

C. Marktstrukturkontrolle

Verschärfte Fusionskontrolle unterhalb der Aufgreifschwellen nach der 11. GWB-Novelle – Innovationsbremse auf digitalen Märkten? – Oder doch besser: „Transaktionssicherheit als Privileg aggressiver Innovationsräuber?“

Daniel Könen*

Abstract:

Der Beitrag beschäftigt sich mit der Frage, inwiefern mit der 11. GWB-Novelle verschärfte Anforderungen für Unternehmenszusammenschlüsse verbunden sind. Dabei wird insbesondere eine Facette der scharf kritisierten Bestimmung des § 32f GWB untersucht – diese ist mit ihrem fusionskontrollrechtlichen Absatz 2 aber nur ein Puzzleteil, der vor großen Herausforderungen stehenden Fusionskontrollregime des Binnenmarktes zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung unerschwerter Zusammenschlüsse. Insoweit werden die Eingriffsbefugnisse der Kartellbehörden bezogen auf unerschwerter Zusammenschlüsse anhand des Maßstabes des Art.102 AEUV einer genaueren Betrachtung unterzogen.

I.	Was sind unerschwerter Zusammenschlüsse und warum Innovationsbremse?	210
	1. Funktion der Fusionskontroll-Schwellenwerte	210
	2. Fusion als Exit-Strategie von Start-ups	211
	3. Funktionsversagen des Systems fester Schwellenwerte	212
II.	Der Stellenwert von Killer-Akquisitionen und Böhmermann	214
III.	Rolle des § 32f Abs. 2 GWB im wettbewerbsrechtlichen Gesamtsystem	214
	1. Erweiterung des fusionskontrollrechtlichen Instrumentenkastens	215
	2. Die Neuregelung des § 32f Abs. 2 GWB	216
	a) Kerngehalt der Regelung des § 32f Abs. 2 GWB	216
	b) Schwellenwerte für eine Anmeldeverfügung	216
	c) Verhältnismäßigkeit der Gesamtbestimmung des § 32f GWB	217
	d) Eingriffsintensität des Instrumentenkastens des § 32f GWB	219
	e) Ressourcen des Bundeskartellamtes	220
IV.	Ex-post-Kontrolle anhand von Art. 102 AEUV	220
	1. <i>Towercast</i> , <i>Continental Can</i> und das <i>SIEC</i> -Erheblichkeits-Kriterium	221
	a) EuGH – <i>Towercast</i> (C-449/21)	221
	b) Hintergrund der <i>Continental Can</i> -Doktrin	223
	c) Durchsetzung des Wettbewerbsrechts unterhalb der FKVO-Schwellenwerte	225
	d) Das <i>SIEC</i> -Erheblichkeitskriterium	227

* Privatdozent der Universität zu Köln, Institut für Europäisches Wirtschaftsrecht (Prof. Ehrlicke).

e) Zwischenergebnis	229
2. Anwendung des <i>SIEC</i> -Erheblichkeitskriteriums	231
a) Erwerb häufig in einem frühen Stadium „aufkeimenden“ Wettbewerbs	231
b) Strategie zur Beseitigung von Wettbewerb	232
V. Thesen	232

I. Was sind unterschwellige Zusammenschlüsse und warum Innovationsbremse?

Zunächst ist die Frage zu stellen, wieso Fusionskontrollbestimmungen überhaupt dem Vorwurf ausgesetzt sind, ein Hemmnis für Innovationsbemühungen dazustellen; also eine „Innovationsbremse“ zu sein.¹ Die wettbewerbspolitische Diskussion der vergangenen Monate erstreckt sich doch vor allem darauf, das Fusionskontrollrecht zum Schutz von Innovationen zu reformieren.² Die zu beantwortende Frage hängt eng damit zusammen, welche Funktion den bewährten Schwellenwerten zukommt.

1. Funktion der Fusionskontroll-Schwellenwerte

Das herkömmliche Konzept der Fusionskontrolle in der Union sowie den Mitgliedstaaten ist – unter Beachtung des Auswirkungsprinzips – davon geprägt, dass Zusammenschlussvorhaben von Unternehmen nur dann einer materiell-rechtlichen Fusionskontrollprüfung zu unterziehen sind, wenn feste Schwellenwerte überschritten werden.³ So besteht unterhalb der for-

1 Vgl. Becker, ZWeR 2020, 365, 375 f.

2 Vgl. Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht v. 29.9.2022, Fusionskontrolle im digitalen Zeitalter – Herausforderungen und Entwicklungsperspektiven, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2022_Hintergrundpapier.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (abgerufen am 3.10.2023); KoalV 2021-2025 SPD/Bündnis 90/Die Grünen/FDP, <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1990812/1f422c60505b6a88f8f3b3b5b8720bd4/2021-12-10-koav2021-data.pdf?download=1> (abgerufen am 3.10.2022), S. 19, 31, 48; Weißbuch der Kommission „Eine wirksamere EU-Fusionskontrolle“ v. 9. 7. 2014 (COM(2014) 449 final); Arbeitsunterlage der Kommission v. 26. 3. 2021, SWD(2021) 67 final.

3 Bechtold/Bosch, GWB, 10. Aufl. 2021, § 35, Rn. 4 f.; Khan, in: Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair, EUV/AEUV, 7. Aufl. 2023, Art. 101 AEUV, Rn. 27; Säcker, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, GWB, 4. Aufl. 2022, Einleitung, Rn. 32; Weiß, NZKart 2016, 202 ff., 265 ff.; abweichend hingegen im Rahmen der EGKS, vgl. Koch, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, FKVO, 3. Aufl. 2020, Grundlagen der Europäischen Fusionskontrolle, Rn. 4.

malen Aufgreifkriterien von FKVO⁴ und GWB bezogen auf konzentrierte Zusammenschlüsse regelmäßig keine Gefahr, dass durch die zusammenschlussbedingte Marktstrukturveränderung eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs im Sinne des SIEC-Tests zu prognostizieren ist.⁵ Unterhalb der FKVO-Schwellenwerte ist regelmäßig kein Unionsinteresse⁶ gegeben und unterhalb der GWB-Schwellenwerte handelt es sich grundsätzlich sogar um kleinvolumige Bagatellen.⁷

Wie die Prioritätensatzungsbefugnis ermöglichen die Schwellenwerte es den Kartellbehörden, ihre Kapazitäten für wettbewerbsrechtlich problematische Zusammenschlüsse freizuhalten.⁸ Niederschwellige Zusammenschlüsse sind daher für sich genommen mit keinem wettbewerbsrechtlichen Unwerturteil verbunden.⁹

2. Fusion als Exit-Strategie von Start-ups

Für Unternehmenszusammenschlüsse, die die Schwellenwerte nicht erreichen, bedeutet dies, dass die betroffenen Unternehmen gänzlich auf eine Fusionskontrollanmeldung verzichten können.¹⁰ Für die Zusammenschlussbeteiligten folgt daraus, dass Zusammenschlüsse weniger intensiv vorbereitet und rechtlich betreut werden müssen. Geringere Transaktionskosten schlagen sich in einer größeren Investitionsbereitschaft übernahmewilliger Unternehmen nieder. Für Unternehmen, die selbst noch keine schwellenwertrelevanten Umsätze erzielen, stellt eine Unternehmensüber-

4 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen ("EG-Fusionskontrollverordnung"), ABl. (EU) 2004/L 24/1.

5 Vgl. *Kirchhoff*, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, 1. Teil Grundlagen, Rn. 1569 f.; *Pohlmann*, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, Art. 101 AEUV, Rn. 533 ff.; *Weiß*, NZKart 2016, 265, 266.

6 Siehe dazu Kommission, Bekanntmachung über die Behandlung von Beschwerden, ABl. (EU) 2004/C 101/65, Rn. 28, 41 f., 45; *Bauer*, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, Art. 7 VO 1/03, Rn. 54; *Khan*, in: Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair, EUV/AEUV, 7. Aufl. 2023, Art. 101 AEUV, Rn. 27.

7 Vgl. *Gröss/Mersch*, NZKart 2020, 119, 122 ff.; zum Merkmal der Inlandsauswirkung, *Weiß*, NZKart 2016, 265, 267.

8 *Könen/Dogs*, ZWeR 2023, 160, 175; *Könen/Dogs*, WuW 2023, 130, 132 f., 135; vgl. *Wils*, World Competition 2011, 353 ff.; *de Bronett*, EU-Kartellverfahrensrecht, 2. Aufl. 2012, Art. 7 VO 1/03, Rn. 4; *Frenz*, WRP 2014, 367, 373.

9 Vgl. *Weiß*, NZKart 2016, 265 ff.

10 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 68, Rn. 454.

nahme dabei eine von mehreren denkbaren Exit-Strategien dar, mit denen sie Ertrag aus ihren Gründungs- und Innovationsanstrengungen ziehen können.¹¹ So ist die Start-up-Kultur gerade auf digitalen Märkten häufig darauf gerichtet, zu einem Zeitpunkt, in dem ein internes Wachstum ohne frisches Kapital nicht mehr möglich ist, sich die Unternehmensbeteiligungen im Rahmen eines Zusammenschlusses abkaufen zu lassen.¹² Im Zuge derartiger Unternehmenskäufe, sind große Konzerne häufig bereit, hohe Preise zu zahlen, weil sie in Anbetracht ihrer Größenvorteile schnelle Renditen aus den Unternehmenskäufen erzielen können.¹³ Umgekehrt verspricht die Möglichkeit übernommen zu werden, regelmäßig hohe Erträge,¹⁴ die sich mit einer eigenen unternehmerischen Tätigkeit kurzfristig so nicht erzielen ließen. Wettbewerbsrechtlich zu berücksichtigen sind allerdings auch Konstellationen, in denen die aufgekauften Start-ups noch nicht mal an dem aus der Transaktion erzielten Überschuss beteiligt werden, weil sie etwa dem Zusammenschluss nur als Folge einer Kapitulation vor der Marktmacht des Erwerbers zustimmen, um nicht zahlungsunfähig zu werden.¹⁵

3. Funktionsversagen des Systems fester Schwellenwerte

Maßgebliche Multiplikatoren der Exit-Möglichkeit durch Zusammenschluss sind der Innovationswert sowie das Entwicklungspotenzial der Unternehmung.¹⁶ Für die Unternehmenskäufer liegt der Investitionsanreiz z. B. in der Aussicht, mit der erworbenen Unternehmung in neue Märk-

11 Vgl. Startupverband, Deutscher Startup Monitor 2023, https://startupverband.de/fileadmin/startupverband/mediaarchiv/research/dsm/dsm_2023.pdf (abgerufen am 3.10.2023); Becker, ZWeR 2020, 365, 374; Cunningham/Ederer/Ma, Journal of Political Economy 129 (2021), 649 ff.; Podszun/Kersting, ZRP 2019, 34, 36; Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, Missbrauchsstudie, 2018, S. 122 ff.; siehe aber zum Problem auf vermachteten Märkten, dass sich Innovationsanstrengungen auf nahe Produkte potenzieller Erwerber beschränken, Becker, ZWeR 2020, 365, 375; Cunningham/Ederer/Ma, Journal of Political Economy 129 (2021), 649 ff.

