

# Laurenz Ehrmann: Änderungen in der formellen Fusionskontrolle im Rahmen der 10. GWB-Novelle – Eine Bewertung aus Sicht des BKartA und der Unternehmen

Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft im 9. Fachsemester (Universität Bayreuth). Der Beitrag ist im Rahmen des studienbegleitenden Seminars zum deutschen und europäischen Kartellrecht bei Prof. Dr. Knut Werner Lange (Lehrstuhl Zivilrecht V – Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Handels- und Wirtschaftsrecht) entstanden.

## A. Einleitung

Durch die 10. GWB-Novelle mit dem „Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitalisiertes Wettbewerbsrechts 4.0 und anderer Bestimmungen (GWB-Digitalisierungsgesetz)“ realisierte der Gesetzgeber am 19.1.2021 das schon im Koalitionsvertrag der ehemaligen Regierungsparteien gefasste Vorhaben über eine „Modernisierung des Kartellrechts“.<sup>1</sup> Neben den wohl im Mittelpunkt stehenden Änderungen im Rahmen der Missbrauchsaufsicht und der Umsetzung der ECN+-Richtlinie<sup>2</sup> in nationales Recht, kam es zu durchaus beachtenswerten Änderungen im Rahmen der formellen Fusionskontrolle.

Zwei Entwicklungen im Kontext der Fusionskontrolle gaben dem Gesetzgeber Anlass, zu handeln. Zum einen wurde mit rund 1400 angemeldeten Zusammenschlüssen im Jahr 2019 der höchste Wert seit 2009 beim Bundeskartellamt (BKartA) verzeichnet.<sup>3</sup> Dieser Umstand führt nicht nur beim BKartA zu verschiedenen Belastungen, sondern auch mittelständische Unternehmen leiden darunter, dass ihrerseits zahlreiche Zusammenschlüsse angemeldet werden müssen, wobei die wettbewerbliche Relevanz häufig fraglich ist.<sup>4</sup> Um diesen Belastungen entgegenzuwirken, sah sich der Gesetzgeber veranlasst, die Inlandsumsatzschwellen in § 35 GWB anzuheben.

Zum anderen zeichnen sich trotz der bisher niedrigen Inlandsumsatzschwellen auf verschiedenen Märkten Marktkonzentrationstendenzen ab, die durch Zusammenschlüsse, die unterhalb der Umsatzschwellen des § 35 GWB liegen, zustande kommen.<sup>5</sup> In solchen Fällen sind dem BKartA die Hände gebunden, eine Kontrolle des Zusammenschlusses ist nicht möglich. Mit dem neu

geschaffenen § 39a GWB kann das BKartA nun unter bestimmten Voraussetzungen mittels einer Verfügung ein Unternehmen dazu verpflichten, jeden Zusammenschluss unabhängig vom Erreichen der Umsatzschwellen anzumelden. Durch die Norm soll es nunmehr möglich sein, entsprechenden Konzentrationstendenzen entgegenzuwirken.

Dieser Beitrag bewertet die Anhebung der Inlandsumsatzschwellen in § 35 GWB (B.) und die Einführung des neuen § 39a GWB (C.) unter Beachtung der Interessen des BKartA und der Unternehmen. Dafür wird jeweils die Ausgangslage vor der 10. GWB-Novelle und die getätigten Änderungen im GWB dargestellt, um diese dann aus der Perspektive des BKartA und der Unternehmen kritisch zu würdigen. Es wird jeweils ein Vorschlag zur Weiterentwicklung der Normen gegeben, die einen Ausblick auf künftige Handlungsmöglichkeiten des Gesetzgebers geben sollen. Abschließend wird auf das sachlich-thematische Verhältnis von § 35 GWB und § 39a GWB eingegangen (D.).

## B. Anhebung der Inlandsumsatzschwellen in § 35 GWB

### I. Änderungen in § 35 GWB durch die 10. GWB-Novelle

Die wesentliche Änderung in § 35 GWB durch die 10. GWB-Novelle war die Anhebung der beiden Inlandsumsatzschwellen in § 35 I Nr. 2 GWB. Die erste Inlandsumsatzschwelle wurde von 25 Mio. € auf 50 Mio. € angehoben und die zweite Inlandsumsatzschwelle von 5 Mio. € auf 17,5 Mio. €. Um systematische Widersprüche innerhalb des § 35 GWB zu vermeiden, wurden auch in § 35 Ia GWB die entsprechenden

<sup>1</sup> CDU, CSU und SPD, Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD. 19. Legislaturperiode, 12.3.2018, <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/koalitionsvertrag-zwischen-cdu-csu-und-spd-195906> [zuletzt abgerufen: 4.3.2022], S. 44, 61.

<sup>2</sup> RL (EU) 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.12.2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts, ABIEU v. 14.1.2019, L 11/3 [ECN+-RL].

<sup>3</sup> Zahl aus 2020: BKartA, Jahresbericht 2020/21, S. 35; Zahl aus 2019: BKartA, Jahresbericht 2019, S. 35; Zahlen aus 1990-2018: Stadler, Die Neujustierung der fusionskontrollrechtlichen Aufgreifschwelle in der 10. GWB-Novelle, ZWeR 2019, S. 250 (257).

<sup>4</sup> Slobodenjuk/Scholke, Die neue zweite Inlandsumsatzschwelle – zurück in die Zukunft, WuW 2019, S. 605.

<sup>5</sup> Becker, Björn Christian, Fusionskontrolle unterhalb der Aufgreifschwelle, ZWeR 2020, S. 365 (367 ff.); Steinvorth/Gasser, Der neue § 39a GWB – Instrument für eine flexiblere Fusionskontrolle?, WuW 2021, S. 155 (155 f.).

Umsatzschwellen analog zu § 35 I GWB angehoben.<sup>6</sup> Außerdem konnte die sog. „Anschlussklausel“ des § 35 II 1 GWB gestrichen werden, die einen Zusammenschluss eines nicht abhängigen Unternehmens i.S.d. § 36 II GWB mit weltweiten Umsatzerlösen von weniger als 10 Mio. € mit einem anderen Unternehmen von der Fusionskontrolle ausnahm, da die Regelung durch die Anhebung der zweiten Inlandsumsatzschwelle überflüssig wurde.<sup>7</sup>

## II. Ausgangslage vor der 10. GWB-Novelle

### 1. Steigende Anmeldezahlen

Die Erhöhung der Inlandsumsatzschwellen ist die Konsequenz aus einem sich länger abzeichnenden Trend. Die Zahl der angemeldeten Zusammenschlüsse beim BKartA steigt nach starken Rückgängen durch das Dritte Mittelstandsentsorgungsgesetz vom 25.3.2009 und die Finanzkrise 2008/09 seit 2010 wieder konstant an.<sup>8</sup> Während 2010 noch 987 Zusammenschlüsse angemeldet wurden, verzeichnete das BKartA 2015 schon 1211 Anmeldungen.<sup>9</sup> Der zwischenzeitliche Höchstwert mit rund 1400 angemeldeten Zusammenschlüssen wurde im Jahr 2019 erreicht.<sup>10</sup> Das BKartA hatte 2019 somit rund 42 % mehr Fälle zu bearbeiten als noch 2010. Der leichte Rückgang auf 1230 Anmeldungen im Jahr 2020 ist wohl auf den pandemiebedingten wirtschaftlichen Abschwung zurückzuführen und stellt lediglich eine Ausnahme von einem langfristigen Trend dar.<sup>11</sup>

Aus den hohen Anmeldezahlen ergeben sich aber nicht im gleichen Maße eine hohe Zahl an wettbewerblich bedenklichen Fällen. Im Jahr 2020 führten 1230 angemeldete Zusammenschlüsse zu lediglich neun Hauptprüfverfahren (Quote: 0,73 %).<sup>12</sup> Auch in den vorangegangenen Jahren war die Quote ähnlich gering (2019<sup>13</sup>: 1400 Anmeldungen und 14 Hauptprüfverfahren, 1,0 %; 2018<sup>14</sup>: 1383 Anmeldungen und 8 Hauptprüfverfahren, 0,57 %).

Folglich hat das BKartA zwar jährlich eine immer höher werdende Zahl an Anmeldungen zu bearbeiten, die meisten werden jedoch schon mit dem Vorprüfverfahren freigegeben.

### 2. Hohe Anmeldezahlen im internationalen Vergleich

Hinzu kommt, dass die Anmeldezahlen in Deutschland sich im internationalen Vergleich auf einem sehr hohen Niveau befinden.<sup>15</sup> Aus einer von *Stadler* erstellten Tabelle geht hervor, dass Deutschland im Jahr 2017 in Relation zu seinem Bruttoinlandsprodukt nach Russland und Südkorea unter den OECD-Staaten die meisten angemeldeten Zusammenschlüsse zu verzeichnen hat.<sup>16</sup> Im Vergleich zu Ländern mit ähnlicher Wirtschaftskraft sind die Anmeldezahlen in Deutschland um ein Vielfaches höher. Die Zahl der Anmeldungen in Frankreich belief sich 2017 auf 252, in Großbritannien auf 62 und in Deutschland auf 1303.<sup>17</sup> Durch die steigenden Anmeldezahlen nähert sich Deutschland also nicht den Werten anderer Länder von unten an, sondern verfestigt vielmehr seine Stellung als Land mit hohen Anmeldezahlen im internationalen Vergleich.

### 3. Ursachen

Die im internationalen Vergleich hohen und darüber hinaus noch steigenden Anmeldezahlen können auf verschiedene Ursachen zurückgeführt werden.

