbarung die Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt, die mit der Vereinbarung verbundenen Effizienzgewinne eine etwaige Wettbewerbsbeschränkung also überwiegen. Die Vertikal-GVO gilt gemäß § 2 Abs. 2 GWB auch für das Kartellverbot aus

³¹ c't Magazin, <https://www.heise.de/news/EU-einigt-sich-auf-strenge-Regeln-fuer-Tech-Konzerne-6660796.html>, Abruf am 2. Mai 2022

³² Siehe dazu ausführlich zu den ökonomischen und juristischen Implikationen derartige Eingriffe Monopolkommission, 12. Sektorgutachten Telekommunikation (2021): Wettbewerb im Umbruch, Baden-Baden, 2021, Tz. 203 ff.

³³ Ebenda, vgl. Fn. 32, Tz. 235.

³⁴ Ebenda, vgl. Fn. 32, Tz. 236.

³⁵ Siehe dazu umfassend ebenda, vgl. Fn. 32, Tz. 205 ff.

³⁶ Dazu bereits ebenda, vgl. Fn. 32, Tz. 236.

³⁷ Siehe zu den hierbei geäußerten Bedenken auch Sektoruntersuchung Messenger- und Video-Dienste – Zwischenbericht, Bonn, November 2021, S. 61.

³⁸ Verordnung (EU) 2022/720 der Kommission über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweise vom 10. Mai 2022, ABL. L 134 vom 11. Mai 2022, 4.

§ 1 GWB. Begleitet wird die Vertikal-GVO von Leitlinien, in denen die Europäische Kommission ihr Verständnis von der Vertikal-GVO sowie den Möglichkeiten und Grenzen einer Einzelfreistellung erläutert (Vertikal-Leitlinien)³⁹.

180. Mit Ablauf des 31. Mai 2022 ist die alte Vertikal-GVO⁴⁰ außer Kraft getreten. Die Europäische Kommission hatte daher bereits am 9. Juli 2021 Entwürfe für deren Überarbeitung sowie der Neufassung der alten Vertikal-Leitlinien veröffentlicht und beide einer öffentlichen Konsultation unterzogen, die bis zum 17. September 2021 andauerte.⁴¹ Vom 4. bis 18. Februar 2022 lief eine ergänzende Konsultation, die die Regelung bezüglich des Informationsaustauschs bei dualen Vertriebswegen betraf.⁴² Schließlich hat die Europäische Kommission am 10. Mai 2022 die Neufassung der Verordnung und der Leitlinien angenommen. Die Freistellung nach der Vertikal-GVO gilt, wie bisher, wenn eine doppelte Marktanteilsschwelle nicht überschritten wird. Danach dürfen weder der Anbieter noch der Abnehmer auf dem jeweils relevanten Markt, auf dem sie die Vertragswaren anbieten bzw. beziehen, einen Marktanteil in Höhe von mehr als 30 Prozent haben (Art. 3 Vertikal-GVO). Außerdem kommt eine Freistellung der in Rede stehenden Vereinbarung nach der Vertikal-GVO nur dann in Betracht, wenn es sich bei der Vereinbarung weder um eine Kernbeschränkung noch um eine nicht freigestellte Beschränkung (bestimmte Wettbewerbsverbote) handelt (Art. 4 f. Vertikal-GVO). Die Europäische Kommission nimmt insbesondere die folgenden Anpassungen bzw. Klarstellungen gegenüber der bisher geltenden Fassung vor:

- Online-Plattformen gelten als Anbieter (Art. 1 Abs. 1 lit. d Vertikal-GVO), nicht mehr als Handelsvertreter/Abnehmer,⁴³ weshalb sie nunmehr etwa dem Preisbindungsverbot unterfallen können (Kernbeschränkung gemäß Art. 4 lit. a Vertikal-GVO).
- Vereinbarungen zwischen Online-Hybrid-Plattformen und ihren gewerblichen Nutzerinnen und Nutzern sind von einer Freistellung nach der Vertikal-GVO generell ausgenommen (Art. 2 Abs. 6 Vertikal-GVO). In Erwägungsgrund 14 der Vertikal-GVO wird diese Regelung damit begründet, dass „Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten mit einer solchen Hybridstellung [...] die Fähigkeit und den Anreiz haben [können], das Ergebnis des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt für den Verkauf der vermittelten Waren oder Dienstleistungen zu beeinflussen.“
- Weite Meistbegünstigungsklauseln gelten als nicht freigestellte Beschränkungen (Art. 5 Abs. 1 lit. d Vertikal-GVO), während enge Bestpreisklauseln weiterhin freistellungsfähig sind (Vertikal-Leitlinien, Tz. 369 ff.).⁴⁴
- Maßnahmen, die darauf abzielen, dass Produkte nicht über die von einem Dritten betriebene Webseite verkauft werden (sog. Drittplattformverbote), sind grundsätzlich freistellungsfähig (Vertikal-Leitlinien, Tz. 332 ff.).⁴⁵

³⁹ Europäische EU-Kommission, Approval of the content of a draft for a Communication from the Commission, Guidelines on vertical restraints, C (2022) 3006 final vom 10. Mai 2020.

⁴⁰ Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen vom 20. April 2010, ABl. L 102 vom 23. April 2010, 1.

⁴¹ Europäische Kommission, Kartellrecht: Kommission fordert Interessenträger auf, zu den Entwürfen der überarbeiteten Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung und der überarbeiteten Vertikal-Leitlinien Stellung zu nehmen, Pressemitteilung, 9. Juli 2021.

⁴² https://ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2021-vber_de, Abruf am 11. Mai 2022.

⁴³ OLG Düsseldorf, VI-U (Kart) 5/17, 4. Dezember 2017, Expedia, NZKart 2018, 54-57, Rz. 31.

⁴⁴ Das Bundeskartellamt hatte an einer Freistellungsfähigkeit enger Bestpreisklauseln in der *Booking*-Entscheidung Zweifel, konnte die Frage aber offenlassen, da die Marktanteilsschwelle für die Anwendbarkeit der Vertikal-GVO überschritten war; vgl. BKartA, B9-121/13, 22. Dezember 2015, Booking, Rz. 253. Siehe zu Bestpreisklauseln auch Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 5, Tz. 486 ff.

⁴⁵ So bereits EuGH, C-230/16, 6. Dezember 2017, Coty, ECLI:EU:C:2017:941. Das Bundeskartellamt hat zuvor auch an der Freistellungsfähigkeit von Drittplattformverboten Zweifel geäußert; BKartA, B2-98/11, 26. August 2015, Asics, Tz. 531 ff. Siehe zu Drittplattformverboten auch Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, Wettbewerb 2018, Baden-Baden, 2018, Tz. 823 ff.

- Preissysteme, bei denen der Anbieter demselben Abnehmer unterschiedliche Einkaufspreise für Produkte berechnet, je nachdem, ob sie online oder offline weiterverkauft werden sollen (sog. Doppelpreissysteme), sind freistellungsfähig, sofern die Preisdifferenzierung einen Anreiz oder eine Belohnung für ein angemessenes Investitionsvolumen darstellt und im Verhältnis zu den Kosten des jeweiligen Vertriebskanals steht (Vertikal-Leitlinien, Tz. 209). Außerdem müssen die qualitativen Vorgaben, die der Anbieter dem Abnehmer für Online-Verkäufe einerseits und Offline-Verkäufe andererseits im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems macht, nicht mehr gleichwertig sein (Vertikal-Leitlinien, Tz. 235).⁴⁶
- Vereinbarungen betreffend den Internetvertrieb dürfen allerdings nicht dazu führen, dass eine wirksame Nutzung des Internets zum Verkauf der Vertragswaren und -dienstleistungen verhindert wird, da dies eine Kernbeschränkung nach Art. 4 lit. e Vertikal-GVO darstellt.

1.1.5 Überarbeitung der Horizontal-GVOen und der Horizontal-Leitlinien

181. Im Gegensatz zur Vertikal-GVO regeln die Horizontal-Gruppenfreistellungsverordnungen (Horizontal-GVOen) mit den zugehörigen Leitlinien die Freistellung von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die nicht auf unterschiedlichen, sondern auf derselben Marktstufe tätig und damit potenzielle oder tatsächliche Wettbewerber sind. Die Regelungsmaterie besteht aus der Forschungs- und Entwicklungs-Gruppenfreistellungsverordnung (FuE-GVO),⁴⁷ der Spezialisierungs-Gruppenfreistellungsverordnung (Spezialisierungs-GVO)⁴⁸ sowie den Horizontal-Leitlinien.⁴⁹ Die Verordnungen stellen FuE- bzw. Spezialisierungsvereinbarungen unter den dort jeweils genannten Voraussetzungen vom Kartellverbot frei. Die Spezialisierungs-GVO zielt unter anderem auf Vereinbarungen ab, die eine einseitige oder gegenseitige Spezialisierung zum Gegenstand haben, sodass sich Unternehmen gegenseitig verpflichten, bestimmte Produkte nicht oder nur ausschließlich zu produzieren (Art. 1 Abs. 1 lit. a-d Spezialisierungs-GVO). Hingegen bezieht sich die FuE-GVO auf solche Vereinbarungen, denen eine gemeinsame Forschung und Entwicklung zugrunde liegt (Art. 1 Abs. 1 lit. a FuE-GVO). Beide Verordnungen gelten bis zum 31. Dezember 2022. Die Europäische Kommission überarbeitet derzeit die Verordnungen und Leitlinien und plant, die Neuregelungen zum 1. Januar 2023 in Kraft treten zu lassen.⁵⁰ Erste Entwürfe hierzu wurden am 1. März 2022 veröffentlicht und eine öffentliche Konsultation durchgeführt, die bis zum 26. April 2022 andauerte.⁵¹

182. Mit der Reform soll insbesondere der Kritik begegnet werden, nach der einige Bestimmungen der Gruppenfreistellungsverordnungen zu starr und komplex seien, und der Grad der Rechtssicherheit, den die Horizontal-Leitlinien bieten, für die verschiedenen Arten von Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit uneinheitlich sei.⁵² Neu hinzukommen soll bei den Horizontal-Leitlinien ein neuntes Kapitel, das die Prüfung von Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern über Nachhaltigkeitsziele erläutert. Die Leitlinien verstehen in Bezugnahme auf die Ziele

⁴⁶ Dazu noch Abschnitt 2.4.

⁴⁷ Verordnung (EU) Nr. 1217/2010 der Kommission über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung vom 14. Dezember 2010, ABl. L 335 vom 18. Dezember 2010, 36.

⁴⁸ Verordnung (EU) Nr. 1218/2010 der Kommission über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen vom 14. Dezember 2010, ABl. L 335 vom 18. Dezember 2010, 43.

⁴⁹ Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit ABl. C 11 vom 14. Januar 2011, 1.

⁵⁰ Europäische Kommission, Kartellrecht: Kommission bittet um Stellungnahme zu den Entwürfen der überarbeiteten Vorschriften für Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit zwischen Unternehmen, Pressemitteilung, 1. März 2022.

⁵¹ Europäische Kommission, https://ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2022-hbers_de, Abruf am 4. Mai 2022.

⁵² Europäische Kommission, Pressemitteilung, 1. März 2022, a. a. O., vgl. Fn. 50.

der Vereinten Nationen⁵³ für nachhaltige Entwicklung und den europäischen Grünen Deal⁵⁴ unter einer nachhaltigen Entwicklung

„die Fähigkeit der Gesellschaft, die heute verfügbaren Ressourcen zu verbrauchen und zu nutzen, ohne die Fähigkeit künftiger Generationen zu gefährden, ihre eigenen Bedürfnisse zu decken. Sie umfasst Tätigkeiten, die die wirtschaftliche, ökologische und soziale Entwicklung (einschließlich Arbeitnehmer- und Menschenrechte) unterstützen. Der Begriff des Nachhaltigkeitsziels umfasst daher unter anderem die Bekämpfung des Klimawandels (z. B. durch die Verringerung der Treibhausgasemissionen), die Vermeidung von Umweltverschmutzung, die Begrenzung der Nutzung natürlicher Ressourcen, die Achtung der Menschenrechte, die Förderung einer widerstandsfähigen Infrastruktur und von Innovationen, die Verringerung der Nahrungsmittelverschwendung, die Erleichterung des Übergangs zu gesunden und nährstoffreichen Nahrungsmitteln, die Gewährleistung des Tierschutzes“ (Tz. 543 des Entwurfs)

183. Damit ist der Umfang der berücksichtigungsfähigen Ziele breit gewählt. Dieses Kapitel soll nur subsidiär zur Anwendbarkeit kommen, d. h. nicht, wenn die in Frage stehenden Vereinbarungen bereits durch die vorstehenden Kapitel gewürdigt werden (Tz. 556 des Entwurfs). Eine Vereinbarung, gemeinsam eine Produktionstechnologie zu entwickeln, die den Energieverbrauch senkt, muss z. B. nach den in Kapitel 2 dargelegten Grundsätzen für FuE-Vereinbarungen geprüft werden (Tz. 556 des Entwurfs). Zudem gelten die Leitlinien nicht für Absprachen, die sich auf die Produktion von oder den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen beziehen und die darauf abzielen, hohe Nachhaltigkeitsstandards anzuwenden, und die gemäß Artikel 210a der Verordnung (EU) Nr. 1308/2013 über eine gemeinsame Marktorganisation für landwirtschaftliche Erzeugnisse von Art. 101 Abs. 1 AEUV ausgenommen sind (Tz. 51 des Entwurfs).⁵⁵ Besonderes Augenmerk soll in den Leitlinien auf die Vereinbarungen zur Festlegung von Nachhaltigkeitsstandards gelegt werden, da dies nach Auffassung der Europäischen Kommission die häufigste Form der Kooperation bei der Verfolgung von Nachhaltigkeitszielen sein dürfte und sich die so festgelegten Standards von den Technologiestandards unterscheiden, die in Kapitel 7 der Leitlinien behandelt werden.⁵⁶ Die Monopolkommission befasst sich in Kapitel IV dieses Gutachtens eingehend mit der Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten im Wettbewerbsrecht.

1.1.6 Überarbeitung der Bekanntmachung der Europäischen Kommission über die Marktabgrenzung

184. Die sachliche und räumliche Marktabgrenzung spielt eine zentrale Rolle bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts: Sie dient dazu, die tatsächlichen Wettbewerber zu ermitteln, die Druck auf die geschäftlichen Entscheidungen der betreffenden Unternehmen ausüben, um unter anderem die Berechnung von Marktanteilen zu ermöglichen, die für die Fusionskontroll- und Kartellverfahren zur Bewertung der Marktmacht herangezogen werden. Um insbesondere Unternehmen in die Lage zu versetzen abzuschätzen, ob die Europäische Kommission in einem konkreten Fall möglicherweise wettbewerbliche Bedenken geltend machen wird, veröffentlicht sie Erläuterungen, wie sie diese Marktabgrenzung vornimmt. Diese Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts wird derzeit überarbeitet, da sie nach ihrem Inkrafttreten im Dezember 1997 nicht mehr geändert wurde und neuere Entwicklungen möglicherweise nicht mehr hinreichend berücksich-

⁵³ Vereinte Nationen, Resolution der Generalversammlung vom 25. September 2015, Transformation unserer Welt: die Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung.

⁵⁴ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Der europäische Grüne Deal vom 11. Dezember 2019, COM(2019) 640 final.

⁵⁵ Art. 210a der Verordnung (EU) Nr. 1308/2013 wurde eingeführt mit der Verordnung (EU) 2021/2117 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 2. Dezember 2021 zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 1308/2013, (EU) Nr. 1151/2012, (EU) Nr. 251/2014 und (EU) Nr. 228/2013, ABl. L 435 vom 6. Dezember 2021, 262.

⁵⁶ Europäische Kommission, Überarbeitung der Horizontal-Gruppenfreistellungsverordnungen und der Horizontal-Leitlinien - Überblick über die wichtigsten vorgeschlagenen Änderungen, abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_22_1371, Abruf am 4. Mai 2022.

tigt werden.⁵⁷ Zu diesem Zweck leitete die Europäische Kommission im März 2020 ein Evaluierungsverfahren ein, führte eine Konsultation der Öffentlichkeit und der nationalen Wettbewerbsbehörden der EU durch und gab ein externes Gutachten in Auftrag.⁵⁸

185. Die Evaluierung wurde im Juli 2021 mit folgenden Ergebnissen abgeschlossen:⁵⁹ Insgesamt wird die Bekanntmachung weiterhin als wichtiges Instrument angesehen, um Transparenz für die Unternehmen zu schaffen. Grundsätzlich sind die in der Bekanntmachung enthaltenen Ausführungen nach wie vor als korrekt, umfassend und klar anzusehen, auch wenn bei einzelnen Aspekten ein Aktualisierungsbedarf besteht. Konkret benannt werden insoweit etwa der Einsatz und Zweck des sog. SSNIP-Tests („small significant non transitory increase in price“, kleiner signifikanter nicht vorübergehender Preisanstieg). Zu den bislang noch nicht vollständig berücksichtigten Neuerungen zählen insbesondere die Folgen der Digitalisierung, die im Jahr 1997 noch nicht absehbar waren: Hier wird die Durchführung der Marktabgrenzung z. B. bei mehrseitigen Plattformen, auf denen Dienstleistungen zu einem monetären Nullpreis angeboten werden, vor neue Probleme gestellt. Umstritten ist hierbei etwa, inwiefern auf den Plattformseiten mehrere relevante Märkte vorliegen oder es sich insgesamt um einen einheitlichen Markt handelt.⁶⁰ Ein weiteres wichtiges Thema ist die voranschreitende Globalisierung, die im Rahmen der räumlichen Marktabgrenzung zunehmend zu einer Abgrenzung weltweiter Märkte führt.⁶¹ Die Europäische Kommission plant, die etwa notwendigen Überarbeitungen der Bekanntmachung bis zum ersten Quartal des Jahres 2023 abzuschließen.⁶²

1.1.7 Erarbeitung von Leitlinien zu Tarifverträgen über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbstständigen

186. Digitale Arbeitsplattformen nehmen eine stetig steigende Bedeutung auf dem Arbeitsmarkt ein und sind in einer Vielzahl von Sektoren verbreitet: Die Spanne der darüber abgewickelten Tätigkeiten reicht von Fahr- und Lieferdiensten über Hausarbeit bis hin zu architektonischer Gestaltung, Übersetzungen und IT-Entwicklung.⁶³ Am 9. Dezember 2021 stellte die Europäische Kommission ein Maßnahmenpaket vor, das die Arbeitsbedingungen von Menschen verbessern soll, die über solche digitale Plattformen arbeiten:⁶⁴ Erstens soll eine Mitteilung die Vorge-

⁵⁷ Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft vom 9. Dezember 1997, ABl. C 372 vom 9. Dezember 1997, 5.

⁵⁸ Europäische Kommission, Wettbewerb: Kommission veröffentlicht Ergebnisse der Evaluierung der Bekanntmachung über die Marktdefinition, Pressemitteilung, 12. Juli 2021.

⁵⁹ Siehe dazu Europäische Kommission, Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen – Evaluierung der Bekanntmachung der Kommission vom 9. Dezember 1997 über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, SWD(2021) 199 final, 12. Juli 2021, S. 66 ff. sowie die dazugehörige Zusammenfassung Europäische Kommission, Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen – Evaluierung (Zusammenfassung) der Bekanntmachung der Kommission vom 9. Dezember 1997 über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, SWD(2021) 200 final, 12. Juli 2021. Siehe für eine Zusammenfassung und Bewertung der Evaluationsergebnisse auch Kruse, J./Maturana, S., Die Zukunft der Marktabgrenzung – Evaluierungsergebnisse der Kommission zur Bekanntmachung über die Marktdefinition, NZKart, 2021, S. 449–455.

⁶⁰ Kruse, J./Maturana, S., Die Zukunft der Marktabgrenzung – Evaluierungsergebnisse der Kommission zur Bekanntmachung über die Marktdefinition, a. a. O., vgl. Fn. 59, S. 453 f. mit weiteren Nachweisen.

⁶¹ Europäische Kommission, Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen – Evaluierung der Bekanntmachung der Kommission vom 9. Dezember 1997 über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, a. a. O., vgl. Fn. 59, S. 42 ff. Siehe dazu auch die Darstellung und Bewertung bei Kruse, J./Maturana, S., Die Zukunft der Marktabgrenzung – Evaluierungsergebnisse der Kommission zur Bekanntmachung über die Marktdefinition, a. a. O., vgl. Fn. 59, S. 451 bzw. 454.

⁶² https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13308-EU-Wettbewerbsrecht-Aktualisierung-der-Bekanntmachung-uber-die-Marktdefinition-Uberarbeitung-_de, Abruf am 9. Mai 2022.

⁶³ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Bessere Arbeitsbedingungen für ein stärkeres soziales Europa: die Vorteile der Digitalisierung für die Zukunft der Arbeit in vollem Umfang nutzen vom 9. Dezember 2021, COM(2021) 761 final, S. 2 f.

⁶⁴ Europäische Kommission, Vorschläge der Kommission zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen von Menschen, die über digitale Arbeitsplattformen arbeiten, Pressemitteilung, 9. Dezember 2021.

hensweise der Europäischen Union im Bereich der Plattformarbeit erläutern. Zweitens soll eine Richtlinie erlassen werden, die insbesondere Vorgaben zur korrekten Feststellung des Beschäftigtenstatus (Arbeitnehmer(in)/Selbstständige(r)) aufstellt. Drittens hat die Europäische Kommission einen Entwurf für Leitlinien vorgestellt, die die Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf Tarifverträge von Solo-Selbstständigen⁶⁵ klarstellen soll (Tarifvertrags-Leitlinien-E).

187. Vor allem der letztgenannte Punkt hat eine hohe Bedeutung für die künftige Anwendung des Kartellrechts. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist das Kartellverbot auf Tarifverträge zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbänden grundsätzlich nicht anwendbar.⁶⁶ Dies gilt im Ergebnis auch für Tarifverträge, die Personen betreffen, die nach nationalem Recht zwar nicht als Arbeitnehmer, sondern als Selbstständige anzusehen sind, sich aber in einer mit Arbeitnehmern vergleichbaren Situation befinden.⁶⁷ Ob die Situation eines Selbstständigen mit der eines Arbeitnehmers vergleichbar ist, muss in einer Einzelfallbeurteilung festgestellt werden, die zwangsläufig mit gewissen Unsicherheiten verbunden ist. Diesen Unsicherheiten, die durch die Zunahme der Online-Plattformwirtschaft weiter verstärkt werden, will die Europäische Kommission mit den Leitlinien begegnen.⁶⁸ Sie benennt dafür drei Fallgruppen: Erstens liegt eine Vergleichbarkeit dann vor, wenn Solo-Selbstständige wirtschaftlich abhängig sind, also ihre Dienstleistungen ausschließlich oder vorwiegend (d. h. mindestens zu 50 %) für eine einzige Gegenpartei erbringen (Tz. 24 f. Tarifvertrags-Leitlinien-E). Als zweite Fallgruppe werden Solo-Selbstständige genannt, die „*Seite an Seite*“ mit Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern arbeiten, d. h., dieselben oder ähnliche Aufgaben wie diese übernehmen (Tz. 26 f. Tarifvertrags-Leitlinien-E). Drittens wird die Tätigkeit über digitale Arbeitsplattformen aufgezählt, die sogleich definiert wird (Tz. 28 ff., 30 Tarifvertrags-Leitlinien-E). Wesentlich für die Vergleichbarkeit zur Situation der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ist im letztgenannten Fall insbesondere, dass die Plattform „*die Organisation der Arbeit*“ der Einzelpersonen umfasst und nicht nur ein bloßes Kommunikationsmittel zu den Endnutzerinnen und Endnutzern darstellt. Die Einbeziehung von Selbstständigen, die über digitale Plattformen arbeiten, wird damit begründet, dass einzelne Plattformen eine hohe Kundenreichweite haben und Solo-Selbstständige faktisch keine Wahlmöglichkeiten haben. Abschließend sind in den Leitlinien Fälle genannt, in denen Solo-Selbstständige nicht in einer vergleichbaren Situation sind wie Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, ihre Tarifverträge also vom Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV grundsätzlich erfasst sind, die Kommission jedoch nicht gegen die Tarifverträge vorzugehen gedenkt, da die betroffenen Personen aus sonstigen Gründen eine schwache Position gegenüber ihren Gegenparteien haben (Tz. 32 ff. Tarifvertrags-Leitlinien-E). Genannt wird hier beispielsweise eine hohe Wirtschafts- und Nachfragemacht der Gegenparteien.

188. Das Verfahren hat bereits folgende Schritte durchlaufen:⁶⁹ Nachdem die Europäische Kommission am 6. Januar 2021 eine Folgenabschätzung zur Anfangsphase der Initiative veröffentlicht hatte, folgte zwischen dem 5. März und 31. Mai 2021 eine öffentliche Konsultation von Sozialpartnern und anderen Interessenträgern. Derzeit werden die Stellungnahmen ausgewertet, die zu dem von der Europäischen Kommission vorgelegten Entwurf der Leitlinien bis zum 24. Februar 2022 im Rahmen einer öffentlichen Konsultation abgegeben werden konnten.

⁶⁵ Dabei handelt es sich um Selbstständige, die keine Mitarbeiter beschäftigen, ebenda, vgl. Fn. 64. In den Leitlinien werden sie als Personen definiert, die über keinen Arbeitsvertrag verfügen oder die in keinem Arbeitsverhältnis stehen und die zur Erbringung der betreffenden Dienstleistungen *in erster Linie auf die eigene Arbeitskraft angewiesen* sind (Tz. 19 Tarifvertrags-Leitlinien-E).

⁶⁶ EuGH, C-67/96, 21. September 1999, Albany, ECLI:EU:C:1999:430, Tz. 59.

⁶⁷ Vgl. EuGH, C-413/13, 4. Dezember 2014, FNV KIM, ECLI:EU:C:2014:2411, Tz. 31, 36.

⁶⁸ Tarifvertrags-Leitlinien-E, Tz. 9.

⁶⁹ Europäische Kommission, Kartellrecht: Kommission bittet um Stellungnahmen zum Entwurf der Leitlinien zu Tarifverträgen über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbstständigen, Pressemitteilung, 9. Dezember 2021.

1.1.8 Vereinfachung von EU-Fusionskontrollverfahren

189. Die Fusionskontrolle auf Unionsebene ist in der EU-Fusionskontrollverordnung geregelt und wird hinsichtlich Verfahrensfragen durch eine Durchführungsverordnung der Europäischen Kommission präzisiert.⁷⁰ Bereits seit dem Jahr 2000 besteht die Möglichkeit, dass bestimmte Zusammenschlüsse, die voraussichtlich keine wettbewerblichen Bedenken aufwerfen, in einem vereinfachten Verfahren geprüft werden. Am 6. Mai 2022 veröffentlichte die Europäische Kommission ihre Vorschläge zur öffentlichen Konsultation, die auf eine weitere Vereinfachung gegenüber einer bereits im Jahr 2013 erfolgten Reform dieses Verfahrens abzielen.⁷¹ Darin werden die Interessensträger aufgerufen, zum Entwurf einer überarbeiteten Durchführungsverordnung zur Fusionskontrollverordnung und zum Entwurf einer überarbeiteten Bekanntmachung über ein vereinfachtes Verfahren Stellung zu nehmen. Eine Stellungnahme von Interessensträgern war bis zum 3. Juni 2022 möglich, und die Europäische Kommission strebt an, das Überarbeitungsverfahren im Jahr 2023 abzuschließen. Inhaltlich schlägt die Europäische Kommission vor, die Kategorien von Zusammenschlüssen, die für ein vereinfachtes Verfahren infrage kommen, zu erweitern⁷² und klarer zu fassen, die Prüfung von Zusammenschlüssen insgesamt durch eine bessere Informationserhebung zu straffen sowie die seit der Corona-Pandemie vorübergehend mögliche digitale Übermittlung von Unterlagen dauerhaft beizubehalten.⁷³

1.2 Überblick über die kartellrechtliche Entscheidungspraxis

1.2.1 Fusionskontrolle

1.2.1.1 Deutsche Fusionskontrolle

190. Im Berichtszeitraum wurden insgesamt 2.261 Zusammenschlussvorhaben zur fusionskontrollrechtlichen Prüfung beim Bundeskartellamt angemeldet, von denen auf das Jahr 2020 1.236 und auf das Jahr 2021 1.025 Anmeldungen entfallen. Der deutliche Rückgang der Anmeldungen im Vergleich zum vorangegangenen Berichtszeitraum 2018/2019, in dem insgesamt 2.816 Zusammenschlussvorhaben angemeldet wurden, ist zunächst mit den Auswirkungen der Corona-Pandemie sowie sodann mit der Anhebung der Anmeldeschwellen im Zuge der 10. GWB-Novelle im Januar 2021 zu erklären.⁷⁴ Der ganz überwiegende Teil der angemeldeten Zusammenschlussvorhaben konnte im Vorprüfverfahren freigegeben werden. Das Bundeskartellamt schloss 19 Hauptprüfverfahren ab, und zwar neun im Jahr 2020 und zehn im Jahr 2021 (2018/2019: 29 Hauptprüfverfahren). Ein Großteil der Anmeldungen im Hauptprüfverfahren wurde von den Unternehmen zurückgenommen, nachdem das Bundeskartellamt ihnen seine wettbewerblichen Bedenken mitgeteilt hatte, und zwar insbesondere im Jahr 2021 (fünf Rücknahmen). Im Jahr 2020 untersagte das Bundeskartellamt kein und im Jahr 2021 ein Zu-

⁷⁰ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L 24 vom 29. Januar 2004, 1 bzw. Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission vom 7. April 2004 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L 133 vom 30. April 2004, 1.

⁷¹ Europäische Kommission, Fusionskontrolle: Kommission bittet um Stellungnahme zur vorgeschlagenen Vereinfachung von Fusionskontrollverfahren, Pressemitteilung, 6. Mai 2022.

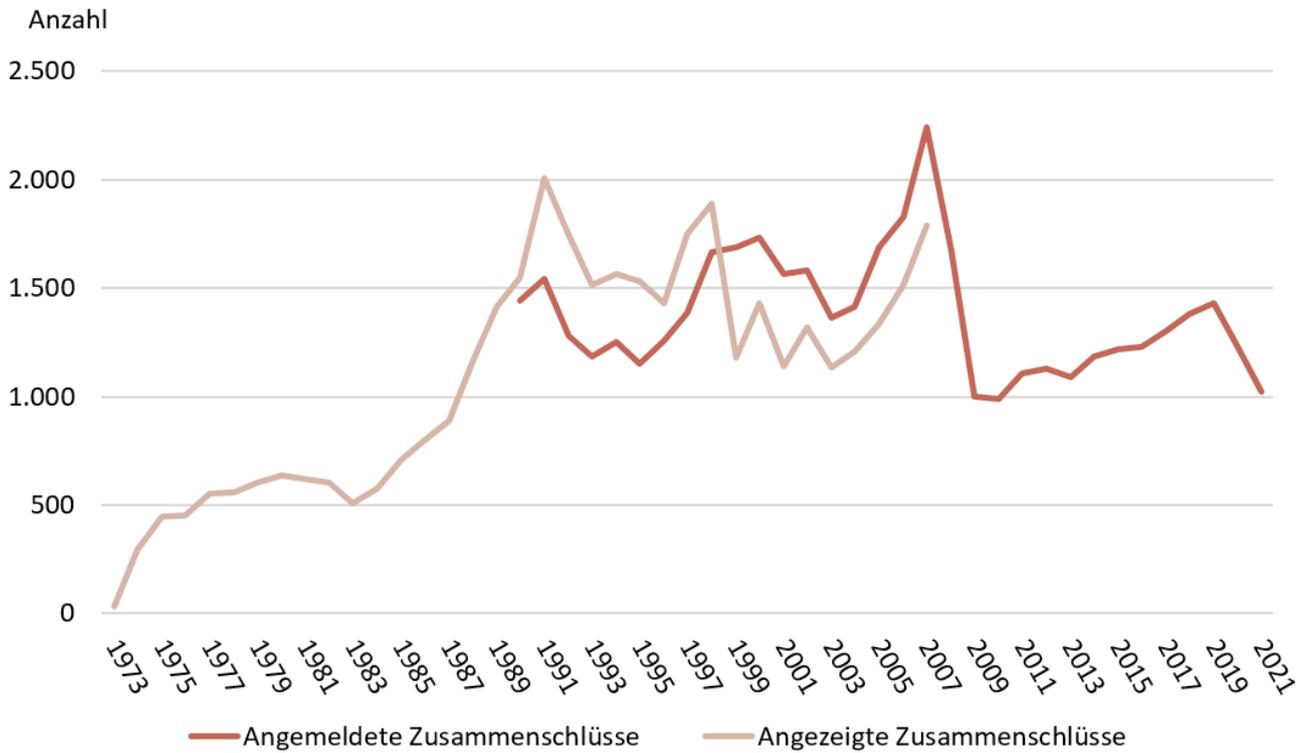
⁷² Als eine weitere Kategorie wird etwa genannt, dass „*der individuelle oder gemeinsame Anteil der an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen an einem vorgelagerten Markt [...] nach allen plausiblen Marktdefinitionen weniger als 30 % [beträgt] und sie [...] gemeinsam weniger als 30 % der Vorleistungen auf diesem Markt [beziehen]*“, Europäische Kommission, begleitender Vermerk zur Durchführungsverordnung und zur Bekanntmachung über das vereinfachte Verfahren, abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_22_2806, S. 3, Abruf am 18. Mai 2022.

⁷³ Ebenda, vgl. Fn. 72, S. 3.

⁷⁴ Die beiden Inlandsumsatzschwellen betragen nunmehr EUR 50 Mio. und EUR 17,5 Mio. statt zuvor EUR 25 Mio. bzw. EUR 5 Mio. Dazu bereits Tz. 170.

sammenschlussvorhaben.⁷⁵ Im vorangegangenen Berichtszeitraum wurden dagegen vier Zusammenschlussvorhaben untersagt. Die Anzahl der Untersagungen in den einzelnen Berichtszeiträumen unterliegt allerdings großen Schwankungen. Einzelheiten zur Fusionskontrollstatistik können den folgenden Abbildungen und Tabellen entnommen werden:

Abbildung II.1: Anzahl der angemeldeten Zusammenschlüsse und der vollzogenen Zusammenschlüsse



Anm.: Über den Vollzug von Zusammenschlüssen liegen seit 2008 keine verlässlichen Zahlen mehr vor. Daher sind die angezeigten Zusammenschlüsse nur bis 2007 dargestellt.

Quelle: eigene Darstellung nach Angaben des Bundeskartellamtes

⁷⁵ BKartA, V-36/20, 28. September 2021, Thüringische Landeszeitung/Ostthüringer Zeitung. Eine weitere Untersagung erließ das Bundeskartellamt erst nach Abschluss des von der Monopolkommission für die hiesige Fusionskontrollstatistik betrachteten Zeitraums 2020/2021; vgl. BKartA, B1-137/21, 14. Januar 2022, ACO/BIRCO.

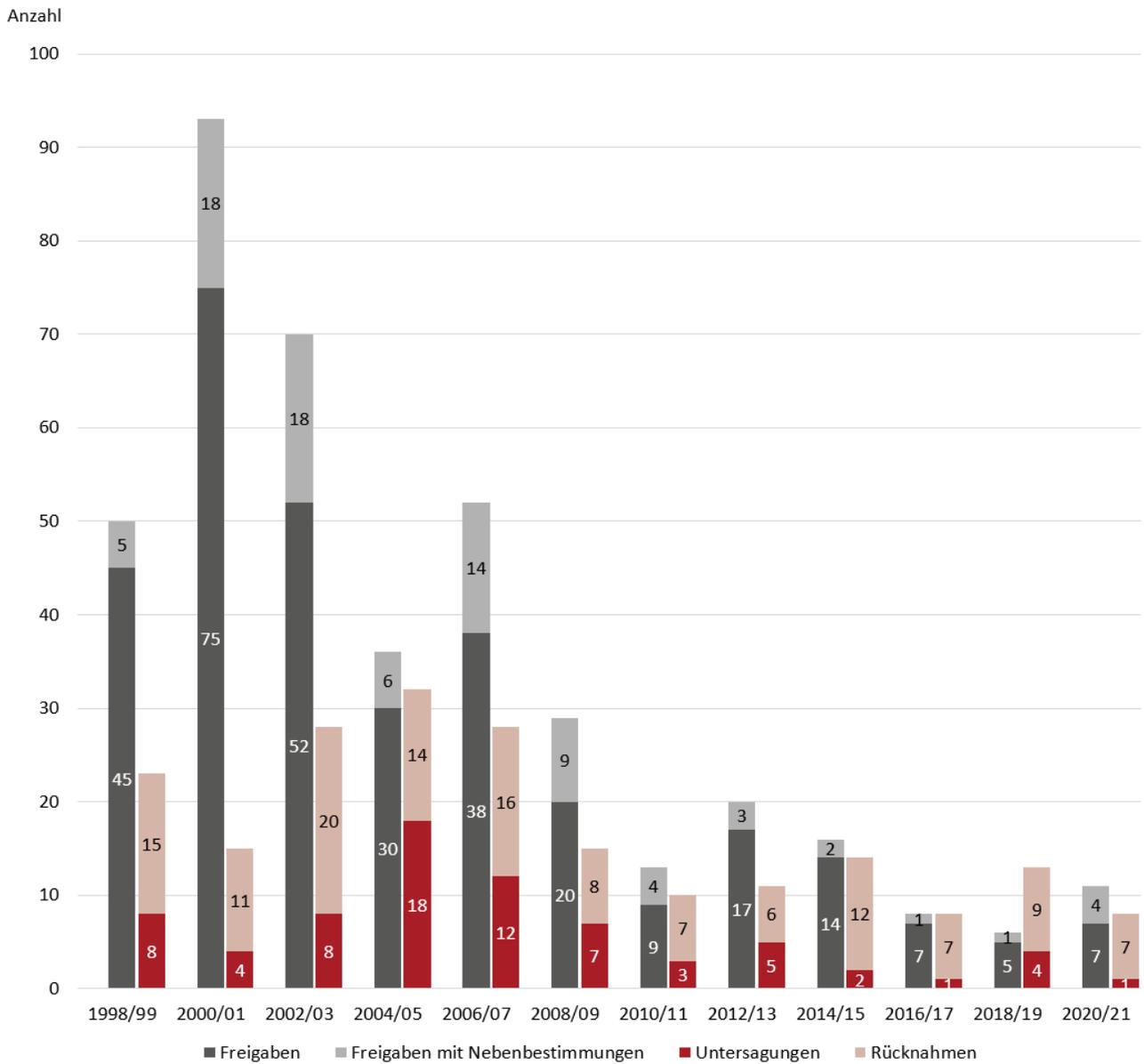
Tabelle II.1: Übersicht über die Anzahl der angemeldeten und vollzogenen Zusammenschlüsse sowie der vom Bundeskartellamt ausgesprochenen Untersagungen, gegliedert nach Berichtszeiträumen der Monopolkommission

Jahr	Anzeigen vollzogener Zusammenschlüsse	Angemeldete Zusammenschlüsse	Untersagungen
1973/1975	773		5
1976/1977	1.007		7
1978/1979	1.160		13
1980/1981	1.253		21
1982/1983	1.109		10
1984/1985	1.284		13
1986/1987	1.689		5
1988/1989	2.573		16
1990/1991	3.555	2.986	8
1992/1993	3.257	2.467	6
1994/1995	3.094	2.408	8
1996/1997	3.185	2.644	9
1998/1999	3.070	3.354	8
2000/2001	2.567	3.303	4
2002/2003	2.452	2.950	8
2004/2005	2.541	3.099	18
2006/2007	3.303	4.071	12
2008/2009	-	2.673	7
2010/2011	-	2.095	3
2012/2013	-	2.218	5
2014/2015	-	2.407	2
2016/2017	-	2.530	1
2018/2019	-	2.816	4
2020/2021	-	2.261	1
Davon:			
2020	-	1.236	0
2021	-	1.025	1
Insgesamt	(bis 2007) 37.872	44.282	194

Anm.: Über den Vollzug von Zusammenschlüssen liegen seit 2008 keine verlässlichen Zahlen mehr vor. Daher sind die angezeigten Zusammenschlüsse nur bis 2007 dargestellt.

Quelle: Bundeskartellamt

Abbildung II.2: Anzahl der Hauptprüfverfahren und der dortigen Entscheidungen sowie Rücknahmen



Quelle: eigene Darstellung nach Angaben des Bundeskartellamtes

Tabelle II.2: Übersicht über den Stand der deutschen Zusammenschlusskontrolle 2020 und 2021 (im Vergleich zu 2019)

	2019	2020	2021
I. Fusionskontrollverfahren insgesamt			
Eingegangene Anmeldungen nach § 39 GWB	1.433	1.236	1.025
Vorfeldfälle	13	15	11
II. Vorprüfverfahren (Erste-Phase-Fälle)			
Freigabe	1.376	1.177	1.041
Keine Anmeldepflicht	26	21	46
Rücknahme der Anmeldung	29	18	14
III. Hauptprüfverfahren (Zweite-Phase-Fälle)			
Entscheidungen	6	7	5
davon: Freigabe ohne Nebenbestimmungen	2	4	3
Freigabe mit Nebenbestimmungen	0	3	1
Untersagung	4	0	1
Rücknahme der Anmeldung	5	2	5

Anm.: Die Zahlen beziehen sich auf alle in den jeweiligen Jahren ergangenen Entscheidungen oder sonstige Erledigungen, unabhängig vom Zeitpunkt der Anmeldung; aus diesem Grund können die Zahlen der angemeldeten und der erledigten Fälle divergieren. Vorfeldfälle sind Zusammenschlussvorhaben, die wegen wettbewerblicher Bedenken des Bundeskartellamtes entweder nicht bzw. modifiziert angemeldet oder zurückgenommen worden sind. In diesen Fällen kann auch ohne abschließende Verfügung die erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs verhindert werden. Die Erfassung dieser Fälle ist naturgemäß schwierig, sodass die angegebenen Werte nur eine Annäherung darstellen können. Nach Angaben des Bundeskartellamtes geht nur ein geringer Teil der Rücknahmen von Fusionskontrollanmeldungen auf Bedenken des Bundeskartellamtes zurück.

Quelle: Bundeskartellamt

191. Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum das Zusammenschlussvorhaben Thüringische Landeszeitung/Ostthüringer Zeitung untersagt.⁷⁶ Die Funke Mediengruppe, zu der die Thüringische Landeszeitung gehört, beabsichtigte den Erwerb aller Anteile der Verlagsgesellschaften der Ostthüringer Zeitung. Die Ostthüringer Zeitung befindet sich bereits zu 60 Prozent im (mittelbaren) Besitz der Funke Mediengruppe, es besteht allerdings eine gemeinsame Kontrolle mit einem Minderheitsgesellschafter. Durch den Erwerb der alleinigen Kontrolle – so das Bundeskartellamt – würden sich die Verhaltensspielräume der Funke Mediengruppe in Bezug auf die Ostthüringer Zeitung vergrößern, da der Minderheitsgesellschafter mit seiner teilweise gegenläufigen Interessenlage wegfiel. Der Zusammenschluss würde zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs in Form einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellungen beider Zeitungen führen. Die Ostthüringer Zeitung und die Thüringische Landeszeitung verfügen auf den Lesermärkten für regionale Abonnement-Tageszeitungen über starke Marktpositionen. Überschneidungen bei den Verbreitungsgebieten habe es bislang lediglich in Gera und Jena gegeben, wo der Zusammenschluss einen Wegfall des wettbewerblichen Drucks der jeweils anderen Zeitung zur Folge hätte. Die zwischen den Zusammenschlussbeteiligten bestehenden, weitreichenden Kooperationen wurden bei der Beurteilung der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb seitens des Bundeskartellam-

⁷⁶ BKartA, V-36/20, a. a. O., vgl. Fn. 75. Ein Rechtsmittel ist anhängig beim OLG Düsseldorf, VI-Kart 10/21 (V).

tes insoweit nicht berücksichtigt, als sie kartellrechtswidrig sind. Die Monopolkommission befasst sich in diesem Kapitel noch tiefergehend mit der behördlichen Zuständigkeit für die kartellrechtliche Beurteilung von regionalen Kooperationen im Rahmen der Fusionskontrolle (Abschnitt 2.2).

192. Im Januar 2022 untersagte das Bundeskartellamt zudem den Erwerb von BIRCO durch ACO.⁷⁷ Bei den Unternehmen handele es sich um führende Hersteller von Systemen zur Oberflächenentwässerung, wobei der Fokus von BIRCO insbesondere auf der sog. Linienentwässerung liegt. Das Bundeskartellamt hat die Linienentwässerung von anderen Formen der Oberflächenentwässerung abgegrenzt und in sachlicher Hinsicht einen separaten Markt für Linienentwässerungssysteme angenommen. In räumlicher Hinsicht sei dieser Markt deutschlandweit abzugrenzen. Durch den Zusammenschluss würden ACO und BIRCO ihre ohnehin schon starken Marktpositionen ausbauen und eine marktbeherrschende Stellung erlangen, wodurch der wirksame Wettbewerb auf dem deutschlandweiten Markt für Linienentwässerung erheblich behindert würde.

193. Im Rahmen des Zusammenschlusskomplexes Real hat das Bundeskartellamt mehrere Vorhaben zur Übernahme der Lebensmitteleinzelhandelsgeschäfte von Real geprüft. Eine tiefergehende Prüfung hat es in den Fällen Edeka/Real und Kaufland/Real gegeben, die beide im Hauptprüfverfahren mit Nebenbestimmungen freigegeben wurden.⁷⁸ Kaufland beabsichtigte ursprünglich die Übernahme von bis zu 101 Real-Standorten von der Veräußerin SCP. Das Bundeskartellamt gab allerdings nur den Erwerb von 92 Standorten frei, da die Übernahme der übrigen neun Standorte auf der Absatzseite zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen würde. Kaufland gab deshalb gegenüber dem Bundeskartellamt die Zusage ab, auf den Erwerb dieser Standorte zu verzichten. Edeka beabsichtigte ursprünglich den Erwerb von 72 Real-Standorten, bei 27 von ihnen hatte das Bundeskartellamt wettbewerbliche Bedenken auf der Absatzseite. Hinsichtlich des ganz überwiegenden Teils dieser Standorte hat Edeka deshalb zugesagt, auf eine Übernahme zu verzichten. Im Übrigen betreffen die von Edeka gegenüber dem Bundeskartellamt abgegebenen Zusagen etwa eine Übertragung von Teilflächen der übernommenen Märkte an Wettbewerber. Das Bundeskartellamt nutzte zur räumlichen Marktabgrenzung auf der Absatzseite in den beiden Parallelverfahren Edeka/Real und Kaufland/Real Daten der Bonuskarte „Payback“, um Kundenströme zu ermitteln.⁷⁹ In beiden Verfahren – Edeka/Real einerseits und Kaufland/Real andererseits – hatte das Bundeskartellamt auf der Beschaffungsseite wettbewerbliche Bedenken wegen des mit dem jeweiligen Zusammenschluss einhergehenden großen Zuwachses an Beschaffungsvolumen bei Kaufland, das Teil der Schwarz-Gruppe ist, bzw. Edeka und des gleichzeitigen Verlustes des Beschaffungsvolumens bei einer mittelständisch geprägten Einkaufskooperation, der Real angehörte. SCP gab deshalb gegenüber dem Bundeskartellamt in beiden Verfahren die Zusage ab, Real-Standorte mit einem Beschaffungsvolumen von insgesamt EUR 200 Mio. für Lebensmittel an mittelständische Unternehmen zu veräußern.

194. Das Bundeskartellamt hat das Zusammenschlussvorhaben Meta/Kustomer freigegeben. Die Freigabe erfolgte im Vorprüfverfahren (Phase I); allerdings war die – vom Bundeskartellamt letztlich bejahte – Anmeldepflicht Gegenstand einer ausführlichen, separaten (Vor-) Prüfung.⁸⁰ Mangels ausreichender auf Deutschland entfallender Umsätze von Kustomer, einem Anbieter von Cloud-basierten Diensten zur Verwaltung von Kundendaten und -kontakten für Unternehmen (sog. CRM-Dienste), kam lediglich eine Anmeldepflicht gemäß der Transaktionswertschwelle aus § 35 Abs. 1a GWB in Betracht. In Österreich wurde das Zusammenschlussvorhaben dagegen nach den Umsatzschwellen angemeldet und gemäß Art. 22 Abs. 1 der Verordnung (EG) 139/2004 an die Europäische Kommission verwiesen.⁸¹ Das Bundeskartellamt hat sich der Verweisung aufgrund der nach nationalem Fusions-

⁷⁷ BKartA, B1-137/21, a. a. O., vgl. Fn. 75.

⁷⁸ BKartA, B2-85/20, 17. März 2021, Edeka/Real; B2-83/20, 22. Dezember 2020, Kaufland/Real.

⁷⁹ Dazu noch Tz. 347.

⁸⁰ BKartA, B6-37/21, 9. Dezember 2021 und 11. Februar 2022, Meta/Kustomer; vgl. BKartA, Freigabe der Übernahme von Kustomer durch Meta (ehemals Facebook), Pressemitteilung, 11. Februar 2022.

⁸¹ Die Monopolkommission befasst sich in diesem Kapitel noch tiefergehend mit der Verweisung von Zusammenschlussvorhaben an die Europäische Kommission trotz fehlender nationaler Anmeldepflicht (Abschnitt 2.1).

kontrollrecht zunächst klärungsbedürftigen Anmeldepflicht nicht angeschlossen und stattdessen ein eigenes Verfahren eingeleitet. Bei der (Vor-) Prüfung der Anmeldepflicht gemäß der Transaktionswertschwelle war insbesondere fraglich, ob das zu erwerbende Unternehmen Kustomer über eine erhebliche Inlandstätigkeit im Sinne des § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB verfügt. Das Bundeskartellamt stellte insoweit fest, dass die Dienste von Kustomer einen Marktbezug zu Deutschland haben, da sie gegenüber Unternehmen mit Sitz in Deutschland erbracht würden bzw. deutsche Endkundinnen und Endkunden betroffen seien. Die Inlandstätigkeit sei zudem erheblich: Während die gegenwärtigen geringen Umsätze von Kustomer in Deutschland das wettbewerbliche Potenzial des Unternehmens, das es aus Sicht von Meta habe, nicht angemessen widerspiegele, stelle die insgesamt nicht unerhebliche Anzahl der Datensätze der deutschen Endkundinnen und Endkunden, die in dem System von Kustomer hinterlegt seien, eine geeignete Messgröße dar. Das Bundeskartellamt verweist in diesem Zusammenhang auch auf die Gesetzesbegründung zur 9. GWB-Novelle, wonach das Kriterium der Erheblichkeit der Inhaltstätigkeit lediglich marginale Tätigkeiten ausnehme.⁸² Im Anschluss an die seitens des Bundeskartellamtes festgestellte Fusionskontrollpflicht wurde das Zusammenschlussvorhaben Meta/Kustomer beim Bundeskartellamt angemeldet und zeitnah freigegeben. Dabei konnte das Bundeskartellamt die Feststellungen der Europäischen Kommission aus dem EU-Fusionskontrollverfahren berücksichtigen. Die Europäische Kommission hatte das Zusammenschlussvorhaben zuvor nach einer vertieften Prüfung (Phase II) mit Nebenbestimmungen freigegeben, die den Zugang zu Programmierschnittstellen für konkurrierende Anbieter von CRM-Diensten gewährleisten sollen.⁸³

195. Der BGH hat die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts (OLG) Düsseldorf zu dem Zusammenschlussvorhaben CTS Eventim/Four Artists zurückgewiesen.⁸⁴ Das OLG Düsseldorf hatte die Untersagung des Zusammenschlussvorhabens durch das Bundeskartellamt zuvor bestätigt. Da das OLG die Rechtsbeschwerde gegen seinen Beschluss nicht zugelassen hatte, legten die Zusammenschlussbeteiligten zunächst Nichtzulassungsbeschwerde ein, der der BGH stattgab. Der BGH hatte damals festgestellt, dass die Frage, ob die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung erheblich sein muss, um eine Untersagung wegen der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs (sog. SIEC-Kriterium) zu rechtfertigen, grundsätzliche Bedeutung habe und vom BGH noch nicht entschieden sei.⁸⁵ In der Hauptsache schloss sich der BGH nunmehr der Auffassung des Bundeskartellamtes sowie des OLG Düsseldorf an, wonach stets von einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs auszugehen sei, wenn eine marktbeherrschende Stellung verstärkt werde. Einer gesonderten Feststellung der Erheblichkeit der Behinderung wirksamen Wettbewerbs im Sinne des SIEC-Kriteriums bedürfe es nicht. Der BGH begründet dies unter anderem mit dem Wortlaut des § 36 Abs. 1 Satz 1 GWB und dem Willen des Gesetzgebers. Insbesondere sei die in der Gesetzesbegründung zur achten GWB-Novelle gewählte Bezeichnung der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung als „Regelbeispiel“ der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs untechnisch zu verstehen. Die Monopolkommission hatte sich dagegen dafür ausgesprochen, ohne die Prüfung etwaiger entgegenstehender Aspekte nicht von der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf die Erfüllung der Untersagungsvoraussetzungen des SIEC-Kriteriums zu schließen.⁸⁶

196. Das OLG Düsseldorf hat einer Beschwerde gegen die fusionskontrollrechtliche Freigabe der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens zwischen der Telekom Deutschland und EWE stattgegeben und den Beschluss des Bundeskartellamtes aufgehoben.⁸⁷ Das Bundeskartellamt hatte das Zusammenschlussvorhaben der beiden Unter-

⁸² Bundesregierung, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 18/10207 vom 7. November 2016, S. 75.

⁸³ EU-Kommission, M.10262, 27. Januar 2022, Meta/Kustomer; vgl. EU-Kommission, Fusionskontrolle: Kommission genehmigt Übernahme von Kustomer durch Meta (zuvor: Facebook) unter Auflagen, Pressemitteilung, 27. Januar 2022, IP/22/652.

⁸⁴ BGH, KVR 34/20, 12. Januar 2021, CTS Eventim/Four Artists, ECLI:DE:BGH:2021:120121BKVR34.20.0.

⁸⁵ Dazu bereits Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 5, Tz. 327.

⁸⁶ Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte, Baden-Baden, 2014, Tz. 564 ff.

⁸⁷ OLG Düsseldorf, VI-Kart 5/20 (V), 22. September 2021 (berichtigt 25. Oktober 2021), Glasfaser Nordwest, ECLI:DE:OLGD:2021:0922.KART5.20V.00. Ein Rechtsmittel (Nichtzulassungsbeschwerde) ist anhängig beim BGH, KVZ 64/21.

nehmen im Wege der Doppelkontrolle in einem Kartell- und einem Fusionskontrollverfahren geprüft. Dabei hatte es die in dem Kartellverfahren entgegengenommenen und für bindend erklärten Verpflichtungszusagen auch bei seiner fusionskontrollrechtlichen Prüfung berücksichtigt, sodass das Zusammenschlussvorhaben ohne eigene Nebenbestimmungen freigegeben wurde.⁸⁸ Das OLG Düsseldorf stellte unter anderem fest, dass das fusionskontrollrechtliche Verbot des Erlasses von Nebenbestimmungen, die eine laufende Verhaltenskontrolle darstellen (§ 40 Abs. 3 Satz 2 GWB), vorliegend keine Anwendung finde, da es sich tatsächlich um Verpflichtungszusagen nach § 32b GWB handele, die in dem Kartellverfahren abgegeben worden seien. Eine analoge Anwendung des Verbots aus § 40 Abs. 3 Satz 2 GWB komme nicht in Betracht, da das Gesetz insoweit keine planwidrige Regelungslücke aufweise. Allerdings seien die Nebenbestimmungen aus dem Kartellverfahren, die auch bei der Freigabeentscheidung Berücksichtigung gefunden haben, nicht ausreichend, um die wettbewerbsrechtlichen Bedenken gegenüber dem Zusammenschlussvorhaben zu beseitigen, die für sich betrachtet seine Untersagung rechtfertigen würden. Insbesondere verhindere die Verpflichtung des Gemeinschaftsunternehmens, einen diskriminierungsfreien Vorleistungszugang für Drittunternehmen zu gewähren, nicht, dass insgesamt zu hohe Vorleistungspreise verlangt würden. Die Monopolkommission hatte bereits darauf hingewiesen, dass die Verpflichtungszusagen die wettbewerblichen Bedenken in dem Fall aus ihrer Sicht nur teilweise beseitigen können.⁸⁹ In diesem Kapitel befasst sich die Monopolkommission noch tiefergehend mit der Bewertung von Kooperationen zum Netzausbau im Regulierungs- und Kartellrecht nach der Novelle des Telekommunikationsgesetzes von 2021 (Abschnitt 2.5).

