



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

KVR 77/22

in der Kartellverwaltungssache

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: ja  
BGHR: ja  
JNEU: ja

Meta/Kustomer

GWB § 35 Abs. 1a Nr. 4; § 39 Abs. 1; VwVfG § 43 Abs. 2

- a) Das Bundeskartellamt ist befugt, eine Anmeldepflicht der Zusammenschlussbeteiligten nach § 39 Abs. 1 GWB durch Verfügung festzustellen.
- b) Melden die Zusammenschlussbeteiligten das Vorhaben aufgrund einer solchen Feststellungsverfügung an, erledigt diese sich nicht durch Anmeldung und Vollzug des Vorhabens, sofern die Beteiligten durch einen Kostenbescheid fortwirkend belastet sind.
- c) Ob das zu erwerbende Unternehmen nach § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB im Inland tätig ist, beurteilt sich ausgehend von seinen gegenwärtigen wettbewerblichen Aktivitäten und deren charakteristischer Eigenschaften danach, ob die Tätigkeit einen Bezug zum Inland aufweist, der generell geeignet sein kann, aufgrund des Zusammenschlussvorhabens wettbewerbliche Gefahrenlagen für im Inland belegene Märkte zu begründen.
- d) Die Auftragsdatenverarbeitung, die einen Zugang zu Daten von im Inland ansässigen Endkunden ermöglicht, kann eine wettbewerblich relevante Inlandstätigkeit in diesem Sinn sein.
- e) Die durch die Inlandstätigkeit mögliche Beeinflussung der Märkte erfordert zwar eine gewisse Mindestintensität im Sinn einer Spürbarkeit; an diese sind für die Anmeldepflicht aber keine hohen Anforderungen zu stellen.

BGH, Beschluss vom 17. Juni 2025 - KVR 77/22 - OLG Düsseldorf

ECLI:DE:BGH:2025:170625BKVR77.22.0

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. April 2025 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Roloff, den Richter Dr. Tolkmitt, die Richterinnen Dr. Picker und Dr. Holzinger sowie den Richter Dr. Kochendörfer

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde des Bundeskartellamts wird der Beschluss des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 23. November 2022 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil des Bundeskartellamts entschieden worden ist.

Die gegen den Beschluss des Bundeskartellamts vom 23. März 2022 gerichtete Beschwerde der Beteiligten zu 1 wird zurückgewiesen.

Die Anschlussrechtsbeschwerde der Beteiligten zu 1 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Beschwerde gegen den Beschluss des Bundeskartellamts vom 9. Dezember 2021 als unbegründet zurückgewiesen wird.

Die Kosten der Rechtsmittelverfahren einschließlich der notwendigen Auslagen des Bundeskartellamts trägt die Beteiligte zu 1.

#### Gründe:

- 1 A. Die Beteiligte zu 1 (im Folgenden: Meta) ist die Konzernobergesellschaft der Meta 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. Im Jahr 2020 erzielte der Konzern weltweit einen Umsatz von rund € , davon mehr als € in Deutschland. Rund des weltweiten Umsatzes erzielt Meta durch Online-Werbung.

2 Die im Jahr 2015 gegründete Beteiligte zu 2 (im Folgenden: Kustomer) betreibt einen weltweit verfügbaren cloudbasierten Dienst für das Customer Relationship Management (CRM), der ihre ausnahmslos gewerblichen Kunden bei der Kommunikation mit deren Kunden (letztere im Folgenden: Endkunden) unterstützt. Die Dienstleistung wird von Kustomer nicht lokal in der IT-Infrastruktur der Kunden erbracht, sondern ausschließlich in einer von Kustomer betriebenen Cloud, zu der die Kunden einen Online-Zugang erhalten (Software as a Service, der Dienst Kustomers im Folgenden: CRM-SaaS-Dienst). Die von Kustomer bereitgestellte Software unterstützt den Kundendienst der Unternehmenskunden unter anderem bei der Bearbeitung von Produktanfragen, der Planung von Lieferungen oder der Bearbeitung von Retouren. Kustomer führt hierzu sämtliche Datenbestände der Unternehmenskunden zusammen, die deren Endkunden betreffen, und zeigt alle Interaktionen, die das Unternehmen mit einzelnen Endkunden hatte, gebündelt - unabhängig davon, über welchen Kanal die Kommunikation erfolgt ist - in einer Zeitleiste an. Mit dem Kustomer Live-Webchat stellt Kustomer zudem einen eigenen Kanal zur Kommunikation mit den Endkunden zur Verfügung. Zur Bereitstellung des CRM-SaaS-Dienstes verarbeitet Kustomer die Daten der Endkunden, soweit die Unternehmenskunden diese auf einen Server von Kustomer zur Verwaltung hochladen oder die Software zur Kommunikation mit einem Endkunden nutzen.

3 Umsätze erzielt Kustomer ausschließlich durch die Einnahme von Lizenzgebühren für die Nutzung der Software. Im Jahr 2020 erzielte das Unternehmen einen weltweiten Umsatz von knapp €, wobei hiervon etwas mehr als € auf Deutschland entfielen. Kustomers Dienst nutzten 2020 weltweit

Unternehmenskunden, hiervon mit Sitz in Deutschland, am 1. Januar 2022 weltweit Unternehmenskunden, davon mit Sitz im Inland.

4 Meta beabsichtigte, sämtliche Anteile an Kustomer zu einem Kaufpreis von US-Dollar (rund € zum Wechselkurs am 7. Dezember 2021) zu erwerben, und meldete das Vorhaben im Frühjahr 2021 unter anderem bei der österreichischen Bundeswettbewerbsbehörde an. Die Europäische Kommission gab im Mai 2021 dem Antrag der österreichischen Behörde auf Verweisung des Verfahrens an die Kommission statt, woraufhin die Beteiligten im Juni 2021 eine Anmeldung bei der Europäischen Kommission vornahmen.

5 Das Bundeskartellamt leitete im Juli 2021 ein Verfahren zur Feststellung der Anmeldepflicht des Zusammenschlussvorhabens nach der deutschen Fusionskontrolle ein und stellte mit Beschluss vom 9. Dezember 2021 (im Folgenden: Feststellungsverfügung) die Anmeldepflicht der Beteiligten im Hinblick auf das geplante Zusammenschlussvorhaben fest. Am 11. Januar 2022 meldeten die Beteiligten das Vorhaben beim Bundeskartellamt unter Verwahrung gegen die Anmeldepflicht an. Nachdem die Europäische Kommission das Fusionsvorhaben am 27. Januar 2022 unter Auflagen freigegeben hatte, teilte auch das Bundeskartellamt den Beteiligten am 11. Februar 2022 formlos mit, dass das Vorhaben die Untersagungs Voraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB nicht erfülle, woraufhin die Beteiligten den Zusammenschluss vollzogen. Mit Beschluss vom 23. März 2022 setzte das Bundeskartellamt gegen die Beteiligten für beide Verfahren eine Gebühr von 25.000 € als Gesamtschuldner fest (im Folgenden: Kostenbeschluss).

6 Meta hat gegen die Feststellungsverfügung am 14. Dezember 2021, gegen den Kostenbeschluss am 20. April 2022 Beschwerde eingelegt. Nach Verbindung der Verfahren hat das Oberlandesgericht die Beschwerde gegen den

Feststellungsbeschluss verworfen und den Kostenbeschluss aufgehoben. Gegen die Aufhebung des Kostenbeschlusses wendet sich das Bundeskartellamt mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde. Mit der Anschlussrechtsbeschwerde verfolgt Meta die Anfechtung der Feststellungsverfügung weiter und begehrt hilfsweise die Feststellung deren Rechtswidrigkeit.

7           B.       Die zulässige Rechtsbeschwerde des Bundeskartellamts ist begründet. Die zulässige Anschlussrechtsbeschwerde der Beteiligten zu 1 bleibt in der Sache hingegen ohne Erfolg.

8           I.       Das Beschwerdegericht (WuW 2023, 37) hat seine Entscheidung wie folgt begründet: Die Beschwerde gegen die Feststellungsverfügung sei unzulässig, weil es nach Anmeldung und Vollzug des Zusammenschlussvorhabens wegen Erledigung der Hauptsache an einer materiellen Beschwer fehle. Eine solche ergebe sich auch nicht aus der im Kostenbeschluss festgesetzten Gebühr. Der auf Feststellung der Rechtswidrigkeit gerichtete Hilfsantrag sei mangels Fortsetzungsfeststellungsinteresses unzulässig. Weder bestehe Wiederholungsgefahr, noch ergebe sich ein berechtigtes Interesse unter den Gesichtspunkten der Vorbereitung eines Amtshaftungsanspruchs oder der Gewährung effektiven Rechtsschutzes.

9           Die Beschwerde gegen den Kostenbeschluss sei hingegen begründet. Die Gebühr habe gemäß § 62 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 GWB nicht erhoben werden dürfen, da sie bei richtiger Sachbehandlung nicht entstanden wäre. Die Feststellungsverfügung sei ursächlich für die Entstehung der Gebühr gewesen, weil das Bundeskartellamt die Beteiligten zu einer Anmeldung des Vorhabens gedrängt habe. Die Verfügung sei in diesem Zusammenhang einer umfassenden Rechtmäßigkeitskontrolle zu unterziehen. Danach erweise sich die Feststellung der Anmeldepflicht als rechtswidrig, weil die Inlandstätigkeit Kustomers im Zeitpunkt der Anmeldung nicht erheblich im Sinn des § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB gewesen sei.

Die gegenteilige Annahme des Bundeskartellamts stelle sich als ein offensichtlicher und schwerwiegender Gesetzesverstoß dar.

10           II.       Die Anschlussrechtsbeschwerde, mit der Meta die Verwerfung ihrer Beschwerde gegen die Feststellungsverfügung angreift und die daher vorrangig zu prüfen ist, ist zulässig (dazu 1). Das Beschwerdegericht hat die Anfechtungsbeschwerde gegen die Feststellungsverfügung vom 9. Dezember 2021 zwar rechtsfehlerhaft als unzulässig verworfen (dazu 2). Allerdings erweist sich die Beschwerde in der Sache als unbegründet (dazu 3).

11           1.       Die Anschlussrechtsbeschwerde ist entsprechend § 141 Satz 1, § 127 Abs. 4 VwGO, § 554 ZPO statthaft und zulässig (vgl. BGH, Beschlüsse vom 15. April 1986 - KVR 1/85, WuW/E BGH 2271 [juris Rn. 28] - Taxigenossenschaft; vom 14. August 2008 - KVR 54/07, WRP 2008, 1456 [juris Rn. 132] - Lotblock I; vom 29. Januar 2019 - EnVR 63/17, juris Rn. 38 mwN - Gewinnabführungsvertrag; BVerwG, Urteil vom 15. Februar 2018 - 9 C 1.17, BVerwGE 161, 180 Rn. 10). Der erforderliche rechtliche oder wirtschaftliche Zusammenhang zwischen dem Streitstoff der Rechtsmittel ist gegeben, weil die in der Hauptsache ergangene Feststellungsverfügung und der darauf bezogene Kostenbescheid in einem rechtlichen Zusammenhang stehen.

