

Kapitel II

Würdigung der kartellrechtlichen Entscheidungspraxis

Kurz gefasst	92
1 Allgemeine Entwicklungen im Berichtszeitraum.....	94
1.1 Überblick über die legislativen Entwicklungen	94
1.2 Überblick über die kartellrechtliche Entscheidungspraxis	107
2 Spezifische Probleme der Kartellrechtsanwendung.....	137
2.1 Aktuelle Entwicklungen bei der ergänzenden Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen.....	137
2.2 Aktuelle Entwicklungen im Sportkartellrecht.....	147
2.3 Geplante Leitlinien der Europäischen Kommission zu Behinderungsmisbräuchen	164
2.4 Zivilrechtliche Organhaftung für Kartellsanktionen	172
3 Ex-post-Evaluation der Fusionskontrolle.....	191
3.1 Einleitung	191
3.2 Ex-post-Evaluation von freigegebenen Fusionskontrollverfahren.....	193
3.3 Ex-post-Evaluation der Verfahrenspraxis der Fusionskontrolle	209
3.4 Verfahrensdatenbank.....	211
3.5 Wer Ex-post-Evaluationen der Fusionskontrolle durchführen sollte.....	215
3.6 Fazit	216

Kurz gefasst

K8. In Kapitel II entwickelt die Monopolkommission auf der Grundlage der deutschen und europäischen kartellrechtlichen Entscheidungspraxis im Berichtszeitraum Handlungsempfehlungen an Gesetzgeber und Wettbewerbsbehörden.

K9. Im Rahmen der legislativen Entwicklungen blickt die Monopolkommission zunächst zurück auf die **11. GWB-Novelle**. Deren bedeutendste Änderung ist die Einführung verstoßunabhängiger Eingriffsbefugnisse für das Bundeskartellamt im Anschluss an eine Sektoruntersuchung. Die Monopolkommission hat mit verschiedenen Vorschlägen, unter anderem zu den materiellen und formellen Voraussetzungen für den Erlass von Abhilfemaßnahmen, zur Ausgestaltung der neuen Regeln beigetragen. Für die **12. GWB-Novelle** sind Anpassungen unter anderem im Bereich der Fusionskontrolle, des Ministererlaubnisverfahrens und bei der Durchsetzung des Verbraucherrechts zu erwarten. Der Versuch, die kollektive Durchsetzung von Kartellschäden durch das **Verbraucherrechtedurchsetzungsgesetz** zu stärken, ist immerhin ein Schritt in die richtige Richtung. Die geplante Ausweitung der bestehenden **Ausnahme von der Fusionskontrolle für Zusammenschlüsse im Krankenhausbereich** ist dagegen genauso abzulehnen wie die lediglich symbolhafte Anpassung einer Vorschrift zur **Beschränkung des Kartellverbots bei bestimmten forstwirtschaftlichen Kooperationen**. Auf Unionsebene ist unter anderem das Inkrafttreten des **Gesetzes über digitale Märkte** sowie der **Drittstaatensubventionsverordnung** erwähnenswert.

K10. Bei der Entscheidungspraxis macht sich die **zunehmende Digitalisierung** der Wirtschaft besonders in der Fusionskontrolle und – mehr noch – der Missbrauchsaufsicht bemerkbar. Das Bundeskartellamt hat **zahlreiche Verfahren gegen (potenzielle) Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb** gemäß § 19a Abs. 1 und 2 GWB eingeleitet und teilweise bereits abgeschlossen, unter anderem wegen der Datenverarbeitung durch Alphabet/Google. Die Europäische Kommission setzt das **allgemeine Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden** Stellung gegenüber den großen Digitalkonzernen durch.

K11. Während die Monopolkommission die neue Praxis der Europäischen Kommission zu **unterschwelligem Verweisungen durch Mitgliedstaaten kritisch** sieht, erscheint ihr im Einzelfall eine missbrauchsrechtliche Ex-Post-Prüfung von Zusammenschlüssen **nach Maßgabe des EuGH-Urteils in der Rechtssache Towercast sinnvoll**. Der Fokus sollte aber auf einer Stärkung der verpflichtenden Ex-ante-Fusionskontrolle liegen. Die Monopolkommission spricht sich deshalb **gegen eine erneute Anhebung der Inlandsumsatzschwellen im GWB** aus. Zudem empfiehlt sie weiterhin, den **Anwendungsbereich der deutschen Transaktionswertschwelle** auf voraussichtliche künftige Inlandstätigkeiten des zu erwerbenden Unternehmens **zu erweitern und eine entsprechende Schwelle auf Unionsebene einzuführen**.

K12. Aus Sicht der Monopolkommission sollten Wettbewerbsbeschränkungen im **Sportsektor im Fokus der Kartellrechtsdurchsetzung** stehen. Es besteht in der Regel ein großes Machtgefälle zugunsten der Sportverbände, die sich dieses häufig durch weitreichende Regeln zunutze machen. Aktuelle Beispiele hierfür sind pauschale Verbote konkurrierender Wettkämpfe und ein neues Spielervermittler-Reglement der FIFA. Nach der EuGH-Rechtsprechung sind **kartell-**

rechtliche Privilegierungen in solchen Fällen restriktiv anzuwenden. Die privatrechtliche Kartellrechtsdurchsetzung spielt im Sportsektor zwar eine durchaus große Rolle. Einen behördlichen Beitrag könnten allerdings **Leitlinien der Europäischen Kommission** darstellen.

K13. Die Monopolkommission **begrüßt die Initiative der Europäischen Kommission zur Veröffentlichung von Leitlinien zu Behinderungsmisbräuchen.** In den geplanten Leitlinien sollte die Europäische Kommission darauf hinwirken, **Misbrauchsverfahren abzukürzen und mehr Rechtssicherheit zu schaffen.** Die Monopolkommission empfiehlt, anhand konkreter Fallgruppen und abstrakter Kriterien solche Verhaltensweisen zu identifizieren bzw. identifizierbar zu machen, **bei denen auf eine (ausführliche) Auswirkungsanalyse verzichtet werden kann.** Insbesondere kommt bei dem Misbrauchsverbot eine grundsätzliche Differenzierung zwischen mehr oder weniger schädlichen Verhaltensweisen entsprechend der gesetzlichen Systematik des Kartellverbots – hier: bezweckte bzw. bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen – in Betracht.

K14. Die **Organhaftung** in Kapitalgesellschaften sollte im Fall von Schäden durch aufgedeckte Kartelle (z. B. Geldbußen) nicht vollständig ausgeschlossen werden, um die **Anreize zu kartellrechtskonformer Unternehmensführung** zu erhalten. Bei der Bemessung der Schäden sollte allerdings der **Kartellgewinn** des Unternehmens eine bedeutende Rolle spielen, um die Abschöpfungswirkung der Kartellsanktionen nicht zu unterlaufen. Die Monopolkommission empfiehlt, **dem Unternehmen die Beweislast hierfür aufzuerlegen.** Das Unternehmen muss also nicht nur beweisen, in welcher Höhe ihm durch das Kartell Schäden entstanden sind, sondern auch, dass den geltend gemachten Schäden kein Vorteil in mindestens gleicher Höhe gegenübersteht.

K15. Wettbewerbsbehörden müssen die **Auswirkungen eines Zusammenschlusses vor dessen Vollzug bewerten.** Bei dieser Prognoseentscheidung besteht eine **unvermeidliche Unsicherheit über die Richtigkeit der Fusionskontrollentscheidung, einschließlich der Zuverlässigkeit der Prüfinstrumente.** Mithilfe von **Ex-post-Evaluationen** können die **tatsächlichen Auswirkungen von Fusionskontrollentscheidungen einschließlich der Ausgestaltung und Umsetzung von Nebenbestimmungen** beurteilt und im Anschluss die Anwendungspraxis der Wettbewerbsbehörde verbessert werden. Deshalb werden Ex-post-Evaluationen von vielen Wettbewerbsbehörden genutzt, jedoch bisher nicht vom Bundeskartellamt. Die Monopolkommission empfiehlt eine **stärkere Evaluationskultur in der Fusionskontrolle**, um eine evidenzbasierte Wirtschaftspolitik zu etablieren.

K16. Die Monopolkommission empfiehlt den zügigen Aufbau einer **umfangreichen Verfahrensdatenbank** für deutsche Fusionskontrollentscheidungen durch das Bundeskartellamt mit Blick auf künftige Entscheidungen. Diese erlaubt es, die Verfahrenspraxis zu evaluieren, erleichtert das operative Tagesgeschäft und unterstützt die strategische Weiterentwicklung der Wettbewerbsbehörde. Diese Vorteile rechtfertigen den mit dem Aufbau der Datenbank einhergehenden Aufwand.

1 Allgemeine Entwicklungen im Berichtszeitraum

1.1 Überblick über die legislativen Entwicklungen

1.1.1 Deutsches Recht

1.1.1.1 Inkrafttreten der 11. GWB-Novelle

154. Am 7. November 2023 ist als „Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz“ die 11. GWB-Novelle in Kraft getreten.⁹² Sie nimmt drei bedeutende Änderungen am GWB vor: (i) Im Anschluss an eine Sektoruntersuchung stehen dem Bundeskartellamt nun Eingriffsbefugnisse bis hin zu einer Entflechtung einzelner Unternehmen zu, die nicht an einen konkreten Wettbewerbsverstoß anknüpfen, (ii) die behördliche Vorteilsabschöpfung wird erleichtert und (iii) das GWB enthält nun Vorschriften zur Durchsetzung der Verordnung (EU) 2022/1925⁹³ auf nationaler Ebene.

155. Die bedeutendste Neuerung stellen die Eingriffsbefugnisse des Bundeskartellamtes im Anschluss an eine Sektoruntersuchung dar. Zunächst wurden die Rechtsgrundlagen der Sektoruntersuchung selbst leicht angepasst (§ 32e GWB). Sektoruntersuchungen sollen zukünftig binnen einer Frist von 18 Monaten abgeschlossen werden. Außerdem wurden die Untersuchungsbefugnisse des Bundeskartellamtes ausgeweitet.⁹⁴ Zuletzt kann zukünftig die Monopolkommission Empfehlungen zur Einleitung einer Sektoruntersuchung durch das Bundeskartellamt aussprechen (§ 44 Abs. 4 GWB).

156. Sofern sich aus einer Sektoruntersuchung objektiv nachvollziehbare Anhaltspunkte dafür ergeben, dass durch künftige Zusammenschlüsse der wirksame Wettbewerb im Inland erheblich behindert werden könnte, kann das Bundeskartellamt wie bisher (§ 39a GWB a. F.) Unternehmen dazu verpflichten, zukünftig jeden Zusammenschluss anzumelden (§ 32f Abs. 2 GWB). Es gelten dann erheblich verringerte Anmeldeschwellen, wobei die Schwellenwerte auch noch einmal gegenüber § 39a GWB a. F. herabgesetzt worden sind.

157. Die bedeutendere Neuerung sind allerdings die Maßnahmen, die das Bundeskartellamt treffen kann, wenn es im Anschluss an eine Sektoruntersuchung eine „erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs“ feststellt, die durch sonstige Eingriffsbefugnisse nicht beseitigt werden kann. Gegenüber Unternehmen, die durch ihr Verhalten und ihre Bedeutung für die Marktstruktur zur Störung des Wettbewerbs wesentlich beitragen, kann das Bundeskartellamt gemäß § 32f Abs. 3 Satz 6 GWB Abhilfemaßnahmen anordnen. Nicht erforderlich ist dagegen die Feststellung eines Kartellrechtsverstoßes durch den Adressaten. Zur Verfügung stehen dem Bundeskartellamt sämtliche Maßnahmen verhaltensorientierter und struktureller Art. Das Gesetz selbst nennt verschiedene Regelbeispiele für mögliche Maßnahmen.

⁹² Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und anderer Gesetze, BGBl. I Nr. 294 vom 6. November 2023.

⁹³ Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte), ABl. L 265 vom 12. Oktober 2022, S. 1.

⁹⁴ Das Bundeskartellamt kann nun auch Beweismittel beschlagnahmen (§ 58 GWB).

158. Eine eigentumsrechtliche Trennung (Entflechtung) ist nach § 32f Abs. 4 GWB allerdings nur gegenüber Unternehmen zulässig, bei denen zusätzlich eine marktbeherrschende Stellung oder eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb im Sinne des § 19a GWB vorliegt. Zudem muss die Entflechtung die Wettbewerbsstörung mindestens erheblich verringern, und eine verhaltensorientierte oder (sonstige) strukturelle Maßnahme darf nicht möglich oder muss weniger wirksam oder belastender für das Unternehmen sein. Eine Veräußerungspflicht besteht zudem nicht, wenn der Erlös nicht mindestens 50 Prozent des durch einen Wirtschaftsprüfer ermittelten Wertes erreicht. Sofern der Erlös diesen Wert überschreitet, aber nicht den durch den Wirtschaftsprüfer ermittelten Wert erreicht, steht dem Unternehmen eine Ausgleichszahlung aus dem Bundeshaushalt in Höhe der Hälfte der Differenz zwischen den beiden Werten zu.

159. Verfahren nach § 32f Abs. 3 und Abs. 4 GWB können auch einvernehmlich durch die Abgabe einer Verpflichtungszusage beendet werden. Im Übrigen gelten einige Besonderheiten hinsichtlich der Verfahrensorganisation. Die Landeskartellbehörden und die Monopolkommission haben ein eigenes Stellungnahmerecht. Das Stellungnahmerecht der Monopolkommission erstreckt sich auch darauf, in einer mündlichen Verhandlung gehört zu werden. Eine mündliche Verhandlung ist grundsätzlich zwingend. Rechtsmittel gegen die Abhilfemaßnahmen des Bundeskartellamtes haben keine aufschiebende Wirkung.

160. Als zweite wesentliche Neuerung erweitert die Novelle die Möglichkeiten der behördlichen Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB. Die Vorschrift war in kartellrechtlichen Verfahren bislang weitgehend bedeutungslos geblieben. Die Möglichkeit zur behördlichen Gewinnabschöpfung wird nun durch eine doppelte Vermutungsregelung vereinfacht: Erstens wird vermutet, dass ein Kartellverstoß einen wirtschaftlichen Vorteil verursacht. Zweitens, dass die Höhe dieses Vorteils mindestens ein Prozent der kartellbefangenen Umsätze beträgt. Die Anforderungen an die Widerlegung dieser Vermutung sind relativ hoch. So kann etwa nicht vorgebracht werden, dass durch einen Verstoß gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften kein wirtschaftlicher Vorteil oder ein Vorteil in nur geringer Höhe angefallen sei. Eine Widerlegung kommt nur dann in Betracht, wenn das Unternehmen nachweist, dass es weltweit überhaupt keinen Umsatz in der maßgeblichen Höhe erzielt hat. Lediglich, wenn ein Vorteil aufgrund der besonderen Natur des Verstoßes ausgeschlossen ist, soll die Vermutungsregelung nicht gelten. Entgegen den ursprünglichen Planungen wurde jedoch nicht auf das Verschuldenserfordernis verzichtet. Die Gesamtsumme der Abschöpfung ist zudem auf zehn Prozent des Umsatzes gedeckelt.

161. Zuletzt schafft die 11. GWB-Novelle die Voraussetzungen für eine nationale Durchsetzung der Verordnung (EU) 2022/1925. Hierzu wird das Bundeskartellamt dazu ermächtigt, Untersuchungen zu den Verpflichtungen von der Kommission benannter „Torwächter“ aus Art. 5, 6 und 7 Verordnung (EU) 2022/1925 durchzuführen und der Europäischen Kommission hierüber zu berichten (§ 32g GWB). Das Bundeskartellamt ist zudem zuständige Behörde für die mitgliedstaatliche Mitwirkung in Verfahren der Europäischen Kommission über die Anwendung der Verordnung (EU) 2022/1925. Beides dient der Umsetzung der Vorschriften der Verordnung (EU) 2022/1925.

2022/1925 zur Zusammenarbeit zwischen Europäischer Kommission und nationalen Wettbewerbsbehörden. Insbesondere die Durchführung eigener Untersuchungen durch Behörden der Mitgliedstaaten ist in Art. 38 Abs. 7 Verordnung (EU) 2022/1925 ausdrücklich vorgesehen.

162. Daneben werden die Voraussetzungen für die privatrechtliche Geltendmachung der Verpflichtungen des DMA geschaffen. Auch dieses „private enforcement“ wird von der Verordnung ausdrücklich vorausgesetzt⁹⁵ und bildet eine wichtige Säule zur Durchsetzung der Verpflichtungen des DMA. Hierzu werden die im GWB bereits bestehenden Regelungen zur zivilrechtlichen Kartellrechtsdurchsetzung (§§ 33 ff. und §§ 87 ff. GWB) auf die Verpflichtungen der Verordnung (EU) 2022/1925 ausgeweitet. Die Verfahren zur zivilrechtlichen Durchsetzung kartellrechtlicher Verpflichtungen und solche zur Durchsetzung der Verordnung (EU) 2022/1925 sind damit weitgehend angeglichen.

163. Die Monopolkommission hat die Einführung einer Möglichkeit zur objektiven Entflechtung von Unternehmen in Fällen schwerer struktureller Wettbewerbsmängel in der Vergangenheit wiederholt vorgeschlagen⁹⁶ und sich im letzten Hauptgutachten auch zu den übrigen Themen der 11. GWB-Novelle geäußert.⁹⁷ Sie bewertet die Fortentwicklung des Wettbewerbsrechts durch die 11. GWB-Novelle entsprechend den dort angestellten Erwägungen grundsätzlich positiv. Mit den Abhilfemaßnahmen im Anschluss an eine Sektoruntersuchung enthält das Bundeskartellamt nun ein effektives Mittel, um im Einzelfall besonders schwerwiegende Wettbewerbsprobleme, die aber nicht auf einen Kartellrechtsverstoß zurückzuführen sind, aufzulösen. Die Monopolkommission hat das Gesetzgebungsverfahren insoweit eng begleitet.

1.1.1.2 Ausblick auf die 12. GWB-Novelle

164. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) hat Ende letzten Jahres eine öffentliche Konsultation für eine 12. GWB-Novelle durchgeführt. Mit der erneuten Reform sollen einzelne Themen aus dem Koalitionsvertrag der aktuellen Bundesregierung umgesetzt werden.⁹⁸ Zu den Themen, die sowohl in dem Koalitionsvertrag als auch im Zusammenhang mit der geplanten GWB-Novelle genannt werden, zählen die Stärkung des Bundeskartellamtes bei der Durchsetzung des Verbraucherrechts sowie die Überprüfung des Ministererlaubnisverfahrens, insbesondere mit Blick auf die Klagemöglichkeiten Dritter. Gegenstand der Konsultation waren zudem die Fusionskontrolle, Nachhaltigkeitsaspekte sowie der Kartellschadensersatz.

165. Die Monopolkommission hat an der Konsultation teilgenommen. Bei der Beantwortung der Fragen des BMWK konnte sie in vielen Fällen auf Empfehlungen aus früheren Gutachten zurückgreifen. So hat die Monopolkommission etwa in ihrem XXII. Hauptgutachten empfohlen,

⁹⁵ Vgl. z. B. Art. 39 und 42 Verordnung (EU) 2022/1925.

⁹⁶ Monopolkommission, Sondergutachten 58, Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, Baden-Baden, 2010; Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Baden-Baden, 2015, Tz. 261 ff.

⁹⁷ Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, Wettbewerb 2022, Baden-Baden, 2022, Tz. 366-398; zur Durchsetzung der Verordnung (EU) 2022/1925 auch Tz. 488-499.

⁹⁸ Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, Mehr Fortschritt wagen, S. 31.

die im Rahmen der 9. GWB-Novelle vorgenommene Einschränkung der Drittklagebefugnis gegen eine Ministererlaubnis rückgängig zu machen.⁹⁹ Eine weitere – jüngere – Empfehlung betrifft die Erweiterung des Anwendungsbereichs der Transaktionswertschwelle, indem das Kriterium der erheblichen Inlandstätigkeit gestrichen oder jedenfalls angepasst wird.¹⁰⁰ Zudem spricht sich die Monopolkommission aktuell gegen eine erneute Anhebung der Inlandsumschwelle aus.¹⁰¹ Die vollständige Eingabe der Monopolkommission ist, zusammen mit jenen anderer Institutionen und sonstiger Interessenvertreter, auf der Webseite des BMWK abrufbar.¹⁰²

1.1.1.3 Fortschritte bei der kollektiven Rechtsdurchsetzung durch das VDuG

166. Fortschritte gibt es zudem bei der kollektiven Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen. Am 13. Oktober 2023 ist zur Umsetzung der europäischen Verbandsklagenrichtlinie¹⁰³ das neue Verbraucherrechtgedurchsetzungsgesetz (VDuG) in Kraft getreten.¹⁰⁴ Dieses sieht erstmals eine unmittelbar auf Leistung gerichtete Verbandsklage („Abhilfeklage“) vor und stellt damit eine Fortentwicklung gegenüber den bisherigen kollektiven Rechtsschutzmöglichkeiten des Unterlassungsklagengesetzes (UKlaG) und der Musterfeststellungklage dar. Gegenstand einer Abhilfeklage – und nun auch einer Musterfeststellungklage – können nach § 1 Abs. 1 VDuG alle „bürgerliche[n] Rechtsstreitigkeiten“ sein. Es können daher zukünftig grundsätzlich auch Kartellschadensersatzansprüche kollektiv durchgesetzt werden. Damit geht der deutsche Gesetzgeber über die unionsrechtlichen Vorgaben hinaus.

167. Eine Abhilfeklage kann von qualifizierten Verbraucherverbänden i.S.v. § 4 UKlaG oder entsprechenden Einrichtungen der anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union erhoben werden und betrifft Ansprüche von Verbraucherinnen und Verbrauchern gegen Unternehmen. Bestimmte kleine Unternehmen sind Verbraucherinnen und Verbrauchern gleichgestellt (§§ 1, 2 VDuG). Zulässig ist eine Abhilfeklage, wenn von ihr mindestens 50 Verbraucherinnen und Verbraucher betroffen sein können (§ 4 Abs. 1 Nr. 1 VDuG)¹⁰⁵ und die Ansprüche im Wesentlichen gleichartig sind (§ 15 Abs. 1 VDuG).

⁹⁹ Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, Wettbewerb 2018, Baden-Baden, 2018, Tz. 914 ff.

¹⁰⁰ Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 245 ff.; dazu auch noch Tz. 259 in diesem Gutachten.

¹⁰¹ Dazu noch Tz. 258.

¹⁰² BMWK, Öffentliche Konsultation zur Modernisierung des Wettbewerbsrechts – Wettbewerb weiter stärken, 2024, <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Artikel/Service/Gesetzesvorhaben/20231004-konsultation-reform-kartellrecht.html>, Abruf am 14. Mai 2024.

¹⁰³ Richtlinie (EU) 2020/1828 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 25. November 2020 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG, ABl. L 409 vom 4. Dezember 2020, S. 1.

¹⁰⁴ Als Art. 1 des Gesetzes vom 8. Oktober 2023 zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2020/1828 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EU sowie zur Änderung des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes, BGBl. I Nr. 272.

¹⁰⁵ Nicht erforderlich ist dagegen, dass diese Verbraucherinnen und Verbraucher auch an der Klage beteiligt sind.

168. Als hinderlich für die Praxistauglichkeit der unter Umständen kostenintensiven und risikobehafteten Abhilfeklagen zur kollektiven Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen könnten sich allerdings die im VDuG vorgesehenen Einschränkungen der Klagefinanzierung erweisen. Das Gesetz geht von einem Leitbild altruistisch handelnder Verbraucherschutzverbände aus und sieht dementsprechend keine Kostenerstattung für klagende Verbände vor. Eine Kostentragungspflicht des beklagten Unternehmens gilt nur gegenüber dem Sachwalter (§ 21 VDuG). Eine eigene Marge für den prozessführenden Verband kann das Gericht ebenfalls nicht ausurteilen. Alle Kosten, die über die – ebenfalls begrenzte¹⁰⁶ – allgemeine Kostenerstattung hinaus gehen, muss der klagende Verband daher aus eigenen Mitteln aufbringen. Dabei sind ihm aber ebenfalls Schranken gesetzt: Die finanziellen Mittel müssen im Wesentlichen aus öffentlichen Mitteln und privaten Spenden stammen. Zuwendungen von Unternehmen dürfen 5 Prozent der Gesamtfinanzierung nicht überschreiten (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 VDuG). Eine kommerzielle Grundfinanzierung der klageberechtigten Verbände dürfte daher nicht möglich sein. Auch einer Drittfinanzierung einzelner Prozesse sind klare Grenzen gesetzt. Einem Prozessfinanzierer darf kein wirtschaftlicher Anteil von mehr als 10 Prozent der durch den Unternehmer zu erbringenden Leistung versprochen werden (§ 4 Abs. 2 VDuG). Dies liegt eher unter den marktüblichen Quoten. Hinzu kommen Rechtsunsicherheiten beim Abschluss von Prozessfinanzierungsvereinbarungen, da das VDuG zumindest kein ausdrücklich materiell-rechtlich wirkendes Mandat der prozessführenden Stelle zum Abschluss einer derartigen Vereinbarung vorsieht.¹⁰⁷

169. Bei der Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen dürfte die neue Abhilfeklage daher insbesondere einen Anwendungsbereich zur Geltendmachung von Streuschäden haben, die in der Höhe so begrenzt sind, dass sie von Verbraucherinnen und Verbrauchern angesichts ihres rationalen Desinteresses nicht individuell durchgesetzt werden. Die prozessführende Stelle kann sie dagegen zusammenfassen und mit vertretbarem Aufwand und Prozesskostenrisiko geltend machen. Gebündelt werden können dabei nach § 15 VDuG nur „wesentlich gleichartige“ Ansprüche. Dies erfordert nicht, dass sich die Ansprüche völlig gleichen, sondern vielmehr nur, dass im Wesentlichen die gleichen Tatsachen- und Rechtsfragen erheblich sind¹⁰⁸ und unterschiedliche Schadenshöhen über eine einheitliche Formel berechnet werden können.¹⁰⁹ Diese Anforderungen stehen einer ökonomisch sinnvollen Bündelung in Einzelheiten voneinander abweichender Ansprüche daher nicht entgegen.¹¹⁰

170. Die Monopolkommission hat bereits in der Vergangenheit die Einführung einer Gruppenklage zur Geltendmachung von Kartellschadensersatzansprüchen empfohlen, um Geschädig-

¹⁰⁶ Nach § 48 Abs. 1 Satz 2 GKG n. F. ist der Streitwert bei Abhilfeklagen auf EUR 300 Tsd. gedeckelt.

¹⁰⁷ Zweifel an der Zulässigkeit von Prozessfinanzierungsvereinbarungen äußern deswegen beispielsweise Schläfke/Lühmann NJW 2023, 3385, Tz. 11 m. w. N.; auf die fehlende Praktikabilität individueller Vereinbarungen verweisen Schneider/Conrady/Kapoor, BB 2023, 2179, 2183.

¹⁰⁸ § 15 Abs. 1 Nr. 2 VDuG.

¹⁰⁹ RegE VRUG, BT-Drs. 20/6520 vom 24. April 2023, S. 77.

¹¹⁰ Ausdrücklich die Beschlussempfehlung BT-Drs 20/7631, S. 109; zur ökonomischen Bestimmung der Gleichartigkeit vgl. Beckmann/Czaplicki/Hübler, NZKart 2023, 595, 596 f.

ten – insbesondere Verbraucherinnen und Verbrauchern – den Zugang zur Justiz zu erleichtern.¹¹¹ Ob die neue Abhilfeklage nach alledem ein solches praxistaugliches Instrument zur gebündelten Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen darstellt, bleibt abzuwarten und sollte genau beobachtet werden. Sofern sich angesichts des Aufwandes Kartellschadensersatzverfahren als wirtschaftlich undurchführbar erweisen, empfiehlt die Monopolkommission, die eingeschränkte Finanzierbarkeit von Abhilfeklagen, insbesondere im Fall von Kartellschadensersatzansprüchen, neu zu evaluieren.

1.1.1.4 Entwurf eines Krankenhausversorgungsverbesserungsgesetzes

171. Am 15. Mai 2024 hat die Bundesregierung den Gesetzentwurf für ein Krankenhausversorgungsverbesserungsgesetz beschlossen.¹¹² Dort ist eine Anpassung des § 187 Abs. 9 GWB gestaltet vorgesehen, dass Zusammenschlüsse im Krankenhausbereich auch dann von der (deutschen) Fusionskontrolle freigestellt sein sollen, wenn das entsprechende Vorhaben eine finanzielle Förderung aus einem neu einzurichtenden Transformationsfonds erhält (vgl. § 12b Krankenhausfinanzierungsgesetz-E). Hierzu soll die bestehende Ausnahmeregelung in § 187 Abs. 9 GWB auf diesen Fonds ausgeweitet werden; bislang setzt sie eine Förderung mit Mitteln aus dem Strukturfonds (vgl. §§ 12, 12a Krankenhausfinanzierungsgesetz) voraus. Die Ausnahmeregelung wurde mit der 10. GWB-Novelle in das Gesetz eingefügt, hat aber in der Vergangenheit – soweit ersichtlich – nur eine geringe praktische Bedeutung gehabt.

172. Die geplante Anpassung dürfte den Anwendungsbereich des § 187 Abs. 9 GWB dagegen erheblich erweitern, da der Transformationsfonds mit einem Volumen von bis zu EUR 50 Mrd. deutlich umfangreicher ausgestattet sein soll als der Strukturfonds. Er hält somit finanzielle Mittel für zahlreiche Vorhaben bereit, deren Förderung seitens der Bundesländer für die Jahre 2026 bis 2035 beantragt werden kann. Zu berücksichtigen ist außerdem, dass die Befristung in § 187 Abs. 9 Satz 1 Nr. 4 GWB an die Laufzeit des Transformationsfonds angepasst werden soll. Während eine Freistellung von der Fusionskontrolle derzeit voraussetzt, dass der Zusammenschluss bis zum 31. Dezember 2027 vollzogen wird, ist eine Verlängerung dieser Frist bis Ende des Jahres 2038 vorgesehen. Dabei wurde das Zurücktreten wettbewerblicher Belange hinter das Ziel der Konsolidierung im Krankenhaussektor nicht zuletzt gerade mit der (engen) zeitlichen Beschränkung der Ausnahmeregelung gerechtfertigt.¹¹³

173. Der vorliegende Gesetzentwurf begründet die fusionskontrollrechtliche Privilegierung für den Krankenhaussektor pauschal damit, dass „[d]ie Konzentration von Krankenhausstrukturen [...] der Spezialisierung in der Versorgung und damit der Steigerung der Behandlungsqualität [dient].“¹¹⁴ Tatsächlich sieht die Monopolkommission einen Bedarf dafür, qualitätssteigernde

¹¹¹ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, Wettbewerb 2016, Baden-Baden, 2016, Tz. 182 ff.; XXII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 99, Tz. 894 ff.

¹¹² Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Versorgungsqualität im Krankenhaus und zur Reform der Vergütungsstrukturen (Krankenhausversorgungsverbesserungsgesetz – KHVVG), BT-Drs. 20/11854 vom 17. Juni 2024.

¹¹³ RegE 10. GWB-Novelle, BT-Drs. 19/23492 vom 19. Oktober 2020, S. 143; BT-WiA 10. GWB-Novelle, BT-Drs. 19/25868 vom 13. Januar 2021, S. 123.

¹¹⁴ RegE KHVVG, a. a. O., vgl. Fn. 112, S. 228.

Effekte einer Konzentration im Krankenhaussektor neben den Wirkungen des Wettbewerbs explizit zu berücksichtigen. Der Wettbewerb zwischen den Krankenhäusern führt aufgrund der in diesem Bereich regulierten Preise vor allem zu Verbesserungen in der Versorgungsqualität. Vor diesem Hintergrund sind aber auch qualitätsrelevante Effizienzvorteile solcher Zusammenschlüsse – z. B. eine höhere Versorgungsqualität im Fall einer Konzentration von Fallzahlen – von besonderer volkswirtschaftlicher und gesellschaftlicher Bedeutung. Beides sollte daher gegeneinander abgewogen werden, um die Auswirkungen einer durch Zusammenschlüsse potenziell steigenden Konzentration auf die Versorgungsqualität im Einzelfall richtig einschätzen zu können. Allerdings ist bislang nicht geklärt, ob und inwiefern Effizienzvorteile in der deutschen Fusionskontrolle berücksichtigungsfähig sind. Die nun beschlossene Lösung, mögliche Effizienzvorteile durch eine Ausweitung der (teilweisen) Bereichsausnahme in § 187 Abs. 9 GWB zu verwirklichen, sieht die Monopolkommission gleichwohl kritisch, da die qualitätssteigernden Wirkungen des Wettbewerbs so ihrerseits nicht berücksichtigt werden. Es ist daher zu befürchten, dass durch die geplanten Änderungen des § 187 Abs. 9 GWB ein Potenzial eröffnet wird, um die Fusionskontrolle im Krankenhaussektor weitgehend auszuschalten.

174. Bereits vor der nun beschlossenen weitergehenden Privilegierung von Krankenhauszusammenschlüssen hat die Monopolkommission in ihrem XXIII. Hauptgutachten empfohlen, von einer ersten (teilweisen) Ausnahmeregelung in § 187 Abs. 9 GWB abzusehen.¹¹⁵ Stattdessen hat sie vorgeschlagen, die Abwägung zwischen wettbewerblich induzierten Qualitätsveränderungen und aus Synergieeffekten resultierenden Verbesserungen der Versorgungsqualität im Krankenhaussektor explizit in die Fusionskontrolle aufzunehmen. Die Monopolkommission hält an diesem Vorschlag fest und empfiehlt, eine Effizienzabwägungsklausel für Krankenhausfusionen in § 36 Abs. 1 Satz 2 GWB zu integrieren. Eine neue Nr. 4 könnte dort wie folgt lauten: *„Dies gilt nicht, wenn [...] (4) die beteiligten Unternehmen bei einem Zusammenschluss von Krankenhäusern nachweisen, dass von dem Zusammenschluss ausgehende Qualitätsvorteile und positive Auswirkungen auf Versorgungssicherungsziele der zuständigen Landesbehörden die Behinderung des Wettbewerbs überwiegen“.*

1.1.1.5 Mögliche Anpassung im Bundeswaldgesetz

175. Ende letzten Jahres ist ein Referentenentwurf des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft (BMEL) für ein Gesetz zur Neuordnung des Bundeswaldgesetzes (BWaldG) öffentlich geworden.¹¹⁶ Das BWaldG enthält – vereinfacht dargestellt – zwei Ausnahmen von dem Kartellverbot: Zum einen gilt § 1 GWB nicht für lokal begrenzte Kooperationen bei der forstwirtschaftlichen Erzeugung und dem Absatz von Forsterzeugnissen (§ 40 BWaldG); zum anderen gelten für Vereinbarungen über sonstige der Holzvermarktung nicht zuzurechnende forstwirtschaftliche Maßnahmen die Voraussetzungen des § 2 GWB für eine Freistellung von § 1 GWB unwiderleglich als erfüllt (§ 46 Abs. 1 BWaldG). Im Anwendungsbereich von Art. 101 AEUV gibt es eine widerlegliche Vermutung für das Vorliegen der Freistellungs Voraussetzungen

¹¹⁵ Vgl. Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, Wettbewerb 2020, Baden-Baden, 2020, Tz. 158 ff., insb. 165.

¹¹⁶ BMEL, Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Bundeswaldgesetzes, https://www.forstpraxis.de/sites/forstpraxis.de/files/2023-11/231110_Referentenentwurf_BWaldG.pdf, Abruf am 14. Mai. 2024.

aus Art. 101 Abs. 3 GWB (§ 46 Abs. 2 BWaldG). Diese Vermutungsregelung widerspricht der in Art. 2 Satz 2 Verordnung (EG) 1/2003 vorgesehenen Beweislastverteilung.

176. Während der Referentenentwurf § 40 BWaldG – nunmehr § 65 BWaldG-RefE – inhaltlich unverändert lässt, ist für § 46 BWaldG – nunmehr § 83 BWaldG-RefE – die folgende Ergänzung in Abs. 1 Satz 1 vorgesehen: *„Für Beschlüsse und Vereinbarungen über die der Holzvermarktung nicht zuzurechnenden forstwirtschaftlichen Maßnahmen von nichtstaatlichen oder staatlichen Trägern oder von deren Kooperationen, soweit auf diese Beschlüsse und Vereinbarungen die Regelungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen anzuwenden sind und sofern sie Wettbewerb auf dem Markt für forstwirtschaftliche Dienstleistungen bestehen lassen, gelten die Voraussetzungen für eine Freistellung im Sinne des § 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen als erfüllt.“*¹¹⁷

177. Die Ergänzung geht zurück auf den Bericht einer Steuerungsgruppe, der im Rahmen der in § 46 Abs. 3 BWaldG vorgesehenen Evaluierung der Absätze 1 und 2 entstanden ist, und soll den Wettbewerbsgedanken hervorheben.¹¹⁸ Das Bundeskartellamt war Teil dieser Steuerungsgruppe und hat sich für eine Streichung des § 46 BWaldG ausgesprochen.¹¹⁹ Auch die Monopolkommission hat sich in der Vergangenheit wiederholt kritisch zu den §§ 40, 46 BWaldG geäußert, insbesondere mit Blick auf deren (Un-) Vereinbarkeit mit dem EU-Wettbewerbsrecht, und die Streichung der Vermutungsregelung aus § 46 Abs. 2 BWaldG empfohlen.¹²⁰ Der Mehrwert der nun für § 83 Abs. 1 Satz 1 BWaldG geplanten Ergänzung erscheint fraglich. Dies bereits insofern, als das Vorliegen der drei übrigen Voraussetzungen des § 2 GWB – Schaffung von Effizienzvorteilen, eine angemessene Beteiligung der Verbraucher¹²¹ daran und Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung – von den Unternehmen weiterhin nicht nachgewiesen muss, und zudem auch deshalb, weil sogar ausdrücklich auf den Erhalt (zumindest) eines „wesentlichen“ Wettbewerbs verzichtet werden soll.¹²²

¹¹⁷ Hervorhebung nur hier.

¹¹⁸ Bericht über die Regelungen des § 46 des Bundeswaldgesetzes, BT-Drs. 20/7885 vom 21. Juli 2023. S. 14; BMEL, RefE BWaldG, a. a. O., vgl. Fn. 116, S. 167.

¹¹⁹ Bericht über die Regelungen des § 46 des Bundeswaldgesetzes, a. a. O., vgl. Fn. 118, S. 8.

¹²⁰ Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 99, Tz. 126 ff.; XXI. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 111, Tz. 1007 ff.

¹²¹ Der wettbewerbsrechtliche Verbraucherbegriff umfasst nicht nur Endkundinnen und Endkunden, die außerhalb ihrer beruflichen Tätigkeit handeln, sondern auch Zwischenverbraucher wie Produzenten, welche die Ware als Vorprodukt benötigen, Großhändler, Einzelhändler und andere Unternehmen.

¹²² Bericht über die Regelungen des § 46 des Bundeswaldgesetzes, a. a. O., vgl. Fn. 118, S. 14; BMEL, RefE BWaldG, a. a. O., vgl. Fn. 116, S. 167.

1.1.2 Europäisches Recht

1.1.2.1 Inkrafttreten des Gesetzes über digitale Märkte

178. Am 1. November 2022 ist die Verordnung (EU) 2022/1925 in Kraft getreten.¹²³ Gegenstand der Verordnung sind Märkte, die von großen Plattformunternehmen und gegebenenfalls deren digitalen Ökosystemen dominiert werden (sog. Torwächter). Ziel ist, die Bestreitbarkeit dieser Märkte herzustellen und fairen Zugang zu den Plattformdiensten zu gewährleisten. Die Europäische Kommission hat am 6. September 2023 die ersten sechs Plattformunternehmen als Torwächter eingestuft. Gleichzeitig hat sie 22 zentrale Plattformdienste, die von diesen Unternehmen bereitgestellt werden, benannt und zwar:¹²⁴

- Alphabet als Torwächter mit den zentralen Plattformdiensten Google Maps, Google Play, Google Shopping, Google Search, Google Ads, Google Chrome, Android und Youtube;
- Amazon als Torwächter mit den zentralen Plattformdiensten Amazon Marketplace und Amazon Ads;
- Apple als Torwächter mit den zentralen Plattformdiensten iOS, iPadOS¹²⁵, App Store und Safari;
- Bytedance als Torwächter mit dem zentralen Plattformdienst TikTok;
- Meta als Torwächter mit den zentralen Plattformdiensten Facebook, Instagram, Messenger, Whatsapp, Meta Ads und Meta Marketplace;
- Microsoft als Torwächter mit den zentralen Plattformdiensten Windows PC und LinkedIn.

179. Am 13. Mai 2024 gab die Europäische Kommission zudem bekannt, Booking als Torwächter mit dem zentralen Plattformdienst Booking.com eingestuft zu haben. Bezüglich des sozialen Netzwerks X (vormals Twitter) hat die Europäische Kommission zunächst eine Marktuntersuchung eingeleitet, um die von X vorgebrachten Argumente gegen eine Einstufung als Torwächter zu überprüfen. Die Online-Werbendienste X Ads und Tik Tok Ads (von X bzw. Bytedance) wurden dagegen nicht als zentrale Plattformdienste benannt. Die Europäische Kommission kam zu dem Schluss, dass die Dienste – obwohl sie die quantitativen Schwellenwerte überschritten – nicht als wichtige Verbindungsstelle zwischen Unternehmen und Verbraucherinnen und Verbrauchern einzustufen seien.¹²⁶

¹²³ Dazu bereits Tz. 161. Vgl. zu dem (damaligen) Gesetzesvorhaben auch Monopolkommission, Sondergutachten 82, Empfehlungen für einen effektiven und effizienten Digital Markets Act, Baden-Baden, 2022; XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 174-178, 478-557.

¹²⁴ EU-Kommission, Gesetz über digitale Märkte: Kommission benennt sechs Torwächter, Pressemitteilung, 6. September 2023, IP/23/4328.

¹²⁵ Das Betriebssystem iPadOS wurde nachträglich am 29. April 2024 als zentraler Plattformdienst benannt; vgl. Kommission, EU-Kommission ordnet Apples Tablet-Betriebssystem iPadOS als Torwächterprogramm im Sinne des Gesetzes über digitale Märkte ein, Pressemitteilung, 20. April 2024, IP/24/2363.

¹²⁶ EU-Kommission, Kommission stuft Booking als Gatekeeper ein und beginnt Marktuntersuchung zu X, Pressemitteilung, 13. Mai 2024, IP/24/2561.

180. Die Torwächter haben bzw. hatten nach der Benennung sechs Monate Zeit um sicherzustellen, dass ihre zentralen Plattformdienste die Verhaltenspflichten der Verordnung (EU) 2022/1925 einhalten. Die Europäische Kommission hat hierzu im März 2024 zunächst öffentliche Workshops mit den im Jahr 2023 benannten Torwächtern durchgeführt, um deren Maßnahmen zu diskutieren. Im Anschluss hat sie am 25. März 2024 gegen drei Torwächter Verfahren wegen der Nichteinhaltung verschiedener Vorschriften eingeleitet.¹²⁷ Im Einzelnen untersucht die Europäische Kommission folgende Maßnahmen:

- Die Programmierung von Google Play (Alphabet) und des App Stores (Apple): Die Europäische Kommission befürchtet, dass App-Entwickler unter anderem aufgrund der Gebührenstruktur daran gehindert werden, Verbraucherinnen und Verbrauchern außerhalb der App Stores Angebote zu machen.
- Die Anzeige der Suchergebnisse in Alphabets Suchdienst Google Search: Die Europäische Kommission hat den Verdacht, dass Alphabet nachgelagerte eigene Suchdienste (z. B. für Waren, Flüge oder Hotels) gegenüber konkurrierenden Angeboten bevorzugt.
- Apples Maßnahmen zur Deinstallation von Apps, Änderung der Standardeinstellungen und der Auswahl alternativer Standard-Apps: Die Kommission befürchtet, dass die von Apple gewählten Maßnahmen, z. B. die Gestaltung des Auswahlbildschirms für Browser oder Suchmaschinen, Nutzerinnen und Nutzer daran hindern könnten, ihre Dienste innerhalb des Apple-Ökosystems tatsächlich frei zu wählen.
- „Consent-or-pay“-Modell von Meta: Meta stellt seine Nutzerinnen und Nutzer vor die Wahl zwischen gebührenfreier Nutzung bei Abgabe einer datenschutzrechtlichen Einwilligung und einer gebührenpflichtigen Nutzung. Die Europäische Kommission hat Zweifel, ob dies mit der Verpflichtung in Einklang steht, die Einwilligung von Nutzerinnen und Nutzern für die Kombination von Daten über verschiedene zentrale Plattformdienste hinweg einzuholen.

Darüber hinaus hat die Europäische Kommission erste Schritte zur Untersuchung der neuen Gebührenstruktur von Apples App Store und den Anzeige-Praktiken auf dem Amazon Marketplace eingeleitet.

1.1.2.2 Inkrafttreten der Drittstaatensubventionsverordnung

181. Am 12. Januar 2023 ist zudem die Verordnung (EU) 2022/2560 (Drittstaatensubventionsverordnung) in Kraft getreten.¹²⁸ Sie gilt seit dem 12. Juli 2023. Die Verordnung zielt darauf ab, Verzerrungen des Binnenmarktes durch Subventionen von Nicht-EU-Staaten („Drittstaaten“) zu verhindern. Dazu sieht die Verordnung neben zwei anderen Instrumenten¹²⁹ ein stark von

¹²⁷ EU-Kommission, Kommission leitet Verfahren gegen Alphabet, Apple und Meta gemäß dem Gesetz über digitale Märkte ein, Pressemitteilung, 25. März 2024, IP/24/1689.

¹²⁸ Verordnung (EU) 2022/2560 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 14. Dezember 2022 über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen, ABl. L 330 vom 23. Dezember 2022, S. 1.

¹²⁹ Ein anmeldebasiertes Instrument zur Überprüfung von Angeboten in bestimmten öffentlichen Vergabeverfahren sowie ein allgemeines Auffanginstrument zur Ad-hoc-Untersuchung von Marktsituationen auf eigene Initiative der Kommission.

der EU-Fusionskontrolle inspiriertes Verfahren für bestimmte Zusammenschlüsse vor. Anmeldepflichtig sind Zusammenschlüsse, die bestimmte Schwellenwerte überschreiten: Eines der beteiligten Unternehmen erzielt in der Union einen Umsatz von wenigstens EUR 500 Mio. und eines hat in den drei Jahren vor dem Zusammenschluss eine finanzielle Zuwendung eines Drittstaates in Höhe von wenigstens EUR 50 Mio. erhalten. Die Europäische Kommission kann angemeldete Zusammenschlüsse einer Prüfung unterziehen und an deren Ende eine Untersagung des Zusammenschlusses aussprechen sowie strukturelle oder verhaltensbezogene Maßnahmen auferlegen (z. B. die Rückzahlung der Subvention). Ein angemeldeter Zusammenschluss unterfällt während des Verfahrens einem Durchführungsverbot. Ein entgegen der Verordnung (EU) 2022/2560 nicht angemeldeter Zusammenschluss kann mit Geldbußen sanktioniert werden. Mittlerweile hat die Europäische Kommission Einzelheiten der Verfahren in der Durchführungsverordnung (EU) 2023/1441 festgelegt.¹³⁰ Innerhalb der Kommission werden die Verfahren von der Generaldirektion Wettbewerb durchgeführt. Die Monopolkommission hat frühzeitig vorgeschlagen, Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt mit einem neuen Drittlandsbeihilfeinstrument im europäischen Wettbewerbsrecht abzubauen,¹³¹ und damit zur Entwicklung der Drittstaatensubventionsverordnung beigetragen.

1.1.2.3 Neue horizontale Gruppenfreistellungsverordnungen und Horizontal-Leitlinien

182. Nachdem bereits im Juni 2022 die neue Gruppenfreistellungsverordnung (GVO) für vertikale Vereinbarungen – Verordnung (EU) 2022/720 – in Kraft getreten ist,¹³² hat die Europäische Kommission nunmehr auch zwei horizontale GVOen überarbeitet. Die sog. FuE-GVO – Verordnung (EU) 2023/1066 – betrifft die Freistellung vom Kartellverbot für Vereinbarungen über die gemeinsame Forschung und Entwicklung, die sog. Spezialisierungs-GVO – Verordnung (EU) 2023/1067 – Vereinbarungen über die einseitige sowie gegenseitige Spezialisierung bei der Produktion.¹³³ Die GVOen enthalten jeweils nur geringfügige Anpassungen; sie traten am 1. Juli 2023 in Kraft.

¹³⁰ Durchführungsverordnung (EU) 2023/1441 der Kommission vom 10. Juli 2023 zur Festlegung detaillierter Vorschriften für die Durchführung von Verfahren nach der Verordnung (EU) 2022/2560 des Europäischen Parlaments und des Rates über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen durch die Kommission, ABl. L 177 vom 12. Juli 2023, S. 1.

¹³¹ Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 115, Kapitel IV.

¹³² Verordnung (EU) 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. L 134 vom 11. Mai 2022, S. 4; vgl. auch EU-Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. C 248 vom 30. Juni 2022, S. 1. Dazu bereits Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 179, 277 ff.

¹³³ Verordnung (EU) 2023/1066 der Kommission vom 1. Juni 2023 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung, ABl. L 143 vom 2. Juni 2023, S. 9; Verordnung (EU) 2023/1067 der Kommission vom 1. Juni 2023 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen, ABl. L 143 vom 2. Juni 2023, S. 20.

183. Dagegen fallen die Änderungen, welche die Europäische Kommission parallel dazu an ihren Leitlinien für horizontale Vereinbarungen vorgenommen hat, deutlich umfangreicher aus.¹³⁴ Die Leitlinien gelten für die gruppenweise Freistellung gemäß der Verordnungen (EU) 2023/1066 und 2023/1067, aber auch für die Einzelfreistellung. Besondere Aufmerksamkeit hat dort unter anderem die Einführung eines „soft safe harbour“ für bestimmte Nachhaltigkeitsvereinbarungen erlangt.¹³⁵ Neben den Horizontal-Leitlinien sind insoweit auch die neuen Leitlinien der Europäischen Kommission zu Art. 210a Verordnung (EU) Nr. 1308/2013 zu beachten.¹³⁶ Die Vorschrift enthält eine spezielle Ausnahme von dem Kartellverbot für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen im Agrarsektor, die für das Erreichen überobligatorischer Nachhaltigkeitsstandards unerlässlich sind. Die Monopolkommission hat sich bereits im letzten Hauptgutachten kritisch mit der Berücksichtigung von Nachhaltigkeitserwägungen im Kartellrecht auseinandergesetzt.¹³⁷ Sie ist – weiterhin – der Auffassung, dass Nachhaltigkeitsvorteile grundsätzlich innerhalb des bisherigen Rahmens der Effizienzvorteile gewürdigt werden sollten.

1.1.2.4 Neue Bekanntmachung der Europäischen Kommission zur Marktabgrenzung

184. Am 22. Februar 2024 hat die Europäische Kommission eine neue Bekanntmachung über die Abgrenzung des relevanten Marktes im Amtsblatt veröffentlicht.¹³⁸ Sie ersetzt die bisherige Bekanntmachung aus dem Jahr 1997 und ist deutlich umfangreicher als diese.¹³⁹ In ihrer ersten Bekanntmachung stellte die Kommission vor allem allgemeine Grundsätze kartellrechtlicher Marktdefinition und Informationen über die generelle Vorgehensweise der Kommission bei der Marktabgrenzung in der Bekanntmachung dar. Die neue Bekanntmachung hat ihren Schwerpunkt dagegen nicht mehr in solchen generellen Erwägungen – auch wenn diese weiterhin enthalten sind –, sondern behandelt in einem deutlich höheren Detailgrad Spezialprobleme und die Vorgehensweise in Sondersituationen.

185. So greift die neue Bekanntmachung nun sowohl aktuelle kartellrechtliche Entwicklungen auf als auch übergeordnete Herausforderungen, denen sich die Kartellrechtspraxis zu stellen

¹³⁴ EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 259 vom 21. Juli 2023, S. 1.

¹³⁵ Zur Überarbeitung der Horizontal-GVOen und der Leitlinien vgl. bereits Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 181 ff.; zur Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten im Wettbewerbsrecht vgl. auch ebenda, Tz. 399.

¹³⁶ EU-Kommission, Leitlinien der Kommission zur Ausnahme von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union in Bezug auf Nachhaltigkeitsvereinbarungen für landwirtschaftliche Erzeuger gemäß Artikel 210a der Verordnung (EU) Nr. 1308/2013, ABl. C/2023/1446 vom 8. Dezember 2023.

¹³⁷ Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Kapitel IV; vgl. zur Bedeutung von Ausnahmen vom Kartellverbot speziell in der Landwirtschaft auch dies., Monopolkommission zur Wettbewerbssituation in der Lebensmittellieferkette, Policy Brief Ausgabe 13, Februar 2024, https://www.monopolkommission.de/images/Policy_Brief/MK_Policy_Brief_13.pdf, Abruf am 22. Mai 2024.

¹³⁸ EU-Kommission, Bekanntmachung der Kommission über die Abgrenzung des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Union, ABl. C/2024/1645 vom 22. Februar 2024, S. 1.

¹³⁹ EU-Kommission, Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. C 372 vom 9. Dezember 1997, S. 5.

hat – insbesondere Fragen der Digitalwirtschaft und der ökologischen Transformation. Die grundsätzliche Methodik der Marktabgrenzung, geprägt durch Nachfrage- und Angebotssubstituierbarkeit ist im Grundsatz unverändert geblieben. Ein besonderer Schwerpunkt liegt hier nun allerdings auf Sonderfällen der Substituierbarkeit und Anhaltspunkten, wie die Marktabgrenzung in diesen Fällen vorzunehmen ist. Deutlich ausführlicher behandelt die Bekanntmachung daher beispielsweise die Berücksichtigung zukünftiger Entwicklungen im Rahmen der Marktabgrenzung. Unter anderem finden sich nun Ausführungen zur Abgrenzung von Märkten zukünftiger Produkte und dem Einfluss von Innovationsanstrengungen auf die Marktabgrenzung. Die größten inhaltlichen Neuerungen enthält der der Marktabgrenzung unter besonderen Umständen gewidmete Abschnitt 4. Dieser befasst sich insbesondere mit der Marktabgrenzung bei mehrseitigen Plattformen, Anschlussmärkten und digitalen „Ökosystemen“.

1.1.2.5 Geplante Leitlinien der Europäischen Kommission zu Behinderungsmissbräuchen

186. Die Europäische Kommission hat angekündigt, erstmals Leitlinien zu Behinderungsmissbräuchen zu veröffentlichen. Aktuell existiert lediglich eine Mitteilung, in der die Behörde ihre Prioritäten bei der Durchsetzung von Art. 102 AEUV (vormals: Art. 82 EG) in Bezug auf solche Verhaltensweisen erläutert.¹⁴⁰ Die Prioritätenmitteilung gilt allerdings als überholt; nach verbreiteter Auffassung sind Missbrauchsverfahren häufig nur wenig effizient. Gleichzeitig zu ihrer Ankündigung für künftige Leitlinien hat die Europäische Kommission vorübergehende Anpassungen an der Prioritätenmitteilung vorgenommen, um die zwischenzeitlichen Entwicklungen in der Rechtsprechung der Unionsgerichte abzubilden.¹⁴¹ Im Einzelnen betreffen die Änderungen den Begriff der wettbewerbswidrigen Marktverschließung, die Anwendung des Prinzips bzw. des Tests des ebenso effizienten Wettbewerbers, die Voraussetzungen für die Annahme einer missbräuchlichen Zugangsverweigerung im Zusammenhang mit einer sog. konstruktiven Lieferverweigerung und die Einordnung der Fälle der Kosten-Preis-Schere als eigenständige Form des Missbrauchs. Ein erster Entwurf der Leitlinien zu Behinderungsmissbräuchen soll Mitte dieses Jahres veröffentlicht werden, der finale Text im kommenden Jahr. Die Monopolkommission befasst sich mit den geplanten Leitlinien der Europäischen Kommission in diesem Gutachten noch ausführlich in Abschnitt 2.3.

¹⁴⁰ EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C 45 vom 24. Februar 2009, S. 7.

¹⁴¹ EU-Kommission, Änderung der Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C 116 vom 31. März 2023, S. 1.

1.2 Überblick über die kartellrechtliche Entscheidungspraxis

1.2.1 Fusionskontrolle

1.2.1.1 Deutsche Fusionskontrolle

187. Im Berichtszeitraum wurden insgesamt 1.642 Zusammenschlussvorhaben zur fusionskontrollrechtlichen Prüfung beim Bundeskartellamt angemeldet, von denen auf das Jahr 2022 838 und auf das Jahr 2023 804 Anmeldungen entfallen. Der erneut deutliche Rückgang der Anmeldungen im Vergleich zum vorangegangenen Berichtszeitraum 2020/2021, in dem noch 2.261 Zusammenschlussvorhaben angemeldet worden waren, ist im Wesentlichen mit der Anhebung der Anmeldeschwellen im Zuge der 10. GWB-Novelle im Januar 2021 zu erklären.¹⁴² Die neuen Schwellen galten erstmals während des gesamten Berichtszeitraums. Die Monopolkommission empfiehlt, die Schwellenwerte vorerst nicht erneut anzuheben, um die Funktionsfähigkeit der verpflichtenden Ex-ante-Fusionskontrolle nicht zu gefährden.¹⁴³

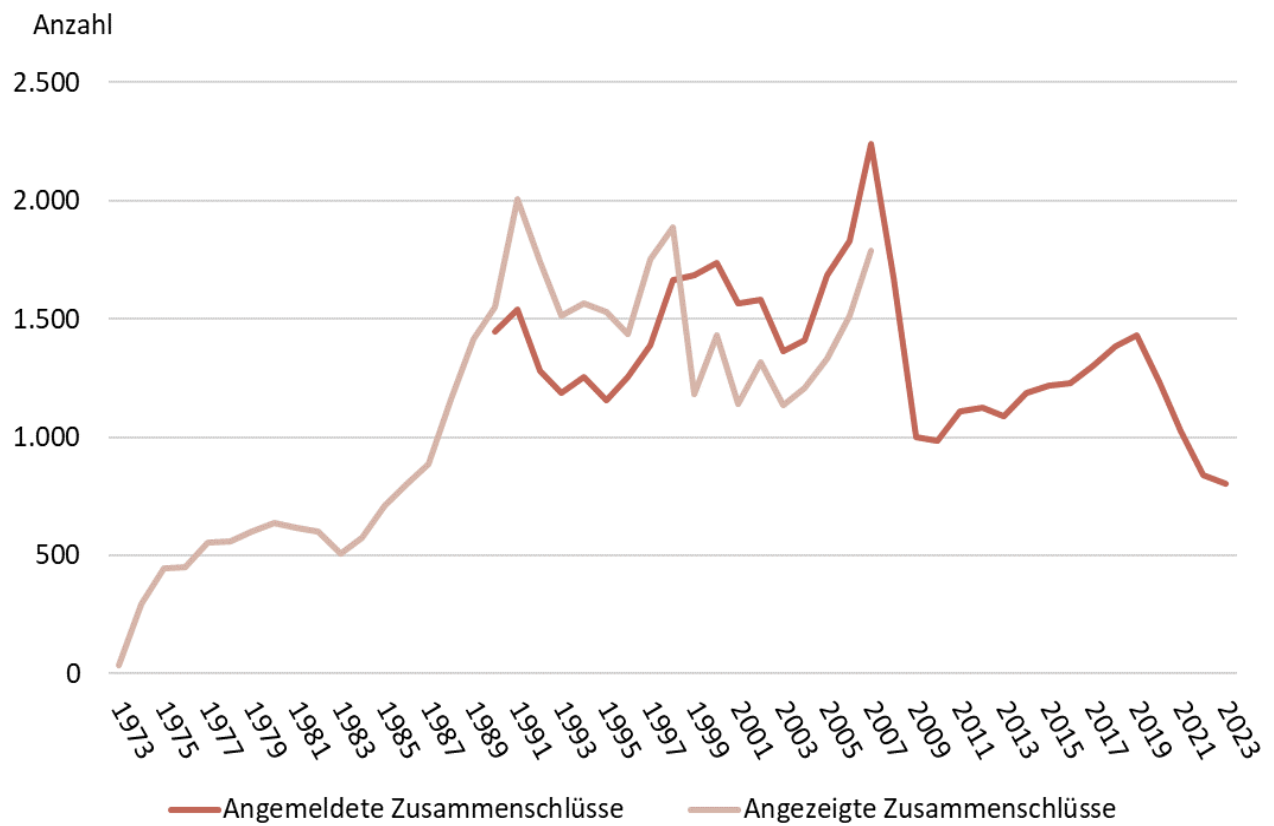
188. Der ganz überwiegende Teil der angemeldeten Zusammenschlussvorhaben konnte im Vorprüfverfahren freigegeben werden. Das Bundeskartellamt schloss elf Hauptprüfverfahren ab, und zwar fünf im Jahr 2022 und sechs im Jahr 2023. Das sind deutlich weniger Fälle als in den vorangegangenen Berichtszeiträumen (jeweils 19 Hauptprüfverfahren in den Jahren 2020/2021 und 2018/2019). Davon gab das Bundeskartellamt insgesamt zwei Zusammenschlussvorhaben ohne und vier Zusammenschlussvorhaben mit Nebenbestimmungen frei. Erneut wurde zudem ein – relativ betrachtet – erheblicher Teil der Anmeldungen im Hauptprüfverfahren von den Unternehmen zurückgenommen, nachdem das Bundeskartellamt ihnen seine wettbewerblichen Bedenken mitgeteilt hatte, und zwar in beiden Jahren jeweils zwei Anmeldungen. Im Jahr 2022 untersagte das Bundeskartellamt ein Zusammenschlussvorhaben, im Jahr 2023 dagegen keins.¹⁴⁴ Auch im vorangegangenen Berichtszeitraum hatte das Bundeskartellamt eine Untersagung ausgesprochen. Einzelheiten zur Fusionskontrollstatistik können den folgenden Abbildungen und Tabellen entnommen werden:

¹⁴² Die beiden Inlandsumsatzschwellen betragen nunmehr EUR 50 Mio. und EUR 17,5 Mio. statt zuvor EUR 25 Mio. bzw. EUR 5 Mio. (§ 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB).

¹⁴³ Dazu bereits Tz. 165 und noch Tz. 258.

¹⁴⁴ BKartA, B1-137/21, 14. Januar 2022, ACO/BIRCO. Dazu bereits Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 192.