1.2.1.2 Europäische Fusionskontrolle

197. Wie das Bundeskartellamt prüfte auch die Europäische Kommission in den Jahren 2020/2021 im Vergleich zum vorangegangenen Berichtszeitraum weniger Zusammenschlussvorhaben.⁹⁰ Der Rückgang bei den Anmeldungen war bei der Europäischen Kommission allerdings deutlich geringer: Im Jahr 2020 wurden dort 361 und im Jahr 2021 405 Zusammenschlussvorhaben angemeldet, d. h. es gab insgesamt 766 Anmeldungen (gegenüber 796 Anmeldungen im Berichtszeitraum 2018/2019). Der Anteil der Fälle, die im vereinfachten Verfahren freigegeben wurden, erhöhte sich erneut leicht und betrug in den Jahren 2020/2021, bezogen auf die in demselben Zeitraum eingereichten Anmeldungen, mehr als drei Viertel.

198. In 15 Fällen leitete die Europäische Kommission das Hauptprüfverfahren ein (achtmal im Jahr 2020 und siebenmal im Jahr 2021). Dies stellt einen Rückgang von einem Viertel gegenüber dem Berichtszeitraum 2018/2019 dar, entspricht aber der Anzahl der Fälle in den Jahren 2016/2017. Im Hauptprüfverfahren wurden sieben Zusammenschlussvorhaben mit und ein Zusammenschlussvorhaben ohne Nebenbestimmungen freigegeben. Im Vorprüfverfahren erfolgten 20 Freigaben mit Nebenbestimmungen. Die Europäische Kommission untersagte im Berichtszeitraum 2020/2021 kein Zusammenschlussvorhaben;⁹¹ in den Jahren 2016/2017 sowie 2018/2019 gab es dagegen jeweils drei Untersagungen. Insgesamt wurden 21 Anmeldungen zurückgenommen, 16 im Vorprüfverfahren und fünf im Hauptprüfverfahren.

199. Die Zusammenschlussbeteiligten stellten im Berichtszeitraum 2020/2021 33 Anträge auf Verweisung eines Fusionskontrollverfahrens an einen Mitgliedstaat und damit deutlich mehr als in den Jahren 2018/2019, in denen es solche Anträge nur in vergleichsweise geringer Zahl gab (20 Anträge). In 29 Fällen gab die Europäische Kommission ein Verfahren vollumfänglich und in sechs Fällen teilweise an einen Mitgliedstaat ab. Auch die Anzahl der Anträge der Zusammenschlussbeteiligten auf Abgabe des Fusionskontrollverfahrens an die Europäische Kommissi-

⁸⁸ BKartA, B7-21/18, 4. und 30. Dezember 2019 – Glasfaser Nordwest.

⁸⁹ Dazu bereits Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 5, Tz. 446 ff.

⁹⁰ Die statistischen Angaben der Europäischen Kommission zu ihrer Fusionskontrollpraxis sind abrufbar auf der Webseite der Behörde unter https://ec.europa.eu/competition-policy/mergers/statistics_en, Abruf am 19. April 2022.

⁹¹ Allerdings hat die Europäische Kommission nach Abschluss des von der Monopolkommission hier statistisch betrachteten Fusionskontrollzeitraums 2020/2021 ein Zusammenschlussvorhaben untersagt; vgl. EU-Kommission, M.9343, 13. Januar 2022, Hyundai/Daewoo.

on war zuletzt mit 41 Anträgen wieder höher als im vorangegangenen Berichtszeitraum (31 Anträge). In insgesamt 42 Fällen wurde einem solchen Antrag stattgegeben.⁹² Die Anzahl der Verweisungsanträge, die von einem oder mehreren Mitgliedstaaten mit dem Ziel gestellt wurden, ein Zusammenschlussvorhaben ohne unionsweite Bedeutung durch die Europäische Kommission prüfen zu lassen, war mit drei Anträgen niedriger als im vorangegangenen Berichtszeitraum. Den Anträgen wurde in gleicher Anzahl stattgegeben. In sieben Fällen beantragte ein Mitgliedstaat die Verfahrensabgabe an eine nationale Wettbewerbsbehörde (2018/2019: acht). Die Europäische Kommission verwies das Verfahren in insgesamt acht Fällen an die Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedstaates.

200. Im Januar 2022 untersagte die Europäische Kommission den Erwerb von Daewoo Shipbuilding & Marine Engineering durch Hyundai Heavy Industries Holdings.⁹³ Bei den Unternehmen handelt es sich um koreanische Schiffshersteller, die zu den drei weltweit größten Anbietern für den Bau von Flüssigerdgastankern zählen. Der Europäischen Kommission zufolge hätte der Zusammenschluss zu einer marktbeherrschenden Stellung auf dem sehr konzentrierten weltweiten Markt für den Bau großer Flüssigerdgastanker geführt. Der gemeinsame Marktanteil der Zusammenschlussbeteiligten hätte mindestens 60 Prozent betragen. Zudem seien die Kapazitäten des einzigen weiteren großen Wettbewerbers begrenzt und die Marktzutrittsschranken hoch, während es an Nachfrage gemacht der Abnehmer, die zu einem Großteil aus europäischen Unternehmen bestünden, fehle. Da die Zusammenschlussbeteiligten keine förmlichen Abhilfemaßnahmen angeboten haben, wurde der Zusammenschluss wegen einer zu erwartenden erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs untersagt.

201. Die Europäische Kommission hat das Zusammenschlussvorhaben Google/Fitbit nach einer vertieften Prüfung mit Nebenbestimmungen freigegeben.⁹⁴ Fitbit bietet insbesondere Smartwatches und Fitness-Tracker an. Die Tätigkeiten des Unternehmens sind weitgehend komplementär zu denen von Google. Die anfänglichen wettbewerblichen Bedenken der Europäischen Kommission betrafen die folgenden Aspekte: (1) Google könne seinen Vorsprung bei dem Angebot von personalisierter Werbung durch den Zugang zu den von Fitbit gespeicherten Gesundheits- und Fitnessdaten seiner Nutzerinnen und Nutzer ausbauen; (2) Google könne den Zugang zu der Programmierschnittstelle von Fitbit zulasten von Unternehmen beschränken, die für die Nutzerinnen und Nutzer von Fitbit digitale Gesundheitsdienstleistungen erbringen; und (3) Google könne Hersteller von tragbaren Endgeräten, die mit Fitbit konkurrieren, benachteiligen, indem es deren Interoperabilität mit Android-Smartphones beeinträchtigt. Die Europäische Kommission weist aber auch darauf hin, dass sich der Sektor für digitale Gesundheitsdienstleistungen in Europa noch im Entstehen befinde und dort eine Vielzahl von Unternehmen aktiv sei. Zudem sei der Marktanteil von Fitbit im Bereich von Smartwatches, die auch von vielen größeren Wettbewerbern wie Apple, Garmin und Samsung angeboten werden, begrenzt. Zur Ausräumung ihrer wettbewerblichen Bedenken hat die Europäische Kommission unter anderem die folgenden Verpflichtungszusagen von Google angenommen: (1) Die Gesundheits- und Fitnessdaten der Nutzerinnen und Nutzer von Fitbit werden von Google nicht für personalisierte Werbung verwendet und getrennt von den für solche Zwecke erhobenen Daten gespeichert; und (2) Google gewährleistet dritten Unternehmen den Zugang zu der Programmierstelle von Fitbit sowie die Interoperabilität mit Android-Smartphones.

202. Auch das Zusammenschlussvorhaben Cargotec/Konecranes hat die Europäische Kommission mit Nebenbestimmungen nach einer vertieften Prüfung freigegeben.⁹⁵ Bei den Unternehmen handele es sich um die größten europäischen und zugleich weltweit führende Hersteller von Container- und Frachtumschlaggeräten. Infolge des Zusammenschlusses würden die Unternehmen bei mehreren solcher Produkte über sehr hohe Marktanteile ver-

⁹² Die Anzahl der stattgegebenen Verweisungsanträge umfasst auch Anträge, die bereits im vorangegangenen Berichtszeitraum gestellt worden sind.

⁹³ EU-Kommission, M.9343, a. a. O., vgl. Fn. 91; vgl. EU-Kommission, Fusionskontrolle: Kommission untersagt geplante Übernahme von Daewoo Shipbuilding & Marine Engineering durch Hyundai Heavy Industries Holdings, Pressemitteilung, 13. Januar 2022, IP/22/343. Ein Rechtsmittel ist anhängig beim Europäischen Gericht (EuG), T-156/22.

⁹⁴ EU-Kommission, M.9660, 17. Dezember 2020, Google/Fitbit.

⁹⁵ EU-Kommission, M.10078, 24. Februar 2022, Cargotec/Konecranes; vgl. EU-Kommission, Fusionskontrolle: Kommission genehmigt Zusammenschluss von Cargotec mit Konecranes unter Auflagen, Pressemitteilung, 24. Februar 2022, IP/22/1329.

fügen. Zur Beseitigung der wettbewerblichen Bedenken haben beide Unternehmen angeboten, einzelne Vermögenswerte, wie etwa Produktionswerke, Lizenzen und Vertriebsverträge, zu veräußern. Die Europäische Kommission unterzog die Verpflichtungszusagen einem Markttest und gelangte zu der Auffassung, dass die Vermögenswerte bestandsfähige Unternehmen darstellten, die Erwerber in die Lage versetzten, in wirksamen Wettbewerb zu dem zusammengeschlossenen Unternehmen zu treten. Das Zusammenschlussvorhaben wurde daraufhin von der Europäischen Kommission freigegeben. Die Wettbewerbsbehörde des Vereinigten Königreichs, die Competition and Markets Authority (CMA), untersagte das Zusammenschlussvorhaben dagegen. Sie bewertete die angebotenen Abhilfemaßnahmen deutlich kritischer. Die Herausnahme der Vermögenswerte aus den jeweiligen Geschäften der beiden Zusammenschlussparteien und deren Zusammenführung in einem neuen Unternehmen seien komplex und riskant.⁹⁶ Auch das US-amerikanische Department of Justice hatte wettbewerbliche Bedenken und drohte mit einer Klage gegen das Zusammenschlussvorhaben.⁹⁷ Cargotec und Konecranes gaben ihr Zusammenschlussvorhaben daraufhin auf.

203. Im März 2021 veröffentlichte die Europäische Kommission einen Leitfaden zur Anwendung des Verweisungssystems gemäß Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004. Darin legt die Europäische Kommission den Mitgliedstaaten ausdrücklich nahe, bestimmte Zusammenschlussvorhaben, die nicht der nationalen Fusionskontrolle unterliegen, zur Prüfung an sie zu verweisen. Im Berichtszeitraum hat es mit der geplanten Übernahme von Grail durch Illumina einen ersten Anwendungsfall für die Verweisung eines national nicht anmeldepflichtigen Zusammenschlussvorhabens an die Europäische Kommission gegeben. Die Europäische Kommission hat die Verweisung des Zusammenschlussvorhabens, den die französische Wettbewerbsbehörde gemäß Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 beantragt hatte und dem sich weitere Wettbewerbsbehörden anschlossen, im April 2021 zur Prüfung angenommen. Derzeit unterzieht sie den Fall einer vertieften Prüfung.⁹⁸ Die Annahme der Verweisung begründet die Europäische Kommission damit, dass sich die wettbewerbliche Bedeutung von Grail zwar nicht in dem Umsatz des Unternehmens, aber in dem Kaufpreis von USD 7,1 Mrd., den Illumina zu zahlen bereit ist, widerspiegeln. Trotz des laufenden Fusionskontrollverfahrens haben Illumina und Grail den Zusammenschluss vollzogen, sodass die Europäische Kommission einstweilige Maßnahmen erließ, um irreparable negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zu verhindern.⁹⁹ Die Europäische Kommission befürchtet, dass durch den Zusammenschluss der Zugang zu den von Illumina angebotenen Sequenzierungssystemen für (potenzielle) Wettbewerber von Grail im Bereich von Krebserkennungstests eingeschränkt würde. Wegen eines möglichen Verstoßes gegen das Verbot des vorzeitigen Vollzugs eines Zusammenschlusses ist zudem ein Bußgeldverfahren eröffnet worden.¹⁰⁰ Gleichzeitig sind beim EuG Nichtigkeitsklagen von Illumina gegen die Beschlüsse der Europäischen Kommission betreffend die Annahme der Verweisung sowie den Erlass der einstweiligen Maßnahmen anhängig.¹⁰¹ Über die Klage von Illumina gegen die Annahme der Verweisung durch die Europäische Kommission entscheidet das EuG im beschleunigten Verfahren. Die Monopolkommission befasst sich in diesem Kapitel noch tiefergehend mit der Verweisung von Zusammenschlussvorhaben an die Europäische Kommission trotz fehlender nationaler Anmeldepflicht (Abschnitt 2.1).

⁹⁶ CMA, 29. März 2022; vgl. CMA blocks planned Cargotec / Konecranes merger, Pressemitteilung, 29. März 2002. Vgl. zu sog. „mix-and-match“-Lösungen auch BKartA, Leitfaden Zusagen in der Fusionskontrolle, Mai 2017, S. 29 f.

⁹⁷ DoJ, Shipping Equipment Giants Cargotec and Konecranes Abandon Merger After Justice Department Threatens to Sue, Pressemitteilung, 29. März 2022.

⁹⁸ EU-Kommission, M.10188, Illumina/Grail.

⁹⁹ EU-Kommission, M.10493, 29. Oktober 2021, Illumina/Grail; vgl. EU-Kommission, Fusionskontrolle: Kommission ordnet bis zum Erlass ihres abschließenden Beschlusses geltende einstweilige Maßnahmen an, um Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach vorzeitigem Vollzug der Übernahme von GRAIL durch Illumina zu verhindern, Pressemitteilung, 29. Oktober 2021, IP/21/5661.

¹⁰⁰ EU-Kommission, M.10483, Illumina/Grail.

¹⁰¹ EuG, T-227/21 bzw. T-755/21, Illumina. Auch Grail hat mittlerweile eine Nichtigkeitsklage gegen den Erlass der einstweiligen Maßnahmen durch die Kommission erhoben; vgl. EuG, T-23/22, Grail.

204. Das EuG hat die Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens zwischen den Mobilfunkbetreibern Hutchison 3G UK und Telefónica UK durch die Europäische Kommission für nichtig erklärt.¹⁰² Durch den Zusammenschluss hätte sich die Anzahl der auf dem Mobilfunkmarkt im Vereinigten Königreich tätigen Anbieter von vier auf drei verringert. Die Europäische Kommission hatte ihre Untersagungsentscheidung damit begründet, dass der Zusammenschluss zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs in Form nichtkoordinierter Effekte führen würde.¹⁰³ Das EuG beanstandet die Anwendung des SIEC-Tests durch die Europäische Kommission. Insbesondere reiche der Wegfall einer „wichtigen Wettbewerbskraft“ bzw. eines „nahen Wettbewerbers“ für sich genommen nicht zur Begründung des Vorliegens von nichtkoordinierten Effekten aus. Es könne sein, dass es sich bei den Zusammenschlussbeteiligten um relativ nahe Wettbewerber handele; die Unternehmen müssten jedoch besonders nahe Wettbewerber sein. Erwägungsgrund 25 der Verordnung (EG) 139/2004 verlange die Beseitigung beträchtlichen Wettbewerbsdrucks. Die Monopolkommission befasst sich in diesem Kapitel noch tiefergehend mit den Anforderungen an die Untersagung von Zusammenschlussvorhaben aufgrund des SIEC-Tests (Abschnitt 2.3) sowie mit der Durchführung einer Upward-Pricing-Pressure-Analyse in diesem Fall (Tz. 360).

1.2.2 Missbrauchsaufsicht

205. Das Bundeskartellamt leitete im Jahr 2020 21 neue Verfahren wegen Verstößen gegen das Missbrauchsverbot ein und schloss 22 Missbrauchsverfahren ab.¹⁰⁴ Keines der abgeschlossenen Verfahren wurde mit einer förmlichen Verfügung beendet.¹⁰⁵ In sieben Fällen wurde das vom Bundeskartellamt beanstandete Verhalten seitens der Unternehmen aufgegeben, die 15 übrigen Verfahren wurden aus anderen Gründen ohne Verfügung eingestellt.¹⁰⁶ Für das Jahr 2021 liegen der Monopolkommission keine vollständigen Daten vor. Das Bundeskartellamt erließ aber eine Entscheidung mit der Feststellung einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb im Sinne des § 19a Abs. 1 GWB handelt (dazu sogleich).¹⁰⁷

206. Das Bundeskartellamt hat mehrere Verfahren gegen unterschiedliche Plattformunternehmen auf Grundlage des im Zuge der 10. GWB-Novelle neu geschaffenen § 19a GWB eingeleitet. Die Vorschrift soll es dem Bundeskartellamt ermöglichen, frühzeitig gegen missbräuchliches Verhalten von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb vorzugehen.¹⁰⁸ Die Verfahren des Bundeskartellamtes richten sich gegen Amazon, Apple, Google sowie Meta und dauern größtenteils fort. In einigen Fällen beschränken sich die Ermittlungen des Bundeskartellamtes zunächst auf die isolierte Feststellung, ob das betreffende Unternehmen über eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb im Sinne des § 19a Abs. 1 GWB verfügt.¹⁰⁹ In anderen Fällen verknüpft das Bundeskartellamt die Ermittlungen zu der Normadressatenstellung bereits mit einem konkreten Verhalten, das den Unternehmen möglicherweise nach § 19a Abs. 2 GWB untersagt werden

¹⁰² EuG, T-399/16, 28. Mai 2020, CK Telecoms, ECLI:EU:T:2020:217. Ein Rechtsmittel ist anhängig beim EuGH, C-376/20 P.

¹⁰³ EU-Kommission, M.7612, 11. Mai 2016, Hutchison 3G UK und Telefónica UK.

¹⁰⁴ BKartA, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2019/2020, BT-Drs. 19/30755 vom 16. Juni 2021, S. 156.

¹⁰⁵ Im Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2019/2020 ist angegeben, dass im Jahr 2020 ein Missbrauchsverfahren mit einem Bußgeldbescheid abgeschlossen wurde. In diesem Fall dürfte der Bußgeldbescheid allerdings bereits im Jahr 2019 erlassen worden sein; vgl. BKartA, B1-233/17-2, 2. Dezember 2019, Basaltsteinbrüche (Verstoß gegen § 21 GWB), Fallbericht, 18. Februar 2020.

¹⁰⁶ In Betracht kommt eine Verfahrenseinstellung z. B. aus Ermessenserwägungen oder weil sich der Verdacht eines kartellrechtswidrigen Verhaltens nicht bestätigt hat.

¹⁰⁷ BKartA, B7-61/21, 30. Dezember 2021, Google.

¹⁰⁸ Dazu bereits Tz. 168.

¹⁰⁹ BKartA, Verfahren gegen Apple nach neuen Digitalvorschriften (§ 19a Abs. 1 GWB) – Bundeskartellamt prüft Apples marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb, Pressemitteilung, 21. Juni 2021; Verfahren gegen Amazon nach neuen Vorschriften für Digitalkonzerne (§ 19a GWB), Pressemitteilung, 18. Mai 2021.

kann.¹¹⁰ Gegenüber Alphabet, der Muttergesellschaft von Google und der mit ihr verbundenen Unternehmen, sowie gegenüber Meta hat das Bundeskartellamt bereits festgestellt, dass die Unternehmen Normadressaten im Sinne des § 19a Abs. 1 GWB sind.¹¹¹ Dabei wurde unter anderem berücksichtigt, dass Google etwa mit der Google-Suche in erheblichem Umfang auf mehrseitigen Märkten tätig sei und insbesondere mit seiner Suchmaschine sowie mit YouTube, Chrome, Android und dem Play Store über eine Vielzahl von zumindest marktstarken Diensten verfüge. Die Beschlüsse des Bundeskartellamtes gegen Alphabet und Meta sind rechtskräftig, da die Unternehmen auf Rechtsmittel verzichtet haben. Im anschließenden Verfahren des Bundeskartellamtes zur Prüfung von Google News Showcase hat das Unternehmen dem Bundeskartellamt Maßnahmen zur Ausräumung der wettbewerblichen Bedenken vorgeschlagen. Google News Showcase ist ein Online-Nachrichtenangebot, das es Presseverlagen ermöglicht, ihre Beiträge auf bestimmten Google-Diensten zu präsentieren. Gegenstand der Prüfung des Bundeskartellamtes in diesem Fall sind eine mögliche Selbstbevorzugung, die Möglichkeit der Durchsetzung des Leistungsschutzrechts für Presseverlage und die Bedingungen des Zugangs zu dem Angebot von Google News Showcase.¹¹² Zwei weitere Untersuchungen des Bundeskartellamtes gegen Alphabet, die allerdings nach den Vorschriften des allgemeinen Missbrauchsrechts oder des Kartellverbots geführt wurden und die Darstellung von TLS-Zertifikaten und die Verschlüsselung von DNS-Diensten betrafen, hat das Bundeskartellamt eingestellt bzw. nicht fortgeführt.¹¹³

207. Auch die mit der 10. GWB-Novelle eingeführte Vorschrift des § 20 Abs. 3a GWB hat im Berichtszeitraum bereits Anwendung gefunden. Mit der Vorschrift ist ein zusätzlicher Behinderungstatbestand in das Gesetz eingefügt worden, der sich gegen das gezielte Herbeiführen des Kippens von mehrseitigen Märkten durch Unternehmen mit gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern überlegener Marktmacht richtet. Ein solches „Tipping“ befürchtete das Landgericht (LG) Berlin in Bezug auf das Rabattsystem der Immobilienplattform Immoscout. Das Gericht untersagte dem Plattformbetreiber im Wege der einstweiligen Verfügung die Gewährung eines sog. List-First-Rabatts für den Fall, dass ein Kunde mindestens 95 Prozent seiner Immobilienanzeigen in den ersten sieben Tagen ausschließlich bei Immoscout und/oder seinen Partnerseiten einstellt.¹¹⁴ Insoweit sei von einer Behinderung des Multi-Homing für die Inserenten der Immobilien auszugehen, da die Vorgabe zu der Exklusivität die parallele Nutzung konkurrierender Immobilienplattformen erschwere und diese in der eigenständigen Erzielung von Netzwerkeffekten behindere. Dies begründe – so das LG Berlin – die ernstliche Gefahr, dass der Leistungswettbewerb in nicht unerheblichem Maße eingeschränkt werde mit der Folge, dass ein Kippen des Marktes drohe. Zu demselben Ergebnis gelangte das LG Berlin in einer weiteren einstweiligen Verfügung gegen Immoscout.¹¹⁵ Das Unternehmen hatte sein Rabattsystem infolge der ersten Gerichtsentscheidung dergestalt angepasst, dass ein Kunde mindestens 70 Prozent seiner Immobilienanzeigen in den ersten 14 Tagen ausschließlich bei Immoscout und/oder seinen Partnerseiten einstellt, um den List-First-Rabatt zu erhalten.

208. Das LG München I hat sich mit der Frage befasst, ob die Sperrung eines Händlerkontos durch Amazon einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäß § 19 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 GWB darstellt. Das LG München I

¹¹⁰ BKartA, Bundeskartellamt prüft Google News Showcase, Pressemitteilung, 4. Juni 2021; Verfahren gegen Google nach neuen Digitalvorschriften (§ 19a GWB) – Bundeskartellamt prüft marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb und Konditionen zur Datenverarbeitung, Pressemitteilung, 25. Mai 2021; Bundeskartellamt prüft im Facebook/Oculus-Verfahren auch den neuen § 19a GWB, Pressemitteilung, 28. Januar 2021.

¹¹¹ BKartA, B7-61/21, a. a. O., vgl. Fn. 107; BKartA, Für Meta (vormals Facebook) gelten neue Regeln – Bundeskartellamt stellt „übertragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb“ fest, Pressemitteilung, 4. Mai 2022.

¹¹² BKartA, Google News Showcase – Bundeskartellamt konsultiert Vorschläge Googles zum Ausräumen wettbewerblicher Bedenken, Pressemitteilung, 12. Januar 2022.

¹¹³ BKartA, B7-250/19, 17. Januar 2022, Google TLS-Zertifikate; Fallbericht, 3. Februar 2022, B7-2020/115, Google DNS-Dienste. DNS-Dienste dienen der Übersetzung von Domainnamen in IP-Adressen (DNS = Domain Name System). TLS-Zertifikate dienen der Verschlüsselung sowie der Authentifizierung der Datenübertragung im Internet (TLS = Transport Layer Security).

¹¹⁴ LG Berlin, 16 O 73/21 Kart, 8. April 2021; zustimmend KG Berlin, U 4/21 Kart, 11. Februar 2022.

¹¹⁵ LG Berlin, 16 O 82/22 Kart, 24. Februar 2022; vgl. Tipping-Gefahr: Immowelt geht erneut erfolgreich gegen Immoscouts Rabattregeln vor, WuW, 2022, S. 359.

untersagte Amazon zunächst im Wege der einstweiligen Verfügung die Sperrung des Händlerkontos.¹¹⁶ Eine marktbeherrschende Stellung von Amazon bei der Erbringung von Online-Marktplatzdienstleistungen in Deutschland sei hinreichend wahrscheinlich. Das Verhalten des Unternehmens sei zudem missbräuchlich gewesen, da es kein angemessenes Verfahren zur Anhörung wegen der vorübergehenden Sperrung des Händlerkontos zur Verfügung gestellt habe. In der Begründung seiner Entscheidung nimmt das LG München I hinsichtlich sowohl des Bestehens einer marktbeherrschenden Stellung als auch des missbräuchlichen Verhaltens Bezug auf frühere Ermittlungen des Bundeskartellamtes gegen Amazon.¹¹⁷ Auf den Widerspruch von Amazon hat das LG München I seinen Beschluss vom 14. Januar 2021 allerdings wieder aufgehoben; es lehnt ein missbräuchliches Verhalten seitens Amazon nunmehr ab.¹¹⁸ Das Gericht geht – nach einer ausführlichen Marktabgrenzung – weiterhin davon aus, dass Amazon auf dem (Teil-) Markt für die Erbringung von Dienstleistungen von Onlinemarktplätzen gegenüber Onlinehändlern in Deutschland beherrschend sei. Zudem erfülle es die Anforderungen an die Begründung der Beendigung einer Geschäftsbeziehung durch einen Online-Vermittlungsdienste aus Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 1 Verordnung (EU) 2019/1150 (sog. Plattform-to-business-Verordnung) nicht, da die Sperrung des Händlerkontos nur pauschal begründet worden sei.¹¹⁹ Allerdings sei das betreffende Händlerkonto bereits in der Vergangenheit wegen einer vergleichbaren Pflichtverletzung seitens des Händlers durch Amazon gesperrt worden. In einem solchen Fall sehe Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 2 Verordnung (EU) 2019/1150 eine Ausnahme von der Begründungspflicht vor.¹²⁰ Mangels eines Verstoßes gegen die Vorgaben aus der Verordnung (EU) 2019/1150 sei letztlich auch nicht von dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne einer unbilligen Behinderung auszugehen.

209. Der BGH hat die Nichtzulassungsbeschwerde gegen einen Beschluss des OLG Düsseldorf im Zusammenhang mit dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch CTS Eventim, einem Anbieter von Ticketing- und Live-Entertainment-Dienstleistungen, zurückgewiesen.¹²¹ Fraglich war das Erfordernis der Durchführung eines sog. „As-efficient-competitor-Tests“ (AEC-Test), um festzustellen, ob die in Rede stehenden Exklusivitätsvereinbarungen zwischen CTS Eventim und den Veranstaltern von Konzerten und Festivals eine Verdrängungswirkung entfalten. Der BGH ist der Auffassung, dass die Entscheidung des OLG Düsseldorf nicht in Widerspruch zu dem Urteil des EuGH in der Rechtssache „Intel“ stehe.¹²² Die Aussagen des EuGH zur Bedeutung des AEC-Tests bezögen sich auf Rabatte und nicht auf vertragliche Ausschließlichkeitsbindungen. Dem Urteil des EuGH sei auch nicht zu entnehmen, dass Ausschließlichkeitsbindungen nur dann missbräuchlich seien, wenn ihre konkrete Eignung zur Verdrängung von mindestens ebenso leistungsfähigen Wettbewerbern nachgewiesen werde. Die Verdrängungswirkung von Ausschließlichkeitsbindungen folge bereits aus ihrem Bindungsgrad, ihrer Laufzeit sowie der Marktstärke des bindenden Unternehmens, gegebenenfalls im Zusammenhang mit der Verbreitung solcher oder vergleichbarer Vereinbarungen auf dem Markt, und bestehe unabhängig von der Höhe der von dem marktbeherrschenden Unternehmen berechneten Preise und der darauf gewährten Rabatte. Daraus folge eine gegenüber der Gewährung von Rabatten deutlich höhere Eingriffswirkung von Ausschließlichkeitsbindungen. Die durch einen AEC-Test zu

¹¹⁶ LG München I, 37 O 32/21, 14. Januar 2021. Vgl. auch LG Hannover, 25 O 221/21, 22. Juli 2021.

¹¹⁷ BKartA, B2-88/18, 17. Juli 2019, Amazon Marktplatz. Das Bundeskartellamt stellte das Missbrauchsverfahren letztlich ein, da Amazon das beanstandete Verhalten angepasst hat; vgl. dazu Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 5, Tz. 342.

¹¹⁸ LG München I, 37 O 32/21, 12. Mai 2021.

¹¹⁹ Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 1 Verordnung (EU) 2019/1150 lautet: „In der in den Absätzen 1 und 2 und Absatz 4 Unterabsatz 2 genannten Begründung gibt der Anbieter der Online-Vermittlungsdienste die konkreten Tatsachen oder Umstände, einschließlich des Inhalts der Mitteilungen Dritter, die ihn zu seiner Entscheidung bewogen haben, und die für diese Entscheidung geltenden Gründe gemäß Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe c an.“

¹²⁰ Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 2 Verordnung (EU) 2019/1150 lautet: „Ein Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten ist nicht verpflichtet, eine Begründung abzugeben, wenn er [...] wenn er nachweisen kann, dass der betroffene gewerbliche Nutzer wiederholt gegen die geltenden allgemeinen Geschäftsbedingungen verstoßen hat, was zur vollständigen Beendigung der betreffenden Online-Vermittlungsdienste geführt hat.“

¹²¹ BGH, KVZ 44/19, 3. Juni 2020, CTS Eventim Exklusivitätsvereinbarungen, ECLI:DE:BGH:2020:030620BKVZ44.19.0.

¹²² Vgl. EuGH, C-413/14 P, 6. September 2017, Intel, ECLI:EU:C:2017:632.

beantwortende Frage, ob ein mindestens ebenso leistungsfähiger Wettbewerber bei der Gewährung entsprechender Rabatte vom Markt verdrängt würde, könne sich – so der BGH – damit bei Ausschließlichkeitsbindungen von vornherein nicht stellen.

210. Abermals war die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamtes gegen Meta wegen des Missbrauchs seiner marktbeherrschenden Stellung im Zusammenhang mit der Verarbeitung personenbezogener Daten vom Februar 2019 Gegenstand der Rechtsprechung.¹²³ In einem ersten Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes hatte das OLG Düsseldorf auf Antrag von Meta im August 2019 zunächst die aufschiebende Wirkung seiner Beschwerde gegen den Beschluss des Bundeskartellamtes angeordnet, während der BGH die Entscheidung des OLG Düsseldorf in der Rechtsbeschwerdeinstanz wieder aufhob.¹²⁴ Meta stellte im November 2020 einen Antrag, mit dem die aufschiebende Wirkung seiner Beschwerde gegen den Beschluss des Bundeskartellamtes vorläufig angeordnet werden sollte, da die seitens des Bundeskartellamtes gewährte Aussetzung der Vollziehung seines Beschlusses endete. Das OLG Düsseldorf erließ daraufhin einen sog. Hängebeschluss, d. h. eine Zwischenentscheidung in einem anhängigen Eilverfahren.¹²⁵ Das OLG stellte fest, dass die Entscheidung des BGH in dem ersten Eilverfahren keine materielle Rechtskraft entfalte und dem erneuten Antrag von Meta daher nicht entgegenstehe. Die Entscheidung des BGH sei auf eine Begründung gestützt, die von derjenigen des Bundeskartellamtes aus seinem ursprünglichen Beschluss abweiche.¹²⁶ Die Möglichkeit, eine Zwischenentscheidung in Form eines Hängebeschlusses zu erlassen, sei im verwaltungsgerichtlichen Verfahren anerkannt und im vorliegenden Fall auch erforderlich, um während der Anhängigkeit des Eilantrags effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten. Der BGH ließ die Rechtsbeschwerde des Bundeskartellamtes gegen den Hängebeschluss des OLG Düsseldorf zu.¹²⁷ Der höchstrichterlich noch nicht geklärten Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Hängebeschluss im Kartellverwaltungsverfahren erlassen werden kann, komme grundsätzliche Bedeutung zu. Meta nahm den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung in der Folge allerdings zurück, sodass auch die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom November 2020 gegenstandslos geworden ist.¹²⁸ In der Hauptsache fand im März 2021 eine mündliche Verhandlung vor dem OLG Düsseldorf statt. Dort verkündete das Gericht einen Beschluss, mittels dessen es dem EuGH mehrere Fragen zur Auslegung der Verordnung (EU) 2016/679 (Datenschutz-Grundverordnung) zur Vorabentscheidung vorlegte.¹²⁹ Die Vorlagefragen betreffen unter anderem die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes zur Feststellung und Abstellung eines Verstoßes gegen die Verordnung (EU) 2016/679 im Rahmen der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht sowie die Bedeutung eines Verstoßes gegen die DSGVO bei der Prüfung eines Verstoßes gegen das Missbrauchsverbot. Die Entscheidung des EuGH steht noch aus (Rechtssache C-252/21).

211. Die Europäische Kommission hat im Berichtszeitraum keine Entscheidung erlassen, in der ein Verstoß gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung festgestellt oder untersagt worden wäre. Es ergingen allerdings drei Entscheidungen, in denen die Europäische Kommission Verpflichtungszusagen von Unternehmen zur Ausräumung ihrer wettbewerblichen Bedenken wegen eines etwaigen Marktmachtmissbrauchs für bindend erklärt hat.¹³⁰

¹²³ BKartA, B6-22/16, 6. Februar 2019, Facebook.

¹²⁴ BGH, KVR 69/19, 23. Juni 2020, Facebook I, ECLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0; OLG Düsseldorf, VI-Kart 1/19 (V), 26. August 2019, Facebook I, ECLI:DE:OLGD:2019:0826.KART1.19V.00. Hierzu bereits Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 5, Tz. 341.

¹²⁵ OLG Düsseldorf, VI-Kart 13/20 (V), 30. November 2020, Facebook II, ECLI:DE:OLGD:2020:1130.KART13.20V.00.

¹²⁶ Im Gegensatz zum Bundeskartellamt knüpft der BGH bei der Frage, ob Meta missbräuchlich gehandelt hat, nicht an einen Verstoß gegen die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) an, sondern stellt maßgeblich darauf ab, dass den Nutzerinnen und Nutzern von Facebook keine Wahl gelassen werde, in welchem Umfang sie ihre persönlichen Daten preisgeben.

¹²⁷ BGH, KVZ 90/20, 15. Dezember 2020, Facebook II, ECLI:DE:BGH:2020:151220BKVZ90.20.0.

¹²⁸ Vgl. BGH, KVR 96/20, 8. März 2021, Facebook II, ECLI:DE:BGH:2021:080321BKVR96.20.0.

¹²⁹ OLG Düsseldorf, VI-Kart 2/19 (V), 24. März 2021, Facebook III, ECLI:DE:OLGD:2021:0324.KART2.19V.00.

¹³⁰ EU-Kommission, AT.40394, 10. Februar 2021, Aspen; AT. 40608, 7. Oktober 2020, Broadcom; AT.40335, 6. März 2020, Romanian gas interconnectors.

212. Zudem hat die Europäische Kommission eine Vielzahl wettbewerbsrechtlicher Untersuchungen gegen große Plattformunternehmen eingeleitet oder fortgesetzt. Ihr intensives Vorgehen gegen mögliche Rechtsverstöße auf digitalen Märkten war prägend für die Missbrauchsaufsicht auf Unionsebene im Berichtszeitraum.¹³¹

- Die Europäische Kommission hat Apple ihre Beschwerdepunkte zu einem möglichen Missbrauch der beherrschenden Stellung des Unternehmens auf den Märkten für mobile Geldbörsen auf Apple-Geräten mitgeteilt.¹³² Die Europäische Kommission beanstandet, dass Apple den Zugang für kontaktlose Zahlungen zugunsten seines eigenen Angebots, Apple Pay, dergestalt beschränke, dass Entwickler von Apps für mobile Geldbörsen daran gehindert werden, auf die Hardware und Software von Apple-Geräten zuzugreifen. Eine weitere Mitteilung der Beschwerdepunkte erfolgte gegenüber Apple im Bereich des Vertriebs von Musikstreaming-Apps über seinen App-Store.¹³³ Die Europäische Kommission ist der vorläufigen Auffassung, dass Apple seine marktbeherrschende Stellung ausnutze, indem es Entwicklern von Musikstreaming-Apps vorschreibe, bei dem Vertrieb von Apps über den App Store das Apple-eigene System für In-App-Käufe zu nutzen. Zudem sollen App-Entwickler daran gehindert werden, die Nutzerinnen und Nutzer von Apple-Geräten über Musikstreaming-Dienste zu informieren, die mit Apple Music konkurrieren. Zwei weitere Verfahren im Zusammenhang mit der Nutzung des App Store von Apple und einem ähnlichen, möglicherweise selbstbegünstigenden Verhalten des Unternehmens sind bei der Europäischen Kommission anhängig, ohne dass diese dort bereits Beschwerdepunkte mitgeteilt hätte.¹³⁴
- Gegenüber Amazon erfolgte eine Mitteilung der Beschwerdepunkte wegen der Verwendung von nichtöffentlichen Geschäftsdaten von Dritthändlern zugunsten des eigenen Angebots.¹³⁵ Die Europäische Kommission wirft Amazon vor, seinen ausschließlichen Zugang zu den Daten von Händlern, die über den Amazon-Marktplatz verkaufen, dazu zu nutzen, um den Vertrieb der Produkte, die Amazon dort selbst anbietet, anzupassen und sich dadurch einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen. Ein weiteres Verfahren betrifft eine mögliche Bevorzugung der eigenen Angebote von Amazon und solchen von Dritthändlern, welche die Logistik- und Versanddienste von Amazon bei der Darstellung von Produkten im Einkaufswagenfeld des Amazon-Marktplatzes (sog. Buy Box) nutzen.¹³⁶
- Die Europäische Kommission untersucht, ob Google seine eigenen Dienste für Online-Werbearzeigen zu Lasten konkurrierender Anbieter von Werbetechnologie sowie Werbetreibender und Online-Verleger bevorzugt.¹³⁷ Insoweit beschränke das Unternehmen möglicherweise den Zugang Dritter zu Daten von Nutzerinnen und Nutzern für Werbung auf Websites sowie in Apps, um diese Daten ausschließlich selbst zu verwenden. Zudem hat die Europäische Kommission jüngst ein Verfahren eingeleitet, das eine Vereinba-

¹³¹ Bei einigen der nachfolgend genannten Fälle ist die Information, auf welcher Rechtsgrundlage – Missbrauchsverbot (Art. 102 AEUV) oder Kartellverbot (Art. 101 AEUV) – die Verfahren geführt werden, noch nicht öffentlich verfügbar. Da es sich bei den betroffenen Unternehmen um solche mit einer bedeutenden Marktstellung in oftmals mehreren Bereichen handelt, werden sämtliche Fälle hier im Abschnitt zur Missbrauchsaufsicht dargestellt.

¹³² EU-Kommission, Kartellrecht: Kommission übermittelt Apple Mitteilung der Beschwerdepunkte zu Apple-Pay-Praktiken, Pressemitteilung, 2. Mai 2022, IP/22/2764, AT.40452, Apple Mobile Payments.

¹³³ EU-Kommission, Kartellrecht: Kommission übermittelt Apple Mitteilung der Beschwerdepunkte zu App-Store-Regeln für Musikstreaming-Anbieter, Pressemitteilung, 30. April 2021 IP/21/2061, AT.40437, Apple App Store Practices (music streaming).

¹³⁴ EU-Kommission, Kartellrecht: Kommission leitet Untersuchung von Apples App-Store-Regeln ein, Pressemitteilung, 16. Juni 2020, IP/20/1073, AT.40716, Apple App Store Practices, AT.40652, Apple - App Store Practices (e-books/audiobooks).

¹³⁵ EU-Kommission, Kartellrecht: Kommission richtet Mitteilung der Beschwerdepunkte an Amazon wegen Nutzung nichtöffentlicher Daten unabhängiger Verkäufer und leitet zweite Untersuchung der E-Commerce-Geschäftspraxis des Unternehmens ein, Pressemitteilung, 10. November 2020, IP/20/2077, AT.40462, Amazon Marketplace.

¹³⁶ Ebenda, vgl. Fn. 135, AT.40703, Amazon Buy Box. Zu den unterschiedlichen Rollen von Amazon auf dem Paketmarkt vgl. Monopolkommission, 12. Sektorgutachten Post (2021): Wettbewerb mit neuem Schwung!, Baden-Baden, 2022, Tz. 71 ff.

¹³⁷ EU-Kommission, Kartellrecht: Kommission leitet Untersuchung zu mutmaßlich wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen von Google im Bereich der Online-Werbetechnologie ein, Pressemitteilung, 22. Juni 2021, IP/21/3143, AT.40670, Google Adtech and Data-related practices.

rung zwischen Google und Meta in Bezug auf Online-Werbung zum Gegenstand hat.¹³⁸ Die Europäische Kommission befürchtet, dass die Unternehmen eine Schwächung von solchen Werbetechnologiediensten bezwecken, die mit dem Google-Angebot „Open Bidding“ konkurrieren. „Open Bidding“ ist ein Dienst, über den Online-Werbeflächen auf Webseiten und in Apps versteigert werden und den auch Meta für entsprechende Auktionen nutzt.

- Meta ist zudem Adressat eines Verfahrens der Europäischen Kommission, im Rahmen dessen zum einen Praktiken der Datensammlung und zum anderen solche der Kopplung untersucht werden. Die Europäische Kommission prüft, inwiefern Meta (1) Daten von Werbetreibenden des sozialen Netzwerks Facebook nutzt, um sich mit diesen in anderen Bereichen – etwa bei Kleinanzeigendiensten – einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen, und (2) den Kleinanzeigendienst „Facebook Marketplace“ dergestalt in sein soziales Netzwerk einbettet, dass es dem Unternehmen erlaubt, konkurrierende Kleinanzeigendienste zu verdrängen.¹³⁹

213. Das EuG hat die Klage von Google und Alphabet gegen den Beschluss der Europäischen Kommission in der Rechtssache „Google Search (Shopping)“ ganz überwiegend abgewiesen und diese Entscheidung einschließlich der verhängten Geldbuße in Höhe von EUR 2,42 Mrd. bestätigt.¹⁴⁰ Die Europäische Kommission hatte im Juni 2017 festgestellt, dass Google seine beherrschende Stellung auf dem Markt für allgemeine Suchdienste in mehreren Mitgliedstaaten missbraucht habe, indem es seinen eigenen Preisvergleichsdienst „Google Shopping“ auf der Suchergebnisseite bevorzugt gegenüber jenen der Wettbewerber dargestellt habe.¹⁴¹ Die Entscheidungen der Europäischen Kommission sowie nunmehr des EuG haben insbesondere Bedeutung für die Frage, inwiefern das Verhalten eines marktbeherrschenden (Plattform-) Unternehmens, das die eigenen Dienste zulasten konkurrierender Angebote bevorzugt, zum Leistungswettbewerb zählt oder diesem entzogen ist. Das EuG teilt die Auffassung der Europäischen Kommission, dass die Selbstbevorzugung von Google gegen das Missbrauchsverbot verstoße. Das Gericht verweist auf die Bedeutung des durch die allgemeine Suchmaschine von Google generierten Verkehrs für die Preisvergleichsdienste und der zuoberst angezeigten Suchergebnisse für die Nutzerinnen und Nutzer sowie auf den erheblichen Umfang des durch das Verhalten von Google auf seinen Preisvergleichsdienst umgeleiteten Internetverkehrs. Das EuG betont, dass bei der Darstellung der Suchergebnisse auf einer Suchmaschine zu erwarten sei, dass diese nicht von der Herkunft des Angebots abhängen, d. h. ob es sich um einen Preisvergleichsdienst von Google oder um jenen eines Wettbewerbers handelt, sondern von der Relevanz für die entsprechende Suchanfrage. Hinsichtlich der Voraussetzungen für die Annahme eines missbräuchlichen Verhaltens stellt das EuG fest, dass es sich bei der allgemeinen Suchmaschine von Google zwar nicht um eine wesentliche Einrichtung („essential facility“) handele; sie weise allerdings insofern Merkmale einer solchen auf, als derzeit keine wirtschaftlich tragfähigen Alternativen verfügbar seien. Dennoch fänden die sog. Bronner-Kriterien, die vom EuGH für den Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung entwickelt wurden,¹⁴² auf den Zugang zu der Suchmaschine keine Anwendung, da es vorliegend nicht um eine Lieferverweigerung, sondern um eine Ungleichbehandlung gehe. Das Verhalten von Google sei auch geeignet gewesen, den Wettbewerb zu beschränken. Infolge der Umleitung des Verkehrs auf den Preisvergleichsdienst von Google seien negative Auswirkungen auf den Wettbewerb im Markt der Preisvergleichsdienste feststellbar. Die Ungleichbehandlung von Google sei zudem nicht gerechtfertigt, da das Unternehmen keine Effizienzvorteile dargelegt habe, welche die negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb im Markt der Preisvergleichsdienste ausgleichen könnten. Entgegen der Auffassung der Europäischen Kommission seien jedoch

¹³⁸ EU-Kommission, Kartellrecht: Kommission leitet Untersuchung zu mutmaßlich wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen von Google und Meta im Bereich Display-Werbung ein, Pressemitteilung, 11. März 2022, IP/22/1703, AT.40774, Google-Facebook (Open Bidding) agreement.

¹³⁹ EU-Kommission, Kartellrecht: Kommission leitet Untersuchung zu möglichen wettbewerbswidrigen Praktiken von Facebook ein, Pressemitteilung, 4. Juni 2021, IP/21/2848, AT.40684, Facebook leveraging.

¹⁴⁰ EuG, T-612/17, 10. November 2021, Google und Alphabet, ECLI:EU:T:2021:763.

¹⁴¹ EU-Kommission, AT.39740, 27. Juni 2017, Google Search (Shopping).

¹⁴² Vgl. EuGH, C-7/97, 26. November 1998, Bronner, ECLI:EU:C:1998:569.

keine – auch keine potenziellen – negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb im Markt der allgemeinen Suchdienste nachgewiesen. Ein Rechtsmittel gegen die Entscheidung des EuG ist anhängig beim EuGH (C-48/22 P).

214. Das EuG hat die Entscheidung der Europäischen Kommission gegen das Unternehmen Intel teilweise für nichtig erklärt.¹⁴³ Die Europäische Kommission hatte bereits im Mai 2009 wegen verschiedener Rabatte und Zahlungen seitens Intel an Computerhersteller und Einzelhändler den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung festgestellt und eine Geldbuße in Höhe von EUR 1,06 Mrd. verhängt.¹⁴⁴ Die dagegen erhobene Klage des Unternehmens hatte das EuG zunächst abgewiesen; der EuGH hatte dieses Urteil indes aufgehoben und die Sache an das EuG zurückverwiesen.¹⁴⁵ In dem vorliegenden Urteil des EuG wird bei dem Rabattsystem von Intel zwischen „reinen Beschränkungen“ (wie die Verpflichtung der Abnehmer, keine Computer mit Chips der Wettbewerber von Intel auf den Markt zu bringen) und sonstigen Rabatten (wie Treuerabatten) unterschieden. Während bei den „reinen Beschränkungen“ für die Annahme eines Verstoßes gegen das Missbrauchsverbot nicht geprüft werden müsse, welche wettbewerblichen Wirkungen sie haben, könne bei den sonstigen Rabatten eine Wettbewerbsbeschränkung nur angenommen werden, wenn negative Auswirkungen auf den Wettbewerb aufgrund der Art des gewährten Rabattes zu vermuten seien. Mache das marktbeherrschende Unternehmen bei den sonstigen Rabatten, gestützt auf Beweise, geltend, dass sein Verhalten nicht wettbewerbsbeschränkend sei, müsse die Europäische Kommission nachweisen, dass die Rabattgewährung insoweit tatsächlich geeignet ist, mindestens ebenso effiziente Wettbewerber vom Markt zu verdrängen. Für die Feststellung der Verdrängungswirkung – so das EuG – könne auch der Durchführung eines AEC-Tests eine tatsächliche Bedeutung zukommen. Dabei ist es der Europäischen Kommission nach Auffassung des EuG indes nicht gelungen, die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der sonstigen Rabatte nachzuweisen. Da das EuG nicht in der Lage sei, zu bestimmen, welcher Betrag der ursprünglichen verhängten Geldbuße auf diese Verhaltensweisen einerseits und auf die reinen Beschränkungen andererseits entfalle, erklärt das Gericht die gesamte Geldbuße für nichtig. Gegen das Urteil des EuG hat die Europäische Kommission Rechtsmittel eingelegt, über das wiederum der EuGH entscheiden wird (Rechtssache C-240/22 P).

1.2.3 Horizontale und vertikale Beschränkungen

215. Das Bundeskartellamt leitete im Jahr 2020 48 neue Verfahren wegen Verstößen gegen das Kartellverbot ein und schloss 33 Kartellverfahren ab.¹⁴⁶ In fünf (horizontalen) Kartellfällen und einem Fall mit (vertikalen) Preisbindungen erließ das Bundeskartellamt Bußgeldbescheide.¹⁴⁷ Dabei wurden Geldbußen in einer Gesamthöhe von rund EUR 349 Mio. verhängt.¹⁴⁸ Ein Verfahren endete mit Verpflichtungszusagen, die das Bundeskartellamt für bindend erklärte.¹⁴⁹ Alle übrigen Verfahren wurden ohne förmliche Verfügung abgeschlossen, wobei das beanstandete Verhalten in fünf Fällen aufgegeben und das Verfahren in 22 Fällen aus einem anderen Grund eingestellt sowie in einem Fall an eine andere Behörde abgegeben wurde.¹⁵⁰ Für das Jahr 2021 liegen der Monopolkommission keine vollständigen Daten vor. Das Bundeskartellamt erließ aber in mindestens vier Fällen wegen horizontaler

¹⁴³ EuG, T-286/09 RENV, 26. Januar 2022, Intel Corporation, ECLI:EU:T:2022:19.

¹⁴⁴ EU-Kommission, AT.37990, 13. Mai 2009, Intel.

¹⁴⁵ EuGH, C-413/14 P, 6. September 2017, Intel, ECLI:EU:C:2017:632; EuG, T-286/09, 12. Juni 2014, Intel, ECLI:EU:T:2014:547.

¹⁴⁶ BKartA, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2019/2020, a. a. O., vgl. Fn. 104, S. 157.

¹⁴⁷ BKartA, B11-8/18, 29. Dezember 2020, Schachtabdeckungen; B12-24/17, 21. Dezember 2020, Aluminium-Schmieden; B11-31/19, 18. Dezember 2020, Musikinstrumente (horizontale Preisabsprachen); B10-22/15, 13. Januar bis 9. April 2020, Pflanzenschutzmittel; B10-22/17, 20. März 2020, Kfz-Schilder. Vertikaler Verstoß: BKartA, B11-33/19, 3., 24., 30. September und 18. Dezember 2020, Musikinstrumente (vertikale Preisbindung).

¹⁴⁸ BKartA, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2019/2020, a. a. O., vgl. Fn. 104, S. 38.

¹⁴⁹ BKartA, B6-28/19, 20. März 2020, Zentralvermarktung Fußball-Bundesliga.

¹⁵⁰ BKartA, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2019/2020, a. a. O., vgl. Fn. 104, S. 157.

und in drei Fällen wegen vertikaler Verstöße Bußgeldbescheide.¹⁵¹ Insgesamt verhängte das Bundeskartellamt im Jahr 2021 Geldbußen in Höhe von rund EUR 105 Mio.¹⁵²

216. Das Bundeskartellamt hat sich im Berichtszeitraum wiederholt mit Kooperationen von Unternehmen im Rahmen von digitalen Vertriebsplattformen befasst. Diese betrafen überwiegend den Großhandel (B2B), aber auch den Einzelhandel (B2C). Gegenstand der Fallpraxis des Bundeskartellamtes waren unter anderem eine B2B-Plattform für die Versorgung mit medizinischem Zubehör für Impfungen gegen Covid-19 einschließlich der Beteiligung des Pharmagroßhandels an dieser Plattform,¹⁵³ eine B2B-Plattform zum Vertrieb von Mineralölprodukten,¹⁵⁴ eine B2C-Plattform zum Vertrieb von Produkten innerhalb des Netzwerks der Intersport-Händler¹⁵⁵ sowie verschiedene Plattformen im Bereich der Agrarwirtschaft.¹⁵⁶ Ein erwähnenswerter Fall aus dem vorangegangenen Berichtszeitraum betraf eine B2B-Plattform zum Vertrieb von Stahlprodukten.¹⁵⁷ Das Bundeskartellamt hatte in den vorgenannten Fällen letztlich jeweils keine Einwände gegen die Kooperation der Unternehmen in Form der Gründung der bzw. der Beteiligung an den Plattformen. Es weist vielmehr darauf hin, dass solche Kooperationen insbesondere die Auffindbarkeit der Anbieter sowie die Warenverteilung verbessern und die Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen gegenüber anderen, großen Online-Plattformen steigern könnten. Wettbewerbliche Bedenken bestünden dagegen mit Blick auf eine erhöhte Markttransparenz, welche die Gefahr des Austauschs von wettbewerbslich sensiblen Informationen sowie von kartellrechtswidrigen Absprachen steigern könnten, sowie auf eine etwaige Diskriminierung beim Zugang zu den Plattformen. Diesbezüglich seien geeignete Vorkehrungen zu treffen, und zwar insbesondere auch dann, wenn ein (Konzern-) Unternehmen der Betreiber der Plattform und gleichzeitig einer der dort tätigen Anbieter ist. Insoweit komme eine personelle, organisatorische, technische und informatorische Trennung in Betracht. Erwähnung finden Kooperationen im Rahmen von digitalen Plattformen auch in den Leitlinien zum Genossenschaftswesen, die das Bundeskartellamt im November 2021 veröffentlichte.¹⁵⁸

217. Der BGH hat einen Beschluss des OLG Düsseldorf zu den von der Hotelbuchungsplattform Booking.com verwendeten sog. engen Bestpreisklauseln auf die Rechtsbeschwerde des Bundeskartellamtes aufgehoben.¹⁵⁹ Während das Bundeskartellamt im Dezember 2015 festgestellt hatte, dass die engen Bestpreisklauseln gegen das Kartellverbot verstießen, hielt das OLG Düsseldorf sie mit Blick auf ein etwaiges „Trittbrettfahren“ der Hotels als notwendige Nebenabreden zu einem im Übrigen kartellrechtsneutralen Vertrag für zulässig.¹⁶⁰ Der BGH widerspricht der Auffassung des OLG, dass enge Bestpreisklauseln dem Anwendungsbereich des Kartellverbots entzogen seien.

¹⁵¹ Horizontale Verstöße: BKartA, B11-22/17, 28. Dezember 2021, Brückendehnfugen; B12-22/15, -21/17, 27. Januar und 21. Juli 2021, Edelstahl; B11-31/19, 15. Februar 2021, Musikinstrumente (horizontale Preisabsprachen); B12-22/17, 28. Januar und 4. Februar 2021, Stahlschmieden. Vertikale Verstöße: BKartA, B10-23/20, 11. November 2021, Unterhaltungselektronik; B10-26/20, 16. Juli 2021, Schulrucksäcke und -taschen; B11-33/19, 24. Juni 2021, Musikinstrumente (vertikale Preisbindung).

¹⁵² BKartA, Bundeskartellamt – Jahresrückblick 2021, Pressemitteilung, 22. Dezember 2021.

¹⁵³ BKartA, Bundeskartellamt gibt grünes Licht für Notfallplattform Impfzubehör – Auch keine Einwände gegen Beteiligung des Pharmagroßhandels, Pressemitteilung, 29. März 2021; Jahresbericht 2020/21, S. 25.

¹⁵⁴ BKartA, B8-94/19, 14. Mai 2020; vgl. BKartA, Aufbau einer elektronischen Handelsplattform für Mineralölprodukte durch OLF Deutschland GmbH, Fallbericht, 9. September 2020.

¹⁵⁵ BKartA, Bundeskartellamt billigt Vertriebsmodell der Intersport Online-Plattform, Pressemitteilung, 25. Juni 2020; Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2019/2020, a. a. O., vgl. Fn. 104, S. 67; Jahresbericht 202/21, S. 48 f.

¹⁵⁶ BKartA, Keine Einwände gegen Start einer digitalen Agrarplattform, Pressemitteilung, 5. Februar 2020; Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2019/2020, a. a. O., vgl. Fn. 104, S. 59.