12 Vgl. Cunningham/Ederer/Ma, Journal of Political Economy 129 (2021), 649 ff.

13 Vgl. Kommission v. 3.10.2014, COMP/M.7217 – Facebook/WhatsApp. Siehe dazu u. a. den Lear-Report, Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets, 9 May 2019, S. 23 ff.; Körber/Schweitzer/Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, Einleitung, Rn. 13 f.

14 Becker, ZWeR 2020, 365, 375.

15 Vgl. Becker, ZWeR 2020, 365, 375.

16 Vgl. Gröss/Mersch, NZKart 2020, 119, 124.

te vorstoßen zu können. Mit der Verschärfung fusionskontrollrechtlicher Instrumente ist daher die Befürchtung verbunden, dass dieser Gründungsanreiz beseitigt wird, weil eine intensivere Beratung des Zusammenschlussvorhabens sowie eine Anmeldung beim Bundeskartellamt erforderlich werden, was regelmäßig mit einer aufschiebenden Bedingung des Unternehmenskaufvertrages verbunden ist.¹⁷

Die herkömmlichen Fusionskontrollregime sahen sich zuletzt mit dem Problem konfrontiert, dass die umsatzbasierten Schwellenwerte systematisch nicht in der Lage waren, derartige Übernahmen zu erfassen, in denen sich die übernommenen Unternehmen in einer sehr frühen Marktphase befanden, auch wenn für solche Unternehmen sehr hohe Kaufpreise gezahlt wurden.¹⁸ Besondere Probleme ergaben sich insbesondere im Rahmen von Zusammenschlüssen auf digitalen Märkten.¹⁹ Mit der 9. GWB-Novelle wurde 2017 insoweit in § 35 Abs. 1a GWB eine zusätzliche Transaktionswertschwelle eingeführt.²⁰ Eine vergleichbare Regelung gibt es in der FKVO nicht.²¹ Mit Blick auf den Binnenmarktschutz ist dies grundsätzlich unproblematisch, wenn derartige Zusammenschlüsse vom Netz der Kartellbehörden geprüft werden können.²² Die Höhe der Transaktionskosten stellt allerdings wieder nur einen starren Schwellenwert dar, der die Frage unbeantwortet lässt, wie Transaktionen zu bewerten sind, die unterhalb fester Größenordnungen liegen, aber das Potenzial beinhalten, die Marktstruktur erheblich zu schädigen. Die Transaktionswertschwelle ist daher nicht Gegenstand dieses Beitrags.

17 Gröss/Mersch, NZKart 2020, 119, 124; vgl. Apel/Polley, ZWeR 2021, 273, 310 f.

18 Vgl. BGH, Urt. v. 10.10.2006, KVR 32/05 – National Geographic I, GRUR 2007, 517; EU-Kommission, Konsolidierte Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen, ABl. (EU) 2009/C 43/10, Rn. 24; Kommission v. 3.10.2014 – M.7217 (Facebook/WhatsApp) Rn. 10; Weck, NZKart 2015, 290, 292 ff.

19 Crémer/de Montjoye/Schweitzer, Competition Policy for the Digital Era. Final Report, 2019; Weck, NZKart 2015, 290, 292 ff.

20 Vgl. zur diesbezüglichen Empfehlung der Monopolkommission, Sondergutachten 68, Rn. 458 ff.; siehe Apel/Polley, ZWeR 2021, 273, 308 ff.; Körber/Schweitzer/Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, Einleitung, Rn. 13 f.

21 Vgl. Körber/Schweitzer/Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, Einleitung, Rn. 15 f.; siehe zur diesbezüglichen Diskussion, Crémer/Montjoye/Schweitzer, Competition Policy for the digital era, Special Advisors' Report 2019, S. 110 ff.

22 Vgl. Könen/Dogs, WuW 2023, 130 ff.

II. Der Stellenwert von Killer-Akquisitionen und Böhmermann

In den letzten Jahren sind verstärkt sog. „Killer-Akquisitionen“ oder „Shoot-out Akquisitionen“ in den Fokus der Aufsichtsbehörden geraten sowie Gegenstand wettbewerbspolitischer Diskussion geworden, indem diesbezüglich ein „under-enforcement“ bemängelt wurde.²³ Dabei handelt es sich etwa um Unternehmenszusammenschlüsse, die darauf gerichtet sind, innovative Start-ups als potenzielle Wettbewerber zu eliminieren, um die eigene Marktposition zu schützen.²⁴ Ebenfalls problematisch erscheint es aus wettbewerbsrechtlicher Sicht, wenn das übernehmende Unternehmen als Folge der Übernahme, eigene Innovationsanstrengungen einstellt.²⁵

Diesbezüglich ist durch die Berichterstattung vom Bayrischen Rundfunk und Jan Böhmermann (ZDF Magazin Royal) zuletzt eine Konstellation in den medialen Fokus geraten, in der die Übernahme von Four Artists Booking Agentur GmbH (FAB) durch den Ticket- und Veranstaltungskonzern CTS EVENTIM AG & Co. KGaA zwar vom Bundeskartellamt untersagt wurde,²⁶ der Zusammenschluss aber sodann faktisch vollzogen wurde, indem eine neu gegründete Tochtergesellschaft (All Artists Agency GmbH) nahezu sämtliche Personal-Ressourcen „abgeworben“ hat.²⁷

III. Rolle des § 32f Abs. 2 GWB im wettbewerbsrechtlichen Gesamtsystem

Insbesondere mit Blick auf schnelllebige digitale Märkte, hochkonzentrierte Märkte sowie Märkte, deren Struktur bereits schädigt ist, kommt es zu

23 Vgl. *Cunningham/Ederer/Ma*, Journal of Political Economy 129 (2021), 649; Kommission, Leitfaden zur Anwendung des Verweisungssystems nach Art. 22 FKVO, ABL (EU) 2021/C 113/01, Rn. 9 f.; *Apel/Polley*, ZWeR 2021, 273 ff.; *Becker*, ZWeR 2020, 365 ff.; *Fuchs*, in: FS Wiedemann, 2020, S. 303 ff., 307 ff., s. dort auch zu weiteren Durchsetzungslücken.

24 *Apel/Polley*, ZWeR 2021, 273, 276 f.

25 Vgl. *Becker*, ZWeR 2020, 365 ff.; *Cunningham/Ederer/Ma*, Journal of Political Economy 129 (2021), 649 ff.

26 BKartA v. 23.11.2017 – B6-35/17 (CTS EVENTIM/Four Artists)

27 ZDF-Magazin Royal v. 9.6.2023, Mit Fantasiegebühren zum Eventim-Imperium, https://www.youtube.com/watch?v=GLS_FhdYBmY (abgerufen am 3.10.2023); zuvor bereits BR24 v. 2.6.2023, Eventim: Wie der Ticketkonzern am Kartellamt vorbei wuchs, https://www.br.de/nachrichten/wirtschaft/eventim-wie-der-ticketkonzern-am-kartellamt-vorbei-wuchs,TfwIqZ9?utm_source=dlvr.it&utm_medium=twitter (abgerufen am 3.10.2023). Siehe indes zur Anwendung des Art. 3 FKVO auf diese Konstellation, *Becker* in diesem Band, S. 121 ff.

dem Problem, dass die an Schwellenwerte anknüpfenden Fusionskontrollbestimmungen nicht flexibel genug sind, um alle wettbewerbsrechtlich bedenklichen Zusammenschlussvorhaben zu erfassen.²⁸ Problematisch sind daneben Situationen, in denen behördliche Prüfungsmechanismen rechtlich oder faktisch versagen.

1. Erweiterung des fusionskontrollrechtlichen Instrumentenkastens

In jüngster Zeit ist der fusionskontrollrechtliche Instrumentenkasten der Aufsichtsbehörden stark erweitert worden. So werden die starren Schwellenwerte für eine fusionskontrollrechtliche Prognoseentscheidung ergänzt durch eine geänderte Verweisungspraxis auf der Grundlage von Art. 22 FKVO,²⁹ fusionskontrollrechtliche Sonderregelungen im Rahmen von GWB-Sektoruntersuchungen, die Gegenstand dieses Beitrags sind, sowie – im Anwendungsbereich des Digital Markets Acts (DMA)³⁰ – durch die Art. 14 und 18 DMA über die Anzeigepflicht oder Totalunteragung von Zusammenschlüssen für Torwächter.³¹ Daneben hat die Frage um eine systemgerechte Weiterentwicklung der sog. *Continental Can*-Doktrin eine Renaissance erfahren.³²

28 *Apel/Polley*, ZWeR 2021, 273, 306 ff.

