



Bundeskartellamt



Offene Märkte | Fairer Wettbewerb

Fusionskontrolle im digitalen Zeitalter - Herausforderungen und Entwicklungsperspektiven

Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht
29. September 2022

Hintergrundpapier

Bundeskartellamt
Kaiser-Friedrich-Straße 16
53113 Bonn

Inhaltsverzeichnis

A.	Besonderheiten bei Fusionen in der Digitalwirtschaft	1
I.	Charakteristika digitaler Geschäftsmodelle und Märkte	3
II.	Herausforderungen für die Fusionskontrolle in der Digitalwirtschaft.....	6
B.	Implikationen für die formellen Untersagungskriterien.....	11
I.	Diskussion um quantitative Schwellenwerte.....	12
II.	Verweisungen nach Art. 22 FKVO	15
III.	Einführung einer Anzeigepflicht mit Aufgreifmöglichkeit oder einer erweiterten Anmeldepflicht.....	17
IV.	Diskussion um eine ex-post-Aufgreifmöglichkeit	20
C.	Implikationen für die materiellen Untersagungskriterien.....	22
I.	Schadenstheorien	24
1.	Horizontale Schadenstheorien	25
2.	Nichthorizontale Schadenstheorien	28
3.	Berücksichtigung von Effizienzen	31
4.	Vorschläge zur Weiterentwicklung der Schadenstheorien	32
II.	Vorschläge zur Modifikation der materiellen Tatbestandsvoraussetzungen.....	36
1.	Änderungen des erforderlichen Wahrscheinlichkeitsmaßstabs	36
2.	Zusätzliche Maßstäbe für die Beurteilung von Zusammenschlüssen unter Beteiligung großer Digitalunternehmen.....	39
III.	Vorschläge zur Modifikation des einschlägigen Beweisrechts	40
D.	Fazit.....	42
E.	Fragen zur Diskussion	44

Kurzdarstellungen

Zusammenschluss Meta/Kustomer.....	10
Bedeutung und Potential des SIEC-Tests	22

A. Besonderheiten bei Fusionen in der Digitalwirtschaft

In den vergangenen Jahren haben der deutsche und der europäische Gesetzgeber neue Regeln für große Unternehmen im Digitalbereich geschaffen. Sowohl der im Rahmen der 10. GWB-Novelle eingeführte § 19a GWB als auch der auf europäischer Ebene in Kürze in Kraft tretende Digital Markets Act (DMA)¹ erlauben es in diesem Zusammenhang, bestimmte Arten an potentiell missbräuchlichen unilateralen Verhaltensweisen durch große Digitalkonzerne effektiv abzustellen. Demgegenüber standen besondere Charakteristika von Zusammenschlüssen im Digitalbereich bislang nicht im Fokus der Gesetzgeber,² auch wenn sowohl der 19. Deutsche Bundestag³ als auch die gegenwärtige Regierungskoalition⁴ in dieser Hinsicht bereits Handlungsbedarf angedeutet haben. Sowohl in der Literatur als auch in verschiedenen Sachverständigengutachten wird angemerkt, dass die Besonderheiten von Zusammenschlüssen im Digitalbereich eine kritische Reflexion der gegenwärtigen Rechtslage und Rechtsanwendungspraxis erforderlich machen können.

Den Anstoß für fusionskontrollrechtliche Überlegungen bildet dabei zumeist die Beobachtung, dass große Unternehmen im Digitalbereich in der Vergangenheit zahlreiche Zusammenschlüsse vollzogen haben, von denen aber nur ein kleiner Bruchteil einer kartellbehördlichen

¹ Vgl. zum Verhältnis des Wettbewerbsrechts zum DMA *BKartA*, Digital Markets Act: Perspektiven des (inter)nationalen Wettbewerbsrechts, 2021 (https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2021_Hintergrundpapier.pdf).

² In der 9. GWB-Novelle schaffte der deutsche Gesetzgeber mit § 35 Abs. 1a GWB durch die Transaktionswertschwelle ein weiteres Aufgreifkriterium, das insbesondere auch auf Zusammenschlüsse im Digitalbereich abzielt, vgl. dazu noch unten S. 11 ff. Mit der 10. GWB-Novelle wurde u.a. § 39a GWB eingeführt, der für das BKartA die Möglichkeit schafft, unter bestimmten Voraussetzungen Unternehmen zur Anmeldung jedes Zusammenschlusses in einem oder mehreren bestimmten Wirtschaftszweigen zu verpflichten; die Vorschrift zielt aber nicht primär auf Phänomene der Digitalwirtschaft, sondern allgemeiner auf sukzessive Erwerbsvorgänge insbesondere auf Regionalmärkten (RegE BT-Drs. 19/23492, S. 94 ff.; offener hingegen etwa *Becker*, Fusionskontrolle unterhalb der Aufgreifschwelle, ZWeR 2020, S. 365 ff. (387 f.)). Der DMA sieht ebenfalls keine Modifikation der FKVO-Voraussetzungen vor; vielmehr stipuliert er in Art. 14 lediglich eine Pflicht der Torwächter-Unternehmen, Zusammenschlüsse unabhängig von den Aufgreifkriterien der FKVO bei der KOM anzeigen zu müssen. Diese Anzeige des Zusammenschlusses soll u.a. sodann die Mitgliedstaaten in die Lage versetzen, einen Prüfantrag nach Art. 22 FKVO bei der KOM zu stellen (vgl. Art. 14 Abs. 5 DMA), s. dazu noch unten S. 17.

³ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie, BT-Drs. 19/25868, S. 10 („Der Deutsche Bundestag fordert die Bundesregierung auf, [...] sich auf europäischer Ebene dafür einzusetzen, Möglichkeiten zu schaffen, Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung das Behindern von Innovation und Wettbewerb durch das strategische Aufkaufen von Wettbewerbern (sog. „Killer-Aquisitionen“) zu untersagen;“).

⁴ Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, 2021, S. 31 („Auf europäischer Ebene werden wir uns für eine Anpassung der Fusionskontrolle zur Unterbindung innovationshemmender strategischer Aufkäufe potenzieller Wettbewerber (sogenannte killer-acquisitions) einsetzen.“).

Kontrolle unterlag.⁵ Nicht selten wird vor diesem Hintergrund die Befürchtung geäußert, auch wettbewerblich bedeutsame Vorhaben im Digitalbereich seien durch die Ausgestaltung der Aufgreifkriterien im nationalen und europäischen Recht von vornherein einer Beurteilung entzogen.⁶ Aber auch soweit eine fusionskontrollrechtliche Prüfung in der Vergangenheit vorgenommen wurde, ist das Verfahren weit überwiegend durch eine unbedingte Freigabeentscheidung beendet worden. In diesem Zusammenhang äußern Teile der Literatur Zweifel, ob die tradierten Schadenstheorien die mit bestimmten Arten von Zusammenschlüssen im Digitalbereich assoziierten wettbewerblichen Bedenken sowie die denkbaren Effizienzen adäquat adressieren.⁷ Teilweise wird insofern auch eine Änderung des materiellen Prüfungsmaßstabes für erforderlich gehalten.⁸

Das vorliegende Hintergrundpapier soll zur Vorbereitung der Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht die Konturen der Diskussion um Zusammenschlüsse in der Digitalwirtschaft nachzeichnen. Dazu wird im Folgenden zunächst auf die Charakteristika digitaler Geschäftsmodelle und Märkte (I.) sowie auf daraus resultierende, für die Zusammenschlusskontrolle relevante Herausforderungen eingegangen (II.). Die sich anschließenden Abschnitte sind sodann den Implikationen dieser Besonderheiten für die formellen (B.) und materiellen (C.) Untersagungskriterien im Fusionskontrollverfahren gewidmet. Das Hintergrundpapier schließt nach einem Fazit (D.) mit einer Zusammenstellung ausgewählter offener Fragen, die sich gegenwärtig in der Diskussion um Fusionen im Digitalbereich stellen (E.).

⁵ *Argentesi et al.*, Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets, 2019, S. 10 ff. (“most of this M&A activity occurs below the radar of competition authorities [...]”); *Bourreau/de Stree*, Big Tech Acquisitions, 2020, S. 5 ff.

⁶ Vgl. bspw. *Bourreau/de Stree*, Big Tech Acquisitions, 2020, S. 5; *Podszun*, Empfiehlt sich eine stärkere Regulierung von Online-Plattformen und anderen Digitalunternehmen?, 2020, S. 66.

⁷ Bspw. *Argentesi et al.*, Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets, 2019, S. 44 ff. (“There is a concern that merger policy has put too much weight on the risk of incorrect intervention (type I error) compared to incorrect clearance (type II error) when assessing mergers in the digital sector, leading to increased concentration in digital markets.”); ACCC, Digital Platform Services Inquiry, 2022, S. 65 ff. (“There is a broad recognition from both competition agencies and governments that, given the critical role that large digital platforms and their growing ecosystems perform in the economy, acquisitions by these firms require a higher level of scrutiny.”); betont zurückhaltend hingegen etwa *Cabral*, Merger policy in digital industries, Information Economics and Policy 2021, S. 1 ff. (2) (“Tightening merger policy not only is a relatively less efficient approach but also one that has enormous costs in terms of innovation incentives.”).

⁸ Bspw. *Furman et al.*, Unlocking digital competition, 2019, S. 99 ff.; vgl. dazu noch unten S. 36 ff.

I. Charakteristika digitaler Geschäftsmodelle und Märkte

Digitale Geschäftsmodelle und Märkte weisen eine Reihe an charakteristischen Eigenschaften auf.⁹ Diese wirken sich auf die Diskussion der Herausforderungen und Entwicklungsperspektiven der Zusammenschlusskontrolle im Digitalbereich auf unterschiedliche Weise aus. So kann sich beispielsweise die Frage stellen, inwieweit tradierte Schadenstheorien im Licht dieser Charakteristika für die Beurteilung der wettbewerblichen Auswirkungen eines Zusammenschlusses im Digitalbereich (noch) adäquat sind. Bedeutsam kann auch sein, inwieweit die Charakteristika mit denen anderer Märkte vergleichbar sind, sodass eine vergleichbare wettbewerbliche Beurteilung gerechtfertigt sein kann.¹⁰ Nicht zuletzt kann die Identifikation besonderer Charakteristika für die Frage relevant sein, ob eine legislative Anpassung des Rechtsrahmens spezifisch nur im Hinblick auf digitale Geschäftsmodelle und Märkte zweckmäßig ist.

Digitale Geschäftsmodelle sind zunächst oft von starken Skaleneffekten geprägt. So ist etwa das Hinzutreten zusätzlicher Nutzer eines Dienstes für ein Digitalunternehmen regelmäßig mit nur minimalen Grenzkosten verbunden.¹¹ Neben Skaleneffekten spielen auch Verbundvorteile in vielen digitalen Märkten eine bedeutende Rolle. Diese treten auf, wenn das Angebot verschiedener Produkte innerhalb eines Unternehmens zu geringeren Kosten realisiert werden kann, als das Angebot dieser Produkte durch unterschiedliche Unternehmen. Verbundvorteile können ein wesentlicher Grund etwa für Diversifikationsstrategien von Digitalunternehmen sein.¹²

Charakteristisch für viele digitale Geschäftsmodelle und Märkte sind zudem direkte und indirekte Netzwerkeffekte.¹³ Direkte Netzwerkeffekte liegen vor, wenn der Nutzen etwa eines Dienstes für dessen Nutzer steigt (positive Netzwerkeffekte) bzw. fällt (negative Netzwerkeffekte), je mehr entsprechende Nutzer der Dienst insgesamt aufweist. Positive Netzwerkeffekte können die Attraktivität des Dienstes für neue Nutzer immer weiter verstärken, den

⁹ Vgl. bspw. die Darstellungen bei *Bourreau/de Streel*, Big Tech Acquisitions, 2020, S. 5 ff.; *Podszun*, Empfiehlt sich eine stärkere Regulierung von Online-Plattformen und anderen Digitalunternehmen?, 2020, S. 10 ff.; *OECD*, Roundtable on Conglomerate Effects of Mergers, 2020, S. 23 ff.; *Parker/Petropoulos/van Alstyne*, Platform mergers and antitrust, Industrial and Corporate Change 2021, S. 1 ff. (2).

¹⁰ So haben etwa *Cunningham/Ederer/Ma* für den pharmazeutischen Bereich u.a. argumentiert, dass „incumbent firms“ innovative Zielunternehmen teilweise allein aus dem Grund erwerben, innovative Projekte des Zielunternehmens einzustellen und potentiell dem Wettbewerb vorzubeugen, sog. „killer acquisitions“ (*Cunningham/Ederer/Ma*, Killer Acquisitions, Journal of Political Economy 2021, S. 649 ff.). Daran anknüpfend wird in der Literatur die Übertragbarkeit der Erkenntnisse auf Zusammenschlüsse im Digitalbereich diskutiert (s. dazu den folgenden Abschnitt A.II).

¹¹ *Crémer et al.*, Competition policy for the digital era, 2019, S. 20.

¹² *Bourreau/de Streel*, Digital Conglomerates and EU Competition Policy, 2019, S. 9.

¹³ *Argentesi et al.*, Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets, 2019, S. 4 ff.; *Crémer et al.*, Competition policy for the digital era, 2019, S. 20 ff.

Wechsel zu anderen Diensten unattraktiv machen und die Nutzer an den Dienst im Sinne eines ‚lock-in‘-Effektes binden.¹⁴ Indirekte Netzwerkeffekte sind charakteristisch für sogenannte mehrseitige Märkte bzw. Plattformen. Als Plattformen sind Unternehmen anzusehen, die als Intermediäre die direkte Interaktion zweier oder mehr Nutzerseiten, zwischen denen indirekte Netzwerkeffekte bestehen, ermöglichen.¹⁵ Indirekte Netzwerkeffekte treten etwa auf, wenn eine Steigerung der Nutzerzahl auf einer Marktseite die Bedeutung eines Dienstes auf der anderen Marktseite erhöht (positive Netzwerkeffekte) bzw. senkt (negative Netzwerkeffekte).¹⁶ Aufgrund positiver Netzwerkeffekte kann es zu einem ‚Kippen‘ des Marktes kommen, sodass die Spielräume des marktstarken Unternehmens nicht mehr durch Wettbewerb im Markt, sondern (nur noch) durch Wettbewerb um den Markt kontrolliert werden.¹⁷ Ein Charakteristikum digitaler mehrseitiger Märkte ist ferner, dass das Angebot auf einer Marktseite nicht selten ohne monetäre Gegenleistung erfolgt und stattdessen durch das Angebot auf der anderen Marktseite – etwa der Vermittlung eines Werbekontaktes – finanziert wird.¹⁸

Skalen- und Netzwerkeffekte treten im Digitalbereich zudem oft begleitet von weiteren Größenvorteilen auf. Denn eine gesteigerte Popularität eines Dienstes kann etwa eine gesteigerte Möglichkeit implizieren, besser als andere Marktteilnehmer auf wettbewerbsrelevante Daten zugreifen zu können.¹⁹ Durch die Daten ermöglichte Qualitätsverbesserungen können sodann

¹⁴ *Crémer et al.*, Competition policy for the digital era, 2019, S. 22 f. (“The benefits, for an incumbent platform, of network externalities are due to the difficulty for users to coordinate migration to a new platform. Indeed, even if the users would all be better off if they migrated en masse to a new platform, they would not necessarily have an individual incentive to move to the new platform – whether or not they chose to do so depends on their expectation that others will follow.”).

¹⁵ Vgl. z.B. *BKartA*, Arbeitspapier – Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, S. 14.

¹⁶ *Argentesi et al.*, Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets, 2019, S. 5.

¹⁷ *Argentesi et al.*, Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets, 2019, S. 44 (“Network effects often make the structure of digital markets quite concentrated and barriers to entry rather high. [...] The main mechanism left to discipline incumbents is that of competition for the market, i.e. that potential and actual entry mitigate the ability of incumbents to exert market power. This makes potential competitors even more valuable than they usually are in traditional markets.”); *Crémer et al.*, Competition policy for the digital era, 2019, S. 25 (“[...] absent differentiation and multi-homing—the normal play of competition will lead to concentration. This does not imply that competition will not have a role to play to discipline platforms, but it will imply that it takes a different form, namely competition “for the market”, [...].”); *Schweitzer et al.*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, S. 123 (“Ein Markteintritt in einen von einem Unternehmen beherrschten Plattformmarkt mit starken positiven Netzwerkeffekten ist regelmäßig zunächst nur über Nischenmärkte möglich. Von diesen aus kann sich ein Wettbewerber jedoch längerfristig schrittweise dem Kernmarkt eines etablierten Marktbeherrschers nähern.”).

¹⁸ Teile der ökonomischen Literatur sprechen insofern von “markets for attention”, vgl. *Argentesi et al.*, Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets, 2019, S. 5 ff.

¹⁹ *OECD*, Roundtable on Conglomerate Effects of Mergers, 2020, S. 24.

im Sinne einer ‚feedback loop‘ dazu führen, dass die Popularität des Dienstes wiederum ansteigt und dadurch weitere Daten erhoben werden können.

In ihrer Gesamtheit können diese Eigenschaften digitaler Geschäftsmodelle auch Strategien zur Schaffung, Stärkung oder Absicherung eines sog. Ökosystems durch ein Unternehmen begünstigen. Ein solches Ökosystem kann sich in der technischen Verbindung verschiedener Produkte und Dienste eines Unternehmens ausdrücken.²⁰ Dies kann zu Komplementaritäten bzw. Synergien führen, auf Anbieterseite etwa wenn ein Inputfaktor für verschiedene Produkte verwendet werden kann.²¹ Einen solchen Inputfaktor können insbesondere Daten darstellen. So kann ein privilegierter Zugang zu nicht einfach replizierbaren Daten – etwa zurückgehend auf die o.g. positiven Netzwerkeffekte – zu einem größeren Potential eines Unternehmens führen, über verschiedene verbundene Dienste hinweg Daten zur Qualitätssteigerung einzusetzen, bspw. durch eine diensteübergreifende Personalisierung von Angeboten. Die technische Verbindung verschiedener Produkte oder Dienste kann zudem Strategien begünstigen, welche die Wechselkosten für Nutzer erhöhen. Sind etwa Produkte oder Dienste eines Unternehmens nur zusammen oder jedenfalls besser mit weiteren Produkten und Diensten des Ökosystems nutzbar, kann die Verwendung einzelner Produkte und Dienste bereits einen (weiteren) ‚lock-in‘-Effekt zur Folge haben, der künftige Entscheidungen des Nutzers im Sinne einer Pfadabhängigkeit jedenfalls vorprägt.²²

Innovationen spielen schließlich im Bereich digitaler Geschäftsmodelle und digitaler Märkte eine herausgehobene Rolle und tragen erheblich zu den wohlfahrtssteigernden Wirkungen der Digitalwirtschaft bei.²³ Eine Besonderheit digitaler Produkte und Dienste besteht insofern auch darin, dass diese sich potentiell in ihrer Ausrichtung im Zeitablauf sehr wandlungsfähig darstellen.²⁴ Allerdings können Unternehmen auch ein strategisches Interesse aufweisen, innovative Geschäftsmodelle, Produkte und Dienste von Dritten zu behindern, etwa wenn diese

²⁰ Vgl. bspw. *Bourreau/de Stree*, Digital Conglomerates and EU Competition Policy, 2019, S. 12, die allerdings für den dort verwendeten Begriff des Ökosystems entsprechende Synergien gerade für die Verbraucherseite fordern; *Crémer et al.*, Competition policy for the digital era, 2019, S. 33 ff. („Ecosystems are an ensemble of services, some complementary, connected to another through private APIs which are APIs accessible only to services from the same ecosystem.“).

²¹ *Bourreau/de Stree*, Digital Conglomerates and EU Competition Policy, 2019, S. 11.

²² *Podszun*, Empfiehlt sich eine stärkere Regulierung von Online-Plattformen und anderen Digitalunternehmen?, 2020, S. 18.

²³ *Crémer et al.*, Competition policy for the digital era, 2019, S. 35 (“competition between platforms and ecosystems takes place in a spectacular way, through innovation”).

²⁴ *Limarzi/Philips*, „Killer acquisitions,“ Big Tech, and Section 2, CPI Antitrust Chronicle Spring 2020, S. 9 (“For example, Instagram was transformed from a photo-sharing app into a social media platform. Uber used to be a luxury car-hire service. And Android was a little-known software company before Google transformed it into the world’s most popular mobile ecosystem.“).

zu den etablierten Angeboten des Unternehmens im Wettbewerb stehen oder sich entsprechend potentiell entwickeln könnten.²⁵ Zudem besteht für Unternehmen in bereits 'gekippten' Märkten möglicherweise ein geringerer Anreiz, in Forschung und Entwicklung zu investieren.²⁶

II. Herausforderungen für die Fusionskontrolle in der Digitalwirtschaft

In den vergangenen zehn Jahren gab es eine Vielzahl von Akquisitionen durch große Digitalunternehmen.²⁷ Die 'Big Five' (Alphabet, Amazon, Apple, Meta und Microsoft) kommen im Zeitraum von 2009 bis 2019 zusammen auf mehr als 400 Fusionen.²⁸ Die meisten dieser Akquisitionen entgingen aufgrund zu geringer Umsätze des Zielunternehmens einer kartellrechtlichen Prüfung und von den wenigen Vorhaben, die in diesem Zeitraum geprüft wurden, wurde kein einziges untersagt.²⁹ Gleichwohl betrafen viele dieser Fusionen Zielunternehmen, die sich zu Wettbewerbern der Erwerber hätten entwickeln können (z.B. Facebook/Instagram), die zur Stärkung der Marktposition der Erwerberin auf einem anderen Markt beigetragen haben (z.B. Google/DoubleClick) oder deren datengetriebenes Geschäftsmodell zur Stärkung der Marktposition des Erwerbers auf mehreren Märkten gleichzeitig beigetragen hat (z.B. Google/YouTube).³⁰ Aufgrund dieses Umstands ist in der Literatur vielfach von einem „underenforcement“ bei Zusammenschlüssen in der Digitalwirtschaft die Rede.³¹ Insbesondere

²⁵ CMA, A new pro-competition regime for digital markets, 2020, S. 19.

²⁶ *Fidelis*, Data-driven mergers, RDC 2017, S. 189 ff. (196) ("This is because, by backward induction, the smaller firm will choose not to invest in innovation since it knows that the dominant firm will be able to match any investment at a lower marginal cost. Knowing this, the dominant's best response is also not to invest. Thus, market tipping cannot only raise barriers to entry, but it can also harm consumers due to the resulting underprovision of innovation.").

²⁷ *Cabral et al.*, The EU Digital Markets Act, Publications Office of the European Union, 2021, S. 25; *Bourreau/de Stree*, Big Tech Acquisitions, 2020, S. 5.; *Motta/Peitz*, Big Tech Mergers, Discussion Paper Series CRC TR 224, May 2020, S. 1.

²⁸ *Furman et al.*, Unlocking digital competition, 2019, S. 12 ("Over the last 10 years the 5 largest firms have made over 400 acquisitions globally. None has been blocked and very few have had conditions attached to approval, in the UK or elsewhere, or even been scrutinised by competition authorities.").

²⁹ *Bourreau/de Stree*, Big Tech Acquisitions, 2020, S. 5; *Cabral et al.*, The EU Digital Markets Act, Publications Office of the European Union, 2021, S. 27; *Crémer et al.*, Competition policy for the digital era, 2019, S. 110; *Motta/Peitz*, Big Tech Mergers, Discussion Paper Series CRC TR 224, May 2020, S. 1. Die britische CMA hat zwischenzeitlich den Zusammenschluss Meta/Giphy aufgegriffen und diesen untersagt. Die Beteiligten haben gegen diese Entscheidung Rechtsmittel eingelegt, woraufhin der Fall vom Competition Appeal Tribunal im Juli 2022 an die CMA zurückverwiesen wurde (<https://www.gov.uk/cma-cases/facebook-inc-giphy-inc-merger-inquiry>).

³⁰ *Furman et al.*, Unlocking digital competition, 2019, S. 11.

³¹ *Argentesi et al.*, Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets, 2019, S. 44; *Rizzo*, Digital Mergers, JECLP 2021, S. 4 ff. (9 f.); *Witt*, Who's Afraid of Conglomerate Mergers?, The Antitrust Bulletin, 2022, S. 208 ff.

gebe es einen „positive prior“ bei der Bewertung konglomerater Zusammenschlussvorhaben, die in der Regel als wettbewerblich unbedenklich angesehen würden.³²

Ein Aspekt der Debatte sind Akquisitionen von kleinen, schnell wachsenden Start-ups durch große Digitalunternehmen, bei denen das Zielunternehmen ein potenzieller Wettbewerber des Erwerbers sein könnte, zum Zeitpunkt der Übernahme aber noch keine nennenswerten horizontalen Überschneidungen aufweist.³³ In diesem Fall ist der Zusammenschluss nach der traditionellen Denkweise als vertikal oder konglomerat zu klassifizieren, was die gängigen Schadenstheorien auf Abschottungswirkungen und koordinierte Effekte begrenzt und den Nachweis wettbewerbsmindernder Effekte erschwert.³⁴

In diesem Zusammenhang ist als weitere Herausforderung das zunächst von *Cunningham/Ederer/Ma* für den pharmazeutischen Bereich beschriebene Phänomen der so genannten ‚killer acquisitions‘ zu nennen. Dabei handelt es sich um Akquisitionen, die von dem Erwerber mit dem Ziel durchgeführt werden, die innovativen Produkte des (in der Regel jungen) Zielunternehmens vom Markt zu nehmen, bzw. dessen Innovationsanstrengungen zu beenden. Es handelt sich dabei also nicht um eine neutrale Definition, sondern um eine Schadenstheorie.³⁵ Der Anreiz des Erwerbers zur Beendigung der Innovationsanstrengungen des Zielunternehmens nach der Übernahme besteht darin, eine „rent cannibalization“ zu vermeiden, die sich durch die Verdrängung ihrer bisherigen Produkte durch die innovativen Produkte des Zielunternehmens ergeben könnte („replacement effect“).³⁶ Allerdings führen *Crémer et al.* an, dass die meisten Tech-Akquisitionen keine ‚killer acquisitions‘ seien, da die Produkte bzw. Projekte des Zielunternehmens in das Ökosystem des Erwerbers eingebunden würden. Dies könne zu Effizienzgewinnen führen und die Formulierung einer Schadenstheorie würde umso komplexer.³⁷ Abzugrenzen von ‚killer acquisitions‘ ist daher die sog. „nascent potential competitor“-Schadenstheorie. Diese zielt auf die Bedenken, dass der Erwerber die innovativen Produkte bzw.

³² *Bourreau/de Streeck*, Digital Conglomerates and EU Competition Policy, 2019, S. 13 f.; *van den Boom/Samranchit*, Digital Ecosystem Mergers in Big Tech - A Theory of Long-Run Harm with Applications, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2022, S. 365 ff.; andererseits stellt *Witt* fest, dass es bemerkenswert sei, wie viele Prüfungen von Big Tech Akquisitionen konglomerate Schadenstheorien umfasst hätten (*Witt*, Who's Afraid of Conglomerate Mergers?, *The Antitrust Bulletin*, 2022, S. 208 ff. (221)).

³³ *Crémer et al.*, Competition policy for the digital era, 2019, S. 110 f.; *Motta/Peitz*, Big Tech Mergers, Discussion Paper Series CRC TR 224, May 2020, S. 2.

³⁴ *Crémer et al.*, Competition policy for the digital era, 2019, S. 112 ff.

³⁵ *Cunningham/Ederer/Ma*, Killer Acquisitions, *Journal of Political Economy* 2021, S. 649 ff.; *Cabral et al.*, The EU Digital Markets Act, Publications Office of the European Union, 2021, S. 24; *OECD*, Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control, 2020, S. 9.

³⁶ *Argentesi et al.*, Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets, 2019, S. 7. Siehe zum ‚replacement effect‘ auch *BKartA*, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, 2017, S. 11 ff.

³⁷ *Crémer et al.*, Competition policy for the digital era, 2019, S. 116 f.

Innovationsanstrengungen des Zielunternehmens zwar nicht vom Markt nehmen bzw. beenden, wohl aber selbst kontrollieren will, wodurch der Wettbewerbsdruck des Zielunternehmens auf den Erwerber entfällt.³⁸ Spiegelbildlich zu einer ‚killer acquisition‘ kann mit der Akquisition innovativer Unternehmen auch das Ziel des Erwerbers verbunden sein, seine eigenen Innovationsanstrengungen in den vom jeweiligen Zielunternehmen abgedeckten Innovationsfeldern herunterzufahren, was teilweise als sog. „reverse killer acquisition“ bezeichnet wird.³⁹

Erweitert ein Unternehmen sein Ökosystem um ein weiteres Produkt oder einen Dienst (sei es durch internes oder externes Wachstum), kann damit auch eine Strategie verbunden sein, die in einem anderen Markt durch Netzwerk- und Größenvorteile erreichte Stellung auf einen anderen Markt zu übertragen und Wettbewerber auszuschließen (sog. ‚envelopment‘).⁴⁰ Denn zum einen kann ein Überlappen der Nutzergruppen zwischen den beiden Märkten dazu führen, dass das Unternehmen auch auf dem neuen Markt unmittelbar von starken Netzwerkeffekten profitiert. Zum anderen können Verbundvorteile, etwa durch die Nutzung bereits auf dem einen Markt erhobener Daten als geteilter Inputfaktor, auch die Position auf dem anderen Markt (oder darüber hinaus im weiteren Ökosystem) verstärken. Relativiert werden können die genannten wettbewerbsmindernden Effekte potentiell durch die Möglichkeit der Nutzer, gleichartige Produkte oder Dienste parallel zu nutzen (sog. ‚multi-homing‘).⁴¹ Auch wenn die Wechselkosten für Nutzer gering sind, vermag dies im Einzelfall die genannten Auswirkungen zu limitieren.

Grundsätzlich haben marktbeherrschende Digitalunternehmen Anreize, Angriffe auf ihre Machtposition durch Nachahmung oder Aufkauf abzuwehren und so die Bestreitbarkeit der Märkte, auf denen sie agieren, herabzusetzen. Dies kann zur Folge haben, dass junge, innovative Unternehmen nicht mehr versuchen, in Märkte im Umfeld der beherrschenden Digitalunternehmen vorzudringen, bzw. hierfür keine Kapitalgeber mehr finden. Die Literatur spricht

³⁸ OECD, Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control, 2020, S. 10.

³⁹ Caffarra/Crawford/Valletti, „How Tech Rolls“: Potential Competition and „Reverse“ Killer Acquisitions, CPI Antitrust Chronicle, May 2020, S. 13 ff.

⁴⁰ Bourreau/de Streel, Digital Conglomerates and EU Competition Policy, 2019, S. 16; OECD, Roundtable on Conglomerate Effects of Mergers, 2020, S. 26 ff.

⁴¹ Argentesi et al., Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets, 2019, S. 5.

dabei von der Entstehung einer ‚kill zone‘.⁴² Dies könne zu einer Verlagerung der Innovationsanreize junger Unternehmen weg von radikalen Innovationen hin zu Innovationen, die komplementär zu denen großer Digitalkonzerne sind, führen.⁴³

Eine besondere Herausforderung bei der Bewertung von Zusammenschlussvorhaben in der Digitalwirtschaft ist das Problem der Prognoseunsicherheit hinsichtlich der wettbewerblichen Auswirkungen des Zusammenschlusses. Dabei gilt es nicht nur die Entwicklung des Wettbewerbsgeschehens im Falle des Zusammenschlusses zu prognostizieren, sondern auch ein plausibles, die Marktdynamik angemessen berücksichtigendes ‚counterfactual‘ (d.h. die Prognose der zukünftigen wettbewerblichen Entwicklung ohne den Zusammenschluss) darzulegen. Insbesondere wenn ein junges Zielunternehmen zum Zeitpunkt der Übernahme noch kein (relevanter) Wettbewerber des Erwerbers ist oder es horizontale Überschneidungen nur in Bereichen gibt, in denen der Erwerber bisher selbst noch keine starke Marktposition aufweist, kann die Prognose der wettbewerblichen Auswirkungen des Zusammenschlusses schwierig sein.⁴⁴ Zudem stellen viele Charakteristika digitaler Märkte Faktoren dar, welche die Prognoseunsicherheit noch verstärken. Dazu zählen Netzwerkeffekte und die Mehrseitigkeit von Märkten, datengetriebene Geschäftsmodelle sowie die hohe Dynamik aufgrund teils disruptiver Innovationen.⁴⁵ Insbesondere wenn der von einem Zusammenschluss erwartete Wettbewerbschaden auf dem Wegfall potenziellen Wettbewerbs beruht, wird es durch die Prognoseunsicherheit erschwert, diesen mit hinreichender Sicherheit darlegen zu können, sodass eine Untersagung am Wahrscheinlichkeitsmaßstab scheitern könnte.⁴⁶

⁴² *Bourreau/de Streeel*, Digital Conglomerates and EU Competition Policy, 2019, S. 21; *Rizzo*, Digital Mergers, JECLP 2021, S. 4 ff. (6); *Schallbruch et al.*, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, 2019, S. 65.

⁴³ *Schallbruch et al.*, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, 2019, S. 65. Einschränkend weisen *Motta/Peitz* darauf hin, dass die Aussicht auf einen Erwerb durch ein marktbeherrschendes Unternehmen gerade Anreize für junge Unternehmen schafft, in die Märkte vorzudringen, in denen der Marktbeherrscher seine Marktposition durch Akquisitionen schützen will. Eine ‚kill zone‘ könne daher nur durch andere Verdrängungsstrategien erklärt werden, welche den Wert eines Start-Ups reduzieren (*Motta/Peitz*, Big Tech Mergers, Discussion Paper Series CRC TR 224, May 2020, S. 20).

⁴⁴ *Argentesi et al.*, Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets, 2019, S. 44; *OECD*, Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control, 2020, S. 9 f., 21; *Schallbruch et al.*, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, 2019, S. 69; *Shapiro*, Protecting Competition in the American Economy: Merger Control, Tech Titans, Labor Markets, Journal of Economic Perspectives 2019, S. 69 ff. (73).

⁴⁵ *Bourreau/de Streeel*, Big Tech Acquisitions, 2020, S. 5; *Furman et al.*, Unlocking digital competition, 2019, S. 95.

⁴⁶ *Crémer et al.*, Competition policy for the digital era, 2019, S. 112; *Furman et al.*, Unlocking digital competition, 2019, S. 98.

Zusammenschluss Meta/Kustomer

Meta meldete im Frühjahr 2021 bei der österreichischen Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) an, die alleinige Kontrolle über das Unternehmen Kustomer erwerben zu wollen. Meta betreibt im Wesentlichen verschiedene Dienste im Bereich der sozialen Medien sowie Produkte der Online-Werbung, insbesondere (über) das soziale Netzwerk Facebook, den Dienst Instagram sowie die Kommunikationsdienste Facebook Messenger und WhatsApp. Für diese bietet Meta auch Dritten jeweils Schnittstellen (*application programming interfaces*, API) an, mit denen die Dienste etwa in Unternehmenssoftware eingebunden werden können. Kustomer bietet einen cloud-basierten Dienst zum *customer relationship management* an, durch den Unternehmen u.a. Kundendaten und -kontakte verwalten können, und der insbesondere verschiedene Kanäle zur Kommunikation der Unternehmen mit ihren Kunden bündelt. Zu diesen Kanälen zählen auch die von Meta betriebenen, auf die Kustomer über die von Meta bereitgestellten API zugreift.

Die BWB beantragte die Verweisung des Verfahrens an die EU-Kommission (KOM) gemäß Art. 22 Abs. 1 FKVO. Deutschland schloss sich diesem Antrag innerhalb der Frist des Art. 22 Abs. 2 S. 2 FKVO nicht an, da nach ständiger Praxis eine solche Verweisung eine Anmeldepflicht nach deutschem Recht voraussetze und dies zunächst klärungsbedürftig sei. Die KOM gab dem Verweisungsantrag statt und leitete ein Hauptprüfverfahren ein. In diesem stellte sie insbesondere fest, dass Meta nach dem Zusammenschluss Möglichkeiten und Anreize hätte, Dritte vom Zugang zu den Geschäfts-API von Kustomer auszuschließen. Im Hinblick auf das Angebot von Online-Werbeprodukten stellte sie fest, dass Wettbewerber von Meta ähnlichen Zugang zu Daten aufwiesen, wie sie Meta durch den Erwerb von Kustomer zusätzlich zur Verfügung stünden. Im Ergebnis gab die KOM den Erwerb im Februar 2022 mit einer für verbindlich erklärten Zusage frei, nach der Meta einen diskriminierungsfreien Zugang zu allen Geschäfts-API für die Dauer von zehn Jahren garantiere.⁴⁷

Das BKartA stellte zwischenzeitlich fest, dass das Vorhaben aufgrund der Voraussetzungen der Transaktionswertschwelle in Deutschland anmeldepflichtig war⁴⁸ und leitete ein Vorprüfverfahren ein.⁴⁹ Es sei insbesondere auch zu prüfen gewesen, ob der Erwerb eine Stärkung des

⁴⁷ Case M.10262 (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_652); der Volltext der Entscheidung war bei Abschluss der Arbeiten an diesem Hintergrundpapier noch unveröffentlicht.

⁴⁸ Gegen diesen Feststellungsbeschluss hat Meta beim OLG Düsseldorf Beschwerde eingelegt, über die noch nicht entschieden ist. Der Beschluss ist mithin noch nicht rechtskräftig.

⁴⁹ Eine ausführliche Darstellung des Verfahrens B6-21/22 kann dem entsprechenden Fallbericht entnommen werden (<https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Fusionskontrolle/2022/B6-21-22.html>).

von Meta betriebenen Ökosystems erwarten lasse. Meta erhalte durch den Erwerb voraussichtlich einen verbesserten Zugang zu den von Kustomer verarbeiteten Kundendaten. Diesen Datenvorteil könne Meta auch für andere Dienste im Ökosystem nutzen, insbesondere für Online-Werbung. Der Erwerb könne zudem der Weiterentwicklung anderer Dienste durch Integration der Kustomer-Produktfunktionalitäten dienen, insbesondere in das Angebot „Shops“, durch das Händler eigene Produkte im Rahmen eines virtuellen Shops anbieten können. Dabei könne es einen wettbewerblichen Vorteil darstellen, wenn Meta in „Shops“ auch die Endkundenbeziehungspflege über Kustomer-Produkte anbieten könne. Eine hinreichende Bedeutung der mit Kustomer verbundenen Angebote und Fähigkeiten für eine solche Entwicklung des Ökosystems konnte jedoch nicht mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit festgestellt werden, um eine Einleitung eines Hauptprüfverfahrens zu rechtfertigen.

B. Implikationen für die formellen Untersagungskriterien

Die Begrenzung des Anwendungsbereichs der Fusionskontrolle in formeller Hinsicht durch bestimmte Größenmerkmale entlastet Unternehmen und Kartellbehörden auf rechtssichere Weise von Zeit- und Ressourcenaufwand, der mit der behördlichen Prüfung auch gesamtwirtschaftlich von vorherein unerheblicher Fälle verbunden wäre.⁵⁰ Verbunden ist damit allerdings auch die Gefahr, dass in bestimmten Konstellationen materiell prüfbedürftige Vorhaben aus rein formellen Gründen nicht von den Kartellbehörden aufgegriffen werden können. In der Literatur wird vor diesem Hintergrund die Zweckmäßigkeit der Umsatzschwellen für Zusammenschlüsse im Digitalbereich problematisiert und insbesondere für das europäische Recht die Einführung von Transaktionswert- und Marktanteilsschwellen diskutiert (I.). Nach neuerer Praxis der KOM soll eine Prüfung derartiger Zusammenschlüsse auch aufgrund einer Verweisung nach Art. 22 FKVO in Betracht kommen (II.). Daneben existieren auch Vorschläge, spezifisch für die Beteiligung großer Digitalkonzerne an Zusammenschlüssen (weitere) Anzeige- und Anmeldepflichten vorzusehen (III.). Schließlich wird diskutiert, neben der im deutschen und europäischen Recht verankerten ex-ante-Prüfung von Zusammenschlüssen eine ex-post-Aufgreifmöglichkeit zu schaffen (IV.). In der Gesamtschau wird sich zeigen, dass insbesondere die Vorschläge zur Schaffung spezifischer Anzeige- und Anmeldepflichten für große Digitalunternehmen, etwa über eine Anknüpfung an die Feststellung einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung iSd. § 19a Abs. 1 GWB, vielversprechend erscheinen.

⁵⁰ Kling/Thomas-Thomas, Kartellrecht, 2016, § 22 Rn. 61 zum Zweck der Entlastung der Behörden.

I. Diskussion um quantitative Schwellenwerte

Die Zweckmäßigkeit der in § 35 Abs. 1 GWB bzw. Art. 1 Abs. 2, 3 FKVO festgelegten Umsatzschwellen wird im Digitalbereich insbesondere für Zusammenschlüsse unter Beteiligung großer Digitalkonzerne problematisiert. Denn diese erwerben nicht selten junge Unternehmen,⁵¹ welche sich noch auf schnelles Wachstum insbesondere ihrer Nutzerbasis konzentrieren, um etwa von Netzwerkeffekten oder sogar einem ‚Kippen‘ des Marktes zu ihrem Vorteil profitieren zu können.⁵² Demgegenüber stehen die Maximierung des Umsatzes bzw. des Gewinns zu diesem Zeitpunkt oft nicht im Fokus der Zielunternehmen.⁵³ Dies führt aber gleichzeitig dazu, dass jedenfalls in dieser frühen Phase die wettbewerbliche Relevanz des Zielunternehmens und dessen Umsatz nicht zwingend miteinander korrelieren.⁵⁴ Ein häufig genanntes Beispiel für diese Konstellation bildet der Zusammenschluss von Facebook und WhatsApp im Jahr 2014, der aufgrund der geringen Umsätze von WhatsApp weder von den damaligen deutschen noch den europäischen Umsatzschwellen erfasst wurde.⁵⁵

⁵¹ Vgl. bspw. *Argentesi et al.*, Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets, 2019, S. ii (“We have also analysed the age of the targets at the time of the acquisition and found that targets are four-year-old or younger in nearly 60% of cases. More specifically, the median age of Amazon’s targets is 6.5 years; that of Facebook’s targets is 2.5 years; and that of Google’s targets is 4 years.”); *FTC*, Non-HSR Reported Acquisitions by Select Technology Platforms, 2021, S. 23 ff. (“[...] depending on the approach used, between 39.3% to 47.9% of transactions were for target entities that were less than five years old at the time of their acquisition. This percentage range could also be different (i.e., fall outside of this range), as the target entities in 13.4% of the transactions did not have founding dates located in any of the three databases.”).

⁵² *Bourreau/de Stree*, Big Tech Acquisitions, 2020, S. 15.

⁵³ *Bourreau/de Stree*, Big Tech Acquisitions, 2020, S. 15.

⁵⁴ *Crémer et al.*, Competition policy for the digital era, 2019, S. 111 (“This runs counter to the assumption underlying the jurisdictional test of the EUMR that the “Community dimension” of a merger, i.e. its potential competitive significance for the internal market, is roughly related to the turnover of both the acquirer and the target”); *CMA*, A new pro-competition regime for digital markets, 2020, S. 57 (“There is a risk, however, that [the turnover test] fails to capture many transactions entered into by the most powerful digital firms, which often involve the acquisition of nascent, potential competitors or firms whose early stage business model is to initially offer ‘free’ services to consumers, which may be generating little or no revenue in the UK.”).

⁵⁵ Der Zusammenschluss konnte allerdings aufgrund einer Verweisung nach Art. 4 FKVO von der KOM geprüft werden und wurde letztlich freigegeben (Entscheidung vom 03.10.14, Case M.7217).

In der Literatur wird vor diesem Hintergrund teilweise eine auf bestimmte Arten an Transaktionen beschränkte Absenkung der Umsatzschwellen erwogen, im Ergebnis jedoch überwiegend als nicht zweckmäßig verworfen.⁵⁶ Denn dies verursache zunächst einen erheblichen Aufwand für Unternehmen und Behörden durch die gesteigerte Zahl zu prüfender Vorhaben,⁵⁷ löse aber gleichzeitig das bereits genannte grundlegende Problem nicht, dass der Umsatz die wettbewerbliche Relevanz eines Vorhabens ggf. nur unzureichend abbilde.⁵⁸

In Deutschland und Österreich hat der jeweilige Gesetzgeber durch Einführung einer Transaktionswertschwelle (§ 35 Abs. 1a GWB bzw. § 9 Abs. 4 KartG) ein subsidiäres Größenmerkmal eingeführt, um wettbewerblich bedeutsame Erwerbe junger Unternehmen insbesondere im Digitalbereich identifizieren zu können.⁵⁹ Der Wert der Gegenleistung soll dabei einen geeigneten Indikator für das wettbewerbliche Potential eines noch umsatzarmen Zielunternehmens darstellen.⁶⁰ Da – anders als bei den Umsatzschwellen – ein bestimmter Inlandsumsatz des Zielunternehmens bei der Transaktionswertschwelle nicht verlangt wird, setzt diese im Licht des völkerrechtlichen Auswirkungsprinzips stattdessen einen erheblichen Umfang der Inlandstätigkeit des Zielunternehmens voraus.

In der Literatur finden sich sowohl befürwortende⁶¹ als auch ablehnende⁶² Stimmen im Hinblick auf die Zweckmäßigkeit von Transaktionswertschwellen. Dabei wird etwa darauf verwiesen, die Einführung einer Transaktionsschwelle bspw. in der FKVO dürfe für Unternehmen nur

⁵⁶ *Apel/Polley*, "Gap cases" in der formellen Fusionskontrolle der FKVO?, ZWeR 2021, S. 273 ff. (306); *Levy/Mostyn/Buzata*, Reforming EU merger control to capture 'killer acquisitions', Competition Law Journal 2020, S. 51 ff. (57f.); *Holmström et al.*, Killer Acquisitions? The Debate on Merger Control for Digital Markets, 2019 (<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3465454>), S. 12 f.

⁵⁷ *Levy/Mostyn/Buzata*, Reforming EU merger control to capture 'killer acquisitions', Competition Law Journal 2020, S. 51 ff. (58).

⁵⁸ *Apel/Polley*, "Gap cases" in der formellen Fusionskontrolle der FKVO?, ZWeR 2021, S. 273 ff. (306) ("Eine Absenkung der Umsatzschwellen erscheint nicht nur als wenig geeignet, um formelle Gap-Fälle zu erfassen. Sie fände aller Voraussicht nach auch keine Zustimmung bei allen Mitgliedstaaten."); *Bourreau/de Streel*, Digital Conglomerates and EU Competition Policy, 2019, S. 32 ("A notification threshold based on the turnover is not sufficient to capture some potentially harmful killer acquisitions"); *Crémer et al.*, Competition policy for the digital era, 2019, S. 113 ("[...] turnover-based thresholds do not appear to be a good proxy of the competitive significance of such transactions").

⁵⁹ Vgl. dazu auch *BKartA/BWB*, Leitfaden Transaktionswert-Schwellen für die Anmeldepflicht von Zusammenschlussvorhaben, 2022.

⁶⁰ BT-Drs. 18/10207, S. 72.

⁶¹ *Argentesi et al.*, Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets, 2019, S. 45; *Bourreau/de Streel*, Big Tech Acquisitions, 2020, S. 16; für das britische Recht *CMA*, A new pro-competition regime for digital markets, 2020, S. 60; *Motta/Peitz*, Big Tech Mergers, Discussion Paper Series CRC TR 224, May 2020, S. 34. ("For this purpose, notification thresholds based on the acquisition price seem to us a useful complementary screening device"); *Podszun*, Empfiehlt sich eine stärkere Regulierung von Online-Plattformen und anderen Digitalunternehmen?, 2020, S. 83.

⁶² *Apel/Polley*, "Gap cases" in der formellen Fusionskontrolle der FKVO?, ZWeR 2021, S. 273 ff. (308 f.) („auf europäischer Ebene [...] nicht opportun“); *Crémer et al.*, Competition policy for the digital era, 2019,

dann zusätzlichen Prüfungsaufwand herbeiführen, wenn dies auch einen „spürbar verbesserten Wettbewerbsschutz“ zur Folge habe.⁶³ Während der Transaktionswert grundsätzlich als taugliches Indiz angesehen wird,⁶⁴ wird auch darauf verwiesen, dass ein hoher Transaktionswert nicht zwingend mit einem wettbewerblich bedenklichen Vorhaben einhergehen muss⁶⁵. Als problematisch wird ferner die praktische Anwendung der Voraussetzung einer hinreichenden Inlandstätigkeit und die objektive Bestimmung des Transaktionswertes im Einzelfall angesehen.⁶⁶

Angedacht als weiterer quantitativer Schwellenwert wird in Teilen der Literatur die Einführung einer Marktanteilsschwelle, bspw. nach Vorbild des britischen Rechts.⁶⁷ Dafür könnte zwar einerseits sprechen, dass die CMA in einer ex-post-Untersuchung verschiedener „high-value non-horizontal digital mergers“ zu dem Ergebnis gekommen ist, dass sie aufgrund der Marktanteilsschwelle alle diese Transaktionen hätte aufgreifen können.⁶⁸ Gleichzeitig gibt die CMA

S. 115 f. (“Only if major gaps arise should the EUMR be amended.”); *Schallbruch et al.*, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, 2019, S. 67 („Wie ein System von Aufgreifschwelle aussehen könnte, dass die damit aufgeworfenen Zielkonflikte in angemessener Weise löst, zeichnet sich gegenwärtig nicht ab. [...] Nach Auffassung der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 ist deswegen gegenwärtig keine Reform der Aufgreifschwelle der FKVO erforderlich.“); *Levy/Mostyn/Buzata*, Reforming EU merger control to capture 'killer acquisitions', *Competition Law Journal* 2020, S. 51 ff. (59); *Turgo*, Killer Acquisitions in Digital Markets, *CoRe* 2021, S. 112 ff. (118).

⁶³ *Schallbruch et al.*, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, 2019, S. 67.

⁶⁴ *Argentesi et al.*, Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets, 2019, S. 45 (“[...] when particularly high, the value of the transaction may justify a more in-depth analysis of the merger.”).

⁶⁵ *Holmström et al.*, Killer Acquisitions? The Debate on Merger Control for Digital Markets (<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3465454>), S. 15 (“In the case of a ‘killer acquisition’ a high transaction value follows from the desire to preserve monopoly rents and to eliminate a key competitor. However, a high transaction value can also follow from synergy effects and complementarities between acquirer’s and target’s products, assets, human capital, or intellectual property – this may or may not be a ‘killer acquisition’”). In diese Richtung auch *KOM*, Staff Working Document – Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control, 26.03.2021 (https://ec.europa.eu/competition/consultations/2021_merger_control/SWD_findings_of_evaluation.pdf), Rn. 266.

⁶⁶ *Apel/Polley*, "Gap cases" in der formellen Fusionskontrolle der FKVO?, *ZWeR* 2021, S. 273 ff. (308); *Levy/Mostyn/Buzata*, Reforming EU merger control to capture 'killer acquisitions', *Competition Law Journal* 2020, S. 51 ff. (59); *Turgo*, Killer Acquisitions in Digital Markets, *CoRe* 2021, S. 112 ff. (118).

⁶⁷ *Apel/Polley*, "Gap cases" in der formellen Fusionskontrolle der FKVO?, *ZWeR* 2021, S. 273 ff. (307).

⁶⁸ *Furman et al.*, Unlocking digital competition, 2019, S. 94 (“At the Panel’s request, the CMA retrospectively considered potential jurisdiction for a number of historic high-value non-horizontal digital mergers. In each case, the CMA assured the Panel that it could have asserted jurisdiction through the share of supply test, which is characterised by a considerable degree of flexibility in practice. Instead, it chose not to call in these mergers on the basis that they were not, at that time, considered to raise potential concerns. On this basis, there is not currently a strong case for any legislative change to the CMA’s jurisdiction, but the evidence does suggest the CMA must make digital mergers a higher priority.”).

allerdings auch zu bedenken, dass die Marktanteilsschwelle nicht-horizontale Zusammenschlussvorhaben unzureichend erfassen könnte.⁶⁹ In der Literatur wird zudem darauf hingewiesen, dass eine solche Schwelle die Rechtssicherheit reduzieren würde, da sie ähnlich zur früher den Aufgreifkriterien zugeordneten Bagatellmarktschwelle des deutschen Rechts Fragen der Marktabgrenzung bereits bei der Prüfung der Anmeldepflicht klärungsbedürftig machen würde.⁷⁰

II. Verweisungen nach Art. 22 FKVO

Art. 22 FKVO erlaubt es den Mitgliedstaaten, einen Zusammenschluss ohne gemeinschaftsweite Bedeutung im Sinne der FKVO zur Prüfung an die KOM zu verweisen, wenn der Zusammenschluss den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt und den Wettbewerb im Gebiet des antragstellenden Mitgliedstaats erheblich zu beeinträchtigen droht. Teilt die KOM diese Auffassung, kann sie sodann den Zusammenschluss am Maßstab der FKVO prüfen und die nationalen Fusionskontrollregeln derjenigen Mitgliedstaaten, die den Antrag gestellt oder sich ihm angeschlossen haben, sind nicht länger anwendbar, Art. 22 Abs. 3 UAbs. 3 FKVO. In allen anderen Mitgliedstaaten bleibt das nationale Recht hingegen vollumfänglich anwendbar.⁷¹

Ursprünglich sollte Art. 22 FKVO dazu dienen, Mitgliedstaaten ohne eigene nationale Fusionskontrolle die Möglichkeit zu eröffnen, ungeachtet der Schwellenwerte Verfahren der Prüfung durch die KOM unterwerfen zu können.⁷² Zuletzt wiesen jedoch nahezu alle Mitgliedstaaten nationale Fusionskontrollvorschriften auf und die KOM wirkte vor diesem Hintergrund darauf hin, dass „Mitgliedstaaten, die für ein Vorhaben ursprünglich nicht zuständig waren, von der Stellung eines Verweisungsantrages [...] absehen“, da man davon ausgehe, dass in solchen Fällen „in der Regel nicht mit nennenswerten Auswirkungen auf den Binnenmarkt zu rechnen“ sei.⁷³ Von dieser Praxis markieren die Aussagen der KOM in ihrem Leitfaden vom 31.03.21 eine Abkehr. Insbesondere in der digitalen Wirtschaft komme es danach zu Zusammenschlüssen,

⁶⁹ CMA, A new pro-competition regime for digital markets, 2020, S. 57 („fails to capture many transactions [...], which often involve moving into adjacent markets, because it cannot capture mergers where the relationship between the merging parties is purely vertical in nature“).

⁷⁰ Vgl. Becker, Fusionskontrolle unterhalb der Aufgreifschwelle, ZWeR 2020, S. 365 ff. (390), dort allerdings zu § 39a GWB.

⁷¹ Vgl. MüKo-Schild, Wettbewerbsrecht, 2020, Art. 22 FKVO Rn. 74, 78; eine Entscheidung der KOM über den Zusammenschluss entfaltet insoweit de jure auch keine Verbindlichkeit, faktisch kann sich die Entscheidung bei länderübergreifenden Märkten allerdings auch auf nicht verweisende Mitgliedstaaten auswirken.

⁷² MüKo-Schild, Wettbewerbsrecht, 2020, Art. 22 FKVO Rn. 2 ff.

⁷³ KOM, Leitfaden zur Anwendung des Verweisungssystems nach Artikel 22 der Fusionskontrollverordnung auf bestimmte Kategorien von Vorhaben, 31.03.21, Rn. 8.

bei denen ein beteiligtes Unternehmen nur geringe Umsätze erziele.⁷⁴ Dies habe in der Vergangenheit dazu geführt, dass eine Reihe wettbewerbsrelevanter Vorhaben weder von der KOM noch von den Mitgliedstaaten geprüft worden seien.⁷⁵ Vor diesem Hintergrund beabsichtige die KOM, unter bestimmten Umständen in der Zukunft der Verweisung von Vorhaben auch dann zuzustimmen, wenn das Vorhaben zuvor nicht einer national-rechtlich begründeten Anmeldepflicht des verweisenden Mitgliedstaates unterlegen hätte.⁷⁶

In der Literatur wurde teilweise schon vor Änderung der Praxis der KOM vertreten, dass eine nationale Zuständigkeit insbesondere nach dem Wortlaut des Art. 22 FKVO keine notwendige Bedingung für eine Verweisung sei.⁷⁷ Dem wird allerdings teilweise entgegnet, der Wortlaut des Art. 22 Abs. 3 FKVO setze implizit voraus, dass vor Verweisung eine nationale Zuständigkeit bestanden haben müsse. Denn die Vorschrift erkläre nach einer Verweisung eben dieses nationale Recht für (nunmehr) unanwendbar.⁷⁸ Auch wird im Licht des Subsidiaritätsgrundsatzes argumentiert, ein Verweisungsantrag dürfe es bei fehlender nationaler Fusionskontrollzuständigkeit den Kartellbehörden nicht erlauben können, die nationale gesetzgeberische Entscheidung gegen eine Fusionskontrollpflichtigkeit des Vorhabens durch unilaterale originäre Zuständigkeitsbegründung bei der KOM zu unterlaufen.⁷⁹ Die geänderte Praxis stelle auch keine zweckmäßige Lösung für die mit Fusionen im Digitalbereich assoziierten Probleme dar. Denn zum einen könne die KOM nach Verweisung eine Entscheidung nur für diejenigen Mitgliedstaaten treffen, welche die Verweisung unterstützt hätten.⁸⁰ Des Weiteren führe die Regelung zu erheblichen Rechtsunsicherheiten, da für Unternehmen die Kontrollpflichtigkeit nicht mehr anhand eindeutiger Kriterien absehbar sei und eine Befugnis der KOM sogar noch nach Vollzug entstehen könne.⁸¹

⁷⁴ KOM, Leitfaden zur Anwendung des Verweisungssystems nach Artikel 22 der Fusionskontrollverordnung auf bestimmte Kategorien von Vorhaben, 31.03.21, Rn. 9.

⁷⁵ KOM, Leitfaden zur Anwendung des Verweisungssystems nach Artikel 22 der Fusionskontrollverordnung auf bestimmte Kategorien von Vorhaben, 31.03.21, Rn. 10.

⁷⁶ KOM, Leitfaden zur Anwendung des Verweisungssystems nach Artikel 22 der Fusionskontrollverordnung auf bestimmte Kategorien von Vorhaben, 31.03.21, Rn. 11.

⁷⁷ Vgl. *Immenga/Mestmäcker-Körber*, Wettbewerbsrecht, 2020, Art. 22 FKVO Rn. 15 m.w.N.

⁷⁸ *Bechtold/Bosch/Brinker*, EU-Kartellrecht, 2014, Art. 22 FKVO Rn. 11; *Schmidt/Simon*, Die fusionskontrollrechtliche Zuständigkeitsverweisung gemäß Art. 22 FKVO, WuW 2011, S. 1056 ff. (1060); *Wiedemann-Wagemann*, Handbuch des Kartellrechts, 2020, § 17 Rn. 163.

⁷⁹ *Schmidt/Simon*, Die fusionskontrollrechtliche Zuständigkeitsverweisung gemäß Art. 22 FKVO, WuW 2011, S. 1056 ff. (1060); a.A. wohl *MüKo-Schild*, Wettbewerbsrecht, 2020, Art. 22 FKVO Rn. 31.

⁸⁰ *Apel/Polley*, "Gap cases" in der formellen Fusionskontrolle der FKVO?, ZWeR 2021, S. 273 ff. (296).

⁸¹ *Apel/Polley*, "Gap cases" in der formellen Fusionskontrolle der FKVO?, ZWeR 2021, S. 273 ff. (297 ff.); *Turgo*, Killer Acquisitions in Digital Markets, CoRe 2021, S. 112 ff. (119).

Im Juli 2022 hat das EuG die geänderte Praxis der KOM in wesentlichen Punkten für zulässig erklärt.⁸² Nach Auffassung des Gerichts setze ein Verweisungsantrag insbesondere keine Zuständigkeit der verweisenden Behörde nach nationalem Recht voraus.⁸³ Der insofern einschränkungslose Wortlaut lege dies bereits nahe.⁸⁴ Dass die Verweisung historisch für Fälle gedacht war, in denen national keine Zusammenschlusskontrolle geregelt sei, stehe der Anwendung auf Fälle, in denen ein nationales Fusionskontrollrecht existiere, nicht entgegen.⁸⁵ Denn Telos der FKVO sei es, effektive Kontrolle aller Zusammenschlüsse mit erheblichem Einfluss auf den Wettbewerb in der EU zu ermöglichen.⁸⁶ Insofern sei der Verweisungsmechanismus als ein „corrective mechanism“ Teil der Zwecksetzung der FKVO, da er Flexibilität in Fällen eröffne, in denen ein Zusammenschluss die Umsatzschwellen nicht überschreite.⁸⁷

III. Einführung einer Anzeigepflicht mit Aufgreifmöglichkeit oder einer erweiterten Anmeldepflicht

Damit die Kartellbehörden von Zusammenschlüssen auch unterhalb der Schwellenwerte Kenntnis erhalten und diese ggf. einer Kontrolle unterziehen können, wird eine Anzeigepflicht aller Zusammenschlüsse von bestimmten großen Digitalkonzernen diskutiert. An die Anzeige des Zusammenschlusses könnte sodann eine befristete Aufgreifmöglichkeit der Kartellbehörden anknüpfen.

Auf EU-Ebene wird für den Digitalbereich ein entsprechendes System in gewissem Maß⁸⁸ durch Art. 14 DMA iVm. der geänderten KOM-Praxis zu Art. 22 FKVO etabliert. Art. 14 Abs. 1 DMA verpflichtet als Torwächter benannte Unternehmen u.a., die KOM über geplante oder vollzogene Zusammenschlüsse iSd. FKVO unabhängig von einer Anmeldepflicht zu unterrichten, soweit etwa das Zielunternehmen „Dienste im digitalen Sektor“ erbringt oder „die Erhebung von Daten“ ermöglicht.⁸⁹ Nach Art. 14 Abs. 4, 5 DMA teilt die KOM diese Informationen mit den Mitgliedstaaten, welche sodann nach der oben beschriebenen Praxis eine Verweisung an die KOM nach Art. 22 FKVO selbst dann vornehmen können sollen, wenn der Zusammenschluss

⁸² *EuG, Illumina ./. KOM*, Urteil vom 13.07.22, Case T-227/21.

⁸³ *EuG, Illumina ./. KOM*, Urteil vom 13.07.22, Case T-227/21, Rn. 85 ff.

⁸⁴ *EuG, Illumina ./. KOM*, Urteil vom 13.07.22, Case T-227/21, Rn. 94.

⁸⁵ *EuG, Illumina ./. KOM*, Urteil vom 13.07.22, Case T-227/21, Rn. 96 ff.

⁸⁶ *EuG, Illumina ./. KOM*, Urteil vom 13.07.22, Case T-227/21, Rn. 140.

⁸⁷ *EuG, Illumina ./. KOM*, Urteil vom 13.07.22, Case T-227/21, Rn. 141 ff.

⁸⁸ Eine Abweichung von den Vorschlägen in der Literatur besteht darin, dass es weiterhin einer Verweisung durch einen Mitgliedstaat bedarf, die KOM also nicht originäre Zuständigkeit unmittelbar nach der Anzeige ausüben kann.

⁸⁹ Vgl. *Carugati*, Merger Review in the Digital Markets Act, 2022, S. 18 ff. (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4203210) u.a. zur Frage, welche Torwächter-Zusammenschlüsse KOM nach einer Verweisung im Rahmen ihres Ermessens aufgreifen sollte.

nach nationalem Recht nicht anmeldebedürftig wäre.⁹⁰ Eine solche Verweisung ist zwar grundsätzlich auch noch nach Vollzug möglich, allerdings ab Kenntnis von dem Zusammenschluss zeitlich befristet, Art. 22 Abs. 1 FKVO.

In der Literatur werden Anzeigepflichten für beabsichtigte Zusammenschlüsse unter Beteiligung großer Digitalkonzerne begrüßt.⁹¹ Dadurch könnten die Behörden sowohl die Einhaltung der Anmeldepflicht bei überschrittenen Schwellenwerten besser kontrollieren⁹² als auch ihre Kenntnisse über die Marktverhältnisse verbessern⁹³. Zudem solle die Möglichkeit bestehen, anlässlich einer solchen Anzeige einen Zusammenschluss auch dann als eine Art „safety net“ aufzugreifen, wenn dieser nicht die Schwellenwerte überschreite.⁹⁴ Vor diesem Hintergrund wird insbesondere auch vorgeschlagen, im deutschen Recht eine Anzeigepflicht für Zusammenschlüsse unter Beteiligung von nach § 19a Abs. 1 GWB benannten Unternehmen einzuführen.⁹⁵ Dafür spricht insbesondere, dass § 19a GWB einen gegenüber dem DMA (und damit auch gegenüber der Anzeigepflicht nach Art. 14 DMA) weitergehenden persönlichen Anwendungsbereich aufweisen kann.⁹⁶ Zu beachten wäre allerdings, dass die gesetzliche Regelung hinsichtlich erfasster Vorhaben einen hinreichenden Inlandsbezug sicherstellen müsste.

Abzugrenzen von der Ergänzung bloßer Anzeigepflichten mit befristeter Aufgreifbefugnis sind Vorschläge, die eine allgemeine Anmeldepflicht für bestimmte Kategorien an Unternehmen oder an Zusammenschlüssen zur Folge haben. Ein Beispiel für ein solches zusätzliches Aufgreifkriterium bildet die unter bestimmten Voraussetzungen bestehende Möglichkeit des

⁹⁰ Vgl. EG 71 des DMA: „Darüber hinaus sollte die Kommission die Mitgliedstaaten über diese Informationen unterrichten, da sie diese Informationen für die Zwecke der nationalen Fusionskontrolle verwenden können und da die zuständige nationale Behörde diese Übernahmen unter bestimmten Umständen zum Zwecke der Fusionskontrolle an die Kommission verweisen kann“.

⁹¹ CMA, A new pro-competition regime for digital markets, 2020, S. 59; Furman et al., Unlocking digital competition, 2019, S. 95; Motta/Peitz, Big Tech Mergers, Discussion Paper Series CRC TR 224, May 2020, S. 34; Podszun, Empfiehlt sich eine stärkere Regulierung von Online-Plattformen und anderen Digitalunternehmen?, 2020, S. 83.

⁹² CMA, A new pro-competition regime for digital markets, 2020, S. 59.

⁹³ Podszun, Stellungnahme für den Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages, Ausschussdrucksache 19(9)887, 23.11.20, S. 28.

⁹⁴ CMA, A new pro-competition regime for digital markets, 2020, S. 61 („[...] we propose that there should be some form of ‘safety net’ that would enable the CMA to review acquisitions by firms with SMS that did not trigger mandatory notification (such as acquisitions of material influence) but could nevertheless raise competition concerns. More detailed consideration will have to be given to the design of this mechanism (including, for example, whether such transactions may be subject to the existing merger control regime or whether some other form of ‘call-in’ would be a more appropriate way of achieving this aim“).

⁹⁵ Podszun, Stellungnahme für den Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages, Ausschussdrucksache 19(9)887, 23.11.20, S. 28.

⁹⁶ Vgl. BKartA, Digital Markets Act: Perspektiven des (inter)nationalen Wettbewerbsrecht, 2021, S. 4 ff. (https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2021_Hintergrundpapier.pdf).

BKartA, gemäß § 39a GWB Unternehmen durch Verfügung zu verpflichten, jeden Zusammenschluss in einem oder mehreren Wirtschaftszweigen anzumelden. Allerdings wird § 39a GWB selbst teilweise als weniger geeignet betrachtet, die Besonderheiten digitaler Zusammenschlüsse zu adressieren.⁹⁷ Denn er erfordert zum einen, dass das Zielunternehmen mehr als zwei Drittel seiner Umsatzerlöse im Inland erzielt hat. Dies sei bei oft international agierenden Digitalunternehmen nicht zu erwarten.⁹⁸ Zum anderen setzt die Anordnung einer Anmeldepflicht voraus, dass zuvor eine Sektoruntersuchung gemäß § 32e GWB für jeden betroffenen Wirtschaftszweig durchgeführt worden ist, was im Licht der dynamischen Digitalwirtschaft eine zeitintensive prozedurale Anforderung darstelle.⁹⁹ Insgesamt stellt die Möglichkeit der Verpflichtung gemäß § 39a GWB daher eher kein geeignetes Instrument dar, um wettbewerblich problematische Fusionsfälle in der Digitalwirtschaft besser zu erfassen.

Teilweise wird eine erweiterte Anmeldepflicht für nach § 19a Abs. 1 GWB benannte Unternehmen vorgeschlagen.¹⁰⁰ Zwar würde eine Anmeldepflicht im Vergleich zur Anzeigepflicht mit befristeter Aufgreifmöglichkeit sowohl bei Behörden als auch Unternehmen selbst bei wettbewerblich unproblematischen Vorhaben Ressourcen binden. Sie hätte jedoch im Vergleich zu einer Anzeigepflicht den Vorteil, auf bekannten und bewährten Verfahrensvorschriften aufbauen zu können. Zudem würde eine Anmeldepflicht dem Charakter der Zusammenschlusskontrolle als Verbot mit Erlaubnisvorbehalt entsprechen und so keine darüber hinaus gehenden Entflechtungsprobleme im Falle einer Untersagung zur Folge haben. Eine gewisse konstruktive Weiterentwicklung ergäbe sich bei der Anknüpfung einer Anmeldepflicht an die Adressaten des § 19a Abs. 1 GWB allerdings daraus, dass das dortige Benennungsverfahren bislang gerade ohne Anordnung einer über die Feststellung der Adressateneigenschaft hinausgehenden Rechtsfolge endet; Untersagungsanordnungen sind stattdessen auf die separate Ermächtigung des § 19a Abs. 2 GWB zu stützen. Offen ist ferner die Frage, ob die erweiterte Anmeldepflicht sich auf sämtliche Vorhaben eines Adressaten iSd. § 19a Abs. 1 GWB beziehen soll, oder ob der Kreis der anzumeldenden Vorhaben in der Sache noch weiter beschränkt werden müsste. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass das Vorhaben einen hinreichenden

⁹⁷ *Monopolkommission*, Policy Brief – 10. GWB-Novelle, Januar 2020, S. 7; *Studienvereinigung Kartellrecht*, Stellungnahme 10. GWB-Novelle, 13.02.20, Rn. 135.

⁹⁸ *Monopolkommission*, Policy Brief – 10. GWB-Novelle, Januar 2020, S. 7; *Studienvereinigung Kartellrecht*, Stellungnahme 10. GWB-Novelle, 13.02.20, Rn. 135; relativierend hingegen *Becker*, Fusionskontrolle unterhalb der Aufgreifschwelle, ZWeR 2020, S. 365 ff. (387 f.).

⁹⁹ *Monopolkommission*, Policy Brief – 10. GWB-Novelle, Januar 2020, S. 7, die die „häufig wechselnde[n] sachlich relevante[n] Märkte“ betont.

¹⁰⁰ *Podszun*, Stellungnahme für den Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages, Ausschussdrucksache 19(9)887, 23.11.20, S. 28, „Empfohlen wird [...] Normadressaten des § 19a [...] einer Anzeige- oder Anmeldepflicht hinsichtlich ihrer Fusionen zu unterwerfen, soweit ein ausreichender Bezug zum Inland besteht.“, Hervorhebung nicht im Original.

Inlandsbezug aufweisen müsste. Insgesamt handelt es sich jedoch um einen vielversprechenden Ansatz, der durch die Anknüpfung an den Tatbestand des § 19a Abs. 1 GWB zielgerichtet Zusammenschlüsse unter Beteiligung solcher Unternehmen in den Fokus stellt, für die bereits eine überragende marktübergreifende Bedeutung festgestellt wurde. Durch die Benennung nach § 19a Abs. 1 GWB steht bereits fest, dass von diesen Unternehmen eine besondere Gefährdungslage für den (Rest-)Wettbewerb ausgeht. Diese Gefahr verdichtet sich, wenn ein solches Unternehmen durch externes Wachstum in neue Märkte vordringt oder in bereits besetzten Märkten (potentielle) Wettbewerber aufkauft. Entsprechend dieser erhöhten Gefahrenlage wäre auch eine qualifizierte formelle Kontrolldichte solcher Vorhaben zu rechtfertigen.

IV. Diskussion um eine ex-post-Aufgreifmöglichkeit

Sowohl das deutsche als auch das europäische Recht der Zusammenschlusskontrolle sind als Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ausgestaltet. Es verlangt daher von den Unternehmen und den Kartellbehörden eine Prognoseentscheidung vor Vollzug des Vorhabens, ob der Zusammenschluss in der Zukunft wettbewerbliche Auswirkungen aufweisen wird. Angesichts der bei Zusammenschlüssen im Digitalbereich potentiell stark ausgeprägten Prognoseunsicherheit existieren verschiedene Überlegungen, diese ex-ante-Kontrolle von Zusammenschlüssen im Digitalbereich um eine Möglichkeit des Aufgreifens auch nach Vollzug (ex-post) zu ergänzen.

Eine solche ex-post-Aufgreifmöglichkeit wird in der Literatur zwar teilweise als vorteilhaft angesehen.¹⁰¹ Hervorgehoben wird etwa, dass anders als bei einem ex-ante-Ansatz auf diese Weise die Zahl der zu prüfenden Transaktionen reduziert sowie die für ex-ante-Ansätze problematische Prognoseunsicherheit adressiert werden könne.¹⁰² Gleichzeitig begegnet eine ex-post-Aufgreifmöglichkeit in Teilen der Literatur aber auch erheblichen Bedenken.¹⁰³ Verwiesen

¹⁰¹ Abwägend *Apel/Polley*, "Gap cases" in der formellen Fusionskontrolle der FKVO?, ZWeR 2021, S. 273 ff. (311 ff.); *Rizzo*, Digital Mergers, JECLP 2021, S. 4 ff. (13); *Podszun*, Empfiehlt sich eine stärkere Regulierung von Online-Plattformen und anderen Digitalunternehmen?, 2020, S. 83; im Hinblick auf die Ankündigung der Bundesregierung, eine (nicht auf externes Wachstum beschränkte) missbrauchsunabhängige Entflechtung zu ermöglichen, vgl. auch *Zimmer*, Agenda 2025, D'Kart, 03.05.22 („[...] darf die Frage gestellt werden, ob Freigabeentscheidungen in Fällen, in denen sich die Marktverhältnisse post-merger anders entwickelt haben als von den Unternehmen und Behörden vorhergesehen, notwendigerweise mit Ewigkeitwirkung fortgelten müssen. Gerade der unsichere Charakter solcher Zukunftsvorhersagen könnte ein Grund dafür sein, bei bedenklichen Konzentrationsentwicklungen Jahre nach einer Freigabe von behördlicher Seite nachzusteuern und in Fällen wie Facebook/WhatsApp die Veräußerung eines Dienstes zu fordern.“, <https://www.d-kart.de/blog/2022/05/03/agenda-2025-missbrauchsunabhaengige-entflechtung-in-der-wettbewerbspolitischen-agenda-des-bmwk/>).

¹⁰² *Apel/Polley*, "Gap cases" in der formellen Fusionskontrolle der FKVO?, ZWeR 2021, S. 273 ff. (311 f.).

¹⁰³ *Becker*, Fusionskontrolle unterhalb der Aufgreifschwelle, ZWeR 2020, S. 365 ff. (381); *Schallbruch et al.*, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, 2019, S. 68 f.

wird insbesondere darauf, dass selbst eine befristete behördliche Befugnis zur Entflechtung nach Vollzug erhebliche Unsicherheiten für die Zusammenschlussbeteiligten zur Folge habe.¹⁰⁴ Dies könne etwa bedeuten, dass innerhalb der Eingriffsfrist die Integration der Unternehmen nicht vorangetrieben werde und entsprechend Synergien nicht gehoben bzw. andere zweckmäßige unternehmerische Maßnahmen unterlassen würden.¹⁰⁵ Ferner wird daran erinnert, dass mit dem Konzept des Marktstrukturmissbrauchs bereits de lege lata ein Anknüpfungspunkt für eine ex-post-Kontrolle in gewissem Maße bestehe.¹⁰⁶ Dies setze allerdings voraus, dass das Unternehmen bereits marktbeherrschend sei, erfasse also Fälle der Entstehung einer beherrschenden Stellung durch den Zusammenschluss nicht, und sei auf behördlicher Seite ggf. mit erheblichem Ermittlungsaufwand verbunden.¹⁰⁷ Eine ex-post-Aufgreifmöglichkeit müsste zudem berücksichtigen, dass behördliche Entflechtungen mit praktischen und rechtlichen Herausforderungen verbunden sein können.¹⁰⁸ Einzubeziehen in die Überlegungen wäre ferner, dass einem behördlichen Aufgreifen im Einzelfall tragfähige Ermessenserwägungen zugrunde liegen müssten.

¹⁰⁴ Schallbruch *et al.*, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, 2019, S. 68.

¹⁰⁵ Schallbruch *et al.*, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, 2019, S. 68 f.

¹⁰⁶ Sympathisierend *Apel/Polley*, "Gap cases" in der formellen Fusionskontrolle der FKVO?, ZWeR 2021, S. 273 ff. (315); *Bourreau/de Streel*, Big Tech Acquisitions, 2020, S. 21; *Schweitzer et al.*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, S. 124 ff. weisen zudem darauf hin, dass als Anknüpfungspunkt nicht nur der einzelne Unternehmenskauf in Betracht kommt, sondern potentiell auch „die unternehmerische Gesamtstrategie einer systematischen frühzeitigen Abwehr künftiger wettbewerblicher Bedrohungen, von welcher die Wettbewerbsgefährdung ausgeht“. Relativierend aber *Podszun/Kersting*, Eine Wettbewerbsordnung für das digitale Zeitalter, ZRP 2019, S. 34 ff. (36) („Ein ausgereiftes Konzept für eine Neufassung von Marktstrukturmissbrauch ist bislang jedoch nicht vorgelegt worden.“).

¹⁰⁷ *Becker*, Fusionskontrolle unterhalb der Aufgreifschwelle, ZWeR 2020, S. 365 ff. (378 ff.).

¹⁰⁸ Vgl. *Immenga/Mestmäcker-Thomas*, Wettbewerbsrecht, 2020, § 41 GWB Rn. 104.

C. Implikationen für die materiellen Untersagungskriterien

Die einleitend beschriebenen Charakteristika und Herausforderungen von Zusammenschlüssen im Digitalbereich wirken sich auch auf die materiellen Untersagungskriterien aus. Vielfach wird in der Literatur problematisiert, inwieweit diese Herausforderungen durch die gängigen Schadenstheorien adäquat adressiert werden (I.). In Frage gestellt wird aber auch, ob der bestehende Rechtsrahmen Anpassungen bedarf. Dies betrifft sowohl den materiellen Untersagungstatbestand (II.) als auch die damit zusammenhängenden Beweisregeln (III.).

Einerseits wird sich im Folgenden ergeben, dass es einer Weiterentwicklung der Schadenstheorien bedarf, um wettbewerblich bedenkliche Fusionen in der Digitalwirtschaft besser adressieren zu können. Auf der anderen Seite steht die Erkenntnis, dass diese durch Modifikationen der materiellen Tatbestandsvoraussetzungen flankiert werden sollte, um Rechtsunsicherheiten im Hinblick auf die Reichweite des gegenwärtigen materiellen Prüfmaßstab auszuschließen.

Bedeutung und Potential des SIEC-Tests

Das Prüfkriterium der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs („significant impediment to effective competition“, SIEC) wurde im deutschen Kartellrecht mit der 8. GWB-Novelle im Jahr 2013 eingeführt, insbesondere um eine Untersagung auch in wettbewerblich schädlichen Konstellationen zu erlauben, in denen eine Einzelmarktbeherrschung nicht erfüllt ist. Damit sollte ein Gleichlauf der Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben auf deutscher und europäischer Ebene, auf welcher der SIEC-Test schon 2004 eingeführt wurde, erleichtert werden. Insbesondere soll der SIEC-Test eine bessere Erfassung der wettbewerblichen Bedenken in Bezug auf komplexe Oligopolfälle und unilaterales Verhalten von Unternehmen gewährleisten sowie die Beurteilung vertikaler oder konglomerater Zusammenschlüsse, bei denen eine Verschlechterung der Marktstruktur nicht unmittelbar mit dem Zusammenschluss eintritt, erleichtern.¹⁰⁹

Jüngere, bislang nicht rechtskräftige Entscheidungen in der Rechtsprechung engen den Anwendungsbereich des SIEC-Tests teilweise ein. In Bezug auf die europäische Fallpraxis hat das EuG im Fall *Hutchington 3G/Telefónica*, der Märkte mit einem geringen Grad an Differenzierung betraf, hohe Anforderungen aufgezeigt, welche es an das Vorliegen eines SIEC stellt. Erforderlich sei, dass durch den Zusammenschluss eine besonders herausragende Wettbe-

¹⁰⁹ RegE BT-Drs. 17/9852, S. 28.

werbskraft beseitigt werde und dass die Zusammenschlussbeteiligten besonders nahe Wettbewerber seien. Zudem impliziert das Urteil hohe Anforderungen an quantitative Analysen zum Nachweis eines SIEC.¹¹⁰ Darüber hinaus muss nach Auffassung des EuG ein SIEC, der sich auf mehrere Schadenstheorien stützt und dessen Vorliegen sich aus einem Bündel an Beweisen und Indizien ergibt, „mit ernsthafter Wahrscheinlichkeit“ nachgewiesen werden. Der Wahrscheinlichkeitsmaßstab „eher wahrscheinlich als unwahrscheinlich“ genüge hierfür nicht.¹¹¹

In Deutschland hat das OLG Düsseldorf im Fall XXXLutz/Roller für den Fall der Betrachtung von heterogenen Gesamtmärkten mit einem hohen Grad an Differenzierung die Untersagung des Zusammenschlusses durch das Amt auf Grundlage des SIEC-Tests verworfen. Das Gericht nahm zum einen eine von den Ermittlungsergebnissen des Amtes abweichende Beurteilung des wettbewerblichen Näheverhältnisses der Zusammenschlussbeteiligten zu anderen Marktteilnehmern vor. Zum anderen seien auch Umstände außerhalb der betroffenen Markträume als einer Verringerung des Wettbewerbsdrucks entgegenstehende Faktoren berücksichtigungsfähig.¹¹²

Sollten diese Rechtsauffassungen durch die letztinstanzlichen Gerichte bestätigt werden, würde die Feststellung eines SIEC ohne Marktbeherrschung nur in seltenen Konstellationen möglich. In einem gewissen Kontrast dazu steht die Erkenntnis der neueren Literatur, dass es zur Beurteilung des mit den unilateralen Effekten einer horizontalen Fusion einhergehenden Verbraucherschadens gerade auch auf das Delta der fusionsbedingten Erhöhung der Marktkonzentration ankomme.¹¹³

In der Literatur wird der SIEC-Test, auch mit Blick auf die Digitalwirtschaft, grundsätzlich als geeignetes Kriterium zur Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben angesehen.¹¹⁴ Allerdings

¹¹⁰ Zimmer, Erinnerungen an Airtours: Zum Urteil des EuG im Fall CK Telecoms UK/Kommission, WuW 2020, S. 354 ff.

¹¹¹ EuG, CK Telecoms ./.. Europäische Kommission, Urteil vom 28.05.20, Rn. 118.

¹¹² OLG Düsseldorf, Mann Mobilia ./.. Bundeskartellamt, Beschluss vom 09.03.22, VI-Kart 2/21 (V), Rn. 115, 278.

¹¹³ Nocke/Whinston, Concentration Screens for Horizontal Mergers, NBER Working Paper 27533, 2020, S. 1.

¹¹⁴ Crémer et al., Competition policy for the digital era, 2019, S. 116 f.; Podszun, Empfiehlt sich eine stärkere Regulierung von Online-Plattformen und anderen Digitalunternehmen?, 2020, S. 84; Schallbruch et al., Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, 2019, S. 66. Schweitzer et al. sind der Ansicht, dass der SIEC-Test Fusionsfälle, deren wettbewerbsschädliche Wirkung über das Konzept des potenziellen Wettbewerbs nachweisbar sind, erfassen könne. Jedoch weise er eine Schwachstelle bei der Erfassung solcher Aufkaufstrategien auf, die sich sehr breit auf innovative Unternehmen beziehen, deren Geschäftsmodelle noch keinen Bezug zum Kernmarkt des Erwerbers erkennen lassen (Schweitzer et al., Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, S. 123).

werden einige Vorschläge zur Weiterentwicklung der Anwendungspraxis des SIEC-Tests unterbreitet. *Schallbruch et al.* sind der Ansicht, dass der zur Feststellung eines SIEC erforderliche Wahrscheinlichkeitsmaßstab vom Ausmaß der Marktmacht des Erwerbers abhängen sollte. Zudem sei mit Blick auf die Digitalwirtschaft ein besonderes Gewicht auf die Bestreitbarkeit verfestigter Machtpositionen zu legen. Es bedürfe daher der Entwicklung neuartiger Schadenstheorien, die u.a. die Unternehmensstrategien und Innovationsprozesse in digitalen Märkten stärker in den Blick nehmen.¹¹⁵ *Crémer et al.* sehen insbesondere im Hinblick auf konglomerate Zusammenschlüsse in der Digitalwirtschaft eine Lücke bei den in der bisherigen Anwendungspraxis des SIEC-Tests etablierten Schadenstheorien. Wenn etwa der Betreiber eines digitalen Ökosystems Unternehmen in benachbarten Märkten kaufe, sollten horizontale Wirkungen mit Blick auf das gesamte Ökosystem bei der Prüfung stärker berücksichtigt werden.¹¹⁶ In die gleiche Richtung zielt der von *Schweitzer et al.* erwogene Vorschlag, bei Zusammenschlussvorhaben, die über die Transaktionswertschwelle erfasst seien, mit einer breiteren Marktabgrenzung zu arbeiten, sodass potenzielle Wettbewerber schon in diesem Schritt stärker berücksichtigt werden könnten.¹¹⁷

I. Schadenstheorien

Eine Kernfrage bei der kartellrechtlichen Prüfung von Zusammenschlussvorhaben in der Digitalwirtschaft ist, ob etwaige den Wettbewerb behindernde Wirkungen dieser Zusammenschlüsse von den etablierten Schadenstheorien hinreichend erfasst sind. Im Folgenden werden zunächst horizontale (1.) und nichthorizontale (2.) Schadenstheorien dargelegt, die bei der Bewertung von Zusammenschlussvorhaben großer Digitalunternehmen¹¹⁸ in der Vergangenheit geprüft wurden. Daran anknüpfend wird die Frage behandelt, welche Effizienzgewinne den wettbewerblichen Schäden von Zusammenschüssen in der Digitalwirtschaft entgegenstehen könnten (3.). Schließlich werden Vorschläge aus der Literatur zur Weiterentwicklung der Schadenstheorien betreffend Fusionen in der Digitalwirtschaft erörtert (4.).

¹¹⁵ *Schallbruch et al.*, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, 2019, S. 70 f.

¹¹⁶ *Crémer et al.*, Competition policy for the digital era, 2019, S. 116 f.

¹¹⁷ *Schweitzer et al.*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, S. 124.

¹¹⁸ Unterhalb der Schwelle der großen Digitalunternehmen hat das BKartA verschiedene Erfahrungen mit Zusammenschlüssen im Digitalbereich gemacht, insbesondere im Zusammenhang mit Plattformen sowie dem Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten, darunter bspw. Vorhaben in den Bereichen Ticketsystemdienstleistungen (B6-35/17, CTS Eventim/Four Artists), Online-Dating-Plattformen (B6-57/15, Oakley Capital/EliteMedianet; B6-29/20, ProSiebenSat.1 Media/The Meet Group), Online-Immobilienplattformen (B6-39/15, Axel Springer/Immowelt) und Versicherungsdienstleistungen (B9-49/20, Allianz/Control-Expert).

1. Horizontale Schadenstheorien

Ein horizontaler Zusammenschluss kann insbesondere dadurch zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen, dass er in den Märkten, in denen sich die Zusammenschlussbeteiligten bisher als Wettbewerber gegenüberstanden, den Wettbewerbsdruck reduziert. Zum einen entfällt durch den Zusammenschluss der von den Zusammenschlussbeteiligten aufeinander ausgeübte Wettbewerbsdruck. Insbesondere kann eine vor dem Zusammenschluss aufgrund der zu erwartenden Abwanderung zahlreicher Nachfrager unprofitable Preiserhöhung (oder Qualitätssenkung) eines der Zusammenschlussbeteiligten nach dem Zusammenschluss durch (teilweise) Internalisierung dieses Mengeneffektes profitabel werden. Zum anderen erwachsen den anderen Marktteilnehmern Verhaltensspielräume durch das antizipierte, nun weniger aggressive Marktverhalten der Zusammenschlussbeteiligten. Dadurch können bspw. auch für diese Unternehmen Preiserhöhungen (oder Qualitätssenkungen) profitabel werden, die es vor dem Zusammenschluss nicht waren. Im Ergebnis sinkt die Wettbewerbsintensität im Markt insgesamt, zumindest wenn es nicht zu sehr erheblichen Effizienzgewinnen zwischen den Zusammenschlussbeteiligten kommt.

In digitalen Märkten können Netzwerkeffekte das mit einem horizontalen Zusammenschluss verbundene Wettbewerbsproblem verstärken. Indem sie aus Kundensicht einen Anbieterwechsel unattraktiver machen, können Netzwerkeffekte Markteintritte und Expansionen von Wettbewerbern erschweren. Somit können Netzwerkeffekte den Zusammenschlussbeteiligten Marktmacht verschaffen, die sich durch den Zusammenschluss, etwa aufgrund einer damit verbundenen Zunahme der Netzwerkeffekte, weiter verstärken kann.¹¹⁹ Demgegenüber kann ‚multi-homing‘ die Marktmacht der Zusammenschlussbeteiligten grundsätzlich zumindest auf den einzelnen Markt bezogen eindämmen. Der Wegfall bestehenden Wettbewerbsdrucks unter Berücksichtigung von Netzwerkeffekten und ‚multi-homing‘ hat u.a. bei der Bewertung der Zusammenschlussvorhaben Facebook/WhatsApp und Microsoft/Skype durch die KOM eine Rolle gespielt.¹²⁰

Für viele digitale Produkte bzw. Dienstleistungen zahlen die Nutzer keinen monetären Preis. Stattdessen erfolgt die Monetarisierung bspw. über Werbung, was in der Literatur teilweise

¹¹⁹ *Argentesi et al.*, Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets, 2019, S. 23 ff.; *Argentesi et al.*, Merger Policy in Digital Markets: An ex post Assessment, Journal of Competition Law & Economics, 2020, S. 95 ff. (105 f.).

¹²⁰ Case M.7217 - Facebook/WhatsApp, Rn. 127 ff.; Case M.6281 - Microsoft/Skype, Rn. 85 ff.

mit den Schlagwörtern ‚markets for attention‘ oder ‚attention oligopoly‘ in Verbindung gebracht wird,¹²¹ während sich im kartellrechtlichen Kontext u.a. der Begriff der ‚Aufmerksamkeitsplattform‘ findet.¹²² Insbesondere Zusammenschlüsse von Digitalunternehmen, die hinsichtlich ihres Werbeinventars und damit gewissermaßen um die Aufmerksamkeit der Nutzer im Wettbewerb stehen, können die Marktmacht der Zusammenschlussparteien im Bereich der Online-Werbung erhöhen, selbst wenn die Zusammenschlussbeteiligten mit ihren nutzerseitigen Produkten nicht im unmittelbaren Wettbewerb zueinander stehen.¹²³ Im Gegensatz zu dem oben beschriebenen wettbewerbsfördernden Effekt von ‚multi-homing‘ in digitalen Produktmärkten kann ‚multi-homing‘ zwischen den Produkten der Zusammenschlussbeteiligten die wettbewerbsmindernde Wirkung eines Zusammenschlusses im Bereich der Online-Werbung sogar noch verstärken. Denn in diesem Fall ist ein Teil der Nutzer für die Werbetreibenden ggf. nur über die Zusammenschlussbeteiligten zugänglich, sodass deren Marktmacht durch den Zusammenschluss wächst.¹²⁴ Wettbewerbliche Auswirkungen auf ‚markets for attention‘ wurden von der KOM bspw. bei ihrer Prüfung der Zusammenschlussvorhaben Facebook/WhatsApp und Microsoft/LinkedIn untersucht.¹²⁵ Wie *Motta/Peitz* hervorheben, können Zusammenschlüsse, die ‚markets for attention‘ betreffen, unter bestimmten Umständen auch dadurch Schaden anrichten, dass sie Anreize zur Generierung von mehr Werbeinhalten schaffen, welche aus Konsumentensicht eine Angebotsverschlechterung darstellen.¹²⁶

Daten spielen für das Wettbewerbsgeschehen auf Digitalmärkten eine entscheidende Rolle. In Bezug auf horizontale Schadenstheorien kann die Kombination wettbewerbsrelevanter Daten der Zusammenschlussbeteiligten Skaleneffekte erzeugen, die ihnen Wettbewerbsvorteile verschaffen können. Bspw. hat die KOM bei ihrer Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Microsoft/Yahoo untersucht, ob die Zusammenschlussbeteiligten durch die Zusammenführung ihrer Daten und ihrer Nutzerbasis auf dem (von Google dominierten) Markt für Online-Suchmaschinen wettbewerbsfähiger werden.¹²⁷ Im Fall Microsoft/LinkedIn wurde von der

¹²¹ Vgl. etwa *Prat/Valletti*, Attention Oligopoly, *American Economic Journal: Microeconomics* 2022, S. 530 ff. Der Begriff „markets for attention“ muss jedoch von dem Marktbegriff im kartellrechtlichen Sinne unterschieden werden. Insbesondere wäre es nicht sachgerecht, alle Dienste, die um die Aufmerksamkeit der Nutzer im Wettbewerb stehen, ein und demselben Markt zuzuordnen. Vgl. dazu auch *BGH*, Beschluss vom 23.06.2020, Az. KVR 69/19, Rn. 20 ff.

¹²² Vgl. z.B. *BKartA*, Arbeitspapier – Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, S. 22 ff.

¹²³ *Argentesi et al.*, Merger Policy in Digital Markets: An ex post Assessment, *Journal of Competition Law & Economics*, 2020, S. 95 ff. (106).

¹²⁴ *Argentesi et al.*, Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets, 2019, S. 28 f., 45; *Argentesi et al.*, Merger Policy in Digital Markets: An ex post Assessment, *Journal of Competition Law & Economics*, 2020, S. 95 ff. (106 f.).

¹²⁵ Case M.7217 - Facebook/WhatsApp, Rn. 164 ff.; Case M.8124 - Microsoft/LinkedIn, Rn. 167 ff.

¹²⁶ *Motta/Peitz*, Big Tech Mergers, Discussion Paper Series CRC TR 224, May 2020, S. 22.

¹²⁷ Case M.5727 - Microsoft/Yahoo! Search Business, Rn. 183 ff.; *Kadar/Bogdan*, ‚Big Data‘ and EU Merger Control – A Case Review, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2017, S. 479 ff. (480 f.).

KOM u.a. geprüft, ob den Zusammenschlussbeteiligten durch die Zusammenführung ihrer Daten Wettbewerbsvorteile auf dem Markt für Online-Werbung entstehen.¹²⁸

Wenn die Zusammenschlussbeteiligten zum Zeitpunkt der Prüfung über keine signifikanten horizontalen Überschneidungen verfügen, kommt in Bezug auf horizontale Schadenstheorien noch die Ausschaltung potenziellen Wettbewerbs in Betracht. Potenzieller Wettbewerb kann entweder dadurch begründet sein, dass ein Zusammenschlussbeteiligter in den Markt des anderen Zusammenschlussbeteiligten eintreten könnte oder sich, bei bereits bestehenden aber noch unbedeutenden horizontalen Überschneidungen, aufgrund eines hohen Wachstumspotenzials zu einem relevanten Wettbewerber entwickeln könnte. Zu prüfen ist gleichwohl auch, ob es eine hinreichende Zahl weiterer aktueller oder potenzieller Wettbewerber gibt, die den Wettbewerbsdruck aufrechterhalten können.¹²⁹ Die Gefahr der Ausschaltung potenziellen Wettbewerbs wurde von der KOM bspw. im Fall Google/DoubleClick geprüft.¹³⁰ Auch bei der Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Facebook/Instagram durch das britische Office of Fair Trading spielte diese Schadenstheorie eine Rolle.¹³¹

Ein Spezialfall einer auf den Wegfall potenziellen Wettbewerbs gerichteten Schadenstheorie ist die bereits in Abschnitt A.II thematisierte ‚killer acquisition‘. Hierbei entfällt der von den Produkten bzw. Innovationsanstrengungen des Zielunternehmens ausgehende potenzielle Wettbewerbsdruck nicht aufgrund der Einbindung in die Unternehmensstrategie des Erwerbers, sondern dadurch, dass diese Produkte vom Markt genommen bzw. die Innovationsanstrengungen beendet werden. ‚Killer acquisitions‘ können also nicht nur zu einer Angebotsverschlechterung in Form höherer Preise oder schlechterer Produktqualität, sondern darüber hinaus zu einer Verringerung der Angebotsvielfalt führen.¹³² Dasselbe gilt für den Fall, dass der Erwerber seine eigenen Produkte bzw. Innovationsanstrengungen zugunsten derjenigen des Zielunternehmens einstellt (teils als sog. „reverse killer acquisition“ bezeichnet, siehe oben unter A.II.). Darüber hinaus können ‚killer acquisitions‘ zur Entstehung einer ‚kill zone‘ beitragen, die junge Unternehmen von Investitionen in radikale Innovationen abhält (siehe ebenfalls Abschnitt A.II).

¹²⁸ Case M.8124 - Microsoft/LinkedIn, Rn. 176 ff.; *Kadar/Bogdan*, ‚Big Data‘ and EU Merger Control – A Case Review, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2017, S. 479 ff. (484 ff.).

¹²⁹ *Argentesi et al.*, Merger Policy in Digital Markets: An ex post Assessment, *Journal of Competition Law & Economics*, 2020, S. 95 ff. (108). Siehe auch *BKartA*, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, März 2012, S. 25 ff.

¹³⁰ Case M.4731 - Google/DoubleClick, Rn. 222 ff.

¹³¹ ME/5525/12 - Facebook/Instagram, Rn. 10 ff.

¹³² *OECD*, Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control, 2020, S. 31.

Die Phänomene ‚killer acquisition‘ und ‚kill zone‘ führen zu einem weiteren Aspekt horizontaler Schadenstheorien, nämlich der zusammenschlussbedingten negativen Auswirkungen auf Innovationen. Der Wettbewerb um künftige Absätze kann positive Anreize für die Innovationsfähigkeit von Unternehmen setzen, sodass der Zusammenschluss zweier im Wettbewerb stehender Unternehmen zu verringerten Innovationsanstrengungen führen kann.¹³³ Bei der Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Dow/DuPont hat die KOM zum ersten Mal eine innovationsbasierte Schadenstheorie formuliert, ohne dabei einen konkreten Bezug zu bestehenden oder zukünftigen Märkten herzustellen.¹³⁴ Die KOM verwendete hierbei die Begriffe „Innovationswettbewerb“ (in Abgrenzung zu dem von ihr ebenfalls untersuchten Produkt- und Preiswettbewerb auf konkret benannten Produktmärkten) und „Innovationsräume“ („innovation spaces“, in Abgrenzung zu Produktmärkten). Die KOM untersuchte zum einen, ob der Zusammenschluss die Anreize für das Weiterführen bereits laufender paralleler Innovationsanstrengungen reduzieren könnte. Zum anderen wurden negative Auswirkungen auf die Anreize für künftige Produktinnovationen untersucht.¹³⁵

2. Nichthorizontale Schadenstheorien

Wesentliche Aspekte bei der Beurteilung der wettbewerblichen Stellung großer Digitalunternehmen sind einerseits ihre mögliche Funktion als ‚gatekeeper‘,¹³⁶ d.h. ihre Fähigkeit, den Zugang zu bedeutsamen Produkten, Diensten oder Nutzergruppen zu kontrollieren und andererseits ihre möglicherweise bestehende Rolle als Betreiber eines marktübergreifenden Ökosystems. Diese für den Zugang zu Nutzergruppen bedeutenden Positionen können Digitalunternehmen insbesondere dadurch erlangen, absichern und ausbauen, dass sie ihr Portfolio an Produkten und Diensten erweitern. Der Kauf von Unternehmen in benachbarten oder in sonstiger Weise verbundenen Märkten spielt hierbei eine entscheidende Rolle.¹³⁷ Bei der Bewertung von Zusammenschlussvorhaben in der Digitalwirtschaft sind nichthorizontale Schadenstheorien entsprechend von großer Bedeutung.

¹³³ *Shapiro*, Protecting Competition in the American Economy: Merger Control, Tech Titans, Labor Markets, *Journal of Economic Perspectives*, 2019, S. 69 ff. (75). Siehe vertiefend auch *BKartA*, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, 2017, S. 11 ff.

¹³⁴ Case M.7932 - Dow/DuPont, Rn. 1955 ff. Wenngleich dieses Zusammenschlussvorhaben keine Digitalunternehmen betraf, lassen sich daraus hilfreiche Ansätze für die Prüfung innovationsbasierter Schadenstheorien in der Digitalwirtschaft ableiten.

¹³⁵ *Argentesi et al.*, Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets, 2019, S. 34; *Argentesi et al.*, Merger Policy in Digital Markets: An ex post Assessment, *Journal of Competition Law & Economics*, 2020, S. 95 ff. (115 f.); *Bourreau/de Stree*, Digital Conglomerates and EU Competition Policy, 2019, S. 31.

¹³⁶ ‚Gatekeeper‘ bezeichnet an dieser Stelle ein tatsächliches Phänomen und ist damit nicht notwendigerweise völlig deckungsgleich zu solchen Konstellationen, die der DMA mit dem in der englischen Sprachfassung gleichnamigen normativen Konzept erfasst, vgl. Art. 3 DMA.

¹³⁷ *Bourreau/de Stree*, Digital Conglomerates and EU Competition Policy, 2019, S. 19 ff.

Bei vertikalen Fusionen, bei denen das Zielunternehmen auf einem vorgelagerten Markt tätig ist, wird gemeinhin geprüft, ob der Erwerber über Möglichkeiten und Anreize verfügt, Produkte des Zielunternehmens, die einen essenziellen Input für seine eigenen Kernprodukte darstellen, gegenüber seinen Wettbewerbern abzuschotten („input foreclosure“) und welchen Effekt dies für den Wettbewerb auf dem Kernmarkt des Erwerbers hätte.¹³⁸ Für viele digitale Geschäftsmodelle sind Daten ein bedeutender Wettbewerbsfaktor. Bspw. können branchenspezifische Datensätze Dritter einen nicht oder nur schwer ersetzbaren Inputfaktor für bestimmte Produkte oder Dienste darstellen. Schadenstheorien betreffend die Abschottung von Daten des Zielunternehmens als Inputfaktor wurden von der KOM bspw. in den Fällen Google/Fitbit, IMS Health/Cegedim Business und Meta/Kustomer geprüft.¹³⁹

Abschottungswirkungen können auch aus der Kombination zuvor unabhängiger Datensätze der Zusammenschlussbeteiligten resultieren. Die Qualität digitaler Produkte oder Dienste kann mitunter (bis zu einem gewissen Grad) von dem Volumen oder der Diversität der zu Grunde liegenden Daten abhängen. Bei Online-Suchmaschinen etwa können größere Datensätze, mittels derer die Suchalgorithmen trainiert werden (sog. „click and query data“), zu besseren Suchergebnissen führen.¹⁴⁰ Wenn die Attraktivität digitaler Produkte mit dem Volumen oder die Diversität der verfügbaren Daten steigt, kann den Zusammenschlussbeteiligten die Kombination ihrer Datensätze einen Wettbewerbsvorteil verschaffen, der es für andere Wettbewerber erschwert, ein konkurrenzfähiges Produkt anzubieten.¹⁴¹ Schadenstheorien, die auf der Kombination der Datensätze der Zusammenschlussbeteiligten basieren, wurden von der KOM bspw. in den Fällen Apple/Shazam, Facebook/WhatsApp, Google/DoubleClick und Microsoft/LinkedIn geprüft.¹⁴²

¹³⁸ *Bourreau/de Streef*, Digital Conglomerates and EU Competition Policy, 2019, S. 30. Siehe auch *BKartA*, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, März 2012, S. 55 ff.

¹³⁹ Case M.9660 – Google/Fitbit; Rn. 503 ff.; Case M.7337 – IMS Health/Cegedim Business, Rn. 205 ff.; *KOM*, Pressemitteilung zur Freigabe des Zusammenschlussvorhabens M.10262 - Meta/Kustomer, 27.01.2022 (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_652); *Kadar/Bogdan*, ‘Big Data’ and EU Merger Control – A Case Review, *Journal of European Competition Law & Practice* 2017, S. 479 ff. (482 f.).

¹⁴⁰ *Argentesi et al.*, Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets, 2019, S. 43; *BKartA*, Beschluss vom 05.01.22, Az. B7-61/21 (Google), Rn. 277 f.

¹⁴¹ *Argentesi et al.*, Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets, 2019, S. 39 f. *Argentesi et al.* geben allerdings zu bedenken, dass in diesem Fall die Abschottungswirkung weniger aus der Ausnutzung von Marktmacht, sondern eher aus fusionsbedingten Effizienzen resultiere. *Motta/Peitz* führen an, dass nur in sehr speziellen Konstellationen aufgrund der Kombination der Datensätze der Zusammenschlussbeteiligten auch ein Verbraucherschaden zu erwarten sei (*Motta/Peitz*, Big Tech Mergers, Discussion Paper Series CRC TR 224, May 2020, S. 30).

¹⁴² Case M.8788 – Apple/Shazam, Rn. 313 ff.; Case M.7217 - Facebook/WhatsApp, Rn. 180 ff.; Case M.4731 - Google/DoubleClick, Rn. 359 ff.; Case M.8124 - Microsoft/LinkedIn, Rn. 176 ff.

Bei der kartellrechtlichen Bewertung konglomerater Fusionen liegt ein Hauptaugenmerk auf möglichen Abschottungsstrategien mittels Bindung bzw. Kopplung verschiedener Produkte.¹⁴³ Bindung und Kopplung werden zwar grundsätzlich als nicht wettbewerbsschädlich und aus Kundensicht eher wünschenswert angesehen, können unter bestimmten Umständen jedoch eine marktabschottende Wirkung entfalten, indem sie es einem Unternehmen ermöglichen, seine Marktmacht von einem auf einen anderen Markt zu übertragen.¹⁴⁴ Bindung bzw. Kopplung kann auch Teil einer ‚envelopment‘-Strategie sein (siehe hierzu Abschnitt A.II.). Darüber hinaus kann sie zur Schaffung, Stärkung und/oder Absicherung digitaler Ökosysteme beitragen. Markteintritte könnten dann dadurch erschwert werden, dass neue Wettbewerber in mehrere Märkte gleichzeitig eintreten müssten, um wettbewerbsfähig zu sein.¹⁴⁵ Digitalunternehmen können eine Bindung bspw. durch Vorinstallationen oder die Integration eines Produkts bzw. Dienstes in ein anderes Produkt erwirken.¹⁴⁶ Mögliche Abschottungswirkungen derartiger Strategien wurden von der KOM u.a. in den Fällen Microsoft/LinkedIn und Microsoft/Skype geprüft.¹⁴⁷ Eine weitere Möglichkeit zur Umsetzung von Abschottungsstrategien ist die Einschränkung der Interoperabilität. Diese spielte bspw. auch bei der Prüfung der Zusammenschlussvorhaben Google/Fitbit und Meta/Kustomer durch die KOM eine Rolle.¹⁴⁸

Netzwerkeffekte können die Wirkung von Abschottungsstrategien erhöhen, etwa indem sie die Attraktivität der Produkte der Zusammenschlussbeteiligten steigern, was zum ‚Kippen‘ des Marktes zu ihren Gunsten beitragen sowie zu einer Stärkung oder Absicherung eines möglicherweise bestehenden Ökosystems führen kann. Zudem können Netzwerkeffekte die Marktzutrittsschranken für potenzielle Wettbewerber erhöhen. Demgegenüber können Tendenzen der Nutzer zum ‚multi-homing‘ die Wirkung von Abschottungsstrategien zumindest marktbezogen grundsätzlich eindämmen.¹⁴⁹ Netzwerkeffekte und ‚multi-homing‘ waren bspw. bei der Prüfung möglicher Abschottungsstrategien in den Fällen Microsoft/LinkedIn und Google/DoubleClick relevant.¹⁵⁰

¹⁴³ *BKartA*, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, März 2012, S. 65 ff.

¹⁴⁴ *Bourreau/de Streel*, Digital Conglomerates and EU Competition Policy, 2019, S. 29; *OECD*, Roundtable on Conglomerate Effects of Mergers, 2020, S. 10 ff.

¹⁴⁵ *OECD*, Roundtable on Conglomerate Effects of Mergers, 2020, S. 27 f.

¹⁴⁶ *Argentesi et al.*, Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets, 2019, S. 36.

¹⁴⁷ Case M.8124 - Microsoft/LinkedIn, Rn. 295 ff.; Case M.6281 - Microsoft/Skype, Rn. 133 ff.

¹⁴⁸ Case M.9660 - Google/Fitbit, Rn. 716 ff.; *Witt*, Who's Afraid of Conglomerate Mergers?, *The Antitrust Bulletin* 2022, S. 208 ff. (222); *KOM*, Pressemitteilung zur Freigabe des Zusammenschlussvorhabens M.10262 - Meta/Kustomer, 27.01.2022 (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_652).

¹⁴⁹ *Argentesi et al.*, Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets, 2019, S. 36-39.

¹⁵⁰ Case M.8124 - Microsoft/LinkedIn, Rn. 295 ff.; Case M.4731 - Google/DoubleClick, Rn. 302 ff.

3. Berücksichtigung von Effizienzen

Mit einem Zusammenschluss einhergehende Effizienzgewinne können die erwarteten wettbewerbsmindernden Effekte unter Umständen relativieren. Insbesondere nichthorizontalen Fusionen wird gemeinhin ein hohes Potenzial zur Schaffung von Effizienzgewinnen zugesprochen, da sich die Dienste bzw. Produkte der Zusammenschlussbeteiligten ergänzen können. Sie sind Ausdruck der Suche nach den optimalen Grenzen eines Unternehmens, welche nach Ansicht von *Crémer et al.* eine wichtige Komponente des Wettbewerbsprozesses ist.¹⁵¹ Gerade im Zusammenhang mit digitalen Ökosystemen können Produktverbesserungen, etwa in Folge der Zusammenführung von Daten oder Funktionalitäten, aber auch zu einer Erhöhung der Marktzutrittsbarrieren führen und damit gegebenenfalls den dynamischen Wettbewerb behindern. Insoweit kann zusammenschlussbedingten Effizienzen eine ambivalente Wirkung zukommen.

Mehrfach wird in der Literatur argumentiert, dass einige für digitale Märkte und Geschäftsmodelle typische Charakteristika das Potenzial für fusionsbedingte Effizienzen erhöhen können. Bspw. könnten im Falle horizontaler Fusionen positive Netzwerkeffekte dazu führen, dass Konsumenten von einer höheren Marktkonzentration profitierten.¹⁵² Digitale Ökosysteme schafften Synergien, indem sie den Konsumenten ein „one-stop shopping“ ermöglichten.¹⁵³ Ebenfalls könnten Akquisitionen kleiner, innovativer Start-Ups durch große Digitalunternehmen Synergien und Effizienzen schaffen, indem sie Fähigkeiten und Ressourcen des Erwerbers mit den innovativen Ideen, Produkten und Diensten des Zielunternehmens zusammenbrächten. Dies führe mitunter dazu, dass innovative Produkte schneller und effektiver auf den Markt gebracht bzw. Produkte in besserer Qualität oder zu geringeren Preisen angeboten werden könnten.¹⁵⁴ Darüber hinaus schaffe die Aussicht auf eine spätere Übernahme durch ein großes Digitalunternehmen für die Gründerszene wichtige Innovationsanreize und für deren Geldgeber entsprechende Investitionsanreize.¹⁵⁵ Schließlich könnten einige Fusionen auch dadurch

¹⁵¹ KOM, Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse, 2008, S. 7; *Crémer et al.*, Competition policy for the digital era, 2019, S. 110.

¹⁵² *Motta/Peitz*, Big Tech Mergers, Discussion Paper Series CRC TR 224, May 2020, S. 21.

¹⁵³ *Motta/Peitz*, Big Tech Mergers, Discussion Paper Series CRC TR 224, May 2020, S. 30; *OECD*, Roundtable on Conglomerate Effects of Mergers, 2020, S. 27.

¹⁵⁴ *Bourreau/de Streel*, Big Tech Acquisitions, 2020, S. 8; *Crémer et al.*, Competition policy for the digital era, 2019, S. 110 f.; *Furman et al.*, Unlocking digital competition, 2019, S. 90 f.; *Schallbruch et al.*, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, 2019, S. 65 ff.; *Rizzo*, Digital Mergers, JECLP 2021, S. 4 ff. (9).

¹⁵⁵ *Cabral et al.*, The EU Digital Markets Act, Publications Office of the European Union, 2021, S. 26; *Crémer et al.*, Competition policy for the digital era, 2019, S. 111; *Schallbruch et al.*, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, 2019, S. 65.

Effizienzen generieren, dass sie ineffiziente parallele Innovationanstrengungen der Zusammenschlussbeteiligten eliminierten.¹⁵⁶

Nach der bisherigen Erfahrung können gleichwohl Effizienzen die negativen Effekte eines Zusammenschlusses zwischen bedeutsamen Wettbewerbern in aller Regel nicht aufwiegen. Auf europäischer Ebene wurden zwar in einigen Fällen Effizienzen von beteiligten Unternehmen vorgetragen, jedoch letztendlich von der KOM zumeist abgelehnt oder als nicht entscheidungserheblich eingestuft.¹⁵⁷ Auch das BKartA benötigte im Fall einer etwaigen Prüfung detaillierte Angaben, um eine Effizienzeinrede würdigen zu können, welche insbesondere die Marktbezogenheit der Effizienzen, den Nachweis eines engen Zusammenhangs mit dem Zusammenschluss, die Substanz und Nachweisbarkeit der vorgetragenen Effizienzgewinne sowie deren zu erwartende Weitergabe an die Verbraucher betreffen.¹⁵⁸ Neben der Effizienzeinrede findet sich im deutschen Kartellrecht mit der sog. Abwägungsklausel des § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GWB ein weiterer, teilweise vergleichbarer Ansatzpunkt für die Einbeziehung von Effizienzerwägungen.

4. Vorschläge zur Weiterentwicklung der Schadenstheorien

Trotz der vielfältigen horizontalen und nichthorizontalen Schadenstheorien, die bei der Prüfung der oben unter 1. und 2. aufgeführten Zusammenschlussvorhaben großer Digitalunternehmen in Betracht gezogen wurden, wurde kein einziges dieser Vorhaben untersagt. Dies hat in der Literatur Bedenken hervorgerufen, dass die bisherige Herangehensweise bei der Prüfung von Fusionen in der Digitalwirtschaft verbesserungswürdig bzw. das Arsenal an Schadenstheorien unvollständig sei, was in einigen Fällen möglicherweise zu Fehlentscheidungen geführt haben könnte.¹⁵⁹

Zum einen werden Lücken bei der Berücksichtigung der Charakteristika digitaler Märkte und Geschäftsmodelle in der Fusionskontrolle bemängelt. Bspw. seien im Fall Facebook/Instagram

¹⁵⁶ *Cabral et al.*, The EU Digital Markets Act, Publications Office of the European Union, 2021, S. 26.

¹⁵⁷ Die KOM berücksichtigt in der Fusionskontrollprüfung nachgewiesene Effizienzvorteile. Diese müssen dem Verbraucher rechtzeitig und in den relevanten Märkten zugutekommen, fusionsspezifisch (d.h. nicht in ähnlichem Umfang durch weniger wettbewerbswidrige Alternativen erzielt werden können) und nachprüfbar sein, vgl. *KOM*, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, Rn. 76 ff.

¹⁵⁸ Vgl. z.B. *BKartA*, Beschluss vom 31.03.15, Az. B2-96/14 (Edeka/Kaiser's Tengelman), Rn. 380 ff.; *BKartA*, Beschluss vom 14.05.14, Az. B3-135/13 (Klinikum Esslingen/Kreiskliniken Esslingen), Rn. 285 ff.; *BKartA*, Beschluss vom 17.01.19, Az. B5-29/18 (Miba/Zollern), Rn. 364 ff. Vgl. auch die entsprechenden Ausführungen in *BKartA*, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, 2017, S. 33 f.

¹⁵⁹ *Motta/Peitz*, Big Tech Mergers, Discussion Paper Series CRC TR 224, May 2020, S. 1; *Argentesi et al.*, Merger Policy in Digital Markets: An ex post Assessment, Journal of Competition Law & Economics 2020, S. 95 ff. (131).

Faktoren wie die Exklusivität und Größe der Nutzerbasis vernachlässigt worden.¹⁶⁰ Auch wird argumentiert, dass die Mehrseitigkeit digitaler Märkte besser berücksichtigt werden müsse. Wettbewerbsbehörden würden sich oft auf die Konsumentenseite eines mehrseitigen Marktes fokussieren und die andere(n) Marktseite(n) vernachlässigen. Produkte oder Dienste, die aus Konsumentensicht komplementär oder ohne Bezug zueinander erschienen, könnten aus Sicht einer anderen Marktseite (etwa dem Markt für Online-Werbung) Substitute darstellen. Als Beispiel eines Zusammenschlussvorhabens, bei dessen Prüfung die Mehrseitigkeit der Märkte nicht hinreichend gewürdigt wurde, wird Facebook/Instagram genannt.¹⁶¹

Argentesi et al. betonen, dass zur Bewertung von Fusionsvorhaben seitens der Wettbewerbsbehörden eine Untersuchung der Geschäftsmodelle und Monetarisierungsstrategien digitaler Unternehmen nötig sei, um ein genaues Verständnis für die Anreize zur Akquisition und ihre Folgen entwickeln zu können. Dies sei ein unverzichtbarer Schritt bei der Formulierung von Schadenstheorien.¹⁶²

Crémer et al. sind der Ansicht, dass im Falle digitaler Märkte die herkömmliche Unterscheidung von horizontalen, vertikalen und konglomeraten Fusionen überholt sei. Es sei oft schwer, Märkte exakt abzugrenzen sowie Wettbewerber und ihre Marktanteile exakt zu benennen. Zudem seien die horizontalen Überschneidungen zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses oft vernachlässigbar, wodurch die herkömmlichen Schadenstheorien im Wesentlichen auf mögliche Abschottungswirkungen beschränkt seien.¹⁶³ Im Falle konglomerater Zusammenschlüsse, bei denen die Zusammenschlussbeteiligten in demselben „Technologieraum“ bzw. „Nutzerraum“ agierten, sollte die kartellrechtliche Bewertung der Logik eines horizontalen Zusammenschlusses folgen. Zu prüfen sei dann, ob der Zusammenschluss zu einer Reduktion des bestehenden oder potenziellen Wettbewerbs und einer Stärkung der Marktposition des Erwerbers innerhalb dieses „Technologie-“ bzw. „Nutzerraums“ führen könnte,¹⁶⁴ was insofern Ähnlichkeiten mit dem o.g. Ansatz der „Innovationsräume“ aufweisen könnte. Insbesondere im Falle digitaler Ökosysteme sei zudem zu prüfen, ob Akquisitionen (junger) Unternehmen

¹⁶⁰ *Argentesi et al.*, Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets, 2019, S. 117.

¹⁶¹ *Argentesi et al.*, Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets, 2019, S. 117; *Argentesi et al.*, Merger Policy in Digital Markets: An ex post Assessment, Journal of Competition Law & Economics 2020, S. 95 ff. (123); *OECD*, Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control, 2020, S. 28; *Schallbruch et al.*, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, 2019, S. 70 f.

¹⁶² *Argentesi et al.*, Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets, 2019, S. 117; *Argentesi et al.*, Merger Policy in Digital Markets: An ex post Assessment, Journal of Competition Law & Economics 2020, S. 95 ff. (132).

¹⁶³ *Crémer et al.*, Competition policy for the digital era, 2019, S. 112.

¹⁶⁴ *Crémer et al.*, Competition policy for the digital era, 2019, S. 116.

mit geringen horizontalen Überschneidungen zur Stärkung der Machtstellung des digitalen Ökosystems beitragen könnten.¹⁶⁵

Bourreau/de Streeel argumentieren, dass die Leitlinien zur Bewertung von Bindungs- bzw. Kopplungsstrategien bei nichthorizontalen Zusammenschlüssen ergänzt werden sollten, um den Charakteristika digitaler Märkte besser Rechnung zu tragen. Insbesondere sollten Wettbewerbsbehörden stärker berücksichtigen, dass Bindungs- bzw. Kopplungsstrategien innovative Wettbewerber am Markteintritt hindern, den Wettbewerb durch eine größere Angebotsdifferenzierung herabsetzen und zu wettbewerbsschädlichem ‚envelopment‘ beitragen können.¹⁶⁶

Vielfach wird in der Literatur vorgeschlagen, bei der Fusionskontrolle in der Digitalwirtschaft einen stärkeren Fokus auf potenziellen Wettbewerb zu legen.¹⁶⁷ In einem dynamischen, sich schnell entwickelnden Marktumfeld sei potenzieller Wettbewerb ein besserer Indikator für Marktmacht, als das Wettbewerbsgeschehen zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses.¹⁶⁸ Insbesondere seien digitale Märkte häufig durch Wettbewerb „um den Markt“ gekennzeichnet, d.h. der Marktbeherrscher werde lediglich dadurch diszipliniert, dass aktuelle oder künftige Markteintritte seine Marktmacht in Zukunft angreifbar machen könnten. In einem solchen Marktumfeld komme dem potenziellen Wettbewerb eine besondere Bedeutung zu.¹⁶⁹ Insbesondere bei Akquisitionen innovativer Start-Ups durch große Digitalunternehmen und möglichen ‚killer acquisitions‘ liegt der potenzielle Wettbewerb naturgemäß im Fokus der Prüfung. In eine ähnliche Richtung zielt der Vorschlag von *Bourreau/de Streeel*, angesichts der großen Bedeutung von Innovationen und der Gefahr der Entstehung von ‚kill zones‘ in der Digitalwirtschaft die Auswirkungen des zu prüfenden Zusammenschlussvorhabens auf Innovationen stärker in den Blick zu nehmen.¹⁷⁰

¹⁶⁵ *Crémer et al.*, Competition policy for the digital era, 2019, S. 121 f.; *Schallbruch et al.*, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, 2019, S. 70 f.

¹⁶⁶ *Bourreau/de Streeel*, Digital Conglomerates and EU Competition Policy, 2019, S. 29.

¹⁶⁷ *Bourreau/de Streeel*, Digital Conglomerates and EU Competition Policy, 2019, S. 26 f.; *Furman et al.*, Unlocking digital competition, 2019, S. 12; *OECD*, Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control, 2020, S. 3.

¹⁶⁸ *Bourreau/de Streeel*, Big Tech Acquisitions, 2020, S. 16.

¹⁶⁹ *Argentesi et al.*, Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets, 2019, S. 44.

¹⁷⁰ *Bourreau/de Streeel*, Digital Conglomerates and EU Competition Policy, 2019, S. 32.

Im Zusammenhang mit dem Vorschlag, potenziellen Wettbewerb stärker in den Fokus der Fusionskontrolle zu rücken, wird auch das Erfordernis formuliert, bei der Bestimmung des ‚counterfactuals‘ größere Unsicherheiten zu akzeptieren. Auf potenziellem Wettbewerb beruhende Schadenstheorien würden zwangsläufig einem gewissen Grad an Unsicherheit unterliegen.¹⁷¹

Zudem wird in der Literatur teils gefordert, Effizienzgewinne bei der wettbewerblichen Bewertung von Zusammenschlüssen direkt zu prüfen und nicht erst nachdem eine Wettbewerbsbehinderung nachgewiesen wurde. Denn Synergien und Effizienzen könnten bei Fusionen in der Digitalwirtschaft in besonderem Maße ausgeprägt sein.¹⁷² Allerdings wird zuweilen auch betont, dass die möglicherweise eher langfristig zu erwartenden Abschottungswirkungen von Zusammenschlüssen in der Digitalwirtschaft nicht aufgrund kurzfristiger Effizienzgewinne vernachlässigt werden dürften.¹⁷³

In diese Richtung zielt auch der Vorschlag, bei der Prüfung der wettbewerblichen Auswirkungen von Fusionen in der Digitalwirtschaft – insbesondere im Falle junger Zielunternehmen – einen längeren Prognosezeitraum als die in der europäischen Praxis häufig veranschlagten zwei bis vier Jahre¹⁷⁴ zu betrachten. Da die Etablierung eines neuen Produktes oder Dienstes auf dem Markt teils deutlich länger dauern könne, berge ein zu kurzer Prognosezeitraum die Gefahr, den möglichen Wettbewerbsschaden der Fusion zu unterschätzen.¹⁷⁵ Die Kehrseite eines längeren Prognosezeitraums könnte allerdings die damit einhergehende umso größere Prognoseunsicherheit sein.

Die in der Literatur vorgebrachten Argumente, dass es einer Weiterentwicklung der Schadenstheorien bedarf, um wettbewerblich bedenkliche Zusammenschlussvorhaben in der Digitalwirtschaft besser adressieren zu können, sind vielfach überzeugend. Eine Herausforderung bei dieser Weiterentwicklung ist indes, neuartige Schadenstheorien so auszugestalten, dass sich diese mit den Grundsätzen des geltenden Rechtsrahmens und der bisherigen Rechtsprechung

¹⁷¹ *Argentesi et al.*, Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets, 2019, S. 118; *Argentesi et al.*, Merger Policy in Digital Markets: An ex post Assessment, Journal of Competition Law & Economics 2020, S. 95 ff. (132).

¹⁷² *Bourreau/de Streel*, Big Tech Acquisitions, 2020, S. 18.

¹⁷³ *van den Boom/Samranichit*, Digital Ecosystem Mergers in Big Tech - A Theory of Long-Run Harm with Applications, Journal of European Competition Law & Practice 2022, S. 365 ff.; *Witt*, Who's Afraid of Conglomerate Mergers?, The Antitrust Bulletin 2022, S. 208 ff. (233).

¹⁷⁴ Vgl. bspw. Case M.6992 – Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland, Rn. 765. In der Anwendungspraxis des BKartA werden regelmäßig drei bis fünf Jahre veranschlagt, wobei die spezifischen Gegebenheiten des betreffenden Marktes jedoch abweichende Zeiträume rechtfertigen können (*BKartA*, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, März 2012, Rn. 12, Fn. 11).

¹⁷⁵ *Argentesi et al.*, Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets, 2019, S. 46; *Argentesi et al.*, Merger Policy in Digital Markets: An ex post Assessment, Journal of Competition Law & Economics, 2020 S. 95 ff. (132); *OECD*, Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control, 2020, S. 21 f.

vereinbaren lassen. Insbesondere stellt sich die Frage, ob etwa ein stärkerer Fokus auf die Bedrohung potenziellen Wettbewerbs und eine mutigere Formulierung des ‚counterfactuals‘ ohne eine entsprechende Anpassung des erforderlichen Wahrscheinlichkeitsmaßstabs erfolgsversprechend wäre. Dies führt zu der Frage, inwieweit die materiellen Tatbestandsvoraussetzungen in Bezug auf Fusionen in der Digitalwirtschaft änderungsbedürftig sind.

II. Vorschläge zur Modifikation der materiellen Tatbestandsvoraussetzungen

Neben Weiterentwicklungen der einschlägigen Schadenstheorien werden in der Literatur verschiedene Vorschläge für eine Modifikation des Rechtsrahmens unterbreitet. Diese betreffen zunächst den im Rahmen der Prüfung einer Zusammenschlussbedingten erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs zugrunde zu legenden Wahrscheinlichkeitsmaßstab¹⁷⁶ (1.). Daneben existieren Vorschläge, spezifisch für große Digitalkonzerne zusätzliche materielle Eingriffskriterien zu definieren (2.).

1. Änderungen des erforderlichen Wahrscheinlichkeitsmaßstabs

Nach der Rechtsprechung des EuGH setzt eine Untersagungsentscheidung voraus, dass der Eintritt einer erheblichen Wettbewerbsbehinderung wahrscheinlicher ist als deren Ausbleiben.¹⁷⁷ Das EuG hatte zuletzt für die Annahme einer erheblichen Wettbewerbsbehinderung, „deren Vorliegen sich aus einem Bündel von Beweisen und Indizien ergibt, und die sich auf mehrere Schadenstheorien stützt“ den Maßstab der „ernsthaften Wahrscheinlichkeit“ zugrunde gelegt.¹⁷⁸ Der BGH lässt bei § 36 Abs. 1 GWB es für eine Untersagung genügen, dass eine erheblichen Wettbewerbsbehinderung „aufgrund konkreter Umstände jedenfalls wahrscheinlich“ bzw. „mit einiger Wahrscheinlichkeit“ zu erwarten ist. Ungeklärt ist bislang, ob hiermit überwiegende Wahrscheinlichkeit gemeint ist, oder aber der niedrigere Maßstab der

¹⁷⁶ Die Bestimmung der materiell erforderlichen Wahrscheinlichkeit ist zu trennen von der verfahrensrechtlichen Frage des einschlägigen Beweismaßes, was insbesondere in der englischsprachigen Literatur durch Verwendung des Begriffs „standard of proof“ nicht immer klar zu Tage tritt. Auch *Schallbruch et al.*, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, 2019, S. 69 f. scheinen aber etwa unter dem Begriff des Beweismaßes die materielle Wahrscheinlichkeit zu verstehen.

¹⁷⁷ *EuGH*, Bertelsmann ./ Impala, Urteil vom 10.07.08, Case C-413/06 P, Rn. 52 („Infolgedessen hat die Kommission, wenn sie gemäß der Verordnung mit einem Zusammenschluss befasst wird, grundsätzlich entweder für dessen Genehmigung oder für dessen Untersagung Stellung zu beziehen, je nachdem, welche wirtschaftliche Entwicklung des Zusammenschlusses sie für die wahrscheinlichste hält.“).

¹⁷⁸ *EuG*, CK Telecoms UK ./ KOM, Urteil vom 28.05.20, Case T-399/16, Rn. 118 („Daher ist das im vorliegenden Fall anwendbare Beweiserfordernis folglich strenger als das, wonach eine erhebliche Behinderung eines wirksamen Wettbewerbs, auf der Grundlage eines „Kriteriums der Wahrscheinlichkeit“, „eher wahrscheinlich als unwahrscheinlich“ ist, wie die Kommission vorbringt. Hingegen ist es weniger streng als dasjenige des „Fehlens eines begründeten Zweifels“ [...]); gegen die Entscheidung sind Rechtsmittel eingelegt worden, über die noch nicht entschieden wurde.“).

hinreichenden Wahrscheinlichkeit aus dem Gefahrenabwehrrecht.¹⁷⁹ Der BGH lehnt allerdings eine „hohe Wahrscheinlichkeit“ für die Prognose ab und setzt diese nur voraus, soweit „die Berücksichtigung künftiger Veränderungen der Rahmenbedingungen des Wettbewerbs oder bevorstehender Gesetzesänderungen“ betroffen ist.¹⁸⁰

Aufgrund der sich gerade im Digitalbereich stellenden Prognoseunsicherheiten wird diskutiert, die an die notwendige Wahrscheinlichkeit zu stellenden Anforderungen zu flexibilisieren. Damit sollen insbesondere Konstellationen besser adressierbar sein, in denen eine durch den Zusammenschluss entstehende Wettbewerbsbehinderung (etwa, dass das Zielunternehmen sich nicht zu einem relevanten Wettbewerber des Erwerbers entwickeln kann) sich nur mit geringer Wahrscheinlichkeit (weil etwa das Zielunternehmen noch keinen Wettbewerber bildet und sein Entwicklungspotential unklar ist) darstellt.¹⁸¹ Mit Blick auf das australische Recht schlägt insoweit die ACCC vor, eine Intervention bereits dann zu erlauben, wenn eine Wettbewerbsbehinderung „a possibility that is not remote“ darstelle.¹⁸² In den USA liegt ein Gesetzesentwurf vor, der den Eingriffstatbestand von „substantial lessening of competition“ auf „create an appreciable risk of materially lessening competition“ herabsetzen soll.¹⁸³

Für das britische Recht hat der Furman-Report eine Gesetzesänderung vorgeschlagen, um die zuständige Behörde in die Lage zu versetzen, die Wahrscheinlichkeit und das Ausmaß des zusammenschlussbedingten Effekts auf den Wettbewerb miteinander abzuwägen.¹⁸⁴ Dazu solle, im mathematischen Sinne eines Erwartungswertes, der denkbare Schaden für den Wettbewerb durch den Zusammenschluss unter Berücksichtigung seiner Wahrscheinlichkeit beziffert und den denkbaren wettbewerblichen Vorteilen mit deren Wahrscheinlichkeit gegenübergestellt werden; überwiege der erwartete Schaden, solle die Behörde die Fusion untersagen.¹⁸⁵

¹⁷⁹ Vgl. dazu *Rasek*, Anmerkungen zu BGH, Beschluss vom 19.06.2012, Az. KVR 15/11, WuW 2021, S. 461 ff. (462).

¹⁸⁰ BGH, Beschluss vom 19.06.12, Az. KVR 15/11, Rn. 18 f.; nach a.A. gebiete der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, stets eine „hohe Wahrscheinlichkeit [...], die näher an der Gewissheit liegt“ vorauszusetzen, vgl. *Immenga/Mestmäcker-Thomas*, Wettbewerbsrecht, 2020, § 36 GWB Rn. 525.

¹⁸¹ Vgl. insofern die nicht unähnliche Ausgangssituation im allgemeinen Gefahrenabwehrrecht, in dem die h.M. mit der sog. Formel der umgekehrten Proportionalität arbeitet (bspw. BeckOK PolR NRW-*Worms/Gusy*, § 8 PolG NRW, Rn. 109: „Je größer der drohende Schaden, desto geringer darf die Eintrittswahrscheinlichkeit sein und je geringer der drohende Schaden, desto größer muss demgegenüber die Eintrittswahrscheinlichkeit sein“).

¹⁸² ACCC, Digital Platform Services Inquiry, 2022, S. 106.

¹⁸³ Competition and Antitrust Law Enforcement Reform Act of 2021, vgl. *Bogomolni*, Tackling Big Tech in the United States and the European Union, International Law and Politics 2021, S. 235 ff. (241 ff.).

¹⁸⁴ *Furman et al.*, Unlocking digital competition, 2019, S. 99 („to weigh up both the likelihood and the magnitude of the impact of the merger“).

¹⁸⁵ *Furman et al.*, Unlocking digital competition, 2019, S. 99 (“This would mean mergers being blocked when they are expected to do more harm than good”, Fn. 17: “This means ‘expected’ in the mathematical sense, so based on the chance of an outcome and its value. For example, if facing a bet where a person has a

Die Unterstützer dieses Ansatzes verweisen darauf, dass der Vorschlag die mit einer Fehlprognose verbundenen Kosten besser berücksichtigen könne¹⁸⁶ und die Entscheidung an der Konsumentenwohlfahrt ausrichte¹⁸⁷. An dem Ansatz wird allerdings kritisiert, dass sich Kosten und Nutzen eines Zusammenschlusses sowie die dazugehörigen Wahrscheinlichkeiten regelmäßig nicht präzise beziffern ließen.¹⁸⁸ Der Ansatz führe daher zu einem gerichtlich nur schwer überprüfbaren Beurteilungsspielraum der Kartellbehörde.¹⁸⁹

Insbesondere hat sich auch die CMA gegen den Vorschlag des Furman-Reports positioniert. Der Ansatz sei zwar theoretisch ein „attractive way“, man gehe aber gegenwärtig davon aus, dass es nicht möglich sei, ihn „in a transparent and robust way“ anzuwenden.¹⁹⁰ Stattdessen schlägt die CMA vor, einen herabgesetzten Wahrscheinlichkeitsmaßstab zugrunde zu legen, der eine Untersagung bereits bei einem „realistic prospect“ einer Wettbewerbsbehinderung erlaube.¹⁹¹ Dabei solle es sich um denselben Wahrscheinlichkeitsmaßstab handeln, den die CMA bei der Entscheidung zugrunde lege, ob sie ein Hauptprüfverfahren einleite, auch wenn

one in three chance of losing £150 and a two in three chance of winning £30 they should not take the bet – because although they are most likely to win £30, the bad outcome is a lot worse: the ‘expected’ value is minus £30 (30/3+30/3-150/3).”).

¹⁸⁶ *Bourreau/de Streel*, Big Tech Acquisitions, 2020, S. 19 f. (“When the costs of errors are important, neglecting them can be harmful to consumer welfare. This may be particularly the case in the digital sector where markets tip quickly, meaning that the costs of type II errors may be very high. [...] In practice, this means that if the acquisition of a small start-up by a big tech firm would eliminate a credible probability, even small, that such start-up could become an effective competitor to the big tech acquirer, allowing such merger will eliminate the potential benefits, which may be important, of having more competition [...]. As the costs of making a type II error may be important, they should be taken into account and may lead to the prohibition of the merger or to the imposition of remedies.”).

¹⁸⁷ *Motta/Peitz*, Big Tech Mergers, Discussion Paper Series CRC TR 224, May 2020, S. 35 f. (“Therefore, the relevant criterion should be that the expected gains in consumer welfare from competition are larger than the gains that would come from the upgraded offer of the merging firm”).

¹⁸⁸ *Levy/Mostyn/Buzata*, Reforming EU merger control to capture 'killer acquisitions', Competition Law Journal 2020, S. 51 ff. (62); *Schallbruch et al.*, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, 2019, S. 70.

¹⁸⁹ *Schallbruch et al.*, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, 2019, S. 70; die Autoren betonen vielmehr, es brauche einen Ansatz, der auf „relativ einfache und klare, ökonomisch fundierte Kriterien und Grundsätze“ abstelle (ebenda). Insofern schlagen sie vor, dem Grad der Marktmacht des Erwerbers besondere Bedeutung beizumessen. Eine Wettbewerbsbehinderung solle bereits dann vorliegen, wenn ein Zusammenschluss die Bestreitbarkeit einer verfestigten Machtposition des Erwerbers spürbar senke, ohne dass eine überwiegende Erfolgswahrscheinlichkeit eines möglichen Angriffes nachgewiesen werden müsse (ebenda, vgl. auch *Federico/Scott Morton/Shapiro*, Antitrust and Innovation: Welcoming and Protecting Disruption, 2019, S. 12).

¹⁹⁰ *CMA*, A new pro-competition regime for digital markets, 2020, S. 63 f.

¹⁹¹ *CMA*, A new pro-competition regime for digital markets, 2020, S. 63. Die britische Regierung unter Boris Johnson hatte diesen Vorschlag zwischenzeitlich abgelehnt (Government response to the consultation on a new pro-competition regime for digital markets, May 2022, S. 34: “The government will not take forward any Phase 2 merger intervention threshold changes”).

das Hauptprüfverfahren selbst durch diese Änderung im Übrigen unbeeinflusst bleiben solle.¹⁹²

Der Vorschlag der CMA zeigt einen beachtenswerten Weg auf, um die im Digitalbereich vorherrschenden Prognoseunsicherheiten zu adressieren. Dies gilt insbesondere für die bei Zusammenschlüssen unter Beteiligung großer Digitalkonzerne regelmäßig anzutreffende Konstellation, in der ein potentiell weitreichender Schaden für den Wettbewerb aufgrund der dynamischen Digitalwirtschaft nur mit einer eher geringen Wahrscheinlichkeit prognostiziert werden kann. Entsprechend liegt es nahe, eine gesetzliche Modifikation auch nur für einen beschränkten Kreis, jedenfalls aber für nach § 19a Abs. 1 GWB benannte Unternehmen vorzunehmen. Denn für diese rechtfertigt die abstrakte Gefahr, welche sich aus ihrer Stellung als Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb ergibt, eine Herabsetzung der Eingriffsschwelle. Auch nach diesem Ansatz würde die bloße Möglichkeit einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs für eine Untersagung nicht ausreichen.

2. Zusätzliche Maßstäbe für die Beurteilung von Zusammenschlüssen unter Beteiligung großer Digitalunternehmen

Teilweise wird auch vorgeschlagen,¹⁹³ zusätzliche Untersagungstatbestände für die Beurteilung von Zusammenschlüssen unter Beteiligung großer Digitalunternehmen zu schaffen. In diesem Sinn könnte etwa für nach § 19a Abs. 1 GWB benannte Unternehmen ein konkretisierender Untersagungstatbestand eingeführt werden. Dieser stünde komplementär neben dem etablierten Untersagungstatbestand der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs und könnte erhebliche Verstärkungen von marktübergreifenden Stellungen iSd. § 19 Abs. 1 GWB durch Zusammenschlüsse explizit adressieren. Unverhältnismäßige Eingriffe würden dabei schon durch das Erfordernis einer gerade *erheblichen* Verstärkung ausgeschlossen. Zudem könnten vom Zusammenschluss ausgehende wettbewerbsfördernde Aspekte bereits im Rahmen der bestehenden Abwägungsklausel berücksichtigt werden. Denn diese wird de lege lata

¹⁹² CMA, A new pro-competition regime for digital markets, 2020, S. 63; CMA, A new pro-competition regime for digital markets. Appendix F, 2020, S. F30 f. ("The Enterprise Act 2002 does not specify a particular threshold in this regard, but states that the CMA must refer a merger for a phase 2 investigation if it believes that it is or 'may' be the case that a merger 'may' be expected to result in an SLC. [...] The test is described in the CMA's guidance as a 'reasonable belief, objectively justified by relevant facts, as to whether or not it is or may be the case that the merger has resulted, or may be expected to result, in an SLC'. The guidance further explains that this is a finding at a 'lower range of probability' than the balance of probabilities standard, where the 'relevant likelihood' of an SLC is 'greater than fanciful, but below 50%.').

¹⁹³ Podszun, Empfiehlt sich eine stärkere Regulierung von Online-Plattformen und anderen Digitalunternehmen?, 2020, S. 84.

marktübergreifend angewendet, sodass etwa wettbewerbliche Verbesserungen durch den Zusammenschluss hinreichend berücksichtigt werden können.

Neben der Einführung eines konkretisierenden Untersagungstatbestandes kommt auch in Betracht, innerhalb des bestehenden Regelbeispiels der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung Modifikationen vorzunehmen. Denkbar ist für das deutsche Recht insofern etwa, die vertikale Integration eines Unternehmens und dessen Tätigkeit auf in sonstiger Weise miteinander verbundenen Märkten als Regelbeispiel in § 18 Abs. 3 GWB zu verankern, um klarzustellen, dass dieser Ökosystem-Gedanke auch bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens zu berücksichtigen sein kann.

III. Vorschläge zur Modifikation des einschlägigen Beweisrechts

Neben einer Änderung der materiellen Untersagungs Voraussetzungen existieren auch eine Reihe an Vorschlägen, den Beweis der existierenden Untersagungs Voraussetzungen durch Einführung eines Vermutungstatbestandes oder einer Beweislastumkehr jedenfalls für Zusammenschlüsse unter Beteiligung großer Digitalunternehmen zu erleichtern.¹⁹⁴ Konsequenz dieser Ansätze wäre, dass die Zusammenschlussbeteiligten das Ausbleiben einer erheblichen Wettbewerbsbehinderung darlegen und beweisen müssten.¹⁹⁵ Teilweise werden die Spielräume, unter denen ein Erwerb noch möglich sein soll, auch noch weiter eingeschränkt. So wird etwa gefordert, dass die Beteiligten darlegen und beweisen können müssen, dass die Transaktion im öffentlichen Interesse sei und dass ein ähnlicher Nutzen nicht durch inneres Wachstum und Expansion erzielbar sei.¹⁹⁶ Als Rechtfertigung wird insbesondere angeführt,

¹⁹⁴ ACCC, Digital Platform Services Inquiry, 2022, S. 106 f.; *Crémer et al.*, Competition policy for the digital era, 2019, S. 124; *Motta/Peitz*, Big Tech Mergers, Discussion Paper Series CRC TR 224, May 2020, S. 35; *Scott Morton et al.*, Stigler Committee on Digital Platforms. Report, 2019, S. 98; *Turgo*, Killer Acquisitions in Digital Markets, CoRe 2021, S. 112 ff. (117); vgl. auch den Entwurf zu einem Platform Competition & Opportunity Act in den USA, der für bestimmte Digitalplattformen eine Beweislastumkehr vorsieht, und den französischen Vorschlag einer Beweislastumkehr (<https://globalcompetitionreview.com/article/france-proposes-reversing-burden-of-proof-in-digital-deals>).

¹⁹⁵ *Scott Morton et al.*, Stigler Committee on Digital Platforms. Report, 2019, S. 98 („Mergers between dominant firms and substantial competitors or uniquely likely future competitors should be presumed to be unlawful, subject to rebuttal by defendants.“); *Turgo*, Killer Acquisitions in Digital Markets, CoRe 2021, S. 112 ff. (117) (“[...] all acquisitions of promising start-ups by dominant digital operators would be presumed to be anti-competitive, unless the parties prove that the transaction would bring significant efficiency gains.“).

¹⁹⁶ *Nadler/Cicilline*, Investigation of competition in digital markets, 2020, S. 388 („Under this change, any acquisition by a dominant platform would be presumed anticompetitive unless the merging parties could show that the transaction was necessary for serving the public interest and that similar benefits could not be achieved through internal growth and expansion“).

dass zwischen den großen Digitalunternehmen und den Kartellbehörden erhebliche Ressourcen- und Informationsasymmetrien bestünden.¹⁹⁷

Gegen diese Vorschläge wird jedoch vorgebracht, man könne weiterhin davon ausgehen, dass der Großteil der Zusammenschlüsse unter Beteiligung großer Digitalunternehmen wahrscheinlich keine negativen oder sogar positive Auswirkungen auf Verbraucher habe.¹⁹⁸ Müssten kleine, junge Unternehmen auf diese Weise größere Schwierigkeiten fürchten, wenn sie von großen Digitalunternehmen im Rahmen ihrer Exit-Strategie übernommen werden wollen, könnte dies auch die Bereitschaft von Wagniskapitalgebern reduzieren, in riskante Projekte zu investieren.¹⁹⁹ Zudem würde das erhebliche Erschweren des Erwerbs bzw. Verkaufs des Zielunternehmens einen potentiell unverhältnismäßigen Grundrechtseingriff implizieren.²⁰⁰

Zugunsten einer Änderung der Beweislast jedenfalls bei Erwerben durch ein nach § 19a Abs. 1 GWB benanntes Unternehmen lässt sich allerdings anführen, dass durch die Benennung bereits eine besondere Gefährdungslage für den Wettbewerb ausgehend vom erwerbenden Unternehmen feststeht. Auf diese Weise ließe sich die Effektivität der Zusammenschlusskontrolle unter Beteiligung solcher Unternehmen verfahrensrechtlich absichern. Die genaue Ausgestaltung und Reichweite einer Beweislastumkehr wäre sodann im Licht und in Abhängigkeit von möglichen parallelen Änderungen am materiellen Wahrscheinlichkeitsmaßstab (dazu oben, C.II.1) noch weiter zu diskutieren.

¹⁹⁷ *Scott Morton et al.*, Stigler Committee on Digital Platforms. Report, 2019, S. 98 ff. (“[...] it would shift the burden to the party with the best access to relevant information on issues of competitive effects and efficiencies from the merger”); *Bourreau/de Stree*, Big Tech Acquisitions, 2020, S. 20.

¹⁹⁸ *Furman et al.*, Unlocking digital competition, 2019, S. 101; *Levy/Mostyn/Buzata*, Reforming EU merger control to capture 'killer acquisitions', *Competition Law Journal* 2020, S. 51 ff. (62 ff.).

¹⁹⁹ *Furman et al.*, Unlocking digital competition, 2019, S. 101; *Levy/Mostyn/Buzata*, Reforming EU merger control to capture 'killer acquisitions', *Competition Law Journal* 2020, S. 51 ff. (63 f.), *Parker/Petropoulos/van Alstyne*, Platform mergers and antitrust, *Industrial and Corporate Change* 2021, S. 1 ff. (22).

²⁰⁰ *CMA*, A new pro-competition regime for digital markets, 2020, S. 101 (“A presumption against all acquisitions by large digital companies is not a proportionate response to the challenges posed by the digital economy”); *Levy/Mostyn/Buzata*, Reforming EU merger control to capture 'killer acquisitions', *Competition Law Journal* 2020, S. 51 ff. (64); *Rizzo*, Digital Mergers, *JECLP* 2021, S. 4 ff. (13) („presumption against all transactions by leading technology firms would not be proportionate.”); *Podszun*, Empfiehlt sich eine stärkere Regulierung von Online-Plattformen und anderen Digitalunternehmen?, 2020, S. 85 (“rechtsstaatliche Bedenken”).

D. Fazit

In der Gesamtschau ergibt sich, dass in den vergangenen Jahren eine Vielzahl von Zusammenschlussvorhaben unter Beteiligung großer Digitalkonzerne entweder nicht der Kontrolle der Kartellbehörden unterlagen oder ohne Einschränkungen freizugeben waren. In Verbindung mit den Konzentrationstendenzen im Digitalbereich verbleibt vor diesem Hintergrund der Eindruck eines erheblichen ‚underenforcement‘. Im Licht der in jüngster Zeit festzustellenden Tendenz der Gerichte, hohe Anforderungen an das Vorliegen einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs abseits der bereits etablierten Schadenstheorien zu stellen, erscheint ein Abwarten der Rechtsprechungsentwicklung anhand zahlreicher Einzelfälle nicht geeignet, den Herausforderungen der sich schnell entwickelnden Digitalwirtschaft gerecht zu werden.

Der deutsche und der europäische Gesetzgeber haben sich bislang darauf fokussiert, den Rechtsrahmen für die Adressierung potentiell missbräuchlicher Verhaltensweisen im Digitalbereich fortzuentwickeln. Angesichts der mit der präventiven Fusionskontrolle verbundenen Potentiale, (weiteren) Machtkonzentrationen im Digitalbereich vorbeugen zu können, spricht viel dafür, auch den Rechtsrahmen der Zusammenschlusskontrolle nachzuschärfen.

In Ergänzung zur seit der 9. GWB-Novelle existierenden Transaktionswertschwelle ist dabei für das deutsche Recht die Fortentwicklung der Aufgreifkriterien gerade auch für große Digitalkonzerne zu erwägen. So könnte etwa die deutsche Zusammenschlusskontrolle auf sämtliche Vorhaben unter Beteiligung eines Unternehmens erstreckt werden, für welches eine überragende marktübergreifende Bedeutung iSd. § 19a Abs. 1 GWB festgestellt wurde.

Für die materiellen Untersagungskriterien hat sich zunächst der Bedarf einer Weiterentwicklung der einschlägigen Schadenstheorien gezeigt. Dies soll insbesondere sicherstellen, dass die Auswirkungen der Akquisition junger Unternehmen auf den potentiellen Wettbewerb sowie die wettbewerblichen Wirkungen der Integration weiterer Dienste in ein bestehendes digitales Ökosystem adäquat erfasst werden. Eine Herausforderung dabei ist allerdings, die Vereinbarkeit neuer Schadenstheorien mit der gegenwärtigen Rechtslage und Rechtsprechung zu gewährleisten. Vor diesem Hintergrund erscheint auch eine gesetzgeberische Fortentwicklung der Eingriffskriterien naheliegend. So könnte etwa für Unternehmen, deren überragende marktübergreifende Bedeutung iSd. § 19a Abs. 1 GWB festgestellt wurde, der an den Nachweis einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs anzulegende Wahrscheinlichkeitsmaßstab herabgesetzt werden. Die Effektivität der Zusammenschlusskontrolle ließe sich gegenüber diesen Unternehmen zudem verfahrensrechtlich durch eine Anpassung der Beweislast absichern. Daneben könnte komplementär ein weiterer Tatbestand eingeführt wer-

den, der die Untersagung solcher Zusammenschlüsse erlaubt, welche die erhebliche Verstärkung einer nach § 19a Abs. 1 GWB festgestellten überragenden marktübergreifenden Bedeutung erwarten lassen.

E. Fragen zur Diskussion

1. Berücksichtigen die Kartellbehörden die Besonderheiten von Zusammenschlüssen in der Digitalwirtschaft bislang hinreichend?
2. Bedarf es einer Modifikation der Größenmerkmale der formellen Untersagungsvoraussetzungen?
3. Inwieweit können Digitalfusionen durch die neue Verweisungspraxis der KOM bzw. die entsprechende Rechtsprechung zu Art. 22 FKVO hinreichend erfasst werden?
4. Sollten nach § 19a Abs. 1 GWB benannte Unternehmen einer gesonderten Anzeigepflicht für Zusammenschlüsse mit Aufgreifmöglichkeit oder einer erweiterten Anmeldepflicht unterworfen werden?
5. Inwieweit ist der SIEC-Test geeignet, alle problematischen Fallkonstellationen bei Fusionen in der Digitalwirtschaft zu erfassen?
6. Inwiefern müssen die etablierten Schadenstheorien fortentwickelt oder neue Schadenstheorien entwickelt werden?
7. Sollte der Wahrscheinlichkeitsmaßstab für den Nachweis einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs angepasst werden? Sollte bspw. für die Untersagung eines Zusammenschlusses unter Beteiligung eines nach § 19a Abs. 1 GWB benannten Unternehmens eine geringere Wahrscheinlichkeit des Eintritts einer Wettbewerbsbehinderung genügen als für sonstige Zusammenschlüsse?
8. Sollte für Zusammenschlüsse unter Beteiligung eines nach § 19a Abs. 1 GWB benannten Unternehmens eine Beweislastumkehr zulasten der Beteiligten eingeführt werden?
9. Sind gesetzgeberische Ergänzungen im GWB zweckmäßig, um zusätzlich die Verstärkung einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung eines nach § 19a Abs. 1 GWB benannten Unternehmens explizit zu erfassen?