12           2.       Das Beschwerdegericht hat rechtsfehlerhaft angenommen, die mit dem Hauptantrag verfolgte Anfechtungsbeschwerde sei unzulässig, weil sich die Feststellungsverfügung erledigt habe. Meta ist aufgrund des Kostenbeschlusses des Bundeskartellamts vom 23. März 2022, der auch auf die Feststellungsverfügung gestützt war, in ihren wirtschaftlichen Interessen weiterhin unmittelbar und individuell betroffen (vgl. BGH, Beschluss vom 25. September 2007 - KVR 25/06, WRP 2008, 123 [juris Rn. 14] - Anteilsveräußerung) und daher materiell beschwert.

- 13 a) Nach § 43 Abs. 2 VwVfG bleibt ein Verwaltungsakt wirksam, solange und soweit er nicht zurückgenommen, widerrufen, anderweitig aufgehoben oder durch Zeitablauf oder auf andere Weise erledigt ist. Erledigung (auf andere Weise) tritt ein, wenn der Verwaltungsakt nicht mehr geeignet ist, rechtliche Wirkungen zu erzeugen, oder wenn die Steuerungsfunktion, die ihm ursprünglich innewohnte, nachträglich entfallen ist; der Geltungsanspruch des Verwaltungsakts, der darauf gerichtet ist, ein Rechtsverhältnis zu begründen, aufzuheben, inhaltlich zu ändern oder festzustellen, muss erloschen sein (vgl. BVerwG, Urteil vom 14. Februar 2024 - 11 A 8/23, juris Rn. 15; BGH, Beschlüsse vom 5. Juli 2022 - EnVR 77/20, RdE 2022, 527 Rn. 16 - REGENT; vom 29. Oktober 1985 - KVR 1/84, WuW/E BGH 2211 [juris Rn. 12] - Philip Morris/Rothmans; vom 5. Oktober 2010 - KVR 33/09, NJW-RR 2011, 544 Rn. 17 - EDEKA/Plus). Bildet die Verfügung die Grundlage für einen Kostenbescheid, so gehen nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts von ihr weiterhin rechtliche Wirkungen aus und fehlt es deshalb an einer Erledigung (vgl. nur BVerwG, Urteil vom 25. September 2008 - 7 C 5/08, NVwZ 2009, 122 Rn. 13; Beschluss vom 25. November 2021 - 6 B 7/21, juris Rn. 7, 8; Urteil vom 14. Februar 2024 - 11 A 8/23, juris Rn. 15; demgegenüber zum Fortsetzungsfeststellungsinteresse bei übereinstimmender Erledigungserklärung BGH, Beschluss vom 4. Oktober 1983 - KVR 2/82, BGHZ 88, 273 [juris Rn. 41] - Elbe Wochenblatt II). In diesen Fällen kann mit einer Anfechtungsklage effektiver Rechtsschutz im Sinn des Art. 19 Abs. 4 GG gegen die Grundverfügung gesucht werden (BVerwG, Beschluss vom 25. November 2021 - 6 B 7/21, juris Rn. 8).
- 14 b) Danach hat sich die Feststellungsverfügung, anders als das Beschwerdegericht gemeint hat, trotz Anmeldung und Freigabe des Zusammenschlussvorhabens nicht erledigt, weil der auch auf die Feststellungsverfügung gestützte Kostenbescheid weiterhin rechtliche Wirkungen gegenüber den Zusammenschlussbeteiligten entfaltet.

- 15           aa) Bei der angefochtenen Verfügung handelt es sich um einen feststellenden Verwaltungsakt. Nach § 35 Satz 1 VwVfG ist ein Verwaltungsakt jede Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Eine Maßnahme hat Regelungscharakter, wenn sie nach ihrem objektiven Erklärungsgehalt darauf gerichtet ist, eine Rechtsfolge zu setzen. Sie muss für den Betroffenen rechtsverbindlich Rechte oder Pflichten begründen, inhaltlich ausgestalten, ändern, aufheben, feststellen oder einen derartigen Ausspruch rechtsverbindlich ablehnen (BVerwG, Urteile vom 29. April 1988 - 9 C 54.87, BVerwGE 79, 291 [juris Rn. 7]; vom 5. November 2009 - 4 C 3.09, BVerwGE 135, 209 Rn. 15). Ein feststellender Verwaltungsakt schreibt das Ergebnis der behördlichen Rechtsanwendung rechtsverbindlich fest (BVerwG, Urteil vom 21. Juni 2017 - 6 C 3/16, BVerwGE 159, 148 Rn. 12 mwN). Ist eine Erklärung der Verwaltung darauf gerichtet, die im Verhältnis von Staat und Bürger bestehenden Unsicherheiten zu beseitigen, indem sie die generelle und abstrakte Regelung des Gesetzes verbindlich konkretisiert oder individualisiert, so legt die Verwaltung fest, was im Einzelfall rechtens sein soll, und trifft damit eine Regelung mit Außenwirkung im Sinn des § 35 Satz 1 VwVfG (BVerwG, Urteil vom 5. November 2009 - 4 C 3.09, BVerwGE 135, 209 Rn. 15).
- 16           bb) Der unmittelbare Regelungsanlass der feststellenden Verfügung war nach Anmeldung und Freigabe des Zusammenschlussvorhabens zwar entfallen. Das Bundeskartellamt wollte mit dem angefochtenen Bescheid den Anwendungsbereich der Fusionskontrolle nach § 35 Abs. 1, 1a GWB im Hinblick auf den in Rede stehenden Unternehmenszusammenschluss sowie die daran anknüpfende Anmeldepflicht der Zusammenschlussbeteiligten nach § 39 Abs. 1 GWB verbindlich klären und damit die sich aus den unterschiedlichen Rechtsstandpunkten der Beteiligten ergebenden Unsicherheiten ausräumen. Diese Re-

gelung hat ihre Steuerungswirkung erreicht, nachdem die Beteiligten das Vorhaben angemeldet haben. Jedoch entfaltet die Feststellungsverfügung weiterhin rechtliche Wirkung in Gestalt der mit dem Kostenbescheid festgesetzten Verwaltungsgebühr, die das Bundeskartellamt nicht nur auf die Anmeldung des Zusammenschlussvorhabens (§ 62 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GWB), sondern auch auf die Feststellung der Anmeldepflicht der Transaktion (§ 62 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GWB) gestützt hat.

17           cc) Dieser rechtlichen Wirkung steht nicht entgegen, dass die Beteiligten das Zusammenschlussvorhaben beim Bundeskartellamt angemeldet und damit die Gebühr gemäß § 62 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GWB selbst ausgelöst haben.

18           (1) Die Zusammenschlusskontrolle nach § 40 GWB ist ein Antragsverfahren, weil sie die Anmeldung des Vorhabens voraussetzt. Für Antragsverfahren gilt die Dispositionsmaxime. Der Antragsteller hat es in der Hand, das Verfahren einzuleiten. Er kann es auch jederzeit vor Erlass einer verfahrensabschließenden Entscheidung durch Rücknahme seines Antrags beenden (BGH, Beschluss vom 20. April 2010 - KVR 1/09, WRP 2010, 937, 940 - Phonak/GN Store). Die Beteiligten müssen und können selbst entscheiden, ob das Zusammenschlussvorhaben in den Anwendungsbereich der §§ 35 ff. GWB fällt und ob sie es ohne kartellbehördliche Freigabe vollziehen. Melden sie es nicht an, obwohl es in den Anwendungsbereich der Fusionskontrolle fällt, so tragen sie das Risiko der Fehleinschätzung und kann das Bundeskartellamt unter den Voraussetzungen des § 41 Abs. 3 GWB ein Entflechtungsverfahren anstrengen und ein Bußgeld verhängen. Diese Verantwortung braucht die Kartellbehörde den Beteiligten nicht abzunehmen. Sie kann umgekehrt die Anmeldung auch nicht erzwingen, weil die fehlende Anmeldung für sich genommen keine Rechtsfolgen auslöst (vgl. Thomas in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl., § 39 GWB Rn. 6; Kallfass in Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 14. Aufl., § 39 GWB Rn. 1).

19           (2)     Melden die Zusammenschlussbeteiligten das Zusammenschlussvorhaben zunächst nicht an, weil sie anders als das Bundeskartellamt davon ausgehen, dass es - aus welchen Gründen auch immer - nicht in den Anwendungsbereich der Fusionskontrolle fällt, und erlässt das Bundeskartellamt eine Verfügung, mit der es die Anmeldepflicht und damit die Anwendbarkeit der Fusionskontrolle feststellt, so übernimmt es indes die Verantwortung für die Richtigkeit seiner Rechtsauffassung, wenn die Zusammenschlussbeteiligten der Steuerungswirkung der Verfügung nachkommen, trotz ihres gegenteiligen Rechtsstandpunkts anmelden und damit den Gebührentatbestand nach § 62 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GWB auslösen. Den Zusammenschlussbeteiligten muss in einem solchen Fall nach Art. 19 Abs. 4 GG die Möglichkeit eröffnet sein, die Feststellungsverfügung, die sie durch den Kostenbescheid fortwirkend belastet, gerichtlich überprüfen zu lassen. Es kann von ihnen angesichts des typischerweise bei Unternehmenszusammenschlüssen bestehenden Zeitdrucks (BGH, Beschluss vom 25. September 2007 - KVR 30/06, BGHZ 174, 179 Rn. 17 - Springer/ProSieben I) nicht gefordert werden, gegen die - bußgeldbewehrte - Anmeldepflicht und das - ebenso bußgeldbewehrte - Vollzugsverbot zu verstoßen und Rechtsschutz (lediglich) in einem etwaigen Entflechtungsverfahren zu suchen, oder die Durchführung des Vorhabens bis zum rechtskräftigen Abschluss des die Feststellung der Anmeldepflicht betreffenden Verfahrens abzuwarten (vgl. BGH, Beschluss vom 25. September 2007 - KVR 30/06, BGHZ 174, 179 Rn. 17 - Springer/ProSieben I).

20           (3)     Es kann daher dahinstehen, ob die Feststellungsverfügung bereits deshalb unmittelbar fortbestehende Wirkungen hat, weil das Bundeskartellamt den Gebührenbescheid zudem auf § 62 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GWB gestützt hat. Daran könnten Zweifel bestehen, weil sich der ausschließlich dem Feststellungs-

verfahren zuzurechnende Aufwand nach dem Kostenbescheid darauf beschränkte, dass ein weiterer Beschluss habe gefertigt und zugestellt werden müssen.

21           3.       Die zulässige Anfechtungsbeschwerde ist jedoch unbegründet. Das kann der Senat selbst entscheiden, da weitere Feststellungen nicht erforderlich sind (entsprechend § 80 Abs. 5 GWB, vgl. BVerwG, Urteil vom 13. Juli 2023 - 2 C 7.22, NVwZ 2024, 431 Rn. 57 f.).