29 Kommission, Leitfaden zur Anwendung des Verweisungssystems nach Art. 22 FKVO, ABL (EU) 2021/C 113/01, Rn. 9 f.; *Bechtold*, NZKart 2022, 607 ff.; *Apel/Polley*, ZWeR 2021, 273, 294 ff. [Anm. 11/2024: Unter Verweis auf den Grundsatz institutionellen Gleichgewichts der Unionsorgane sowie die Regelungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten hat der EuGH diese Verweisungspraxis für unzulässig erklärt, EuGH, Urt. v. 3.9.2024, verb. Rs. C-611/22 P und C-625/22 P – *Illumina* bzw. *Grail*/Kommission, ECLI:EU:C:2024:677, Rn. 225 ff.].

30 VO (EU) 2022/1925 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor, ABL (EU) 2022/L 265/1.

31 Vgl. *Weck*, NZKart 2023, 392, 393; zu sektorspezifischen Ansätzen, *Apel/Polley*, ZWeR 2021, 273, 310 f.

32 Vgl. EuGH, Urt. v. 16.3.2023, C-449/21 – *Towercast*, ECLI:EU:C:2023:207; *GA Kokott*, Schlussanträge v. 13.10.2022, ECLI:EU:C:2022:777; *Podszun/Kersting*, ZRP 2019, 34, 36; *Becker*, ZWeR 2020, 365, 378 ff.; *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV, Rn. 394; *Eilmansberger/Bien*, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2020, Art. 102 AEUV, Rn. 41; *Jung*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Werkstand: 78. EL 01/2023, Art. 102 AEUV, Rn. 4, 337; *Khan*, in: Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair, EUV/AEUV, 7. Aufl. 2023, Art. 101 AEUV, Rn. 22; *Mestmäcker/Schweitzer*, 3. Aufl. 2014, § 16, Rn. 34 f.; *Schröter/Bartl*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, 2. Aufl. 2014, Art. 102 AEUV, Rn. 317; hierzu ferner *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 3, 6. Aufl. 2020, § 42 GWB, Rn. 10 ff.; vgl.

2. Die Neuregelung des § 32f Abs. 2 GWB

Wie reagiert nun die 11. GWB-Novelle auf die beschriebene Durchsetzungslücke? Dies geschieht mit der Neuregelung des § 32f Abs. 2 GWB. Dabei ist das Bedürfnis, unerschwerliche Zusammenschlüsse fusionskontrollrechtlich erfassen zu wollen, kein Phänomen allein digitaler Märkte. So hat die Bestimmungen ihren Ursprung in Entwicklungen in der Pharma-Industrie sowie in der Abfallwirtschaft.³³

a) Kerngehalt der Regelung des § 32f Abs. 2 GWB

Wie bereits nach § 39a GWB aF³⁴ kann das Bundeskartellamt im Anschluss an eine Sektoruntersuchung (§ 32e GWB) Unternehmen im Wege einer befristeten Verfügung verpflichten, jeden Zusammenschluss in einem betroffenen Wirtschaftszweig anzumelden, sofern dieser speziellere Schwellenwerte überschreitet und „objektiv nachvollziehbare Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch künftige Zusammenschlüsse der wirksame Wettbewerb [...] erheblich behindert werden könnte“. Folge des § 32f Abs. 2 GWB ist nach Satz 4 die Anwendbarkeit des 7. Kapitels über die Zusammenschlusskontrolle.

b) Schwellenwerte für eine Anmeldeverfügung

Die neuen Schwellenwerte des § 32f Abs. 2 Satz 2 GWB liegen auf Erwerberseite bei 50 Mio. Euro im Inland und unterscheiden sich insoweit nicht von § 35 GWB. Die Umsatzschwelle beim Zielunternehmen liegt hingegen bei

Rabus, Die Behandlung von Effizienzvorteilen in der europäischen Fusionskontrolle, 2008, S. 189 f.; *Fritzsche*, WuW 2003, 1153, 1154 f.; *Basedow*, EuZW 2003, 44 ff.; auch *Staebe*, EWS 2003, 249, 253 ff.; *Dreher*, WuW 2002, 828 ff.; *Kindler*, EWS 1995, 321, 323; *Niemeyer*, RiW 1991, 448 ff.; dagegen wurde eine Anwendung des Art. 102 AEUV auf Unternehmenszusammenschlüsse in der Vergangenheit z. T. verneint: vgl. dazu *K. Schmidt*, BB 1990, 719, 721 f., 725, der sich für eine Unanwendbarkeit der Continental Can-Doktrin ausspricht; ähnlich kritisch *Staudenmayer*, WuW 1992, 475 ff.; vgl. ferner *Krimphove*, Europäische Fusionskontrolle, 1992, S. 199 f.

33 Vgl. BKartA, PM v. 13.12.2018 (Remondis/Helene Müntefering-Gockeln). Zur Relevanz auf Regionalmärkten, *Gröss/Mersch*, NZKart 2020, 119, 122 ff.; eingehend zur Pharma-Industrie, *Cunningham/Ederer/Ma*, Journal of Political Economy 129 (2021), 649 ff.

34 Vgl. *Gröss/Mersch*, NZKart 2020, 119, 122 ff.; *Käseberg*, in: *Bien/Käseberg/Klumpe/Körber/Ost*, Die 10. GWB-Novelle, Einleitung, Rn. 20.

1 Mio. Euro. Dies bedeutet gegenüber den herkömmlichen Schwellenwerten einen Unterschied von 16,5 Mio. Euro.

c) Verhältnismäßigkeit der Gesamtbestimmung des § 32f GWB

Fraglich ist, ob mit dieser weitreichenden Anmeldepflicht aber nun tatsächlich eine Gefährdung des Innovationsstandortes Deutschland verbunden ist. Dagegen spricht, dass die Regelung des § 32f GWB insgesamt als unerlässlich erscheint, um den Wettbewerb effektiv zu schützen. Insbesondere ist die Eingriffsintensität des § 32f GWB verhältnismäßig. So erhält die Kartellbehörde nur auf solchen Märkten effektivere Eingriffsbefugnisse, deren Marktstruktur bereits geschädigt ist. Deren Schutz ist primärer Regelungsgegenstand der unionsrechtlichen Wettbewerbsvorschriften. So dienen die Art. 101, 102 AEUV als marktordnungsrechtliche Bestimmungen, ungeachtet der tatbestandlichen Anknüpfung an ein marktbezogenes³⁵ Verhalten, unter Berücksichtigung des systematischen Zusammenhangs mit den Vorschriften über den Binnenmarkt, nur dem Schutz der Marktstruktur, aufgrund derer sich der Wettbewerb frei entfalten können soll. Mit der tatbestandlichen Herstellung eines Verhaltensbezugs wird daher jedenfalls kein Gegensatzpaar von Verhalten und Struktur statuiert.³⁶ Wie man den Instrumentenkasten von Abs. 3 und Abs. 4 des § 32f GWB ausgestaltet, ist zuletzt eine rechtspolitische Frage, die der Gesetzgebung überlassen bleibt.

Insbesondere kann man sicherlich über die Frage streiten, inwiefern man der Kartellbehörde die Fähigkeit zuerkennen möchte, ein wettbewerbsförderndes Marktdesign zu betreiben.³⁷ Auch ist es sehr problematisch, nach welchen Maßstäben eine Marktstörung festgestellt werden soll, zumal eine „erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs“ jedenfalls termi-

35 Zum Marktbezug des Unternehmensbegriffs s. bereits Könen, in: FK-Kartellrecht, (Stand Abs. 1-3: 9/2020, Stand Abs. 4, 5: 5/2028), Art. 2 FKVO, Rn. 259; Könen/Dogs, ZWeR 2017, 409, 411 ff.; Dogs/Könen, WuW 2021, 538, 539, 541, 543; Kersting/Otto, in: Festschrift Wiedemann, 2020, S. 235 ff.; Kersting/Otto, NZKart 2021, 651, 654 f.

36 Könen/Dogs, ZWeR 2023, 160, 168.

37 Kritisch zuletzt etwa, Ackermann, ZWeR 2023, 1, 8 ff.; Inderst/Thomas, NZKart 2022, 657; Körber, NZKart 2023, 193, 194; Kruse/Maturana, EuZW 2022, 798 ff.; Thomas, ZWeR 2022, 333 ff.; Wagner-von Papp, WuW 2022, 642; Wagner-von Papp, NZKart 2022, 605, 607; Wegner, BB 2022, I; siehe aber, Franck, Open Markets in the Era of Fintech and Big Tech: Lessons for the Institutional Design of Competition Policy, 2022, S. 36 f., https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4218097; vgl. Ackermann, GRUR 2022, 1705; Käseberg, NZKart 2022, 539; Mundt, NZKart 2023, 1; Weck, NZKart 2023, 392.

nologisch etwas anderes ist als die vom *SIEC*-Test bekannte „erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs“.³⁸ All diese nachträglichen Möglichkeiten sind aber nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

Hervorzuheben ist hingegen der normsystematische Zusammenhang mit der hier zu behandelnden, verschärften Anmeldeverfügung sowie der Umstand, dass die Regelung des § 32f GWB als einheitliche Antwort auf ein zu kompensierendes Marktphänomen zu verstehen ist. Wettbewerbsrecht ist Marktstrukturschutz und geschädigte Marktstrukturen müssen geschützt – erforderlichenfalls sogar repariert werden. Insoweit führt auch die Ausrichtung des Wettbewerbsschutzes, anhand einer stärker wirkungsorientierten Analyse (sog. *more economic approach*),³⁹ auf die Konsumentenwohlfahrt zu keiner abweichenden Beurteilung, weil diese nach der Rechtsprechung des EuGH nur einen unter vielen zu beachtenden Parametern darstellt und das Primärrecht einen notwendigen Zusammenhang mit marktstrukturellen Gesichtspunkten erfordert.⁴⁰ So sind die „Wettbewerbsregeln des Vertrags, nicht nur dazu bestimmt, die unmittelbaren Interessen einzelner Wettbewerber oder Verbraucher zu schützen, sondern die Struktur des Marktes und damit den Wettbewerb als solchen“.⁴¹ Dabei kommt es außerhalb des Bußgeldrechts nicht zwingend auf eine Verantwortlichkeit oder eine Kausalität unternehmerischer Verhaltensweisen an.⁴²

38 Vgl. Ackermann, ZWeR 2023, 1, 21 ff.

39 Esteve Mosso, The Contribution of Merger Control to the Definition of Harm to Competition, Vortrag am 1.2.2016 auf der GCLC Conference, Brüssel, http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2016_03_en.pdf (abgerufen am 3.10.2023), S. 3; Röller/Friederiszick, Ökonomische Analyse in der EU-Wettbewerbspolitik, http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/oekonomische_analyse.pdf (abgerufen am 3.10.2023); gebilligt durch EuG, Urt. v. 9.7.2007, T-282/06 – Sun Chemical Group BV, ECLI:EU:T:2007:203, Rn. 62 ff.