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

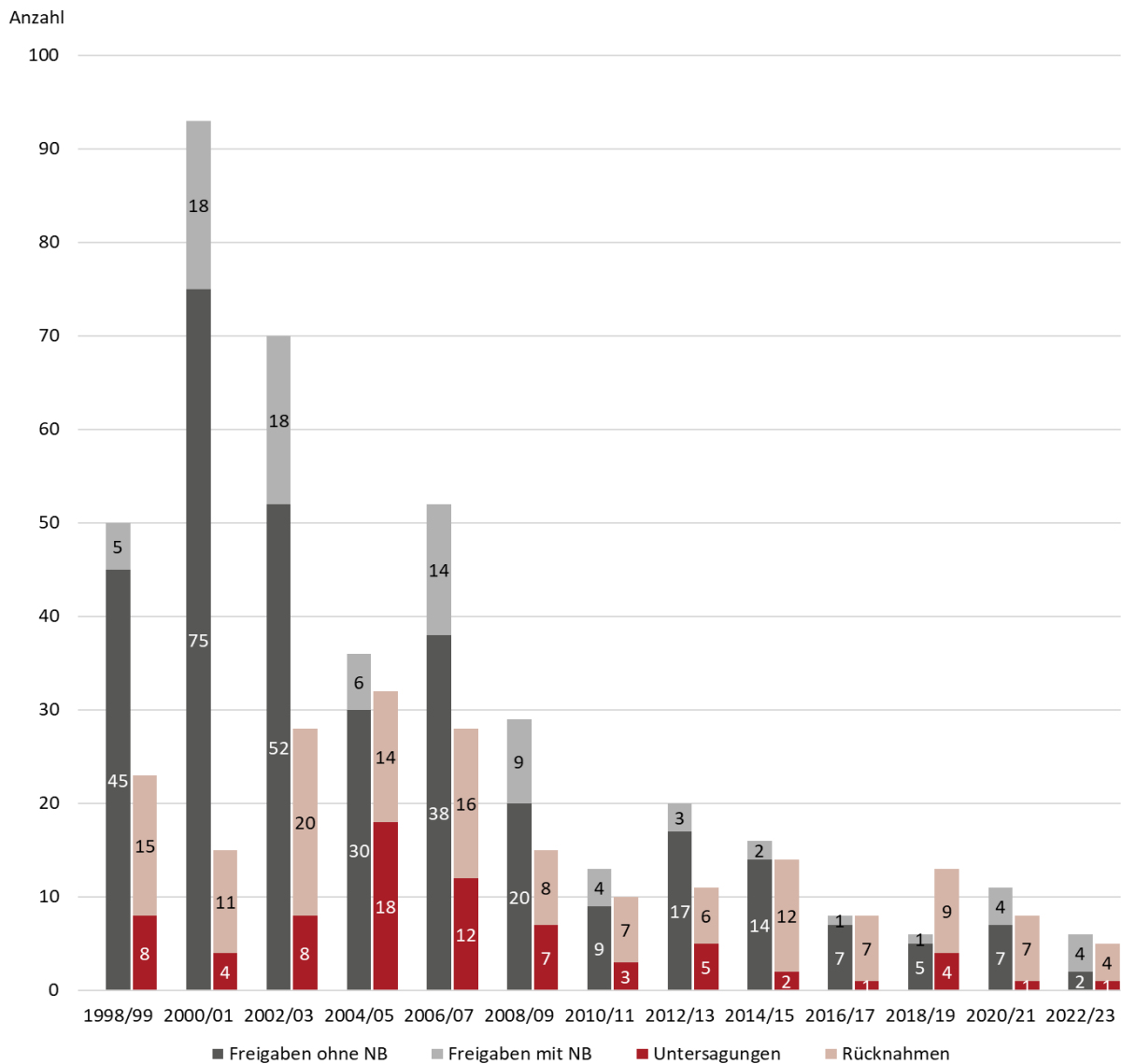
Tabelle II.1: Übersicht über die Anzahl der angemeldeten und vollzogenen Zusammenschlüsse sowie der vom Bundeskartellamt ausgesprochenen Untersagungen, gegliedert nach Berichtszeiträumen der Monopolkommission

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
2022/2023	-	1.642	1
Davon:			
2022	-	838	1
2023	-	804	0
Insgesamt	(bis 2007) 37.872	45.924	195

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



Anm.: NB = Nebenbestimmungen

Quelle: Eigene Darstellung nach Angaben des Bundeskartellamtes

Tabelle II.2: Übersicht über den Stand der deutschen Zusammenschlusskontrolle 2022 und 2023 (im Vergleich zu 2021)

	2021	2022	2023
I. Fusionskontrollverfahren insgesamt			
Eingegangene Anmeldungen nach § 39 GWB	1.025	838	804
Vorfeldfälle	11	11	13
II. Vorprüfverfahren (Erste-Phase-Fälle)			
Freigabe	1.041	807	765
Keine Anmeldepflicht	46	20	24
Rücknahme der Anmeldung	14	14	10
III. Hauptprüfverfahren (Zweite-Phase-Fälle)			
Entscheidungen	5	3	4
Freigabe ohne Nebenbestimmungen	3	0	2
Freigabe mit Nebenbestimmungen	1	2	2
Untersagung	1	1	0
Rücknahme der Anmeldung	5	2	2

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. Die Zahlen für das Jahr 2021 wurden aus dem XXIV. Hauptgutachten, Tabelle II.2 übernommen. Das Bundeskartellamt hat zwischenzeitlich geringfügig abweichende Zahlen veröffentlicht; vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2021/2022, BT-Drs. 20/7300 vom 26. Juli 2023, S. 25 f., 152.

Quelle: Bundeskartellamt

189. Das Bundeskartellamt hat das – aus verschiedenen Erwerbsvorgängen bestehende – Zusammenschlussvorhaben zwischen Westenergie, einem Tochterunternehmen von E.ON, sowie Rheinenergie mit Nebenbestimmungen freigegeben.¹⁴⁵ Das Vorhaben betraf zahlreiche Wertschöpfungsstufen bzw. Bereiche der Energiewirtschaft; wettbewerbliche Bedenken hatte das Bundeskartellamt vor allem beim Heizstrom und bei der öffentlichen Ladeinfrastruktur. Im Großraum Köln hätte der Zusammenschluss zu einer Verstärkung der beherrschenden Stellung

¹⁴⁵ BKartA, B8-134/21, 30. September 2022, Rheinenergie/Westenergie. Eine gegen den Beschluss des Bundeskartellamtes eingelegte (Dritt-) Beschwerde hat das OLG Düsseldorf, VI Kart 9/22 (V), 10. August 2023, zurückgewiesen.

von Rheinenergie auf zehn lokalen Märkten für die Belieferung von Nachtspeicherheizungen und Wärmepumpen mit Heizstrom geführt, auf zwei weiteren Märkten zu einer solchen von E.ON. Im Bereich des Betriebs von Ladepunkten für Elektrofahrzeuge hat sich das Bundeskartellamt ausführlich mit der Marktabgrenzung beschäftigt. In sachlicher Hinsicht ist es von separaten Märkten für Normalladepunkte und Schnellladepunkte ausgegangen, wobei es mit Blick auf letztere weiter zwischen den Standorten auf bzw. abseits von Autobahnen unterschieden hat. In räumlicher Hinsicht hat sich das Bundeskartellamt bei den Normalladepunkten nicht eindeutig festgelegt und im Wege einer „Alternativbetrachtung“ die Wettbewerbsverhältnisse in einem Radius von 1 km, 2 km, 3 km sowie 4 km um den jeweiligen Ladepunkt betrachtet. Bei den Schnellladepunkten auf und abseits von Autobahnen soll der Radius 20 km betragen. Das Bundeskartellamt ist zu dem Ergebnis gelangt, dass die Voraussetzungen für eine Untersagung bei den Normalladepunkten in sieben lokalen Markträumen vorlägen. Letztlich ist das Zusammenschlussvorhaben unter der aufschiebenden Bedingung freigegeben worden, dass Rheinenergie einen Teil seines Heizstromgeschäfts an einen einzigen Wettbewerber veräußert. Durch die hiermit verbundene Schaffung eines Gegengewichts zur – weiterhin bestehenden – Marktmacht von Rheinenergie würden die Wettbewerbsbedingungen, so das Bundeskartellamt, auf den insoweit adressierten Heizstrommärkten dergestalt verbessert, dass sie die verbleibenden Verschlechterungen des Wettbewerbs beim Heizstrom im Übrigen und bei der öffentlichen Ladeinfrastruktur überwiegen (vgl. § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GWB, sog. Abwägungsklausel). Die Monopolkommission hat sich wiederholt mit wettbewerblichen Aspekten bei dem Aufbau der Ladeinfrastruktur befasst.¹⁴⁶ Zu den kartellrechtlichen Themen zählten insbesondere die Marktabgrenzung sowie die Marktbeherrschung bei dem Betrieb von Ladepunkten, die Unternehmenseigenschaft von Kommunen bei der Vergabe von öffentlichen Stellflächen und der Zugang dritter Stromanbieter zur Ladesäuleninfrastruktur.

190. Das Bundeskartellamt hat den Erwerb von Teilen des Molkereigeschäfts von Royal Friesland Campina durch die Unternehmensgruppe Theo Müller mit Nebenbestimmungen freigegeben.¹⁴⁷ Das Bundeskartellamt grenzte eine Vielzahl von Märkten für Molkereiprodukte ab. Im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung wurde ergänzend eine empirische Analyse durchgeführt, bei der mittels Daten die Reaktionen der mittelbaren Nachfrager der Zusammenschlussparteien, d. h. der Endverbraucherinnen und Endverbraucher, auf Preisveränderungen einzelner Produkte nachverfolgt wurden (sog. Event-Analyse). Nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes wäre durch den Zusammenschluss insbesondere die beherrschende Stellung der Unternehmensgruppe Theo Müller auf den Märkten für die Herstellung und den Vertrieb von Milchreis, frischen Milchkischgetränken und Basismilchgetränken an den deutschen Lebensmitteleinzelhandel verstärkt worden. Die erlassenen Nebenbestimmungen sehen die Veräußerung des Geschäftsbereichs „Tuffi“ und die Erteilung einer Lizenz für den Vertrieb von Milchreis und frischen Milchkischgetränken unter der Marke „Landliebe“ vor. Da der Geschäftsbereich „Tuffi“ im Ganzen veräußert worden ist, dieser aber – neben Basismilchgetränken – weitere,

¹⁴⁶ Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Energie (2019): Wettbewerb mit neuer Energie, Baden-Baden, 2019, Tz. 245 ff.; 8. Sektorgutachten Energie (2021): Wettbewerbschancen bei Strombörsen, E-Ladesäulen und Wasserstoff nutzen, Baden-Baden, 2021, Tz. 129 ff.; 9. Sektorgutachten Energie (2023): Mit Wettbewerb aus der Energiekrise, Baden-Baden, 2023, Tz. 240 ff.

¹⁴⁷ BKartA, B4-90/22, 22. Februar 2023, Theo Müller/Royal Friesland Campina.

wettbewerblich unbedenkliche Produkte umfasst, gehen die Zusagen über die zur Beseitigung der Bedenken des Bundeskartellamtes erforderlichen Maßnahmen hinaus.¹⁴⁸

191. Die Beteiligung der Funke Mediengruppe an einem Tochterunternehmen von Burda hat das Bundeskartellamt ohne Nebenbestimmungen im Hauptprüfverfahren freigegeben.¹⁴⁹ Dadurch können die Funke Mediengruppe und Burda das Unternehmen nunmehr gemeinsam kontrollieren; eine weitere Gesellschafterin hält eine Minderheitsbeteiligung. Das Gemeinschaftsunternehmen soll Werbeanzeigen der Muttergesellschaften in Zeitschriften sowie auf Webseiten vermarkten. Von dem Zusammenschluss seien in erster Linie der bundesweite Anzeigenmarkt in Zeitschriften (insbesondere in den Kategorien TV-Programmzeitschriften und der Regenbogenpresse), im Übrigen Online-Werbemärkte und mittelbar Lesermärkte betroffen. Nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes werde die Vermarktungsgesellschaft auf dem Anzeigenmarkt der führende Anbieter sein. Es sei jedoch weder die Entstehung von Einzel- noch von gemeinsamer Marktbeherrschung zu erwarten. Der Zusammenschluss führe auch nicht zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs, da die Werbekunden in der Lage seien, ihr Werbebudget auf Wettbewerber zu verlagern. Im Rahmen der ergänzenden Prüfung der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens nach Maßgabe des Kartellverbots (sog. Doppelkontrolle) wies das Bundeskartellamt darauf hin, dass zwar die Ausnahme aus § 30 Abs. 2b GWB für verlagswirtschaftliche Kooperationen zu berücksichtigen sei, diese Vorschrift aber nur § 1 GWB, nicht jedoch Art. 101 AEUV unanwendbar mache. Im Ergebnis äußerte das Bundeskartellamt kartellrechtliche Bedenken insbesondere mit Blick auf die Lesermärkte, sah aber vorläufig von einer Untersagung ab, da sich die Parteien zu vertraglichen Anpassungen bereit erklärt hätten. Die Drittbeschwerde des Heinrich Bauer Verlags gegen die Freigabe des Bundeskartellamtes hat das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf zurückgewiesen.¹⁵⁰ Das Gericht stellte unter anderem fest, dass der SIEC-Test – über die Entstehung bzw. Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung hinaus – im Wesentlichen auf die Erfassung unilateraler Effekte in oligopolistischen Märkten ziele.¹⁵¹

192. Das Bundeskartellamt hat geprüft, ob die Beteiligung von Microsoft an und seine Kooperation mit dem Betreiber des KI-Programms ChatGPT, OpenAI, der deutschen Fusionskontrolle unterliegt, dies jedoch letztlich verneint.¹⁵² Dem Engagement von Microsoft bei OpenAI liegen insbesondere Investments in den Jahren 2019 (in Höhe von EUR 1 Mrd.) und 2023 (in Höhe von mehreren Mrd. Euro) zugrunde. Das Bundeskartellamt bejahte zwar den Zusammenschlusstatbestand des Erwerbs wettbewerblich erheblichen Einflusses durch das Investment im Jahr 2019, spätestens infolge einer Vertiefung der Zusammenarbeit ab dem Jahr 2021. Allerdings seien die Voraussetzungen der – hier allein in Betracht kommenden – Transaktionswertschwelle nicht erfüllt. So sei OpenAI erst seit dem Jahr 2023 in erheblichem Umfang im Inland

¹⁴⁸ Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2021/2022, BT-Drs. 20/7300 vom 26. Juli 2023, S. 56.

¹⁴⁹ BKartA, V-31/22, 16. März 2023, Funke/Burda.

¹⁵⁰ OLG Düsseldorf, VI-Kart 7/23 (V), 6. Dezember 2023.

¹⁵¹ SIEC = significant impediment to effective competition = erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs. In diesem Zusammenhang hat das OLG Düsseldorf bereits auf das EuGH-Urteil in der Rechtssache CK Telecoms Bezug genommen; dazu noch Tz. 200.

¹⁵² BKartA, B6-34/23, Fallbericht vom 15. November 2023, Microsoft/OpenAI.

tätig (vgl. § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB), nachdem ChatGPT kostenfrei öffentlich zugänglich gemacht und von zahlreichen Nutzerinnen und Nutzer auch in Deutschland genutzt worden sei. Zu diesem Zeitpunkt sei die bestehende Verbindung zwischen Microsoft und OpenAI trotz des zusätzlichen Investments jedoch nicht wesentlich verstärkt worden (vgl. § 37 Abs. 2 GWB). Die Monopolkommission hat bereits in ihrem XXIV. Hauptgutachten empfohlen, den Anwendungsbereich der deutschen Transaktionswertschwelle zu erweitern, um auch voraussichtliche künftige Tätigkeiten im Inland besser zu erfassen.¹⁵³ Durch den Verzicht auf eine aktuelle Inlandstätigkeit des zu erwerbenden Unternehmens wäre der Zusammenschluss Microsoft/OpenAI möglicherweise beim Bundeskartellamt anmeldepflichtig gewesen.

193. In einem weiteren Fall aus dem Berichtszeitraum ging es ebenfalls um die Anforderungen an die Inlandstätigkeit im Rahmen der Transaktionswertschwelle. Das OLG Düsseldorf hat entschieden, dass das Zusammenschlussvorhaben Meta/Kustomer bei dem Bundeskartellamt nicht anmeldepflichtig gewesen sei.¹⁵⁴ Das Bundeskartellamt hatte zuvor in einem separaten Verfahren eine Fusionskontrollpflicht des beabsichtigten Erwerbs von Kustomer durch Meta auf Grundlage der Transaktionswertschwelle festgestellt. Daraufhin wurde das Vorhaben bei dem Bundeskartellamt angemeldet und mit Blick auf die vorherigen Feststellungen in dem parallel geführten Fusionskontrollverfahren der Europäischen Kommission freigegeben.¹⁵⁵ Das Bundeskartellamt habe, so das OLG Düsseldorf, die Zusammenschlussbeteiligten durch den Feststellungsbeschluss zur Anmeldung ihres Vorhabens gedrängt, obwohl dieses tatsächlich nicht kontrollpflichtig gewesen sei. Es könne dahinstehen, ob die Anwendung der Transaktionswertschwelle überhaupt in Betracht komme, wenn – wie hier – das Zielunternehmen bereits auf einem „reifen“ Markt tätig sei.¹⁵⁶ Denn dann spiegelten die von diesem Unternehmen erzielten Umsätze dessen wettbewerbliches Potenzial wider. Jedenfalls sei Kustomer nicht in erheblichem Umfang im Inland tätig. Eine entsprechende Tätigkeit werde an dem Ort erbracht, an dem das Zielunternehmen am Marktgeschehen teilnehme. Sofern lediglich eine Verarbeitung von Daten deutscher Endverbraucherinnen und Endverbraucher für ausländische Kunden erfolge, fehle es bereits an einer relevanten Inlandstätigkeit. Maßgeblich sei insoweit der Sitz des (unmittelbaren) Kunden. Sofern Kustomer über Kunden mit Sitz in Deutschland verfüge, sei zwar von einer Inlandstätigkeit des Unternehmens auszugehen. Diese habe aber – gemessen an der Gesamttätigkeit von Kustomer – keinen erheblichen Umfang. Vielmehr würden die Umsätze des Unternehmens im Wesentlichen mit Dienstleistungen gegenüber ausländischen Kunden erzielt. Das Bundeskartellamt hat gegen die Entscheidung Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof (BGH) eingelegt.¹⁵⁷

¹⁵³ Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 241 ff. Dazu noch Tz. 259.

¹⁵⁴ OLG Düsseldorf, VI-Kart 11/21 (V), 23. November 2022.

¹⁵⁵ Vgl. Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 194. Zu der Entscheidung der Europäischen Kommission noch Tz. 199.

¹⁵⁶ Kustomer bietet Cloud-basierte Kunden-Management-Dienste (CRM-Software) an.

¹⁵⁷ BKartA, Tätigkeitsbericht 2021/22, a. a. O., vgl. Fn. 148, S. 100.

1.2.1.2 Europäische Fusionskontrolle

194. Erneut ging auch bei der Europäischen Kommission die Anzahl der Fusionskontrollfälle zurück.¹⁵⁸ Im aktuellen Berichtszeitraum – 2022/2023 – wurden dort insgesamt 727 Zusammenschlussvorhaben angemeldet, im Vergleich zu 766 Fällen in den Jahren 2020/2021. Der Anteil der Fälle, die im vereinfachten Verfahren freigegeben wurden, erhöhte sich kaum.

195. In nur noch 13 Fällen leitete die Europäische Kommission das Hauptprüfverfahren ein, achtmal im Jahr 2022 und fünfmal im Jahr 2023. In den vorangegangenen Berichtszeiträumen waren es noch 15 (2020/2021) bzw. 20 (2018/2019) Fälle. Im Hauptprüfverfahren wurden sieben Zusammenschlussvorhaben mit und zwei Zusammenschlussvorhaben ohne Nebenbestimmungen freigegeben. Im Vorprüfverfahren erfolgten 14 Freigaben mit Nebenbestimmungen und mithin deutlich weniger als in den Vorjahren (20 Freigaben in den Jahren 2020/2021 und 27 Freigaben in den Jahren 2018/2019). Die Europäische Kommission untersagte im Berichtszeitraum 2022/2023 drei Zusammenschlussvorhaben, zwei im Jahr 2022 und eins im Jahr 2023.¹⁵⁹ Dies entspricht der Anzahl der Untersagungen in den Jahren 2016/2017 sowie 2018/2019, während es im vorangegangenen Berichtszeitraum 2020/2021 keine Untersagung gab. Zudem hat die Europäische Kommission im Jahr 2023 in einem Fall die Entflechtung eines bereits vollzogenen, aber nachträglich untersagten Zusammenschlusses angeordnet.¹⁶⁰ Im Berichtszeitraum wurden insgesamt 17 Anmeldungen zurückgenommen, zwölf im Vorprüfverfahren und fünf im Hauptprüfverfahren.

196. Die Zusammenschlussbeteiligten stellten 25 Anträge auf Verweisung eines Fusionskontrollverfahrens an einen Mitgliedstaat; in den Jahren 2020/2021 hatte es vergleichsweise viele solcher Anträge gegeben (33). In 17 Fällen gab die Europäische Kommission ein Verfahren vollumfänglich und in drei Fällen teilweise an einen Mitgliedstaat ab. Auch die Anzahl der Anträge der Zusammenschlussbeteiligten auf Abgabe des Fusionskontrollverfahrens an die Europäische Kommission war im Berichtszeitraum 2022/2023 mit 26 Anträgen wieder deutlich niedriger als im vorangegangenen Berichtszeitraum (41 Anträge). Dagegen war 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, mit fünf Anträgen wieder etwas höher als im vorangegangenen Berichtszeitraum. Den vorgenannten Anträgen der Zusammenschlussbeteiligten bzw. der Mitgliedstaaten wurde jeweils in gleicher Anzahl stattgegeben. In lediglich vier Fällen beantragte ein Mitgliedstaat die Verfahrensabgabe an eine nationale Wettbewerbsbehörde (2020/2021: sieben). Die Europäische Kommission verwies das Verfahren in jeweils einem Fall vollständig bzw. teilweise an die Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedstaates.

¹⁵⁸ Die statistischen Angaben der Europäischen Kommission zu ihrer Fusionskontrollpraxis sind abrufbar auf der Webseite der Behörde unter https://competition-policy.ec.europa.eu/mergers/statistics_en, Abruf am 14. Mai 2024.

¹⁵⁹ EU-Kommission, M.9343, 13. Januar 2022, Hyundai/Daewoo; M.10188, 6. September 2022, Illumina/Grail; M.10615, 25. September 2023, Booking Holdings/Etraveli Group.

¹⁶⁰ EU-Kommission, M.10939, 12. Oktober 2023, Illumina/Grail (Restorative measures under Article 8(4)a).

197. Die Europäische Kommission hat ein Zusammenschlussvorhaben zwischen den auf vor- bzw. nachgelagerten Märkten tätigen Unternehmen Illumina und Grail untersagt.¹⁶¹ Infolge des Zusammenschlusses könnte Illumina den Zugang zu bestimmten essenziellen Vorleistungsprodukten (Sequenzierungssystemen) für die Wettbewerber von Grail einschränken und dadurch den Wettbewerb auf dem neu entstehenden Markt für blutbasierte Krebsfrüherkennungstests im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) behindern. Um die wettbewerblichen Bedenken der Europäischen Kommission auszuräumen, bot Illumina an, eine Patentlizenz für seine Sequenzierungssysteme zu erteilen sowie Patentklagen auszusetzen und Vereinbarungen betreffend den Zugang zu seinen Sequenzierungssystemen abzuschließen. Diese verhaltensorientierten Zusagenangebote hat die Europäische Kommission abgelehnt, da sie die befürchteten Verdrängungswirkungen des Zusammenschlusses nicht beseitigen würden und ihre Einhaltung im Übrigen kaum zu überwachen wäre. Verfahrensrechtlich weist der Fall die Besonderheit auf, dass er bei der Europäischen Kommission nur aufgrund einer mitgliedstaatlichen Verweisung ohne nationale Kontrollpflicht angemeldet worden ist. Es handelt sich um den ersten Anwendungsfall eines geänderten behördlichen Vorgehens, das nunmehr auch die Annahme und Förderung unterschwelliger Verweisungen auf Grundlage von Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 vorsieht.¹⁶² Während das Gericht der Europäischen Union (EuG) festgestellt hat, dass die Annahme der Verweisung durch die Europäische Kommission zulässig war,¹⁶³ hat Generalanwalt Emiliou dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) vorgeschlagen, die Entscheidung des EuG aufzuheben.¹⁶⁴ Da Illumina trotz der laufenden Fusionskontrollprüfung der Europäischen Kommission bestimmenden Einfluss auf Grail erworben hatte, verhängte die Behörde im Anschluss an ihre Untersagungsentscheidung wegen des Verstoßes gegen das Verbot des vorzeitigen Vollzugs eines Zusammenschlusses zudem eine (Rekord-) Geldbuße in Höhe von EUR 432 Mio. gegen Illumina sowie eine (symbolische) Geldbuße in Höhe von EUR 1.000 gegen Grail.¹⁶⁵ Nachdem die Europäische Kommission wegen des vorzeitigen Vollzugs bereits einstweilige Maßnahmen erlassen hatte, um irreparable Auswirkungen auf den Wettbewerb zu verhindern,¹⁶⁶ ordnete

¹⁶¹ EU-Kommission, M.10188, a. a. O., vgl. Fn. 159; vgl. Fusionskontrolle: Kommission untersagt Übernahme von GRAIL durch Illumina, Pressemitteilung, 6. September 2022, IP/22/5364.

¹⁶² Dazu bereits Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 203, 226 ff.; vgl. auch noch Tz. 251 ff. in diesem Gutachten.

¹⁶³ EuG, T-227/21, 13. Juli 2022, Illumina, ECLI:EU:T:2022:447.

¹⁶⁴ GA Emiliou, C-611/22 P und C-625/22 P, 21. März 2024, Illumina und Grail, ECLI:EU:C:2024:264.

¹⁶⁵ EU-Kommission, M.10483, 12. Juli 2023, Illumina/Grail (Art. 14 procedure); vgl. Fusionskontrolle: Kommission verhängt gegen Illumina und GRAIL Geldbußen wegen Vollzugs ihrer Fusion ohne vorherige wettbewerbsrechtliche Genehmigung, Pressemitteilung, 12. Juli 2023, IP/23/3773.

¹⁶⁶ EU-Kommission, M.10493, 29. Oktober 2021, Illumina/Grail (Interim measures under Art. 8(5)a); M.10938, 28. Oktober 2022, Illumina/Grail (Interim measures under Article 8(5)c); vgl. Mergers: Commission renews interim measures to ensure Illumina and GRAIL continue to be kept separate following the prohibition decision, Pressemitteilung, 28. Oktober 2022, MEX/22/6467.

sie schließlich die Entflechtung des Zusammenschlusses an.¹⁶⁷ Die Entscheidungen der Europäischen Kommission sind nicht bestandskräftig.¹⁶⁸

198. Zudem ist der beabsichtigte Erwerb des Flugportals Etraveli durch das Hotelportal Booking seitens der Europäischen Kommission untersagt worden.¹⁶⁹ Der Fall ist zunächst beim Bundeskartellamt gemäß der Transaktionswertschwelle angemeldet und auf Antrag der Unternehmen an die Europäische Kommission verwiesen worden. Die Kommission verfolgte eine konglomerate Schadenstheorie, wonach der Zusammenschluss das Ökosystem von Booking im Sinne eines One-stop-shop für Online-Reisedienstleistungen erweitern würde. Obwohl die Europäische Kommission eine neuartige Schadenstheorie anwandte, hat sie die Untersagung auf den (klassischen) Marktbeherrschungstest gestützt. Booking und Etraveli seien zwar auf unterschiedlichen Märkten tätig; dennoch wäre eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von Booking bei Online-Hotelportalen im EWR durch den Zusammenschluss überwiegend wahrscheinlich. Wegen der Möglichkeit, Flugreisen und Hotelzimmer im Bündel anzubieten, würde Booking von stärkeren Netzwerkeffekten und höheren Markteintritts- bzw. Expansionschranken für (potenzielle) Wettbewerber profitieren. Auch das von Booking vorgelegte Angebot für eine verhaltensorientierte Zusage hat die Europäische Kommission abgelehnt. Booking hatte angeboten, bei Abschluss der Buchung eines Fluges über Etraveli auf der Check-out-Seite einen Auswahlbildschirm zur Verfügung zu stellen, auf dem den Nutzerinnen und Nutzern mehrere Anbieter für die Hotelbuchung angezeigt werden. Eine vergleichbare Abhilfe zur Beendigung eines von der Europäischen Kommission festgestellten Verstoßes gab es im Nachgang zu dem Missbrauchsverfahren Google Android.¹⁷⁰ In dem vorliegenden Fusionskontrollverfahren hatte die Europäische Kommission jedoch insofern Bedenken gegenüber dem Zusageangebot von Booking, als die Auswahl sowie die Rangfolge der Hotelportale auf dem Auswahlbildschirm, der durch ein Tochterunternehmen von Booking betrieben würde, nicht hinreichend transparent und diskriminierungsfrei wären. Zudem wäre die Zusage nur schwer zu überwachen. Booking hat gegen den Beschluss der Europäischen Kommission Rechtsmittel zum EuG eingelegt (T-1139/23).

199. Dagegen hat die Europäische Kommission mehrere Zusammenschlussvorhaben mit verhaltensorientierten Nebenbestimmungen freigegeben. Diese Art von Zusagen ist in der europäischen, aber vor allem der deutschen Fusionskontrolle im Vergleich zu strukturellen Zusagen deutlich seltener. Verhaltensorientierte Nebenbestimmungen haben gegenüber Veräußerungszusagen insbesondere den Nachteil, dass ihre Einhaltung der Überwachung bedarf.¹⁷¹ Bei

¹⁶⁷ EU-Kommission, M.10939, a. a. O., vgl. Fn. 160; vgl. Kommission ordnet Rückabwicklung der vollzogenen Übernahme von GRAIL durch Illumina an, Pressemitteilung, 12. Oktober 2023, IP/23/4872; Kommission genehmigt Plan von Illumina zur Rückabwicklung der Übernahme von GRAIL, Pressemitteilung, 12. April 2024, IP/24/1964.

¹⁶⁸ T-709/22 (Untersagung des Zusammenschlusses); T-591/23 (Verstoß gegen Vollzugsverbot); T-1190/23 (Entflechtung).

¹⁶⁹ EU-Kommission, M.10615, a. a. O., vgl. Fn. 159; vgl. Fusionskontrolle: Kommission untersagt geplante Übernahme von eTraveli durch Booking, Pressemitteilung, 25. September 2023, IP/23/4573.

¹⁷⁰ EU-Kommission, AT.40099, 18. Juli 2018, Google Android.

¹⁷¹ Nach deutschem Recht dürfen die Nebenbestimmungen gemäß § 40 Abs. 3 Satz 2 GWB nicht darauf gerichtet sein, die beteiligten Unternehmen einer laufenden Verhaltenskontrolle zu unterstellen.

Zusammenschlüssen auf digitalen Märkten kamen sie zuletzt jedoch in Form von Zugangsverpflichtungen vermehrt zum Einsatz, da die wettbewerblichen Schadenstheorien hier häufig weniger horizontaler, sondern vielmehr vertikaler bzw. konglomerater Natur sind. Den beabsichtigten Erwerb des Software-Anbieters VMware durch den Hardware-Hersteller Broadcom hat die Europäische Kommission im Hauptprüfverfahren freigegeben.¹⁷² Bedenklich erschien der Behörde ein Zusammenschluss vor dem Hintergrund, dass Broadcom seinen bislang einzigen Wettbewerber auf dem Markt für bestimmte Hardwareschnittstellen – Marvell – behindern würde, indem es die Interoperabilität zwischen der von VMware angebotenen Servervirtualisierungssoftware und den Produkten von Marvell beschränken könnte. Die erlassenen Nebenbestimmungen sehen vor, dass Broadcom Marvell sowie etwaigen künftigen Wettbewerbern den Zugang zu und die Interoperabilität mit den Software-Produkten von VMware für die Dauer von zehn Jahren gewährleistet. Das Zusammenschlussvorhaben Microsoft/Activision ist seitens der Europäischen Kommission ebenfalls im Hauptprüfverfahren freigegeben worden.¹⁷³ Die Behörde befürchtete, dass Microsoft die von Activision angebotenen Computerspiele ausschließlich über seinen eigenen Cloud-Gaming-Dienst anbieten könnte. Dies würde eine Abschottungswirkung gegenüber anderen Cloud-Gaming-Anbietern und eine Stärkung der marktbeherrschenden Stellung von Microsoft im Bereich der PC-Betriebssysteme zur Folge haben. Die Bedenken der Europäischen Kommission konnten durch die Erteilung einer kostenlosen und betriebssystemunabhängigen Lizenz für sowohl die Nutzerinnen und Nutzer der Computerspiele von Activision als auch der Cloud-Gaming-Anbieter im EWR für die Dauer von zehn Jahren ausgeräumt werden.¹⁷⁴ Bereits im Vorprüfverfahren hat die Europäische Kommission den geplanten Erwerb von Kustomer durch Meta freigegeben.¹⁷⁵ Meta verpflichtete sich, den (potenziellen) Wettbewerbern von Kustomer einen diskriminierungsfreien, kostenlosen und paritätischen Zugang zu den Programmierschnittstellen seiner Messaging-Dienste für – ebenfalls – die Dauer von zehn Jahren zu gewähren, um die wettbewerblichen Bedenken der Europäischen Kommission im Bereich CRM-Software auszuräumen.

200. Der EuGH hat das vorinstanzliche Urteil des EuG in der Rechtssache CK Telecoms aufgehoben und den Fall zur erneuten Entscheidung an das Gericht zurückverwiesen.¹⁷⁶ Der EuGH bestätigte damit im Wesentlichen die ursprüngliche Entscheidung der Europäischen Kommission, die ein Zusammenschlussvorhaben auf dem britischen Mobilfunkmarkt untersagt hatte.

¹⁷² EU-Kommission, M.10806, 12. Juli 2023, Broadcom/VMware; vgl. Fusionskontrolle: Kommission gibt Übernahme von VMware durch Broadcom unter Auflagen frei, Pressemitteilung, 12. Juli 2023, IP/23/3777.

¹⁷³ EU-Kommission, M.10646, 15. Mai 2023, Microsoft/Activision Blizzard.

¹⁷⁴ Die Wettbewerbsbehörde des Vereinigten Königreichs, Competition and Markets Authority (CMA), hatte den geplanten Erwerb von Activision durch Microsoft zunächst untersagt. Nachdem Microsoft zugesagt hatte, die Cloud-Gaming-Rechte an den Activision-Spielen – allerdings (aus Rücksicht auf die Nebenbestimmungen der Europäischen Kommission) ohne jene im EWR – zuvor an einen konkurrierenden Entwickler zu veräußern, statt lediglich Lizenzen an die Nutzerinnen und Nutzer bzw. die Cloud-Gaming-Anbieter zu erteilen, gab die CMA das Zusammenschlussvorhaben schließlich ebenfalls frei; vgl. CMA, 13. Oktober 2023, <https://www.gov.uk/cma-cases/microsoft-slash-activision-blizzard-ex-cloud-streaming-rights-merger-inquiry>, Abruf am 14. Mai 2024.

¹⁷⁵ EU-Kommission, M.10262, 27. Januar 2022, Meta/Kustomer. Zu der Entscheidung des OLG Düsseldorf über die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes für eine eigene Prüfung des Zusammenschlussvorhabens vgl. bereits Tz. 193.

¹⁷⁶ EuGH, C-376/20 P, 13. Juli 2023, CK Telecoms, ECLI:EU:C:2023:561.

Er hatte dabei erstmals Gelegenheit, sich zu den Voraussetzungen für die Annahme einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs jenseits der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu äußern. Im Vergleich zum EuG stellt der EuGH insgesamt weniger strenge Anforderungen an den Nachweis eines SIEC.¹⁷⁷ Der EuGH ist der Auffassung, dass eine Wettbewerbsbehinderung nicht mit ernsthafter Wahrscheinlichkeit, sondern lediglich mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden müsse. Es sei auch ausreichend, dass die Zusammenschlussparteien nahe Wettbewerber seien; sie müssten keine „besonders nahen“ Wettbewerber sein. Zudem sei es nicht erforderlich, dass der Zusammenschluss den beträchtlichen Wettbewerbsdruck, den die Zusammenschlussparteien aufeinander ausgeübt hätten, beseitigt und den Wettbewerbsdruck auf die verbleibenden Wettbewerber mindern würde. Für die Einstufung eines Unternehmens als „wichtige Wettbewerbskraft“ – so der EuGH – müsse dieses nicht besonders preisaggressiv sein. Vielmehr sei insoweit ausreichend, dass das entsprechende Unternehmen den Wettbewerbsprozess stärker beeinflussen könne, als es sein Marktanteil oder ähnliche Messgrößen vermuten ließen. Für etwaige Effizienzgewinne, die durch den Zusammenschluss geschaffen würden, seien die Unternehmen nachweispflichtig. Es gebe, anders als das EuG meint, keine zusammenschlussbedingten standardmäßigen Vorteile, deren Nachweis der Europäischen Kommission obliege. Die Monopolkommission hat sich in ihrem XXIV. Hauptgutachten ausführlich mit dem Urteil des EuG in der Vorinstanz befasst und dabei Zweifel an dem strengeren, nunmehr korrigierten Beweismaß des Gerichts geäußert.¹⁷⁸

201. Im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens hat sich der EuGH mit der Frage befasst, ob eine nationale Wettbewerbsbehörde das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung aus Art. 102 AEUV auf einen Zusammenschluss von Unternehmen anwenden kann.¹⁷⁹ Der EuGH bejahte dies aus normhierarchischen Gründen im Grundsatz, schränkte den Anwendungsbereich des Missbrauchsverbots jedoch ein. Demnach könne Art. 102 AEUV für die nachträgliche Überprüfung solcher Zusammenschlüsse herangezogen werden, die weder auf europäischer noch auf nationaler Ebene Gegenstand einer Fusionskontrolle gewesen seien. Die Annahme einer missbräuchlichen Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens setze voraus, dass der Wettbewerb infolge des Erwerbs eines anderen Unternehmens behindert werde. Allerdings genüge hierfür nicht die bloße Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung; vielmehr müsse der durch den Zusammenschluss erreichte Beherrschungsgrad den Wettbewerb wesentlich behindern. Die Monopolkommission befasst sich mit dem EuGH-Urteil in diesem Gutachten noch ausführlich in Abschnitt 2.1.

¹⁷⁷ Der BGH hat die Nichtzulassungsbeschwerde des Bundeskartellamtes gegen das Urteil des OLG Düsseldorf zu dem Fall XXXLutz/Tessner zurückgewiesen, da die Sache nicht zur Fortbildung des Rechts veranlasse und keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung behandle; vgl. BGH, KVZ 33/22, 27. Juni 2023. Das OLG Düsseldorf hatte, wie das EuG, hohe Anforderungen an den Nachweis eines SIEC gestellt und die Nebenbestimmungen zu dem Freigabebeschluss des Bundeskartellamtes aufgehoben; vgl. OLG Düsseldorf, VI-Kart 2/21 (V), 9. März 2022.

¹⁷⁸ Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 204, 260 ff.

¹⁷⁹ EuGH, C-449/21, 16. März 2023, Towercast, ECLI:EU:C:2023:207.

1.2.2 Missbrauchsaufsicht

1.2.2.1 Deutsche Missbrauchsaufsicht

202. Das Bundeskartellamt hat den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch die Deutsche Bahn festgestellt.¹⁸⁰ Die streitige Entscheidung erging, nachdem eine einvernehmliche Verfahrensbeendigung mittels Verpflichtungszusagen in einem weit fortgeschrittenen Verfahrensstadium gescheitert war. Das Bundeskartellamt hat angeordnet, dass die Deutsche Bahn verschiedene Verhaltensweisen im Zusammenhang mit der Behinderung von konkurrierenden Mobilitätsplattformen abzustellen habe. Demnach müsse die Deutsche Bahn – gegen angemessenes Entgelt – unter anderem einen fortlaufenden und diskriminierungsfreien Zugang zu allen von ihr kontrollierten Verkehrsdaten in Echtzeit (sog. Prognosedaten) gewährleisten.¹⁸¹ Das Bundeskartellamt hat eine marktbeherrschende Stellung des Unternehmens auf dem bundesweiten Markt für Daten (und Buchungsanwendungen) im Schienenpersonenverkehr festgestellt. Durch die Verweigerung des Zugangs zu den Prognosedaten behindere die Deutsche Bahn den Wettbewerb auf dem nachgelagerten bundesweiten Markt für integrierte Mobilitätsdienstleistungen. Mobilitätsplattformen seien auf die Prognosedaten, über die dank ihrer vertikalen Integration nur die Deutsche Bahn verfüge, angewiesen, sofern sie den Schienenpersonenverkehr in ihr Angebot einbeziehen wollten. Zur Begründung des Anspruchs auf Datenzugang hat das Bundeskartellamt unter anderem auf § 20 Abs. 1a GWB abgestellt, der erst im Zuge der 10. GWB-Novelle mit Blick auf datenbedingte Abhängigkeiten in das Gesetz aufgenommen worden ist. Trotz des ebenfalls neu gefassten und ausdrücklich auf Daten erweiterten Verbots der Geschäftsverweigerung (§ 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB) hält das Bundeskartellamt das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot aus § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB weiterhin für anwendbar. Zudem weist das Bundeskartellamt darauf hin, dass zwar auch die Verordnung (EU) 2021/782 (Fahrgastrechteverordnung) einen spezialgesetzlichen Anspruch für Fahrkartenverkäufer und Reiseveranstalter auf den Zugang zu Prognosedaten vorsehe; die kartellrechtlichen Verpflichtungen für marktbeherrschende Unternehmen seien aber weitergehend. Das OLG Düsseldorf hat die Entscheidung des Bundeskartellamtes im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes weitgehend bestätigt.¹⁸² Auch im Zusammenhang mit dem Zugang zu den Prognosedaten erkannte das Gericht keine offensichtlichen Rechtsfehler der Behörde. In der Hauptsache sei aber zu klären, ob die Mobilitätsplattformen tatsächlich darauf angewiesen seien, die Daten von der Deutsche Bahn zu bekommen, oder die jeweiligen Verkehrsanbieter nicht vielmehr eine gleichwertige Bezugsalternative darstellten. Die Monopolkommission hat sich in ihrem 9. Sektorgutachten Bahn ausführlich mit dem Datenzugang im Bahnsektor beschäftigt und dessen Bedeutung für eine Belebung des Wettbewerbs hervorgehoben.¹⁸³

¹⁸⁰ BKartA, B9-144/19, 26. Juni 2023, Deutsche Bahn.

¹⁸¹ In einem ähnlichen Fall hat die Europäische Kommission das staatliche spanische Eisenbahnverkehrsunternehmen Renfe mittels einer Zusagenentscheidung verpflichtet, Plattformen für den Verkauf von Fahrscheinen unter anderem Echtzeitdaten zur Verfügung zu stellen; vgl. EU-Kommission, AT.40735, 17. Januar 2024, Online rail ticket distribution in Spain.

¹⁸² OLG Düsseldorf, VI Kart 9/23 (V), 8. März 2024.

¹⁸³ Monopolkommission, 9. Sektorgutachten Bahn (2023): Time to GO: Endlich qualitätswirksam in den Wettbewerb!, Baden-Baden, 2023, Tz. 117 ff.

203. Zudem hat das Bundeskartellamt einen Verstoß gegen das Missbrauchsverbot durch Lufthansa gegenüber Condor festgestellt.¹⁸⁴ Auch in diesem Fall war ein Schwerpunkt der Zugang zu der Leistung eines marktbeherrschenden Unternehmens auf dem vorgelagerten Markt: Condor begehrte Zugang zu den von Lufthansa angebotenen Zubringerflügen, um Passagiere zu den eigenen Langstreckenflügen zu befördern. Lufthansa hatte langjährige Kooperationsvereinbarungen (sog. Special Prorate Agreements, SPA) mit Condor über den Zugang zu seinen Zubringerflügen gekündigt. Auf eine Beschwerde von Condor hat das Bundeskartellamt Lufthansa zunächst im Wege der einstweiligen Verfügung – zeitlich befristet – und sodann auch in der Hauptsache verpflichtet, die SPA fortzuführen bzw. neue SPA mit Condor abzuschließen. Zusätzlich ist Lufthansa unter anderem aufgegeben worden, Condor Zugang zu weiteren Buchungsklassen zu gewähren. Das Bundeskartellamt hat eine marktbeherrschende Stellung von Lufthansa bei dem Angebot von Zubringerstrecken zwischen europäischen Flughäfen und den Condor-Drehkreuzen in Frankfurt, München und Düsseldorf festgestellt. Insoweit verfüge Lufthansa als einzige Fluglinie über ein dichtes Zubringernetz, das für Condor auch nicht substituierbar sei. Infolge der Verweigerung des Zugangs zu den Zubringerflügen von Lufthansa sei Condor kaum in der Lage, seinen Passagieren Langstreckenverbindungen mit einem Durchgangsticket anzubieten. Damit behindere Lufthansa auf unbillige Weise den Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt. Der Beschluss des Bundeskartellamtes enthält einen Widerrufsvorbehalt für den Fall, dass Condor künftig über ausreichende Alternativen zu dem Zubringernetz von Lufthansa verfügt. Lufthansa hat gegen die Entscheidung des Bundeskartellamtes Rechtsmittel zum OLG Düsseldorf eingelegt.

204. Im Berichtszeitraum hat das Bundeskartellamt zudem mehrere Verfahren auf Grundlage des neuen § 19a GWB gegen die großen Digitalkonzerne (Alphabet, Amazon, Apple, Meta und Microsoft) eingeleitet, fortgeführt oder abgeschlossen. § 19a GWB ermöglicht es dem Bundeskartellamt, Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb (Abs. 1) bestimmte missbräuchliche Verhaltensweisen zu untersagen (Abs. 2). Im letzten Hauptgutachten hat die Monopolkommission bereits darüber berichtet, dass das Bundeskartellamt jeweils eine Normadressatenstellung von Alphabet (Google) sowie Meta festgestellt hat.¹⁸⁵ Mittlerweile sind solche Entscheidungen auch gegenüber Amazon und Apple ergangen;¹⁸⁶ ein weiteres Verfahren gegenüber Microsoft ist im März 2023 eingeleitet, aber noch nicht abgeschlossen worden. Im Unterschied zu Alphabet und Meta haben Amazon und Apple Rechtsmittel gegen die Feststellungsbeschlüsse eingelegt. Die Normadressatenstellung von Amazon hat der BGH mittlerweile – allerdings erst fast zwei Jahre nach Erlass des entsprechenden Beschlusses des Bundeskartellamtes – bestätigt.¹⁸⁷ Die Monopolkommission entwickelt in diesem Gutachten in Kapitel III ein ökonomisches Prüfkonzept für digitale Ökosysteme, das auch Eingang in § 19a Abs. 1 GWB finden sollte.

¹⁸⁴ BKartA, B9-21/21, 29. August 2022, Lufthansa.

¹⁸⁵ Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 206.

¹⁸⁶ BKartA, B2-55/21, 5. Juli 2022, Amazon; B9-67/21, 3. April 2023, Apple.

¹⁸⁷ BGH, KVB 56/22, 23. April 2024, Amazon; vgl. Pressemitteilung Nr. 097/2024, 23. April 2024. Der BGH entscheidet in Verfahren gemäß § 19a GWB aus Gründen der Verfahrensbeschleunigung als Beschwerdegericht im ersten und letzten Rechtszug (§ 73 Abs. 5 GWB).

205. Neben den Verfahren zur Feststellung der Eigenschaft als Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb gab und gibt es mehrere Verfahren, die konkrete Verhaltensweisen im Sinne des § 19 Abs. 2 GWB zum Gegenstand haben. Bislang liegt ein förmlicher Beschluss des Bundeskartellamtes vor (dazu sogleich), während die übrigen Verfahren entweder eingestellt wurden, nachdem die Unternehmen ihr Verhalten angepasst hatten, oder fort dauern.

206. Mit der Zusageentscheidung des Bundeskartellamtes zur Datenverarbeitung durch Google liegt erstmals ein förmlicher Beschluss zu einem – potenziell – missbräuchlichen Verhalten im Sinne des § 19a Abs. 2 GWB vor.¹⁸⁸ Das Bundeskartellamt erkannte in den Datenverarbeitungsbedingungen von Google nach vorläufiger Beurteilung einen Verstoß gegen § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 lit. a GWB, stellte einen solchen jedoch nicht abschließend fest, sondern erklärte die von Google angebotenen Verpflichtungszusagen für bindend, um seine wettbewerbsrechtlichen Bedenken auszuräumen (vgl. § 19a Abs. 2 Satz 4 i. V. m. § 32b Abs. 1 GWB). Google mache die Nutzung seiner Dienste von der Zustimmung zu einer umfangreichen, dienstübergreifenden Datenverarbeitung abhängig. Die Datenverarbeitungsbedingungen würden einseitig vorgegeben. Die Nutzerinnen und Nutzer hätten keine andere Möglichkeit, als den von Google vorgefertigten Bedingungen zuzustimmen, wenn sie die Dienste des Unternehmens nutzen wollten. Zu den von Google verarbeiteten Daten zählten solche, welche die Nutzerinnen und Nutzer selbst bereitstellten, und solche, die Google bei der Nutzung eigener Dienste sowie auf Webseiten und Apps Dritter – in diesem Fall über Googles Werbe- und Analysedienste – erhebe. Die Datenverarbeitungsbedingungen erlaubten es Google, die in bzw. auf den unterschiedlichen Diensten und Geräten erhobenen Daten zusammenzuführen und zur Identifikation der Nutzerinnen und Nutzer zu verwenden.

207. Den Nutzerinnen und Nutzern würden, so die vorläufige Beurteilung des Bundeskartellamtes, keine ausreichenden Wahlmöglichkeiten hinsichtlich des Umstands, des Zwecks sowie der Art und Weise der dienstübergreifenden Datenverarbeitung eingeräumt. Es fehle zunächst an einer ausreichenden Granularität der Einstellungsmöglichkeiten. So sei die Ablehnung einer dienstübergreifenden Datenverarbeitung dergestalt, dass die Verarbeitung auf den Google-Dienst beschränkt sei, bei dessen Nutzung die Daten generiert worden seien, nicht möglich. Insoweit könnten die Nutzerinnen und Nutzer dazu verleitet werden, einer weitergehenden Datenverarbeitung zuzustimmen, als sie eigentlich wünschten. Zudem seien die Einstellungsmöglichkeiten nicht hinreichend transparent. Google stelle den Nutzerinnen und Nutzern keine verständlichen Informationen zur Verfügung, und zwar weder über die Reichweite der Datenverarbeitung noch über die Verarbeitungszwecke. Schließlich werde den Nutzerinnen und Nutzern eine Zustimmung zu der Datenverarbeitung leichter gemacht als ihre Ablehnung.

208. Aus einem solchen Ausbeutungsverhalten im Sinne des § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 lit. a GWB folge im Regelfall die von dem Grundtatbestand vorausgesetzte Behinderungswirkung. Dabei habe aber auch die vorläufige Beurteilung des Bundeskartellamtes ergeben, dass die Datenverarbeitung durch Google geeignet sei, die Wettbewerbsverhältnisse zu beeinträchtigen. Die hier

¹⁸⁸ BKartA, B7-70/21, 5. Oktober 2023, Google Datenverarbeitung.

in Rede stehenden personenbezogenen Daten der Nutzerinnen und Nutzer seien in der Digitalökonomie besonders wettbewerbsrelevant. Durch die Datenverknüpfung könne Google Verbundvorteile generieren, welche die Bedeutung seines Ökosystems zum Nachteil anderer Unternehmen weiter stärkten. Eine sachliche Rechtfertigung der tatbestandsmäßigen Datenverarbeitung scheide aus. Google sei insoweit gemäß § 19a Abs. 2 Satz 3 GWB darlegungs- und beweisbelastet, habe aber lediglich technische oder Sicherheitsinteressen vorgebracht, die nicht durchgreifend seien oder jedenfalls im Rahmen der Interessenabwägung zurücktreten müssten.

209. Die von Google angebotenen und vom Bundeskartellamt für bindend erklärten Verpflichtungszusagen sehen im Wesentlichen vor, den Nutzerinnen und Nutzern ausreichende Wahlmöglichkeiten zu geben, einer dienstübergreifenden Datenverarbeitung durch Google zuzustimmen oder sie abzulehnen. Die Einwilligung, einschließlich ihres Widerrufs, muss den Anforderungen aus Art. 4 Nr. 11 und Art. 7 Verordnung (EU) 2016/679 (Datenschutz-Grundverordnung) genügen. Die Entscheidung muss also insbesondere freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich getroffen werden können. Die Verpflichtungszusagen erfassen grundsätzlich alle von Google betriebenen und an Nutzerinnen und Nutzer in Deutschland gerichteten Dienste mit mehr als 1 Mio. monatlich aktiven Nutzerinnen und Nutzern in Deutschland.¹⁸⁹ Die Laufzeit der Verpflichtungszusagen ist bis zum 30. September 2029 befristet.

210. Das Bundeskartellamt befasst sich in seiner Entscheidung auch mit dem Verhältnis von § 19a GWB zur Verordnung (EU) 2022/1925. In Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EU) 2022/1925 gibt es ein dem § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 lit. a GWB vergleichbares Verbot der Datenverarbeitung vorbehaltlich einer spezifischen Einwilligung der Nutzerinnen und Nutzer. Die Pflichten aus § 19a GWB gehen jedoch insoweit über jene der Verordnung (EU) 2022/1925 hinaus, als es sich bei Alphabet zwar um einen Torwächter handelt, diese Verordnung jedoch nur auf bestimmte, zentrale Plattformen Anwendung findet.¹⁹⁰ Einzelne Google-Dienste – wie etwa Gmail und Google News – sind dagegen keine zentralen Plattformdienste im Sinne der Verordnung (EU) 2022/1925. Insoweit ist § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 lit. a GWB neben der Verordnung (EU) 2022/1925 anwendbar (vgl. Art. 1 Abs. 6 lit. b) und stellen die vorliegenden Verpflichtungszusagen einen Mehrwert dar. In der Sache sollen die Zusagen den Anforderungen an die Wahlmöglichkeiten aus Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EU) 2022/1925 entsprechen. Das Bundeskartellamt weist darauf hin, dass es im Sinne des Art. 37 Abs. 1 Verordnung (EU) 2022/1925 mit der Europäischen Kommission zusammengearbeitet und dieser gemäß Art. 38 Abs. 3 Verordnung (EU) 2022/1925 vorab einen Entwurf der Entscheidung gegenüber Google übermittelt habe.

211. Google war bzw. ist Adressat weiterer Missbrauchsverfahren nach § 19a Abs. 2 GWB. Bezüglich des Nachrichtenangebots Google News Showcase wurde das Verfahren letztlich ohne

¹⁸⁹ Mit Ausnahme des Dienstes Fitbit, der bereits verschiedenen Vorgaben zur Datenverarbeitung aus einem Fusionskontrollverfahren der Europäischen Kommission unterliegt; M.9660, 17. Dezember 2020, Google/Fitbit. Zu weiteren Ausnahmen sogleich.

¹⁹⁰ Bislang seitens der Europäischen Kommission für den Torwächter Alphabet als zentrale Plattformdienste benannt: Google Maps, Google Play, Google Shopping, YouTube, Google Search, Chrome, Google Android und Googles Werbedienste; dazu bereits Tz. 178.

förmliche Entscheidung abgeschlossen.¹⁹¹ Die Prüfung des Bundeskartellamtes betraf eine Bevorzugung des Nachrichtenangebots im Zusammenhang mit dessen geplanter Integration in die Google-Suche (vgl. § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB), eine Diskriminierung von Presseverlegern bei dem Zugang zu Google News Showcase (vgl. § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB) sowie eine Erschwerung der Durchsetzung des Leistungsschutzrechts für Presseverleger (vgl. § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 GWB). Google reagierte während des laufenden Missbrauchsverfahrens auf die wettbewerblichen Bedenken des Bundeskartellamtes und änderte die beanstandeten Verhaltensweisen. Zudem erklärte das Unternehmen, auf die Integration von Google News Showcase in seine Suchmaschine zu verzichten, vertragliche Anpassungen bei der Nutzung jenes Dienstes durch Presseverleger vorzunehmen und über die Anforderungen für die Teilnahme an sowie etwaige Einschränkungen bei dem – grundsätzlich diskriminierungsfreien – Zugang zu dem Nachrichtenangebot zu informieren. Das Bundeskartellamt entschied sich gegen eine Zusageentscheidung, möchte die Umsetzung der Maßnahmen durch Google aber über einen Zeitraum von drei Jahren beobachten.

212. Weitere Verhaltensweisen seitens Google, die das Bundeskartellamt auf Grundlage von § 19a Abs. 2 GWB untersucht, stehen im Zusammenhang mit den Diensten Google Automotive Services und Google Maps Plattform.¹⁹² Im Juni 2023 hat das Bundeskartellamt Google seine vorläufige Einschätzung mitgeteilt. Dabei beanstandet es insbesondere verschiedene Praktiken gegenüber Fahrzeugh Herstellern, die sich auf die Bündelung und die Pflicht zur Vorinstallation oder bevorzugten Darstellung von Google-Diensten sowie die Erschwerung bzw. Verweigerung der Interoperabilität mit solchen Diensten beziehen. Die von Google zur Ausräumung der wettbewerblichen Bedenken des Bundeskartellamtes angebotenen Zusagen hat die Behörde einem Markttest unterzogen, über dessen Ausgang öffentlich bislang noch nichts bekannt ist.

213. In einem Verfahren gegen Meta, das auf Grundlage des allgemeinen Missbrauchsverbots eingeleitet und auf § 19a Abs. 2 GWB erweitert worden ist, hatte das Bundeskartellamt beanstandet, dass die Nutzung von Metas Virtual-Reality-Brillen die Anmeldung bei einem Facebook-Konto voraussetze. Meta hat die Verknüpfung der VR-Brillen mit dem Facebook aufgegeben und ferner zugesagt, die bei der Nutzung der VR-Brillen anfallenden Daten grundsätzlich von jenen aus seinen übrigen Diensten getrennt zu halten.¹⁹³ Das Verfahren ist allerdings noch nicht förmlich abgeschlossen, da – so das Bundeskartellamt – weiterhin die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer dienstübergreifenden Datenverarbeitung durch Meta zu klären seien.

214. Auch gegenüber Amazon und Apple dauern mehrere Verfahren, die das Bundeskartellamt unter anderem auf Grundlage von § 19a Abs. 2 GWB führt, noch fort. In Bezug auf Amazon untersucht das Bundeskartellamt einerseits eine mögliche Einflussnahme des Unternehmens

¹⁹¹ BKartA, V-43/20, 21. Dezember 2022; vgl. Kartellrechtliche Prüfung von „Google News Showcase“, Fallbericht, 1. August 2023.

¹⁹² BKartA, Verfahren gegen Google wegen möglicher Wettbewerbsbeschränkungen bei Kartendiensten (Google Maps Plattform), Pressemitteilung, 21. Juni 2022; Abmahnung verschiedener Praktiken Googles im Zusammenhang mit den Google Automotive Services und der Google Maps Plattform, Pressemitteilung, 21. Juni 2023; Google Automotive Services-Verfahren – Markttest über Zusagen von Google, Pressemitteilung, 20. Dezember 2023.

¹⁹³ BKartA, B6-55/20; vgl. Verknüpfung von Meta Quest (vormals Oculus) mit dem Facebook-Netzwerk, Fallbericht, 23. November 2022.

auf die Preisesetzung von auf dem Amazon-Marktplatz tätigen (Dritt-) Händlern durch den Einsatz von entsprechenden Algorithmen sowie andererseits verschiedene Verhaltensweisen im Zusammenhang mit sog. Brandgating.¹⁹⁴ Gegenstand des Verfahrens gegen Apple ist die Ausgestaltung von Tracking-Regelungen, die eigene Angebote im Hinblick auf die Möglichkeit der Anzeige personalisierter Werbung gegenüber jenen von Drittanbietern bevorzugen könnten.¹⁹⁵

1.2.2.2 Europäische Missbrauchsaufsicht

215. Der EuGH hat sich in (mindestens) zwei Urteilen mit den Anforderungen an den Nachweis eines Verstoßes gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung aus Art. 102 AEUV auseinandergesetzt. In der Rechtssache *Servizio Elettrico Nazionale* hat der EuGH festgestellt, dass das Wohl der (Zwischen- und End-) Verbraucher das übergeordnete Ziel des Wettbewerbsrechts darstelle.¹⁹⁶ Gleichwohl sei es ausreichend, wenn die Wettbewerbsbehörde nachweise, dass die fragliche Verhaltensweise geeignet sei, die Wettbewerbsstruktur auf dem relevanten Markt zu beeinträchtigen. Das Unternehmen könne dann nachweisen, dass die negativen Wirkungen auf den Wettbewerb durch positive Wirkungen auf die Verbraucher ausgeglichen oder sogar übertroffen würden. Der von einem Unternehmen vorgelegte Beweis für das Fehlen konkreter Verdrängungswirkungen könne zudem für sich genommen nicht als ausreichend angesehen werden, um die Anwendung des Missbrauchsverbots auszuschließen. Er könne jedoch ein Indiz dafür sein, dass das fragliche Verhalten nicht geeignet gewesen sei, wettbewerbswidrige Wirkungen zu entfalten.

216. In der Rechtssache *Unilever Italia* hat der EuGH festgestellt, dass Ausschließlichkeitsklauseln aufgrund ihrer Natur berechtigte Wettbewerbsbedenken hervorriefen, sie aber nicht automatisch geeignet seien, Wettbewerber zu verdrängen.¹⁹⁷ Stelle ein Unternehmen die konkrete Eignung von Ausschließlichkeitsklauseln, ebenso leistungsfähige Wettbewerber vom Markt auszuschließen, infrage, müsse die Wettbewerbsbehörde im Stadium der Einstufung der Zuwiderhandlung sicherstellen, dass den Klauseln unter den Umständen des konkreten Falles eine solche Eignung tatsächlich zukomme. Zum Zwecke des Nachweises tatsächlicher Verdrängungswirkungen könne auch die Analyse eines sog. As-efficient-competitor-Tests (AEC-Test) angezeigt sein.¹⁹⁸ Die Durchführung eines AEC-Tests sei bei bestimmten nichtpreisbezogenen Praktiken unangemessen, im Übrigen nur eine von mehreren möglichen Methoden zum Nachweis von Verdrängungswirkungen und für die Wettbewerbsbehörde folglich fakultativ. Lege ein Unternehmen die Ergebnisse eines solchen Tests im Verfahren vor, müsse die Behörde jedoch

¹⁹⁴ Bei Brandgating geht es insbesondere um Vereinbarungen zwischen – in diesem Fall – Amazon und einzelnen Händlern, die andere Händler von dem Verkauf bestimmter Markenprodukte auf dem Amazon-Marktplatz ausschließen könnten. Vgl. BKartA, Prüfung der laufenden Verfahren gegen Amazon auch nach § 19a GWB, Pressemitteilung, 14. November 2022.

¹⁹⁵ BKartA, Bundeskartellamt prüft Apples Tracking-Regelungen für Dritt-Apps, Pressemitteilung, 14. Juni 2022.

¹⁹⁶ EuGH, C-377/20, 12. Mai 2022, *Servizio Elettrico Nazionale* u.a., ECLI:EU:C:2022:379.

¹⁹⁷ EuGH, C-680/20, 19. Januar 2023, *Unilever Italia Mkt. Operations*, ECLI:EU:C:2023:33.