¹⁵⁷ BKartA, B5-1/18-001, 27. Februar 2018; vgl. BKartA, Aufbau einer elektronischen Handelsplattform für Stahlprodukte (XOM Metals GmbH), Fallbericht, 27. März 2018.

¹⁵⁸ Dazu bereits Tz. 172 f.

¹⁵⁹ BGH, KVR 54/20, 18. Mai 2021, Booking.com, ECLI:DE:BGH:2021:180521BKVR54.20.0.

¹⁶⁰ OLG Düsseldorf, VI-Kart 2/16 (V), 4. Juni 2019, Booking, ECLI:DE:OLGD:2019:0604.KART2.16V.00; BKartA, B9-121/13, 22. Dezember 2015, Booking.

Es handele sich nicht um bloße Nebenabreden zu dem Plattformvertrag zwischen Booking.com und dem jeweiligen Hotelbetreiber, da die engen Bestpreisklauseln für die Durchführung dieses Vertrages nicht unerlässlich seien. Insbesondere sei ohne die Möglichkeit, die engen Bestpreisklauseln zu verwenden, nicht von einer Gefährdung des Geschäftsmodells von Booking.com auszugehen, wie die Nachermittlungen des Bundeskartellamtes zu den Marktverhältnissen nach Aufgabe der Bestpreisklauseln bestätigten. Eine Abwägung der wettbewerbsfördernden und -widrigen Auswirkungen der engen Bestpreisklauseln könne zwar im Rahmen der Prüfung einer möglichen Freistellung der Vereinbarung nach Maßgabe der Voraussetzungen aus Art. 101 Abs. 3 AEUV erfolgen. Eine Freistellung scheitere aber bereits daran, dass die Effizienzvorteile, die sich aus der Nutzung einer Hotelbuchungsplattform für die Verbraucherinnen und Verbraucher ergäben (wie eine Verringerung der Such- und Transaktionskosten), nicht kausal auf die Verwendung der engen Bestpreisklauseln zurückzuführen seien. Eine Vorlage an den EuGH lehnte der BGH ab.¹⁶¹

218. Das LG München I untersagte im Wege der einstweiligen Verfügung eine Vereinbarung zwischen dem Bundesministerium für Gesundheit (BMG) und Google wegen Verstoßes gegen das Kartellverbot.¹⁶² Die Kooperation sah vor, dass Inhalte des „Nationalen Gesundheitsportals“ des BMG bei Suchanfragen zu bestimmten Krankheiten über die Google-Suche auf deren Ergebnisseite in hervorgehobenen Informationsboxen dargestellt werden. Hiergegen wandte sich das Unternehmen Netdoktor, das ein Online-Portal zum Thema Gesundheit betreibt, mit einem Antrag auf Unterlassung. Das LG München I ist der Auffassung, dass die Vereinbarung zwischen dem BMG und Google kartellrechtswidrig sei. Insbesondere handele es sich bei der Tätigkeit des BMG in diesem Zusammenhang um keine hoheitliche, sondern um eine unternehmerische. Entscheidend sei insoweit, dass die betreffende Leistung auf dem relevanten Markt üblicherweise gegen Entgelt angeboten werde. Hier stehe der Betrieb des „Nationalen Gesundheitsportals“ im Wettbewerb mit dem werbefinanzierten Angebot von Netdoktor. Die Gesundheitsportale seien aus Sicht der Marktgegenseite funktional austauschbar. Das Gericht geht auch von einer (bewirkten) Beschränkung dieses Wettbewerbs aus, da es Netdoktor nicht möglich sei, etwa durch besonders relevante Inhalte oder den Erwerb von Anzeigenplätzen auf der Ergebnisseite der Google-Suche eine bessere Sichtbarkeit zu erzielen als die – infolge der in Rede stehenden Vereinbarung – besonders hervorgehobenen Informationsboxen des BMG. Die Entscheidung des LG München I ist rechtskräftig; das BMG und Google haben das beanstandete Verhalten aufgegeben.¹⁶³

219. Die Europäische Kommission erließ im Berichtszeitraum in insgesamt 16 Fällen Entscheidungen, in denen sie Verstöße gegen das Kartellverbot feststellte, und zwar in sechs Fällen im Jahr 2020 und in zehn Fällen im Jahr 2021. Darunter waren drei Fälle mit Vereinbarungen im Vertikalverhältnis;¹⁶⁴ im Übrigen handelte es sich um Entscheidungen betreffend Absprachen zwischen (potenziellen) Wettbewerbern.¹⁶⁵ In allen Fällen verhängte die Europäische Kommission Geldbußen, deren Gesamthöhe rund EUR 2,1 Mrd. betrug.

220. Die Europäische Kommission hat gegenüber den deutschen Automobilherstellern BMW, Daimler und Volkswagen (einschließlich Audi und Porsche) einen Verstoß gegen das Kartellverbot festgestellt.¹⁶⁶ Die Unternehmen

¹⁶¹ Vgl. aber Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 5, Tz. 486 ff., insb. 496, 506.

¹⁶² LG München, 37 O 15720/20 und 15721/20, 10. Februar 2021.

¹⁶³ Beck-aktuell, Google zieht Berufung gegen Urteil zu Gesundheitsportal zurück, 9. April 2021, abrufbar unter <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/google-zieht-berufung-gegen-urteil-zu-bund-gesundheitsportal-zurueck>, Abruf am 30. Mai 2022.

¹⁶⁴ EU-Kommission, AT.40413/40414/40420/40422/40424, 20. Januar 2021, Video Games; AT.40528, 21. Februar 2020, Melia (Holiday Pricing); AT.40433, 30. Januar 2020, Film merchandise.

¹⁶⁵ EU-Kommission, AT.40054 – Ethanol benchmarks, 10. Dezember 2021; AT.40135, 2. Dezember 2021, FOREX; AT.40127, 19. November 2021, Canned Vegetables; AT.40178, 8. Juli 2021, Car Emissions; AT.39914, 28. Juni 2021, Euro Interest Rate Derivatives; AT.39861, 28. Mai 2021, Yen Interest Rate Derivatives; AT.40324, 20. Mai 2021, EGB; AT.40346, 28. April 2021, SSA Bonds; AT.40330, 20. April 2021, Rail cargo; AT.39563, 17. Dezember 2020, Retail Food Packaging; AT.39686, 26. November 2020, Cephalon; AT.40299, 20. September 2020, Closure systems; AT.40410, 14. Juli 2020, Ethylene.

¹⁶⁶ EU-Kommission, AT.40178, a. a. O., vgl. Fn. 165.

tauschten sich im Zeitraum zwischen Juni 2009 und Oktober 2014 über die technische Entwicklung im Bereich der Abgasreinigung bei Diesel-Pkw aus. Dies habe – so die Europäische Kommission – dazu gedient, die Unsicherheit hinsichtlich ihres künftigen Marktverhaltens zu verringern und den Wettbewerbsdruck in Bezug auf Produktmerkmale zu begrenzen. Es sei vereinbart worden, über die gesetzlichen Vorgaben zur Abgasreinigung hinaus nicht miteinander in Wettbewerb zu treten. Die Europäische Kommission wertete das Verhalten als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 lit. b AEUV und verhängte Geldbußen in Höhe von insgesamt rund EUR 875 Mio. Sie reduzierte die Geldbußen der Unternehmen um 20 Prozent, da erstmals Absprachen, die ausschließlich eine Einschränkung der technischen Entwicklung betrafen, Gegenstand einer Verbotsentscheidung waren. Sämtliche Unternehmen erhielten zusätzliche Bußgeldermäßigungen nach der Kronzeugenregelung und/oder wegen einer einvernehmlichen Verfahrensbeendigung. Daimler wurde die Geldbuße sogar vollständig erlassen, weil es die Absprachen gegenüber der Europäischen Kommission aufgedeckt hatte. Parallel zu der Verbotsentscheidung teilte die Generaldirektion Wettbewerb den Automobilherstellern in einem separaten Schreiben mit, dass sie bestimmte andere Kooperationen der Automobilhersteller im Zusammenhang mit der Abgasreinigung bei Diesel-Pkw kartellrechtlich nicht zu verfolgen beabsichtige.¹⁶⁷

221. Der EuGH hat sich mit der Beeinträchtigung der Rechte Dritter bei Entscheidungen der Europäischen Kommission, in denen Verpflichtungszusagen für bindend erklärt werden, befasst.¹⁶⁸ In dem der EuGH-Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt ging es um etwaige wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zwischen Filmproduktionsgesellschaften und Pay-TV-Sendern im Zusammenhang mit der Bereitstellung von Pay-TV-Diensten. Die Europäische Kommission beendete das Verfahren mit Zusagenentscheidungen.¹⁶⁹ Das Unternehmen Groupe Canal + klagte gegen die Entscheidung der Europäischen Kommission vor dem EuG, da die Verpflichtungszusagen Rechte des Unternehmens aus einer Lizenzvereinbarung berührten, die es mit einer der Filmproduktionsgesellschaften geschlossen hatte. Mit dem vorliegenden Urteil hob der EuGH die Entscheidung des EuG, mit der die Klage von Groupe Canal + abgewiesen worden war,¹⁷⁰ auf und erklärte die ursprüngliche Entscheidung der Europäischen Kommission für nichtig. Der EuGH stellte fest, dass die Europäische Kommission vor Erlass einer Zusagenentscheidung nach Art. 9 Abs. 1 Verordnung (EU) 1/2003 habe prüfen müssen, ob die Verpflichtungszusagen, welche die am Verfahren beteiligten Unternehmen zur Ausräumung der wettbewerblichen Bedenken angeboten haben, verhältnismäßig sind auch im Hinblick auf den Schutz der vertraglichen Rechte Dritter. Der EuGH ist – anders als das EuG – der Auffassung, dass Dritte zur Geltendmachung ihrer vertraglichen Rechte nicht an die nationalen (Zivil-) Gerichte verwiesen werden dürften, da es insoweit an ausreichendem Rechtsschutz fehle. So dürfe ein nationales Gericht ein Unternehmen nicht verpflichten, einer Zusagenentscheidung der Europäischen Kommission zuwider zu handeln. Ein nationales Gericht dürfe auch nicht feststellen, dass es keinen Verstoß gegen das Kartellverbot gegeben habe, wenn die Europäische Kommission das Verfahren noch gemäß Art. 9 Abs. 2 Verordnung (EU) 1/2003 wiederaufnehmen und sodann einen Verstoß feststellen könne. Deshalb könnten die nationalen Gerichte eine fehlende Prüfung der Verhältnismäßigkeit durch die Europäische Kommission nicht ausgleichen. Der EuGH passte in dem vorliegenden Urteil seine Rechtsprechung zum Umfang der Prüfung von Verpflichtungszusagen an. Bislang war die Europäische Kommission demnach nur verpflichtet, zu prüfen, ob die fraglichen Verpflichtungszusagen ihre wettbewerblichen Bedenken ausräumen und die am Verfahren beteiligten Unternehmen keine weniger belastenden Verpflichtungszusagen angeboten haben, wobei die Interessen Dritter lediglich zu berücksichtigen waren.¹⁷¹

222. Das EuG bestätigte in ganz überwiegendem Umfang eine Entscheidung der Europäischen Kommission, in der diese festgestellt hatte, dass einzelne Zulassungsbestimmungen der Internationalen Eislaufunion (ISU) für Sportle-

¹⁶⁷ GD Wettbewerb, Schreiben vom 8. Juli 2021, AT.40178 – Car Emissions.

¹⁶⁸ EuGH, C-132/19 P, 9. Dezember 2020, Groupe Canal +, ECLI:EU:C:2020:1007.

¹⁶⁹ EU-Kommission, AT.40023, 26. Juli 2016, Cross-border access to pay-TV.

¹⁷⁰ EuG, T-873/16, 12. Dezember 2018, Groupe Canal +, ECLI:EU:T:2018:904.

¹⁷¹ EuGH, C-441/07 P, 29. Juni 2010, Alrosa, ECLI:EU:C:2010:377.

rinnen und Sportler gegen das Kartellverbot verstoßen.¹⁷² Die Bestimmungen sahen insbesondere eine Pflicht der Sportlerinnen und Sportler zur Einholung einer Vorabgenehmigung der ISU für die Teilnahme an Wettkämpfen anderer Veranstalter sowie strenge Sanktionen für den Fall vor, dass Sportlerinnen und Sportler an nicht genehmigten Wettkämpfen teilnahmen. Nach Auffassung des EuG handele es sich bei den Bestimmungen der ISU, dem einzigen vom Internationalen Olympischen Komitee anerkannten Dachverband für den Eiskunstlauf und den Eisschnelllauf, um bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen einer Unternehmensvereinigung. Angesichts ihrer doppelten Stellung – einerseits erlässt die ISU die Regeln für die sie betreffenden Sportarten, andererseits veranstaltet sie selbst Wettkämpfe – sei die ISU verpflichtet, sicherzustellen, dass Dritten der Zugang zu dem Markt nicht zu Unrecht verwehrt werde, um den Wettbewerb auf diesem Markt nicht zu verfälschen. Die Zulassungsbestimmungen der ISU könnten zwar grundsätzlich legitime Ziele, namentlich die Vorbeugung von Manipulationen der Wettkämpfe sowie die Gewährleistung allgemeiner Standards für die Wettkämpfe, verfolgen. Die Tatsache, dass ein Sportverband auch seine wirtschaftlichen Interessen schützen möchte, sei für sich genommen nicht wettbewerbswidrig. Allerdings gingen die Bestimmungen über das für die Zielerreichung Erforderliche hinaus und seien somit unverhältnismäßig. Lediglich hinsichtlich der Vorgaben der ISU zur Schiedsgerichtsbarkeit, die nach Auffassung der Europäischen Kommission die von den Zulassungsbestimmungen ausgehenden Wettbewerbsbeschränkungen verstärkten, konnte das EuG kein rechtswidriges Verhalten feststellen.

1.2.4 Kartellschadensersatz

223. Der BGH hat in einem Urteil zum Schienenkartell die Wirksamkeit einer Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) bejaht, mittels derer ein Kartellschaden in einer bestimmten Höhe pauschal vereinbart wird.¹⁷³ Die Frage, ob und – gegebenenfalls – in welcher Höhe eine Schadenspauschalierung in AGB zulässig ist, war in der Vergangenheit umstritten.¹⁷⁴ Die streitgegenständliche AGB-Klausel sah eine Schadenspauschale in Höhe von fünf Prozent der Abrechnungssumme für den Fall vor, dass der Vertragspartner anlässlich der veräußerten Produkte eine wettbewerbswidrige Absprache getroffen hat, wobei der Nachweis eines anderen Schadens möglich war. Gemäß § 309 Nr. 5 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) – bzw. im unternehmerischen Geschäftsverkehr gemäß den §§ 307, 310 Abs. 1 BGB – dürfen Klauseln zur Schadenspauschalierung den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden nicht übersteigen. Dabei wird normalerweise auf einen branchentypischen Durchschnittsschaden abgestellt, dessen Höhe der Verwender der AGB-Klausel nachzuweisen hat. Da eine zuverlässige Ermittlung eines solchen Schadens bei wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen regelmäßig mit erheblichen tatsächlichen Schwierigkeiten verbunden sei, sei es – so der BGH – ausreichend, dass die Höhe der Schadenspauschale eine Unter- und eine Überkompensation des kartellbedingten Schadens gleichermaßen wahrscheinlich erscheinen lasse und dem Schädiger die Möglichkeit verbleibe, einen geringeren oder fehlenden Schaden nachzuweisen. Die streitgegenständliche AGB-Klausel, die eine Schadenspauschale in Höhe von fünf Prozent der Abrechnungssumme sowie den Nachweis eines anderen Schadens vorsah, erachtete der BGH insoweit als angemessen und bezeichnete darüber hinaus sogar eine Schadenspauschale in Höhe von bis zu 15 Prozent als vertretbar.

¹⁷² EuG, T-93/18, 16. Dezember 2020, International Skating Union, ECLI:EU:T:2020:610; EU-Kommission, AT.40208, 8. Dezember 2017, International Skating Union's Eligibility rules. Ein Rechtsmittel ist anhängig beim EuGH, C-124/21 P.

¹⁷³ BGH, KZR 63/18, 10. Februar 2021, Schienenkartell VI, ECLI:DE:BGH:2021:100221UKZR63.18.0, vgl. auch BGH, KZR 94/18, 10. Februar 2021, ECLI:DE:BGH:2021:100221UKZR94.18.0.

¹⁷⁴ Klausel wirksam: KG Berlin, 2 U 13/14 Kart, 28. Juni 2018 (in Höhe von fünf Prozent); OLG Jena, 2 U 583/15 Kart, 22. Februar 2017 (in Höhe von 15 Prozent); LG Stuttgart, 30 O 33/17, 19. Juli 2018 (in Höhe von 15 Prozent). Klausel unwirksam: LG Potsdam, 2 O 23/15, 13. April 2016 (in Höhe von 15 Prozent). Das LG Dortmund hat in mehreren Entscheidungen zum Schienenkartell Schadenspauschalierungsklauseln bzw. Vertragsstrafenvereinbarungen, die auf die in Rede stehenden Erwerbsvorgänge keine unmittelbare Anwendung fanden, zumindest als Indiz für die freie Schätzung der Schadenshöhe gemäß § 287 der Zivilprozessordnung herangezogen. Vgl. LG Dortmund, 8 O 116/14 (Kart), 3. Februar 2021; 8 O 26/16 (Kart), 4. November 2020; 8 O 115/14 (Kart), 30. September 2020.

224. In weiteren Urteilen zum Schienenkartell sowie zum Lkw-Kartell hat sich der BGH mit der Anwendbarkeit des Einwands der Schadensabwälzung bei sog. Streuschäden befasst.¹⁷⁵ In Kartellschadensersatzverfahren können sich die beklagten Kartellteilnehmer grundsätzlich mit dem Einwand verteidigen, die Kläger haben die kartellbedingten Preiserhöhungen – gegebenenfalls teilweise – an die nachgelagerte Marktstufe weitergereicht, sodass letztlich kein Schaden (mehr) bestehe bzw. dieser im Umfang der Schadensabwälzung reduziert sei. Anderenfalls könnten die Kartellteilnehmer für dieselben Schadenspositionen von Klägern auf unterschiedlichen Marktstufen mehrfach in Anspruch genommen werden. Der BGH hat nun festgestellt, dass der Einwand der Schadensabwälzung eingeschränkt sei, sofern die an dem Kartell beteiligten Unternehmen, ließe man einen solchen Vorteilsausgleich uneingeschränkt zu, unbillig entlastet würden. Hiervon könne vor allem in Konstellationen mit Streuschäden auszugehen sein, in denen eine Vielzahl von mittelbaren Abnehmern auf nachgelagerten Marktstufen einen vergleichsweise geringen individuellen Schaden erlitten haben. Solche Schäden sind häufig nur schwer zu beziffern und werden angesichts des damit verbundenen Aufwands kaum geltend gemacht, und zwar insbesondere nicht von privaten Verbraucherinnen und Verbrauchern. Dann besteht für die Kartellteilnehmer weniger die Gefahr einer mehrfachen Inanspruchnahme, die mit der Zulassung des Einwands der Schadensabwälzung verhindert werden soll. Stattdessen würden die Kartellteilnehmer vielmehr von einer gegebenenfalls teilweisen Freistellung von der Haftung auf Schadensersatz profitieren. Um die unionsrechtlich gebotene Effizienz der Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen insoweit nicht zu gefährden, seien – so der BGH in den Urteilen mit unterschiedlicher Deutlichkeit – an den Nachweis der Schadensabwälzung durch die Kartellteilnehmer keine zu geringen Anforderungen zu stellen, komme eine sekundäre Darlegungslast der Kläger unter Umständen nur ausnahmsweise in Betracht oder könne der Einwand der Schadensabwälzung gänzlich ausgeschlossen sein.¹⁷⁶

225. Der EuGH hat sich im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens zur zivilrechtlichen Haftung einer Tochter für ihre Muttergesellschaft geäußert.¹⁷⁷ Die Entscheidung erging auf Vorlage eines spanischen Gerichts, vor dem ein Unternehmen auf Zahlung von Kartellschadensersatz gegen eine in Spanien ansässige Tochtergesellschaft des Daimler-Konzerns geklagt hatte. Die Klägerin hatte von der Beklagten Lastkraftwagen erworben, bevor die Europäische Kommission im Juli 2016 eine Beteiligung der Muttergesellschaft des Daimler-Konzerns am Lkw-Kartell feststellte.¹⁷⁸ Der EuGH entschied, dass eine Haftung der Tochtergesellschaft für kartellbedingte Schäden, die von ihrer Muttergesellschaft verursacht worden sind, in Betracht komme. Voraussetzung sei, dass beide Gesellschaften zu einem Unternehmen im Sinne einer wirtschaftlichen Einheit gehören. Der Unternehmensbegriff habe im Rahmen der öffentlich-rechtlichen sowie der zivilrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts dieselbe Bedeutung. Demnach sei eine wirtschaftliche Einheit zu verstehen als einheitliche Organisation persönlicher, materieller und immaterieller Mittel, die dauerhaft einen bestimmten wirtschaftlichen Zweck verfolge. Ein und dieselbe Muttergesellschaft könne innerhalb einer Unternehmensgruppe Teil mehrerer wirtschaftlicher Einheiten sein. Für die Annahme einer Haftung der Tochtergesellschaft bedürfe es deshalb des Nachweises, dass zwischen der wirtschaftlichen Tätigkeit der Tochtergesellschaft und dem Kartellverstoß der Muttergesellschaft ein konkreter Zusammenhang bestehe. Dies sei grundsätzlich dann der Fall, wenn der Kartellverstoß der Muttergesellschaft dieselben Produkte betreffe wie die von der Tochtergesellschaft vermarkteten. Die Gesellschaften, die eine wirtschaftliche Einheit bilden, haften gesamtschuldnerisch auf Schadensersatz. Dabei sei die Haftung nicht abhängig von den Kontrollverhältnissen innerhalb der wirtschaftlichen Einheit.

¹⁷⁵ BGH, KZR 19/20, 13. April 2021, Lkw-Kartell II, ECLI:DE:BGH:2021:130421UKZR19.20.0; KZR 4/19, 23. September 2020, Schienenkartell V, ECLI:DE:BGH:2020:230920UKZR4.19.1; KZR 8/18, 19. Mai 2020, Schienenkartell IV, ECLI:DE:BGH:2020:190520UKZR8.18.0.

¹⁷⁶ Die Monopolkommission hat angesichts der Gefahr einer unbilligen Entlastung der an dem Kartellverstoß beteiligten Unternehmen bei Zulassung des Einwands der Schadensabwälzung vorgeschlagen, die private Kartellrechtsdurchsetzung für Verbraucherinnen und Verbraucher durch die Einführung einer Gruppenklage nach dem „Opt in“-Prinzip zu stärken; vgl. Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 45, Tz. 869 ff. insb. 894 ff.

¹⁷⁷ EuGH, C-882/19, 6. Oktober 2021, Sumal, ECLI:EU:C:2021:800.

¹⁷⁸ EU-Kommission, AT.39824, 19. Juli 2016, Trucks.

2 Spezifische Probleme der Kartellrechtsanwendung

2.1 Verweisung der Prüfung von Zusammenschlussvorhaben an die Europäische Kommission trotz fehlender nationaler Anmeldepflicht

226. Im Rahmen ihrer Evaluierung von Verfahrens- und Zuständigkeitsaspekten der EU-Fusionskontrolle änderte die Europäische Kommission ihre Anwendungspraxis zu Verweisungen gemäß Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004. Nach dieser Vorschrift können ein oder mehrere Mitgliedstaaten die Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens durch die Europäische Kommission auch dann beantragen, wenn der Zusammenschluss gemäß Art. 1 Verordnung (EG) 139/2004 keine unionsweite Bedeutung hat. Dabei setzt eine Verweisung nach Art. 22 Abs. 1 Verordnung (EG) 139/2004 nicht einmal voraus, dass das Zusammenschlussvorhaben in dem betreffenden oder einem anderen Mitgliedstaat anmeldepflichtig ist. Bislang hatte die Europäische Kommission jedoch grundsätzlich die Prüfung solcher Fälle abgelehnt, die nicht der nationalen Fusionskontrolle unterliegen. In einem im März 2021 veröffentlichten Leitfaden erklärte sie dagegen, nunmehr die Verweisung bestimmter nicht anmeldepflichtiger Zusammenschlussvorhaben „zu fördern“.¹⁷⁹ Mit dem Zusammenschlussvorhaben Illumina/Grail gibt es bereits einen ersten Fall, der auch ohne nationale Kontrollpflicht gemäß Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 an die Europäische Kommission verwiesen worden ist. Die Monopolkommission sieht diese neue Anwendungspraxis der Europäischen Kommission kritisch. Das fusionskontrollrechtliche Verweisungssystem sollte besser durch eine Anpassung der deutschen Transaktionswertschwelle aus § 35 Abs. 1a GWB gestärkt werden.

2.1.1 Überblick über die Rechtslage zu Verweisungen und die Anwendungspraxis der Europäischen Kommission

227. Die Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens durch die Europäische Kommission setzt voraus, dass der Anwendungsbereich der EU-Fusionskontrollverordnung 139/2004¹⁸⁰ eröffnet ist. Nach Art. 1 Abs. 1 Verordnung (EG) 139/2004 ist dies zunächst dann der Fall, wenn die Anmeldeschwellen des Art. 1 Abs. 2 und 3 Verordnung (EG) 139/2004, die an die Umsätze der beteiligten Unternehmen anknüpfen, überschritten sind. Hat ein Zusammenschluss keine solche unionsweite Bedeutung, kann die Europäische Kommission ein Zusammenschlussvorhaben dennoch gemäß Art. 22 Abs. 1 Verordnung (EG) 139/2004 aufgrund eines Antrags eines oder mehrerer Mitgliedstaaten prüfen. Nimmt die Europäische Kommission einen Verweisungsantrag an, erfolgt die fusionskontrollrechtliche Prüfung des Zusammenschlussvorhabens stellvertretend für den bzw. die verweisenden Mitgliedstaaten. Von dieser Prüfung unabhängige parallele Fusionskontrollverfahren in den übrigen Mitgliedstaaten sind zulässig. Die Europäische Kommission kann einem oder mehreren Mitgliedstaaten zudem mitteilen, dass ihres Erachtens die Voraussetzungen für eine Verweisung vorliegen, und in diesem Fall den oder die Mitgliedstaaten auffordern, einen Verweisungsantrag zu stellen, Art. 22 Abs. 5 Verordnung (EG) 139/2004.

228. Voraussetzung für eine Verweisung an die Europäische Kommission ist nach Art. 22 Abs. 1 Verordnung (EG) 139/2004, dass der Zusammenschluss „den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt und den Wettbewerb im Hoheitsgebiet des beziehungsweise der antragstellenden Mitgliedstaaten erheblich zu beeinträchtigen droht.“¹⁸¹ Eine Anmeldepflicht in einem Mitgliedstaat ist dagegen nicht erforderlich, und zwar weder eine solche in dem bzw. den verweisenden Mitgliedstaaten noch in einem anderen Mitgliedstaat. Diese Regelung ist historisch bedingt. Sie sollte die Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens durch die Europäische Kommission ermöglichen,

¹⁷⁹ EU-Kommission, Leitfaden zur Anwendung des Verweisungssystems nach Artikel 22 der Fusionskontrollverordnung auf bestimmte Kategorien von Vorhaben, ABl. C 113 vom 31. März 2021, S. 1, insb. Tz. 11.

¹⁸⁰ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 20. April 2004, ABl. L 24 vom 29. Januar 2004, S. 1.

¹⁸¹ Zudem muss ein Zusammenschlusstatbestand im Sinne des Art. 3 Verordnung (EG) 139/2004 verwirklicht sein. Während die EU-Fusionskontrolle eine dauerhafte Veränderung der Kontrolle über ein Unternehmen verlangt, ist das nationale Fusionskontrollrecht teilweise strenger und sieht bereits für Erwerbsvorgänge unterhalb dieser Schwelle eine Anmeldepflicht vor; vgl. nur zum deutschen Recht § 37 GWB.

da einige Mitgliedstaaten ursprünglich nicht über ein Fusionskontrollregime verfügten.¹⁸² Heute hat lediglich Luxemburg keine eigene Fusionskontrolle. In der Vergangenheit hatte die Europäische Kommission den Mitgliedstaaten von Verweisungsanträgen abgeraten, die nach nationalem Recht nicht anmeldepflichtig waren. Ein Mitgliedstaat, in dem ein Zusammenschlussvorhaben nicht anmeldepflichtig war, konnte sich aber zumindest der Verweisung eines anderen Mitgliedstaates, in dem das betreffende Zusammenschlussvorhaben der Fusionskontrolle unterlag, anschließen.¹⁸³

229. Nunmehr hat die Europäische Kommission ihre Praxis insofern geändert, als sie den Mitgliedstaaten in einem im März 2021 veröffentlichten Leitfaden zur Anwendung des Verweisungssystems gemäß Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 ausdrücklich nahelegt, bestimmte Zusammenschlussvorhaben, die nicht der nationalen Fusionskontrolle unterliegen, zur Prüfung an sie zu verweisen. Der Leitfaden ist ein Ergebnis einer umfassenden Evaluierung von Verfahrens- und Zuständigkeitsaspekten der EU-Fusionskontrolle durch die Europäische Kommission. Er soll die allgemeinen Hinweise zu dem Gesamtverweisungssystem der Verordnung (EG) 139/2004 in der bereits seit Längerem existierenden Mitteilung der Kommission über die Verweisung von Fusionssachen¹⁸⁴ ergänzen.¹⁸⁵ Die Europäische Kommission hat im Zuge ihrer Evaluierung eine Reihe von Zusammenschlüssen identifiziert, die ihrer Ansicht nach auf Unionsebene hätten geprüft werden sollen, aber weder in ihre originäre Zuständigkeit fielen noch gemäß ihrer alten Anwendungspraxis an sie verwiesen wurden.¹⁸⁶

230. Die Europäische Kommission begründet die Änderung ihrer Anwendungspraxis damit, dass bei Zusammenschlussvorhaben, die national nicht anmeldepflichtig sind, in der Vergangenheit davon auszugehen gewesen sei, dass sie in der Regel zu keinen nennenswerten Auswirkungen im Binnenmarkt führten.¹⁸⁷ Mittlerweile gebe es jedoch eine Zunahme von Zusammenschlüssen, an denen Unternehmen beteiligt sind, deren wettbewerbliche Bedeutung groß ist oder absehbar groß sein wird, die aber noch über allenfalls geringe Umsätze verfügen.¹⁸⁸ Die Europäische Kommission benennt in ihrem Leitfaden verschiedene Kategorien von Vorhaben, bei denen davon auszugehen sei, dass der Umsatz von wenigstens einem der beteiligten Unternehmen nicht dessen aktuelles oder zukünftiges wettbewerbliches Potenzial widerspiegeln, und die deshalb für eine Verweisung nach Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 geeignet seien.¹⁸⁹ Während die digitale Wirtschaft und die Pharmaindustrie ausdrückliche

¹⁸² Vgl. bereits Art. 22 Abs. 4 und 5 der ersten europäischen Fusionskontrollverordnung (EWG) 4064/89. Nach Art. 6 Abs. 3 Unterabs. 2 des Protokolls 24 zum EWR-Abkommen können sich zudem die EFTA-Staaten einem Antrag auf Verweisung eines Zusammenschlussvorhabens zur Prüfung an die Europäische Kommission anschließen.

¹⁸³ EU-Kommission, Commission Staff Working Document, Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control, SWD(2021) 66 final, 26. März 2021, Tz. 120 mit Fn. 150.

¹⁸⁴ ABl. C 56 vom 5. März 2005, S. 2.

¹⁸⁵ Neben Art. 22 sieht die Verordnung (EG) 139/2004 weitere Verweisungsmöglichkeiten vor, und zwar vor Anmeldung des Zusammenschlussvorhabens auf Antrag der beteiligten Unternehmen an die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten oder an die Europäische Kommission in Art. 4 Abs. 4 bzw. Abs. 5 sowie nach Anmeldung durch die Europäische Kommission an die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten in Art. 9. Das Gesamtverweisungssystem der Verordnung (EG) 139/2004 soll gewährleisten, dass das jeweilige Zusammenschlussvorhaben im Einzelfall stets von der bzw. den besser geeigneten Behörden geprüft werden kann.

¹⁸⁶ EU-Kommission, Evaluation of EU merger control, a. a. O., vgl. Fn. 183, Tz. 99 ff., insb. 130 ff. Kritisch dazu Apel, K./Polley, R., „Gap cases“ in der formellen Fusionskontrolle der FKVO?, ZWeR, 2021, S. 273-316, 291 ff.; Neideck, P. O., Viele Fragezeichen bleiben – Der Leitfaden zu Art. 22 der Fusionskontrollverordnung, NZKart, 2021, S. 263-269, 264 f.; von Schreitter, F./Urban, J., Große Fische, weites Netz? – Kritik der neuen Verweisungspraxis zu Art. 22 FKVO, WuW, 2021, S. 674-682, 676 f.

¹⁸⁷ EU-Kommission, Leitfaden zur Anwendung des Verweisungssystems, a. a. O., vgl. Fn. 179, Tz. 8.

¹⁸⁸ Ebenda, vgl. Fn. 179, Tz. 9.

¹⁸⁹ (1) Start-up-Unternehmen mit beträchtlichem Wettbewerbspotenzial, (2) wichtiger Innovator oder Unternehmen mit potenziell wichtigen Forschungsarbeiten, (3) (potenziell) wichtige Wettbewerbskraft, (4) Unternehmen mit Zugang zu wettbewerbsrelevanten Vermögenswerten, (5) Unternehmen mit wichtigen Input-Produkten /-Dienstleistungen für andere Wirtschaftszweige; vgl. ebenda, vgl. Fn. 179, Tz. 19.

Erwähnung finden,¹⁹⁰ wird betont, dass die Aufzählung nicht auf bestimmte Wirtschaftszweige beschränkt und nicht abschließend sei.¹⁹¹

231. Im Berichtszeitraum hat es mit der geplanten Übernahme von Grail durch Illumina einen ersten Anwendungsfall für die Verweisung eines national nicht anmeldepflichtigen Zusammenschlussvorhabens an die Europäische Kommission gegeben. Bei Illumina handelt es sich um einen führenden Anbieter von Sequenzierungssystemen für die genetische und genomische Analyse. Grail entwickelt Bluttests zur Früherkennung von Krebs, die auf den von Illumina angebotenen Sequenzierungssystemen beruhen. Beide Unternehmen haben ihren Sitz in den USA. Die Europäische Kommission hat die Verweisung des Zusammenschlussvorhabens, welche die französische Wettbewerbsbehörde gemäß Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 beantragt hatte und der sich die Wettbewerbsbehörden von Belgien, Griechenland, Island, der Niederlande und Norwegen anschlossen, am 19. April 2021 zur Prüfung angenommen. Derzeit unterzieht sie den Fall einer vertieften Prüfung.¹⁹²

232. Die Europäische Kommission befürchtet, dass durch den Zusammenschluss der Zugang zu den von Illumina angebotenen Sequenzierungssystemen für (potenzielle) Wettbewerber von Grail im Bereich von Krebserkennungstests eingeschränkt wird.¹⁹³ Die Annahme der Verweisung gemäß Art. 22 Abs. 3 Verordnung (EG) 139/2004 begründet die Europäische Kommission damit, dass sich die wettbewerbliche Bedeutung von Grail nicht in dem Umsatz des Unternehmens widerspiegeln. Die wettbewerbliche Bedeutung zeige sich jedoch in dem Kaufpreis von USD 7,1 Mrd.¹⁹⁴ Grail hat erst im April 2021 damit begonnen, ein Produkt in begrenztem Umfang in den USA zu vertreiben; zwei weitere Produkte befinden sich in der Entwicklung. Genomische Krebstests werden von der Europäischen Kommission als mögliche „Game Changer“ im Kampf gegen Krebs bezeichnet.¹⁹⁵

233. Trotz des laufenden Fusionskontrollverfahrens haben Illumina und Grail den Zusammenschluss vollzogen, sodass die Europäische Kommission einstweilige Maßnahmen gemäß Art. 8 Abs. 5 Verordnung (EG) 139/2004 erließ, um irreparable negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zu verhindern.¹⁹⁶ Wegen eines möglichen Verstoßes gegen das Verbot des vorzeitigen Vollzugs eines Zusammenschlusses (Art. 22 Abs. 4 Unterabs. 1 Satz 2 i. V. m. Art. 7 Verordnung (EG) 139/2004) ist zudem ein Bußgeldverfahren gemäß Art. 14 Verordnung (EG) 139/2004 eröffnet worden.¹⁹⁷ Gleichzeitig sind bei dem EuG Nichtigkeitsklagen von Illumina gegen die Beschlüsse der Europäischen Kommission betreffend die Annahme der Verweisung sowie den Erlass der einstweiligen Maßnahmen anhängig.¹⁹⁸ Über die Klage von Illumina gegen die Annahme der Verweisung durch die Europäische Kommission entscheidet das EuG im beschleunigten Verfahren.¹⁹⁹

¹⁹⁰ EU-Kommission, Leitfaden zur Anwendung des Verweisungssystems, a. a. O., vgl. Fn. 179, Tz. 9.

¹⁹¹ Ebenda, vgl. Fn. 179, Tz. 20.

¹⁹² EU-Kommission, M.10188, Illumina/Grail; vgl. EU-Kommission, Fusionskontrolle: Kommission nimmt geplante Übernahme von GRAIL durch Illumina unter die Lupe, Pressemitteilung, 22. Juli 2021, IP/21/3844.

¹⁹³ Ebenda, vgl. Fn. 192; EU-Kommission, Mergers: Commission to assess proposed acquisition of GRAIL by Illumina, Pressemitteilung, 20. April 2021, MEX/21/1846.

¹⁹⁴ EU-Kommission, Mergers: Commission to assess proposed acquisition of GRAIL by Illumina, a. a. O., vgl. Fn. 193, MEX/21/1846.

¹⁹⁵ Ebenda, vgl. Fn. 193.

¹⁹⁶ EU-Kommission, M.10493, 29. Oktober 2021, Illumina/Grail; vgl. EU-Kommission, Fusionskontrolle: Kommission ordnet bis zum Erlass ihres abschließenden Beschlusses geltende einstweilige Maßnahmen an, um Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach vorzeitigem Vollzug der Übernahme von GRAIL durch Illumina zu verhindern, Pressemitteilung, 29. Oktober 2021, IP/21/5661.

¹⁹⁷ EU-Kommission, M.10483, Illumina/Grail.

¹⁹⁸ EuG, T-227/21 bzw. T-755/21, Illumina. Auch Grail hat mittlerweile eine Nichtigkeitsklage gegen den Erlass der einstweiligen Maßnahmen durch die Kommission erhoben; vgl. EuG, T-23/22, Grail.

¹⁹⁹ EuG, T-227/21, 6. Oktober 2021, Illumina, ECLI:EU:T:2021:672, Rz. 10.

2.1.2 Neue Anwendungspraxis der Europäischen Kommission kritikwürdig

234. Es ist zu begrüßen, dass die Europäische Kommission anstrebt, etwaige Schutzlücken in der EU-Fusionskontrolle unter anderem mit Blick auf sog. Killer Acquisitions²⁰⁰ zu schließen. Dabei gewährleistet der von ihr gewählte Ansatz, nunmehr auch solche Verweisungen von Mitgliedstaaten nach Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 zu fördern und anzunehmen, die nicht der nationalen Fusionskontrolle unterliegen, ein hohes Maß an Flexibilität. Zusammenschlussvorhaben, die wettbewerblich bedenklich erscheinen, können unabhängig von Umsatzschwellen zielgerichtet aufgegriffen werden. Dagegen stellen die herkömmlichen Anmeldeschwellen, die an den Umsatz der beteiligten Unternehmen oder – wie zusätzlich seit dem Jahr 2017 in Deutschland und Österreich – an den Transaktionswert anknüpfen, lediglich ein vergleichsweise grobes Raster dar, das zwar zuverlässig die wirtschaftliche, aber nicht zwingend die wettbewerbliche Bedeutung eines Zusammenschlussvorhabens widerspiegelt. Dementsprechend wird in der Regel nur ein geringer Bruchteil der angemeldeten Zusammenschlussvorhaben von den Wettbewerbsbehörden tiefergehend geprüft.

235. Allerdings hat das Vorgehen der Europäischen Kommission eine große Rechtsunsicherheit für die Unternehmen zur Folge. Diese können sich nicht mehr darauf verlassen, dass ein Zusammenschlussvorhaben, das weder originär bei der Europäischen Kommission noch in einem Mitgliedstaat anmeldepflichtig ist, tatsächlich fusionskontrollfrei bleibt. Zwar dürfte überhaupt nur in einer geringen Anzahl von Fällen ein relevantes Risiko für eine Verweisung nach Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 bestehen. Die Europäische Kommission benennt in ihrem Leitfaden auch einige Beispiele, die sich ihrer Auffassung nach besonders für eine Prüfung eignen würden.²⁰¹ Zudem verweist sie darauf, dass die Unternehmen Informationen zu einem konkreten Zusammenschlussvorhaben übermitteln und auf Grundlage einer vorläufigen Beurteilung die Zusage erhalten können, dass das betreffende Zusammenschlussvorhaben nicht für eine Verweisung in Betracht kommt.²⁰²

236. Es lässt sich jedoch einwenden, dass die Anmeldeschwellen der Fusionskontrolle so ausgestaltet sind, dass sie den Unternehmen grundsätzlich eine vergleichsweise einfache Beurteilung der Fusionskontrollpflicht ermöglichen sollen. Dies ist auch dem Umstand geschuldet, dass die Identifizierung der Anmeldepflicht den Unternehmen üblicherweise selbst obliegt. Dagegen werden die Unternehmen in dem Fall einer Verweisung nach Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 zu der Anmeldung eines Zusammenschlussvorhabens aufgefordert. Dennoch hat die Frage, ob ein Zusammenschluss der Fusionskontrolle unterliegt, für die beteiligten Unternehmen mit Blick etwa auf die zeitliche Planung einer Transaktion sowie die mit ihr verbundenen Investitionen große Bedeutung. Die Voraussetzungen des Art. 22 Abs. 1 Verordnung (EG) 139/2004 – Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels und Gefahr der erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Hoheitsgebiet des bzw. der antragstellenden Mitgliedstaaten – sind hingegen recht vage und im Übrigen materiell-rechtlicher Natur. Die lediglich beispielhafte Aufzählung einiger Fälle in dem Leitfaden zur Anwendung des Verweisungssystems, die sich laut der Europäischen Kommission besonders für eine Verweisung nach Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 eignen, tragen nach verbreiteter Ansicht kaum zur Konkretisierung bei.²⁰³ Die Europäische Kommission weist in dem Leitfaden selbst an meh-

²⁰⁰ Dazu Cunningham, C., Ederer, F., & Ma, S. (2021), Killer acquisitions, *Journal of Political Economy*, 129(3), S. 649-702.

²⁰¹ Dazu bereits Tz. 230 mit Fn. 189.

²⁰² EU-Kommission, Leitfaden zur Anwendung des Verweisungssystems, a. a. O., vgl. Fn. 179, Tz. 24. Eine solche informelle Beratung dürfte grundsätzlich auch auf Ebene der Mitgliedstaaten in Betracht kommen. Sie hätte indes den Nachteil, dass sich ein Unternehmen im Einzelfall theoretisch an sämtliche nationalen Wettbewerbsbehörden wenden müsste, um die Wahrscheinlichkeit einer Verweisung einschätzen zu können.

²⁰³ Apel, K./Polley, P., „Gap cases“ in der formellen Fusionskontrolle der FKVO?, a. a. O., vgl. Fn. 186, S. 297 f.; Neideck, P. O., Viele Fragezeichen bleiben, a. a. O., vgl. Fn. 186, S. 266 f.; Völcker, S. B., Willkommen in der „Killzone“ – die neue „Guidance“ der Kommission zu Verweisungen durch unzuständige Behörden nach Art. 22 FKVO, NZKart, 2021, S. 262-263 262; von Schreitter, F./Urban, J., Große Fische, weites Netz?, a. a. O., vgl. Fn. 186 S. 676 f.; weniger kritisch gegenüber der (fehlenden) Rechtssicherheit Franck, J.-U./Monti, G./de Streel, A., Article 114 TFEU as a Legal Basis for Strengthened Control of Acquisitions by Digital Gatekeepers, Legal Opinion commissioned by the Federal Ministry for Economic Affairs and Energy, 20. September 2021, S. 28, abrufbar unter <https://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Publikationen/Wirtschaft/article-114-tfeu-as-a-legal-basis-for-strengthened-control-of-acquisitions-by-digital-gatekeepers.html>, Abruf am 4. Januar 2022.

ren Stellen auf den ihr zustehenden Ermessensspielraum hin.²⁰⁴ Zudem ist die Inanspruchnahme von informeller behördlicher Beratung im Einzelfall für die Unternehmen aufwändig, während das Risiko für eine Verweisung bzw. deren Annahme auch nach Inanspruchnahme einer solchen nicht vollständig ausgeschlossen wäre.

237. Die Rechtsunsicherheit für die Unternehmen wird ferner durch den Umstand vergrößert, dass die Europäische Kommission grundsätzlich auch in dem Fall eines bereits vollzogenen Zusammenschlusses eine Verweisung annehmen möchte.²⁰⁵ Insofern besteht sogar die Gefahr, dass die Europäische Kommission einen Zusammenschluss nachträglich untersagt und dieser entflochten werden muss, Art. 22 Abs. 4 Satz 1 i. V. m. Art. 8 Abs. 4 Verordnung (EG) 139/2004. Immerhin hält die Europäische Kommission eine Prüfung in der Regel für nicht angemessen, wenn seit dem Vollzug des Zusammenschlusses mehr als sechs Monate vergangen sind, wobei sie auf mögliche Ausnahmen hinweist.²⁰⁶ Außerdem möchte die Europäische Kommission die Unternehmen so früh wie möglich informieren, wenn ein Verweisungsantrag in Betracht gezogen wird, damit diese etwa den Vollzug des Zusammenschlussvorhabens aufschieben können.²⁰⁷ Die Fristenregelung des Art. 22 Abs. 1 Unterabs. 2 Verordnung (EG) 139/2004, wonach der Verweisungsantrag seitens des Mitgliedstaates innerhalb von 15 Arbeitstagen gestellt werden muss, nachdem ihm der Zusammenschluss „zur Kenntnis gebracht worden ist“, dürfte das Problem einer Ex-post-Prüfung indes kaum mindern. Denn eine Kenntnis in diesem Sinne soll auch bedeuten, „dass ausreichende Informationen vorliegen, um zu prüfen, ob die Voraussetzungen für einen Verweisungsantrag nach Artikel 22 vorliegen.“²⁰⁸ Die Unternehmen könnten die nationalen Wettbewerbsbehörden dann allenfalls vorab umfassend über das Zusammenschlussvorhaben informieren, um möglichst große Rechtssicherheit über die Wahrscheinlichkeit einer Verweisung zu erlangen.²⁰⁹

238. Eine höhere Rechtsunsicherheit führt in der Regel zu weniger Unternehmenszusammenschlüssen.²¹⁰ Die Mehrheit aller Unternehmenszusammenschlüsse ist jedoch wettbewerblich unbedenklich und ermöglicht Effizienzgewinne.²¹¹ Können Unternehmen sich nicht mehr darauf verlassen, dass ein Zusammenschluss kontrollfrei bleibt, er also weder bei der Europäischen Kommission noch in einem Mitgliedstaat anmeldepflichtig ist, hat dies möglicherweise zur Folge, dass Zusammenschlussvorhaben, die zu Effizienzvorteilen führen würden, nicht realisiert werden.

239. Fraglich ist zudem, ob die neue Anwendungspraxis der Europäischen Kommission mit den Vorgaben des Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 vereinbar ist. Zwar verlangt der Wortlaut dieser Vorschrift nicht, dass das betreffende Zusammenschlussvorhaben in einem Mitgliedstaat anmeldepflichtig ist. Insofern sollte die Vorschrift ursprünglich allerdings dazu dienen, dass die Europäische Kommission die Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens stellvertretend für diejenigen Mitgliedstaaten übernimmt, die über keine eigene Fusionskontrolle verfügen.²¹² Dass die Europäische Kommission die Möglichkeit der Verweisung nunmehr nutzt, um Fälle zu prüfen, die den – tatsächlich existierenden – Fusionskontrollregimen der Mitgliedstaaten alleine deshalb nicht unterliegen, weil sie die nationalen Anmeldeschwellen nicht überschreiten, ist mit der Entstehungsgeschichte des Art. 22 Ver-

²⁰⁴ EU-Kommission, Leitfaden zur Anwendung des Verweisungssystems, a. a. O., vgl. Fn. 179, Tz. 3, 18, 21.

²⁰⁵ Ebenda, vgl. Fn. 179, Tz. 21.

²⁰⁶ Ebenda, vgl. Fn. 179, Tz. 21.

²⁰⁷ Ebenda, vgl. Fn. 179, Tz. 27.

²⁰⁸ EU-Kommission, Mitteilung der Kommission über die Verweisung von Fusionsfällen, a. a. O., vgl. Fn. 184, Tz. 50 mit Fn. 43.

²⁰⁹ Vgl. Schmidt, J. P./Steinvoth, T., Fusionskontrolluntersuchungen durch die EU-Kommission ohne Anmeldepflicht – neue Herausforderungen für die M&A-Transaktionspraxis, BB, 2021, S. 1666-1672, 1670; Völcker, S. B., Willkommen in der „Killzone“, a. a. O., vgl. Fn. 203, S. 263; von Schreitter, F./Urban, J., Große Fische, weites Netz?, a. a. O., vgl. Fn. 186, S. 680.

²¹⁰ Bonaime, A., Gulen, H., Ion, M., Does policy uncertainty affect mergers and acquisitions?, 2018, Journal of Financial Economics, 129(3), S. 531-558.

²¹¹ Crandall, R. W., Winston, C., Does antitrust policy improve consumer welfare?, Assessing the evidence, Journal of Economic Perspectives, 17(4), 2003, S. 3-26, S. 15 ff.

²¹² Dazu bereits Tz. 228.

ordnung (EG) 139/2004 nur schwer in Einklang zu bringen. Eine solche Zweckänderung der Vorschrift sollte aber nicht der Exekutive überlassen sein; die Entscheidung müsste vielmehr von dem Verordnungsgeber getroffen werden.²¹³

240. Ähnliche Erwägungen gelten mit Blick auf das Fusionskontrollrecht der Mitgliedstaaten. Es erscheint naheliegend, dass die nationalen Gesetzgeber mit der Festsetzung ihrer jeweiligen Anmeldeschwellen entschieden haben, dass nur diejenigen Zusammenschlussvorhaben fusionskontrollpflichtig sein sollen, welche diese Schwellen überschreiten. Wenn seitens der Wettbewerbsbehörden unerschwingliche Fälle zur Prüfung an die Europäische Kommission verwiesen werden, wird die gesetzgeberische Entscheidung zulasten der Unternehmen umgangen.²¹⁴ Da das oben beschriebene Zusammenschlussvorhaben Illumina/Grail in Deutschland nicht anmeldepflichtig war, hat das Bundeskartellamt aus Sicht der Monopolkommission in dem Fall zu Recht darauf verzichtet, sich der Verweisung nach Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 anzuschließen.²¹⁵

2.1.3 Anpassung der deutschen Transaktionswertschwelle vorzugswürdig

241. Zur Stärkung des fusionskontrollrechtlichen Verweisungssystems wäre eine Anpassung der deutschen Transaktionswertschwelle gegenüber der Lösung über eine Verweisung nach Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 vorzugswürdig. Denkbar erscheint zunächst die Einführung einer Transaktionswertschwelle neben den bestehenden Umsatzschwellen auf Unionsebene. Die Monopolkommission hat dies frühzeitig empfohlen.²¹⁶ Die Europäische Kommission hat sich im Rahmen ihrer jüngsten Evaluierung der EU-Fusionskontrolle allerdings dagegen ausgesprochen.²¹⁷ Sie begründet dies damit, dass der Transaktionswert zwar gewisse Rückschlüsse auf die wettbewerbliche Bedeutung eines Zusammenschlussvorhabens zulasse, aber nicht zwangsläufig in hinreichendem Maße mit ihr korreliere. Die Fallpraxis aus Deutschland und Österreich zeige, dass auf Basis einer Transaktionswertschwelle bisher keine zusätzlichen wettbewerblich bedenklichen Zusammenschlussvorhaben geprüft werden konnten, ins-

²¹³ Ähnlich Apel, K./Polley, R., „Gap cases“ in der formellen Fusionskontrolle der FKVO?, a. a. O., vgl. Fn. 186, S. 294 f.; Franck, J.-U./Monti, G./de Stree, A., Article 114 TFEU as a Legal Basis, a. a. O., vgl. Fn. 203, S. 28 f.; Neideck, P. O., Viele Fragezeichen bleiben, a. a. O., vgl. Fn. 186, S. 268 f.; von Schreitter, F./Urban, J., Große Fische, weites Netz?, a. a. O., vgl. Fn. 186, S. 681. Dagegen EU-Kommission, Leitfaden zur Anwendung des Verweisungssystems, a. a. O., vgl. Fn. 179, Tz. 11: „Für diese Änderung gegenüber der bisherigen Praxis müssen die einschlägigen Bestimmungen der Fusionskontrollverordnung nicht angepasst werden.“

²¹⁴ Vgl. Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2019/2020, BT-Drs. 19/30755 vom 16. Juni 2021, S. XII; Schmidt, J. P./Steinvoth, T., Fusionskontrolluntersuchungen durch die EU-Kommission ohne Anmeldepflicht, a. a. O., vgl. Fn. 209, S. 1671; Völcker, S. B., Willkommen in der „Killzone“, a. a. O., vgl. Fn. 203, S. 262; von Schreitter, F./Urban, J., Große Fische, weites Netz?, a. a. O., vgl. Fn. 186, S. 681.

²¹⁵ Auch in dem Fall Meta/Kustomer hat sich das Bundeskartellamt unter Verweis auf die zunächst klärungsbedürftige nationale Anmeldepflicht einer Verweisung an die Europäische Kommission nicht angeschlossen. Später hat das Bundeskartellamt festgestellt, dass das Zusammenschlussvorhaben nach der Transaktionswertschwelle (§§ 39, 35 Abs. 1a GWB) anmeldepflichtig ist; vgl. BKartA, B6-37/21, 9. Dezember 2021. Der Fall Meta/Kustomer wird zwar häufig im Zusammenhang mit der neuen Anwendungspraxis der Europäischen Kommission zu Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 genannt. Er unterscheidet sich von dem bereits beschriebenen Fall Illumina/Grail aber insofern, als die österreichische Wettbewerbsbehörde nach nationalem Recht für die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens zuständig war und den Fall infolgedessen an die Europäische Kommission verwies. Sowohl die Europäische Kommission als auch das Bundeskartellamt haben das Zusammenschlussvorhaben freigegeben, die Europäische Kommission nur mit Nebenstimmungen nach einer vertieften Prüfung (EU-Kommission, M.10262, 27. Januar 2022, Meta/Kustomer), die das Bundeskartellamt bei seiner Entscheidung berücksichtigt hat (BKartA, Freigabe der Übernahme von Kustomer durch Meta (ehemals Facebook), Pressemitteilung, 11. Februar 2022).

²¹⁶ Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Baden-Baden, 2015, Tz. 459 ff. Vgl. auch Monopolkommission, Stellungnahme vom 16. Dezember 2016 zur „Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control“ der Europäischen Kommission, insb. S. 25 ff., abrufbar unter https://ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2016-merger-control_en, Abruf am 28. Dezember 2021.