Eine Ursache sind die – auch im internationalen Vergleich – sehr niedrigen Inlandsumsatzschwellen. Japans Inlandsumsatzschwellen liegen z. B. bei 165 Mio. € und 41 Mio. €. In Frankreich liegen diese bei jeweils 50 Mio. €. Beide Beispiele zeigen, dass die Schwellenwerte in Deutschland niedrig angesetzt waren.

Ein weiterer Grund für die hohen Anmeldezahlen ist die große deutsche Volkswirtschaft, die durch starke mittelständische Unternehmen geprägt ist.<sup>20</sup> Dass dieser Umstand allerdings zu

<sup>6</sup> *Füllung*, in: *Bien/Käseberg/Klumpe/Körber/Ost* 10. GWB Novelle, 2021, Kap. 5 Rn. 9.

<sup>7</sup> *Füllung*, in: *Bien/Käseberg/Klumpe/Körber/Ost* 10. GWB Novelle (Fn. 6), Kap. 5 Rn. 10; *Podszun/Brauckmann*, GWB-Digitalisierungsgesetz: Der Referentenentwurf des BMWi zur 10. GWB-Novelle, GWR 2019, S. 436 (436).

<sup>8</sup> *Slobodenjuk/Scholke*, WuW 2019, 605; *Stadler*, ZWeR 2019, S. 250 (257).

<sup>9</sup> *Stadler*, ZWeR 2019, S. 250 (257).

<sup>10</sup> *BKartA*, Jahresbericht 2019, S. 35.

<sup>11</sup> *BKartA*, Jahresbericht 2020/21, S. 35.

<sup>12</sup> *BKartA*, Jahresbericht 2020/21, S. 35.

<sup>13</sup> *BKartA*, Jahresbericht 2019, S. 35.

<sup>14</sup> *BKartA*, Jahresbericht 2018, S. 23.

<sup>15</sup> *Käseberg/Brenner/Füllung*, Das GWB-Digitalisierungsgesetz im Überblick, WuW 2021, S. 269 (272); *Steinorth*, Neue Wege in der Fusionskontrolle?, WuW 2020, S. 113.

<sup>16</sup> *Stadler*, ZWeR 2019, S. 250 (259 f.).

<sup>17</sup> *Stadler*, ZWeR 2019, S. 250 (259).

<sup>18</sup> *Stadler*, ZWeR 2019, S. 250 (264).

<sup>19</sup> *Bodenstein/Ohlhoff/Rinne/u.a.*, Studienvereinigung Kartellrecht e.V., Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht e.V. zu den mit dem Referentenentwurf vorgeschlagenen Änderungen – Verwaltungsverfahren/Schadensersatz/Fusionskontrolle, 13.2.2020, [https://www.studienvereinigung-kartellrecht.de/sites/default/files/stellungnahmen/67b4e1a541bd1af1e25ae7e6eb9824fc/200213\\_stuv\\_stellungnahme\\_verwverfahren\\_schadensersatz\\_fuko\\_10\\_gwb\\_novelle\\_bmw\\_i.pdf](https://www.studienvereinigung-kartellrecht.de/sites/default/files/stellungnahmen/67b4e1a541bd1af1e25ae7e6eb9824fc/200213_stuv_stellungnahme_verwverfahren_schadensersatz_fuko_10_gwb_novelle_bmw_i.pdf) [zuletzt abgerufen: 4.3.2022], S. 41.

<sup>20</sup> BT-Drucks. 19/23492, S. 90.

höheren Anmeldezahlen führt, hängt unmittelbar mit den niedrigen Inlandsumsatzschwellen zusammen, da diese so niedrig angesetzt sind, sodass auch bei mittelständischen Unternehmen eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht, die Schwellen zu überschreiten.

Eine zusätzliche Erklärung für die hohen Fallzahlen bietet eine Betrachtung der Entwicklung der Schwellenwerte im Zeitverlauf. Die weltweite Umsatzschwelle ist seit ihrer Erhöhung im Jahr 1998 unverändert geblieben, ebenso wie die erste Inlandsumsatzschwelle nach ihrer Einführung 1998 (beide Werte wurden nur im Zuge der Einführung des Euro umgerechnet).<sup>21</sup> Die zweite Inlandsumsatzschwelle wurde seit der Einführung 2009 nicht angehoben.<sup>22</sup> Es erfolgte seitdem keine Anpassung an die Inflation oder das Wirtschaftswachstum. Dagegen werden in den USA die Umsatzschwellen seit 2005 sogar jährlich an die Entwicklung des Bruttonationaleinkommens angepasst.<sup>23</sup> Würde man dieses Prinzip auf Deutschland übertragen, hätten sich die weltweite Umsatzschwelle und erste Inlandsumsatzschwelle von 1998 bis 2018 auf 863 Mio. € bzw. 43,2 Mio. € erhöht. Die zweite Inlandsumsatzschwelle hätte sich auf 6,9 Mio. € erhöht.<sup>24</sup> So führt eine mangelnde Anpassung der Umsatzschwellen mittelbar zu einer schleichenden und unsichtbaren Senkung der Umsatzschwellen, was wiederum zu steigenden Anmeldezahlen führt.

#### 4. Folgen für BKartA und Unternehmen

##### a) BKartA

Die niedrigen Inlandsumsatzschwellen ermöglichen dem BKartA zwar, die wettbewerblichen Entwicklungen engmaschig zu kontrollieren und darüber hinaus eine hohe Branchenkenntnis zu behalten.<sup>25</sup> Mit der daraus resultierenden hohen und steigenden Zahl der angemeldeten Zusammenschlüsse gehen allerdings nicht unerhebliche Nachteile für das BKartA einher. So verursachen die niedrigen Inlandsumsatzschwellen ein hohes Aufkommen an Anmeldungen von Zusammenschlüssen, die eine geringe gesamtwirtschaftliche Bedeutung haben.<sup>26</sup> Bei der Bearbeitung dieser Fälle werden in einem hohen Maß personelle Ressourcen

gebunden, die an anderer Stelle gebraucht werden.<sup>27</sup> Denn die Hauptprüfverfahren bedürfen aufgrund ihrer immer höher werdenden Komplexität einer intensiveren Prüfung und benötigen deshalb mehr personelle Ressourcen als früher.<sup>28</sup> Die Vorteile einer engmaschigen Kontrolle sind also nicht ohne Opportunitätskosten, die durch die komplexeren Hauptverfahren eine zunehmende Belastung für das BKartA darstellen.

##### b) Unternehmen

Die niedrigen Umsatzschwellen führen bei den betroffenen Unternehmen zu bürokratischen und finanziellen Belastungen. Mit der Anmeldung eines Zusammenschlusses ist ein erheblicher Aufwand für die Unternehmen zur Zusammentragung der erforderlichen Informationen verbunden.<sup>29</sup> Des Weiteren kann der Zeitverlust, der mit einer Anmeldung und dem zugehörigen Prüfverfahren verbunden ist, zu höheren Finanzierungskosten führen. Die Kosten eines anmeldepflichtigen Zusammenschlusses erhöhen sich außerdem nochmals durch Ausgaben für externe Berater und Gebühren beim BKartA.<sup>30</sup> Die Summe dieser Kosten belasten vor allem mittelständische Unternehmen, bei denen ein Zusammenschluss und die damit verbundenen Kosten stärker ins Gewicht fallen. Außerdem sind gerade diese Zusammenschlüsse zumeist wettbewerblich unbedenklich und lediglich aufgrund der niedrigen Umsatzschwellen des § 35 I Nr. 2 GWB anzumelden.<sup>31</sup>

#### III. Prognostizierte Folgen der Änderungen in § 35 GWB

Die Probleme für das BKartA und die Unternehmen, die mit den bisher niedrigen Inlandsumsatzschwellen einhergingen, veranlassten den Gesetzgeber zu den beschriebenen Änderungen in § 35 GWB. Der Entwurf der Bundesregierung sah eine Erhöhung der ersten Inlandsumsatzschwelle von 25 Mio. € auf nur 30 Mio. € und der zweiten Inlandsumsatzschwelle von 5 Mio. € auf nur 10 Mio. € vor.<sup>32</sup> Durch diese Erhöhung wurde ein Rückgang der Fallzahlen um ca. 20 % prognostiziert.<sup>33</sup> Im Rahmen des

<sup>21</sup> Stadler, ZWeR 2019, S. 250 (265).

<sup>22</sup> Stadler, ZWeR 2019, S. 250 (265).

<sup>23</sup> Stadler, ZWeR 2019, S. 250 (265).

<sup>24</sup> Stadler, ZWeR 2019, S. 250 (265).

<sup>25</sup> BT-Drucks. 19/23492, S. 91.

<sup>26</sup> Käseberg/Brenner/Fülling, WuW 2021, S. 269 (272); Slobodjenjuk/Scholke, WuW 2019, S. 605.

<sup>27</sup> Fülling, in: Bien/Käseberg/Klumpe/Körber/Ost 10. GWB Novelle (Fn. 6), Kap. 5 Rn. 8.

<sup>28</sup> BT-Drucks. 19/23492, S. 90.

<sup>29</sup> Stadler, ZWeR 2019, S. 250 (255).

<sup>30</sup> Stadler, ZWeR 2019, S. 250 (255).

<sup>31</sup> Fülling, in: Bien/Käseberg/Klumpe/Körber/Ost 10. GWB Novelle (Fn. 6), Kap. 5 Rn. 8.

<sup>32</sup> BT-Drucks. 19/23492, S. 13 f.

<sup>33</sup> BT-Drucks. 19/23492, S. 91.