22           a)       Der Umstand, dass das Beschwerdegericht die Anfechtungsbeschwerde Metas durch Prozessurteil als unzulässig verworfen hat, hindert das Rechtsbeschwerdegericht nicht daran, auf Grundlage der getroffenen Feststellungen zu überprüfen, ob die Beschwerde aus anderen Gründen ohne Erfolg bleibt und insoweit in der Sache zu entscheiden. Das Verbot der Schlechterstellung, das auch im kartellrechtlichen Rechtsbeschwerdeverfahren gilt, schließt es nicht aus, dass in der Rechtsbeschwerdeinstanz ein Antrag, der in der Vorinstanz als unzulässig angesehen wurde, als unbegründet abgewiesen wird (BGH, Beschluss vom 26. September 1995 - KVR 25/94, BGHZ 130, 390 [juris Rn. 43] - Stadtgaspreise; s.a. BVerwG, Urteile vom 19. Februar 2015 - 9 CN 1/14, NVwZ-RR 2015, 867 Rn. 22; vom 13. Juli 2023 - 2 C 7.22, NVwZ 2024, 431 Rn. 28 bis 33, 60). Zu einer insoweit ersetzenden Entscheidung ist das Rechtsbeschwerdegericht in einem solchen Fall aber nur dann befugt, wenn die Beschwerdeentscheidung - unter Berücksichtigung von zulässigen Bezugnahmen (vgl. BVerwG, Urteil vom 25. August 1999 - 8 C 12/98, NVwZ 2000, 73 Rn. 17) - einen Sachverhalt ergibt, der für eine rechtliche Beurteilung eine verwertbare tatsächliche Grundlage bietet, und bei einer Zurückverweisung der Sache ein anderes Ergebnis nicht möglich erscheint (BVerwG, Urteil vom 11. April 2002 - 4 C 4.01, BVerwGE 116, 169 [juris Rn. 18]; vgl. auch BGH, Urteile vom 7. Juli 1993 - VIII ZR 103/92, BGHZ 123, 137 [juris Rn. 12]; vom 3. April 1996 - VIII ZR 54/95, NJW 1996, 2100 [juris Rn. 9]; vom 23. Oktober 1998 - LwZR 3/98,

NJW 1999, 794 [juris Rn. 14 mwN]; Beschluss vom 23. Juni 2021 - VII ZB 39/20, juris Rn. 11). Das ist hier der Fall. Danach ist die Beschwerde Metas zurückzuweisen, weil das Bundeskartellamt die Anmeldepflicht der Beteiligten nach § 39 GWB in der angegriffenen Feststellungsverfügung zutreffend festgestellt hat. Soweit das Beschwerdegericht - im Hinblick auf die Anfechtung des Kostenbescheids - angenommen hat, die Feststellungsverfügung sei rechtswidrig, beruht das auf einer rechtsfehlerhaften Auslegung und Anwendung des § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB. Die in Bezug auf die Anfechtungsbeschwerde gegen den Kostenbescheid festgestellten Tatsachen sind im Revisionsverfahren auch im Hinblick auf die Anfechtung der Feststellungsverfügung verwertbar (vgl. BVerwG, Urteil vom 13. Juli 2023 - 2 C 7.22, NVwZ 2024, 431 Rn. 28 bis 33). Entscheidet das Rechtsbeschwerdegericht in der Sache selbst, kann es die Entscheidungen treffen, welche die Vorinstanz hätte treffen können und nach der Rechtsauffassung des Rechtsbeschwerdegerichts hätte treffen müssen (vgl. Neumann/Korbmacher in Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl., § 144 Rn. 40).

- 23            b)        Das Bundeskartellamt war, was das Beschwerdegericht offengelassen hat, befugt, auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage die Anmeldepflicht der Zusammenschlussbeteiligten nach § 39 Abs. 1, § 35 Abs. 1a GWB durch Verfügung festzustellen. Für die Befugnis zum Erlass eines feststellenden Verwaltungsaktes ist keine ausdrückliche gesetzliche Rechtsgrundlage erforderlich; vielmehr genügt es, wenn eine solche im Wege der Auslegung ermittelt werden kann (vgl. BVerwG, Urteil vom 29. April 2020 - 7 C 29/18, BVerwGE 168, 86 Rn. 20 mwN; s.a. BGH, Beschluss vom 7. April 2020 - KVR 13/19, WuW 2020, 540 Rn. 10 - Zahlungsauslösedienst). Nach dieser Maßgabe folgt die Befugnis des Bundeskartellamts, die Anmeldepflicht von Zusammenschlussbeteiligten positiv festzustellen, aus Sinn und Zweck der Fusionskontrolle.

24           aa)    Den Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen liegt das Konzept einer präventiven Fusionskontrolle zugrunde (Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 29. Januar 1998, BT-Drucks. 13/9720, S. 30, 42). Nach § 39 Abs. 1 GWB sind Zusammenschlüsse vor dem Vollzug anzumelden. Das Bundeskartellamt entscheidet sodann im Verfahren der Zusammenschlusskontrolle darüber, ob der angemeldete Zusammenschluss freigegeben werden kann oder zu untersagen ist (§ 40 GWB). Bis zur Freigabe dürfen die Unternehmen den Zusammenschluss nicht vollziehen (§ 41 Abs. 1 GWB). Von diesem Vollzugsverbot kann während des Verfahrens vor dem Bundeskartellamt nur unter den in § 41 Abs. 2 GWB geregelten Voraussetzungen eine Befreiung erteilt werden. Endet das Verfahren vor dem Bundeskartellamt mit einer Untersagung des Vorhabens, gilt das gesetzliche Vollzugsverbot fort (BGH, Beschluss vom 14. Oktober 2008 - KVR 30/08, BGHZ 178, 203 Rn. 10 - Faber/Basalt). Wird der Zusammenschluss dagegen von der Kartellbehörde freigegeben, entfällt das Vollzugsverbot. Zweck der präventiven Fusionskontrolle und des Vollzugsverbots ist es, nachträglich schwer oder überhaupt nicht mehr zu korrigierende Verschlechterungen der strukturellen Wettbewerbsbedingungen durch anmeldepflichtige Zusammenschlüsse bis zur Feststellung ihrer Unbedenklichkeit zu verhindern (BGHZ 178, 203 Rn. 11 - Faber/Basalt; BGH, Beschluss vom 14. November 2017 - KVR 57/16, WRP 2018, 342 Rn. 34 bis 40 - EDEKA/Kaiser's Tengelmann I).

25           bb)    Diese Zwecke können nur erreicht werden, wenn die Zusammenschlussbeteiligten einer nach § 39 GWB bestehenden, gleichwohl nicht isoliert durchsetzbaren Anmeldepflicht nachkommen und dem Bundeskartellamt auf diese Weise die Möglichkeit eröffnet wird, das Vorhaben innerhalb des Fristenregimes des § 40 GWB auf seine Wettbewerbsrelevanz zu untersuchen. Angesichts der Schwierigkeiten, die regelmäßig im Zusammenhang mit der Entflechtung eines vollzogenen Zusammenschlusses entstehen (BGHZ 178, 203 Rn. 11

- Faber/Basalt), kann das Bundeskartellamt nicht darauf beschränkt sein, das Vollzugsverbot durchzusetzen und mögliche Gefahren für den Wettbewerb hinzunehmen. Vielmehr muss es der Behörde, insbesondere bei Meinungsverschiedenheiten über die Anmeldepflicht eines konkreten Vorhabens und der damit zusammenhängenden Geltung des Vollzugsverbots, gestattet sein, Ermittlungen einzuleiten und seinen Rechtsstandpunkt vor dem Vollzug im Wege einer feststellenden und gerichtlich überprüfbaren Verfügung klarzustellen. Auf diese Weise kann den Zusammenschlussbeteiligten Gelegenheit gegeben werden, sich mit dem Rechtsstandpunkt des Bundeskartellamts auseinanderzusetzen, um zu entscheiden, ob sie das Vorhaben - möglicherweise unbeschadet ihrer gegenteiligen Rechtsauffassung - zur Vermeidung eines Verstoßes gegen die Anmeldepflicht nach § 39 GWB oder des Risikos einer späteren Entflechtung anmelden. Im Hinblick darauf, dass für die Zusammenschlussbeteiligten der Anwendungsbereich der Fusionskontrolle ohne Schwierigkeiten erkennbar sein muss (BGH, Beschluss vom 25. September 2007 - KVR 19/07, WM 2007, 2343 Rn. 25 - Sulzer/Kelmix) besteht ein berechtigtes Interesse am Erlass eines feststellenden Verwaltungsakts, insbesondere bei neuen und auslegungsbedürftigen Aufgreifstatbeständen. So liegt es hier im Hinblick auf § 35 Abs. 1a GWB (siehe unten Rn. 32 ff.).

26           cc) Da eine feststellende Verfügung keinen vollstreckungsfähigen Inhalt hat und das Bundeskartellamt eine Anmeldung nicht erzwingen kann, bleibt der fusionskontrollrechtliche Dispositionsgrundsatz unberührt, wonach es die Zusammenschlussbeteiligten in der Hand haben, ob sie ein Vorhaben dem Bundeskartellamt zur Prüfung vorlegen (vgl. BGH, WRP 2010, 937, 948 - Phonak I/GN Store I). Aus diesem Grund steht der Befugnis zum Erlass derartiger Verfügungen auch der verfassungsrechtliche Wesentlichkeitsgrundsatz (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 21. Dezember 1977 - 1 BvL 1/75, BVerfGE 47, 46, 80 [juris Rn. 90]; vom 8. August 1978 - 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89, 126 [juris Rn. 77]; vom 26. Juni

1991 - 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212, 226 [juris Rn. 40]; Urteil vom 8. April 1997 - 1 BvR 48/94, BVerfGE 95, 267, 307 [juris Rn. 157]) nicht entgegen. Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber mit der Einführung der präventiven Fusionskontrolle eine Befugnis des Bundeskartellamts zur Feststellung der Anmeldepflicht ausschließen wollte, sind nicht gegeben. Es besteht daher kein Grund für die Annahme, ein feststellender Verwaltungsakt bedürfe im System der Fusionskontrolle einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage. Für ein solches Erfordernis spricht schließlich nicht das strenge fusionskontrollrechtliche Fristenregime. Dieses wird durch ein von Amts wegen eingeleitetes Verfahren, mit dem die Anmeldepflicht isoliert geprüft wird, nicht berührt, da es die Beteiligten in der Hand haben, die Fristen durch eine Anmeldung in Gang zu setzen. Die Regelung des § 54 Abs. 1 GWB, die der Kartellbehörde die Befugnis zur Einleitung eines Verfahrens von Amts wegen gestattet, steht der Annahme einer Befugnis zum Erlass der hier in Rede stehenden Feststellungsverfügung ebenfalls nicht entgegen. Auch wenn das Fusionskontrollverfahren nach der gesetzlichen Regelung grundsätzlich als Antragsverfahren ausgestaltet ist und besondere kartellbehördliche Befugnisse bei Verstößen gegen die Anmeldepflicht und das Vollzugsverbot vorsieht, schließt das aus den vorstehend genannten Gründen eine Befugnis zum Erlass eines die Anmeldepflicht feststellenden Verwaltungsakts nicht aus (vgl. auch BGH, Beschluss vom 17. Juli 2018 - KVR 64/17, WRP 2018, 1471 Rn. 37 - EDEKA/Kaiser's Tengelmann II).