40 Vgl. Könen, in: FK-Kartellrecht (Stand Abs. 1-3: 9/2020, Stand Abs. 4, 5: 5/2018), Art. 2 FKVO, Rn. 116.

41 EuGH Urt. v. 4.6.2009, C-8/08 – T-Mobile Netherlands u.a., ECLI:EU:C:2009:343, Rn. 38; s. auch EuGH, Urt. v. 15.3.2007, C-95/04 P – British Airways/Kommission, ECLI:EU:C:2007:166, Rn. 104; EuG, Urt. v. 17.9.2007 T-201/04 – Microsoft/Kommission, ECLI:EU:T:2007:289, Rn. 229; EuG, Urt. v. 30.1.2007, T-340/03 – France Telekom, ECLI:EU:T:2007:22, Rn. 78; EuGH, Urt. v. 6.10.2009, C-501/06 P, 513/06 P, 515/06 P, 519/06 P – GlaxoSmithKline/Kommission, ECLI:EU:C:2009:610; EuGH, Urt. v. 21.2.1973, 6/72 – Continental Can, ECLI:EU:C:1973:22, Rn. 26; EuG, Urt. v. 28.5.2020, T-399/16 – CK Telecoms, ECLI:EU:T:2020:217, Rn. 108.

42 Vgl. zur bußgeldrechtlichen Verantwortlichkeit, Könen, in: Vieweg, Erlanger Sportrechtstagung 2022, 2023, S. 197, 213.

d) Eingriffsintensität des Instrumentenkastens des § 32f GWB

Bei der Anwendung des gesamten § 32f GWB hat die Kartellbehörde den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten,⁴³ wobei eine äußere sowie innere Verknüpfung mit der Sektoruntersuchung bestehen muss.⁴⁴ Mit Blick auf geschädigte Marktstrukturen erscheint die Pflicht zur Anmeldung jeglicher Zusammenschlüsse verhältnismäßig, weil es das mildeste und gleichzeitig zwingend erforderliche Mittel zum Schutz vor weiteren Schädigungen der Marktstruktur darstellt. Für das Verhältnis der ex-ante- und ex-post-Instrumente bedeutet dies, dass die Kartellbehörde vorrangig auf die fusionskontrollrechtliche Bestimmung zurückgreifen muss, um beim Einsatz der Instrumente aus Abs. 3 und Abs. 4 keinen Ermessensfehler zu begehen.⁴⁵ Die Kartellbehörde muss daher künftig im Anschluss an eine Sektoruntersuchung in jedem Fall eine Verfügung über die Anmeldepflicht nach § 32f Abs. 2 GWB erlassen, bevor sie auf die ex-post-Instrumente der § 32f Abs. 3, Abs. 4 GWB zurückgreifen kann. Ergibt sich als Folge einer Sektoruntersuchung, dass die Marktstruktur gefährdet ist, ist grundsätzlich jedes externe Wachstum geeignet, weitere Strukturverschlechterungen zu bewirken. Raum für eine Bagatellgrenze entsprechend bisherigen Schwellenwerten besteht insoweit kaum noch. Die im Gesetzgebungsverfahren zuletzt von 500.000 Euro auf 1 Mio. Euro angehobene Grenze könnte sich vor diesem Hintergrund auch als noch zu hoch erweisen.

Gleichzeitig dürfte sich die wettbewerbsrechtliche Aufbereitung kleinerer Zusammenschlussvorhaben durch die anmeldepflichtigen Unternehmen stark in Grenzen halten. Dies betrifft insbesondere die zu Beginn erläuterte Exit-Strategie, weil der Übernahmeaufwand bei Unternehmen, die sich noch in einer sehr frühen Marktphase befinden, regelmäßig gleich gelagert sein dürfte; insbesondere dann, wenn das Start-up vollständig in das übernehmende Unternehmen integriert werden soll. Gerade solche Zusammenschlüsse, hinsichtlich derer § 32f Abs. 2 GWB die Wirkung einer Innovationsbremse zukommen könnte, dürften schließlich häufig in einem vereinfachten Verfahren freigegeben werden, ohne dass dadurch wesentliche Transaktionskosten produziert werden. Mit Blick auf digitale Märkte sind insofern allerdings Leitlinien für ein beschleunigtes Verfahren ange-

43 Vgl. *Ackermann*, ZWeR 2023, 1, 2 ff.; *Brenner*, WuW 2023, 74 ff.

44 *Ackermann*, ZWeR 2023, 1, 19 ff.

45 Zur Entschädigungspflicht, *Grzeszick*, NZKart 2023, 55 ff.

zeigt, weil das Anmeldeverfahren auf schnelllebigen Märkten anderenfalls die Wirkung eines Übernahmehindernisses haben kann.⁴⁶

e) Ressourcen des Bundeskartellamtes

Dadurch, dass die Kartellbehörde die Anmeldepflicht an eine Verfügung knüpfen muss, ist im Ausgangspunkt ein geeignetes Instrument geschaffen worden, dass die Wettbewerbsbehörde Herrin über ihre eigenen Kapazitäten bleibt und ihre Ressourcen für kritische Konstellation freihalten kann.⁴⁷ Problematisch erscheint insoweit allerdings das Verhältnis der in § 32f GWB vorgesehenen Durchsetzungsmöglichkeiten. Wenn die Behörde auf die Marktreparaturinstrumente grundsätzlich nur zurückgreifen kann, wenn sie einen fusionskontrollrechtlichen ex-ante-Schutz eingerichtet hat,⁴⁸ hat sie die Möglichkeit, ihre Kapazitäten freizuhalten, gerade nicht mehr. Dies ist aber mit Blick auf die Interessen der betroffenen Unternehmen hinzunehmen. Die Freiheit des Amtes zur Bestimmung ihrer Ressourcen erscheint insoweit beschränkt. Die Anmeldepflicht ermöglicht es der Behörde sodann, solche Übernahmen einer genaueren Prüfung zu unterziehen, in denen gezielt Innovationsbemühungen ausgeschaltet werden sollen, ohne gleichzeitig Effizienzen zu verwirklichen.⁴⁹

IV. Ex-post-Kontrolle anhand von Art. 102 AEUV

Bei genauerer Betrachtung zeigt sich sogar, dass die Anmeldepflicht ein Privileg für wenige Unternehmen darstellt.⁵⁰ So erhalten anmeldepflichtige Unternehmen – jedenfalls gegenüber der mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörde – eine gesteigerte Transaktionssicherheit, die andere Unternehmen nicht erhalten können.

46 Vgl. zu den wettbewerbsrechtlichen Bedenken aufwändiger Verfahren, *Weiß*, NZKart 2016, 265, 270.

47 Zu den Möglichkeiten der Kartellbehörden, über ihre Kapazitäten zu disponieren, *Könen*, Die Rolle des Bundeskartellamtes im Beschwerdeverfahren, 2014, S. 23 ff.; *Dogs*, Die Verpflichtung der Kommission zum Einschreiten gegen unternehmerische Wettbewerbsverstöße, 2022, S. 37 ff.; *Könen/Dogs*, WuW 2023, 130, 131 ff.

48 Siehe dazu oben III.2.d.

49 Siehe dazu unten IV.2.

50 Vgl. *Könen/Dogs*, ZWeR 2023, 160, 177.

1. *Towercast*, *Continental Can* und das *SIEC*-Erheblichkeits-Kriterium

So hat der EuGH in der Rechtssache *Towercast* zuletzt klargestellt, dass Zusammenschlüsse, die keiner unionsrechtlichen bzw. mitgliedstaatlichen ex-ante-Beurteilung unterzogen wurden, von den mitgliedstaatlichen Institutionen anhand von Art. 102 AEUV beurteilt werden können.⁵¹

a) EuGH – *Towercast* (C-449/21)

Dies betrifft sowohl die behördliche Beurteilung eines Zusammenschlusses anhand des Maßstabes von Art. 102 AEUV als auch die Anwendung des Art. 102 AEUV durch mitgliedstaatliche Gerichte.⁵² Während in den Schlussanträgen von Juliane Kokott noch die mutmaßliche Hoffnung angelegt war, die Entscheidung biete Anlass, die *Continental Can*-Doktrin unter Geltung der FKVO zu konkretisieren,⁵³ beschränkt sich die Entscheidung des EuGH indes – streng anhand der Vorlagefrage – auf Aussagen über die Beurteilung von Zusammenschlüssen am Maßstab des Art. 102 AEUV, wenn überhaupt keine fusionskontrollrechtliche Prüfung stattgefunden hat.⁵⁴ Um die Vorlagefrage zu beantworten,⁵⁵ beschränkt sich der EuGH im Wesentlichen auf die unmittelbare Anwendbarkeit des Primärrechts sowie die Auslegung und Funktion des Art. 21 FKVO als eine Bestimmung, die „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“.⁵⁶ Anders als noch in den Schlussanträgen der Gene-