Gesetzgebungsprozesses wurden die Schwellenwerte allerdings „in letzter Minute“<sup>34</sup> noch ein weiteres Mal auf die 50 Mio. € und 17,5 Mio. € angehoben. Da man sich erst spät für die weitergehende Erhöhung entschied, ist den Gesetzesmaterialien nicht zu entnehmen, welche Reduktion der Fallzahlen in Zukunft tatsächlich zu erwarten ist. *Käseberg, Brenner* und *Füllung* gehen in einem neueren Aufsatz von einem Rückgang von ca. 50 % aus.<sup>35</sup> Dies ist im Vergleich zu den ursprünglich prognostizierten 20 % Änderungen eine nennenswerte Steigerung. Nimmt man die Jahre 2019 (1400 Anmeldungen) und 2020 (1230 Anmeldungen) als Ausgangswerte, sind für die kommenden Jahre nur noch zwischen 600 und 700 Anmeldungen zu erwarten.

Im Entwurf der Bundesregierung wurde unter Annahme der Anmeldezahlen aus 2019 bei hypothetischer Geltung der damals geplanten Umsatzschwellen (30 Mio. € und 10 Mio. €) folgende Entlastung berechnet:

Der Rückgang der Anmeldezahlen um ca. 20 % hätte 326 Vorprüfverfahren und ein Hauptprüfverfahren entfallen lassen.<sup>36</sup> Im Ergebnis würde sich aufseiten des BKartA eine Entlastung von jährlich 670.000 € ergeben.<sup>37</sup> Für die Wirtschaft wurde eine jährliche Kosteneinsparung innerhalb der Unternehmen i. H. v. ca. 630.000 € berechnet und eine Entlastung i. H. v. ca. 2,19 Mio. € durch den Wegfall der Gebühren.<sup>38</sup> Da aber mit den jetzt geltenden Umsatzschwellen nunmehr mit einem Rückgang der Anmeldungen um 50 % statt 20 % gerechnet wird, ist bei den Einsparungen wohl von einer deutlich höheren Entlastung als ursprünglich berechnet auszugehen.

#### IV. Kritische Würdigung

##### 1. Kurzfristige Verbesserungen für BKartA und Unternehmen

Im Ergebnis ist die Anhebung der Inlandsumsatzschwellen unter Berücksichtigung der Interessen des BKartA und der Unternehmen grundsätzlich zu begrüßen. Durch die nochmalige Anhebung innerhalb des Gesetzgebungsprozesses

ging der Gesetzgeber auf die berechtigt vorgetragene Kritik ein, die geplante Änderung der Inlandsumsatzschwellen würde zu gering ausfallen.<sup>39</sup>

Das BKartA wird unmittelbar eine starke Entlastung durch die Halbierung der Fallzahlen erfahren. Damit werden personelle Ressourcen freigesetzt, um der steigenden Arbeitslast im Zusammenhang mit den komplexer werdenden Hauptprüfverfahren wirksam begegnen zu können. Die vom Präsidenten des BKartA vorgetragene Bedenken durch die höhere als ursprünglich geplante Anhebung der Umsatzschwellen „dürfte [...] der ein oder andere bedenkliche Fall wegfallen“<sup>40</sup>, ist zwar in der Sache richtig, jedoch eine Problematik, die dem System der Umsatzschwellen bei der Fusionskontrolle immanent ist.<sup>41</sup> Der Gesetzgeber nimmt bei der Entscheidung über die Höhe der Umsatzschwellen stets eine Abwägung zwischen der Gefährdung inländischer Wettbewerbsverhältnisse durch fusionskontrollfreie Zusammenschlüsse und Aufwand bzw. Kosten für Unternehmen und Behörden vor.<sup>42</sup> Wie schon dargestellt, wäre der Gesetzgeber mit einer Anhebung der ersten Inlandsumsatzschwelle auf 30 Mio. € hinter der wirtschaftlichen Entwicklung seit 1998 zurückgeblieben. Lediglich bei der zweiten Inlandsumsatzschwelle wäre er etwas über die Entwicklung hinausgegangen. Bei seinem Abwägungsprozess entschied sich der Gesetzgeber jedoch gerade dafür, die Umsatzschwellen stärker anzuheben, um eine spürbarere Entlastung beim BKartA und den Unternehmen herbeizuführen und so den Fokus auf die gesamtwirtschaftlich bedeutsamen Fälle zu legen.<sup>43</sup> Unter Berücksichtigung des Umstands, dass sich eine Mehrzahl der Zusammenschlüsse als unbedenklich erweist, ist dieses Abwägungsergebnis nachvollziehbar.

Auch die Unternehmen profitieren von den Änderungen in § 35 GWB. Unternehmen, die bei einem künftigen Zusammenschluss aufgrund der Anhebung der Umsatzschwellen nicht der Fusionskontrolle unterfallen, werden personell und bürokratisch entlastet. Das Risiko, das ein Unternehmen auf einem Markt aufgrund der höheren

<sup>34</sup> *Kahlenberg/Rahlmeyer/Giese*, Die 10. GWB-Novelle: Mehr als eine Digitalisierungsnovelle, BB 2021, S. 579 (583).

<sup>35</sup> *Käseberg/Brenner/Füllung*, WuW 2021, S. 269 (272).

<sup>36</sup> BT-Drucks. 19/23492, S. 65.

<sup>37</sup> BT-Drucks. 19/23492, S. 62.

<sup>38</sup> BT-Drucks. 19/23492, S. 67.

<sup>39</sup> So z. B. *Bodenstein/Ohlhoff/Rinne/u.a.*, Studienvereinigung Kartellrecht e.V., Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht e.V. zu den mit dem Referentenentwurf vorgeschlagenen Änderungen – Verwaltungsverfahren/Schadensersatz/Fusionskontrolle, 13.2.2020, [https://www.studienvereinigung-kartellrecht.de/sites/default/files/stellungnahmen/67b4e1a541bd1af1e25ae7e6eb9824fc/200213\\_stuv\\_stellungnahme\\_verwverfahren\\_schadensersatz\\_fuko\\_10\\_gwb\\_novelle\\_bmwi.pdf](https://www.studienvereinigung-kartellrecht.de/sites/default/files/stellungnahmen/67b4e1a541bd1af1e25ae7e6eb9824fc/200213_stuv_stellungnahme_verwverfahren_schadensersatz_fuko_10_gwb_novelle_bmwi.pdf) [zuletzt abgerufen: 4.3.2022], S. 41; *Seeliger*, Tiefgreifende Änderungen durch das GWB-Digitalisierungsgesetz, DB 2020, M4 (M5).

<sup>40</sup> *BKartA*, Pressemitteilung vom 19.1.2021, Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 19.1.2021,

[https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2021/19\\_01\\_2021\\_GWB-Novelle.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2021/19_01_2021_GWB-Novelle.html) [zuletzt abgerufen: 4.3.2022], S. 3.

<sup>41</sup> *Gröss/Mersch*, Fokussiert, proaktiv, digital? – Die Fusionskontrolle des Referentenentwurfs zwischen Anspruch und Wirklichkeit, NZKart 2020, S. 119 (123).

<sup>42</sup> *Stadler*, ZWeR 2019, S. 250 (256 f.).

<sup>43</sup> Vgl. *Ellerbrock*, Die 10. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Der Regierungsentwurf zum GWB-Digitalisierungsgesetz), IPRB 2020, S. 255 (256).

Umsatzschwellen durch ungeprüfte Zusammenschlüsse von Konkurrenten wettbewerblich benachteiligt wird, ist als eher gering einzuschätzen. Denn von der Anhebung der Inlandsumsatzschwellen sind fast ausschließlich Fälle betroffen, die ohnehin im Vorprüfverfahren abgeschlossen worden wären.<sup>44</sup> Ausnahmefälle sind zwar nicht auszuschließen, allerdings dann auch Teil des vom Gesetzgeber vorgenommenen Abwägungsprozesses bei der Bestimmung der Höhe der Inlandsumsatzschwellen.

## 2. Langfristige Entwicklung

Fraglich ist allerdings, ob die Anmeldezahlen aufgrund der Anhebung der Inlandsumsatzschwellen auch langfristig zu einer Reduktion der Fallzahlen führen. Denn nur so bleiben die eben skizzierten Vorteile für das BKartA und die Unternehmen erhalten. Das kann aber bezweifelt werden.<sup>45</sup> Die Entwicklung der letzten Dekade zeigt, dass die Anmeldezahlen bei unveränderten Umsatzschwellen im Zeitverlauf steigen.<sup>46</sup> Wenn die deutsche Wirtschaft nach der Corona-Pandemie wieder an ihr Wirtschaftswachstum der Vorjahre anschließt, ist zu erwarten, dass dies im Zusammenspiel mit der Inflation wieder zu steigenden Fallzahlen führen und langfristig den durch die Erhöhung der Inlandsumsatzschwellen erreichten Effekt beseitigen wird. Um langfristig eine Entlastung zu sichern, wird der Gesetzgeber in Zukunft wieder tätig werden müssen. Positiv ist lediglich anzumerken, dass dies in naher Zukunft voraussichtlich nicht nötig sein wird, da die erwartete Reduktion der Fallzahlen um 50 % so stark ausfällt, dass der Entlastungseffekt längere Zeit beim BKartA und den Unternehmen spürbar sein wird.

## 3. *Entwicklungsvorschlag*: Dynamisierung der Inlandsumsatzschwellen

Gleichwohl hätte der Gesetzgeber alternative Handlungsoptionen gehabt, die den Interessen des BKartA und der Unternehmen auch langfristig gerecht geworden wären, ohne dass in Zukunft wieder Änderungen in § 35 GWB nötig werden würden.