27                   c)     Die Feststellungsverfügung erweist sich als rechtmäßig, weil das Zusammenschlussvorhaben nach §§ 39, 35 Abs. 1a GWB anmeldepflichtig war. Mit der vom Beschwerdegericht - in anderem Zusammenhang gegebenen (s. oben Rn. 22) - Begründung kann nicht angenommen werden, der Aufgreiftatbestand des § 35 Abs. 1a GWB sei nicht erfüllt.

28                   aa)    Der Anwendungsbereich der kartellbehördlichen Fusionskontrolle bestimmt sich nach den in § 35 GWB geregelten Aufgreifkriterien. Ist - wie hier -

der allein auf Umsatzschwellen bezogene Aufgreifstatbestand nach § 35 Abs. 1 GWB nicht erfüllt, kann ein Zusammenschluss nach der Transaktionswertschwelle gemäß § 35 Abs. 1a GWB der Fusionskontrolle unterworfen sein. Danach finden die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle Anwendung, wenn die Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 Nr. 1 GWB vorliegen (§ 35 Abs. 1a Nr. 1 GWB), zudem bestimmte Inlandsumsatzschwellen erfüllt sind (§ 35 Abs. 1a Nr. 2 GWB), darüber hinaus der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss (Transaktionswert) mehr als 400 Mio. € beträgt (§ 35 Abs. 1a Nr. 3 GWB) und das zu erwerbende Unternehmen schließlich in erheblichem Umfang im Inland tätig ist (§ 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB).

29           bb) Das Beschwerdegericht hat zwar zutreffend und von der Anschlussrechtsbeschwerde unbeanstandet angenommen, dass die quantitativen Schwellenwerte gemäß § 35 Abs. 1a Nr. 1 bis 3 GWB erfüllt sind. Nicht frei von Rechtsfehlern ist das Beschwerdegericht jedoch davon ausgegangen, Kustomer sei als zu erwerbendes Unternehmen nicht gemäß § 35a Abs. 1a Nr. 4 GWB in erheblichem Umfang im Inland tätig. Das Angebot des CRM-SaaS-Dienstes und die damit notwendigerweise verbundene Verarbeitung von Daten deutscher Endkunden durch Kustomer für seine inländischen Unternehmenskunden stellen eine marktbezogene Tätigkeit mit erheblichem Inlandsbezug dar.

30           (1) Das Beschwerdegericht hat angenommen, Kustomer erbringe zwar gegenüber seinen in Deutschland ansässigen gewerblichen Kunden eine Inlandstätigkeit. Die Verarbeitung von Daten der im Inland ansässigen Endkunden durch Kustomer erfolge aber nur gegenüber den eigenen gewerblichen Kunden, weil Kustomer nur zu diesen in vertraglicher Beziehung stehe und nur diese darüber entschieden, ob sie Kustomers Dienstleistungen in Anspruch nähmen. Von dieser Entscheidung hänge der Erfolg Kustomers im Wettbewerb mit anderen Anbietern und die Bedeutung seiner Tätigkeit ab. Die so abzugrenzende In-

landstätigkeit habe keinen erheblichen Umfang. Dies ergebe sich aus dem Verhältnis des Umfangs der Inlandstätigkeit Kustomers zum Umfang der gesamten Tätigkeit des Unternehmens. Von dem weltweiten, mit Geschäftskunden erzielten Umsatz von rund € entfalle auf das Inland ein mit im Inland ansässigen Kunden erzielter Umsatz von €. Dieser Anteil sei so gering, dass ohne Weiteres von einer Unerheblichkeit der Inlandstätigkeit ausgegangen werde könne. Eine weitere Gewichtung der Kunden- und Umsatzzahlen sei nicht sachgerecht. Die absolute Zahl von im Inland ansässigen gewerblichen Kunden könne eine erhebliche Inlandstätigkeit nicht rechtfertigen. Ob der Marktanteil des zu erwerbenden Unternehmens ein geeignetes Kriterium für die Erheblichkeit der Inlandstätigkeit sei, könne offenbleiben, weil auch dieser eine solche offensichtlich nicht rechtfertigen könne. Auf die Bewertung der bei Kustomer anfallenden und zu verarbeitenden Datensätze komme es nicht an, weil § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB auf die Tätigkeit im Inland und nicht auf etwaige im Inland belegene Werte abstelle. Der Umfang der Datenverarbeitungstätigkeit sage nichts darüber aus, in welchen Umfang Kustomer auf dem inländischen Markt tätig sei. Auf das Interesse der Erwerberin an den Endkundendaten komme es auch im Hinblick auf die zukünftige Erzielung von Werbeeinnahmen nicht an, weil es sich dabei um nicht maßgebliche Pläne des Erwerbers nach Vollzug des Zusammenschlusses handele. Sofern die Datenmenge Einfluss auf die mit den gewerblichen Kunden erzielten Umsätze haben könne, sei dieser Umfang bereits beim umsatzbezogenen Inlandsanteil berücksichtigt.

- 31 (2) Das Beschwerdegericht ist zwar zutreffend davon ausgegangen, dass es sich beim Angebot des CRM-SaaS-Dienstes und der damit verbundenen Verarbeitung von Daten deutscher Endkunden durch Kustomer um eine marktbezogene und daher im Grundsatz wettbewerbsrelevante Tätigkeit handelt. Ebenfalls ohne Rechtsfehler ist das Beschwerdegericht davon ausgegangen, dass Kustomer jedenfalls aufgrund der Beziehungen mit seinen in Deutschland

ansässigen Kunden eine Inlandstätigkeit entfaltet. Nicht frei von Rechtsfehlern erweisen sich seine Ausführungen aber insoweit, als das Beschwerdegericht den aufgrund der Datenverarbeitung Kustomers gegebenen Zugang zu Daten von in Deutschland ansässigen Endkunden nicht als wettbewerblich relevante Inlandstätigkeit betrachtet hat.

32 (a) Für die nach § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB vorzunehmende Lokalisierung der wettbewerblichen Aktivitäten des zu erwerbenden Unternehmens ist dessen Tätigkeit ausweislich der Gesetzesmaterialien dem Ort zuzurechnen, an dem sich der Kunde befindet und wo in aller Regel der Wettbewerb mit alternativen Anbietern stattfindet. Insoweit ist auf die bestimmungsgemäße Nutzung und die charakteristische Handlung des fraglichen Rechtsverhältnisses abzustellen. Bei Dienstleistungen soll das regelmäßig der Ort sein, an dem diese erbracht werden (Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 7. November 2016, BT-Drucks. 18/10207, S. 75). Daraus ergibt sich - anders als die Anschlussrechtsbeschwerde meint - allerdings nicht, dass die in Rede stehende Tätigkeit stets und ausschließlich dem Ort zuzurechnen ist, an dem der Kunde des Zielunternehmens ansässig ist. Vielmehr kann die Tätigkeit auch dann im Inland lokalisiert werden, wenn sie sich aufgrund eines charakteristischen Merkmals der Dienstleistung wegen eines anderen Bezugs zu inländischen Märkten dort wettbewerblich auswirken kann. Das folgt auf Grundlage seines offenen Wortlauts aus Sinn und Zweck des § 35 Abs. 1a GWB unter Berücksichtigung des systematischen Zusammenhangs mit der allgemeinen Kollisionsnorm des § 185 Abs. 2 GWB.

33 (aa) Der Wortlaut des § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB schließt ein Begriffsverständnis nicht aus, nach dem eine vom Zielunternehmen im Ausland vorgenommene Auftragsdatenverarbeitung für im Inland ansässige gewerbliche Kunden des Zielunternehmens als Inlandstätigkeit zu bewerten ist, wenn sie die Daten im

Inland ansässiger Endkunden betrifft. Eine Inlandstätigkeit setzt nach dem Wort-sinn nicht voraus, dass das Unternehmen im Inland physisch präsent ist oder hier Vermögenswerte besitzt. Ebenso wenig ist es erforderlich, dass die Dienstleistung in deutscher Sprache angeboten wird. Davon ist auch das Beschwerdegericht der Sache nach zutreffend ausgegangen. Insbesondere mit Blick auf die von § 35 Abs. 1a GWB adressierten digitalen Wirtschaftsbereiche genügt die Inanspruchnahme eines Angebots des Zielunternehmens durch Kunden im Inland. In einem solchen Fall entfaltet sich die geschäftliche Aktivität mit ihren charakteristischen Merkmalen im Inland, und kann ihr eine mögliche Wettbewerbsrelevanz für das Inland zukommen.

34 (bb) Ein solches Verständnis steht in Einklang mit Sinn und Zweck des § 35 Abs. 1a GWB. Ziel der Regelung ist es, den Anwendungsbereich der Fusionskontrolle zu erweitern, um in dynamischen Märkten mit schnellen Wirtschaftszyklen Innovationspotential zu schützen, strukturelle Marktverschließungseffekte zu verhindern sowie der Errichtung von Markteintrittsbarrieren vorzubeugen. Zu diesem Zweck sollen bei Unternehmenszusammenschlüssen wettbewerbliche Gefahrenlagen - gerade auch vor dem Hintergrund fortschreitender Digitalisierung und Vernetzung - dadurch besser erfasst werden, dass fehlender oder geringer Umsatz des zu erwerbenden Unternehmens nicht mehr stets mit niedrigem Marktpotential und geringer wettbewerblicher Bedeutung gleich zu setzen ist (BT-Drucks. 18/10207, S. 70, 71). Aus diesem Grund erstreckt sich die Fusionskontrolle gemäß § 35 Abs. 1a GWB auch auf Zusammenschlüsse mit einem Transaktionswert (Wert der Gegenleistung) von mehr als 400 Mio. €, die gleichzeitig die nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB maßgebliche zweite Inlandsumsatzschwelle von 17,5 Mio. € (bis zum Inkrafttreten der 10. GWB-Novelle am 19. Januar 2021: 5 Mio. €) nicht erfüllen und daher in der Vergangenheit kontrollfrei waren. Dabei ging der Gesetzgeber davon aus, dass ein solcher Transaktionswert das wettbewerbliche Potential eines noch umsatzarmen Zielunternehmens

sowie dessen große wirtschaftliche Bedeutung für den Erwerber widerspiegelt und - vorbehaltlich eines gegebenen Inlandeffekts - das Eingreifen der Fusionskontrolle zur Sicherung eines funktionsfähigen Wettbewerbs rechtfertigt (BT-Drucks. 18/10207, S. 71, 72), damit die Fusionskontrolle die ihr zugewiesene präventive, in die Zukunft gerichtete Funktion in dynamischen Märkten besser erfüllen kann (vgl. BGH, Beschluss vom 12. Januar 2021 - KVR 34/20, BGHZ 228, 207 Rn. 35 - CTS Eventim/Four Artists). Kernelement der Regelung ist daher die adäquate Erfassung des wettbewerblichen Potentials des zu erwerbenden Unternehmens, das ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien nicht nur beim Erwerb direkter Wettbewerber, sondern auch bei vertikalen Zusammenschlüssen entlang der Wertschöpfungskette und bei Fusionen von Unternehmen in direkt benachbarten oder sonstigen Märkten Bedeutung erlangt (BT-Drucks. 18/10207, S. 72). Damit sind insbesondere auch die für die digitale Wirtschaft charakteristischen Gefahrenlagen adressiert, die auf mehrseitigen Märkten und unter den Bedingungen eines bevorzugten Zugangs zu Daten auftreten können, wobei Daten und der Zugang zu ihnen erhebliche Bedeutung für die Marktstellung von Unternehmen haben können (vgl. § 18 Abs. 3a Nr. 4 GWB; BT-Drucks. 18/10207, S. 39; Monopolkommission, Sondergutachten 68, S. 57, 108).