¹⁹⁸ Ein AEC-Test dient dazu, zu ermitteln, ob das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens geeignet ist, ebenso effiziente Wettbewerber vom Markt zu verdrängen. Hierzu wird anhand von Kosten- und Preisdaten untersucht, ob das marktbeherrschende Unternehmen seine Güter zu nicht kostendeckenden Preisen verkauft.

zumindest ihren Beweiswert prüfen. In seiner früheren Rechtsprechung hatte der EuGH Ausschließlichkeitsklauseln und Treuerabatte noch als naturgemäß missbräuchlich bezeichnet.¹⁹⁹ Er relativierte diese Entscheidung jedoch bereits in der Rechtssache Intel in Bezug auf Treuerabatte²⁰⁰ und in der Rechtssache Unilever Italia nunmehr auch in Bezug auf Ausschließlichkeitsklauseln.

217. Anlässlich eines Vorabentscheidungsersuchens des OLG Düsseldorf in dem Beschwerdeverfahren zu der Missbrauchsentscheidung des Bundeskartellamtes gegen Meta (damals Facebook) aus dem Jahr 2019 hat sich der EuGH zu dem Verhältnis von Kartell- und Datenschutzrecht geäußert.²⁰¹ Der EuGH hat festgestellt, dass die Wettbewerbsbehörde die (Un-) Vereinbarkeit eines Verhaltens mit der Verordnung (EU) 2016/679 berücksichtigen könne, sofern die wettbewerbsrechtliche Beurteilung dies erfordere. Angesichts der Bedeutung des Datenzugangs und der Datenverarbeitung für den Wettbewerb würde ein Ausschluss der Vorschriften über den Schutz personenbezogener Daten aus der wettbewerbsrechtlichen Prüfung die tatsächliche wirtschaftliche Entwicklung verkennen und die Wirksamkeit des Wettbewerbsrechts in der Union gefährden. Dabei könne ein Verstoß gegen die Verordnung (EU) 2016/679 ein wichtiges Indiz sein, um festzustellen, ob ein Verhalten zu den Mitteln eines normalen Wettbewerbs gehöre, und um die Folgen für den Markt oder die Verbraucher zu beurteilen. Habe die Datenschutzaufsichtsbehörde bereits eine Entscheidung getroffen, könne die Wettbewerbsbehörde wegen der Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit von den datenschutzrechtlichen Feststellungen nicht abweichen, jedoch eigene Schlussfolgerungen für die Anwendung des Wettbewerbsrechts ziehen. Der Umstand, dass ein Unternehmen – hier: der Betreiber eines sozialen Online-Netzwerks – marktbeherrschend sei, mache die Einwilligung der Nutzerinnen und Nutzer in die Datenverarbeitung zwar für sich genommen nicht unwirksam. Eine marktbeherrschende Stellung könne aber ein wichtiger Aspekt bei der Frage sein, ob die Einwilligung tatsächlich wirksam, insbesondere freiwillig, erteilt worden sei. Hierfür trage das Unternehmen die Beweislast. Außerdem müssten die Nutzerinnen und Nutzer in der Lage sein, die Einwilligung in nicht erforderliche Datenverarbeitungsprozesse zu verweigern, ohne vollständig auf die Nutzung des sozialen Netzwerks zu verzichten. Dessen Betreiber müsse deshalb, gegebenenfalls gegen ein angemessenes Entgelt, eine gleichwertige Alternative ohne eine zusätzliche Datenverarbeitung anbieten (sog. Consent-or-pay-Modell).

218. Wie das Bundeskartellamt hat auch die Europäische Kommission im Berichtszeitraum zahlreiche Missbrauchsverfahren gegen die großen Digitalkonzerne geführt. Die Verfahren sind überwiegend noch nicht abgeschlossen. Nach fast vierjähriger Verfahrensdauer hat die Europäische Kommission eine Untersagungsentscheidung gegenüber Apple erlassen und eine Geldbuße in Höhe von EUR 1,8 Mrd. verhängt.²⁰² Anlass für die Einleitung des Verfahrens war eine Beschwerde des Musikstreaming-Anbieters Spotify. Das Verfahren betraf zuletzt noch sog. Anti-Steering-Regeln, die Apple in seinem App Store genutzt hat und die es Anbietern von Musikstreaming-Apps untersagt haben, Nutzerinnen und Nutzer über andere Möglichkeiten des

¹⁹⁹ EuGH, C-85/76, 13. Februar 1979, Hoffmann-La Roche, ECLI:EU:C:1979:36.

²⁰⁰ EuGH, C-413/14 P, 6. September 2017, Intel, ECLI:EU:C:2017:632.

²⁰¹ EuGH, C-252/21, 4. Juli 2023, Meta Platforms u.a., ECLI:EU:C:2023:537.

²⁰² EU-Kommission, AT.40437, 4. März 2024, App Store Practices (music streaming).

Bezugs von Musikabonnements zu informieren. Ursprünglich war es in dem Verfahren auch um Provisionszahlungen gegangen, die App-Entwickler an Apple bei In-App-Käufen durch Nutzerinnen und Nutzer leisten mussten. Die Ahndung dieses Verhaltens verfolgte die Europäische Kommission aber nicht weiter, sondern teilte Apple zwischenzeitlich geänderte Beschwerdepunkte mit. In ihrer Pressemitteilung zu der Entscheidung gegenüber Apple weist die Europäische Kommission darauf hin, dass das Unternehmen derzeit der einzige Anbieter eines App Stores sei, in dem Entwickler ihre Apps an die Nutzerinnen und Nutzer von Geräten mit dem Apple-Betriebssystem iOS im EWR vertreiben könnten. Seine marktbeherrschende Stellung habe Apple durch die Vorgabe der Anti-Steering-Regeln für die Nutzung seines App Stores im Sinne des Art. 102 Satz 2 lit. a AEUV missbraucht, und zwar über einen Zeitraum von zehn Jahren. Die Geschäftsbedingungen hätten sich insofern nachteilig für die iOS-Nutzerinnen und -Nutzer ausgewirkt, als diese durch jene daran gehindert worden seien, alternative und günstigere Musikabonnements zu erwerben. Hinsichtlich der gegen Apple verhängten Geldbuße ist insbesondere zu berücksichtigen, dass diese in nahezu vollständiger Höhe aus einem Pauschalbetrag besteht, den die Europäische Kommission aus Abschreckungszwecken auf den – nach der üblichen, einnahmenorientierten Methodik berechneten – Grundbetrag aufgeschlagen hat. Apple hat gegen den Beschluss Rechtsmittel eingelegt (T-260/24).

219. In einem weiteren Verfahren gegen Apple hat die Europäische Kommission von dem Unternehmen Angebote für Verpflichtungszusagen entgegengenommen.²⁰³ Nach der vorläufigen Beurteilung der Behörde verfügt Apple auf den Märkten für mobile Geldbörsen auf iOS-Geräten über eine beherrschende Stellung. Diese Stellung missbrauche Apple möglicherweise, indem es Drittentwicklern von Apps für mobile Geldbörsen den Zugang zu der Hardware und Software auf iOS-Geräten verweigere. Ein kontaktloses Bezahlen mit iOS-Geräten in Ladengeschäften sei demnach nur mit dem eigenen Dienst, Apple Pay, möglich. Zur Ausräumung der wettbewerblichen Bedenken der Europäischen Kommission hat Apple insbesondere angeboten, dritten Unternehmen kostenlos Zugang zu und Interoperabilität mit der NFC-Funktion²⁰⁴ auf iOS-Geräten zu ermöglichen. Für den NFC-Zugang sollen faire, objektive, transparente und diskriminierungsfreie Kriterien angewendet werden.

220. Zwei parallele Verfahren gegen Amazon beendete die Europäische Kommission mit einer gemeinsamen Zusagenentscheidung.²⁰⁵ Das Verfahren Amazon Marketplace betraf die Nutzung nicht öffentlicher Daten von Dritthändlern, die auf dem Marktplatz des Unternehmens tätig sind, durch Amazon. Die Europäische Kommission stellte vorläufig fest, dass Amazon über eine beherrschende Stellung auf dem französischen und dem deutschen Markt für die Bereitstellung von Online-Marktplatzdiensten für Dritthändler verfüge. Diese Stellung habe Amazon möglicherweise gemäß Art. 102 AEUV missbraucht, indem es Daten der Dritthändler, die das Unternehmen in seiner Funktion als Betreiber des Marktplatzes gewonnen habe, für seine eigene Tätigkeit als Händler verwendet habe. Damit habe Amazon durch nicht leistungswettbewerbliche Mittel einen Vorteil gegenüber den Dritthändlern erlangt und diese im Wettbewerb

²⁰³ EU-Kommission, AT.40452, Apple – Mobile payments; vgl. Kartellrecht: Kommission holt Stellungnahmen zu Verpflichtungsangeboten von Apple zu Apple Pay ein, Pressemitteilung, 19. Januar 2024, IP/24/282.

²⁰⁴ NFC = Near Field Communication.

²⁰⁵ EU-Kommission, AT.40462 (Amazon Marketplace) und AT.40703 (Amazon Buy Box), 20. Dezember 2022.

behindert. Zur Ausräumung der wettbewerblichen Bedenken der Europäischen Kommission hat Amazon erklärt, auf die Nutzung der nichtöffentlichen Daten von Dritthändlern für sein eigenes Handelsgeschäft zu verzichten.

221. In dem Verfahren Buy Box ging es um eine mögliche Selbstbevorzugung bzw. eine Bevorzugung von solchen Dritthändlern, welche die Logistik- und Versanddienste von Amazon nutzen, bei dem Zugang zu der sog. Buy Box sowie dem Prime-Angebot. Bei der Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung von Amazon für die Bereitstellung von Online-Marktplatzdiensten berücksichtigte die Europäische Kommission neben dem deutschen und dem französischen auch den spanischen Markt. Ein möglicher Missbrauch dieser Stellung liege darin begründet, dass Amazon solche Dritthändler, welche die Logistik- und Versanddienste von Amazon nicht nutzten, in ihrer Visibilität beeinträchtigte und damit im Wettbewerb mit Amazon selbst sowie den übrigen Dritthändlern behindere. Die Verpflichtungszusagen sehen eine Pflicht zur Gleichbehandlung aller Händler auf dem Amazon-Marktplatz bei dem Zugang zur Buy Box sowie zur Präsentation eines zweiten, konkurrierenden Angebots vor. Auch mit Blick auf Prime beinhalten die Zusagen zunächst eine Pflicht zur Gleichbehandlung. Zudem können Prime-Händler ihre Logistik- und Lieferdienste frei wählen, während Amazon etwaige Informationen, die das Unternehmen als Betreiber von Prime über dritte Beförderungsunternehmen gewinnt, nicht für seine eigenen Logistikdienste verwenden darf. Die Verpflichtungszusagen gelten für sämtliche – bestehenden und künftigen – Marktplätze im EWR; wobei Italien wegen einer eigenen Entscheidung der dortigen Wettbewerbsbehörde von den Zusagen betreffend die Buy Box und Prime ausgenommen ist.

222. In einem noch laufenden Verfahren gegen Google hat die Europäische Kommission eine Mitteilung der Beschwerdepunkte erlassen.²⁰⁶ Die Behörde ist der vorläufigen Auffassung, dass Google mit seinen Technologiediensten für Online-Display-Werbung sowohl auf dem Markt für Ad-Server für Verleger als auch auf dem Markt für Instrumente für den Kauf von Werbung für Werbetreibende beherrschend sei. Möglicherweise habe Google diese Stellung mindestens seit 2014 missbraucht, indem es im Zusammenhang mit dem Einsatz der vorgenannten Dienste seine Online-Börse für die Vermittlung von Werbeflächen („AdX“) zulasten konkurrierender Anbieter sowie von Werbetreibenden und Online-Verlegern bevorzugt habe. Bemerkenswert ist, dass die Europäische Kommission in ihrer Pressemitteilung zu der Mitteilung der Beschwerdepunkte darauf hinweist, dass ihre wettbewerblichen Bedenken in diesem Fall wahrscheinlich nur durch eine Veräußerung eines Teils der Dienste von Google ausgeräumt werden könnten.

223. Auch Meta sind seitens der Europäischen Kommission Beschwerdepunkte mitgeteilt worden.²⁰⁷ Demnach verfüge das Unternehmen über eine beherrschende Stellung auf dem europaweiten Markt für soziale Netzwerke sowie auf den nationalen Märkten für Online-Display-Werbedienste in sozialen Medien. Ein missbräuchliches Verhalten sei nach vorläufiger Beurteilung zum einen darin zu erblicken, dass Meta seinen Online-Kleinanzeigendienst Facebook Mar-

²⁰⁶ EU-Kommission, AT.40670, Google- Adtech and Data-related practices; vgl. Kartellrecht: Kommission übermittelt Google Mitteilung der Beschwerdepunkte wegen missbräuchlicher Praktiken im Bereich der Online-Werbetechnologie, Pressemitteilung, 14. Juni 2023, IP/23/3207.

²⁰⁷ EU-Kommission, AT.40684, Facebook Marketplace.

ketplace mit dem marktbeherrschenden sozialen Netzwerk Facebook verknüpfe. Zum anderen erlege Meta konkurrierenden Online-Kleinanzeigendiensten, die auf Facebook oder Instagram Werbung schalteten, zugunsten von Facebook Marketplace einseitig unfaire Handelsbedingungen auf.

224. Microsoft ist Adressat eines im Berichtszeitraum neu eingeleiteten Missbrauchsverfahrens.²⁰⁸ Die Europäische Kommission untersucht, ob die Kopplung von Microsofts Kommunikations- und Kooperationsprodukt Teams an seine Plattformprodukte Office 365 und Microsoft 365 ein missbräuchliches Verhalten darstellt. Microsoft kündigte bereits kurz nach der Verfahrenseinleitung an, zusätzlich jeweils eine Lizenzversion von Office 365 und Microsoft 365 ohne Teams anzubieten. Das Verfahren dauert noch fort.

1.2.3 Horizontale und vertikale Beschränkungen

1.2.3.1 Deutsche Kartellaufsicht

225. Das Bundeskartellamt hat das Verfahren gegen die Deutsche Fußball Liga (DFL) wegen der zentralen Vermarktung der Medienrechte für die 1. und 2. Fußball-Bundesliga ab der Spielzeit 2025/26 abgeschlossen.²⁰⁹ Im Unterschied zu früheren Ausschreibungen erging dabei – in prozessualer Hinsicht – keine förmliche Zusagenentscheidung, mittels der einzelne Aspekte des Vermarktungsmodells für bindend erklärt worden wären, sondern lediglich ein sog. Vorsitzendenschreiben (nunmehr § 32c Abs. 2 GWB), in dem den Beteiligten die Einstellung des Verfahrens sowie die Gründe hierfür mitgeteilt wurden. Die Monopolkommission hat dagegen in der Vergangenheit selbst gegenüber der kartellbehördlichen Praxis, die Überprüfung von Vermarktungsmodellen wiederholt mit Zusagenentscheidungen zu beenden, auf die Defizite einer solchen einvernehmlichen Verfahrensbeendigung im Vergleich zu streitig geführten Verfahren (letztere mit einem vollständig ermittelten Sachverhalt und einer abschließenden rechtlichen Beurteilung) hingewiesen.²¹⁰ Diese Bedenken gelten gegenüber Vorsitzendenschreiben, die in der Regel nur wenige Erwägungen enthalten und zudem keine anfechtbaren Verfügungen darstellen, freilich umso mehr. Auch in inhaltlicher Hinsicht hat das Bundeskartellamt seine Einschätzung geändert und anders als in den Vorjahren auf ein Alleinerwerbsverbot dergestalt, dass nicht ein einziger Bieter sämtliche Live-Rechtepakete erwerben kann, verzichtet. Damit besteht (zumindest theoretisch) die Möglichkeit, dass die Verbraucherinnen und Verbraucher mit nur einem Abonnement alle Ligaspiele sehen können. Das Bundeskartellamt begründet den Verzicht auf ein Alleinerwerbsverbot damit, dass das Risiko einer „Beschränkung des Innovationswettbewerbs in Form der Behinderung der Entwicklung neuartiger Übertragungswege“ im Unterschied zu den vergangenen Rechteperioden als eher gering einzustufen sei. Die Monopolkommission hat ein solches „strenges“ Alleinerwerbsverbot in der Vergangenheit wiederholt kritisiert und auf die Vorteile der Vergabe zumindest eines Teils der Übertragungsrechte

²⁰⁸ EU-Kommission, AT.40721, Microsoft Teams.

²⁰⁹ BKartA, V/B6-21/22, 26. Februar 2024, Bundesliga-Zentralvermarktung.

²¹⁰ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 111, Tz. 471 ff.; XXIII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 115, Tz. 484.

an mehrere Bieter hingewiesen.²¹¹ Das Bundeskartellamt hatte bei der Beurteilung der Rechtevergabe auch das kurz zuvor ergangene EuGH-Urteil in der Rechtssache European Superleague Company zu berücksichtigen.²¹² Der EuGH tendierte dort zwar in Richtung einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung, erkannte in der Umverteilung der durch die Zentralvermarktung erzielten Erlöse aber auch mögliche Effizienzvorteile.

226. In dem langjährigen Kartellverfahren wegen der sog. 50+1-Regel beabsichtigt das Bundeskartellamt, die von der DFL angebotenen Verpflichtungszusagen für bindend zu erklären.²¹³ Das Bundeskartellamt äußerte keine durchgreifenden wettbewerblichen Bedenken gegenüber der Grundregel, erachtete aber deren uneinheitliche Anwendung als problematisch. Die Zusagenangebote sehen einen Bestandsschutz für die bestehenden Ausnahmen von der 50+1-Regel vor unter der Voraussetzung, dass die betreffenden Fußballvereine²¹⁴ zu einer weitergehenden Mitgliederpartizipation und der Zahlung eines Vorteilsausgleichs verpflichtet werden. Eine Bewilligung zusätzlicher Ausnahmen von der 50+1-Regel soll dagegen nicht mehr möglich sein. Auch vor dem Hintergrund der sportkartellrechtlichen Rechtsprechung des EuGH vom Dezember 2023 möchte das Bundeskartellamt nun noch die Lizenzierungspraxis der DFL auf ihre einheitliche Anwendung hin genauer untersuchen.²¹⁵

227. Das Bundeskartellamt hat nachträglich einen Verstoß von Stihl, einem Hersteller von Motorgeräten für den Garten- und Landschaftsbau, gegen das Kartellverbot festgestellt.²¹⁶ Stihl habe im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems mit besonders autorisierten Händlern in Deutschland vereinbart und auch durchgesetzt, dass die Händler bestimmte Produkte bzw. Produktkategorien der Wettbewerber von Stihl nicht vertreiben dürften. Eine etwaige Freistellung solcher Wettbewerbsverbote nach Maßgabe der Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung (ehemals Verordnung (EU) 330/2010, nunmehr Verordnung (EU) 2022/720) scheitere vorliegend für zahlreiche betroffene Märkte bereits daran, dass die Verordnung wegen des Überschreitens der Marktanteilsschwelle von 30 Prozent seitens Stihl insoweit nicht anwendbar sei. Die Voraussetzungen für eine Einzelfreistellung seien nicht hinreichend dargelegt; insbesondere sei die Wettbewerbsbeschränkung nicht unerlässlich für das Erreichen der Effizienzvorteile. Der Feststellungsbeschluss ergehe, so das Bundeskartellamt, trotz der Aufgabe des beanstandeten Verhaltens noch während des laufenden Kartellverwaltungsverfahrens ausnahmsweise aus Gründen der „Signalwirkung“ gegenüber den Händlern von Stihl-Produkten sowie

²¹¹ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 111, Tz. 453 ff., 490 ff.; XXIII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 115, Tz. 476 ff.

²¹² EuGH, C-333/21, 21. Dezember 2023, European Superleague Company, ECLI:EU:C:2023:1011. Dazu noch Tz. 229 und 265 f.

²¹³ BKartA, 50+1-Verfahren – DFL-Zusagenangebot soll verbindlich werden, Pressemitteilung, 12. Juli 2023. Die 50+1-Regel sieht vor, dass ein Fußballverein, der seine Mannschaft in eine Kapitalgesellschaft ausgliedert, grundsätzlich die Stimmrechtsmehrheit an dieser Gesellschaft behalten muss.

²¹⁴ Bayer 04 Leverkusen, VFL Wolfsburg, TSG 1899 Hoffenheim.

²¹⁵ BKartA, 50+1-Regel – Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung und weitere Verfahrensführung, Pressemitteilung, 29. Mai 2024. Zu den drei EuGH-Urteilen – International Skating Union, European Superleague Company und Royal Antwerp Football Club – vgl. noch Tz. 229 und 261 ff.

²¹⁶ BKartA, B5-130/20, 31. Mai 2022, Stihl.

anderen Herstellern. Stihl hat Rechtsmittel gegen den Beschluss des Bundeskartellamtes eingelegt, sodass dieser nicht bestandskräftig ist.

228. Ein Verfahren wegen der Koordinierung von Preisen durch die Arbeitsgemeinschaft von Hilfsmittelverbänden (ARGE) wurde mit einer Zusagenentscheidung beendet.²¹⁷ Der Beschluss des Bundeskartellamtes erging gegenüber verschiedenen Unternehmensvereinigungen aus dem Bereich der Hilfsmittelversorgung. Diese vertraten im Rahmen der ARGE etwa 80 Prozent der bundesweiten Standorte der Leistungserbringer (insbesondere Sanitätshäuser sowie orthopädische Werkstätten) und verpflichteten sich zu gemeinsamen Preisverhandlungen mit den gesetzlichen Krankenkassen. Eine verbandliche Kooperation der Leistungserbringer bei dem Abschluss von Verträgen über Hilfsmittel sei spezialgesetzlich zwar grundsätzlich zulässig (vgl. § 127 SGB V). Die ARGE habe allerdings für eine Vielzahl unterschiedlicher Hilfsmittel im Rahmen bestehender Versorgungsverträge einheitliche Preisauflagen gegenüber den Krankenkassen gefordert und vielfach auch durchgesetzt, ohne die tatsächlichen Kostensteigerungen abzubilden. Die Grenze des kartellrechtlich Zulässigen werde nach der vorläufigen Beurteilung des Bundeskartellamtes jedenfalls dann überschritten, wenn sich die maßgeblichen Verbände – einschließlich der Spitzenverbandsebene – koordinierten und dadurch eine weitreichende Beschränkung des (Preis-) Wettbewerbs bezweckten und bewirkten. Außerdem sei der Anwendungsvorrang des EU-Wettbewerbsrechts zu beachten. Das Bundeskartellamt geht zusätzlich davon aus, dass das pauschale Fordern der Preisauflagen eine missbräuchliche Ausnutzung einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung darstelle. Die zur Ausräumung der wettbewerblichen Bedenken für bindend erklärten Verpflichtungszusagen der Beteiligten sehen im Wesentlichen den künftigen Verzicht auf eine kollektive Verhandlung von Verträgen im Rahmen der ARGE vor. Die ARGE selbst und die betroffenen Hilfsmittelverträge seien bereits aufgelöst worden.

1.2.3.2 Europäische Kartellaufsicht

229. Der EuGH hat sich in drei Urteilen mit der Anwendung des Kartellrechts auf sportverbandliche Verhaltensweisen befasst. Die Urteile ergingen am selben Tag und ähneln sich in großen Teilen. Der EuGH bestätigte im Wesentlichen eine Entscheidung des EuG, in der das Gericht einen Verstoß gegen das Kartellverbot durch die International Skating Union und deren Regeln über die Zulassung zu sportlichen Wettkämpfen annahm.²¹⁸ Außerdem stellte der EuGH fest, dass die Regeln des internationalen Fußballverbands Fédération Internationale de Football Association (FIFA), welche die Veranstaltung konkurrierender Fußballwettbewerbe von der Zustimmung der FIFA abhängig machen, weder mit dem Kartellverbot noch dem Missbrauchsverbot vereinbar seien.²¹⁹ Der EuGH begründete beide Entscheidungen insbesondere mit der Doppelrolle des jeweiligen Sportverbandes als Regelsetzer einerseits und als auf dem betreffenden Markt tätiger Wirtschaftsteilnehmer andererseits sowie dem Fehlen eines – in materieller und formeller Hinsicht – geeigneten Regelwerks für die Zustimmung zur Veranstaltung konkurrie-

²¹⁷ BKartA, B3-40/22, 2. November 2023, ARGE Hilfsmittelversorgung.

²¹⁸ EuGH, C-124/21 P, 21. Dezember 2023, International Skating Union, ECLI:EU:C:2023:1012.

²¹⁹ EuGH, C-333/21, a. a. O., vgl. Fn. 212.

render Wettkämpfe. Darüber hinaus nimmt der EuGH Stellung zu den Grenzen für eine Ausnahme von dem Kartell- bzw. dem Missbrauchsverbot nach der Meca-Medina-Rechtsprechung. Gegenüber den Regeln sowohl des europäischen Fußballverbands Union of European Football Associations (UEFA) als auch des belgischen Fußballverbands Union Royale Belge de Sociétés de Football (URBSFA) zur Anzahl von heimischen Spielerinnen und Spielern, die bei internationalen Wettbewerben mindestens in dem Kader eines Vereins verfügbar sein müssen („Homegrown-Regeln“), vertrat der EuGH eine großzügigere Auffassung.²²⁰ Die Monopolkommission befasst sich mit den EuGH-Urteilen in diesem Gutachten noch ausführlich in Abschnitt 2.2. Dort ordnet sie zudem die verbandlichen Vorgaben für die Tätigkeit von Spielervermittlerinnen und -vermittlern ein, die Gegenstand mehrerer Verfahren (unter anderem) vor deutschen Gerichten sind bzw. waren und zu denen sich im Rahmen von zwei Vorabentscheidungsersuchen auch der EuGH äußern wird.²²¹

230. Gegenstand einer weiteren EuGH-Entscheidung waren (unter anderem) die Anforderungen an die Feststellung einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung bei einer Vereinbarung über Mindestpreise für den Weiterverkauf.²²² In Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rechtsprechung weist der EuGH zunächst darauf hin, dass der Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Kartellverbots aus Art. 101 Abs. 1 AEUV zwar eng auszulegen sei, er aber auch vertikale Vereinbarungen umfassen könne, obgleich diese oft weniger schädlich für den Wettbewerb seien als horizontale Vereinbarungen. Bei der Einordnung einer Vereinbarung als bezweckte oder (nur) bewirkte Wettbewerbsbeschränkung sei auf den Inhalt ihrer Bestimmungen und die mit ihr verfolgten Ziele sowie auf den wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang, in dem sie stehe, abzustellen. Etwaige von den Unternehmen vorgebrachte wettbewerbsfördernde Wirkungen der Vereinbarung seien als Bestandteile des Zusammenhangs der Vereinbarung zu berücksichtigen. Auch der Umstand, so der EuGH weiter, dass eine vertikale Preisbindung eine Kernbeschränkung im Sinne des Art. 4 lit. a Verordnung (EU) 2022/720 darstelle, sei von Bedeutung für den rechtlichen Zusammenhang. Allerdings nehme die Vorschrift eine vertikale Preisbindung lediglich von der Möglichkeit der gruppenweisen Freistellung von dem Kartellverbot aus. Die Begriffe der Kernbeschränkung und der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung seien weder austauschbar noch zwangsläufig deckungsgleich. Die Feststellung einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung anhand der vorgenannten Kriterien sei deshalb auch nicht mit der Begründung verzichtbar, dass es sich bei einer vertikalen Preisbindung um eine Kernbeschränkung handele. In seiner früheren Rechtsprechung hatte der EuGH vertikale Preisbindungen noch als (per se) wettbewerbsbeschränkend angesehen.²²³ Die Änderung der EuGH-Rechtsprechung hat einen größeren behördlichen Begründungsaufwand bei solchen Verhaltensweisen zur Folge.

²²⁰ EuGH, C-680/21, 21. Dezember 2023, Royal Antwerp Football Club, ECLI:EU:C:2023:1010.

²²¹ Landgericht (LG) Dortmund, 8 O 1/23 Kart, 24. Mai 2023; bestätigt durch OLG Düsseldorf, VI-U (Kart) 2/23, 13. März 2024; BGH, KZR 71/21, 13. Juni 2023, Reglement für Spielervermittler, beim EuGH: C-428/23, Rogon u.a.; LG Mainz, 9 O 129/21, 30. März 2023, beim EuGH: C-209/23, RRC Sports.

²²² EuGH, C-211/22, 29. Juli 2023, Super Bock Bebidas, ECLI:EU:C:2023:529.

²²³ EuGH, C-243/83, 3. Juli 1985, Binon/AMP, ECLI:EU:C:1985:284.

231. In zwei kurz aufeinanderfolgenden Urteilen hat sich der EuGH zur Reichweite des Kartellverbots hinsichtlich der Vorgaben nationaler Berufsverbände zur Festlegung des Honorars von Notaren bzw. Rechtsanwälten geäußert. Notare seien grundsätzlich Unternehmen im Sinne des EU-Wettbewerbsrechts.²²⁴ Der Umstand, dass sie für einen Teil ihrer Tätigkeiten über hoheitliche Befugnisse verfügten, stehe der Einstufung als Unternehmen nicht entgegen, soweit die freiberuflichen und mithin wirtschaftlichen Tätigkeiten von der Ausübung hoheitlicher Befugnisse losgelöst werden könnten. Bei den von einer Notarkammer erlassenen Vorschriften zur Vereinheitlichung der Art und Weise, in der die Notare die Honorare für bestimmte Tätigkeiten berechneten, handele es sich um Beschlüsse einer Unternehmensvereinigung. Solche Verhaltensweisen führten zu einer horizontalen Festsetzung der Preise für die entsprechenden Dienstleistungen und stellten damit bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen dar. Bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen komme von vornherein nur eine Freistellung von dem Kartellverbot nach Maßgabe des Art. 101 Abs. 3 AEUV – und nicht etwa eine tatbestandliche Ausnahme nach der Wouters-Rechtsprechung – in Betracht.²²⁵ In der zweiten Entscheidung stellte der EuGH fest, dass eine nationale Regelung, wonach ein Berufsverband eine Honorarordnung mit Mindestbeträgen für die Tätigkeit von Rechtsanwälten festlege, mit Art. 101 AEUV i. V. m. Art. 4 Abs. 3 EUV unvereinbar sei.²²⁶ Eine solche Regelung stelle eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar, für die es keine Möglichkeit einer tatbestandlichen Ausnahme gebe. Ein nationales Gericht müsse die Anwendung der Regelung ablehnen, und zwar auch dann, wenn die dort vorgesehenen Mindestbeträge die tatsächlichen Marktpreise der anwaltlichen Tätigkeit widerspiegeln.

1.2.4 Kartellschadensersatz

1.2.4.1 Deutsche Rechtsprechung

232. Der BGH hat seine Rechtsprechung zu Erleichterungen für den Nachweis von Kartellschäden fortgeführt. In der Entscheidung Stahl-Strahlmittel stellte der BGH zunächst klar, dass es für die Kartellbetroffenheit des mittelbaren Abnehmers genüge, wenn dieser Waren, die Gegenstand der Kartellabsprache gewesen seien, von dem unmittelbaren Abnehmer des an einem Kartell beteiligten Unternehmen oder von dessen Abnehmern erworben habe.²²⁷ Dabei seien auch etwaige Preisschirmeffekte zu berücksichtigen.²²⁸ Zudem weist der BGH darauf hin, dass es den Erfahrungssatz – im Sinne einer tatsächlichen Vermutung – gebe, dass die im Rah-

²²⁴ EuGH, C-128/211, 18. Januar 2024, Lietuvos notary rūmai u.a., ECLI:EU:C:2024:49.

²²⁵ So die neue EuGH-Rechtsprechung aus den zuvor besprochenen Urteilen International Skating Union sowie European Superleague Company, vgl. Tz. 229.

²²⁶ EuGH, C-438/22, 25. Januar 2024, Em akaunt BG, ECLI:EU:C:2024:71.

²²⁷ BGH, KZR 46/20, 28. Juni 2022, Stahl-Strahlmittel.

²²⁸ Preisschirmeffekte entstehen durch die Anhebung von Preisen durch Unternehmen, die selbst nicht an kartellrechtswidrigen Absprachen beteiligt waren, die sich das kartellbedingt höhere Preisniveau in den betroffenen Märkten aber für ihre eigene Preissetzung zunutze machen. Auch für solche Schäden können die Rechtsverletzer, nicht die Kartellaußenseiter, haftbar sein; vgl. grundlegend EuGH, C-557/12, 5. Juni 2014, Kone u.a., ECLI:EU:C:2014:1317.

men des Kartells erzielten Preise im Schnitt über denjenigen lägen, die sich ohne die wettbewerbsbeschränkende Absprache gebildet hätten. Ein solcher Erfahrungssatz gelte zugunsten des Abnehmers auch dann, wenn dieser die Waren nicht (unmittelbar) von der an dem Verstoß beteiligten Muttergesellschaft, sondern (mittelbar) von der zur selben wirtschaftlichen Einheit gehörenden Tochtergesellschaft erworben habe. In der Entscheidung LKW-Kartell III erstreckte der BGH die tatsächliche Vermutung für einen kartellbedingten Preisaufschlag auf Entgelte, die Leasingnehmer bzw. Mietkäufer an ihre Finanzierungsgesellschaften zahlen.²²⁹ Auch insoweit sei von der Weitergabe der höheren Preise auszugehen, wenn die Leasing- oder Mietkaufverträge auf die vollständige Deckung des jeweiligen Anschaffungspreises gerichtet seien.

233. In einem Urteil zum Drogeriekartell ging der BGH davon aus, dass es auch bei einem Informationsaustausch über das aktuelle oder geplante Preissetzungsverhalten von Unternehmen einen Erfahrungssatz mit starker Indizwirkung dahingehend gebe, dass die danach erzielten Preise über dem hypothetischen Wettbewerbspreis lägen.²³⁰ Da Wettbewerber solche Informationen typischerweise verwendeten, sei mit einer hohen Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass der Marktmechanismus auch durch einen reinen Austausch beeinflusst werde. Der Trichter müsse im Rahmen einer Gesamtwürdigung jedoch alle Umstände des Einzelfalls darauf hin überprüfen, ob sie den vorstehenden Erfahrungssatz im konkreten Fall entkräfteten oder bestätigten.

234. Der BGH hat das sog. Sammelklageinkasso für das Kartellschadensersatzrecht gestärkt.²³¹ Die grundsätzliche Zulässigkeit der Praxis war zuvor – und ist möglicherweise weiterhin – in der Rechtsprechung umstritten.²³² Denn der von dem BGH entschiedene Fall wies die Besonderheit auf, dass dort nicht etwa ein spezifisches Inkassounternehmen tätig war, sondern sich ein Verbund mittelständischer Brauereien die Forderungen seiner Mitgliedsunternehmen hat abtreten lassen. Für berufliche und andere Interessenvereinigungen sieht § 7 Rechtsdienstleistungsgesetz aber eine Ausnahme von dem grundsätzlichen Verbot der Erbringung von Rechtsdienstleistungen vor. Der BGH wies mit Blick auf die Anwendbarkeit dieser Privilegierung im vorliegenden Fall darauf hin, dass der Unternehmensverbund zur Wahrung gemeinsamer Interessen gegründet worden sei und die Erbringung der Rechtsdienstleistungen nicht der Gewinnerzielung diene. Dass die Rechtsbesorgung nicht unentgeltlich und mittelbar auch im Interesse der einzelnen Unternehmen erfolge, sei unschädlich. Schließlich stehe die Erbringung der Rechtsdienstleistungen im Zusammenhang mit den satzungsmäßigen Aufgaben der Vereinigung und überlagere diese nicht.

²²⁹ BGH, KZR 46/21, 5. Dezember 2023, LKW-Kartell III.

²³⁰ BGH, KZR 42/20, 29. November 2022, Schlecker.

²³¹ BGH, KZR 73/21, 26. September 2023, Die Freien Brauer; außerhalb des Kartellrechts zuletzt BGH, VIa ZR 418/21, 13. Juni 2022, financialright. Sammelklageinkasso meint die Einziehung von Forderungen verschiedener Zedenten und deren gebündelte Geltendmachung durch einen Zessionar.

²³² Vgl. nur OLG Karlsruhe, 6 U 56/20 Kart, 17. November 2021 (Vorinstanz); LG Hannover, 18 O 34/17, 1. Februar 2021; LG Stuttgart, 30 O 176/19, 20. Januar 2022; LG Mainz, 9 O 125/20, 7. Oktober 2022; LG Dortmund, 8 O 7/20 (Kart), 13. März 2023 (Vorlage an den EuGH, dort: C-253/23, ASG 2). Vgl. auch – im Anschluss an das BGH-Urteil – OLG München, 29 U 1319/20, 28. März 2024.

235. Im Berichtszeitraum haben einzelne Gerichte erstmals in einer signifikanten Anzahl an Entscheidungen von der Schätzbefugnis aus § 287 Zivilprozessordnung Gebrauch gemacht und kartellbedingte Schäden der Höhe nach konkret beziffert. Der BGH hatte dies in der Entscheidung Schienenkartell II angeregt.²³³ Während das LG Mannheim für das Zuckerkartell²³⁴ und das OLG Schleswig für das Drogeriekartell²³⁵ von Preisaufschlägen in Höhe von lediglich zwei bzw. 0,5 Prozent ausgingen, gelangte das LG Berlin in verschiedenen Urteilen zu teilweise deutlich höheren Schäden: LKW-Kartell²³⁶ = fünf Prozent während des Kartellzeitraums und Nachwirkungen im ersten kartellfreien Jahr drei Prozent bzw. im Folgejahr ein Prozent; Schienenkartell²³⁷ = über mehrere Produktarten durchschnittlich ca. 16 Prozent; Fahrtreppenkartell²³⁸ = ca. 16 Prozent. In einem Urteil wegen Absprachen bei EC-Kartenentgelten sprach das LG Berlin hingegen nur einer von zwei Klägerinnen und dieser nur eine ganz geringe Schadenssumme zu.²³⁹ In dem Fall hatte das Bundeskartellamt eine Verpflichtungszusagenentscheidung erlassen, bei der das LG Berlin eine Bindungswirkung gemäß § 33b GWB für das Schadensersatzverfahren verneinte.

236. Das OLG Düsseldorf hat entschieden, dass ein Unternehmen für durch eine Kartellgeldbuße entstandene Schäden keinen Regress bei den verantwortlichen Organen nehmen kann.²⁴⁰ Das Gericht begründete dies unter anderem mit dem Sanktionszweck der kartellrechtlichen Geldbuße und den Wertungen des (Kartell-) Ordnungswidrigkeitenrechts. Eine Haftung für Kartellschadensersatzforderungen Dritter bejahte der Senat dagegen. Im Gegensatz hierzu hat das LG Dortmund in zwei veröffentlichten Hinweisbeschlüssen keinen Grund gesehen, die Haftung für Kartellgeldbußen auszuschließen, und unter anderem auf die Bedeutung der Organhaftung als Steuerungsinstrument der Gesellschaft gegenüber ihren Organen verwiesen.²⁴¹ Die Monopolkommission befasst sich mit der zivilrechtlichen Organhaftung für Kartellsanktionen in diesem Gutachten noch ausführlich in Abschnitt 2.4.

1.2.4.2 Europäische Rechtsprechung

237. Der EuGH hat sich mit mehreren Vorabentscheidungsersuchen zu zivilrechtlichen Follow-on-Klagen anlässlich des LKW-Kartells befasst. In der Rechtssache Volvo und DAF Trucks ging es um die zeitliche Anwendbarkeit der Richtlinie 2014/104/EU (Kartellschadensersatzrichtlinie)

²³³ BGH, KZR 24/17, 28. Januar 2020, Schienenkartell II; vgl. Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 115, Tz. 368.

²³⁴ LG Mannheim, 14 O 103/18 Kart, 23. Juni 2023.

²³⁵ OLG Schleswig, 16 U 97/22 Kart, 12. Oktober 2023 (bislang nur Hinweisbeschluss).

²³⁶ LG Berlin, 61 O 1/23 Kart, 15. Juni 2023; vgl. auch LG Berlin, 16a O 1/20 Kart, 19. Juni 2023.

²³⁷ LG Berlin, 61 O 2/23 Kart, 7. Februar 2023.

²³⁸ LG Berlin, 96b O 2/23 Kart, 25. September 2023.

²³⁹ LG Berlin, 16 O 21/19 Kart, 2. März 2023.

²⁴⁰ OLG Düsseldorf, VI-6 U 1/22 (Kart), 27. Juli 2023. Anders zuvor LAG Düsseldorf, 16 Sa 459/14, 20. Januar 2015; LG Saarbrücken, 7 HK O 6/16, 15. September 2020.

²⁴¹ LG Dortmund, 8 O 5/22 (Kart), 21. Juni 2023 und 14. August 2023.

und insbesondere um die Anspruchsverjährung.²⁴² Bei den Verjährungsregeln aus Art. 10 Richtlinie 2014/104/EU handele es sich um materiell-rechtliche Vorschriften, für welche die Richtlinie keine rückwirkende Anwendbarkeit vorsehe. Zu den für die Erhebung einer Schadensersatzklage erforderlichen Angaben zählten das Vorliegen eines Kartellrechtsverstoßes sowie eines Schadens, der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Verstoß und dem Schaden sowie die Identität des Rechtsverletzers. In dem vorliegenden Fall hat das EuGH eine den Verjährungsbeginn auslösende Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis erst mit der Veröffentlichung der Zusammenfassung des Beschlusses im Amtsblatt der Europäischen Union – und nicht bereits mit der Veröffentlichung der Pressemitteilung – angenommen.²⁴³ Während es sich zudem bei den Regeln über die Beweislast und das Beweismaß gemäß Art. 17 Abs. 1 Richtlinie 2014/104/EU grundsätzlich um Verfahrensvorschriften handele, sei die Vermutung über den Eintritt eines Schadens gemäß Art. 17 Abs. 2 Richtlinie 2014/104/EU materiell-rechtlicher Natur.

238. In der Rechtssache *Tráficos Manuel Ferrer* stellte der EuGH fest, dass Art. 101 AEUV und Art. 3 Richtlinie 2014/104/EU einer annähernd hälftigen Kostentragung in dem Fall, dass der Schadensersatzklage nur teilweise stattgegeben werde, nicht entgegenstehe.²⁴⁴ Zudem sei Art. 17 Abs. 1 Richtlinie 2014/104/EU dahingehend auszulegen, dass eine Schadensschätzung nur in Betracht komme, wenn das Vorliegen eines Schadens dem Grunde nach erwiesen sei und es praktisch unmöglich oder übermäßig schwierig sei, den Schaden der Höhe nach genau zu beziffern. Das setze voraus, dass der Kläger zur Schadensbezifferung zuvor alle zur Verfügung stehenden Mittel – einschließlich eines Antrags auf Offenlegung von Beweismitteln – genutzt habe.

239. In einer weiteren Entscheidung hat der EuGH den Beschluss der Europäischen Kommission zum LKW-Kartell dahingehend ausgelegt, dass auch Sonderfahrzeuge – einschließlich Müllfahrzeugen – zu den kartellbetroffenen Produkten gehörten.²⁴⁵ Damit entfaltet die Entscheidung Bindungswirkung auch für entsprechende Schadensersatzklagen vor nationalen Gerichten.²⁴⁶ Außerdem stellte der EuGH klar, dass die Pflicht zur Offenlegung von Beweismitteln gemäß Art. 5 Richtlinie 2014/104/EU grundsätzlich auch neu zu erstellende Dokumente umfasse.²⁴⁷ Demnach könne der Beklagte oder ein Dritter verpflichtet werden, Informationen, Kenntnisse oder Daten, die sich in seiner Verfügungsgewalt befänden, zusammenzustellen oder zu klassifizieren.

²⁴² EuGH, C-267/20, 22. Juni 2022, *Volvo und DAF Trucks*, ECLI:EU:C:2022:494.

²⁴³ Vgl. auch EuGH, C-605/21, 18. April 2024, *Heureka Group*, ECLI:EU:C:2024:324.

²⁴⁴ EuGH, C-312/21, 16. Februar 2023, *Tráficos Manuel Ferrer*, ECLI:EU:C:2023:99.

²⁴⁵ EuGH, C-588/20, 1. August 2022, *Daimler*, ECLI:EU:C:2022:607.

²⁴⁶ Vgl. – zu Feuerwehr- und Winterdienstfahrzeugen – OLG Stuttgart, 2 U 77/19, 23. Februar 2023.

²⁴⁷ EuGH, C-163/21, 10. November 2022, *Paccar*, ECLI:EU:C:2022:863.

2 Spezifische Probleme der Kartellrechtsanwendung

2.1 Aktuelle Entwicklungen bei der ergänzenden Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen

240. Der EuGH hat in der Rechtssache Towercast entschieden, dass das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung aus Art. 102 AEUV auf Zusammenschlüsse von Unternehmen anwendbar sein kann.²⁴⁸ Der EuGH bestätigt damit seine vor Inkrafttreten der europäischen Fusionskontrolle ergangene Rechtsprechung.²⁴⁹ Dass bereits vollzogene Zusammenschlüsse, die nach den Fusionskontrollvorschriften nicht anmeldepflichtig gewesen sind, nachträglich anhand des Missbrauchsverbots überprüft und unter Umständen entflochten werden können, erweitert die Eingriffsbefugnisse der Wettbewerbsbehörden. Für die betroffenen Unternehmen verringert sich dadurch aber zugleich die Rechtssicherheit. Das Entstehen von Rechtsunsicherheit war (und ist) ein zentrales Argument der Monopolkommission gegen die Verweisung von unterschwelligem Zusammenschlüssen zur Prüfung an die Europäische Kommission gemäß Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004. Dennoch erscheint ein Vorgehen auf Grundlage des Missbrauchsverbots weniger bedenklich. Im deutschen Recht steht seit der 11. GWB-Novelle mit § 32f GWB zudem ein weiteres Instrument zur Verfügung, das die nationale Fusionskontrolle ergänzt sowie punktuelle Korrekturen wettbewerblich unerwünschter Konzentrationen erlaubt. Die Monopolkommission gibt indes auch Empfehlungen, wie die Funktionsfähigkeit der verpflichtenden, schwellenbasierten Ex-ante-Fusionskontrolle gewährleistet werden kann.

2.1.1 Sachverhalt und zentrale Aussagen des EuGH-Urteils Towercast

241. Dem Urteil des EuGH lag ein Vorabentscheidungsersuchen der französischen Cour d'appel de Paris zugrunde. Das vorlegende Gericht hatte über eine Klage von Towercast gegen eine Entscheidung der französischen Wettbewerbsbehörde – Autorité de la concurrence – zu entscheiden. Die Behörde hatte zuvor beschlossen, ein auf die Beschwerde von Towercast eingeleitetes Verfahren nicht fortzuführen. Towercast hatte mit seiner Beschwerde ein behördliches Eingreifen auf Grundlage des Missbrauchsverbots aus Art. 102 AEUV (und der entsprechenden Vorschrift im französischen Recht) gegen einen Zusammenschluss von zwei Unternehmen erwirken wollen. Der Zusammenschluss betraf den Bereich der terrestrischen Fernsehübertragung, in dem auch Towercast tätig ist; Télédiffusion de France (TDF) erwarb Kontrolle über Itas. Der Zusammenschluss war ex ante weder auf EU-Ebene noch in Frankreich anmeldepflichtig und wurde auch nicht gemäß Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 zur Prüfung an die Europäische Kommission verwiesen. Towercast war der Auffassung, dass TDF seine marktbeherrschende Stellung durch den Zusammenschluss verstärke und zugleich missbrauche, indem es den Wettbewerb auf den betroffenen Märkten behindere. Die Autorité de la concurrence stellte dagegen fest, dass Art. 102 AEUV neben den Vorschriften über die EU-Fusionskontrolle nicht an-

²⁴⁸ EuGH, C-449/21, a. a. O., vgl. Fn. 179.

²⁴⁹ EuGH, 21. Februar 1973, C-6/72, Europemballage Corporation und Continental Can Company, E-CLI:EU:C:1973:22.

wendbar sei, sofern kein missbräuchliches Verhalten vorliege, das über die Verwirklichung eines Zusammenschlusstatbestands hinausgehe. Das französische Gericht legte dem EuGH die Frage vor, ob Art. 21 Verordnung (EG) 139/2004 es einer nationalen Behörde verwehrt, einen Zusammenschluss, der nicht der Ex-ante-Fusionskontrolle unterlag, als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäß Art. 102 AEUV zu beurteilen.²⁵⁰

242. Den Schlussanträgen von Generalanwältin Kokott²⁵¹ folgend hat der EuGH eine Sperrwirkung von Art. 21 Verordnung (EG) 139/2004 gegenüber Art. 102 AEUV verneint. Art. 21 Verordnung (EG) 139/2004 regelt allein das Verhältnis dieser Verordnung zu anderen Sekundärrechtsakten. Die Vorschrift beantwortet aber nicht die Frage nach der Anwendbarkeit des Primärrechts auf einen Zusammenschluss. Aus Erwägungsgrund 7 der Verordnung (EG) 139/2004 ergebe sich, dass die Fusionskontrollverordnung *„zu einer Gesamtheit von Rechtsvorschriften gehört, die zur Umsetzung der Art. 101 und 102 AEUV und zur Errichtung eines Kontrollsystems dienen, das gewährleistet, dass der Wettbewerb im Binnenmarkt der Union nicht verfälscht wird.“*²⁵² Zwar sprächen Gründe der Rechtssicherheit für eine vorrangige Ex-ante-Fusionskontrolle; einer nationalen Wettbewerbsbehörde könne es aber nicht verwehrt sein, einen Zusammenschluss unter bestimmten Umständen auch anhand von Art. 102 AEUV zu beurteilen. Aufgrund der unmittelbaren Wirkung von Art. 102 AEUV könnten die nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichte fusionskontrollfreie Zusammenschlüsse unter Rückgriff auf ihre eigenen Verfahrensvorschriften ex post überprüfen. Einer sekundärrechtlichen Regelung, welche die Anwendung von Art. 102 AEUV ausdrücklich anordne oder erlaube, bedürfe es insofern nicht. Im Rahmen der Ex-Post-Kontrolle eines Zusammenschlusses habe die Behörde zu prüfen, ob ein marktbeherrschendes Unternehmen, indem es ein anderes Unternehmen erworben hat, den Wettbewerb auf diesem Markt erheblich behindert hat. Insoweit weist der EuGH – unter Bezugnahme auf seine frühere Rechtsprechung – darauf hin, dass *„die bloße Feststellung der Stärkung der Position eines Unternehmens für die Einstufung als Missbrauch nicht aus[reicht], da nachgewiesen werden muss, dass der so erreichte Beherrschungsgrad den Wettbewerb wesentlich behindert, dass also nur noch Unternehmen auf dem Markt bleiben, die in ihrem Marktverhalten von dem beherrschenden Unternehmen abhängen.“*²⁵³

2.1.2 Stellungnahme zu der EuGH-Entscheidung

243. Der EuGH leitet die Anwendbarkeit des Missbrauchsverbots gemäß Art. 102 AEUV aus der unionsrechtlichen Normenhierarchie ab.²⁵⁴ Die Vorschriften des Sekundärrechts können solche des Primärrechts nicht einschränken; und zwar auch nicht dadurch, dass Art. 21 Abs. 1 Verordnung (EG) 139/2004 nicht unmittelbar Art. 102 AEUV für unanwendbar erklärt, sondern „nur“

²⁵⁰ Vgl. zum Ganzen EuGH, C-449/21, a. a. O., vgl. Fn. 179, Rz. 17 ff. Art. 21 Abs. 1 Verordnung (EG) 139/2004 bestimmt – vereinfacht dargestellt –, dass auf Zusammenschlüsse ausschließlich diese Verordnung Anwendung findet, während unter anderem die Verordnung (EG) 1/2003 zur Durchsetzung der Art. 101 und 102 AEUV nicht gilt.

²⁵¹ 13. Oktober 2022, ECLI:EU:C:2022:777.

²⁵² EuGH, C-449/21, 16. März 2023, a. a. O., vgl. Fn. 179, Rz. 39.

²⁵³ Ebenda, Rz. 52.

²⁵⁴ Kritisch – nicht zu dem Ergebnis, aber der Argumentation des EuGH – Kreße, GPR 2023, 236, 237 ff.

die Grundlagen seiner Durchsetzung in der Verordnung (EG) 1/2003. Dass die Art. 101 und 102 AEUV keiner Durchführungsverordnung bedürfen, sondern unmittelbare Wirkungen haben und Rechte für die Einzelnen erzeugen, welche auch die nationalen Gerichte zu wahren haben, hat der EuGH bereits zuvor festgestellt.²⁵⁵ Überzeugend ist insbesondere die Argumentation des EuGH, dass die Verordnung (EG) 139/2004 auf dem heutigen Art. 103 AEUV (sowie Art. 352 AEUV) beruht und damit selbst der Durchsetzung von Art. 102 AEUV dient.²⁵⁶ Dabei ist die Fusionskontrollverordnung keine *lex specialis*, sondern ein komplementäres Instrument zur Durchsetzung des Wettbewerbsrechts.²⁵⁷

244. Demnach scheint eine nachträgliche Prüfung auf Grundlage des Missbrauchsverbots grundsätzlich sogar bei solchen Zusammenschlüssen denkbar, die bereits der Fusionskontrolle unterlagen und freigegeben wurden. Dagegen spricht aber zunächst der mit einer fusionskontrollrechtlichen Freigabe verbundene Vertrauensschutz.²⁵⁸ Zudem würde es dem vorstehend erwähnten Zusammenspiel von Fusionskontrollverordnung und Art. 102 AEUV widersprechen, wenn ein Verhalten, das sich in dem Vollzug eines bereits freigegebenen Zusammenschlusses erschöpft, als missbräuchlich qualifiziert werden könnte.²⁵⁹ Dieses Ergebnis dürfte auch für das Verhältnis von Art. 102 AEUV zur nationalen Fusionskontrolle gelten.²⁶⁰ Der EuGH befasst sich mit einer solchen Doppelkontrolle nicht ausdrücklich, setzt bei der Anwendbarkeit des Missbrauchsverbots auf einen Zusammenschluss aber offenbar voraus, dass dieser *ex ante* fusionskontrollfrei war, d. h. weder verpflichtend nach Unions- bzw. nationalem Recht geprüft, noch gemäß Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 an die Europäische Kommission verwiesen wurde.²⁶¹

245. Zudem spricht sich der EuGH „aus Gründen der Rechtssicherheit für die vorrangige Anwendung des Mechanismus der *Ex-ante*-Kontrolle von Zusammenschlüssen“ aus.²⁶² Denn auch die nachträgliche Missbrauchskontrolle eines nicht anmeldepflichtigen Zusammenschlusses schränkt die Rechtssicherheit ein. Die Unternehmen müssen damit rechnen, dass ein Zusammenschluss unter Umständen auch noch Jahre nach seinem Vollzug behördlicherseits für unvereinbar mit Art. 102 AEUV erklärt und – als *ultima ratio* – möglicherweise sogar (teil-) entflochten wird.²⁶³ Außerdem sind die möglichen zivilrechtlichen Folgen eines Verstoßes gegen

²⁵⁵ EuGH, C-724/17, 14. März 2019, Skanska Industrial Solutions u.a., ECLI:EU:C:2019:204, Rn. 24; C-66/86, 11. April 1989, Ahmed Saeed Flugreisen u.a., ECLI:EU:C:1989:140, Rn. 32.

²⁵⁶ EuGH, C-449/21, a. a. O., vgl. Fn. 179, Rz. 40.

²⁵⁷ Vgl. auch GA Kokott, C-449/21, a. a. O., vgl. Fn. 251, Rz. 39 ff. A. A. Bechtold, NZKart 2023, 607, 608 f.; Thiede, EuZW 2023, 481.

²⁵⁸ Vgl. Ende, NZKart 2023, 589, 590; Kreße, GPR 2023, 236, 238.

²⁵⁹ GA Kokott, C-449/21, a. a. O., vgl. Fn. 251, Rz. 60; Göbel, ZWeR 2024, 37, 66; von Schreitter, NZKart 2023, 255, 258; kritisch Ende, NZKart 2023, 589, 590; unklar Bechtold, NZKart 2022, 607, 608.

²⁶⁰ GA Kokott, C-449/21, a. a. O., vgl. Fn. 251, Rz. 58 ff.; Janssen/Lawall, DB 2023, 1717, 1721 f.; Könen/Dogs, ZWeR 2023, 160, 177; von Schreitter, NZKart 2023, 255, 258 f.

²⁶¹ EuGH, C-449/21, a. a. O., vgl. Fn. 179, Rz. 52 f.

²⁶² Ebenda, Rz. 40.

²⁶³ Vgl. Ende, NZKart 2023, 589, 590 f.; Göbel, ZWeR 2024, 37, 66 f.; Janssen/Lawall, DB 2023, 1717, 1720 f.; von Schreitter, NZKart 2023, 255, 259 f.

das Missbrauchsverbot zu beachten. Diese umfassen neben der (Teil-) Nichtigkeit des Unternehmenskaufvertrages auch Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche sowie – zumindest theoretisch – Schadensersatzansprüche Dritter.²⁶⁴ Da eine höhere Rechtsunsicherheit in der Regel zu weniger Zusammenschlüssen von Unternehmen führt, aber die Mehrheit aller Zusammenschlüsse wettbewerblich unbedenklich ist, kann die Möglichkeit der nachträglichen Missbrauchskontrolle zur Folge haben, dass es zu weniger vorteilhaften Zusammenschlüssen kommt.²⁶⁵

246. Allerdings führt der EuGH mit dem Towercast-Urteil und seiner Feststellung zur Anwendbarkeit des Missbrauchsverbots auf Zusammenschlüsse seine frühe Rechtsprechung in dem Fall *Continental Can fort*.²⁶⁶ Diese Entscheidung stammt zwar noch aus der Zeit vor Inkrafttreten der ersten Fusionskontrollverordnung, und die Europäische Kommission hat zwischenzeitlich erklärt, das Missbrauchsverbot grundsätzlich nicht auf Zusammenschlüsse anwenden zu wollen.²⁶⁷ Dennoch konnte und kann angesichts der zuvor beschriebenen Normenhierarchie aus der Einführung der europäischen Fusionskontrolle zum einen nicht der Schluss gezogen werden, dass unterschwellige Zusammenschlüsse nunmehr gänzlich kontrollfrei bleiben.²⁶⁸ Zum anderen betrifft die Towercast-Entscheidung aufgrund der beschränkten Vorlagefrage unmittelbar nur die Anwendung von Art. 102 AEUV durch eine nationale Wettbewerbsbehörde, nicht aber – jedenfalls nicht ausdrücklich – durch die Europäische Kommission. Dabei bleibt es dieser indes unbenommen, von ihrer zuvor kommunizierten Haltung abzuweichen und Art. 102 AEUV künftig ebenfalls auf fusionskontrollfreie Zusammenschlüsse anzuwenden.²⁶⁹

247. Das Kartellverbot aus Art. 101 AEUV (bzw. § 1 GWB) findet seitens der Europäischen Kommission sowie des Bundeskartellamtes ohnehin bereits Anwendung auf die Gründung bestimmter Gemeinschaftsunternehmen. Zwar sind Gegenstand der Prüfung einzig etwaige kooperative Effekte zwischen den Muttergesellschaften, die zu den konzentrativen Effekten des Zusammenschlusses hinzutreten können.²⁷⁰ Zudem ist die Anwendung von Art. 101 AEUV auf solche Zusammenschlüsse in Art. 2 Abs. 4 und 5 bzw. Art. 21 Abs. 1 Hs. 2 Verordnung (EG) 139/2004

²⁶⁴ Janssen/Lawall, DB 2023, 1717, 1722; von Schreitter, NZKart 2023, 255, 259 f. (aber kritisch gegenüber der Nichtigkeitsfolge).

²⁶⁵ Vgl. bereits – zur neuen Anwendungspraxis der Europäischen Kommission nach Art. 22 Verordnung (EG) 1/2003 – Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 238.

²⁶⁶ EuGH, 21. Februar 1973, C-6/72, a. a. O., vgl. Fn. 249, Rz. 18 ff.

²⁶⁷ Erklärungen der Europäischen Kommission für das Ratsprotokoll vom 19. Dezember 1989, abgedruckt in WuW 1990, 240, 243.

²⁶⁸ Zur Anwendbarkeit des primären Wettbewerbsrechts neben der europäischen Fusionskontrolle vgl. bereits Monopolkommission, Sondergutachten 17, Konzeption einer europäischen Fusionskontrolle, Baden-Baden, 1989, Tz. 141 ff.; Sondergutachten 34, Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergmann GmbH, Baden-Baden, 2002, Tz. 223 ff.

²⁶⁹ Vgl. von Schreitter, NZKart 2023, 255, 258; WuW 2023, 211, 212. Fraglich ist allenfalls, nach welchen prozessualen Vorschriften die Europäische Kommission Art. 102 AEUV durchsetzen kann. Denn Art. 21 Abs. 1 Hs. 2 Verordnung (EG) 139/2004 erklärt die Verordnung (EG) 1/2003 in Bezug auf Zusammenschlüsse für nicht anwendbar; dazu bereits Tz. 243. Vgl. auch Gerard/Marescaux, JECLAP 2023, 427, 429.

²⁷⁰ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 3, 6. Aufl. 2020, München, Art. 2 FKVO Rn. 614 f.

ausdrücklich normiert. Allerdings unterliegen möglicherweise sogar anmeldepflichtige Zusammenschlüsse einer Prüfung auf ihre Vereinbarkeit mit dem Kartellverbot. Dann findet eine Doppelkontrolle statt, d. h. die Gründung eines kooperativen Gemeinschaftsunternehmens wird sowohl an fusionskontrollrechtlichen als auch kartellrechtlichen Maßstäben gemessen. Die Anwendung von Art. 101 AEUV erfolgt durch die Europäische Kommission dabei stets im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens. Das Bundeskartellamt kann dagegen ein zusätzliches Kartellverfahren führen. Insoweit gelten nicht nur die fusionskontrollrechtlichen Prüffristen nicht; es besteht sogar die Gefahr, dass ein ex ante freigegebener Zusammenschluss ex post untersagt und entflochten wird. Das Bundeskartellamt behält sich in solchen Fällen aber üblicherweise eine Prüfung nach dem Kartellverbot ausdrücklich vor oder führt diese parallel durch.²⁷¹

248. Zudem macht auch der recht strenge materiell-rechtliche Maßstab, den der EuGH im Zusammenhang mit dem Vollzug eines Zusammenschlusses an ein missbräuchliches Verhalten anlegt, den Ausnahmecharakter der Missbrauchsaufsicht deutlich und trägt damit zur (relativen) Rechtssicherheit bei. So muss das erwerbende Unternehmen nicht nur bereits vor dem Zusammenschluss über eine marktbeherrschende Stellung verfügen. Ein Verstoß gegen Art. 102 AEUV setzt zusätzlich voraus, dass diese Marktstellung dergestalt verstärkt wird, dass nach dem Zusammenschluss nur noch solche Unternehmen auf dem Markt verbleiben, die von dem beherrschenden Unternehmen abhängen. Bereits seit der EuGH-Entscheidung in der Rechtssache Continental Can ist insoweit von der Fallgruppe des sog. Marktstrukturmissbrauchs die Rede.²⁷² Durch die hohen Anforderungen an das Vorliegen eines missbräuchlichen Verhaltens unterscheidet sich die nachträgliche Prüfung eines Zusammenschlusses auf Grundlage von Art. 102 AEUV auch von dem fusionskontrollrechtlichen Untersagungskriterium aus Art. 2 Abs. 3 Verordnung (EG) 139/2004 (bzw. § 36 Abs. 1 Satz 1 GWB).²⁷³ Hier ist eine wesentliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs maßgeblich. Als Regelbeispiel genügt neben der erstmaligen Begründung einer marktbeherrschenden Stellung deren bloße Verstärkung.²⁷⁴

249. Fraglich ist, ob der EuGH die Anwendung von Art. 102 AEUV auf horizontale Zusammenschlüsse begrenzt. So führt er in seiner Towercast-Entscheidung aus, dass *„[d]ie zuständige Behörde [...] insbesondere zu prüfen [hat], ob der Erwerber in beherrschender Stellung auf einem bestimmten Markt, der die Kontrolle über ein anderes Unternehmen auf diesem Markt übernommen hat, durch dieses Verhalten den Wettbewerb auf diesem Markt erheblich behindert hat.“*²⁷⁵ Gegen eine Beschränkung auf horizontale Zusammenschlüsse spricht indes nicht nur die Verwendung des Zusatzes „insbesondere“, sondern auch der Umstand, dass zunehmend

²⁷¹ Vgl. nur BKartA, B7-21/18, 4. und 30. Dezember 2019, Glasfaser Nordwest; V-31/22, a. a. O., vgl. Fn. 149, Tz. 635.