²¹⁷ Bereits in den Jahren 2016/2017 führte die Europäische Kommission eine Konsultation zu Verfahrens- und Zuständigkeitsaspekten der EU-Fusionskontrolle durch. Die Einführung einer Transaktionswertschwelle wurde in den damaligen Stellungnahmen größtenteils kritisch gesehen und von der Europäischen Kommission nicht weiterverfolgt; vgl. EU-Kommission, Summary of replies to the Public Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control, Jul 2017, S. 4 ff., abrufbar unter https://ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2016-merger-control_en, Abruf am 4. Januar 2022.

besondere nicht solche aus dem Digitalbereich.²¹⁸ Dagegen gestatte es der Ansatz über Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004, sich auf diejenigen Fälle zu konzentrieren, die auf Unionsebene geprüft werden sollten, und vermeide zusätzlichen bürokratischen Aufwand durch eine Erweiterung der Anmeldepflicht.²¹⁹

242. Die Argumente der Europäischen Kommission können nur teilweise überzeugen. Das Konzept der Transaktionswertschwelle ist grundsätzlich geeignet, das von der Europäischen Kommission in ihrem Leitfaden zur Anwendung des Verweisungssystems genannte Problem, auf das sie auch im Zusammenhang mit dem Fall Illumina/Grail Bezug nimmt, zu lösen. Die Transaktionswertschwelle ist namentlich für solche Fälle gedacht, in denen tendenziell weniger der Umsatz als vielmehr der Kaufpreis eines Unternehmens in der Lage ist, dessen wettbewerbliche Bedeutung widerzuspiegeln.²²⁰ Der Europäischen Kommission ist aber zuzugestehen, dass die „Verweisungslösung“ tatsächlich (noch) zielgenauer bzw. flexibler ist als die Transaktionswertschwelle.²²¹ So hat die deutsche Transaktionswertschwelle zwar in einigen Fällen eine Fusionskontrollpflicht ausgelöst; darunter waren bislang jedoch kaum wettbewerblich bedenkliche Zusammenschlüsse. Zudem war insbesondere der Fall Illumina/Grail weder nach der deutschen noch der österreichischen Transaktionswertschwelle anmeldepflichtig.²²² Umgekehrt hat die überschaubare Anzahl von Fällen, in denen das Bundeskartellamt ein aufgrund der Transaktionswertschwelle angemeldetes Zusammenschlussvorhaben oder zumindest eine entsprechende Anmeldepflicht geprüft hat, insgesamt keine großen Transaktions- bzw. Bürokratiekosten zur Folge.²²³ Zu berücksichtigen ist außerdem die Präventivwirkung der Fusionskontrolle: Bereits die Existenz einer Anmeldepflicht oberhalb bestimmter Schwellen, die durch die Einführung der Transaktionswertschwelle im deutschen Recht ergänzt wurden, dürfte dazu führen, dass Unternehmen wettbewerblich bedenkliche Zusammenschlussvorhaben vermehrt vor ihrer Anmeldung aufgeben. Auch wenn der Umfang einer solchen Präventivwirkung nur schwer zu quantifizieren ist, kann der bisherige Erfolg der Transaktionswertschwelle vor diesem Hintergrund lediglich bedingt anhand der angemeldeten und geprüften Zusammenschlussvorhaben beurteilt werden. Außerdem streitet für das Konzept der Transaktionswertschwelle im Vergleich zu der „Verweisungslösung“ der Europäischen Kommission, dass letztere größere Bedenken hinsichtlich der fehlenden Rechtssicherheit für die Unternehmen und der gesetzgeberischen Entscheidungen aufwirft.²²⁴

243. Das fusionskontrollrechtliche Verweisungssystem hat in der Vergangenheit dazu beigetragen, dass mehrere wettbewerblich bedeutende Zusammenschlussvorhaben – unter anderem aus dem Digital- sowie dem Pharmabereich – durch die Europäische Kommission geprüft wurden, obwohl dort jeweils keine originäre Anmeldepflicht bestanden hat.²²⁵ Da dieses System in dem Fall Illumina/Grail mangels einer Anmeldepflicht in einem Mitgliedstaat nicht gegriffen hat und die neue Anwendungspraxis der Europäischen Kommission, die auf eine nationale Fusions-

²¹⁸ EU-Kommission, Evaluation of EU merger control, a. a. O., vgl. Fn. 183, Tz. 122 ff., 134 ff.

²¹⁹ EU-Kommission, Fusionskontrolle: Kommission gibt Evaluierungsergebnisse und Folgemaßnahmen zu Zuständigkeits- und Verfahrensaspekten im Bereich der EU-Fusionskontrolle bekannt, Pressemitteilung, 26. März 2021, IP/21/1384.

²²⁰ BKartA/BWB, Leitfaden Transaktionswert-Schwellen für die Anmeldepflicht von Zusammenschlussvorhaben (§ 35 Abs. 1a GWB und § 9 Abs. 4 KartG), Januar 2020, aktualisiert Januar 2022, Tz. 81; Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., vgl. Fn. 216, Tz. 460. Zu den diesbezüglichen Äußerungen der Europäischen Kommission im Zusammenhang mit der Verweisung nach Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 vgl. bereits Tz. 231, 233.

²²¹ Dazu bereits Tz. 234.

²²² Zu dem Fall Meta/Kustomer vgl. bereits Fn. 215.

²²³ Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2019/2020, BT-Drs. 19/30755 vom 16. Juni 2021, S. 36 f.; Bundesregierung, Bericht gemäß § 18 Absatz 8 und § 43a des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 19/26136 vom 15. Januar 2021, S. 3 ff.

²²⁴ Dazu bereits Tz. 235 ff. Insoweit zustimmend Cukurov, D., Die „niederländische Klausel“ als Instrument zur Schließung von Durchsetzungslücken, NZKart, 2021, S. 606-611, 611; insgesamt kritischer gegenüber der Transaktionswertschwelle Apel, K./Polley, R., „Gap cases“ in der formellen Fusionskontrolle der FKVO?, a. a. O., vgl. Fn. 186, S. 308 f.

²²⁵ Vgl. EU-Kommission, Evaluation of EU merger control, a. a. O., vgl. Fn. 183, Tz. 114 ff.; Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, Abschlussbericht, 9. September 2019, Berlin, S. 67.

kontrollpflicht verzichtet, aus den genannten Gründen abzulehnen ist, stellte sich aber die Frage, wie die deutsche Transaktionswertschwelle gestärkt werden kann, um solche Schutzlücken zu minimieren.²²⁶

244. Eine Anmeldepflicht nach der Transaktionswertschwelle des § 35 Abs. 1a GWB setzt voraus, dass (1) die beteiligten Unternehmen insgesamt weltweit Umsatzerlöse von mehr als EUR 500 Mio. erzielt haben, (2) ein beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als EUR 50 Mio. erzielt hat und weder das zu erwerbende Unternehmen noch ein anderes beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von jeweils mehr als EUR 17,5 Mio. erzielt haben, (3) der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss mehr als EUR 400 Mio. beträgt und (4) das zu erwerbende Unternehmen in erheblichem Umfang im Inland tätig ist. Potenzial für eine Anpassung bietet insbesondere das Kriterium der Inlandstätigkeit gemäß § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB, das eine aktuelle Tätigkeit des Zielunternehmens in Deutschland verlangt. Die Anmeldepflicht des Zusammenschlussvorhabens Illumina/Grail beim Bundeskartellamt scheiterte daran, dass sich die Tätigkeiten von Grail bislang auf die USA beschränkt haben. An die Spürbarkeit der Inlandstätigkeit selbst werden keine hohen Anforderungen gestellt. Zwar muss die Tätigkeit von erheblichem Umfang sein; ausgeschlossen werden sollen dadurch aber vor allem marginale Tätigkeiten, die bereits dem – geringen oder fehlenden – inländischen Umsatz des Unternehmens entsprechen. Im Übrigen ist eine Marktbezogenheit der Tätigkeit erforderlich, wobei etwa die Durchführung von Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten im Inland als ausreichend gelten.²²⁷

245. Der Gesetzentwurf der 9. GWB-Novelle begründet das Erfordernis einer aktuellen Inlandstätigkeit damit, dass mit Blick auf die völkerrechtlich notwendigen Inlandsauswirkungen keine im Vergleich zur Rechtslage vor Einführung der zweiten Inlandsumsatzschwelle im Jahr 2009 verschlechterte Situation geschaffen werde.²²⁸ Der Referentenentwurf der 9. GWB-Novelle hatte dagegen eine künftige Inlandstätigkeit noch für ausreichend gehalten. Demnach würde es genügen, wenn das zu erwerbende Unternehmen innerhalb des allgemeinen fusionskontrollrechtlichen Prognosezeitraums von in der Regel drei bis fünf Jahren voraussichtlich in Deutschland tätig werden soll.²²⁹ Die Monopolkommission hatte sogar vorgeschlagen, vollständig auf ein eigenständiges Kriterium der Inlandstätigkeit zu verzichten. Ihrer Ansicht nach ist ein ausreichender Bezug zu Inlandsfällen aufgrund der ersten Inlandsumsatzschwelle in Höhe von mittlerweile EUR 50 Mio. (§ 35 Abs. 1a Nr. 2 lit. a GWB) und des allgemeinen kartellrechtlichen Auswirkungsprinzips (§ 185 Abs. 2 GWB) gewährleistet.²³⁰ Dass infolge des Verzichts auf eine Inlandstätigkeit des zu erwerbenden Unternehmens für den begrenzten Anwendungsbereich der Transaktionswertschwelle mit Blick auf die Inlandsauswirkungen eine Situation wie vor Einführung der zweiten Inlandsumsatzschwelle im Jahr 2009 entstehen würde, hatte die Monopolkommission akzeptiert. Sie hatte dennoch festgestellt, dass auch die ursprünglich im Referentenentwurf gewählte Formulierung, die sowohl eine aktuelle als auch eine voraussichtliche künftige Inlandstätigkeit berücksichtigt („*im Inland tätig ist oder voraussichtlich tätig werden wird*“), bereits sehr weit gefasst ist.²³¹

246. Dies erscheint auch sachgerecht. Die Transaktionswertschwelle soll insbesondere solche Zusammenschlüsse erfassen, bei denen sich die jeweiligen unternehmerischen Tätigkeiten oder Märkte noch im Entstehen befinden.

²²⁶ Die Ausführungen zu der deutschen Transaktionswertschwelle dürften für die österreichische Transaktionswertschwelle (§ 9 Abs. 4 KartG) größtenteils entsprechend gelten. Die Monopolkommission beschränkt sich hingegen auf Ausführungen zum deutschen Recht.

²²⁷ Vgl. Bundesregierung, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 18/10207 vom 7. November 2016, S. 75 f.

²²⁸ Ebenda, vgl. Fn. 227, S. 74. Vor der Einführung der zweiten Inlandsumsatzschwelle war ein Zusammenschlussvorhaben unter Umständen bereits dann anmeldepflichtig, wenn ein beteiligtes Unternehmen Umsätze in Deutschland erzielte; seit der Gesetzesänderung werden inländische Umsätze von mindestens zwei Unternehmen benötigt, § 35 Abs. 1 GWB.

²²⁹ BMWi, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (9. GWB-ÄndG), Bearbeitungsstand: 01.07.2016, 11:25 Uhr, S. 77.

²³⁰ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, Wettbewerb 2016, Baden-Baden, 2016, Tz. 19; Sondergutachten 68, a. a. O., vgl. Fn. 216, Tz. 461.

²³¹ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 230, Tz. 19.

Das Erfordernis einer (aktuellen) Inlandstätigkeit des zu erwerbenden Unternehmens kann den Anwendungsbereich der Transaktionswertschwelle zu stark einschränken, falls im Rahmen der fusionskontrollrechtlichen Prognoseentscheidung trotz einer fehlenden Inlandstätigkeit mit negativen Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb in Deutschland zu rechnen ist. Insofern wäre bei der Transaktionswertschwelle ein schwächerer Inlandsbezug hinzunehmen. Ob ein Zusammenschluss spürbare Auswirkungen im Inland im Sinne des § 185 Abs. 2 GWB hat, wäre bei einem vollständigen Verzicht auf das Kriterium der Inlandstätigkeit dann anhand sämtlicher Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Dies hätte zwar eine größere Rechtsunsicherheit für die Unternehmen zur Folge,²³² erscheint aber im Vergleich zu den entsprechenden Bedenken, welche die neue Anwendungspraxis der Europäischen Kommission zu Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 aufwirft,²³³ vertretbar. Im Übrigen ist eine aufwändigere Prüfung der Anmeldepflicht dem deutschen Fusionskontrollrecht ohnehin nicht unbekannt. Sie kann insbesondere bei Auslandszusammenschlüssen, bei denen die umsatzbasierten Anmeldeschwellen des § 35 Abs. 1 GWB überschritten werden, sowie bei der Anwendung der Transaktionswertschwelle, etwa bereits hinsichtlich des Kriteriums der Inlandstätigkeit, erforderlich sein. Das Bundeskartellamt hat dazu jeweils Leitlinien veröffentlicht.²³⁴

2.1.4 Auf Verweisungen nicht anmeldepflichtiger Zusammenschlussvorhaben verzichten, Anwendungsbereich der deutschen Transaktionswertschwelle erweitern und Transaktionswertschwelle auf Unionsebene sowie in den übrigen Mitgliedstaaten einführen

247. Die geänderte Anwendungspraxis der Europäischen Kommission zu Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 ist kritikwürdig. Sie führt zu Rechtsunsicherheit für die Unternehmen, bedeutet eine Zweckänderung der Vorschrift, über die der europäische Verordnungsgeber entscheiden müsste, und stellt die Anmeldeschwellen der nationalen Fusionskontrollregime infrage. Die Europäische Kommission sollte deshalb darauf verzichten, solche Verweisungen von Zusammenschlussvorhaben seitens der Mitgliedstaaten zu fördern und anzunehmen, die nicht der nationalen Anmeldepflicht unterliegen. Demgegenüber vorzugswürdig wäre aus Sicht der Monopolkommission die Einführung einer Transaktionswertschwelle auf Unionsebene. Daneben sollte zur Schließung von fusionskontrollrechtlichen Schutzlücken das Verweisungssystem der Verordnung (EG) 139/2004 gestärkt werden. Die Monopolkommission empfiehlt hierzu eine Ausweitung des Anwendungsbereichs der deutschen Transaktionswertschwelle, indem das Kriterium der Inlandstätigkeit in § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB gestrichen oder jedenfalls zunächst dergestalt angepasst wird, dass auch eine voraussichtliche künftige Inlandstätigkeit des zu erwerbenden Unternehmens eine Anmeldepflicht auslösen kann. Dies erscheint entsprechend für die österreichische Transaktionswertschwelle (§ 9 Abs. 4 Nr. 4 KartG) ebenso sinnvoll wie die Einführung einer Transaktionswertschwelle in den übrigen Mitgliedstaaten.

2.2 Zuständigkeit für die kartellrechtliche Beurteilung von regionalen Kooperationen im Rahmen der fusionskontrollrechtlichen Prüfung von Zusammenschlussvorhaben

248. Im Berichtszeitraum gab es zwei Fälle, in denen das Bundeskartellamt im Fusionskontrollverfahren bereits bestehende Kooperationen der beteiligten Unternehmen zu berücksichtigen hatte. In einem Fall geht es um ein Zusammenschlussvorhaben von zwei Zeitungen in Thüringen, der untersagt wurde,²³⁵ in dem anderen Fall um ein Zusammenschlussvorhaben von zwei Kliniken in Flensburg, das im Hauptprüfverfahren freigegeben wurde.²³⁶ Die

²³² Zur Einführung der zweiten Inlandsumsatzschwelle vgl. Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen, Baden-Baden, 2010, Tz. 473.

²³³ Dazu bereits Tz. 235 ff.

²³⁴ BKartA/BWB, Leitfaden Transaktionswert-Schwellen, a. a. O., vgl. Fn. 220; BKartA, Merkblatt Inlandsauswirkungen in der Fusionskontrolle, 30. September 2014.

²³⁵ BKartA, V-36/20, a. a. O., vgl. Fn. 75.

²³⁶ BKartA, B3-33/20, 30. Juli 2020, Malteser Norddeutschland/Evangelisch-lutherische Diakonissenanstalt zu Flensburg.

bestehenden Kooperationen waren, soweit hier relevant, allein nach dem Kartellverbot und nicht nach dem Fusionskontrollrecht zu beurteilen. Da es sich um regionale Kooperationen handelte, stellt sich die Frage, ob eine kartellrechtliche Bewertung der Kooperationen im Fusionskontrollverfahren durch das Bundeskartellamt zu erfolgen hat oder ob für diese Prüfung die Landeskartellbehörden zuständig sind. Aus Sicht der Monopolkommission obliegt diese Prüfung bereits nach aktuellem Recht dem Bundeskartellamt. Klarstellend sollte das Gesetz um eine entsprechende Annexkompetenz für das Bundeskartellamt ergänzt werden.

2.2.1 Überblick über die Rechtslage zur kartellbehördlichen Zuständigkeitsverteilung und die Anwendungspraxis des Bundeskartellamtes

249. Hintergrund für die Frage nach der Berücksichtigung der bestehenden Kooperationen durch das Bundeskartellamt ist der Umstand, dass die fusionskontrollrechtliche Beurteilung auch davon abhängig ist, ob und inwiefern der Wettbewerb durch einen Zusammenschluss überhaupt noch eingeschränkt werden kann. Kooperieren die beteiligten Unternehmen vor einem geplanten Zusammenschluss bereits miteinander oder mit Dritten, ist dies als Teil der Wettbewerbsbedingungen vor dem Zusammenschluss zu berücksichtigen. Dies gilt auch dann, wenn die Kooperationen keinen Zusammenschlusstatbestand im Sinne des § 37 Abs. 1 GWB verwirklichen, sondern ausschließlich nach dem Kartellverbot aus § 1 GWB bzw. – sofern der zwischenstaatliche Handel betroffen ist – Art. 101 AEUV zu beurteilen sind. Voraussetzung ist nach der Rechtsprechung allerdings, dass die bestehenden Kooperationen kartellrechtskonform sind; kartellrechtswidrige Kooperationen bleiben dagegen unberücksichtigt.²³⁷

250. Die Kooperationen, die in den Fällen Thüringer Zeitungen und Flensburger Kliniken zwischen den beteiligten Unternehmen sowie teilweise zwischen diesen und dritten Unternehmen bestanden haben, verwirklichten größtenteils keinen Zusammenschlusstatbestand und unterlagen insoweit allein dem Kartellverbot aus § 1 GWB. Da es sich bei den Fällen Thüringer Zeitungen und Flensburger Kliniken um regionale Sachverhalte handelte, deren Wirkungen nicht über das Gebiet der Bundesländer Thüringen bzw. Schleswig-Holstein hinausreichten, wäre für eine kartellrechtliche Prüfung der bestehenden Kooperationen im Verwaltungsverfahren gemäß § 48 Abs. 2 GWB originär die jeweilige Landeskartellbehörde zuständig.²³⁸ § 50 Abs. 1 GWB, wonach das Bundeskartellamt abweichend von § 48 Abs. 2 GWB die für die Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV zuständige Wettbewerbsbehörde ist, steht dem nicht grundsätzlich entgegen. Bei lediglich regionalen Auswirkungen auf den Wettbewerb ist der zwischenstaatliche Handel in der Regel nicht betroffen, sodass lediglich das deutsche, nicht aber das unionsrechtliche Kartellverbot gilt. Die Zuständigkeit für die Fusionskontrolle liegt nach deutschem Recht, d. h. außerhalb des Anwendungsbereichs der Fusionskontrollverordnung (EG) 139/2004, dagegen ausschließlich beim Bundeskartellamt, vgl. §§ 36 Abs. 1, 40 GWB. Daher könnte von einem Auseinanderfallen der Zuständigkeiten von Bundeskartellamt und Landeskartellbehörde ausgegangen werden.

251. § 49 Abs. 3 und 4 GWB sieht ein ausnahmsweises Abweichen von der originären Zuständigkeitsverteilung des § 48 Abs. 2 GWB vor. Nach § 49 Abs. 3 Satz 1 GWB kann eine Sache durch die Landeskartellbehörde auf Antrag des Bundeskartellamtes abgegeben werden, wenn dies aufgrund der Umstände der Sache angezeigt ist. Infolge der Abgabe ist nunmehr das Bundeskartellamt die zuständige Kartellbehörde, § 49 Abs. 3 Satz 2 GWB. § 49 Abs. 4 GWB betrifft den umgekehrten Fall der Abgabe einer Sache an eine Landeskartellbehörde durch das Bundeskartellamt. In beiden Fällen kann eine Abgabe auch vorsorglich erfolgen, sofern nicht zweifelsfrei feststeht, welche die zuständige Behörde ist.²³⁹ Die Entscheidung über eine Abgabe steht im Ermessen der jeweils originär zuständigen Kartellbehörde. In dem Fall Thüringer Zeitungen hatte die Landeskartellbehörde die kartellrechtliche Prüfung der

²³⁷ Vgl. BGH, KVR 15/11, 19. Juni 2012, Haller Tagblatt, Rz. 24 ff. (zit. nach Juris).

²³⁸ Die Zuständigkeitsverteilung im Verwaltungsverfahren gilt gemäß § 82 Abs. 1 Nr. 3 GWB auch im Bußgeldverfahren.

²³⁹ Schneider, H.-H., in: Bunte, Kartellrecht, Bd. 1: GWB, 14. Aufl., Köln, 2022, § 49 Tz. 9; Stockmann, K., in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB, 6. Aufl., München, 2020, § 49 Tz. 12.

bestehenden Kooperationen antragsgemäß an das Bundeskartellamt abgegeben.²⁴⁰ Die Prüfung des Bundeskartellamtes ergab, dass die Kooperationen, soweit sie die redaktionelle Zusammenarbeit zum Gegenstand hatten, kartellrechtswidrig waren. Daher wurden sie bei der fusionskontrollrechtlichen Beurteilung außer Acht gelassen.²⁴¹

252. Das Bundeskartellamt hat häufig und in unterschiedlichen Konstellationen – teilweise rein vorsorglich – die Abgabe einer Sache bei der jeweiligen Landeskartellbehörde beantragt. Dabei ist es bislang soweit ersichtlich nicht zu Problemen gekommen. Auch in dem Fall Berliner Wasserpreise wurde die Sache antragsgemäß an das Bundeskartellamt abgegeben. Dort hatte das Bundeskartellamt bei der Kartellbehörde des Landes Berlin die Abgabe der Zuständigkeit für die missbrauchsrechtliche Überprüfung der Berliner Trinkwasserpreise mit der Begründung beantragt, „*dass die Berliner Senatsverwaltung gleichfalls für die Genehmigung der Berliner Trinkwassertarife zuständig sei und sich daraus ein innerhalb des Stadtstaates Berlin nicht lösbarer Interessenkonflikt ergebe.*“²⁴² Dieser Fall verdeutlicht, dass im Einzelfall auch landespolitische Interessenkonflikte bei der kartellrechtlichen Prüfung eine Rolle spielen können. Es scheint deshalb theoretisch nicht ausgeschlossen, dass der Antrag auf Abgabe einer Sache an das Bundeskartellamt von einer Landeskartellbehörde aus sachfremden Erwägungen abgelehnt wird.

253. Auch in dem Fall Flensburger Kliniken bestand ein politisches Interesse an der Kooperation der an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen. Deren – zum Teil möglicherweise kartellrechtlich problematischen – Absprachen wurden von der zuständigen Krankenhausplanungsbehörde des Bundeslandes Schleswig-Holstein über einen längeren Zeitraum gefordert und gefördert.²⁴³ In dem Fall Flensburger Kliniken hatte das Bundeskartellamt bei der Landeskartellbehörde nicht eine Abgabe der Sache beantragt. Das Bundeskartellamt hatte aber verschiedene Kooperationen vor der eigentlichen Anmeldung des Zusammenschlussvorhabens informell geprüft und den Unternehmen geraten, einige Kooperationen anzupassen oder zu beenden.²⁴⁴ Diesem Hinweis des Bundeskartellamtes sind die Unternehmen ganz überwiegend gefolgt. Ihre Zusammenarbeit als „Medizinischer Klinik-Verbund Flensburg“ hat das Bundeskartellamt seiner fusionskontrollrechtlichen Prüfung dagegen als kartellrechtskonform mit dem Hinweis zugrunde gelegt, sie sei von der zuständigen Landeskartellbehörde nicht beanstandet worden.²⁴⁵ Es erscheint allerdings zweifelhaft, ob aus dem Umstand, dass die Landeskartellbehörde das in Rede stehende Verhalten nicht beanstandet hat, gefolgert werden kann, es sei aus ihrer Sicht mit dem Kartellverbot vereinbar. Denn die Frage, ob ein bestimmtes Verhalten kartellbehördlich aufgegriffen wird, ist Gegenstand der behördlichen Ermessensausübung.²⁴⁶

2.2.2 Zuständigkeit des Bundeskartellamtes für die kartellrechtliche Prüfung regionaler Kooperationen im Fusionskontrollverfahren bereits nach aktuellem Recht begründbar

254. Die Ausführungen verdeutlichen, dass ein etwaiges Auseinanderfallen der Zuständigkeiten von Bundeskartellamt und Landeskartellbehörde für die kartellrechtliche Beurteilung von bestehenden Kooperationen im Fusionskontrollverfahren im Einzelfall problematisch sein kann. Fraglich ist aber, ob sich die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes für die Fusionskontrolle nicht ohnehin bereits auf die kartellrechtliche Beurteilung von regionalen Kooperationen erstreckt, wenn und soweit dies für die Prüfung eines Zusammenschlusses erforderlich ist.

255. Für eine Zuständigkeit der Landeskartellbehörde spricht die Tatsache, dass es sich bei der Beurteilung der Kooperationen – isoliert betrachtet – um eine Prüfung anhand des Kartellverbots handelt, für die nach § 48 Abs. 2

²⁴⁰ BKartA, V-36/20, a. a. O., vgl. Fn. 75, Tz. 49.

²⁴¹ Ebenda, vgl. Fn. 75, Tz. 127 ff. Für die verlagswirtschaftliche Zusammenarbeit gilt seit der 9. GWB-Novelle eine weitreichende Ausnahme von dem Kartellverbot aus § 1 GWB; kritisch Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 230, Tz. 29 ff.

²⁴² BKartA, B8-40/10, 4. Juni 2012, Berliner Wasserpreise, Tz. 9.

²⁴³ BKartA, B3-33/20, a. a. O., vgl. Fn. 236, Tz. 65 ff., 308.

²⁴⁴ Ebenda, vgl. Fn. 236, Tz. 140.

²⁴⁵ Ebenda, vgl. Fn. 236, Tz. 308.

²⁴⁶ BGH, KZR 88/20, 21. September 2021, Trassenentgelte II, ECLI:DE:BGH:2021:210921UKZR88.20.0, Rz. 41 (zit. nach Juris).

GWB die Landeskartellbehörde zuständig ist, wenn die Wirkungen des Verhaltens nicht über das Gebiet eines Bundeslandes hinausreichen.²⁴⁷ Dagegen spricht allerdings entscheidend, dass bei der kartellrechtlichen Beurteilung der bestehenden Kooperationen eine inzidente Prüfung im Rahmen der Fusionskontrolle stattfindet. Die Frage nach der (Un-) Zulässigkeit der Kooperationen ist eine Vorfrage für die Entscheidung über das angemeldete Zusammenschlussvorhaben, die Beurteilung der Wettbewerbsbedingungen vor dem Zusammenschluss mithin Bestandteil des Fusionskontrollverfahrens. Damit zielt die kartellrechtliche Prüfung letztlich ebenfalls auf eine Untersagung oder (bedingte) Freigabe des angemeldeten Zusammenschlussvorhabens gemäß den §§ 36 Abs. 1, 40 GWB und nicht etwa auf eine kartellbehördliche Verfügung gemäß den §§ 32 ff. GWB.²⁴⁸ Von einer Zuständigkeit des Bundeskartellamtes scheint auch der BGH auszugehen. Denn seiner Feststellung in der Entscheidung Halber Tagblatt, dass (ausschließlich) kartellrechtskonforme Kooperationen als Teil der Wettbewerbsbedingungen vor dem Zusammenschluss im Fusionskontrollverfahren berücksichtigt werden,²⁴⁹ lag ein Sachverhalt mit regionalen Kooperationen zugrunde. Könnte das Bundeskartellamt die bestehenden Kooperationen nicht kartellrechtlich bewerten, würde sich nach hier vertretener Auffassung²⁵⁰ zudem die Frage nach dem Fortgang des – engen Fristen unterliegenden – Fusionskontrollverfahrens stellen, falls die Landeskartellbehörde die Prüfung weder selbst vornehmen noch die Sache an das Bundeskartellamt abgeben sollte.²⁵¹

256. Es kann auch nicht eingewandt werden, dass eine kartellrechtliche Beurteilung der Kooperationen durch das Bundeskartellamt in einem Fusionskontrollverfahren einem eigenständigen Verwaltungs- oder Bußgeldverfahren der Landeskartellbehörde entgegenstehe. Sofern die Landeskartellbehörde die betreffenden regionalen Kooperationen zum Gegenstand eines solchen Verfahrens macht, ergibt sich ihre Zuständigkeit hierfür ohne Weiteres aus § 48 Abs. 2 GWB bzw. § 82 Abs. 1 Nr. 3 GWB. Eine Bindungswirkung entfaltet die inzidente kartellrechtliche Beurteilung der Kooperationen durch das Bundeskartellamt für die Landeskartellbehörde nicht. Wegen der weitgehend fehlenden Wirkungen seiner kartellrechtlichen Beurteilung über das Fusionskontrollverfahren hinaus ist es sogar denkbar, dass das Bundeskartellamt zu einem Ergebnis gelangen kann, das von der bereits getroffenen Einschätzung einer Landeskartellbehörde abweicht.²⁵² Umgekehrt kann sich das Bundeskartellamt bei seiner kartellrechtlichen Beurteilung einer Kooperation im Fusionskontrollverfahren aber auch auf die kartellrechtliche Prüfung durch eine Landeskartellbehörde berufen.²⁵³

257. Eine Zuständigkeit des Bundeskartellamtes für die kartellrechtliche Beurteilung bestehender Kooperationen im Rahmen der Fusionskontrolle ist ferner nicht etwa deshalb abzulehnen, weil es dem Bundeskartellamt an den entsprechenden Ermittlungsbefugnissen fehlen würde. Zwar zählen Informationen zu etwaig relevanten Kooperationen zwischen den Zusammenschlussparteien oder zwischen diesen und Dritten weder zu den Pflichtangaben einer Fusionskontrollanmeldung im Sinne des § 39 Abs. 3 GWB, noch können sie Gegenstand des vereinfachten Auskunftsrechts des Bundeskartellamtes nach § 39 Abs. 5 GWB sein. Allerdings verfügt das Bundeskartellamt mit Blick auf die Beurteilung der Kooperationen über die allgemeinen Ermittlungsbefugnisse aus den §§ 57 ff. GWB,

²⁴⁷ Dazu bereits Tz. 250.

²⁴⁸ Die vorliegende Konstellation der kartellrechtlichen Beurteilung bestehender Kooperationen als Teil der Wettbewerbsbedingungen vor einem Zusammenschluss ist abzugrenzen von dem Fall, dass ein Zusammenschluss ausnahmsweise selbst anhand des Kartellverbots geprüft und unter Umständen gemäß § 32 GWB untersagt wird. Hier ist anerkannt, dass das Bundeskartellamt für die fusionskontrollrechtliche und die Landeskartellbehörde für die kartellrechtliche Prüfung zuständig sein können, wenn die Wirkungen des Zusammenschlusses nicht über das Gebiet eines Landes hinausreichen; vgl. BGH, KVR 7/80, 22. Juni 1981, Transportbeton Sauerland, Rz. 28 (zit. nach Juris).

²⁴⁹ Dazu bereits Tz. 249 mit Fn. 237.

²⁵⁰ Dazu bereits Tz. 253.

²⁵¹ Dazu bereits Tz. 252.

²⁵² Zu berücksichtigen ist allerdings die Bindungswirkung der kartellbehördlichen Entscheidung für Schadensersatzklagen gemäß § 33b GWB, die nicht nur den Tenor, sondern auch die tragenden Gründe der Entscheidung umfasst; vgl. BGH, KZR 24/14, 12. Juli 2016, Lottblock II, ECLI:DE:BGH:2016:120716UKZR25.14.0, Rz. 12.

²⁵³ Vgl. BKartA, B10-86/04, 28. Oktober 2004, G. Schneider & Söhne/Classen, Tz. 244, 251.

die auch im Fusionskontrollverfahren Anwendung finden. Soweit die Kooperationen deshalb als für die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens relevant erachtet werden, kann das Bundeskartellamt nach § 57 Abs. 1 GWB die erforderlichen Beweise erheben und mithin etwa gemäß § 59 GWB Auskünfte einholen. Das Auskunftsrecht des Bundeskartellamtes besteht nicht nur gegenüber den am Fusionskontrollverfahren beteiligten Unternehmen, sondern auch gegenüber Dritten.²⁵⁴

2.2.3 Zuständigkeit des Bundeskartellamtes für die kartellrechtliche Prüfung regionaler Kooperationen im Fusionskontrollverfahren gesetzlich regeln

258. Kooperieren die beteiligten Unternehmen vor einem geplanten Zusammenschluss bereits miteinander oder mit Dritten und ist die betreffende Kooperation mit dem Kartellverbot vereinbar, ist sie nach dem Vorstehenden als Teil der Wettbewerbsbedingungen vor dem Zusammenschluss in der Fusionskontrolle zu berücksichtigen. Handelt es sich um eine Kooperation mit lediglich regionalen Wirkungen, erscheint zunächst fraglich, ob das Bundeskartellamt für ihre kartellrechtliche Beurteilung im Fusionskontrollverfahren zuständig ist. Die Möglichkeit der (vorsorglichen) Abgabe einer Sache an das Bundeskartellamt wird in der Praxis zwar genutzt, setzt aber ein Einvernehmen mit der Landeskartellbehörde voraus. Da es sich bei der Frage nach der Vereinbarkeit der Kooperation mit dem Kartellverbot um eine bloße Vorfrage für die fusionskontrollrechtliche Entscheidung über den Zusammenschluss handelt, dürfte die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes begründet sein. Das Bundeskartellamt sollte diese Prüfung daher übernehmen.

259. Die im Berichtszeitraum zu beobachtende tendenzielle Zurückhaltung des Bundeskartellamtes gegenüber der Übernahme der kartellrechtlichen Prüfung von bestehenden regionalen Kooperationen im Fusionskontrollverfahren erweckt allerdings den Eindruck, dass die derzeitige Rechtslage nicht hinreichend klar ist. Zur Erhöhung der Rechtssicherheit sollte aus Sicht der Monopolkommission deshalb eine entsprechende Annexkompetenz für das Bundeskartellamt im Gesetz ergänzt werden. Ein neuer § 48 Abs. 2a GWB könnte wie folgt lauten:

„Die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes für die Beurteilung von Zusammenschlüssen umfasst auch die Prüfung von kartellrechtlichen Verhaltensweisen, deren wettbewerbsbeschränkende oder diskriminierende Wirkungen nicht über das Gebiet eines Landes hinausreichen, soweit dies für die Beurteilung der Wettbewerbsbedingungen vor einem angemeldeten Zusammenschluss erforderlich ist.“

2.3 SIEC-Test im Fokus der Rechtsprechung

260. Seit dem Jahr 2004 ist der SIEC-Test²⁵⁵ gemäß Artikel 2 Abs. 2 das maßgebende Untersagungskriterium in der EU-Fusionskontrollverordnung 139/2004. Dieser sieht vor, dass Zusammenschlüsse für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären sind, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde. Ziel der Einführung des SIEC-Tests war eine Klarstellung hinsichtlich des Anwendungsbereichs der Fusionskontrolle.²⁵⁶ Bis dahin sah die Regelung vor, dass Zusammenschlüsse mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar sind, wenn eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird. Dies umfasste auch eine mögliche kollektive Marktbeherrschung, d. h. stillschweigende Koordinierung, in oligopolistischen Märkten. Eine solche ist gemäß EuGH wahrscheinlich, wenn die am Markt verbleibenden Unternehmen sich für eine stillschweigende Koordinierung hinreichend überwachen können, es eine Art Abschreckungsmechanismus zu Disziplinierung gibt und an der Koordinierung nicht beteiligte Marktakteure durch ihre Reaktionen den Effekt der Koordinierung nicht infrage stellen.²⁵⁷ Unklar war hingegen, ob eine Untersagung von

²⁵⁴ OLG Düsseldorf, Kart 19/01 (V), 27. April 2001, Rz. 5 (zit. nach Juris).

²⁵⁵ SIEC steht für „significant impediment to effective competition“.

²⁵⁶ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L 24 vom 29. Januar 2004, 1, Erwägungsgrund 25.

²⁵⁷ EuGH, C-413/06, 10. Juli 2008, Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala, ECLI:EU:C:2008:392, Rz. 123.

Zusammenschlüssen möglich gewesen wäre, wenn sog. unilaterale Effekte im Oligopol der erheblichen Behinderung des Wettbewerbs zugrunde liegen. In diesen Fällen geht die Wettbewerbsbehinderung durch den Zusammenschluss nicht auf die Begründung oder Verstärkung einer (kollektiven) marktbeherrschenden Stellung zurück. Die Horizontal-Leitlinien der Europäischen Kommission nennt als Beispiele unter anderem Fälle, in denen die Zusammenschlussparteien „nahe Wettbewerber“ sind oder in denen ein am Zusammenschluss beteiligtes Unternehmen eine „wichtige Wettbewerbskraft“ ist.²⁵⁸ Der SIEC-Test schließt diese potenzielle Regelungslücke. Das Kriterium der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung blieb als Regelbeispiel für eine Untersagung nach dem SIEC-Test erhalten. Der SIEC-Test wurde im Jahr 2013 mit der 8. GWB-Novelle auch in nationales Recht überführt (§ 36 Abs. 1 GWB). Ziel war es, „Unterschiede zwischen deutscher und europäischer Fusionskontrolle weiter zu verringern, um eine weitgehend gleichlaufende Beurteilung von Fusionsvorhaben auf deutscher und europäischer Ebene zu ermöglichen.“²⁵⁹ Obwohl die EU-Fusionskontrollverordnung seit 2004 in Kraft ist, gibt es bis heute keine abschließende Bewertung der Anforderungen für den Nachweis einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs (SIEC-Test) durch die nationalen und gemeinschaftsweiten Kartellgerichte.²⁶⁰

261. Auf Unionsebene ist im Mai 2020 ein Urteil des Gerichts der Europäischen Union (EuG) ergangen, das sich mit dem SIEC-Test auf Basis unilateraler Effekte befasst.²⁶¹ Die Rechtssache CK Telecoms betrifft ein „Vier zu Drei“-Zusammenschlussvorhaben im Bereich der Mobilfunkmärkte. Die Europäische Kommission hatte den Zusammenschluss untersagt, weil er den wirksamen Wettbewerb auf dem britischen Mobilfunkmarkt erheblich behindere, auch wenn keine marktbeherrschende Stellung entstehe.²⁶² Begründet wurde die Untersagung u. a. mit dem Argument, dass die Zusammenschlussparteien nahe Wettbewerber seien und es sich bei einem Unternehmen um eine wichtige Wettbewerbskraft handele.²⁶³ Das EuG erklärte die Untersagung des Zusammenschlusses zwischen den Mobilfunkbetreibern Telefónica UK und Hutchison 3G UK auf dem Mobilfunkmarkt in Großbritannien durch die Europäische Kommission für nichtig.²⁶⁴

262. Auf nationaler Ebene hat das OLG Düsseldorf in dem Fall XXXLutz eine auf Basis unilateraler Effekte mit Nebenbestimmungen erteilte Freigabeentscheidung des Bundeskartellamtes dahingehend geprüft, ob die Nebenbestimmungen dadurch zu rechtfertigen sind, dass es sich bei den Zusammenschlussparteien um nahe Wettbewerber handelt.²⁶⁵ Der Fall betrifft eine geplante Beteiligung der Mann Mobilia Beteiligungs GmbH, Würzburg (Teil der österreichischen XXXLutz-Gruppe), in Höhe von 50 Prozent an der tejo Möbel Management Holding GmbH & Co. KG, Goslar, sowie der Roller GmbH & Co. KG, Gelsenkirchen (Tessner-Gruppe).²⁶⁶ Alle Unternehmen sind im deutschen Möbeleinzelhandel tätig. Das Bundeskartellamt hatte das Zusammenschlussvorhaben der Parteien unter Nebenbestimmungen freigegeben.²⁶⁷ Das OLG Düsseldorf erklärte mit seinem Beschluss vom 9. März 2022 diese Nebenbestimmungen für rechtswidrig.²⁶⁸ Das Gericht verweist bei der Prüfung, ob im vorliegenden Fall eine erhebliche Behinderung des Wettbewerbs durch den Zusammenschluss nachgewiesen wurde, ausdrücklich auf das

²⁵⁸ EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, 2004/C 31/03, vom 5. Februar 2004, Tz. 28.

²⁵⁹ Regierungsentwurf zur Achten GWB-Novelle, BT-Drs. 17/9852 vom 31. Mai 2012, S. 1, 17.

²⁶⁰ OLG Düsseldorf, Kart 2/21 (V), 09. März 2022, ECLI:DE:OLGD:2022:0309.KART2.21V.00, Rz. 107.

²⁶¹ EuG, T-399/16, 28. Mai 2020, CK Telecoms UK Investments Ltd/Europäische Kommission, ECLI:EU:T:2020:217.

²⁶² EU-Kommission, C(2016) 2796, 11. Mai 2016, Hutchison 3G UK/Telefonica UK.

²⁶³ Ebenda, vgl. Fn. 262.

²⁶⁴ EuG, T-399/16, a. a. O., vgl. Fn. 261, Rz. 456.

²⁶⁵ OLG Düsseldorf, Kart 2/21 (V), 09. März 2022, a. a. O., vgl. Fn. 260.

²⁶⁶ BKartA, Freigabe der Fusion von XXXLutz mit der Tessner-Gruppe (Roller, tejo's, Schulenburg) nur unter Auflagen, Pressemitteilung, 26. November 2020.

²⁶⁷ BKartA, a. a. O., vgl. Fn. 266.

²⁶⁸ OLG Düsseldorf, Kart 2/21 (V), a. a. O., vgl. Fn. 260.

CK-Telecoms Urteil des EuG und die dortigen Erwägungen zum Begriff naher Wettbewerber.²⁶⁹ Zwar ist die EuG-Rechtsprechung nicht unmittelbar bindend für die deutsche Fusionskontrolle. Da es jedoch, wie bereits in Tz. 260 erwähnt, Ziel des deutschen Gesetzgebers war „eine weitgehend gleichlaufende Beurteilung von Fusionsvorhaben auf deutscher und europäischer Ebene zu ermöglichen“²⁷⁰, berücksichtigt das Gericht in seinen Erwägungen die Verordnung (EG) 139/2004, die Horizontal-Leitlinien sowie die Rechtsprechung auf Unionsebene.²⁷¹ Dies zeigt die hohe Relevanz des EuG-Urteils nicht nur für die europäische, sondern auch für die nationale Rechtsprechung.

263. Sowohl in dem Fall „CK Telecoms“ als auch in dem Fall „XXXLutz“ hat die jeweilige Wettbewerbsbehörde Rechtsmittel eingelegt. Die letztinstanzlichen Entscheidungen des EuGH bzw. des BGH stehen noch aus.

2.3.1 EuG formuliert hohe Anforderungen an das Beweismaß und die Erheblichkeitsschwelle

264. Das Urteil des EuG formuliert nicht nur fallspezifische, sondern auch allgemeine Grundsätze zur Reichweite des SIEC-Tests und stützt sich bei seiner Auslegung auf systematisch-teleologische Aspekte des Untersagungskriteriums in Art. 2 Abs. 3 Verordnung (EG) 139/2004. Nach dieser Vorschrift sind solche Zusammenschlüsse zu untersagen, durch die ein wirksamer Wettbewerb im Binnenmarkt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert werden würde, insbesondere durch die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.²⁷² Das Gericht führt aus, dass Art. 2 Abs. 3 Verordnung (EG) 139/2004 so auszulegen sei, dass die Europäische Kommission unter bestimmten Umständen auf oligopolistischen Märkten Zusammenschlüsse untersagen kann, die nicht eine Begründung oder Verstärkung einer individuellen oder kollektiven beherrschenden Stellung zur Folge haben.²⁷³ Es stellt jedoch hohe Anforderungen hinsichtlich der Beweisschwelle.

265. Im Hinblick auf das Beweismaß fordert das EuG, dass die Beweise und Indizien geeignet sein müssen, um mit „ernsthafter Wahrscheinlichkeit“ eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs nachzuweisen.²⁷⁴ Das Beweismaß der „ernsthaften Wahrscheinlichkeit“ sei strenger als das von der Europäischen Kommission im betreffenden Fall angewandte Beweismaß, gemäß dem eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs „eher wahrscheinlich als unwahrscheinlich“ sein muss. Es sei zugleich weniger streng als dasjenige des „Fehlens eines begründeten Zweifels“. Das EuG erhöht damit die Beweisschwelle im Vergleich zu den Anforderungen, die der EuGH in Verfahren aufgestellt hat, welche Fälle kollektiver Marktbeherrschung betrafen.²⁷⁵ In dem Fall Kommission / Tetra Laval hatte der EuGH erklärt, die Untersuchung eines Zusammenschlusses „erfordert es, sich die verschiedenen Ursache-Wirkungs-Ketten vor Augen zu führen und von denjenigen mit der größten Wahrscheinlichkeit auszugehen“.²⁷⁶ Das EuG betont zwar, dass sich die Beweisstandards für koordinierte und unilaterale Effekte nicht wesentlich voneinander unterscheiden.²⁷⁷ Mit zunehmender Komplexität einer Schadenstheorie sei es jedoch erforderlich, dass auch die Beweisanforderungen steigen.²⁷⁸ Die Untersuchung müsse mit besonderem Bedacht erfolgen, da es einer Prognose hinsichtlich der Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf die Marktver-

²⁶⁹ OLG Düsseldorf, Kart 2/21 (V), 9. März 2022, a. a. O., vgl. Fn. 260, Rz. 115.

²⁷⁰ Regierungsentwurf zur Achten GWB-Novelle, BT-Drs. 17/9852 vom 31. Mai 2012, S. 1, 17.

²⁷¹ OLG Düsseldorf, Kart 2/21 (V), 9. März 2022, a. a. O., vgl. Fn. 260, Rz. 107 ff.

²⁷² Verordnung (EG) Nr. 139/2004, a. a. O., vgl. Fn. 256, Art. 2 Abs. 3.

²⁷³ EU-Kommission, C(2016) 2796, a. a. O., vgl. Fn. 262, Rz. 90.

²⁷⁴ Ebenda, vgl. Fn. 262, Rz. 118.

²⁷⁵ EuGH, C-12/03 P, 15. Februar 2005, Kommission/Tetra Laval, Slg. 2005, I-987, Rz. 43; EuGH, C-413/06, 10. Juli 2008, Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala, ECLI:EU:C:2008:392, Rz. 47.

²⁷⁶ EuGH, C-12/03 P, a. a. O., vgl. Fn. 275, Rz. 43.

²⁷⁷ EuG, T-399/16, a. a. O., vgl. Fn. 261, Rz. 109.

²⁷⁸ Ebenda, vgl. Fn. 261, Rz. 111.

hältnisse bedürfe.²⁷⁹ Es bleibt abzuwarten, inwieweit diese Feststellungen durch den EuGH bestätigt werden. Bei einer Bestätigung wäre möglicherweise eine Anpassung der Anwendungspraxis notwendig.²⁸⁰

266. Auf nationaler Ebene hat sich das OLG Düsseldorf in dem bereits erwähnten Beschluss zum Fall „XXXLutz“ nicht zum Beweismaßstab geäußert. Es stellt mit Blick auf den betreffenden Fall lediglich fest, dass es unwahrscheinlich sei, dass die Zusammenschlussbeteiligten die Preise dauerhaft allgemein erhöhen.²⁸¹ Damit bleibt offen, ob es aus Sicht des OLG Düsseldorf ausreichend ist, wenn der Wettbewerb durch einen Zusammenschluss mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erheblich behindert wird. Bei Fällen, die auf Marktbeherrschung abstellten, hatte der BGH in der Vergangenheit bezüglich des Beweismaßstabs die Formulierung „*mit einiger Wahrscheinlichkeit*“ angewandt.²⁸²

267. Es kann außerdem festgehalten werden, dass selbst wenn der EuGH und/oder der BGH die Ansichten des EuG hinsichtlich des Beweismaßstabs bestätigen sollten, nicht klar ist, welche praktische Relevanz dieser strengere Beweismaßstab im Hinblick auf zukünftige Fusionskontrollverfahren hat. In keinem der beiden Fälle hat das jeweilige Gericht explizit festgestellt, dass eine Behinderung des Wettbewerbs mit überwiegender, aber nicht mit „ernsthafter Wahrscheinlichkeit“ vorliege.

268. Neben dem Beweismaßstab befasst sich das EuG mit der Erheblichkeitsschwelle und weist in diesem Zusammenhang auf die zentrale Bedeutung des Erwägungsgrundes 25 der Verordnung (EG) 139/2004 hin. Dort wird ausgeführt, dass der SIEC-Test über das bereits vor der Gesetzesänderung etablierte Marktbeherrschungskriterium hinaus einzig unilaterale Effekte auf oligopolistischen Märkten erfasst. Hieraus schließt das Gericht, dass ein Zusammenschluss bei Vorliegen unilateraler Effekte dann mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar ist, wenn das Ausmaß der Behinderung des Wettbewerbs mit demjenigen einer beherrschenden Stellung „vergleichbar“ ist.²⁸³ Die Vergleichbarkeit wird bejaht, wenn „*der aus dem Zusammenschluss hervorgehenden Einheit eine Macht verschafft wird, die es ihr gestattet, selbst die Wettbewerbsparameter zu bestimmen und insbesondere die Preise festzusetzen, statt sie zu akzeptieren*“.²⁸⁴ Mit Bezug auf den vorliegenden Fall bemängelt das EuG, dass die Europäische Kommission durch ihre Auslegung der aus den Horizontal-Leitlinien²⁸⁵ stammenden Begriffe „naher Wettbewerber“ und „wichtige Wettbewerbskraft“ die Anforderung an eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs so aufgeweicht habe, dass jeder Zusammenschluss in einem oligopolistischen Markt untersagt werden könne.²⁸⁶ Dies habe laut Gericht zur Folge, dass die erforderliche Beweisschwelle für den Nachweis einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs variieren würde, je nachdem, ob die Europäische Kommission die vorhersehbaren Auswirkungen eines Zusammenschlusses als unilateral oder als koordiniert einstuft.²⁸⁷

269. Das EuG benennt zwei grundlegende Kriterien, die nach Art. 2 Abs. 3 Verordnung (EG) 139/2004 in Verbindung mit dem Erwägungsgrund 25 der Verordnung (EG) 139/2004 kumulativ erfüllt sein müssen.²⁸⁸ Dies ist zum einen, dass „*der beträchtliche Wettbewerbsdruck beseitigt wird, den die fusionierenden Unternehmen aufeinander ausgeübt haben*“, und zum anderen, dass „*der Wettbewerbsdruck auf die verbleibenden Wettbewerber gemindert*

²⁷⁹ EuG, T-399/16, a. a. O., vgl. Fn. 261, Rz. 112 ff.

²⁸⁰ Zimmer, D., Erinnerungen an Airtours: Zum Urteil des EuG im Fall CK Telecoms UK/Kommission, WuW 2020, S. 354-357, 357.

²⁸¹ OLG Düsseldorf, Kart 2/21 (V), a. a. O., vgl. Fn. 260, Rz. 239 f.

²⁸² BGH, KVR 34/20, 12. Januar 2021, CTS Eventim/Four Artists, ECLI:DE:BGH:2021:120121BKVR34.20.0., Rz. 20: „*Nach ständiger Rechtsprechung wird eine marktbeherrschende Stellung verstärkt, wenn rechtliche oder tatsächliche Umstände dem marktbeherrschenden Unternehmen mit einiger Wahrscheinlichkeit eine günstigere Wettbewerbsposition verschaffen würden.*“

²⁸³ EuG, T-399/16, a. a. O., vgl. Fn. 261, Rz. 90.

²⁸⁴ Ebenda, vgl. Fn. 261, Rz. 90.

²⁸⁵ EU-Kommission, Leitlinien 2004/C 31/03, a. a. O., vgl. Fn. 258.

²⁸⁶ EuG, T-399/16, a. a. O., vgl. Fn. 261, Rz. 174, Rz. 249.

²⁸⁷ Ebenda, vgl. Fn. 261, Rz. 172.

²⁸⁸ Ebenda, vgl. Fn. 261, Rz. 96.

wird“.²⁸⁹ Das Gericht betont, dass es dementsprechend für den Nachweis einer erheblichen Behinderung des Wettbewerbs nicht ausreichend sei, die Auswirkung der Minderung des Wettbewerbsdrucks auf die verbleibenden Wettbewerber zu untersuchen.²⁹⁰

2.3.2 EuG spezifiziert Anforderungen an wichtige Wettbewerbskraft

270. Mit Bezug auf den vorliegenden Fall bemängelt das EuG, die erste auf dem Begriff „wichtige Wettbewerbskraft“ aufbauende Schadenstheorie der Europäischen Kommission konzentrierte sich einzig auf die Minderung des Wettbewerbsdrucks, der von den Zusammenschlussparteien auf die übrigen Wettbewerber ausgeübt wird. Damit verzichtete die Europäische Kommission auf einen Teil der kumulativ vorzunehmenden Prüfung, die auch den Nachweis erfordert, dass eine Beseitigung des beträchtlichen Wettbewerbsdrucks zwischen den Zusammenschlussparteien vorliegt.²⁹¹

271. In den Horizontal-Leitlinien der Europäischen Kommission wird eine wichtige Wettbewerbskraft eher vage definiert, als ein Unternehmen, dessen Einfluss auf den Wettbewerb größer ist als anhand von Marktanteilen oder anderer Messgrößen zu vermuten wäre.²⁹² Die Leitlinien benennen als Beispiele Unternehmen, die jüngst in den Markt eingetreten sind oder durch Innovationen Wettbewerbsdruck ausüben. Das EuG bemängelt mit Bezug auf den vorliegenden Fall, dass die Europäische Kommission davon ausgegangen sei, dass eine „*einfache Verringerung des Wettbewerbsdrucks, die sich insbesondere aus dem Verschwinden eines Unternehmens mit einem größeren Einfluss, als seine Marktanteile vermuten ließen, (...) für sich genommen zum Nachweis einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs hinreiche.*“²⁹³ Dadurch unterlasse die Europäische Kommission die Prüfung, „*ob der beträchtliche Wettbewerbsdruck, den die Parteien des Zusammenschlusses aufeinander ausüben, beseitigt wird, zugunsten einer Schadenstheorie, die allein auf der Minderung des Wettbewerbsdrucks auf die anderen Wettbewerber beruht.*“²⁹⁴ Das Gericht ist der Ansicht, dass der Nachweis, dass ein am Zusammenschluss beteiligtes Unternehmen eine wichtige Wettbewerbskraft ist, nur dann für sich genommen für eine Untersagung hinreiche, wenn dieses sich hinsichtlich der Auswirkungen auf den Wettbewerb von seinen Wettbewerbern unterscheidet.²⁹⁵ Es bedürfe einer einzigartigen Rolle, die unerlässlich ist, um einen wirksamen Wettbewerb zu erhalten.²⁹⁶

2.3.3 EuG und OLG Düsseldorf spezifizieren Näheverhältnis zwischen Wettbewerbern

272. Mit dem aus den Horizontal-Leitlinien stammenden Begriff des nahen Wettbewerbers befassen sich sowohl das EuG als auch das OLG Düsseldorf.²⁹⁷ Der Begriff umfasst Fälle, in denen die Zusammenschlussparteien am

²⁸⁹ EuG, T-399/16, a. a. O., vgl. Fn. 261, Rz. 96.

²⁹⁰ Ebenda, vgl. Fn. 261, Rz. 97.

²⁹¹ Ebenda, vgl. Fn. 261, Rz. 175; siehe hierzu noch die Ausführungen des EuG in Rz. 173: „*Der von der Kommission im angefochtenen Beschluss verfolgte Ansatz liefe nämlich in der Praxis darauf hinaus, drei Begriffe zu verwechseln, nämlich den Begriff ‚erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs‘, der das in Art. 2 Abs. 3 der Verordnung Nr. 139/2004 genannte rechtliche Kriterium ist, den Begriff ‚Beseitigung beträchtlichen Wettbewerbsdrucks‘ im Sinne des 25. Erwägungsgrundes dieser Verordnung sowie den im angefochtenen Beschluss verwendeten und aus den Leitlinien abgeleiteten Begriff des ‚Verschwindens einer wichtigen Wettbewerbskraft‘. Mit der Vermengung dieser Begriffe erweitert die Kommission den Anwendungsbereich von Art. 2 Abs. 3 der Verordnung Nr. 139/2004 erheblich, da jedes Verschwinden einer wichtigen Wettbewerbskraft der Beseitigung beträchtlichen Wettbewerbsdrucks gleichkäme, die ihrerseits den Schluss rechtfertigen würde, dass eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs vorliegt.*“

²⁹² EU-Kommission, Leitlinien 2004/C 31/03 a. a. O., vgl. Fn. 258, Tz. 37.

²⁹³ EuG, T-399/16, a. a. O., vgl. Fn. 261, Rz. 171.

²⁹⁴ Ebenda, vgl. Fn. 261, Rz. 175.

²⁹⁵ Ebenda, vgl. Fn. 261, Rz. 171, Rz. 174.

²⁹⁶ Ebenda, vgl. Fn. 261, Rz. 168.