*Stadler* verweist diesbezüglich rechtsvergleichend auf Regelungen in den USA, Kanada und Italien.<sup>47</sup> Dort sind die jeweiligen Umsatzschwellen dynamisch geregelt. Das bedeutet z. B. für die USA, dass die dort gültigen Umsatzschwellen jährlich an die Entwicklung des Bruttonationaleinkommens angepasst werden und so stets das relative Gewicht der

fusionskontrollpflichtigen Zusammenschlüsse auf den Inlandsmärkten beibehalten wird.<sup>48</sup>

Eine entsprechende Regelung in Deutschland wäre eine mögliche Option zur Bewältigung des Problems. Aus Sicht der Unternehmen könnte sich so eine nachhaltige und dauerhafte Entlastung einstellen. Die jetzige Regelung dagegen führt dazu, dass Zusammenschlüsse, die heute kontrollfrei sind, in Zukunft aufgrund des Wirtschaftswachstums und der Inflation wieder anmeldepflichtig werden.

Auch aus Sicht des BKartA erscheint eine solche Gesetzesänderung vorzugswürdig. Ohne dynamische Umsatzschwellen wird das BKartA zwar schleichend die Vorgänge auf den Märkten engmaschiger kontrollieren können, allerdings werden die Fallzahlen langfristig steigen und das Ziel einer Fokussierung auf die wettbewerblich bedenklichen Fälle wird dadurch konterkariert. Mit dynamischen Umsatzschwellen wäre es dem BKartA möglich, langfristig die gewünschte Fokussierung auf die wettbewerblich relevanten Fälle zu realisieren und die Belastung des Personals konstant zu halten.

## V. Ergebnis

Der Gesetzgeber hat mit der Anhebung der Umsatzschwellen eine richtige Maßnahme zur Entlastung des BKartA und der Unternehmen getroffen, die gleichzeitig wenige Gefahren auf die Gewährleistung des freien Wettbewerbes ausstrahlt. Trotzdem wäre eine Dynamisierung der Umsatzschwellen einer bloßen Anhebung eben dieser zu bevorzugen gewesen, um eine langfristige Entlastung zu ermöglichen und künftig notwendig werdende Anhebungen durch den Gesetzgeber überflüssig zu machen. Insofern ist aus Sicht des BKartA und der Unternehmen ein gemischtes Urteil zu treffen, die zwar kurzfristig von den Änderungen in § 35 GWB profitieren werden, in einigen Jahren allerdings vor den gleichen Problemen wie heute stehen werden. Auch dann werden wieder Forderungen nach einer Anhebung der Inlandsumsatzschwellen laut werden.

<sup>44</sup> Käseberg/Brenner/Fülling, WuW 2021, S. 269 (272).

<sup>45</sup> Slobodenjuk/Scholke, WuW 2019, S. 605.

<sup>46</sup> Stadler, ZWeR 2019, S. 250 (257).

<sup>47</sup> Stadler, ZWeR 2019, S. 250 (265).

<sup>48</sup> Stadler, ZWeR 2019, S. 250 (266).

## C. Einführung von § 39a GWB

### I. Ausgangslage vor der 10. GWB-Novelle

#### 1. Marktkonzentrationstendenzen unterhalb der Umsatzschwellen

Eine weitere Maßnahme, die im Rahmen der 10. GWB-Novelle getroffen wurde, ist die Einführung des neuen § 39a GWB. In den vergangenen Jahren konnten Marktkonzentrationstendenzen beobachtet werden, die durch sukzessive, aber fusionskontrollfreie Erwerbsvorgänge zustande kamen.<sup>49</sup> Die Problematik entsteht nicht durch einen einzelnen Erwerb, sondern durch die Summe mehrerer Übernahmen. Kritisch sind solche „stealth consolidations“<sup>50</sup> deshalb, weil „der systematische Kauf kleiner regionaler Marktführer einer Branche durch einen großen bundesweit tätigen Anbieter [...] von seinem wettbewerblichen Schadenspotenzial mit dem Zusammenschluss zweier großer bundesweit tätiger Anbieter [...] gleichzusetzen“ ist.<sup>51</sup> Entsprechende Konzentrationstendenzen sind auf verschiedenen Märkten zu beobachten und waren bisher einer Kontrolle durch das BKartA aufgrund der strikten Systematik der Umsatzschwellen in § 35 GWB entzogen.

##### a) Regionalmärkte

Besonders auf Regionalmärkten zeigte sich diese Entwicklung. Das im Rahmen der Diskussion um den § 39a GWB meist genannte Beispiel dafür findet sich in der Entsorgungswirtschaft.<sup>52</sup> Das Entsorgungsunternehmen *Remondis* kauft bundesweit strategisch kleinere regionale Konkurrenten auf, ohne dass die einzelnen Zusammenschlüsse vom BKartA überprüft werden können, da die zugekauften Unternehmen meist zu geringe Umsätze erzielen oder lediglich Bagatellmärkte betroffen sind.<sup>53</sup> Da § 39a GWB Entwicklungen dieser Art entgegenwirken soll, wird er auch als „*Remondis-Klausel*“ bezeichnet.<sup>54</sup> *Remondis* und die

Entwicklungen der Entsorgungswirtschaft stehen allerdings nur repräsentativ für derartige Marktkonzentrationstendenzen auf Regionalmärkten. Entsprechende Entwicklungen sind auch im Bereich des Zement- und Transportbetons, Walzasphalts oder Lebensmitteleinzelhandels zu beobachten.<sup>55</sup>

##### b) Digitale Plattformen

Die Problematik stellt sich nicht nur auf Regionalmärkten, sondern auch im Bereich der digitalen Plattformen.

Im Bereich der Essenslieferdienste standen zwei Unternehmen im Fokus. Auf der einen Seite *Takeaway.com*, das seit der Übernahme von *Lieferando* im Jahr 2014 unter eben dieser Marke auf dem deutschen Markt auftritt, und auf der anderen Seite *Delivery Hero*.<sup>56</sup> Durch die Übernahmen von *pizza.de* im Jahr 2014 und *Foodora* im Jahr 2015 durch *Delivery Hero* wurden die beiden Unternehmen zu den größten Konkurrenten im Bereich der Essenslieferdienste.<sup>57</sup> Im Jahr 2019 übernahm dann jedoch *Takeaway.com* die Deutschlandsparte von *Delivery Hero* und wurde so alleiniger großer Anbieter im Bereich der Essenslieferdienste.<sup>58</sup> Trotzdem musste der Zusammenschluss nicht angemeldet werden, da die weltweite Umsatzschwelle des § 35 I Nr. 1 GWB nicht erfüllt wurde.<sup>59</sup> Auch nach Einführung des § 35 Ia GWB wäre der Zusammenschluss nicht anzumelden gewesen, da die Transaktionsschwelle nicht überschritten worden wäre.<sup>60</sup>

Auf dem Fernbusmarkt konnte *FlixBus* durch die jeweils fusionskontrollfreien Übernahmen von *MeinFernbus* im Jahr 2015 und von *Megabus* und *Postbus* im Jahr 2016 eine marktbeherrschende Stellung erreichen und hat mittlerweile einen Marktanteil von rund 90%.<sup>61</sup> Dies wird insbesondere deswegen für bedenklich gehalten, weil davon besonders preissensible Verbraucher betroffen sind.<sup>62</sup>

##### c) „Killer acquisitions“

Auch durch sogenannte „killer acquisitions“ kommt es zu Marktkonzentrationen. Allerdings erwirbt in solchen Fällen das

<sup>49</sup> BT-Drucks. 19/23492, S. 94.

<sup>50</sup> Zum Begriff *Wollmann*, *Stealth consolidation: Evidence from an Amendment to the Hart-Scott-Rodino Act*, *American Economic Review: Insights* 2019, S. 77 (77).

<sup>51</sup> *Monopolkommission*, Policy Brief Ausgabe 4, Januar 2020, [https://www.monopolkommission.de/images/Policy\\_Brief/MK\\_Policy\\_Brief\\_4.pdf](https://www.monopolkommission.de/images/Policy_Brief/MK_Policy_Brief_4.pdf) [zuletzt abgerufen: 4.3.2022], S. 7.

<sup>52</sup> *Bechtold*, Zum nunmehr „veröffentlichten“ Referentenentwurf der 10. GWB-Novelle (Fassung vom 24.1.2020), *NZKart* 2020, S. 47 (48); *Becker*, *ZWeR* 2020, S. 365 (370); *Gröss/Mersch*, *NZKart* 2020, S. 119 (123).

<sup>53</sup> *Becker*, *ZWeR* 2020, S. 365 (370).

<sup>54</sup> *Kredel/Kresken*, Was lange währt...? – Eckpunkte des Gesetzentwurfs für das GWB-Digitalisierungsgesetz, *NZKart* 2020, S. 502 (504).

<sup>55</sup> *Becker*, *ZWeR* 2020, S. 365 (371).

<sup>56</sup> Dazu *Becker*, *ZWeR* 2020, S. 365 (368 ff.).

<sup>57</sup> *Becker*, *ZWeR* 2020, S. 365 (368).

<sup>58</sup> *Becker*, *ZWeR* 2020, S. 365 (369).

<sup>59</sup> *Becker*, *ZWeR* 2020, S. 365 (369).

<sup>60</sup> *Becker*, *ZWeR* 2020, S. 365 (369).

<sup>61</sup> *Becker*, *ZWeR* 2020, S. 365 (369 f.).

<sup>62</sup> *Becker*, *ZWeR* 2020, S. 365 (370).