35           (cc) Auch die Gesetzessystematik spricht dafür, eine aktuelle und potentiell wettbewerbsrelevante Auftragsdatenverarbeitung von im Inland ansässigen Endkunden als Inlandstätigkeit einzuordnen. Die nach § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB geforderte Inlandstätigkeit konkretisiert den in der Kollisionsnorm des § 185 Abs. 2 GWB allgemein vorausgesetzten Inlandseffekt, nach dem sich der räumliche Anwendungsbereich wesentlicher Teile des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen einschließlich der Vorschriften über die formelle und materielle Fusionskontrolle bestimmt (Stadler in Bunte, aaO, § 185 Rn. 187; BT-Drucks. 18/10207 S. 76). Gemäß § 185 Abs. 2 GWB sind die §§ 35 ff. GWB auf im Ausland veranlasste Wettbewerbsbeschränkungen anzuwenden, wenn sie sich im

Inland auswirken. Auf Grundlage des völkerrechtlichen Auswirkungsprinzips wird die exterritoriale Reichweite des inländischen Kartellrechts in Einklang mit dem völkerrechtlichen Missbrauchs- und Einmischungsverbot begrenzt. Danach ist die Anwendung inländischer kartellrechtlicher Vorschriften wegen im Ausland veranlasster Wettbewerbsbeschränkungen nur bei solchen Auswirkungen zulässig, die eine bestimmte Qualität aufweisen (vgl. BGH, Beschluss vom 29. Mai 1979 - KVR 2/78, BGHZ 74, 322 [juris Rn. 18, 19] - Organische Pigmente, zu § 98 GWB aF [jetzt § 185 Abs. 2 GWB]).

36 Für die bei der Fusionskontrolle vorrangigen, rein umsatzbezogenen Aufgreifkriterien des § 35 Abs. 1 GWB wird das Auswirkungsprinzip durch die Inlandsumsatzschwelle des § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB konkretisiert. Bei der subsidiären, im Streitfall anwendbaren Transaktionswertschwelle gemäß § 35 Abs. 1a GWB bestimmt sich die Inlandsauswirkung zum einen anhand der - im Fall erreichten - Inlandsumsatzschwelle des § 35 Abs. 1a Nr. 2 Buchst. a GWB, zum anderen nach dem Kriterium der erheblichen Inlandstätigkeit des zu erwerbenden Unternehmens gemäß § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB. Dies dient nach dem Willen des Gesetzgebers der Beantwortung der Frage, ob ein Zusammenschluss geeignet ist, die Voraussetzungen für den Wettbewerb auf inländischen Märkten zu beeinflussen (BT-Drucks. 18/10207, S. 75). Insoweit soll die Inlandsklausel den Anwendungsbereich der Transaktionswertschwelle einschränken, um dem international geltenden Grundsatz Rechnung zu tragen, wonach ein Staat nur dann die Zuständigkeit für eine fusionskontrollrechtliche Prüfung für sich in Anspruch nehmen sollte, wenn der Zusammenschluss einen hinreichenden lokalen Bezug ("local nexus") aufweist (BT-Drucks. 18/10207, S. 74).

37 (dd) Daraus ergibt sich, dass der Begriff der Inlandstätigkeit nicht unabhängig vom jeweiligen wettbewerblichen Potential des Zielunternehmens im Hinblick auf mögliche wettbewerbliche Gefahrenlagen beurteilt werden kann, die mit

dem Konzentrationsprozess verbunden sein können. Ausgehend von den gegenwärtigen wettbewerblichen Aktivitäten des Zielunternehmens und deren charakteristischer Eigenschaften ist daher zu beurteilen, ob seine Tätigkeit einen Bezug zum Inland aufweist, der generell geeignet sein kann, aufgrund des Zusammenschlussvorhabens wettbewerbliche Gefahrenlagen für (auch) im Inland belegene Märkte zu begründen. Insoweit sind die gegenwärtigen wettbewerblichen Aktivitäten für die Zwecke ihrer geographischen Zuordnung anhand geeigneter objektiver Kriterien einer wertenden Betrachtung zu unterziehen, wobei der Gesetzgeber bei der Einführung der Transaktionswertschwelle davon ausgegangen ist, dass die Kriterien, die Aussagekraft für die Inlandsaktivität haben, je nach Branche und Marktreife variieren können, gleichzeitig jedoch alle objektiven und quantifizierbaren Kriterien ausscheiden, die an den Umsatz des Zielunternehmens oder an dessen Wert anknüpfen (BT-Drucks. 18/10207, S. 75). Je nach Eigenart der aktuellen Tätigkeit und der möglicherweise betroffenen Märkte können geschäftliche Aktivitäten gemäß § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB nicht nur Relevanz haben, wenn der direkte Kunde im Inland ansässig ist, sondern auch dann, wenn die Tätigkeit aus anderen Gründen einen Inlandsbezug aufweist, der sich auf die Wettbewerbsposition des zusammengeschlossenen Unternehmens auswirken kann.

- 38 (ee) Dieses Verständnis der Inlandstätigkeit beruht - anders als die Anschlussrechtsbeschwerde meint - nicht auf einer unzulässigen Vermengung zwischen formeller und materieller Fusionskontrolle. Vielmehr spiegelt es die vom Gesetzgeber mit der Einführung der Transaktionswertschwelle verfolgten Zwecke (oben Rn. 34) sowie den systematischen Zusammenhang mit dem in § 185 Abs. 2 GWB geregelten allgemeinen Auswirkungsprinzip (oben Rn. 35 f.) wider. Es geht dabei um eine Bewertung des gegenwärtigen wettbewerblichen Potentials für den Wettbewerb, die die Auswirkungen auf das Inland in den Blick nehmen muss. Bei dieser Beurteilung kommt es auch nicht allein auf die (subjektive)

Sichtweise des Erwerbers an. Vielmehr muss die Bewertung des wettbewerblichen Potentials aus der Perspektive eines objektiven Marktakteurs erfolgen, der über die maßgeblichen Wettbewerbsparameter im Bilde ist. Die im Zuge des Unternehmenskaufs zum Ausdruck gekommenen Erwartungen der Zusammenschlussbeteiligten können für die Bestimmung des wettbewerblichen Potentials naturgemäß wesentliche Anhaltspunkte liefern.

- 39 (ff) Schließlich begegnet dieses Auslegungsergebnis keinen durchgreifenden Bedenken im Hinblick auf die Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit des Anwendungsbereichs der Fusionskontrolle. Zwar müssen die Voraussetzungen für die Anmeldepflicht und das Vollzugsverbot von den Zusammenschlussbeteiligten wegen der erforderlichen Selbstveranlagung grundsätzlich ohne große Schwierigkeiten zuverlässig ermittelt werden können (vgl. BGH, Beschluss vom 25. September 2007 - KVR 19/07, WM 2007, 2343 Rn. 25 - Sulzer/Kelmix). Die Materialien lassen jedoch erkennen, dass der Gesetzgeber diesen Grundsatz berücksichtigt und angenommen hat, der Begriff der erheblichen Inlandstätigkeit biete ein ausreichendes Maß an Rechtssicherheit für die Beteiligten eines Zusammenschlussvorhaben. Die Zusammenschlussbeteiligten können das wettbewerbliche Potential des zu erwerbenden Unternehmens erkennen, weil sie mögliche mit dem Erwerb verbundenen Auswirkungen für die eigene Wettbewerbsposition auf inländischen Märkten unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Aktivitäten des Unternehmens im Inland ohnehin in Rechnung stellen. Dass dabei in gewissem Umfang Wertungen erforderlich werden, ist in der Transaktionswertschwelle, die in Bezug auf die Bestimmung der Inlandstätigkeit auf "objektive, quantifizierbare Kriterien" für die Bemessung der Inlandstätigkeit bewusst verzichtet (BT-Drucks. 18/10207, S. 75), angelegt und im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot nicht zu beanstanden (vgl. auch BGH, Beschluss vom 23. April 2024 - KVB 56/22, BGHZ 240, 227 Rn. 49 - Amazon, zu § 19a Abs. 1 GWB). Dabei ist zu berücksichtigen,

dass ausweislich der Gesetzesbegründung von einem äußerst weiten Anwendungsbereich der Transaktionswertschwelle auszugehen ist, von dem lediglich eine marginale Inlandstätigkeit ausgenommen sein soll (s.u. Rn 48). An dieser Bewertung vermag auch der Umstand, dass die Anmeldepflicht bußgeldbewehrt ist, nichts zu ändern.

40 (b) Danach ist das Beschwerdegericht zwar zutreffend davon ausgegangen, dass es sich bei der Inlandstätigkeit um gegenwärtige und nicht um zukünftige geschäftliche Aktivitäten handeln muss. Es hat auch zu Recht angenommen, dass es sich bei der Dienstleistung, die Kustomer gegenüber seinen in Deutschland ansässigen Kunden erbringt, um eine Inlandstätigkeit handelt, weil die vertragstypische Leistung dem Ort zuzuordnen ist, an dem Kustomer Kunden ansässig sind. Es hat aber rechtsfehlerhaft das wettbewerbliche Potential Kustomer verkannt, das sich aus der gegenwärtigen, auf das Inland bezogenen Datenverarbeitung ergibt und sich nach dem Zusammenschluss aufgrund der Geschäftstätigkeiten Metas im Inland entfalten kann. Nach den vorstehend genannten Maßstäben durfte das Beschwerdegericht die von Kustomer vorgenommene Verarbeitung von Daten der im Inland ansässigen Endkunden nicht von vornherein für die Feststellung der Inlandstätigkeit unberücksichtigt lassen. Kustomer ist im Hinblick auf seine in Deutschland ansässigen (gewerblichen) Kunden auch insoweit im Inland tätig, als es sich Zugang zu den Daten ihrer Endkunden verschaffen kann.

