
Datum: 23.11.2022
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 1. Kartellsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: Kart 11/21 (V)
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2022:1123.KART11.21V.00

Tenor:

I. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin gegen den Beschluss des Bundeskartellamts vom 9. Dezember 2021 (Aktenzeichen: B6?37/21) wird verworfen.

II. Auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin wird der Beschluss des Bundeskartellamts vom 23. März 2022 (Aktenzeichen: B6?37/21 und B6?21/22) aufgehoben.

III. Die Beschwerdeführerin trägt die Gerichtskosten und die dem Bundeskartellamt in der Beschwerdeinstanz zur zweckent-sprechenden Erledigung der Angelegenheit entstandenen notwendigen Auslagen zur Hälfte. Das Bundeskartellamt trägt die Gerichtskosten und die der Beschwerdeführerin in der Beschwerdeinstanz zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit entstandenen notwendigen Auslagen zur Hälfte. Im Übrigen findet eine Auslagenerstattung nicht statt.

IV. Die Rechtsbeschwerde wird hinsichtlich der Entscheidung unter II. zugelassen; im Übrigen wird sie nicht zugelassen.

V. Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird auf 25.000 € festgesetzt.

Gründe

I.

1

2

Das Beschwerdeverfahren betrifft eine Entscheidung des Bundeskartellamts, mit der dieses festgestellt hat, dass die Übernahme der Beteiligten zu 2 durch die Beschwerdeführerin ein in Deutschland anmeldepflichtiges Zusammenschluss-vorhaben ist, sowie eine gesonderte Entscheidung über die Gebühren. 3

Die Beschwerdeführerin, die bis zum 21. Oktober 2021 als G. firmierte, ist die Konzernobergesellschaft der N. Gruppe, die zusammen mit ihren Tochtergesellschaften weltweit digitale Produkte, Internetdienstleistungen und Applikationen für Smartphones insbesondere im Bereich der Sozialen Medien sowie Produkte der Online Werbung entwickelt und betreibt. Zu den Produkten gehören insbesondere das soziale Netzwerk X., das Foto- und Video-Netzwerk X.1 sowie die Messenger Apps X.2 und X.3. Im Jahr 2020 erzielte der Konzern weltweit einen Umsatz von rund Euro, davon mehr als Euro in Deutschland. Rund ... % des weltweiten Umsatzes wurde durch Online?Werbung erzielt. 4

Die im Jahr 2015 gegründete Beteiligte zu 2, die ihren Hauptsitz in ... hat, betreibt einen weltweit verfügbaren Cloud-basierten CRM-Dienst (Customer Relationship Management-Dienst), der die Kunden der Beteiligten zu 2 – ausschließlich Unternehmen – bei der Kommunikation mit ihren Kunden, den Endverbrauchern, unterstützt. Sie bietet ihren Dienst als „Software as a Service“ (SaaS) an, d.h. der Dienst wird nicht lokal in der IT?Infrastruktur der Kunden der Beteiligten zu 2 betrieben, sondern online mit Zugangsmöglichkeiten für die Kunden. Die Software wird im Kundendienst der jeweiligen Unternehmen eingesetzt und unterstützt diese bei der Bearbeitung von Produktanfragen, der Planung von Lieferungen oder der Bearbeitung von Retouren fehlerhafter Produkte. Sie zeigt sämtliche Interaktion, die das Unternehmen mit einem einzelnen Endverbraucher hatte, also die Bestellhistorie, Rückerstattungen, Beschwerden und jegliche sonstige Kommunikation – unabhängig von dem Kommunikationskanal (Telefon, E-Mail, SMS, X.3 etc.) –, in einer Zeitleiste an. Neben den von Dritten angebotenen Kommunikationskanälen stellt die Beteiligte zu 2 mit dem L. einen eigenen Kanal zur Kommunikation der Unternehmen mit den Endverbrauchern zur Verfügung. Es werden nicht sämtliche verfügbaren Kommunikationskanäle von der Software unterstützt, z.B. nicht X.4, X.5, X.6 und X.7. Daten der Endverbraucher werden von der Beteiligten zu 2 verarbeitet, soweit einer ihrer Kunden die Software zur Kommunikation mit einem Endverbraucher nutzt oder die Daten eines Endverbrauchers auf einen Server der Beteiligten zu 2 hochlädt. Die Verarbeitung der Daten dient der Bereitstellung des oben dargestellten CRM?Dienstes. 5

Ihre Umsätze erzielt die Beteiligte zu 2 gegenwärtig ausschließlich mit Lizenzgebühren für die Nutzung ihrer Software, wobei die Lizenzierung auf Grundlage sogenannter „Seats“ erfolgt und jeder „Seat“ einem Vollzeit?Kundendienstmitarbeiter entspricht. Im Jahr 2020 betrug ihr Umsatz weltweit ... € und davon in Deutschland ... €. Sie hatte in jenem Jahr insgesamt ... Geschäftskunden, von denen ... in Deutschland ansässig waren, und zum 1. Januar 2022 insgesamt ... Geschäftskunden, davon ... in Deutschland. Diese ... Kunden hielten zusammengenommen Lizenzen für ... von ... insgesamt weltweit vergebenen „Seats“. Bezogen auf CRM-Software beträgt der Marktanteil der Beteiligten zu 2 in Deutschland ... %, bezogen auf CRM-Kundendienst-Software ... %. 6

Die Beteiligte zu 2 hat keine deutsche Tochtergesellschaft, keine deutsche Niederlassung, keine Vermögenswerte und keine Mitarbeiter in Deutschland. Ihre in Deutschland ansässigen Kunden werden von der in den Vereinigten Staaten ansässigen zentralen Vertriebsorganisation betreut, wobei ein Betreuungsangebot in deutscher Sprache nicht besteht. Die Beteiligte zu 2 bietet weder eine deutsche Sprachversion ihrer Software noch eine deutschsprachige Homepage an. In welchem Umfang Daten deutscher Endkunden im 7

System der Beteiligten zu 2 hinterlegt sind, ist streitig.

Die Beschwerdeführerin plante die vollständige Übernahme der Beteiligten zu 2 zu einem Kaufpreis von ... US-Dollar (rund ... € zum Wechselkurs am 7. Dezember 2021) und meldete dies unter anderem im Frühjahr 2021 bei der österreichischen Bundeswettbewerbsbehörde an. Diese stellte mit Schreiben vom 2. April 2021 den Antrag auf Verweisung des Verfahrens an die Europäische Kommission nach Art. 22 Abs. 1 FKVO, dem sich Deutschland nicht anschloss. Die Europäische Kommission gab dem Antrag am 12. Mai 2021 statt, woraufhin die Beteiligten den beabsichtigten Zusammenschluss am 25. Juni 2021 bei ihr anmeldeten. Am 27. Januar 2022 gab die Europäische Kommission den Zusammenschluss unter Auflagen frei.

Das Bundeskartellamt hat im Juli 2021 ein Verfahren zur Feststellung der Anmeldepflicht des Zusammenschlussvorhabens nach deutschen Fusionskontrollvorschriften eingeleitet und mit dem von der Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren angefochtenen Beschluss vom 9. Dezember 2021 (berichtigt durch Beschluss vom 10. Dezember 2021, im Folgenden insgesamt: Feststellungsbeschluss) die Anmeldepflicht der Übernahme der Beteiligten zu 2 durch die Beschwerdeführerin festgestellt. Das Bundeskartellamt ist der Auffassung, aus den gesetzlichen Regelungen über die Anmeldepflicht von Zusammenschlüssen ergebe sich eine Ermächtigungsgrundlage für einen die Anmeldepflicht feststellenden Verwaltungsakt. Der Zusammenschluss sei anmeldepflichtig, weil die Transaktionswertschwelle des § 35 Abs. 1a GWB erfüllt sei. Insbesondere sei die Beteiligte zu 2 in erheblichem Umfang im Inland tätig. Der Inlandsbezug der von ihr erbrachten Leistungen ergebe sich nicht nur aus den in Deutschland ansässigen Kunden, sondern auch aus den Datensätzen deutscher Endverbraucher, die von der Beteiligten zu 2 für ihre Kunden verarbeitet werden. Die Befragung der (im September 2021) ... in Deutschland ansässigen Kunden der Beteiligten zu 2 habe – so behauptet das Bundeskartellamt – ergeben, dass allein diese mit dem CRM-System der Beteiligten zu 2 mehr als ... deutsche Endkunden verwalten. Damit sei nach Auffassung des Amtes die Erheblichkeitsschwelle ohne Weiteres überschritten, da durch das Merkmal der Erheblichkeit nur marginale Tätigkeiten ausgeschlossen werden sollten.

Parallel zu der hiergegen eingelegten Beschwerde der Beschwerdeführerin meldeten die Beteiligten unter Verwahrung gegen das Bestehen einer Anmeldepflicht das Zusammenschlussvorhaben am 11. Januar 2022 beim Bundeskartellamt an. Mit Schreiben vom 11. Februar 2022 teilte dieses den Beteiligten formlos mit, dass das angemeldete Zusammenschlussvorhaben nicht die Untersagungsvoraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB erfülle. Am 15. Februar 2022 wurde der Zusammenschluss vollzogen. Mit Beschluss vom 23. März 2022, der sich sowohl auf das hier verfahrensgegenständliche Feststellungsverfahren (B6-37/21) als auch auf das Verfahren für die Anmeldung des Zusammenschlussvorhabens (B6-21/22) bezieht, (im Folgenden: Kostenbeschluss) hat das Bundeskartellamt den Beteiligten als Gesamtschuldner eine Gebühr von 25.000 € auferlegt. Auch gegen diese Entscheidung hat die Beschwerdeführerin Beschwerde eingelegt, über die mit Einwilligung des Bundeskartellamts ebenfalls in diesem Verfahren verhandelt wird. Die Gebühr hat sie gezahlt.

Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, dass sie trotz Freigabe und Vollzug des Zusammenschlusses weiterhin ein rechtliches Interesse an der Aufhebung des Feststellungsbeschlusses habe. Der Beschluss habe im Vergleich zur späteren Freigabeentscheidung eine überschießende Regelungswirkung und sei Grundlage des Kostenbeschlusses. Sollte der Senat die Beschwerde gegen den Feststellungsbeschluss für erledigt halten, wäre sie als Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde weiterhin zulässig. Es

bestehe Wiederholungsgefahr. Die Beschwerdeführerin sei ein Digitalkonzern und dementsprechend würden künftige Erwerbsvorgänge Unternehmen betreffen, die ebenfalls im Digitalsektor tätig sind und bei denen es üblich sei, Daten als reine Nebentätigkeit zu speichern oder zu verarbeiten. Sie habe daher ein Interesse an der Klärung der Frage, ob durch die Herkunft dieser Daten der in § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB geforderte Inlandsbezug begründet werden kann. Dies sei nach ihrer Ansicht nicht der Fall. Die Datenverarbeitung der Beteiligten zu 2 sei keine marktbezogene Tätigkeit. Im Übrigen komme es für die Frage, ob die Beteiligte zu 2 im Inland tätig ist, darauf an, wem gegenüber sie die von ihr ausgeübte Tätigkeit erbringt und wo die Leistungsempfänger ihren Sitz haben. Maßgeblich für die Erheblichkeit dieser Tätigkeit sei der Umsatz und nicht eine möglicherweise darüber hinausgehende Erwartung der Erwerberin. Aber auch wenn der – nur marginale – Inlandsumsatz nicht der alleinige relevante Indikator wäre, könne eine erhebliche Inlandstätigkeit der Beteiligten zu 2 nicht begründet werden. Die Anzahl der Datensätze deutscher Kunden sei hierfür kein geeignetes Kriterium. Im Übrigen sei die Ermittlung dieser Anzahl durch das Bundeskartellamt mangelhaft. Die Beschwerdeführerin schätze, dass von den weltweit ca. ... Endverbrauchern, deren Kommunikation mit Geschäftskunden der Beteiligten zu 2 monatlich über deren Software abgewickelt worden sei, lediglich ca. ... potenziell in Deutschland ansässig waren.