²⁹⁷ Das EuG hat sich bereits in früheren Fällen mit dem Begriff „naher Wettbewerber“ befasst. In dem Fall Ryan Air/Aer Lingus stellt der EuGH fest, „*Somit tut die Klägerin nicht rechtlich hinreichend dar, dass die Kommission in Randnr. 431 der angefochtenen Ent-*

Markt nahe Substitute anbieten und daher aufeinander starken Wettbewerbsdruck ausüben.²⁹⁸ Gemäß Horizontal-Leitlinien ist es in solchen Fällen wahrscheinlicher, dass die Zusammenschlussparteien ihre Preise spürbar erhöhen werden.²⁹⁹ So könne „ein Zusammenschluss zwischen zwei Herstellern, deren Produkte für eine große Anzahl von Kunden die erste und die zweite Kaufwahl sind, zu spürbaren Preiserhöhungen führen.“³⁰⁰ Nachfolgend schränken die Horizontal-Leitlinien jedoch ein, dass eine geringere Wahrscheinlichkeit bestehe, „dass ein Zusammenschluss wirksamen Wettbewerb (...) erheblich behindert, wenn ein hohes Maß an Substituierbarkeit zwischen den Produkten der fusionierenden Unternehmen und den Produkten der Wettbewerber besteht.“³⁰¹

273. Beide Gerichte stellen in den jeweiligen Fällen fest, dass neben den Zusammenschlussparteien Konkurrenten existieren, die ebenfalls nahe Substitute anbieten. Das EuG resümiert in seinem Urteil, dass die vier auf dem Mobilfunkmarkt des Vereinigten Königreichs aktiven Mobilfunknetzbetreiber alle „mehr oder weniger“ nahe Wettbewerber seien.³⁰² Daher reiche die Feststellung nicht aus, dass es sich bei den Zusammenschlussparteien Telefónica UK und Hutchison 3G UK um nahe Wettbewerber handelt.³⁰³ Es sei nicht nachgewiesen worden, dass die beiden Unternehmen „nächste“ oder „besonders nahe“ Wettbewerber auf dem Markt seien, d. h. einander näher stehen als den übrigen Unternehmen.³⁰⁴

274. Das OLG Düsseldorf kommt bei der Prüfung des Falls „XXXLutz“ zu einem ähnlichen Ergebnis. In seinem Beschluss prüft es, ob es sich bei den Zusammenschlussparteien um nahe³⁰⁵ Wettbewerber handelt. Dafür muss nach Ansicht des Gerichtes eine Konstellation vorliegen, in der auf einem Gesamtmarkt mit differenzierten Produkten der Zusammenschluss zu einer Wettbewerbsbeseitigung zwischen den Anbietern enger Substitute führe, ohne dass entferntere Substitute anderer Anbieter hinreichend Wettbewerbsdruck ausüben.³⁰⁶ Dies würde dann Preiserhöhungen und andere einseitige Verhaltensweisen ermöglichen und könne auch Verhaltensspielräume für Wettbewerber zum Nachteil der Verbraucherinnen und Verbraucher eröffnen.³⁰⁷ Bei dieser Interpretation des § 36 Abs. 1 GWB beruft sich das OLG Düsseldorf explizit auf das Urteil des EuG in dem Fall CK-Telecoms, in dem festgestellt worden sei, dass es „auf einem konzentrierten Markt, dem vier Mobilfunknetzbetreiber angehörten, nicht aus[reichte], dass zwei Anbieter auf einem Teil der Segmente relativ nahe Wettbewerber sind, um die Beseitigung des beträchtlichen Wettbewerbsdrucks, den die Parteien des Zusammenschlusses aufeinander ausübten, nachzuweisen, und dies reichte auch nicht aus, um eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs darzutun“.³⁰⁸ Das Gericht stellt betreffend den vorliegenden Fall im Bereich des Möbeleinzelhandels fest, dass der Nachweis,

scheidung zu Unrecht zu dem Schluss gekommen ist, dass Aer Lingus und sie die ‚stärksten [bzw. nächsten] Konkurrenten‘ auf den betroffenen Strecken von Irland aus seien.“ EuG, T-342/07, 6. Juli 2010, Ryanair/Kommission, ECLI:EU:T:2010:280, Rz. 94.

²⁹⁸ EuG, T-399/16, a. a. O., vgl. Fn. 261, Rz. 238; Leitlinien 2004/C 31/03, a. a. O., vgl. Fn. 258, Tz. 28: „[können d]ie Produkte ... in dem relevanten Markt so differenziert sein ..., dass bestimmte Produkte nähere Substitute als andere sind ... Mit dem zunehmenden Maß an Substituierbarkeit zwischen den Produkten der fusionierenden Unternehmen wird es wahrscheinlicher, dass diese ihre Preise spürbar erhöhen werden ... Der Anreiz für die fusionierenden Unternehmen, die Preise zu erhöhen, wird stärker eingeschränkt, wenn konkurrierende Unternehmen nahe Substitute zu den Produkten der fusionierenden Unternehmen herstellen, als wenn sie weniger nahe Substitute anbieten ... Es besteht deshalb eine geringere Wahrscheinlichkeit, dass ein Zusammenschluss wirksamen Wettbewerb ... erheblich behindert, wenn ein hohes Maß an Substituierbarkeit zwischen den Produkten der fusionierenden Unternehmen und den Produkten der Wettbewerber besteht.“

²⁹⁹ EU-Kommission, Leitlinien 2004/C 31/03, a. a. O., vgl. Fn. 258, Tz. 28.

³⁰⁰ Ebenda, vgl. Fn. 258, Tz. 28.

³⁰¹ Ebenda, vgl. Fn. 258, Tz. 28.

³⁰² EuG, T-399/16, a. a. O., vgl. Fn. 261, Rz. 238, Rz. 247.

³⁰³ Ebenda, vgl. Fn. 261, Rz. 249.

³⁰⁴ Ebenda, vgl. Fn. 261, Rz. 244 ff.

³⁰⁵ Das OLG Düsseldorf spricht von enger oder naher Wettbewerbern. OLG Düsseldorf, Kart 2/21 (V), a. a. O., vgl. Fn. 260, Rz. 115.

³⁰⁶ Ebenda, vgl. Fn. 260, Rz. 238.

³⁰⁷ Ebenda, vgl. Fn. 260, Rz. 238.

³⁰⁸ Ebenda, vgl. Fn. 260, Rz. 115.

dass es sich bei den Zusammenschlussparteien um nahe Wettbewerber handelt, ebenfalls nicht ausreicht, weil es neben den Zusammenschlussparteien im betroffenen Marktsegment weitere (nahe) Wettbewerber gibt.³⁰⁹ Wenn die Parteien nach ihrer Fusion Preisanhebungen tätigen würden, hätten die Verbraucherinnen und Verbraucher Ausweichmöglichkeiten durch das Vorhandensein anderer Anbieter.³¹⁰

275. Darüber hinaus weist das OLG Düsseldorf darauf hin, dass in den für die Entscheidung relevanten Markträumen im Discountsegment des Möbeleinzelhandels keine oligopolistischen Strukturen nachgewiesen werden konnten.³¹¹ Zu diesem Ergebnis kommt das OLG Düsseldorf insbesondere, weil aus seiner Sicht das Discountsegment des Möbelmarktes vom Bundeskartellamt zu eng abgegrenzt worden sei.³¹² Das Gericht betont in diesem Zusammenhang, dass unilaterale Effekte nur auf Märkten zu erwarten seien, die eine oligopolistische Struktur aufweisen.³¹³

2.3.4 Auswirkungen der gerichtlichen Anforderungen auf die Fusionskontrollpraxis zunächst beobachten

276. Durch die Feststellungen des EuG und des OLG Düsseldorf zum SIEC-Kriterium auf Basis unilateraler Effekte sind die Anforderungen an den Nachweis und den Beweismaßstab bei Anwendung des Kriteriums gestiegen. Abschließende Rechtssicherheit ist noch nicht geschaffen worden, weil die letztinstanzlichen Entscheidungen in den jeweiligen Fällen noch ausstehen. Es bleibt abzuwarten, ob die obersten Gerichte die skizzierten Feststellungen bestätigen. Insbesondere in Bezug auf den strengeren Beweismaßstab scheint dies fraglich. Unabhängig davon empfiehlt die Monopolkommission, nach den letztinstanzlichen Entscheidungen zunächst zu beobachten, wie sich diese auf die Praxis in der Fusionskontrolle auswirken, bevor eine weitere gesetzliche Änderung, z. B. hinsichtlich einer Absenkung des Beweismaßstabs im Rahmen der Anwendung des SIEC-Kriteriums, erwogen wird.

2.4 Grenzen für Vorgaben der Hersteller zur Gestaltung des Onlinevertriebs

277. Am 1. Juni 2022 trat eine neue Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen (Vertikal-GVO) in Kraft.³¹⁴ Die Vertikal-GVO stellt Vereinbarungen zwischen Unternehmen entlang einer Wertschöpfungskette und mit Marktanteilen, die jeweils 30 Prozent nicht übersteigen, von dem Verbot einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung aus Art. 101 AEUV grundsätzlich frei, schränkt diese Freistellung jedoch unter anderem für bestimmte Kernbeschränkungen ein. In der neuen Vertikal-GVO wird die Liste der Kernbeschränkungen in Art. 4 um einen neuen lit. e ergänzt, der die Verhinderung der wirksamen Nutzung des Internets zum Verkauf von Vertragswaren oder -dienstleistungen verbietet. Es wird außerdem klargestellt, dass andere Beschränkungen des Onlineverkaufs freigestellt sind. Im Zuge der Gesetzesänderung veröffentlichte die Europäische Kommission auch neue Leitlinien für vertikale Beschränkungen³¹⁵ (Vertikal-Leitlinien). Diese enthalten unter anderem Änderungen bei der Bewertung von Vereinbarungen zwischen Herstellern und Händlern, die unterschiedliche Konditionen hinsichtlich Qualitätsanforderungen und Großhandelspreisen für stationäre Händler einerseits und Onlinehändler andererseits vorsehen. Gemäß den alten Vertikal-Leitlinien lag eine Kernbeschränkung im Sinne des Art. 4 lit. b Verordnung (EU) 330/2010 vor, wenn vereinbart wurde, dass ein Händler für Produkte, die er online weiterzuverkaufen beabsichtig-

³⁰⁹ OLG Düsseldorf, Kart 2/21 (V), a. a. O., vgl. Fn. 260, Rz. 239.

³¹⁰ Ebenda, vgl. Fn. 260, Rz. 240.

³¹¹ Ebenda, vgl. Fn. 260, Rz. 232.

³¹² Ebenda, vgl. Fn. 260, Rz. 75 ff.

³¹³ Ebenda, vgl. Fn. 260, Rz. 232.

³¹⁴ Verordnung (EU) Nr. 2022/720 der Kommission vom 10. Mai 2022 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. EU L 134 vom 11. Mai 2022, 4.

³¹⁵ Europäische EU-Kommission, Approval of the content of a draft for a Communication from the Commission, Guidelines on vertical restraints, C (2022) 3006 final vom 10. Mai 2020.

te, höhere Preise zahlt als für Produkte, die offline verkauft werden sollten.³¹⁶ Eine Kernbeschränkung – insbesondere für den selektiven Vertrieb, Art. 4 lit. c Verordnung (EU) 330/2020 – lag außerdem vor, wenn ein Hersteller einem Händler Anforderungen für Onlineverkäufe auferlegte, die insgesamt gegenüber den Kriterien für Verkäufe im stationären Handel nicht gleichwertig waren.³¹⁷ Gemäß den neuen Leitlinien stellt eine abweichende Behandlung von Onlineverkäufen und Verkäufen im stationären Handel dagegen insoweit keine Kernbeschränkung im Sinne der Vertikal-GVO mehr dar.³¹⁸

278. Das Bundeskartellamt hat zuletzt im April 2021 – vor Veröffentlichung der neuen Vertikal-Leitlinien – in einem solchen Fall interveniert.³¹⁹ Das Bundeskartellamt erwirkte in dem Fall Liebherr eine Anpassung von Vertragsklauseln in den Vertriebsverträgen des Herstellers Liebherr Hausgeräte Vertriebs- und Service GmbH. Das Unternehmen verkauft Produkte ganz überwiegend in einem selektiven Vertriebssystem über autorisierte Händler.³²⁰ Grund für die Intervention war laut Bundeskartellamt, dass die Vertriebsverträge bestimmte von Händlern zu erfüllende Anforderungen beim Kundenservice enthielten, die für den Onlinevertrieb teils deutlich umfassender ausfielen als für den Vertrieb über den stationären Handel.³²¹ Hierzu zählte unter anderem die Erreichbarkeit von Personal an Sonn- und Feiertagen zwischen 9 und 20 Uhr. Eine Nichterfüllung der Anforderungen seitens der Händler führte zu einem Verlust von Rabatten.³²² Bei Händlern, die beide Vertriebskanäle bedienten, drohte der Rabattverlust für alle Waren, unabhängig davon, ob diese online oder stationär vertrieben wurden.³²³ Von den strengen Auflagen nicht betroffen waren folglich nur rein stationäre Händler.

279. Der Fall berührt zwei von der Neueinschätzung der Europäischen Kommission betroffene Aspekte: (1) Eine Ungleichbehandlung von Händlern auf verschiedenen Vertriebskanälen, welche Qualitätsanforderungen betrifft (Äquivalenzprinzip). (2) Eine Ungleichbehandlung von Händlern auf verschiedenen Vertriebskanälen, welche den Großhandelspreis betrifft (Doppelpreissysteme). Beide Formen der Ungleichbehandlung sind in ihrer möglichen Wirkung auf den Wettbewerb ambivalent. Verbraucherinnen und Verbraucher sowie Unternehmen können von solchen Vereinbarungen durchaus profitieren.

2.4.1 Ambivalente Wirkung der Ungleichbehandlung des Onlinehandels bei Qualitätsvorgaben

280. Das unternehmerische Ziel von Herstellern ist es in der Regel, möglichst viele Waren gewinnbringend zu verkaufen. Um dieses Ziel zu erreichen, bauen sie Vertriebsnetze auf, die möglichst effizient und mit hoher Reichweite ihre Waren an Kundinnen und Kunden absetzen. Dabei ist nicht ausschließlich die Anzahl der Händler im Vertriebsnetz von Bedeutung. Auch die Absatzmenge pro Händler ist ein entscheidender Parameter, der unter anderem durch die Servicequalität bei den Händlern beeinflusst wird. Eine hohe Servicequalität des Vertriebsnetzwerkes ist insbesondere dann von großer Bedeutung, wenn Kundinnen und Kunden mit einem Produkt vertraut gemacht werden müssen.³²⁴ Dies ist z. B. bei neuartigen Produkten und bei komplexen Produkten, die nicht regel-

³¹⁶ Europäische EU-Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. C 130 vom 19. Mai 2010, S. 1, Tz. 52 lit. d.

³¹⁷ Ebenda, vgl. Fn. 316, Tz. 56.

³¹⁸ EU-Kommission, Approval of the content of a draft for a Communication from the Commission, Guidelines on vertical restraints, C (2022) 3006 final vom 10. Mai 2022, Tz. 208, 209, 235.

³¹⁹ BKartA, Bundeskartellamt sichert Chancengleichheit des Online-Handels beim neuen Liebherr-Vertriebsmodell, Pressemitteilung, 12. April 2021, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2021/12_04_2021_Liebherr_Vertriebsmodell.html, Abruf am 28. Juni 2022.

³²⁰ Ebenda, vgl. Fn. 319.

³²¹ Ebenda, vgl. Fn. 319.

³²² Ebenda, vgl. Fn. 319.

³²³ Ebenda, vgl. Fn. 319.

³²⁴ Telser, L. G., Why should manufacturers want fair trade?, The Journal of Law and Economics, 3, 1960, 86-105, S. 95.

mäßig in kurzen Zeitabständen gekauft werden, der Fall.³²⁵ Sind die Produkte hingegen einfach verständlich oder haben Kundinnen und Kunden aufgrund regelmäßiger Käufe Erfahrung, ist die Beratungsqualität nachrangig.³²⁶ Daneben ist die Servicequalität auch von Bedeutung, wenn sie als integraler Bestandteil des Produktes wahrgenommen wird. Dies kann z. B. bei hochwertigen Markenartikeln der Fall sein.

281. Um die Servicequalität ihres Vertriebsnetzes sicherzustellen, können Hersteller mit Händlern entsprechende Vereinbarungen treffen. Von solchen Vereinbarungen profitieren auch die Kundinnen und Kunden, sofern sie z. B. durch das höhere Serviceniveau besser informierte Kaufentscheidungen treffen. Dass Hersteller bei solchen Vereinbarungen zwischen stationärem Handel und Onlinevertrieb unterscheiden, kann allein schon aus pragmatischen Gründen notwendig und gerechtfertigt sein, da der Kaufprozess aus Sicht der Kundinnen und Kunden auf diesen Vertriebskanälen unterschiedlich abläuft, wodurch sich unterschiedliche Bedürfnisse ergeben können. Die vom Bundeskartellamt in dem Fall Liebherr beanstandete Anforderung, dass Onlinehändler eine Erreichbarkeit von Personal auch an Sonn- und Feiertagen gewährleisten müssen, könnte z. B. darauf zurückzuführen sein, dass diese Tage für Onlinekundinnen und -kunden von hoher Bedeutung sind. Es ist daher nicht sofort ersichtlich, ob diese Anforderung einen wettbewerbsbeschränkenden Charakter hatte.³²⁷ Die Europäische Kommission nennt in ihren neuen, nach der Intervention des Bundeskartellamtes erschienenen Leitlinien z. B. explizit die Einrichtung eines „Online after-sales Helpdesks“ als eine mögliche Anforderung, die Onlinehändlern zur Gewährleistung von Standards bei der Servicequalität auferlegt werden kann.³²⁸

282. Im Wettbewerb zwischen Onlinevertrieb und stationärem Handel kann auch das sog. „Trittbrettfahrerproblem“ von besonderer Bedeutung sein. Der stationäre Handel hat üblicherweise höhere Kosten, bietet Verbraucherinnen und Verbrauchern jedoch zugleich die Möglichkeit, vor Ort Waren unkompliziert physisch zu prüfen und eine persönliche Beratung in Anspruch zu nehmen.³²⁹ Diese Services tragen z. B. bei beratungsintensiven Produkten möglicherweise maßgeblich zur Höhe des Gesamtabsatzes bei, insbesondere weil Waren bei einem Onlinekauf nicht unmittelbar physisch geprüft werden können. Zugleich besteht die Gefahr, dass Kundinnen und Kunden vor dem Kauf die Services eines stationären Händlers genutzt haben und dieses Produkt anschließend bei einem Onlinehändler kaufen, der einen geringeren Preis aufgrund seiner geringeren Kosten anbieten kann.³³⁰ Erlangt dieses Trittbrettfahrerproblem zu große Bedeutung im Vertriebsnetz des betreffenden Produktes, werden stationäre Händler entweder ihre Servicequalität und damit ihre Kosten senken oder den Vertrieb des Produktes gänzlich einstellen.³³¹ Dies kann das Vertriebsnetz eines Herstellers insgesamt und seine Wettbewerbsposition und daher auch den Wettbewerb schädigen. Umfassendere Anforderungen an die Servicequalität für Onlinehändler sind möglicherweise ein Mittel, um dieses Problem zu adressieren.

283. Weniger eindeutig sind Fälle, in denen eine Ungleichbehandlung erfolgt, weil sich die Art des Wettbewerbs im Onlinehandel und stationärem Handel unterscheidet. Sowohl Helfrich und Herweg (2017) als auch Dertwinkel-Kalt und Köster (2020) betrachten eine Konstellation, in der im Onlinehandel in erster Linie die Produktpreise im Zentrum der Aufmerksamkeit der Kundinnen und Kunden stehen, während im stationären Handel der Händler die

³²⁵ Telser, L. G., Why should manufacturers want fair trade?, a. a. O., vgl. Fn. 324, S. 95.

³²⁶ Ebenda, vgl. Fn. 324, S. 95 f.

³²⁷ BKartA, Bundeskartellamt sichert Chancengleichheit des Online-Handels beim neuen Liebherr-Vertriebsmodell, a. a. O.

³²⁸ EU-Kommission, Approval of the content of a draft for a Communication from the Commission, Guidelines on vertical restraints, C (2022) 3006 final vom 10. Mai 2022, Tz. 235.

³²⁹ Carlton, D. W., Chevalier, J. A., Free riding and sales strategies for the Internet, The Journal of Industrial Economics, 49(4), 2001, 441-461, S. 443.

³³⁰ Dieses Problem wurde erstmals im Jahr 1960 beschrieben in Telser, L. G., Why should manufacturers want fair trade?, The Journal of Law and Economics, 3, 1960, 86-105.

³³¹ Telser, L. G., Why should manufacturers want fair trade?, a. a. O., vgl. Fn. 324, S. 87.

Aufmerksamkeit stärker auf die Qualitätsunterschiede der Produkte lenken kann.³³² Eine solche Situation führt dazu, dass Hersteller über den Onlinevertrieb einem intensiven Preiswettbewerb ausgesetzt sind. Dieser Preisdruck wirkt, da einige Verbraucherinnen und Verbraucher die Produktpreise im stationären Handel mit Onlinepreisen vergleichen, indirekt auch auf den stationären Handel, in dem sonst möglicherweise der Qualitätswettbewerb stärker im Vordergrund stünde. Der Preisdruck kann vom Hersteller abgeschwächt oder vermieden werden, indem Onlinehändler benachteiligt oder der Onlinevertrieb gänzlich unterbunden wird.³³³ Ein solches Verhalten schädigt die Verbraucherinnen und Verbraucher, indem sie höhere Preise zahlen müssen oder teilweise keinen Zugriff mehr auf das Produkt haben, sofern der Onlinehandel gänzlich unterbunden wird.³³⁴ Zugleich profitieren sie möglicherweise davon, dass sich der Hersteller nun stärker auf den Qualitätswettbewerb im stationären Handel fokussieren kann, wenn dies tatsächlich dazu führt, dass spürbar höhere Qualität angeboten wird.³³⁵ Der resultierende Gesamteffekt kann daher im Einzelfall negativ oder positiv sein.

284. Sehr wahrscheinlich ist eine Behinderung des Wettbewerbs, wenn mehrere Hersteller auf einem Markt die Vereinbarung mit ihren Händlern koordiniert so gestalten, dass die Händlerzahl systematisch reduziert wird. Auch dies kann geschehen, indem z. B. Onlinehändler gezielt durch hohe Anforderungen behindert werden. Aufgrund der daraus resultierenden geringeren Händlerzahl auf dem Endkundenmarkt wird die Marktmacht der verbliebenen Händler gestärkt. Diese können wegen des geringeren Wettbewerbsdrucks eine höhere Gewinnmarge auf den Großhandelspreis der Hersteller aufschlagen. Dies hat auch Folgen für den Wettbewerbsdruck, der auf die Hersteller wirkt. Senkt ein Hersteller in einer solchen Konstellation seinen Großhandelspreis, führt dies nicht mehr direkt zu einem niedrigeren Endkundenpreis und einer Steigerung seiner Absatzmenge zulasten der konkurrierenden Hersteller.³³⁶ Vielmehr werden die Händler aufgrund ihrer höheren Marktmacht eine Senkung des Großhandelspreises teilweise dazu nutzen, ihre eigene Gewinnmarge weiter zu erhöhen und nur einen Teil der Preissenkung an die Kundinnen und Kunden weitergeben.³³⁷ Niedrige Großhandelspreise werden für Hersteller folglich weniger lukrativ.³³⁸ Sie sind faktisch einem niedrigeren Wettbewerbsdruck ausgesetzt und werden daher höhere Großhandelspreise nehmen.³³⁹ Das Erzeugen einer solchen Situation mittels vertikaler Vereinbarungen kann Herstellern jedoch nur gelingen, wenn ein wesentlicher Teil der konkurrierenden Hersteller den Händlern solche Vereinbarungen koordiniert auferlegt.³⁴⁰ Nur dann kann die Zahl der Händler spürbar vermindert werden. Andernfalls würden Händler bei zu restriktiven Vertriebsbedingungen seitens eines Herstellers Konkurrenzprodukte eines anderen Herstellers anbieten, der solche Vertriebsbedingungen nicht auferlegt. Ohne eine kartellrechtswidrige Absprache dürfte solch ein koordiniertes Vorgehen in der Realität nur zu beobachten sein, wenn auf der Herstellerebene ein sehr enges Oligopol existiert, in dem sich die Hersteller mittels gegenseitiger Verhaltensbeobachtung stillschweigend koordinieren können.

285. Ein anderes starkes Indiz für einen primär wettbewerbsbeschränkenden Charakter von Vereinbarungen zwischen Herstellern und Händlern kann sein, dass die Initiative für die Einführung von umfassenderen Anforderun-

³³² Helfrich, M., Herweg, F., Saliency in retailing: Vertical restraints on Internet sales, 2017, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3035729; Dertwinkel-Kalt, M., Köster, M., Attention to online sales: The role of brand image concerns. *Journal of Economics & Management Strategy*, 2020, 64-89.

³³³ Helfrich, M., Herweg, F., Saliency in retailing: Vertical restraints on Internet sales, a. a. O., vgl. Fn. 332, S. 18 ff.; Dertwinkel-Kalt, M., Köster, M., Attention to online sales: The role of brand image concerns, a. a. O., vgl. Fn. 332, S. 72 ff.

³³⁴ Helfrich, M., Herweg, F., Saliency in retailing: Vertical restraints on Internet sales, a. a. O., vgl. Fn. 332, S. 24 f.; Dertwinkel-Kalt, M., Köster, M., Attention to online sales: The role of brand image concerns, a. a. O., vgl. Fn. 332, S. 72 ff.

³³⁵ Helfrich, M., Herweg, F., Saliency in retailing: Vertical restraints on internet sales, a. a. O., vgl. Fn. 332, S. 22 f.

³³⁶ Rey, P., Stiglitz, J., Vertical Restraints and Producers' Competition, *European Economic Review* 32, 1988, 561-568, S. 566.

³³⁷ Ebenda, vgl. Fn. 336, S. 566.

³³⁸ Ebenda, vgl. Fn. 336, S. 566.

³³⁹ Ebenda, vgl. Fn. 336, S. 563.

³⁴⁰ Ebenda, vgl. Fn. 336, S. 566 f.

gen von den Händlern, nicht aber von den Herstellern ausgeht.³⁴¹ In solchen Fällen ist es wahrscheinlich, dass die Händler versuchen, die Wettbewerbsintensität auf ihrer Wertschöpfungsebene zu verringern. Dies kann z. B. geschehen, indem durch vertikale Beschränkungen Markteintrittsbarrieren auf der Händlerebene geschaffen werden.³⁴² Alternativ könnte es das Ziel der Händler sein, die Zahl der relevanten Wettbewerbsparameter zu verringern.³⁴³ Dadurch werden ihre Angebote gleichförmiger. Dies kann eine stillschweigende Koordinierung erleichtern.³⁴⁴ Findet der Wettbewerb zwischen den Händlern aufgrund vertikaler Beschränkungen z. B. nur noch über den Preis, aber nicht mehr über die Servicequalität statt, können sie sich leichter auf einem hohen nicht wettbewerblichen Preisniveau koordinieren, ohne bei dieser Koordination Qualitätsunterschiede zwischen ihren Serviceangeboten berücksichtigen zu müssen.³⁴⁵ Eine Durchsetzung vertikaler Beschränkungen durch Händler setzt jedoch voraus, dass einzelne Händler über ausreichende Nachfragemacht verfügen, um eine entsprechende Vertriebspolitik bei den Herstellern zu erzwingen, oder dass die Händler so organisiert sind, dass sie gemeinsam einen entsprechenden Verhandlungsdruck gegenüber den Herstellern aufbauen können.

286. Zusammengefasst spricht vieles dafür, dass Vereinbarungen zwischen Herstellern und Händlern, welche die Servicequalität betreffen, zumeist aus ökonomischer Sicht nicht nur unproblematisch sind, sondern durch die Sicherstellung der Qualität des Vertriebsnetzes den Wettbewerb stärken. Eindeutige Fälle von Wettbewerbsbehinderungen zeichnen sich in der Regel durch eine Koordinierung zwischen den Akteuren auf einer bestimmten Wertschöpfungsebene aus.

2.4.2 Ambivalente Wirkung der Ungleichbehandlung des Onlinehandels bei Großhandelspreisen

287. Auch eine Benachteiligung des Onlinehandels bei den Großhandelspreisen kann das bereits im vorangegangenen Abschnitt beschriebene Trittbrettfahrerproblem zwischen stationärem Handel und Onlinehandel adressieren. Die Europäische Kommission sieht dementsprechend in ihren neuen Leitlinien vor, dass sog. Doppelpreissysteme unter die gruppenweise Freistellung der Vertikal-GVO fallen, wenn die Preisunterschiede mit Unterschieden in den Kosten begründet werden können, die den Händlern auf der Einzelhandelsstufe in den jeweiligen Vertriebskanälen entstehen.³⁴⁶ Die Hersteller tragen in solchen Fällen zur Lösung des Trittbrettfahrerproblems bei, indem sie ihre zusätzlichen Erträge aus höheren Großhandelspreisen für den Onlinehandel dazu nutzen, die Serviceleistungen des stationären Handels mittels entsprechend niedrigerer Großhandelspreise zu subventionieren.

288. Soweit Preisunterschiede durch Kostenunterschiede begründet sind, sollte jedoch geprüft werden, ob diese Mehrkosten tatsächlich einer Aufrechterhaltung der Servicequalität des Vertriebsnetzes dienen. Situationen, in denen Hersteller effizientere Händler benachteiligen, sollten vermieden werden. Dies ist vor allem bei marktmächtigen Herstellern relevant. DeGraba (1990) zeigt, dass solche Unternehmen ihre Marktmacht dazu einsetzen können, effizienteren Händlern systematisch höhere Großhandelspreise aufzuerlegen.³⁴⁷ Auf diese Weise partizipiert das marktmächtige Unternehmen an der höheren Effizienz. Daraus resultiert ein negativer Gesamteffekt für den

³⁴¹ Iacobucci, E., Winter, R. A., *European Law on Selective Distribution and Internet Sales: An Economic Perspective*, *Antitrust LJ*, 81(1), 2016, 47-64, S. 61 f.

³⁴² Ebenda, vgl. Fn. 341, S. 62.

³⁴³ Buccirossi, P., *Vertical restraints on e-commerce and selective distribution*, *Journal of Competition Law & Economics*, 11(3), 2015, 747-773, S. 753.

³⁴⁴ Ivaldi, M., Jullien, B., Rey, P., Seabright, P., Tirole, J., *The economics of tacit collusion*, 2003, http://publications.ut-capitole.fr/1200/1/tacit_collusion.pdf, S. 45 f.

³⁴⁵ Buccirossi, P., *Vertical restraints on e-commerce and selective distribution*, a. a. O., vgl. Fn. 343, S. 753.

³⁴⁶ EU-Kommission, *Approval of the content of a draft for a Communication from the Commission, Guidelines on vertical restraints*, C (2022) 3006 final vom 10. Mai 2010, Tz. 209.

³⁴⁷ Die Nachfrage der effizienten Händler reagiert weniger elastisch auf Einkaufspreis erhöhungen. DeGraba, P., *Input market price discrimination and the choice of technology*, *The American Economic Review*, 80(5), 1990, 1246-1253, S. 1248.

Wettbewerb. Die Benachteiligung effizienter Händler wirkt sich langfristig negativ auf die Effizienz der gesamten Vertriebsstruktur aus, weil effiziente Händler durch höhere Großhandelspreise „bestraft“ werden.³⁴⁸ Dies ist auch nachteilig für Verbraucherinnen und Verbraucher, die dadurch langfristig höhere Preise zahlen.³⁴⁹ Diese Gefahr besteht jedoch nur in Situationen, in denen ein Hersteller über Marktmacht verfügt.³⁵⁰ Gibt es hingegen Wettbewerb zwischen Herstellern, dann verkehrt sich das Resultat ins Gegenteil. Im Wettbewerb stehende Hersteller benachteiligen eher kosteneffizientere Händler, um gegenüber konkurrierenden Herstellern wettbewerbsfähig zu sein.³⁵¹ Dies steigert langfristig die Effizienz der Vertriebsstruktur, sodass in diesem Fall die Ungleichbehandlung auch den Verbraucherinnen und Verbrauchern zugutekommt.³⁵²

289. Auch strukturelle Unterschiede zwischen Vertriebskanälen kommen als Grund für unterschiedliche Großhandelspreise infrage. So kann sich z. B. die Intensität des Wettbewerbs im Onlinehandel und im stationären Handel unterscheiden. Wählt ein Hersteller aus diesem Grund unterschiedliche Großhandelspreise, ist keineswegs klar, ob dies zum Nachteil der Verbraucherinnen und Verbraucher ist. Der Gesamteffekt einer Vereinheitlichung der Großhandelspreise kann sowohl negativ als auch positiv ausfallen.³⁵³ Werden z. B. Händler sowie Verbraucherinnen und Verbraucher, die den Onlinevertriebskanal nutzen, durch höhere Großhandelspreise benachteiligt, gilt es zu berücksichtigen, dass sie zugleich auf anderen Vertriebskanälen, wie dem stationären Handel, von niedrigeren Großhandelspreisen profitieren. Die Untersagung der Ungleichbehandlung durch eine Wettbewerbsbehörde wird typischerweise zu Großhandelspreisen führen, die ein gewichtetes Mittel zwischen diesen Preisen sind. Das heißt, dass jene Händler sowie Verbraucherinnen und Verbraucher bessergestellt werden, die zuvor durch höhere Großhandelspreise benachteiligt wurden. Zugleich werden aber auch jene Händler sowie Verbraucherinnen und Verbraucher schlechter gestellt, die zuvor von günstigen Großhandelspreisen profitierten. Welchem Effekt größere Bedeutung zukommt, hängt vom Einzelfall ab.

290. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass auch eine Preisdiskriminierung auf Großhandelsebene insgesamt keineswegs nachteilig sein muss. Führt das Preissystem jedoch dazu, dass bestimmte Produkte online nicht mehr oder im Vergleich zum stationären Handel nur noch zu sehr schlechten Konditionen erhältlich sind, ist dies ein

³⁴⁸ DeGraba, P., Input market price discrimination and the choice of technology, *The American Economic Review*, 80(5), 1990, 1246-1253, S. 1249-1253.

³⁴⁹ Ebenda, vgl. Fn. 348, S. 1250. Der sich ebenfalls mit diesem Thema befassenden Studie von Yoshida (2000) ist hingegen nicht eindeutig zu entnehmen, ob die Verbraucherinnen und Verbraucher bei einer Preisdiskriminierung schlechter gestellt sind. In der Studie wird jedoch angenommen, dass nicht Händler, sondern Hersteller auf der nachgelagerten Wertschöpfungsebene aktiv sind und je nach Effizienz mehr oder weniger Output pro Input generieren. Das Resultat der Studie ist daher nicht auf Händler, die ein Gut weiterverkaufen, ohne es zu verarbeiten, anwendbar. Yoshida, Y., Third-degree price discrimination in input markets: output and welfare. *American Economic Review*, 90(1), 2000, 240-246.

³⁵⁰ Außerdem wird angenommen, dass der Hersteller lediglich Einkaufspreise für das Produkt festlegen kann. Verlangt er von den Händlern hingegen zusätzlich auch noch Pauschalentgelte, wie z. B. ein Franchise-Entgelt, die von der Einkaufsmenge unabhängig sind, kann sich das Resultat ins Gegenteil verkehren und der effizientere Händler erhält bessere Konditionen, sodass aufgrund der höheren Effizienz des Vertriebsnetzes die Verbraucherinnen und Verbraucher insgesamt bei einem Doppelpreissystem bessergestellt sein können. Inderst, R., Shaffer, G., Market power, price discrimination, and allocative efficiency in intermediate-goods markets. *The RAND Journal of Economics*, 40(4), 2009, 658-672; Herweg, F., Müller, D., Discriminatory nonlinear pricing, fixed costs, and welfare in intermediate-goods markets, *International Journal of Industrial Organization*, 46, 2016, 107-136.

³⁵¹ Inderst, R., Valletti, T., Price discrimination in input markets, *The RAND Journal of Economics*, 40(1), 2009, 1-19, S. 14.

³⁵² Das Unternehmen Liebherr, aus dem eingangs beschriebenen Fall, verfügt in einzelnen Marktsegmenten lediglich über moderate Anteile, daher ist eine marktmächtige Position unwahrscheinlich. Wären Unterschiede in der Kosteneffizienz der Händler für die Ungleichbehandlung in diesem Fall ausschlaggebend gewesen, wäre folglich eher eine Begünstigung statt einer Benachteiligung des Onlinehandels zu beobachten gewesen. In anderen Fällen jedoch, in denen Unternehmen über eine marktmächtige Position verfügen, könnte eine preisliche Benachteiligung des Onlinehandels auf ein Ausnutzen dieser Position hindeuten. Eine Benachteiligung über nicht monetäre vertikale Beschränkungen ließe sich so indes auch in diesen Fällen nicht erklären, weil der Hersteller über diese Instrumente keinen zusätzlichen Gewinn bei den effizienteren Händlern abschöpfen kann.

³⁵³ Siehe dazu Miklós-Thal, J., Shaffer, G., Input price discrimination by resale market. *The RAND Journal of Economics*, 52(4), 2021, 727-757; und Arya, A., Mittendorf, B., Input price discrimination when buyers operate in multiple markets, *The Journal of Industrial Economics*, 58(4), 2010, 846-867, S. 858 f.

starkes Indiz für eine summarische Benachteiligung der Verbraucherinnen und Verbraucher und für eine Behinderung des Wettbewerbs. Im eingangs beschriebenen Liebherr-Fall ist das Bundeskartellamt z. B. zu dem Schluss gelangt, dass die Ausgestaltung des Rabattsystems für Onlinehändler dazu geeignet sei, den Onlinevertrieb für Händler wirtschaftlich unattraktiv zu machen.³⁵⁴ Das tatsächliche Vorliegen dieses Effektes wurde vom Bundeskartellamt nicht vertieft geprüft, da sich Liebherr bereit erklärte, seine Vertriebsbedingungen anzupassen.

2.4.3 Wettbewerbsrechtliche Eingriffe nur bei erheblicher Einschränkung des Onlinevertriebs

291. In der Vergangenheit erwirkte das Bundeskartellamt auf Grundlage der alten Vertikal-Leitlinien bei mehreren Unternehmen Änderungen in Rabattsystemen, die eine unterschiedliche Behandlung von Onlineverkäufen und Verkäufen im stationären Handel vorsahen.³⁵⁵ Dies betraf etwa Dornbracht³⁵⁶, Gardena³⁵⁷, BSH³⁵⁸ und Lego³⁵⁹. Eine gerichtliche Prüfung erfolgte in keinem der genannten Fälle.³⁶⁰ Der Fall vom April 2021 bezüglich des Rabattsystems von Liebherr stellt eine Fortsetzung dieser bisherigen Praxis des Bundeskartellamtes dar. Da die Europäische Kommission ihren Entwurf der neuen Vertikal-Leitlinien zu einem späteren Zeitpunkt am 9. Juli 2021 veröffentlicht hat, konnte das Bundeskartellamt die Änderungen bei der Auslegung der Vertikal-GVO noch nicht berücksichtigen.³⁶¹ Wie bereits in Tz. 287 erwähnt, fallen laut der neuen Vertikal-Leitlinien Doppelpreissysteme explizit nicht unter die Kernbeschränkungen gemäß Art. 4 lit. b-d Vertikal-GVO, sofern die Preisunterschiede mit Unterschieden in den Kosten begründet werden können, die den Händlern auf der Einzelhandelsstufe in den jeweiligen Vertriebskanälen entstehen.³⁶² Die Europäische Kommission äußert sich nicht dazu, ob Preisunterschiede durch andere effizienzsteigernde Auswirkungen gerechtfertigt werden können. Auch eine Auferlegung spezifischer Anforderungen an den Onlinehandel, die von jenen an den Offline-Handel abweichen, zählt nach Auffassung der Europäischen Kommission nicht länger zu den Kernbeschränkungen.³⁶³ Eine Kernbeschränkung liegt aber gemäß Art. 4 lit. e Vertikal-GVO vor, sofern ein Hersteller den Onlineverkauf verbietet oder Beschränkungen auferlegt, die einen Verkauf über das Internet effektiv verhindern.³⁶⁴

292. Indem eine Benachteiligung des Onlinehandels gegenüber dem stationären Handel von der Europäischen Kommission als in bestimmten Fällen legitim anerkannt wird, orientiert sie sich am aktuellen Stand der wirtschaftswissenschaftlichen Forschung. Auf diese Weise können Hersteller die Servicequalität ihrer Vertriebsnetze

³⁵⁴ BKartA, Bundeskartellamt sichert Chancengleichheit des Online-Handels beim neuen Liebherr-Vertriebsmodell, a. a. O.

³⁵⁵ Bien, F., Bernhard, J., More interchannel competition please! – Zur Neubewertung von Doppelpreissystemen im Entwurf der Vertikal-Leitlinien, NZKart, 2021, 641 – 643, S. 641.

³⁵⁶ BKartA, B5-100/10, Fallbericht - Bundeskartellamt stellt sicher: Hochwertige Sanitärarmaturen im Internet erhältlich, 13. Dezember 2011.

³⁵⁷ BKartA, B5-144/13, Fallbericht - Bundeskartellamt erwirkt Änderung des Händler-Rabattsystems bei GARDENA, 5. Dezember 2013.

³⁵⁸ BKartA, B7-11/13, Fallbericht - Rabattsystem der Bosch Siemens Hausgeräte GmbH, 23. Dezember 2013.

³⁵⁹ BKartA, Lego passt Rabattsystem an. Künftig fairere Bedingungen für Onlinehandel, Pressemitteilung, 18. Juli 2016, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2016/18_07_2016_Lego.html, Abruf am 28. Juni 2022.

³⁶⁰ Bien, F., Bernhard, J., More interchannel competition please! – Zur Neubewertung von Doppelpreissystemen im Entwurf der Vertikal-Leitlinien, a. a. O., vgl. Fn. 355, S. 641.

³⁶¹ EU-Kommission, Antitrust: Commission invites interested parties to provide comments on draft revised Vertical Block Exemption Regulation and Vertical Guidelines, 9. Juli 2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_3561 I, Abruf am 28. Juni 2022.

³⁶² EU-Kommission, Approval of the content of a draft for a Communication from the Commission, Guidelines on vertical restraints, C (2022) 3006 final vom 10. Mai 2022, Tz. 209.

³⁶³ Ebenda, vgl. Fn. 362, Tz. 208, Tz. 235.

³⁶⁴ Ebenda, vgl. Fn. 362, Tz. 206.

sichern und verbessern. Das Bundeskartellamt sollte die Änderung der Vertikal-GVO und der Vertikal-Leitlinien³⁶⁵ durch die Europäische Kommission zum Anlass nehmen, seine bisherige Praxis in Bezug auf die Benachteiligung von Onlinehändlern durch Hersteller anzupassen. Aus Art. 4 lit. e Vertikal-GVO folgt, dass vertikale Vereinbarungen im Zusammenhang mit dem Onlinevertrieb nunmehr lediglich dann eine Kernbeschränkung im Sinne des Art. 4 lit. b-d Vertikal-GVO darstellen, wenn die wirksame Nutzung des Internets verhindert wird.³⁶⁶ Das Bundeskartellamt sollte deshalb im Zusammenhang mit den in dem Fall Liebherr in Rede stehenden Vereinbarungen (Doppelpreissysteme und Anforderungen an die Servicequalität) nur dann von einer Verhinderung der wirksamen Nutzung des Internets ausgehen, wenn die ernsthafte Gefahr besteht, dass Verbraucherinnen und Verbraucher Produkte online nur zu Konditionen erwerben können, die wesentlich schlechter als jene im stationären Handel sind.

293. Es ist auch in Fällen, in denen eine Ungleichbehandlung nicht auf Kostenunterschiede zurückzuführen ist, nicht gänzlich unwahrscheinlich, dass z. B. ein Doppelpreissystem effizienzsteigernd ist. Liegen die Ursachen für eine Ungleichbehandlung z. B. in unterschiedlichen Wettbewerbssituationen auf den einzelnen Vertriebskanälen, so führt eine Vereinheitlichung des Großhandelspreises typischerweise dazu, dass einige Verbraucherinnen und Verbraucher profitieren, während andere höhere Preise zahlen müssen.

2.4.4 Wettbewerbsrechtliche Eingriffe bei Vereinbarungen zum Onlinevertrieb nur bei wesentlichen Nachteilen für Verbraucherinnen und Verbraucher

294. Die Analyse hat gezeigt, dass die wettbewerbliche Wirkung von Vertriebsvereinbarungen zwischen Herstellern und Händlern komplex ist. In der Regel dienen solche Vereinbarungen dazu, die Servicequalität von Vertriebsnetzwerken zu sichern oder zu fördern. Sie können folglich Teil eines funktionsfähigen Wettbewerbs sein. In Einzelfällen können sie jedoch zur Behinderung des Wettbewerbs eingesetzt werden oder eine solche Wirkung haben. Gründe für eine Benachteiligung des Onlinehandels bei Vereinbarungen zwischen Herstellern und Händlern können besondere Kundenbedürfnisse auf diesem Vertriebskanal, aber auch der Erhalt des stationären Handels als alternativer Vertriebskanal sein. In beiden Fällen wirken diese Vereinbarungen zumeist im Sinne des Wettbewerbs. Auch strukturelle Unterschiede der Vertriebskanäle, z. B. in Bezug auf die Wettbewerbssituation, können ursächlich für eine Ungleichbehandlung sein. Klar wettbewerbsbehindernd wirken Vereinbarungen zwischen Herstellern und Händlern vor allem, wenn sie koordiniert durch eine wesentliche Anzahl von Akteuren erwirkt werden, die auf derselben Wertschöpfungsebene aktiv sind. Auch wenn marktmächtige Unternehmen Onlinehändler und stationäre Händler ungleich behandeln, behindert dies mit hoher Wahrscheinlichkeit den Wettbewerb.

295. Die Monopolkommission empfiehlt daher, dass das Bundeskartellamt die Änderung der Vertikal-GVO und der Vertikal-Leitlinien zum Anlass nimmt, seine bisherige Praxis im Hinblick auf Vertriebsverträge von Herstellern, die eine Benachteiligung des Onlinehandels gegenüber dem stationären Handel vorsehen, anzupassen. Insbesondere sollte bei Vereinbarungen, wie sie in dem Fall Liebherr in Rede stehen (Doppelpreissysteme und Anforderungen an die Servicequalität), nur dann von einer Verhinderung der wirksamen Nutzung des Internets zum Verkauf ausgegangen werden, wenn die ernsthafte Gefahr besteht, dass Verbraucherinnen und Verbraucher Produkte online nur zu Konditionen erwerben können, die wesentlich schlechter als jene im stationären Handel sind.

³⁶⁵ Verwaltungsvorschriften der Europäischen Kommission (Leitlinien, Mitteilungen etc.) sind grundsätzlich nicht allgemein verbindlich, sondern sie bewirken lediglich eine Selbstbindung der Behörde. Den Vertikal-Leitlinien kommt aber insofern eine besondere Bedeutung zu, als die Europäische Kommission in ihnen Ausführungen zu einem von ihr selbst erlassenen Gesetz – der Vertikal-GVO – macht. Die Vertikal-Leitlinien stellen deshalb eine wichtige Auslegungshilfe für das Verständnis der Regelungen der Vertikal-GVO dar und lassen sich mit einer Gesetzesbegründung vergleichen; vgl. Schultze, J.-M./Pautke, S./Wagener, D., Vertikal-GVO, 4. Auflage, Frankfurt am Main, 2019, Tz. 26 ff., die wegen des Bezugs zur Vertikal-GVO sogar von einer „quasi-gesetzlichen“ Rechtsnatur der Vertikal-Leitlinien ausgehen. Auch mit Blick auf eine unionsweit einheitliche Anwendung der Vertikal-GVO erscheint es naheliegend, dass sich die Gerichte und Behörden der Mitgliedstaaten an dem Inhalt der Vertikal-Leitlinien orientieren.

³⁶⁶ Dazu bereits Tz. 277.

2.5 Reformbedarf bei der zivilrechtlichen Privilegierung von Kronzeugen

296. Im Rahmen eines Kronzeugenprogramms bei Kartellverfahren kann beteiligten Unternehmen die Geldbuße ermäßigt oder vollständig erlassen werden, wenn sie bei einer Aufdeckung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens entscheidend beitragen. Kronzeugenprogramme finden seit Jahrzehnten in der ganzen Welt Anwendung und sind von maßgeblicher Bedeutung, denn – wie das Bundeskartellamt betont – Kartellabsprachen können „*typischerweise nur von innen heraus*“ aufgedeckt werden.³⁶⁷ Allerdings gehen die Kronzeugenanträge in den letzten Jahren nicht nur in Deutschland, sondern weltweit zurück.³⁶⁸ Vor diesem Hintergrund wird sowohl in der Literatur als auch in der Praxis über die Ursachen diskutiert und über Möglichkeiten, die Zahl der Kronzeugenanträge zu steigern. In diesem Zusammenhang hat das Ministerium für Wirtschaft und Klimaschutz in seiner wettbewerbspolitischen Agenda bis 2025 als Ziel die Stärkung der Kartellverfolgung „*durch eine Initiative zum besseren Schutz von Kronzeugen und zur Reform der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie*“ gesetzt.³⁶⁹ In Anbetracht der wichtigen Rolle der Kronzeugenregelung für die Aufdeckung und Verfolgung von illegalen Kartellen befasst sich die Monopolkommission in diesem Kapitel mit der Frage, ob es geboten scheint, die Attraktivität der Kronzeugenregelung weiter zu steigern und wie betreffende Regelungen entsprechend angepasst werden könnten.

2.5.1 Überblick über die Rechtslage zur Kronzeugenregelung

297. Kartelle sind gemäß § 1 GWB und Artikel 101 AEUV verboten. Entsprechend versuchen Unternehmen, sich einer Aufdeckung durch Wettbewerbsbehörden zu entziehen. Zur Kartellaufdeckung haben sich daher Kronzeugenprogramme auf der ganzen Welt als besonders effizient erwiesen.³⁷⁰ Das Bundeskartellamt hat als eine der ersten europäischen Wettbewerbsbehörden schon im Jahr 2000 nach europäischem Vorbild entsprechende allgemeine Verwaltungsgrundsätze erlassen (sog. „Bonusregelung“) und 2006 überarbeitet.³⁷¹ Mit der 10. GWB-Novelle wurde das Kronzeugenprogramm gemäß der Vorgaben der ECNplus-Richtlinie (2019/1/EU) in den §§ 81h–81n GWB auch gesetzlich verankert. Somit konnte die Bonusregelung mit Inkrafttreten dieser Vorschriften zum 19. Januar 2021 aufgehoben werden.

298. Verstoßen Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen gegen das Kartellrecht, so können gegen sie Geldbußen in Höhe von bis zu zehn Prozent ihres Jahresumsatzes verhängt werden.³⁷² Im Rahmen des Kronzeugenprogramms werden den Kartellbeteiligten Anreize gegeben, das Kartell zu verlassen. Die Voraussetzungen für eine Kronzeugenbehandlung und einen Erlass der Geldbuße werden in den §§ 81j und 81k GWB bestimmt. Insbesondere wird demjenigen Kartellbeteiligten keine Geldbuße auferlegt, der unter anderem als Erster Beweismittel zur Verfügung stellt, welche die Wettbewerbsbehörde zu dem Zeitpunkt, zu dem sie den Kronzeugenantrag erhält, erstmals in die Lage versetzen, einen Durchsuchungsbeschluss zu erwirken. Zudem muss der Kronzeuge dauerhaft

³⁶⁷ BKartA, Neue Leitlinien des Bundeskartellamtes zum Kronzeugenprogramm und zur Bußgeldzumessung, Pressemitteilung, 11. Oktober 2021.

³⁶⁸ OECD, Competition Trends 2022, 23. Februar 2022, S. 46 f., <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-competition-trends-2022.pdf>, Abruf am 28. Februar 2022.

³⁶⁹ BMWK, 10 Punkte für nachhaltigen Wettbewerb als Grundpfeiler der sozial-ökologischen Marktwirtschaft, S. 5, <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/0-9/10-punkte-papier-wettbewerbsrecht.pdf>, Abruf am 25. Februar 2022.

³⁷⁰ Vgl. OECD, a. a. O., vgl. Fn. 368. Laut OECD Angaben wurden im Jahre 2020 insgesamt 63 Jurisdiktionen der sogenannten OECD CompStats Datenbank Kronzeugenprogramme aktiv eingesetzt. Das erste Kronzeugenprogramm von den zur OECD CompStats Datenbank gehörenden Jursidiktionen wurde erst 1978 eingeführt, wobei die meisten Kronzeugenprogramme wurden zwischen 2000 und 2020 eingesetzt.

³⁷¹ BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen – Bonusregelung – vom 7. März 2006.

³⁷² BKartA, Merkblatt über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen für Kartellbeteiligte: Kronzeugenprogramm, S. 1, <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Merkbl%C3%A4tter/Merkblatt%20-%20Kronzeugenprogramm.html>, Abruf am 20. März 2022.

und uneingeschränkt mit der Wettbewerbsbehörde zusammenarbeiten.³⁷³ Ein Erlass der Geldbuße kommt gemäß § 81k Abs. 3 GWB dann nicht infrage, wenn der Kartellbeteiligte versucht hat, andere zur Beteiligung am und zum Verbleib im Kartell zu zwingen.

2.5.2 Instrumente zur Aufdeckung von Kartellen und Unerlässlichkeit der Kronzeugenregelung

299. Neben Kronzeugenprogrammen gibt es auch andere Quellen, über die ein Anfangsverdacht bei Kartellverfahren entstehen kann. Als hilfreich haben sich z. B. anonyme Hinweisgebersysteme erwiesen, über die Dritte oder Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der betreffenden Unternehmen zur Wettbewerbsbehörde Kontakt aufnehmen können.³⁷⁴ Das dafür notwendige digitale System wurde im Jahr 2012 eingeführt und wird von einem externen Dienstleister betrieben, der eine vertrauensvolle und – soweit gewünscht – auch anonyme Übermittlung von Hinweisen, sowie eine weitergehende Kommunikation mit dem Hinweisgeber über einen elektronischen Briefkasten ermöglicht.³⁷⁵ Mit Hilfe von Informationen, die über das Hinweisgebersystem eingereicht wurden, hat das Bundeskartellamt seit 2012 in vielen Fällen Ermittlungen eingeleitet, Durchsuchungen durchgeführt und bei Verstößen Bußgelder verhängt.³⁷⁶

300. Darüber hinaus stellt der Informationsaustausch mit Landeskartellbehörden, Gerichten, Vergabestellen und Staatsanwaltschaften eine weitere bedeutende Quelle dar, die zur Kartellaufdeckung beitragen kann. Auch auf europäischer und globaler Ebene kann eine Zusammenarbeit für die Informationsgewinnung sinnvoll sein. Ferner wendet das Bundeskartellamt sog. Screening-Methoden an.³⁷⁷ Hier werden öffentlich verfügbare Daten und Informationsquellen für die Kartellaufdeckung genutzt. Dieses Vorgehen eignet sich jedoch in der Regel nicht für die Generierung eines Erstverdachts, sondern wird genutzt, wenn es bereits erste Hinweise durch einen Kronzeugen oder Hinweisgeber gibt.³⁷⁸ Eine manuelle verdachtsunabhängige flächendeckende Überwachung von Märkten mittels Screening scheint hingegen als Instrument der Kartellaufdeckung ungeeignet. Dies gilt vor allem mit Blick auf die effiziente Verwendung von Personalressourcen.

301. Möglichkeiten zur Automatisierung einer Überwachung von Märkten mittels künstlicher Intelligenz (KI) stehen derzeit noch in den Anfängen.³⁷⁹ Mittelfristig ist fraglich, ob solche Methoden großflächig zur Identifikation von Kartellen genutzt werden können. Eine Voraussetzung wäre das Vorhandensein geeigneter Datensätze, mit denen eine KI „lernen“ kann, welche Eigenschaften oder Verhaltensweisen einen Markt auszeichnen, auf dem ein Kartell existiert. Insbesondere bedarf es großer Mengen von Daten, die Stichproben mit und ohne Kartell beinhalten.³⁸⁰ Eine mit diesen Daten trainierte KI könnte dann auf Märkten mit hinreichend homogenen Eigenschaften eingesetzt werden. Dass ein sektorübergreifender Einsatz möglich ist, darf hingegen bezweifelt werden. Es ist anzunehmen, dass ein Kartell im Bereich Brauereiwesen andere Muster aufweist, als ein Kartell im Bereich Zement.

³⁷³ BKartA, Merkblatt über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen für Kartellbeteiligte, a. a. O., vgl. Fn. 372, S. 1.

³⁷⁴ BKartA, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2019/2020, a. a. O., vgl. Fn. 104, S. 43.

³⁷⁵ Ebenda, vgl. Fn. 104, S. 43.

³⁷⁶ Laut Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes sind im Berichtszeitraum 2019-2020 insgesamt über 680 Meldungen über das Hinweisgebersystem eingegangen. Ebenda, vgl. Fn. 104, S. 43.