²⁷² Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 535.

²⁷³ So auch von Schreitter, NZKart 2023, 255, 256 f.; a. A. Janssen/Lawall, DB 2023, 1717, 1720; zweifelnd Göbel, ZWeR 2024, 37, 65 f., 68 f.

²⁷⁴ Zur Auslegung des SIEC-Kriteriums durch den EuGH in der Rechtssache CK Telecoms vgl. bereits Tz. 200. Zur Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im Rahmen des SIEC-Tests vgl. BGH, KVR 34/20, 12. Januar 2021, CTS Eventim/Four Artists, Rz. 31 ff.

²⁷⁵ EuGH, C-449/21, a. a. O., vgl. Fn. 179, Rz. 52.

die negativen Auswirkungen vertikaler und konglomerater Zusammenschlüsse im Fokus der fusionskontrollrechtlichen Entscheidungspraxis jedenfalls auf Unionsebene stehen.²⁷⁶

250. Dennoch dürfte eine Anwendung von Art. 102 AEUV nach alledem nur in eng begrenzten Konstellationen in Betracht kommen. Aus dem EuGH-Urteil folgt, dass ein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot voraussetzt, dass der Zusammenschluss den Wettbewerb in besonderem Maße schädigt.²⁷⁷ Dagegen wird das behördliche Vorgehen zwar nicht durch bestimmte zeitliche Fristen beschränkt.²⁷⁸ Die Wettbewerbsbehörden müssen im Rahmen ihrer Ermessensausübung jedoch berücksichtigen, dass ein Zusammenschluss unter Umständen länger zurückliegt, und gegebenenfalls entsprechend zurückhaltend eingreifen.²⁷⁹

2.1.3 Weitere Instrumente einer ergänzenden Fusionskontrolle – Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 und § 32f GWB

251. Bereits im vergangenen Berichtszeitraum änderte die Europäische Kommission ihre Anwendungspraxis zu Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004. Während die Europäische Kommission den Mitgliedstaaten in der Vergangenheit davon abgeraten hat, Verweisungsanträge zu solchen Zusammenschlüssen zu stellen, die (auch) nach nationalem Recht nicht anmeldepflichtig waren, legt sie den Mitgliedstaaten nunmehr ausdrücklich nahe, bestimmte Zusammenschlüsse zur Prüfung an sie zu verweisen. Hierzu veröffentlichte die Europäische Kommission auch einen Leitfaden.²⁸⁰

252. Die Monopolkommission hat sich bereits im XXIV. Hauptgutachten ausführlich mit der geänderten Anwendungspraxis der Europäischen Kommission beschäftigt. Sie hat dabei kritisiert, dass die Möglichkeit der Verweisung von unterschwelligen Zusammenschlüssen (1) die Rechtssicherheit verringert, (2) eine Zweckänderung von Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 darstellt, die seitens des Ordnungsgebers getroffen werden sollte, und (3) die nationalen Fusionskontrollschwellen umgeht. Aus Sicht der Monopolkommission hat das Bundeskartellamt deshalb bislang zu Recht darauf verzichtet, einen nach nationalem Recht nicht anmeldepflichtigen Zusammenschluss an die Europäische Kommission zu verweisen oder sich einem entsprechenden Verweisungsantrag anzuschließen.²⁸¹

²⁷⁶ Vgl. etwa EU-Kommission, M.10188, a. a. O., vgl. Fn. 159; M.10615, a. a. O., vgl. Fn. 159; dazu bereits Tz. 197 f. Im Ergebnis auch Gerard/Marescaux, JECLAP 2023, 427, 429; Göbel, ZWeR 2024, 37, 65.

²⁷⁷ Dazu bereits Tz. 248.

²⁷⁸ Dazu bereits Tz. 245.

²⁷⁹ Ende, NZKart 2023, 589, 590 f.; Göbel, ZWeR 2024, 37, 66 f.; a. A. von Schreitter, NZKart 2023, 255, 259 f. GA Kokott geht sogar davon aus, dass bei der Anwendung von Art. 102 AEUV „mit Blick auf den Vorrang verhaltenorientierter Abhilfemaßnahmen und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Regel keine nachträgliche Rückabwicklung des Zusammenschlusses, sondern nur die Verhängung einer Geldbuße [droht].“ Vgl. GA Kokott, C-449/21, a. a. O., vgl. Fn. 251, Rz. 63; zustimmend Könen/Dogs, ZWeR 2023, 160, 178.

²⁸⁰ 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.

²⁸¹ Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 234 ff.

253. Wie beschrieben ist auch die Anwendung des Missbrauchsverbots aus Art. 102 AEUV auf Zusammenschlüsse geeignet, zu einer höheren Rechtsunsicherheit in der Fusionskontrolle beizutragen. Im Vergleich zu der Verweisung unterschwelliger Zusammenschlüsse nach Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 sprechen für ein Vorgehen nach Art. 102 AEUV – trotz der reinen Ex-post-Kontrolle²⁸² – aber insbesondere seine primärrechtliche Verankerung, die frühe EuGH-Rechtsprechung sowie die hohen materiell-rechtlichen Anforderungen an das Vorliegen eines missbräuchlichen Verhaltens.²⁸³

254. Der erste Anwendungsfall für die neue Praxis der Europäischen Kommission zu Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 war der Zusammenschluss Illumina/Grail. 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. Illumina hat gegen die Annahme der Verweisung durch die Europäische Kommission Rechtsmittel zum EuG eingelegt, das die Klage jedoch abgewiesen hat.²⁸⁴ Das EuG stellt anhand der üblichen Methoden zur Auslegung von Gesetzen – Wortlaut, Historie, Systematik sowie Zweck – fest, dass eine Verweisung nach Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 ohne nationale Anmeldepflicht zulässig sei.²⁸⁵ Gegen die Entscheidung des EuG haben Illumina und Grail wiederum Rechtsmittel zum EuGH eingelegt, dessen Entscheidung noch aussteht.²⁸⁶ Generalanwalt Emiliou schlägt dem EuGH in seinen Schlussanträgen vor, die Entscheidung des EuG aufzuheben. Die neue, extensive Anwendungspraxis der Europäischen Kommission zu mitgliedstaatlichen Verweisungen sei nicht mit den Vorgaben aus Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 vereinbar.²⁸⁷ Dabei betont der Generalanwalt auch die mit dem Vorgehen der Europäischen Kommission verbundene Rechtsunsicherheit und verweist zur Schließung von Schutzlücken auf die Möglichkeit der Ex-post-Kontrolle gemäß Art. 102 AEUV.²⁸⁸ Die Europäische Kommission hat den Zusammenschluss Illumina/Grail mittlerweile untersagt und seine Rückabwicklung angeordnet. Sie befürchtet, dass Illumina den Zugang zu Sequenzierungssystemen für die Wettbewerber von Grail einschränken und dadurch den Wettbewerb auf dem neu entstehenden Markt für blutbasierte Krebsfrüherkennungstests

²⁸² Die Prüfung eines Zusammenschlusses im Anschluss an eine Verweisung nach Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 soll dagegen zumindest im Regelfall ex ante erfolgen; vgl. Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 237.

²⁸³ Vgl. auch Ende, NZKart 2023, 589, 594.

²⁸⁴ EuG, T-227/21, 13. Juli 2022, Illumina/Grail, ECLI:EU:T:2022:447.

²⁸⁵ Ebenda, Rz. 88 ff.

²⁸⁶ Nachdem auch ein US-amerikanisches Gericht, 5th U.S. Circuit Court of Appeals, die wettbewerbsrechtlichen Bedenken einer dortigen Wettbewerbsbehörde, Federal Trade Commission, zu dem Zusammenschluss Illumina/Grail im Wesentlichen bestätigt hat, kündigte Illumina an, Grail wieder zu veräußern. Die Klagen der Unternehmen gegen die Entscheidung des EuG sollen aber offenbar weiterverfolgt werden (C-611/22 P – Illumina; C-625/22 P – Grail). Vgl. Illumina Announces Decision to Divest GRAIL, Pressemitteilung, 17. Dezember 2023, <https://investor.illumina.com/news/press-release-details/2023/Illumina-Announces-Decision-to-Divest-GRAIL/default.aspx>, Abruf am 14. Mai 2024.

²⁸⁷ GA Emiliou, C-611/22 P und C-625/22 P, 21. März 2024, Illumina und Grail, ECLI:EU:C:2024:264.

²⁸⁸ Ebenda, Rz. 189 ff. bzw. 228.

im EWR behindern könnte. Den Verstoß gegen das Verbot des vorzeitigen Vollzugs hat die Europäische Kommission zudem mit Geldbußen sanktioniert.²⁸⁹

255. Der deutsche Gesetzgeber hat im Rahmen der 11. GWB-Novelle die Möglichkeit für das Bundeskartellamt geschaffen, im Anschluss an eine Sektoruntersuchung verschiedene Maßnahmen zu erlassen, um wettbewerblichen Defiziten abzuhelpfen. Die Feststellung eines kartellrechtlichen Verstoßes ist insoweit nicht erforderlich. Zu den möglichen Abhilfemaßnahmen gehört die Aufforderung zur ergänzenden Anmeldung künftiger Zusammenschlüsse auch unterhalb der Aufgreifschwelle aus § 35 Abs. 1 GWB (§ 32f Abs. 2 GWB, § 39a GWB a. F.). Zudem kann das Bundeskartellamt ein Unternehmen etwa organisatorisch (§ 32f Abs. 3 GWB) und – als ultima ratio – sogar eigentumsrechtlich (§ 32f Abs. 4 GWB) entflechten. Letztere Verfügung kann jedoch aus Gründen des Vertrauensschutzes nicht innerhalb eines Zeitraums von zehn Jahren nach der Freigabe eines Zusammenschlusses durch das Bundeskartellamt oder die Europäische Kommission ergehen, § 32f Abs. 4 Satz 10 GWB. Die Abhilfemaßnahmen gemäß § 32f Abs. 3 und 4 GWB sind subsidiär gegenüber den sonstigen kartellbehördlichen Instrumenten, einschließlich der Fusionskontrolle, § 32f Abs. 3 Satz 1 GWB.

2.1.4 Verpflichtende Ex-ante-Fusionskontrolle grundsätzlich vorzugswürdig

256. Während die Monopolkommission die neue Praxis der Europäischen Kommission zu Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 kritisch sieht, erscheint im Einzelfall zumindest das Vorgehen nach Art. 102 AEUV und § 32f GWB sinnvoll, um einen wettbewerblich bedenklichen Zusammenschluss zu überprüfen bzw. zu korrigieren. Diese Instrumente bieten mehr Flexibilität als die verpflichtende Ex-ante-Fusionskontrolle und können diese daher punktuell ergänzen. In formeller Hinsicht hängt ein behördliches Eingreifen nicht von dem Erreichen der grundsätzlich „starren“, an Umsätzen oder dem Kaufwert orientierten Anmeldeschwellen ab. In materiellrechtlicher Hinsicht ist keine Prognose zu den überwiegend wahrscheinlichen Auswirkungen des Zusammenschlusses erforderlich. Vielmehr können die tatsächlichen Auswirkungen des Zusammenschlusses anhand der wettbewerblichen Entwicklungen nach seinem Vollzug beurteilt werden.

257. Die Ex-ante-Fusionskontrolle bleibt dennoch, wie auch der EuGH in seiner Towercast-Entscheidung hervorhebt, grundsätzlich vorzugswürdig. Hierfür sprechen – vornehmlich aus Unternehmenssicht – nicht nur die mit ihr verbundene Rechtssicherheit. Die Anmeldeschwellen ermöglichen eine (vergleichsweise) einfache Identifikation der Fusionskontrollpflicht. Die zuständigen Wettbewerbsbehörden entscheiden dann innerhalb einer (vergleichsweise) kurzen Frist über die Zulässigkeit des angemeldeten Zusammenschlusses und geben diesen – unter Umständen – mit Nebenbestimmungen frei oder untersagen ihn. Insbesondere die Anmeldung eines Zusammenschlusses bei dem Bundeskartellamt erfordert zudem nur wenige Angaben,

²⁸⁹ Dazu bereits Tz. 197. Mittlerweile gibt es drei weitere Fälle, in denen die Europäische Kommission Verweisanträge zu originär fusionskontrollfreien Zusammenschlussvorhaben angenommen hat; vgl. M.11485 – Brasserie Nationale/Boissons Heintz (Verweisung jedoch durch Luxemburg, das als einziger Mitgliedstaat über kein eigenes Fusionskontrollregime verfügt), M.11241 – EEX/Nasdaq Power und M.11212, Qualcomm/Autotalks (Zusammenschlussvorhaben aufgegeben).

vgl. § 39 Abs. 3 GWB. Aber auch die Europäische Kommission hat den Aufwand bei der Anmeldung zuletzt verringert.²⁹⁰ Aus Behördensicht hat die Ex-ante-Fusionskontrolle den Vorteil, dass sie laufend über strukturelle Entwicklungen in den einzelnen Sektoren informiert wird und dadurch ihre Branchenkenntnis erhalten bleibt.²⁹¹ Die entsprechenden Angaben erhalten die Wettbewerbsbehörden nicht nur durch die fusionskontrollrechtliche Anmeldung der an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen, sondern auch durch ergänzende Ermittlungen, zu denen unter anderem Befragungen von Wettbewerbern, Abnehmern und/oder Lieferanten gehören. Zwar verfügen die Behörden auch in Missbrauchsverfahren sowie Sektoruntersuchungen über weitreichende Ermittlungsbefugnisse. Solche Verfahren bzw. Untersuchungen dauern jedoch typischerweise deutlich länger; so ist für die Durchführung einer Sektoruntersuchung und den anschließenden Erlass von Abhilfemaßnahmen eine (Soll-) Frist von insgesamt drei Jahren vorgesehen, § 32e Abs. 3 und § 32f Abs. 7 GWB. Außerdem kann es bei der Durchsetzung von Abhilfemaßnahmen in Bezug auf einen bereits vollzogenen Zusammenschluss zu praktischen Schwierigkeiten kommen. Insbesondere bei einer Entflechtungsanordnung dürfte es nur schwerlich möglich sein, die an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen zurück in den status quo ante zu versetzen.

258. Demnach ist es aus Sicht der Monopolkommission unerlässlich, die Funktionsfähigkeit der verpflichtenden, schwellenbasierten Ex-ante-Fusionskontrolle zu gewährleisten. Im Rahmen der im Januar 2021 in Kraft getretenen 10. GWB-Novelle sind die Inlandsumsatzschwellen der deutschen Fusionskontrolle in § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB von EUR 25 Mio. auf EUR 50 Mio. bzw. von EUR 5 Mio. auf EUR 17,5 Mio. angehoben worden. Hierdurch hat sich die Anzahl der vom Bundeskartellamt geprüften Zusammenschlüsse um beinahe ein Drittel von 1.236 Anmeldungen im Jahr 2020 auf 838 Anmeldungen im Jahr 2022 verringert. Im Jahr 2023 ist die Anzahl der Anmeldungen weiter, allerdings weniger stark, auf nur noch 804 Anmeldungen gesunken.²⁹² Dies erscheint vor dem Hintergrund, dass die Umsatzschwellen des GWB im internationalen Vergleich recht niedrig gewesen sind und sich das Bundeskartellamt auf die Prüfung der gesamtwirtschaftlich bedeutenderen Fälle konzentrieren soll,²⁹³ noch vertretbar. Auf eine weitere Anhebung der Umsatzschwellen, die offenbar im Rahmen der ministeriellen Vorarbeiten für eine potenzielle 12. GWB-Novelle erwogen wird, sollte vorerst jedoch verzichtet werden.

259. Zudem wiederholt die Monopolkommission ihre Empfehlungen aus dem XXIV. Hauptgutachten zur Stärkung der transaktionswertschwellenbasierten Fusionskontrolle. Sie hat die Einführung einer Transaktionswertschwelle auf Unionsebene sowie in den Mitgliedstaaten, die – anders als Deutschland und Österreich – nicht über eine solche Aufgreifschwelle verfügen, vorgeschlagen. Insbesondere hat sich die Monopolkommission aber dafür ausgesprochen, den Anwendungsbereich der deutschen Transaktionswertschwelle zu erweitern. Insoweit sollte das Kriterium der Tätigkeit des zu erwerbenden Unternehmens in erheblichem Umfang im Inland

²⁹⁰ EU-Kommission, Fusionskontrolle: Kommission verringert Verwaltungsaufwand für Unternehmenszusammenschlüsse weiter, Pressemitteilung, 20. April 2023, IP/23/2357. Vgl. zu dem (damaligen) Vorhaben Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 189.

²⁹¹ Vgl. RegE 10. GWB-Novelle, a. a. O., vgl. Fn. 113, S. 91.

²⁹² Dazu bereits Tz. 187.

²⁹³ RegE 10. GWB-Novelle, a. a. O., Fn. 113, S. 90 f.; BT-WiA 10. GWB-Novelle, a. a. O., vgl. Fn. 113, S. 119.

(§ 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB) gestrichen oder jedenfalls zunächst dergestalt angepasst werden, dass auch eine voraussichtliche künftige Inlandstätigkeit des zu erwerbenden Unternehmens eine Anmeldepflicht auslösen kann. Der damit verbundene schwächere Inlandsbezug und eine aufwändigere Prüfung der Anmeldepflicht wären hinzunehmen zugunsten der Möglichkeit, solche Zusammenschlüsse besser zu erfassen, bei denen sich die jeweiligen unternehmerischen Tätigkeiten oder Märkte noch im Entstehen befinden.²⁹⁴ Durch den Verzicht auf eine aktuelle Inlandstätigkeit des zu erwerbenden Unternehmens wäre möglicherweise der Zusammenschluss Microsoft/OpenAI in Deutschland anmeldepflichtig gewesen, durch den vollständigen Verzicht auf das Kriterium der Inlandstätigkeit zudem auch der Zusammenschluss Meta/Kustomer.²⁹⁵

2.1.5 Zusammenfassung und Empfehlungen

260. Das Towercast-Urteil des EuGH zur nachträglichen Prüfung von fusionskontrollfreien Zusammenschlüssen auf Grundlage des Verbots des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung aus Art. 102 AEUV ist grundsätzlich zu begrüßen. Die Möglichkeit der Anwendung des Missbrauchsverbots in solchen Fällen ergibt sich aus der Normenhierarchie und der vor Einführung der EU-Fusionskontrolle ergangenen EuGH-Rechtsprechung. Zudem gilt ein strenger materiell-rechtlicher Prüfungsmaßstab. Im Vergleich zu der neuen Anwendungspraxis der Europäischen Kommission zu unterschwelligen Verweisungen gemäß Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 ist damit insgesamt von einer größeren Rechtssicherheit auszugehen. Die missbrauchsrechtliche Prüfung von Zusammenschlüssen sowie der Erlass von Abhilfemaßnahmen gemäß § 32f Abs. 3 und 4 GWB können im Einzelfall – und bei einem sehr zurückhaltenden Einsatz durch die Wettbewerbsbehörden – sinnvolle Instrumente zur Ergänzung der Fusionskontrolle sein. Allerdings ist die verpflichtende Ex-ante-Fusionskontrolle aus Sicht der Monopolkommission grundsätzlich vorzugswürdig. Obgleich die Verfügbarkeit eines breiten behördlichen Eingriffsinstrumentariums zur Schließung von Schutzlücken beiträgt, sollte besonderer Wert auf die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der schwellenbasierten Fusionskontrolle gelegt werden. Demnach sollten die Inlandsumsatzschwellen der deutschen Fusionskontrolle vorerst nicht erneut angehoben werden. Zudem sollte, wie bereits im XXIV. Hauptgutachten vorgeschlagen, der Anwendungsbereich der deutschen Transaktionswertschwelle erweitert werden. Insoweit sollte das Kriterium der Tätigkeit des zu erwerbenden Unternehmens in erheblichem Umfang im Inland (§ 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB) gestrichen oder jedenfalls zunächst dergestalt angepasst werden, dass auch eine voraussichtliche künftige Inlandstätigkeit des zu erwerbenden Unternehmens eine Anmeldepflicht auslösen kann. Daneben sollte eine Transaktionswertschwelle auf Unionsebene sowie in den Mitgliedstaaten eingeführt werden, die – anders als Deutschland und Österreich – nicht über eine solche Aufgreifschwelle verfügen.

²⁹⁴ Vgl. Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 241 ff., insb. 245 f. So auch Göbel, ZWeR 2024, 37, 50 f., den vollständigen Verzicht auf das Kriterium der erheblichen Inlandstätigkeit bevorzugend. Allerdings wären Inlandsauswirkungen bei einer Streichung des Kriteriums allein auf Grundlage von § 185 Abs. 2 GWB zu beurteilen.

²⁹⁵ Dazu bereits Tz. 192 f.

2.2 Aktuelle Entwicklungen im Sportkartellrecht

261. Die Monopolkommission hat sich in der Vergangenheit wiederholt mit wettbewerblichen Aspekten im Sportsektor befasst, insbesondere mit der Zentralvermarktung der Medienrechte für Fußballspiele sowie den Werbebeschränkungen bei Olympischen Spielen.²⁹⁶ Auch im Berichtszeitraum war das „Sportkartellrecht“ Gegenstand zahlreicher behördlicher und – vor allem – gerichtlicher Verfahren. Von besonderer Bedeutung sind die Urteile des EuGH in den Fällen International Skating Union, European Superleague Company und Royal Antwerp Football Club vom Dezember 2023.²⁹⁷ Der EuGH hatte dort die Gelegenheit, sich zur Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf sportverbandliche Regelungen zu äußern. Ein weiteres kartellrechtliches Thema aus dem Sportbereich, das zuletzt viel Aufmerksamkeit erfahren hat, ist das Reglement des internationalen Fußballverbands FIFA für die Tätigkeit von Spielervermittlerinnen und -vermittlern. Mehrere Zivilgerichte – insbesondere deutsche – waren und sind mit Klagen von Spielervermittlern in Bezug auf die alten sowie neuen FIFA-Regeln und deren Umsetzung durch die nationalen Verbände befasst. Aus den EuGH-Entscheidungen vom Dezember 2023 lassen sich zumindest einige Anhaltspunkte für die kartellrechtliche Beurteilung der Vorgaben für Spielervermittlerinnen und -vermittler ziehen.

262. Dass der Sportsektor dem Grunde nach den Vorgaben des Kartellrechts unterliegt, ist bereits seit längerem höchstrichterlich geklärt. Soweit Sportverbände, aber auch Vereine und (selbstständige) Sportlerinnen und Sportler, eine wirtschaftliche Tätigkeit verfolgen, gelten sie als Unternehmen bzw. Unternehmensvereinigungen.²⁹⁸ Bei der kartellrechtlichen Beurteilung ihres Verhaltens sind lediglich etwaige Besonderheiten des Sports zu beachten. Aus wettbewerbspolitischer Sicht ist das Verhalten von Sportverbänden auch deshalb von Interesse, weil die Verbände in ihrer Sportart wegen des „Ein-Platz-Prinzips“ in der Regel Monopolisten sind.²⁹⁹ Damit obliegt ihnen eigentlich eine besondere Verantwortung für den Restwettbewerb. Obgleich es nachvollziehbar ist, dass die Durchführung eines fairen sportlichen Wettkampfs die Festlegung einheitlicher Regeln voraussetzt, zeigen die Erfahrungen aus der kartellrechtlichen Fallpraxis, dass einzelne Verbände ihre Machtposition ausnutzen, indem sie sich mitunter weit-

²⁹⁶ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 111, Tz. 350 ff.; XXII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 99, Tz. 845 ff.; XXIII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 115, Tz. 425 ff., 465 ff.

²⁹⁷ EuGH, C-124/21 P, a. a. O., vgl. Fn. 218; C-333/21, a. a. O., vgl. Fn. 212; C-680/21, a. a. O., vgl. Fn. 220.

²⁹⁸ Zur Einordnung von Sportverbänden als Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen vgl. EU-Kommission, The EU and Sport: Background and Context, Accompanying document to the White Paper on Sport, SEC(2007) 935, 11. Juli 2007, S. 66 f.

²⁹⁹ Bei Sportverbänden, die nach dem „Ein-Platz-Prinzip“ organisiert sind, gibt es auf jeder geographischen Ebene stets nur einen zuständigen Verband. Daraus folgt eine Pyramidenstruktur, an deren Spitze der Weltverband steht. Darunter befinden sich – unter anderem – der europäische Verband (sofern vorhanden) und die nationalen Verbände; teilweise sind die geographischen Zuständigkeiten noch kleinteiliger. Die Verbände der untergeordneten Ebenen sind dabei in der Regel Mitglieder der Verbände der übergeordneten Ebene(n) und setzen deren Vorgaben um. Beispiel: Im Bereich des Fußballs ist die FIFA der Weltverband, die UEFA der europäische und der DFB der nationale deutsche Verband. Der DFB ist Mitglied der UEFA und der FIFA, die UEFA aber nicht Mitglied der FIFA, sondern „nur“ eine von sechs sog. Kontinental-Föderationen. Vgl. Podszun/Kirk, FIFA's Football Agent Regulations and European Competition Law, 2024, S. 4, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4741763, Abruf am 14. Mai 2024.

reichende Regelungskompetenzen anmaßen. Aus Sicht der Monopolkommission könnte ihr bereits zuvor geäußerter Vorschlag für die Erarbeitung von Leitlinien durch die Europäische Kommission für den Sportsektor dort zu einer besseren kartellrechtlichen Orientierung beitragen.

2.2.1 Sachverhalte und zentrale Aussagen der EuGH-Urteile vom Dezember 2023

2.2.1.1 International Skating Union

263. Die Rechtssache International Skating Union³⁰⁰ hatte ihren Ursprung in einem kartellrechtlichen Verfahren der Europäischen Kommission gegen die Internationale Eislaufunion („ISU“). Die Europäische Kommission stellte fest, dass einzelne Bestimmungen des Verbandsreglements gegen das Kartellverbot aus Art. 101 AEUV verstießen.³⁰¹ Die ISU ist der einzige vom Internationalen Olympischen Komitee anerkannte Dachverband für den Eiskunstlauf und den Eisschnelllauf. Ihre Mitglieder sind die nationalen Eislaufverbände. Die Regeln der ISU sehen strenge Sanktionen – bis hin zu einer lebenslangen Sperre der Sportlerinnen und Sportler für die Teilnahme an von der ISU oder ihren Mitgliedern organisierten Eisschnelllaufveranstaltungen – vor, falls die Sportlerinnen und Sportler an nicht von der ISU genehmigten Wettkämpfen anderer Veranstalter teilnehmen (nachfolgend: „Zulassungsregeln“). Durch die Pflicht zur Einholung der Zustimmung der ISU würden die Sportlerinnen und Sportler, so die Europäische Kommission, an der Teilnahme an unabhängigen Eisschnelllaufwettkämpfen gehindert, was wiederum dazu führe, dass unabhängige Veranstalter keinen Anreiz hätten, eigene Wettkämpfe zu organisieren. Das EuG bestätigte die Entscheidung der Europäischen Kommission ganz überwiegend.³⁰² Lediglich in Bezug auf die Vorgabe der ISU, dass Streitigkeiten verpflichtend vor einem Schiedsgericht zu klären seien, konnte das EuG kein rechtswidriges Verhalten feststellen. Die Europäische Kommission war dagegen der Auffassung, dass die Pflicht zur Inanspruchnahme eines Schiedsverfahrens die von den Zulassungsregeln ausgehenden Wettbewerbsbeschränkungen verstärkte.

264. Der EuGH folgt dem EuG im Wesentlichen. Zunächst weist er darauf hin, dass Sportverbände dem Kartellrecht unterliegen, soweit sie eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben. Dennoch könnten Besonderheiten des Sports bei der Anwendung des Kartellrechts berücksichtigt werden. Sodann arbeitet der EuGH heraus, dass die Zulassungsregeln der ISU eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellten. Die Einordnung eines Verhaltens in diese Kategorie von Wettbewerbsbeschränkungen erfolge zwar restriktiv und setze eine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs voraus. Sportverbänden sei es auch grundsätzlich unbenommen, Regeln für die Organisation der jeweiligen Sportart aufzustellen. Allerdings sei die ISU nicht nur in der Lage, den Marktzugang für konkurrierende Veranstalter von Eisschnelllaufwettkämpfen zu kontrollieren; sie sei zugleich auf diesem Markt aktiv. Die Zulassungsregeln müssten insofern transparente, diskriminierungsfreie, objektive und verhältnismäßige materielle Kriterien enthalten, um die regulatorische Macht der ISU zu begrenzen. Auch die Verfahrensregeln müssten transparent, diskriminierungsfrei sowie detailliert

³⁰⁰ EuGH, C-124/21 P, a. a. O., vgl. Fn. 218.

³⁰¹ EU-Kommission, AT.40208, 8. Dezember 2017, International Skating Union’s Eligibility rules.

³⁰² EuG, T-93/18, 16. Dezember 2020, International Skating Union, ECLI:EU:T:2020:610.

sein. Der EuGH betont, dass eine tatbestandliche Ausnahme gemäß der Kriterien, die er in der Rechtssache Meca-Medina für den Sportbereich aufgestellt hat, bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen von vornherein nicht in Betracht komme. Bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen ist damit lediglich eine Freistellung nach Maßgabe des Art. 101 Abs. 3 AEUV möglich, die aber nicht Gegenstand des Rechtsmittels war. Hinsichtlich der Vorgaben der ISU zur Schiedsgerichtsbarkeit stellt der EuGH fest, dass die Wirksamkeit der Art. 101 und 102 AEUV gefährdet sei, wenn das Schiedsverfahren keine ausreichende gerichtliche Kontrolle der Einhaltung dieser Bestimmungen gewährleiste. Der EuGH folgt damit im Wesentlichen der Auffassung der Europäischen Kommission.

2.2.1.2 European Superleague Company

265. Der Rechtssache European Superleague Company³⁰³ lag ein Vorabentscheidungsersuchen eines spanischen Zivilgerichts, Juzgado de lo Mercantil n.º 17 de Madrid, zugrunde. Die European Superleague Company („ESL“) hat dort eine Klage gegen die FIFA und die UEFA erhoben. An der ESL sind bedeutende europäische Profifußballvereine beteiligt, die beabsichtigen, einen Fußballwettbewerb in Konkurrenz zu den Turnieren der UEFA zu veranstalten. An dem Fußballwettbewerb der ESL soll eine überwiegende Anzahl an festen Vereinen und eine geringe Anzahl an wechselnden Vereinen teilnehmen. Das Vorhaben der ESL steht unter der Bedingung, dass es von der FIFA und/oder der UEFA anerkannt oder gerichtlich und/oder behördlich genehmigt wird. Dadurch sollen die Vereine in der Lage sein, an dem Wettbewerb der ESL einerseits sowie den Turnieren der UEFA und der nationalen Verbände andererseits teilzunehmen. Nach Bekanntwerden des Vorhabens der ESL haben die FIFA, die UEFA sowie nationale Verbände öffentlich erklärt, dass sie den Wettbewerb der ESL nicht anerkennen und die beteiligten Vereine von ihren eigenen Wettbewerben ausschließen würden. In den Verbandsstatuten sowohl der FIFA als auch der UEFA gibt es Bestimmungen, wonach die Bildung von sowie die Teilnahme an konkurrierenden Wettbewerben die Zustimmung jener Verbände voraussetzt, wobei ein Verstoß gegen die Zustimmungspflicht sanktioniert werden kann (nachfolgend: „Zulassungsregeln“). Nach Ansicht des spanischen Gerichts verfügen die FIFA und die UEFA unter anderem auf dem Markt für die Organisation und Vermarktung der internationalen Fußballwettbewerbe in Europa über ein Monopol, zumindest aber über eine marktbeherrschende Stellung. Das Gericht hat dem EuGH verschiedene Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt, die – stark vereinfacht dargestellt – darauf abzielen, zu erfahren, ob die Zulassungsregeln der FIFA bzw. der UEFA einen Verstoß gegen das Kartellverbot aus Art. 101 AEUV und/oder das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung aus Art. 102 AEUV darstellen.

266. Der EuGH gelangt zu dem Ergebnis, dass die Zulassungsregeln in der vorliegenden Form gegen Art. 101 und 102 AEUV verstoßen. Im Unterschied zur Rechtssache International Skating Union beschäftigt sich der EuGH in der Rechtssache European Superleague Company zunächst mit der Bedeutung von Art. 165 AEUV für die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften im Sportsektor. Der EuGH lehnt eine allgemeine Ausnahme des Sportsektors vom EU-Wettbewerbsrecht und auch eine besondere Behandlung des Sports ab. Besonderheiten des Sports

³⁰³ EuGH, C-333/21, a. a. O., vgl. Fn. 212.

könnten indes bei der Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts Berücksichtigung finden. Im Übrigen ähnelt die Entscheidung *European Superleague Company* zu einem Großteil jener zur *International Skating Union*, allerdings mit einem weiteren Schwerpunkt auf dem Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung.³⁰⁴ So stellt der EuGH fest, dass es sich bei den Zulassungsregeln um eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV handele sowie um ein Verhalten, das seinem Wesen nach gegen Art. 102 AEUV verstoße. Erneut wird dies maßgeblich begründet mit der Doppelrolle des Sportverbandes als Regelsetzer einerseits und als auf dem betreffenden Markt tätiger Wirtschaftsteilnehmer andererseits sowie dem Fehlen eines – in materieller und formeller Hinsicht – geeigneten Regelwerks für die Zustimmung zur Veranstaltung konkurrierender Fußballwettbewerbe. Zudem weist der EuGH darauf hin, dass die *Meca-Medina*-Rechtsprechung auch bei einem Verhalten, das seinem Wesen nach gegen das Missbrauchsverbot verstoße, nicht anwendbar sei. Im Rahmen einer dann noch möglichen objektiven Rechtfertigung der Wettbewerbsbeschränkung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV sei insbesondere zu berücksichtigen, dass das Regelwerk für die Zulassung es den Sportverbänden erlaube, jeglichen Wettbewerb auszuschließen.³⁰⁵

2.2.1.3 Royal Antwerp Football Club

267. Auch die Rechtssache *Royal Antwerp Football Club*³⁰⁶ beruhte auf einem Vorabentscheidungsersuchen eines nationalen Gerichts, dem belgischen *Tribunal de première instance francophone de Bruxelles*. Dort klagten ein in Belgien tätiger Fußballspieler und der Fußballverein *Royal Antwerp* gegen den belgischen Fußballverband *URBSFA*. Gegenstand des Rechtsstreits waren – im Detail unterschiedliche – Regeln sowohl der UEFA als auch des *URBSFA* zur Anzahl von heimischen Spielerinnen und Spielern, die bei internationalen Wettbewerben mindestens in dem Kader eines Vereins verfügbar sein müssen („Home-grown-Regeln“).³⁰⁷ Ein zuvor angerufenes belgisches Schiedsgericht stellte fest, dass es sich bei den Regeln der UEFA weder um eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise zwischen Unternehmen noch um den Beschluss einer Unternehmensvereinigung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV handele. Weder bezweckten die Regeln der *URBSFA* eine Wettbewerbsbeschränkung, noch bewirkten sie eine solche; jedenfalls verfolgten sie ein legitimes Ziel und seien insoweit erforderlich und angemessen. Das staatliche belgische Gericht erkannte den Schiedsspruch des Schiedsgerichts wegen

³⁰⁴ Sind die Tatbestandsmerkmale von Art. 101 und 102 AEUV gleichzeitig erfüllt, finden die Vorschriften parallel Anwendung. Die Europäische Kommission hat ihre Entscheidung *International Skating Union* jedoch ausschließlich auf Art. 101 AEUV gestützt.

³⁰⁵ Der EuGH befasst sich in seiner Entscheidung außerdem mit der kartellrechtlichen Beurteilung der Vermarktung der Rechte an Fußballwettbewerben sowie mit der Vereinbarkeit der Zulassungsregeln mit der Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 AEUV. Auf beide Aspekte soll nachfolgend nicht näher eingegangen werden; zur Rechtevermarktung vgl. bereits Tz. 225.

³⁰⁶ EuGH, C-680/21, a. a. O., vgl. Fn. 220.

³⁰⁷ Die Regeln der UEFA sehen vor, dass von den maximal 25 Spielerinnen oder Spielern des Kaders eines Vereins mindestens acht heimische („home-grown“) Spielerinnen oder Spieler sind. Eine Spielerin bzw. oder ein Spieler gilt als heimisch, wenn sie bzw. er, unabhängig von ihrer bzw. seiner Nationalität, im Alter zwischen 15 und 21 mindestens drei Jahre bei seinem Verein oder einem anderen Verein derselben nationalen Liga ausgebildet worden ist. Mindestens vier der acht heimischen Spielerinnen oder Spieler müssen bei dem jeweiligen Verein ausgebildet worden sein.

eines Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung (*ordre public*) allerdings nicht an. Es hatte unter anderem Zweifel an der kartellrechtlichen Beurteilung durch das Schiedsgericht und fragte den EuGH – abermals vereinfacht dargestellt –, ob die Home-grown-Regeln der Sportverbände mit dem Kartellverbot aus Art. 101 AEUV vereinbar seien.

268. In der Rechtssache Royal Antwerp Football Club ist der EuGH hinsichtlich des Vorliegens einer kartellrechtlichen Zuwiderhandlung durch die sportverbandlichen Regeln zurückhalten-der als in den beiden vorgenannten Rechtssachen. Nach der Feststellung, dass der Sportsektor dem Kartellrecht nicht grundsätzlich entzogen sei und auch Art. 165 AEUV keine Bereichsausnahme enthalte, befasst sich der EuGH zunächst mit der Frage, ob die Home-grown-Regeln eine (bezweckte oder bewirkte) Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellen. Dabei beschränkt er sich auf verschiedene Erwägungen für und wider die Annahme einer Wettbewerbsbeschränkung, überlässt die Beantwortung der Frage letztlich jedoch dem vorlegenden Gericht. Während sich die Home-grown-Regeln einerseits auf einen wesentlichen Parameter für den Wettbewerb zwischen den Vereinen, namentlich die Verpflichtung von Spielerinnen und Spielern, bezögen, könne es andererseits als Besonderheit des Sports gelten, dass die Verbände Vorgaben zu der Zusammenstellung der Teams machten. Für den Fall, dass das vorlegende Gericht eine Wettbewerbsbeschränkung bejahe, müsse es eine tatbestandliche Ausnahme von Art. 101 Abs. 1 AEUV nach Maßgabe der Meca-Medina-Rechtsprechung prüfen. Eine solche Ausnahme komme aber – und dies war bereits eine der zentralen Aussagen in den Entscheidungen International Skating Union sowie European Superleague Company – überhaupt nur bei bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen in Betracht. Zu der bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen dann allenfalls möglichen Freistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV stellt der EuGH unter anderem fest, dass Effizienzgewinne in den durch die Home-grown-Regeln möglicherweise verstärkten Anreizen für die Verpflichtung und die Ausbildung junger Spielerinnen und Spieler gesehen werden könnten. Die Beantwortung der Frage, ob durch die Regeln der Wettbewerbsparameter „Verpflichtung von Spielerinnen und Spielern“ ausgeschaltet werde, hänge davon ab, in welchem Verhältnis die vorgegebene Mindestanzahl der heimischen Spielerinnen oder Spieler zu der Anzahl der in dem Kader eines Vereins insgesamt verfügbaren Spielerinnen oder Spieler stehe.³⁰⁸

2.2.2 Stellungnahme zu den EuGH-Entscheidungen

269. Es überrascht nicht, dass die einzelnen Interessenvertreter die EuGH-Entscheidungen in ihrem Sinne interpretieren und unterschiedliche Aspekte hervorheben.³⁰⁹ Tatsächlich scheint der EuGH in den Rechtssachen International Skating Union und European Superleague Company vor allem die konkrete Ausgestaltung der Zulassungsregeln zu kritisieren, während er den Sportverbänden unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit eröffnet, solche Regeln

³⁰⁸ Der EuGH befasst sich in seiner Entscheidung noch mit der Vereinbarkeit der Regeln mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit aus Art. 45 AEUV. Auf diesen Aspekt soll nachfolgend nicht näher eingegangen werden.

³⁰⁹ Einerseits: A22 proposes new open European competition, Pressemitteilung, 21. Dezember 2023, <https://a22sports.com/en/media/press-release-21-december-2023/>; andererseits: UEFA statement on the European Super League case, Pressemitteilung, 21. Dezember 2023, <https://www.uefa.com/return-to-play/news/0288-19bf06a5cd26-1e0545be457d-1000--uefa-statement-on-the-european-super-league-case/>; Abruf jeweils am 14. Mai 2024.

zu erlassen. Mehrere Aussagen in den Urteilen sprechen jedoch für eine durchaus strenge Interpretation der kartellrechtlichen Vorgaben in „Sportfällen“.

270. Begrüßenswert ist zunächst die Absage des EuGH an eine allgemeine Ausnahme des Sportsektors vom EU-Wettbewerbsrecht oder auch nur eine besondere Behandlung des Sports in diesem Zusammenhang. Generalanwalt Rantos hat in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache *European Superleague Company* Art. 165 AEUV herangezogen und sich mit dem dort (angeblich) verankerten „europäischen Sportmodell“ auseinandergesetzt. Zwar hat auch der Generalanwalt der Vorschrift keine Bereichsausnahme für sportliche Tätigkeiten entnommen, aber darauf hingewiesen, dass *„die in Art. 165 AEUV enthaltenen Verweise auf diese Besonderheiten sowie die soziale und erzieherische Funktion des Sports insbesondere für die Analyse der etwaigen objektiven Rechtfertigung der Beschränkungen des Wettbewerbs oder der Grundfreiheiten im sportlichen Bereich relevant sein [können].“*³¹⁰ Demgegenüber scheint der EuGH Art. 165 AEUV weniger Bedeutung beizumessen. So erkennt der EuGH zwar an, dass es – speziell mit Blick auf den Amateursport, aber auch bei der Verfolgung wirtschaftlicher Interessen – Besonderheiten des Sports geben mag. Diese können aber nur im Rahmen sowie unter Beachtung der Voraussetzungen und Kriterien der Art. 101 und 102 AEUV Berücksichtigung finden.³¹¹ Im Übrigen gewährt, und darauf weist auch der EuGH hin, Art. 165 Abs. 3 und 4 in Verbindung mit Art. 6 lit. e AEUV den Unionsorganen lediglich ergänzende Zuständigkeiten für den Erlass von Maßnahmen zur Erreichung von bestimmten sportpolitischen Zielen. Im Unterschied zu den „echten“ sog. Querschnittsklauseln des AEUV verpflichtet er aber nicht etwa zur Berücksichtigung solcher Ziele bei der Anwendung der Wettbewerbsregeln (oder anderer Politikbereiche).³¹² Demnach ist nicht ersichtlich, weshalb Sportverbände, soweit sie eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, in geringerem Umfang an die Vorgaben des Kartellrechts gebunden sein sollten.

271. Mit Blick auf die streitgegenständlichen Zulassungsregeln erscheint es vielmehr als besonders wettbewerbschädlich, wenn sich Vereine oder Sportlerinnen und Sportler ihre Teilnahme an bzw. die Veranstaltung von konkurrierenden Wettkämpfen von dem jeweiligen Verband – unter der Androhung von Sanktionen bei Nichtbefolgung – genehmigen lassen müssen. Der EuGH stellt fest, dass durch die Behinderung alternativer und möglicherweise innovativer Wettkämpfe nicht nur den Vereinen sowie Sportlerinnen und Sportlern die Möglichkeit genommen werde, an ihnen teilzunehmen; solche Wettbewerbe würden letztlich auch den (Fernseh-) Zuschauerinnen und Zuschauern vorenthalten.³¹³ Die Einordnung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung bzw. als seinem Wesen nach missbräuchliches Verhalten in den EuGH-Ent-

³¹⁰ GA Rantos, C-333/21, 15. Dezember 2022, *European Superleague Company*, ECLI:EU:C:2022:993, Rz. 42. Generalanwalt Szpunar hat sich dem in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache *Royal Antwerp Football Club* ausdrücklich angeschlossen; C-680/21, 9. März 2023, ECLI:EU:C:2023:188, Rz. 55 mit Fn. 39. Vgl. auch Pauer, NZKart 2024, 177, 181.

³¹¹ EuGH, C-333/21, a. a. O., vgl. Fn. 212, Rz. 103 f.; C-680/21, a. a. O., vgl. Fn. 220, Rz. 71 f. Ausdrücklich erwähnt der EuGH nur Art. 45 und 101 AEUV.

³¹² Vgl. EuGH, C-333/21, a. a. O., vgl. Fn. 212, Rz. 98 ff.; C-680/21, a. a. O., vgl. Fn. 220, Rz. 66 ff.; Ackermann, WuW 2022, 122, 126 f.

³¹³ EuGH, C-333/21, a. a. O., vgl. Fn. 212, Rz. 176.

scheidungen International Skating Union sowie European Superleague Company ist deshalb einerseits naheliegend. Andererseits ist sie dennoch insofern bemerkenswert, als der EuGH in seiner jüngeren Rechtsprechung dazu tendiert, in der Regel den Nachweis hinreichender negativer Auswirkungen auf den Wettbewerb bzw. einer entsprechenden tatsächlichen Eignung zu verlangen.³¹⁴

272. Zwar begründet der EuGH seine Einschätzung unter anderem mit dem Fehlen eines Regelwerks, das materielle und formelle Kriterien für die Zulassung enthält. Daraus wird – dem Grunde nach zu Recht – der Schluss gezogen, dass die Verbände es ihren Mitgliedern prinzipiell verbieten können, an konkurrierenden Wettkämpfen teilzunehmen bzw. solche zu veranstalten.³¹⁵ Zu berücksichtigen ist indes, dass der EuGH durchaus strenge Maßstäbe an die Kriterien für die Zulassungsregeln anzulegen scheint. Insbesondere müssen diese transparent, objektiv, diskriminierungsfrei und verhältnismäßig sein und entsprechend angewendet werden. Demnach dürfte der marktbeherrschende Verband möglicherweise verlangen können, dass eine terminliche Koordinierung der Wettkämpfe stattfindet und bestimmte Mindestanforderungen an den Gesundheitsschutz der Sportlerinnen und Sportler erfüllt sind, um die eigenen Veranstaltungen nicht zu gefährden. Es könnte sogar einiges dafürsprechen, dass der konkurrierende Wettkampf seinerseits zumindest in einigem Umfang für geeignete dritte Sportlerinnen und Sportler bzw. Vereine zugänglich sein muss. So bezog sich ein Großteil der Kritik an der ESL darauf, dass damit eine Eliteliga für einen kleinen Kreis an ausgewählten Vereinen gegründet werden solle, während die Offenheit von Wettkämpfen ein Element des „europäischen Sportmodells“ sei (vgl. Art. 165 Abs. 2 letzter Spiegelstrich AEUV).³¹⁶

273. Dass an das Verhalten der Sportverbände letztlich aber ungleich höhere Anforderungen als an jenes potenzieller Konkurrenten zu stellen sind, lässt sich mit der besonderen Verantwortung begründen, die marktbeherrschenden Unternehmen für den (Rest-) Wettbewerb zukommt. Zwar dürfen sich auch diese Unternehmen im Wettbewerb behaupten; sie müssen sich allerdings leistungswettbewerblicher Mittel bedienen. Ein Quasi-Verbot seitens nicht nur marktbeherrschender, sondern gar monopolistischer Verbände für die Veranstaltung alterna-

³¹⁴ Dazu bereits Tz. 215 f., 230. Im Rahmen des Kartellverbots aus Art. 101 AEUV ist der Nachweis negativer wettbewerblicher Auswirkungen bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen im Einzelfall nicht erforderlich. Die Feststellung, ob es sich um eine bewirkte oder eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung handelt, erfolgt auf Grundlage des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs, in dem das jeweilige Verhalten stattfindet, sowie des damit verfolgten Zwecks. Es gibt keinen *numerus clausus* an bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen, diese Kategorie ist jedoch restriktiv auszulegen. Bei dem Missbrauchsverbot aus Art. 102 AEUV trifft das Gesetz keine dem Kartellverbot vergleichbare Unterscheidung zwischen mehr oder weniger wettbewerbsschädlichen Verhaltensweisen.

³¹⁵ Heermann, WRP 2024, 429, 434; Lichtenberg, Kluwer Competition Law Blog, 8. Januar 2024, <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2024/01/08/international-skating-union-european-super-league-and-royal-antwerp-the-beautiful-game-and-skating-before-the-cjeu/>, Abruf am 14. Mai 2024; Ritz/von Schreiter, WuW 2024, 89, 90.

³¹⁶ Vgl. UEFA, Pressekonferenz, 21. Dezember 2023, <https://www.uefa.com/returntoplay/news/0288-19bfb0b4fa04-8711d4be5f38-1000--european-football-community-stands-firm-against-so-called-su/>, Abruf am 14. Mai 2024.

tiver Wettkämpfe erscheint angesichts des Machtgefälles im Sport und vorbehaltlich der ausnahmsweisen Rechtfertigung durch gewichtige Gründe indes als äußerst problematisch. Insofern kann es eine Pflicht zur einseitigen Offenheit von sportlichen Wettkämpfen geben.³¹⁷

274. Deutlich wird die spezielle Marktstellung der Sportverbände auch an der Argumentation des EuGH zu ihrer Doppelrolle: Sie kontrollieren als Regelsetzer nicht nur den Zugang zu und die Bedingungen auf dem Markt, sondern sie sind dort auch selbst als Organisatoren und Vermarkter von Sportveranstaltungen tätig.³¹⁸ Diese Feststellung trifft der EuGH im Übrigen auch in der Entscheidung *International Skating Union*, obwohl diese ausschließlich einen Verstoß gegen das Kartellverbot und nicht auch einen solchen gegen das Missbrauchsverbot zum Gegenstand hat. Der EuGH verweist in diesem Zusammenhang sogar auf Art. 106 AEUV und setzt damit privatwirtschaftliche Sportverbände mit öffentlichen sowie mit solchen Unternehmen gleich, denen ein Mitgliedstaat besondere Rechte gewährt hat. So geht es in der Entscheidung, die der EuGH in Bezug nimmt, um einen Sportverband, dem der griechische Staat teilweise hoheitliche Befugnisse verliehen hat.³¹⁹

275. Ist demnach von einer Wettbewerbsbeschränkung auszugehen, kommt in „Sportfällen“ noch eine Ausnahme von dem Anwendungsbereich der Art. 101 und 102 AEUV nach der *Meca-Medina*-Rechtsprechung in Betracht. Voraussetzung für eine solche Ausnahme ist, dass ein Sportverband mit dem wettbewerbsbeschränkenden Verhalten ein legitimes Ziel verfolgt und das Verhalten insoweit notwendig und verhältnismäßig ist.³²⁰ Zur Begründung einer entsprechenden Privilegierung, die der EuGH in der Rechtssache *Wouters*³²¹ zunächst für eine Regelung einer niederländischen Rechtsanwaltskammer entwickelt und in der Rechtssache *Meca-Medina* auf eine Regelung des Internationalen Schwimmverbandes zur Dopingkontrolle übertragen hat, wird häufig auf die Verbandsautonomie verwiesen: Die Sportverbände sollen – vereinfacht dargestellt – die Kompetenz zur Regelung von eigenen Angelegenheiten haben, die einen Sportbezug aufweisen.³²²

276. Der EuGH trifft in den Entscheidungen vom Dezember 2023 zwei zentrale Aussagen zur *Meca-Medina*-Rechtsprechung. Zum einen gelte die Ausnahme, die ihren Ursprung im Zusammenhang mit dem Kartellverbot hat, auch bei der Anwendung des Missbrauchsverbots.³²³ Dies

³¹⁷ Ibáñez Colomo, *World Competition* 2022, 324, 347.

³¹⁸ Ausführlich dazu Heermann, *ZWeR* 2023, 128.

³¹⁹ EuGH, C-49/07, 1. Juli 2008, *MOTOE*, ECLI:EU:C:2008:376.

³²⁰ EuGH, C-519/04 P, 18. Juli 2006, *Meca-Medina und Majcen*, ECLI:EU:C:2006:492, Rz. 42.

³²¹ EuGH, C-309/99, 19. Februar 2002, *Wouters u.a.*, ECLI:EU:C:2002:98.

³²² Vgl. nur *Bien/Becker*, *ZWeR* 2021, 565, 572 ff.; *Haug*, *Grenzen einer privaten Super-Liga im europäischen Spitzenfußball*, 2022, S. 113 ff. (dieser aber selbst die Begründung mit der Verbandsautonomie ablehnend, a. a. O., S. 117 f.).

³²³ EuGH, C-333/21, a. a. O., vgl. Fn. 212, Rz. 183 ff. So auch *Pauer/Blaschczok*, *NZKart* 2024, 296, 300; *Van Rompuy*, *Kluwer Competition Law Blog*, 15. Januar 2024, <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2024/01/15/eu-court-of-justice-delineates-the-scope-of-the-wouters-exception/>; *Weatherill*, *Kluwer Competition Law Blog*, 7. Februar 2024, <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2024/02/07/changing-the-law-without-admitting-it-the-courts-three-rulings-of-21-december-2023-applied-twice-in-january-2024/>; Abruf jeweils am 14. Mai 2024. A. A. *Bungenberg*, *NZKart* 2024, 249, 253; *Heermann*, *WRP* 2024, 429, 430, 434; *ders.*, *NZKart* 2024, 289, 293.

ist zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen sinnvoll und wurde bereits an anderer Stelle so vertreten.³²⁴ Zum anderen komme, so der EuGH, eine Ausnahme nach der Meca-Medina-Rechtsprechung von vornherein nicht in Betracht bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen oder solchen, die ihrem Wesen nach gegen Art. 102 AEUV verstießen.³²⁵ Diese Einschränkung ist im Ergebnis ebenfalls zu begrüßen.³²⁶ Anderenfalls könnten die Sportverbände selbst bei besonders wettbewerbsschädlichen Verhaltensweisen von der Ausnahme profitieren. Dabei erschiene es vor allem widersprüchlich, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung „bezweckt“ sein und gleichzeitig ein legitimes Ziel im Sinne der Meca-Medina-Rechtsprechung verfolgen könnte.

277. Auch ungeachtet des Vorstehenden wäre eine solche Ausnahme in den Entscheidungen International Skating Union und European Superleague Company möglicherweise nicht einschlägig. So hat der EuGH Wettbewerbsbeschränkungen ursprünglich nur dann von dem Kartellverbot ausnehmen wollen, „wenn sie auf das zum ordnungsgemäßen Funktionieren des sportlichen Wettkampfs Notwendige begrenzt sind“.³²⁷ Dagegen weisen die Zulassungsregeln der ISU sowie der FIFA/UEFA allenfalls einen sehr mittelbaren Bezug zum sportlichen Wettkampf auf. Es ist zwar grundsätzlich unschädlich, dass Sportverbände mit ihren Vorgaben auch wirtschaftliche Interessen verfolgen.³²⁸ Zudem wird die Meca-Medina-Ausnahme teilweise dahingehend ausgelegt, dass sie nicht nur auf sportliche bzw. sportspezifische, sondern auch auf sportorganisatorische Verbandsregeln Anwendung findet.³²⁹ Wenn es jedoch – wie hier – um den Ausschluss von Konkurrenzveranstaltungen geht, kann wohl kaum mehr von einem Regelwerk die Rede sein, das im Sinne der vorstehend zitierten EuGH-Rechtsprechung notwendig für die Durchführung von Eisschnelllauf- bzw. Fußballwettkämpfen wäre. Anderes mag wiederum für die Home-grown-Regeln gelten, die Gegenstand der Entscheidung Royal Antwerp Football Club sind. Auch wenn die Vorgaben Auswirkungen auf die Rekrutierung von Spielerinnen und Spielern durch die Vereine haben, stehen sie der Ausgestaltung des sportlichen Wettkampfs deutlich näher als die Zulassungsregeln. Dementsprechend ist der EuGH bei der kartellrechtlichen Beurteilung der Home-grown-Regeln insgesamt großzügiger. Für ein enges Verständnis der Meca-Medina-Ausnahme, d. h. eine Beschränkung auf rein sportliche bzw. sportspezifische

³²⁴ BKartA, B2-26/17, 25. Februar 2019, Olympia-Werbebeschränkungen, Tz. 91 ff.; EU-Kommission, The EU and Sport: Background and Context, a. a. O., vgl. Fn. 298, S. 37 ff., 68 f.

³²⁵ EuGH, C-124/21 P, a. a. O., vgl. Fn. 218, Rz. 111 ff.; EuGH, C-333/21, a. a. O., vgl. Fn. 212, Rz. 183 ff.; C-680/21, a. a. O., vgl. Fn. 220, Rz. 113 ff.

³²⁶ So auch Stopper, SpuRt 2024, 86, 92; kritisch dagegen Van Rompuy, a. a. O., vgl. Fn. 323; Weatherill, a. a. O., vgl. Fn. 323.

³²⁷ EuGH, C-519/04 P, a. a. O., vgl. Fn. 320, Rz. 47.

³²⁸ EuG, T-93/18, Urteil vom 16. Dezember 2020, International Skating Union, ECLI:EU:T:2020:610, Rz. 109. Daran dürfte die aktuelle Aussage des EuGH, dass das oder die verfolgten Ziele dem Gemeinwohl dienen bzw. im Allgemeininteresse liegen müssten, nichts ändern; vgl. EuGH, C-124/21 P, a. a. O., vgl. Fn. 218, Rz. 111; C-333/21, a. a. O., vgl. Fn. 212, Rz. 183, 185; C-680/21, a. a. O., vgl. Fn. 220, Rz. 113. Vgl. auch Van Rompuy, a. a. O., vgl. Fn. 323. Die deutschen Sprachfassungen der EuGH-Urteile sind insofern unklar, als sie den englischen Begriff „public interest“ an den vorgenannten Stellen überwiegend mit „Gemeinwohl“, an einer Stelle aber mit „Allgemeininteresse“ (C-333/21, Rz. 185) übersetzen.

³²⁹ Zum Meinungsstand vgl. nur BGH, KZR 71/21, 13. Juni 2023, Reglement für Spielervermittler, Rz. 28 ff. (zit. nach Juris).

Regelungen, spricht im Übrigen, dass der EuGH die Möglichkeit einer Ausnahme im Zusammenhang mit der Vermarktung der Rechte an Fußballwettbewerben nicht mehr erwähnt, obgleich er hinsichtlich der Annahme einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung bei der Rechtevermarktung zurückhaltender ist als bei den Zulassungsregeln.³³⁰

278. Scheidet eine Ausnahme nach der Meca-Medina-Rechtsprechung aus, stellt sich schließlich die Frage nach einer Freistellung von dem Kartellverbot bzw. einer sachlichen Rechtfertigung des – isoliert betrachtet – missbräuchlichen Verhaltens. Voraussetzung hierfür ist die kumulative Verwirklichung der in Art. 101 Abs. 3 AEUV genannten Kriterien, die im Rahmen von Art. 102 AEUV entsprechend anzuwenden sind.³³¹ Der EuGH betont, dass die Voraussetzungen für eine solche Effizienzverteidigung strenger sind als jene für eine Ausnahme nach der Meca-Media-Rechtsprechung.³³² Vorliegend fällt es dem EuGH bereits sichtbar schwer, geeignete Effizienzgewinne zu identifizieren. Während er in der Entscheidung Royal Antwerp Football Club zumindest mögliche Anreize für die Verpflichtung und die Ausbildung junger Spielerinnen und Spieler nennt und bei den weiteren Kriterien aus Art. 101 Abs. 3 AEUV aufgreift,³³³ verzichtet er in der Entscheidung European Superleague Company nahezu vollständig auf fallspezifische Erwägungen und verweist im Wesentlichen nur auf die allgemeinen Anforderungen an die Darlegung solcher Vorteile.³³⁴ In der Entscheidung International Skating Union war eine Freistellung überhaupt nicht Gegenstand des Rechtsmittels. Zudem ist eine Freistellung bzw. Rechtfertigung gemäß Art. 101 Abs. 3 lit. b AEUV nicht möglich, wenn das in Rede stehende Verhalten den Unternehmen die Möglichkeit eröffnet, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren oder Dienstleistungen den Wettbewerb auszuschalten. Hinsichtlich der Zulassungsregeln der FIFA/UEFA scheint der EuGH aber gerade von einer derart wettbewerbschädlichen Konstellation auszugehen. Bei der Anwendung des Missbrauchsverbots aus Art. 102 AEUV erwähnt der EuGH insoweit zusätzlich die marktbeherrschende oder gar monopolistische Stellung der Sportverbände.³³⁵ In Fällen, die das Missbrauchsverbot betreffen, wird die Möglichkeit der Effizienzverteidigung wegen des schon weitgehend geschwächten Wettbewerbs ohnehin restriktiv gehandhabt.³³⁶

279. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass der EuGH den streitgegenständlichen Zulassungsregeln der ISU sowie der FIFA/UEFA sehr kritisch gegenübersteht. Zunächst lehnt der EuGH eine allgemeine Ausnahme des Sportsektors vom EU-Wettbewerbsrecht ab. Die Veranstaltung konkurrierender Wettkämpfe wird von der Zulassung durch die marktbeherrschenden

³³⁰ Vgl. EuGH, C-333/21, a. a. O., vgl. Fn. 212, Rz. 179 bzw. 230: „may be regarded as having as their ‘object’“ im Vergleich zu „constitutes a decision [...] having as its object the prevention of competition“.

³³¹ Bei Art. 102 AEUV kommt zudem eine Rechtfertigung wegen einer etwaigen objektiven Notwendigkeit des Verhaltens in Betracht. Dies betrifft etwa technische oder sicherheitsrelevante Aspekte. Der EuGH prüft diese Möglichkeit in der Entscheidung European Superleague Company nur denkbar kurz; sie soll auch im Folgenden unberücksichtigt bleiben.

³³² EuGH, C-333/21, a. a. O., vgl. Fn. 212, Rz. 189.

³³³ EuGH, C-680/21, a. a. O., vgl. Fn. 220, Rz. 129 ff.