Der Kostenbeschluss sei rechtswidrig. Wäre das Bundeskartellamt zu dem aus Sicht der Beschwerdeführerin zutreffenden Ergebnis gekommen, dass der Zusammenschluss in Deutschland nicht anmeldepflichtig war, hätte es keine Gebühr erheben können. 12

Die Beschwerdeführerin beantragt, 13

- 1. den Feststellungsbeschluss vom 9. Dezember 2021 in der berichtigten Fassung vom 10. Dezember 2021 aufzuheben; 115

hilfsweise festzustellen, dass der angefochtene Feststellungsbeschluss vom 9. Dezember 2021 in der berichtigten Fassung vom 10. Dezember 2021 materiell rechtswidrig gewesen ist; 16

- 2. den Beschluss des Bundeskartellamts vom 23. März 2022 aufzuheben; 118

hilfsweise festzustellen, dass der Beschluss vom 23. März 2022 rechtswidrig gewesen ist. 19

Das Bundeskartellamt beantragt, 20

die gegen den Feststellungsbeschluss eingelegte Beschwerde als unzulässig zu verwerfen, hilfsweise zurückzuweisen; 21

die auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Feststellungsbeschlusses eingelegte Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde als unzulässig zu verwerfen, hilfsweise zurückzuweisen; 22

die Beschwerde gegen den Kostenbeschluss vom 23. März 2022 zurückzuweisen. 23

Das Bundeskartellamt hält die Beschwerde gegen den Feststellungsbeschluss für unzulässig, da die Beschwerdeführerin durch diesen nicht mehr beschwert sei. Auf die Höhe der mit dem gesonderten Kostenbeschluss festgesetzten Gebühr habe sich der Feststellungsbeschluss 24

nicht ausgewirkt. Ob ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse bestehe, sei zweifelhaft. Die Voraussetzungen für eine Wiederholungsgefahr lägen nicht vor. Die Beschwerdeführerin habe nicht dargelegt, dass in den kommenden drei bis fünf Jahren Zusammenschlussvorhaben in Betracht kommen, für die die angefochtene Entscheidung präjudizielle Wirkung hätte. Der Feststellungsbeschluss sei formell und materiell rechtmäßig. Die Datenverarbeitungstätigkeit der Beteiligten zu 2 sei eine erhebliche marktbezogene Tätigkeit im Inland. Das wettbewerbliche Potenzial der Inlandstätigkeit der Beteiligten zu 2 aus Sicht der Beschwerdeführerin werde durch die Umsätze nicht hinreichend reflektiert, sondern insbesondere auch durch den mit der Tätigkeit der Beteiligten zu 2 verbundenen Zugang zu den Unternehmenskunden und den von ihnen im System hinterlegten personenbezogenen Daten und Events. Die Daten hätten eine erhebliche Bedeutung für die Tätigkeit der Beschwerdeführerin auf dem Markt für Online-Werbung, auf dem der mögliche Personalisierungsgrad der Werbung wettbewerblich eine große Rolle spiele. Gegen den Kostenbeschluss könne sich die Beschwerdeführerin nur auf gebührenrechtliche Einwendungen berufen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die angefochtenen Beschlüsse sowie auf die Schriftsätze der Verfahrensbeteiligten nebst Anlagen Bezug genommen. 25

II. 26

Die Beschwerde hat lediglich mit ihrem gegen den Kostenbeschluss gerichteten Antrag zu 2 Erfolg, während sie mit dem gegen den Feststellungsbeschluss gerichteten Antrag zu 1 sowohl im Haupt- als auch Hilfsantrag bereits unzulässig und deshalb insoweit zu verwerfen ist. 27

1. Die Beschwerde gegen den Feststellungsbeschluss ist unzulässig, weil kein Rechtsschutzbedürfnis besteht. Denn die Beschwerdeführerin ist durch den angefochtenen Beschluss nach Anmeldung und Freigabe des Zusammenschlusses nicht mehr materiell beschwert [hierzu nachfolgend a)]. Der Hilfsantrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des angefochtenen Beschlusses ist ebenfalls unzulässig, da kein Fortsetzungsfeststellungsinteresse besteht [hierzu nachfolgend b)]. 28

a) Neben der in § 73 Abs. 2 GWB geregelten Beschwerdeberechtigung, deren Voraussetzungen vorliegend erfüllt sind, setzt die Zulässigkeit der Beschwerde voraus, dass die Beschwerdeführerin durch die angefochtene Entscheidung formell und materiell beschwert ist (vgl. BGH, Beschluss vom 10. April 1984, KVR 8/83, Rn. 16 bei juris; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. Juli 2019, VI?2 Kart 1/18 (V), Rn. 21 bei juris), wobei maßgeblich hierfür der Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung ist (vgl. BGH, Beschluss vom 5. Oktober 2010, KVR 33/09, Rn. 18 bei juris). Während die formelle Beschwerde bereits gegeben ist, wenn – wie hier – eine Entscheidung getroffen worden ist, die die Beschwerdeführerin im Verwaltungsverfahren abwenden wollte, setzt die materielle Beschwerde voraus, dass die Beschwerdeführerin durch die angefochtene Entscheidung in ihren wirtschaftlichen Interessen unmittelbar und individuell betroffen ist (vgl. BGH, Beschluss vom 30. März 2011, KVZ 100/10, Rn. 4 bei juris). 29

Eine solche Betroffenheit der Beschwerdeführerin liegt hier nicht vor. 30

aa) Nachdem die Beteiligten das Zusammenschlussvorhaben angemeldet haben, der Zusammenschluss mangels Einleitung eines Hauptprüfverfahrens innerhalb von einem Monat seit Anmeldung gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 GWB nicht mehr untersagt werden darf und 31

zwischenzeitlich sogar vollzogen ist, berührt die Feststellung der Anmeldepflicht die wirtschaftlichen Interessen der Beschwerdeführerin nicht mehr.

(1) Gegenteiliges ergibt sich entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin auch nicht aus der Regelung des § 40 Abs. 3a GWB, wonach die Freigabe widerrufen oder geändert werden kann, wenn sie auf unrichtigen Angaben beruht, arglistig herbeigeführt worden ist oder die beteiligten Unternehmen einer mit ihr verbundenen Auflage zuwiderhandeln. Diese Vorschrift ist im vorliegenden Fall nicht anwendbar. Die Korrekturmöglichkeiten des § 40 Abs. 3a GWB beziehen sich auf die Freigabebefugung im Sinne einer willentlich getroffenen Freigabeentscheidung der Behörde; dies ergibt sich bereits daraus, dass die Vorschrift eine kausale Beeinflussung des behördlichen Entscheidungsergebnisses im Hauptprüfverfahren erfordert (vgl. *Mestmäcker/Veelken* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2 GWB, 4. Aufl., § 40 Rz. 97 – 99). Das Bundeskartellamt hat indes keine Freigabebefugung erlassen, sondern die Untersagung des Zusammenschlusses dadurch ausgeschlossen, dass es kein Hauptprüfverfahren eingeleitet hat (§ 40 Abs. 1 Satz 1 GWB). 32

Im Übrigen trägt die Beschwerdeführerin ausdrücklich vor, dass die Tatbestandsvoraussetzungen des § 40 Abs. 3a GWB nicht erfüllt sind, sie also keine falschen Angaben gemacht und die Freigabe nicht arglistig herbeigeführt hat. Da sie nicht darlegt, dass zu befürchten wäre, dass dies vom Amt anders gesehen wird, und auch das Bundeskartellamt solches vorliegend nicht geltend macht, ist nicht ersichtlich, inwieweit eine Sanktionierung falscher Angaben oder arglistigen Verhaltens wirtschaftliche Interessen der Beschwerdeführerin berühren soll. 33

Aus diesem Grund ergibt sich eine fortdauernde materielle Beschwer durch die Feststellung der Anmeldepflicht auch nicht aus der Regelung des § 40 Abs. 2 Satz 4 Nr. 2 GWB, nach der bei unrichtigen Angaben eine Fortsetzung des Verfahrens auch nach Verstreichen der Monatsfrist für die Einleitung des Hauptprüfverfahrens möglich ist. 34

(2) Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die Anmeldepflicht in Deutschland habe zu einem Zeitverzug bei der Umsetzung des Vorhabens geführt und sei mit einem Aufwand auf Grund der Informationspflichten des § 39 Abs. 3 GWB verbunden gewesen, kann dies durch eine Beseitigung des Feststellungsbeschlusses nicht rückgängig gemacht werden, so dass sich auch unter diesen Gesichtspunkten kein wirtschaftliches Interesse an der Aufhebung der Entscheidung ergibt. 35

(3) Auch der Hinweis der Beschwerdeführerin auf die mögliche Verhängung eines Bußgeldes lässt nicht erkennen, dass sie durch den Fortbestand der Feststellung der Anmeldepflicht in ihren wirtschaftlichen Interessen unmittelbar und individuell betroffen wäre. Es ist nicht ersichtlich, wegen welchen Verstoßes ein Bußgeld in Betracht kommen sollte, das nicht auch dann verhängt werden könnte, wenn der Feststellungsbeschluss aufgehoben wird. Ein Verstoß gegen das Vollzugsverbot (§ 81 Abs. 2 Nr. 1 iVm § 41 Abs. 1 Satz 1 GWB) scheidet aus, da das Vorhaben angemeldet worden ist und innerhalb der Frist des § 40 Abs. 1 Satz 1 GWB keine Mitteilung über die Einleitung eines Hauptprüfverfahrens erfolgt ist. Denkbare Verstöße gegen das Verbot unvollständiger oder unrichtiger Angaben bei der Anmeldung von Zusammenschlussvorhaben (§ 81 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 Nr. 3 iVm § 39 Abs. 1 bzw. Abs. 3 Satz 5 GWB) wären bereits begangen und würden nicht dadurch entfallen, dass der Feststellungsbeschluss aufgehoben wird; im Übrigen stellt die Beschwerdeführerin ausdrücklich in Abrede, solche Verstöße begangen zu haben, und wird anderes auch vom Bundeskartellamt nicht geltend gemacht. 36

bb) Nicht durchgreifend ist ferner die Auffassung der Beschwerdeführerin, der Feststellungsbeschluss sei Grundlage für die im Kostenbeschluss festgesetzte Gebühr, durch die sie beschwert sei.