³⁷⁷ Ebenda, vgl. Fn. 104, S. 43.

³⁷⁸ Ebenda, vgl. Fn. 104, S. 43.

³⁷⁹ In ihrem XXII. Hauptgutachten hat die Monopolkommission sich bereits eingehend mit einer möglichen Rolle von Algorithmen bei der Bildung von Kartellen auseinandergesetzt. Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 45, Tz. 172 ff.

³⁸⁰ Abrantes-Metz, R. M., & Metz, A., Can Machine Learning Aide in Cartel Detection?, 2018, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3291633, S. 3; Linde, H., Künstliche Intelligenz: Wie sich Deep Learning vom Gehirn unterscheidet, 2022, S. 4, <https://www.golem.de/news/kuenstliche-intelligenz-wie-sich-deep-learning-vom-gehirn-unterscheidet-2202-162231.html>, Abruf am 20. März 2022.

Aus diesem Grund wurden KIs bisher nur zur Identifikation von Kartellen in spezifischen Bereichen getestet, die sich durch eine hohe Standardisierung auszeichneten.³⁸¹

302. Ein solcher Bereich sind Vergabeverfahren. Die standardisierten Abläufe bei solchen Verfahren führen zu einer hohen Datenqualität, durch die Muster klarer identifizierbar sind. Da Vergabeverfahren außerdem häufig regelmäßig durchgeführt werden, stehen oftmals Daten aus vergangenen Vergabeverfahren zur Verfügung, die eine gute Basis bilden, um eine KI zu trainieren. Allerdings ist auch bei Vergabeverfahren eine KI nur eingeschränkt kontextübergreifend einsetzbar. Bereits Länderunterschiede können sich z. B. auf die Präzision der Analyse auswirken.³⁸² Eine trainierte KI kann daher nicht ohne Weiteres in unterschiedlichen Vergabekontexten angewandt werden. Fraglich ist auch, ob eine öffentlich bekannte automatische Überwachung von Vergabeverfahren zu grundlegenden Verhaltensanpassungen aufseiten der Kartellanten führt. Die auf historische Daten angewiesenen KIs sind gegenüber solchen Änderungen möglicherweise nicht robust und könnten in der Folge Kartelle möglicherweise bereits nach kurzer Zeit nicht mehr mit hinreichender Zuverlässigkeit identifizieren. Zudem kann das Bundeskartellamt selbst einen Anfangsverdacht mittels solch eines Instrumentes nur generieren, wenn es Vergabeverfahren verdachtsunabhängig überwachen würde. Dies wäre mit der Herausforderung verbunden, dass die notwendigen Daten aus den Vergabeverfahren dem Bundeskartellamt zugänglich gemacht werden müssten. Um den Verwaltungsaufwand zu reduzieren, scheinen dezentrale Lösungen praktikabler, bei denen die Vergabeverfahren vorrangig durch den jeweiligen Auftraggeber oder einen von ihm beauftragten Dienstleister geprüft werden. Es ist zu erwarten, dass Vergabestellen, die durch Kartelle hohe Schäden erleiden, bereits aus Eigeninteresse entsprechende Instrumente zur Kartellaufdeckung nutzen werden, sobald eine gewisse Marktreife solcher Lösungen erreicht ist. Entsprechend hat die Deutsche Bahn im Dezember des Jahres 2020 z. B. angekündigt, bei ihren Vergaben eine KI zur Aufdeckung von Kartellen einzusetzen.³⁸³

303. Ein anderer Markt, in dem das Bundeskartellamt bereits über Daten verfügt, ist der Tankstellenmarkt. Hier wurde in einer Forschungsarbeit mit brasilianischen Daten eine KI erfolgreich zur Identifizierung von regionalen Kartellen getestet.³⁸⁴ An diesem Beispiel zeigt sich jedoch ein weiteres Problem, das den Einsatz einer KI erschweren kann. Obwohl in Deutschland umfangreiche und detaillierte Daten zu Preisänderungen in diesem Markt existieren, könnte eine KI mit den hiesigen Daten nicht für die Erkennung eines Kartells trainiert werden, da in Deutschland bisher kein Kartell im Bereich Tankstellen aufgedeckt wurde und folglich für das Training die Information fehlt, welche Eigenschaften einen Markt auszeichnen würden, auf dem ein solches Kartell aktiv ist. Ob ersatzweise eine mit internationalen Daten trainierte KI geeignet wäre, scheint angesichts nationaler regulatorischer Besonderheiten fraglich.

304. Aus den genannten Gründen wird, wie auch das Bundeskartellamt ausdrücklich betont, die Kronzeugenregelung auf absehbare Zeit ein wichtiges Instrument zur Kartellaufdeckung bleiben.³⁸⁵ Derzeit wird jedes zweite Kar-

³⁸¹ Huber, M., Imhof, D., Machine learning with screens for detecting bid-rigging cartels, *International Journal of Industrial Organization*, 65, 2019, 277-301; Huber, M., Imhof, D., Deep learning for detecting bid rigging: Flagging cartel participants based on convolutional neural networks, 2021, arXiv:2104.11142; Rabuzin, K., Modrusan, N., Prediction of Public Procurement Corruption Indices using Machine Learning Methods, *KMIS*, 2019, 333-340; Ralha, C. G., Silva, C. V. S. A multi-agent data mining system for cartel detection in Brazilian government procurement, *Expert Systems with Applications*, 39(14), 2012, 11642-11656; Silveira, D., Vasconcelos, S., Resende, M., Cajueiro, D. O., Won't get fooled again: A supervised machine learning approach for screening gasoline cartels, *Energy Economics*, 105, 2022, Article 105711.

³⁸² Huber, M., Imhof, D., Deep learning for detecting bid rigging: Flagging cartel participants based on convolutional neural networks, a. a. O., vgl. Fn. 381, S. 13 f.

³⁸³ Balsler, M., Algorithmen: Wie die Bahn Jagd auf Kartelle macht, *Süddeutsche Zeitung*, 14. Dezember 2020.

³⁸⁴ Silveira, D., Vasconcelos, S., Resende, M., Cajueiro, D. O., Won't get fooled again: A supervised machine learning approach for screening gasoline cartels, a. a. O., vgl. Fn. 381,.

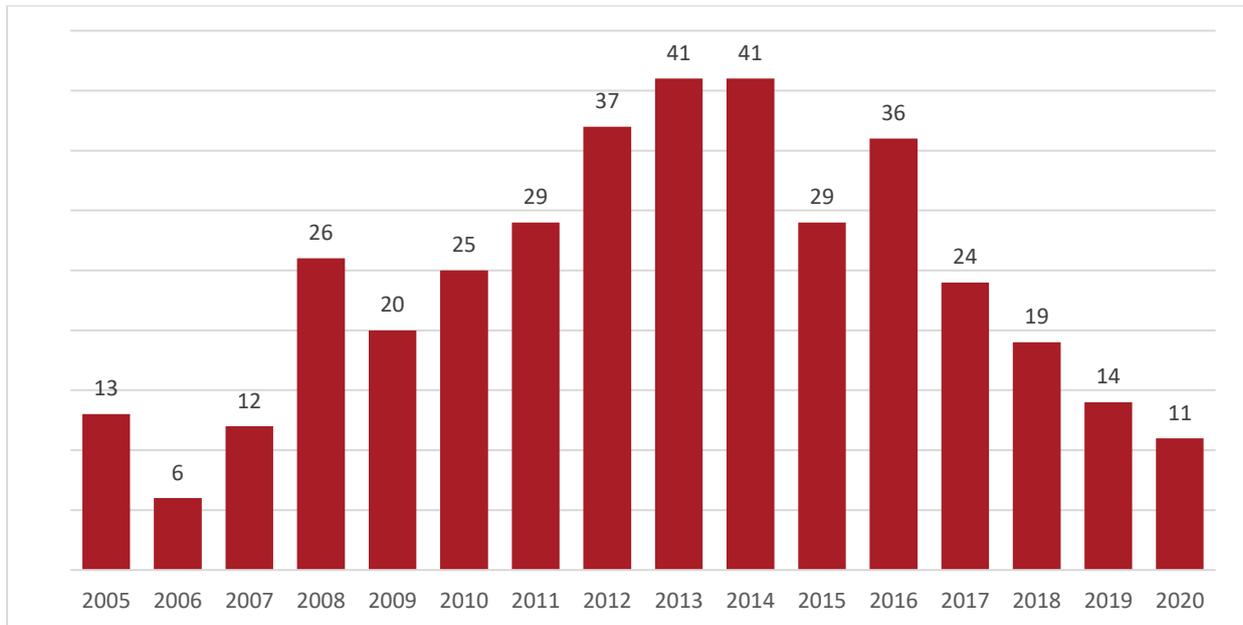
³⁸⁵ BKartA, Kronzeugen decken jedes zweite Kartell auf, 18. Januar 2020, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Interviews/DE/2020/200118_Funke%20Mediengruppe.html, Abruf am 28. Juni 2022.

tell durch kartellbeteiligte Unternehmen aufgedeckt, denen auf Basis ihrer Hinweise die Geldbuße erlassen werden kann.³⁸⁶

2.5.3 Entwicklung der Zahl der Kronzeugenanträge

305. Gemäß den Angaben des Bundeskartellamtes ist die Zahl der Bonusanträge im Zeitraum zwischen 2005 und 2013 nahezu kontinuierlich gestiegen. Der Höhepunkt wurde in den Jahren 2013 und 2014 erreicht, in denen die Anträge jeweils 41 Fälle betrafen. Seitdem sind die Zahlen wieder rückläufig.

Abbildung II.3: Anzahl der Fälle, in denen Bonusanträge gestellt wurden



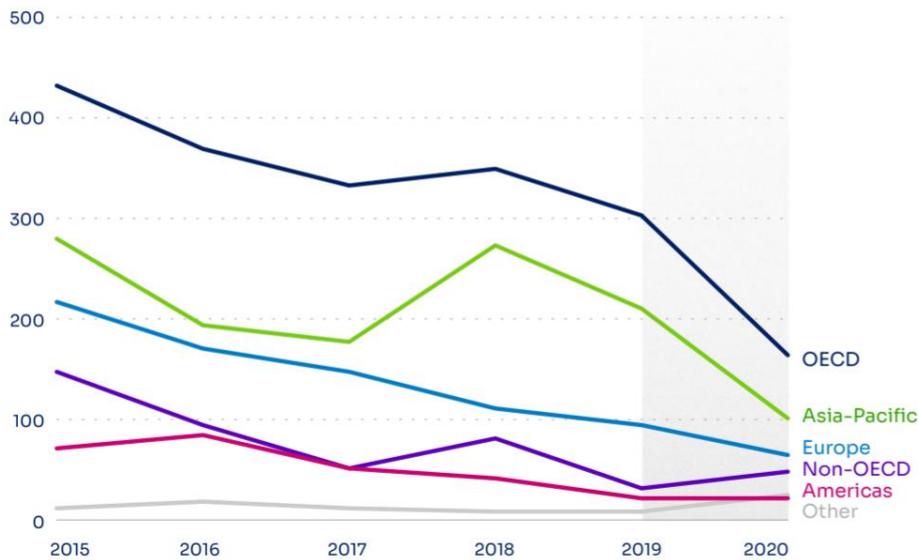
Quelle: Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2019/2020, BT-Drs. 19/30775, 16. Juni 2021, S. 39.

306. Ein Rückgang der Bonus- / Kronzeugenanträge ist nicht nur beim Bundeskartellamt, sondern auch bei anderen Wettbewerbsbehörden des European Competition Network und des International Competition Network zu beobachten. Nach dem Bericht der Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) über Wettbewerbstendenzen, der Daten aus 73 Ländern umfasst, gab es im Jahr 2015 insgesamt 577 Kronzeugenanträge in den Ländern, die über eine Kronzeugenregelung verfügen.³⁸⁷ Diese Zahl ist im Jahr 2020 auf 210 Kronzeugenanträge gesunken, obwohl mehrere Länder in diesem Zeitraum ein Kronzeugenprogramm begannen.³⁸⁸

³⁸⁶ BKartA, Kronzeugen decken jedes zweite Kartell auf, a. a. O., vgl. Fn.385.

³⁸⁷ OECD, a. a. O., vgl. Fn. 368, S. 12.

³⁸⁸ Ebenda, vgl. Fn. 368, S. 12.

Abbildung II.4: Anzahl der Kronzeugenanträge 2015 - 2020

Die Abbildung umfasst 48 Länder, die für alle sechs Jahre der OECD vollständige Daten zu Kronzeugenanträgen vorgelegt haben und in denen ein Kronzeugenprogramm in Kraft ist. OECD, Competition Trends 2022, 23. Februar 2022, S. 46, abrufbar unter <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-competition-trends-2022.pdf>, Abruf am 28. Februar 2022.

2.5.4 Mögliche Ursachen für eine rückläufige Anzahl von Kronzeugenanträgen

307. Sowohl das Bundeskartellamt als auch die Europäische Kommission haben sich aufgrund der rückläufigen Zahl der Kronzeugenanträge besorgt gezeigt. Das Bundeskartellamt vermutet einen Zusammenhang mit der im Jahr 2014 verabschiedeten EU-Kartellschadensersatzrichtlinie 2014/104/EU, die im Zuge der 9. GWB-Novelle im Jahr 2017 in deutsches Recht umgesetzt wurde.³⁸⁹ Diese erzeuge Ungewissheit bei potenziellen Kronzeugen, da ihnen bei einer Kartellaufdeckung die Geltendmachung von Kartellschadensersatzansprüchen durch (mutmaßlich) Geschädigte droht.³⁹⁰ Ähnlich sieht es die Europäische Kommission, die darauf verweist, dass die gesteigerte Kartellschadensersatzaktivität einen Einfluss auf die Attraktivität der Kronzeugenregelung haben könne, sowie die OECD, die international beobachtet hat, dass die Einführung oder Verschärfung von Kartellschadensersatzrichtlinien typischerweise zu Rückgängen bei den Kronzeugenanträgen in den nachfolgenden Jahren führt.³⁹¹ Gegenüber der Monopolkommission weist die Europäische Kommission zusätzlich darauf hin, dass nicht nur die EU-Kartellschadensersatzrichtlinie von Bedeutung sei. Global aktive Kartellbeteiligte würden, sobald sie ein Kartell als Kronzeuge aufdecken, auch mit rechtlichen Risiken in Jurisdiktionen außerhalb der Europäischen Union konfrontiert. Dies könne sie von einem Kronzeugenantrag abhalten. Daher sei der Ausbau der Zusammenarbeit zwischen Wettbewerbsbehörden nicht nur auf europäischer, sondern auch auf globaler Ebene ein wichtiger Aspekt.

308. Neben einer höheren rechtlichen Unsicherheit, unter anderem durch die EU-Kartellschadensersatzrichtlinie, kommen weitere Ursachen für den Rückgang der Kronzeugenanträge infrage. Denkbar ist z. B. auch, dass die Kartellrechtsdurchsetzung effektiver geworden ist und daher derzeit weniger Kartelle als in der Vergangenheit gebildet werden. Folgt man Miller (2009), so zeigt sich nach der Einführung einer Kronzeugenregelung typischerweise zunächst ein Anstieg bei der Zahl der gemeldeten Fälle, weil einige der bestehenden Kartelle durch die Regelung destabilisiert werden.³⁹² Anschließend nimmt die Fallzahl jedoch ab, weil viele der Kartelle, die potenziell gemeldet

³⁸⁹ Parr, BKartA head says immunity from follow-on actions for leniency applicants remains on the agenda – Georgetown 2021, <https://app.parr-global.com/intelligence/view/intelcms-jbrjf3>, Abruf am 25. März 2022; Parr, EC in ‘regular discussions’ on leniency attractiveness, <https://app.parr-global.com/intelligence/view/intelcms-jqss7v>, Abruf am 15. März 2022.

³⁹⁰ Anger, H., Warum Kartellamtschef Mundt das Kronzeugenprogramm ausweiten will, Handelsblatt, 10 Januar 2022.

³⁹¹ Parr, a. a. O., vgl. Fn. 389; OECD, a. a. O., vgl. Fn. 368, S. 47.

³⁹² Miller, N. H., Strategic leniency and cartel enforcement, American Economic Review, 99(3), 2009, 750-768, S. 752.

werden würden, unter der neuen Regelung so instabil wären, dass sie gar nicht erst gebildet werden.³⁹³ Eine abnehmende Fallzahl kann also ein Indiz dafür sein, dass z. B. die Kronzeugenregelung wie gewünscht präventiv gegen die Kartellbildung wirkt. In diesem Sinne könnte ein Rückgang der Kronzeugenanträge sogar dafür sprechen, dass die EU-Kartellschadensersatzrichtlinie die Kartellrechtsdurchsetzung weiter effektiviert hat. Dafür spricht, dass aus Sicht potenzieller Kartellmitglieder die Schadensersatzforderungen zunächst wie eine Erhöhung der Bußgeldzahlungen wirkt. Ein Kartell zu bilden, ist bei höheren erwarteten Zahlungen in dem Fall der Aufdeckung grundsätzlich weniger attraktiv,³⁹⁴ egal ob diese Zahlungen aufgrund einer Geldbuße oder durch Schadensersatzklagen anfallen. Der vom Bundeskartellamt in den Vordergrund gerückte Effekt, dass Kronzeugen möglicherweise von Kronzeugenanträgen absehen, weil sie Schadensersatzforderungen fürchten, wirkt hingegen primär auf die Stabilität von bestehenden Kartellen, weil der Anreiz, solche Kartelle zu melden, geringer ist. Kombiniert man diese Überlegungen, dann hat die EU-Kartellschadensersatzrichtlinie möglicherweise die Zahl der gebildeten Kartelle reduziert, auf die dennoch gebildeten Kartelle jedoch stabilisierend gewirkt.³⁹⁵ Beide Effekte würden zu einer Reduzierung der Kronzeugenanträge führen.

309. Ein Indiz für eine gestiegene Sensibilität der Unternehmen gegenüber möglichen finanziellen Belastungen aus Kartellrechtsverstößen durch Bußgelder und Schadensersatzforderungen ist möglicherweise, dass in den letzten Jahren das Thema Compliance – d. h. die Sicherstellung der Einhaltung von Gesetzen und Regeln – im Bereich Kartellverstöße an Bedeutung gewonnen hat.³⁹⁶ In diesem Rahmen nehmen Unternehmen interne Prüfungen vor und lassen ihre Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter entsprechend schulen.³⁹⁷ Sie bewirken dadurch eine Sensibilisierung ihrer Beschäftigten im Hinblick auf kartellrechtswidriges Verhalten.³⁹⁸ Dies könnte zu einem allgemeinen Rückgang bei der Kartellbildung und in der Folge zu weniger Kronzeugenanträgen beigetragen haben. Daneben kommt ab dem Jahr 2020 auch die Covid-19-Pandemie als Einflussfaktor infrage, sofern sie die persönliche Kommunikation zwischen Wettbewerbsunternehmen – etwa durch Absagen von Messen oder gemeinsamen Treffen – erschwert haben sollte. Einflüsse der Pandemie auf die Kartellbildung selbst dürften jedoch erst zu einem späteren Zeitpunkt beobachtbar sein, da Kartelle üblicherweise einige Jahre bestehen, bevor sie aufgedeckt werden. Zudem könnte sich die allgemeine wirtschaftliche Belastung der Wettbewerbsunternehmen auf die Meldebereitschaft ausgewirkt haben.

310. Abschließend prüfen lässt sich der mögliche Einfluss der genannten Faktoren nicht, da die Zahl der nicht aufgedeckten Kartelle naturgemäß unbekannt ist und daher nicht beurteilt werden kann, ob generell weniger Kartelle als in der Vergangenheit gebildet werden. Auffällig ist jedoch, wie die OECD in einer Analyse beschreibt, dass die Zahl der Kronzeugenanträge weltweit zurückgegangen ist, also auch in Ländern außerhalb der EU, in denen es keine substantiellen Änderungen bei den Schadensersatzregelungen gegeben hat.³⁹⁹ Es ist daher unwahrscheinlich, dass hier die alleinige Ursache für einen Rückgang der Kronzeugenanträge in Deutschland liegt.

³⁹³ Miller, N. H., a. a. O., vgl. Fn. 392, S. 752.

³⁹⁴ Siehe dazu das Experiment von Bigoni, M., Fridolfsson, S. O., Le Coq, C., Spagnolo, G., Trust, leniency, and deterrence. *The Journal of Law, Economics, and Organization*, 31(4), 2015, 663-689, S. 678 f.

³⁹⁵ Dafür sprechen die Resultate einer aktuellen Studie von Bodnar et al. (2021), die in einem Laborexperiment die Wirkung einer solchen Schadensersatzregelung untersuchen. Sie zeigen, dass die Zahl der gebildeten Kartelle durch eine Schadensersatzregelung sinkt. Einen relativen Rückgang der Meldungen beobachten sie indes nicht, führen dies aber auf die Gestaltung ihres Experimentes zurück, das möglicherweise zu kurz war, um Lerneffekte zu beobachten. Bodnar, O., Fremerey, M., Normann, H. T., Schad, J. L., The effects of private damage claims on cartel activity: Experimental evidence, DICE Discussion Paper No. 315, 2021, <https://www.econstor.eu/handle/10419/235205>, Abruf am 29. März 2022. Urban, J., Große Fische, weites Netz? – Kritik der neuen Verweisungspraxis zu Art. 22 FKVO, *WuW*, 2021, S. 674-682, 676 f.

³⁹⁶ Zimmer, D., Geht dem Bundeskartellamt die Arbeit aus?, *WuW*, 2022, S. 181.

³⁹⁷ Jungermann, S., Prävention: Licht ins Dunkel, <https://www.compliance-manager.net/fachartikel/licht-ins-dunkel-1587512307>, Abruf am 20. März 2022.

³⁹⁸ Jungermann, S., Prävention: Licht ins Dunkel, a. a. O., vgl. Fn. 397.

³⁹⁹ OECD, a. a. O., vgl. Fn. 368, S. 46 f.

2.5.5 Attraktivität von Kronzeugenanträgen durch weitergehende Haftungsbefreiung steigern

311. Der Tatsache, dass die Einführung der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie nicht gesichert für einen Rückgang der Kronzeugenanträge verantwortlich gemacht werden kann, steht nicht entgegen, dass eine Optimierung der derzeitigen Kronzeugenregelungen die Kartellrechtsdurchsetzung weiter effektivieren würde. Das deutsche Recht sieht in § 33e Abs. 1 Satz 1 GWB im Rahmen der Umsetzung des Art. 11 Abs. 4a der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie vor, dass der Kronzeuge „*ein an einem Kartell beteiligtes Unternehmen oder eine an dem Kartell beteiligte natürliche Person, dem oder der im Rahmen eines Kronzeugenprogramms der vollständige Erlass der Geldbuße gewährt wurde (Kronzeuge), nur zum Ersatz des Schadens verpflichtet ist, der seinen oder ihren unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten aus dem Verstoß entsteht.*“ Von der Regelung ausgenommen sind Kartellbeteiligte, die nur von einer Ermäßigung der Geldbuße profitieren, weil sie Informationen und Beweise vorgelegt haben, die gegenüber den der Wettbewerbsbehörde bereits vorliegenden einen erheblichen Mehrwert aufweisen.⁴⁰⁰ Durch die Regelung können Geschädigte, die in Bezug auf die vom Kartellverstoß betroffenen Dienstleistungen oder Güter keine unmittelbare oder mittelbare Vertragsbeziehung zu dem Kronzeugen haben, für den Ersatz ihres vollständigen Schadens nur die übrigen Kartellbeteiligten in Anspruch nehmen.⁴⁰¹ Andere Geschädigte können gemäß § 33e Abs. 1 Satz 2 GWB in Umsetzung des Art. 11 Abs. 4b der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie den Kronzeugen nur für den Schadensersatz infolge einer Zuwiderhandlung gegen § 33a Abs. 1 GWB belangen, wenn sie von den Mitkartellanten ihren Schaden nicht in voller Höhe ersetzt bekommen. Dabei kann es dem Geschädigten zugemutet werden, dass er „*zumindest einmal*“ eine Zwangsvollstreckung aufgrund seines Schadensersatzanspruchs gegen jeden der Kartellbeteiligten versucht.⁴⁰² Bleiben die Versuche des Geschädigten ohne Erfolg oder werden seine Schadenersatzansprüche nur teilweise von den Kartellbeteiligten befriedigt, so kann er sich für den noch nicht ersetzten Schaden an den Kronzeugen wenden.⁴⁰³ Um zu verhindern, dass die Privilegierung des Kronzeugen im Außenverhältnis durch den Innenregress unterlaufen wird, beschränkt § 33e Abs. 3 Satz 1 GWB in Umsetzung von Art. 11 Abs. 5 der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie außerdem seinen Haftungsanteil im Innenverhältnis auf die Höhe des Schadens, den er seinen unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern verursacht hat.⁴⁰⁴ Der übrige, über die Beschränkung des § 33e Abs. 3 Satz 1 GWB hinausgehende Haftungsanteil, wächst anteilig den übrigen Schädigern an.⁴⁰⁵ Dagegen ist der Kronzeuge nach § 33e Abs. 3 Satz 2 GWB in Umsetzung von Art. 11 Abs. 6 der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie im Innenverhältnis nicht für solche Schäden privilegiert, die Personen entstehen, die von keinem der Mitkartellanten unmittelbare oder mittelbare Abnehmer oder Lieferanten sind.⁴⁰⁶ Insbesondere sind damit Preisschirmgeschädigte gemeint, die Waren bei Kartellaußenseibern erworben und aufgrund des Kartells überhöhte Preise gezahlt haben.⁴⁰⁷

312. Viel spricht dafür, die Effektivität des Instruments der Kronzeugenanträge weiter zu stärken, indem diese bestehenden Privilegien des Kronzeugen noch weiter gefasst werden, sodass dieser sowohl im Innen- als auch im Außenverhältnis in Bezug auf Schadensersatzforderungen noch umfassender befreit ist. Eine Schlechterstellung

⁴⁰⁰ In der Regierungsbegründung zu Neunten GWB Novelle heißt es: „*Der Begriff des Kronzeugen entspricht der Definition des Artikels 2 Nummer 19 in Verbindung mit Nummer 15 der [EU-Kartellschadensersatz-]Richtlinie. Kronzeuge ist bezogen auf einen Verstoß stets nur das Unternehmen bzw. die natürliche Person, die als Erste die Voraussetzungen des jeweiligen Kronzeugenprogramms für den vollständigen Erlass der Geldbuße erfüllt.*“ Regierungsbegründung zur Neunten GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207 vom 7. November 2016, S. 59.

⁴⁰¹ Regierungsbegründung zur Neunten GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, a. a. O., vgl. Fn. 400, S. 60.

⁴⁰² Ebenda, vgl. Fn. 400, S. 60.

⁴⁰³ Ebenda, vgl. Fn. 400, S. 60.

⁴⁰⁴ Mackenrodt, M.O., in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, München, 2017, § 33e Tz. 55.

⁴⁰⁵ Regierungsbegründung zur Neunten GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, a. a. O., vgl. Fn. 400, S. 60.

⁴⁰⁶ Mackenrodt, M.O., in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, a. a. O., vgl. Fn. 404, § 33e Tz. 62.

⁴⁰⁷ Ebenda, vgl. Fn. 404, § 33e Tz. 62; Franck, J.U., in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB, 6. Aufl., München, 2020, § 33e Tz. 13.

der Geschädigten könnte verhindert werden, indem die übrigen Mitglieder des Kartells die betreffenden Schadensersatzforderungen tragen. Zugleich würden die Geschädigten kurzfristig von einer erhöhten Aufdeckungsrate und langfristig von einem Rückgang der Kartelle profitieren. Um diese Wirkung einer weitergehenden Privilegierung auf die Kartellbildung nachzuvollziehen, sollte zunächst wiederum beachtet werden, dass aus Sicht eines Kartellanten Schadensersatzzahlungen im Wesentlichen nur eine weitere Form von Sanktionen sind. Sowohl bei Bußgeldern als auch bei Schadensersatzzahlungen zahlt er einen Geldbetrag. Wer der Adressat der Zahlung ist, ist grundsätzlich von geringer Bedeutung. Muss der Kronzeuge keine Bußgeldzahlungen, aber Schadensersatz leisten, wirkt dies folglich, als wäre er zumindest in reduzierter Form von Sanktionen betroffen, sobald er das Kartell aufdeckt. Eine Befreiung von Schadensersatzforderungen entspricht in ihrer Wirkung folglich einer Reduktion von Sanktionen.

313. Die Wirkung einer solchen Reduktion wird deutlich, wenn man das Kalkül eines Unternehmens betrachtet, das sich unter der derzeitigen Gesetzeslage in einem Kartell befindet. Dieses hat zu jedem Zeitpunkt drei wesentliche Szenarien gegeneinander abzuwägen. (1) Es kann das Kartell fortführen. In diesem Fall profitiert das Unternehmen weiterhin z. B. von höheren Preisen. Zugleich ist die Fortführung des Kartells mit dem Risiko behaftet, Bußgelder und Schadensersatz leisten zu müssen, wenn das Kartell aufgedeckt wird.⁴⁰⁸ (2) Es kann das Kartell stillschweigend verlassen. In diesem Fall besteht weiterhin das Risiko, dass das Kartell im Nachhinein aufgedeckt wird und Bußgelder und Schadensersatz geleistet werden müssen. (3) Es kann das Kartell verlassen und dieses als Kronzeuge der Wettbewerbsbehörde melden. In diesem Fall muss nahezu mit Sicherheit zwar kein Bußgeld gezahlt werden, aber es entstehen Schadensersatzforderungen.

314. Ziel der zusätzlichen Befreiung des Kronzeugen von Schadensersatzforderungen ist es nun, die Attraktivität von Szenario (3) gegenüber Szenario (1) und (2) zu erhöhen. Gegenüber Szenario (1), um die Zahl bestehender Kartelle zu vermindern sowie die Bildung neuer Kartelle aufgrund von Instabilität unattraktiv zu machen, und gegenüber Szenario (2), um die Wahrscheinlichkeit zu erhöhen, dass Geschädigte der aufgedeckten Kartelle eine Entschädigung erhalten. Die Befreiung des Kronzeugen trägt hierzu in mehrfacher Hinsicht bei. Der offensichtlichste Effekt ist, dass Szenario (3) durch eine Befreiung attraktiver wird, weil der Kronzeuge keinen Schadensersatz zahlen muss.⁴⁰⁹ Daneben existieren jedoch noch weitere Effekte. Eine solche Regelung hat auch Einfluss auf die Wahrscheinlichkeit, dass das Kartell aufgedeckt wird. Durch die Möglichkeit, eine Befreiung von Schadensersatzforderungen zu erlangen, wird Szenario (3) nicht nur für das Unternehmen selbst, sondern auch für die anderen Mitglieder des Kartells attraktiver. Dadurch steigt das Risiko, dass ein anderes Mitglied die Kronzeugenregelung in Anspruch nimmt und somit das Kartell aufdeckt. Dadurch erhöht sich für das Unternehmen in Szenario (1) und (2) die Wahrscheinlichkeit, Bußgeld und Schadensersatz zahlen zu müssen. Dies macht sowohl Szenario (1) als auch Szenario (2) für das Unternehmen weniger attraktiv und somit Szenario (3) attraktiver.⁴¹⁰ Des Weiteren führt die Umverteilung des vom Kronzeugen verursachten Schadens auf die übrigen Kartellmitglieder dazu, dass die Schadensersatzforderungen an diese Unternehmen höher ausfallen. Auch dies macht für alle Unternehmen Szenario (1) und (2) weniger attraktiv und damit Szenario (3) attraktiver. Dieser durch die Umverteilung generierte Effekt ist umso stärker, je länger das Kartell besteht, da sich die Schadenssummen über die Dauer der Kartelllebensdauer akkumulieren. Daher würde eine Befreiung des Kronzeugen vor allem bei langlebigen Kartellen die Stabilität erheblich beeinträchtigen.

315. Aus diesem Grund wurde eine weitergehende Befreiung in der Literatur bereits mehrfach befürwortet.⁴¹¹ Empirisch gestützt werden die theoretischen Überlegungen durch ökonomische Laborexperimente, die in der Regel

⁴⁰⁸ Dies entspricht den Annahmen von Kirst, P., Van den Bergh, R. The European directive on damages actions: a missed opportunity to reconcile compensation of victims and leniency incentives. *Journal of Competition Law & Economics*, 12(1), 2016, 1-30, S. 13.

⁴⁰⁹ Siehe für vergleichbares Ergebnis Buccrossi, P., Marvão, C., Spagnolo, G., Leniency and Damages: Where Is the Conflict?, *The Journal of Legal Studies*, 49(2), 2020, 335-379, S. 349.

⁴¹⁰ Ebenda, a. a. O., vgl. Fn. 409, S. 352 f.

⁴¹¹ Siehe z. B. Kersting, C., Removing the tension between public and private enforcement: Disclosure and privileges for successful leniency applicants, *Journal of European Competition Law & Practice*, 5(1), 2014, S. 2-5; Kirst, P., Van den Bergh, R. The European

klare Indizien für einen Zusammenhang zwischen der Befreiung des Kronzeugen von Sanktionen und einer geringeren Anzahl von Kartellen liefern.⁴¹² Auch die bereits in Tz. 308 erwähnten auf Daten aus den USA basierenden Ergebnisse von Miller (2009) bestätigen, dass solche Befreiungen zu einer erhöhten Aufdeckung und anschließend zu einer besseren Prävention bei der Kartellbildung führen.⁴¹³ Mit Bezug auf die Europäische Union zeigt Brenner (2009), dass ein frühes, ab dem Jahr 1996 in der EU geltendes Kronzeugenprogramm die Informationsbeschaffung der Wettbewerbsbehörde erleichterte, sodass Prozesskosten und Verfahrensdauer verringert werden konnten.⁴¹⁴ Einen Einfluss dieses Programms auf die Zahl der aufgedeckten Kartelle oder die Kartellbildung konnte er indes nicht nachweisen.⁴¹⁵ Er führt dies darauf zurück, dass das Programm aus dem Jahr 1996 noch keine vollständige Befreiung von Bußgeldern vorsah und dass die Befreiung auch Kartellmitglieder betraf, die sich erst im späteren Verlauf eines Kartellverfahrens kooperativ zeigten.⁴¹⁶ Die Befreiung von Schadensersatzforderungen im Speziellen wurde, von theoretischen Arbeiten abgesehen, nach Kenntnisstand der Monopolkommission bisher nur von Bodnar et al. (2021) experimentell untersucht.⁴¹⁷ Mit ihren Resultaten bestätigen sie die bisherigen experimentellen Ergebnisse, indem sie zeigen, dass Bußgeldbefreiungen die Zahl der Kartelle senkt.⁴¹⁸ Eine Verstärkung dieses Effektes durch die zusätzliche Befreiung von Schadensersatzforderungen können sie ebenfalls beobachten.⁴¹⁹ Aufgrund einer zu geringen Anzahl an Beobachtungen in ihrem Experiment ist dieser Effekt jedoch nicht signifikant, sodass er durch weitere Forschung bestätigt werden muss, um hieraus verwertbare Ergebnisse ableiten zu können.

316. In der wissenschaftlichen Literatur werden zum Teil auch Bedenken hinsichtlich einer Bußgeldbefreiung von Kronzeugen geäußert. Die genannten Argumente überzeugen jedoch nicht gegen eine zusätzliche Befreiung des Kronzeugen von Schadensersatzforderungen. Eine Befreiung von Schadensersatzforderungen wird vielmehr teilweise sogar als Lösung für mögliche Probleme einer Kronzeugenregelung vorgeschlagen. Zwei wesentliche Kritikpunkte an einer Befreiung von Bußgeldern lassen sich der Literatur entnehmen. (1) Kronzeugenanträge könnten von Kartellanten als Drohung genutzt werden, um das Kartell zu stabilisieren. Sowohl Spangolo (2000) als auch Ellis und Wilson (2001) betrachten eine Situation, in der ein Unternehmen aus einem Kartell austreten, aber das Kartell der Wettbewerbsbehörde nicht melden will, weil dann Schadensersatz gezahlt werden müsste. In einer solchen Situation könnten Mitkartellanten dem Unternehmen damit drohen, das Kartell bei seinem Austritt an die Wettbewerbsbehörde zu melden.⁴²⁰ Der Austritt würde aus Sicht des Unternehmens daher zwingend dazu führen, dass

directive on damages actions: A missed opportunity to reconcile compensation of victims and leniency incentives, *Journal of Competition Law & Economics*, 12(1), 2016, 1-30; Buccrossi, P., Marvão, C., Spagnolo, G., *Leniency and Damages: Where Is the Conflict?*, a. a. O., vgl. Fn. 409.

⁴¹² Apestequia, J., Dufwenberg, M., Selten, R., *Blowing the whistle*. *Economic Theory*, 31(1), 2007, 143-166; Hinloopen, J., Soetevent, A. R., *Laboratory evidence on the effectiveness of corporate leniency programs*, *The RAND Journal of Economics*, 39(2), 2008, 607-616; Bigoni, M., Fridolfsson, S. O., Le Coq, C., Spagnolo, G., *Fines, leniency, and rewards in antitrust*. *The RAND Journal of Economics*, 43(2), 2012, 368-390; Feltovich, N., Hamaguchi, Y., *The Effect of Whistle-Blowing Incentives on Collusion: An Experimental Study of Leniency Programs*, *Southern Economic Journal*, 84(4) 2018, 1024-1049; Clemens, G., Rau, H. A., *Do discriminatory leniency policies fight hard-core cartels?*, *Journal of Economics & Management Strategy*, 28(2), 2019, 336-354.

⁴¹³ Miller, N. H., *Strategic leniency and cartel enforcement*. *American Economic Review*, 99(3), 2009, 750-768.

⁴¹⁴ Brenner, S., *An empirical study of the European corporate leniency program*, *International Journal of Industrial Organization*, 27(6), 2009, 639-645.

⁴¹⁵ Ebenda, vgl. Fn. 414, S. 643 f.

⁴¹⁶ Ebenda, vgl. Fn. 414, S. 644 f.

⁴¹⁷ Bodnar, O., Fremerey, M., Normann, H. T., Schad, J. L., *The effects of private damage claims on cartel activity: Experimental evidence*, DICE Discussion Paper No. 315, 2021, <https://www.econstor.eu/handle/10419/235205>, Abruf am 29. März 2022.

⁴¹⁸ Ebenda, vgl. Fn. 417, S. 21 ff.

⁴¹⁹ Ebenda, vgl. Fn. 417, S. 32 ff.

⁴²⁰ Spagnolo, G., *Self-defeating antitrust laws: How leniency programs solve Bertrand's Paradox and enforce collusion in auctions*, Available at SSRN 236400, 2000, S. 25, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=236400, Abruf am 28. April 2022; Ellis, C. J., Wilson, W. W., *What doesn't kill us makes us stronger: An analysis of corporate leniency policy*, 2001, <https://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.17.636&rep=rep1&type=pdf>, Abruf am 28. April 2022.

Schadensersatz gezahlt werden muss, unabhängig davon, ob es selbst das Kartell meldet. Durch diesen Mechanismus können Kartelle stabiler werden. Es ist offensichtlich, dass eine Befreiung des Kronzeugen von der Haftung auf Schadensersatz dieses Problem nicht nur nicht verschärft, sondern sogar behebt, weil es dann keinen Grund mehr für das Unternehmen gibt, bei einem Austritt das Kartell nicht selbst zu melden. Entsprechend schlägt auch Spangolo (2000) eine zusätzliche Befreiung des Kronzeugen von Schadensersatzforderungen als Lösung vor.⁴²¹ (2) Die Befreiung des Kronzeugen von Sanktionen, d. h. Bußgeldern und Schadensersatz, könnte dazu führen, dass Unternehmen eher bereit sind, in ein Kartell einzutreten, da sie mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit erwarten, Kronzeuge zu werden und keine Sanktionen zahlen zu müssen.⁴²² Dieses Argument basiert auf der Annahme, dass einer Befreiung des Kronzeugen keine zusätzliche Belastung der übrigen Kartellanten gegenübersteht. Bei einer Regelung, bei der die Mitkartellanten für den vom Kronzeugen verursachten Schaden aufkommen, besteht dieses Problem nicht. Zwar hat das Unternehmen, sofern es tatsächlich Kronzeuge wird, keine Sanktionen zu fürchten. Dem steht jedoch eine höhere Belastung gegenüber, falls einer der Mitkartellanten Kronzeuge wird. Im Erwartungswert bleibt die Höhe der potenziellen Sanktionen bei einer Kartellgründung gleich. Selbst wenn ein Unternehmen bei der Kartellbildung antizipieren kann, dass es mit höherer Wahrscheinlichkeit als seine Mitkartellanten Kronzeuge sein wird, steht seinem geringeren Erwartungswert in Bezug auf mögliche Sanktionen ein höherer Erwartungswert bei seinen Mitkartellanten gegenüber. Diese werden in der Regel eine Kartellbildung mit einem Unternehmen vermeiden, das mit hoher Wahrscheinlichkeit Kronzeuge werden würde.

2.5.6 Vorschlag für eine Regelung zur weitergehenden Befreiung des Kronzeugen von Schadensersatzforderungen

317. Insgesamt spricht der derzeitige Forschungsstand dafür, dass eine weitergehende Befreiung des Kronzeugen von Schadensersatzforderungen die Effektivität des Kartellrechts steigern würde. Eine entsprechende Regelung könnte wie folgt aussehen:

„Ein an einem Kartell beteiligtes Unternehmen oder eine an dem Kartell beteiligte natürliche Person, dem oder der im Rahmen eines Kronzeugenprogramms der vollständige Erlass der Geldbuße gewährt wurde (Kronzeuge), ist erst dann zum Ersatz des Schadens verpflichtet, wenn von den übrigen Rechtsverletzern kein vollständiger Ersatz erlangt werden kann. Der Ausgleichbeitrag, den der Kronzeuge zu tragen hätte, fällt im Innenverhältnis anteilig bei den übrigen Rechtsverletzern entsprechend ihres eigenen jeweiligen Haftungsbeitrags an. Eine Haftungsbeschränkung nach Satz 1 ist ausgeschlossen, wenn 1) der Kronzeuge marktbeherrschend ist oder 2) wenn er unwahre Angaben gegenüber der Wettbewerbsbehörde macht.“

318. Gemäß der vorgeschlagenen Regelung können sich die Geschädigten lediglich nachrangig an den Kronzeugen wenden, wenn die Geltendmachung ihrer Schadensersatzansprüche bei den übrigen Rechtsverletzern erfolglos bleibt oder nur ein Teil ihrer Ansprüche ersetzt wird. Die Regelung stellt sicher, dass das „Sonderopfer“ nicht von den Geschädigten, sondern in der Regel von den übrigen Schädigern getragen wird.

319. Mit Blick auf die übrigen Schädiger sollte vermieden werden, dass diese durch die Übernahme der vom Kronzeugen verursachten Schäden einer zu hohen Belastung ausgesetzt werden. Eine solche läge beispielsweise vor, wenn vergleichsweise kleine Unternehmen deutlich überproportional belastet würden und sich deshalb aus dem Wettbewerb zurückziehen müssten. Dies würde den Wettbewerb und damit langfristig auch die Konsumentinnen und Konsumenten schädigen. Um solche Fälle zu verhindern, steht den übrigen Schädigern zunächst bei der gesamtschuldnerischen Haftung gemäß § 33d GWB auch weiterhin die Möglichkeit offen, sich an die übrigen Kartellanten, ausgenommen den Kronzeugen, zu wenden, um von ihnen einen Ausgleich im Innenverhältnis zu verlan-

⁴²¹ Spagnolo, G., Self-defeating antitrust laws: How leniency programs solve Bertrand's Paradox and enforce collusion in auctions, a. a. O., vgl. Fn. 420, S. 25.

⁴²² Motta, M., Polo, M., Leniency programs and cartel prosecution. International Journal of Industrial Organization, 21(3), 2003, 347-379.

gen, wenn ein über den Anteil des Unternehmens hinausgehender Schadensersatz gezahlt wurde.⁴²³ Darüber hinaus haben Hornkohl (2022) und Kersting (2022) vorgeschlagen, dass die öffentliche und private Rechtsdurchsetzung zusammengeführt werden sollten.⁴²⁴ Schadensersatzzahlungen könnten dann mit der Bußgeldhöhe verrechnet werden.⁴²⁵ Eine rechtliche Umsetzung dieses Vorschlags dürfte jedoch hoch komplex sein. Aus diesem Grund erscheint es praktikabler, Kartellanten vor zu hohen Belastungen durch die Übernahme des vom Kronzeugen verursachten Schadens dann zu schützen, wenn die Marktposition des Kronzeugen es wahrscheinlich macht, dass die Belastungen seiner Wettbewerber den Wettbewerb und damit auch die Kundinnen und Kunden schädigen würde. Dies wäre der Fall, wenn der Kronzeuge über eine marktbeherrschende Position verfügt. Ein solches Unternehmen wird in den allermeisten Fällen im Vergleich zu seinen Mitkartellanten eine große relative Verantwortung für den Schaden tragen, da es hohe Umsätze, einen großen Marktanteil und eine besondere Rolle im Markt innehat.⁴²⁶ Daher schließt die vorgeschlagene Regelung eine weitergehende Befreiung von Schadensersatzansprüchen bei marktbeherrschenden Unternehmen aus.

320. Die Regelung stellt außerdem sicher, dass die Kronzeugenregelung nicht als strategisches Instrument genutzt wird, indem falsche Angaben gemacht werden, die z. B. dazu geeignet sein könnten, den Schaden der Wettbewerber zu erhöhen. Daneben trägt die Regelung auch dem Effektivitätsgrundsatz Rechnung. Der Kartellschadensersatzanspruch ist im europäischen Raum ein relativ junges Rechtsinstrument. Der Ursprung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung liegt in den Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen *Courage* und *Manfredi*. Hier wurde auf der Grundlage des Effektivitätsgrundsatzes ein Schadensersatzanspruch ohne Sekundärrechtsgrundlage hergeleitet.⁴²⁷ Dieser Grundsatz besagt gemäß der EuGH-Rechtsprechung, dass die Ausübung der aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte des Einzelnen durch nationale Bestimmungen nicht praktisch unmöglich oder übermäßig erschwert werden darf.⁴²⁸ Dies würde im Falle der vorgeschlagenen Regelungen die Schadensersatzansprüche betreffen, die bei den direkten Kundinnen und Kunden des Kronzeugen anfallen, sofern diese ihren Schaden nicht ersetzt bekämen. Da im Hinblick auf die Frage, gegen wen ein Schadensersatzanspruch geltend gemacht werden soll, in dem EuGH-Urteil in der Rechtssache *Courage* keine abschließende Aussage getroffen wird,⁴²⁹ ist die vorgeschlagene Regelung, solange die Möglichkeit zur Inanspruchnahme von Schadensersatz gegenüber den anderen Kartellmitgliedern erhalten bleibt, mit dem Effektivitätsgrundsatz vereinbar.

⁴²³ Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. L 349 vom 5. Dezember 2014, Erwägungsgrund 37: „Wenn mehrere Unternehmen gemeinsam gegen die Wettbewerbsvorschriften verstoßen — wie im Falle eines Kartells —, ist es angebracht vorzusehen, dass diese gemeinsam handelnden Rechtsverletzer gesamtschuldnerisch für den gesamten durch diese Zuwiderhandlung verursachten Schaden haften. Wenn einer der Rechtsverletzer mehr Schadensersatz gezahlt hat, als seinem Anteil entspricht, so sollte dieser einen Ausgleichsanspruch gegen die anderen gemeinsamen Rechtsverletzer haben.“

⁴²⁴ Hornkohl, L., A Solution to Europe’s Leniency Problem: Combining Private Enforcement Leniency Exemptions with Fair Funds, 2022, <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2022/02/18/a-solution-to-europes-leniency-problem-combining-private-enforcement-leniency-exemptions-with-fair-funds/>, Abruf am 29. April 2022. Kersting, C, Agenda 2025: Reform des Kartellschadensersatzrechts, <https://www.d-kart.de/blog/2022/04/12/agenda-2025-reform-des-kartellschadensersatzrechts/>, Abruf am 29. April 2022.

⁴²⁵ Hornkohl (2022) schlägt z. B. vor, dass Schadensersatzforderungen mit den Einnahmen aus den Bußgeldern beglichen werden. Hornkohl, L., A Solution to Europe’s Leniency Problem: Combining Private Enforcement Leniency Exemptions with Fair Funds, a. a. O., vgl. Fn. 424.

⁴²⁶ Gemäß Erwägungsgrund 37 der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie bestimmt sich der Anteil am Schadens anhand der relativen Verantwortung des betreffenden Rechtsverletzers und der einschlägigen Kriterien, wie Umsatz, Marktanteil oder Rolle in dem Kartell.

⁴²⁷ Soltész, U., Effet Utile als Allzweckwaffe im Kartellschadensersatz, *EuZW* 2021, 869-873, S. 869.

⁴²⁸ EuGH, C-298/04, 13. Juli 2006, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, Rz. 62, Rz. 71; EuGH, C-453/99, 20. September 2001, *Courage*, ECLI:EU:C:2001:465, Rz. 29; EuGH, C-261/95, 10. Juli 1997, *Palmisani*, ECLI:EU:C:1997:351, Rz. 27.

⁴²⁹ Roth, W.-H., Privatrechtliche Kartellrechtsdurchsetzung zwischen primärem und sekundärem Unionsrecht, *ZHR* 2015, 668-689, S. 686.

321. Die Regelung stimmt auch grundsätzlich mit den Zielen der Europäischen Kommission überein. Diese verweist selbst darauf, dass eine Kartellaufdeckung und Ermittlung ohne die Mitwirkung von daran beteiligten Unternehmen oder Einzelpersonen häufig enorm aufwendig ist.⁴³⁰ Vor diesem Hintergrund wird mit Bezug auf die Bußgeldbefreiung ausdrücklich betont, dass es im Gemeinschaftsinteresse liegt, „an dieser Art von rechtswidrigen Verhaltensweisen beteiligte(n) Unternehmen, die zur Beendigung ihrer Beteiligung und zur Mitwirkung an der Untersuchung bereit sind, (...) Gegenleistungen zu gewähren“.⁴³¹ Durch seine Kooperation trägt der Kronzeuge entscheidend dazu bei, erstens dass der Kartellrechtsverstoß abgestellt und zweitens dass der Schaden, der durch eine weitere Fortsetzung des Verstoßes bei den Geschädigten anfallen würde, vermieden wird.⁴³² Zwar hat der Kronzeuge eine Zuwiderhandlung begangen, indem er zusammen mit den übrigen Rechtsverletzern ein Kartell gebildet hat. Ohne sein nachträgliches Verhalten würde das Kartell jedoch fortbestehen.

322. Um den Vorteil der Kartellaufdeckung durch einen Kronzeugen für Geschädigte zu erhöhen, könnte die Privilegierung des Kronzeugen bei Schadensersatzforderungen zusätzlich an eine dritte Bedingung geknüpft werden, die vorsieht, dass er seine Kronzeugenerklärung auch gegenüber den Geschädigten offenlegt. Durch eine Offenlegung von Kronzeugenerklärungen wird es für Geschädigte einfacher, Kartellschadensersatzklagen zu erheben, da ihnen mehr Informationen zur Verfügung stehen. Nach aktueller Gesetzeslage sind Kronzeugenerklärungen gemäß Art. 6 Abs. 6 der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie und gemäß § 33g Abs. 4 GWB von einer Offenlegung als Beweismittel im Zivilprozess ausgeschlossen. Eine solche Einschränkung ist nicht mehr notwendig, wenn der Kronzeuge in der Regel von Schadensersatzansprüchen befreit ist. Bisher steht der Offenlegung für Zivilprozesse entgegen, dass dem Kronzeugen durch seine Kronzeugenerklärung keine Nachteile in Zivilprozessen erwachsen sollen, da sich dies nachteilig auf seine Offenlegungsbereitschaft auswirken würde. Es besteht ein Spannungsfeld zwischen der Kartellaufdeckung einerseits und der Geltendmachung der Schadensersatzansprüche andererseits. In diesem Kontext verweist die Europäische Kommission in ihrem Bericht über die Umsetzung der wichtigsten Bestimmungen der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie auf die große Bedeutung einer Balance zwischen einer wirksamen behördlichen und einer privaten Rechtsdurchsetzung.⁴³³ Sowohl auf Unions- als auch auf mitgliedstaatlicher Ebene befasst sich die Rechtsprechung häufig mit der Frage, ob Kronzeugenunterlagen offengelegt werden dürfen.⁴³⁴ Die Regelung würde hier Rechtssicherheit und Transparenz schaffen. Einer solchen Regelung steht jedoch entgegen, dass insbesondere bei internationalen Kartellen eine Offenlegung der Kronzeugenunterlagen gegenüber Geschädigten nachteilig für den Kronzeugen sein kann, wenn er in anderen Jurisdiktionen, in denen das Kartell möglicherweise ebenfalls aktiv war, keine Privilegien genießt oder ihm sogar strafrechtliche Sanktionen drohen. Mitunter ist es Geschädigten aber auch ohne eine Offenlegung der Kronzeugenunterlagen gegenüber der Europäischen Kommission möglich, solche Informationen in zivilgerichtlichen Verfahren zu erhalten. So besteht z. B. unter

⁴³⁰ EU-Kommission, Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. C 298 vom 8. Dezember 2006, S. 17.

⁴³¹ Ebenda.

⁴³² Im Hinblick auf die Schlüsselrolle der Unternehmen im Rahmen der Kronzeugenregelung vgl. Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. L 349 vom 5. Dezember 2014, Erwägungsgrund 38.

⁴³³ EU-Kommission, Commission Staff Working Document on the implementation of Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, SWD (2020) 338 final, 14. Dezember 2020, S. 7.

⁴³⁴ Siehe etwa EuGH, C-162/15 P, 14. März 2017, Evonik Degussa, ECLI:EU:C:2017:205; Cour de Cassation, 440 F-D, 8. Juli 2020, Truck, ECLI:FR:CCASS:2020:CO00440.

bestimmten Umständen die Möglichkeit, auf Basis des US-amerikanischen Discovery-Gesetzes Informationen aus Kartellverfahren der Europäischen Kommission über US-amerikanische Gerichte zu erlangen.⁴³⁵

323. Von einer Vergünstigung für Kartellbeteiligte, die nur von einer Ermäßigung der Geldbuße profitieren, weil sie Informationen und Beweise vorgelegt haben, die gegenüber den der Wettbewerbsbehörde bereits vorliegenden einen erheblichen Mehrwert aufweisen, sollte weiterhin abgesehen werden. Eine Kooperation lohnt sich für diese bereits, da sie eine Ermäßigung der Geldbuße erlangen können. Eine zusätzliche Vergünstigung ist nicht notwendig und würde die Gefahr erhöhen, dass die übrigen Unternehmen durch die Schadensersatzforderungen zu hoch belastet werden.

324. Die betreffende Gesetzesänderung kann nur auf Grundlage einer Änderung der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie erfolgen. Die EU-Kartellschadensersatzrichtlinie sieht in Art. 11 Abs. 4 lit. a vor, dass der Kronzeuge gegenüber seinen unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten gesamtschuldnerisch haftbar ist. Art. 20 Abs. 1 der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie sieht vor, dass die Europäische Kommission die EU-Kartellschadensersatzrichtlinie überprüft und dem Europäischen Parlament und dem Rat bis zum 27. Dezember 2020 einen Bericht dazu vorlegt. Diese Prüfung ist bereits erfolgt. Es wurde jedoch festgestellt, dass aufgrund unzureichender Erfahrungswerte eine weitere Prüfung in der Zukunft notwendig ist.⁴³⁶ Außerdem sieht Art. 20 Abs. 3 der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie die Möglichkeit für einen Gesetzgebungsvorschlag seitens der Europäischen Kommission vor. Im Zuge dessen könnte die Bundesregierung auf eine Änderung hinwirken. Eine so geschaffene einheitliche Lösung auf Unionsebene stünde auch mit Art. 114 Abs. 1 AEUV im Einklang, der besagt, dass das Europäische Parlament und der Rat Maßnahmen ergreifen, die darauf abzielen, Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten anzugleichen, welche zur Errichtung und zum Funktionieren des Binnenmarkts beitragen.