³³⁴ Vgl. auch Heermann, WRP 2024, 429, 433.

³³⁵ EuGH, C-333/21, a. a. O., vgl. Fn. 212, Rz. 207.

³³⁶ Fuchs in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV Rn. 163.

oder gar monopolistischen Sportverbände abhängig gemacht. Allerdings fehlt es den Regeln an materiellen und formellen Vorgaben für die Erteilung der Zustimmung. Der EuGH wertet sie deshalb nicht nur als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen bzw. als seinem Wesen nach missbräuchliches Verhalten und entzieht sie damit von vornherein einer – bei sportverbandlichen Regelwerken grundsätzlich möglichen – Ausnahme von den Art. 101 und 102 AEUV nach der Meca-Medina-Rechtsprechung. Auch eine Effizienzverteidigung dürfte jedenfalls daran scheitern, dass die Zulassungsregeln es den Sportverbänden erlauben, jeglichen (potenziellen) Wettbewerb auszuschalten. Deutlich großzügiger beurteilt der EuGH dagegen die Homegrown-Regeln. Er hält eine (bezweckte oder bewirkte) Wettbewerbsbeschränkung für möglich, aber auch eine tatbestandliche Ausnahme sowie eine Freistellung vom Kartellverbot. Eine allgemeine Ausnahme des Sportsektors vom EU-Wettbewerbsrecht lehnt der EuGH auch in der Entscheidung Royal Antwerp Football Club ab.

280. Sowohl die UEFA als auch die ISU haben ihre Zulassungsregeln zwischenzeitlich, aber noch vor den EuGH-Entscheidungen im Dezember 2023, überarbeitet.³³⁷ Insbesondere die Regeln der UEFA sehen nunmehr verschiedene materielle und formelle Kriterien für die Zustimmung zur Veranstaltung konkurrierender Wettbewerbe vor.³³⁸ Möglicherweise genügen auch diese nicht den kartellrechtlichen Anforderungen.³³⁹ Eine pauschale Ablehnung von konkurrierenden Wettkämpfen, wie es die streitgegenständlichen Zulassungsregeln ermöglichen und wie es die Fußballverbände in ihren Stellungnahmen nach Bekanntwerden der Pläne für eine European Superleague kommunizierten, ist jedenfalls kartellrechtswidrig.

2.2.3 Einschätzung der Verbandsregeln für Vermittlerinnen und Vermittler von Fußballspielerinnen und -spielern

281. Im Berichtszeitraum waren zudem Verbandsregeln zu der Tätigkeit von Vermittlern von Fußballspielerinnen und -spielern Gegenstand der sportkartellrechtlichen Entscheidungspraxis. Solche Regeln sind nicht grundsätzlich neu. Sie enthalten Rechte und Pflichten für die Vereine sowie Spielerinnen und Spieler (bzw. Trainerinnen und Trainer) einerseits und/oder – jedenfalls mittelbar – (potenzielle) Spielervermittlerinnen und -vermittler andererseits. Es geht unter anderem um die Voraussetzungen für die Aufnahme einer Tätigkeit als Spielervermittlerinnen und -vermittler sowie um den Inhalt von Vermittlungsverträgen. Verstöße gegen die Regeln können durch den Verband sanktioniert werden.

282. Die Europäische Kommission war mit dem Spielervermittler-Reglement der FIFA bereits vor mehr als 20 Jahren befasst. Nach anfänglichen wettbewerbsrechtlichen Bedenken der Behörde wegen einzelner Aspekte des Reglements, die insbesondere das Erfordernis der Lizenzierung für die Tätigkeit als Spielervermittlerinnen und -vermittler betrafen, wurden die Regeln

³³⁷ International Skating Union, Constitution and general Regulations, Juni 2022, <https://www.isu.org/inside-isu/rules-regulations/isu-statutes-constitution-regulations-technical/29326-constitution-general-regulations-2022/file>; UEFA-Genehmigungsregeln für internationale Klubwettbewerbe, Ausgabe 2022, https://documents.uefa.com/v/u/GTOVnRzisZIE_qpbkCYjCg; Abruf jeweils am 14. Mai 2024.

³³⁸ Materielle Genehmigungskriterien: Administrativ und finanziell (Art. 4), sportlich und technisch (Art. 5), ethisch (Art. 6) und bezüglich des sportlichen Verdienstes (Art. 7); Genehmigungsverfahren (Art. 8 ff.).

³³⁹ Dazu ausführlich und teilweise kritisch, aber ebenfalls noch vor den EuGH-Entscheidungen vom Dezember 2023, Haug, Grenzen einer privaten Super-Liga im europäischen Spitzenfußball, 2022, S. 257 ff.

seitens der FIFA angepasst, und die Europäische Kommission stellte das Kartellverfahren daraufhin ein. Die dagegen eingereichte Klage eines Spielervermittlers wies das EuG ab; der EuGH bestätigte das EuG-Urteil.³⁴⁰ Insbesondere führten die Vorgaben zu höheren Berufsstandards bei Spielervermittlerinnen und -vermittlern, was – angesichts des fast vollständigen Fehlens gesetzlicher oder berufsständischer Regelungen – zum Schutz der Fußballspielerinnen und -spieler beitrage. Insoweit komme, so das EuG, eine Freistellung von dem Kartellverbot in Betracht, und es sei der Schluss zulässig, dass kein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot vorliege. In einem Begleitdokument zu ihrem Weißbuch Sport von 2007 bezeichnete die Europäische Kommission Regeln zu Nebenberufen im Sport (z. B. Vermittler von Fußballspielerinnen und -spielern) als wettbewerbsrechtlich vergleichsweise bedenklich, hielt sie unter Verweis auf die vorgenannte Rechtsprechung aber für rechtfertigbar.³⁴¹

283. Das Spielervermittler-Reglement der FIFA ist durch Beschluss vom Dezember 2022 verschärft worden und enthält nunmehr insbesondere eine Obergrenze für die Vergütung der Tätigkeit der Spielervermittlerinnen und -vermittler.³⁴² Vor mehreren – unter anderem deutschen – Gerichten sind derzeit zivilrechtliche Streitigkeiten zu den Regeln der FIFA sowie ihrer Umsetzung durch die nationalen Verbände anhängig. Das LG Dortmund hat einzelne Regeln in einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gegen die FIFA und den Deutschen Fußball-Bund (DFB) als unvereinbar mit dem Kartellverbot erachtet und den Verbänden die Durchsetzung der Regeln untersagt.³⁴³ Das OLG Düsseldorf hat die Berufung der Sportverbände gegen die einstweilige Verfügung des LG Dortmund zurückgewiesen.³⁴⁴ Das LG Mainz³⁴⁵ und der BGH³⁴⁶ haben jeweils ein Vorabentscheidungsersuchen zur Zulässigkeit der Spielervermittler-Regeln an den EuGH gerichtet. Während die Vorlage des LG Mainz bereits die neuen FIFA-Regeln zum Gegenstand hat, betrifft der Rechtsstreit, welcher dem Ersuchen des BGH zugrunde liegt, noch Re-

³⁴⁰ EuG, T-193/02, 26. Januar 2005, Piau, ECLI:EU:T:2005:22; EuGH, C-171/05 P, 23. Februar 2006, Piau, ECLI:EU:C:2006:149.

³⁴¹ EU-Kommission, The EU and Sport: Background and Context, a. a. O., vgl. Fn. 298, S. 39 f., 49 f.

³⁴² Die Obergrenze orientiert sich prozentual an dem Gehalt der Spielerin oder des Spielers bzw. der Transferentschädigung; vgl. Art. 15 FIFA Football Agent Regulations (FFAR), <https://www.dfb.de/verbandsservice/pinnwand/spielervermittlung/downloads/reglement/fifa-reglement/>, Abruf am 14. Mai 2024. Weitere Elemente des neuen FIFA-Reglements betreffen etwa ein Verbot der Mehrfachvertretung (Art. 12 Abs. 8-10 FFAR) sowie verschiedene Vorgaben zur Zahlung der Vergütung (Art. 14 FFAR).

³⁴³ LG Dortmund, 8 O 1/23 Kart, 24. Mai 2023. Nach Auffassung des LG Dortmund haben die FIFA und der DFB der einstweiligen Anordnung, die Spielervermittler-Regeln vorübergehend nicht anzuwenden, zuwidergehandelt. Das LG Dortmund hat deshalb Ordnungsgelder gegen die Verbände festgesetzt, die das OLG Düsseldorf in Bezug auf die FIFA bestätigt, in Bezug auf den DFB aber aufgehoben hat, da dieser nicht gegen die Unterlassungspflichten verstoßen habe.

³⁴⁴ OLG Düsseldorf, VI-U (Kart) 2/23, 13. März 2024. Das Gericht hat lediglich die zeitliche Geltung der einstweiligen Anordnung konkretisiert.

³⁴⁵ LG Mainz, 9 O 129/21, 30. März 2023; beim EuGH: C-209/23, RRC Sports. Den Erlass einer einstweiligen Verfügung hat das LG Mainz indes mangels Eilbedürftigkeit abgelehnt, da die nationale Umsetzung der Spielervermittler-Regeln noch ausstehe; vgl. LG Mainz, 9 O 23/23, 2. Februar 2023 (nicht veröffentlicht); bestätigt durch OLG Koblenz, W 66/23 Kart, 16. März 2023.

³⁴⁶ BGH, KZR 71/21, 13. Juni 2023, Reglement für Spielervermittler; beim EuGH: C-428/23, Rogon u.a.

geln, die der DFB auf Grundlage des alten FIFA-Reglements verabschiedet hat und die sich unmittelbar ausschließlich an Vereine und Spielerinnen sowie Spieler richten.³⁴⁷ Das OLG Frankfurt a. M. hat die DFB-Regeln in der Vorinstanz nicht als Verstoß gegen das Kartellverbot gewertet und insoweit eine gegenteilige Entscheidung des LG Frankfurt a. M. aufgehoben.³⁴⁸ Auch das internationale Sportschiedsgericht Court of Arbitration for Sport (CAS) hat anlässlich einer von der Vereinigung der Spielervermittler (ProFAA) eingereichten Schiedsklage keine wettbewerbsrechtliche Zuwiderhandlung der neuen FIFA-Regeln festgestellt.³⁴⁹ Einem Medienbericht zufolge scheint die Europäische Kommission die neuen FIFA-Regeln in einer schriftlichen Stellungnahme gegenüber dem EuGH in dem Vorabentscheidungsverfahren des LG Mainz ebenfalls für zulässig zu erachten.³⁵⁰ Mittlerweile hat die FIFA die neuen Spielervermittler-Regeln mit weltweiter Wirkung bis zum Erlass eines EuGH-Urteils ausgesetzt.³⁵¹

284. Fraglich ist, inwiefern sich die jüngste EuGH-Rechtsprechung zu sportverbandlichen Regeln vom Dezember 2023 für die kartellrechtliche Beurteilung der Vorgaben der FIFA für die Tätigkeit von Spielervermittlerinnen und -vermittlern heranziehen lässt. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf einige ausgewählte Aspekte und im Übrigen auf eher allgemeine Erwägungen. Bei allem Verständnis etwa für die Zielsetzung der FIFA, die Berufsstandards bei Spielervermittlerinnen und -vermittlern zu erhöhen und Fußballspielerinnen und -spieler besser zu schützen,³⁵² erscheint das Regelwerk – insbesondere die Obergrenze für die Vergütung der Vermittlungsleistung – aus wettbewerbsrechtlicher Sicht sehr weitreichend.

285. Angesichts insbesondere der in dem neuen FIFA-Reglement enthaltenen Obergrenze für die Vergütung der Spielervermittlerinnen und -spieler geht das LG Dortmund von einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV aus.³⁵³ Betroffen sei der Markt für die Vermittlung von Fußballspielerinnen und -spielern. Die Spielervermittler-Regeln gälten weltweit und für den gesamten Profifußballbereich mit der Folge, dass alle Nachfrager der Dienstleistung „Spielervermittlung“ – Vereine und Spielerinnen sowie Spieler – den streitgegenständlichen Regeln unterlägen. Durch die Spielervermittler-Regeln werde der Handlungsspielraum der Vereine und Spielerinnen sowie Spieler, aber auch der Spielervermittlerinnen und -vermittler als Dritte, bei der Verhandlung über die Höhe der Vergütung für die Vermittlungsleistung eingeschränkt. Wegen der vollständigen Marktabdeckung verfügten die Spielervermittlerinnen und -vermittler, so das LG Dortmund, über keine Ausweichalternativen, was

³⁴⁷ Aus kartellrechtlicher Sicht ist die nur mittelbare Bindung der Spielervermittler allerdings unerheblich; vgl. Podszun, NZKart 2022, 181, 182.

³⁴⁸ OLG Frankfurt a. M., 11 U 172/19 (Kart), 30. November 2021; LG Frankfurt a. M., 2-03 O 517/18, 24. Oktober 2019.

³⁴⁹ CAS, 2023/O/9370, 24. Juli 2023.

³⁵⁰ Walker, Politico, 31. Oktober 2023, <https://www.politico.eu/article/european-commission-support-fifa-row-football-agents-court/>, Abruf am 14. Mai 2024.

³⁵¹ Reuters, 30. Dezember 2023, <https://www.reuters.com/sports/soccer/fifa-suspends-new-agent-rules-world-wide-until-case-europe-settled-2023-12-30/>, Abruf am 14. Mai 2024.

³⁵² Zu diesen und anderen Zielen der Spielervermittler-Regeln vgl. Art. 1 FFAR.

³⁵³ Vgl. zum Ganzen LG Dortmund, 8 O 1/23 Kart, 24. Mai 2023, Rz. 77 ff., zu weiteren in den FIFA-Regeln enthaltenen (mutmaßlichen) Wettbewerbsbeschränkungen vgl. Rz. 87 ff. (zit. nach Juris).

ihnen ein freies Agieren im Wettbewerb unmöglich mache. Dabei beabsichtige die FIFA mit der Regel zur maximalen Entgelthöhe gerade eine Begrenzung der ihrer Auffassung nach unverhältnismäßig hohen Honorare für die Spielervermittlung. Im Ergebnis entstehe dadurch ein Hardcore-Kartell in Form eines Preis- bzw. Einkaufskartells.³⁵⁴

286. Die – hier nur zusammengefasst wiedergegebene – Begründung des LG Dortmund für das Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung erscheint überzeugend. Zwar fällt nicht automatisch jede preisbezogene Vereinbarung in diese Kategorie.³⁵⁵ Vielmehr erfolgt die Feststellung, ob es sich um eine bewirkte oder eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung handelt, auf Grundlage des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs, in dem das jeweilige Verhalten stattfindet, sowie des damit verfolgten Zwecks.³⁵⁶ Für die Annahme einer ihrem Wesen nach besonders schädlichen Wettbewerbsbeschränkung spricht hier aber insbesondere der auch vom LG Dortmund hervorgehobene Umstand der vollständigen Marktabdeckung der FIFA bzw. ihres Reglements. Damit ist zusätzlich ein – isoliert betrachtet – missbräuchliches Verhalten im Sinne des Art. 102 AEUV möglich.³⁵⁷

287. Nimmt man mit dem LG Dortmund eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung an, sind die FIFA-Regeln nach Maßgabe der jüngsten EuGH-Rechtsprechung vom Dezember 2023 automatisch der Möglichkeit einer Meca-Medina-Ausnahme entzogen. Außerdem ist zweifelhaft, ob die Meca-Medina-Rechtsprechung in Bezug auf die Spielervermittler-Regeln auch im Übrigen, d. h. bei der Annahme einer bloß bewirkten Wettbewerbsbeschränkung, einschlägig wäre. Das LG Dortmund geht davon aus, dass es in Bezug auf die Spielervermittler-Regeln an einem sportlichen Regelwerk fehle. Es handele sich nicht um eine Materie, die dazu diene, einen fairen Wettstreit zwischen den Sportlerinnen und Sportlern zu gewährleisten.³⁵⁸ Jedenfalls werde kein legitimes Ziel verfolgt, das die Wettbewerbsbeschränkung notwendig mache und zu dem die Wettbewerbsbeschränkung nicht außer Verhältnis stehe.³⁵⁹ Auch der BGH hat dem EuGH unter anderem die Frage vorgelegt, ob die Spielervermittler-Regeln der Meca-Medina-Ausnahme zugänglich sind.³⁶⁰

³⁵⁴ Ähnlich OLG Düsseldorf, VI-U (Kart) 2/23, 13. März 2024, Rz. 92, 105, NRWE; Heermann, WRP 2023, 524, 530 f.; ders., WRP 2024, 429, 432 f.; Podszun, NZKart 2022, 181, 185.

³⁵⁵ Vgl. – zur vertikalen Preisbindung – EuGH, C-211/22, a. a. O., vgl. Fn. 222, Rz. 27 ff.

³⁵⁶ Dazu bereits Fn. 314.

³⁵⁷ Heermann, WRP 2023, 524, 530 (aus der Ausbeutungsperspektive); Podszun/Kirk, FIFA's Football Agent Regulations and European Competition Law, a. a. O., vgl. Fn. 299, S. 36 f. (aus der Behinderungsperspektive). Zur Adressatenstellung der FIFA als (mittelbar) marktbeherrschende Abnehmerin der Dienstleistungen der Spielervermittlerinnen und -vermittler vgl. EuG, T-193/02, a. a. O., vgl. Fn. 340, Rz. 116. Ein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot wird seitens des LG Dortmund nicht näher geprüft, wobei es insoweit auf die (damalige) Unklarheit über die Anwendbarkeit der Meca-Medina-Rechtsprechung im Rahmen von Art. 102 AEUV verweist; vgl. LG Dortmund, 8 O 1/23 Kart, a. a. O., Fn. 353, Rz. 154.

³⁵⁸ LG Dortmund, 8 O 1/23 Kart, a. a. O., Fn. 353, Rz. 125 f.

³⁵⁹ Ebenda, Rz. 127 ff.

³⁶⁰ BGH, KZR 71/21, 13. Juni 2023, Reglement für Spielervermittler (zu den DFB-Regeln unter dem alten FIFA-Reglement).

288. Dagegen spricht – wiederum dem LG Dortmund folgend – der nur sehr mittelbare Bezug zu der eigentlichen sportlichen Tätigkeit. Es geht bei der Spielervermittlung kaum um die Ausübung des Sports bzw. die Gewährleistung eines fairen Wettkampfs, sondern um eine dem sportlichen Geschehen weit vorgelagerte, ausschließlich wirtschaftliche Tätigkeit. Zu berücksichtigen ist vorliegend zudem, dass die Meca-Medina-Rechtsprechung als Fortentwicklung der Wouters-Rechtsprechung gilt und ihren Ursprung dementsprechend auch in der Verbandsautonomie hat, sich die FIFA-Regeln aber in erster Linie negativ auf die Tätigkeit von außerhalb des Verbands stehenden Dritten, den Spielervermittlerinnen und -vermittlern, auswirken.³⁶¹ Denn während die Vereine und Spielerinnen sowie Spieler von der Obergrenze für die Vergütung der Vermittlungsleistung profitieren, geht die Einschränkung des Handlungsspielraums letztlich zulasten der Spielervermittlerinnen und -vermittler. Jedenfalls bei einem engen Verständnis der Meca-Medina-Rechtsprechung³⁶² dürfte es sich folglich nicht um eine Regelung handeln, die eine tatbestandliche Ausnahme von dem Kartellverbot zulassen würde.³⁶³

289. Eine Freistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV wegen der Schaffung von Effizienzgewinnen, welche die Wettbewerbsbeschränkung mindestens ausgleichen, ist eher fernliegend. Das LG Dortmund erkennt bereits keine berücksichtigungsfähigen Vorteile, jedenfalls keine angemessene Verbraucherbeteiligung.³⁶⁴ Insoweit ließe sich möglicherweise argumentieren, dass die verbandlichen Vorgaben für die Tätigkeit der Spielervermittlerinnen und -vermittler eine faire und damit höherwertige Vermittlungsleistung zur Folge haben könnten.³⁶⁵ Hiervon könnten die Spielerinnen und Spieler, sofern sie – im Unterschied zu den Vereinen – selbst keine Verbandsmitglieder und an dem wettbewerbsbeschränkenden Verhalten folglich nicht beteiligt

³⁶¹ Vgl. LG Dortmund, 8 O 1/23 Kart, a. a. O., Fn. 353, Rz. 145; BGH, KZR 71/21, 13. Juni 2023, Reglement für Spielervermittler, Rz. 27 (zit. nach Juris); OLG Düsseldorf, VI-U (Kart) 2/23, a. a. O., Fn. 354, Rz. 111, 114. Vgl. auch Podszun, NZKart 2021, 138, 139: „In der Sache legt hier also der DFB als Vereinigung der Nachfrager der Leistung von Spielern fest, zu welchen Bedingungen diese sich der Hilfe solcher Personen bedienen dürfen, die sie – die Spieler – in Vertragsverhandlungen beraten sollen.“

³⁶² Dazu bereits Tz. 277.

³⁶³ Im Ergebnis auch LG Frankfurt a. M., 2-03 O 517/18, 24. Oktober 2019, Rz. 112 (zit. nach Juris); Ackermann, WuW 2022, 122; Heermann, WRP 2023, 524 (der selbst eine eher weite Auslegung der Meca-Medina-Rechtsprechung befürwortet, aber hinsichtlich der Obergrenze für die Vergütung Bedenken gegenüber der Verwirklichung der entsprechenden Kriterien hat); Podszun, NZKart 2021, 138; ders., NZKart 2022, 181; ders./Kirk, FIFA's Football Agent Regulations and European Competition Law, a. a. O., vgl. Fn. 299, insb. S. 34 ff. A. A. CAS, 2023/O/9370, a. a. O., vgl. Fn. 349; OLG Frankfurt a. M., 11 U 172/19 (Kart), 30. November 2021, Rz. 90 ff. (zit. nach Juris).

³⁶⁴ LG Dortmund, 8 O 1/23 Kart, a. a. O., Fn. 353, Rz. 147 ff.

³⁶⁵ In diese Richtung argumentiert anscheinend die Europäische Kommission in ihrer Stellungnahme gegenüber dem EuGH in dem Vorabentscheidungsverfahren des LG Mainz; vgl. Politico, a. a. O., vgl. Fn. 350: „On the controversial agents' fees cap, the Commission's legal service said 'the defendant has plausibly pointed out that very high agency commissions, which are completely decoupled from the cost of the consideration, create a strong incentive to exert massive influence on players in particular in order to force an early transfer.'“ Vgl. auch – zur Einführung eines qualitativen Lizenzsystems für Spielervermittlerinnen und -vermittler – EuG, T-193/02, a. a. O., vgl. Fn. 340, Rz. 100 ff. Letztlich aber zu Recht kritisch Heermann, WRP 2023, 524, 528, der – im Rahmen des Meca-Medina-Tests – die Frage aufwirft, weshalb eine geringere Vergütung eine höhere Qualität der Dienstleistung zur Folge haben sollte.

sind,³⁶⁶ als Abnehmerinnen bzw. Abnehmer der Vermittlungsleistung profitieren.³⁶⁷ Insbesondere hinsichtlich der in dem neuen FIFA-Reglement enthaltenen Obergrenze für die Vergütung der Spielervermittlerinnen und -vermittler ist aber jedenfalls zweifelhaft, ob diese der FIFA bzw. den Vereinen nicht im Sinne des Art. 101 Abs. 3 lit. b AEUV die Möglichkeit eröffnet, einen wesentlichen Teil des Wettbewerbs auszuschalten. Dabei ist wiederum die vollständige Marktabdeckung der FIFA zu berücksichtigen sowie der Umstand, dass mit der Obergrenze der Handlungsspielraum der Beteiligten in Bezug auf den besonders wichtigen Wettbewerbsparameter Preis eingeschränkt wird.

290. Nach alledem ist festzuhalten, dass die Spielervermittler-Regeln – insbesondere mit Blick auf die Obergrenze für die Vergütung – wettbewerbsbeschränkend sind. Eine Ausnahme nach der Meca-Medina-Rechtsprechung dürfte nicht einschlägig sein; entweder weil sie bei zweckten Wettbewerbsbeschränkungen nach den jüngsten EuGH-Urteilen von vornherein keine Anwendung findet oder weil es sich um kein sportliches Regelwerk handelt, das zudem einen Drittmarkt betrifft. Auch die (kumulative) Verwirklichung der Voraussetzungen für eine Effizienzverteidigung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV scheint eher fernliegend.

2.2.4 Zusammenfassung und Empfehlungen

291. Die sportverbandlichen Zulassungsregeln und die Spielervermittler-Regeln sind sehr weitreichend, soweit sie die Ausschaltung jeglichen Wettbewerbs bzw. eines wichtigen Wettbewerbsparameters zum Gegenstand haben. Es handelt sich um Regelungen, die einen allenfalls mittelbaren Bezug zum sportlichen Wettkampf haben und in erster Linie wirtschaftliche Interessen verfolgen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass in solchen Fallkonstellationen häufig ein großes Machtgefälle existiert: Die Sportverbände verfügen in der Regel über eine marktbeherrschende oder gar monopolistische Marktstellung, derer sich die von den Regelungen Betroffenen nur schwerlich entziehen können. Hinzu kommt, dass die Sportverbände als Regelsetzer nicht nur den Zugang zu und die Bedingungen auf dem Markt kontrollieren; sie sind dort auch selbst tätig. Insoweit sollte eine kartellrechtliche Privilegierung aus Sicht der Monopolkommission nur unter engen Voraussetzungen erfolgen. Dies wird auch in den Entscheidungen des EuGH vom Dezember 2023 – International Skating Union, European Superleague Company und Royal Antwerp Football Club – sowie der Mehrzahl der deutschen Gerichte – insbesondere des LG Dortmund – zu den Spielervermittler-Regeln deutlich. Soweit Sportverbände mit wettbewerbsbeschränkenden Regelungen bestimmte Ziele verfolgen, wie etwa die Sicherstellung der Integrität des Sports oder eines hinreichenden Minderjährigenschutzes, handelt es sich dabei um Aufgaben, die zuvorderst dem Gesetzgeber obliegen.³⁶⁸ Es gibt auch zahlreiche Beispiele

³⁶⁶ Vgl. EuG, T-193/02, a. a. O., vgl. Fn. 340, Rz. 114, 116; abweichend BGH, KZR 71/21, a. a. O., Fn. 361, Rz. 27.

³⁶⁷ Zu berücksichtigen ist, dass bei Art. 101 Abs. 3 AEUV (1) ein weiter Verbraucherbegriff gilt, der Zwischen- und Endverbraucher umfasst, und dass (2) die Vorteile für die Verbraucher grundsätzlich auf dem von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Markt entstehen müssen; vgl. EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. C 101 vom 27. Januar 2004, S. 97, Tz. 84 (zu (1)) bzw. 43, 85 (zu (2)).

³⁶⁸ Vgl. auch LG Dortmund, 8 O 1/23 Kart, a. a. O., Fn. 353, Rz. 149; LG Mainz, 9 O 129/21, 30. März 2023, Rz. 36, (zit. nach Juris); Ackermann, WuW 2022, 122, 123; Podszun, NZKart 2021, 138, 144 f.; Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 477 (zum Verhältnis von Nachhaltigkeit und Wettbewerb).

für Vorschriften zur Höhe der Vergütung von beruflichen Tätigkeiten, die nicht von einer privatwirtschaftlichen Organisation, sondern dem Gesetzgeber getroffen wurden.³⁶⁹

292. Die Vielzahl an sportkartellrechtlichen Fällen in jüngster Zeit, von denen die in diesem Abschnitt behandelten Entscheidungen nur einen Ausschnitt bilden, zeigt, dass der Sportsektor weiterhin im Fokus der kartellrechtlichen Praxis steht. Dabei scheint vor allem die privatrechtliche Durchsetzung eine große und durchaus erfolgreiche Rolle zu spielen.³⁷⁰ Trotz der jüngsten EuGH-Rechtsprechung aus dem Dezember 2023 und der bevorstehenden Entscheidungen zu den Vorabentscheidungsersuchen im Fall der Spielervermittler-Regelungen dürfte der Bedarf an „sportkartellrechtlicher guidance“ hoch sein. Angesichts der aktiven privatrechtlichen Durchsetzung und knapper behördlicher Ressourcen erschiene es zwar vertretbar, wenn sich die Wettbewerbsbehörden auf einzelne „Sportfälle“ konzentrierten. Einen behördlichen Beitrag zur Durchsetzung des Wettbewerbsrechts im Sportsektor könnten allerdings Leitlinien der Europäischen Kommission darstellen. Die Veröffentlichung solcher Leitlinien hat die Monopolkommission in der Vergangenheit bereits vorgeschlagen, zuletzt speziell mit Blick auf den Zugang zu Sportveranstaltungen.³⁷¹ Die Europäische Kommission ordnete zwar in einem Begleitdokument zu ihrem Weißbuch Sport aus dem Jahr 2007 verschiedene Fallkonstellationen im Sportsektor kartellrechtlich ein.³⁷² Aus Sicht der Monopolkommission erscheint für Sportverbände, für die von den verbandlichen Regelungen Betroffenen, aber etwa auch für die nationalen (Zivil-) Gerichte eine aktualisierte, systematische Orientierung zur Anwendung des Wettbewerbsrechts im Sportsektor sinnvoll. Anderenfalls würde die Entscheidungspraxis in diesem Bereich im Wesentlichen der Judikative überlassen.

293. Teilweise wird sogar vorgeschlagen, wettbewerbliche Defizite im Sportsektor durch eine Regulierung auf Unionsebene, einschließlich der Trennung der sportverbandlichen Doppelrolle, zu beheben.³⁷³ Eine solche legislative Maßnahme, die voraussichtlich hohe rechtliche und praktische Hürden überwinden müsste, könnte jedenfalls ultima ratio sein. Derzeit scheinen die Wettbewerbsbehörden und Gerichte grundsätzlich in der Lage zu sein, eine – allerdings auch dringend notwendige – kartellrechtliche Kontrolle über den Sportsektor auszuüben.³⁷⁴ Dadurch unterscheidet sich dieser etwa von dem Bereich digitaler Märkte, wo die allgemeine Missbrauchsaufsicht nach verbreiteter Auffassung an ihre Grenzen gestoßen ist und einzelne Unternehmen nunmehr einer ergänzenden Regulierung gemäß der Verordnung (EU) 2022/1925 unterliegen. Im Gegensatz zu anderen spezifisch regulierten Industrien (vgl. insbesondere Ei-

³⁶⁹ Vgl. nur § 3 Wohnungsvermittlungsgesetz, § 4 Rechtsanwaltsvergütungsgesetz. Vgl. dagegen zur Unvereinbarkeit von Beschlüssen einer Notarkammer mit dem Kartellverbot EuGH, C-128/21, a. a. O., vgl. Fn. 224.

³⁷⁰ Aus dem Berichtszeitraum vgl. etwa noch OLG Frankfurt a. M., 11 U 60/21 (Kart), 15. November 2022, Motorsport-Lizenz; OLG Düsseldorf, VI-U (Kart) 7/21, 1. Februar 2023, Paralympische Zulassungsregeln.

³⁷¹ Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 115, Tz. 444.

³⁷² EU-Kommission, The EU and Sport: Background and Context, a. a. O., vgl. Fn. 298, 11. Juli 2007.

³⁷³ Vgl. nur Bungenberg, NZKart 2024, 249, 254 f.; Weiler/Maduro/Mavroidis/Weatherill, Euronews, 12. November 2021, <https://www.euronews.com/2021/11/12/only-the-eu-can-save-football-from-itself-view>, Abruf am 14. Mai 2024. Zu der Doppelrolle der Sportverbände vgl. bereits Tz. 274.

³⁷⁴ So auch Heermann, ZWeR 2023, 128, 139 ff.

senbahn, Energie, Post, Telekommunikation) gab bzw. gibt es im Sportsektor auch kein gesetzliches oder natürliches Monopol. Schließlich ist die gesamtgesellschaftliche und/oder -wirtschaftliche Bedeutung des Sportsektors zwar nicht zu unterschätzen, im Vergleich zu den vorgenannten Bereichen dennoch geringer.

2.3 Geplante Leitlinien der Europäischen Kommission zu Behinderungsmissbräuchen

294. Die Europäische Kommission hat in einer Pressemitteilung vom März 2023 eine Initiative zur Erarbeitung von Leitlinien zur Anwendung von Art. 102 AEUV auf Fälle von Behinderungsmissbräuchen angekündigt. Diese Initiative soll im Jahr 2025 zu der erstmaligen Annahme solcher Leitlinien führen.³⁷⁵ In Anbetracht einer großen Anzahl an Entscheidungen der Unionsgerichte zur Auslegung des Art. 102 AEUV hat nach Ansicht der Europäischen Kommission die Rechtsprechung einen Entwicklungsstand erreicht, der die Ausarbeitung solcher Leitlinien ermöglicht.³⁷⁶

295. Schon einmal gab es seitens der Europäischen Kommission Bestrebungen, Leitlinien zu Behinderungsmissbräuchen zu veröffentlichen. Die Arbeiten mündeten jedoch nicht in Leitlinien, sondern in eine im Jahr 2009 veröffentlichte Prioritätenmitteilung.³⁷⁷ Dennoch stieß die Europäische Kommission damals eine stärker von ökonomischen Analysen geprägte Durchsetzung von Art. 102 AEUV an, welche – vereinfacht dargestellt – als entscheidendes Kriterium für die Beurteilung des Verhaltens eines Unternehmens nicht dessen Form zugrunde legt („form-based approach“), sondern die tatsächlichen – aktuellen oder potenziellen – Auswirkungen auf den Wettbewerb. Dieser wirkungsorientierte Ansatz ist als „effects-based approach“ oder – allgemeiner – „more economic approach“ bekannt.

296. Nach verbreiteter Auffassung sind Missbrauchsverfahren zunehmend aufwendiger geworden. Insbesondere lange Verfahrensdauern gelten mittlerweile als wesentliche Defizite der Missbrauchsaufsicht.³⁷⁸ Durch die geplanten Leitlinien zu Behinderungsmissbräuchen, welche die Durchsetzungsprioritäten ersetzen würden, soll der more economic approach offenbar nicht aufgegeben, aber „dynamic and workable“ werden.³⁷⁹ Einstweilen hat die Europäische

³⁷⁵ EU-Kommission, Kartellrecht: Kommission kündigt Leitlinien zu Behinderungsmissbrauch an und ändert Erläuterungen zu Durchsetzungsprioritäten, Pressemitteilung, 27. März 2023.

³⁷⁶ Vgl. Vestager, ebenda: *„Eine konsequente Durchsetzung der Vorschriften über den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung kommt den Verbrauchern und einer stärkeren europäischen Wirtschaft zugute. Wir haben zahlreiche Urteile der EU-Gerichte zur Anwendung des Artikels 102 sorgfältig analysiert. Nun ist es an der Zeit, mit der Arbeit an Leitlinien zu beginnen, die diese Rechtsprechung widerspiegeln.“*

³⁷⁷ EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, a. a. O., vgl. Fn. 140. Zu den historischen Hintergründen vgl. BKartA, Leitlinien zu Artikel 102 AEUV – Neue Maßstäbe für die Missbrauchsaufsicht?, 2023, S. 1 ff., https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/Pofessorientagung_Hintergrundpapier_2023.html?nn=290520, Abruf am 27. Mai 2024.

³⁷⁸ Dazu sogleich Tz. 297 f.

³⁷⁹ Vgl. McCallum u.a., A dynamic and workable effects-based approach to abuse of dominance, European Commission, Competition Policy Brief, Issue 1, 2023, https://competition-policy.ec.europa.eu/publications/competition-policy-briefs_en, Abruf am 27. Mai 2024.

Kommission bereits einzelne Anpassungen an der Prioritätenmitteilung vorgenommen, um die zwischenzeitlichen Entwicklungen in der Rechtsprechung der Unionsgerichte abzubilden.³⁸⁰

2.3.1 Problematisch lange Verfahrensdauern

297. Auffallend ist zunächst die in der Regel lange Dauer von Missbrauchsverfahren in den vergangenen Jahren. Dies trifft insbesondere auf den Fall Intel zu, der auf eine Beschwerde des Wettbewerbers AMD aus dem Jahr 2000 zurückgeht. Die Europäische Kommission erließ im Jahr 2009 wegen verschiedener Verstöße gegen das Missbrauchsverbot einen Bußgeldbeschluss gegenüber Intel, der aber noch immer – 24 bzw. 15 Jahre später – nicht in Gänze bestandskräftig ist.³⁸¹ Während die Verfahrenslänge im Fall Intel sicherlich außergewöhnlich ist, veranschaulicht sie eine Tendenz zu zunehmend länger und komplexer werdenden Verfahren in den letzten Jahren. So hat sich die mittlere Dauer der streitigen Missbrauchsverfahren der Europäischen Kommission von 1990 bis 2020 von etwa 40 auf etwa 80 Monate verdoppelt, während sich die mittlere Seitenzahl von Missbrauchsentscheidungen im selben Zeitraum von etwa 25 Seiten auf etwa 175 Seiten versiebenfacht hat.³⁸² Zwar hat die Europäische Kommission mit dem Inkrafttreten der Verordnung (EG) 1/2003 im Mai 2004 die Möglichkeit erhalten, gemäß Art. 9 der Verordnung Verpflichtungszusagenentscheidungen zu erlassen. Hiervon macht die Europäische Kommission auch in zunehmendem Maße Gebrauch, was zur Folge hat, dass die Verfahrensdauer zuletzt insgesamt recht beständig geblieben ist.³⁸³ Allerdings ist die Behörde bei dem Erlass von Zusagenentscheidungen auf die Kooperation der Unternehmen im Verfahren angewiesen.

298. Eine lange Verfahrensdauer kann problematisch sein. Wenn Missbrauchsverfahren viele Jahre dauern, hat das in Rede stehende Verhalten in dieser Zeit möglicherweise unumkehrbare negative Auswirkungen auf den Wettbewerb in dem betroffenen Markt, sodass ein effektiver Schutz des Wettbewerbs nicht mehr gewährleistet ist. Eine Feststellung im Nachhinein, dass das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens Wettbewerber behindert hat, käme insoweit zu spät. Darüber hinaus verliert die Missbrauchsaufsicht ihre abschreckende Wirkung. So könnte es für Unternehmen profitabel werden, missbräuchlich zu handeln, wenn aufgrund der langen Verfahrensdauer Wettbewerber aus dem Markt gedrängt werden.

³⁸⁰ EU-Kommission, Änderung der Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, a. a. O., vgl. Fn. 141. Dazu bereits Tz. 186.

³⁸¹ Zwischenzeitlich hatte die Europäische Kommission eine neue Entscheidung gegenüber Intel erlassen (vgl. EU-Kommission, AT.37990, 22. September 2023, Intel), gegen die das Unternehmen abermals Rechtsmittel zum EuG einlegte (T-1129/23). Gleichzeitig ist beim EuGH ein Rechtsmittel der Kommission gegen ein Urteil des EuG vom 26. Januar 2022 (T-286/09 RENV) anhängig (C-240/22 P).

³⁸² Ohne Verpflichtungszusagen- sowie ohne Rechtsmittelverfahren. Dazu ausführlich Schweitzer, Leitlinien zu Artikel 102 AEUV – Neue Maßstäbe für die Missbrauchsaufsicht?, Präsentation, Arbeitskreis Kartellrecht, September 2023, S. 5 f., https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2023_Schweitzer.html?nn=290520, Abruf am 27. Mai 2024.

³⁸³ Dazu ausführlich Schweitzer/de Ridder, How to Fix a Failing Art. 102 TFEU: Substantive Interpretation, Evidentiary Requirements, and the Commission's Future Guidelines on Exclusionary Abuses, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2024, S. 2 ff., <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpae033>, Abruf am 12. Juni 2024.

2.3.2 Zusammenhang zwischen Nachweisanforderungen und Verfahrensdauer

299. Zwar kommen neben dem more economic approach weitere Gründe für zunehmend lange Missbrauchsverfahren in Betracht, etwa höhere prozedurale Anforderungen an die Gewährleistung von Verfahrensrechten der Unternehmen oder neuartige, besonders komplexe (potenzielle) Verstöße.³⁸⁴ Insbesondere die Digitalökonomie hat die Rechtsdurchsetzung in den vergangenen Jahren vor nicht zu unterschätzende Herausforderungen gestellt. Verantwortlich hierfür sind nicht zuletzt prozedurale Informationsasymmetrien zwischen den Unternehmen einerseits und den Wettbewerbsbehörden andererseits.³⁸⁵ Zum Beleg eines jedenfalls (mit-)ursächlichen Zusammenhangs zwischen dem Nachweis von Behinderungswirkungen und der Verfahrensdauer kann indes erneut auf den Fall Intel verwiesen werden. Die Europäische Kommission führte einen AEC-Test durch, um zu belegen, dass die von Intel gewährten Rabatte geeignet seien, ebenso effiziente Wettbewerber zu verdrängen.³⁸⁶ Sie stützte ihren Vorwurf, dass Intel seine marktbeherrschende Stellung missbräuchlich ausgenutzt habe, nur ergänzend auf die Ergebnisse des AEC-Tests. Dieser hatte in der Kommissionsentscheidung aus dem Jahr 2009 gleichwohl einen Umfang von etwa 150 Seiten und zog das Verfahren – trotz letztlich nur überschaubarem Erfolg – stark in die Länge.³⁸⁷ Auch in dem Rechtsmittelverfahren vor den Unionsgerichten stand der Umgang mit dem AEC-Test im Mittelpunkt: Der EuGH stellte im Jahr 2017 fest, dass das EuG, das die Entscheidung der Europäischen Kommission zuvor bestätigt hatte,³⁸⁸ das Vorbringen von Intel gegen die Ergebnisse des AEC-Tests hätte prüfen müssen. Der EuGH hob das Urteil des EuG deshalb auf und verwies die Sache zurück.³⁸⁹

300. Mittlerweile ist anerkannt, dass die Europäische Kommission grundsätzlich nicht verpflichtet ist, einen AEC-Test durchzuführen. Vielmehr ist ein AEC-Test für die Wettbewerbsbehörde fakultativ, wie der EuGH jüngst in der Rechtssache Unilever Italia klargestellt hat. Der EuGH weist in demselben Urteil darauf hin, dass sich die Behörde lediglich mit den Ergebnissen und dem Beweiswert eines tatsächlich vorgelegten AEC-Tests auseinandersetzen muss.³⁹⁰ In ihren Durchsetzungsprioritäten hatte die Europäische Kommission noch angekündigt, in allen Fällen von preisbezogenen Behinderungsmisbräuchen einen AEC-Test durchzuführen.³⁹¹ An-

³⁸⁴ Vgl. auch Schweitzer/de Ridder, How to Fix a Failing Art. 102 TFEU, a. a. O., vgl. Fn. 383, S. 4 f.

³⁸⁵ Dazu ausführlich Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 115, Tz. 96 ff.

³⁸⁶ Vgl. zum AEC-Test bereits Tz. 216 mit Fn. 198.

³⁸⁷ EU-Kommission, AT.37990, 13. Mai 2009, Intel.

³⁸⁸ EuG, T-286/09, 12. Juni 2014, Intel, ECLI:EU:T:2014:547.

³⁸⁹ EuGH, C-413/14 P, 6. September 2017, Intel, ECLI:EU:C:2017:632. Zu den nachfolgenden Entwicklungen vgl. bereits Fn. 381.

³⁹⁰ Dazu bereits Tz. 216.

³⁹¹ EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, a. a. O., vgl. Fn. 140, Tz. 25.

gesichts des mit einem solchen Test verbundenen Aufwands sowie der vorgenannten Rechtsprechung ist es zu begrüßen, dass die Europäische Kommission die Durchführung eines solchen Tests in ihrer kürzlich aktualisierten Prioritätenmitteilung nun als optional bezeichnet.³⁹²

301. Dennoch lässt sich in der jüngeren Rechtsprechung des EuGH eine Tendenz dahingehend feststellen, dass in der Regel der Nachweis negativer Auswirkungen auf den Wettbewerb bzw. einer entsprechenden tatsächlichen Eignung erforderlich ist. Es gibt zwar einzelne Verhaltensweisen, bei denen die Rechtsprechung ohne Weiteres akzeptiert, dass sie nicht mit Art. 102 AEUV vereinbar sind.³⁹³ Zudem ist die Wettbewerbsbehörde, wie der EuGH in einem jüngeren Urteil festgestellt hat, nicht verpflichtet, einen unmittelbaren Schaden für die Zwischen- oder Endverbraucher nachzuweisen, sondern (nur) einen solchen für den Wettbewerb.³⁹⁴ Dieser Schaden kann tatsächlicher oder potenzieller, darf jedoch nicht rein hypothetischer Natur sein.³⁹⁵ Während aber etwa Treuerabatte und Ausschließlichkeitsklauseln früher noch als per se missbräuchlich galten, eine Prüfung der – aktuellen oder potenziellen – Auswirkungen auf den Wettbewerb im Einzelfall also entbehrlich war, geht der EuGH nunmehr von einer widerleglichen Vermutung ihrer Kartellrechtswidrigkeit aus.³⁹⁶

302. Die Monopolkommission hat sich in der Vergangenheit für eine stärkere ökonomische und empirische Orientierung des Wettbewerbsrechts ausgesprochen.³⁹⁷ Zudem hat sie die Anwendung quantitativer und empirischer Methoden durch die Wettbewerbsbehörden – zuletzt wiederholt als Vergleich zwischen dem Bundeskartellamt, der Competition and Markets Authority des Vereinigten Königreichs und der Europäischen Kommission – regelmäßig in ihren Hauptgutachten gewürdigt. In diesem Zusammenhang hat die Monopolkommission insbesondere die Bereitschaft des Bundeskartellamtes begrüßt, zunehmend ökonomische Analysen in seine Entscheidungspraxis einzubeziehen. Dabei war und ist ihr freilich bewusst, dass solche Analysen, die Verfügbarkeit der erforderlichen Daten vorausgesetzt, ressourcen- und zeitintensiv sind.³⁹⁸ Sofern die Effektivität der Missbrauchsaufsicht durch eine starke Ökonomisierung übermäßig eingeschränkt wird, ist es naheliegend, zugunsten kürzerer Verfahren auf eine möglichst genaue Wirkungsanalyse zu verzichten. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass der

³⁹² EU-Kommission, Änderung der Mitteilung der Kommission — Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, a. a. O., vgl. Fn. 141. Zur – aus ökonomischer Sicht sinnvollen – Anwendung des AEC-Tests vgl. Fumagalli/Motta, Economic principles for the enforcement of abuse of dominance provisions, CEPR Policy Insight No. 125, 2024, S. 12 ff., <https://cepr.org/publications/policy-insight-125-economic-principles-enforcement-abuse-dominance-provisions>, Abruf am 12. Juni 2024.

³⁹³ Dazu noch Tz. 307.

³⁹⁴ EuGH, C-377/20, a. a. O., vgl. Fn. 196, Rz. 46 f.; dazu bereits Tz. 215.

³⁹⁵ EuGH, C-377/20, a. a. O., vgl. Fn. 103, Rz. 98.

³⁹⁶ Dazu bereits Tz. 216.

³⁹⁷ Vgl. nur Monopolkommission, XV. Hauptgutachten, Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, Baden-Baden, 2004, Tz. 211, insb. 222 ff. (zur Fusionskontrolle). Vgl. dagegen zu den Zweifeln des Bundeskartellamtes an einer stärker ökonomisch ausgerichteten Missbrauchsaufsicht BKartA, Leitlinien zu Artikel 102 AEUV – Neue Maßstäbe für die Missbrauchsaufsicht?, a. a. O., vgl. Fn. 377, S. 2 f., m. w. N.

³⁹⁸ Vgl. nur Monopolkommission, XV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 397, Tz. 230; XX. Hauptgutachten, Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte, Baden-Baden, 2014, Tz. 1084; XXII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 99, Tz. 922.

Wettbewerb auf einem Markt unumkehrbar geschädigt wird mit der Folge, dass der more economic approach im Einzelfall gerade nicht zu einem gerechteren Ergebnis führt.

303. Das Ziel der Beschleunigung der Rechtsdurchsetzung lag auch der Verordnung (EU) 2022/1925 sowie der Regelung in § 19a GWB für Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb zugrunde. In der Digitalökonomie sind die Gefahren einer raschen Vermachtung von Märkten häufig besonders groß, weshalb der europäische bzw. der deutsche Gesetzgeber dazu übergegangen ist, insoweit eher ein over- als ein under-enforcement in Kauf zu nehmen. Die Verordnung (EU) 2022/1925 enthält deshalb insbesondere Per-se-Regeln, bei denen – im Unterschied zum allgemeinen Wettbewerbsrecht – nicht nur auf einen Nachweis der Wirkungen auf den Wettbewerb, sondern auch auf die Möglichkeit einer sachlichen Rechtfertigung verzichtet wurde. Zwar ist bei den Verhaltensvorgaben aus § 19a Abs. 2 Satz 1 GWB der Nachweis einer Behinderung anderer Unternehmen bzw. des Wettbewerbs ebenfalls erforderlich (Nrn. 2-5), oder die Behörde muss eine (potenziell) negative Auswirkung auf den Wettbewerb zumindest im Rahmen ihrer Ermessensausübung berücksichtigen.³⁹⁹ Allerdings obliegt den Unternehmen bei § 19a die Darlegungs- und Beweislast für eine sachliche Rechtfertigung (Abs. 2 Satz 2 und 3); zudem gilt ein verkürzter gerichtlicher Instanzenzug (§ 73 Abs. 5 GWB).

304. Ein schnellerer Verfahrensabschluss ist aber auch bei der Anwendung des allgemeinen Missbrauchsverbots aus Art. 102 AEUV geboten:

- Zum einen, weil die Verhaltensvorgaben aus den Art. 5, 6 und 7 Verordnung (EU) 2022/1925 sowie § 19a GWB abschließend sind und nur einzelne Unternehmen adressieren. In der Verordnung (EU) 2022/1925 gibt es die Möglichkeit, jene Verhaltensvorgaben mittels eines delegierten Rechtsaktes zu aktualisieren (Art. 12), und ein Verbot, sie zu umgehen (Art. 13). Es mag angesichts der damit möglicherweise verbundenen Hürden indes näherliegend sein, stattdessen auf Art. 102 AEUV zurückzugreifen.
- Zum anderen, weil die in Tz. 298 genannten Erwägungen für eine möglichst kurze Verfahrensdauer grundsätzlich auch außerhalb der Digitalökonomie gelten.

2.3.3 Ziele und Inhalt der geplanten Leitlinien zu Behinderungsmissbräuchen

305. Es sollte deshalb ein zentrales Ziel der Leitlinien zu Behinderungsmissbräuchen sein, eine schnellere und effektivere Durchsetzung von Art. 102 AEUV zu ermöglichen. Dies gilt unabhängig davon, inwiefern der auswirkungsbasierte Ansatz tatsächlich ursächlich für die längere Verfahrensdauer ist. Die Initiative der Europäischen Kommission sollte sich nicht darauf beschränken, die Rechtsprechung der vergangenen Jahre nachzuvollziehen,⁴⁰⁰ sondern Veränderungen anstoßen, wie sie es zuvor mit ihren Durchsetzungsprioritäten getan hat. Während die letztverbindliche Auslegung von Art. 102 AEUV gemäß Art. 19 EUV und Art. 267 AEUV den Unionsge-

³⁹⁹ Monopolkommission, Sondergutachten 82, a. a. O., vgl. Fn. 123, Tz. 44, 57.

⁴⁰⁰ Vgl. insoweit bereits die Anpassung der Prioritätenmitteilung durch die Europäische Kommission im Jahr 2023; dazu schon Tz. 186, 296.

richten obliegt, kommt der Europäischen Kommission im Rahmen der bestehenden Rechtsprechung durchaus Spielraum für eine Weiterentwicklung des Rechts zu.⁴⁰¹ Erfreulich ist daher, dass die Europäische Kommission offenbar von diesem Spielraum Gebrauch machen möchte und eine Entwicklung zu einem praktikablen auswirkungsbasierten Ansatz anstrebt.⁴⁰²

306. Daneben sollten die geplanten Leitlinien für größtmögliche Rechtssicherheit sorgen. So enthält die bestehende Prioritätenmitteilung durchaus umfangreiche Ausführungen der Europäischen Kommission zur Auslegung des Missbrauchsverbots. Das EuG hat allerdings festgestellt, dass die Mitteilung lediglich Bedeutung für die Auswahl etwaiger künftiger Fälle durch die Europäische Kommission hat, nicht dagegen für die Beurteilung bereits eingeleiteter Verfahren.⁴⁰³ Zwar würden auch Leitlinien unmittelbar nur die Europäische Kommission selbst binden. Dennoch ist davon auszugehen, dass sie eine nicht zu unterschätzende faktische Bindungswirkung auch für die Wettbewerbsbehörden und Gerichte der Mitgliedstaaten entfalten. Diese dürften sich nicht nur bei der Auslegung des Art. 102 AEUV, sondern, soweit eine Übereinstimmung der Vorschriften besteht, auch bei jener des jeweiligen nationalen Missbrauchsverbots an den Leitlinien orientieren. Schließlich würden auch die betroffenen Unternehmen von der „guidance“ der Leitlinien profitieren.

307. Insofern wäre es wesentlich, in den Leitlinien zu klären, unter welchen Bedingungen eine – zumindest – reduzierte Auswirkungsanalyse in Betracht kommt.⁴⁰⁴ Möglich ist der Verzicht auf eine (ausführliche) Auswirkungsanalyse insbesondere bei Praktiken, die ausschließlich darauf abzielen, Wettbewerber vom Markt zu verdrängen, und denen kein anderer legitimer ökonomischer Sinn zukommt. Diese Verhaltensweisen werden auch als reine Beschränkungen („naked restraints“) bezeichnet. Als solche hat die Rechtsprechung Zahlungen von Intel an seine Abnehmer angesehen, die darauf zielten, den Vertrieb von Produkten eines Wettbewerbers zu beschränken.⁴⁰⁵ Daneben gibt es weitere Fälle, in denen die zugrunde liegenden Verhaltensweisen nicht ausdrücklich als „reine Beschränkungen“ bezeichnet, jedoch ohne Weiteres als

⁴⁰¹ Zu den Gestaltungsmöglichkeiten der Kommission für neue Leitlinien vgl. auch Podszun/Rohner, Making Article 102 TFEU Future Proof – Learnings from the Past, SSRN 4428170, 2023, S. 13 f.; Rohner, Art. 102 AEUV und die Rolle der Ökonomie, 2023, S. 273 f.; Schweitzer/de Ridder, How to Fix a Failing Art. 102 TFEU, a. a. O., vgl. Fn. 383, S. 5 f.

⁴⁰² Vgl. McCallum u.a., A dynamic and workable effects-based approach to abuse of dominance, a. a. O., vgl. Fn. 379.

⁴⁰³ EuG, 12. Juni 2014, T-286/09, Intel, ECLI:EU:T:2014:547, Rz. 154 ff.; aufgehoben durch EuGH, C-413/14 P, 6. September 2017, Intel, ECLI:EU:C:2017:632. Insoweit – zumindest begrifflich – inkonsistent: „Dies ist auch nicht mit ihren eigenen Leitlinien betreffend die Bearbeitung von Sachen, die unter Art. 102 AEUV fallen, zu vereinbaren, insbesondere nicht mit Rn. 20 der Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel [102 AEUV] auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen (Abl. 2009, C 45, S. 7).“ Vgl. EuG, T-286/09 RENV, 26. Januar 2022, ECLI:EU:T:2022:19, Rz. 499 (Hervorhebung nur hier).

⁴⁰⁴ Vgl. auch – ausführlicher und differenzierter als hier – Schweitzer/de Ridder, How to Fix a Failing Art. 102 TFEU, a. a. O., vgl. Fn. 383, S. 17 ff.; ähnlich Fumagalli/Motta, Economic principles for the enforcement of abuse of dominance provisions, a. a. O., vgl. Fn. 392, S. 10 ff.

⁴⁰⁵ EuG, T-286/09 RENV, a. a. O., Fn. 403, Rz. 32: „Zweitens stellt die Kommission zu den reinen Beschränkungen fest, dass die Klägerin an drei Computerhersteller, nämlich HP, Acer und Lenovo, unter der Bedingung Zahlungen geleistet habe, dass sie das Auf-den-Markt-Bringen von Produkten mit x86-Prozessoren von AMD aufschöben oder aufgaben oder Beschränkungen für den Vertrieb solcher Produkte auferlegten.“

missbräuchlich erachtet wurden.⁴⁰⁶ Schon die Durchsetzungsprioritäten erwähnen die Möglichkeit, auf eine eingehende Untersuchung zu verzichten, wenn etwa „*ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Abnehmer daran hindert, Produkte seiner Wettbewerber zu testen, oder ihnen finanzielle Vorteile dafür einräumt, dass sie diese Produkte nicht testen, oder wenn es einen Vertriebshändler oder Abnehmer dafür bezahlt, die Einführung eines Produkts eines Konkurrenten zu verzögern.*“⁴⁰⁷

308. In den geplanten Leitlinien sollte die Europäische Kommission aber weitere Fallgruppen identifizieren, bei denen auf eine eingehende Untersuchung verzichtet werden kann. So sieht der EuGH in Treuerabatten und Ausschließlichkeitsklauseln zwar keine Per-se-Verstöße mehr, akzeptiert insoweit aber immerhin eine widerlegliche Vermutung.⁴⁰⁸ Demnach muss das marktbeherrschende Unternehmen selbst darlegen, dass das in Rede stehende Verhalten im konkreten Fall nicht geeignet ist, ebenso leistungsfähige Wettbewerber vom Markt auszuschließen.⁴⁰⁹

309. Grundsätzlich hat eine Darstellung (potenziell) missbräuchlicher Verhaltensweisen in den Leitlinien anhand konkreter Fallgruppen gegenüber abstrakten Kriterien den Vorteil der größeren Rechtssicherheit. Ein Nachteil wäre zwar die geringere Flexibilität gegenüber (künftigen) Verhaltensweisen, die sich nicht oder nur schwerlich einer existierenden Fallgruppe zuordnen lassen und deren Schadenspotenzial im Einzelnen unklar ist. Art. 102 AEUV kennt nämlich keinen *numerus clausus* an missbräuchlichen Verhaltensweisen.⁴¹⁰ Allerdings lassen sich Leitlinien vergleichsweise kurzfristig ändern, wie die jüngsten Anpassungen an den Durchsetzungsprioritäten zeigen.

310. Denkbar – und begrüßenswert – wäre zudem eine Kombination aus konkreten Fallgruppen und abstrakten Kriterien; letztere für Fallkonstellationen, deren (Un-) Vereinbarkeit mit dem Missbrauchsverbot weniger eindeutig ist.⁴¹¹ Ohnehin kommt eine grundsätzliche Differenzierung zwischen mehr oder weniger schädlichen Behinderungsmisbräuchen entsprechend

⁴⁰⁶ Vgl. nur EuGH, C-42/21 P, 12. Januar 2023, Lietuvos geležinkeliai, ECLI:EU:C:2023:12 (Rückbau von Gleisinfrastuktur); C-333/21, a. a. O., vgl. Fn. 212 (Wettbewerbsverbot, dazu bereits ausführlich Tz. 261 ff.).

⁴⁰⁷ EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, a. a. O., vgl. Fn. 140, Tz. 21.

⁴⁰⁸ Dazu bereits Tz. 301. Vgl. auch Weck, WuW 2024, 3, 4, der aber davon ausgeht, dass der EuGH Treuerabatte und Ausschließlichkeitsklauseln der Kategorie der „reinen Beschränkungen“ zugeordnet habe.

⁴⁰⁹ Dazu bereits Tz. 216. Unbenommen bleibt dem Unternehmen ferner der Nachweis, dass ein (isoliert betrachtet) missbräuchliches Verhalten ausnahmsweise gerechtfertigt ist. Die Rechtfertigung eines Verhaltens kann sich zum einen daraus ergeben, dass es objektiv notwendig ist, und zum anderen daraus, dass es – in entsprechender Anwendung des Art. 101 Abs. 3 AEUV – Effizienzvorteile erzeugt, welche die Wettbewerbsbehinderung ausgleichen oder sogar übertreffen; vgl. nur EuGH, C-52/09, 17. Februar 2011, TeliaSonera Sverige, ECLI:EU:C:2011:83, Rz. 76.

⁴¹⁰ Vgl. auch BKartA, Leitlinien zu Artikel 102 AEUV – Neue Maßstäbe für die Missbrauchsaufsicht?, a. a. O., vgl. Fn. 377, S. 6, wo darauf hingewiesen wird, dass „*Misbrauchsfälle deutlich mehr individuelle Besonderheiten aufweisen [dürften], die nur im Rahmen einer Gesamtbetrachtung angemessen gewürdigt werden können, als dies etwa bei wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen der Fall ist.*“

⁴¹¹ Vgl. auch Podszun und Rohner, Making Article 102 TFEU Future Proof – Learnings from the Past, a. a. O., vgl. Fn. 401, S. 11 f.

der Systematik des Kartellverbots aus Art. 101 AEUV in Betracht.⁴¹² Art. 101 Abs. 1 AEUV unterscheidet zwischen bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen einerseits und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen andererseits. Bei der Einordnung einer Vereinbarung als bezweckte oder (nur) bewirkte Wettbewerbsbeschränkung ist auf den Inhalt ihrer Bestimmungen und die mit ihr verfolgten Ziele sowie auf den wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang, in dem sie steht, abzustellen. Nur wenn mit der Vereinbarung kein wettbewerbswidriger Zweck in dem vorgenannten Sinne verfolgt wird, ist ihre Wirkung zu prüfen. Bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen ist somit keine (ausführliche) Auswirkungsanalyse erforderlich.⁴¹³ Allerdings wird die Kategorie der bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen von der Rechtsprechung (zunehmend) restriktiv ausgelegt.⁴¹⁴ Eine dem Art. 101 AEUV vergleichbare gesetzliche Unterscheidung fehlt bei Art. 102 AEUV zwar; hierauf weist das EuG in der Rechtssache Google Shopping ausdrücklich hin.⁴¹⁵ In der Rechtssache European Superleague Company spricht der EuGH dagegen auch im Zusammenhang mit dem Missbrauchsverbot an einer Stelle von einer bezweckten Zuwiderhandlung⁴¹⁶ und im Übrigen von einer Zuwiderhandlung ihrem Wesen nach⁴¹⁷. In dem Urteil betont der EuGH zugleich die Notwendigkeit eines Gleichlaufs von Art. 101 und 102 AEUV.⁴¹⁸ Demnach ist auch bei dem Missbrauchsverbot eine Dichotomie dergestalt naheliegender, dass nur bei den weniger schädlichen Verhaltensweisen eine (ausführliche) Auswirkungsanalyse zu erfolgen hat. Zum Zwecke der Beantwortung der Frage, ob es sich im Einzelfall um eine mehr oder weniger schädliche Verhaltensweise handelt, könnten abstrakte Kriterien dienen, die – zusätzlich zu den konkreten Fallgruppen – in die Leitlinien aufgenommen werden sollten.

