

Florian Bien, Würzburg*

Privater Rechtsschutz bei Verstößen gegen fusionskontrollrechtliche Auflagen der EU-Kommission

– Zur Anwendbarkeit der §§ 33 ff. GWB aufgrund des unionalen Äquivalenzgrundsatzes –

Rainer Bechtold bin ich Anfang 2000 als Student und später als Doktorand und Habilitand in den Seminaren meines akademischen Lehrers Wernhard Möschel im Gästehaus der Universität Tübingen im Lessingweg begegnet. Gemeinsam mit anderen führenden Kartellrechtspraktikern beteiligte er sich gerne an den Diskussionen zu aktuellen Themen des Wettbewerbsrechts, die sich im Anschluss an die studentischen Vorträge entsponnen.¹ Bechtolds Redebeiträge, mit ruhiger und sonorer Stimme vorgetragen, gehörten zu den Höhepunkten dieser besonderen Art von Lehrveranstaltung. Es handelte sich stets um gründlich durchdachte, auf großer praktischer Erfahrung beruhende Einschätzungen aus dem Munde des damals wichtigsten deutschen Kartellanwalts. Die Stellungnahmen des Jubilars fielen auch deshalb ein wenig aus dem Rahmen, weil er sich nicht scheute, dem großen Meister und Gastgeber Möschel freundlich, aber bestimmt zu widersprechen. Das betraf etwa seine positive Einschätzung² der von der Kommission angestrebten³ und schließlich – gegen den Widerstand ua von Möschel⁴ – auch durchgesetzten Reform der Kartellverfahrensverordnung. Dass mich damals der Beruf des Kartellanwalts faszinierte, ist sicherlich zu einem wesentlichen Teil seinem Vorbild zu verdanken. Umso größer war meine Freude, als ich seine Nachfolge einige Jahre später auf einem anderen Gebiet antreten durfte: Bechtold hat sich über 15 Jahre zunächst als Lehrbeauftragter und später als Honorarprofessor an meiner Würzburger Alma Mater in der Lehre des Wettbewerbsrechts engagiert.

Wissenschaftlich hat Bechtold sich besonders für das Recht der deutschen und europäischen Fusionskontrolle⁵, außerdem für die privatrechtliche Durchsetzung des europäischen Kartellrechts⁶ interessiert. Der folgende Beitrag gilt der Frage, ob und inwieweit Verstöße gegen von der Kommission verfügte Nebenbestimmungen zu einer Fusionsfreigabe Gegenstand des kartellrechtlichen Private Enforcement auf der Grundlage der §§ 33 ff. GWB sein können. Er sei Rainer Bechtold in Dankbarkeit für seinen großen Einsatz in Sachen Neue Zeitschrift für Kartellrecht gewidmet.

I. Einleitung

In vielen Fusionskontrollverfahren geben die Zusammenschlussparteien gegenüber der Europäischen Kommission Zusagen ab, um wettbewerbliche Bedenken auszuräumen. In Betracht kommen Zusagen struktureller oder verhaltensbezogener Art. Zu denken ist an die Zusage, einen Geschäftsbereich zu veräußern, bzw. an die Zusage, Dritten Zugang zu einer Infrastruktur zu gewähren oder sie zu nicht-diskriminierenden Bedingungen zu beliefern. Die Kommission kann solche Verpflichtungen durch Bedingungen bzw. Auflagen für verbindlich erklären (Art. 6 Abs. 2, Art. 8 Abs. 2 FKVO) und ihre Einhaltung mit den ihr zur Verfügung stehenden hoheitlichen Instrumenten überwachen und durchsetzen.⁷

Daneben kommt aber auch das Private Enforcement drittbegünstigender Verpflichtungszusagen durch die betroffenen Marktteilnehmer selbst in Betracht. Je nach Konstellation ist an Klagen vor Schiedsgerichten⁸ oder vor staatlichen Gerichten zu denken. Insofern stellt sich die Frage, ob und inwieweit

den privaten Klägern die in den §§ 33 ff. GWB angeordneten Erleichterungen des Private Enforcement zur Verfügung stehen. Zu denken ist zunächst an den Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch gemäß § 33 Abs. 1 GWB, der es dem durch die Verletzung der fusionskontrollrechtlichen Auflage Betroffenen erlauben würde, die Einhaltung der Zusagen zivilrechtlich zu erzwingen. Die Vorschrift § 33a Abs. 1 GWB erweitert die Rechtsstellung der Drittbetroffenen um den Anspruch auf Schadensersatz. Gemäß Abs. 3 der Vorschrift kann im Rahmen von § 278 ZPO zudem der anteilige Gewinn, den der Rechtsverletzer durch den Verstoß erlangt hat, berücksichtigt werden.⁹ Die Vorschrift § 33g GWB mag es den Klägern erleichtern, an Informationen zu gelangen, mit denen sie ihren Anspruch auf Schadensersatz aus § 33a GWB durchsetzen können. Eine Verlängerung der Verjährungsfrist auf fünf Jahre sowie besondere Hemmungsregeln zugunsten der Anspruchsteller folgt aus § 33h GWB. Die Vorschrift § 89a Abs. 1 GWB enthält Regelungen betreffend die Streitwertanpassung und Kostenerstattung bei Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche nach § 33 und § 33a Abs. 1 GWB.

Sämtliche genannten Erleichterungen des privaten Rechtsschutzes setzen das Bestehen eines Anspruchs aus § 33 Abs. 1 GWB voraus. Verstöße gegen von der Kommission verfügte Nebenbestimmungen zu einer Fusionsfreigabe können daher nur dann in den Anwendungsbereich der §§ 33 ff. GWB fallen, wenn sie sich als „Verfügungen der Kartellbehörde“ iSd § 33 Abs. 1 GWB qualifizieren lassen.¹⁰ Hingewiesen sei auf

* Prof. Dr. Florian Bien ist Inhaber des Lehrstuhls für globales Wirtschaftsrecht, internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Bürgerliches Recht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg und Mitherausgeber dieser Zeitschrift.

1 Näher zu den Möschel'schen Praktikerseminaren Bien, Wernhard Möschel als akademischer Lehrer, in Bien/ Jickeli/Müller-Graff (Hrsg.), Maß- und Gradfragen im Wirtschaftsrecht – Liber discipulorum – Zum 80. Geburtstag von Wernhard Möschel, Baden-Baden: Nomos 2021, S. 23, 25–27.

2 Bechtold BB 2000, 2425 ff.

3 Zum VO-Entwurf Bien DB 2000, 2309 ff.

4 Möschel JZ 2000, 61 ff.

5 S. nur das Pionierwerk von Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, 1. Aufl. 1976, 2. Aufl. 1989.

6 ZB Bechtold ZHR 1996, 660 ff.

7 Widerruf und Änderung der Freigabe (Art. 6 Abs. 3 lit. b und Art. 8 Abs. 6 lit. b FKVO), Verhängung von Bußgeldern (Art. 14 FKVO), Festsetzung von Zwangsgeldern (Art. 15 FKVO).

8 Dazu zB Bien NZKart 2017, 549 f.; Pelikan, Schiedszusagen im europäischen und deutschen Kartellrecht, 2024, passim.

9 Die Regelung knüpft an eine im Recht des Geistigen Eigentums seit Langem praktizierte und zwischenzeitlich in §§ 97 Abs. 2 S. 2 UrhG, 42 Abs. 2 S. 2 DesignG, 14 Abs. 6 S. 2 MarkenG auch kodifizierte Variante der Bestimmung des Schadensersatzes im Rahmen der Schadensschätzung nach § 287 ZPO an. Die Ursprünge dieses Ansatzes finden sich in einer Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts (Urt. v. 13.9.1877 – III 788/77 – Theateraufführung, ROHG 22, 338 ff., dazu zB Fabian Kunkel, Die Schadensersatzberechnung im Immaterialgüterrecht, 2018, 29 ff.), s. die vielen Nachweise in BGH 29.5.1962 – I ZR 132/60 – Dia-Rähmchen II = GRUR 1962, 509, 511; ausf. zu § 33a Abs. 3 S. 2 GWB Galle NZKart 2026, 395 ff.

10 Die anderen in § 33 GWB genannten Tathandlungen, etwa ein Verstoß „gegen eine Vorschrift dieses Teils [§§ 1 – 471 GWB] oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ scheiden bei Verstößen gegen fusionskontrollrechtliche Auflagen, die die Kommission auf Grundlage der FKVO erlassen hat, im Regelfall aus.

den Umstand, dass sich eine parallele Frage in der hier nicht weiter zu behandelnden Konstellation stellt, dass die Europäische Kommission eine Verpflichtungszusagenentscheidung gemäß Art. 9 VO 1/2003 erlässt und die betroffenen Unternehmen gegen die für verbindlich erklärten Zusagen verstoßen.¹¹

Im Folgenden gilt es daher zu prüfen, ob Nebenbestimmungen zur Freigabe eines Zusammenschlussvorhabens unter den Begriff der *Verfügung* iSv § 33 Abs. 1 GWB fallen (II.) und ob es möglich ist, die Europäische Kommission unter den in derselben Vorschrift verwendeten Begriff der *Kartellbehörde* zu subsumieren (III.).

II. Fusionskontrollrechtliche Freigabe unter Bedingungen und Auflagen als Verfügung iSv § 33 Abs. 1 GWB

In einem ersten Schritt gilt es zu zeigen, dass nicht nur die Freigabe eines Zusammenschlussvorhabens, sondern auch die damit verbundenen Bedingungen und Auflagen Verfügungscharakter haben (1a) und 1b)) und dass jedenfalls die nach § 40 Abs. 3 GWB ergangenen Nebenbestimmungen unter den Begriff der Verfügung in § 33 Abs. 1 GWB fallen (2.).

1. Verfügungscharakter der mit einer Freigabeentscheidung verbundenen Bedingungen und Auflagen

a) *Fusionskontrollrechtliche Freigabeentscheidung als Verfügung im verwaltungsverfahrensrechtlichen Sinne.* Unzweifelhaft ist die förmliche Freigabe eines angemeldeten Zusammenschlussvorhabens eine Verfügung im Sinne des Kartellverwaltungsrechts.¹²

Für das deutsche Recht findet sich eine ausdrückliche Regelung dieser Frage in § 40 Abs. 2 S. 1 GWB. Danach beschließt das Bundeskartellamt (nur) das Hauptprüfverfahren entweder durch Freigabe oder Untersagung. Beide Entscheidungsarten haben in der Form der Verfügung zu erfolgen. Es gelten ua die Regelungen in §§ 61 f. GWB.¹³ Für Drittbetroffene besteht gegen solche fusionskontrollrechtliche Freigabe iSv § 40 Abs. 2 S. 1 GWB die Möglichkeit der Anfechtungsbeschwerde gemäß § 63 Abs. 2 GWB.¹⁴

Nach der Systematik der europäischen Fusionskontrollverordnung (FKVO) ergeht nicht nur die Freigabe innerhalb des Phase-2-Verfahrens (Art. 8 Abs. 1 FKVO), sondern sogar im Rahmen der ersten Phase des Fusionskontrollverfahrens (Art. 6 Abs. 1 lit. a FKVO) als förmlicher Beschluss.¹⁵ Beide Entscheidungen sind von Drittunternehmen anfechtbar¹⁶ und damit ebenfalls als Verfügungen im kartellverwaltungsrechtlichen Sinne zu qualifizieren.

b) *Bedingungen und Auflagen im Rahmen der Freigabeentscheidung als Verfügungen im verwaltungsverfahrensrechtlichen Sinne.* Der Festsetzung von Bedingungen und Auflagen im Rahmen der Freigabeentscheidung kommt ebenfalls Verfügungscharakter im Sinne des deutschen und europäischen Verwaltungsverfahrenrechts zu. Die Möglichkeit, die Freigabeentscheidung mit Nebenbestimmungen zu versehen, ist zugunsten des Bundeskartellamtes in § 40 Abs. 3 GWB, zugunsten der Europäischen Kommission in Art. 6 Abs. 2 S. 2 und 8 Abs. 2 S. 2 FKVO eröffnet. Die entsprechende Entscheidung der deutschen oder europäischen Kartellbehörde lässt die von den Fusionsparteien angebotenen Verpflichtungszusagen verbindlich werden.¹⁷ Werden die von den Zusammenschlussbeteiligten angebotenen Verpflichtungszusagen als Bedingungen oder Auflagen mit der Freigabeentscheidung verbunden, teilen sie deren Rechtsnatur. Als belastende Verwaltungsakte können Nebenbestimmungen von den

Fusionsparteien, ggf. sogar von betroffenen Dritten sowohl nach deutschem als auch nach Unionskartellrecht selbständig angefochten werden.¹⁸

2. Nebenbestimmungen iSv § 40 Abs. 3 GWB als Verfügungen iSv § 33 Abs. 1 GWB

Nachdem geklärt wurde, dass Fusionsfreigaben gemäß § 40 Abs. 2 S. 1 GWB sowie Art. 6 Abs. 1 lit. a und Art. 8 Abs. 1 FKVO sowie die sie flankierenden Nebenbestimmungen Verfügungscharakter haben, stellt sich weiterhin die Frage, ob der Verstoß gegen solche Verfügungen den Tatbestand des § 33 Abs. 1 GWB erfüllt. Bevor im nachfolgenden Abschnitt (III.) Verstöße gegen Verfügungen auf Grundlage der FKVO untersucht werden, gilt es zunächst, entsprechende Verstöße gegen Verfügungen aufgrund der einschlägigen GWB-Vorschriften, insbesondere gegen Nebenbestimmungen gemäß § 40 Abs. 3 GWB, zu erörtern. Soweit ersichtlich, fehlt es bislang an gerichtlichen Entscheidungen zu diesem Fragenkomplex. Die Diskussion in der Literatur betrifft fast ausschließlich die Frage nach privatrechtlichen Ansprüchen gegen den Vollzug des Zusammenschlussvorhabens als solchen (a)). Nur ganz vereinzelt angesprochen wird die Frage, ob Privatrechtsschutz auch im Fall des Verstoßes gegen Bedingungen und Auflagen gewährt wird (b)).

a) *Privatrechtsschutz gemäß §§ 33, 33a GWB gegen den Vollzug von Zusammenschlussvorhaben.* Die Frage nach Privatrechtsschutz gegen den Vollzug eines Zusammenschlussvorhabens wurde, soweit ersichtlich, gerichtlich noch nicht entschieden.¹⁹ Soweit die Literatur die Frage nach Privatrechtsschutz gegen den Vollzug eines Zusammenschlussvorhabens überhaupt aufwirft, bejaht sie diese Frage.²⁰ Der

11 Soweit ersichtlich hat erstmals Bornkamm im Jahr 2006 in der ersten Festschrift für Bechtold (45, 55 f.) die Frage, ob bei Verstößen gegen Verpflichtungszusagenentscheidungen gemäß § 32b GWB der Anwendungsbereich der §§ 33 ff. GWB eröffnet ist, gestellt und bejaht. S. noch unten II.2.b.

12 Zum Verfügungsbegriff im Sinne des Kartellverwaltungsrechts näher FK-KartR/Roth/Weber, 112. Lfg., § 33 GWB Rn. 15 ff.; s. auch Immenga/Mestmäcker/Franck, 7. Aufl. 2024, GWB, § 33 Rn. 6.

13 Bechtold/Bosch, GWB 11. Aufl. 2025, § 61 Rn. 2 („Hauptfälle“).

14 ZB BGH 24.6.2003 – KVR 14/01 – HABET/Lekkerland = NJW 2003, 3776, 3777; Bunte/Kallfaß, 14. Aufl. 2022, GWB, § 40 Rn. 1, 28 ff.

15 Bunte/Käseberg, Art. 6 FKVO Rn. 7.

16 Bunte/Käseberg, Art. 6 FKVO Rn. 63.

17 Bunte/Käseberg, Art. 6 FKVO Rn. 25 und 62; Bunte/Kallfaß, § 40 GWB Rn. 33 („Die Verbindung der Freigabe mit Bedingungen und Auflagen ist nur in einer förmlichen Verfügung (als Verwaltungsakt) möglich.“)

18 Bunte/Kallfaß, § 40 GWB Rn. 42 (Fusionsparteien als Beschwerdeführer); Bunte/Käseberg, Art. 16 FKVO Rn. 105 (Nichtigkeitsklage „fast ausschließlich von Drittunternehmen“).

19 Das OLG Düsseldorf 22.6.2010 – U (Kart) 9/10 = BeckRS 2010, 20433, hat die Frage, ob ein Unterlassungsanspruch gegen eine Fusion besteht, offengelassen.

20 S. schon Veelken WRP 2003, 207, 241. Aus der aktuellen Kommentarliteratur Bechtold/Bosch, GWB 11. Aufl. 2025, § 33 Rn. 5; Bunte/Bornkamm/Tolkmitt, § 33 GWB Rn. 73; Kersting/Meyer-Lindemann/Podszun/Kersting, 5. Aufl. 2025, GWB § 33 Rn. 9; Kersting/Podszun 9. GWB-Novelle/Kersting, 2017, Kap. 7 Rn. 5; Stancke/Weidenbach/Lahme/Grafunder/Stancke, Kartellschadensersatz, 2. Aufl. 2021, Kap. H Rn. 87; etwas zurückhaltender Wiedemann/Topel, Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 55 Rn. 63, die bei Verstößen gegen das Vollzugsverbot die „Betroffenheit der Wettbewerber und sonstigen Marktbeteiligten“ für „zweifelhaft“ hält, zugleich aber konzidiert: „Gegen einen grundsätzlichen Schadensersatzanspruch von Wettbewerbern und anderen Marktbeteiligten durch den Verstoß gegen eine Untersagungsverfügung lässt sich allerdings nach der Neuformulierung des Gesetzes nur schwer etwas einwenden [...]“; Lohse äußert sich in ihrer Neubearbeitung 2026 zu dieser Frage, soweit ersichtlich, nicht; Schulte/Just/Staebe GWB 2016, § 33 Rn. 5 („dürfte [...] als Gesetzesverstoß iSv § 33 anzusehen sein“); Busche/Röhling/Krohs, Kölner Komm KartellR, 2017, § 33 Rn. 46, 50. Im vorliegenden Zusammenhang weniger relevant ist der Umstand, dass tendenziell eher die Frage nach dem Bestehen eines Schadensersatzanspruchs (§§ 33 Abs. 1, 33 a Abs. 1 GWB) als nach einem – hier ohnehin weniger relevanten – Unterlassungsanspruchs (§ 33 Abs. 1 GWB) thematisiert wird.

GWB-Gesetzgeber hat in Bezug auf die Tatbestandsvariante des Gesetzesverstosses ausdrücklich das gesamte materielle Kartellrecht einschließlich der Vorschriften über die Fusionskontrolle (Verstoß gegen „Vorschriften dieses Teils“) in Bezug genommen. Der ganz herrschenden Literaturansicht ist daher zuzustimmen.

Es ist nicht zu erkennen, weshalb der Verstoß gegen Verfügungen des Bundeskartellamtes im Bereich der Fusionskontrolle anders zu behandeln wären, zumal § 33 Abs. 1 GWB die Variante des Verstoßes gegen eine kartellbehördliche Verfügung explizit aufzählt. Es überzeugt daher, dass einzelne Autoren zusätzlich und ausdrücklich festhalten, dass nicht nur der Verstoß gegen das (gesetzliche) Vollzugsverbot des § 41 Abs. 1 GWB, sondern auch gegen eine (behördliche) Untersagungsverfügung (§ 40 Abs. 2 S. 1 GWB) Beseitigungs- und Schadensersatzansprüche²¹ und – im Fall der Bestandskraft der Untersagungsverfügung – auch Unterlassungsansprüche auslösen können.²²

b) *Privatrechtsschutz gemäß §§ 33 Abs. 1, 33a Abs. 2 GWB im Fall des Verstoßes gegen Bedingungen und Auflagen.* Die Frage, ob neben dem Verstoß gegen eine fusionskontrollrechtliche Untersagungsverfügung auch der Verstoß gegen Bedingungen und Auflagen gemäß § 40 Abs. 3 GWB privatrechtliche Ansprüche auszulösen vermag, ist nur ganz vereinzelt (und dann wohl mit positivem Ergebnis) thematisiert worden.²³

Für die Einbeziehung dieser Konstellation spricht zunächst die inhaltliche Verwandtschaft mit der fusionskontrollrechtlichen Untersagungsverfügung. Nebenbestimmungen dienen dem Zweck, einen andernfalls wegen Wettbewerbsbedenken zu untersagenden Zusammenschluss genehmigungsfähig zu machen.²⁴ Sie sind darauf gerichtet, wirksamen Wettbewerb aufrechtzuerhalten.²⁵ Aus Sicht der Fusionsparteien sind sie die weniger einschneidende Verfügungsform im Vergleich zur Untersagung des Vorhabens im Ganzen. Damit lassen sich Nebenbestimmungen als Minus zur Untersagungsverfügung bezeichnen. Im Fall der Veräußerungsaufgabe könnte man von einer „Teiluntersagung“ sprechen.

Ebenfalls für die Subsumtion fusionskontrollrechtlicher Nebenbestimmungen unter § 33 Abs. 1 GWB spricht die Behandlung des parallelen Instruments der Verpflichtungszusagenentscheidung gemäß § 32b GWB sowie Art. 9 VO 1/2003, für die die Regelung betreffend die Verbindlicherklärung der fusionskontrollrechtlichen Verpflichtungszusagen Vorbild waren.²⁶ Soweit sich die Kommentarliteratur – eine gerichtliche Entscheidung dieser Frage ist nicht ersichtlich²⁷ – des Problems überhaupt annimmt, wird überwiegend davon ausgegangen, dass auch der Verstoß gegen eine Verpflichtungszusagenentscheidung gemäß § 32b GWB den Tatbestand des § 33 Abs. 1 GWB erfüllt.²⁸

Für die Gleichbehandlung von Verpflichtungszusagenentscheidungen iSv § 32b GWB und fusionskontrollrechtlichen Auflagen und Bedingungen sprechen die Ähnlichkeiten in materieller und verfahrensrechtlicher Hinsicht: Beide Verfügungsarten kommen in Betracht, wenn aus Sicht der Kartellbehörde wettbewerbliche Bedenken bestehen: Im erstgenannten Fall geht es um die Abstellung eines möglichen Verstoßes gegen das Kartell- oder das Missbrauchsverbot, im zweiten Fall geht es um die Verhinderung einer ansonsten drohenden erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs. Im Rahmen der Fusionskontrolle sind die Nachweisanforderungen an eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs sogar noch höher als bei Zusagenentscheidungen nach § 32b GWB: Während die Kartellbehörde in diesem Fall nur eine in tatsächlicher wie in rechtlicher

Hinsicht vorläufige Beurteilung vornehmen muss,²⁹ hat im Rahmen des fusionskontrollrechtlichen SIEC-Tests eine umfassende kontrafaktische Analyse zu erfolgen.³⁰ Die wettbewerblichen Gefahren, die mit fusionskontrollrechtlichen Zusagen adressiert werden, basieren damit tendenziell auf einer noch ausführlicheren Ermittlung; umso wichtiger ist deren effektive Umsetzung, was umso mehr dafür spricht, dass betroffene Marktteilnehmer gegen Verstöße auch mit Mitteln des Zivilrechts vorgehen können.³¹ Formell ähneln sich die beiden Instrumente insofern, als die Initiative von den späteren Adressaten der behördlichen Entscheidung auszugehen hat: Die von den Unternehmen gegenüber der Kartellbehörde abgegebenen Verpflichtungszusagen erklärt diese erst durch Erlass der Verfügung nach § 32b bzw. § 40 Abs. 3 GWB für verbindlich.

21 Bunte/Bornkamm/Tolkmitz, 14. Aufl. 2022, § 33 Rn. 73.

22 Bunte/Bornkamm/Tolkmitz, 14. Aufl. 2022, § 33 Rn. 66. Ohne diese Differenzierung Kersting/Podszun 9. GWB-Novelle/Kersting, 2017, Kap. 7 Rn. 5 (Fn. 2), der – beispielhaft – den Verstoß gegen das Vollzugsverbot als Tatbestandsvoraussetzung eines zivilrechtlichen Unterlassungsanspruchs nennt.

23 Busche/Röhling/Krohs, Kölner Komm KartR, 2017, § 33 Rn. 50 („Hierunter könnte man [...] Untersagungsverfügungen und die Auferlegung von Auflagen/Bedingungen in der Fusionskontrolle gemäß §§ 36, 40 GWB [...] zählen“).

24 Bunte/Kallfaß, § 40 GWB Rn. 32 (mwN.).

25 Bunte/Kallfaß, § 40 GWB Rn. 32.

26 Immenga/Mestmäcker/Wirtz, 7. Aufl. 2025, VO 1/2003 Art. 9 Rn. 3. Die Regelung Art. 9 VO 1/2003 war ihrerseits Vorbild für die deutsche Parallelnorm § 32b GWB, s. etwa Bornkamm FS Bechtold, 2006, 45.

27 Das OLG Celle 1.12.2022 – 13 U 49/22 (Kart) – Glasfasernetz = NZKart 2023, 34, konnte die Frage, ob sich betroffene Dritte auf gegenüber der Kartellbehörde abgegebene Verpflichtungszusagen berufen und zivilrechtliche Ansprüche gegen die Fusionsparteien geltend machen können, offenlassen. Ausdrücklich offengelassen hat es in Rn. 13 des Urteils die parallele Frage, ob Dritten im Falle des Verstoßes gegen eine Verbindlicherklärung nach § 32b Abs. 1 S. 1 GWB zivilrechtliche Ansprüche aus § 33 Abs. 1 GWB zustehen können (s. auch BeckOK KartellR/Hempel, 21. Ed. 1.7.2026, GWB § 33 Rn. 8.1).

28 Bornkamm FS Bechtold, 2006, 45, 55 f.; Bunte/Bornkamm/Tolkmitz, GWB, 14. Aufl. 2022, § 33 Rn. 74; Fuchs/Weitbrecht PrivKartellR-Durchs.-HdB/Fuchs, 1. Aufl. 2019, § 4 Rn. 131; Kersting/Meyer-Lindemann/Podszun/Kersting, Kartellrecht, 5. Aufl. 2025, § 33 GWB Rn. 10; MüKo WettbR/Spiecker, 4. Aufl. 2022, GWB § 32b Rn. 34 f.; Busche/Röhling/Podszun, Kölner Komm KartR, 2017, § 32b Rn. 52; Busche/Röhling/Krohs, Kölner Komm KartR, 2017, § 33 Rn. 50, 51 und 53, allerdings mit der überzeugenden Einschränkung, dass zusätzliche, das heißt nicht auf Beseitigung des mutmaßlichen Wettbewerbsverstosses gerichtete formelle Pflichten, die allein dem Zweck dienen, der Kartellbehörde die Überprüfung der Einhaltung zu erleichtern, vom Tatbestand des § 33b GWB auszunehmen sind. Im Erg. anders allerdings Immenga/Mestmäcker/Bach, 7. Aufl. 2024, GWB § 32b Rn. 28, mit dem bedenkenwerten Argument, dass die Verpflichtungszusagenentscheidung gemäß § 32b GWB keine Aussage darüber trifft, ob das von der Kartellbehörde beanstandete Verhalten einen Verstoß gegen das Kartell- oder Missbrauchsverbot darstellt und ob dieser durch die Zusagen beseitigt wird. Letztlich verneint Bach allerdings nicht das hier diskutierte Vorliegen eines Verstoßes gegen eine kartellbehördliche Verfügung, sondern das Tatbestandsmerkmal der Betroffenheit der Wettbewerber, Abnehmer und anderen Marktbeteiligten durch den Verstoß. Kritisch auch Kersting/Meyer-Lindemann/Podszun/Otto, 5. Aufl. 2025, GWB § 32b Rn. 16, der zivilrechtliche Ansprüche bei Verstößen gegen die Verfügung gemäß § 32b GWB offenbar für möglich hält, Schadensersatzansprüche allerdings verneint.

29 Auf diesen Punkt weist zutreffend Bach (Fn. 28) hin. Die Anforderungen an die vorläufige Beurteilung im Einzelnen sind strittig, ausf. etwa Becker, Kartellschadensersatz trotz Zusagenentscheidung, 2018, S. 36 ff. mwN.

30 Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, ABl. 2004 C 31/5 Rn. 9; Kommission, Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse, ABl. 2008 C 265/6 Rn. 20; Immenga/Mestmäcker/Thomas, 7. Aufl. 2025, GWB § 36, Rn. 6 ff.

31 Allg. zur Bedeutung des Kartellschadensersatzes für die wirksame Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts EuGH 28.1.2025 – C-253/23 – ASG 2, ECLI:EU:C:2025:40, Rn. 61 ff. mwN.; s. auch noch unten III.2.b)aa).

Festzuhalten ist, dass Verstöße gegen fusionskontrollrechtliche Bedingungen und Auflagen gemäß § 40 Abs. 3 GWB den Tatbestand des § 33 Abs. 1 GWB regelmäßig erfüllen.

III. Europäische Kommission als Kartellbehörde iSv § 33 Abs. 1 GWB

Umstritten ist die Frage, ob der Tatbestand des § 33 Abs. 1 GWB ausschließlich im Fall des Verstoßes gegen Verfügungen einer deutschen Kartellbehörde erfüllt ist oder ob die Vorschrift auch den Fall einer Zuwiderhandlung gegen Verfügungen der Europäischen Kommission umfasst. Während Wortlaut, Systematik und Genese der Vorschrift eine Interpretation des Begriffs der Kartellbehörde in § 33 Abs. 1 GWB im erstgenannten, engen Sinne nahelegen (1.), sprechen der europarechtliche Äquivalenz- und der Effektivitätsgrundsatz für eine erweiternde Auslegung des Tatbestandsmerkmals (2.).

1. Auslegung des Begriffs Kartellbehörde nach Wortlaut, Systematik und Genese des Gesetzes

a) *Grammatisch-systematische Auslegung.* Zwar ließe sich der Begriff „Kartellbehörde“ nach dem allgemeinen Sprachgebrauch unschwer auch auf die auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts handelnde Europäische Kommission erstrecken. Der Gesetzgeber definiert den Begriff der Kartellbehörde in § 48 Abs. 1 GWB aber explizit in der Weise, dass (ausschließlich) die dort aufgeführten deutschen Kartellbehörden umfasst sind.³² Die Europäische Kommission fällt nicht unter diese Definition.³³ Für die Maßgeblichkeit dieser Differenzierung spricht auch der Vergleich mit der Verwendung desselben Begriffs an anderen Stellen im GWB. Soweit der Begriff „Kartellbehörde“ in einem anderen Zusammenhang Verwendung findet, sind entweder und unzweifelhaft nur die deutschen Kartellbehörden gemeint (zB §§ 24 – 27 GWB; §§ 29, 30, 31a, 31b GWB etc.) oder der Gesetzgeber nennt ausdrücklich neben der Kartellbehörde auch die Europäische Kommission (§§ 21 Abs. 2 Nr. 3, 33b S. 1, 33h Abs. 6 Nr. 2, § 81 Abs. 9 GWB). Zudem definiert der Gesetzgeber in § 89e GWB noch einmal gesondert den Begriff der „Wettbewerbsbehörden im Sinne der §§ 33g und 89b bis 89d“.³⁴ Unter den Begriff der Wettbewerbsbehörde fallen danach nicht nur das Bundeskartellamt und die deutschen Landeskartellbehörden (Nr. 1 und 2), sondern auch die Europäische Kommission (Nr. 3) und sogar die Wettbewerbsbehörden der anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Nr. 4).

b) *Entstehungsgeschichte der Norm.* Der GWB-Gesetzgeber hat kartellbehördliche Verfügungen von Anfang an zur Grundlage zivilrechtlicher Ansprüche bestimmt; die ursprüngliche Anspruchsgrundlage war § 35 GWB aF. Der Gesetzgeber dürfte dabei zunächst allein an Verfügungen der deutschen Kartellbehörden gedacht haben. Dafür spricht zunächst der Umstand, dass die bereits in der Urfassung des GWB von 1957³⁵ enthaltene Bestimmung § 35 GWB aF gleichermaßen von einem Verstoß gegen Verfügungen „der Kartellbehörde oder des Beschwerdegerichts“ spricht. Mit letzterem war allein das damals für Rechtsmittel gegen Verfügungen des Bundeskartellamtes zuständige Berliner Kammergericht gemeint.³⁶ Insbesondere existierte die Europäische Kommission zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht.³⁷ Zudem schränkte der Gesetzgeber der Urfassung des GWB aus dem Jahr 1957 den Begriff der kartellbehördlichen Verfügung zusätzlich dadurch ein, dass es sich um eine Verfügung handeln musste, die „aufgrund dieses Gesetzes“ erlassen worden war. Auch diese (erst mit der Überführung der Regelung in den neuen § 33 GWB³⁸ gestrichene) Einschränkung verdeutlicht, dass der deutsche Gesetzgeber mindestens ursprünglich keinen Privatrechts-

schutz gegen Verfügungen der Europäischen Kommission gewähren wollte. Diese ist nämlich allein für die Anwendung des Unionsrechts, nicht des deutschen GWB zuständig.

2. Europarechtskonforme Auslegung des Begriffs Kartellbehörde im Rahmen von § 33 Abs. 1 GWB

Dennoch kommt eine erweiternde Auslegung des Begriffs Kartellbehörde in § 33 Abs. 1 GWB im Lichte des unionsrechtlichen Äquivalenzgebots in Betracht. In der Literatur wird das Problem diskutiert, überwiegend aber als praktisch irrelevant abgetan (a)). Dabei wird im Allgemeinen aber übersehen, dass die Frage in bestimmte Konstellationen, insbesondere der hier diskutierte Fall eines Verstoßes gegen eine von der Europäischen Kommission erlassene Nebenbestimmung zu einer fusionskontrollrechtlichen Freigabeverfügung, streitentscheidend ist. Es gilt daher, für die hier zur Beurteilung anstehende Konstellation unter Heranziehung allgemeiner Grundsätze eine Antwort zu finden (b)).

a) *Diskussionsstand in der Literatur.* Die Frage einer erweiternden Auslegung des Begriffs Kartellbehörde in § 33 Abs. 1 GWB im Lichte des unionsrechtlichen Äquivalenzgebots ist, soweit ersichtlich, noch nicht abschließend beantwortet. Einschlägige Rechtsprechung findet sich nicht. In der Literatur findet sich eine leichte Mehrheit von Stimmen, die davon ausgehen, dass der Tatbestand des § 33 Abs. 1 GWB auch im Fall des Verstoßes gegen eine Verfügung der Europäischen Kommission erfüllt ist.³⁹ Andere Autoren verneinen die Frage⁴⁰ oder verzichten auf eine Stellungnahme zu der Diskussion.⁴¹

Viele Autoren, darunter der Jubilar, erklären die Frage nach einer Einbeziehung von Verfügungen der Europäischen Kommission für praktisch irrelevant.⁴² Für eine unionsrechtskon-

32 S. nur FK-KartR/Roth/Weber, 112. Lfg., § 33 GWB Rn. 19.

33 S. nur Bechtold/Bosch, GWB, 11. Aufl. 2025, § 33 Rn. 8; Busche/Röhling/Krohs, Kölner Komm KartR, 2017, § 33 Rn. 54; Immenga/Mestmäcker/Franck, 7. Aufl. 2024, GWB § 33 Rn. 8.

34 Darauf weisen auch Bunte/Bornkamm/Tolkmitt, 14. Aufl. 2022, § 33 Rn. 67 hin.

35 Inkrafttreten am 1. Januar 1958.

36 Vgl. Rittner/Dreher/Kulka, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 8. Aufl. 2014, Rn. 1669.

37 Allerdings war mit der seit 1952 existierenden „Hohen Behörde“ der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS) mit Kompetenzen auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts einschließlich der Fusionskontrolle eine Art Vorläufer zunächst der EWG-Kommission und sodann der Europäischen Kommission im Amt. Dazu Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 2 Rn. 3 ff.

38 Erfolgt im Rahmen der 6. GWB-Novelle 1998.

39 ZB Alexander, Schadensersatz und Abschöpfung im Kartell- und Lauterkeitsrecht, 2010, S. 346 f.; Schulte/Just/Staeb, GWB, 2016, § 33 Rn. 9; Roth FS Huber, 2006, 1134, 1139 f.; Immenga/Mestmäcker/Franck, 7. Aufl. 2024, GWB, § 33 Rn. 4, 8; Berg/Mäsch, 5. Aufl. 2025, § 33 Rn. 8.

40 ZB Bunte/Bornkamm/Tolkmitt, GWB, 14. Aufl. 2022, § 33 Rn. 67; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/Rehbinder, Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, § 33 GWB Rn. 9 und 31.

41 Keine Stellungnahme findet sich etwa bei BeckOK KartellR/Hempel, 21. Ed. 1.7.2026, GWB § 33 Rn. 8; MüKo-GWB/Lübbig, 4. Aufl. 2025, § 33 Rn. 25. Unentschieden Kersting/Meyer-Lindemann/Podszun/Kersting, 5. Aufl. 2025, GWB § 33 Rn. 15.

42 Bechtold/Bosch, GWB, 11. Aufl. 2025, § 33 Rn. 8; genauso Immenga/Mestmäcker/Franck, 7. Aufl. 2024, GWB, § 33 Rn. 4, 8. Ähnlich Kamann/Ohlhoff/Völcker Kartellverfahren-HdB/Ulshöfer, 2. Aufl. 2024, § 26 Rn. 176; Kersting/Meyer-Lindemann/Podszun/Kersting, Kartellrecht, 5. Aufl. 2025, § 33 GWB Rn. 15; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/Rehbinder, Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, § 33 GWB Rn. 9; Berg/Mäsch, 5. Aufl. 2025, § 33 Rn. 8. Etwas enger Busche/Röhling/Krohs, Kölner Komm KartR, 2017, § 33 Rn. 54 („allenfalls für den praktisch weniger bedeutsamen Bereich konstitutiver Verfügungen der Kommission von Bedeutung.“); Immenga/Mestmäcker/K. Schmidt, EU-Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2019, VO 1/2003 – Anh. 2 Rn. 17 („kein rechtspolitisches Bedürfnis“, „jedenfalls im Bereich der Art. 101, 102 AEUV“, allerdings ohne nähere Angaben zu Bereichen außerhalb der genannten Vorschriften, zB der hier interessierenden Fusionskontrolle).

forme Auslegung der Vorschrift besteht nach dieser Lesart schon kein Bedürfnis. Auch ohne ihre Einbeziehung in den Kreis der von § 33 Abs. 1 GWB ausdrücklich umfassten Kartellbehörden stünden, so die Argumentation etwa von Bechtold, Verfügungen der Europäischen Kommission „im praktischen Ergebnis den Verfügungen deutscher Kartellbehörden gleich.“⁴³ Zur Begründung verweisen sie auf die Bindungswirkung von Entscheidungen der Europäischen Kommission gemäß Art. 16 VO 1/2003, außerdem auf § 33b GWB. Folge ist, dass im Fall der (bestandskräftigen) Feststellung eines Verstoßes gegen das Kartell- oder Missbrauchsverbot durch die Europäische Kommission ein Verstoß gegen Art. 101 und 102 AEUV für die deutschen Gerichte bindend feststeht und damit auf die Zuwiderhandlung gegen materielles Kartellrecht abgestellt werden kann.⁴⁴ Bornkamm fasst die praktischen Konsequenzen dieser Konstruktion folgendermaßen zusammen: „Eine Lücke im Rechtsschutz ergibt sich dadurch nicht.“⁴⁵

Davon unabhängig bestätigen allerdings sämtliche Autoren, die sich überhaupt mit der Frage beschäftigen, die Bedeutung des unionsrechtlichen Äquivalenzgrundsatzes⁴⁶ im Zusammenhang mit der Regelung in § 33 Abs. 1 GWB.⁴⁷ Speziell im Hinblick auf etwaige Verstöße gegen das Vollzugsverbot gemäß Art. 7 FKVO wird – teilweise ebenfalls mit Rücksicht auf den Äquivalenzgrundsatz – ein Rückgriff auf § 823 Abs. 2 BGB erwogen.⁴⁸

Die Einbeziehung jedenfalls der Art. 101 und 102 AEUV in den Tatbestand der Norm stützt die Annahme, dass es dem deutschen Gesetzgeber mit der Neufassung von § 33 Abs. 1 GWB ebenfalls darum ging, einen Gleichklang der Durchsetzungsmechanismen von deutschem und europäischem Wettbewerbsrecht zu erreichen.⁴⁹

Damit ist festzuhalten, dass die Literatur die grundsätzliche Beachtlichkeit des unionsrechtlichen Äquivalenzgrundsatzes auch in Bezug auf die hier zu beantwortende Frage nicht in Frage stellt. Einige Autoren bezweifeln aber die praktische Notwendigkeit, das Tatbestandsmerkmal Kartellbehörde zum Zwecke der Gleichbehandlung im Lichte des unionsrechtlichen Äquivalenzgrundsatzes erweiternd auszulegen.

b) *Fehlende wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der hier relevanten Konstellation.* Soweit ersichtlich, ignorieren diese Literaturvertreter allerdings Konstellationen wie den hier zu beurteilenden Verstoß gegen eine von der Europäischen Kommission auferlegte Nebenbestimmung zu einer Freigabeverfügung. In solchen Fällen droht der auf § 33 Abs. 1 GWB basierende Privatrechtsschutz auszufallen, weil sich das mutmaßliche Opfer der Rechtsverletzung nicht auf einen Verstoß gegen die in § 33 GWB ausdrücklich erwähnten Art. 101 und 102 AEUV berufen kann, vielmehr allein der Verstoß gegen eine von der Europäischen Kommission (nicht: einer deutschen Kartellbehörde) auf Grundlage der FKVO erlassene Verfügung in Rede steht. Solche Verfügung fällt aber weder unter die in Art. 16 VO 1/2003 noch unter die in § 33b GWB genannten Verfügungen. Bekanntlich erfasst die Kartellverfahrens-VO 1/2003 allein Verfügungen zur Durchsetzung von Art. 101 und 102 AEUV. Auch § 33b GWB spricht – genauso wie § 33 Abs. 1 GWB – ausdrücklich nur von der Feststellung eines Verstoßes gegen Vorschriften aus Teil 1 des GWB sowie gegen Art. 101 und 102 AEUV. Die FKVO wird auch hier ausgespart.

Damit kommt der Antwort auf die Frage, ob der unionsrechtliche Äquivalenzgrundsatz dazu zwingt, die Vorschrift § 33 Abs. 1 GWB so zu verstehen, dass Privatrechtsschutz auch bei einem Verstoß gegen Kommissionsentscheidungen besteht, die nicht in den Anwendungsbereich von Art. 16 VO 1/

2003 und § 33b GWB fallen, entscheidende praktische Bedeutung zu. Betroffen sind (neben Verstößen gegen Art. 9 VO 1/2003) ua auch Zuwiderhandlungen gegen fusionskontrollrechtliche Nebenbestimmungen.

aa) *Der unionsrechtliche Äquivalenzgrundsatz.* Nach dem Gleichwertigkeits- oder Äquivalenzgrundsatz dürfen die Verfahrensmodalitäten für die Durchsetzung unionsrechtlich gewährter Rechte nicht ungünstiger ausgestaltet sein als diejenigen für entsprechende, auf innerstaatlichem Recht beruhende Rechtsbehelfe.⁵⁰ Der EuGH leitet den Äquivalenzgrundsatz aus dem in Art. 4 Abs. 3 EUV verankerten Gebot der loyalen Zusammenarbeit ab.⁵¹ Adressaten dieses Grundsatzes sind unmittelbar die mitgliedstaatlichen Gerichte,⁵² weshalb man von einer „partiellen unionsrechtlichen Determinierung des Rechtsschutzes“ sprechen kann.⁵³ Praktische Folge ist das Gebot unionsrechtskonformer Auslegung und – bis zur contra-legen-Grenze – ggf. entsprechender Rechtsfortbildung.⁵⁴ Auf die Bedeutung des Äquivalenz- und zusätzlich des Effektivitätsgrundsatzes⁵⁵ speziell für die Ausgestaltung des privaten Rechtsschutzes bei Verstößen gegen das Unionskartellrecht hat der EuGH schon in der grundlegenden Courage-Entscheidung hingewiesen.⁵⁶ Der europäische Gesetzgeber hat beide Grundsätze in ErwGr. 11 der Kartellschadensersatzrichtlinie 204/2014/EU noch einmal betont.

43 Bechtold/Bosch, GWB, 11. Aufl. 2025, § 33 Rn. 8.

44 ZB Bunte/Bornkamm/Tolkmitt, GWB, 14. Aufl. 2022, § 33 Rn. 67; Bechtold/Bosch, GWB, 11. Aufl. 2025, § 33 Rn. 8. Kritisch zu dieser Argumentation Alexander, Schadensersatz und Abschöpfung im Kartell- und Lauterkeitsrecht, 2010, S. 347, nach dessen Ansicht in „seltenen“ Fällen „diese Lesart die Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts im Vergleich zum nationalen Kartellrecht erschwert.“

45 Bunte/Bornkamm/Tolkmitt, GWB, 14. Aufl. 2022, § 33 Rn. 67.

46 Allg. zum Äquivalenzgrundsatz im Zusammenhang mit dem Anspruch auf Kartellschadensersatz Hempel, Privater Rechtsschutz im Kartellrecht, 2002, S. 102 f.

47 ZB Kersting/Meyer-Lindemann/Podszun/Kersting, 5. Aufl. 2025, GWB § 33 Rn. 15; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/Rehbinder, Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, § 33 GWB Rn. 7: „Damit wird ein Gleichklang des individuellen Rechtsschutzes im deutschen und europäischen Kartellrecht hergestellt, der der Europäisierung des deutschen Kartellrechts und dem Grundsatz der Äquivalenz des individuellen Rechtsschutzes Rechnung trägt.“; Berg/Mäsch, 5. Aufl. 2025, § 33 Rn. 8.

48 Bechtold/Bosch, GWB, 11. Aufl. 2025, § 33 Rn. 5; Kamann/Ohlhoff/Völcker Kartellverfahren-HdB/Ohlhoff 1. Aufl. 2017, § 26 Rn. 8 (mit ausdrücklicher Erwähnung des Äquivalenzgrundsatzes in Fn. 14). Den Verstoß gegen Art. 7 FKVO aus dem Anwendungsbereich von § 33 Abs. 1 GWB ebenfalls ausnehmend, allerdings ohne Stellungnahme zur Konstruktion über § 823 Abs. 2 BGB Schulte/Just/Staabe, GWB, 2016, § 33 Rn. 8; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/Rehbinder, Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, § 33 GWB Rn. 30; Berg/Mäsch, 5. Aufl. 2025, § 33 Rn. 4.

49 Zu den praktischen Konsequenzen zB MüKo-GWB/Lübbig, 4. Aufl. 2022, § 33 Rn. 8 („einheitliche Rechtsprechung“, „einheitliche Interpretation“).

50 ZB EuGH 16.12.1976 – Rs. 33/76 – Rewe-Zentralfinanz = NJW 1976, 495, 496 Rn. 5; zahlreiche weitere Rechtsprechungsnachweise bei Heinze EuR 2008, 654, 668 in Fn. 89.