41 (aa) Bei der Verarbeitung der Endkundendaten handelt es sich um eine notwendige Voraussetzung für das Dienstleistungsangebot Kustomer an seine gewerblichen Kunden, das ein integraler und wesentlicher Bestandteil seines insgesamt marktbezogenen CRM-SaaS-Dienstes ist und mit der Lizenzgebühr abgegolten wird. Anders als die Anschlussrechtsbeschwerde meint, stellt die Datenverarbeitung dabei nicht nur eine untergeordnete Nebenleistung dar. Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts führt Kustomer für die Verwaltung

der Kundenbeziehungen die gesamte Kommunikation seiner gewerblichen Kunden mit deren Kunden in einer Zeitleiste zusammen. Dabei werden sämtliche Interaktionen wie Bestellhistorie, Rückerstattungen und Beschwerden zentral verwaltet, die das Unternehmen mit einem einzelnen Endkunden abgewickelt hat. Zur Bereitstellung seines CRM-SaaS-Dienstes verarbeitet Kustomer Daten der Endkunden, wenn einer seiner Kunden die Software zur Kommunikation mit einem Endkunden nutzt oder dessen Daten auf einen Server von Kustomer hochlädt. Ausweislich der vom Beschwerdegericht in Bezug genommenen und insoweit nicht angegriffenen Feststellungen des Bundeskartellamts erklärt Kustomer in der Vereinbarung über die Auftragsdatenverarbeitung ("Data Processing Addendum"), dass für die Zwecke der Bereitstellung des Dienstes bestimmte Arten von personenbezogenen Daten wie Kontaktdaten (unter anderem Vor- und Nachnamen und Adresse), technische Daten (IP-Adresse, Browser, Geräte-ID) sowie Nutzerdaten (Bestellhistorie, Support-Kontakt-Historie) verarbeitet werden. Nach eigenen Angaben führt Kustomer diese Daten für jeden Endkunden in einem Datensatz zusammen, um umfassende Datenprofile zu erstellen. Danach ist die Auftragsdatenverarbeitung sowohl ein charakteristischer wie auch ein wesentlicher Bestandteil der von Kustomer angebotenen Dienstleistung. Dies wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass Kustomer für die Datenverarbeitung kein gesondertes Entgelt ausweist, sondern seinen Kunden eine einheitliche Lizenzgebühr für die Nutzung des CRM-SaaS-Dienstes in Rechnung stellt.

- 42 (bb) Auf dieser Grundlage ist entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts die Verarbeitung von Daten der inländischen Endkunden für die Feststellung einer Inlandstätigkeit von Bedeutung. Der Inlandsbezug dieser vertraglichen Leistung ergibt sich daraus, dass es sich um eine Auftragsdatenverarbeitung für im Inland ansässige Kunden handelt, die wettbewerbsrelevante Potentiale für das zusammengeschlossene Unternehmen im Inland mit sich bringen kann.

- 43           i.       Die Auftragsverarbeitung von Endkunden-Daten muss - anders als das Beschwerdegericht meint - für die Feststellung der Inlandstätigkeit nach § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB nicht deswegen außer Betracht bleiben, weil Kustomer die Endkunden-Daten auf Grundlage der mit den gewerblichen Kunden geschlossenen Verträgen verarbeitet, es sich insofern um Daten von Kunden Kustomers handelt und zwischen Kustomer und den Endkunden keine unmittelbaren Rechtsbeziehungen bestehen. Für die Annahme einer Inlandstätigkeit im Sinne des § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB sind weder unmittelbare noch mittelbare Rechtsbeziehungen erforderlich. Ausreichend ist vielmehr, dass Kustomer jedenfalls über einen technisch möglichen Zugriff auf die in das System eingepflegten Daten verfügt und zur Erbringung seiner Leistung auch verfügen muss. Insofern hat das Beschwerdegericht die Feststellung des Bundeskartellamts in der angegriffenen Verfügung nicht hinreichend in den Blick genommen, wonach sich ein etwaiger Zugriff auf diese Daten positiv auf die Wettbewerbsposition Metas auf inländischen Werbemärkten auswirken kann, was von der Anschlussrechtsbeschwerde nicht in Abrede genommen wird. Dieses wettbewerbliche Potential, das rechtlich erheblich ist (vgl. § 18 Abs. 3a Nr. 4 GWB; BGH, Beschlüsse vom 23. Juni 2020 - KVR 69/19, WuW 2020, 525 Rn. 43 - Facebook; vom 18. März 2025 - KVB 61/23, juris Rn. 78 - Apple), erschließt sich Kustomer mit der gegenüber seinen im Inland ansässigen Kunden erbrachten Auftragsverarbeitung von Daten ebenfalls im Inland ansässiger Endkunden. Anders als die Anschlussrechtsbeschwerde meint, kann es daher nicht auf die fusionskontrollrechtlichen Grundsätze ankommen, die für die örtliche Zurechnung von Umsätzen gelten.
- 44           ii.       Die Relevanz dieses Potentials wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass ein Erwerber auf diese Daten aufgrund rechtlicher Regelungen über die Auftragsdatenverarbeitung, die zwischen Kustomer und seinen Kunden bestehen, möglicherweise derzeit rechtlich nicht zugreifen darf. Für die Beantwortung

der Frage, ob die Fusionskontrolle auf das Zusammenschlussvorhaben Anwendung findet, genügt die Möglichkeit des physischen Zugriffs auf die Daten der im Inland ansässigen Kunden, die auf Servern von Kustomer hochgeladen werden. Die Frage, ob und inwieweit Meta dieses wettbewerbliche Potential nach Vollzug des Zusammenschlusses - etwa durch Änderung der maßgeblichen Vertragspraxis, insbesondere durch Einholung erforderlicher Zustimmungen - tatsächlich nutzen kann und wird, ist Gegenstand der materiellen fusionskontrollrechtlichen Prüfung nach § 36 Abs. 1, § 18 Abs. 3a Nr. 4 GWB (vgl. auch BGH, Beschluss vom 18. März 2025 - KVB 61/23, juris Rn. 78 - Apple, zur Frage des Datenzugangs nach § 19a Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 GWB). Darauf, ob mit dieser Datenverarbeitung selbst gesonderte Umsätze erzielt werden, kommt es für die Bestimmung des wettbewerblichen Potentials entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts nicht an. Ebenso wenig ist erforderlich, dass Kustomer dieses Potential gegenwärtig unabhängig von der Erbringung seines CRM-SaaS-Dienstes nutzt. Es genügt angesichts der präventiven und in die Zukunft gerichteten Funktion der Fusionskontrolle vielmehr, wenn sich dieses gegenwärtige Potential der insgesamt marktbezogenen Tätigkeit erst nach dem Zusammenschluss auf die Marktstellung der zusammengeschlossenen Einheit positiv auswirken kann. Insbesondere ist nicht erforderlich, dass die Erschließung dieses Potentials ein vorrangiges oder wesentliches strategisches Ziel der Transaktion ist.

- 45           iii.       Anders als das Beschwerdegericht gemeint hat, handelt es sich bei den danach möglichen Wirkungen des Zusammenschlussvorhaben nicht um bloß unbeachtliche Pläne für die Zeit nach vollzogenem Zusammenschluss, sondern um nach Sinn und Zweck des § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB erhebliche Umstände. Ob darüber hinaus die Verarbeitung von Daten inländischer Endkunden von im Ausland ansässigen Kunden Kustomers auch als Inlandstätigkeit zu beurteilen ist, kann dahinstehen, weil die Feststellungsverfügung darauf nicht gestützt ist.

46

iv. Die anhand der Verarbeitung von Endkunden-Daten gemessene Inlandstätigkeit Kustomers ist schließlich nicht deswegen von vornherein unbeachtlich, weil - was das Beschwerdegericht hat dahinstehen lassen - ein reifer Markt betroffen wäre und der Inlandsumsatz das wettbewerbliche Potential des zu erwerbenden Unternehmens bereits zutreffend widerspiegelte. Es kann offenbleiben, ob dem Kriterium der Marktreife überhaupt eine selbständige Bedeutung für die Bestimmung des Anwendungsbereichs der Transaktionswertschwelle zukommt (vgl. BT-Drucks. 18/10207, S. 71; Bechtold/Bosch, *GWB*, 11. Aufl., § 35 Rn. 42; Wessely in *Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht*, 4. Aufl., § 35 *GWB* Rn. 50, 52; Möller in *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, 109. Lieferung, § 35 *GWB* Rn. 33; Picht in *BeckOK KartellR*, 14. Ed., § 35 *GWB* Rn. 89; Göbel, *ZWeR* 2024, 37, 48). Im Hinblick auf die mit der Vorschrift verfolgten Zwecke (vgl. oben Rn. 34) käme eine einschränkende Auslegung des § 35 Abs. 1a *GWB* unter dem Blickwinkel der Marktreife nur ausnahmsweise in Betracht. Das könnte etwa dann der Fall sein, wenn sich das wettbewerbliche Potential des zu erwerbenden Unternehmens ausschließlich auf Märkte bezieht, auf denen die Umsätze das wettbewerbliche Potential und die Marktposition wegen der jeweiligen Marktdynamik und -struktur zuverlässig reflektieren (BT-Drucks. 18/10207, S. 75, oben Rn. 44). Das machen die Beteiligten indes in Bezug auf die Online-Werbemärkte, auf denen Meta nach den vom Beschwerdegericht getroffenen Feststellungen tätig ist und für die die gegenwärtige Inlandstätigkeit Kustomers wettbewerbliche Relevanz hat, weder geltend noch ist dafür etwas ersichtlich. Daher kommt es entgegen der Anschlussrechtsbeschwerde nicht darauf an, dass das Beschwerdegericht keine Feststellungen dazu getroffen hat, dass der Kaufpreis-Multiplikator einen unverhältnismäßigen Wert aufweise. In diesem Zusammenhang genügt vielmehr die Feststellung, dass der Kaufpreis für das Zielunternehmen die Schwelle des § 35 Abs. 1a Nr. 3 *GWB* überschreitet, die Inlandsumsätze aber die Schwelle des § 35 Abs. 1a Nr. 2 Buchst. b *GWB* unterschreiten. Jedenfalls dann, wenn - wie hier - auch andere als reife Märkte betroffen sind, ist

nach der Regelungsabsicht des Gesetzgebers davon auszugehen, dass in einem solchen Fall der Umsatz das wettbewerbliche Potential des zu erwerbenden Unternehmens offensichtlich nicht adäquat reflektiert (BT-Drucks. 18/10207, S. 71, 72). Eine weitergehende Analyse der Marktstrukturen oder der Unternehmensbewertung ist dann - schon aus Gründen der Vorhersehbarkeit der Anmeldepflicht - bei der formellen Fusionskontrolle nicht erforderlich.

47           (3)     Das Beschwerdegericht hat auf Grundlage des von ihm rechtsfehlerhaft verengten Begriffs der Inlandstätigkeit auch die Erheblichkeit der Inlandstätigkeit Kustomers unzutreffend verneint. Nach den von ihm festgestellten Tatsachen ist die mit der Datenverarbeitung verbundene Inlandstätigkeit Kustomers erheblich im Sinn von § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB.