2.3.4 Zusammenfassung und Empfehlung

311. Die Monopolkommission begrüßt die Initiative der Europäischen Kommission zur Veröffentlichung von Leitlinien zu Behinderungsmissbräuchen. Angesichts zunehmend aufwendiger und langer Verfahren besteht die Gefahr, dass die allgemeine Missbrauchsaufsicht wettbewerbliche Fehlentwicklungen nicht mehr ausreichend verhindern kann. In den geplanten Leitlinien sollte die Europäische Kommission deshalb darauf hinwirken, Missbrauchsverfahren abzukürzen und mehr Rechtssicherheit zu schaffen. Die Monopolkommission empfiehlt, anhand

⁴¹² So auch Ibáñez Colomo, *Common Market Law Review* 2024 (Vol. 61), 387, 413 f.; kritisch dagegen Schweizer/de Ridder, *How to Fix a Failing Art. 102 TFEU*, a. a. O., vgl. Fn. 383, S. 18.

⁴¹³ Dazu bereits Fn. 314.

⁴¹⁴ Vgl. nur EuGH, C-228/18, 2. April 2020, *Budapest Bank u.a.*, ECLI:EU:C:2020:265, dazu bereits Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 115, Tz. 358; C-211/22, a. a. O., vgl. Fn. 222, dazu bereits Tz. 230.

⁴¹⁵ EuG, T-612/17, 10. November 2021, *Google Shopping*, ECLI:EU:T:2021:763, Rz. 435 ff. (nicht rechtskräftig).

⁴¹⁶ In der deutschen Übersetzung ist dort sogar von einer „reinen Verhaltensweise“ die Rede; vgl. EuGH, C-333/21, a. a. O., vgl. Fn. 212, Rz. 131: „Über reine Verhaltensweisen, die tatsächlich oder potenziell eine Beschränkung des Leistungswettbewerbs bewirken, [...] hinaus können als „missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung“ auch Verhaltensweisen eingestuft werden, die nachweislich entweder tatsächlich oder potenziell bewirken oder sogar bezwecken, potenziell im Wettbewerb stehende Unternehmen [...] daran zu hindern, auch nur Zugang zu diesem Markt oder diesen Märkten zu erlangen [...].“ (Hervorhebungen nur hier).

⁴¹⁷ Ebenda, Rz. 148, 185.

⁴¹⁸ Ebenda, Rz. 186; dazu bereits Tz. 276.

konkreter Fallgruppen und abstrakter Kriterien solche Verhaltensweisen zu identifizieren bzw. identifizierbar zu machen, bei denen auf eine (ausführliche) Auswirkungsanalyse verzichtet werden kann. Die Rechtsprechung der Unionsgerichte lässt dies nicht nur zu, sondern liefert hierfür auch verschiedene Anhaltspunkte. Insbesondere kommt bei dem Missbrauchsverbot eine grundsätzliche Differenzierung zwischen mehr oder weniger schädlichen Verhaltensweisen entsprechend der gesetzlichen Systematik des Kartellverbots – hier: bezweckte bzw. bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen – in Betracht.

2.4 Zivilrechtliche Organhaftung für Kartellsanktionen

2.4.1 Hintergrund

312. Wenn eine Wettbewerbsbehörde ein Kartell aufdeckt, kann dies für die beteiligten Unternehmen erhebliche finanzielle Konsequenzen haben: Regelmäßig – und in der Praxis bisher am bedeutsamsten – erlegen die Wettbewerbsbehörden Geldbußen auf. Hinzu können Kartellschadensersatzansprüche kommen, die mittlerweile mit wachsendem Erfolg durch Dritte geltend gemacht werden. Durch die Rechtsordnung ebenfalls vorgesehen – bisher allerdings von nur geringer praktischer Bedeutung – sind die verschiedenen Möglichkeiten zur Vorteilsabschöpfung.⁴¹⁹ Die behördliche Vorteilsabschöpfung ist jüngst durch den Gesetzgeber gestärkt worden.⁴²⁰ Neben diese gesetzlich vorgesehenen Vermögensnachteile treten weitere Schäden, die unmittelbar beim Unternehmen selbst eintreten können, wie Verfahrenskosten oder die Kosten einer internen Ermittlung.

313. Sofern das betroffene Unternehmen als Kapitalgesellschaft – beispielsweise als Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) oder Aktiengesellschaft (AG) – organisiert ist, treffen diese Konsequenzen zunächst das rechtlich verselbstständigte Gesellschaftsvermögen. Hinter diesem Gesellschaftsvermögen stehen die wirtschaftlichen Eigentümer des Unternehmens – Gesellschafter oder Aktionäre. Geleitet werden solche Gesellschaften von ihren Organen. Im Fall einer AG ist dies ein Vorstand, der aus einer oder mehreren Personen besteht. Bei einer GmbH sind es ein oder mehrere Geschäftsführerinnen oder Geschäftsführer. Der Vorstand einer AG wird von einem Aufsichtsrat mit wenigstens drei Mitgliedern berufen und kontrolliert. Bei GmbHs kann ein Aufsichtsrat fakultativ eingerichtet werden, zwingend ist dies aber nicht.

314. Sofern innerhalb der Gesellschaft eine dieser natürlichen Personen – vor allem Vorstandsmitglieder oder Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer (Geschäftsleiter) – direkt für das Kartell und die dadurch eingetretenen Konsequenzen verantwortlich sein sollten, kann sich daher die Frage stellen, ob die Gesellschaft bei dieser Person Regress nehmen kann.⁴²¹ Das deut-

⁴¹⁹ Eine Vorteilsabschöpfung kann einerseits im Rahmen der Bußgeldbemessung vorgenommen werden (§ 81d Abs. 3 GWB i. V. m. § 17 Abs. 4 GWB). Andererseits ermöglicht § 34 GWB eine separate Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörden, § 34a GWB im Klagewege durch Verbände zugunsten des Bundeshaushalts.

⁴²⁰ Dazu bereits Tz. 160.

⁴²¹ Die Frage stellt sich ebenso bei Organen anderer Gesellschaftsformen und dürfte – unter Berücksichtigung arbeitsrechtlicher Besonderheiten – auch bei angestellten Führungskräften Relevanz entfalten; vgl. hierzu Stancke, in: Stancke/Weidenbach/Lahme, Kartellrechtliche Schadensersatzklagen, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2021, Kap M, Tz. 172-195.

sche Kapitalgesellschaftsrecht sieht unter folgenden Voraussetzungen grundsätzlich eine Haftung von Vorständen und Geschäftsführerinnen oder Geschäftsführern für Schäden vor, die der Gesellschaft durch die Geschäftsleitungstätigkeit entstehen (unter anderem § 43 Abs. 2 GmbHG, § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG):

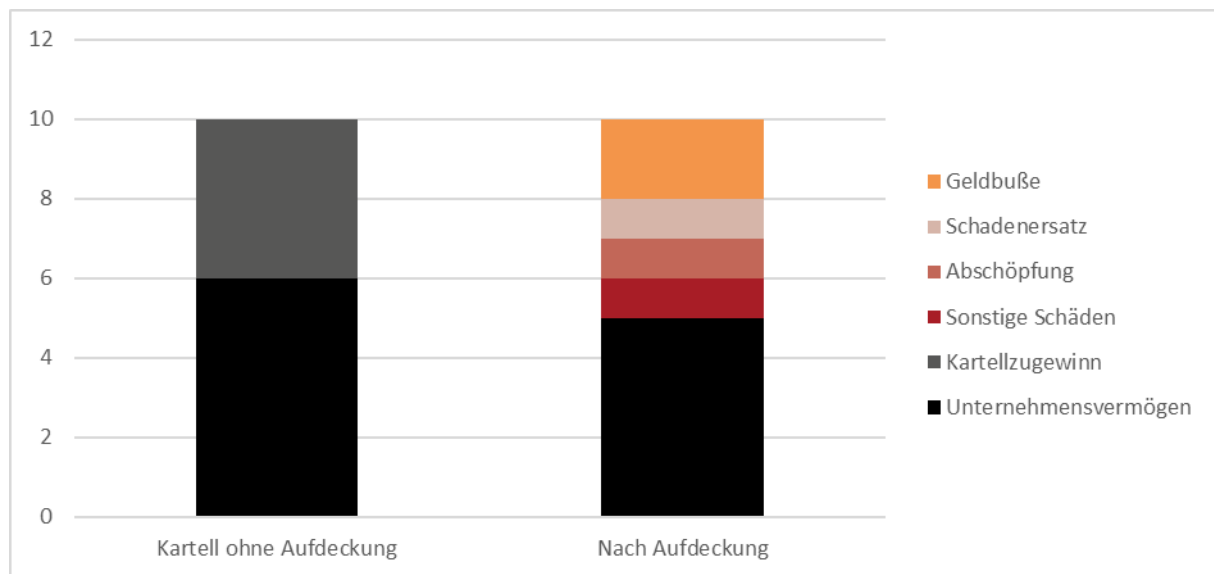
- Das Organmitglied muss eine Pflicht gegenüber der Gesellschaft verletzt haben. Zu diesen Pflichten zählt auch, für ein rechtmäßiges, den gesetzlichen Verpflichtungen entsprechendes, Verhalten der Gesellschaft Sorge zu tragen (sog. Legalitätspflicht).⁴²² Dies gilt selbst dann, wenn ein Rechtsverstoß aus Sicht der Gesellschaft objektiv vorteilhaft wäre. Eine Missachtung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften, die durch ein Organ einer Gesellschaft begangen wird, stellt daher immer auch eine Verletzung der Sorgfaltspflichten gegenüber der Gesellschaft dar.⁴²³
- Das Organmitglied muss diese Pflichtverletzung schuldhaft – also vorsätzlich oder fahrlässig – begangen haben. Das Verschulden muss bei dem Organmitglied selbst vorliegen und sich auf dessen Pflichtverletzung beziehen. Eine Haftung besteht beispielsweise nicht schon allein deshalb, weil ein Arbeitnehmer im Geschäftsbereich des Organmitglieds ein Kartell eingeht.
- Der Gesellschaft muss ein Schaden entstanden sein, der kausal auf der Pflichtverletzung des Organmitglieds beruht. Dieser wird üblicherweise nach der Differenzhypothese ermittelt. Dazu wird ein Vergleich zwischen der bestehenden Gesamtvermögenslage der Gesellschaft und derjenigen, die – hypothetisch – ohne das schädigende Ereignis gegeben wäre, angestellt.

315. Zur Illustration sei folgender – fiktiver – Beispielsfall gebildet⁴²⁴: Unterstellt sei ein Süßwarenhersteller, der in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft (AG) organisiert ist. Das für den Vertrieb zuständige Vorstandsmitglied spricht mit Leitungspersonen der Konkurrenten die Preise auf dem Markt für Fruchtgummi ab. Dabei ist ihm bewusst, dass er gegen kartellrechtliche Vorschriften verstößt, er handelt also schuldhaft. Hierdurch kann das Unternehmen die Marktpreise über das Wettbewerbsniveau erhöhen. Es erzielt einen zusätzlichen Gewinn von EUR 4 Mio. Ohne das Kartell hätte das Unternehmen einen Gewinn von EUR 6 Mio. erzielt. Das Bundeskartellamt deckt das Kartell auf und verhängt eine Geldbuße von EUR 2 Mio. Außerdem machen Abnehmer erfolgreich Kartellschadensersatz in Höhe von EUR 1 Mio. geltend. Zudem nimmt das Bundeskartellamt gemäß § 34 GWB eine Vorteilsabschöpfung von EUR 1 Mio. vor. Für interne Aufklärung und Verfahrenskosten wendet das Unternehmen weitere EUR 1 Mio. auf (Abbildung II.3).

⁴²² BGH, VI ZR 341/10, 10. Juli 2012, BGHZ 194, 26, Rz. 22 (zit. nach Juris), m. w. N.

⁴²³ Ausdrücklich zu kartellrechtlichen Pflichten als Teil der Legalitätspflicht LAG Düsseldorf, 16 Sa 459/14, 20. Januar 2015, Rz. 149 (zit. nach Juris); OLG Düsseldorf, VI-6 U 1/22 (Kart), 27. Juli 2023, Rz. 89 (zit. nach Juris); Degner, Vorstandsinnenhaftung nach Kartellrechtsverstößen, Baden-Baden 2021, S. 39; Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 21. Aufl. 2023, Köln, § 43 Rn. 12; Verse, in: Scholz, GmbHG, 12./13. Aufl. 2021/2022, Köln, § 43 Rn. 107.

⁴²⁴ Die hier verwendeten Zahlen sind rein fiktiv und können in der Realität sowohl in Bezug auf die absolute Höhe als auch auf das Verhältnis zueinander auch völlig anders ausfallen.

Abbildung II.3: Finanzielle Folgen eines aufgedeckten Kartells

Quelle: Eigene Darstellung

2.4.2 Wertende Korrektur durch das OLG Düsseldorf

316. Ob Organmitglieder von Kapitalgesellschaften für gegenüber der Gesellschaft verhängte Bußgelder haften können, ist (höchst-)richterlich bisher weder für Kartell- noch für sonstige Geldbußen abschließend geklärt. Die mit Blick auf das Kartellrecht geführte Diskussion wirkt in dem Zusammenhang wie eine Leitdebatte. Sie geht aber über die Frage der Haftung für Geldbußen hinaus und betrifft auch die anderen Vermögensnachteile, die im Fall eines aufgedeckten Kartells drohen – Kartellschadenersatzforderungen, Abschöpfung und sonstige Schäden.

317. Zuletzt war die Frage der Organhaftung für die finanziellen Folgen eines Kartells Gegenstand sich widersprechender Entscheidungen deutscher Gerichte. Eine obergerichtliche Entscheidung erging am OLG Düsseldorf zum Edelstahlkartell.⁴²⁵ Klägerinnen des Verfahrens waren die Konzernholding – eine AG – und deren das operative Geschäft durchführende Tochter-GmbH. Sie nahmen einen ehemaligen Manager in Anspruch, der sowohl Vorstand der Holding, als auch Geschäftsführer der Tochtergesellschaft gewesen war. Er hatte sich laut den Feststellungen des OLG in der Zeit von 2002 bis 2015 an einem Preiskartell zur Etablierung eines branchenweit einheitlichen Preissystems beteiligt. Hierfür waren sowohl die GmbH als auch deren Geschäftsführer selbst vom Bundeskartellamt mit einem Bußgeld belegt worden. Außerdem wurde die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Gerichtsentscheidung bereits von zwei Abnehmern auf Schadensersatz in Anspruch genommen. Die AG und die GmbH wollten ihr ehemaliges Organmitglied auf Ersatz der Geldbuße und von Aufklärungs- und Verteidigungskosten in Anspruch nehmen und außerdem festgestellt wissen, dass es für zukünftige Schadensersatzansprüche Dritter grundsätzlich hafte.

318. Der Kartellsenat des OLG Düsseldorf lehnte eine Organhaftung für Kartellgeldbußen grundsätzlich ab. Er nahm eine teleologische Begrenzung der Haftungsnorm (§ 43 Abs. 2

⁴²⁵ OLG Düsseldorf, VI-6 U 1/22 (Kart), a. a. O., vgl. Fn. 423, Rz. 159-206.

GmbHG) vor und wies darauf hin, dass die Möglichkeit des Regresses bei dem beklagten Geschäftsführer den Sanktionszweck der Unternehmensgeldbuße gefährde. Zudem würden die Vorgaben des Ordnungswidrigkeitenrechts unterlaufen. Während die Höhe der Kartellgeldbuße gegen ein Unternehmen bis zu 10 Prozent des Gesamtumsatzes des Unternehmens betragen könne, sei die Bußgeldkompetenz des Bundeskartellamtes bei natürlichen Personen auf EUR 1 Mio. begrenzt. Die Europäische Kommission könne zudem ausschließlich Geldbußen gegen Unternehmen verhängen. Schließlich könne sich das Organ im Regressfall bei seiner D&O-Versicherung schadlos halten, wodurch die Sanktionswirkung der Geldbuße ins Leere liefe. Eine Haftung für Kartellschadensersatzforderungen Dritter und sonstige Schäden des Unternehmens bejahte der Senat dagegen, gewährte dem beklagten Organ aber grundsätzlich den Einwand der Vorteilsausgleichung in Bezug auf durch das Unternehmen erzielte Kartellgewinne.

319. Mit dieser Haltung knüpft das OLG Düsseldorf an die bereits zuvor vereinzelt in der Rechtsprechung vertretene Ansicht an, dass sich kapitalgesellschaftsrechtliche Schadensersatzansprüche jedenfalls nicht auf kartellrechtliche Bußgelder erstrecken. So führte das LAG Düsseldorf 2015 in einem schlussendlich nicht rechtskräftig gewordenen Urteil⁴²⁶ an, dass das in den §§ 81 ff. GWB enthaltene kartellrechtliche Ordnungswidrigkeitenrecht eine abschließende Entscheidung darüber treffe, wer eine Geldbuße wirtschaftlich zu tragen habe.⁴²⁷ Zudem gebiete der generalpräventive Zweck der Kartellgeldbußen, Unternehmen und Unternehmensträger durch fühlbare Einbußen zu einer angemessenen Kontrolle ihres Verhaltens anzuhalten. Auch das LG Saarbrücken äußerte sich in einem Obiter Dictum im Jahr 2020 ablehnend zu der Frage der Vorstandshaftung für eine durch die Europäische Kommission verhängte Geldbuße.⁴²⁸ Der *effet utile*-Grundsatz gebiete insoweit die abschreckende Wirkung von Bußgeldern der Kommission sicherzustellen. Sofern Unternehmen die Bußgelder auf Vorstandsmitglieder oder deren D&O-Versicherungen abwälzen könnten, mildere dies die abschreckende Wirkung jedoch ab.

320. Die Konsequenz dieser Rechtsprechung wäre der vollständige Ausschluss der Haftung von Geschäftsleiterinnen und Geschäftsleitern für Kartellgeldbußen. Eine Haftung für Kartellschadensersatzansprüche Dritter und für sonstige Schäden wäre dagegen gegeben. Insoweit wird allerdings der Einwand der Vorteilsausgleichung zugelassen. Sofern das Organmitglied also beweisen kann, dass das Unternehmen aus dem Kartell einen Vorteil gezogen hat, wäre dieser auf die Ansprüche anzurechnen. In Bezug auf Schäden, die aus einer Vorteilsabschöpfung resultieren, wird dies regelmäßig gelingen, da diese nur durchgeführt werden kann, wenn ein entsprechender Vorteil festgestellt wird. Im Übrigen hängt die Höhe der Haftung davon ab, ob und in welchem Umfang das in Anspruch genommene Organmitglied diesen Beweis führen kann.

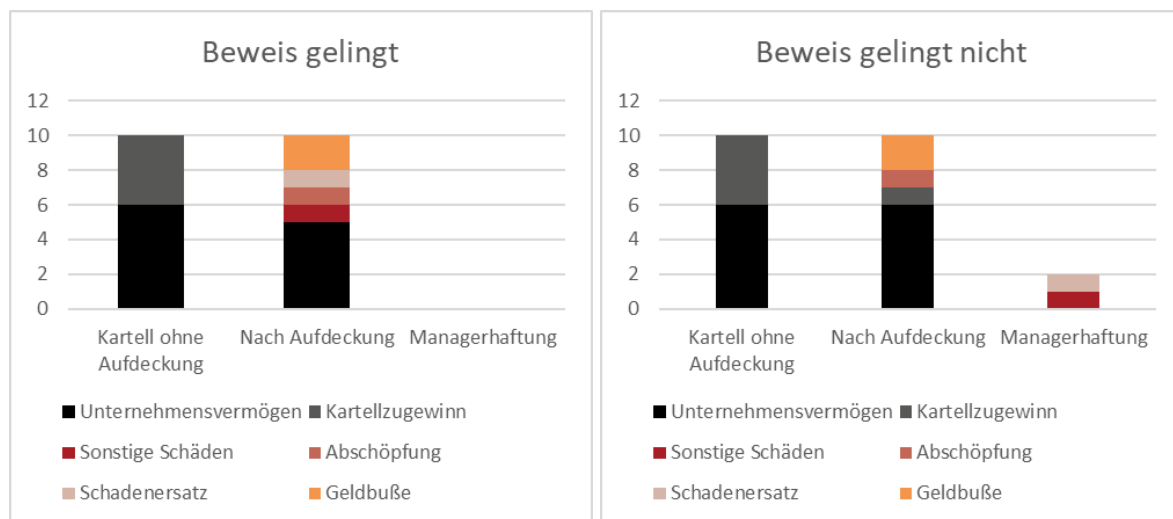
⁴²⁶ Die Entscheidung wurde vom BAG (8 AZR 189/15, 29. Juni 2017, BAGE 159, 316) aufgehoben und zur Klärung der Rechtswegzuständigkeit gemäß § 87 Satz 2 GWB an das LAG Düsseldorf zurückverwiesen, dieses (14 Sa 591/17, 29. Januar 2018 [zit. nach Juris]) hat den Rechtsstreit daraufhin an die ordentliche Gerichtsbarkeit (das LG Dortmund) verwiesen, wo sich die Parteien verglichen haben.

⁴²⁷ LAG Düsseldorf, 16 Sa 459/14, a. a. O., vgl. Fn. 423, Rz. 278-284.

⁴²⁸ LG Saarbrücken, 7 HK O 6/16, 15. September 2020, Rz. 149-151 (zit. nach Juris); die Frage wurde nicht entscheidungserheblich, da das Gericht den Anspruch bereits für verjährt hielt.

321. Angewendet auf das Fallbeispiel ergibt sich also folgendes: Der Süßwarenhersteller kann die Geldbuße (EUR 2 Mio.) nicht auf sein Vorstandsmitglied abwälzen. Gleiches gilt für die Vorteilsabschöpfung in Höhe von EUR 1 Mio. Für die Schadensersatzansprüche Dritter sowie die sonstigen Schäden (zusammen EUR 2 Mio.) hängt die Möglichkeit des Regresses davon ab, ob es dem Vorstandsmitglied gelingt, den Kartellvorteil zu beweisen. Sofern der Beweis gelingt, haftet der Manager nicht, obwohl der Schaden des Unternehmens sogar über den Kartellvorteil hinausgeht. Dies liegt daran, dass die Geldbuße bereits von vornherein aus der Haftung ausgeschlossen ist und bei der Vorteilsausgleichung nicht mehr mit einberechnet werden kann. Gelingt dem Vorstandsmitglied der Beweis dagegen nicht, haftet er im Umfang von EUR 2 Mio. (Schadensersatz und sonstige Schäden). Das Unternehmen kann dadurch einen Teil seines Kartellvorteils „behalten“ (Abbildung II.4).

Abbildung II.4: Organhaftung nach dem OLG Düsseldorf



Quelle: Eigene Darstellung

322. Dagegen hat das LG Dortmund im Jahr 2023 in zwei in demselben Rechtsstreit ergangenen Hinweisbeschlüssen die Haftung eines Organs sowohl für eine kartellrechtliche Unternehmensgeldbuße als auch für Kartellschadensersatzforderungen Dritter vorläufig bejaht.⁴²⁹ Das Gericht widersprach – in dem zweiten Beschluss – ausdrücklich der durch das OLG Düsseldorf vorgenommenen teleologischen Reduktion und verwies unter anderem darauf, dass Zivil- und Bußgeldrecht gleichberechtigt nebeneinander stünden. Es sei nicht ersichtlich, weshalb angebliche Besonderheiten des (deutschen) kartellrechtlichen Ordnungswidrigkeitenrechts einen Einfluss auf das Bestehen gesellschaftsrechtlicher Ausgleichsansprüche haben sollten, welche zudem die wichtigste Sanktionsmöglichkeit der Gesellschaft gegenüber ihren Organen seien. Die primäre Zahlungspflicht des Unternehmens werde durch die Zulassung des Regresses bei dem Organ auch nicht grundsätzlich infrage gestellt. So dürften die regelmäßig hohen Unternehmensgeldbußen die begrenzten finanziellen Mittel eines Organs häufig übersteigen. Fraglich sei zudem, ob und inwiefern eine D&O-Versicherung im Einzelfall greife. Zudem ziele der Präventionszweck der Geldbußen gerade auf die Leitungspersonen ab. Offen lässt das Gericht

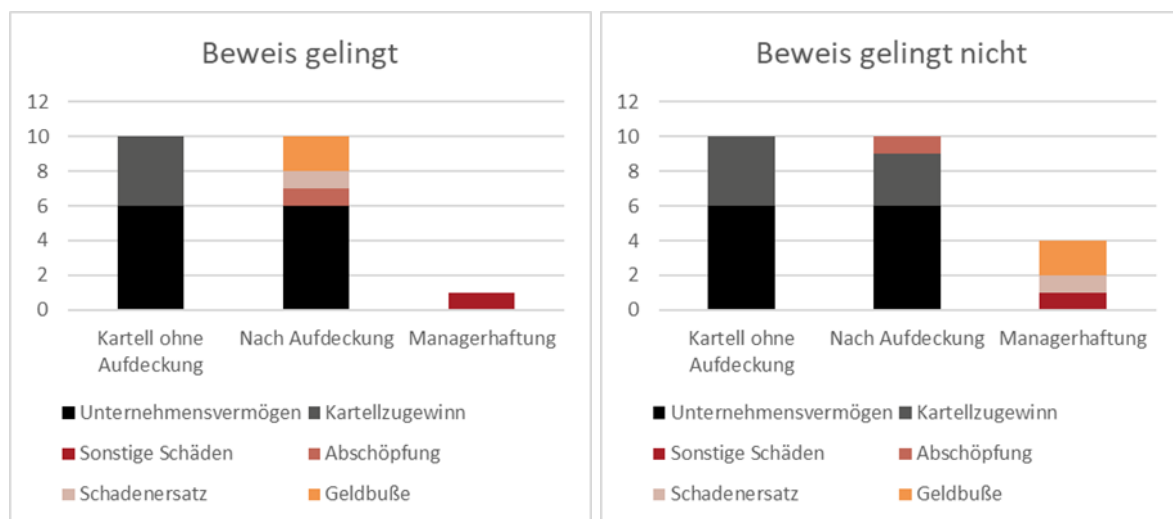
⁴²⁹ LG Dortmund, 8 O 5/22 (Kart), 21. Juni 2023 (WuW 2023, 456) und 14. August 2023 (WuW 2023, 573) (jeweils Hinweisbeschluss).

dagegen, ob der Abschöpfungscharakter der Geldbuße einen Ausschluss der Haftung rechtfertigen könnte. Eine solche Abschöpfung habe im zu entscheidenden Fall nicht stattgefunden. Das Gericht will die Haftung ebenfalls durch den Einwand der Vorteilsausgleichung begrenzen. Im zu entscheidenden Fall komme dieser aber nicht in Betracht, da durch das Kartell keine Vorteile, sondern Verluste entstanden seien.

323. Das LG Dortmund will die Haftung für Geldbußen also grundsätzlich zulassen. Gleiches gilt für Kartellschadenersatzansprüche Dritter und – wohl – auch für sonstige Schäden. Ebenso wie das OLG Düsseldorf will das LG Dortmund den Einwand der Vorteilsausgleichung zulassen und zwar – wie es scheint – gegenüber allen Haftungsgegenständen. Es käme also auch nach diesem Ansatz im Wesentlichen darauf an, ob es in Anspruch genommenen Vorstandmitgliedern gelingt, den Umfang eines möglichen Kartellvorteils nachzuweisen.

324. Angewendet auf den Beispielsfall bedeutet dies: Sofern es dem Vorstandmitglied gelingt, den Kartellvorteil des Unternehmens (EUR 4 Mio.) nachzuweisen, haftet er im Umfang von EUR 1 Mio. Dies liegt daran, dass die Schäden im Fallbeispiel den Kartellvorteil um genau diesen Betrag übersteigen. Beim Unternehmen verbleibt genau das Vermögen, das es ohne Eingehung des Kartells gehabt hätte. Sofern der Beweis nicht gelingt, haftet der Vorstand im Umfang aller Schäden außer der Vorteilsabschöpfung (insgesamt EUR 4 Mio.). Dem Unternehmen verbleibt ein Großteil seines Kartellvorteils (Abbildung II.5).

Abbildung II.5: Organhaftung nach dem LG Dortmund



Quelle: Eigene Darstellung

325. Auch in anderen Mitgliedstaaten der EU sind bereits Entscheidungen zu der Thematik ergangen, ohne dass sich dabei eine einheitliche Linie erkennen ließe.⁴³⁰ In der juristischen Literatur wurde das Urteil des OLG Düsseldorf uneinheitlich aufgenommen.⁴³¹ Auch sonst findet sich dort – ebenso wie in der Rechtsprechung – kein einheitliches Meinungsbild zur Frage der Organhaftung für die finanziellen Folgen von Kartellsanktionen. Vielfach wird vorgeschlagen, die grundsätzlich bestehende Haftung aufgrund der Wertungen der kartellrechtlichen Bußgeldvorschriften normativ zu korrigieren. Dazu soll die Haftung entweder bereits tatbestandsmäßig ausgeschlossen, der Höhe nach zu begrenzen oder zumindest Kartellgewinne des Unternehmens gegenzurechnen sein. Andere Stimmen lehnen eine normative Korrektur dagegen ab.⁴³²

326. Die Auswirkungen der in der Rechtsprechung vertretenen Lösungsansätze verdeutlichen, dass die Berücksichtigung der aus dem Kartell gezogenen Vorteile von hoher Bedeutung ist. Die allgemeine Beweislastverteilung bei der Vorteilsausgleichung führt dazu, dass der Kartellvorteil beim Unternehmen verbleiben kann, wenn der Manager ihn nicht nachweisen kann. Auf der anderen Seite kann ein vollständiger Ausschluss der Haftung für die Geldbuße im Einzelfall dazu führen, dass eine Geschäftsleiterin oder ein Geschäftsleiter nicht haftet, obwohl er über den Kartellvorteil hinaus einen Schaden beim Unternehmen verursacht hat. Aus Sicht der Monopolkommission spricht dies für eine stärkere Berücksichtigung des Vorteils, den das Unternehmen aus dem Kartell gezogen hat sowie zumindest tendenziell gegen einen vollständigen Ausschluss der Geldbuße. Für eine Ausgestaltung der Haftung im Einzelnen werden zunächst deren Auswirkung auf zwei wichtige Ziele der Kartellsanktionen in den Blick genommen: Generalprävention und Gewinnabschöpfung.

⁴³⁰ Vgl. zu Entscheidungen aus Großbritannien und den Niederlanden die Überblicke bei Franck/Seyer, *Antitrust Fines and Managerial Liability*, 2023, Discussion Paper Series – CRC TR 224, S. 4-11, <https://ssrn.com/abstract=4458185>, Abruf am 27. März 2024; Wagner-von Papp, *The Interplay Between Corporate Law and Competition Sanctions or Remedies*, 2023, S. 23 f., <https://ssrn.com/abstract=4578598>, Abruf am 27. März 2024; erscheinen beide in Thépot/Tzanaki (Hrsg.), *Research Handbook on Competition and Corporate Law*, Cheltenham, 2024.

⁴³¹ Zustimmend Dreher, AG 2023, 845, 846; Friedl, ZWeR 2023, 428, 437; von Schreitter/Lauer, DB 2023, 2035; im Ergebnis auch Leclerc, NZG 2023, 1261, 1267; tendenziell auch Sattler, BB 2023, 2451, 2452; kritisch dagegen Eufinger, BB 2024, 451, 455; Kersting/May, WUW1459786 (Teil 1), WUW1459787 (Teil 2); Nietsch, NJW 2024, 471, 476.

⁴³² Für einen normativen Ausschluss der Haftung unter anderem; Friedl, ZWeR 2023, 428, 439 f.; Labusga, VersR 2017, 394, 399 f.; Leclerc, NZKart 2021, 220, 224 f.; Ost, in: Kokott/Pohlmann/Polley, *Europäisches, Deutsches und Internationales Kartellrecht*, Festschrift für Dirk Schroeder zum 65. Geburtstag, Köln 2018, 589, 591-596; Thomas, VersR 2017, 596, 599; Verse, in: Scholz, GmbHG, a. a. O., vgl. Fn. 423, § 43 Rn. 310-313; in der Tendenz auch von Schreitter/Lauer, DB 2023, 2035, 2038 f.; vgl. zum Meinungsstand die Nachweise bei OLG Düsseldorf, VI-6 U 1/22 (Kart), a. a. O., vgl. Fn. 423, Rz. 162-183; sowie LG Dortmund, 8 O 5/22, 21.06.2023, a. a. O., vgl. Fn. 429; zum Meinungsstand für eine Haftungsbegrenzung vgl. die Darstellungen und Nachweise bei Fleischer, DB 2014, 345, 349; Friedl, ZWeR 2023, 428, 430 f. (Fn. 17 ff.) sowie Kersting, ZIP 2016, 1266, 1269 ff.; kritisch hierzu Franck/Seyer, *Antitrust Fines and Managerial Liability*, a. a. O., vgl. Fn. 430, S. 34 ff.; Stancke, BB 2020, 1667, 1671; für eine Begrenzung auf den Ahndungsteil der Geldbuße Fleischer, DB 2014, 345, 348; Heyers, WuW 2022, 413, 416; Labusga, VersR 2017, 394, 400; vgl. zum Meinungsstand allgemein Sailer-Coceani, in: Schmidt/Lutter, AktG, 4./5. Aufl. 2021/22, § 93 Rn. 37.

2.4.3 Generalpräventive Wirkung der Kartellsanktionen

327. Aus einer ex ante-Perspektive sollen die für den Fall aufgedeckter Kartelle vorgesehenen finanziellen Konsequenzen für die verantwortlichen Unternehmen Wettbewerbschäden verhindern. Unternehmen sollen zu kartellrechtskonformem Verhalten angehalten werden. Die primärrechtlichen Grundlagen des europäischen Kartellverfahrensrechts stellen insoweit ausdrücklich fest, dass „die Beachtung der in Artikel 101 Absatz 1 und Artikel 102 genannten Verbote durch die Einführung von Geldbußen und Zwangsgeldern zu gewährleisten“ ist (Art. 103 Abs. 2 lit. a AEUV). Insbesondere die Geldbußen als wichtigste finanzielle Sanktion des Kartellrechts sollen die Unternehmen daher nicht nur bestrafen, sondern sowohl die betroffenen als auch alle anderen Unternehmen davon abhalten, (weitere) Kartelle einzugehen.⁴³³ Auch die bisherige Rechtsprechung zur Organhaftung für Kartellgeldbußen erkennt diesen spezial- und generalpräventiven Zweck ausdrücklich an.⁴³⁴ Die anderen durch die Rechtsordnung vorgesehenen Konsequenzen, namentlich Schadensersatzansprüche und Abschöpfungsmöglichkeiten, zielen zumindest auch darauf ab, die Unternehmen von der Eingehung von Kartellen abzuhalten.⁴³⁵ Aus Sicht der Monopolkommission darf die Ausgestaltung der Organhaftung im Fall von Kartellsanktionen mit Blick auf deren generalpräventive Ausrichtung daher nicht dazu führen, dass die Anreize zur Eingehung von Kartellen steigen.

328. Aus Sicht eines Unternehmens ergeben sich Anreize zur Eingehung von Kartellen, wenn die damit verbundenen Vorteile die potenziellen Nachteile überwiegen.⁴³⁶ Ex ante werden die finanziellen Anreize eines Unternehmens determiniert durch den erwarteten zusätzlichen Gewinn eines Kartells (Kartellzugewinn) abzüglich der zu erwartenden (negativen) Konsequenzen. Bei Letzteren ist zu berücksichtigen, dass sie nur bei einer Aufdeckung des Kartells eintreten. Ihr Erwartungswert wird daher nicht nur durch den potenziellen Umfang der Sanktionen, sondern auch durch die Wahrscheinlichkeit der Aufdeckung des Kartells bestimmt.⁴³⁷ Eine ideal effektive Ausgestaltung der finanziellen Sanktionen unter spezial- und generalpräventiven Ge-

⁴³³ St. Rspr., vgl. EuGH, C-100 bis 103/80, 7. Juni 1983, *Musique Diffusion Francaise*, ECLI:EU:C:1983:158, Rz. 105 f.; C-289/04 P, 29. Juni 2006, *Showa Denko*, ECLI:EU:C:2006:431, Rz. 16; ausdrücklich auch ErwGr. 29 VO (EG) 1/2003; vgl. zur praktischen Bedeutung der Generalprävention die in den Bußgeldleitlinien der Kommission (2006, Rz. 30) vorgesehene Möglichkeit, zur Abschreckung höhere Bußgelder bei großen Unternehmen zu verhängen.

⁴³⁴ LAG Düsseldorf, 16 Sa 459/14, a. a. O., vgl. Fn. 423, Rz. 166; LG Saarbrücken, 7 HK O 6/16, a. a. O., vgl. Fn. 428, Rz. 150; OLG Düsseldorf, VI-6 U 1/22 (Kart), a. a. O., vgl. Fn. 423, Rz. 194; LG Dortmund, 8 O 5/22 (Kart), 14. August 2023, a. a. O., vgl. Fn. 429, S. 575.

⁴³⁵ Zu kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen vgl. die Rspr. des EuGH, C-453/99, 20. September 2001, *Courage und Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465, Rz. 26; C-724/17, 14. März 2019, *Skanska Industrial Solutions*, ECLI:EU:C:2019:204, Rz. 43 f.; C-882/19, 6. Oktober 2021, *Sumal*, ECLI:EU:C:2021:800, Rz. 36; C-163/21, 10. November 2022, *PACCAR u.a.*, ECLI:EU:C:2022:863, Rz. 56; C-312/21, 16. Februar 2023, *Tráficos Manuel Ferrer*, ECLI:EU:C:2023:99, Rz. 42; die Präventionswirkung der Vorteilsabschöpfung betont Roth, in *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht* (Stand: 2024), § 34a GWB Rn. 1 f.

⁴³⁶ Ein älterer Literaturüberblick zu Gründen für eine Kartellbildung findet sich in Levenstein/Suslow, *Journal of Economic Literature* 44, 2006, 43.

⁴³⁷ Monopolkommission, *Sondergutachten 72: Strafrechtliche Sanktionen bei Kartellverstößen*, Baden-Baden, 2015, Tz. 182; Monopolkommission, *XXIV. Hauptgutachten*, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 312 ff.

sichtspunkten erfordert daher, die zu erwartenden Kosten eines Kartells unter Berücksichtigung der Aufdeckungswahrscheinlichkeit höher als die zu erwartenden Kartellgewinne festzulegen. Der Vergleich der Ansätze des OLG Düsseldorf und des LG Dortmund hat bereits gezeigt, dass die die (Nicht-) Zulassung der Organhaftung für Kartellsanktionen zu einer Verschiebung der Kartellgewinne und -sanktionen zwischen dem Unternehmen selbst und den handelnden Organmitgliedern führen kann. Sofern dies ex ante absehbar ist, können sich dadurch die Anreize, Kartelle einzugehen, verändern. Entsprechend niedriger sind dann die Anreize, Maßnahmen zur Verhinderung von Kartellverstößen und zu deren Aufklärung (z. B. durch Kronzeugenanträge) zu treffen.

329. Bei dieser Betrachtung ist allerdings zu berücksichtigen, dass Kapitalgesellschaften nicht selbst, sondern nur durch ihre Organe handeln können. Nur bei diesen – natürlichen – Personen können Auswirkungen auf die Anreize zur Eingehung von Kartellen entstehen. Um die Auswirkungen der Organhaftung auf den präventiven Zweck der Kartellsanktionen zu untersuchen, müssen daher die tatsächlich innerhalb der Gesellschaft Handelnden (Geschäftsleiterinnen und Geschäftsleiter, Aufsichtsgremien, Gesellschafterinnen und Gesellschafter) in den Blick genommen werden.⁴³⁸ Dem steht auch aus rechtlicher Perspektive nicht entgegen, dass der (europäische) Gesetzgeber bewusst das „Unternehmen“ als Adressat der Bußgeldentscheidung gewählt hat.⁴³⁹ Eine Aussage, wie die Belastungen innerhalb des Unternehmens zu verteilen sind, war damit nämlich nicht verbunden. Auch die Monopolkommission hat in der Vergangenheit im Kontext der Kriminalisierung schwerer Kartellverstöße bereits auf die Bedeutung der Anreize natürlicher Personen hingewiesen.⁴⁴⁰

330. Das Handeln natürlicher Personen innerhalb und für Kapitalgesellschaften zum Wohle der Kapitalgesellschaft und unter der Einhaltung kartellrechtlicher Vorschriften ist zu einem bedeutenden Teil intrinsisch motiviert. Die Monopolkommission geht davon aus, dass die meisten Akteure bestrebt sind, kartellrechtliche Vorschriften einzuhalten. In Einzelfällen, wo dies nicht ausreicht, kann die intrinsische Motivation durch extrinsische Anreize unterstützt werden. Hierfür kommen beispielsweise gesetzliche Verpflichtungen infrage, die bei Nichteinhaltung mit finanziellen Folgen für das eigene Vermögen oder das Gesellschaftsvermögen verbunden sind. Insbesondere finanzielle Konsequenzen für das Privatvermögen der Manager können ein wichtiges Instrument sein, Handeln im Sinne des Unternehmens sicherzustellen. Nosenzo u.a. (2013) zeigen beispielsweise spieltheoretisch und experimentell, dass gerade im Verhältnis zwi-

⁴³⁸ Wagner-von Papp, F., *The Interplay Between Corporate Law and Competition Sanctions or Remedies*, a. a. O., vgl. Fn. 430, S. 6; Wils, WuW 2023, 583, 586 f.; a. A. (Abstellen auf Unternehmen): Heyers, WuW 2022, 413, 414 f.; Leclerc, NZKart 2021, 220, 224; Ost, in: Kokott/Pohlmann/Polley, *Europäisches, Deutsches und Internationales Kartellrecht*, a. a. O., Fn. 432, 589, 595.

⁴³⁹ EuGH, C-882/19, a. a. O., vgl. Fn. 435, Rz. 39; gleiches gilt insoweit, wenn das Bundeskartellamt eine Geldbuße bewusst gegen ein Unternehmen – und nicht gegen handelnde natürliche Personen – verhängt.

⁴⁴⁰ Monopolkommission, *Sondergutachten 72*, a. a. O., vgl. Fn. 437, Tz. 183 ff.; XX. *Hauptgutachten*, a. a. O., vgl. Fn. 398, Tz. 160.

schen einem Unternehmen und seinen Angestellten finanzielle Konsequenzen („fines“) ein effektives Instrument zur Sicherstellung regelkonformen Verhaltens („compliance“) sein können.⁴⁴¹

331. Die drei Motivationslagen bedingen sich zudem gegenseitig: Die (Nicht-) Einhaltung gesetzlicher Vorschriften kann zu behördlichen Sanktionen und Vermögensschäden zulasten des Gesellschaftsvermögens und im Ausnahmefall auch zulasten des Privatvermögens der handelnden Personen führen. Pflichtverletzungen zulasten der Gesellschaft können wiederum Sanktionen der Gesellschaft gegenüber den verantwortlich handelnden Personen (Abberufung/Kündigung oder Schadensersatz) zur Folge haben. Bei Gesellschafterinnen und Gesellschaftern führen Veränderungen des Gesellschaftsvermögens unmittelbar zu Veränderungen des Privatvermögens.

332. Durch die Entscheidung über die (Nicht-) Zulassung der Organhaftung kann sich im Fall eines aufgedeckten Kartells die Zuordnung der Kartellsanktionen verändern. Hierdurch können sich die extrinsischen, finanziell begründeten, Anreize der handelnden Personen verändern. In Bezug auf unmittelbar für ein Kartell verantwortlich handelnde Geschäftsleiterinnen und Geschäftsleiter verändert die Zulassung der Organhaftung die Vermögensverteilung im Fall eines aufgedeckten Kartells zulasten ihres Privatvermögens. Die Möglichkeit, für die negativen finanziellen Auswirkungen persönlich haftbar gemacht werden zu können, dürfte deren Anreize, kartellrechtskonform zu handeln, deutlich erhöhen.⁴⁴² Demgegenüber stehen zwar positive (bzw. verringerte negative) Auswirkungen auf das Unternehmensvermögen. Die dadurch gegebenenfalls gesenkten Anreize zu kartellrechtskonformem Verhalten dürften jedoch durch die (potenziell existenzvernichtenden) Auswirkungen auf das Privatvermögen mehr als ausgeglichen werden. Es ist daher davon auszugehen, dass der Anreiz, für kartellverantwortliche Organmitglieder, sich initial kartellrechtskonform zu verhalten, bei bestehenden Kartellen Kronzeugenanträge zu stellen und/oder durch Kooperation im Verfahren eine Ermäßigung der Geldbuße zu erlangen, durch die Haftung *ceteris paribus* steigt.

333. Insbesondere der Umfang des Kartellschadensersatzes und einer möglichen Vorteilsabschöpfung beruhen allerdings auch auf Erkenntnissen aus den wettbewerbsbehördlichen Verfahren. Insofern könnte eine persönliche Haftung auch die Anreize senken, Kartelle aufzuklären, Kronzeugenanträge zu stellen und kooperativ am Verfahren teilzunehmen, um die Durchsetzung derartiger Vermögensnachteile zu vermeiden.⁴⁴³ Dies gilt umso mehr, als keine gesetzliche Verpflichtung zur proaktiven Mitarbeit in wettbewerbsbehördlichen Verfahren oder zur Stellung von Kronzeugenanträgen besteht. Organe sind gesellschaftsrechtlich nur dann zur Kooperation mit Ermittlungsbehörden verpflichtet, wenn dies im Unternehmensinteresse ist.⁴⁴⁴ Hinzu kommt, dass die unzureichende Berücksichtigung von Kronzeugenanträgen im Rahmen von Kartellschadensersatzprozessen schon allgemein zu verringerten Anreizen zur Stellung von Kronzeugenanträgen führen kann. Hierauf hat die Monopolkommission bereits im letzten

⁴⁴¹ Nosenzo u.a., Encouraging Compliance: Bonuses Versus Fines in Inspection Games, *The Journal of Law, Economics, and Organization*, 30, 2013, 623.

⁴⁴² Hierauf verweist auch das LG Dortmund, 8 O 5/22 (Kart), 14.08.2023, a. a. O., vgl. Fn. 429, S. 575.

⁴⁴³ In Bezug auf die Anreize zur Stellung von Kronzeugenanträgen Leclerc, NZKart 2021, 220, 224 f.

⁴⁴⁴ Eingehend Fleischer, DB 2014, 345, 351.

Hauptgutachten hingewiesen.⁴⁴⁵ Dies gilt erst recht für Organmitglieder, sofern diese für die durch Kronzeugenanträge ermöglichten Schadensersatzforderungen persönlich haften. Eine Betrachtung der Anreize zu kartellrechtskonformem Verhalten – insbesondere zur Beteiligung an der Aufklärung von Kartellen – könnte daher indiziell dafürsprechen, eine persönliche Haftung für Ansprüche, die dem Ausgleich von Kartellschäden oder der Abschöpfung von Kartellgewinnen dienen, zumindest zu beschränken. Dennoch dürften die Anreize zur Eingehung von Kartellen gegenüber den durch die persönliche Haftung vermittelten Anreizen zu kartellrechtskonformem Verhalten aus einer ex ante-Perspektive deutlich zurücktreten.

334. Im Zusammenhang mit der persönlichen Haftung insbesondere für Geldbußen könnte sich allerdings die Höhe der im Raum stehenden Haftungssummen als problematisch für Handlungsspielräume der betroffenen Geschäftsleiterinnen und Geschäftsleiter darstellen. Die Höhe der Unternehmen auferlegten Geldbußen wird lediglich anknüpfend an den Unternehmensumsatz begrenzt.⁴⁴⁶ Eine Haftung für die dadurch entstehenden teilweise sehr hohen Geldbußen kann für natürliche Personen schnell existenzbedrohend wirken. Dadurch könnte es zu Überanreizen der Geschäftsleiterinnen und Geschäftsleiter kommen, nicht nur von kartellrechtswidrigem Verhalten abzusehen, sondern insgesamt risikoavers und übervorsichtig zu agieren, um die – grundsätzlich auch schon bei Fahrlässigkeit möglichen – hohen Haftungsrisiken zu vermeiden. Dadurch könnte nicht nur kartellrechtswidriges Verhalten verhindert, sondern auch eine gesamtwirtschaftlich wünschenswerte aktive Beteiligung am Marktgeschehen eingeschränkt werden.⁴⁴⁷ Dies stellt allerdings kein spezifisches Problem der Haftung für Kartellschäden dar. Vielmehr dürften Schäden, die im Vermögen der Gesellschaft eintreten, typischerweise Umfänge erreichen, die potenziell die Leistungsfähigkeit der haftenden natürlichen Personen überschreiten. Hieraus ergibt sich jedoch kein Bedürfnis nach einem vollständigen Ausschluss oder einer höhenmäßigen Begrenzung der Haftung. Das Gesellschaftsrecht sieht selbst zwei Instrumente zur Bewältigung dieses Problems vor. Einerseits ist der Verschuldensmaßstab für Organmitglieder durch die sog. „Business Judgement Rule“ (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG) angepasst. Nach dieser Vorschrift liegt keine Pflichtverletzung vor, wenn das Organmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Außerdem besteht die Möglichkeit des Abschlusses von D&O-Versicherungen. Sie sollen verhindern, dass die Gefahr einer persönlichen Haftung den unternehmerischen Handlungsspielraum übermäßig einschränkt.⁴⁴⁸ Diese Instrumente sind auch bei der Organhaftung für Kartellgeldbußen und andere Kartellfolgeschäden anwendbar und relativieren insoweit die potenziell negativen Auswirkungen auf die Risikobereitschaft der handelnden Organmitglieder.⁴⁴⁹

⁴⁴⁵ Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 296-326.

⁴⁴⁶ § 81c Abs. 2 Satz 2 GWB bzw. Art. 23 Abs. 1, Abs. 2 UAbs. 2 VO (EG) Nr. 1/2003.

⁴⁴⁷ Franck/Seyer, Antitrust Fines and Managerial Liability, a. a. O., vgl. Fn. 430, S. 28 f.

⁴⁴⁸ Vgl. dazu eingehend Hopt/Roth, in: Hirte/Mülbert/Roth, Großkommentar AktG, 5. Aufl. 2014, Berlin, § 93 Rn. 31, 42.

⁴⁴⁹ Für eine Lösung über die Business Judgement Rule auch Franck/Seyer, Antitrust Fines and Managerial Liability, a. a. O., vgl. Fn. 430, S. 30 ff.; das OLG Düsseldorf wendet in seiner Entscheidung dagegen den Verschuldensmaßstab des Kartellrechts an, VI-6 U 1/22 (Kart), a. a. O., vgl. Fn. 423, Rz. 92; kritisch hierzu Leclerc, NZG 2023, 1261, 1264 f.

335. Geschäftsleiterinnen und Geschäftsleiter, die zum Zeitpunkt der Eingehung oder während des Bestehens des Kartells zwar berufen, aber nicht an der Eingehung beteiligt waren und auch nicht fahrlässig ihre Überwachungs- und Aufsichtspflichten verletzen, sind durch die Möglichkeit der persönlichen Haftung mangels (Legalitäts-) Pflichtverletzung zunächst nicht betroffen. Für sie bestehen also nur die über das Gesellschaftsvermögen vermittelten Anreize, Kartelle aufzuklären, Kronzeugenanträge zu stellen und im Verfahren zu kooperieren. Sofern das Unternehmen allerdings die Möglichkeit hat, insbesondere das Bußgeld im Wege des Regresses auf die verantwortlichen Organe abzuwälzen, wären diese durch das Gesellschaftsvermögen vermittelten Anreize zur Verhinderung und Aufklärung von Kartellen sowie zur Stellung von Kronzeugenanträgen und zur Verfahrenskooperation eingeschränkt. Geschäftsleiterinnen und Geschäftsleiter, die nicht an den wettbewerbswidrigen Praktiken beteiligt gewesen sind, könnten insoweit Anreize haben, die Aufklärung des Kartells zu behindern, um Schadensersatz und Gewinnabschöpfung zu vermeiden. Da keine rechtliche Pflicht zur Stellung von Kronzeugenanträgen oder zur Verfahrenskooperation besteht, könnte eine solche Vorgehensweise ohne Verstoß gegen die Legalitätspflicht – und damit formal ohne Haftungsrisiken – vorgenommen werden. Das dadurch in Kauf genommene (höhere) Bußgeld könnte dann auf die für das Kartell verantwortliche Geschäftsleiterin oder den Geschäftsleiter abgewälzt werden. Eine solche Vorgehensweise ist allerdings selbst nicht ohne (Haftungs-) Risiko: Sobald die eingeschränkte Aufklärung des Kartells in irgendeiner Weise zu einer – wenn auch nur teilweisen – Weiterführung des Kartells führt, liegt darin doch wieder ein Verstoß gegen die Legalitätspflicht mit Konsequenzen für die persönliche Haftung. Wenn unterlassene Kronzeugenanträge oder Verfahrenskooperation zu höheren Bußgeldern oder Schadensersatzansprüchen führen, kann dies zudem zwar mit der Legalitätspflicht, aber nicht mit der gegenüber der Gesellschaft bestehenden allgemeinen Vermögensbetreuungspflicht vereinbar sein. Auch dann besteht wieder ein Risiko persönlicher Haftung. Bei für das Kartell nicht verantwortlichen Geschäftsleiterinnen und Geschäftsleitern kann sich aus der Möglichkeit, Bußgelder und andere Kartellschäden auf die verantwortlichen – persönlich haftenden – Organe abzuwälzen, daher zwar ein negativer Effekt auf die über das Gesellschaftsvermögen vermittelten Anreize zur Aufklärung von Kartellen und zur Verfahrenskooperation ergeben, um opportunistisch Abschöpfung und Schadensersatz zu erschweren. Aus einer ex ante-Perspektive dürfte jedoch regelmäßig unklar sein, ob und in welchem Umfang die Schäden tatsächlich abgewälzt werden können oder ob die eingegangenen Risiken beim Unternehmen verbleiben. Zudem dürfte das Risiko, sich als Geschäftsleiterin oder Geschäftsleiter durch unterlassene Aufklärung oder Verfahrenskooperation selbst einer persönlichen Haftung auszusetzen, die Einschränkung der durch das Gesellschaftsvermögen vermittelten Anreize mehr als aufwiegen.

336. Ähnlich stellt sich die Situation für Geschäftsleiterinnen und Geschäftsleiter dar, die erst nach Abschluss oder Aufdeckung des Kartells berufen wurden. Durch die Möglichkeit zur Abwälzung der Schäden auf die verantwortlichen Geschäftsleiterinnen und Geschäftsleiter könnten aus Unternehmenssicht Anreize bestehen, opportunistisch zulasten der Aufklärung des Kartells zu handeln. Dabei würden sich diese Geschäftsleiterinnen und Geschäftsleiter aber ebenfalls dem Risiko aussetzen, dass dem Unternehmen zusätzliche Schäden entstehen, für die nicht die ursprünglich für das Kartell Verantwortlichen haftbar gemacht werden können. In diesem Fall bestünde nach den vorweg genannten Grundsätzen ebenfalls das Risiko persönlicher Haf-

tung. Insofern ist davon auszugehen, dass die Anreize zur Aufklärung und Vermeidung von Kartellen überwiegen. Gleiches gilt auch für nicht unmittelbar selbst handelnde Aufsichtsgremien: Durch die Möglichkeit der Abwälzung von Schäden im Wege der Organhaftung könnten zwar geringere Anreize zu effektiver Aufsicht und Aufklärung im Kartellfall bestehen. Auch diese dürften aber durch das dann bestehende Risiko persönlicher Haftung (§ 116 i. V. m. § 93 Abs. 2 AktG) für eigene Pflichtverletzungen mehr als aufgewogen werden.

337. Anders als die genannten Organmitglieder partizipieren Gesellschafterinnen und Gesellschafter als wirtschaftliche Eigentümer einer Kapitalgesellschaft unmittelbar am Unternehmenserfolg. Die Möglichkeit, Kartellschäden im Wege des Organregresses abzuwälzen, verringert aus deren Sicht daher unmittelbar die Risiken, die mit der Eingehung von Kartellen einhergehen und könnte die Anreize zu Kartellverstößen erhöhen. Dies wäre aus Sicht der generalpräventiven Funktion der Kartellsanktionen nicht anzustreben und ist einer der Hauptkritikpunkte an der Organhaftung für kartellrechtliche Geldbußen.⁴⁵⁰ Insbesondere hierbei ist allerdings zu beachten, dass Gesellschafterinnen und Gesellschafter gerade nicht selbst für die Kapitalgesellschaft handeln können, sondern nur vermittelt durch deren Organe. Dies gilt insbesondere in Aktiengesellschaften, bei der der Vorstand die Gesellschaft in eigener Verantwortung leitet (§ 76 AktG) und die Aktionärinnen und Aktionäre wenig Einfluss auf die unmittelbare Amtsführung haben. Die durch die Kartellsanktionen angestrebten Anreize zur Vermeidung von Kartellen beziehen sich bei Gesellschafterinnen und Gesellschaftern insbesondere auf die Auswahl und Überwachung dieser Führungskräfte. Wichtiges Instrument ist hierfür eine effektive Möglichkeit zur Sanktionierung der Organmitglieder, zu der neben variablen Gehaltsbestandteilen und der Möglichkeit zur Abberufung und Kündigung auch die Regeln zum Schadensersatz gehören.⁴⁵¹ Die Monopolkommission hat daher bereits im letzten Hauptgutachten die Bedeutung der Haftung des verantwortlichen Managements für wettbewerbsschädigendes Verhalten hervorgehoben.⁴⁵²

338. Anders ist dies zwar bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung, wo grundsätzlich eine Weisungsgebundenheit der Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer gegenüber der Gesellschafterversammlung besteht (§ 37 GmbHG). Allerdings entfällt bei Befolgung einer (wirksamen) Weisung die persönliche Haftung der Geschäftsführung.⁴⁵³ Sofern eine Weisung wegen eines Verstoßes gegen kartellrechtliche Vorschriften unwirksam ist oder ein lediglich informel-

⁴⁵⁰ LAG Düsseldorf, 16 Sa 459/14, a. a. O., vgl. Fn. 423, Rz. 166; LG Saarbrücken, 7 HK O 6/16, a. a. O., vgl. Fn. 428, Rz. 150 f.; Wils, WuW 2023, 583, 588; einige Stimmen stellen dabei allerdings darauf ab, „das Unternehmen“ dürfe nicht entlastet werden, ohne zwischen den handelnden Personen zu differenzieren, vgl. z. B. Heyers, WuW 2022, 413, 414 f.; tendenziell auch Dreher, AG 2023, 845, 847.

⁴⁵¹ Zur Organhaftung als Kontrollinstrument im Kontext von Kartellsanktionen Franck/Seyer, Antitrust Fines and Managerial Liability, a. a. O., vgl. Fn. 430, S. 23 f.; Kersting, ZIP 2016, 1266, 1268; Leclerc, NZKart 2021, 220, 222; Stancke, BB 2020, 1667, 1669; von Schreitter/Lauer, DB 2023, 2035, 2039; dies anerkennend auch OLG Düsseldorf, VI-6 U 1/22 (Kart), a. a. O., vgl. Fn. 423, Rz. 194; allgemein Hopt/Roth, in: Hirte/Mülbert/Roth, Großkommentar AktG, a. a. O., vgl. Fn. 448, § 93 Rn. 28, m. w. N.; a. A. (ausreichende Prävention auch ohne Haftung für Geldbußen durch individuelle Bebußung, Haftung für andere Schäden und Kündigung): Ost, in: Kokott/Pohlmann/Polley, Europäisches, a. a. O., Fn. 432, 589, 598 f.; Verse, in: Scholz, GmbHG, a. a. O., vgl. Fn. 423, § 43 Rn. 311.

⁴⁵² Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 498.

⁴⁵³ Verse, in: Scholz, GmbHG, a. a. O., vgl. Fn. 423, § 43 Rn. 260; vgl. auch § 43 Abs. 3 Satz 3 GmbHG.

les Einverständnis der Gesellschafterinnen und Gesellschafter vorliegt, kann sich die Geschäftsführerin bzw. der Geschäftsführer mit dem Einwand fehlenden Verschuldens oder widersprüchlichen Verhaltens verteidigen.⁴⁵⁴ Gesellschafterinnen und Gesellschafter, die selbst die Eingehung eines Kartells durch die Geschäftsführer veranlassen, können daher gerade nicht auf die Möglichkeit der Abwälzung der Kartellschäden im Wege des Organregresses zurückgreifen.⁴⁵⁵ Hinzu kommt, dass selbst bei einer vollumfänglichen Zulassung des Regresses von Kartellschäden bei den Organen nicht abwälbare Schadensrisiken bei der Gesellschaft verbleiben. Dies betrifft ihrer Natur nach nicht ersetzbare Schäden wie den mit einem aufgedeckten Kartell einhergehenden Reputationsverlust, aber auch die Insolvenzrisiken der jeweiligen Geschäftsführerinnen und Geschäftsleiter und Forderungen, die die Gesellschaft mangels Bezifferbarkeit nicht mit vertretbarem Aufwand geltend machen kann. Ein Ausschluss der Organhaftung ist daher auch zur Erhaltung der Anreize der Gesellschafterinnen und Gesellschafter nicht notwendig.

2.4.4 Vorteilsabschöpfende Wirkung der Kartellsanktionen

339. Neben der auf die ex ante-Perspektive abstellenden generalpräventiven Anreizwirkung verfolgt das kartellrechtliche Sanktionensystem aber auch eine individualisierte Zielsetzung, die sich nicht nur in Sanktionierung und Spezialprävention ausdrückt. Vielmehr sollen ex post Kartellgewinne nicht bei den verantwortlichen Unternehmen belassen werden, sondern zugunsten der Kartellgeschädigten oder der Staatskasse abgeschöpft werden. Ausdrücklich und unmittelbar verfolgt wird dieser Zweck im deutschen Kartellrecht durch die in §§ 34 und 34a GWB vorgesehene Möglichkeit der Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörden oder im Klagewege durch Verbände zugunsten des Bundeshaushaltes. Diese unmittelbare Vorteilsabschöpfung kann allerdings nur subsidiär zu allen anderen Sanktionen – vor allem Geldbußen und Schadensersatz – vorgenommen werden, soweit durch diese die Kartellgewinne nicht vollständig abgeschöpft sind.⁴⁵⁶ Die Norm weist damit auch den anderen finanziellen Sanktionen zumindest einen tatsächlichen Abschöpfungszweck zu.

340. Gegenüber den kartellbehördlichen Geldbußen gilt dieser Nachrang der Vorteilsabschöpfung allerdings nur, soweit die jeweilige Geldbuße einen ausdrücklichen, in den Gründen des Beschlusses ausgewiesenen, Abschöpfungsanteil enthält.⁴⁵⁷ Im Übrigen überwiegt aus ex post-Sicht der sanktionierende Charakter der Geldbuße, der einen Ausschluss weiterer Gewinnabschöpfung nicht rechtfertigt. Zwar ist die Höhe der jeweiligen Geldbuße zumindest auch am relevanten tatbezogenen Umsatz zu orientieren⁴⁵⁸ und damit zumindest nicht völlig losgelöst von den durch das jeweilige Kartell erzielten Gewinnen. (Rechtliches) Ziel der Bußgeldbemessung ist aber vorrangig, eine tat- und schuldangemessene Sanktion festzusetzen, und nicht, diese Gewinne abzuschöpfen. Die Bußgeldleitlinien der Kommission sehen dementsprechend

⁴⁵⁴ Verse, in: Scholz, GmbHG, a. a. O., vgl. Fn. 423, § 43 Rn. 262-266.