2.5.7 Weitestgehende zivilrechtliche Privilegierung von Kronzeugen zur Effektivierung der Kronzeugenregelung

325. Die Analyse hat gezeigt, dass die Zahl der Kronzeugenanträge als Indikator für die Effektivität der Kronzeugenregelung nur sehr eingeschränkt nutzbar ist. Eine sinkende Zahl von Anträgen kann nicht nur auf eine ineffektive Regelung hindeuten, sondern auch darauf, dass diese und andere wettbewerbspolitischen Maßnahmen dazu führen, dass die Zahl der Kartelle insgesamt abnimmt. Eine effektive Regelung ließe sich am ehesten dadurch erkennen, dass die Zahl der aufgedeckten Kartelle kurzfristig steigt und langfristig sinkt. Eine gesicherte Evidenz bietet indes auch solch eine Entwicklung nicht, da überlagernde Effekte existieren können. Dieses empirische Problem lässt sich nicht auflösen, da die Zahl der aktiven Kartelle nicht gesichert ermittelt werden kann. Für eine Beurteilung bedarf es daher anderer Methodiken. Sowohl die Erkenntnisse aus der theoretischen Literatur als auch die Erkenntnisse aus der Experimentalliteratur liefern Hinweise, dass eine weitestgehende Befreiung des Kronzeugen von Sanktionen dazu beiträgt, Kartelle zu destabilisieren. Von einer Befreiung des Kronzeugen von Schadensersatzforderungen ist dies daher ebenfalls zu erwarten. Da das primäre Ziel der Schutz der Geschädigten ist, sollte bei einer entsprechenden Gesetzesänderung sichergestellt bleiben, dass die Geschädigten ihre Ansprüche geltend machen können. Durch eine nachrangige Haftung des Kronzeugen kann dies gewährleistet werden.

326. Die Monopolkommission empfiehlt daher, dass die Kartellschadensersatzrichtlinie lediglich eine nachrangige Haftung des Kronzeugen bei Schadensersatzansprüchen vorsieht. Eine entsprechende Regelung könnte wie folgt lauten:

⁴³⁵ Siehe hierzu Völcker, S., in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1: EU/Teil 2, 6. Aufl., München, 2020, EU-US, Tz. 11 mit Verweis auf die einschlägigen Fälle Intel Corporation v. Advanced Micro Devices Inc., 542 U.S. (2004), No. 02/572 und Microsoft Corporation, Az. C 06-80038JF (PVT).

⁴³⁶ EU-Kommission, Kartellrecht: Kommission veröffentlicht Bericht über Umsetzung der EU-Schadensersatzrichtlinie, Pressemitteilung, 14. Dezember 2020.

„Ein an einem Kartell beteiligtes Unternehmen oder eine an dem Kartell beteiligte natürliche Person, dem oder der im Rahmen eines Kronzeugenprogramms der vollständige Erlass der Geldbuße gewährt wurde (Kronzeuge), ist erst dann zum Ersatz des Schadens verpflichtet, wenn von den übrigen Rechtsverletzern kein vollständiger Ersatz erlangt werden kann. Der Ausgleichbeitrag, den der Kronzeuge zu tragen hätte, fällt im Innenverhältnis anteilig bei den übrigen Rechtsverletzern entsprechend ihres eigenen jeweiligen Haftungsbeitrags an. Eine Haftungsbeschränkung nach Satz 1 ist ausgeschlossen, wenn 1) der Kronzeuge marktbeherrschend ist oder 2) wenn er unwahre Angaben gegenüber der Wettbewerbsbehörde macht.“

2.6 Bewertung von Kooperationen zum Netzausbau im Regulierungs- und Kartellrecht nach der TKG-Novelle 2021

327. Das Verhältnis zwischen Regulierungs- und allgemeinem Wettbewerbsrecht⁴³⁷ ist vielschichtig und in Teilen nicht abschließend geklärt. Im Telekommunikationsbereich wird ein potenzieller Konflikt in der Anwendungspraxis derzeit durch folgende Entwicklungen offenbar: Erstens hat das OLG Düsseldorf in einem Beschluss vom 22. September 2021 die Freigabeentscheidung des Bundeskartellamts für das Gemeinschaftsunternehmen Glasfaser Nordwest aufgehoben. Zweitens ist zum 1. Dezember 2021 eine Novellierung des Telekommunikationsgesetzes (TKG) durch das Telekommunikationsmodernisierungsgesetz in Kraft getreten, die eigenständige Bestimmungen zur Bewertung von Kooperationen enthält, die neben die des GWB und des AEUV treten.⁴³⁸ Zunächst ist zu klären, wie sich diese neuen Bestimmungen in das bestehende System einfügen und in welchem Verhältnis die Rechtsgrundlagen des Regulierungsrechts und des allgemeinen Wettbewerbsrechts bei der Bewertung von Kooperationen stehen. Sodann ist in institutioneller Hinsicht zu klären, wie widersprüchliche Entscheidungen der jeweils zuständigen Behörden möglichst vermieden werden können. Dabei soll sowohl auf den allgemeinen Diskussionsstand zum Verhältnis zwischen Regulierungs- und allgemeinem Wettbewerbsrecht als auch speziell auf die neuen Regelungen im TKG eingegangen werden.

2.6.1 Die Entscheidungen in dem Fall Glasfaser Nordwest und Novellierung des TKG 2021

328. Das Bundeskartellamt hat im Dezember 2019 in zwei parallel geführten Verfahren, einem Kartellverwaltungsverfahren⁴³⁹ und einem Fusionskontrollverfahren,⁴⁴⁰ eine Kooperation in Form eines Gemeinschaftsunternehmens der EWE AG (EWE) und der Telekom Deutschland GmbH (TDG) genehmigt, die den gemeinsamen Bau und Betrieb von Glasfasernetzen in Nordwestdeutschland zum Ziel hat. In dem Kartellverwaltungsverfahren hat das Bundeskartellamt Verpflichtungszusagen der Unternehmen für bindend erklärt und diese bei der fusionskontrollrechtlichen Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens berücksichtigt. Insbesondere sollte durch eine Zugangszusage sichergestellt werden, dass Drittunternehmen über Vorleistungen, die von dem Gemeinschaftsunternehmen erbracht werden, den Endkundinnen und Endkunden wettbewerbsfähige Angebote unterbreiten können.⁴⁴¹ Die Zusagen waren nach Auffassung des Bundeskartellamtes geeignet, die wettbewerbsschädlichen Wirkungen des Zusammenschlusses auf ein unbedenkliches Maß zu reduzieren, sodass das Zusammenschlussvorhaben letztlich – ohne

⁴³⁷ Da die Förderung des Wettbewerbs gemäß § 1 Abs. 1 TKG ein Hauptzweck des Telekommunikationsregulierungsrechts ist, kann dieses im Kern als Wettbewerbsrecht verstanden werden, siehe dazu Cornils, M., in: Schütz, R./Geppert, M. (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, München, 2013, § 2, Tz. 91. Daher sollen in Abgrenzung zum Regulierungsrecht die Regelungen des GWB und der unionsrechtliche Wettbewerbsrahmen im Folgenden als „allgemeines Wettbewerbsrecht“ bezeichnet werden, ohne dass mit dieser Bezeichnung bereits ein bestimmtes Rangverhältnis der Normen impliziert werden soll.

⁴³⁸ Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung) und zur Modernisierung des Telekommunikationsrechts (Telekommunikationsmodernisierungsgesetz) vom 23. Juni 2021, BGBl. I Nr. 25 vom 28.6.2021, 1858, siehe dort die §§ 18, 19 TKG.

⁴³⁹ BKartA, B7-21/18, 4. Dezember 2019, Glasfaser Nordwest Kartellverwaltungsverfahren.

⁴⁴⁰ BKartA, B7-21/18, 30. Dezember 2019, Glasfaser Nordwest Fusionskontrollverfahren.

⁴⁴¹ BKartA, B7-21/18, Glasfaser Nordwest Kartellverwaltungsverfahren, a. a. O., vgl. Fn. 439, Tz. 136.

eigene fusionskontrollrechtliche Nebenbestimmungen – freigegeben werden konnte. Diese Entscheidung hat die Monopolkommission bereits in ihrem XXIII. Hauptgutachten und dem Sektorgutachten Telekommunikation 2021 kritisch gewürdigt und insbesondere dafür plädiert, eine Kooperation marktmächtiger Unternehmen zum Ausbau von Glasfasernetzen auf solche Gebiete zu beschränken, in denen ausschließlich ein gemeinsamer Netzausbau wirtschaftlich möglich ist.⁴⁴²

329. Über die bereits in den vorangegangenen Gutachten dargelegten Aspekte hinaus haben die in der Sache getroffene Beschwerdeentscheidung des OLG Düsseldorf vom 22. September 2021 und die Neuerungen der TKG-Novelle 2021 weitere Fragen hinsichtlich Kooperationsvorhaben im Glasfaserbereich aufgeworfen. In seinem Beschluss zu einer Beschwerde gegen die fusionskontrollrechtliche Freigabeentscheidung des Bundeskartellamts stellt das OLG Düsseldorf fest, dass die Zusagen von EWE und TDG im Kartellverwaltungsverfahren nicht ausreichend gewesen seien, um die wettbewerbsrechtlichen Bedenken zu beseitigen und daher die Voraussetzungen für eine Untersagung des Zusammenschlussvorhaben weiterhin erfüllt gewesen sind.⁴⁴³ Insbesondere verhindere die Verpflichtung des Gemeinschaftsunternehmens, diskriminierungsfreien Vorleistungszugang für Drittunternehmen zu gewähren, nicht, dass insgesamt zu hohe Vorleistungspreise verlangt würden.⁴⁴⁴ Gegen diese Entscheidung des OLG Düsseldorf ist eine Nichtzulassungsbeschwerde unter dem Az. KVZ 64/21 anhängig. Seit der Reform des TKG im Jahr 2021 können Kooperationen von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht unter den Voraussetzungen der §§ 18, 19 TKG indes ausdrücklich positiv gewürdigt werden. Diese Regulierungserleichterungen bei Ausbaukooperationen sind unionsrechtlich durch eine Richtlinie, den Europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (EKEK), vorgegeben.⁴⁴⁵ Fraglich ist, inwiefern eine kartell- bzw. fusionskontrollrechtliche Prüfung von Kooperationen durch die Wettbewerbsbehörden im Telekommunikationsbereich künftig sinnvoll ist, wenn die Bundesnetzagentur das entsprechende Vorhaben zuvor regulierungsrechtlich geprüft und für im Einklang mit den gesetzlichen Vorgaben erklärt hat.

2.6.2 Materieil-rechtliches Verhältnis von Regulierungs- und allgemeinem Wettbewerbsrecht

2.6.2.1 Grundsätzlicher Vorrang von ausdifferenzierten Regelungen des Regulierungsrechts

330. Die Frage, ob auf einen Sachverhalt, der von regulierungsrechtlichen Vorschriften erfasst wird, auch das allgemeine Wettbewerbsrecht anwendbar ist, ist bis heute nicht abschließend und vollständig überzeugend beantwortet. Sofern die Normen auf derselben Hierarchiestufe stehen, ist es denkbar, die Regelungen des Wettbewerbsrechts als stets neben denen des Regulierungsrechts anwendbar (sog. Idealkonkurrenz), oder durch Subsidiarität⁴⁴⁶ oder Spezialität⁴⁴⁷ verdrängt anzusehen.⁴⁴⁸ Welches Verhältnis zwischen den gesetzlichen Regelungen besteht, kann entweder ausdrücklich im Gesetz geregelt sein oder muss durch Auslegung ermittelt werden.

⁴⁴² Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 5, Tz. 445 ff., insb. 462 sowie Monopolkommission, 12. Sektorgutachten Telekommunikation, a. a. O., vgl. Fn. 32, Tz. 57 ff.

⁴⁴³ OLG Düsseldorf, Kart 5/20 (V), 22. September 2021, Glasfaser Nordwest, juris.

⁴⁴⁴ Ebenda, vgl. Fn. 443, Tz. 154 ff., 159 sowie Tz. 135 und Tz. 120.

⁴⁴⁵ Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation vom 11. Dezember 2018, ABl. L 321 vom 17.12.2018, 36.

⁴⁴⁶ Subsidiarität liegt dann vor, wenn von mehreren auf einen Sachverhalt einschlägigen Normen eine nur in dem Fall zur Anwendung kommt, dass die andere nicht eingreift, Säcker, F. J., in: Säcker, F. J. (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, 3. Auflage, Frankfurt am Main, 2013, Einl. I, Tz. 40.

⁴⁴⁷ Um ein Spezialitätsverhältnis handelt es sich hingegen, wenn mehrere Normen zwar denselben Sachverhalt umfassen und sich in ihren Voraussetzungen nur dadurch unterscheiden, dass die eine Norm eines oder mehrere Tatbestandsmerkmale enger begrenzt und spezieller ausgestaltet. Der speziellere Tatbestand umfasst somit den Tatbestand der allgemeineren Norm und enthält zusätzlich mindestens ein weiteres Tatbestandsmerkmal, ebenda, vgl. Fn. 446, Einl. I, Tz. 40.

⁴⁴⁸ Säcker, F. J., in: Säcker, F. J. (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, a. a. O., vgl. Fn. 446, Einl. I, Tz. 40.

331. Unumstritten ist lediglich, dass das Kartell- und das Missbrauchsverbot gemäß der Art. 101 f. AEUV aufgrund der Normenhierarchie nicht durch Sekundärrecht und nationales Recht verdrängt werden können.⁴⁴⁹ Damit kann weder der EKEK noch das TKG deren Anwendung grundsätzlich ausschließen. Zwar können nach Auffassung des EuGH und des BGH regulatorische Verpflichtungen für die Beurteilung relevant sein, ob ein Unternehmen missbräuchlich im Sinne des Art. 102 AEUV gehandelt hat.⁴⁵⁰ Dennoch kann etwa auch ein von der Regulierungsbehörde genehmigtes Entgelt missbräuchlich im Sinne des Art. 102 AEUV sein, wenn das Unternehmen ein nicht missbräuchliches Entgelt hätte beantragen können.⁴⁵¹ Die Art. 101 f. AEUV sind nur dann nicht anwendbar, wenn durch staatliche Maßnahmen ein eigenständiges Verhalten von Unternehmen ausgeschlossen ist.⁴⁵² Für den Preishöhenmissbrauch dürfte z. B. kaum ein eigenständiger Anwendungsbereich des Art. 102 Satz 2 lit. a AEUV neben den detaillierten Regelungen der §§ 37 ff. TKG⁴⁵³ bestehen und regelmäßig nur dann einschlägig sein, wenn die Verwirklichung weiterer missbräuchlicher Verhaltensweisen in Rede steht, die vom Regulierungsrecht nicht erfasst werden.⁴⁵⁴

332. Auf nationaler Ebene existiert mit § 2 Abs. 4 TKG eine gesetzliche Regelung, die Aussagen zum Verhältnis von TKG und GWB enthält. Diese sorgt jedoch letztlich nicht für eine Klarstellung. Nach dieser Norm bleiben die Vorschriften des GWB anwendbar, soweit nicht durch das TKG ausdrücklich abschließende, d. h. das allgemeine Wettbewerbsrecht ausschließende Regelungen getroffen werden. Zudem bleiben die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden unberührt. Misslich an dieser Regelung ist, dass im TKG keine einzige Regelung existiert, die einen ausdrücklichen Ausschluss des allgemeinen Wettbewerbsrechts enthält, so wie dies z. B. im Energierecht in § 111 Abs. 2 EnWG⁴⁵⁵ der Fall ist. Um zu vermeiden, dass § 2 Abs. 4 Satz 1 TKG vollständig leerläuft, wird daher in der Literatur überwiegend vorgeschlagen, auch eine „implizite Vorrangbehauptung“ anzuerkennen, da es nicht überzeugend sei, funktional äquivalente Vorschriften des TKG (etwa zur Zugangs- und Entgeltregulierung) durch das allgemeine Wettbewerbsrecht zu überlagern.⁴⁵⁶ Nach dieser Auffassung ist von einem Spezialitäts- und damit Vorrangverhältnis der regulierungsrechtlichen Vorschriften des TKG gegenüber dem GWB auszugehen, soweit das TKG funktional äquivalente Vorschriften enthält. Diese Auffassung ist plausibel, weil zumindest in einem ersten Schritt zunächst im spezielleren Regulierungsrecht, das sektorspezifische Besonderheiten stärker berücksichtigt, nach einer Lösung eines Problems zu suchen ist, bevor auf das allgemeine Wettbewerbsrecht zurückgegriffen wird. Soweit das Regulierungsrecht also spezielle Regelungen enthält, sind diese grundsätzlich vorrangig. Dies ist vor allem dann sinnvoll und geboten, wenn das Regulierungsrecht sehr ausdifferenzierte Regelungen enthält, in denen der Gesetzgeber auf supranationaler und nationaler Ebene konkrete Wertungsentscheidungen bereits bewusst

⁴⁴⁹ Ebenda, vgl. Fn. 446, § 2, Tz. 30.

⁴⁵⁰ EuGH, C-152/19 P, 25. März 2021, Zum Missbrauch durch Verweigerung des entbündelten Zugangs, ECLI:EU:C:2021:238, Rz. 57 unter Berufung auf EuGH, C-280/08 P, 14. Oktober 2010, Deutsche Telekom / Kommission, ECLI:EU:C:2010:603, Tz. 224 bzw. BGH, KZR 72/15, 22. Juni 2021, Missbrauch bei sektorspezifischer Entgeltregulierung, NZKart, 2021, 699, Rz. 14. Siehe auch EuGH, C-165/19 P, 25. März 2021, Breitbandmarkt Slowakei II, ECLI:EU:C:2021:239, Rz. 57.

⁴⁵¹ EuGH, C-280/08 P, Deutsche Telekom / Kommission, a. a. O., vgl. Fn. 450, Rz. 80 ff.

⁴⁵² Ebenda, vgl. Fn. 450, Tz. 80.

⁴⁵³ Für den Fall, dass Entgelte einer Genehmigungspflicht nach den §§ 39 ff. TKG unterworfen werden und die Bundesnetzagentur den Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung wählt, enthält etwa § 42 TKG detaillierte Regelungen zu den anzusetzenden Kosten.

⁴⁵⁴ BVerwG, 6 C 27.14, 16. Dezember 2015, Genehmigung des Verbindungsentgelts für Terminierung im Mobilfunknetz, ECLI:DE:BVERWG:2015:161215U6C27.14.0, Rz. 27.

⁴⁵⁵ § 111 EnWG lautet: (1) Die §§ 19, 20 und 29 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sind nicht anzuwenden, soweit durch dieses Gesetz oder auf Grund dieses Gesetzes erlassener Rechtsverordnungen ausdrücklich abschließende Regelungen getroffen werden. Die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden bleiben unberührt. (2) Die Bestimmungen des Teiles 3 und die auf Grundlage dieser Bestimmungen erlassenen Rechtsverordnungen sind abschließende Regelungen im Sinne des Absatzes 1 Satz 1.

⁴⁵⁶ Cornils, M., a. a. O., vgl. Fn. 437, § 2, Tz. 98 ff., Säcker, F. J., a. a. O., vgl. Fn. 446, § 2, Tz. 26 ff.; Gärditz, K. F., in: Scheurle, K.-D./Mayen, T. (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, 3. Auflage, München, 2018, § 2, Tz. 76; Ruthig, J., in: Fetzer, T./Scherer, J./Graulich, K. (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, 3. Auflage, Berlin, 2021, § 2, Tz. 39:

getroffen hat. Das betrifft vor allem die Vorschriften zur Zugangs- und Entgeltregulierung, die im Telekommunikationsrecht stark ausdifferenziert sind und über Empfehlungen und Leitlinien der Europäischen Kommission und des Gremiums europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) kontinuierlich fortentwickelt werden. Im Zweifel ist dennoch auch auf nationaler Ebene davon auszugehen, dass das allgemeine Wettbewerbsrecht ergänzend anwendbar bleibt, da eine klare und ausdrückliche gesetzliche Regelung zum Ausschluss des allgemeinen Wettbewerbsrechts fehlt. Außerdem fehlen im TKG z. B. spezielle telekommunikationsrechtliche Regelungen zur Zusammenschlusskontrolle und zum Kartellverbot.⁴⁵⁷ Dennoch gilt es in den Bereichen, in denen das allgemeine Wettbewerbsrecht das Regulierungsrecht ergänzt oder nur allgemeines Wettbewerbsrecht existiert, die Wertungen des Regulierungsrechts zu berücksichtigen, da das Regulierungsrecht Wertungsentscheidungen des Gesetzgebers enthält, die im allgemeinen Wettbewerbsrecht keine explizite Erwähnung finden. Dies betrifft insbesondere die im Regulierungsrecht enthaltenen umfassenden Zielbestimmungen, die durch die Regulierungsbehörden in Einzelentscheidungen konkretisiert und ausgestaltet werden.⁴⁵⁸ Gleichzeitig beruht das Regulierungsrecht auf Sekundärrecht, das bei einem möglichen Zielkonflikt – genauso wie das gegebenenfalls umzusetzende nationale Recht – primärrechtskonform insbesondere anhand der Art. 101 f. AEUV ausgelegt werden muss.

333. Insgesamt ist festzuhalten, dass die Art. 101 f. AEUV schon aus Gründen der Normenhierarchie grundsätzlich nicht verdrängt sein können. Jedoch sollten auch bei einer Anwendung dieser Normen – genauso wie im nationalen Recht – die spezielleren Wertungen des Regulierungsrechts, wie sie im Gesetz und der Regulierungspraxis zum Ausdruck kommen, Berücksichtigung finden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die spezielleren Wertungen auf Unionsrecht beruhen. In den Bereichen, in denen es ausdifferenzierte Regeln im Regulierungsrecht gibt (insbesondere bei der Zugangs- und Entgeltregulierung), ist zunächst auf diese zurückzugreifen. Dies bedeutet für die Praxis, dass in den Bereichen, in denen umfangreiche regulierungsrechtliche Vorgaben im TKG existieren, zunächst die Bundesnetzagentur gefragt ist, den ihr vom Gesetzgeber übertragenen Gestaltungsauftrag insbesondere bei der Zugangs- und Entgeltregulierung (§§ 20 ff. bzw. 37 ff. TKG), aber – wenn auch in einem geringeren Maße – auch bei der besonderen Missbrauchsaufsicht (§ 50 TKG) auszuüben. Hierbei ist zu bedenken, dass sowohl die Zugangs- und Entgeltregulierung als auch die besondere Missbrauchsaufsicht⁴⁵⁹ ohnehin nur dann anwendbar ist – und damit auch nur dann vorrangig sein kann –, wenn die Bundesnetzagentur zuvor in einem förmlichen Verfahren nach den §§ 10, 11 TKG das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht eines bestimmten Unternehmens festgestellt hat. Im Zuge dieser Prüfung muss im Einvernehmen⁴⁶⁰ mit dem Bundeskartellamt (§ 197 Abs. 1 Nr. 1 TKG) insbesondere die Insuffizienz des allgemeinen Wettbewerbsrechts (§ 11 Abs. 2 Nr. 3 TKG) für einen bestimmten Markt festgestellt worden sein. Das allgemeine Wettbewerbsrecht sollte in diesen Fällen nur dort angewendet werden, wo eine bestimmte Missbrauchsform durch das Regulierungsrecht nicht erfasst wird und folglich eine Lücke besteht oder die Bundesnetzagentur aus anderen Gründen untätig bleibt. Sofern ein Einschreiten sowohl durch das Bundeskartellamt als auch die Bundesnetzagentur möglich ist, wie etwa bei Preis-Kosten-Scheren, sollte zunächst die Bundesnetzagentur tätig werden, da ihr mit der Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes die primäre Verantwortung für die Schaffung und Erhaltung des dortigen Wettbewerbs zukommt. Während die Missbrauchsaufsicht im TKG mit der Zugangs- und Entgeltregulierung, aber auch der allgemeinen Missbrauchsaufsicht (§ 50 TKG) umfassend geregelt ist, existieren etwa bei der Fusionskontrolle und dem Kartellverbot⁴⁶¹ nahezu ausschließlich Regelungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts. Hier wird folglich dem allgemeinen Wettbewerbs-

⁴⁵⁷ Cornils, M., a. a. O., vgl. Fn. 437, § 2, Tz. 102 sowie zum Kartellverbot Gärditz, K. F., a. a. O., vgl. Fn. 456, § 2, Tz. 76.

⁴⁵⁸ Siehe etwa Art. 1 EKEK bzw. § 2 TKG sowie die speziellen Bestimmungen in den einzelnen Teilen des TKG, z. B. der Frequenzverwaltung, § 87 TKG.

⁴⁵⁹ Für die besondere Missbrauchsaufsicht nach § 50 TKG war dies umstritten, wurde jedoch vom Bundesverwaltungsgericht bejaht, BVerwG, BVerwG, 6 C 21/06, 18. April 2007, Rz. 17.

⁴⁶⁰ Dies bedeutet, dass eine Zustimmung seitens des Bundeskartellamtes erforderlich ist, Gramlich, L., in: Scheurle, K.-D./Mayen, T. (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, 3. Auflage, München, 2018, § 123, Tz. 5

⁴⁶¹ Auch vor der TKG-Novellierung im Jahr 2021 enthielt § 2 Abs. 3 Nr. 4 TKG a. F. einen Regulierungsgrundsatz, wonach Kooperationsvereinbarungen zuzulassen seien, um effiziente Investitionen zu fördern, wenn zugleich der Wettbewerb gewahrt sein kann.

recht eine größere Bedeutung zukommen. Dennoch sollten auch hier die Wertungen des Regulierungsrechts stets mitberücksichtigt werden, insbesondere wenn den Regulierungsbehörden eigenständige Gestaltungsspielräume eingeräumt werden. In der Praxis wird es in allen Bereichen auf eine gute Abstimmung zwischen der Bundesnetzagentur und den Wettbewerbsbehörden ankommen. Wie dies im Einzelfall gelingen kann, wird im Folgenden anhand der im TKG in den §§ 18, 19 TKG neu eingefügten Vorschriften zu Kooperationen erörtert.

2.6.2.2 Kooperationsfreigaben der Bundesnetzagentur als vorgelagerte Regulierungsentscheidungen zwingend zu berücksichtigen

334. Bezüglich Kooperationen von Telekommunikationsunternehmen zum Zwecke des Glasfaserausbaus besteht die Situation, dass es nicht mehr – wie bislang – nahezu⁴⁶² ausschließlich Regelungen im allgemeinen Wettbewerbsrecht gibt. Das TKG sieht seit seiner Novellierung zum Dezember 2021 in Umsetzung von Art. 76 EKEK ein spezielles Prüfverfahren für als „Ko-Investitionsangebot“ bezeichnete Angebote zur Kooperation von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht vor. Im Rahmen des Prüfverfahrens kann das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eine Verpflichtungszusage abgeben, die ein Ko-Investitionsangebot bezüglich der Errichtung von Netzen mit sehr hoher Kapazität⁴⁶³ enthält (§ 18 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 TKG). Mit der Erarbeitung von Leitlinien hinsichtlich der Ausgestaltung solcher Angebote ist gemäß Art. 76 Abs. 4 EKEK das GEREK betraut. Nach Auffassung des GEREK sind insbesondere Angebote erfasst, welche die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen oder Modelle zur gegenseitigen oder einseitigen Zugangsgewährung beinhalten.⁴⁶⁴ Sobald die Bundesnetzagentur in dem förmlichen Verfahren unter Beteiligung der Marktteilnehmer feststellt, dass die Verpflichtungszusage die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, erklärt sie diese ganz oder teilweise für verbindlich (§ 19 Abs. 1 Satz 1 TKG). Zu den Voraussetzungen gehört, dass das Ko-Investitionsangebot Netzbetreibern und Diensteanbietern über die gesamte Lebensdauer des Netzes offensteht, dass das Angebot faire, angemessene und nichtdiskriminierende Bedingungen für die Beteiligung enthält, dass es veröffentlicht wird und dass auch dritte, nicht an der Ko-Investition beteiligte Unternehmen zu fairen, angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen Vorleistungszugang erhalten können (§ 18 Abs. 3 TKG). Zudem sehen § 13 Abs. 4 Sätze 3 und 4 TKG vor, dass sofern (mindestens) ein Ko-Investor das in der Verpflichtungszusage enthaltene Ko-Investitionsangebot annimmt, dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht regelmäßig Regulierungserleichterungen zu gewähren sind, sofern nicht besondere Merkmale des betrachteten Marktes dennoch eine strengere Regulierung rechtfertigen.

335. Fraglich ist, inwiefern eine kartell- bzw. fusionskontrollrechtliche Prüfung von Kooperationen im Telekommunikationsbereich noch sinnvoll erscheint, wenn die Bundesnetzagentur ein entsprechendes Vorhaben bereits regulierungsrechtlich geprüft und für im Einklang mit den gesetzlichen Vorgaben erklärt hat. Der EU-Gesetzgeber geht davon aus, dass Kooperationen den Breitbandausbau in Gebieten fördern, in denen ein infrastrukturbasierter Wettbewerb nicht effizient ist und dabei gleichzeitig ein nachhaltiger Wettbewerb gewahrt werden kann (vgl. Erwägungsgrund 198 EKEK). Es ist insbesondere wertungswidersprüchlich, wenn eine Kooperation im Regulierungsrecht die Erleichterung von Verpflichtungen des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht zu rechtfertigen vermag, anschließend jedoch über das allgemeine Wettbewerbsrecht verhindert wird, zumal das Telekommunikationsrecht im Kern ein sektorspezifisches, spezielleres Wettbewerbsrecht darstellt.⁴⁶⁵

336. Soweit Unionsrecht anwendbar ist, stellt sich die Frage nach dem Verhältnis von TKG bzw. EKEK zur EU-Fusionskontrollverordnung 139/2004 und Art. 101 AEUV.⁴⁶⁶ Die EU-Fusionskontrollverordnung dürfte nicht ver-

⁴⁶² Siehe dazu bereits oben, Fn. 461.

⁴⁶³ Dies umfasst nach § 3 Nr. 33 TKG Netze, die entweder komplett aus Glasfaserkomponenten zumindest bis zum Verteilerpunkt am Ort der Nutzung bestehen oder die zu üblichen Spitzenlastzeiten eine vergleichbare Netzleistung bieten können.

⁴⁶⁴ GEREK, Guidelines to foster the consistent application of the conditions and criteria for assessing new very high capacity network elements (Article 76 (1) and Annex IV EECC), BoR (20) 232, 11. Dezember 2020, Tz. 27.

⁴⁶⁵ Siehe zu Kooperationsvereinbarungen bereits Cornils, M., a. a. O., vgl. Fn. 437, § 2, Tz. 95.

⁴⁶⁶ Oftmals wird das Unionsrecht jedoch nicht anwendbar sein: Art. 101 AEUV setzt voraus, dass die Kooperationen dazu geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen. Dies wird auf lokale oder regionale Kooperationen vielfach

drängt sein, da ein klares Spezialitätsverhältnis, das zu einer Verdrängung der Verordnung (EG) 139/2004 führen würde, nicht erkennbar ist. Einerseits kann die Verordnung (EG) 139/2004 insofern spezieller als die Regelung des EKEK angesehen werden, da sie einen Zusammenschluss im Sinne des Art. 3 Verordnung (EG) 139/2004 voraussetzt, der EKEK hingegen eine Kooperation, die zugleich die Voraussetzungen des Art. 3 Verordnung (EG) 139/2004 erfüllt, lediglich als Teilmenge miterfasst. Andererseits enthält Art. 76 EKEK speziellere Regelungen gegenüber der Verordnung (EG) 139/2004 für Kooperationen, die den Ausbau von Telekommunikationsnetzen mit sehr hoher Kapazität durch ein Gemeinschaftsunternehmen betreffen. Art. 101 AEUV ist ebenfalls nicht verdrängt, da dieser als Primärrecht vorrangig zu Art. 76 EKEK ist. Im Ergebnis ist für das nationale Recht ebenfalls von einer grundsätzlich parallelen Anwendbarkeit der Vorschriften zu dem Kartellverbot und der Fusionskontrolle auszugehen: Weder die Fusionskontrolle noch § 1 GWB werden durch die §§ 18, 19 TKG verdrängt, da das TKG insofern keine abschließende Regelung im Sinne des § 2 Abs. 4 TKG enthält.⁴⁶⁷ Es ist folglich zu prüfen, ob und wie die Wertungen des Art. 76 EKEK bzw. die §§ 18, 19 GWB auch innerhalb der Prüfung von Art. 101 AEUV bzw. § 1, 2 GWB sowie der Fusionskontrolle berücksichtigt werden können. Im Ergebnis ist hier von einem Gleichlauf der Wertungsentscheidungen auszugehen, da nicht ersichtlich ist, warum z. B. regionale und überregionale Kooperationen grundsätzlich anders zu beurteilen sind. Kooperationen können im Einzelfall nach Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 Abs. 1 GWB zulässig sein. Hinsichtlich der in Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 Abs. 1 GWB genannten Tatbestandsmerkmale kann Folgendes festgestellt werden: Die von Art. 76 EKEK bzw. §§ 18, 19 TKG erfassten Kooperationen dienen dazu, langfristig Kupfer- durch Glasfasernetze zu ersetzen. Glasfasernetze stellen gegenüber den aus Kupferdoppeladern bestehenden Netzen zweifellos eine Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung dar. Im Weiteren kommt es insbesondere darauf an, ob auch die Verbraucherinnen und Verbraucher angemessen daran beteiligt werden und eine Kooperation tatsächlich „unerlässlich“ ist, damit ein bestimmtes Gebiet mit Glasfasernetzen versorgt wird, ohne dass der Wettbewerb ausgeschaltet wird (Art. 101 Abs. 3 lit. a und b AEUV bzw. § 2 Abs. 1 GWB).⁴⁶⁸ Hinsichtlich des letztgenannten Punktes ist das Regulierungsregime, wie es von der Bundesnetzagentur ausgestaltet wird, von maßgeblicher Bedeutung. Dies gilt gleichermaßen für die im Rahmen der Fusionskontrolle zu prüfenden Frage, ob durch den Zusammenschluss eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs eintreten würde (Art. 2 Abs. 3 Verordnung (EG) 139/2004 bzw. § 36 Abs. 1 Satz 1 GWB). Den nationalen Regulierungsbehörden wurden im Telekommunikationssektor durch den Gesetzgeber umfassende Gestaltungsbefugnisse eingeräumt. Dies betrifft insbesondere die Abwägung zwischen den in Art. 1 EKEK bzw. § 2 TKG enthaltenen Zielen. Wenn im Rahmen der Prüfung einer Kooperationsvereinbarung von der Bundesnetzagentur Regulierungserleichterungen gewährt werden und die Eingriffsvoraussetzung von § 13 Abs. 4 Satz 4 TKG (bzw. Art. 76 Abs. 2 UAbs. 3 EKEK) nach Auffassung der Bundesnetzagentur folglich nicht vorliegen, ist es nur in Ausnahmefällen denkbar, dass die Wettbewerbsbehörden sich über diese Wertungen hinwegsetzen. Dies gilt vor allem, weil die in Art. 76 EKEK enthaltene Regelung nur dann anwendbar ist, wenn an der Kooperation ein Unternehmen beteiligt ist, bei dem gemäß § 10, 11 TKG von der Bundesnetzagentur festgestellt worden ist, dass es über beträchtliche Marktmacht verfügt. Die Bundesnetzagentur erlegt solchen Unternehmen gemäß § 13 Abs. 1 TKG umfassende Pflichten auf und hat dabei die gemäß den §§ 18, 19 TKG für verbindlich erklärten Verpflichtungszusagen gemäß § 13 Abs. 4 TKG im Rahmen von Regulierungsverfügungen zu berücksichtigen. In systematischer Hinsicht treten damit insbesondere die Kooperationsvereinbarungen funktional (teilweise) an die Stelle von Regulierungsverfügungen. Damit erweist

nicht zutreffen. So hat etwa das BKartA in dem Fall des Gemeinschaftsunternehmens Glasfaser Nordwest eine Anwendbarkeit abgelehnt, da die Zusammenarbeit lediglich regionale Bedeutung habe und weniger als zehn Prozent der deutschen Haushalte umfasse, BKartA, B7-21/18, Glasfaser Nordwest Kartellverwaltungsverfahren, a. a. O., vgl. Fn. 3, Tz. 27. Eine Anwendung der EU-Fusionskontrollverordnung dürfte in einigen Fällen ebenfalls nicht in Betracht kommen, weil kein Gemeinschaftsunternehmen im Sinne des Art. 3 Abs. 4 Verordnung (EG) 139/2004 gegründet wird. Das Fehlen der hierfür erforderlichen Voraussetzungen hat das Bundeskartellamt in dem Fall Glasfaser Nordwest angenommen, da das Unternehmen dauerhaft deutlich überwiegend lediglich an die Muttergesellschaften Leistungen erbringen wird und damit nicht als wirtschaftlich selbstständig angesehen werden könne, BKartA, B7-21/18, Glasfaser Nordwest Fusionskontrollverfahren, a. a. O., vgl. Fn. 440, Tz. 89 ff.

⁴⁶⁷ Siehe oben, Tz. 333.

⁴⁶⁸ Siehe hierzu etwa BKartA, Hinweise zur wettbewerbsrechtlichen Bewertung von Kooperationen beim Glasfaserausbau in Deutschland, Bonn, 19. Januar 2010, die jedoch aufgrund ihres Alters neuere Entwicklungen, wie etwa die Vectoring-I- und Vectoring-II-Entscheidungen der BNetzA nicht berücksichtigen.

sich die Regelung der §§ 18, 19 TKG als ein Baustein im Rahmen der sehr ausdifferenzierten Zugangs- und Entgeltregulierung des TKG. Soweit also eine Kooperationsvereinbarung Regelungen enthält, die durch die Bundesnetzagentur hinsichtlich der Eignung im Rahmen der Zugangs- und Entgeltregulierung bewertet worden ist, sollte diese Wertung nicht seitens der Kartellbehörden konterkariert werden. Es muss hier im Wesentlichen der Bundesnetzagentur überlassen bleiben, wie sie die dort enthaltenen Zugangsbedingungen vor dem Hintergrund der ihr übertragenen gestalterischen Abwägungsaufgabe einordnet und in ihr Gesamtkonzept einfügt. Sofern die Bundesnetzagentur in einer Entscheidung über eine Kooperationsvereinbarung zu dem Ergebnis kommt, dass diese die im TKG vorgegebenen Entgeltmaßstäbe wahren wird, ist die Entscheidung als abschließend anzusehen.⁴⁶⁹

337. Auf der Vollzugsebene ist es problematisch, wenn die Kartellbehörden und -gerichte bei ihrer Entscheidungspraxis Richtungsentscheidungen ablehnen oder unberücksichtigt lassen, die dem Regulierungskonzept der Bundesnetzagentur zugrunde liegen. Für eine mögliche Widersprüchlichkeit der Wertungen im Regulierungs- und Kartellrecht soll exemplarisch der neue Entwurf einer Regulierungsverordnung⁴⁷⁰ für den Markt Nr. 3a⁴⁷¹ und der Fall Glasfaser Nordwest dargestellt werden, bei dem die Regulierungsbehörde und das OLG Düsseldorf in parallel geführten Verfahren unterschiedliche Ansätze verfolgten. Der Entwurf der Regulierungsverordnung, der allerdings erst nach dem Beschluss des OLG veröffentlicht worden ist, enthält wichtige Weichenstellungen für die Zukunft der Regulierung der „letzten Meile“ für Kupfer- und Glasfasernetze. Bei der Regulierung von Glasfasernetzen des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht hat die Bundesnetzagentur einen Weg eingeschlagen, den sie als „Regulierung light“ bezeichnet.⁴⁷² Die bedeutsamste Änderung ist der Verzicht auf eine Entgeltregulierung im „klassischen“ Sinn. Sie wird durch umfassende Nichtdiskriminierungsverpflichtungen (Equivalence of Input, EoI) ersetzt. Den Verzicht auf eine „klassische“ Entgeltregulierung stützt die Bundesnetzagentur auf den im Rahmen der TKG-Novelle neu eingefügten, auf Unionsrecht basierenden § 38 Abs. 2 TKG,⁴⁷³ der für Netze mit sehr hoher Kapazität im Sinne des § 3 Nr. 33 TKG gilt. Als Tatbestandsvoraussetzungen für das Absehen von einer Entgeltregulierung wird insbesondere ein nachweisbarer Preisdruck auf die Endkundenpreise, d. h. ein Preiswettbewerb bei Endkundenprodukten, verlangt (§ 38 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 TKG). Ein bestehender Preisdruck wird von der Bundesnetzagentur mit bestehendem Infrastrukturwettbewerb und einem Preisanker durch regulierte Produkte, die auf alten Kupferleitungen aufsetzen (sog. „Kupferanker“⁴⁷⁴) begründet.⁴⁷⁵ Dieser Kupferanker ergibt sich durch die Marktregulierung der Bundesnetzagentur: Vorleistungsprodukte auf Kupferbasis der TDG und der mit ihr im Sinne des § 3 Nr. 69 TKG verbundenen Unternehmen unterliegen einer Entgeltregulierung durch die Bundesnetzagentur. Heben kooperierende, glasfaserausbauende Unternehmen die Vorleistungs- und Endkundenpreise für Glasfaserprodukte an, so werden jene Endkundenprodukte attraktiver, welche von Wettbewerbern auf der Basis preisregulierter Kupfervorleistungsprodukte angeboten werden. Die direkte Wettbewerbsziehung der Kupfer- und Glasfa-

⁴⁶⁹ Siehe hierzu etwa auch Tz. 331 sowie BVerwG, 6 C 27.14, Genehmigung des Verbindungsentgelts für Terminierung im Mobilfunknetz, a. a. O., vgl. Fn. 454.

⁴⁷⁰ BNetzA, BK3i-19/020, 11. Oktober 2021, Entwurf für eine Regulierungsverordnung für den Markt Nr. 3a, siehe dazu bereits Monopolkommission, 12. Sektorgutachten Telekommunikation, a. a. O., vgl. Fn. 32, Tz. 16 ff.

⁴⁷¹ Dieser in der Märkteempfehlung 2014 (Empfehlung 2014/710/EU der Kommission vom 9. Oktober 2014) noch als Markt Nr. 3a bezeichnete Markt entspricht dem Markt Nr. 1 der Märkteempfehlung 2020 (Empfehlung 2245/2020/EU der Kommission vom 18. Dezember 2020). Im Folgenden wird weiterhin die alte Nummerierung gewählt, da die zugrundeliegende Marktanalyse noch vor Inkrafttreten der neuen Märkteempfehlung erfolgt ist und die BNetzA ebenfalls noch die alte Nummerierung verwendet.

⁴⁷² BNetzA, Bundesnetzagentur legt Entwurf zur künftigen Zugangsregulierung vor, Pressemitteilung, 11. Oktober 2021.

⁴⁷³ Diese Regelung setzt Art. 74 Abs. 3 EKEK um, BT-Drs. 19/26108, S. 274.

⁴⁷⁴ Der Begriff geht auf Nr. 6 lit. c der Empfehlung 2013/466/EU der Kommission über einheitliche Nichtdiskriminierungsverpflichtungen und Kostenrechnungsmethoden zur Förderung des Wettbewerbs und zur Verbesserung des Umfelds für Breitbandinvestitionen vom 11. September 2013, ABl. EU L 251 vom 21.9.2013, 13 zurück und bezeichnet „ein kostenorientiertes Kupferleitungszugangsprodukt auf der Vorleistungsebene, das die NGA[Next-Generation-Access]-Preise insofern beschränkt, als die Preisbildung bei NGA-Diensten von der Bereitschaft der Verbraucher abhängt, für die zusätzlichen Kapazitäten oder Funktionen zu bezahlen, die ein NGA-gestütztes Endkundenprodukt im Vergleich zu einem kupferleitungsgestützten Endkundenprodukt bietet“.

⁴⁷⁵ BNetzA, BK3i-19/020, Entwurf für eine Regulierungsverordnung für den Markt Nr. 3a, a. a. O., vgl. Fn. 470, S. 218.

seranschlüsse zeigt sich darin, dass die Bundesnetzagentur diese Produkte demselben sachlichen und räumlichen Markt zuordnet.⁴⁷⁶

338. Diese Aspekte werden in den Entscheidungen des Bundeskartellamtes und des OLG Düsseldorf – anders als im Entwurf der Regulierungsverfügung – nicht angesprochen. Das Bundeskartellamt geht zwar auf Regulierungsaspekte ein, beschränkt sich jedoch im Wesentlichen darauf, dass die Regulierung von Glasfasernetzen künftig voraussichtlich einer eher niedrigen Regulierungsintensität unterworfen sein werden, ohne auf den Preisdruck durch regulierte Kupferprodukte auf die Glasfaserprodukte einzugehen.⁴⁷⁷ Das OLG wiederum stellt fest, dass die Verpflichtung des Gemeinschaftsunternehmens, diskriminierungsfreien Vorleistungszugang für Drittunternehmen zu gewähren, nicht verhindere, dass insgesamt zu hohe Vorleistungspreise verlangt würden.⁴⁷⁸ Zwar wurde der Regulierungsentwurf für den Markt Nr. 3a erst am 11. Oktober 2021 und damit nach der Entscheidung des OLG Düsseldorf veröffentlicht. Gleichwohl ist der Aspekt des Kupferankers bereits seit der Nichtdiskriminierungsempfehlung vom 11. September 2013⁴⁷⁹ im Regulierungsrecht zu berücksichtigen (§ 198 Abs. 4 TKG, Art. 38 Abs. 2 EKEK) und wurde auch im EKEK noch einmal aufgegriffen (Erwägungsgrund 193 EKEK). Es ist daher bedauerlich, dass dieses Argument im Verfahren insbesondere durch das OLG Düsseldorf nicht eingehend bewertet worden ist. Eine Auseinandersetzung der Kartellbehörden und -gerichte mit diesem Aspekt wäre wünschenswert gewesen. Jedenfalls sollten nach Inkrafttreten der Regulierungsverfügung für den Markt Nr. 3a, die ausführlich die Wirkungen des Kupferankers würdigt, divergierende Wertungen oder gar eine vollständig fehlende Berücksichtigung von Aspekten des Regulierungsrechts vermieden werden.

339. Für künftige Verfahren erscheint daher folgender Ansatz sinnvoll: In Bereichen, in denen eine Regulierungsverfügung der Bundesnetzagentur besteht und die Bundesnetzagentur eine Kooperationsvereinbarung anhand der §§ 18, 19 TKG geprüft hat, sollte die Entscheidung der Bundesnetzagentur von den Kartellbehörden anerkannt werden, soweit sie sich als „vorgelagerte“ Regulierungsentscheidung darstellt und eine Regulierungsverfügung durch Bestimmungen in Kooperationsvereinbarungen funktionell ersetzt. Die Zugangs- und Entgeltregulierung ist Aufgabe der Bundesnetzagentur. Umgekehrt verbleibt für die Kartellbehörden etwa ein eigener Beurteilungsspielraum dort, wo sich die Entscheidung der Bundesnetzagentur nicht als Regulierungsverfügung darstellt. Dies betrifft etwa die Frage, ob durch eine Kooperation der Ausbauwettbewerb beeinträchtigt wird, etwa durch eine Vereinbarung von Ausbauzielen⁴⁸⁰ oder wie eine Beteiligung der Unternehmen an Förderverfahren stattzufinden hat. Gleichwohl ist auch hier die gesetzliche Wertungsentscheidung des Unionsgesetzgebers zu berücksichtigen, der Kooperationen, die unter Art. 76 EKEK fallen, positiv sanktioniert. Diese gesetzgeberische Zielabwägung sollte nicht durch das allgemeine Wettbewerbsrecht ausgehebelt werden.⁴⁸¹ Ob und in welchem Ausmaß künftig durch eine Anwendung der §§ 18, 19 TKG in der Praxis Wertungswidersprüche auftreten, hängt letztlich auch davon ab, inwiefern die betroffenen Unternehmen tatsächlich von der Möglichkeit Gebrauch machen und wie gut die Abstimmung zwischen den Behörden funktioniert. Derzeit sind auf EU-Ebene und nationaler Ebene jedenfalls noch keine problematischen Fälle bekannt, sodass die Änderungsvorschläge im folgenden Abschnitt perspektivischen Charakter haben.

⁴⁷⁶ BNetzA, BK1-19/001, 11. Oktober 2019, Marktfestlegung für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang, S. 105.

⁴⁷⁷ BKartA, B7-21/18, Glasfaser Nordwest Fusionskontrollverfahren, a. a. O., vgl. Fn. 440, Tz. 343 ff.

⁴⁷⁸ OLG Düsseldorf, Kart 5/20 (V), Glasfaser Nordwest, a. a. O., vgl. Fn. 443, Rz. 156, 159 sowie Rz. 135 und Rz. 120.

⁴⁷⁹ Siehe Fn. 474.

⁴⁸⁰ Die Vereinbarung von Ausbauzielen für Gebiete, in denen lediglich der Ausbau einer einzigen Infrastruktur rentabel möglich ist, kann dazu führen, dass in diesen Gebieten nur die kooperierenden Unternehmen in einen Infrastrukturausbau investieren, die Wettbewerber hingegen auf eigene Vorstöße verzichten und anschließend auf einen Zugang zu den bereits errichteten Infrastrukturen angewiesen sind, siehe dazu OLG Düsseldorf, Kart 5/20 (V), Glasfaser Nordwest, a. a. O., vgl. Fn. 443, Rz. 93 ff.

⁴⁸¹ Siehe dazu etwa Cornils, M., a. a. O., vgl. Fn. 437, § 2, Tz. 95, der es als „geradezu widersinnig“ bezeichnet, wenn das Telekommunikationsrecht zur Erreichung von Regulierungszielen Verhaltensweisen zulässt, die aber durch das Kartellrecht unterbunden werden.

2.6.3 Zusammenarbeit von Regulierungs- und Wettbewerbsbehörden durch Ausbau von Verfahrensbeteiligung verbessern

340. Wie dargelegt, sollten Wettbewerbsbehörden die gemäß den §§ 18, 19 TKG geschlossenen Kooperationsvereinbarungen anerkennen, soweit sie funktional „vorgelagerte“ Regulierungsentscheidungen darstellen. Dadurch werden Widersprüche im Regulierungskonzept der Bundesnetzagentur vermieden. Gleichzeitig ist zu konstatieren, dass die Wettbewerbsbehörden über ganz erhebliche Erfahrungen bei der Beurteilung von Kooperationen und Fusionen verfügen. Diese Erfahrungen sollten möglichst frühzeitig in das durch die Bundesnetzagentur durchgeführte Verfahren einbezogen werden. Dadurch wird sich in vielen Fällen vermeiden lassen, dass eine nachträgliche „Korrektur“ durch das allgemeine Wettbewerbsrecht notwendig wird, soweit dieses anwendbar bleibt.

341. Die Zusammenarbeit der Bundesnetzagentur mit dem Bundeskartellamt ist im Bereich der Telekommunikation im Wesentlichen in § 197 Abs. 1-5 TKG geregelt. In den Abs. 1-3 sind Entscheidungen der Bundesnetzagentur genannt, bei denen das Bundeskartellamt in das Verfahren einzubeziehen ist. Besonders bedeutsame Entscheidungen, wie etwa die der Anwendbarkeit des sektorspezifischen Regulierungsrechts auf einen bestimmten Markt (§ 11 Abs. 1 und 2 TKG) sowie die der Einstufung eines Unternehmens als ein solches mit beträchtlicher Marktmacht im Sinne des § 11 Abs. 4 Satz 2 TKG sind etwa im Einvernehmen zwischen den beiden Behörden zu treffen.⁴⁸² Im Übrigen ist dem Bundeskartellamt bei Entscheidungen der Bundesnetzagentur über Fragen der Marktregulierung, d. h. insbesondere bei Fragen zur Zugangs- und Entgeltregulierung sowie zur besonderen Missbrauchsaufsicht jedenfalls eine Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben (§ 197 Abs. 2 Nr. 2 TKG). In Abs. 4 ist die umgekehrte Konstellation geregelt, d. h. in welchen Fällen das Bundeskartellamt die Bundesnetzagentur zu beteiligen hat. Dabei wäre insbesondere wichtig, dass auch in den Verfahren nach § 19 TKG das Bundeskartellamt mit einbezogen wird. Bislang ist in § 197 Abs. 2 Nr. 1 TKG diesbezüglich nur vorgesehen, dass bei der Erstellung von Verwaltungsvorschriften das Bundeskartellamt zu beteiligen ist. Im Übrigen ist es dem Gesetzeswortlaut nach erst dann hinzuzuziehen, wenn die bereits geprüfte und freigegebene Kooperationsvereinbarung zu einer (teilweisen) Aufhebung der Regulierungsverfügung gemäß § 13 Abs. 4 TKG führt (§ 197 Abs. 2 Nr. 2 TKG). Stattdessen wäre eine frühzeitigere Beteiligung, etwa im Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligung bei der Überprüfung der Verpflichtungszusage nach § 19 TKG, ratsam. Auch wenn dies in der Praxis bei einer funktionierenden Abstimmung der Behörden ohnehin stattfinden wird, sollte in § 197 Abs. 2 TKG eine weitere (klarstellende) Bestimmung aufgenommen werden, nach der das Bundeskartellamt bei Verfahren nach § 19 TKG zu beteiligen ist.

342. Umgekehrt hat das Bundeskartellamt der Bundesnetzagentur gemäß § 197 Abs. 4 TKG für Verfahren nach den §§ 19 und 20 Abs. 1 und 2 GWB, nach Art. 102 AEUV oder nach § 40 Abs. 2 GWB rechtzeitig vor Abschluss des Verfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme zu gewähren. Damit bestehen bereits jetzt gesetzlich verankerte Beteiligungsrechte der Bundesnetzagentur im Rahmen der Missbrauchsaufsicht sowie im Hauptprüfverfahren bei der Fusionskontrolle. Zudem dürften sich in kartellgerichtlichen Verfahren, die Verpflichtungszusagen nach den §§ 18, 19 TKG zum Gegenstand haben, Beteiligungsrechte der Bundesnetzagentur aus § 220 TKG i. V. m. § 90 GWB ergeben. Im Verfahren zur Beurteilung des Gemeinschaftsunternehmens Glasfaser Nordwest wurde die Bundesnetzagentur vom Bundeskartellamt im Fusionskontrollverfahren formal beteiligt, hat aber auf eine (umfassende) Stellungnahme verzichtet.⁴⁸³ Da die gemäß den §§ 18, 19 TKG möglichen Kooperationsvereinbarungen über die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen hinausreichen und Kooperationen im Bereich des Glasfaserausbaus künftig eine hohe Bedeutung erlangen könnten, wäre es sachgerecht, ein Recht zur Stellungnahme über die bereits geregelten Fälle hinaus für Verfahren nach § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV in § 197 Abs. 4 TKG zu verankern, sofern Telekommunikationsmärkte betroffen sind. Soweit ohnehin eine enge Abstimmung zwischen den Behörden erfolgt, wäre diese Anpassung eher deklaratorischer Natur, die die Bedeutung der Zusammenarbeit betont. Die Bundesnetzagentur sollte sich umfassend an Verfahren beteiligen, um den Kartellbehörden und auch -gerichten eine

⁴⁸² Siehe dazu bereits oben, Tz. 333.

⁴⁸³ BKartA, B7-21/18, Glasfaser Nordwest Fusionskontrollverfahren, a. a. O., vgl. Fn. 440, Tz. 84.

möglichst vollständige Tatsachengrundlage für ihre Entscheidungen zu ermöglichen. Dadurch würde vermieden werden, dass Aspekte des Regulierungsrechts nicht hinreichend gewürdigt werden.

3 Quantitative Analysen im Berichtszeitraum

343. Die hohe Bedeutung der Anwendung quantitativer Methoden und Konzepte in der fusionsrechtlichen Entscheidungspraxis setzt sich auch in der aktuellen Berichtsperiode 2020/21 fort. Bei diesen Methoden handelt es sich beispielsweise um Umfragen, Überschneidungsanalysen oder Ausschreibungsanalysen. Der folgende Abschnitt liefert einen Überblick über die Anwendung quantitativer Methoden der kartellrechtlichen Entscheidungspraxis durch das Bundeskartellamt (Kap. 3.1). Im Gegensatz zur CMA, der Wettbewerbsbehörde des Vereinigten Königreichs, und der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission wendet das Bundeskartellamt äußerst selten Methoden an, die über die deskriptiven Methoden hinausgehen. In den Abschnitten 3.2 sowie 3.3 wird daher die Anwendungspraxis der CMA und der Europäischen Kommission vorgestellt und in dem Abschnitt 3.4 mit derjenigen des Bundeskartellamtes verglichen.

3.1 Anwendung quantitativer Methoden durch das Bundeskartellamt

344. Das Bundeskartellamt verwendet zur Beurteilung der räumlichen und sachlichen Marktabgrenzung regelmäßig quantitative Methoden. Dies gilt in aller Regel im Rahmen der Hauptprüfverfahren der Fusionskontrolle sowie im Rahmen von Sektoruntersuchungen. Bei der Anwendung quantitativer Methoden werden die Beschlussabteilungen des Bundeskartellamtes durch das Referat „Ökonomische Grundsatzfragen“ unterstützt.⁴⁸⁴ Zudem überprüft das Referat die Ergebnisse der quantitativen Analysen, welche von den Zusammenschlussbeteiligten zur Entkräftung der fusionsrechtlichen Bedenken des Bundeskartellamtes vorgelegt werden.