48           (a)     Der Gesetzgeber hat den Anwendungsbereich der Transaktionswertschwelle sehr weit gezogen. Die durch die Inlandstätigkeit mögliche Beeinflussung der Märkte erfordert zwar eine gewisse Mindestintensität im Sinn einer Spürbarkeit. An die Spürbarkeit sind aber im Zusammenhang mit der Anmeldepflicht keine hohen Anforderungen zu stellen. Wie sich aus den Gesetzesmaterialien ergibt, sollen nach § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB nur marginale Inlandstätigkeiten vom Anwendungsbereich der Fusionskontrolle ausgenommen sein (BT-Drucks. 18/10207, S. 75). Maßgeblich ist der Zeitpunkt der Anmeldung. Die Kennzahlen, anhand derer die Erheblichkeit der Inlandstätigkeit zu bestimmen ist, können je nach Branche und Marktreife variieren. Von einer näheren Regelung hat der Gesetzgeber bewusst Abstand genommen. Als Beispiele für relevante Kriterien werden die Zahl der monatlich aktiven Nutzer ("monthly active user") oder die Zahl der Besucher einer Website ("unique visitors") genannt. Grundsätzlich scheiden auch bei der Bestimmung der Erheblichkeit solche Kriterien aus, die an den Umsatz anknüpfen (BT-Drucks. 18/10207, S. 75).

49                   (b)     Nach diesem Maßstab hat das Beschwerdegericht die Erheblichkeit der Inlandstätigkeit Kustomers nicht rechtsfehlerfrei bestimmt.

50                   (aa)    Zum einen hat es aufgrund seines zu eng gefassten Verständnisses von der Inlandstätigkeit Kustomers (oben Rn. 40) allein auf die Zahl der gewerblichen Kunden Kustomers abgestellt und die Anzahl der im Inland ansässigen Endkunden, deren Daten von Kustomer verarbeitet werden, unberücksichtigt gelassen. Diese Kennzahl kann jedoch, wie das Bundeskartellamt in der angegriffenen Verfügung zutreffend angenommen hat, Auskunft über den Umfang der Inlandstätigkeit Kustomers geben, da dessen gegenwärtiges wettbewerbliches Potential, das sich nach dem Zusammenschluss entfalten kann, auch im technisch möglichen Zugriff auf diese Daten besteht (s.o. Rn. 43). Die vom Beschwerdegericht allein zugrunde gelegte Zahl der gewerblichen Kunden spiegelt den Umfang der relevanten Inlandstätigkeit Kustomers, für die die Zahl der Endkunden und die Datenmenge der durch diese generierten und Kustomer (potentiell) zugänglichen Daten in den Blick zu nehmen sind, daher nur unzutreffend wider.

51                   (bb)    Darüber hinaus hat das Beschwerdegericht rechtsfehlerhaft auf das Verhältnis zwischen dem im Inland erzielten und dem weltweiten Umsatz Kustomers abgestellt. Dieses Verhältnis lässt aus Rechtsgründen keinen Rückschluss auf die Erheblichkeit der Inlandstätigkeit zu. Zum einen liegt dem transaktionswertbezogenen Aufgreifkriterium nach § 35 Abs. 1a GWB die Annahme zugrunde, dass die Inlandsumsätze des zu erwerbenden Unternehmens dessen wettbewerbliches Potential nicht stets zuverlässig widerspiegeln. Aus diesem Grund scheiden umsatzbezogene Kriterien, einschließlich des (umsatzbezogenen) Marktanteils, für die Bestimmung der Inlandstätigkeit ebenso wie für deren Erheblichkeit grundsätzlich aus. Zum anderen sind dem Gesetz keine Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, dass die Erheblichkeit der Inlandstätigkeit nach § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB vom Umfang der ausländischen Aktivitäten des zu erwerbenden

den Unternehmens abhängen soll. Die Vorschrift stellt maßgeblich auf den Umfang der im Inland entfalteten Geschäftstätigkeit des zu erwerbenden Unternehmens im Hinblick auf die mit der Fusionskontrolle zu erfassenden inländischen wettbewerblichen Gefahrenlagen ab. Deren Relevanz kann nicht vom Umfang der Auslandstätigkeit abhängen. Es wäre zudem nicht sachgerecht und würde dem mit der Vorschrift angestrebten Ziel einer wirksameren Fusionskontrolle nicht hinreichend Rechnung tragen, wenn ihre Anwendbarkeit auf Grundlage einer relativen Betrachtungsweise bei vergleichbarem Umfang der Inlandstätigkeit und vergleichbaren wettbewerblichen Gefahrenlagen je nach Umfang der Auslandstätigkeit unterschiedlich zu beurteilen wäre (Uebele, NZKart 2023, 78, 83; Göbel, ZWeR 2024, 37, 48; aA: Picht in BeckOK KartellR, aaO, § 35 GWB Rn. 89). Maßgeblich ist daher eine ausschließlich inlandsbezogene Betrachtung, ob ein spürbarer, nicht nur marginaler Inlandsbezug gegeben ist. Aus diesem Grund kommt es weder auf das Verhältnis zwischen den inländischen und den ausländischen Kunden an, noch auf den Anteil der von inländischen Kunden für die Berechnung der Lizenzgebühr in Anspruch genommenen "Seats" an den weltweit nachgefragten "Seats", wobei ein "Seat" einem Vollzeit-Kundendienstmitarbeiter entspricht.

- 52 (c) Nach alledem umfasst die Inlandstätigkeit Kustomers sowohl die Erbringung des CRM-SaaS-Dienstes gegenüber seinen inländischen gewerblichen Kunden als auch die im Auftrag dieser Kunden erfolgende Verarbeitung von Daten der im Inland ansässigen Endkunden. Diese Inlandstätigkeit ist erheblich. Das Bundeskartellamt hat sich in der angegriffenen Verfügung zu Recht auf die - auf Grundlage eines an die im Inland ansässigen gewerblichen Kunden Kustomers gerichteten Auskunftersuchens ermittelte - Zahl von mindestens inländischen Endkunden gestützt, deren Daten von Kustomer verarbeitet werden. Dieses Ermittlungsergebnis hat das Beschwerdegericht im Tatbestand des

angefochtenen Beschlusses in Bezug genommen. Es kann, anders als die Anschlussrechtsbeschwerde meint, im Rechtsbeschwerdeverfahren berücksichtigt werden, soweit lediglich rechtlich geprüft wird, ob die dagegen erhobenen Einwände erheblich sein könnten (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Mai 2021 - KVR 54/20, BGHZ 230, 88 Rn. 52 ff., 65, 72 - Booking.com; BVerwG, Urteil vom 18. Juli 2002 - 3 C 54/01, NVwZ 2003, 92 [juris Rn. 30]; BVerfG, Beschluss vom 3. März 2025 - 1 BvR 1491/23, juris Rn. 55 bis 57; krit. Neumann/Korbmacher in Sodan/Ziekow, aaO, § 137 Rn. 136). Das ist indes nicht der Fall.

53 (aa) Das Ermittlungsergebnis ist zunächst nicht deswegen unverwertbar, weil das Bundeskartellamt den Beteiligten zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen nur eine Mindestzahl von im System hinterlegten Endkundendaten mitgeteilt hat. Gemäß § 76 Abs. 1 Satz 2 GWB darf die Entscheidung nur auf Tatsachen und Beweismittel gestützt werden, zu denen die Beteiligten sich äußern konnten. Diese Voraussetzung ist im Hinblick auf die im Verfahren vorgelegte Auswertung des Bundeskartellamts erfüllt. Die Möglichkeit, dass sich aus den zur Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen gemäß § 56 Abs. 2 und 3 und § 70 Abs. 2 GWB nicht offengelegten (Roh-)Daten die Fehlerhaftigkeit der Auswertung ergeben könnte, betrifft grundsätzlich nicht das rechtliche Gehör, sondern die im Beschwerdeverfahren gebotene Sachverhaltsfeststellung. Zu eigenen Ermittlungen ist das Beschwerdegericht nur verpflichtet, wenn ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit der vom Amt mitgeteilten Auswertungsergebnisse bestehen (st. Rspr., BGH, Beschlüsse vom 11. November 2008 - KVR 60/07, BGHZ 178, 285 Rn. 30 - E.ON/Stadtwerke Eschwege; vom 18. März 2025 - KVB 61/23, juris Rn. 180 - Apple). Solche Zweifel haben die Beteiligten, worauf der Senat in der mündlichen Verhandlung hingewiesen hat, indes nicht aufgezeigt. Ein Offenlegungsverfahren nach § 74 Abs. 2 Satz 4 GWB ist daher nicht erforderlich. Das hat das Beschwerdegericht, das unzutreffend davon ausgeht, dass es sich bei

dem Ermittlungsergebnis um eine Behauptung des Bundeskartellamts handele, rechtsfehlerhaft verkannt.

54

(bb) Die Zahl der von Kustomer im Inland verarbeiteten Endkunden-Daten ist für die Feststellung einer Inlandstätigkeit nach § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB - anders als Meta meint - nicht generell ungeeignet, sondern weist nach den vorstehenden Ausführungen auf ein mögliches, sich aus der Datenverarbeitung ergebendes wettbewerbliches Potential des zu erwerbenden Unternehmens hin. Der Umstand, dass andere Kriterien, wie etwa die Zahl der monatlich aktiven Nutzer (Endkunden), deren Kommunikation über den Dienst Kustomers abgewickelt wird, ebenfalls Rückschlüsse auf dieses Potential ermöglichen, erlaubt nicht die Annahme, die vom Bundeskartellamt herangezogene Kennzahl sei ungeeignet für die Abschätzung des Umfangs der Inlandstätigkeit. Dass allein die Zahl monatlich aktiver Nutzer für die Ermittlung des Inlandsbezugs herangezogen werden könnte, lässt sich weder dem Gesetz selbst noch den Gesetzgebungsmaterialien entnehmen, in denen eine solche Kennzahl für andere Dienstleistungen als die hier in Rede stehende nur beispielhaft angeführt wird. Insbesondere dann, wenn die Zahl monatlich aktiver Nutzer, wie Meta geltend macht, nur auf Grundlage eines hochgradig manuellen und komplexen Schätzverfahrens auf Grundlage von [redacted] zu ermitteln ist, kann ein solches Kriterium keine entscheidende Bedeutung für die Bestimmung der Anmeldepflicht haben. Dem Gesetz kann ferner nicht entnommen werden, dass nur solche Endkundendaten für die Bestimmung der Inlandstätigkeit erheblich sind, die aufgrund einer mit dem CRM-SaaS-Dienst verwalteten Kundenserviceinteraktion verarbeitet worden sind. Auch Daten von im Inland ansässigen Endkunden, die die gewerblichen Kunden von Kustomer außerhalb einer solchen Interaktion mit Hilfe des CRM-SaaS-Dienstes verwalten, können auf ein für die Fusionskontrolle relevantes Wettbewerbspotential hinweisen. Das genügt, um den

Anwendungsbereich der Fusionskontrolle nach § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB zu eröffnen. Ob diese Datenverarbeitung die Marktstellung des zusammengeschlossenen Unternehmens tatsächlich im Sinne des § 36 GWB erheblich beeinflusst, ist Gegenstand der materiellen Fusionskontrolle.