51 EuGH, Urt. v. 16.3.2023, C-449/21 – *Towercast*, ECLI:EU:C:2023:207, Rn. 34.

52 Vgl. Könen/Dogs, ZWeR 2023, 160 ff.

53 Vgl. GA Kokott, Schlussanträge v. 13.10.2022, EU:C:2022:777 (*Towercast*) Rn. 61; Könen/Dogs, ZWeR 2023, 160 ff.

54 EuGH, Urt. v. 16.3.2023, C-449/21 – *Towercast*, ECLI:EU:C:2023:207, Rn. 30 ff.

55 „Ist Art. 21 Abs. 1 der FKVO dahin auszulegen, dass er es verwehrt, dass ein Zusammenschluss, der nicht von gemeinschaftsweiter Bedeutung i. S. d. Art. 1 FKVO ist, unterhalb der vom nationalen Recht vorgesehenen Schwellen für eine verpflichtende ex-ante-Kontrolle liegt und nicht gemäß Art. 22 FKVO zu einer Verweisung an die Europäische Kommission geführt hat, in Anbetracht der Struktur des Wettbewerbs auf einem nationalen Markt von einer nationalen Wettbewerbsbehörde als ein von Art. 102 AEUV verbotener Missbrauch einer beherrschenden Stellung beurteilt wird?“

56 EuGH, Urt. v. 16.3.2023, C-449/21 – *Towercast*, ECLI:EU:C:2023:207, Rn. 30 ff., 39.

ralanwältin, findet eine Auseinandersetzung mit der *Continental Can*-Doktrin kaum statt.⁵⁷

Die *Continental Can*-Doktrin besagt, dass ein missbräuchliches Verhalten i. S. d. Art. 102 AEUV auch vorliegen kann, „[...] wenn ein Unternehmen in beherrschender Stellung diese dergestalt verstärkt, dass der erreichte Beherrschungsgrad den Wettbewerb wesentlich behindert [...]“.⁵⁸

Allerdings ist diese Entscheidung vor der Einführung fusionskontrollrechtlicher Bestimmungen ergangen, sodass in der Folge diskutiert wurde, inwiefern eine Kontrolle von Zusammenschlüssen anhand von Art. 102 AEUV erfolgen kann, wenn die Schwellenwerte der Fusionskontrollregime nicht erreicht sind.⁵⁹ Mit der Rechtssache *Towercast* unbeantwortet geblieben ist insbesondere die Frage, wie Konstellationen zu behandeln sind, in denen zwar die mitgliedstaatlichen Schwellenwerte überschritten sind, nicht jedoch diejenigen der FKVO. Beschränkte man die ex-post-Kontrollmöglichkeiten auf der Grundlage von Art. 102 AEUV auf Fälle, in denen gar keine fusionskontrollrechtliche Bewertung stattgefunden hat, wären gerade diejenigen Unternehmen, die einer Anmeldepflicht nach § 32f Abs. 2 GWB unterworfen werden, von einer nachträglichen Kontrolle des Zusammenschlusses ausgenommen. Mit der Frage, inwiefern die Kommission befugt ist, unterschwellige Zusammenschlüsse am Maßstab des Art. 102 AEUV zu prüfen, wenn eine mitgliedstaatliche Fusionskontrollprüfung stattgefunden hat, hat sich der EuGH nicht auseinandergesetzt.

57 S. lediglich EuGH, Urt. v. 16.3.2023, C-449/21 – *Towercast*, ECLI:EU:C:2023:207, Rn. 49.

58 EuGH, Urt. v. 21.2.1973, 6/72 – *Continental Can*, ECLI:EU:C:1973:22, Rn. 25 f.; vgl. *GA Kokott*, Schlussanträge v. 13.10.2022, C-449/21, EU:C:2022:777 (*Towercast*) Rn. 51.

59 Vgl. zum Diskussionsstand: *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV, Rn. 394; *Eilmansberger/Bien*, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2020, Art. 102 AEUV, Rn. 41; *Jung*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Werkstand: 78. EL 01/2023, Art. 102 AEUV, Rn. 4, 337; *Khan*, in: Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair, EUV/AEUV, 7. Aufl. 2023, Art. 101 AEUV, Rn. 22; *Mestmäcker/Schweitzer*, 3. Aufl. 2014, § 16, Rn. 34 f.; *Schröter/Bartl*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, 2. Aufl. 2014, Art. 102 AEUV, Rn. 317; hierzu ferner *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 3, 6. Aufl. 2020, § 42 GWB, Rn. 10 ff.; vgl. *Rabus*, Die Behandlung von Effizienzvorteilen in der europäischen Fusionskontrolle, 2008, S. 189 f.; *Fritzsche*, WuW 2003, 1153, 1154 f.; *Basedow*, EuZW 2003, 44 ff.; auch *Staebe*, EWS 2003, 249, 253 ff.; *Dreher*, WuW 2002, 828 ff.; *Kindler*, EWS 1995, 321, 323; *Niemeyer*, RiW 1991, 448 ff.; dagegen wurde eine Anwendung des Art. 102 AEUV auf Unternehmenszusammenschlüsse in der Vergangenheit z.T. verneint: vgl. dazu *K. Schmidt*, BB 1990, 719, 721 f., 725, der sich für eine Unanwendbarkeit der *Continental Can*-Doktrin ausspricht; ähnlich kritisch *Staudenmayer*, WuW 1992, 475 ff.; vgl. ferner *Krimphove*, Europäische Fusionskontrolle, 1992, S. 199 f.

b) Hintergrund der *Continental Can*-Doktrin

Problematisch ist eine Beurteilung von Zusammenschlüssen anhand von Art. 102 AEUV insbesondere deswegen, weil mit den Fusionskontrollbestimmungen ein abgeschlossenes System verfahrensrechtlicher Ausschließlichkeit errichtet werden sollte.⁶⁰ Auf diese Weise sollte eine Doppelkontrolle einheitlicher Verhaltensweisen vermieden werden.⁶¹ Die Gefahr einer Doppelkontrolle besteht aus unionsrechtlicher Perspektive nicht, wenn die FKVO-Schwellenwerte nicht überschritten sind.⁶² Von dem Nichterreichen der Schwellen kann aber nicht auf die wettbewerbsrechtliche Unbedenklichkeit geschlossen werden. Hintergrund ist die Tatsache, dass in den Schwellenwerten lediglich zum Ausdruck kommt, dass darunter regelmäßig kein Unionsinteresse gegeben ist. Aufgrund ihrer besonderen Wächterfunktion (Art. 105 Abs. 1 AEUV, Art. 17 Abs. 1 EUV) richtet sie ihr Ermessen am Kriterium des öffentlichen Verfolgungsinteresses der EU unter besonderer Berücksichtigung ihrer wettbewerbspolitischen Durchsetzungsprioritäten aus.⁶³ Diese Regelungslogik erscheint mit Blick auf die Transaktionssicherheit problematisch, weil unterhalb formaler Aufgreifkriterien keine Freiga-

60 Die ausschließliche Geltung der FKVO hat der EuGH in der Sache *Austria Asphalt* nochmals bejaht: EuGH, Urt. v. 7.9.2017, C-248/16 – *Austria Asphalt*, ECLI:EU:C:2017:643, Rn. 32 f.; vgl. auch EuGH, Urt. v. 31.5.2018, C-633/16 – *Ernst & Young*, ECLI:EU:C:2018:371, Rn. 57; EuGH, Urt. v. 29.1.2020, C-418/19 P – *Silgan Closures und Silgan Holdings/Kommission*, ECLI:EU:C:2020:43, Rn. 50; sie schlägt sich auch in der verfahrenskonzentrativen Funktion der Art. 2 Abs. 4 und 5 FKVO nieder.

61 *GA Kokott*, Schlussanträge v. 13.10.2022, C-449/21, EU:C:2022:777 (*Towercast*) Rn. 52, 56 ff.

62 Vgl. *Könen/Dogs*, ZWeR 2023, 160, 166 f.

63 St. Rspr. seit EuG, Urt. v. 18.09.1992, T-24/90 – *Automec II*, ECLI:EU:T:1992:97, Rn. 77 und 85; in ErwGr. Nr. 18 der VO (EG) 1/2003 wird diese Möglichkeit ausdrücklich bestätigt; Kommission, Bekanntmachung über die Behandlung von Beschwerden, ABl. (EU) 2004/C 101/65, Rn. 41 f.; *Dogs*, Die Verpflichtung der Kommission zum Einschreiten gegen unternehmerische Wettbewerbsverstöße, 2022, S. 37 ff.; *Bauer*, in *MüKo-Wettbewerbsrecht*, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, Art. 7 VO 1/2003, Rn. 54 m. w. N.; *Anweiler*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann*, 4. Aufl. 2020, Art. 7 VO 1/03, Rn. 27; *Breit*, in: *Schröter/Jakob/Klotz/Mederer*, 2. Aufl. 2014, Art. 7 VO 1/03, Rn. 20-25; *Kling/Thomas*, *KartellR*, 2. Aufl. 2016, § 11, Rn. 4. Eingehend zur Prioritätensetzungsbefugnis, ihrem Zweck, eine ressourcenschonende Verwendung vorhandener Verwaltungskapazitäten zu ermöglichen, sowie zur Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit als administrative Handlungsmaximen vgl. *Wils*, *World Competition* 2011, 353 ff.

be zu erreichen ist.⁶⁴ Sie folgt aber unmittelbar aus dem primärrechtlichen Geltungsanspruch der Art. 101 und 102 AEUV, der durch das Sekundärrecht nicht eingeschränkt werden kann – erst recht nicht durch mitgliedstaatliche Bestimmungen.⁶⁵ Lediglich im Anwendungsbereich der FKVO liegt eine zulässige verfahrensrechtliche Konzentrationsentscheidung vor, dem Primärrecht auf der verfahrensrechtlichen Grundlage der FKVO anstelle der VO 1/2003 zur effektiven Wirksamkeit zu verhelfen.⁶⁶ Ungeachtet der Frage einer rechtlichen Qualifikation als Durchführungsvorschrift i. S. v. Art. 103 AEUV enthalten die VO 1/2003 sowie die FKVO Verfahrensvorschriften für die Durchsetzung der in den Art. 101, 102 AEUV niedergelegten Grundsätze.⁶⁷ Dabei geht es nicht um eine Beschränkung oder Modifikation des primärrechtlichen Geltungsanspruchs durch das Sekundärrecht, sondern um die Befugnis der Union, den Durchsetzungsmechanismus praktisch wirksam zu gestalten.⁶⁸ Auch ohne Verfahrensbestimmung haben nationale Institutionen Art. 102 AEUV unmittelbar anzuwenden. Sie dürfen dabei jedoch keine Entscheidungen treffen, die einer Kommissionsentscheidung nach den Art. 101, 102 AEUV zuwiderlaufen,⁶⁹ sodass eine Kommissionsentscheidung auf der Grundlage einer wettbewerbsrechtlichen Verfahrensbestimmung einer mitgliedstaatlichen Entscheidung nach Art. 102 AEUV entgegensteht. Die Systementscheidung zwischen VO 1/2003 und FKVO entfaltet damit auch für die Mitgliedstaaten Wirkung.⁷⁰

64 Vgl. *Apel/Polley*, ZWeR 2021, 273, 298 ff.

65 Vgl. *Weck*, NZKart 2023, 392 ff.

66 Vgl. *Fuchs*, in: FS Wiedemann, 2020, S. 303 (312 ff.); ablehnend, *Ante*, NZKart 2023, 2023, 457: „starke Indizwirkung“ im Rahmen einer Missbrauchsprüfung nach Art. 102 AEUV.