Unternehmen den Konkurrenten nicht erst, wenn er bereits eine reale Gefahr für ihn geworden ist, sondern schon in der Start-up-Phase, um anschließend die Geschäftstätigkeit einzustellen oder in das eigene Geschäftsmodell zu integrieren.<sup>63</sup> Es wird also nicht eine bestehende Wettbewerbssituation nachträglich entfernt, sondern das Entstehen dieser vorsorglich verhindert. Beispiele hierfür sind jeweils die Übernahmen von *Instagram* im Jahr 2012 und *WhatsApp* im Jahr 2014 durch *Facebook*.<sup>64</sup>

## 2. Ursachen

Die Hauptursache dafür, dass solche Marktkonzentrationstendenzen in Deutschland möglich sind, ist die strikte Systematik der formellen Fusionskontrolle. Die Umsatzschwellen innerhalb von § 35 GWB waren bis zur 10. GWB-Novelle das einzige Kriterium, ob ein Zusammenschlussvorhaben anmeldepflichtig ist. Dies gilt zumindest in Bezug auf Regionalmärkte und digitale Plattformen mit physischem Bezug, da § 35 Ia GWB aufgrund der Voraussetzungen in § 35 Ia Nr. 2 lit. a, 3 GWB auf diesen Märkten keinen typischen Anwendungsfall darstellt.

## 3. Folgen für BKartA und Unternehmen

### a) BKartA

Das BKartA hatte bis dato keine Möglichkeit, auf Marktkonzentrationstendenzen unterhalb der Umsatzschwellen zu reagieren. Das führte zu der Konsequenz, dass entsprechende Zusammenschlüsse ohne eine Kontrolle durch das BKartA vollzogen werden konnten. Dies veröffentlichte im Kontext der Übernahme von *Postbus* durch *FlixBus* sogar eine Pressemitteilung, in der es darauf hinwies, dass eine inhaltliche Prüfung des Zusammenschlusses nicht stattgefunden hat und auch nicht möglich war.<sup>65</sup> Die bestehende Systematik der formellen Fusionskontrolle ohne eine flexible Eingriffsmöglichkeit hatte für das BKartA die negative Folge, nicht in jedem Fall den Wettbewerb schützen zu können, auch wenn es in bestimmten Fällen Anlass für eine Kontrolle gegeben hätte.

### b) Unternehmen

Im Gegensatz dazu führte diese Regelung für Unternehmen zu einem hohen Maß an Rechtssicherheit, da für sie eindeutig klar war, unter welchen Umständen sie ein

Zusammenschlussvorhaben anmelden mussten. Nachteilig war jedoch, dass insbesondere regionale, mittelständische Unternehmen durch marktmächtiger werdende, bundesweit tätige Konkurrenten bedroht wurden und sie davor nicht durch die präventive Fusionskontrolle geschützt werden konnten.<sup>66</sup>

## II. § 39a GWB

Aufgrund dieser Situation sah der Gesetzgeber die Notwendigkeit zu handeln und entschied sich für die Einführung des § 39a GWB. Damit wird die Möglichkeit geschaffen, ein Unternehmen per Verfügung zur Anmeldung aller Zusammenschlüsse zu verpflichten, auch wenn die Umsatzschwellen des § 35 GWB nicht erreicht werden. Das ist allerdings nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich.

### 1. Voraussetzungen

#### a) Sektoruntersuchung gem. § 32e GWB, § 39a III GWB

Gem. § 39a III GWB ist für den Erlass einer Anmeldeverfügung eine vorangegangene Sektoruntersuchung gem. § 32e GWB auf einem der genannten Wirtschaftszweige erforderlich.

#### aa) Zeitlicher Konnex zwischen Sektoruntersuchung und Anmeldeverfügung

Unklar ist, inwieweit ein zeitlicher Konnex zwischen der Sektoruntersuchung und der Anmeldeverfügung bestehen muss.

Der Wortlaut der Norm setzt lediglich voraus, dass das BKartA vor Erlass einer Anmeldeverfügung „eine Untersuchung nach § 32e durchgeführt hat“. Folglich bedarf es einer bereits abgeschlossenen Sektoruntersuchung. Laut Gesetzesbegründung darf sich das BKartA allerdings nicht auf eine Sektoruntersuchung stützen, die bereits vor der 10. GWB-Novelle abgeschlossen wurde.<sup>67</sup> Sektoruntersuchungen, die vor der 10. GWB-Novelle eingeleitet, aber erst nach Inkrafttreten abgeschlossen wurden bzw. werden, können dagegen ein tauglicher Anknüpfungspunkt sein.<sup>68</sup>

Ob ein zeitlicher Konnex zwischen Sektoruntersuchung und Anmeldeverfügung erforderlich ist, konkretisiert die

<sup>63</sup> Becker, ZWeR 2020, S. 365 (371).

<sup>64</sup> Podszun/Kersting, Modernisierung des Wettbewerbsrechts und Digitalisierung, NJOZ 2019, S. 321 (323).

<sup>65</sup> BKartA, Pressemitteilung v. 3.8.2016, Das Bundeskartellamt stellt klar: Fusion von Fernbus-Unternehmen nicht vom Bundeskartellamt geprüft, [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2016/03\\_08\\_2016\\_FlixBus.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2016/03_08_2016_FlixBus.html) [zuletzt abgerufen: 4.3.2022].

<sup>66</sup> Vgl. BT-Drucks. 19/23492, S. 95.

<sup>67</sup> BT-Drucks. 19/23492, S. 95 f.

<sup>68</sup> Becker, Björn Christian, in: Bien/Käseberg/Klumpe/Körber/Ost 10. GWB Novelle (Fn. 6), Kap. 5 Rn. 61.

Gesetzesbegründung dahingehend, dass eine mehrere Jahre zurückliegende Sektoruntersuchung als Anknüpfungspunkt untauglich ist.<sup>69</sup> Das ist sinnvoll, da es widersprüchlich wäre, wenn das BKartA seine Entscheidung auf eine Sektoruntersuchung stützen würde, die nicht mehr die aktuellen Marktverhältnisse widerspiegelt.<sup>70</sup>

Es ist allerdings offen, welcher Zeitrahmen dem Gesetzgeber als äußere Grenze diesbezüglich vorschwebt. Aus der Gesetzesbegründung lässt sich schließen, dass eine drei Jahre zurückliegende Sektoruntersuchung noch als ausreichend aktuell angesehen wird, da dort die Verlängerung einer Anmeldeverfügung ohne vorherige Sektoruntersuchung für möglich gehalten wird.<sup>71</sup> Ein konkreter Zeitraum, wie lange eine Sektoruntersuchung zurückliegen darf, ist weder dem Gesetz noch seiner Begründung zu entnehmen. Ein pauschal festgesetzter Zeitrahmen scheint unter Anbetracht der unterschiedlich schnellen Entwicklungen in den einzelnen Branchen ohnehin nicht sinnvoll zu sein.<sup>72</sup> In der Literatur wird ein Zeitrahmen von drei bis fünf Jahren unter Verweis auf den Prognosezeitraum der materiellen Fusionskontrolle für sachgerecht gehalten.<sup>73</sup> Zumindest sollte das BKartA in der jeweiligen Verfügung begründen, warum es die Daten einer Sektoruntersuchung für hinreichend aktuell hält, um den Unternehmen ein rechtliches Vorgehen dagegen zu ermöglichen.<sup>74</sup>

#### bb) „Wirtschaftszweig“

Ein intensiv diskutierter Begriff ist der des „Wirtschaftszweiges“.<sup>75</sup> Nicht nur die Sektoruntersuchung muss auf einem der von der Anmeldeverfügung umfassten Wirtschaftszweige durchgeführt worden sein, sondern auch die Anhaltspunkte für eine erhebliche Behinderung des wirksamen Wettbewerbs müssen sich auf die umfassten Wirtschaftszweige beziehen. Auch das Überschreiten der Anteilsschwelle ist von der genauen Abgrenzung der Wirtschaftszweige abhängig. Mit dem Begriff knüpft der Gesetzgeber an § 32e GWB und

Art. 17 Kartellverfahrens-VO an.<sup>76</sup> Bei einem Wirtschaftszweig handelt es sich nicht um einen Markt, sondern um ein Bündel von Märkten, auf dem typischerweise eine Mehrzahl von Unternehmen tätig sind.<sup>77</sup> Nach der Vorstellung des Gesetzgebers soll zur Konkretisierung des Begriffs auf die Gliederung der Klassifikation der Wirtschaftszweige des Statistischen Bundesamts zurückgegriffen werden.<sup>78</sup> Dort sind die einzelnen Wirtschaftszweige allerdings sehr weit gefasst.<sup>79</sup>

Problematisch könnte werden, dass für den Begriff „Wirtschaftszweig“ bisher kein Bedarf an einer exakten Definition bestand.<sup>80</sup> Da sich das nun mit § 39a GWB ändert, werden gerichtliche Verfahren, die sich unmittelbar mit der Auslegung des Begriffs „Wirtschaftszweig“ befassen, wahrscheinlich.<sup>81</sup> Insbesondere ist denkbar, dass Unternehmen versuchen werden, die Reichweite der Sektoruntersuchung einzuschränken, sodass die Vermutung für Einschränkungen oder Verfälschungen des § 32e I GWB nur für kleinteilige Sektoren gilt.<sup>82</sup> Zu beachten ist aber, dass die Anmeldeverfügung nicht nur auf den untersuchten Wirtschaftszweig der Sektoruntersuchung begrenzt ist, sondern auch andere Wirtschaftszweige umfassen kann.<sup>83</sup> Für Unternehmen wird vielmehr entscheidend sein, ob ein konkreter Zusammenschluss einem den in der Anmeldeverfügung genannten Wirtschaftszweigen zuzuordnen ist.