Insofern beruft sich die Beschwerdeführerin auf die Rechtsprechung des Senats (Beschluss vom 12. November 2008, VI?Kart 5/08 (V), Rn. 120), wonach es für den Gebührenanspruch nach (jetzt) § 62 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GWB nur auf den rechtlichen Bestand und nicht auf die Rechtmäßigkeit der ihm zugrunde liegenden kartellbehördlichen Verfügung ankomme und daher im Falle der Bestandskraft der Verfügung der Gebührenausspruch nicht mit dem Argument angegriffen werden könne, dass die korrespondierende Sachentscheidung rechtswidrig sei; ausgehend hiervon meint die Beschwerdeführerin, dass deshalb die Beseitigung der Sachentscheidung auch nach (hier streitiger) Erledigung der Hauptsache möglich sein müsse. 38

Hierin vermag der Senat der Beschwerdeführerin nicht zu folgen. Mit seiner in Bezug genommenen Rechtsprechung hat der Senat herausgestellt, dass die Gebührenfestsetzung nicht schon allein deshalb ihre Berechtigung verliert, dass die korrespondierenden Sachentscheidung zwar rechtswidrig, aber dennoch wirksam ist und fortbesteht; vielmehr ist die Gebührenfestsetzung auch in einem solchen Fall ausschließlich an gebührenrechtlichen Einwendungen zu messen, ohne dass eine von diesen losgelöste Rechtmäßigkeitskontrolle der zugrunde liegenden Hauptsacheverfügung stattfindet. Hieraus ergibt sich zugleich, dass allein das Kosteninteresse, die Gebühren für die als rechtswidrig gerügte Hauptsacheverfügung nicht tragen zu müssen, keine Beschwer darstellt, welche die Beschwerde gegen die fortbestehende Hauptsacheverfügung tragen kann. Zwar kann sich unter Umständen eine Rechtsschutzlücke ergeben, wenn einerseits die Hauptsacheverfügung nicht angefochten werden kann, weil sie für sich betrachtet keine Beschwer mehr darstellt, und andererseits die darauf gestützte Gebühr nicht mit der Begründung der Rechtswidrigkeit der Hauptsacheverfügung angegriffen werden kann. Ob dies hingenommen werden muss, ist allerdings nicht an dieser Stelle, sondern im Rahmen der Beschwerde gegen den Kostenbeschluss anhand der dafür vorgesehenen bzw. anerkannten gebührenrechtlichen Einwendungen zu prüfen. 39

b) Die Beschwerde ist auch mit dem Hilfsantrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Feststellungsbeschlusses nicht zulässig. 40

Nach § 76 Abs. 2 Satz 2 GWB kann die beschwerdeführende Partei die Rechtmäßigkeit der von ihr angegriffenen und zwischenzeitlich erledigten kartellbehördlichen Entscheidung nur dann gerichtlich klären lassen, wenn sie ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung hat. Hierfür genügt grundsätzlich jedes nach Lage des Falles anzuerkennende schutzwürdige Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Juli 2002, KVR 1/01, Rn. 24 bei juris; Senat, Beschluss vom 26. August 2020, VI?Kart 4/19 (V), Rn. 39 bei juris). 41

aa) Ein solch berechtigtes Fortsetzungsfeststellungsinteresse in Gestalt der Wiederholungsgefahr ist hier aber nicht dargetan. 42

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass Wiederholungsgefahr bestehe und sie deshalb ein Interesse an der Klärung der unklaren Rechtslage in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal der erheblichen Inlandstätigkeit gemäß § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB habe. Es seien gleichartige Zusammenschlussverfahren zu erwarten. Künftige Erwerbsvorgänge der Beschwerdeführerin würden Unternehmen betreffen, die – wie sie – im Digitalsektor tätig sind. In diesem Bereich sei es üblich, Daten als reine Nebentätigkeit zu speichern und zu verarbeiten. Nach der 43

Rechtsauffassung des Bundeskartellamts wäre der Erwerb solcher Unternehmen praktisch immer in Deutschland anmeldepflichtig, wenn der Gegenwert 400 Mio. € übersteigt und Endverbraucher Teil der Wertschöpfungskette sind. Wenn die Beschwerdeführerin die Rechtsauffassung des Bundeskartellamts auf Grund der erfolgten Anmeldung und Freigabe nicht zur gerichtlichen Überprüfung stellen könnte, würde ihr kein effektiver Rechtsschutz gewährt. Durch die Dauer des Kartellverwaltungsverfahrens habe sich die Beschwerdeführerin nicht in der Lage gesehen, rechtzeitig Rechtsschutz gegen den Feststellungsbescheid nachzusuchen, ohne den Zusammenschluss zu gefährden, und auch bei zukünftigen vergleichbaren Verfahren könnte das Bundeskartellamt sie durch Feststellung der Anmeldepflicht faktisch dazu zwingen, diese zu befolgen, bevor eine rechtliche Klärung möglich ist.

Dem vermag der Senat nicht zu folgen:

44

(1) Ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Behördenentscheidung kann bestehen, wenn eine Wiederholung der Behördenentscheidung zu erwarten ist oder wenn die Klärung der durch die Entscheidung entstandenen unklaren Rechtslage für den Beschwerdeführer im Hinblick auf sein künftiges Verhalten von unmittelbarem Interesse ist. Für Verfahren der Zusammenschlusskontrolle und dabei insbesondere Fälle der – hier freilich nicht gegebenen – Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens gilt, dass sich das Fortsetzungsfeststellungsinteresse auch aus der Präjudizierung eines entsprechenden, wenn auch derzeit noch nicht absehbaren Zusammenschlussvorhabens ergeben kann. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass Zusammenschlussvorhaben nach einer Untersagung durch das Bundeskartellamt aus wirtschaftlichen Gründen häufig aufgegeben werden und bei einem erneuten vergleichbaren Vorhaben wiederum mit einer Untersagung zu rechnen ist. Dadurch verringern sich zugleich die Chancen des von der Untersagung Betroffenen, im Rahmen künftiger Zusammenschlussvorhaben überhaupt als potenzieller Vertragspartner in Erwägung gezogen zu werden. Der in dieser Situation gebotene Rechtsschutz soll den Betroffenen dadurch gewährt werden, dass ein großzügigerer Maßstab an das Feststellungsinteresse angelegt wird. Voraussetzung ist aber, dass die Beurteilung des konkreten Zusammenschlussverfahrens eine Präjudizwirkung für zukünftig mögliche gleichartige Zusammenschlussverfahren hat. Nicht ausreichend ist das Interesse an der Klärung einzelner Fragen, die sich möglicherweise zukünftig erneut stellen könnten (vgl. zum Ganzen: BGH, Beschluss vom 5. Oktober 2010, KVR 33/09 – *EDEKA/Plus* – Rn. 20 ff. bei juris; Senat, Beschluss vom 26. August 2020, VI?Kart 4/19 (V) – *Erledigte Fusionsuntersagung* – Rn. 41 ff. bei juris). Für die hier gegenständliche Feststellung der Anmeldepflicht ist jedenfalls kein großzügigerer Maßstab anzulegen, da sie für die Betroffene weniger belastend ist als die Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens.

45

(2) Ausgehend von diesem Rechtsmaßstab ist bereits zweifelhaft, ob die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Aspekte grundsätzlich geeignet sind, ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse zu begründen. Ihr geht es nicht um die Bewertung des konkreten Zusammenschlussvorhabens oder ihrer Rolle in diesem Zusammenhang durch das Bundeskartellamt, sondern um die Klärung einer abstrakten Rechtsfrage.

46

Ob dies ausnahmsweise in den Fällen ausreichend ist, in denen absehbar ist, dass zukünftige, die Beschwerdeführerin betreffende Entscheidungen des Bundeskartellamts gerade von der Beantwortung dieser Rechtsfrage abhängen, braucht für den vorliegenden Fall nicht entschieden zu werden, da die Beschwerdeführerin nicht hinreichend dargelegt hat, dass Letzteres der Fall ist.

47

- (a) Gegen eine ausnahmsweise Zulassung der Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde zur Klärung einer Rechtsfrage spricht allerdings, dass häufig nicht von vornherein absehbar ist, ob die interessierende Frage überhaupt beantwortet werden muss, um die Rechtmäßigkeit der Behördenentscheidung zu beurteilen. Im vorliegenden Fall ist beispielsweise auch streitig, ob überhaupt eine Rechtsgrundlage für den Erlass einer feststellenden Verfügung besteht und in welchem Umfang Daten deutscher Endverbraucher durch die Beteiligte zu 2 verarbeitet werden. Sollte der Senat eine dieser Fragen im Sinne der Beschwerdeführerin beantworten, könnte er die Rechtsfrage, auf die die Beschwerdeführerin ihr Fortsetzungsfeststellungsinteresse stützt, offen lassen. 48
- (b) Im vorliegenden Fall ist ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse unter dem Gesichtspunkt einer Wiederholungsgefahr jedenfalls deshalb zu verneinen, weil die Beschwerdeführerin nicht hinreichend dargelegt hat, dass die Klärung der Rechtsfrage für sie im Hinblick auf ihr künftiges Verhalten von unmittelbarem Interesse ist. Der pauschale Vortrag, dass zukünftige Erwerbe der Beschwerdeführerin voraussichtlich Unternehmen betreffen werden, die Daten von Endverbrauchern verarbeiten, reicht hierfür nicht aus. Daraus ergibt sich nicht, dass die Beschwerdeführerin überhaupt in näherer Zukunft ein weiteres Unternehmen zu einem Preis von mehr als 400 Mio. € erwerben will, das einerseits in erheblichem Umfang Daten deutscher Endverbraucher verarbeitet, andererseits aber in allenfalls unerheblichem Umfang eigene Kunden oder Nutzer in Deutschland hat. Die bloß denkbare Möglichkeit, dass sich die Rechtsfrage zukünftig erneut stellt, genügt nicht, um ein unmittelbares Interesse an ihrer Klärung zu bejahen. 49
- bb) Soweit die Beschwerdeführerin den ihr durch die Anmeldung entstandenen Aufwand – wenn auch in anderem Zusammenhang – anspricht, wird vorsorglich angemerkt, dass sich ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Vorbereitung eines Amtshaftungsanspruchs ergibt. Dies würde unter anderem voraussetzen, dass die Beschwerdeführerin die Geltendmachung eines solchen Anspruchs konkret beabsichtigt, die Amtshaftungsklage also schon anhängig oder ihre alsbaldige Erhebung mit hinreichender Sicherheit zu erwarten ist (vgl. Senat, Beschluss vom 26. August 2020, VI?Kart 4/19 (V) – *Erledigte Fusionsuntersagung* – Rn. 61 bei juris). Eine solche Absicht wird jedoch weder von der Beschwerdeführerin vorgetragen noch ist sie sonst ersichtlich. 50
- cc) Eine Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung selbst dann, wenn – wie hier – die Entscheidung die Betroffene nicht mehr beschwert und auch kein berechtigtes Interesse an der Feststellung besteht, ist auch unter dem Gesichtspunkt der Gewährung effektiven Rechtsschutzes grundsätzlich nicht geboten. Eine Ausnahme hiervon sind gewichtige Grundrechtseingriffe von solcher Art, dass gerichtlicher Rechtsschutz dagegen typischerweise nicht vor Erledigungseintritt erlangt werden kann (vgl. hierzu etwa BVerfG, Kammerbeschluss vom 26. Januar 2021, 2 BvR 676/20, Rn. 31 bei juris mwN). Ein gewichtiger Grundrechtseingriff ist in der Feststellung der Anmeldepflicht eines Zusammenschlussvorhabens nicht zu sehen. 51
2. Die zulässige Beschwerde gegen den Kostenbeschluss, über die in entsprechender Anwendung der §§ 44, 91 Abs. 1 VwGO schon auf Grund der Einwilligung des Bundeskartellamts gemeinsam mit der Beschwerde gegen den Feststellungsbeschluss verhandelt und entschieden wird, ist hingegen begründet. Der Kostenbeschluss ist aufzuheben, weil das Bundeskartellamt zu Unrecht eine Gebühr gegen die Beteiligten festgesetzt hat. Zwar mögen die Voraussetzungen der vom Bundeskartellamt insofern zugrunde gelegten Gebührentatbestände des § 62 Abs. 1 GWB grundsätzlich erfüllt sein, jedenfalls soweit (a) man mit dem Amt die Feststellung der Anmeldepflicht gemäß § 39 Abs. 52