⁴⁵⁵ Hierauf verweist auch Kersting, ZIP 2016, 1266, 1268.

⁴⁵⁶ § 34 Abs. 2 bzw. § 34a Abs. 1 a. E., Abs. 2 Satz 1 GWB.

⁴⁵⁷ Emmerich, in Immenga/Mestmäcker, 7. Aufl. 2024, München, § 34 Rn. 41, m. w. N. auch zur a. A.

⁴⁵⁸ Vgl. für Geldbußen der Kommission die Bußgeldleitlinien 2006 Ziff. 19; für solche des BKartA § 81d Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GWB.

vor, dass die Höhe der Geldbuße zwar auch die Abschöpfung eines kartellbedingten Mehrerlöses berücksichtigt, stellen dies aber ausschließlich in den Kontext der Gewährleistung einer abschreckenden Wirkung der Geldbuße.⁴⁵⁹ Auch das Bundeskartellamt will eine Gewinnabschöpfung nur außerhalb der durch seine Leitlinien determinierten Zumessungskriterien oder durch eine Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB verfolgen.⁴⁶⁰ In der Praxis findet bisher allerdings weder eine ausdrückliche Vorteilsabschöpfung durch Geldbußen noch eine Anwendung des § 34 GWB durch die Kartellbehörden statt. Die Geldbußen sowohl der Kommission als auch der Kartellbehörden verfolgen damit – aus ex post-Sicht – einen primär sanktionierenden Zweck. Dem entspricht auch die Rechtsprechung der deutschen Finanzgerichtsbarkeit zur steuerlichen Bedeutung, die Geldbußen der Kartellbehörden und der Kommission als rein ahndender Natur und nicht abschöpfend einstuft.⁴⁶¹

341. Dies bedeutet allerdings nicht, dass durch die Geldbuße auch tatsächlich kein Gewinn abgeschöpft wird. Wenn der Kartellgewinn nicht durch andere Instrumente wie Schadensersatz oder Vorteilsabschöpfung abgeschöpft wird, hat die Geldbuße, soweit sie nicht über den Kartellgewinn hinausgeht, zumindest tatsächlich eine abschöpfende Wirkung. Ahndungszweck und generalpräventive Wirkung treten dann nur ein, soweit die Geldbuße über den Kartellgewinn hinausgeht.⁴⁶² Da die Gewinnabschöpfung nach § 34 GWB bisher von den Kartellbehörden kaum zur Anwendung gebracht wird, zudem nach § 34 Abs. 5 GWB begrenzt ist und die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen nicht immer den Umfang der Kartellgewinne erreichen wird, schöpfen die Geldbußen im tatsächlichen Regelfall zumindest teilweise auch die Kartellgewinne des verantwortlichen Unternehmens ab.⁴⁶³

342. Ähnliches gilt auch für Kartellschadensersatzansprüche, die zwar primär dem Ausgleich durch das Kartell verursachter Schäden dienen⁴⁶⁴ und dabei auch über die Kartellgewinne des verantwortlichen Unternehmens hinausgehen können. Soweit das kartellierende Unternehmen allerdings einen Kartellgewinn gemacht hat, wirken Schadensersatzansprüche genau wie Geldbußen zumindest tatsächlich gewinnabschöpfend, da der Kartellschaden üblicherweise in den durch die Abnehmerinnen und Abnehmer des Kartells entrichteten überhöhten Preisen besteht. Diese finden sich dann gleichsam spiegelbildlich als Kartellgewinn des im Schadensersatzprozess beklagten Unternehmens wieder.⁴⁶⁵ Auf eine Abschöpfung dieses Gewinns durch

⁴⁵⁹ Kommission, Bußgeldleitlinien 2006, Ziff. 31.

⁴⁶⁰ BKartA, Bußgeldleitlinien 2021, Ziff. 5.

⁴⁶¹ Zu Bußgeldern der Europäischen Kommission BFH, IV R 4/12, 7. November 2013, DStR 2014, 408, Rz. 26-38; zu solchen des BKartA FG Köln, 10 K 659/16, NZKart 2017, 140, Rz. 48-53.

⁴⁶² EuG, T-329/01, 27. September 2006, ECLI:EU:T:2006:268, Archer, Rz. 141; Ackermann, ZWeR 2010, 329, 333.

⁴⁶³ Zum gewinnabschöpfenden Zweck von Geldbußen auch der Schlussantrag von Generalanwältin Sharpston, C-50/12, 30. Mai 2013, ECLI:EU:C:2013:350, Kendrion, Rz. 80; LAG Düsseldorf, 16 Sa 459/14, a. a. O., vgl. Fn. 423, Rz. 168 ff., Kersting, ZIP 2016, 1266, 1272; Labusga, VersR 2017, 394, 399; Thomas, VersR 2017, 596, 599.

⁴⁶⁴ Roth, in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht (Stand: 2024), vor § 33 Rn. 33.

⁴⁶⁵ Vgl. auch § 33a Abs. 3 Satz 2 GWB zur Bedeutung des Gewinns bei der Schadensschätzung; es sind zwar auch Kartellschäden denkbar, die sich – wie im Fall sog. Preisschirmeffekte – nicht im Kartellgewinn des Unternehmens widerspiegeln, dies ändert aber nichts an der grundsätzlich gewinnabschöpfenden Wirkung des Kartellschadensersatzes.

Kartellschadensersatzansprüche hat die Monopolkommission bereits im vergangenen Hauptgutachten hingewiesen.⁴⁶⁶ Die zumindest tatsächlich gewinnabschöpfende Wirkung des Kartellschadensersatzes spiegelt sich auch darin wider, dass die Möglichkeit zur Gewinnabschöpfung nur insoweit stattfindet, als der Gewinn nicht durch Schadensersatz abgeschöpft wurde. Dies gilt – anders als im Fall der Geldbußen – unabhängig davon, welcher primäre Zweck im Einzelfall mit der Geltendmachung von Schadensersatz verfolgt wurde.

343. Bei aufgedeckten Kartellen erfolgt die Abschöpfung der Kartellgewinne daher nicht nur durch die ausdrücklich vorgesehenen Möglichkeiten der, sondern vielmehr durch die Gesamtheit der Sanktionen, die eng miteinander verschränkt sind und gemeinsam sicherstellen, dass – ex post – keine Kartellgewinne bei dem Unternehmen verbleiben, Kartellschäden ausgeglichen werden, das Unternehmen angemessen sanktioniert wird sowie – ex ante – eine hinreichende Abschreckungswirkung besteht. Sofern das verantwortliche Unternehmen im Wege der Organhaftung die finanziellen Belastungen im Wege des Organregresses ganz oder teilweise auf die verantwortlichen Organe abwälzen kann, ist die Abschöpfungswirkung erheblich gefährdet. Es ist daher von Bedeutung, bei der Bemessung der Schadenshöhe die Kartellgewinne zu berücksichtigen.

344. Dabei dürfte es nicht ausreichen, entsprechend den Ansätzen von OLG Düsseldorf und LG Dortmund, den in Anspruch genommenen Geschäftsleiterinnen und Geschäftsleitern nur den Einwand der Vorteilsausgleichung zu gewähren.⁴⁶⁷ Aufgrund der allgemeinen Beweislastverteilung mangelt es diesem Ansatz an Effektivität. Das beklagte Organ müsste beweisen, dass und in welcher Höhe das Unternehmen einen Kartellgewinn erzielt hat. Dies dürfte in der Praxis mit erheblichen Schwierigkeiten behaftet sein, sodass im praktischen Regelfall eine Abwälzung der Kartellsanktionen ohne Berücksichtigung der gegenüberstehenden Kartellgewinne möglich wäre.⁴⁶⁸ Dies würde die gewinnabschöpfende Wirkung des Sanktionensystems evident konterkarieren und entspricht auch nicht der darin angelegten engen Verknüpfung von Sanktionen und Kartellgewinn. Gerade diese enge Verknüpfung zeigt nämlich auch, dass nach der Konzeption des Kartellsanktionensystems ein Schaden beim kartellbeteiligten Unternehmen nur dann vorliegen kann, soweit die finanziellen Nachteile des Unternehmens über den Kartellgewinn hinausgehen. Erst dann bewirken die Sanktionen keine Gewinnabschöpfung mehr und können ohne Verletzung dieses Zweckes im Wege des Organregresses weitergereicht werden.

⁴⁶⁶ Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 397.

⁴⁶⁷ Den Vorteilsausgleich bejahen außerdem Bayer/Scholz, GmbHR 2015, 449, 454 f.; Binder/Kraayvanger, BB 2015, 1219, 1228 f.; Degner, Vorstandsinnenhaftung nach Kartellrechtsverstößen, a. a. O., vgl. Fn. 423, S. 242-247; Fleischer, DB 2014, 345, 350; Glöckner/Müller-Tautphaeus, AG 2001, 344, 346; Heyers, WuW 2022, 413, 417; Kersting, ZIP 2016, 1266, 1272; Stancke, BB 2020, 1667, 1671; differenzierend Thole, ZHR 173 (2009), 504, 528-531; dies ebenfalls in Erwägung ziehend OLG Düsseldorf, VI-6 U 1/22 (Kart), a. a. O., vgl. Fn. 423, Rz. 152-154.

⁴⁶⁸ LAG Düsseldorf, 16 Sa 459/14, a. a. O., vgl. Fn. 423, Rz. 285 f.; Thomas, VersR 2017, 596, 600; Wagner-von Papp, The Interplay Between Corporate Law and Competition Sanctions or Remedies, a. a. O., vgl. Fn. 430, S. 17.

345. Aus Sicht der Monopolkommission ist daher bereits bei der Darlegung des Schadens im Wege der Differenzhypothese nachzuweisen, dass den geltend gemachten Schäden kein Gewinn in mindestens gleicher Höhe gegenübersteht.⁴⁶⁹ Das Unternehmen muss also nicht nur darlegen und nachweisen, in welcher Höhe ihm durch das Kartell Schäden entstanden sind, sondern auch, welche Vorteile es daraus gezogen hat. Nur, wenn festgestellt werden kann, dass die Schäden über die Vorteile hinausgehen, ist eine Haftung denkbar. Wenn die Höhe des Kartellvorteils nicht ermittelt werden kann, scheidet eine Haftung aus.

346. Ein Schadensnachweis dürfte insbesondere in Fällen gelingen, in denen durch das Kartell überhaupt kein Gewinn entstanden ist.⁴⁷⁰ Gleiches gilt für Nebenforderungen, denen bereits konzeptionell kein Kartellgewinn des Unternehmens gegenüber steht, wie eigene Aufklärungs-⁴⁷¹ und Verfahrenskosten sowie Kosten, die das Unternehmen als Folge eines kartellbehördlichen oder gerichtlichen Verfahrens tragen muss⁴⁷² sowie für die gesamtschuldnerische Haftung von durch andere Kartellbeteiligte verursachte Schäden (§ 33d GWB), sofern hierfür kein Regress bei diesen genommen werden kann. Auch in diesen Fällen bleibt dem haftenden Organ allerdings der Weg zum Einwand der Vorteilsausgleichung eröffnet, indem es darlegt, dass die Schäden zwar nicht konzeptionell aber im konkreten Einzelfall tatsächlich vom Kartellgewinn überschritten werden.

2.4.5 Directors & Officers Versicherungen

347. Im Regelfall schließen Unternehmen eine Haftpflichtversicherung für ihre Führungskräfte ab (sog. Directors & Officers (D&O)-Versicherung). Diese sorgt dafür, dass Geschäftsleiterinnen und Geschäftsleiter wirtschaftlich nicht selbst für Pflichtverletzungen haften. Dies ist nach § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG grundsätzlich zulässig, der dort vorgesehene Selbstbehalt kann zudem selbst versichert werden. Durch eine solche Versicherung kann grundsätzlich ein Moral Hazard entstehen, wenn die Versicherbarkeit des Organregresses dazu führt, dass weder das Organ noch das Unternehmen oder dessen Eigentümerinnen und Eigentümer die wirtschaftlichen Folgen eines aufgedeckten Kartells tragen, sondern die Schäden über den Umweg der Organhaftung auf die Allgemeinheit der Versicherten abgewälzt werden können. Ein bestehender Organregress bei gleichzeitiger Versicherbarkeit könnte daher negative Auswirkungen auf die Anreize

⁴⁶⁹ Für eine solche Vorabsaldierung auch Kersting, ZIP 2016, 1266, 1274; Labusga, VersR 2017, 394, 401 f.; hinsichtlich des Abschöpfungsanteils einer Geldbuße auch Degner, Vorstandsinnehaftung nach Kartellrechtsverstößen, a. a. O., vgl. Fn. 423, S. 77-81; für eine Vorteilsausgleichung mit Beweislastumkehr Stancke, BB 2020, 1667, 138 ff.; Heyers, WuW 2022, 413, 416; allgemein für eine Beweislast des Unternehmens Wagner-von Papp, The Interplay Between Corporate Law and Competition Sanctions or Remedies, a. a. O., vgl. Fn. 430, S. 22 f.

⁴⁷⁰ So vorgetragen beispielsweise im vor dem LG Dortmund verhandelten Organhaftungsfall, vgl. LG Dortmund, 8 O 5/22, 21. Juni 2023, a. a. O., vgl. Fn. 429, Rz. 12.

⁴⁷¹ Für die Kosten interner Ermittlungen als ersatzpflichtiger Schaden auch Degner, E., Vorstandsinnehaftung nach Kartellrechtsverstößen, a. a. O., vgl. Fn. 423, S. 154 f.; Sailer-Coceani, in: Schmidt/Lutter, AktG 4./5. Aufl. 2021/22, § 93 Rn. 37.

⁴⁷² A. A. offenbar das OLG Düsseldorf, VI-6 U 1/22 (Kart), a. a. O., vgl. Fn. 423, Rz. 218, das davon ausgeht, dass die Verfahrenskosten das Schicksal der Hauptforderung teilen, ohne dies allerdings weiter zu begründen; kritisch hierzu von Schreitter/Lauer, DB 2023, 2035, 2040 f.; wie hier auch Degner, E., Vorstandsinnehaftung nach Kartellrechtsverstößen, a. a. O., vgl. Fn. 423, S. 153.

zum wettbewerbsrechtskonformen Verhalten der Organmitglieder sowie der Gesellschafterinnen und Gesellschafter haben.⁴⁷³ Außerdem könnte das Unternehmen auf diesem Weg Bußgelder, gegen die es sich selbst nicht versichern kann, vermittelt durch den Organregress doch auf eine Versicherung abwälzen.⁴⁷⁴ Nach der hier vertretenen Lösung besteht eine Organhaftung für Geldbußen, Kartellschadensersatzforderungen Dritter und Vorteilsabschöpfung allerdings ohnehin nur im Ausnahmefall. Unternehmen wird es im Regelfall nicht gelingen zu beweisen, dass sie durch das jeweilige Kartell keine Gewinne gemacht haben. Eine Organhaftung besteht daher nur im Fall fehlender Kartellgewinne und für bestimmte Nebenforderungen. Sollte dies ausnahmsweise der Fall sein, ist das entstehende Moral-Hazard-Problem keines, das sich von anderen versicherten schädigenden Handlungen unterscheidet. Es rechtfertigt daher nach Auffassung der Monopolkommission keinen grundsätzlichen Ausschluss der Organhaftung für Kartellschäden, sondern ist – wenn überhaupt – allgemein durch das Privatversicherungsrecht zu regeln. Jedenfalls lässt sich weder aus Sicht der handelnden Organe noch aus der von Aufsichtsorganen sowie Gesellschafterinnen und Gesellschaftern ex ante eine klare Aussicht auf Haftungsfreiheit ableiten, sodass die Aussicht auf Kartellsanktionen nicht an Effektivität einbüßen dürfte. Eine negative Auswirkung auf Anreize zu wettbewerbsrechtskonformen Verhalten ist daher durch die Möglichkeit der D&O-Versicherung nicht zu erwarten.

348. Zudem ist zumindest in den Musterbedingungen für D&O-Versicherungen ein Haftungsausschluss für vorsätzliches Verhalten und Bußgelder vorgesehen.⁴⁷⁵ Dadurch kann zwar ein Anreiz des Unternehmens bestehen, nicht die hauptverantwortlichen, sondern primär fahrlässig handelnde Geschäftsleiterinnen oder Geschäftsleiter (für Aufsichts- und Kontrollpflichtverletzungen) haftbar zu machen.⁴⁷⁶ Auch hier gilt aber, dass die Voraussetzungen für eine Haftung – und damit für eine Inanspruchnahme der D&O-Versicherung – im Regelfall schwer zu beweisen sein werden. Negative Auswirkungen auf die Anreize der handelnden Organe wären durch eine solche Inanspruchnahme der nur fahrlässig ihre Aufsichtspflicht verletzenden Organe ohnehin nicht zu erwarten, da der Versicherung, sofern sie für das fahrlässige Handeln einer Geschäftsleiterin oder eines Geschäftsleiters einsteht, regelmäßig ein Regressanspruch gegen eine etwaig vorhandene vorsätzlich handelnde Geschäftsleiterin oder einen Geschäftsleiter zustehen dürfte.⁴⁷⁷

⁴⁷³ Hierauf verweist auch Wagner-von Papp, *The Interplay Between Corporate Law and Competition Sanctions or Remedies*, a. a. O., vgl. Fn. 430, S. 31.

⁴⁷⁴ von Schreitter/Lauer, DB 2023, 2035, 2039; zur fehlenden Versicherbarkeit eigener Geldbußen Thomas, NZG 2015, 1409, 1416.

⁴⁷⁵ Ziff. A 7.1 und A 7.10 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern (AVB D&O), <https://www.gdv.de/resource/blob/6044/7b038c87a72637a0079f3164a631ae4c/05-allgemeine-versicherungsbedingungen-fuer-die-vermoegenschaden-haftpflichtversicherung-von-aufsichtsr-aeten-vorstaenden-und-geschaeftsfuehrern-avb-d-o--data.pdf>, Abruf am 2. April 2024.

⁴⁷⁶ Wagner-von Papp, *The Interplay Between Corporate Law and Competition Sanctions or Remedies*, a. a. O., vgl. Fn. 430, S. 19, 54; diese Vorgehensweise wurde beispielsweise auch in dem vom LG Saarbrücken entschiedenen Fall gewählt.

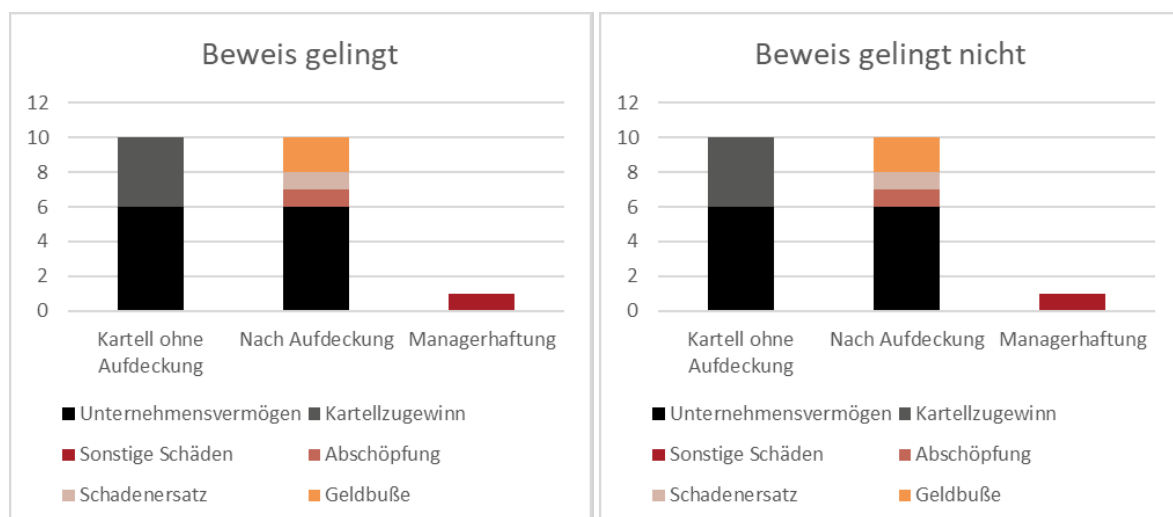
⁴⁷⁷ §§ 86 Abs. 1 VVG, § 43 Abs. 2 GmbHG bzw. § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG, § 426 BGB.

2.4.6 Zusammenfassung und Empfehlungen

349. Aus Sicht der Monopolkommission rechtfertigt der spezial- und generalpräventive Zweck der Geldbußen sowie der anderen gesetzlich vorgesehenen Kartellsanktionen keinen grundsätzlichen Ausschluss der kapitalgesellschaftsrechtlich vorgesehenen Organhaftung. Die persönliche Haftung erhöht im Zweifel – entsprechend ihrem gesellschaftsrechtlich vorgesehenen Zweck – die Anreize zu kartellrechtskonformem Verhalten der handelnden Organe. Gleichzeitig führt sie nicht zu negativen Anreizverzerrungen bei Aufsichtsorganen sowie Gesellschafterinnen und Gesellschaftern. Allerdings darf die Haftung nicht die gewinnabschöpfende Wirkung der Kartellrechtsanktionen vereiteln. Sie ist daher insoweit zu begrenzen, dass nur über den Kartellgewinn hinausgehende Schäden oder Nebenschäden, denen konzeptionell kein Kartellgewinn gegenübersteht, betroffen sind. Hierfür trägt das Unternehmen die Beweislast. Dann begegnet auch die Versicherbarkeit der Organhaftung im Rahmen von D&O-Versicherungen keinen Bedenken.

350. Angewandt auf den Beispielsfall führt dieser Ansatz zu folgenden Ergebnissen. Gelingt dem Süßwarenhersteller gegenüber seinem Vorstand der Nachweis seines Kartellvorteils (EUR 4 Mio.), kann er die Haftung dem Grunde nach geltend machen. Der Kartellvorteil ist dabei in Anrechnung zu bringen. Es verbleibt eine Haftungssumme von EUR 1 Mio. Gelingt der Beweis nicht, kann das Unternehmen bereits dem Grunde nach die Haftung nur für die Schadensposten geltend machen, denen konzeptionell kein Gewinn gegenübersteht – im Beispielsfall also die sonstigen Schäden in Höhe von EUR 1 Mio. (Rechtsverfolgungs- und Aufklärungskosten). Unabhängig von der Beweisbarkeit des Kartellvorteils kann das Unternehmen die Kartellsanktionen nicht in einem Umfang auf verantwortliche Organmitglieder abwälzen, der ihm ein Erhalten der Kartellvorteile ermöglichen würde (Abbildung II.3).

Abbildung II.6: Organhaftung nach dem Ansatz der Monopolkommission

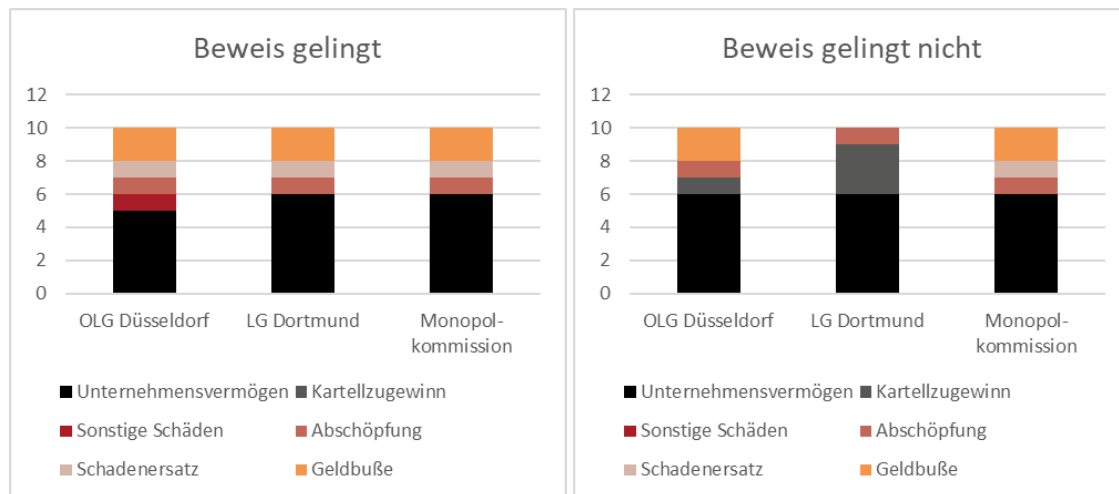


Quelle: Eigene Darstellung

351. Ein Vergleich der Auswirkungen der Auffassungen von OLG Düsseldorf und LG Dortmund mit der hier vertretenen Lösung zeigt Unterschiede in dem der Gesellschaft verbleibenden Vermögen insbesondere in den Fällen, in denen die Höhe des Kartellvorteils nicht bewiesen werden kann. Angewendet auf den Beispielsfall führen die Ansätze der Rechtsprechung dazu, dass in diesem Fall ein Teil des Kartellvorteils beim Unternehmen verbleibt. Sofern der Kartellvorteil

dagegen nachgewiesen werden kann, ist dies nicht der Fall. Nach dem Ansatz des OLG Düsseldorf verbleibt dann sogar ein zusätzlicher Schaden beim Unternehmen, da die Geldbuße beim Vorteilsausgleich nicht mehr zu berücksichtigen ist. Die von der Monopolkommission vorgeschlagene verstärkte Berücksichtigung der Höhe des Kartellvorteils führt dagegen dazu, dass dieser in beiden Fällen nicht beim Unternehmen verbleibt (Abbildung II.7).

Abbildung II.7: Auswirkungen der Organhaftung



Quelle: Eigene Darstellung

Die Anreize der im Unternehmen handelnden natürlichen Personen zu kartellrechtskonformem Verhalten dürften dagegen nach allen drei Ansätzen erhalten bleiben. Die weiter bestehende persönliche Haftung jedenfalls für mögliche Schadensersatzforderungen und andere Nebenforderungen dürfte aus der Ex-ante-Perspektive zu hinreichenden Anreizen zur Vermeidung von Kartellen bzw. zu deren Aufdeckung und Aufklärung führen. Risiken sieht die Monopolkommission vor allem im Hinblick auf die durch das Sanktionensystem ex post angestrebte Vorteilsabschöpfung. Wenn die Kartellbehörde im Rahmen einer Geldbuße – wie üblich – keine Abschöpfung des Kartellgewinns verfolgt, könnte die tatsächliche Abschöpfung durch Kartellschadenersatz im Wege des Organregresses an die verantwortlichen Geschäftsleiterinnen und Geschäftsleiter oder deren D&O-Versicherungen abgewälzt werden. Sofern die durch das Kartell erzielten Gewinne bei der Schadensermittlung nicht angemessen – mittels Beweislastumkehr – berücksichtigt werden, besteht das Risiko, dass die Vorteilsabschöpfung durch die Organhaftung ineffektiver wird.

3 Ex-post-Evaluation der Fusionskontrolle

3.1 Einleitung

352. Eine Wettbewerbsbehörde muss die Auswirkungen eines Zusammenschlussvorhabens vor deren tatsächlicher Durchführung, also ex ante bewerten. Fusionskontrollentscheidungen sind Prognoseentscheidungen und trotz Nutzung aller verfügbaren Informationen und der Verwendung sorgfältig ausgewählter Instrumente in der Prüfungsphase bleiben die Angemessenheit der Entscheidung und die Korrektheit der angewendeten Instrumente zunächst unklar.

Aufgrund dessen ist die Kenntnis der tatsächlichen Auswirkungen von Fusionskontrollentscheidungen unabdingbar, um die Entscheidungspraxis weiterzuentwickeln. Die tatsächlichen Auswirkungen erfährt die Wettbewerbsbehörde durch Ex-post-Evaluationen von getroffenen Entscheidungen. Das grundlegende Ziel solcher Evaluationen besteht darin, aus den getroffenen Entscheidungen zu lernen und Erkenntnisse sowie Verbesserungsvorschläge für zukünftige Fusionskontrollentscheidungen zu gewinnen. Die gewonnenen Erkenntnisse können nicht nur die Anwendungspraxis der Wettbewerbsbehörden verbessern, sondern darüber hinaus in die Gesetzgebung zurückfließen und auf diesem Weg die zukünftige Bewertung von Fusionen beeinflussen.⁴⁷⁸ Neben der Verbesserung der Entscheidungspraxis steigern Ex-post-Evaluationen von Fusionskontrollentscheidungen die Effektivität von Wettbewerbsgesetzen, indem sie die Auswirkungen bestehender Vorschriften vor einer Politikreform untersuchen. Darüber hinaus dienen sie der Analyse zur Auswirkung der Wettbewerbspolitik auf makroökonomischer Ebene. Ex-post-Evaluationen tragen zur Transparenz von Entscheidungen bei, indem sie über deren Gründe und Auswirkungen informieren. Schließlich unterstützen sie Vergleiche der Entscheidungspraktiken von Wettbewerbsbehörden im Laufe der Zeit und zwischen verschiedenen Behörden.⁴⁷⁹

353. Durch Unternehmenszusammenschlüsse steigt die Marktmacht der beteiligten Unternehmen, wodurch sie Preiserhöhungen durchsetzen könnten. Die Auswirkungen der veränderten Wettbewerbsintensität können ferner auch Produktqualität, Produktvielfalt oder das Innovationsverhalten von Unternehmen betreffen. Es können außerdem koordinierte Effekte durch Zusammenschlüsse auftreten, d. h. eine geringere Anzahl von Unternehmen im Markt vereinfacht möglicherweise Absprachen. Unternehmen können jedoch auch Effizienzgewinne erzielen, die kostensenkend wirken.⁴⁸⁰ Neben den fusionierenden Unternehmen können sich Zusammenschlüsse auf die Wettbewerber auswirken. All diese Effekte muss eine Wettbewerbsbehörde im Prüfprozess ex ante bewerten. Die gegenläufigen Wirkungsmechanismen und die Vielzahl betroffener Akteure zeigen die Komplexität der zu treffenden Entscheidung. Gleichzeitig unterstreichen sie die Bedeutung von Ex-post-Evaluationen von Fusionskontrollentscheidungen.

354. Ex-post-Evaluationen werden nicht nur von großen und renommierten Wettbewerbsbehörden wie der Europäischen Kommission, der FTC und der CMA durchgeführt (oder beauftragt), sondern auch von vielen weiteren Wettbewerbsbehörden wie denen in Brasilien, Dänemark, Finnland, Israel, Italien, Japan, Kenia, Mexico, Neuseeland, Niederlande, Norwegen, Österreich, Singapur oder Schweden, jedoch nicht vom Bundeskartellamt.⁴⁸¹ Die breite Anwendung verdeutlicht die universelle Anerkennung der Effektivität solcher Evaluationen bei der

⁴⁷⁸ EU-Kommission, A review of merger decisions in the EU: What can we learn from ex-post evaluations?, 2015, S. 1, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/7c4f0300-f7cc-11e5-b1f9-01aa75ed71a1>, Abruf am 24. Mai 2024.

⁴⁷⁹ OECD, Reference guide on ex-post evaluation of competition agencies' enforcement decisions, 2016, S. 11, <https://www.oecd.org/daf/competition/Ref-guide-expost-evaluation-2016web.pdf>, Abruf am 24. Mai 2024.

⁴⁸⁰ Williamson, O.E., Economics as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs, *American Economic Review*, 58, 1968, S. 18-36.

⁴⁸¹ International Competition Network, Report on ex post merger evaluation, 2022, https://www.international-competitionnetwork.org/wp-content/uploads/2023/02/MWG_Report-Ex-post-Merger-Evaluation-2022.pdf,

Weiterentwicklung der kartellrechtlichen Entscheidungspraxis. Der Wissenschaftliche Beirat beim BMWK hat zuletzt im Jahr 2019 eine stärkere Evaluationskultur für eine moderne Wirtschaftspolitik gefordert.⁴⁸² In einigen Bereichen der deutschen Wirtschaftspolitik sind Evaluationsstudien bereits Triebfeder der evidenzbasierten Politikgestaltung. Das Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung führt dazu ein Dossier mit mehr als 100 eigenen Evaluationsprojekten und 1.500 Literaturhinweisen.⁴⁸³ Der Sachverständigenrat nutzt regelmäßig Evaluationen, beispielsweise bei der Bewertung der eigenen Inflationsprognosen.⁴⁸⁴ Die Expertenkommission Forschung und Innovation hat in ihrem letzten Hauptgutachten 81 zwischen 2009 und 2023 verfasste Evaluationsstudien aus den Zuständigkeitsbereichen von BMBF und BMWK hinsichtlich den methodischen Anforderungen an eine Kausalanalyse untersucht.⁴⁸⁵

3.2 Ex-post-Evaluation von freigegebenen Fusionskontrollverfahren

3.2.1 Grundlegendes

355. Bei der Ex-post-Evaluation von freigegebenen Fusionskontrollverfahren werden die Auswirkungen von Unternehmenszusammenschlüssen auf verschiedene Unternehmens- und Marktkennzahlen untersucht. Im Fokus der Analyse steht die Wettbewerbsintensität, wobei auch Veränderungen der Marktdynamik nach der Fusion, wie beispielsweise der Eintritt neuer Wettbewerber, analysiert werden. Um die Auswirkungen von Fusionskontrollentscheidungen zu analysieren, werden grundlegende Informationen über sie benötigt. Dazu gehören die Entscheidung der Fusionskontrollprüfung, das Datum der Entscheidung, die betroffenen Produktmärkte und geografischen Regionen. Zusätzlich zu diesen Basisinformationen sind Daten zu den zu analysierenden Variablen, wie z. B. Preise, erforderlich, welche die Auswirkungen des Zusammenschlusses messen. Die relevanten Informationen werden mit einem zeitlichen Abstand nach der Durchführung des Zusammenschlusses benötigt und können je nach Analyseverfahren entweder quantitativer oder qualitativer Natur sein. Abhängig von der Analyseverfahren werden die Informationen zu den entsprechenden Variablen auch vor der Fusion benötigt.

Abruf am 3. Juni 2024; LEAR, Mergers in the Dutch grocery sector: an ex-post evaluation, 2015, <https://www.learlab.com/wp-content/uploads/2016/02/lear-mergers-in-the-dutch-grocery-sector-an-ex-post-evaluation-2015-10-14.pdf>, Abruf am 3. Juni 2024.

⁴⁸² BMWK, Moderne Wirtschaftspolitik braucht Evaluierung, https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Wissenschaftlicher-Beirat/brief-moderne-wirtschaftspolitik-braucht-evaluierung.pdf?__blob=publicationFile&v=4, Abruf am 3. Juni 2024.

⁴⁸³ Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung, Evaluation der Arbeitsmarktpolitik, <https://iab.de/dossier/?id=262988>, Abruf am 3. Juni 2024.

⁴⁸⁴ Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Frühjahrsgutachten 2024, Wiesbaden, 2024.

⁴⁸⁵ Expertenkommission Forschung und Innovation, Jahresgutachten zu Forschung, Innovation und technologischer Leistungsfähigkeit Deutschlands 2024, Berlin, 2024.

356. Die Analyse kann den Effekt eines einzelnen Zusammenschlusses⁴⁸⁶ oder den Durchschnittseffekt mehrerer Zusammenschlüsse⁴⁸⁷ umfassen. Die Ermittlung von Durchschnittseffekten mehrerer Fusionen bietet einen Einblick über die Auswirkungen von Fusionskontrollentscheidungen auf breiterer Basis. Die Evaluation einzelner Fusionen hat hingegen Fallstudiencharakter und ermöglicht tiefere Einblicke in einzelne Fälle. Analysen zu besonders kontroversen Fusionskontrollentscheidungen bieten einen potenziell großen Mehrwert, da die Entscheidungen schwierig zu treffen und die Ex-ante-Bewertungen herausfordernd waren.⁴⁸⁸ Fusionskontrollentscheidungen in wirtschaftlich bedeutenden Märkten sind ebenfalls von großem Interesse. Bei der Auswahl der zu analysierenden Zusammenschlüsse sind mögliche methodische Herausforderungen zu berücksichtigen, die sich insbesondere bei der Konstruktion der kontrafaktischen Situation, d.h. der fiktiven Situation ohne Zusammenschluss, ergeben können. Eine weitere Herausforderung ist die Verfügbarkeit von Daten, so können sie in einigen Fällen öffentlich verfügbar sein, müssen in anderen jedoch erworben werden. Die Zeit zwischen Entscheidung und Evaluation beeinflusst ebenfalls die Auswahl. Beispielsweise brauchen Effizienzgewinne durch Fusionen eine gewisse Zeit, bis sie messbar werden. Andererseits können andere Ereignisse die Ergebnisse umso stärker beeinflussen, je größer der zeitliche Abstand zwischen Entscheidung und Evaluation ist, was die Identifizierung kausaler Effekte erschwert.⁴⁸⁹

3.2.2 Methoden

3.2.2.1 Qualitative Methoden

357. Bei der qualitativen Ex-post-Evaluation von freigegebenen Fusionskontrollverfahren kommen Interviews, Befragungen, deskriptive Analysen und Metaanalysen zum Einsatz. Befragungen und Interviews dienen dazu, Informationen von Marktteilnehmern und Branchenexperten darüber zu erhalten, wie sich der betroffene Markt nach der Fusionskontrollentscheidung entwickelt hat. Eine Befragung ist eine Methode zur Datenerhebung, bei der standardisierte Fragen an eine Gruppe von Personen gestellt werden, um repräsentative Informationen zu sammeln. Im Gegensatz dazu sind Interviews persönliche Gespräche zwischen einem Interviewer und einem Interviewpartner. Beide Methoden, Interviews und Befragungen, dienen dazu, die Meinung der Betroffenen zur Entscheidung einzuholen. Dabei können Einblicke gewonnen wer-

⁴⁸⁶ Rickert, D./Schain, J.P./Stiebale, J., Local Market Structure and Consumer Prices: Evidence from a Retail Merger, *The Journal of Industrial Economics*, 69, 2021, S. 692-729; Argentesi, E. u.a., The effect of mergers on variety in grocery retailing, *International Journal of Industrial Economics*, 79, 2021, S. 1-19; Luco, F./Marshall, G., The Competitive Impact of Vertical Integration by Multiproduct Firms, *American Economic Review*, 110, 2020, S. 2041-2064.

⁴⁸⁷ Stiebale, J./Szücs, F., Mergers and market power: Evidence from rivals' responses in European markets, *RAND Journal of Economics*, 53, 2022, S. 678-702; Gugler, K./Szücs, F., Merger externalities in oligopolistic markets, *International Journal of Industrial Organization*, 47, 2016, S. 230-254; Duso, T./Gugler, K./Yurtoglu, B.B., How effective is European merger control? *European Economic Review*, 55, 2011, S. 980-1006.

⁴⁸⁸ Hosken, D.S./Miller, N./Weinberg, M., Ex Post Merger Evaluation: How Does it Help Ex Ante, *Journal of Competition Law & Practice*, 8, 2017, S. 41-46.

⁴⁸⁹ OECD, Reference guide on ex-post evaluation of competition agencies' enforcement decisions, a. a. O., vgl. Fn. 479, S. 16 ff.

den, welche Auswirkungen die Entscheidung aus ihrer Sicht hatte und was in alternativen Szenarien hätte passieren können.⁴⁹⁰ Zu den relevanten Marktteilnehmern gehören die fusionierenden Unternehmen, die Abnehmer der betroffenen Waren oder Dienstleistungen, Lieferanten, Vertriebshändler, Wettbewerber und Branchenexperten. Die Auswahl der zu befragenden oder zu interviewenden Gruppen sollte je nach Fall getroffen werden. Beeinflusst wird die Auswahl u.a. von den gewünschten Informationen, der Art der Entscheidung und den Merkmalen des Marktes. Oft ist es ratsam, von den verschiedenen Marktteilnehmern unterschiedliche Informationen anzufordern.⁴⁹¹ Zum Beispiel können Käufer der betroffenen Güter anekdotisch Auskunft über Veränderungen im Produktsortiment geben, während Lieferanten über mögliche Nachfragemachtveränderungen nach der Fusion berichten können.

358. Deskriptive Evidenz bezieht sich auf die systematische Beschreibung und Zusammenfassung von Daten ohne Rückgriff auf kausale Erklärungen. Sie wird verwendet, um den aktuellen Stand eines Phänomens zu dokumentieren und Muster zu erkennen. Vorteile sind die einfache Anwendbarkeit und Verständlichkeit, Nachteile sind die begrenzte Aussagekraft und fehlende Kausalzusammenhänge. Deskriptive Evidenz bietet eine Grundlage für weitere, detailliertere Forschung.

359. Metaanalysen fassen Informationen aus mehreren Studien zu einem Thema zusammen, um ein umfassenderes Bild der Forschungsergebnisse zu erhalten. Sie erhöhen die Aussagekraft, indem sie die Ergebnisse vieler Studien zusammenfassen, auf Konsistenz prüfen und übergreifende Schlussfolgerungen ermöglichen. Entscheidend für die Qualität der Metaanalyse ist die Qualität und Quantität der einbezogenen Studien, wobei sowohl Einzelstudien als auch Studien über mehrere Fusionen berücksichtigt werden können.⁴⁹² Darüber hinaus sind Metaanalysen nützlich, um den Stand der Forschung wiederzugeben und Forschungslücken zu identifizieren.

360. Fusionskontrollentscheidungen können von den beteiligten Parteien vor Gericht angefochten werden. Ob eine Entscheidung vor Gericht bestätigt wird, kann als Hinweis auf die Qualität der getroffenen Entscheidung angesehen werden.⁴⁹³ Auch die von der Monopolkommission im Rahmen des Hauptgutachtens vorgenommene Analyse der kartellrechtlichen Entscheidungspraxis kann in Teilen als qualitative Ex-post-Evaluation verstanden werden.

3.2.2.2 Quantitative Methoden

361. Quantitative Analysen verwenden numerische Informationen, um Zusammenhänge zwischen Variablen zu identifizieren und daraus kausale Schlussfolgerungen zu ziehen. Bei der Ex-post-Evaluation von genehmigten Fusionskontrollentscheidungen wird schwerpunktmäßig

⁴⁹⁰ Ebenda, vgl. Fn. 479, S. 23.

⁴⁹¹ Ebenda, vgl. Fn. 479, S. 58.

⁴⁹² Stöhr, A., Price Effects of Horizontal Mergers: A Retrospective on Retrospectives, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3890264, Abruf am 24. Mai 2024.

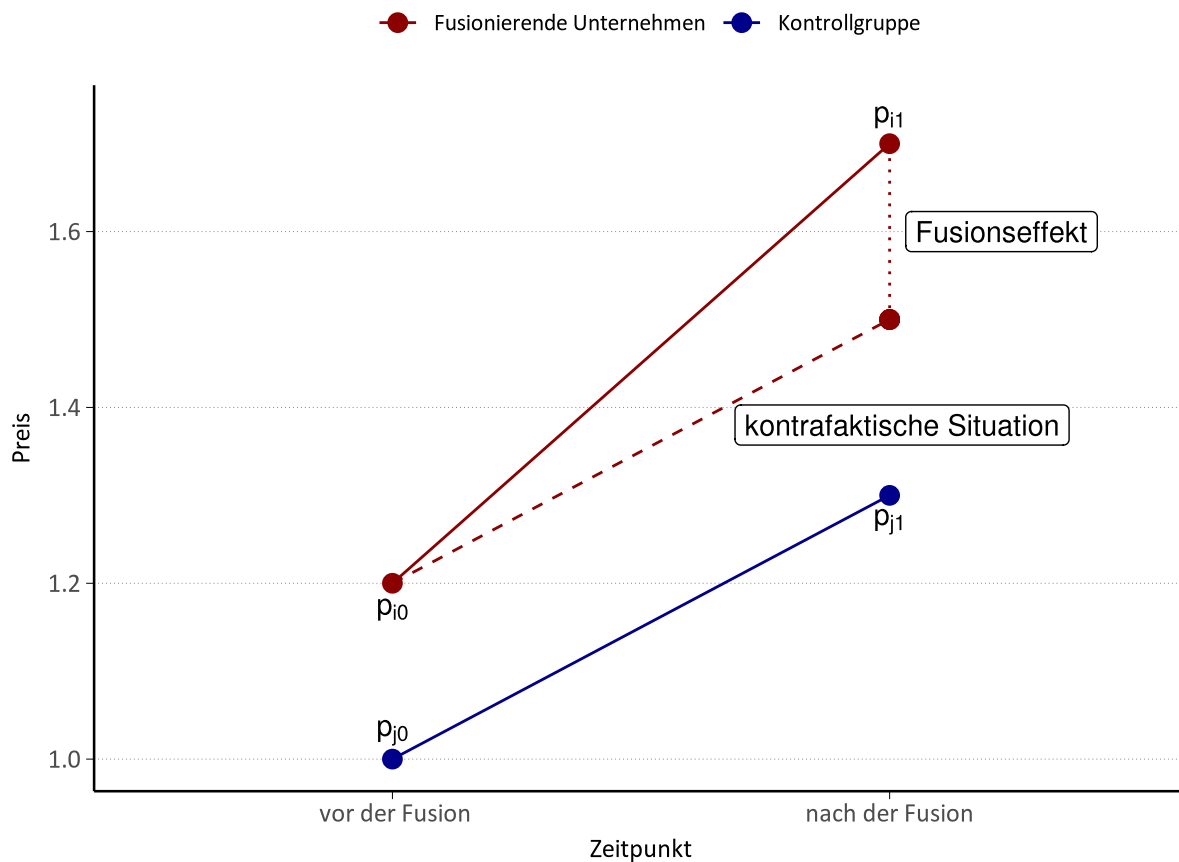
⁴⁹³ EU-Kommission, Ex-post economic evaluation of competition policy enforcement: A review of the literature, 2015, S. 51, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/83da424f-f18d-11e5-8529-01aa75ed71a1>, Abruf am 24. Mai 2024.

analysiert, wie sich Fusionen auf die Verbraucherwohlfahrt auswirken. Diese kann unter anderem durch Preis-, Qualitäts- oder Sortimentsänderungen beeinflusst werden.⁴⁹⁴

362. Die einfachsten quantitativen Ansätze der kausalen Analyse sind Querschnittsvergleiche der Preise sowie temporale Preisvergleiche. Beim Querschnittspreisvergleich werden die Preise nach dem Zusammenschluss in verschiedenen Regionen oder für verschiedene Produkte verglichen, um seinen Effekt zu ermitteln. Beim temporalen Vergleich wird der Preis desselben Produktes vor und nach der Fusion verglichen. Das Problem beider Ansätze besteht darin, dass die einfach geschätzte Differenz durch weitere Effekte kontaminiert sein kann, was zu falschen Ergebnissen führt. Beim Differenz-in-Differenzen-Ansatz wird dies berücksichtigt und der Produktpreis der fusionierenden Unternehmen (*Treatment-Gruppe*) mit dem Produktpreis bei nicht betroffenen Unternehmen (*Kontrollgruppe*) vor und nach der Fusion (*Intervention*) verglichen. Die nicht betroffenen Unternehmen dienen dazu, die Preisentwicklung zu repräsentieren, welche ohne Fusion stattfinden würde (*kontrafaktische Situation*).

364. Abbildung II.8 veranschaulicht die Wirkungsweise des Differenz-in-Differenzen-Ansatzes. Dabei repräsentiert p_{i0} den Produktpreis beim fusionierenden Unternehmen vor der Fusion und p_{i1} den Preis nach der Fusion. Ebenso steht p_{j0} für den durchschnittlichen Preis der Unternehmen der Kontrollgruppe vor der Fusion und p_{j1} nach der Fusion. Vor der Fusion lag der Preis der fusionierenden Unternehmen bei EUR 1,20 und in der Kontrollgruppe bei 1,00 Euro. Nach der Fusion stiegen die Preise auf EUR 1,70 und EUR 1,30. Ein Querschnittsvergleich deutet daraufhin, dass aufgrund der Fusion die Preise um EUR 0,40 steigen (Differenz p_{i1} und p_{j1}). Dabei werden jedoch vor der Fusion existierende Preisunterschiede zwischen den Unternehmen ignoriert. Ein temporaler Vergleich deutet daraufhin, dass aufgrund der Fusion die Preise um EUR 0,50 steigen (Differenz p_{i1} und p_{i0}). Jedoch existiert ein preissteigernder Trend EUR 0,30 auf dem Markt (Differenz p_{j1} und p_{j0}). Um diesen Trend zu berücksichtigen, vergleicht der Differenz-in-Differenzen-Ansatz die Differenz zwischen fusionierenden Unternehmen und Kontrollgruppe in den Unterschieden zwischen Vor- und Nach-Fusionspreisen. Die Differenz-in-Differenzen-Methode identifiziert den Effekt der Fusion, indem sie gemeinsame zeitliche Veränderungen und konstante Unterschiede zwischen den Gruppen herausrechnet. Folglich steigt der Preis aufgrund der Fusion um EUR 0,20, d.h. $(p_{i1} - p_{i0}) - (p_{j1} - p_{j0})$. Der Preis von EUR 1,50 zeigt den Preis, den die fusionierenden Unternehmen fordern würden, wenn die Fusion nicht stattgefunden hätte.

⁴⁹⁴ In diesem Unterkapitel werden ausschließlich Preise zur Veranschaulichung verwendet.

Abbildung II.8: Wirkungsweise der Differenz-in-Differenzen-Methode

Quelle: Eigene Darstellung

365. Entscheidend für die Identifikation des kausalen Effekts ist die Annahme paralleler Trends.⁴⁹⁵ Diese impliziert, dass sich die Preise der fusionierenden Unternehmen wie die Preise der Unternehmen in der Kontrollgruppe entwickelt hätten, wenn es keine Fusion gegeben hätte.⁴⁹⁶ Die Wahl der Kontrollgruppe trägt entscheidend zur Identifikation des kausalen Effektes bei, da sie die natürliche Preisentwicklung ohne Fusion repräsentiert. Die am häufigsten genutzten Kontrollgruppen bei Ex-post-Evaluationen sind nicht betroffene Regionen, Produktmärkte oder Wettbewerber. Bei ersterer besteht die Kontrollgruppe aus Regionen mit ähnlichen Nachfrage- und Kostenänderungen, welche aber geografisch nicht zu nah zum betroffenen Markt liegen, um von der Transaktion betroffen zu sein. Dies basiert im Wesentlichen auf der Annahme, dass die Fusion keine Effekte auf andere geografische (z. B. benachbarte) Märkte

⁴⁹⁵ Die Annahme paralleler Trends kann nicht überprüft werden, da fusionierende Unternehmen nicht in einem Szenario nach der Fusion ohne Fusion beobachtbar werden können. Es kann jedoch getestet werden, ob die Trends von fusionierenden Unternehmen und Unternehmen der Kontrollgruppe vor der Fusion (annähernd) parallel verlaufen. Dafür werden mindestens Daten von zwei Perioden vor der Fusion benötigt. Wenn vor der Fusion keine ähnlichen Trends zwischen beiden Gruppen vorliegen, ist die Annahme der parallelen Trends nicht plausibel.

⁴⁹⁶ OECD, Reference guide on ex-post evaluation of competition agencies' enforcement decisions, a. a. O., vgl. Fn. 479.

hat (*Spillover Effekte*).⁴⁹⁷ Eine mögliche Alternative zu dieser Konzeption besteht darin, einen anderen Produktmarkt als Kontrollmarkt zu verwenden⁴⁹⁸. Dies sollte kein Markt sein, auf dem beide fusionierenden Unternehmen aktiv sind, um zu verhindern, dass dieser von der Fusion beeinflusst wird.⁴⁹⁹ Final können Wettbewerber der fusionierenden Unternehmen als Kontrollgruppe genutzt werden.⁵⁰⁰ Diese Alternative ermöglicht, die Auswirkungen der Fusion von allen Faktoren zu separieren, welche die Nachfrage oder die Kosten beeinflussen, da diese alle Unternehmen im Markt gleichermaßen betreffen. Andererseits kann es Effekte der Fusion auf die Wettbewerber geben (*Spillover Effekte*), wodurch nicht der kausale Effekt der Fusion identifiziert wird, sondern lediglich der unterschiedliche Effekt der Fusion zwischen den fusionierenden Unternehmen und ihren direkten Wettbewerbern.⁵⁰¹

366. In den letzten Jahren wurden fortgeschrittene Methoden zur Auswahl der Kontrollgruppen entwickelt, um mögliche Verzerrungen zu reduzieren. Beim Propensity Score Matching wird jedem fusionierenden Unternehmen ein Unternehmen mit ähnlichen Charakteristika aus der Kontrollgruppe zugeordnet, um eine vergleichbare Kontrollgruppe zu erstellen.⁵⁰² Bei der Methode mit synthetischen Kontrollgruppen wird die Preisentwicklung vor der Fusion der beteiligten Unternehmen nachgebildet.⁵⁰³ Durch die Gewichtung der Kontrollunternehmen entsteht eine Gruppe mit ähnlichen Merkmalen wie die fusionierten Unternehmen. Für eine zuverlässige Schätzung des Effekts ist eine sorgfältige Auswahl und Gewichtung der Kontrolleinheiten nötig.⁵⁰⁴ Beide Verfahren passen die Treatment- und Kontrollgruppe vor der Fusion so an, dass die Kontrollgruppe nach der Fusion eine valide Vergleichsbasis bildet. Beide Methoden können jedoch nur für beobachtbare Merkmale kontrollieren, die erklären, warum bestimmte Unternehmen fusionieren. Wenn die Fusionsentscheidung von unbeobachtbaren Faktoren ab-

⁴⁹⁷ Taylor, C.T./Hosken, D.S., The Economic Effects of the Marathon-Ashland Joint Venture: The Importance of Industry Supply Shocks and Vertical Market Structure, *The Journal of Industrial Economics*, 55, 2007, S. 419-451.

⁴⁹⁸ Ashenfelter, O.C./Hosken, D.S./Weinberg, M.C., The Price Effects of a Large Merger of Manufacturers: A Case Study of Maytag-Whirlpool, *American Economic Journal: Economic Policy*, 5, 2013, S. 239-261.

⁴⁹⁹ OECD, Reference guide on ex-post evaluation of competition agencies' enforcement decisions, a. a. O., vgl. Fn. 479, S. 49.

⁵⁰⁰ Ashenfelter, O./Hosken, D.S., The Effect of Mergers on Consumer Prices: Evidence from Five Mergers on the Enforcement Margin. *Journal of Law and Economics*, 53, 2010, S. 417-466.

⁵⁰¹ OECD, Reference guide on ex-post evaluation of competition agencies' enforcement decisions, a. a. O., vgl. Fn. 479, S. 49.

⁵⁰² Stiebale, J./Szücs, F., Mergers and market power: Evidence from rivals' responses in European markets, a. a. O., vgl. Fn. 487.

⁵⁰³ Abadie, A./Diamond, A./Hainmueller J., Synthetic Control Methods for Comparative Case Studies: Estimating the Effect of California's Tobacco Control Program, *Journal of the American Statistical Association*, 105, 2010, S. 493-505.

⁵⁰⁴ Gugler, K./Szücs, F., Merger externalities in oligopolistic markets, a. a. O., vgl. Fn. 487.

hängt, können beide Methoden dieses Endogenitätsproblem nicht lösen und den kausalen Effekt der Fusion möglicherweise nicht korrekt identifizieren. Instrumentvariablen können ebenfalls helfen, Identifikationsprobleme bei der Unternehmensentscheidung zu berücksichtigen.⁵⁰⁵

367. Ein grundlegend anderer Ansatz zur Analyse der Auswirkungen von Fusionen sind Simulationen, die auf einem umfassenden Wettbewerbsmodell basieren.⁵⁰⁶ Fusionssimulationen spezifizieren sowohl die Nachfrage- als auch die Angebotsseite des Marktes sowie ein strukturelles Gleichgewichtskonzept. Bei Fusionssimulationen wird oft angenommen, dass die Produkte, die in den relevanten Märkten verkauft werden, differenziert sind. Unter dieser Annahme wird eine mikroökonomisch fundierte Nachfrageseite implementiert. Die strukturelle Nachfrageschätzung ist auch für die Schätzung der Angebotsseite entscheidend, da Eigen- und Kreuzpreiselastizitäten wesentliche Bestandteile jedes Modells unvollkommener Konkurrenz sind. In einem Markt mit differenzierten Gütern hängen die von den Unternehmen gewählten Preisaufschläge entscheidend von den Substitutionsmöglichkeiten der Verbraucherinnen und Verbraucher ab. Daher kann der Effekt einer Fusion am besten durch das Verständnis dieser Substitutionsmuster gemessen werden. Die Angebotsseite wird typischerweise durch statische Modelle des oligopolistischen Wettbewerbs dargestellt, in denen Unternehmen, die mehrere Produkte anbieten, à la Bertrand-Nash in Preisen konkurrieren. Die Logik dieser Modelle besagt, dass, wenn der Preis eines Produktes steigt, die Nachfrage nach allen anderen Produkten steigt, da Verbraucherinnen und Verbraucher das teurere Produkt durch Alternativen substituieren. Auf der Angebotsseite werden die Kostenparameter, z. B. die Grenzkosten, geschätzt. Sobald die strukturellen Parameter des Modells identifiziert und gemessen sind, können sie verwendet werden, um alternative Marktszenarien zu simulieren. Als Alternativszenario zu einer bedingungslos genehmigten Fusion kann die kontrafaktische Situation eines Verbots simuliert werden. Dabei wird das hypothetische Gleichgewicht berechnet, das sich ergeben hätte, wenn die beiden fusionierenden Unternehmen ihre Gewinne einzeln maximiert hätten.⁵⁰⁷

368. Es gibt weitere quantitative Ansätze, die vereinzelt zur Analyse von Fusionen genutzt werden. Beispielsweise verwenden Event-Studien Aktienkurse, um zu ermitteln, welche Unternehmen von den Entscheidungen einer Wettbewerbsbehörde profitieren und welche Unternehmen davon beeinträchtigt werden, und ziehen daraus Schlussfolgerungen über die Auswirkungen dieser Entscheidungen. Die Methode stützt sich auf die Reaktionen des Aktienmarktes zum Zeitpunkt der Entscheidung, um den voraussichtlichen Einfluss auf die Profitabilität der Unternehmen und damit auf die Preise zu rekonstruieren.⁵⁰⁸ Die übliche Identifikationsannahme ist,

⁵⁰⁵ Dafny, L.S., Estimation and Identification of Merger Effects: An Application to Hospital Mergers, *Journal of Law & Economics*, 52, 2009, S. 523–550; Houde, J.-F., Spatial differentiation and vertical mergers in retail markets for gasoline, *American Economic Review*, 102, 2012, S. 2147–2182.

⁵⁰⁶ Während die Differenz-in-Differenzen-Methoden ausschließlich ex-post angewendet werden kann, werden Fusionssimulationen auch ex-ante als Instrument der Fusionskontrolle angewendet.

⁵⁰⁷ OECD, Reference guide on ex-post evaluation of competition agencies' enforcement decisions, a. a. O., vgl. Fn. 479, S. 51 ff.

⁵⁰⁸ Ebenda, vgl. Fn. 479, S. 62 f.; Duso, T./Gugler, K./Yurtoglu, B.B., Is the Event Study Methodology Useful for Merger Analysis? A Comparison of Stock Market and Accounting Data, *International Review of Law and Economics*, 30, 2010, S. 186-192.

dass eine positive abnormale Rendite eines Konkurrenten bei der Ankündigung einer Fusion auf erwartete wettbewerbswidrige Effekte hinweist.⁵⁰⁹

3.2.3 Erkenntnisse aus durchgeführten Ex-post-Evaluationen

3.2.3.1 Einschätzung der Strenge von Fusionskontrollentscheidungen

369. In der Fusionskontrolle können zwei Arten von Fehlentscheidungen unterschieden werden: Wettbewerbsfördernde Fusionen werden fälschlicherweise untersagt (Typ-I-Fehler) oder wettbewerbschädigende Fusionen werden fälschlicherweise zugelassen (Typ-II-Fehler). Bei Typ-I-Fehlern stellt die Entscheidung einen unnötigen Eingriff in den Wettbewerb dar und verhindert potenzielle Effizienzgewinne. Bei Typ-II-Fehlern versäumt die Fusionskontrolle den Schutz des Wettbewerbs auf den betreffenden Märkten.⁵¹⁰ Mithilfe von Ex-post-Evaluationen lernen Wettbewerbsbehörden die Auswirkungen ihrer Entscheidungspraxis zu verstehen. Zu streng entscheiden sie, wenn sie Fusionen blockieren, die den Wettbewerb fördern, und zu nachlässig, wenn sie Fusionen erlauben, die den Wettbewerb beeinträchtigen. Ohne die Ex-post-Evaluation von Entscheidungen kann die Qualität der Entscheidungspraxis einer Wettbewerbsbehörde kaum beurteilt werden.

370. Der Wettbewerb kann auf verschiedene Weisen beeinträchtigt werden, z. B. durch Erhöhung der Preise, Einschränkung der Produktionsmenge- und/oder -vielfalt, Verschlechterung von Qualität und Service oder Verlangsamung von Innovationen. Dementsprechend gibt es Ex-post-Evaluationen über Preise⁵¹¹, Preisaufschläge⁵¹², Werbung⁵¹³, Produktvielfalt⁵¹⁴, Qualität⁵¹⁵,

⁵⁰⁹ Cichello, M./Lamdin, J.L., Event Studies and the Analysis of Antitrust, *International Journal of the Economics of Business*, 13, 2006, S. 229-245; Stillman, R., Examining antitrust policy towards horizontal mergers, *Journal of Financial Economics*, 11, 1983, S. 225-240; Eckbo, B.E., Horizontal mergers, collusion, and stockholder wealth, *Journal of Financial Economics*, 11, 1983, S. 241-273; Eckbo, B.E./Wier, P., Antimerger policy under the Hart-Scott-Rodino Act: A reexamination of the market power hypothesis, *The Journal of Law and Economics*, 28, 1985, S. 119-149.

⁵¹⁰ Budzinski, O., Impact Evaluation of Merger Control Decisions, *European Competition Journal*, 9, 2013, S. 199-224; Duso, T./Damien J.N./Röller, L.-H., The political economy of European merger control: evidence using stock market data, *The Journal of Law and Economics*, 50, 2007, S. 455-489.

⁵¹¹ Haucap, J./Stiebale, J., Non-price Effects of Mergers and Acquisitions, https://www.dice.hhu.de/fileadmin/redaktion/Fakultaeten/Wirtschaftswissenschaftliche_Fakultaet/DICE/Discussion_Paper/402_Haucap_Stiebale.pdf, Abruf am 24. Mai 2024.

⁵¹² Stiebale, J./Szücs, F., Mergers and market power: Evidence from rivals' responses in European markets, a. a. O., vgl. Fn. 487.

⁵¹³ Chandra, A./Collard-Wexler, A., Mergers in Two-Sided Markets: An Application to the Canadian Newspaper Industry, *Journal of Economics & Management Strategy*, 18, 2009, S. 1045-1070.

⁵¹⁴ Argentesi, E. u. a., The effect of mergers on variety in grocery retailing, a. a. O., vgl. Fn. 486.

⁵¹⁵ Chen Y./Gayle, P.G., Mergers and product quality: Evidence from the airline industry, *International Journal of Industrial Organization*, 62, 2019, S. 96-135.