#### b) Umsatzschwelle, § 39a I Nr. 1 GWB

Das adressierte Unternehmen einer Verfügung nach § 39a GWB muss gem. § 39a I Nr. 1 GWB im letzten Geschäftsjahr weltweit Umsatzerlöse von mehr als 500 Mio. € erzielt haben. Die Berechnung erfolgt gem. § 38 GWB.<sup>84</sup> Die Umsatzschwelle bezieht sich im Gegensatz zu § 35 I Nr. 1 GWB nur auf das Erwerberunternehmen.<sup>85</sup>

<sup>69</sup> BT-Drucks. 19/23492, S. 95.

<sup>70</sup> *Becker*, in: *Bien/Käseberg/Klumpe/Körper/Ost* 10. GWB Novelle (Fn. 6), Kap. 5 Rn. 62.

<sup>71</sup> BT-Drucks. 19/23492, S. 95; *Steinvorth/Gasser*, WuW 2021, S. 155 (158).

<sup>72</sup> *Becker*, in: *Bien/Käseberg/Klumpe/Körper/Ost* 10. GWB Novelle (Fn. 6), Kap. 5 Rn. 63.

<sup>73</sup> *Becker*, in: *Bien/Käseberg/Klumpe/Körper/Ost* 10. GWB Novelle (Fn. 6), Kap. 5 Rn. 62; *Steinvorth/Gasser*, WuW 2021, S. 155 (158).

<sup>74</sup> *Becker*, in: *Bien/Käseberg/Klumpe/Körper/Ost* 10. GWB Novelle (Fn. 6), Kap. 5 Rn. 63.

<sup>75</sup> *Brinker/Haag*, Anmeldepflichten nach § 39a GWB, 2021, S. 40 ff.; *Bechtold*, NZKart 2020, S. 47 (49); *Becker*, ZWeR 2020, S. 365 (391); *Steinvorth/Gasser*, WuW 2021, S. 155 (157).

<sup>76</sup> *Brinker/Haag*, Fusionskontrolle neben der Fusionskontrolle: Der neue § 39a GWB, BB 2021, S. 1987 (1989).

<sup>77</sup> *Bechtold/Bosch*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 9. Aufl. 2018, § 32e Rn. 3.

<sup>78</sup> BT-Drucks. 19/23492, S. 95.

<sup>79</sup> *Becker*, in: *Bien/Käseberg/Klumpe/Körper/Ost* 10. GWB Novelle (Fn. 6), Kap. 5 Rn. 65.

<sup>80</sup> *Steinvorth/Gasser*, WuW 2021, S. 155 (157).

<sup>81</sup> vgl. *Steinvorth/Gasser*, WuW 2021, S. 155 (157).

<sup>82</sup> *Becker*, in: *Bien/Käseberg/Klumpe/Körper/Ost* 10. GWB Novelle (Fn. 6), Kap. 5 Rn. 65.

<sup>83</sup> *Becker*, in: *Bien/Käseberg/Klumpe/Körper/Ost* 10. GWB Novelle (Fn. 6), Kap. 5 Rn. 65.

<sup>84</sup> *Brinker/Haag* (Fn. 75), S. 39; *Steinvorth/Gasser*, WuW 2021, S. 155 (158).

<sup>85</sup> *Becker*, in: *Bien/Käseberg/Klumpe/Körper/Ost* 10. GWB Novelle (Fn. 6), Kap. 5 Rn. 46.

Im Referentenentwurf war noch eine Umsatzschwelle von 250 Mio. € vorgesehen.<sup>86</sup> Die deutliche Erhöhung ist durchaus kritisch zu sehen, da einige Fälle der Vergangenheit, die Anlass für die Einführung von § 39a GWB waren, diesen nicht unterfallen wären. Die Übernahme von *Delivery Hero* durch *Takeaway.com* und *Postbus* durch *Flixbus* wären bei einer hypothetisch erlassenen Anmeldeverfügung gem. § 39a GWB nicht anmeldepflichtig gewesen.<sup>87</sup> Eine derart hohe Umsatzschwelle überzeugt insbesondere deshalb nicht, weil der Zweck der Umsatzschwellen, nämlich eine Überlastung des BKartA zu verhindern, nicht greift.<sup>88</sup> Das BKartA wird beim Erlass einer Verfügung gem. § 39a GWB nach eigenem Ermessen tätig („kann“).<sup>89</sup> Im Gegensatz zu § 35 GWB kann das BKartA bei § 39a GWB seine Belastung bis zu einem gewissen Grad selbst steuern, da es nur Zusammenschlüsse von Unternehmen kontrollieren muss, die Adressat einer Anmeldeverfügung sind. Somit wird durch die hohe Umsatzschwelle in § 39a I Nr. 1 GWB lediglich der Anwendungsbereich eingeschränkt, ohne dass dem BKartA ein erkennbarer Vorteil erwächst.

### c) Objektiv nachvollziehbare Anhaltspunkte für eine erhebliche Behinderung des Wettbewerbs, § 39a I Nr. 2 GWB

Zudem müssen objektiv nachvollziehbare Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch künftige Zusammenschlüsse der wirksame Wettbewerb im Inland in den genannten Wirtschaftsbereichen erheblich behindert werden könnte, § 39a I Nr. 2 GWB. Die Formulierung folgt dem materiellen Prüfungsmaßstab der formellen Fusionskontrolle in § 36 I GWB.<sup>90</sup> Allerdings sind für eine Verfügung nach § 39a GWB Anhaltspunkte für eine Behinderung des Wettbewerbs ausreichend, ohne dass eine solche konkret prognostiziert werden muss.<sup>91</sup>

Bei der Diskussion um den Referentenentwurf wurde der Begriff „Anhaltspunkte“ als „konturlos“ bezeichnet.<sup>92</sup> Die Nachschärfung auf „objektiv nachvollziehbare Anhaltspunkte“ kann kaum als solche bezeichnet werden, da die objektive Nachvollziehbarkeit vielmehr Grundvoraussetzung ist, als ein

verschärfender Maßstab für die Voraussetzung des § 39a I Nr. 2 GWB.

Hilfreich bei der Auslegung ist die Gesetzesbegründung. Demnach kann eine Sektoruntersuchung ein tauglicher Anhaltspunkt sein. Ein Anhaltspunkt kann aber auch bestehen, wenn „ein bereits marktmächtiges Unternehmen schrittweise kleine Wettbewerber übernimmt oder ein Unternehmen in einem bestimmten Wirtschaftsbereich oder einem bereits konzentrierten Markt die für seine Marktposition potentiell gefährlichen Newcomer aufkauft“<sup>93</sup>. *Becker* empfiehlt, einen Leitfaden zur Konkretisierung zu erarbeiten, analog zum Leitfaden des BKartA und der österreichischen Wettbewerbsbehörde zu § 35 Ia GWB.<sup>94</sup> Insbesondere im Hinblick auf die Rechtssicherheit erscheint das sinnvoll.

### d) Anteilsschwelle bei Angebot oder Nachfrage in genannten Wirtschaftszweigen, § 39a I Nr. 3 GWB

Gem. § 39a I Nr. 3 GWB muss das adressierte Unternehmen in den genannten Wirtschaftszweigen einen Anteil von mindestens 15 % am Angebot oder der Nachfrage von Waren oder Dienstleistungen in Deutschland haben. Damit ist allerdings nicht der Marktanteil im ökonomischen Sinne gemeint.<sup>95</sup> Dem BKartA steht ein Ermessen bei der Bestimmung der Kriterien zu.<sup>96</sup> Das bezieht sich auf die Bestimmung der für den Wirtschaftszweig relevanten Güter, aber auch die Bestimmung der Anteilkriterien, z. B. den Wert oder die Menge der Waren und Dienstleistungen, die Produktionskapazitäten oder die Anzahl der Beschäftigten.<sup>97</sup>

## 2. Rechtsfolge

### a) Verpflichtung zur Anmeldung jedes Zusammenschlusses, § 39a I GWB

Liegen die Voraussetzungen des § 39a GWB vor, kann das BKartA ein Unternehmen zur Anmeldung von jedem Zusammenschluss mit anderen Unternehmen in einem oder mehreren Wirtschaftszweigen verpflichten. Das BKartA

<sup>86</sup> *BMWiE*, Entwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz), <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/G/gwb-digitalisierungsgesetz-referentenentwurf.pdf> [zuletzt abgerufen: 4.3.2022], S. 13.

<sup>87</sup> *Kredel/Kresken*, NZKart 2020, S. 502 (505).

<sup>88</sup> *Becker*, in: *Bien/Käseberg/Klumpke/Körber/Ost* 10. GWB Novelle (Fn. 6), Kap. 5 Rn. 46.

<sup>89</sup> *BT-Drucks.* 19/23492, S. 95; *Steinvorth/Gasser*, WuW 2021, S. 155 (159).

<sup>90</sup> *Becker*, in: *Bien/Käseberg/Klumpke/Körber/Ost* 10. GWB Novelle (Fn. 6), Kap. 5 Rn. 42; *Brinker/Haag*, Anmeldepflichten nach § 39a GWB (Fn. 75), S. 47; *Steinvorth/Gasser*, WuW 2021, S. 155 (158).

<sup>91</sup> *Becker*, in: *Bien/Käseberg/Klumpke/Körber/Ost* 10. GWB Novelle (Fn. 6), Kap. 5 Rn. 42.

<sup>92</sup> *Bechtold*, NZKart 2020, S. 47 (49).

<sup>93</sup> *BT-Drucks.* 19/23492, S. 95.

<sup>94</sup> *Becker*, in: *Bien/Käseberg/Klumpke/Körber/Ost* 10. GWB Novelle (Fn. 6), Kap. 5 Rn. 44.

<sup>95</sup> *BT-Drucks.* 19/23492, S. 95; *Brinker/Haag* (Fn. 75), S. 41; *Steinvorth/Gasser*, WuW 2021, S. 155 (158).

<sup>96</sup> *BT-Drucks.* 19/23492, S. 95; *Brinker/Haag* (Fn. 75), S. 42.

<sup>97</sup> *BT-Drucks.* 19/23492, S. 95.

handelt nach eigenem Ermessen.<sup>98</sup> Unberührt bleiben die Voraussetzungen der materiellen Fusionskontrolle gem. § 36 I GWB sowie die Regelung des Vollzugsverbots gem. § 41 I GWB.<sup>99</sup>

### b) Umsatz- und Anteilsschwelle beim zu erwerbenden Unternehmen, § 39a II GWB

Das adressierte Unternehmen muss einen Zusammenschluss allerdings nur anmelden, wenn das zu erwerbende Unternehmen im letzten Geschäftsjahr zum einen Umsatzerlöse von mehr als 2 Mio. € erzielt hat, § 39a II Nr. 1 GWB, und zum anderen mehr als zwei Drittel seiner Umsatzerlöse im Inland erzielt hat, § 39a II Nr. 2 GWB.

### III. Prognostizierte Folgen der Einführung von § 39a GWB

Mit § 39a GWB wird dem BKartA ermöglicht, auch unterhalb der Schwellenwerte des § 35 GWB Zusammenschlüsse von bestimmten Unternehmen zu kontrollieren. Ihm kommt allerdings lediglich eine ergänzende Funktion zum jetzigen Kontrollregime zu.<sup>100</sup> Die Gesetzesbegründung geht davon aus, dass es jährlich zu einem Aufforderungsverfahren und in der Folge zu einem Hauptprüfverfahren und drei Vorprüfverfahren kommen wird.<sup>101</sup> Dem BKartA entstehen durch den damit verbundenen Personalaufwand Kosten i. H. v. rund 95.000 €. <sup>102</sup> Die Kosten bei der Wirtschaft werden auf 90.000 € geschätzt.<sup>103</sup> Allerdings ist auch hier nicht die kurzfristige Erhöhung der Inlandumsatzschwellen in § 35 GWB berücksichtigt, die zu einer breiteren Anwendung des § 39a GWB führen könnte.<sup>104</sup> Es ist denkbar, dass es zu einer höheren Zahl an mit § 39a GWB verbundenen Verfahren kommen könnte.

### IV. Kritische Würdigung

#### 1. Perspektive des BKartA

##### a) Neues Instrument zur Bekämpfung von „stealth consolidations“

Durch § 39a GWB steht dem BKartA nun ein Mittel zur Bekämpfung von „stealth consolidations“ zur Verfügung. Es

wird damit eine Möglichkeit geschaffen, Zusammenschlüsse unterhalb der Umsatzschwellen des § 35 GWB zu kontrollieren. Da mit ihr kein erheblicher Mehraufwand für das BKartA verbunden ist, ist die Einführung von § 39a GWB aus Perspektive des BKartA grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings gehen mit der Ausgestaltung der Norm einige Probleme einher, sodass sie voraussichtlich nicht ihre volle Wirkung entfalten kann.

##### b) Eingeschränkter Anwendungsbereich

###### aa) Hohe Umsatzschwelle in § 39a I Nr. 1 GWB

Das zentrale Problem ist, dass durch bestimmte Voraussetzungen der Anwendungsbereich von § 39a GWB eingeschränkt wird. Wie oben schon dargestellt, führt die Umsatzschwelle in § 39 I Nr. 1 GWB von 500 Mio. € dazu, dass Vorbildfälle wie z. B. *Flixbus* nicht durch § 39a GWB der materiellen Fusionskontrolle hätten zugeführt werden können, ohne dass mit ihr im Gegenzug ein erkennbarer Vorteil einhergeht.<sup>105</sup> Dies stellt ein erhebliches Hindernis bei der Anwendung des § 39a GWB dar.

###### bb) Notwendigkeit einer Sektoruntersuchung

Des Weiteren wird der Anwendungsbereich durch das Erfordernis einer abgeschlossenen Sektoruntersuchung eingeschränkt. Dies führt zu zwei Problemen.

Zum einen wird der Handlungsspielraum des BKartA eingeschränkt. Beobachtet es Marktkonzentrationsprozesse unterhalb der Umsatzschwellen des § 35 GWB, so ist es gezwungen, zuerst eine Sektoruntersuchung einzuleiten und deren Abschluss abzuwarten. Da das BKartA das Ergebnis der Sektoruntersuchung abwarten muss, ist ihm ein kurzfristiges Eingreifen nicht möglich.<sup>106</sup> Das wäre aber gerade in sich schnell wandelnden Märkten erforderlich. Im Ergebnis kann das dazu führen, dass das BKartA nach Abschluss der Sektoruntersuchung vor vollendeten Tatsachen steht.

Zum anderen ist denkbar, dass Unternehmen im Zeitraum der Sektoruntersuchung Zusammenschlüsse bewusst vorziehen.<sup>107</sup> Die Gesetzesbegründung sieht vor, dass das BKartA bei Einleitung einer Sektoruntersuchung betroffene Unternehmen

<sup>98</sup> BT-Drucks. 19/23492, S. 95; *Brinker/Haag* (Fn. 75), S. 94.

<sup>99</sup> *Emmerich/Lange*, Kartellrecht, 15. Aufl. 2021, § 33 Rn. 40.

<sup>100</sup> BT-Drucks. 19/23492, S. 96.

<sup>101</sup> BT-Drucks. 19/23492, S. 62.

<sup>102</sup> BT-Drucks. 19/23492, S. 62 f.

<sup>103</sup> BT-Drucks. 19/23492, S. 66.

<sup>104</sup> *Steinvorth/Gasser*, WuW 2021, S. 155 (160).

<sup>105</sup> *Becker*, in: *Bien/Käseberg/Klumpe/Körper/Ost* 10. GWB Novelle (Fn. 6), Kap. 5 Rn. 46.

<sup>106</sup> *Steinvorth/Gasser*, WuW 2021, S. 155 (160).

<sup>107</sup> *Bechtold*, NZKart 2020, S. 47 (49).

auf die Möglichkeit einer anschließenden Anmeldeverfügung hinweist.<sup>108</sup> Auch unabhängig davon wird die Möglichkeit einer Anmeldeverfügung nach einer Sektoruntersuchung stark ins Bewusstsein der Unternehmen rücken. Die Unternehmen könnten einer Anmeldeverfügung zuvorkommend tätig werden und so eine Kontrolle in materieller Hinsicht vermeiden.

### cc) Bagatellmarktklausel, § 36 I 2 Nr. 2 GWB

Die Wirkkraft von § 39a GWB wird außerdem durch den Umstand eingeschränkt, dass der Erwerb mittelständischer Unternehmen innerhalb kleiner Regionalmärkte aufgrund der Bagatellmarktklausel des § 36 I 2 Nr. 2 GWB trotzdem nicht untersagt werden können.<sup>109</sup> § 39a GWB ermöglicht nur eine Überprüfung eines Zusammenschlusses; wird aber die Bagatellmarktschwelle von 20 Mio. € nicht überschritten, kann das BKartA nicht eingreifen.<sup>110</sup> Eine Kontrolle auf kleinen Regionalmärkten bleibt also trotz § 39a GWB teilweise nicht möglich.

### c) „Killer acquisitions“

Teilweise wird behauptet, dass durch § 39a GWB auch „killer acquisitions“ in Angriff genommen werden sollen.<sup>111</sup> Diese sind jedoch gerade kein typischer Anwendungsfall.<sup>112</sup> Durch § 39a II GWB sind „killer acquisitions“ einer Anmeldepflicht nach § 39a I GWB meist entzogen. Insbesondere weil das zu erwerbende Unternehmen nach § 39a II Nr. 1 GWB im letzten Geschäftsjahr Umsatzerlöse von mehr als 2 Mio. € erzielt haben muss, ist der Erwerb von Start-ups auch nach § 39a GWB nicht anmeldepflichtig.<sup>113</sup> Somit bleibt es dabei, dass „killer acquisitions“ nur bei Erfüllung der Voraussetzungen des § 35 Ia GWB angemeldet werden müssen.

## 2. Perspektive der Unternehmen

### a) Rechtsunsicherheit

Kritisch aus der Perspektive der Unternehmen ist zu sehen, dass mit § 39a GWB eine erhebliche Rechtsunsicherheit

einhergeht.<sup>114</sup> Dies wird schon allein durch die zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe verursacht.<sup>115</sup> Es herrscht keine Klarheit darüber, wie die Begriffe „objektiv nachvollziehbare Anhaltspunkte“ und „Wirtschaftszweige“ auszulegen sind.

Und auch die Anteilsschwelle in § 39a I Nr. 3 GWB ist in einer dem GWB unbekanntem Art gestaltet und z. T. dem Ermessen des BKartA unterstellt. Dem BKartA ist es möglich, die Kriterien zur Berechnung des Anteils so auszuwählen, dass im jeweiligen Einzelfall die Voraussetzung des § 39a I Nr. 3 GWB erfüllt werden.<sup>116</sup>

Durch die Kombination der jeweiligen Begriffe innerhalb der einzelnen Voraussetzungen wird das Problem noch weiter verstärkt. So ist in § 39a I Nr. 3 GWB nicht nur die Berechnung des Anteils unklar, da er nicht als Anteil im ökonomischen Sinn verstanden wird, sondern auch, worauf sich der Anteil bezieht, da die Anteilsschwelle „in den genannten Wirtschaftszweigen“ überschritten werden muss. Dadurch potenziert sich die Rechtsunsicherheit bezüglich der einzelnen Voraussetzungen und es steht zu befürchten, dass einem Außenstehenden die Entscheidung am Ende nicht mehr objektiv zugänglich ist.