67 EuGH, Urt. v. 16.3.2023, C-449/21 – Towercast, ECLI:EU:C:2023:207, Rn. 39 f.; *GA Kokott*, Schlussanträge v. 13.10.2022, C-449/21, EU:C:2022:777 (Towercast) Rn. 35; *Könen/Dogs*, ZWeR 2017, 409 (410); *Könen*, in: FK-Kartellrecht (Stand Abs. 1-3: 9/2020, Stand Abs. 4, 5: 5/2018), Art. 2 FKVO, Rn. 253.

68 Vgl. *Könen/Dogs*, ZWeR 2023, 160, 165 ff.

69 Vgl. EuGH, Urt. v. 14.12.2000, C-344/98 – Masterfoods, ECLI:EU:C:2000:689, Rn. 50-52.

70 Vgl. *Eilmannsberger/Bien*, in MüKo-Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, Art. 102 AEUV, Rn. 42; *Könen/Dogs*, ZWeR 2023, 160, 165 ff.

c) Durchsetzung des Wettbewerbsrechts unterhalb der FKVO-Schwellenwerte

Fraglich ist, wie das EU-Wettbewerbsrecht unterhalb der FKVO-Schwellenwerte wirksam durchgesetzt werden kann. In den Entscheidungsgründen des EuGH klingt der Gedanke an, dass eine hinreichende wettbewerbsrechtliche Kontrolle unterhalb der FKVO-Schwellenwerte durch die mitgliedstaatlichen Fusionskontrollbestimmungen verwirklicht wird. So kann es an einem Unionsinteresse fehlen,⁷¹ wenn eine Verfolgung der Sache auch durch eine nationale Wettbewerbsbehörde auf der mitgliedstaatlichen Vollzugsebene gewährleistet werden kann. Bei Fehlen eines Unionsinteresses ist die Wettbewerbsaufsicht der Kommission dann unter Rückgriff auf die Durchsetzungsbefugnisse und -kapazitäten der nationalen Wettbewerbsbehörden zu ergänzen.⁷² Diese sind aufgrund der mitgliedstaatlichen Loyalitätspflicht aus Art. 4 EUV entsprechend verpflichtet. Dies entspricht auch der Leitidee hinter dem System paralleler Zuständigkeiten, das nach dem Willen des europäischen Normgebers auf der Grundlage der Zusammenarbeit im ECN-Verbund als „kohärentes Gesamtregelwerk“ konzipiert wurde.⁷³ Dementsprechend könnte durch die mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden – im Rahmen des ECN, nach der Vorgabe einer dezentralisierten Kartellrechtsdurchsetzung – eine hinreichende ex-ante Kontrolle gewährleistet werden, die einer Beurteilung anhand von Art. 102 AEUV entgegen stehen könnte. Mit dieser Betrachtungsweise stünde es in Einklang, dass die Kommission ihre Kapazitäten auf diese Weise für die wettbewerbsrechtlich problematischen Fälle freihalten kann. Dass die Kommission aber auch unterhalb der Schwellenwerte ein Unionsinteresse annehmen möchte, zeigt die jüngste Verweisungspraxis der Kommission im Rahmen des Art. 22 FKVO, wie sie zunächst durch das EuG in der Rechtssache *Illumina/Grail* bestätigt wurde.⁷⁴

71 Zum sog. „Unionsinteresse“, *Dogs*, Die Verpflichtung der EU-Kommission zum Einschreiten gegen unternehmerische Wettbewerbsverstöße, 2022, S. 76 ff., 99, 127 ff.

72 Vgl. zur Verweisungspraxis bei fehlender Unabhängigkeit, *Könen/Dogs*, WuW 2023, 130, 133 f.

73 ErwGr. Nr. 7 ECN+-Richtlinie (EU) 2019/1.

74 EuG, Urt. v. 13.7.2022, T-227/21 – *Illumina/Grail*, ECLI:EU:T:2022:447. [Anm. 11/2024 : Unter Verweis auf den Grundsatz institutionellen Gleichgewichts der Unionsorgane sowie die Regelungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten hat der EuGH diese Verweisungspraxis für unzulässig erklärt, EuGH, Urt. v. 3.9.2024, verb. Rs. C-611/22 P und C-625/22 P – *Illumina bzw. Grail/Kommission*, ECLI:EU:C:2024:677, Rn. 225 ff.].

Fraglich ist, wie Konstellationen zu behandeln sind, in denen eine mitgliedstaatliche Fusionskontrollprüfung gewährleistet ist und nun mit § 32f Abs. 2 GWB für Deutschland sogar erweitert werden soll. Liegt ein Zusammenschlussvorhaben unterhalb der FKVO-Schwellenwerte, bedeutet dies zwar, dass regelmäßig kein Unionsinteresse an der Überprüfung des Zusammenschlussvorhabens durch die Kommission gegeben ist, eine Aussage über die Effektivität des Wettbewerbsschutzes ist dadurch aber noch nicht getroffen, weil dieser grundsätzlich auch durch die mitgliedstaatlichen Behörden im ECN⁷⁵ zu verwirklichen ist. Dabei ist es zunächst unerheblich, wie die Mitgliedstaaten die Schwellenwerte für das Agieren ihrer Wettbewerbsbehörden ausgestalten, solange ein effektiver Wettbewerbsschutz im Binnenmarkt gewährleistet wird. Die Absenkung der mitgliedstaatlichen Schwellenwerte bedeutet aus unionsrechtlicher Sicht daher grundsätzlich, dass die mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden ihrer Durchsetzungsaufgabe im Netz der Wettbewerbsbehörden in einer breiteren Weise nachkommen wollen.⁷⁶ Allerdings führt die formale mitgliedstaatliche Prüfung gerade noch nicht dazu, dass diese auch für die Kommission verbindlich wird. Sind etwa in einem Mitgliedstaat rechtsstaatliche Garantien nicht gewährleistet, muss die Kommission Kontrollbefugnisse am Maßstab des Art. 102 AEUV wahrnehmen können.⁷⁷ Dies betrifft Konstellationen, in denen die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten nicht hinreichend unabhängig im Sinne von Art. 4 Abs. 2 lit. b) ECN+-Richtlinie sind – also insbesondere, wenn politische Abhängigkeiten bestehen.⁷⁸ Damit es nicht zu einem behördlichen Versagen der Wettbewerbsaufsicht kommt, drängt sich ein Einschreiten der Kommission auf, wenn eine Unabhängigkeit

75 Dt.: Europäisches Wettbewerbsnetz (EWN). Dazu ausf. *Behrens*, Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht, 2017, Rn. 1793.

76 Vgl. zum mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraum bei den Schwellenwerten, *Weiß*, NZKart 2016, 265, 270.

77 EuG, Urt. v. 9.2.2022, T-791/19 – Sped-Pro, ECLI:EU:T:2022:67, Rn. 36 ff., 71 ff.; *Könen/Dogs*, WuW 2023, 130 ff.

78 Vgl. EuG, Urt. v. 9.2.2022, T-791/19 – Sped-Pro, ECLI:EU:T:2022:67, Rn. 36 ff., 71 ff.; zu den behördlichen Kapazitäten, Ermittlungs- und Durchsetzungsbefugnissen, *Könen/Dogs*, WuW 2023, 130, 133 f. sowie zur Unabhängigkeit des Bundeskartellamtes (134 f.); ebenso *Stockmann*, ZWer 2008, 137, 141 m. w. N.; vgl. *Möschel*, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1983, Rn. 1073; *Zorn*, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, Bd. 2, 4. Aufl. 2022, § 51 GWB, Rn. 6; zum allgemeinen Weisungsrecht nach § 52 GWB, *Könen*, Die Rolle des Bundeskartellamtes im Beschwerdeverfahren, 2014, S. 28 ff., 41 ff., ebenso dort zur innerstaatlichen Amtshilfe (S. 185 ff.) sowie zu begrenzten Verfolgungskapazitäten des Amtes (S. 51 ff.).

der mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden nicht gewährleistet ist. Die Würdigung des Gerichts in der Rechtssache *Sped-Pro* gibt allerdings zu erkennen, wie eingeschränkt die Möglichkeiten für Beschwerdeführer sind, die Kommission zu einem behördlichen Einschreiten zu bewegen.⁷⁹