Kosten⁵¹⁶, Beschäftigungszahlen⁵¹⁷ oder Innovationstätigkeit⁵¹⁸. Eine Vielzahl an Studien analysiert einzelne Fusionen als Fallstudie und nutzt die Preisentwicklung nach der Freigabe als relevantes Kriterium. Die Ergebnisse zeigen, dass nach Fusionen die Preise steigen, sinken oder konstant bleiben können.⁵¹⁹ Die Vielzahl an Analysen in verschiedenen Industrien deutet darauf hin, dass die Auswirkungen von Fusionen unter anderem von den Marktcharakteristika abhängen. So wurden Preisanalysen nach Fusionen beispielsweise im Buchmarkt⁵²⁰, Lebensmitteleinzelhandel⁵²¹, Hypothekenmarkt⁵²², bei Geräteherstellern⁵²³, Brauereien⁵²⁴, Airlines⁵²⁵ oder Zeitungsmarkt⁵²⁶ durchgeführt. Zudem gibt es Analysen für verschiedene Länder in derselben Industrie. Dies deutet darauf hin, dass die Auswirkungen von Fusionen nicht nur vom Produktmarkt, sondern auch von institutionellen Rahmenbedingungen abhängen. So gibt es für den Lebensmitteleinzelhandel Ex-post-Analysen für Deutschland⁵²⁷, Frankreich⁵²⁸, Niederlande⁵²⁹ und die USA.⁵³⁰ Selbst innerhalb eines Landes und in derselben Industrie gibt es unterschiedliche Effekte einer Fusion abhängig von den lokalen Charakteristika wie Marktkonzentration.⁵³¹

⁵¹⁶ Engberg, J. u. a., The effect of mergers on firms' costs: evidence from the HMO industry, *The Quarterly Review of Economics and Finance*, 44, 2004, S. 574-600.

⁵¹⁷ Geurts, K./Van Biesebroeck, J., Employment growth following takeovers, *RAND Journal of Economics*, 50, 2019, S. 916-950.

⁵¹⁸ Ornaghi, C., Mergers and innovation in big pharma, *International Journal of Industrial Organization*, 27, 2009, S. 70-79.

⁵¹⁹ Stöhr, A., Price Effects of Horizontal Mergers: A Retrospective on Retrospectives, a. a. O., vgl. Fn. 492.

⁵²⁰ Aguzzoni, L., u. a., Ex post merger evaluation in the UK retail market for books, *The Journal of Industrial Economics*, 64, 2016, S. 170-200.

⁵²¹ Rickert, D./Schain, J.P./Stiebale, J., Local Market Structure and Consumer Prices: Evidence from a Retail Merger, a. a. O., vgl. Fn. 486.

⁵²² Allen, J./Clark, R./Houde, J.-F., The Effect of Mergers in Search Markets: Evidence from the Canadian Mortgage Industrie, *American Economic Review*, 104, 2013, S. 3365-3396.

⁵²³ Ashenfelter, O.C./Hosken, D.S./Weinberg, M.C., The Price Effects of a Large Merger of Manufacturers: A Case Study of Maytag-Whirlpool, a. a. O., vgl. Fn. 498.

⁵²⁴ Ashenfelter, O.C./Hosken, D.S./Weinberg, M.C., Efficiencies brewed: pricing and consolidation in the US beer industry, *RAND Journal of Economics*, 46, 2015, S. 328-361.

⁵²⁵ Dobson, P.W./Piga, C.A., The Impact of Mergers on Fares Structure: Evidence from European Low-Cost Airlines, *Economic Inquiry*, 51, 2013, S. 1196-1217.

⁵²⁶ Chandra, A./Collard-Wexler, A., Mergers in Two-Sided Markets: An Application to the Canadian Newspaper Industry, a. a. O., vgl. Fn. 513.

⁵²⁷ Rickert, D./Schain, J.P./Stiebale, J., Local Market Structure and Consumer Prices: Evidence from a Retail Merger, a. a. O., vgl. Fn. 486.

⁵²⁸ Allain, M.-L. u. a., Retail Mergers and Food Prices: Evidence from France, *The Journal of Industrial Economics*, 65, 2017, S. 469-509.

⁵²⁹ Argentesi, E. u. a., The effect of mergers on variety in grocery retailing, a. a. O., vgl. Fn. 9.

⁵³⁰ Hosken, D.S./Olson, L.M./Smith, L.K., Do retail mergers affect competition? Evidence from grocery retailing, *Journal of Economics & Management Strategy*, 27, 2018, S. 3-22.

⁵³¹ Ebenda, vgl. Fn. 530.

Abgesehen von Preisentwicklungen zeigt die Literatur zu anderen Variablen ebenfalls heterogene Ergebnisse.⁵³²

371. Weitere Analysen untersuchen entweder die Auswirkungen einer Fusionswelle in einer bestimmten Industrie oder einen Querschnitt von Fusionen in verschiedenen Industrien. Diese Analysen erlauben allgemeinere Schlussfolgerungen über die Entscheidungspraxis von Wettbewerbsbehörden. So kann gezeigt werden, dass über verschiedene Länder und Industrien die Preise nach Fusionen tendenziell steigen, wobei die Preissteigerungen mit der Größe einer Fusion und der Marktkonzentration korrelieren.⁵³³ Für die USA wurde gezeigt, dass die Preise nach Fusionen im Einzelhandel durchschnittlich um 1,5 % steigen.⁵³⁴ Neben Preisen steigen zudem die Preisaufschläge, sowohl bei den fusionierenden Unternehmen als auch bei den Wettbewerbern. Bei den fusionierenden Unternehmen sind die Effekte sowohl auf steigende Marktmacht⁵³⁵ als auch Effizienzgewinne und Qualitätsverbesserungen⁵³⁶ zurückzuführen. Bei den Wettbewerbern steigen die Preisaufschläge besonders, wenn die Marktkonzentration vor der Fusion hoch ist, es wenige Wettbewerber gibt und die relevanten Märkte national sind.⁵³⁷ Neben den Preisaufschlägen steigt auch die Kapitalrendite der Wettbewerber nach Fusionen.⁵³⁸ Für das Innovationsverhalten von Unternehmen gibt es verschiedene Ergebnisse. Für die USA konnte gezeigt werden, dass Fusionen positive Auswirkungen auf Innovationen haben, besonders wenn sich die Technologien der fusionierenden Unternehmen ähneln.⁵³⁹ In einer ähnlichen Studien wurden nach Fusionen in Europa sinkende Investitionen in Forschung und Entwicklung gefunden.⁵⁴⁰ Zudem wurden negative Effekte von Fusionen auf das Innovationsverhalten speziell in der Pharmaindustrie⁵⁴¹ und dem Technologiegiganten-Sektor⁵⁴² festgestellt. Eine Reihe an Event-Studien zeigt direkt, dass die Entscheidungspraxis der Wettbewerbsbehörden der Europäischen Kommission und USA tendenziell zu nachlässig sind, d. h. dass zu

⁵³² Haucap, J./Stiebale, J., Non-price Effects of Mergers and Acquisitions, a. a. O., vgl. Fn. 511.

⁵³³ Stöhr, A., Price Effects of Horizontal Mergers: A Retrospective on Retrospectives, a. a. O., vgl. Fn. 492.

⁵³⁴ Bhattacharya, V./Illanes, G./Stillerman, D., Merger Effects and Antitrust Enforcement: Evidence from US Consumer Packaged Goods, <https://www.nber.org/papers/w31123>, Abruf am 24. Mai 2024.

⁵³⁵ Blonigen, B.A./Pierce, J.R., Evidence for the Effects of Mergers on Market Power and Efficiency, <https://www.nber.org/papers/w22750>, Abruf am 24. Mai 2024.

⁵³⁶ Stiebale, J./Venceppa, D., Acquisitions, Markups, Efficiency and Product Quality: Evidence from India, *Journal of International Economics*, 112, 2018, S. 70-87.

⁵³⁷ Stiebale, J./Szücs, F., Mergers and market power: Evidence from rivals' responses in European markets, a. a. O., vgl. Fn. 487.

⁵³⁸ Gugler, K./Szücs, F., Merger externalities in oligopolistic markets, a. a. O., vgl. Fn. 487.

⁵³⁹ Bena, J./Li, K., Corporate Innovations and Mergers and Acquisitions, *The Journal of Finance*, 69, 2014, S. 1923-1960.

⁵⁴⁰ Szücs, F., M&A and R&D: Asymmetric Effects on acquirers and targets?, *Research Policy*, 43, 2014, S. 1264-1273.

⁵⁴¹ Ornaghi, C., Mergers and innovation in big pharma, a. a. O., vgl. Fn. 518.

⁵⁴² Affeldt, P./Kesler, R., Competitors' Reactions to Big Tech Acquisitions: Evidence from Mobile Apps, https://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.831752.de/dp1987.pdf, Abruf am 24. Mai 2024.

viele Fusionen ohne Nebenbedingungen freigegeben werden.⁵⁴³ Es wurde zudem festgestellt, dass die bei vielen Fusionen notwendigen Effizienzgewinne zur Kompensation unilateraler Effekte oft unrealistisch hoch sind.⁵⁴⁴ Jedoch ist die Fusionskontrolle der Europäischen Kommission teilweise wirksam, wenn sie Fusionen untersagt oder mit Nebenbestimmungen freigibt.⁵⁴⁵ Es gibt darüber hinaus Evidenz, dass sich die Fusionskontrolle der Europäischen Kommission nach der Reform 2004 verbessert hat.⁵⁴⁶

372. Ob Wettbewerbsbehörden zu nachlässig, zu streng oder gar überflüssig sind, wird lebhaft diskutiert.⁵⁴⁷ Die dargelegte Literatur legt nahe, dass in der Vergangenheit zu viele wettbewerbsbedenkliche Fusionen (bedingungslos) freigegeben wurden. Basierend auf der aktuellen Literatur lässt sich für Deutschland und die Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes keine Tendenz ableiten. Das Bundeskartellamt hat bislang weder Ex-post-Evaluationen zu einzelnen Fusionen noch Studien auf breiterer Basis veröffentlicht.⁵⁴⁸ In der akademischen Literatur ist lediglich eine Ex-post-Evaluation zu einer einzelnen freigegebenen Fusion in Deutschland bekannt. Diese analysiert eine Fusion aus dem Jahr 2008 im Lebensmitteleinzelhandel.⁵⁴⁹

3.2.3.2 Verbesserung der Ausgestaltung und Umsetzung von Nebenbestimmungen

373. Wettbewerbsbehörden können bedenkliche Fusionsvorhaben entweder verbieten oder, falls möglich, Nebenbestimmungen erlassen, die den Wettbewerb in den betroffenen Märkten aufrechterhalten.⁵⁵⁰ Diese Markteingriffe gehen die durch Fusionen potentiell aufkommenden Marktmachtbedenken an, ohne Effizienzsteigerungen durch Synergien zu zerstören.⁵⁵¹ Die Nebenbestimmungen können entweder verhaltensbezogen oder strukturell sein. Verhaltensbezogene Auflagen beziehen sich auf die Festlegung von Verhaltensregeln für die fusionierenden Unternehmen, um deren zukünftiges Verhalten zu beeinflussen oder zu beschränken. Ein Beispiel für eine Verhaltensauflage ist die Verpflichtung zum Abschluss eines Liefervertrags unter vorher festgelegten Bedingungen. Strukturelle Nebenbestimmungen hingegen wirken sich di-

⁵⁴³ Duso, T./Gugler, K./Yurtoglu, B.B., How effective is European merger control?, a. a. O., vgl. Fn. 487; Klein, T., Event Studies in Merger Analysis: Review and an Application Using U.S. TNIC Data, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3517189, Abruf am 24. Mai 2024.

⁵⁴⁴ Affeldt, P. u. a., Assessing EU Merger Control through Compensating Efficiencies, <https://cepr.org/publications/dp16705>, Abruf am 24. Mai 2024.

⁵⁴⁵ Duso, T./Gugler, K./Yurtoglu, B.B., How effective is European merger control?, a. a. O., vgl. Fn. 487.

⁵⁴⁶ Duso, T./Gugler, K./Szücs, F., An Empirical Assessment of the 2004 EU Merger Policy Reform, *Economic Journal*, 123, 2013, S. 596-619.

⁵⁴⁷ Duso, T./Gugler, K./Yurtoglu, B.B., How effective is European merger control?, a. a. O., vgl. Fn. 487.

⁵⁴⁸ Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 345.

⁵⁴⁹ Rickert, D./Schain, J.P./Stiebale, J., Local Market Structure and Consumer Prices: Evidence from a Retail Merger, a. a. O., vgl. Fn. 486.

⁵⁵⁰ OECD, Reference guide on ex-post evaluation of competition agencies' enforcement decisions, a. a. O., vgl. Fn. 479, S. 35.

⁵⁵¹ Duso, T./Gugler, K./Yurtoglu, B.B., How effective is European merger control?, a. a. O., vgl. Fn. 487.

rekt auf die Marktstruktur aus, beispielsweise durch die Veräußerung bestimmter Unternehmensteile, z. B. Produktionsstätten oder anderer physischer und nicht-physischer Vermögenswerte.⁵⁵² Der Hauptvorteil struktureller Maßnahmen gegenüber den verhaltensbezogenen Abhilfemaßnahmen besteht darin, dass Wettbewerbsbehörden sie vergleichsweise kostengünstig durchsetzen und überwachen können.⁵⁵³

374. Ex-post-Evaluationen zu Nebenbestimmungen bewerten deren Wirksamkeit, indem sie untersuchen, ob diese ihre beabsichtigten Ziele erreicht haben. Dabei wird analysiert, welche Faktoren den Erfolg bestimmen und ob alternative Nebenbestimmungen effektiver gewesen wären. Diese Analysen konzentrieren sich meist ausschließlich auf die Abhilfemaßnahmen und berücksichtigen nicht die Angemessenheit der Fusionsfreigabe.⁵⁵⁴ Für den schwedischen Biermarkt wurde beispielsweise gezeigt, dass die Veräußerung von Produkten einen wesentlichen Einfluss hatte, um den Preisanstieg, der durch die Fusion verursacht wurde, auszugleichen.⁵⁵⁵ Für den amerikanischen Biermarkt wurden wiederum steigende Preise bei den veräußerten Marken gefunden.⁵⁵⁶ Für den Lebensmitteleinzelhandel gibt es ebenfalls unterschiedliche Effekte der Nebenbestimmungen für unterschiedliche Länder.⁵⁵⁷ Für die Pharmaindustrie konnte gezeigt werden, dass Veräußerungen ihren Zweck erfüllt haben.⁵⁵⁸ Für Tankstellen konnte indes gezeigt werden, dass Veräußerungen wirksam sind, um Wettbewerber innerhalb eines engen Radius zu disziplinieren, dieser Effekt sich jedoch nicht auf die gesamte Größe des relevanten Marktes erstreckt.⁵⁵⁹ Zu dem Design und der Umsetzung von Nebenbestimmungen gibt es Studien, welche von Wettbewerbsbehörden selbstständig durchgeführt bzw. beauftragt wurden. Die CMA beauftragt regelmäßig Studien zur Ex-post-Bewertung von Nebenbestimmungen bei Fusionskontrollentscheidungen. Seit 2007 wurden die Ergebnisse von 23 Fusionen in acht Studien veröffentlicht.⁵⁶⁰ Diese Fallauswahl deckt verschiedene Arten von Nebenbestimmungen ab. Die Ergebnisse dieser Analysen dienen dazu, die Herangehensweise der CMA an Nebenbestimmungen in künftigen Fällen zu verbessern, um die Wirksamkeit der Interventionen im Laufe

⁵⁵² International Competition Network, Merger Remedies Guide, 2016, https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_RemediesGuide.pdf, Abruf am 28. Mai 2024.

⁵⁵³ Lagos, V., Effectiveness of merger remedies: Evidence from the retail gasoline industry, *The Journal of Industrial Economics*, 66, 2018, S. 942-979.

⁵⁵⁴ OECD, Reference guide on ex-post evaluation of competition agencies' enforcement decisions, a. a. O., vgl. Fn. 479, S. 35 f.

⁵⁵⁵ Friberg, R./Romahn, A., Divestiture requirements as a tool for competition policy: A case from the Swedish beer market, *International Journal of Industrial Organization*, 42, 2015, S. 1-18.

⁵⁵⁶ Wang, X. u. a., Is Divestiture Effective as a Merger Remedy in the U.S. Beer Industry? *Review of Industrial Organization*, 62, 2023, S. 1-18.

⁵⁵⁷ Argentesi, E., u. a., The effect of mergers on variety in grocery retailing, a. a. O., vgl. Fn. 486; Rickert, D./Schain, J.P./Stiebale, J., Local Market Structure and Consumer Prices: Evidence from a Retail Merger, , a. a. O., vgl. Fn. 486.

⁵⁵⁸ Tenn, S./Yun, J.M., The success of divestitures in merger enforcement: Evidence from the J&J–Pfizer transaction, *International Journal of Industrial Organization*, 29, 2011, S. 273-282.

⁵⁵⁹ Lagos, V., Effectiveness of merger remedies: Evidence from the retail gasoline industry, a. a. O., vgl. Fn. 553.

⁵⁶⁰ Die Competition Commission (CC), eine Vorgängerorganisation der CMA, veröffentlichte zwischen 2007 und 2012 elf Fallstudien in vier Studien. Die CMA hat seitdem 12 Fallstudien in vier weiteren Studien veröffentlicht.

der Zeit zu steigern.⁵⁶¹ Die australische Wettbewerbsbehörde hat bisher zwei Studien selbstständig durchgeführt, welche unter anderem die Wirksamkeit der Nebenbestimmungen untersuchen.⁵⁶² Die kanadische Wettbewerbsbehörde hat ebenfalls die Nebenbestimmungen mehrerer Fusionen ex post evaluiert.⁵⁶³ Weitere Studien gibt es von der FTC⁵⁶⁴, Europäischen Kommission⁵⁶⁵ und OECD.⁵⁶⁶ Bei einer Befragung der OECD gaben weitere Wettbewerbsbehörden an, dass sie Ex-post-Evaluationen von Nebenbestimmungen bei Fusionen durchführen, darunter Brasilien, Italien und Japan.⁵⁶⁷

3.2.3.3 Weiterentwicklung von Ex-ante-Instrumenten

375. Die Wettbewerbsbehörden verwenden verschiedene Instrumente, um ihre Entscheidungen in der Fusionskontrolle zu treffen. Da diese Instrumente ausschließlich in der Prüfungsphase eingesetzt werden, bleibt eine unvermeidliche Unsicherheit über ihre korrekte Anwendung bestehen. Ein Vergleich zwischen den prognostizierten Entwicklungen und den tatsächlichen Auswirkungen von Zusammenschlüssen kann helfen, die Instrumente zu verbessern und zu ermitteln, welche davon sich als effektiv erwiesen haben. Solche Untersuchungen haben oft eine ähnliche Struktur: Zunächst wird ein Instrument mit Daten aus der Prüfungsphase auf eine Fusion angewendet und die Auswirkungen der Fusion vorhergesagt. Anschließend werden die tatsächlichen Auswirkungen der Fusion analysiert. Dazu wird häufig die Differenz-in-Differenzen-Methode verwendet, deren Ergebnisse als tatsächliche Auswirkungen angesehen werden. Gibt es eine auffällige Diskrepanz zwischen den prognostizierten und den tatsächlichen Auswirkungen, kann dies ein Hinweis darauf sein, dass das ursprünglich verwendete Instrument nicht geeignet war. Diese Erkenntnisse sind wichtig, um zukünftige Entscheidungen noch fundierter treffen zu können.

376. Überprüfung von wichtigen Annahmen: Ex-post-Bewertungen können prüfen, ob wichtige Annahmen über Marktcharakteristika und Entwicklungen, die bei der Durchsetzung von Entscheidungen verwendet wurden, fundiert sind. Dies ermöglicht es, Einschränkungen oder

⁵⁶¹ Competition Market Authority, Merger remedy evaluations, 2023, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/6537944c3099f900117f301e/CMA_report_on_case_study_research____.pdf, Abruf am 28. Mai 2024.

⁵⁶² Australian Competition & Consumer Commission, Ex post review of ACCC merger decisions, 2024, <https://www.accc.gov.au/system/files/Ex%20post%20review%20-%20February%202024.pdf>, Abruf am 28. Mai 2024.

⁵⁶³ Competition Bureau Canada, Merger Remedies Study, 2011, <https://competition-bureau.canada.ca/sites/default/files/attachments/2022/cb-merger-remedy-study-summary-e.pdf>, Abruf am 28. Mai 2024.

⁵⁶⁴ Federal Trade Commission, Remedy Study, <https://www.ftc.gov/policy/studies/remedy-study>, Abruf am 28. Mai 2024.

⁵⁶⁵ Europäische Kommission, Merger remedies study, 2006, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/f7587298-1d1f-4396-8cca-4735b7efab97/language-en>, Abruf am 28. Mai 2024

⁵⁶⁶ OECD, Ex-post Assessment of Merger Remedies (OECD Competition Policy Roundtable Background Note), 2023, <https://www.oecd.org/daf/competition/ex-post-assessment-of-merger-remedies-2023.pdf>, Abruf am 28. Mai 2024.

⁵⁶⁷ OECD, Ex-post Assessment of Merger Remedies, 2023, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2023\)46/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2023)46/en/pdf), Abruf am 28. Mai 2024.

Fehler in der Analyse, die den Entscheidungen zugrunde liegen, zu identifizieren und den zukünftigen Entscheidungsprozess zu verbessern. Komplexe Fusionskontrollentscheidungen berücksichtigen eine Vielzahl verschiedener Kriterien, wie beispielsweise zukünftige Markteintritte.⁵⁶⁸ Im Auftrag der CMA wurde untersucht, ob die prognostizierten Markteintritte nach einer Fusion tatsächlich erfolgten. Die Ergebnisse zeigen unterschiedliche Erfolge bei der Vorhersage von Eintritten und Expansionen. Außerdem hat die CMA analysiert, welche Faktoren Eintritte und Expansionen beeinflussen könnten und ob ihre Bewertung konsistent war.⁵⁶⁹ Die CC in Neuseeland bewertet in ihren Ex-post-Evaluationen ebenfalls wesentliche Faktoren ihrer Entscheidungen und prüft, ob die Vorhersagen der Wettbewerbsbehörde eingetroffen sind. So zeigten sie beispielsweise, dass Marktteilnehmer in der Prüfungsphase häufig die Wahrscheinlichkeit und das Ausmaß potenzieller Eintritte und Expansionen überschätzen.⁵⁷⁰

377. Überprüfung von Marktabgrenzungen: Als weiteres Element des Prüfverfahrens können Marktabgrenzungen auf ihre Korrektheit überprüft werden. Sowohl die räumliche als auch die sachliche Marktabgrenzung sind für die Prognose der Auswirkungen von Zusammenschlüssen von grundlegender Bedeutung. Bei Krankenhausfusionen in den USA war eine von den Ökonomen Kenneth G. Elzinga und Thomas F. Hogarty entwickelte Methode in der Vergangenheit gängig, um räumliche Märkte für Krankenhäuser zu bestimmen.⁵⁷¹ Diese Methode basiert auf der Annahme, dass ein großer Abfluss oder Zufluss von Patientinnen und Patienten zwischen Regionen auf einen engen Wettbewerb zwischen Krankenhäusern in diesen Regionen hinweist. Wenn fusionierende Krankenhäuser in einer Region, in welcher viele Patientinnen und Patienten auch Krankenhäuser benachbarter Regionen nutzten, versuchten, nach einer Fusion die Preise zu erhöhen, ging man davon aus, dass sie viele Patientinnen und Patienten an konkurrierende Krankenhäuser außerhalb der Region verlieren würden. Dies würde eine Preiserhöhung nach der Fusion unrentabel machen. Bei horizontalen Fusionen konkurrierender Krankenhäuser in ländlichen Gebieten führte die Methode oft zu großen räumlichen Märkten, weil vor der Fusion viele Patientinnen und Patienten, die in einer ländlichen Region lebten, in entfernte städtische Krankenhäuser reisten. Allerdings reisten die meisten von ihnen zu dem entfernten Krankenhaus, weil dies andere Dienstleistungen anbot. Daher bedeutete ein großer Abfluss von Patientinnen und Patienten nicht, dass ländliche und städtische Krankenhäuser Substitute für einander waren; im Gegenteil, Patientinnen und Patienten reisten weite Strecken zu städtischen Krankenhäusern, weil lokale Dienstleistungen keine engen Substitutionen für städtische waren. Die FTC führte eine Reihe von Ex-post-Analysen nach Krankenhausfusionen durch, um

⁵⁶⁸ OECD, Reference guide on ex-post evaluation of competition agencies' enforcement decisions, a. a. O., vgl. Fn. 479, S. 8.

⁵⁶⁹ KPMG LLP, Entry and expansion in UK merger cases, 2017, <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a82b3b440f0b6230269c40a/entry-and-expansion-in-uk-ex-post-evaluation-kpmg.pdf>, Abruf am 28. Mai 2024.

⁵⁷⁰ Commerce Commission New Zealand, Ex-post merger review report, 2024, https://comcom.govt.nz/__data/assets/pdf_file/0022/344830/Ex-post-merger-review-report-29-February-2024.pdf, Abruf am 28. Mai 2024.

⁵⁷¹ Elzinga, K.G./Hogarty, T.F., The Problem of Geographic Market Delineation in Antimerger Suits, *Antitrust Bulletin*, 18, 1973, S. 54-81.

die Auswirkungen auf die Märkte zu untersuchen.⁵⁷² Die Studien zeigten, dass Fusionen in Regionen mit hohen Abflüssen von Patientinnen und Patienten zu starken Preiserhöhungen nach der Fusion führten. Diese Ergebnisse wiesen darauf hin, dass die zentrale Annahme der verwendeten Methode zur räumlichen Marktabgrenzung bei Krankenhausfusionen falsch war. Folgerichtig nutzt die FTC diese Methode nicht mehr im Rahmen der Fusionskontrolle bei Krankenhäusern.

378. Überprüfung der Anwendbarkeit von Fusionssimulationen: Fusionssimulationen werden vereinzelt im Prüfverfahren genutzt, um die Auswirkungen eines Zusammenschlusses zu schätzen. Sie geben Antworten auf die zentralen Fragen der Wettbewerbsbehörden: Wie würde sich eine Fusion zweier Unternehmen auf die Preise und den Absatz der betroffenen Produkte auswirken? Die Genauigkeit der Vorhersagen über die Auswirkungen der Fusion auf Marktpreise und Absatz hängt jedoch von wesentlichen Annahmen ab. Sind diese nicht korrekt, können Fusionssimulationen ungenaue Prognosen liefern.⁵⁷³ Eine Reihe von Studien hat getestet, ob Fusionssimulationen in der Prüfungsphase die tatsächlichen Auswirkungen von Fusionen präzise vorhersagen können. Dabei wurde gezeigt, dass die Vorhersagen teilweise ungenau sind⁵⁷⁴ und Abweichungen in beide Richtungen⁵⁷⁵ haben können. Aufgrund der festgestellten Diskrepanz zwischen den Ergebnissen der Fusionssimulationen und den tatsächlichen Effekten ist es ratsam, Simulationen in der Prüfungsphase nur bedacht zu verwenden und zu interpretieren.

379. Zuverlässigkeit von Prüfmethode: In einer anderen Studie wird die Zuverlässigkeit verschiedener Ex-ante-Prüfmethode bei Krankenhausfusionen analysiert. Für zahlreiche Krankenhausfusionen ermittelten Expertinnen und Experten Preisvorhersagen nach der jeweiligen Fusion mit verschiedenen Methoden und Daten vor den Fusionen. Anschließend verglichen sie diese Vorhersagen mit den tatsächlichen Preisveränderungen nach den Fusionen. Die Ergebnisse zeigen, dass Methoden, die aus Krankenhaus-Wettbewerbsmodellen abgeleitet sind, präziser sind als traditionelle Methoden, um Preisveränderungen vorherzusagen.⁵⁷⁶

⁵⁷² Haas-Wilson, D./Garmon, C., Hospital Mergers and Competitive Effects: Two Retrospective Analyses, *International Journal of the Economics of Business*, 18, 2011, S. 17-32; Tenn, S., The Price Effects of Hospital Mergers: A Case Study of the Sutter-Summit Transaction, *International Journal of the Economics of Business*, 18, 2011, S. 65-82; Elzinga, K.G./Swisher, A.W., The Limits of the Elzinga-Hogarty Test in Hospital Mergers: The Evanston Case, *International Journal of the Economics of Business*, 18, 2011, S. 133-146.

⁵⁷³ Hosken, D.S./Miller, N./Weinberg, M., Ex Post Merger Evaluation: How Does it Help Ex Ante, a. a. O., vgl. Fn. 488.

⁵⁷⁴ Peters, C., Evaluating the Performance of Merger Simulation: Evidence from the U.S. Airline Industry, *Journal of Law & Economics*, 49, 2006, S. 627-649.

⁵⁷⁵ Weinberg, M.C., More Evidence on the Performance of Merger Simulations, *American Economic Review: Paper & Proceedings*, 101, 2011, S. 51-55; Weinberg, M.C./Hosken, D., Evidence on the Accuracy of Merger Simulations, *The Review of Economics and Statistics*, 95, 2013, S. 1584-1600; Björnerstedt, J./Verboven, F., Does Merger Simulation Work? Evidence from the Swedish Analgesics Market, *American Economic Journal: Applied Economics*, 8, 2016, S. 125-164.

⁵⁷⁶ Garmon, C., The accuracy of hospital merger screening methods, *RAND Journal of Economics*, 48, 2017, S. 1068-1102.

380. Approximation von Fusionseffekten durch andere Wettbewerbsänderungen: In einer anderen Studie wurde analysiert, ob Veränderungen der Wettbewerbsintensität als Indikatoren für die Auswirkungen von horizontalen Fusionen im Lebensmitteleinzelhandel dienen können. Die Analyse beginnt mit der Schätzung, wie sich die Marktpreise nach Markteintritten und -austritten verändern. Anschließend werden diese geschätzten Preiseffekte mit den Effekten horizontaler Fusionen verglichen. Die Ergebnisse deuten indirekt darauf hin, dass Studien zu Markteintritten helfen können, die Auswirkungen von Fusionen im Lebensmitteleinzelhandel besser vorherzusagen.⁵⁷⁷

3.2.4 Mögliche Umsetzung in Deutschland

381. In Deutschland sollten, ähnlich wie in vielen anderen Ländern, regelmäßig die Auswirkungen freigegebener Fusionen evaluiert werden, um zu überprüfen, ob möglicherweise wettbewerbsbeeinträchtigende Fusionen genehmigt werden. Wenn Fusionen mit Nebenbestimmungen freigegeben wurden, deutet dies darauf hin, dass das Bundeskartellamt bereits während des Prüfprozesses Bedenken hatte. Dies ist ein erster Hinweis darauf, ob eine Fusion möglicherweise wettbewerbschädlich sein könnte. Da nicht jede Fusion evaluiert werden kann, bietet es sich an, große Fusionen zu untersuchen, die entweder viele Verbraucherinnen und Verbraucher betreffen oder in der Öffentlichkeit stark diskutiert wurden. Auch wenn die Ergebnisse der einzelnen Fusionen unterschiedlich ausfallen können, geben die Einzelfallevaluationen einen ersten Einblick von der Stringenz der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes. Freigegebene Zusammenschlüsse sind jedoch nicht nur hinsichtlich der eigentlichen Freigabe-Entscheidung zu bewerten, sondern – soweit sie mit Nebenbestimmungen verbunden wurden – auch im Hinblick auf die Ausgestaltung und Umsetzung der Nebenbestimmungen.

382. Die Strategie, Instrumente auf deren Zuverlässigkeit zu prüfen, hat zahlreiche Vorteile zeigen können. Dadurch kann eine Wettbewerbsbehörde lernen, welche Kriterien sie in verschiedenen Fällen anwenden kann, was die zukünftige Entscheidungspraxis verbessert. Bei Zusammenschlüssen in Deutschland könnte es erfolgsversprechend sein, die vorgenommenen Marktabgrenzungen zu evaluieren. Marktabgrenzungen, seien sie räumlich oder sachlich, haben einen erheblichen Einfluss auf die Marktanteile der fusionierenden Unternehmen sowie deren Wettbewerber. Die Marktabgrenzung ist daher von entscheidender Bedeutung für die Beurteilung der Wettbewerbsentwicklung nach dem Zusammenschluss. Die Erkenntnisse aus solchen Studien tragen dazu bei, die Marktabgrenzung in zukünftigen Fusionskontrollentscheidungen noch fundierter vorzunehmen. Neben der Marktabgrenzung nutzt das Bundeskartellamt regelmäßig weitere Instrumente. Es empfiehlt sich, diese Instrumente auf ihre Verlässlichkeit hin zu evaluieren.

⁵⁷⁷ Hosken, D.S./Olson, L.M./Smith, L.K., Can entry or exit event studies inform horizontal merger analysis? Evidence from grocery retailing, *Economic Inquiry*, 54, 2016, S. 342-360.

3.3 Ex-post-Evaluation der Verfahrenspraxis der Fusionskontrolle

3.3.1 Grundlegendes

383. Bei der Ex-post-Evaluation der Verfahrenspraxis wird analysiert, welche Faktoren die Entscheidungspraxis der Wettbewerbsbehörden beeinflussen. Bei diesen Analysen werden Variablen identifiziert, welche die Interventionswahrscheinlichkeit einer Behörde erklären. Eine Intervention kann die Untersagung einer Fusion, die Zurücknahme einer Fusionsanmeldung und/oder die Fusionsfreigabe mit oder ohne Nebenbestimmungen sein. Dabei können marktrelevante Variablen oder – je nach Ausgestaltung des jeweiligen Kartellrechts - politische Variablen eine Rolle für die Entscheidung spielen. Zudem wird untersucht, wie sich die Entscheidungspraxis nach einer politischen Veränderung, durch Entwicklungen in den Märkten (z. B. steigende Bedeutung des Technologiesektors), in Krisenzeiten oder generell über die Zeit verändert. Dies hilft zu verstehen, ob Reformen ihre Ziele erfüllen und welche Faktoren für die Fusionskontrolle zunehmend an Bedeutung gewinnen. Die Ex-post-Evaluation der Verfahrenspraxis sollte daher ergänzend zur Ex-post-Evaluation freigegebener Fusionen durchgeführt werden.

384. Die Ex-post-Evaluation der Verfahrenspraxis erfordert umfangreiche Informationen zu den Fusionskontrollentscheidungen einer Wettbewerbsbehörde. In der Regel basieren diese Studien auf einer großen Stichprobe⁵⁷⁸ oder der Gesamtheit aller Fusionskontrollentscheidungen einer Behörde.⁵⁷⁹ Zur Analyse der Entscheidungspraxis benötigt man die Fusionskontrollentscheidung und Informationen über die Variablen, die diese beeinflussen bzw. erklären können. Typischerweise handelt es sich dabei um fusions- oder marktspezifische Variablen wie die Marktkonzentration oder die angewandte Schadenstheorie. Auch weitere Variablen wie das Herkunftsland der Unternehmen können einbezogen werden. Die Daten müssen mindestens auf Fusionsebene vorhanden sein. Nützlich sind zusätzliche Informationen, wie der relevante Produktmarkt und der geografische Markt. Dadurch können die Faktoren, die wettbewerbliche Bedenken in einzelnen Teilmärkten auslösen, präziser erfasst und Veränderungen im Zeitverlauf besser nachvollzogen werden.⁵⁸⁰ Im Gegensatz zur Ex-post-Evaluation von freigegebenen Zusammenschlüssen sind keine zusätzlichen Marktdaten erforderlich, ebenso wenig wie Informationen, die erst nach der Entscheidung der Wettbewerbsbehörde erhoben werden können.

385. Zur Schätzung der Interventionswahrscheinlichkeit werden lineare Wahrscheinlichkeitsmodelle, Logit- oder Probitmodelle verwendet. Die Intervention der Wettbewerbsbehörde bildet die abhängige Variable im Regressionsmodell. Erklärende Variablen dienen dazu, die Faktoren zu identifizieren, welche die Wahrscheinlichkeit einer Intervention beeinflussen. Das lineare Wahrscheinlichkeitsmodell schätzt die Wahrscheinlichkeit der Intervention als lineare Funktion dieser Variablen. Logit- und Probitmodelle verwenden nichtlineare Funktionen, um realistischere Wahrscheinlichkeiten zu berechnen. Alle drei Modelle helfen, die Bedeutung und

⁵⁷⁸ Szücs, F., Investigating transatlantic merger policy convergence, *International Journal of Industrial Organization* 30, 2012, S. 654-662.

⁵⁷⁹ Affeldt, P./Duso, T./Szücs, F., Twenty-five Years European Merger Control: The Determinants of the Commission's Decisions, *International Journal of Industrial Organization*, 76, 2021, 102720.

⁵⁸⁰ Ebenda, vgl. Fn. 579.

den Einfluss der verschiedenen erklärenden Variablen auf die Entscheidungsprozesse der Wettbewerbsbehörden zu verstehen. Um beispielsweise den Effekt einer Reform zu analysieren, kann man das Regressionsmodell mit Daten vor und nach der Reform schätzen und analysieren, inwiefern sich die Ergebnisse unterscheiden. Neuere Studien nutzen zudem Techniken des maschinellen Lernens zur Analyse der Verfahrenspraxis.⁵⁸¹

3.3.2 Erkenntnisse aus durchgeführten Ex-post-Evaluationen

386. Einige Studien untersuchen die Entscheidungspraktiken der Europäischen Kommission basierend auf einer Stichprobe von Fusionskontrollentscheidungen. Eine der ersten Studien analysiert 96 angemeldete Zusammenschlüsse bis zum Jahr 2002. Sie zeigt, dass die Wahrscheinlichkeit einer Phase-2-Untersuchung und eines Fusionsverbots mit den Marktanteilen, hohen Markteintrittsbarrieren und erleichterter Kartellbildung nach der Fusion steigt. Politische Variablen wie die Person des Wettbewerbskommissars haben keinen signifikanten Einfluss auf die Entscheidung.⁵⁸² Eine andere Studie zeigt, dass Fusionen, die auf unilaterale Effekte überprüft werden, eher angefochten werden als solche, die auf koordinierte Effekte überprüft werden.⁵⁸³ Nach der Reform der Fusionskontrolle in 2004 sinkt die Wahrscheinlichkeit von Interventionen, was laut der Studie darauf hindeutet, dass die neue Politik weniger aggressiv ist. Marktanteile und Markteintrittsbarrieren beeinflussen die Entscheidungen der Europäischen Kommission auch nach der Reform, jedoch spielen Marktanteile eine geringere Rolle.⁵⁸⁴ Neben dem Einfluss der Reform auf die Entscheidungspraxis wurde auch untersucht, wie sich die Praxis der Europäischen Kommission und der FTC unterscheiden und ob die Reform von 2004 diese Unterschiede beeinflusste.⁵⁸⁵

387. Neuere Studien basieren auf der Gesamtheit aller Fusionskontrollentscheidungen der Europäischen Kommission seit 1990. Eine dieser Studien zeigt, dass das Herkunftsland der Unternehmen die Wahrscheinlichkeit einer Intervention nicht beeinflusst. Die Interventionswahrscheinlichkeit ist höher bei Fusionen mit wertvollen Unternehmen, größerer Marktkonzentration, feindlichen Übernahmen und horizontalen Fusionen. Bei Fusionen mit Finanzinvestoren, in großen Märkten und bei Aktienübernahmen wird seltener interveniert.⁵⁸⁶ Weitere Untersuchungen erweitern die Analyse auf Produkt- und räumliche Märkte. Mit Techniken des maschi-

⁵⁸¹ Ebenda, vgl. Fn. 579; Affeldt, P, EU merger policy predictability using random forests, <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/195910/1/1663498040.pdf>, Abruf am 24. Mai 2024.

⁵⁸² Bergman, M. A./Jakobsson, M./Razo, C., An econometric analysis of the European Commission's merger decisions, *International Journal of Industrial Organization*, 23, 2005, S. 717–737.

⁵⁸³ Mai, A.T.V., Is EU Merger Policy Less Stringent After Its 2004 Reform?, <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:900189/FULLTEXT01.pdf>, Abruf am 24. Mai 2024.

⁵⁸⁴ Ebenda, vgl. Fn. 583.

⁵⁸⁵ Bergman, M.A. u.a., Comparing Merger Policies in the European Union and the United States, *Review of Industrial Organization*, 36, 2010, S. 305–331; Bergman, M.A. u.a., Does Merger Policy Converge after the 2004 European Union Reforms?, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2844402, Abruf am 24. Mai 2024; Szücs, F., Investigating transatlantic merger policy convergence, a. a. O., vgl. Fn. 578.

⁵⁸⁶ Bradford, A./R.J. Jackson Jr./Zytnick, J., Is EU Merger Control Used for Protectionism? An Empirical Analysis, https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2093/, Abruf am 24. Mai 2024.

nellen Lernens zeigt eine Studie, dass die Bedeutung von Marktanteilen und Konzentrationsmaßen abgenommen hat, während Markteintrittsbarrieren und das Risiko der Marktabschottung seit der Reform 2004 wichtiger geworden sind.⁵⁸⁷ Eine ähnliche Studie findet vergleichbare Dynamiken in der Entscheidungspraxis.⁵⁸⁸ Eine andere Analyse untersucht die Determinanten von blockierten Fusionskontrollentscheidungen und zurückgezogenen Fusionsvorhaben. Sie zeigt einen Rückgang von Verboten und Rücknahmen seit 2002. Gerichtliche Niederlagen der Europäischen Kommission werden als entscheidende Faktoren genannt. In den Bereichen Information und Kommunikation sowie Transport und Lagerung gibt es eine höhere Wahrscheinlichkeit für Rücknahmen oder Verbote. Netzwerk-Effekte, hohe Marktanteile und das Risiko von Absprachen sind Hauptgründe für Verbotsentscheidungen im Informations- und Kommunikationssektor.⁵⁸⁹ Eine weitere Studie verwendet Textanalysetechniken, um Fusionsentscheidungsdokumente zu analysieren. Sie findet eine zunehmende Nennung von Begriffen mit Bezug zum "More Economic Approach". Das Konzept der Dominanz hat seit 2004 abgenommen, was auf einen Rückgang struktureller Marktparameter bei Fusionsprüfungen hinweist. Die Dauer der Fusionsprüfung hat nach der Reform deutlich zugenommen, während die Wahrscheinlichkeit eines Verbots unverändert blieb.⁵⁹⁰

3.4 Verfahrensdatenbank

3.4.1 Mögliche Ausgestaltung einer Verfahrensdatenbank

388. Voraussetzung für die Durchführung der oben dargestellten Studien ist eine umfangreiche Informationsbasis. Diese sollte als strukturierte Sammlung von systematisch gespeicherten Informationen zu allen angemeldeten Fusionskontrollverfahren dienen. Die Analyse- und Nutzungsmöglichkeiten einer solchen Datenbank hängen primär von der Qualität und Quantität der erfassten Informationen ab. Je umfangreicher und detaillierter die gesammelten Informationen sind, desto mehr Analysemöglichkeiten ergeben sich für die Evaluation der Verfahrenspraxis. Die Daten können zudem als Informationsquelle für die Ex-post-Evaluation von freigegebenen Fusionskontrollverfahren dienen, für die in der Regel weniger fusionspezifische Informationen benötigt werden. Perspektivisch eröffnet eine umfassende Datenbasis Analysemöglichkeiten für die Anwendung von Techniken des maschinellen Lernens. Eine umfassende Datenbasis bietet darüber hinaus weitere praktische Vorteile für eine Wettbewerbsbehörde. Diese Vorteile hängen eng mit dem Umfang, dem Zeitraum und dem Detaillierungsgrad der gesammelten Informationen zusammen.

⁵⁸⁷ Affeldt, P./Duso, T./Szücs, F., Twenty-five Years European Merger Control: The Determinants of the Commission's Decisions, a. a. O., vgl. Fn. 579.

⁵⁸⁸ Affeldt, P., EU merger policy predictability using random forests, a. a. O., vgl. Fn. 581.

⁵⁸⁹ Bernhard, L., Withdrawn and Prohibited Merger Cases in the EU, *Journal of European Competition Law & Practice*, 13, 2022, S. 296–303.

⁵⁹⁰ Bernhard, L./Dewenter, R., The impact of the more economic approach on EU merger decisions, <https://www.econbiz.de/Record/the-impact-of-the-more-economic-approach-on-eu-merger-decisions-bernhardt-lea/10013380857>, Abruf am 24.05.2024.

389. Die gesammelten Informationen zu Fusionskontrollverfahren sollten drei Kriterien erfüllen, um den größtmöglichen Nutzen für die Wettbewerbsbehörde zu bieten:

- Sie bieten Möglichkeiten zur (Ex-post-) Analyse relevanter Fragestellungen, einschließlich der Bewertung der Verfahrenspraxis und der Evaluation einzelner oder mehrerer freigegebener Fusionen.
- Sie dienen als Informationsquelle für zukünftige Fallbearbeitungen, und sie sind geeignet für den Informationsaustausch zwischen und innerhalb der Beschlussabteilungen.
- Sie sind vergleichbar mit den Informationen, die von anderen Wettbewerbsbehörden gesammelt werden, um die behördliche Zusammenarbeit zu erleichtern.

390. Um die drei genannten Kriterien zu erfüllen, müssen verschiedene Informationen zu den Fusionskontrollverfahren gesammelt werden. Die folgenden Vorschläge orientieren sich an der Konzeption der Datenbank der Europäischen Kommission, die derzeit ebenfalls eine umfangreiche Verfahrensdatenbank aufbaut. Dies unterstreicht die Bedeutung solcher Daten in der Fusionskontrolle. Der genaue Umfang und Detailgrad bedarf weiterer Klärung. Eine erste Übersicht der zu sammelnden Informationen umfasst:

- **Basisinformationen:** Datum der Anmeldung, Verlängerungsfristen, Käufer/Verkäufer, Datum der Entscheidung, Entscheidungsart etc.
- **Juristische Informationen:** Art des Zusammenschlusses, Definition des sachlichen und räumlichen Marktes etc.
- **Schadenstheorien:** unilateral, vertikal etc.
- **Wettbewerbsbewertung:** Marktanteile der betroffenen Unternehmen, Marktkonzentration etc.
- **Testmethoden:** Marktumfragen, Lieferstromanalysen etc.
- **Nebenbestimmungen:** ggf. Informationen zu Nebenbestimmungen.

391. Eine umfassende und vollständige Datenerfassung kann durch Zusammenarbeit zwischen der Monopolkommission und dem Bundeskartellamt etabliert werden. Dazu könnte ein Fragebogen entwickelt werden, den die zuständige Person im Bundeskartellamt nach Abschluss einer Fusionskontrollprüfung automatisch per E-Mail erhält. Die eingetragenen Daten sollten kontinuierlich von einem zuständigen Team auf Vollständigkeit und Plausibilität überprüft werden. Der anfängliche Aufbau des Datensatzes ist zeitintensiv, und der Aufwand für die Informationssammlung variiert je nach Fall. Im Rahmen eines Fallabschlusses ist dieser Aufwand jedoch überschaubar. Eine rückwirkende Datenerhebung könnte deutlich aufwendiger und schwieriger umzusetzen sein, weshalb die Daten eher zukünftig gesammelt werden sollten. Daher sind erste Erkenntnisse aus dem Datensatz erst in einigen Jahren zu erwarten.

3.4.2 Anwendungsfelder einer Verfahrensdatenbank beim Bundeskartellamt

392. Eine Verfahrensdatenbank ermöglicht die Ex-post-Evaluation der Verfahrenspraxis, für welche umfangreiche Informationen zu den Fusionskontrollentscheidungen benötigt werden. Sie dient gleichzeitig als Informationsbasis für die Ex-post-Evaluation von freigegebenen Fusionskontrollentscheidungen. Darüber hinaus bietet sie weitere Anwendungsfelder, welche in strategische und operative Anwendungsfelder gegliedert werden können.

3.4.2.1 Mögliche Anwendungsfelder auf strategischer Ebene

393. Identifikation von wettbewerblichen Trends: Durch die Analyse der Informationen zu angemeldeten Zusammenschlüssen können potenzielle Wettbewerbstrends frühzeitig identifiziert werden. Dies ermöglicht es dem Bundeskartellamt, mögliche Auswirkungen dieser Trends frühzeitig zu analysieren. Die folgenden zwei Beispiele zeigen bundes-, unionsweite und/oder globale wettbewerbliche Trends der vergangenen Jahre inklusive Analysemöglichkeiten:

- **Plattformökonomie und digitale Märkte**⁵⁹¹: Die Entwicklung von Plattformunternehmen in Bereichen wie Online-Marktplätze und soziale Medien hat die Wettbewerbslandschaft verändert. Zusammenschlüsse in diesen Bereichen können den Wettbewerb erheblich beeinflussen, indem sie den Zugang zu Märkten und Daten kontrollieren.
 - Haben vergangene Zusammenschlüsse im Bereich der Online-Marktplätze dazu geführt, dass zukünftige Markteintritte erschwert wurden?
- **Nachhaltigkeit und Umweltbewusstsein:** Verbraucherinnen und Verbraucher sowie Unternehmen legen zunehmend Wert auf Nachhaltigkeit und Umweltfreundlichkeit. Dies hat zu einem verstärkten Wettbewerb um umweltfreundliche Produkte und Dienstleistungen geführt. Folgerichtig können zukünftig Aspekte der Nachhaltigkeit bei der Entscheidung eines Unternehmens für eine Fusion verstärkt von Bedeutung sein.
 - Gibt es verstärkt Zusammenschlüsse mit Beteiligung von Unternehmen, welche umweltfreundliche Produkten oder Dienstleistungen anbieten?

394. Identifikation von Vorschlägen für Gesetzesänderungen: Durch eine systematische Analyse der Verfahrenspraxis können Empfehlungen für Gesetzesänderungen abgeleitet werden. Dabei können beispielsweise die Anforderungen berücksichtigt werden, die an das Bundeskartellamt gestellt werden. Dies könnte die Fristen von Fusionskontrollverfahren betreffen, welche während der Hauptprüfverfahren regelmäßig verlängert werden. Die im Jahr 2018 abgeschlossenen Hauptprüfverfahren wurden beispielsweise im Durchschnitt nach 161 Tagen beendet (d. h. nach 5,75 Monaten). Eine mehrfache Verlängerung der Fristen um jeweils kurze Zeiträume kann die effiziente Einteilung und Nutzung von Zeit, Ressourcen und Prüfungsstrategien verhindern. So werden komplexe Prüfverfahren möglicherweise aufgrund von Zeitmangel zu Beginn eines Fusionskontrollverfahrens ausgeschlossen, obwohl retrospektiv ausreichend Zeit zur Verfügung stand. Dies erschwert die angemessene Planung einzelner Verfahrensanalysen. Mithilfe geeigneter Informationen könnten die aktuellen Regelungen zu Fristen und deren Verlängerungen evaluiert und gegebenenfalls Anpassungen empfohlen werden.

395. Zusammenarbeit mit anderen (Wettbewerbs-) Behörden: Eine Datenbank kann die Zusammenarbeit mit anderen nationalen und internationalen (Wettbewerbs-) Behörden erleichtern. Die Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission führt bereits eine Datenbank über die angemeldeten Fusionskontrollverfahren. Relevante Informationen können, sofern zulässig, effizient und unkompliziert zwischen den Behörden ausgetauscht werden. Zu-

⁵⁹¹ Competition and Markets Authority, Assessment of merger control decisions in digital markets, 2019, <https://www.gov.uk/government/publications/assessment-of-merger-control-decisions-in-digital-markets>, Abruf am 29. Mai, 2024.

sätzlich würde eine ähnliche Erfassung der Daten in weiteren Ländern ermöglichen, wettbewerbliche Trends und Fallbearbeitungstrends in den verschiedenen Ländern zu vergleichen, woraus sich Handlungsempfehlungen ableiten lassen könnten.

396. Ressourcenplanung: Durch eine Analyse der Verfahrensprozesse kann das Bundeskartellamt Einblicke in die interne Auslastung gewinnen, die Ressourcenplanung optimieren und datenbasierte Argumente für die Beantragung neuer Stellen liefern. Basierend auf vergangenen Informationen kann beispielsweise der zukünftige Einsatz personeller Ressourcen datenbasiert geplant und Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter können noch effizienter eingesetzt werden.

397. Schulungsangebot: Durch die Ableitung wettbewerblicher Trends und Fallbearbeitungstrends kann das Bundeskartellamt Schwerpunkte interner Schulungen gezielt an die zeitgemäßen Herausforderungen anpassen. Die Identifikation dieser Trends hilft ebenfalls, die erforderlichen Qualifikationen zukünftiger Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter einzuschätzen.

3.4.2.2 Mögliche Anwendungsfelder auf operativer Ebene

398. Fallbearbeitung: Durch den Zugriff auf eine Datenbank können Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter effizient und unkompliziert auf Informationen zu früheren Fällen zugreifen. Dadurch investieren sie weniger Zeit in die Suche nach benötigten Informationen in Fallakten. Darüber hinaus ist es möglich, artverwandte Fälle effizient zu finden. Dies kann helfen, Lösungsansätze zu identifizieren (z. B. bei den verschiedenen Marktabgrenzungen oder angewandten Schadenstheorien), Probleme schneller zu erkennen und zu lösen und dadurch die Arbeitsbelastung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter zu verringern. Insbesondere bei komplexen Fällen kann dies eine wertvolle Unterstützung und Ergänzung zum bestehenden Verfahren bieten.

399. Anfragen zu abgeschlossenen Fällen: Mit Zugriff auf eine Datenbank können Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter effizient und unkompliziert auf Informationen zu früheren Fällen zugreifen. Dadurch können sie eigenständig nach Fällen suchen, wodurch Anfragen zwischen den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, aber auch zwischen den Beschlussabteilungen reduziert werden. Trotzdem aufkommende interne (oder externe) Informationsanfragen können mit geringem Arbeitsaufwand schnell beantwortet werden.

400. Wissensmanagement: Eine Datenbank ermöglicht es den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, ihr Wissen über durchgeführte Fusionskontrollverfahren effektiv zu erfassen, zu verwalten und zu teilen. Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Bundeskartellamt verfügen über hohe Expertise in Bezug auf die von ihnen bearbeiteten Fälle, was die effiziente Bearbeitung zukünftiger Fälle erleichtert. Dieses kumulierte Wissen kann durch eine strukturierte Erfassung gezielt an andere Personen in verschiedenen Beschlussabteilungen weitergegeben werden. Dadurch profitieren alle von den bestehenden Erfahrungen. Neue Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter können effizient eingearbeitet werden, indem unkompliziert auf das Wissen erfahrener Kolleginnen und Kollegen zurückgegriffen werden kann. Sie können vorhandene Ressourcen und Informationen nutzen, um sich mit den Arbeitsabläufen vertraut zu machen und ihre Lernkurve zu verkürzen. Dadurch können sie schnell produktiv zum Team beitragen. Des Weiteren geht kein Wissen verloren, wenn Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter die Abteilung wechseln oder das Bundeskartellamt verlassen.

3.5 Wer Ex-post-Evaluationen der Fusionskontrolle durchführen sollte

401. Ex-post-Evaluationen werden von der Wissenschaft und Wettbewerbsbehörden veröffentlicht. In den USA waren bei über 80 % der Ex-post-Evaluationen Mitarbeiterinnen oder Mitarbeiter der FTC, des DOJ oder des Government Accountability Office an der Erstellung beteiligt. Im Vergleich dazu waren in der EU nur bei etwa einem Drittel der durchgeführten Studien Mitarbeiterinnen oder Mitarbeitern der Wettbewerbsbehörden beteiligt.⁵⁹² Die Anzahl von Ex-post-Evaluationen, welche von Wettbewerbsbehörden oder von ihnen beauftragten Expertinnen und Experten durchgeführt werden, nimmt jedoch stetig zu. So gibt es mittlerweile Ex-post-Evaluationen von den Wettbewerbsbehörden in den Niederlanden⁵⁹³, Norwegen⁵⁹⁴ oder Großbritannien⁵⁹⁵, wobei es sich dabei nicht um eine abschließende Liste handelt. Neben nationalen Wettbewerbsbehörden gibt es weitere Autoren von Ex-post-Evaluationen, wie beispielsweise das Gremium europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation.⁵⁹⁶ Vom Bundeskartellamt bzw. dessen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern sind keine Ex-post-Studien für Deutschland bekannt. In der Vergangenheit gab das Bundeskartellamt fehlende personelle Ressourcen als Grund für den Verzicht auf (quantitative) Ex-post Evaluationen an.⁵⁹⁷

402. Die Autorenschaft von Ex-post-Evaluationen beeinflusst maßgeblich deren Qualität, Glaubwürdigkeit und Objektivität. Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter einer Wettbewerbsbehörde haben Zugang zu vertraulichen Informationen und können spezifisches Hintergrundwissen, insbesondere über das Fusionskontrollprüfverfahren liefern, das externen Personen möglicherweise fehlt. Die interne Durchführung der Evaluation bietet auch eine Gelegenheit zur Weiterentwicklung und Kapazitätsbildung für die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Behörde. Es besteht jedoch die Gefahr, dass interne Teams zögern, die Institution oder Kolleginnen und Kollegen zu kritisieren.⁵⁹⁸ Externe Evaluationsteams können dagegen eine objektivere Perspektive einbringen. Aus diesem Grund werden Evaluationen bei der Europäischen Kommission in der Regel ausgelagert.⁵⁹⁹ Externe Personen oder Institutionen verfügen oft über fortgeschrittene methodische Kenntnisse und Erfahrung mit Evaluationsprojekten. Die Auswahl eines externen Teams könnte zudem eine bessere Kontrolle über den Zeitplan und die Verfügbarkeit

⁵⁹² EU-Kommission, A review of merger decisions in the EU: What can we learn from ex-post evaluations?, a. a. O., vgl. Fn 478.

⁵⁹³ LEAR, Mergers in the Dutch grocery sector: an ex-post evaluation, a. a. O., vgl. Fn 481.

⁵⁹⁴ Maier, N. u.a., Ex-post analysis of the Talianonera-Chess 2005 merger, https://copenhageneconomics.com/wp-content/uploads/2021/12/copenhagen-economics_ex-post-evaluation-of-the-teliasonera-chess-mobile-telecom-merger.pdf, Abruf am 24.05.2024.

⁵⁹⁵ E.CA Economics, Ex-post Evaluation of Vertical Mergers, 2022, <https://www.e-ca.com/wp-content/uploads/2023/04/ex-post-evaluation-of-vertical-mergers.pdf>, Abruf am 24.05.2024.

⁵⁹⁶ BEREC, BEREC Report on Post-Merger Market Developments – Price Effects of Mobile Mergers in Austria, Ireland and Germany, 2018, https://www.berec.europa.eu/sites/default/files/files/document_register_store/2018/6/BoR_%2818%29_119_BEREC__Report_Mergers_Acquisitions.pdf, Abruf am 24.05.2024.

⁵⁹⁷ Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 345.

⁵⁹⁸ OECD, Reference guide on ex-post evaluation of competition agencies' enforcement decisions, a. a. O., vgl. Fn. 2.

⁵⁹⁹ Ebenda, vgl. Fn. 479.

von Fachwissen ermöglichen. Allerdings könnten externe Teams teurer sein und Schwierigkeiten haben, auf vertrauliche Informationen zuzugreifen. Zudem verfügen sie möglicherweise nicht über das gleiche Hintergrundwissen und spezifische Kenntnisse zum Fall, was die Qualität der Bewertung beeinträchtigen könnte.⁶⁰⁰

403. Bei Evaluationsprojekten in Deutschland empfiehlt die Monopolkommission die Bildung gemeinsamer Teams, bestehend aus Beschäftigten des Bundeskartellamtes sowie externen Expertinnen und Experten. Solch eine gemeinsame Autorenschaft gibt es beispielsweise bei Studien der CMA oder ACM. Wenn ein externes Team eingesetzt wird, sollte sichergestellt werden, dass mindestens eine Person aus dem Bundeskartellamt an der Evaluation beteiligt ist. Dies gewährleistet, dass die Fachkenntnisse des Bundeskartellamtes genutzt werden können und dass die gewonnenen Erkenntnisse in der Behörde verankert werden. Wenn hingegen ein internes Team für die Studie eingesetzt wird, sollte mindestens eine externe Beratungsperson hinzugezogen werden. Dies könnte beispielsweise eine Person aus der Wissenschaft sowie eine Mitarbeiterin oder ein Mitarbeiter der Monopolkommission sein. Die externe Person kann die methodische Qualität der Analyse überprüfen und bei Bedarf verbessern sowie die Objektivität der Studie sicherstellen. Abschließend könnte die externe Person eine unabhängige Einschätzung zur Studie abgeben, die gemeinsam mit der Studie veröffentlicht wird.⁶⁰¹

3.6 Fazit

404. Fusionskontrollentscheidungen sind Prognoseentscheidungen, die häufig komplex sind. Wettbewerbsbehörden nutzen fallabhängig verschiedene Instrumente, um die Auswirkungen von Zusammenschlussvorhaben einzuschätzen. Ex-post-Evaluationen helfen, die tatsächlichen Auswirkungen von Zusammenschlüssen zu verstehen, die Entscheidungspraxis zu bewerten, Nebenbestimmungen zu optimieren und Prüfinstrumente zu verbessern. Dementsprechend sind Ex-post-Evaluationen für Wettbewerbsbehörden nützlich. Sie können teilweise von den Kartellbehörden selbst durchgeführt oder beauftragt werden. Ebenso können bestimmte Evaluationsformen auch von Dritten, wie z. B. der Monopolkommission oder aus dem wissenschaftlichen Bereich erfolgen, wenn die benötigten Daten publiziert und Anreize zu deren Auswertung gesetzt werden. Eine geeignete Verfahrensdatenbank der Kartellbehörde ermöglicht verschiedene Analysen und bietet der Behörde zahlreiche Vorteile, sowohl auf strategischer als auch operativer Ebene, die den Aufwand überkompensieren. Das Bundeskartellamt sollte deshalb mit Unterstützung der Monopolkommission eine solche Datenbank zeitnah aufbauen und langfristig pflegen, um von diesen Vorteilen zu profitieren.

⁶⁰⁰ Ebenda, vgl. Fn. 479.

⁶⁰¹ Dieser Referee-Prozess wird bereits bei akademischen Veröffentlichungen verwendet. Der Referee-Prozess ist ein Qualitätssicherungsverfahren in wissenschaftlichen Zeitschriften, bei dem eingereichte Manuskripte von unabhängigen Fachexpertinnen und -experten, den sogenannten Referees oder Gutachtern, begutachtet werden. Diese Gutachter prüfen das Manuskript auf wissenschaftliche Korrektheit, Originalität, methodische Stärke und Relevanz für das jeweilige Fachgebiet. Basierend auf ihren Bewertungen entscheidet der Herausgeber der Zeitschrift über die Annahme, Ablehnung oder Überarbeitung des Manuskripts für eine mögliche Veröffentlichung. Dies wird bereits bei einzelnen Wettbewerbsbehörden (z. B. bei der Wettbewerbsbehörde Singapurs) so praktiziert. Die Europäische Kommission nutzt ebenfalls häufig externe Gutachter (und auch interne Gutachter aus dem Team des Chefökonomens), auch bei Projekten, die von einem externen Team durchgeführt werden.