1 GWB eben auf diese Vorschrift als Ermächtigungsgrundlage stützt und die Feststellung deshalb als Amtshandlung aufgrund dieser Vorschrift ansieht (§ 62 Abs. 1 Nr. 2 GWB) und (b) die Beschwerdeführerin und die Beteiligte zu 2. ihr Zusammenschlussvorhaben angemeldet haben (§ 62 Abs. 1 Nr. 1 GWB). Gleichwohl durfte die Gebühr hier gemäß § 62 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 GWB nicht erhoben werden, da sie bei richtiger Behandlung der Sache nicht entstanden wäre. Im Einzelnen:

a) Der Senat ist bei der Überprüfung der Gebührenfestsetzung unter dem Gesichtspunkt einer unrichtigen Sachbehandlung nicht deshalb von vornherein an einer Rechtmäßigkeitskontrolle des zugrunde liegenden Feststellungsbeschlusses gehindert, weil er gleichzeitig die Beschwerde gegen den Feststellungsbeschluss wie auch die hilfsweise insoweit erhobene Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde als unzulässig verwirft. 53

aa) Dem steht insbesondere nicht der Gesichtspunkt einer Bestandskraft der Hauptsacheverfügung entgegen. Im Zeitpunkt der Entscheidung über die Beschwerde gegen den Kostenbeschluss ist die verwerfende Entscheidung über die Beschwerde gegen den zugrunde liegenden Feststellungsbescheid mangels Ablaufs der Rechtsmittelfrist noch anfechtbar und der angegriffene Feststellungsbescheid des Bundeskartellamtes deshalb noch nicht bestandskräftig. Unabhängig davon ergibt sich kein Anhaltspunkt für die Annahme, dass eine Bestandskraft der Hauptsacheverfügung deren inzidenter Rechtmäßigkeitskontrolle im Rahmen eines dies vorsehenden Einwands gegen die korrespondierende Gebührenfestsetzung entgegenstünde, wenn und soweit die Gebührenfestsetzung noch der Anfechtbarkeit unterliegt. Solches ist weder dem § 62 Abs. 4 GWB (wie auch dem parallel gelagerten § 21 Abs. 1 Satz 1 GKG) noch dem Kostenrecht im Übrigen zu entnehmen. Ebenso ist kein allgemeiner Rechtsgrundsatz ersichtlich, der für die Kontrolle von Gebührenentscheidungen unter dem Gesichtspunkt der unrichtigen Sachbehandlung eine Rechtmäßigkeitsüberprüfung der zugrunde liegenden Entscheidungen im Falle deren Unanfechtbarkeit untersagt. Nur beispielhaft sei insofern darauf verwiesen, dass auch Beweisbeschlüsse im Zivil- oder Verwaltungsprozess, die grundsätzlich nicht anfechtbar sind, gleichwohl nachträglich als unrichtige Sachbehandlung bewertet werden können, und zwar mit der Folge, dass die dadurch entstandenen Kosten gemäß § 21 Abs. 1 Satz 1 GKG nicht erhoben werden (vgl. etwa OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. Juni 2006, I?23 W 26/06; OLG Köln, Beschluss vom 3. Februar 2014, 26 WF 168/13). Der Gesichtspunkt der Anfechtbarkeit hat insofern allein Relevanz in Hinsicht darauf, ob die Gebührenentscheidung noch anfechtbar und die gesonderte Beschwerde hiergegen zulässig ist. 54

bb) Im Streitfall besteht auch keine Gefahr einer widersprüchlichen Beschwerdeentscheidung, wenn – wie hier – der Anfechtung des Feststellungsbescheides an sich wie auch in ihrem Fortsetzungsfeststellungsbegehren ein Erfolg versagt bleibt, im Rahmen der Überprüfung der korrespondierenden Gebührenentscheidung aber dennoch eine Rechtmäßigkeitskontrolle in Bezug auf die Hauptsacheverfügung stattfindet und womöglich zur Feststellung ihrer Rechtswidrigkeit führt. Dies gilt jedenfalls im – vorliegenden – Fall, dass das gegen die Hauptsacheverfügung gerichtete Anfechtungs- bzw. Fortsetzungsfeststellungsbegehren durch Prozessurteil verworfen wird. Denn hiermit bleibt zwar der Bestand der angegriffenen Verfügung unberührt, aber insofern findet eben keine Sachentscheidung statt, so dass die Hauptsacheverfügung allenfalls in ihrem Bestand, jedoch nicht inhaltlich bestätigt wird. 55

cc) Die vorgenannten Erwägungen stehen nicht im Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung des Senats. Nach der bereits angeführten Rechtsprechung des Senats (Beschluss vom 12. November 2008, VI?Kart 5/08 (V), Rz. 120) verliert die 56

Gebührenfestsetzung nicht schon allein deshalb ihre Berechtigung, weil die korrespondierende Sachentscheidung zwar rechtswidrig, aber dennoch wirksam ist und fortbesteht; vielmehr ist die Gebührenfestsetzung auch in einem solchen Fall ausschließlich an gebührenrechtlichen Einwendungen zu messen, ohne dass eine von diesen losgelöste Rechtmäßigkeitskontrolle der zugrunde liegenden Hauptsacheverfügung stattfindet. Dies bedeutet aber zugleich, dass die Rechtmäßigkeit der zugrunde liegenden Hauptsacheverfügung doch Relevanz für die Berechtigung der Gebührenfestsetzung haben kann, wenn und soweit eine gesetzlich vorgesehene oder anerkannte gebührenrechtliche Einwendung eine Rechtmäßigkeitskontrolle der zugrunde liegenden Hauptsacheverfügung erfordert. Dies ist eigens bei der vorliegenden Geltendmachung einer Gebührenfreiheit wegen unrichtiger Sachbehandlung in Betracht zu ziehen.

dd) Im Rahmen der gebührenrechtlichen Überprüfung steht einer Rechtmäßigkeitskontrolle der Hauptsacheverfügung die Erledigung der Hauptsachebeschwerde an sich nicht entgegen. Soweit nach der Rechtsprechung des Senats (Beschluss vom 12. November 2008, VI Kart 5/08 (V), Rz. 123) eine Gebührenfestsetzung auch dann bestehen bleibt, wenn die beschwerdeführende Partei der kartellbehördlichen Anordnung Folge geleistet und hierdurch die Erledigung ihrer Hauptsachebeschwerde herbeigeführt hat, ist dies lediglich dahin zu verstehen, dass die Erledigung der Hauptsacheverfügung *für sich genommen* kein Grund ist, einen Beschwerdeführer von der Gebührenpflicht für die von ihm befolgte kartellbehördliche Anordnung zu befreien (so Senat a.a.O.). Dies betrifft allein die Frage nach einer von gebührenrechtlichen Einwendungen losgelösten Maßgeblichkeit der Erledigung bzw. des Verfügungsvollzugs für die Gebührenfestsetzung, ohne in einem solchen Fall dem beschwerdeführenden Beteiligten gebührenrechtliche Einwendungen, insbesondere den Einwand der Gebührenfreiheit wegen unrichtiger Sachbehandlung nach § 62 Abs. 4 Nr. 2 GWB zu verkürzen oder gar abzuschneiden.

57

ee) Der Beschwerdeführerin ist es auch nicht deshalb verwehrt, sich im Rahmen des gebührenrechtlichen Einwands einer unrichtigen Sachbehandlung auf die vermeintliche Rechtswidrigkeit der Hauptsacheverfügung zu berufen, weil sie – anstatt dem Feststellungsbeschluss des Bundeskartellamtes nachzukommen – durch Inanspruchnahme von Eilrechtsschutz womöglich hätte verhindern können, dass ihre Hauptsachebeschwerde durch Wegfall der Beschwer unzulässig ist. Es ist kein plausibler Grund dafür ersichtlich, den Rechtsschutz gegen eine unberechtigte Gebührenfestsetzung in dem Fall zu begrenzen oder gar zu verwehren, in dem sich die Gebührenfreiheit aufgrund einer inzidenter Rechtmäßigkeitskontrolle der Hauptsacheverfügung ergibt, die selbst in der Sache aber keine materielle Beschwer mehr entfaltet, weil der Betroffene sie unter Verwahrung gegen das Bestehen einer Rechtspflicht befolgt hat. Insbesondere kann der Beschwerdeführerin nicht ohne Weiteres entgegengehalten werden, dass sie ohne den selbst bewirkten Verfügungsvollzug ihr Rechtsschutzziel, nicht mit der Verwaltungsgebühr belastet zu werden, auf einem einfacheren Weg, nämlich durch Aufhebung der Hauptsacheverfügung nebst auf ihr beruhender Gebührenfestsetzung im Hauptbeschwerdeverfahren hätte erreichen können. In Hinsicht auf das isolierte Begehren, nicht mit der Verwaltungsgebühr für die Feststellung der Anmeldepflicht und das Vorprüfverfahren belastet zu werden, stellt sich die Hauptsachebeschwerde gegenüber der Verfolgung gebührenrechtlicher Einwände mit der gesonderten und hierauf beschränkten Beschwerde gegen die Gebührenfestsetzung schon nicht schlechterdings als einfacherer, schnellerer oder billigerer Weg dar. Hiervon ist jedenfalls auszugehen, wenn – wie hier – die Gebührenfestsetzung gesondert und in Hinsicht auf ein weitergefasstes Amtshandeln sowie – wie hier die kartellbehördliche Sachbehandlung unter verschiedenen Aktenzeichen aufzeigt – in verschiedenen Amtsverfahren erfolgt und die Anfechtung einerseits der Hauptsacheverfügung und andererseits des Gebührenausspruchs

58

schon deshalb nicht einer deckungsgleichen Zulässigkeitsbeurteilung unterliegen. Dies gilt erst Recht, wenn – was hier gerade in Rede steht – die Zulässigkeit der Hauptsachebeschwerde womöglich nur durch Einlegung weiterer Rechtsbehelfe des Eilrechtsschutzes erhalten werden kann, weil ansonsten der Verfügungsvollzug und damit einhergehend der Wegfall der materiellen Beschwerde durch die Hauptsacheverfügung droht. Darüber hinaus begegnet es durchgreifenden Bedenken, ob im Entscheidungsfall ein Antrag auf gerichtliche Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 67 Abs. 3 Satz 3 GWB schon in Anbetracht des bloß feststellenden Regelungsgehalts der Hauptsacheverfügung, mit der lediglich die Geltung der gesetzlichen Anmeldepflicht nach § 39 GWB festgestellt wurde, erfolgsversprechend gewesen wäre.