Ferner folgt aus dem Effektivitätsgrundsatz, dass eine Freigabe durch mitgliedstaatliche Behörden keine Auswirkungen auf die Eingriffsbefugnisse der Kommission, sowie das durch diese – im Rahmen ihrer Prioritätensetzung – zu formulierende Unionsinteresse, haben kann.⁸⁰ Daher dürfen die Mitgliedstaaten keine Entscheidung treffen, die einer Kommissionsentscheidung nach den Art. 101 und 102 AEUV zuwiderläuft.⁸¹ Erst recht kann der Instrumentenkasten des § 32f GWB keine Anwendung finden, wenn die Kommission einen Zusammenschluss zuvor freigegeben hat, weil die mitgliedstaatliche Wettbewerbsbehörde damit eine Entscheidung treffen würde, die derjenigen der Kommission zuwiderläuft.⁸²

Einer Eingriffsbefugnis der Kommission am Maßstab des Art. 102 AEUV bedarf es hingegen nicht, wenn die Durchsetzung des Primärrechts durch die mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden gewährleistet ist. Unterhalb mitgliedstaatlicher Schwellenwerte ist dies indes nur der Fall, wenn Zusammenschlüsse anhand von Art. 102 AEUV durch die mitgliedstaatlichen Institutionen gewürdigt werden können.

d) Das *SIEC*-Erheblichkeitskriterium

Zur Gewährleistung der effektiven Durchsetzung des Primärrechts haben die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer fusionskontrollrechtlichen Prüfung (auf der Grundlage des Art. 102 AEUV) grundsätzlich auch den aus dem Unionsrecht folgenden Prüfungsmaßstab zu beachten. Für die Beurteilung

79 Vgl. EuG, Urt. v. 9.2.2022, T-791/19 – *Sped-Pro*, ECLI:EU:T:2022:67, Rn. 36 ff., 71 ff.; *Könen/Dogs*, WuW 2023, 130 ff.

80 Die Prioritätensetzbefugnis der Kommission folgt aus ihrer Funktion als Hüterin des „allgemeinen Interesses der Union“ nach Art. 17 Abs. 1 S. 1 EUV. Eingehend zur Prioritätensetzbefugnis, ihrem Zweck, eine ressourcenschonende Verwendung vorhandener Verwaltungskapazitäten zu ermöglichen, sowie zur Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit als administrative Handlungsmaximen vgl. *Wils*, *World Competition* 2011, 353 ff.; siehe aber zum Eingriff in die Kompetenzen der Mitgliedstaaten, *Apel/Polley*, ZWeR 2021, 273, 314; *Levy/Mostyn/Buzatu*, *Competition Law Journal* 2020, 51, 60.

81 Vgl. EuGH, Urt. v. 14.12.2000, C-344/98 – *Masterfoods*, ECLI:EU:C:2000:689, Rn. 50-52.

82 Vgl. *Ackermann*, ZWeR 2023, 1, 12 f.

von Zusammenschlüssen ist insoweit der Prüfungsmaßstab des *SIEC*-Tests einschlägig.⁸³ Hintergrund ist, dass bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung eines Zusammenschlusses die zusammenschlussbedingten Besonderheiten der Marktstrukturverschlechterung zu würdigen sind.⁸⁴ Dies betrifft insbesondere den im Kriterium der Erheblichkeit angelegten Beurteilungsmaßstab.⁸⁵

Um dem Aspekt der Nachhaltigkeit der zusammenschlussbedingten Wettbewerbsbehinderung hinreichend Rechnung zu tragen, muss dem Tatbestandsmerkmal der Erheblichkeit im Rahmen der fusionskontrollrechtlichen Vereinbarkeitsprüfung die Bedeutung einer materiell-rechtlichen Konkretisierung der zusammenschlussbedingten Behinderung wirksamen Wettbewerbs in zeitlich-dynamischer Hinsicht zukommen.⁸⁶ Diesbezüglich erfolgt eine, den Besonderheiten dauerhafter Zusammenschlüsse geschuldete, notwendige und zulässige Konkretisierung zur Verwirklichung des Geltungsanspruchs des Art. 102 AEUV, weil dessen Wortlaut nur auf eine zeitlich-statische Beurteilung der Wettbewerbsverfälschung angelegt ist.⁸⁷ Zeitlich-dynamisch bedeutet, dass es durch den Zusammenschluss nicht nur punktuell zu einer Marktstrukturverschlechterung kommen darf, wobei die maßgebliche Erheblichkeit mit Blick auf die Dynamik der jeweiligen Marktstruktur zu bestimmen ist. Fehlt es dagegen an einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs, ist der beabsichtigte Zusammenschluss nach dem Maßstab des *SIEC*-Tests wettbewerbsrechtlich unbedenklich.

Infolgedessen ist der Tatbestand des Art. 102 AEUV, wenn ein Zusammenschluss auf dieser Grundlage untersagt werden soll, teleologisch um das zeitlich-dynamische Merkmal der Erheblichkeit zu ergänzen.⁸⁸ Primärrechtlich veranlagt ist dies im Kriterium der Spürbarkeit. Da bei Art. 102 AEUV die allgemeinen, zur Auslegung der Zwischenstaatlichkeitsklausel

83 Zu § 32f Abs. 3, Abs. 4 GWB, *Ackermann*, ZWeR 2023, 1, 24: „Herbeiführung eines solchen Gleichklangs wünschenswert“.

84 *Könen/Dogs*, ZWeR 2023, 160, 167 ff.

85 Vgl. *Könen/Dogs*, ZWeR 2017, 409, 411 f.; dazu im Einzelnen *Könen*, in: FK-Kartellrecht (Stand Abs. 1-3: 9/2020, Stand Abs. 4, 5: 5/2028), Art. 2 FKVO Rn. 122 ff., 253; unter ausführlicher Darstellung der Annäherung von Konzentrations- und Kooperationskontrollrecht s. *Rabus*, Die Behandlung von Effizienzvorteilen in der europäischen Fusionskontrolle, 2008, S. 180 ff.; *Kühn*, Minderheitsbeteiligungen in der EU-Fusionskontrolle, 2017, S. 31 f.

86 *Könen/Dogs*, ZWeR 2023, 160, 167 ff. m. w. N.

87 A.A. *Ante*, NZKart 2023, 457: „starke Indizwirkung“ im Rahmen einer Missbrauchsprüfung nach Art. 102 AEUV.

88 Vgl. *Könen/Dogs*, ZWeR 2023, 160, 169 ff.

entwickelten Grundsätze gelten, muss bei einer Anwendung von Art. 102 AEUV auf Zusammenschlussvorhaben, sofern diese nicht aus anderen Gründen ausgeschlossen werden muss, daher auch das primärrechtliche Kriterium der Spürbarkeit erfüllt sein, wonach das unternehmerische Marktverhalten geeignet sein muss, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu beeinträchtigen.⁸⁹ Im primärrechtlichen Kriterium der Spürbarkeit kommt die notwendige Marktstrukturelevanz wettbewerbswidriger Verhaltensweisen zum Ausdruck, weil nur dann eine hinreichende Binnenmarktrelevanz und ein berechtigtes Interesse an der Verfolgung unternehmerischer Verhaltensweisen gegeben ist (sog. Unionsinteresse). Mit anderen Worten setzt ein spürbarer Verstoß gegen Art. 102 AEUV bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen Erheblichkeit im zeitlich-dynamischen Sinne voraus, weil nur dann eine hinreichende Marktstrukturelevanz sowie ein Unionsinteresse gegeben sind.⁹⁰ Für eine systemgerechte Weiterentwicklung der *Continental Can*-Doktrin kommt es vor diesem Hintergrund auch nicht darauf an, dass der durch den Zusammenschluss erreichte Beherrschungsgrad den Wettbewerb „wesentlich“ behindert, sodass nur noch Wettbewerber auf dem Markt bleiben, die in ihrem Marktverhalten von dem beherrschenden Unternehmen abhängen.⁹¹ Maßgeblich ist vielmehr die Beseitigung einer erheblichen Wettbewerbskraft.

e) Zwischenergebnis

Für Zusammenschlüsse, die die unionsrechtlichen bzw. mitgliedstaatlichen Schwellenwerte nicht überschreiten, bedeutet dies, dass eine ex-post-Kontrolle auf der Grundlage des Art. 102 AEUV eröffnet sein kann. Transaktionsunsicherheit gibt es insoweit nicht.⁹² Killer-Akquisitionen können damit sowohl im Rahmen des Verweisungssystems als auch unmittelbar auf der Grundlage von Art. 102 AEUV aufgegriffen werden. Umgehungskonstellationen, wie in der *Eventim*-Untersagung, können ebenfalls durch Art. 102 AEUV erfasst werden. Ein nachträgliches Einschreiten kommt hingegen nicht in Betracht, wenn der Geltungsanspruch des Art. 102 AEUV im

89 S. dazu Kirchhoff, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, Art. 101 AEUV, Rn. 764; Könen/Dogs, ZWeR 2023, 160, 168 m. w. N. in Fn. 60.

90 Vgl. Könen/Dogs, ZWeR 2023, 160 168 f.

91 Vgl. EuGH, Urt. v. 21.2.1973, 6/72 – Continental Can, ECLI:EU:C:1973:22, Rn. 26.

92 Vgl. Apel/Polley, ZWeR 2021, 273, 312.

Rahmen fusionskontrollrechtlicher Bestimmungen gewährleistet ist. Diese Gewährleistung erfolgt sowohl durch die FKVO als auch durch die mitgliedstaatlichen Fusionskontrollbestimmungen. Die Mitgliedstaaten werden ihrer diesbezüglichen Verantwortung aber nur gerecht, sofern sie ihre Aufgaben im Netz der Wettbewerbsbehörden erfüllen. Bei fehlender Unabhängigkeit der Kartellbehörden bestehen insofern Zweifel – ebenso bezüglich des Instruments der Ministererlaubnis.⁹³

Für die Bestimmung des § 32f Abs. 2 GWB bedeutet dies, dass der Schutz der Marktstruktur grundsätzlich durch eine ex-ante-Prüfung des Bundeskartellamtes gewährleistet wird. Unternehmen, die nicht in den Genuss der Anmeldeverfügung kommen, können demgegenüber keine ex-ante-Transaktionssicherheit erhalten. Vielmehr kann das Kartellamt im Netz der Wettbewerbsbehörden verpflichtet sein, einen Zusammenschluss nachträglich anhand von Art. 102 AEUV zu überprüfen, um seiner Verpflichtung zur dezentralen Kartellrechtsdurchsetzung effektiv nachzukommen.⁹⁴ Unabhängig davon, ob unterschwellige Zusammenschlüsse im Rahmen von § 32f Abs. 2 GWB bzw. aufgrund einer Verweisung nach Art. 22 FKVO einer ex-ante-Kontrolle unterworfen werden oder ob die Beurteilung ex-post auf der Grundlage des Art. 102 AEUV erfolgt, muss die Beeinträchtigung der Marktstruktur erheblich sein.