55 (cc) Der Einwand, die an einer Fusion beteiligten Unternehmen hätten allgemein - und auch hier - keinen umfassenden und zuverlässigen Zugang zu objektiven und überprüfbaren Zahlen bezüglich der Menge der Endkundendaten ihrer gewerblichen Kunden, ist nicht geeignet, die Notwendigkeit weiterer Ermittlungen zu begründen. Dafür wären Angaben erforderlich, die die Ermittlungsergebnisse in Zweifel ziehen könnten, wie etwa, dass die im Rahmen der Auftragsdatenverarbeitung vorgehaltenen Kapazitäten ein deutlich geringeres Datenvolumen als die vom Bundeskartellamt ermittelte Zahl der Datensätze aufweisen. Das ist indes weder geltend gemacht noch sonst ersichtlich. Soweit die Anschlussrechtsbeschwerde geltend macht, die gewerblichen Kunden hinterlegten nicht für alle Endkunden Adressdaten und auch andere Fälle der Datenverarbeitung gäben keinen Aufschluss über deren Standort, kommt es darauf nicht an. Zweifel am Ermittlungsergebnis hätte - was sich aufdrängen musste - insbesondere begründen können, wenn die Anschlussrechtsbeschwerde - wie nicht - aufgezeigt hätte, dass und wie viele der Endkunden der inländischen gewerblichen Kunden unter Adressen im Ausland geführt werden. Dies hätte im Verfahren nach Bekanntwerden des Zusammenschlussvorhabens etwa durch eine Anfrage bei den gewerblichen Kunden ermittelt werden können.

56 (dd) Soweit Meta geltend macht, nach einer eigenen vorsichtigen Schätzung werde über den CRM-SaaS-Dienst die Kommunikation mit monatlich ungefähr inländischen Endkunden abgewickelt, kann dies die vom Bundeskartellamt ermittelte Zahl der im System von Kustomer insgesamt vorhandenen Datensätze inländischer Endkunden nicht in Frage stellen, weil es sich um unterschiedliche, nicht miteinander vergleichbare Kennzahlen handelt.

- 57 (ee) Vor diesem Hintergrund kommt es auch nicht darauf an, ob - wie die Anschlussrechtsbeschwerde geltend macht - Auftragsdatenverarbeiter allgemein und Kustomer im Besonderen die (genaue) Anzahl der inländischen Endkunden eines gewerblichen Kunden nicht in Einklang mit datenschutzrechtlichen Vorgaben ermitteln könnten. Im Übrigen ist dies auf der Grundlage des vom Beschwerdegericht in Bezug genommenen Vorbringens der Beteiligten aber auch nicht ersichtlich. Soweit die Anschlussrechtsbeschwerde auf etwaige fehlende Weisungen des Auftraggebers verweist, berücksichtigt sie nicht, dass entsprechende Weisungen grundsätzlich erteilt werden können und für die Zwecke der formellen Fusionskontrolle aggregierte und de-identifizierte Angaben über die Anzahl der im System verarbeiteten Datensätze inländischer Endkunden ausreichend sind. Darauf hat auch das Bundeskartellamt in der angegriffenen Verfügung unter Bezugnahme auf die Datenerklärung und die mit Unternehmenskunden abgeschlossenen Vereinbarungen hingewiesen. Ungeachtet dessen hat das Bundeskartellamt die Zahl der im System hinterlegten Datensätze durch ein Auskunftersuchen bei den gewerblichen Kunden Kustomers ermittelt und den Zusammenschlussbeteiligten zur Verfügung gestellt, so dass ihnen jedenfalls auf dieser Grundlage eine Beurteilung der Inlandstätigkeit möglich war.
- 58 (ff) Auch im Übrigen zeigt die Anschlussrechtsbeschwerde nicht auf, dass nach den obigen Grundsätzen Zweifel am Ermittlungsergebnis des Bundeskartellamts bestehen und weitere Ermittlungen geboten sind. Anders als sie meint, lässt sich der angegriffenen Verfügung nicht entnehmen, das Bundeskartellamt habe die Zahl von im Inland ansässiger Endkunden lediglich aus einer im Internet veröffentlichten, zu Marketingzwecken verwendeten Zahl eines Kunden von Kustomer abgeleitet. Das Bundeskartellamt hat in der angegriffenen Verfügung ausgeführt, dass diese Zahl das Ergebnis des an die inländischen Kunden gerichteten Auskunftersuchens war. Soweit in einer Fußnote Angaben

aus öffentlich verfügbaren Quellen enthalten sind, diene dies - ohne dass das zu beanstanden wäre - ersichtlich der ergänzenden Plausibilisierung.

59           (d) Auf dieser Grundlage hat das Bundeskartellamt mit Recht angenommen, dass die Inlandstätigkeit Kustomers nach § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB erheblich ist. Bei einer Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung der im System von Kustomer hinterlegten Datensätze von           im Inland ansässigen Endkunden,           monatlich aktiven inländischen Endkunden und einer Zahl von           Vollzeit-Kundendienstmitarbeitern entsprechenden "Seats", die die im Inland ansässigen Kunden Kustomers in Anspruch nehmen, kann nicht davon ausgegangen werden, dass es sich dabei um eine marginale Inlandstätigkeit handelt. Damit werden - gemessen an der Gesamtbevölkerung - in erheblichem Umfang Daten von im Inland ansässigen Kunden verwaltet, auf die das zusammengeslossene Unternehmen in Zukunft möglicherweise zugreifen kann. Diese Bewertung entspricht dem vom Gesetz für die Zwecke der Transaktionswert-schwelle denkbar weit gezogenen Anwendungsbereich der Fusionskontrolle.

60           III. Die Rechtsbeschwerde des Bundeskartellamts ist zulässig und begründet. Nach den vorstehenden Ausführungen hat das Beschwerdegericht auf die Beschwerde Metas den Kostenbeschluss vom 23. März 2022 zu Unrecht aufgehoben.

61           1. Das Beschwerdegericht ist zwar zutreffend davon ausgegangen, dass § 62 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Nr. 1, § 62 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 und Nr. 2, 39 Abs. 1 GWB die Rechtsgrundlage für den Erlass des Kostenbeschlusses bilden. Danach werden im Verfahren vor den Kartellbehörden zur Deckung des Verwaltungsaufwands Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Zu den gebührenpflichtigen, individuell zurechenbaren öffentlichen Leistungen zählen Anmeldun-

gen nach § 39 Abs. 1 GWB (§ 62 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GWB) sowie Amtshandlungen nach §§ 36, 39, 40, 41, 42 GWB (§ 62 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GWB). Diese Gebührentatbestände sind im Streitfall erfüllt.

62 a) Die Einleitung des Verwaltungsverfahrens zur Überprüfung der Anmeldepflicht nach § 39 GWB mit dem verfahrensabschließenden Erlass der Feststellungsverfügung vom 9. Dezember 2021 stellen eine Amtshandlung im Sinne des § 62 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GWB dar. In Verfahren, die das Bundeskartellamt von Amts wegen einleitet, entsteht die Gebühr nach § 2 Abs. 1 KartKostV erst mit Erlass einer verfahrensabschließenden Sachentscheidung (vgl. Schneider in Bunte, aaO, § 62 GWB Rn. 12; Lagemann in Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, aaO, § 62 GWB Rn. 28; Wirtz in Immenga/Mestmäcker, aaO, § 62 GWB Rn. 7; Bracher in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, aaO, § 62 GWB Rn. 16). Um eine solche handelt es sich bei der Verfügung vom 9. Dezember 2021. Sie ist auch aufgrund von Vorschriften ergangen, die von § 62 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GWB in Bezug genommen sind. Die Feststellung der Anmeldepflicht des Zusammenschlussvorhabens hat das Bundeskartellamt auf § 39 Abs. 1, § 35 Abs. 1a GWB gestützt.

63 b) Zudem ist der Gebührentatbestand des § 62 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GWB erfüllt. Die Beteiligten haben das Zusammenschlussvorhaben beim Bundeskartellamt angemeldet. Gemäß des auf Grundlage von § 64 Abs. 9 GWB (§ 80 Abs. 9, 10 GWB aF) ergangenen § 2 KartKostV entsteht die Gebührenschuld im Fall des § 62 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Nr. 1 GWB bereits mit dem Eingang der Anmeldung des Vorhabens beim Bundeskartellamt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Anmeldung auf einer Pflicht beruht oder ob sie freiwillig erfolgt und sich der Anmelder darin gleichzeitig seine die Anmeldebedürftigkeit verneinende Rechtsauffassung ausdrücklich vorbehält (KG, Beschlüsse vom 29. März 2000 - Kart 34/98, WuW/E DE-R 470, 472 - Hapag Lloyd/TUI; vom 7. Juli 1992

- Kart 12/92, WuW/E OLG 4995, 4997 - Geringe Anmeldegebühr; vom 8. September 1978 - Kart 3/78, WuW/E OLG 2007, 2008 - Kunststoffrohre; Lagemann in Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, aaO, § 62 GWB Rn. 20, 21; Schneider in Bunte, aaO, § 62 GWB Rn. 8; Bracher in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, aaO, § 62 GWB Rn. 12).

64           2.       Das Beschwerdegericht hat jedoch rechtsfehlerhaft angenommen, dass die Kosten nach § 62 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 GWB nicht hätten in Ansatz gebracht werden dürfen. Nach dieser Vorschrift dürfen Gebühren nicht erhoben werden, wenn sie bei richtiger Behandlung der Sache nicht entstanden wären. Da sich die Feststellungsverfügung, wie dargelegt, als rechtmäßig erweist und die Zusammenschlussbeteiligten zur Anmeldung des Vorhabens verpflichtet waren, hat das Bundeskartellamt die Sache richtig behandelt. Auf die Rechtsfrage, ob jede rechtswidrige staatliche Maßnahme - wie das Beschwerdegericht angenommen hat - eine unrichtige Sachbehandlung im Sinn des § 62 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 GWB darstellt oder ein offensichtlicher Verstoß gegen eine klare gesetzliche Regelung erforderlich ist, kommt es im Streitfall nicht an. Die angefochtene Entscheidung war daher insoweit aufzuheben, als das Beschwerdegericht zum Nachteil des Bundeskartellamts entschieden hat. Da auch hierzu weitere Feststellungen nicht erforderlich sind, konnte der Senat in der Sache selbst entscheiden mit der Folge, dass die Beschwerde Metas gegen den Kostenbeschluss zurückzuweisen war.

65 IV. Die Kostenentscheidung folgt aus § 71 Satz 1 und Satz 2 Alt. 1  
GWB.

Roloff

Tolkmitt

Picker

Holzinger

Kochendörfer

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 23.11.2022 - VI-Kart 11/21 (V) -

Verkündet am:

17. Juni 2025

Barth, Justizangestellte

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle