

**BGH KVZ 64/21(Telekom/EWE):  
Verhaltenszusagen mit struktureller Wirkung und  
das Verbot einer laufenden Verhaltenskontrolle**

**Daniel Zimmer**

**Telekom und EWE wollten in Nordwestdeutschland Glasfasernetze ausbauen und gründeten zu diesem Zweck ein Gemeinschaftsunternehmen. Sie meldeten dieses beim Bundeskartellamt an, das Amt eröffnete ein Verwaltungs- und ein Fusionskontrollverfahren (beide unter demselben Aktenzeichen).**

**Im Zuge dieser Doppelkontrolle brachte das Amt Wettbewerbsbedenken vor: Seine Schadenstheorie war u.a., dass der *Ausbauwettbewerb* zwischen Telekom und EWE durch das Vorhaben behindert werde. Die Unternehmen boten zur Ausräumung der Bedenken Verpflichtungszusagen an. Das Amt erklärte im Verfahren nach § 32b GWB die Zusagen für verbindlich, stellte das Verwaltungsverfahren ein und gab den Zusammenschluss frei.**

## **BGH Beschluss vom 25.2.2025, Leitsatz c:**

**„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. Darin liegt keine unzulässige Umgehung, wenn eine gemäß § 32b Abs. 1 Satz 3 GWB befristete Verfügung ein reversibles kooperatives Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen betrifft, das zum Auf- oder Ausbau einer Netzinfrastruktur gegründet worden ist, der aufgrund der Marktverhältnisse während des Befristungszeitraums ohne das Gemeinschaftsunternehmen weder im Wettbewerb noch durch einen Wettbewerber allein in entsprechendem Umfang zu erwarten wäre.“**

## **Einordnung:**

**Der Fall wirft die Frage auf, welche Art von Zusagen im *Fusionskontrollverfahren* berücksichtigt werden können.**

**Aus *Verhältnismäßigkeitsgründen* gibt es im *Verwaltungsverfahren* einen Vorrang für verhaltensbezogene Zusagen, während im *Fusionskontrollverfahren* aus *Effektivitätsgründen* strukturbezogenen Zusagen Vorrang zukommen soll.**

**Aber: beides sind keine zwingenden Regeln. Gegenbeispiele: Strukturzusage (Veräußerung) im *Kommissionsverfahren* gegen Eon (2008). Verhaltenszusage im *Fusionskontrollverfahren* Google/Fitbit der *Kommission* (2020).**

**Eine verbindliche Regel des Inhalts, in Verwaltungsverfahren gebe es nur Verhaltenszusagen, in Fusionskontrollverfahren nur strukturelle Zusagen, lässt sich aus der Praxis nicht herleiten.**

**Gegen eine derartige harte Regel spricht auch, dass es gar nicht möglich erscheint, eine klare Trennlinie zwischen beiden Arten von Zusagen zu ziehen. Zitat aus BGH DBRegio/Üstra (2005): „Auch Veränderungen der Marktstruktur können indessen regelmäßig nur über ein bestimmtes Verhalten der Unternehmen erreicht werden, so dass eine exakte Trennlinie zwischen der Beeinflussung von Wettbewerbsbedingungen und der Beeinflussung des Wettbewerbsverhaltens der unter diesen Bedingungen agierenden Unternehmen nicht zu ziehen ist [...]. Entscheidend ist daher weniger, ob auf das Verhalten der Unternehmen eingewirkt wird, als vielmehr die Frage, ob hierdurch ein struktureller Effekt erzielt wird, der hinreichend wirksam und nachhaltig ist, um eine Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen durch den Zusammenschluss zu verhindern oder zu kompensieren.“**

**Auch der jetzt vom BGH entschiedene Fall zeigt, dass die Abgrenzung von Verhaltens- und Strukturzusagen nicht immer leicht fällt. Telekom und EWE hatten eine Ausbauzusage abgegeben. Zudem hatten sie zugesagt, dass das Gemeinschaftsunternehmen *Dritten* diskriminierungsfrei die von ihm vermarkteten Vorleistungsprodukte zu den gleichen Konditionen wie den Muttergesellschaften anbieten werde.**

**Der zugesagte Ausbau war ein *Verhalten*, aber die damit verbundene Schaffung einer vergrößerten Infrastruktur könnte auch als Strukturelement gesehen werden. Die Zusage, Dritten Vorleistungsprodukte anzubieten, konnte auch als Verhaltenszusage verstanden werden; aber sie konnte dazu beitragen, dass Dritte in ihren Wettbewerbsmöglichkeiten ertüchtigt werden. Auch hier kann die Einordnung als verhaltens- oder strukturorientiert fraglich erscheinen.**

**Letztlich gibt es keine harte Regel, wonach bei der Zusammenschlusskontrolle ausschließlich strukturelle Zusagen in Betracht kämen. Auch der BGH geht offenbar nicht von einer solchen harten Regel aus. Und sie erschiene auch kontraproduktiv: Wenn im Einzelfall ein Verhalten das effektivere Mittel zur Sicherung der Wettbewerbsbedingungen ist, erschiene es verfehlt, stattdessen eine Strukturzusage zu fordern.**

**Die einzige harte Regel ist die des § 40 Abs. 3 Satz 2 GWB: „Die Bedingungen und Auflagen dürfen sich nicht darauf richten, die beteiligten Unternehmen einer laufenden Verhaltenskontrolle zu unterstellen.“**

**BGH KVZ 64/21(Telekom/EWE) Rn. 37 ff:**

**„Die Vorgehensweise, zunächst das Kartellverbotsverfahren durch eine befristete Verfügung gemäß § 32b GWB abzuschließen und sodann das Zusammenschlussvorhaben unter Berücksichtigung der im Kartellverbotsverfahren für verbindlich erklärten Verpflichtungszusagen ohne Nebenbestimmungen freizugeben, ist nicht in jedem Fall eine unzulässige Umgehung der für zulässige Nebenbestimmungen gemäß § 40 Abs. 3 GWB geltenden Einschränkungen.**

**Eine - unzulässige - Gesetzesumgehung kann vorliegen, wenn der Zweck einer zwingenden Rechtsnorm dadurch vereitelt wird, dass andere rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten verwendet werden...**

**Wird das Zusammenschlussvorhaben vor der Entscheidung über seine Freigabe oder Untersagung durch eine Verfügung gemäß § 32b GWB geändert, ist das aufgrund der Tatbestandswirkung der Verfügung im Fusionskontrollverfahren zu berücksichtigen, auch wenn die für bindend erklärten Verpflichtungszusagen als Nebenbestimmungen zur Freigabe gemäß § 40 Abs. 3 GWB nicht zulässig gewesen wären. Eine unzulässige Umgehung des § 40 Abs. 3 GWB liegt darin dann nicht, wenn eine gemäß § 32b Abs. 1 Satz 3 GWB befristete Verfügung ein reversibles kooperatives Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen betrifft, das zum Auf- oder Ausbau einer Netzinfrastruktur gegründet worden ist, der aufgrund der Marktverhältnisse während des Befristungszeitraums ohne das Gemeinschaftsunternehmen weder im Wettbewerb noch durch einen Wettbewerber allein in entsprechendem Umfang zu erwarten wäre.“**

**BGH zusammengefasst:**

**Jedenfalls dann keine Umgehung des § 40 Abs. 3 GWB, wenn**

**- befristete Verfügung**

**- reversibles Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen**

**- Auf- oder Ausbau einer Netzinfrastruktur durch das GU, der aufgrund der Marktverhältnisse während des Befristungszeitraums ohne das Gemeinschaftsunternehmen weder im Wettbewerb noch durch einen Wettbewerber allein in entsprechendem Umfang zu erwarten wäre.**

**Frage: In welchem Verhältnis stehen die drei Voraussetzungen?**

**Ist der Beschluss so zu verstehen, dass alle drei Voraussetzungen kumulativ vorliegen müssten?**

**Kann das richtig sein?**

**Wenn im weiteren Verfahren vor dem OLG festgestellt würde, dass der Ausbau der Anschlüsse im Kooperationsgebiet ohne das Gemeinschaftsunternehmen nicht zu erwarten gewesen wäre – müsste das nicht bedeuten, dass von vornherein keine Bedenken gegen das Zusammenschlussvorhaben bestehen?**

**Würde das nicht auch bedeuten, dass der Verbindlicherklärung der Zusage nach § 32b GWB die Grundlage fehlen würde? Und müsste das Bundeskartellamt nicht konsequenterweise die auf § 32b gestützte Verfügung – die Verbindlicherklärung der Zusage – aufheben, da keine Wettbewerbsbeschränkung im Raum stünde?**

**Diese Überlegungen legen den Schluss nahe, dass die drei vom BGH genannten Elemente nicht notwendigerweise kumulativ vorliegen müssen, um zur Unbedenklichkeit einer Freigabe zu kommen. Vielmehr könnten die Aussagen des Kartellsenats auch im Sinne eines beweglichen Systems verstanden werden, bei dem ein „Mehr“ bei einem Element ein „Weniger“ bei dem anderen kompensieren könnte.**

**Auch die *ersten beiden* Elemente zusammengenommen könnten ausreichen, um Wettbewerbsbedenken zu zerstreuen: Die Befristung der Entscheidung nach § 32b in Verbindung mit dem reversiblen Charakter des Gemeinschaftsunternehmens, so dass das Unternehmen nach Ablauf der Frist problemlos rückabgewickelt werden könnte.**

**BGH KVZ 64/21(Telekom/EWE):  
Verhaltenszusagen mit struktureller Wirkung und  
das Verbot einer laufenden Verhaltenskontrolle**

**Daniel Zimmer**