345. Die Entscheidung, in welchen Fällen der fusionskontrollrechtlichen Analyse eigene quantitative Methoden angewendet werden, richtet sich nach der Fragestellung und der Datenverfügbarkeit. Dabei wägt die Behörde den zeitlichen Aufwand der Erhebung und den zu erwartenden Nutzen in Form einer besseren Fundierung der Entscheidung ab.⁴⁸⁵ Innerhalb des Berichtszeitraums 2020/21 hat das Bundeskartellamt Ausschreibungsanalysen⁴⁸⁶, Überschneidungsanalysen der Kunden- oder Lieferantenbeziehungen⁴⁸⁷, Stichprobenbeziehungen⁴⁸⁸ sowie Kunden- und Unternehmensbefragungen⁴⁸⁹ durchgeführt. Ex-post-Analysen zur Überprüfung der getätigten Entscheidun-

⁴⁸⁴ Das Referat „Datenerfassung und Ökonometrie“, welches im Jahr 2014 gegründet worden war und in den Vorjahren ebenfalls für die quantitative Unterstützung zuständig war, wurde im Rahmen von Umstrukturierungsmaßnahmen des Bundeskartellamtes in das Referat „Ökonomische Grundsatzfragen“ integriert.

⁴⁸⁵ BKartA, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2019/2020, a. a. O., vgl. Fn. 104, S. 26.

⁴⁸⁶ BKartA, 24. Juni 2021, B2-23/21, Andros & Cie SAS/Obst- und Gemüseverarbeitung „Spreewaldkonserve“ Golßen GmbH; BKartA, Sektoruntersuchung Erfassung von Haushaltsabfällen Abschlussbericht, B4-27/15, Bonn, 21. Dezember 2021.

⁴⁸⁷ BKartA, 25. November 2019, B1-195/19, Mann Mobilia/Tessner (XXXLutz/Roller); BKartA, 30. Juli 2020, B3-33/20, Malteser Norddeutschland gGmbH/Evangelisch-lutherische Diakonissenanstalt zu Flensburg; BKartA, 22. Dezember 2020, B2-83/20, Kaufland/Real; BKartA, 17. März 2021, B2-85/20, Edeka/Real; BKartA, 7. Juni 2021, B3-67/21, Fallbericht Freigabe des Zusammenschlusses zwischen Charité und Deutschem Herzzentrum Berlin; BKartA, 23. August 2021, B1-40/21, Rohrdorfer/Ganser; BKartA, Landhandel: RaiWa Kassel darf 19 Standorte von RWZ Köln übernehmen – Bundeskartellamt erlaubt Fusion erst nach Anpassungen der Unternehmenspläne, Pressemitteilung, 21. April 2021; BKartA, Sektoruntersuchung Krankenhäuser Wettbewerb im Krankenhaussektor in Deutschland und Schutz durch die Fusionskontrolle - Darstellung und Analyse der Strukturen auf den Märkten der Akutkrankenhäuser in Deutschland, B 3-29/15, Bonn, September 2021; Ebenda

⁴⁸⁸ BKartA, B3-33/20, Malteser Norddeutschland gGmbH/Evangelisch-lutherische Diakonissenanstalt zu Flensburg, a. a. O.; BKartA, 21. April 2021, B2 106/20, RWZ/RaiWa; BKartA, Sektoruntersuchung Krankenhäuser, a. a. O.

⁴⁸⁹ BKartA, B3-33/20, Malteser Norddeutschland gGmbH/Evangelisch-lutherische Diakonissenanstalt zu Flensburg, a. a. O.; BKartA, 20. Oktober 2020, B9-49/20, Allianz Strategic Investments S.à.r.l./ControlExpert Holding B.V.; BKartA, B2-85/20, Edeka/Real, a. a. O.; Ebenda; BKartA, B3-67/21, Fallbericht Freigabe des Zusammenschlusses zwischen Charité und Deutschem Herzzentrum Berlin, a. a. O.; BKartA, B2-23/21, Andros & Cie SAS/Obst- und Gemüseverarbeitung „Spreewaldkonserve“ Golßen GmbH, a. a. O.; BKartA, 28. Juni 2021, B5-168/20, Remondis Rethmann TSR/Hennies; BKartA, Sektoruntersuchung Krankenhäuser, a. a. O.

gen hat das Bundeskartellamt nach eigenen Angaben im Berichtszeitraum 2020/21 aufgrund fehlender personeller Ressourcen nicht durchgeführt.

346. Ein Anwendungsschwerpunkt der quantitativen Analyse im Rahmen der Fusionskontrolle ist die räumliche Abgrenzung relevanter Märkte. In der Vergangenheit hat das Bundeskartellamt räumliche Märkte häufig über Distanzen oder Fahrzeitradien ermittelt, welche rund um die Standorte der Zusammenschlussbeteiligten gezogen wurden. Diese Form der räumlichen Marktabgrenzung ist jedoch lediglich eine grobe Annäherung und birgt das Risiko, dass die Gebietsabgrenzung zu eng oder zu weit erfolgt und damit die wettbewerblichen Folgeanalysen fehlerbehaftet sind. Um die Gefahr von Fehleinschätzungen zu verringern, verwendet das Bundeskartellamt zunehmend Überschneidungsanalysen, die sich vor allem auf gemeinsame Kundenstämme der Zusammenschlussbeteiligten beziehen. Auf Basis von postleitzahlgenauen tatsächlichen Kundendaten wird das gesamte Marktgebiet der Zusammenschlussbeteiligten identifiziert und anschließend anhand eines Schwellenwertes räumlich abgegrenzt. Bei diesem Schwellenwert handelt es sich beispielsweise um einen bestimmten Prozentsatz der kumulierten Umsätze der Zusammenschlussbeteiligten.⁴⁹⁰ Im Berichtszeitraum 2020/21 führte das Bundeskartellamt die Überschneidungsanalyse unter anderem im Bereich des Lebensmitteleinzelhandels⁴⁹¹, des Landhandels⁴⁹², der Krankenhausfusionen⁴⁹³, des Möbelhandels⁴⁹⁴ und im Bereich des Transportbetons⁴⁹⁵ durch.

347. In dem Zusammenschlussvorhaben der Unternehmen Kaufland/Real und Edeka/Real wurde die räumliche Marktabgrenzung unter Zuhilfenahme von Kundendaten des Payback-Kartensystems durchgeführt.⁴⁹⁶ Payback-Karten erfassen verschiedene Kundeninformationen wie beispielsweise die Postleitzahlen der Kundschaft oder die Kundenumsätze einer bestimmten Filiale. Zur Bestimmung des relevanten räumlichen Marktes ermittelte das Bundeskartellamt daher in einem ersten Schritt, wie sich die Umsätze einer zu übernehmenden Real-Filiale auf die umliegenden Postleitzahlgebiete verteilen.⁴⁹⁷ Dazu wurde angenommen, dass sich die Umsätze der Payback-Kundschaft in dem gleichen Verhältnis auf die einzelnen Postleitzahlgebiete verteilen, wie die der übrigen Real-Kundschaft. Die Payback-Daten lieferten die für die Berechnung notwendigen Informationen, wieviel Prozent des Payback-Kundenumsatzes einer Real-Filiale durch die Kundschaft aus einem bestimmten Postleitzahlgebiet generiert wurden. Mithilfe dieses Verteilungsverhältnisses wurde anschließend der Gesamtumsatz der Real-Filiale auf die einzelnen Postleitzahlgebiete verteilt. In einem zweiten Schritt grenzte das Bundeskartellamt den Markt räumlich ein, indem sowohl ein engeres Kerngebiet als auch ein etwas weiter gefasstes Marktgebiet definiert wurden. Das Kerngebiet umfasst jeweils die geringste Menge an Postleitzahlgebieten, mit denen 2/3 der Umsätze der jeweiligen Real-Filiale erfasst werden konnten. Dazu wurden beginnend mit dem umsatzstärksten Postleitzahlgebiet die nach Umsatz nächstgrößten Postleitzahlgebiete dem Kerngebiet hinzugefügt, bis der kumulative Umsatz 2/3

⁴⁹⁰ Vgl. Tz. 347.

⁴⁹¹ BKartA, B2-83/20, Kaufland/Real, a. a. O.; BKartA, B2-85/20, Edeka/Real, a. a. O.

⁴⁹² BKartA, B2 106/20, RWZ/RaiWa, a. a. O.

⁴⁹³ BKartA, B3-33/20, Malteser Norddeutschland gGmbH/Evangelisch-lutherische Diakonissenanstalt zu Flensburg, a. a. O.; BKartA, B3-67/21, Fallbericht Freigabe des Zusammenschlusses zwischen Charité und Deutschem Herzzentrum Berlin, a. a. O.; BKartA, Sektoruntersuchung Krankenhäuser, a. a. O.

⁴⁹⁴ BKartA, B1-195/19, Mann Mobilia/Tessner (XXXLutz/Roller), a. a. O.

⁴⁹⁵ BKartA, B1-40/21, Rohrdorfer/Ganser, a. a. O.

⁴⁹⁶ Vgl. BKartA, B2-83/20, Kaufland/Real, a. a. O., S. 48 ff.; BKartA, B2-85/20, Edeka/Real, a. a. O., S. 55 ff., Rz. 172. Die in dieser Untersuchung verwendeten Payback-Daten entstammten dem Fusionsverfahren Edeka/Redos (B2-113/19) und wurden bereits Ende des Jahres 2019 erhoben.

⁴⁹⁷ Die Umsätze berücksichtigen Produkte aus den Bereichen „Food“ und „Non-Food-I“. Bei der Kategorie „Food“ handelt es sich um Nahrungs- und Genussmittel, während die Kategorie „Non-Food-I“ Artikel wie Drogerieprodukte, Reinigungsprodukte oder Tiernahrung umfasst. Produkte aus der Kategorie „Non-Food-II“ stammen aus einem Randsortiment, das von einer Verbraucherin oder einem Verbraucher nicht unbedingt im Lebensmitteleinzelhandel erwartet werden kann (z. B. Kleidung, Elektrogeräte, Spielwaren). Vgl. BKartA, B2-83/20, Kaufland/Real, a. a. O., S. 37 f., 52.

des Gesamtumsatzes entsprach.⁴⁹⁸ Der räumlich weiter gefasste Markt wurde analog berechnet, wobei anstatt einer Schwelle von 2/3 eine Schwelle von 90 Prozent angesetzt wurde. Dieser Marktraum wurde letztlich als der räumlich relevante Markt definiert.⁴⁹⁹ Die Differenzierung der räumlichen Märkte in ein Kerngebiet und in ein weiter gefasstes Marktgebiet ermöglicht es, im Rahmen weiterer Analysen auf die wettbewerblichen Auswirkungen in der näheren Umgebung einzugehen, ohne die Einflüsse weiter entlegener Räume zu ignorieren.⁵⁰⁰ Diese zweistufige räumliche Marktabgrenzung ist vor allem im Lebensmitteleinzelhandel von Interesse, da sich bereits im Rahmen der Fusion Edeka/Kaiser's Tengelmann mithilfe einer Event-Analyse gezeigt hatte, dass eine Lebensmitteleinzelhandelsfiliale vor allem einen wettbewerblichen Einfluss im Nahbereich ausübt.⁵⁰¹

348. Mithilfe der Payback-Daten kann das tatsächliche Kundenverhalten individuell für jede Filiale eines Lebensmitteleinzelhandels abgebildet werden. Im Gegensatz zur räumlichen Marktabgrenzung über Fahrzeitradien trägt dieses Verfahren damit auch dem Umstand des unterschiedlichen Kundenverhaltens städtisch und ländlich gelegener Filialen bei. Damit bietet diese Vorgehensweise eine realistischere Abgrenzung der räumlichen Märkte.

349. Nach der räumlichen und sachlichen Marktabgrenzung erfolgt in der Regel die Beurteilung der Wettbewerbsintensität zwischen den Zusammenschlussbeteiligten. Zur Beurteilung der Wettbewerbsintensität des relevanten Marktes wird in einem ersten Schritt häufig der Marktanteil der Zusammenschlussbeteiligten und der Wettbewerbsunternehmen bestimmt. Wenn ein Markt aber dadurch gekennzeichnet ist, dass kein Wettbewerb in dem Markt besteht, sondern im Rahmen von Ausschreibungen ein Wettbewerb um den Markt, bietet der Marktanteil nur eine geringe Aussagekraft für die Marktmacht der Zusammenschlussbeteiligten.⁵⁰² So können auf Ausschreibungsmärkten (z. B. in der Entsorgungswirtschaft oder im öffentlichen Personenverkehr) Situationen entstehen, in denen nur wenige Anbieter auf dem Markt aktiv sind und somit einen hohen Marktanteil aufweisen. Gleichzeitig kann dennoch schon ein hoher Wettbewerbsdruck dadurch bestehen, dass mehrere Unternehmen in der Lage sind, konkurrenzfähige Angebote abzugeben. Zur Überprüfung der Wettbewerbsintensität zwischen den Zusammenschlussbeteiligten und den restlichen Wettbewerbsunternehmen werden auf Ausschreibungsmärkten daher häufig Ausschreibungsanalysen angewandt. Im Rahmen dieser Ausschreibungsanalysen kann zum einen die allgemeine Wettbewerbsintensität überprüft werden, indem festgestellt wird, welche und wieviele Unternehmen in der Vergangenheit an Ausschreibungen teilnahmen. Zum anderen wird die Wettbewerbsintensität zwischen den Zusammenschlussbeteiligten näher untersucht. Von Interesse ist beispielsweise, wie häufig die Zusammenschlussbeteiligten gemeinsam an einer Ausschreibung teilnahmen und dabei eines der Unternehmen die Ausschreibung gewonnen hatte. Darüber hinaus kann ermittelt werden, inwieweit die Teilnahme eines der Unternehmen einen signifikant negativen Effekt auf die Wahrscheinlichkeit hatte, dass das andere Unternehmen die Ausschreibung gewann. Zudem kann unter Voraussetzung einer geeigneten Datenlage im Rahmen einer Ausschreibungsanalyse eine Aussage darüber getroffen, inwieweit die Gewinnmargen geringer waren, wenn beide Unternehmen an der Ausschreibung teilnahmen, verglichen mit Ausschreibungen, an denen nur eines der Unternehmen an der Ausschreibung teilnahm. Von einer besonderen Wettbewerbsintensität der Zusammenschlussbeteiligten kann vor

⁴⁹⁸ Die Erkenntnis einer Schwellenfestsetzung von zwei Drittel zur Bestimmung des Kerngebiets entstammt einer früheren Event-Analyse aus dem Fusionsfall Edeka/Kaiser's Tengelmann. Vgl. BKartA, 31. März 2015, B2-96/14, Beschluss in dem Verfahren Edeka/Kaiser's Tengelmann.

⁴⁹⁹ Die Postleitzahlgebiete mit den restlichen 10 Prozent des gesamten Filialumsatzes wurden nicht dem relevanten Markt zugeordnet. Dabei handelt es sich beispielsweise um Postleitzahlen, die mehr als 100 Kilometer entfernt gelegen waren. Es wird angenommen, dass es sich bei diesen Einkäufen um keine wohnortsbezogenen Einkäufe, sondern beispielsweise um Einkäufe verursacht durch Touristen handelt. Vgl. BKartA, B2-83/20, Kaufland/Real, a. a. O., S. 52.

⁵⁰⁰ Beispielsweise wurden innerhalb der Kerngebiete vertiefende Analysen durchgeführt, falls der Umsatzanteil der Real-Filialen innerhalb der Kerngebiete 35-40 Prozent oder mehr entsprach. Vgl. BKartA, B2-85/20, Edeka/Real, a. a. O., S. 68 ff.

⁵⁰¹ Aus dieser Analyse resultierte daher auch der Schwellenwert von 2/3 der Umsätze einer Filiale zur Definition eines Kerngebietes. Vgl. BKartA, B2-96/14, Beschluss in dem Verfahren Edeka/Kaiser's Tengelmann, a. a. O., S. 105 ff.

⁵⁰² Diese Aussage gilt vor allem dann, wenn es relativ wenige Ausschreibungen gibt, der Markt bestreitbar ist, die Produkte wenig differenziert sind und die Unternehmen ähnliche Kostenstrukturen aufweisen und ihre Güter daher zu Grenzkosten anbieten. In diesem Fall bedeutet ein hoher Marktanteil nicht, dass das jeweilige Unternehmen auch Marktmacht hat.

allein dann ausgegangen werden, wenn eines der fusionierenden Unternehmen eine Ausschreibung in der Vergangenheit gewonnen hatte, und die jeweils andere Partei die beste Alternative war („Zweitplatziertenanalyse“).

350. Das Bundeskartellamt hat eine Ausschreibungsanalyse im Berichtszeitraum 2020/21 beispielsweise im Rahmen der Übernahme des Unternehmens Spreewaldkonserve Golßen durch die Andros Deutschland GmbH durchgeführt.⁵⁰³ Im Rahmen dieser Ausschreibungsanalyse sollte geklärt werden, inwieweit für die bestehenden Kunden der Zusammenschlussbeteiligten – in diesem Fall die Lebensmitteleinzelhändler – weiterhin qualitativ gleichwertige Ausweichmöglichkeiten bestanden. Es konnte festgestellt werden, dass die beiden Zusammenschlussbeteiligten zwar die engsten Wettbewerber waren, gleichzeitig wurden größere Auftragsmengen auf mehrere Anbieter aufgeteilt.⁵⁰⁴ Die Kundschaft der Zusammenschlussbeteiligten erwartete in der Folge, dass sie auch nach einem Zusammenschluss über eine ausreichende Anzahl an alternativen Anbietern verfügen würden.⁵⁰⁵ Unter anderem diese Feststellung veranlasste das Bundeskartellamt am 24. Juni 2021, die Übernahme des Unternehmens Spreewaldkonserve Golßen durch die Andros Deutschland GmbH zuzulassen.⁵⁰⁶

351. Neben der quantitativen Auswertung von Daten besteht in der Fusionskontrollpraxis auch die Möglichkeit, mithilfe von ökonomischen Methoden⁵⁰⁷ den Markt abzugrenzen und die Wettbewerbsintensität der Zusammenschlussbeteiligten bzw. die Wettbewerbswirkung eines Zusammenschlusses zu ermitteln.⁵⁰⁸ Ökonomische Methoden wurden vom Bundeskartellamt jedoch aufgrund des vergleichsweise hohen zeitlichen und personellen Aufwands sowie der vorgegebenen Frist innerhalb der fusionskontrollrechtlichen Hauptprüfverfahren nicht verwendet. Eine solche ökonomische Analyse wurde im Rahmen der Sektoruntersuchung „Erfassung von Haushaltsabfällen“ durchgeführt.⁵⁰⁹ Im Vorfeld hatte das Bundeskartellamt sowohl im Rahmen verschiedener Fusionskontrollprüfungen in der Kreislaufwirtschaft als auch von Marktbeteiligten Hinweise für eine abnehmende Wettbewerbsintensität im Bereich der Erfassung von Haushaltsabfällen erhalten.⁵¹⁰ Die ökonomische Analyse hatte daher das Ziel, wettbewerbsbeeinflussende Faktoren insbesondere auf dem Markt für die Erfassung von Verkaufsverpackungen (Leichtverpackungen und Altglas) zu identifizieren. Als Datengrundlage dienten deutschlandweite Ausschreibungsdaten aus den Jahren 2006 bis 2018.⁵¹¹ Mithilfe eines Fixed Effect Panel Modells wurde der zeitliche Trend von den sonstigen Erklärungsfaktoren separiert.⁵¹² Neben den binären jahresindividuellen Zeitvariablen

⁵⁰³ BKartA, B2-23/21, Andros & Cie SAS/Obst- und Gemüseverarbeitung „Spreewaldkonserve“ Golßen GmbH, a. a. O.. Darüber hinaus wurde auch in der Sektoruntersuchung Haushaltsmüll eine Ausschreibungsanalyse als Grundlage für eine weitergehende ökonomische Analyse durchgeführt. Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Haushaltsabfälle, a. a. O., S. 48 ff., 111 ff.

⁵⁰⁴ BKartA, B2-23/21, Andros & Cie SAS/Obst- und Gemüseverarbeitung „Spreewaldkonserve“ Golßen GmbH, a. a. O., S. 63.

⁵⁰⁵ Ebenda, S. 73.

⁵⁰⁶ BKartA, Bundeskartellamt gibt Erwerb von Spreewaldhof durch Andros frei, Pressemitteilung, 24. Juni 2021.

⁵⁰⁷ Mithilfe ökonomischer Methoden können theoretische Modelle empirisch überprüft und ökonomische Zusammenhänge quantitativ analysiert werden.

⁵⁰⁸ Eine sachliche Marktabgrenzung ist beispielsweise über den SSNIP Test und der damit verbundenen Schätzung einer Nachfrageelastizität möglich. Die Wettbewerbsintensität zwischen den Zusammenschlussbeteiligten und die Folgen einer Fusion können beispielsweise mithilfe einer Eventanalyse und einer Fusionssimulation abgeschätzt werden.

⁵⁰⁹ BKartA, Sektoruntersuchung Haushaltsabfälle, a. a. O., S. 68 ff.

⁵¹⁰ Die Erfassung von Haushaltsabfällen beinhaltet das Sammeln von unterschiedlichen Abfällen privater Haushalte, welche von den Haushalten zur ersten Umschlags-, Vorbehandlungs- oder Verwertungsanlage transportiert werden. Dabei werden Haushaltsabfälle in Verpackungsabfälle (z. B. Verkaufsverpackungen im Rahmen des Dualen Systems der Verpackungsrücknahme) und kommunale Haushaltsabfälle (z. B. Restmüll, Biomüll, Papier/Pappe/Karton oder Sperrmüll) unterschieden. Vgl. Ebenda, S. 9 f.

⁵¹¹ Vgl. Ebenda, S. 11 f. Insgesamt wurden in den Jahren 2006 bis 2018 jährlich zwischen 103 und 268 Ausschreibungen auf dem Erfassungsmarkt für Leichtverpackungen und zwischen 71 und 229 Ausschreibungen auf dem Erfassungsmarkt für Altglas durchgeführt. Vgl. Ebenda, S. 32.

⁵¹² Fixed Effect Panel Modelle werden vor allem dann genutzt, wenn neben Querschnittsdaten auch Zeitreihen zu den einzelnen Beobachtungspunkten vorliegen und nicht alle Erklärungsfaktoren bei einer Analyse berücksichtigt werden können, diese jedoch möglicherweise im Zusammenhang mit der erklärten Variable stehen und zeitinvariant sind (z. B. die geographische Lage). In diesem Fall bietet die Fixed-Effect Analyse unverzerrte Ergebnisse.

dienten die Anbieterstruktur in den Erfassungsgebieten, die Ausschreibungsmenge und Laufzeitindikatoren dazu, unterschiedliche Wettbewerbsintensitäten zu erklären.⁵¹³ Die Ergebnisse der ökonomischen Analysen zeigen, dass insbesondere seit dem Jahr 2012 ein starker zeitlicher Trend einer sinkenden Wettbewerbsintensität auf den Märkten der Leichtverpackungserfassung und der Altglaserfassung beobachtet werden konnte. Ab dem Jahr 2014 nahmen durchschnittlich 0,5 Bieter weniger an Ausschreibungen für Leichtverpackungserfassungen teil als noch im Basisjahr 2006.⁵¹⁴ Zudem lag die Häufigkeit eines Vertragspartnerwechsels ab dem Jahr 2012 zwischen 55 und 90 Prozent niedriger als noch im Basisjahr 2006. Neben der zeitlichen Komponente erwies sich die Länge der Vertragslaufzeit als förderlich für die Anzahl der Angebote für die Altglaserfassung. Zudem bestätigte sich, dass in Regionen mit einer hohen Einwohnerdichte deutlich günstigere Siegerangebote für die Erfassung von Leichtverpackungen hervorgingen. Auch zeigte sich, dass die Anzahl der Angebote für Leichtverpackungen stieg, wenn die Erfassung in einem Holsystem mit Sacksammlungen erfolgte.⁵¹⁵

352. Die Monopolkommission begrüßt die Anwendung ökonomischer Methoden im Rahmen von Sektoruntersuchungen. Sektoruntersuchungen bieten einen zeitlich ausreichenden Rahmen und geeignete Datenerhebungsmöglichkeiten, um das Unternehmens- und Kundenverhalten z. B. über Panelanalysen wie Event-Analysen oder Nachfrageschätzungen näher zu untersuchen. Verglichen mit der deskriptiven Datenauswertung liefert die Anwendung ökonomischer Modelle zusätzliche Informationen über die Zusammenhänge möglicher Einflussfaktoren auf die Wettbewerbsintensität der Unternehmen. Dieser Erkenntnisgewinn kann für die Ausgestaltung künftiger Ausschreibungen in der Kreislaufwirtschaft genutzt werden, indem beispielsweise längere Laufzeiten oder – dort wo möglich – Hol- statt Bringsysteme in dem Ausschreibungsdesign berücksichtigt werden.

3.2 Anwendung quantitativer Methoden im Vereinigten Königreich

353. Die Wettbewerbsbehörde des Vereinigten Königreiches (CMA) verwendet in ihrer Fusionskontrollpraxis zahlreiche quantitative und ökonomische Analysemethoden. Bei diesen Methoden handelt es sich beispielsweise um Kunden- und Unternehmensbefragungen⁵¹⁶ oder Ausschreibungsanalysen⁵¹⁷. Ökonomische Methoden wurden unter anderem verwendet zur Bestimmung von Umlenkungsquoten⁵¹⁸ und bei der Durchführung von Ereignisanalysen⁵¹⁹. Diese Analysen werden innerhalb der CMA von einem speziellen Team an Ökonominen und Ökonomen durchgeführt. Bei der Entscheidung der konkreten Analysemethode berücksichtigt sie dabei die Machbarkeit, die Datenverfügbarkeit, die personellen und sonstigen finanziellen Ressourcen sowie den informati-

⁵¹³ Zur Abbildung der Wettbewerbsintensität wurden die zu erklärenden Variablen „Anzahl der Gebote“, „Höhe der Siegergebote“ und „Vertragspartnerwechsel“ verwendet. Die Variable „Vertragspartnerwechsel“ gibt wieder, ob ein Vertragswechsel in Folge einer Neuausschreibung vorlag. Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Haushaltsabfälle, a. a. O., S. 75.

⁵¹⁴ Während im Zeitraum 2006 bis 2011 jährlich durchschnittlich ca. vier Gebote pro Ausschreibung abgegeben wurden, sank diese Anzahl ab dem Jahr 2012 auf weniger als vier. In vier von sieben Jahren nahmen maximal drei Anbieter an den Ausschreibungen teil. Vgl. Ebenda, S. 49.

⁵¹⁵ Im Dualen System bestehen unterschiedliche Erfassungssysteme. Die Abfälle können in einem Holsystem von dem erfassenden Unternehmen direkt bei den privaten Haushalten abgeholt werden. Die Sammlung erfolgt dann als Straßensammlung, in der die Haushalte ihre Abfallbehälter direkt an den Straßenrand stellen. Im Rahmen des Bringsystems werden die Abfälle an zentralen Sammelplätzen erfasst (z. B. Wertstoffhöfe oder Stellplätze für Depotcontainer). Vgl. Ebenda, S. 29, 69 ff.

⁵¹⁶ Accent, Amazon/Deliveroo Merger Inquiry Research: Final Report, London, April 2020; CMA, Completed acquisition by JD Sports Fashion plc of Footasylum plc Final report on the case remitted to the CMA by the Competition Appeal Tribunal, London, 5. November 2021; CMA, Anticipated merger between J Sainsbury PLC and Asda Group Ltd final report, London, 25. April 2019.

⁵¹⁷ CMA, Proposed acquisition by Prosafe SE Floatel International Limited - Provisional findings report, London, 29. Januar 2020; CMA, Completed acquisition by FNZ of GBST Final report, London, 5. November 2020; CMA, Anticipated joint venture between Liberty Global Plc and Telefónica S.A. Final report, London, 20. Mai 2021.

⁵¹⁸ Accent, Amazon/Deliveroo Merger Inquiry Research: Final Report, a. a. O.; CMA, Anticipated merger between J Sainsbury PLC and Asda Group Ltd final report, a. a. O.; CMA, Completed acquisition by JD Sports Fashion plc of Footasylum plc Final report on the case remitted to the CMA by the Competition Appeal Tribunal, a. a. O.

⁵¹⁹ CMA, Anticipated merger between J Sainsbury PLC and Asda Group Ltd final report, a. a. O.; CMA, Completed acquisition by JD Sports Fashion plc of Footasylum plc Final report on the case remitted to the CMA by the Competition Appeal Tribunal, a. a. O.

schen Mehrwert der Analyse im Vergleich zu weniger komplexen Methoden. Zudem beachtet die CMA bei der Auswahl der Methode, dass die Ergebnisse der Analysen anschließend von allen – und damit auch von Nicht-Ökonominnen und Nicht-Ökonomen – verständlich nachvollzogen werden können.⁵²⁰ Ex-Post-Analysen werden nicht regelmäßig von der CMA durchgeführt. Stattdessen werden nach eigenen Angaben Unternehmensberatungen beauftragt, einige der vergangenen Entscheidungen zu überprüfen.⁵²¹

354. Eine Ausschreibungsanalyse führte die CMA beispielsweise im Rahmen des Fusionsverfahrens Prosafe und Floatel durch.⁵²² Die Besonderheit dieser Ausschreibungsanalyse lag darin, dass nicht nur die Informationen über die Ausschreibungsbeteiligten ausgewertet wurden, sondern auch die Kunden jeweils bezüglich ihrer Einschätzung zu den Ausschreibungsergebnissen befragt wurden. Damit konnte ein vollständigeres Bild bezüglich der Kundenanforderungen, der Wettbewerbsangebote und der Einordnung dieser Gebote durch die Kunden erstellt werden. Letztlich zeigte sich anhand dieser Informationen, dass die Zusammenschlussbeteiligten die größten Anbieter auf dem Markt waren und eng miteinander konkurrierten. Sie hatten in den Jahren 2014 bis 2019 jeweils die meisten Aufträge gewonnen. Zudem ergab die Untersuchung, dass den Kunden bis auf diese beiden Unternehmen kaum Alternativen zur Verfügung standen.⁵²³ Basierend auf diesen Untersuchungsergebnissen hatte die CMA erhebliche Wettbewerbsbedenken geäußert und befürchtet, dass ein Zusammenschluss zu höheren Preisen und einer geringeren Qualität führen würde. Infolge dieser Wettbewerbsbedenken der CMA hat Prosafe die Übernahmepläne von Floatel im Februar 2020 letztlich fallen gelassen.⁵²⁴

355. Im Fall von differenzierten bzw. heterogenen Produkten führt die CMA häufig Umfragen durch, auf deren Datenbasis anschließend Umlenkungsquoten berechnet und ökonomische Analysen durchgeführt werden. Eine ökonomische Analyse führte die CMA kürzlich im Fusionsfall Amazon/Deliveroo mittels eines externen Gutachters durch.⁵²⁵ Amazon plante im Jahr 2019 über sein 100-prozentiges Tochterunternehmen Amazon.com NV Investment Holding LLC in den Markt für Lieferdienste einzusteigen, indem es 16 Prozent des Lieferdienstunternehmens Roofoods Ltd. (Deliveroo) übernehmen wollte. Die CMA hatte die Aufgabe, die Kundenmotivation für die Nutzung von Lieferdiensten im Allgemeinen, die Bedeutung verschiedener Angebotsattribute im Markt für Lieferdienste (z. B. Preis, Produktpalette, Versandkosten) und die wettbewerbliche Nähe der Zusammenschlussbeteiligten zu untersuchen. Um die wettbewerblichen Auswirkungen dieser Beteiligung abzuschätzen, wurde unter den Kundinnen und Kunden von Amazon und von Deliveroo eine Umfrage durchgeführt. Es wurde jeweils gefragt, wie sie sich entscheiden würden, falls sich die Eigenschaften des Lieferdienstes (z. B. Preis, Versandkosten, Produktpalette) verändern würden. Mithilfe der Schätzung eines Random-Coefficienten Modells konnte anschließend ermittelt werden, wie die Kundinnen und Kunden des Lieferdienstes die einzelnen Eigenschaften dieses Lieferdienstes gewichten. Die Analyseergebnisse zeigen, dass die Bedeutung verschiedener Eigenschaften der Lieferdienste von der Amazon-Kundschaft anders gewichtet werden als von der Deliveroo-Kundschaft. Während die Deliveroo-Kundschaft großen Wert auf eine Lieferung innerhalb von einer Stunde legen, benötigt die Amazon-Kundschaft die Produkte selten am selben Tag. Dagegen legt die Amazon-Kundschaft einen größeren Wert auf ein breites Produktportfolio, niedrige Angebotspreise und einen kostenlosen Versand. Darüber hinaus ergab die Analyse, dass die Kundschaft der Zusammenschlussbeteiligten jeweils in nur sehr seltenen Fällen den jeweils anderen Lebensmittellieferanten wählen würden.⁵²⁶ Basierend auf den Analyseergebnissen entschied die CMA am 4. August 2020, dass

⁵²⁰ OECD, Economic Analysis in Merger Investigations - contributions from the United Kingdom, 9. Dezember 2020, S. 3 ff.

⁵²¹ Zu diesen Beratungsunternehmen gehörten in der Vergangenheit beispielsweise die Unternehmen KPMG oder Lear. Vgl. KPMG LLP, Entry and expansion in UK merger cases: An ex-post evaluation, April 2017; Lear, Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets - Final report, Rome, 9. Mai 2019.

⁵²² Beide Unternehmen bieten Spezialunterkünfte für Öl- und Gasunternehmen an. Vgl. CMA, Proposed acquisition by Prosafe SE Floatel International Limited - Provisional findings report, a. a. O.

⁵²³ Ebenda, S. 71 ff.

⁵²⁴ CMA, Cancellation of merger reference, Pressemitteilung, 14. Februar 2020.

⁵²⁵ Accent, Amazon/Deliveroo Merger Inquiry Research: Final Report, a. a. O.

⁵²⁶ Ebenda, S. 63 ff.

eine Beteiligung von Amazon in Höhe von 16 Prozent so gering sei, dass es zu keiner substanziellen Verringerung des Wettbewerbs in dem Bereich Essens- und Lebensmittellieferungen führen werde.⁵²⁷

3.3 Anwendung quantitativer Methoden durch die Europäische Kommission

356. Die Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission schätzt nach eigenen Angaben die Anwendung quantitativer Analysen als einen wichtigen Bestandteil ihrer fusionskontrollrechtlichen Prüfungen ein. Die Ergebnisse dieser quantitativen Analysen werden immer zusammen mit den qualitativen Ergebnissen für eine Einschätzung der Zusammenschlusswirkungen verwendet. Ähnlich wie in Deutschland und im Vereinigten Königreich unterstützt ein besonderes Team an Ökonominen und Ökonomen, das Chief Economist Team, die Durchführung dieser Analysen. Zudem liefert das Team konzeptionelle Beiträge zur Konstruktion und Überprüfung fundierter Schadenstheorien.⁵²⁸ Die Wahl der konkreten Methoden orientiert sich an der Datenverfügbarkeit und Datenqualität der Ergebnisse. Bei der Entscheidung, ob und welche ökonomischen Methoden angewandt werden können, berücksichtigt die Generaldirektion Wettbewerb zudem verschiedene Faktoren wie die damit verbundenen Annahmen, die benötigten Ressourcen und die Robustheit der Ergebnisse. Grundsätzlich bevorzugt die Europäische Kommission in der Fusionskontrollpraxis möglichst einfache Methoden, welche auch in anschließenden Gerichtsverfahren Bestand haben.

357. Neben der Analyse von Preis- und Gewinnmargen⁵²⁹ sowie einer räumlichen Marktanteilsanalyse⁵³⁰ führte die Europäische Kommission in den vergangenen Jahren weitere quantitative Untersuchungen durch. Darunter befanden sich Ausschreibungsanalysen⁵³¹, Kapazitätsanalysen⁵³², Patentdatenanalysen⁵³³ sowie Vertikalanalysen⁵³⁴. Darüber hinaus wurden in den vergangenen Jahren zudem häufig Event-Analysen⁵³⁵, Preisdruckanalysen⁵³⁶ und Fusionssimulationen⁵³⁷ durchgeführt.

⁵²⁷ CMA, CMA clears Amazon's 16% investment in Deliveroo, Pressemitteilung, 4. August 2020.

⁵²⁸ Baltzopoulos, A. u. a., Recent Developments at DG Competition: 2020/2021, Review of Industrial Organization, 59, 2021, S. 567–598, S. 593 f.

⁵²⁹ EU-Kommission, 5. Februar 2019, M.8900, Wieland/Aurubis Rolled Products/Schwermetall.

⁵³⁰ EU-Kommission, 17. Juli 2015, M.7408, Cargill/ADM Chocolate Business; EU-Kommission, 15. Januar 2016, M.7567, Ball/Rexam; EU-Kommission, 5. April 2017, M.7878, HeidelbergCement/Schwenk/Cemex Hungary/Cemex Croatia; EU-Kommission, 14. Juli 2020, M.9014, PKN Orlen/Grupa Lotos.

⁵³¹ EU-Kommission, 19. Januar 2016, M.7802, Amadeus/Navitaire; EU-Kommission, 10. Februar 2016, M.7555, Staples/Office Depot; EU-Kommission, 24. Februar 2016, M.7278, General Electric/Alstrom; EU-Kommission, 6. Februar 2019, M.8677, Siemens/Alstrom; EU-Kommission, 1. Oktober 2019, M.9706, Novelis/Aleris; EU-Kommission, 9. Juli 2021, M.9829, AON/Willis Towers Watson; EU-Kommission, 14. Juli 2021, M.9820, Danfoss/Eaton Hydraulics; EU-Kommission, 23. November 2021, M.10078, Cargotec/Konecranes; EU-Kommission, 14. Dezember 2021, M.9969, Veolia/Suez.

⁵³² Eine Kapazitätsanalyse untersucht, ob die Zusammenschlussbeteiligten im Fall einer Fusion Marktmacht in Form ihrer gemeinsamen Kapazitäten erhalten. Eine Kapazitätsanalyse wurde beispielsweise in den folgenden Fällen durchgeführt: EU-Kommission, 8. Mai 2014, M.6905, Ineos/Solvay/JV; EU-Kommission, M.9706, Novelis/Aleris, a. a. O.

⁵³³ Eine Patentanalyse bewertet die Wettbewerbsnähe und Bedeutung des Innovationswettbewerbs zwischen den Zusammenschlussbeteiligten basierend auf Patenten und der R&D Ausgaben. Vgl. EU-Kommission, 27. März 2017, M.7932, Dow/DuPont; EU-Kommission, 11. April 2018, M.8084, Bayer/Monsanto.

⁵³⁴ Eine Vertikalanalyse untersucht mögliche Anreize zur Abschottung des Zusammenschlussbeteiligten gegenüber Wettbewerbsunternehmen. Vgl. EU-Kommission, 23. März 2021, M.9569, EssilorLuxottica/GrandVision; EU-Kommission, M.8900, Wieland/Aurubis Rolled Products/Schwermetall, a. a. O.; EU-Kommission, 12. November 2019, M.9064, Telia Company/Bonnier Broadcasting Holding.

⁵³⁵ EU-Kommission, M.6905, Ineos/Solvay/JV, a. a. O.; EU-Kommission, 5. Mai 2015, M.7292, DEMB/Mondelez/Charger Opco; EU-Kommission, 14. Juli 2015, M.7541, IAG/Aer Lingus; EU-Kommission, 7. Mai 2018, M.8444, ArcelorMittal/Ilva.

⁵³⁶ EU-Kommission, 12. Dezember 2012, Case No M.6497, Hutchison 3G Austria/ Orange Austria; EU-Kommission, 28. Mai 2014, COMP/M.6992, Hutchison 3G UK/Telefonica Ireland; EU-Kommission, 2. Juli 2014, M.7018, Telefónica Deutschland/E-Plus; EU-Kommission, 6. Juli 2015, M.7619, Teliasonera/Telenor/JV; EU-Kommission, 11. Mai 2016, M.7612, Hutchison 3G UK/Telefonica

358. In einigen Fusionsfällen nutzte die Europäische Kommission die direkten Auswirkungen vergangener exogen bedingter Ereignisse auf den Wettbewerb zur Beurteilung der Wettbewerbsnähe der jeweiligen Zusammenschlussbeteiligten.⁵³⁸ Bei den Ereignissen handelt es sich beispielsweise um Markteintritte neuer Wettbewerber, exogene Kostenschocks, Naturkatastrophen, Streiks, regulatorische Interventionen oder sonstige exogen bedingte Angebotsverknappungen. Der Markt, auf dem ein Ereignis stattfand, wird jeweils mit einem vergleichbaren Kontrollmarkt verglichen. Die meist preislichen Auswirkungen eines Ereignisses können anschließend als Hinweis für die Wettbewerbsnähe zweier Unternehmen gedeutet werden. Beispielsweise führte die EU-Kommission eine Event-Analyse im Fall eines geplanten Joint Ventures der Eintassen-Kaffeemaschinenhersteller DEMB („Senseo“) und Mondelez („Tassimo“) durch.⁵³⁹ Ein weiterer Konkurrent war der Hersteller Nestlé („Dolce Gusto“). Eine qualitative Analyse hatte bereits zuvor ergeben, dass das Mondelez „Tassimo“-System vor allem mit Nestlés „Dolce Gusto“ konkurrierte, während DEMB’s „Senseo“-Maschinen stärker den Filtermaschinen zugeordnet werden können. Im Rahmen der Event-Analyse untersuchte die Europäische Kommission daher die potenziellen Auswirkungen der Einführung von „Tassimo“-Maschinen auf die Kaffeemaschinenpreise der „Senseo“-Maschinen und der „Dolce Gusto“-Maschinen. Dazu verwendete die Europäische Kommission Daten aus 20 EU-Ländern für den Zeitraum von Januar 2004 bis November 2014. In diesem Zeitraum wurden die „Tassimo“-Maschinen in acht Ländern eingeführt, während die Systeme von DEMB („Senseo“) bereits in zehn Ländern und das Nestlé-System „Dolce Gusto“ bereits in 20 Ländern etabliert waren. Die Europäische Kommission wandte jeweils für Nestlés System „Dolce Gusto“ und DEMB’s „Senseo“-System zwei getrennte ökonomische Analysen in Form einer Differenzen-in-Differenzen Methode an. Im Rahmen dieser Methode wurden jeweils vor und nach der Einführung von „Tassimo“-Kaffeemaschinen die durchschnittlichen prozentualen Preissenkungen der Senseo- bzw. Dolce Gusto- Kaffeemaschinen mit denjenigen Märkten verglichen, auf denen lediglich die „Senseo“ bzw. „Dolce Gusto“-Maschinen erhältlich waren.⁵⁴⁰ Die Ergebnisse dieser Analysen zeigten, dass die Einführung von „Tassimo“-Kaffeemaschinen im Durchschnitt die Preise für Kaffeemaschinen beider Konkurrenten senkte. Der Preisdruck auf „Dolce Gusto“-Maschinen war jedoch signifikant und deutlich stärker, verglichen mit den „Senseo“-Maschinen. Damit konnte die Event-Analyse die Ergebnisse der qualitativen Studie bestätigen. Letztlich genehmigte die Europäische Kommission das Kaffee-Joint-Venture zwischen DEMB und Mondelez nur unter Auflagen.⁵⁴¹

359. Vielfach verwendete die Europäische Kommission in den letzten Jahren Preisdruckanalysen und Fusionsimulationen bei Zusammenschlüssen von Mobilfunkbetreibern.⁵⁴² Preisdruckanalysen und Fusionsimulationen dienen jeweils dazu, bereits vor dem Zusammenschluss dessen preisliche Auswirkungen abzuschätzen. Preisdruckanalysen werden von der Europäischen Kommission unter Zuhilfenahme von Portabilitätsdaten bereits in der ersten Phase für eine erste Abschätzung verwendet.⁵⁴³ Dagegen werden Fusionsimulationen erst in der zweiten Prü-

UK; EU-Kommission, 1. September 2016, M.7758, Hutchison 3G Italy/Wind/JV; EU-Kommission, 27. November 2018, M.8792, T-Mobile NL/Tele 2 NL.

⁵³⁷ EU-Kommission, 7. November 2012, M.6471, Outokumpu/INOXUM; EU-Kommission, M.6905, Ineos/Solvay/JV, a. a. O.; EU-Kommission, COMP/M.6992, Hutchison 3G UK/Telefonica Ireland, a. a. O.; EU-Kommission, M.7018, Telefónica Deutschland/E-Plus, a. a. O.; EU-Kommission, M.7619, Teliasonera/Telenor/JV, a. a. O.; EU-Kommission, M.7612, Hutchison 3G UK/Telefonica UK, a. a. O.; EU-Kommission, M.7758, Hutchison 3G Italy/Wind/JV, a. a. O.

⁵³⁸ EU-Kommission, M.6905, Ineos/Solvay/JV, a. a. O.; EU-Kommission, M.7292, DEMB/Mondelez/Charger Opco, a. a. O.; EU-Kommission, M.8444, ArcelorMittal/Ilva, a. a. O.

⁵³⁹ EU-Kommission, M.7292, DEMB/Mondelez/Charger Opco, a. a. O.

⁵⁴⁰ Insgesamt gab es jeweils acht Märkte, auf denen „Senseo“-Maschinen und „Dolce Gusto“-Maschinen bereits etabliert waren und gleichzeitig die „Tassimo“-Maschinen eingeführt wurden. Diejenigen Länder, in denen die „Tassimo“-Maschinen nicht eingeführt wurden, werden auch als Kontrollländer bezeichnet. In dem Fall der „Senseo“-Maschinen bestanden zwei Kontrollländer und in dem Fall der „Dolce Gusto“-Maschinen bestanden fünf Kontrollländer. Vgl. Ebenda, Tz. 273 ff.

⁵⁴¹ EU-Kommission, DEMB/Mondelez coffee joint venture cleared with conditions, Pressemitteilung, 5. Mai 2015.

⁵⁴² Vgl. dazu auch Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 230, Tz. 863 ff. und Fn. 536 dieses Gutachtens.

⁵⁴³ Bei Portabilitätsdaten handelt es sich um Mobilfunkdaten, die erhoben werden, falls die Kundinnen und Kunden im Fall eines Mobilfunkanbieterwechsels ihre Telefonnummer behalten möchten. Anhand dieser Daten ist es möglich nachzuverfolgen, zu welchem Anbieter die Kundinnen und Kunden wechseln.

fungsphase durchgeführt. Basierend auf Umfragedaten werden dazu Nachfrage- und Angebotsfunktionen geschätzt oder kalibriert, anhand derer eine Preisentwicklungsprognose gegeben werden kann.

360. Im Vorfeld der Fusion Hutchison 3G UK/Telefónica UK befürchtete die Europäische Kommission, dass der Zusammenschluss des viertgrößten (Hutchison 3G UK) und des zweitgrößten Anbieters (Telefónica) zu einer Marktsituation führen würde, in der die drei verbleibenden Anbieter signifikant höhere Endkundenpreise und eine deutlich geringere Qualität auf dem Mobilfunkmarkt angeboten hätten. Zur Überprüfung dieser Schadenstheorie wurde die Wahrscheinlichkeit eines Preisanstiegs mithilfe einer mit dem Upward-Pricing-Pressure-Ansatz (UPP) kalibrierten Fusionsimulation untersucht. Im Rahmen dieser Analyse bestätigte sich die Vermutung steigender Endkundenpreise. Die Europäische Kommission kam zu dem Ergebnis, dass der Zusammenschluss je nach zugrunde gelegten Sensitivitäts-Szenarien zu einem Preisanstieg im gesamten privaten Endkundensegment von 5,7 bis 7,3 Prozent führen würde.⁵⁴⁴ Unter anderem auf Basis dieser Ergebnisse untersagte die Europäische Kommission im Mai 2016 die beantragte Fusion von Hutchison 3G UK und Telefónica UK.

361. Hutchison 3G UK klagte anschließend vor dem EuG gegen diese Entscheidung der Europäischen Kommission. Im Mai 2020 gab das EuG dem Kläger schließlich Recht und hob die Entscheidung der Europäischen Kommission auf.⁵⁴⁵ Das EuG begründete dies unter anderem damit, dass das Ergebnis der quantitativen Prüfung in Form von steigenden Preisen nicht mit einer hinreichend hohen Wahrscheinlichkeit belegt worden sei.⁵⁴⁶ Es kritisierte, dass die Preiserhöhungen in früheren, ähnlichen Fällen vergleichbar und höher gewesen seien und diese dennoch unter Auflagen genehmigt worden waren.⁵⁴⁷ Gleichzeitig hatte die Europäische Kommission keine Schwellenwerte angegeben, oberhalb derer eine erhebliche Preiserhöhung festgestellt werden könne. Vor dem EuG begründete die Europäische Kommission dies damit, dass sie keine Notwendigkeit gesehen habe, eine Schwelle festzulegen, weil das Ergebnis ihrer quantitativen Analyse nicht als genaue und präzise Quantifizierung der Preiserhöhung, die sich aus der Transaktion ergeben könne, zu sehen sei, sondern als ein „Indikator für die Wahrscheinlichkeit“, dass diese eintreten werde.⁵⁴⁸ Zudem kritisierte das EuG, dass die Europäische Kommission zwei Arten von Effizienzen verwechselt habe. Das EuG unterscheidet zwischen den standardmäßigen Effizienzsteigerungen, die sich beispielsweise aufgrund des fusionsbedingten Verzichts von Doppelstrukturen ergeben, und solchen Effizienzsteigerungen, die sich darüber hinaus aus dem Zusammenschluss ergäben. Das EuG ist der Ansicht, dass die standardmäßigen Effizienzsteigerungen in den quantitativen Analysen hätten miteinbezogen werden müssen.⁵⁴⁹

362. Vorbehaltlich einer Bestätigung durch den EuGH macht das Urteil deutlich, dass die Europäische Kommission ihre quantitativen Analysen in Zukunft nicht ausschließlich auf die wettbewerbsbeschränkenden Effekte fokussieren darf.⁵⁵⁰ Stattdessen müssen in Zukunft auch Effizienzgewinne in der Preisdruckanalyse berücksichtigt werden. Farrel und Shapiro, auf deren Arbeit die Preisdruckanalyse basiert, hatten ursprünglich bereits einen standardisierten Effizienzgewinn von 10 Prozent vorgeschlagen.⁵⁵¹ Die Europäische Kommission hat es in ihren bisherigen Un-

⁵⁴⁴ EU-Kommission, M.7612, Hutchison 3G UK/Telefonica UK, a. a. O., Anhang 1, S. 60.

⁵⁴⁵ EuG, Das Gericht erklärt den Beschluss der Kommission für nichtig, mit dem die Genehmigung für die geplante Übernahme von Telefónica UK durch Hutchison 3G UK im Mobilfunkmarktsektor versagt wurde, Pressemitteilung, 28. Mai 2020.

⁵⁴⁶ EuG, 28. Mai 2020, T-399/16, CK Telecoms UK Investments Ltd/Europäische Kommission, Rz. 282.

⁵⁴⁷ In diesem Zusammenhang wurden vor allem die Preiserhöhungen der Fusionen auf dem irischen Mobilfunkmarkt in Höhe von 6,6 Prozent und deutschen Mobilfunkmarkt in Höhe von 9,5 Prozent genannt. Vgl. Ebenda, Rz. 273; EU-Kommission, COMP/M.6992, Hutchison 3G UK/Telefonica Ireland, a. a. O.; EU-Kommission, M.7018, Telefónica Deutschland/E-Plus, a. a. O.

⁵⁴⁸ EuG, T-399/16, CK Telecoms UK Investments Ltd/Europäische Kommission, a. a. O., Rz. 269 ff.

⁵⁴⁹ Ebenda, Rz. 278 f.

⁵⁵⁰ Die Kritik des EuG richtet sich an die Umsetzung des Art. 2 der EU-Fusionskontrollverordnung. Bisher gehe die Europäische Kommission ohne die Verwendung einer Schwelle oder einer Effizienzgutschrift davon aus, dass jeder horizontale Zusammenschluss in oligopolistisch geprägten Märkten schädlich sei. Wenn die Preisdruckanalyse jedoch Teil der Begründung für eine Intervention der Europäischen Kommission sei, dann müsse sie auch mögliche kompensierende Effizienzen in dieser Analyse mitprüfen.

⁵⁵¹ Farrel, J./Shapiro, C., Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition, *The B.E. Journal of Theoretical Economics*, 10, 2010, 13

tersuchungen abgelehnt, überhaupt einen standardmäßigen Effizienzgewinn anzuerkennen. Stattdessen sah sie die Beweislast der fusionsbedingten Effizienzgewinne ausschließlich bei den Zusammenschlussbeteiligten und verwies auf die Effizienzanforderungen in ihren Horizontal-Leitlinien.⁵⁵² Diese Effizienzanforderungen sind mit hohen Hürden verbunden.⁵⁵³

363. Sollte das Urteil bestätigt werden, wird die Europäische Kommission künftig in ihrer Fusionsprüfung konkrete Schwellenwerte und Werte für standardisierte Effizienzgewinne festlegen müssen. Die Einführung von Schwellenwerten im Rahmen von Preisdruckanalysen und kalibrierten Fusionssimulationen empfahl die Monopolkommission bereits in vergangenen Gutachten.⁵⁵⁴ Dadurch wird ein Maßstab dafür geschaffen, ab welchem Wert ein Zusammenschluss bedenkliche Wettbewerbswirkungen auslöst. Wird der Schwellenwert übertroffen oder befindet sich die Preissteigerung nahe dieser Schwelle, sollten die Ergebnisse mit zusätzlichen quantitativen oder qualitativen Analysen bekräftigt werden. Bezüglich der Höhe der standardisierten Effizienzgewinne empfiehlt die Monopolkommission, sich an vergangenen Fusionsentscheidungen und deren beobachtbaren branchenspezifischen Effizienzgewinnen zu orientieren.

3.4 Anwendung quantitativer Methoden des Bundeskartellamtes weiter ausbauen

364. Quantitative Analysen sind ein wichtiger Bestandteil zur räumlichen und sachlichen Marktabgrenzung sowie zur Analyse der Wettbewerbsintensität der Zusammenschlussbeteiligten.⁵⁵⁵ Quantitative Analysen haben sich sowohl in Deutschland als auch in Großbritannien und auf der Ebene der Europäischen Kommission in den letzten Jahren zu einem festen Bestandteil der fusionsrechtlichen Entscheidungspraxis entwickelt und bieten einen wichtigen Mehrwert zu den rein qualitativen Analysen. Der Mehrwert ergibt sich insbesondere dann, wenn die qualitativen Analysen nicht eindeutig erscheinen. In diesem Fall können die quantitativen Methoden unterstützen und die qualitativen Ergebnisse validieren. In Deutschland wurde die weniger häufige Verwendung quantitativer Analysen in den vergangenen Jahren teilweise mit dem Argument der kurzen Entscheidungszeiträume im Fusionskontrollverfahren erklärt. Im Rahmen der 10. GWB-Novelle wurde die Verfahrensfrist verlängert. Seitdem beträgt die Frist im Hauptprüfungsverfahren gemäß § 40 Abs. 2 GWB fünf statt bisher vier Monate. Damit werden die Fristen der Hauptprüfverfahren zwischen den Wettbewerbsbehörden in Europa stärker angeglichen.⁵⁵⁶

365. Im Methodenvergleich des Bundeskartellamtes mit der CMA und der Europäischen Kommission fällt auf, dass das Bundeskartellamt in erster Linie deskriptive Methoden (z. B. Umfragen und Überschneidungsanalysen) verwendet, während die CMA und die Europäische Kommission auch in fusionsrechtlichen Hauptprüfverfahren analytische und ökonomische Methoden wie Event-Analysen oder Fusionssimulationen anwenden. Mithilfe dieser Methoden können Faktoren für vergangene Preiserhöhungen der Zusammenschlussbeteiligten identifiziert und künftige Preisentwicklungen prognostiziert werden. Die CMA und die Europäische Kommission haben gezeigt, dass die Anwendung analytischer und ökonomischer Methoden innerhalb des – engen Fristen unterliegenden – Fusionskontrollverfahrens möglich ist. Die Monopolkommission empfiehlt dem Bundeskartellamt daher, auf diesen zusätzlichen Erklärungsgehalt nicht zu verzichten und, falls die Datengrundlage es zulässt, auch in fusionskontrollrechtlichen Hauptprüfungsverfahren auf ökonomische Analysen zurückzugreifen.

⁵⁵² EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, 2004/C 31/03, 5. Februar 2004, Abschnitt VII.

⁵⁵³ Beispielsweise müssen Effizienzgewinne nachprüfbar und in der nahen Zukunft realisierbar sein. Vgl. Ebenda, Nr. 76 ff.

⁵⁵⁴ Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 86, Tz. 706.

⁵⁵⁵ Vgl. Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 230, Tz. 1103; XXII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 45, Tz. 931; XXIII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 5, Tz. 550.

⁵⁵⁶ Auf der Ebene der Europäischen Kommission entspricht diese Frist 90 Arbeitstage (ca. 4,5 Monate). Die CMA setzt für die zweite Phase sechs Monate an.