51 EuGH 27.6.2013 – C-93/12 – Agroconsulting-04, ECLI:EU:C:2018:853 = BeckRS 2013, 81290, Rn. 22.

52 Calliess/Ruffert/Kahl, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, EU-Vertrag (Lissabon) Art. 4 Rn. 89.

53 Grabitz/Hilf/Nettesheim/Schill/Krenn, Das Recht der Europäischen Union, 2018, EUV Art. 4 Rn. 102 (mwN), Hervorh. im Original.

54 Dies., ebd., Rn. 110. S. auch Herresthal EuZW 2007, 396: „Die Pflicht der Judikative, das mitgliedstaatliche Recht gemeinschaftsrechtskonform auszulegen, endet nicht an der Wortlautgrenze, sondern erstreckt sich auch in den Bereich der Rechtsfortbildung.“

55 Das mitgliedstaatliche Verfahrensrecht darf die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte „nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren“.

56 EuGH 20.9.2001 – C-453/99 – Courage = EuZW 2001, 715, 716 Rn. 29, dort findet sich auch das in der vorangehenden Fußnote wiedergegebene Zitat. S. zuletzt etwa EuGH 28.1.2025 – C-253/23 – ASG 2, ECLI:EU:C:2025:40, Rn. 61 ff.

bb) *Anwendung auf fusionskontrollrechtliche Nebenbestimmungen der Europäischen Kommission.* Es stellt sich damit vorliegend die Frage, ob eine Auslegung, wonach allein die in § 48 Abs. 1 GWB genannten deutschen Kartellbehörden unter den in § 33 Abs. 1 GWB verwendeten Begriff der Kartellbehörde fallen, in Widerspruch zum Äquivalenzprinzip steht. Zu erwägen ist nämlich eine Schlechterstellung von Verfügungen, die von der Europäischen Kommission auf der Grundlage von Art. 6 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 2 FKVO erlassen werden, im Vergleich zu Verfügungen des Bundeskartellamtes auf der Basis von § 40 Abs. 3 GWB. Ginge man von einem engen Verständnis des Begriffs Kartellbehörde in § 33 Abs. 1 GWB aus, könnten Drittbetroffene bei einem Verstoß der Fusionsbeteiligten gegen die von der Kommission verfügbaren Nebenbestimmungen zwar möglicherweise Schadensersatz verlangen – als Anspruchsgrundlage käme insofern § 823 Abs. 2 BGB in Betracht.⁵⁷ Für den Anspruch auf Unterlassung und Beseitigung ist solche Konstruktion allerdings nicht ersichtlich. Ausgeschlossen wären auch andere der einleitend genannten Erleichterungen der privaten Rechtsdurchsetzung wie beispielsweise die Möglichkeit der Bestimmung des Schadensersatzumfangs unter Berücksichtigung des Verletzungsgewinns (§ 33a Abs. 3 S. 2 GWB),⁵⁸ der Offenlegungsanspruch gemäß § 33g Abs. 1 GWB oder die für den Anspruchsteller besonders günstigen Verjährungsregeln gemäß § 33h GWB. In ihren Genuss kämen allein solche Drittbetroffenen, deren Beeinträchtigung auf die Verletzung von durch das Bundeskartellamt gemäß § 40 Abs. 3 GWB verfügbaren Nebenbestimmungen zurückzuführen ist. Diese Ungleichbehandlung erscheint umso weniger nachvollziehbar, als die Allokation von Zusammenschlussvorhaben zwischen Europäischer Kommission einerseits und nationalen Kartellbehörden andererseits zwar grundsätzlich bestimmten Regeln, insbesondere den Schwellenwerten in Art. 1 FKVO sowie dem sog. One-Stop-Shop-Prinzip („Prinzip der einzigen Anlaufstelle“⁵⁹) gemäß Art. 21 FKVO, folgt. Allerdings kann von dieser Zuordnung durch das Verweisungsregime gemäß Art. 4 Abs. 4 und 5, Art. 9 und Art. 22 FKVO in beide Richtungen aufgrund Ermessensentscheidung der zuständigen Kartellbehörden abgewichen werden. Aus Sicht der Drittbetroffenen haftet der Antwort auf die Frage, ob die Fusionsparteien gegen eine von der Kommission oder vom Bundeskartellamt verfügte Auflage verstoßen, damit in nicht wenigen Fällen etwas Zufälliges an. Damit legt das Äquivalenzprinzip im Hinblick auf die drohende Ungleichbehandlung von Nebenbestimmungen, die vom Bundeskartellamt erlassen wurden, einerseits und solchen Auflagen und Bedingungen, die von der Europäischen Kommission verfügt werden, andererseits, eine Einbeziehung der Europäischen Kommission in den in § 33 Abs. 1 GWB verwendeten Begriff der Kartellbehörde im Wege der analogen Anwendung der Norm nahe.

cc) *Sonderfall verhaltensbezogene Auflagen, die eine laufende Kontrolle erfordern?* Es stellt sich jedoch die Frage, ob das Äquivalenzprinzip bei jeder Art von Nebenbestimmung eine erweiterte Auslegung des Begriffs Kartellbehörde in § 33 Abs. 1 GWB, genauer: eine analoge Anwendung der Vorschrift verlangt. Möglicherweise bedarf es einer Differenzierung zwischen strukturellen und verhaltensbezogenen Auflagen. So ließe sich argumentieren, dass die zweitgenannte Art von Auflagen im deutschen Fusionskontrollrecht ohnehin ausgeschlossen ist. In der Tat dürfen sich fusionskontrollrechtliche Nebenbestimmungen gemäß § 40 Abs. 3 S. 2 GWB nicht darauf richten, die beteiligten Unternehmen einer laufenden Verhaltenskontrolle zu unterstellen. In seinem Leitfaden deutet das Bundeskartellamt ein Verständnis dieser Vorschrift dahingehend an, dass es Verhaltenszusagen, je-

denfalls solche, die eine laufende Kontrolle erfordern, gar nicht akzeptieren und für verbindlich erklären darf.⁶⁰ Die Abgrenzung zu erlaubten Auflagen fällt nicht leicht, weil das Bundeskartellamt durchaus bereit ist, auch bestimmte Arten von verhaltensbezogenen Zusagen zu akzeptieren. Das Amt selbst nennt etwa die Gewährung des Zugangs zu wichtiger Infrastruktur, die Erteilung von Lizenzen sowie den Zugang zu Know-how als mögliche Beispiele für akzeptable Zusagen.⁶¹

Im Fall *DB regio/üstra* hatte das Bundeskartellamt keine Bedenken gegen eine über neun Jahre laufende Pflicht der Fusionsparteien zur Durchführung diskriminierungsfreier Vergabeverfahren.⁶² Die Vereinbarkeit der Zusagen in diesem Fall mit der Vorgabe des § 40 Abs. 3 S. 2 GWB begründet das Amt mit dem Hinweis, dass „im Falle eines Verstoßes gegen die Verhaltenszusagen mit entsprechenden Beschwerden aus dem Markt zu rechnen war“ und somit eine laufende Verhaltenskontrolle „nicht erforderlich“ gewesen sei.⁶³ Zu diesem Gedanken passen die vorliegend angestellten Überlegungen: Soweit Drittbetroffene die Möglichkeit haben, die Nichteinhaltung von Fusionsauflagen mithilfe der in §§ 33 ff. GWB zur Verfügung gestellten Instrumente zivilrechtlich durchzusetzen, erscheint eine laufende Verhaltenskontrolle durch die Kartellbehörde entbehrlich.

Ein weiteres Beispiel dafür, dass das Bundeskartellamt durchaus bereit ist, mit der Begrenzung des § 40 Abs. 3 S. 2 GWB flexibel umzugehen, bildet das Zusammenschlussverfahren *Getinge/Heraeus*.⁶⁴ In diesem Fall hatte das Bundeskartellamt den Fusionsparteien aufgegeben, zugunsten des Vertriebs über unabhängige Fachhändler für die Dauer von zehn Jahren auf den Direktvertrieb bestimmter Produkte zu verzichten. Ebenfalls für verbindlich erklärte das Amt die Verpflichtungszusagen der Fusionsparteien, keinen ihre Wettbewerber benachteiligenden Einfluss auf die Fachhändler auszuüben.

Im Fall der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens durch Telekom Deutschland und EWE erklärte das Amt (gemäß § 32b GWB!) ua die Verpflichtungszusagen der Fusionsparteien für verbindlich, bestimmte strategische Abwehrmaßnahmen gegenüber anderen ausbauwilligen TK-Unternehmen zu unterlassen und Dritten einen diskriminierungsfreien Zugang zum neuen Netz zu gewähren.⁶⁵ Diese auf § 32b GWB beruhende Verpflichtungszusagenentschei-

57 Zur Bedeutung von Verwaltungsakten als „Rechtsfolgenanordnung kraft Verfahrens“ bzw. Konkretisierung einer Norm als Schutzgesetz iSv § 823 Abs. 2 BGB, MüKo-BGB/Wagner, 9. Aufl. 2024, BGB § 823 Rn. 606, unter Bezugnahme ua auf K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht – Kartellverwaltungsrecht – Bürgerliches Recht, S. 378 ff.

58 S. allerdings die Gesetzesbegründung der 7. GWB-Novelle (BT-Drs. 15/3640, S. 35), wonach die Regelung in dem heutigen § 33a Abs. 3 S. 2 GWB lediglich klarstellenden Charakter hat.

59 ErwGr. 8 der FKVO.

60 BKartA, Leitfaden Zusagen in der Fusionskontrolle, 30.5.2017, Rn. 26, abrufbar unter www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitfaden/Leitfaden%20-%20Zusagen%20in%20der%20Fusionskontrolle.html?nn=3590338. Näher zum Leitfaden Welzenbach NZKart 2018, 69 ff.

61 BKartA, Leitfaden Zusagen in der Fusionskontrolle, 30.5.2017, Rn. 77 ff.

62 BGH 7.2.2006 – KVR 5/05 – *DB regio/üstra*, WuW/E DE-R 1681, 1693.

63 BKartA, Leitfaden Zusagen in der Fusionskontrolle, 30.5.2017, Rn. 29.

64 BKartA 29.5.2002 – B4-171/01 – *Getinge/Heraeus*, WuW/E DE-V 669.

65 S. das „Angebot von Verpflichtungszusagen gemäß § 32b GWB der Telekom Deutschland GmbH und der EWE Aktiengesellschaft“ im Anhang zu BKartA 5.12.2019 – B7-21/18, S. 4 ff. und S. 17 ff., abrufbar unter www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Fusionskontrolle/2019/B7-21-18.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

dung berücksichtigte das Amt in der anschließenden fusionskontrollrechtlichen Entscheidung.⁶⁶ Der Bundesgerichtshof bestätigte dieses Vorgehen ausdrücklich: „Wird das Zusammenschlussvorhaben vor seiner Freigabe oder Untersagung durch eine Verfügung gemäß § 32b GWB geändert, ist das im Fusionskontrollverfahren zu berücksichtigen, auch wenn die für bindend erklärten Verpflichtungszusagen als Nebenbestimmungen zur Freigabe gemäß § 40 Abs. 3 GWB nicht zulässig gewesen wären.“⁶⁷ Mit anderen Worten: Indem das Bundeskartellamt, jedenfalls im Fall der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, Verhaltenszusagen mit mehrjähriger Laufzeit annehmen kann, um auf dieser Grundlage eine fusionskontrollrechtliche Freigabe zu erteilen, verschwimmen die Grenzen zwischen zulässigen und gemäß § 40 Abs. 3 GWB unzulässigen Auflagen noch weiter.

Damit ist festzuhalten: Eine trennscharfe Differenzierung zwischen Verpflichtungszusagen, die allein von der Europäischen Kommission akzeptiert werden (können), und solchen Zusagen, die keiner laufenden Verhaltenskontrolle bedürfen und daher auch vom Bundeskartellamt angenommen werden können, ist praktisch kaum durchführbar.⁶⁸ Selbst wenn man davon ausginge, eine solche Abgrenzung sei zu leisten, hätte das zur Folge, dass man den Äquivalenzgrundsatz in Bezug auf fusionskontrollrechtliche Nebenbestimmungen nur partiell zur Anwendung zu bringen müsste. So ließe sich theoretisch erwägen, dass die Regelung des § 33 Abs. 1 GWB nur insoweit greift, als die Europäische Kommission Verpflichtungszusagen erlässt, die auch vom deutschen Bundeskartellamt hätten erlassen werden können. Dieses Ergebnis erschiene aber schon im Hinblick auf die wünschenswerte Rechtssicherheit wenig befriedigend. Hinzu kommt, dass die wirksame privatrechtliche Durchsetzung der von der Europäischen Kommission verfüigten fusionskontrollrechtlichen Nebenbestimmungen aus Sicht des Unionsrechts gerade dann besonders wichtig erscheint, wenn eine laufende Verhaltenskontrolle erforderlich ist. In solchen Fällen dürfte zwar weniger der Äquivalenzgrundsatz, wohl aber der Anwendungsbereich des bereits erwähnten unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatzes⁶⁹ berührt sein. Dafür spricht auch der Umstand, dass die Europäische Kommission, in vielen, wenn nicht in den meisten Fällen, in denen sie Verhaltens-

zusagen akzeptiert, die Fusionsparteien zugleich zur Abgabe einer Schiedszusage drängt.⁷⁰ Sie bringt damit zum Ausdruck, welch großes Gewicht sie der effektiven privatrechtlichen Durchsetzung der Verpflichtungszusagen beimisst. In diesen Fällen erscheint es unter Effektivitätsgesichtspunkten besonders wichtig, dritte Marktteilnehmer mit dem Instrumentarium der §§ 33 ff. GWB auszustatten und so zur privaten Durchsetzung des Wettbewerbsrechts zu mobilisieren.⁷¹

IV. Ergebnis

1. Der unionsrechtliche Äquivalenzgrundsatz gebietet folgende Auslegung von § 33 Abs. 1 GWB: Auch Verstöße gegen Nebenbestimmungen, die die Europäische Kommission mit einer fusionskontrollrechtlichen Freigabeverfügung verbunden hat, fallen unter die Tatbestandsvariante „Verfügung einer Kartellbehörde“ in § 33 Abs. 1 GWB analog.
2. Damit steht den von dem Verstoß betroffenen Marktteilnehmern das Instrumentarium der §§ 33 ff. GWB (ua die Anspruchsgrundlagen §§ 33 Abs. 1 und 33a Abs. 1 GWB, die Regelung in § 33a Abs. 3 GWB, der Offenlegungsanspruch aus § 33g GWB sowie die Verjährungsregeln gemäß § 33h GWB) zur erleichterten privatrechtlichen Durchsetzung ihrer Ansprüche zur Verfügung.
3. Ob die konkret erlassene Verfügung auch von der jeweiligen deutschen Kartellbehörde, insbesondere dem an § 40 Abs. 3 GWB gebundenen Bundeskartellamt, hätte erlassen werden können, darf im Hinblick auf den unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz nicht maßgeblich sein. ■

66 BKartA, Pressemitteilung v. 30.12.2019, abrufbar unter www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2019/30_12_2019_DTAG-EWE.html?utm_source=chatgpt.com.

67 BGH 25.2.2025 – KVZ 64/21 – Telekom/EWE = NZKart 2025, 217, dritter aml. Ls.

68 Ausf. Immenga/Mestmäcker/Thomas, 7. Aufl. 2025, GWB § 40 Rn. 111 ff.

69 Oben III.2.b)aa).

70 Bien NZKart 2017, 549 f.; Pelikan, Schiedszusagen im europäischen und deutschen Kartellrecht, 2024, 42.

71 Allg. zu diesem Gedanken (aus der Perspektive des öffentlichen Rechts) Masing, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997, passim.