Anders als im Rahmen von Art. 102 AEUV besteht im Zuge mitgliedstaatlichen Rechts zwar keine unionsrechtlich veranlasste Verpflichtung, Eingriffe nur vorzunehmen, wenn die Marktstrukturverschlechterung erheblich im zeitlich-dynamischen Sinne ist. So darf der mitgliedstaatliche Gesetzgeber im Geltungsbereich des Art. 102 AEUV gemäß Art. 3 VO 1/2003 für einseitige Verhaltensweisen schärfere Bestimmungen einführen, die also auch eine punktuelle Betrachtung der Verhaltensweise ermöglichen. § 32f Abs. 2 GWB sieht aber seinerseits das Tatbestandsmerkmal der

93 Die Prioritätensatzungsbefugnis der Kommission folgt aus ihrer Funktion als Hüterin des „allgemeinen Interesses der Union“ nach Art. 17 Abs. 1 S. 1 EUV. Eingehend zur Prioritätensatzungsbefugnis, ihrem Zweck, eine ressourcenschonende Verwendung vorhandener Verwaltungskapazitäten zu ermöglichen, sowie zur Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit als administrative Handlungsmaximen vgl. Wils, *World Competition* 2011, 353 ff.; vgl. zur Ministererlaubnis entgegen der Empfehlung der Monopolkommission, OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.08.2017; Az. VI-Kart 5/16 (V), NZKart 2017, 542. Vgl. Könen/Dogs, WuW 2023, 130, 134 f.

94 Siehe dazu, Könen/Dogs, WuW 2023, 130, 131 ff., 134 f.

Erheblichkeit vor, sodass eine einheitliche Auslegung mit dem *SIEC*-Test insoweit angezeigt ist.⁹⁵

2. Anwendung des *SIEC*-Erheblichkeitskriteriums

Für unerschwellige Zusammenschlüsse – insbesondere die problematischen Killer-Akquisitionen – bedeutet der hier herausgearbeitete Prognoseansatz im Rahmen des § 32f Abs. 2 GWB, dass der Zusammenschluss prognostisch im Rahmen des *SIEC*-Tests, zur erheblichen Schädigung der Marktstruktur führen würde bzw. im Rahmen des Art. 102 AEUV, dass er zu einer weiteren Störung der Marktstruktur geführt hat, weil eine erhebliche Wettbewerbskraft beseitigt wurde.⁹⁶

a) Erwerb häufig in einem frühen Stadium „aufkeimenden“ Wettbewerbs

Mit Blick auf das Kriterium der Erheblichkeit ist es im Rahmen der Beurteilung missbräuchlicher Akquisitionsstrategien bzgl. innovativer Start-ups problematisch, dass der Erwerb häufig in einem frühen Stadium „aufkeimenden“ Wettbewerbs erfolgt, wodurch eine Prognose über die erhebliche wettbewerbsliche Wirkungskraft des akquirierten Unternehmens sowie dessen Bedrohungspotenzial schwierig ist. Die zeitlich-dynamische Nachhaltigkeit lässt sich anhand des Erwartungswerts des Schadens in gewisser Weise objektivieren.⁹⁷ Für diesen ist die geschätzte Höhe des Schadens mit der Eintrittswahrscheinlichkeit zu multiplizieren. Indizien ergeben sich ferner aus der Zahlung objektiv nicht gerechtfertigter Preise sowie anhand der Frage, wer im Falle des Erfolgs des Wettbewerbers am meisten verlieren würde.⁹⁸ Wenn dies der marktdominierende Erwerber ist, spricht dies für die Ausschaltung von Wettbewerb anstelle der Bildung von Synergien. Insoweit sind *SIEC*-Schadenstheorien zur Beurteilung von Aufkaufstrate-

95 Zur primärrechtskonformen und kohärenten Auslegung von Begrifflichkeiten der FKVO bzw. der VO 1/2003, *Könen/Dogs*, ZWeR 2017, 409, 41 f.; *Könen*, in: FK-Kartellrecht, (Stand Abs. 1-3: 9/2020, Stand Abs. 4, 5: 8/2020), Art. 2 FKVO Rn. 253.

96 Siehe zur Berücksichtigung des Verhaltens des fusionierten Unternehmens sowie zur Reaktion des Marktes, *Apel/Polley*, ZWeR 2021, 273, 312; *Šmejkal*, 7 Journal for International and European Law, Economics and Market Integrations 1, 8 (2020).

97 Vgl. *Hemphill/Wu*, „Nascent Competitors“, https://papers.ssrn.com/abstract_id=3624058 (abgerufen am 3.10.2023); *Fuchs*, in: Festschrift Wiedemann, 2020, S. 303, 320.

98 *Fuchs*, in: Festschrift Wiedemann, 2020, S. 303, 320.

gien zu konkretisieren, etwa indem der maßgebliche Wahrscheinlichkeitsmaßstab herabgesenkt wird. Denkbar erscheint es auch, die Beweis- bzw. Substantiierungslast im Interesse der effektiven Wettbewerbsdurchsetzung zu modifizieren.⁹⁹ Vorstellbar ist auch der Entzug von etwaigen „Freistellungsmöglichkeiten“ (untechnisch) – etwa durch die Einschränkung von Effizienzeinwendungen.

b) Strategie zur Beseitigung von Wettbewerb

Fraglich ist schließlich, inwiefern subjektive Anknüpfungspunkte für die Beurteilung einer missbräuchlichen Akquisitionsstrategie im Rahmen der Beurteilung durch den *SIEC*-Test bzw. des Art. 102 AEUV erforderlich sind. Fraglich ist also, wann von einer „Strategie zur Beseitigung von Wettbewerb“ auszugehen ist. Sofern teilweise – über das potenzielle Bewirken einer erheblichen Marktstrukturverschlechterung – das Vorliegen einer missbräuchlichen Motivation im Sinne eines Bezweckens verlangt wird,¹⁰⁰ ist dies mit Blick auf die gebotene teleologische Konkretisierung zur Verwirklichung des Geltungsanspruchs des Art. 102 AEUV im Lichte der fusionskontrollrechtlichen Prognoseentscheidung jedenfalls als zwingendes Kriterium abzulehnen. Die Abgrenzung marktstrukturverschlechternder Übernahmen von wettbewerbsfördernden Unternehmenskäufen, mit denen Synergien gebildet werden und – angesichts lukrativer Exit-Möglichkeiten – Innovationsanreize für Gründer geschaffen werden,¹⁰¹ ist in Anbetracht der Marktstrukturbezogenheit im Ausgangspunkt nach objektiven Kriterien vorzunehmen.

V. Thesen

Dies führt zu folgender thesenartiger Zusammenfassung:

1. Die Analyse des Instrumentenkastens für unschwellige Zusammenfassungen zeigt, dass die Neuregelung des § 32f Abs. 2 GWB voraussichtlich keinen Nachteil für den Innovationsstandort Deutschland bringen wird. Vielmehr gestaltet sich die Anmeldeverfügung als Chance für „pri-

99 Vgl. dazu Könen, in: Vieweg, Erlanger Sportrechtstagung 2022, 2023, S. 197, 208 f., 215 f., 217 ff., 223.

100 Fuchs, in: Festschrift Wiedemann, 2020, S. 303, 317 f.

101 Vgl. Becker, ZWeR 2020, 365 ff.; Fuchs, in: Festschrift Wiedemann, 2020, S. 303, 308.

vilegierte“ Unternehmen, gerade im Hinblick auf gefährdete Marktstrukturen, weitgehend Transaktionssicherheit zu erhalten. Die damit verbundenen Vorteile überwiegen die mit Anmeldungen verbundenen Kosten, sodass die Innovationsanreize für die Start-up-Branche erhalten bleiben.

2. Diese Bewertung des § 32f Abs. 2 GWB folgt vor allem aus der Analyse der kartellbehördlichen ex-post-Eingriffsmöglichkeiten und -pflichten auf der Grundlage und am Maßstab von Art. 102 AEUV.
3. Sowohl bei der Anwendung des § 32f Abs. 2 GWB als auch im Rahmen der Beurteilung eines Zusammenschlusses anhand von Art. 102 AEUV hat die Kartellbehörde eine zeitlich-dynamische Prognose über die zu erwartende Marktstrukturentwicklung anzustellen, wie sie nach vorzugswürdigem Verständnis bereits aus dem Erheblichkeits-Kriterium des *SIEC*-Tests folgt.
4. Der Gesamtblick auf die Neuregelung des § 32f GWB zeigt, dass die präventiv wirkende Anmeldepflicht den mildesten Eingriff der neuen Durchsetzungsinstrumente der Kartellbehörde darstellt. Vor diesem Hintergrund ist die Kartellbehörde regelmäßig aber gehalten, auch eine Anmeldeverfügung zu erlassen, bevor sie auf die Reparatur-Mechanismen von Abs. 3 und Abs. 4 zurückgreift. Damit verbunden ist eine stärkere Bindung von Ressourcen des Bundeskartellamtes.
5. Angezeigt ist der Erlass von Leitlinien für ein beschleunigtes Verfahren, damit dem Anmeldeerfordernis auf schnelllebigem Märkten nicht die Wirkung eines Übernahmehindernisses zukommt.