ff) Die Hauptsacheentscheidung trotz ihrer womöglichen Erledigung im Rahmen gebührenrechtlicher Einwendungen auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen, unterläuft schließlich auch nicht die für das Erfordernis eines Fortsetzungsfeststellungsinteresses aufgestellten Grundsätze. Die Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde ermöglicht eine gerichtliche Sachentscheidung in Bezug auf eine Behördenentscheidung, durch die der Betroffene nicht mehr materiell beschwert ist. Ihre Zulässigkeitsvoraussetzungen beschränken sich auf diesen Anwendungsfall, ohne dass ein sachlicher Grund ihre weitergehende Beachtung für die Überprüfung von den Betroffenen weiterhin beschwerenden Nebenentscheidungen – hier der Gebührensatzung – gebietet, nur weil im Rahmen deren Kontrolle inzidenter eine Rechtmäßigkeitskontrolle der (erledigten) Hauptsacheverfügung erfolgt. 59

b) Die streitgegenständliche Gebühr hätte gemäß § 62 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 GWB nicht erhoben werden dürfen, da sie bei richtiger Behandlung der Sache nicht entstanden wäre. 60

Die Gebühr für die Anmeldung des Zusammenschlussvorhabens fällt dem Grunde nach zwar bereits durch die Anmeldung an, hängt also nicht davon ab, ob die anschließende Entscheidung des Bundeskartellamts im Vorprüfverfahren (und Hauptprüfverfahren) zutreffend ist oder nicht. Gleichwohl kann sie ursächlich auf eine unrichtige Sachbehandlung durch das Amt zurückgehen, etwa wenn das Amt die Zusammenschlussbeteiligten zu einer Anmeldung des Vorhabens gedrängt hat, obwohl eine Anmeldepflicht nicht bestand (vgl. *Lagemann* in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2022, § 62 GWB, Rn. 83). 61

So liegt der Fall hier. Durch den Feststellungsbeschluss hat das Bundeskartellamt die Beschwerdeführerin und die Beteiligte zu 2 zur Anmeldung ihres Zusammenschlussvorhabens gedrängt [hierzu nachfolgend aa)], obwohl eine Anmeldepflicht tatsächlich nicht bestand [hierzu nachfolgend bb)], wobei sich die rechtsfehlerhafte Entscheidung des Bundeskartellamtes gebührenrechtlich als unrichtige Sachbehandlung im Sinne des § 62 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 GWB erweist [hierzu nachfolgend cc)]. 62

aa) Indem das Bundeskartellamt die Pflicht zur Anmeldung des Zusammenschlussvorhabens durch Beschluss festgestellt hat, hat es die Beteiligten zur Anmeldung gedrängt. Es besteht kein Zweifel daran, dass die Beteiligten das Vorhaben ohne den Feststellungsbeschluss nicht in Deutschland angemeldet hätten. Sie haben das Vorhaben von sich aus in denjenigen Ländern angemeldet, bei denen sie der Auffassung waren, dass eine Anmeldepflicht bestehe, etwa in Österreich, sich hingegen bewusst gegen eine Anmeldung in Deutschland entschieden. Dies war aus Sicht des Bundeskartellamts gerade der Grund für eine förmliche Feststellung der Anmeldepflicht mit dem Ziel, den für gesetzwidrig gehaltenen Vollzug des Zusammenschlussvorhabens zu verhindern (vgl. Feststellungsbeschluss, Rn. 62, 77). Die Anmeldung erfolgte schließlich unter Verwahrung gegen das Bestehen einer entsprechenden 63

Pflicht. Vor diesem Hintergrund kann eine Ursächlichkeit des Feststellungsbeschlusses für das Entstehen der Gebühr der Anmeldung nicht mit der Begründung verneint werden, dass die Zusammenschlussbeteiligten auch auf andere Weise, z.B. durch die Inanspruchnahme von Eilrechtsschutz, auf den Feststellungsbeschluss hätten reagieren können. Denn auch wenn es andere Handlungsoptionen gegeben haben mag, war das Verhalten des Bundeskartellamts unzweifelhaft der maßgebliche Grund für die Anmeldung. Dies ist für die Zurechnung ausreichend. Ein unausweichlicher Zwang ist nicht erforderlich.

bb) Die Feststellung einer Anmeldepflicht für das Zusammenschlussvorhaben der Beschwerdeführerin und der Beteiligten zu 2. war indes von vornherein rechtsfehlerhaft.

64

Dabei kann offenbleiben, ob überhaupt eine gesetzliche Grundlage für die behördliche Feststellung einer Anmeldepflicht besteht. Denn diese Feststellung hätte bei richtiger Sachbehandlung jedenfalls deshalb nicht erfolgen dürfen, weil die Voraussetzungen für eine Anmeldepflicht nicht vorlagen. Der Zusammenschluss durch vollständige Übernahme der Beteiligten zu 2. durch die Beschwerdeführerin ist nicht anmeldepflichtig gemäß § 39 GWB, da die Anmeldepflicht nur für solche Zusammenschlüsse gilt, die gemäß § 35 GWB der Zusammenschlusskontrolle unterliegen (vgl. BT-Drs. 13/9720, S. 58), und die Voraussetzungen dieser Vorschrift nicht erfüllt sind. § 35 Abs. 1 GWB ist, wovon auch das Bundeskartellamt ausgeht, nicht einschlägig, da die Inlandsumsätze der Beteiligten zu 2. nicht über 17,5 Mio. € lagen. Entgegen der Ansicht des Amtes findet eine Zusammenschlusskontrolle aber auch nicht nach § 35 Abs. 1a GWB statt. Im Einzelnen:

65

(1) Nach der durch das Neunte Gesetz zur Änderung des GWB im Jahr 2017 neu eingeführten Regelung in § 35 Abs. 1a GWB finden die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle auch Anwendung, wenn 1. die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss insgesamt weltweit Umsatzerlöse von mehr als 500 Mio. € erzielt haben, 2. im Inland im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss ein beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von mehr als 50 Mio. € erzielt hat und weder das zu erwerbende Unternehmen noch ein anderes beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von jeweils mehr als 17,5 Mio. € erzielt haben, 3. der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss mehr als 400 Mio. € beträgt und 4. das zu erwerbende Unternehmen in erheblichem Umfang im Inland tätig ist. Im vorliegenden Fall fehlt es jedenfalls an einer erheblichen Inlandstätigkeit der Beteiligten zu 2.

66

Bei der Einführung des § 35 Abs. 1a GWB ging es dem Gesetzgeber ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung darum, im digitalen Zeitalter mit seinen rasanten technologischen Entwicklungen eine wirksame Fusionskontrolle sicherzustellen. Es sollte verhindert werden, dass junge innovative Unternehmen, die zwar mit ihren Geschäftsideen ein hohes Marktpotenzial und eine große wirtschaftliche Bedeutung für den Erwerber haben, mit ihrem Umsatz aber (noch) nicht den bislang maßgeblichen Schwellenwert erreichen, ohne Kontrolle durch die Kartellbehörde von großen, etablierten Unternehmen übernommen werden können. Aus diesem Grund wurde der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss von mehr als 400 Mio. €, der die große wirtschaftliche Bedeutung für den Erwerber widerspiegelt, als Kriterium für die Durchführung eines Fusionskontrollverfahrens eingeführt (vgl. BT-Drs. 18/10207, S. 39, 70 ff.). Um dem international geltenden Grundsatz Rechnung zu tragen, wonach ein Staat nur dann die Zuständigkeit für eine fusionskontrollrechtliche Prüfung für sich beanspruchen sollte, wenn die Fusion einen hinreichenden lokalen Bezug aufweist, wird als weitere Voraussetzung für eine Zusammenschlusskontrolle die erhebliche Inlandstätigkeit des zu erwerbenden Unternehmens gefordert (aaO, S. 74).

67

(2) Soweit die Beteiligte zu 2 im Ausland für ausländische Kunden Daten deutscher Endverbraucher verarbeitet, handelt es sich nicht um eine Inlandstätigkeit. Eine solche ist im vorliegenden Fall nur darin zu sehen, dass die Beteiligte zu 2 ihre Leistungen gegenüber in Deutschland ansässigen Kunden erbringt. Diese Tätigkeit hat jedoch keinen erheblichen Umfang.

68

(a) Eine Tätigkeit im Sinne des § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB wird an dem Ort erbracht, an dem ein Unternehmen am Marktgeschehen teilnimmt. Das ist bei einem Anbieter von Dienstleistungen derjenige Ort, an dem die Kunden bzw. Nutzer ansässig sind. Dieses Verständnis liegt auch dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zu Grunde. In dessen Begründung heißt es (aaO, S. 75): „Die Tätigkeit eines Unternehmens ist dem Ort zuzurechnen, an dem sich der Kunde befindet, also wo er seinen Standort hat. Denn dort findet in aller Regel der Wettbewerb mit alternativen Anbietern statt. Entscheidend ist der Ort der bestimmungsgemäßen Nutzung. Dieser Ort ist in der Regel derjenige, an dem die charakteristische Handlung des fraglichen Rechtsverhältnisses durchgeführt wird, also an dem beispielsweise die Dienstleistungen tatsächlich erbracht oder die Waren tatsächlich ausgeliefert werden.“ Auch das Bundeskartellamt geht in dem gemeinsam mit der österreichischen Bundeswettbewerbsbehörde aufgestellten Leitfaden betreffend die Transaktionswert?Schwellen (dort unter Rn. 72, Stand Januar 2022) unter Bezugnahme auf die vorgenannte Gesetzesbegründung davon aus, dass der Ort der bestimmungsgemäßen Nutzung – im Regelfall der Ort, an dem sich der Kunde befindet – maßgeblich ist. Dies entspricht auch der Anwendung des § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB, bei der für die Frage, ob von einem Unternehmen erzielte Umsätze als Inlandsumsätze anzusehen sind, unter Rückgriff auf die Regelung des Art. 5 Abs. 1 Unterabs. 2 FKVO darauf abgestellt wird, wo der Vertragspartner, mit dem diese Umsätze erzielt werden, ansässig ist (vgl. etwa Möller in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 101. Lieferung, 3/2022, § 35 GWB Rn. 22 mwN). Zwar hat der Gesetzgeber – wie ausgeführt – die Vorschrift des § 35 Abs. 1a GWB gerade deshalb eingeführt, weil die Umsätze nicht stets die Bedeutung eines Unternehmens widerspiegeln. Der Grund hierfür war allerdings, dass auch Kunden- oder Nutzerbeziehungen, mit denen keine Umsätze erzielt werden, für den Markt eine Rolle spielen können, und nicht eine grundsätzliche Änderung der Aufgreifkriterien dahingehend, nunmehr auch die Nachfrager der eigenen Kunden des zu erwerbenden Unternehmens als maßgeblich für den lokalen Bezug anzusehen.

69

Nicht entscheidend ist demnach, wo sonstige Personen, auf die die Tätigkeit des Unternehmens Auswirkungen hat oder haben könnte, ansässig sind. Dies wäre mit dem Wortlaut des § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB, der anders als § 185 Abs. 2 GWB – dessen Voraussetzungen zusätzlich erfüllt sein müssen (vgl. Thomas in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Auflage 2020, § 35 GWB Rn. 1; BT?Drs. 18/10207, S. 76) – nicht auf Auswirkungen, sondern auf Tätigkeit im Inland abstellt, nicht zu vereinbaren. Im Übrigen ging es dem Gesetzgeber bei der Einführung des Tatbestandsmerkmals der erheblichen Inlandstätigkeit auch gerade darum, ein für die Zusammenschlussbeteiligten mit wenig Schwierigkeiten zu beurteilendes Kriterium zu bestimmen (aaO, S. 75), was im Sinne der Rechtssicherheit für die beteiligten Unternehmen, die sich durch die bußgeldbewehrte Anmeldepflicht einem erheblichen staatlichen Eingriff ausgesetzt sehen, auch geboten ist (vgl. BGH, Beschluss vom 25. September 2007, KVR 19/07, Rn. 25 bei juris; Möller in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 101. Lieferung, 3/2022, § 35 GWB Rn. 24). Die Auswirkungen auf Dritte und insbesondere auch die Standorte sämtlicher von Datenverarbeitungsvorgängen betroffenen Personen lassen sich jedoch in vielen Fällen nicht leicht ermitteln. In diesem Zusammenhang kann es auch nicht darauf ankommen, ob – was hier streitig ist – in dem konkreten Fall, für den die Anmeldepflicht zu prüfen ist, die Zahl der

70

in Deutschland von Auswirkungen der Tätigkeit des Unternehmens betroffenen Personen leicht oder schwer zu ermitteln ist. Denn es würde ebenfalls zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen, wenn die Beantwortung der Frage, ob der Umfang der Auswirkungen auf in Deutschland ansässige Personen zu berücksichtigen ist, davon abhinge, mit wie großen Schwierigkeiten dessen Ermittlung verbunden ist. Es ergeben sich auch aus dem Gesetz keine Anhaltspunkte dafür, dass eine solche Unterscheidung gewollt ist.

Soweit das Bundeskartellamt darauf hinweist, dass es bereit ist, Vorabanfragen von Unternehmen betreffend die Anmeldepflicht von Zusammenschlussvorhaben zu beantworten, entbindet dies den Gesetzgeber nicht von der Pflicht, Eingriffstatbestände so zu fassen, dass für die Betroffenen vorhersehbar und mit vertretbarem Aufwand feststellbar ist, ob sie einschlägig sind. 71

(b) Danach wird die Tätigkeit der Beteiligten zu 2 nur insoweit im Inland erbracht, als deren Kunden bzw. Nutzer dort ansässig sind. Bei den Endverbrauchern handelt es sich nicht um Kunden oder Nutzer des Angebots der Beteiligten zu 2. 72

Allerdings ist dem Bundeskartellamt darin zuzustimmen, dass auch die Verarbeitung von Daten der Endverbraucher Teil der marktbezogenen Tätigkeit der Beteiligten zu 2 ist. Zwar mag diese ihre Umsätze nur durch Vergabe von Lizenzen erzielen. Die Inanspruchnahme der dadurch erworbenen Dienstleistungen der Beteiligten zu 2 setzt jedoch voraus, dass Daten der Endverbraucher durch die Beteiligte zu 2 verarbeitet werden, um jeweils die gesamte Kommunikation eines Kunden mit einem Endverbraucher in einer Zeitleiste zusammenzuführen. 73

Kunden oder Nutzer dieser Datenverarbeitung sind aber nicht die Endverbraucher, deren Daten betroffen sind, sondern nur die Unternehmen, mit denen die Beteiligte zu 2 in vertraglicher Beziehung steht. Denn diese und nicht die Endverbraucher treffen die Entscheidung, ob sie die Leistungen der Beteiligten zu 2 in Anspruch nehmen, was wiederum maßgeblich für den Erfolg der Beteiligten zu 2 im Wettbewerb mit anderen Anbietern und damit die Bedeutung der Tätigkeit der Beteiligten zu 2 ist. Ein Nutzungsverhältnis zwischen der Beteiligten zu 2 und den Endverbrauchern ergibt sich insbesondere nicht daraus, dass diese gegenüber ihren Vertragspartnern, den Kunden der Beteiligten zu 2, erklären, dass sie mit einer Verarbeitung ihrer Daten durch die Beteiligte zu 2 einverstanden sind. Auch in diesem Fall wird die (positive) Entscheidung über die Inanspruchnahme der Dienste der Beteiligten zu 2 durch deren Kunden und nicht durch die Endverbraucher getroffen. 74

Gegen die Annahme, die Betroffenen von Datenverarbeitungsvorgängen als für die Frage des lokalen Bezugs maßgebliche Nutzer anzusehen, spricht auch, dass sich andernfalls ein Wertungswiderspruch ergeben könnte. So ist nämlich anerkannt, dass bei sogenannten „reifen“ Märkten, also Märkten, auf denen die Unternehmen bereits ihr volles Potenzial entfalten können und die Umsätze daher durchaus die Bedeutung des Unternehmens für den Markt widerspiegeln, die Inlandsumsatzschwelle des § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB maßgeblich ist für die Frage, ob eine erhebliche Inlandstätigkeit im Sinne von § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB gegeben ist (vgl. *Wessely* in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, § 35 GWB Rn. 47 ff.; Leitfaden Transaktionswert-Schwellen, Rn. 82). Wird diese Schwelle in solchen Fällen nicht erreicht, unterliegt der Zusammenschluss nicht der deutschen Fusionskontrolle, auch wenn das zu erwerbende Unternehmen in erheblichem Umfang Daten deutscher Kunden verarbeitet und gerade deshalb von besonderem Interesse für den Erwerber ist. Ein sachlich gerechtfertigter Grund, demgegenüber „unreife“ Märkte anders zu behandeln und insoweit dennoch den Datenbestand als maßgebliches Kriterium zugrunde zu legen, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. 75

(c) Die gegenüber in Deutschland ansässigen Kunden erbrachte Tätigkeit der Beteiligten zu 2 hat keinen erheblichen Umfang. 76

(aa) Es ist schon fraglich, ob der Markt, auf dem die Beteiligte zu 2 tätig ist, nicht als „reifer“ Markt im Sinne der vorstehenden Ausführungen anzusehen ist, und deshalb die Inlandsumsatzschwelle des § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB von 17,5 Mio. € maßgeblich ist, die die Beteiligte zu 2 mit Inlandsumsätzen von rund ... € nicht erreicht. CRM?Dienstleistungen werden unstreitig bereits seit den 1980er Jahren angeboten und auch das SaaS?Segment existiert seit Ende der 1990er Jahre. Der Umstand, dass sich der Markt weiterhin im Wachstum befindet, bedeutet nicht, dass die erzielten Umsätze das Potenzial eines Unternehmens nicht widerspiegeln. Auch konkret bezogen auf die Beteiligte zu 2 ist nicht erkennbar, weshalb dies nicht der Fall sein sollte. Sie bietet ihre Leistungen nicht kostenlos an, sondern erzielt Umsätze mit der Vergabe von Lizenzen. Unstreitig ist es nicht ihr Geschäftskonzept, zukünftig Einnahmen auf andere Weise als durch Lizenzgebühren, etwa durch Werbung zu erzielen, und es gibt auch keine Anhaltspunkte dafür, dass sie ihre Lizenzen unter Wert vergibt, um Kunden an sich zu binden und zu einem späteren Zeitpunkt durch hinzubuchbare Angebote ihre eigentlichen Umsätze zu erzielen. 77

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass nach Auffassung des Bundeskartellamts die Höhe des Kaufpreises sich nicht allein durch die (weltweit) erzielten Umsätze rechtfertigen lasse und das Interesse der Beschwerdeführerin an dem Erwerb auch auf das zukünftige Erzielen von Werbeeinnahmen gerichtet sei. Denn für die Frage, ob ein Unternehmen in erheblichem Umfang im Inland tätig ist, ist – wie sich schon aus dem Gesetzeswortlaut und insbesondere der dort gewählten Zeitform ergibt – dessen aktuelle marktbezogene Tätigkeit maßgeblich und nicht darüber hinausgehende Pläne der Erwerberin nach vollzogenem Erwerb. 78

Letztlich kann dies aber dahinstehen, da auch dann, wenn auf andere Kriterien als die Inlandsumsätze abgestellt wird, eine erhebliche Inlandstätigkeit der Beteiligten zu 2 nicht festgestellt werden kann. 79

(bb) Ein aussagekräftiges Kriterium ist im vorliegenden Fall das Verhältnis, im dem der Umfang der Tätigkeit im Inland zum Umfang der Tätigkeit des Unternehmens insgesamt steht. Denn daran lässt sich am ehesten ablesen, inwieweit die Inlandstätigkeit von Bedeutung für den hohen Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss ist, der Ausgangspunkt für den Einstieg in die Prüfung des § 35 Abs. 1a GWB ist. Zwar geht die genannte Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung davon aus, dass sich eine Inlandsbezogenheit der Gegenleistung nicht leicht konkretisieren lasse (BT?Drs. 18/10207, S. 75). Wenn aber – wie im vorliegenden Fall – das zu erwerbende Unternehmen durch Dienstleistungen gegenüber Kunden seine Umsätze erzielt bzw. zukünftig erzielen will und sich der Kundenbestand und ggf. die mit den Kunden bereits erzielten Umsätze unproblematisch lokalisieren lassen, erscheint es sachgerecht, die Erheblichkeit der Inlandstätigkeit an deren Anteil festzumachen. 80

Im vorliegenden Fall ist dieser Anteil so gering, dass sich ohne Weiteres eine Unerheblichkeit der Inlandstätigkeit der Beteiligten zu 2 ergibt. Sie hatte in Deutschland im Jahr 2020 ... Geschäftskunden gegenüber ... Geschäftskunden, die das Unternehmen insgesamt hatte. Entsprechend entfiel von dem weltweiten Umsatz von ... € nur ein Betrag von ... € auf den in Deutschland erzielten Umsatz. Zum 1. Januar 2022 hat sich keine wesentliche Veränderung ergeben; von ... Geschäftskunden weltweit waren ... in Deutschland ansässig. 81

Hinzu kommt, dass die Beteiligte zu 2 ihre deutschen Kunden von Mitarbeitern in den Vereinigten Staaten betreuen lässt, dabei keine deutschsprachige Betreuung anbietet und es keine deutschsprachige Version ihrer Software gibt, was dafür spricht, dass der deutsche Markt aus Sicht der Beteiligten zu 2 jedenfalls derzeit keine große Bedeutung hat.

(cc) Ob auch der Marktanteil, den das zu erwerbende Unternehmen in Deutschland erreicht, ein geeigneter Indikator für die Erheblichkeit der Inlandstätigkeit sein kann, ist fraglich, da dieser in vielen Fällen nicht ohne große Schwierigkeiten zu ermitteln ist und im Übrigen bei Unternehmen mit innovativen Konzepten zumindest zu Beginn ihrer Tätigkeit nicht unbedingt deren Potenzial widerspiegelt. Letztlich braucht das hier nicht entschieden zu werden, da auch die in diesem Verfahren vorgetragene Marktanteile der Beteiligten zu 2 in Deutschland von ... % im Bereich der CRM-Software und von ... % bezogen auf CRM-Kundendienst-Software die Annahme einer erheblichen Inlandstätigkeit offensichtlich nicht rechtfertigen können. 83

(dd) Auch die Anzahl der (unmittelbaren) Kunden oder Nutzer in Deutschland kann unter Umständen eine Aussage über die Erheblichkeit der Inlandstätigkeit ermöglichen. Die bereits angesprochene Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung geht davon aus, dass die Bemessung der Aktivität in Deutschland und die dafür maßgeblichen Kriterien und Faktoren nicht einheitlich festgelegt werden können und beispielsweise je nach Branche oder Marktreife variieren; eine erhebliche Inlandstätigkeit sei etwa im Falle eines Anbieters einer Kommunikations-App für Smartphones gegeben, der alle Verbraucher anspreche und in Deutschland monatlich eine Million aktive Nutzer habe. 84

Es bedarf vorliegend keiner weiteren Ausführungen dazu, dass eine Zahl von ... Kunden im Bereich der CRM-Dienstleistungen die Annahme einer erheblichen Inlandstätigkeit nicht rechtfertigt. Gegenteiliges wird auch vom Bundeskartellamt nicht geltend gemacht. 85

(ee) Es wäre nicht sachgerecht und könnte von den Zusammenschlussbeteiligten nicht erwartet werden, die einzelnen Kunden oder Nutzer über deren Anzahl und ggf. die mit ihnen erzielten Umsätze hinaus noch nach weiteren Kriterien zu gewichten, etwa nach deren Umsätzen, deren eigener Inlandstätigkeit oder der Anzahl wiederum ihrer (im Inland ansässigen) Nachfrager. Diese Daten sind in vielen Fällen für die Zusammenschlussbeteiligten nicht oder nicht mit vertretbarem Aufwand zu ermitteln. Im Übrigen lässt sich aus der Bedeutung der Kunden nicht zwangsläufig die Erheblichkeit der Tätigkeit des zu erwerbenden Unternehmens ableiten, vor allem nicht, wenn mit diesen Kunden keine erheblichen Umsätze erzielt werden. 86

(ff) Soweit das Bundeskartellamt die bei der Beteiligten zu 2 anfallenden und zu verarbeitenden Datensätze der Endkunden als bedeutenden Wert des Unternehmens ansieht, ist dies schon deshalb fragwürdig, weil die Beteiligte zu 2 diese Daten nur in begrenztem Umfang, nämlich zur Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtungen ihren Kunden gegenüber, verwenden darf. Aber auch unabhängig davon kommt es nach § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB auf die Tätigkeit und nicht auf eventuell vorhandene Werte im Inland an. 87

(gg) Auch der Umfang der Datenverarbeitungstätigkeit der Beteiligten zu 2 sagt nichts darüber aus, in welchem Umfang die Beteiligte zu 2 auf dem Markt, auf dem sie am Marktgeschehen teilnimmt, tätig ist. Die Datenmenge mag einen Einfluss darauf haben, wie viele „Seats“ die Kunden der Beteiligten zu 2 benötigen und welche Umsätze deshalb mit diesen Kunden erzielt werden können, was bei der Prüfung oben unter (bb) bereits berücksichtigt wird. Darüber hinaus wäre die Datenverarbeitung als eigenständige Tätigkeit allenfalls dann relevant, wenn dadurch nach dem gegenwärtigen Geschäftskonzept der 88

Beteiligten zu 2 über die Lizenzgebühren hinaus weitere Umsätze erzielt werden sollen. Dies ist jedoch – wie bereits ausgeführt – nicht der Fall.

(d) Ob eine Inlandstätigkeit auch dann anzunehmen ist, wenn sich Einrichtungen oder Beschäftigte des Unternehmens im Inland, die Kunden oder Nutzer hingegen im Ausland befinden, braucht für den vorliegenden Fall nicht entschieden zu werden, da ein derartiger Inlandsbezug nach dem vom Amt nicht in Frage gestellten Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht gegeben ist. 89

cc) In der rechtsfehlerhaften Anwendung der §§ 39, 35 Abs. 1a GWB liegt schließlich eine unrichtige Sachbehandlung im Sinne des § 62 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 GWB. 90

Eine unrichtige Sachbehandlung im Sinne der genannten Vorschrift liegt im Ausgangspunkt vor, wenn sich das Verwaltungshandeln auf Grundlage des Sachverhalts, wie er sich der Kartellbehörde zum Zeitpunkt ihrer Entscheidung darstellte, als rechtsfehlerhaft erweist. 91

(1) Ob dies unter der Einschränkung zu verstehen ist, dass eine den Wegfall der Gebührenschild rechtfertigende unrichtige Sachbehandlung nur bei einem offensichtlichen und schwerwiegenden Gesetzesverstoß anzunehmen ist, ist allerdings umstritten. 92

In der Literatur wird teilweise die Meinung vertreten, dass nicht jede Unrichtigkeit zu einem Entfall der Gebührenpflicht führe, sondern vielmehr ein offensichtlicher und schwerwiegender Gesetzesverstoß vorliegen müsse (vgl. *Lagemann* in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2022, § 62 GWB Rn. 78; *Wirtz* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2020, § 80 GBW (a.F.) Rn. 14). Nach anderer Ansicht stelle jede rechtswidrige staatliche Maßnahme eine unrichtige Sachbehandlung in diesem Sinne dar, da eine Gebührenerhebung für rechtswidriges Verwaltungshandeln mit dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbar sei; gleiches gelte für rechtmäßiges Verwaltungshandeln, das durch rechtswidrige Maßnahmen (Aufforderung zur Anmeldung) veranlasst wurde (*Bracher* in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand: November 2014, § 80 GWB (a.F.) Rn. 20). 93

Die höchstrichterliche Rechtsprechung zu § 21 Abs. 1 Satz 1 GKG, wonach Gerichtskosten, die bei richtiger Behandlung der Sache nicht entstanden wären, nicht erhoben werden, geht davon aus, dass ein leichter Verfahrensverstoß in der Regel nicht ausreicht, um von der Erhebung von Kosten abzusehen; es müsse sich vielmehr um einen schweren Mangel im Sinne einer eindeutig und offenkundig unrichtigen Sachbehandlung handeln (vgl. BVerwG, Beschluss vom 25. Januar 2006, 10 KSt 5/05, Rn. 6 bei juris; BGH, Beschluss vom 24. Februar 2021, V ZR 45/20, Rn. 2; Beschluss vom 4. Mai 2005, XII ZR 217/04, Rn. 4 bei juris; Beschluss vom 10. März 2003, IV ZR 306/00, Rn. 4 bei juris). Teilweise wurden von der Rechtsprechung auch in solchen Fällen Kosten nach der genannten Vorschrift nicht erhoben, in denen die Feststellung der Fehlerhaftigkeit der kostenverursachenden Entscheidung einer ausführlichen Begründung bedurfte und der vorgenannte Maßstab jedenfalls nicht ausdrücklich zugrunde gelegt wurde (vgl. etwa VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 2. Oktober 2015, 9 S 1048/15, Rn. 26 bei juris; BVerwG, Urteil vom 27. August 2008, 6 C 32/07, Rn. 27 bei juris). 94

(2) Die Beschränkung auf offensichtliche und schwerwiegende Gesetzesverstöße begegnet bereits durchgreifenden Bedenken: 95

(a) Der Wortlaut des § 62 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 GWB legt (ebenso wie die Parallelvorschrift des § 21 Abs. 1 Satz 1 GKG) einen Willen des Gesetzgebers zu einer solchen Einschränkung nicht nahe. Im Gegenteil formuliert die Vorschrift die Voraussetzung für das Verbot einer 96

Gebührenerhebung ohne ersichtliche Einschränkung und Differenzierung dahin, dass die Gebühren „bei richtiger Behandlung der Sache nicht entstanden wären“. Der Wortlaut der Vorschrift ist somit denkbar weit gefasst. Dabei liegt es auf der Hand, dass dem Gesetzgeber Art und Gewicht der daran geknüpften Rechtsfolge, nämlich der Wegfall der Gebührenschuld, bewusst war; dennoch hat er keine tatbestandliche Einschränkung dieses Gebührenbefreiungsgrundes vorgesehen.

(b) Es ist auch schon im Grundsatz nicht einzusehen, weshalb ein Betroffener es hinnehmen muss, dass gegen ihn eine Gebühr festgesetzt wird, die auf einem Verwaltungshandeln beruht, das – wenn auch nicht offensichtlich, so doch aber letztlich – rechtfehlerhaft ist. Insbesondere in der Eingriffsverwaltung lässt sich nicht rechtfertigen, dass Betroffene neben der sich letztlich als unrichtig erweisenden Maßnahme auch noch die Erhebung einer Gebühr hierfür hinnehmen müssen mit der Begründung, dass das Verwaltungshandeln nur leicht fehlerhaft gewesen sei oder der Rechtsfehler nicht auf der Hand gelegen habe. 97

(c) Eine Beschränkung der Nichterhebung von Gebühren auf offenkundig und schwerwiegend fehlerhaftes Verwaltungshandeln lässt sich auch nicht damit rechtfertigen, dass andernfalls die Verwaltung in ihrem Handeln gehemmt wäre (so aber *Lagemann* in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2022, § 62 GWB Rn. 78). Dies mag im Hinblick auf Amtshaftungsansprüche zutreffen, bei denen die Verwaltungsbehörde mit möglicherweise erheblichen Forderungen konfrontiert werden kann. Solche Ansprüche setzen allerdings – anders als die Nichterhebung einer Gebühr – gemäß § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB ein Verschulden voraus, das bei vertretbarer Rechtsanwendung in der Regel nicht zu bejahen ist (vgl. *Papier/Shirvani* in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2020, § 839 Rn. 347). Dass sich hingegen Verwaltungsbeschäftigte in ihrem Handeln deshalb gehemmt fühlen könnten, weil sie für den Fall, dass sich ihr Verhalten als rechtfehlerhaft erweist, damit rechnen müssen, dass die für dieses Verhalten festgesetzte Gebühr aufgehoben wird, ist abwegig. 98

(d) Einer vollen rechtlichen Überprüfung der Ausgangsentscheidung lässt sich auch nicht generell entgegenhalten, dass dies allein zur Klärung der Rechtmäßigkeit einer Gebühr unverhältnismäßig wäre. Da für die Beurteilung der Richtigkeit des Verwaltungshandeln der der Behörde bei der Entscheidung bekannte Sachverhalt zu Grunde zu legen ist, muss für die Frage der Nichterhebung der Gebühr keine Beweisaufnahme durchgeführt, sondern nur die getroffene Entscheidung rechtlich bewertet werden. Dass dies durch die Beschränkung auf offenkundige und schwerwiegende Fehler zu einem erheblich geringeren Aufwand führen würde, ist nicht anzunehmen. Unter Umständen kann die Beschränkung auf offenkundige und schwerwiegende Fehler den Prüfungsaufwand sogar vergrößern, beispielsweise wenn unzweifelhaft ein Fehler vorliegt und allein fraglich ist, ob dieser als schwerwiegend oder lediglich als leicht zu bewerten ist. 99

(3) Unabhängig davon stellt es sich als offensichtlicher und schwerwiegender Gesetzesverstoß dar, die Geltung der Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle und damit eine Anmeldepflicht im Sinne des § 39 Abs. 1 GWB unter Überdehnung der Wortlautgrenzen und des Wortsinns des § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB auch für den vorliegenden Fall anzunehmen, indem man zur Subsumtion unter das gesetzliche Erfordernis einer erheblichen Inlandstätigkeit des zu erwerbenden Unternehmens (a) nicht auf das im Zeitpunkt des Zusammenschlusses aktuelle Geschäftskonzept des zu erwerbenden Unternehmens, sondern auf die Pläne der Erwerberin über eine eventuelle Umgestaltung des Geschäftskonzepts nach einem Zusammenschluss abstellt und unter diesem Blickwinkel (b) zur Gewichtung der marktbezogenen Inlandstätigkeit des zu erwerbenden Unternehmens 100

nicht auf dessen im Inland ansässige Kunden und deren Anzahl sowie Marktbedeutung und Umsatzbedeutung für das zu erwerbende Unternehmen, sondern darauf abstellt, in welchem Umfang das zu erwerbende Unternehmen zur Erbringung seiner Dienstleistungen an seine Kunden Daten deren in Deutschland ansässigen Nachfrager bzw. Endkunden verarbeitet.

Unerheblich ist insofern, dass die Berücksichtigungsfähigkeit der vom Bundeskartellamt – wie 101
soeben beschrieben – herangezogenen Kriterien zur Subsumtion unter das
Tatbestandsmerkmal der erheblichen Inlandstätigkeit gemäß § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB nicht
höchstrichterlich geklärt ist. Für die Bewertung von Gewicht und Erkennbarkeit bzw.
Eindeutigkeit des Gesetzesverstosses ist auf die vom Senat hier zugrunde gelegte Sichtweise,
aufgrund derer ein Gesetzesverstoß zu bejahen ist, abzustellen. Nur ausgehend von der
Bejahung eines im fraglichen Verhalten liegenden Gesetzesverstosses können dessen
charakterisierende Eigenschaften bzw. Merkmale im Einzelfall bewertet werden.

Ausgehend hiervon ist der beschriebene Gesetzesverstoß eindeutig und offenkundig wie 102
auch schwerwiegend. Wie im Einzelnen bereits zur Rechtmäßigkeit des
Feststellungsbescheides ausgeführt, kommt es für die tatbestandliche Inlandstätigkeit schon
nach dem insoweit eindeutigen Normwortlaut allein auf das im Zeitpunkt der
Behördenentscheidung praktizierte Geschäftskonzept des zu erwerbenden Unternehmens –
hier die Beteiligte zu 2 – und insofern allein auf den Ort der Tätigkeit des zu erwerbenden
Unternehmens, hingegen nicht darauf an, wo diese Tätigkeit örtlich gesehene Auswirkungen
entfalten kann. Ohne Zweifel hat die Beteiligte zu 2 im Zeitpunkt des
Feststellungsbeschlusses ihre Online-Dienstleistungen daher an dem Ort erbracht, an dem
ihre Kunden diese entgeltliche Dienstleistung nachfragten und nutzten. Zu diesen
Nachfragern der Beteiligten zu 2 gehörten indes nicht die Endkunden, die ihrerseits lediglich
Waren oder Leistungen von Kunden der Beteiligten zu 2 nachfragten. Soweit deren – im
Verfügungsbereich von Kunden der Beteiligten zu 2 vorhandenen – Daten Gegenstand von
Verarbeitungsprozessen im Rahmen der Leistungserbringung von der Beteiligten zu 2 an ihre
Nachfrager/Kunden waren, ist die Betroffenheit der Endkunden hierdurch unzweifelhaft als
bloße Auswirkung der marktbezogenen Tätigkeit der Beteiligten zu 2 gegenüber ihren
Nachfragern/Nutzern anzusehen. Zudem zeigt sich in dieser Auswirkung auch nicht im
Ansatz eine kartellrechtlich relevante Betroffenheit. Andere Gründe für die Annahme des
erforderlichen lokalen Bezugs als die Daten der Endkunden sind aus den oben im Einzelnen
dargelegten Gründen offensichtlich nicht gegeben. Wegen der Einzelheiten zu all dem wird
auf obige Ausführungen zur rechtsfehlerhaften Anwendung des § 35 Abs. 1a GWB im
Entscheidungsfall [Gliederungspunkt II. 2.b) bb)] Bezug genommen. In Anbetracht all dessen
lag es gleichsam auf der Hand, dass die Voraussetzungen einer Anmeldepflicht nicht
vorlagen.

III. 103

1. Die Kostenentscheidung folgt aus § 71 Satz 1 und 2 GWB. Danach kann das Gericht 104
anordnen, dass die Kosten, die zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit
notwendig waren, von einem Beteiligten ganz oder teilweise zu erstatten sind, wenn dies der
Billigkeit entspricht. Hat ein Beteiligter Kosten durch ein unbegründetes Rechtsmittel oder
durch grobes Verschulden veranlasst, so sind ihm die Kosten aufzuerlegen. Demnach tragen
die Beschwerdeführerin und das Bundeskartellamt die Gerichtskosten und die Auslagen der
jeweils anderen Seite jeweils zur Hälfte, da die Beschwerdeführerin nur einen der beiden
gegenständlichen Beschlüsse erfolgreich angefochten hat und eine unterschiedliche
Gewichtung der Beschlüsse unter den gegebenen Umständen nicht angemessen erscheint.
Eine Erstattung der Auslagen der Beteiligten zu 2, die in diesem Verfahren zwar auch

vertreten war, sich aber nicht aktiv beteiligt hat, entspricht hingegen nicht der Billigkeit.

2. Die Rechtsbeschwerde ist gemäß § 77 Abs. 2 Nr. 1 GWB lediglich hinsichtlich der Entscheidung betreffend den Kostenbeschluss, nicht jedoch hinsichtlich derjenigen über Feststellungsbeschluss zuzulassen, da nur im erstgenannten Fall eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden ist. 105

a) Eine Rechtssache hat grundsätzliche Bedeutung, wenn sie eine entscheidungserhebliche, klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfrage aufwirft, die sich in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen stellen kann und deswegen das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an der einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt, d.h. allgemein von Bedeutung ist. Klärungsbedürftig ist eine Rechtsfrage dann, wenn sie zweifelhaft ist, also über Umfang und Bedeutung einer Rechtsvorschrift Unklarheiten bestehen (BGH, Beschluss vom 8. November 2011, KVZ 14/11, Rn. 4 bei juris). 106

b) Im vorliegenden Fall ist die bislang nicht geklärte Rechtsfrage, ob bei dem Tatbestandsmerkmal der erheblichen Inlandstätigkeit gemäß § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB auch Kriterien herangezogen werden können, die zwar nicht nach dem aktuellen Geschäftskonzept des zu erwerbenden Unternehmens, aber nach den Plänen der Erwerberin für das Erzielen von Umsätzen im Inland von Bedeutung sind, entscheidungserheblich. Sollte dies bejaht werden, könnte der Kostenbeschluss nicht mit der Begründung des Senats aufgehoben werden. Die Rechtsfrage kann sich nach Einschätzung des Senats – wie auch der Beschwerdeführerin und des Bundeskartellamts – in einer Vielzahl von Fällen stellen und ist im Interesse der Vorhersehbarkeit des Bestehens einer Anmeldepflicht auch klärungsbedürftig. 107

c) Ob darüber hinaus auch der Prüfungsumfang bei einer Entscheidung nach § 62 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 GWB eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung ist, kann hier dahin stehen, da im Falle einer Einlegung der zugelassenen Rechtsbeschwerde gegen den Kostenbeschluss diese Entscheidung ohnehin insgesamt zur Überprüfung durch das Rechtsbeschwerdegericht steht. 108

d) In Bezug auf den Feststellungsbeschluss stellt sich hingegen keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung. Insbesondere ist nicht klärungsbedürftig, ob sich eine materielle Beschwer daraus ergibt, dass eine erledigte kartellbehördliche Verfügung noch die Grundlage für eine Gebührenentscheidung bildet. Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ergibt sich bereits, dass auch bei Erledigung der Hauptsache ein Wegfall der festgesetzten Verwaltungsgebühr bei Vorliegen zusätzlicher Umstände möglich ist (Beschluss vom 29. Oktober 1985, KVR 4/83, Rn. 8 bei juris). Dass aus einem Interesse an einer abweichenden Gebührenentscheidung kein Fortsetzungsfeststellungsinteresse in Bezug auf die Hauptsache hergeleitet werden kann, ergibt sich ebenfalls aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, nach der sich das Fortsetzungsfeststellungsinteresse auf die Sachentscheidung der Kartellbehörde beziehen muss (Beschluss vom 4. Oktober 1983, KVR 2/82, Rn. 41 bei juris). 109

3. Der Beschwerdewert ist gemäß § 50 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GKG, § 3 ZPO nach freiem Ermessen festzusetzen. Da zum Zeitpunkt der Begründung der Beschwerde der Zusammenschluss bereits freigegeben und vollzogen war, bemisst sich das Interesse der Beschwerdeführerin an der Aufhebung der angefochtenen Entscheidungen in Höhe der festgesetzten Gebühr von 25.000 €. 110

Gegen diese Entscheidung ist im Umfang ihrer Zulassung die Rechtsbeschwerde statthaft. Sie ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich beim Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen beim Oberlandesgericht Düsseldorf oder beim Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen zwei Monaten zu begründen. Diese Frist beginnt ebenfalls mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung und kann auf Antrag von dem Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Beschwerdeentscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Die Rechtsbeschwerdeschrift und die Rechtsbeschwerdebegründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein; dies gilt nicht für Rechtsbeschwerden der Kartellbehörden. Es gelten die Vorschriften der Zivilprozessordnung über den elektronischen Rechtsverkehr. 113

Soweit die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen worden ist, kann die Entscheidung nur aus den in § 77 Abs. 4 GWB genannten absoluten Rechtsbeschwerdegründen mit der Rechtsbeschwerde angefochten werden. Die Rechtsbeschwerde ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich beim Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen beim Oberlandesgericht Düsseldorf oder beim Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen zwei Monaten zu begründen. Diese Frist beginnt ebenfalls mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung und kann auf Antrag von dem Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Beschwerdeentscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Die Rechtsbeschwerdeschrift und die Rechtsbeschwerdebegründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein; dies gilt nicht für Rechtsbeschwerden der Kartellbehörden. Es gelten die Vorschriften der Zivilprozessordnung über den elektronischen Rechtsverkehr. 114

Gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde ist die Nichtzulassungsbeschwerde gegeben. Diese ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich beim Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Nichtzulassungsbeschwerde ist durch einen beim Oberlandesgericht Düsseldorf oder beim Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen zwei Monaten zu begründen. Diese Frist beginnt ebenfalls mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung und kann auf Antrag von dem Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Nichtzulassungsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein; dies gilt nicht für Rechtsbeschwerden der Kartellbehörden. Es gelten die Vorschriften der Zivilprozessordnung über den elektronischen Rechtsverkehr. 115