Durch diese Voraussetzungen wird der Kreis der möglichen Adressaten kaum eingegrenzt. Einen „objektiven Filter“<sup>117</sup> stellt lediglich § 39a I Nr. 1 GWB dar.

### b) Verfassungsrechtliche Problematik

Die eben beschriebene Problematik der unbestimmten Rechtsbegriffe ist auch in verfassungsrechtlicher Hinsicht problematisch. Es stellt sich die Frage nach der Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgrundsatz, Art. 20 III GG. Daneben wird auch die Vereinbarkeit mit dem Gleichheitsgrundsatz, Art. 3 I GG, in der Literatur in Zweifel gezogen, worauf hier aber nicht näher eingegangen werden soll.<sup>118</sup>

<sup>108</sup> BT-Drucks. 19/23492, S. 96.

<sup>109</sup> BKartA, Stellungnahme des Bundeskartellamts zum Regierungsentwurf zur 10. GWB-Novelle, Ausschuss für Wirtschaft und Energie, Ausschussdrucksache 19(9)887, 23.11.2020, [https://www.bundestag.de/resource/blob/808730/20310aab52d195fe3e32d1c0dae35e210c/19-9-886\\_stellungnahme\\_Mundt\\_BKartA-data.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/808730/20310aab52d195fe3e32d1c0dae35e210c/19-9-886_stellungnahme_Mundt_BKartA-data.pdf) [zuletzt abgerufen: 4.3.2022], S. 20 f.

<sup>110</sup> BKartA, Stellungnahme des Bundeskartellamts zum Regierungsentwurf zur 10. GWB-Novelle, Ausschuss für Wirtschaft und Energie, Ausschussdrucksache 19(9)887, 23.11.2020, [https://www.bundestag.de/resource/blob/808730/20310aab52d195fe3e32d1c0dae35e210c/19-9-886\\_stellungnahme\\_Mundt\\_BKartA-data.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/808730/20310aab52d195fe3e32d1c0dae35e210c/19-9-886_stellungnahme_Mundt_BKartA-data.pdf) [zuletzt abgerufen: 4.3.2022], S. 20 f.

<sup>111</sup> So etwa Gramsch, Martin, Bundesrat: 10. GWB-Novelle erhöht die Anmeldeschwellen der deutschen Fusionskontrolle, GmbHR 2021, R68 (R70); Büttel/Schwegler, GWB-Digitalisierungsgesetz: Was kommt auf Digitalkonzerne zu?, jurisPR-ITR 12/2021, Anm. 2.

<sup>112</sup> Käseberg/Brenner/Fülling, WuW 2021, S. 269 (273).

<sup>113</sup> Becker, ZWeR 2020, S. 365 (389).

<sup>114</sup> Dreher/Kulka, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 11. Aufl. 2021, § 14 Rn. 1676.

<sup>115</sup> Dreher/Kulka (Fn. 114), § 14 Rn. 1676.

<sup>116</sup> Steinvorth/Gasser, WuW 2021, S. 155 (159).

<sup>117</sup> Steinvorth/Gasser, WuW 2021, S. 155 (160).

<sup>118</sup> Brinker/Haag (Fn. 75), S. 37 f.; Bechtold, NZKart 2020, S. 47 (49).

Wie eben schon dargestellt, geht § 39a GWB mit zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffen einher.<sup>119</sup> Dadurch wird der Anwendungsbereich der Norm unklar. Für das einzelne Unternehmen ist nicht eindeutig erkennbar, unter welchen Voraussetzungen es Adressat einer Verfügung nach § 39a GWB werden kann. Allerdings ist anzuführen, dass durch die hohe Umsatzschwelle des § 39a I Nr. 1 GWB und die Anteilsschwelle in § 39a I Nr. 3 GWB doch hohe Hürden für den Erlass einer Anmeldeverfügung aufgestellt wurden. Auch das Erfordernis einer vorangegangenen Sektoruntersuchung, § 39a III GWB, stellt eine weitere, unter Umständen nicht unerhebliche Hürde dar, wobei die Sinnhaftigkeit dieser Voraussetzung mangels originären Zusammenhangs mit § 39a GWB fraglich ist. Ganz entscheidend ist des Weiteren, dass die materielle Fusionskontrolle durch § 39a GWB unberührt bleibt und ein Zusammenschluss nur einem Vorbehalt ausgesetzt wird, ohne endgültig untersagt zu werden. Im Ergebnis ist deshalb wohl eine Vereinbarkeit des § 39a GWB mit dem Bestimmtheitsgrundsatz anzunehmen.

### 3. *Entwicklungsvorschlag*: Modifikationen bei § 39a GWB

Trotz der teils starken Kritik<sup>120</sup> an der Einführung von § 39a GWB sollte nicht verkannt werden, dass durch ihn ein nicht zu unterschätzendes Problem in Angriff genommen wird. Unter der Berücksichtigung vieler Interessen hat der Gesetzgeber nun mit der Gestaltung des § 39a GWB aber eine Lösung gefunden, die keine Seite zufriedenstellen kann. Eine mit den unbestimmten Rechtsbegriffen einhergehende Rechtsunsicherheit lässt sich nicht abstreiten. Allerdings sind mit der Umsatzschwelle des § 39a I Nr. 1 GWB, der Anteilsschwelle in § 39a I Nr. 3 GWB und dem Erfordernis einer Sektoruntersuchung, § 39a III GWB, derart hohe Hürden geschaffen worden, dass fraglich ist, ob überhaupt die Prognose von einem Aufforderungsverfahren pro Jahr erreicht wird.<sup>121</sup> Der Gesetzgeber hat mit § 39a GWB einen zahnlosen Tiger geschaffen. Bestätigt sich in Zukunft, dass die Hürden zu hoch sind, um den gewünschten Zweck zu erreichen, sollte der Gesetzgeber eine Überarbeitung von § 39a GWB erwägen.

Da das Erfordernis einer Sektoruntersuchung nicht nur den Anwendungsbereich einschränkt, sondern möglicherweise zu zuvorkommenden Zusammenschlüssen führt und somit kontraproduktiv wirken könnte, sollte eine vollständige

Streichung von § 39a III GWB erwogen werden.<sup>122</sup> Aufgrund der weiter bestehenden Hürden in § 39a I Nr. 1, 3 GWB würde eine Streichung des § 39a III GWB auch nicht zu einer Ausuferung möglicher Anmeldeverfügungen führen, sondern dem Instrument der Anmeldeverfügung ein angemessener Anwendungsbereich zukommen.

Des Weiteren sollten gegebenenfalls die schon während des Gesetzgebungsprozesses vorgetragenen Bedenken im Zusammenhang mit der Bagatellmarktklausel aufgegriffen werden. Wenn sich herausstellen sollte, dass mit § 39a GWB zwar die einzelnen Zusammenschlüsse im Rahmen des sukzessiven Erwerbs kleiner regionaler Unternehmen zwar zur Anmeldung gebracht werden können, aber aufgrund der Bagatellmarktklausel nicht untersagt werden können, könnte man erwägen, nach § 39a GWB anzumeldende Zusammenschlüsse aus der Bagatellmarktklausel auszunehmen.<sup>123</sup>

## V. Ergebnis

Grundsätzlich ist der Versuch des Gesetzgebers, ein Instrument zu schaffen, mit dem „stealth consolidations“ unterhalb der Umsatzschwellen entgegengewirkt werden kann, zu begrüßen. Insbesondere weil sukzessive Erwerbsvorgänge auf den entsprechenden Märkten eine ernsthafte Bedrohung für den wirksamen Wettbewerb darstellen können, war Zeit zum Handeln.

Allerdings wirkt die Norm noch nicht ausgereift. Auf der einen Seite besteht für Unternehmen ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit durch unbestimmte Rechtsbegriffe, die die Anwendungspraxis der Norm nicht vorhersagen lassen. Auf der anderen Seite stellen einige Voraussetzungen des § 39a GWB derart hohe Hürden dar, dass in vielen Fällen eine Anmeldeverfügung nicht oder erst verzögert, möglicherweise sogar erst zu spät erfolgen kann.

Im Ergebnis bleibt vorerst abzuwarten, wie das BKartA § 39a GWB handhaben wird, ob die Norm ihren gewünschten Zweck erfüllt und wie die Gerichte zur Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe beitragen werden.

<sup>119</sup> Vgl. *Bechtold*, NZKart 2020, S. 47 (49).

<sup>120</sup> *Bechtold*, NZKart 2020, S. 47 (48 f.); *Gröss/Mersch*, NZKart 2020, S. 119 (122 ff.).

<sup>121</sup> *Becker*, in: *Bien/Käseberg/Klumpe/Körper/Ost* 10. GWB Novelle (Fn. 6), Kap. 5 Rn. 87.

<sup>122</sup> *Becker*, in: *Bien/Käseberg/Klumpe/Körper/Ost* 10. GWB Novelle (Fn. 6), Kap. 5 Rn. 84.

<sup>123</sup> *BKartA*, Stellungnahme des Bundeskartellamts zum Regierungsentwurf zur 10. GWB-Novelle, Ausschuss für Wirtschaft und Energie, Ausschussdrucksache 19(9)887, 23.11.2020, [https://www.bundestag.de/resource/blob/808730/20310aab52d195fe3e32d1c0dae35e210c/19-9-886\\_stellungnahme\\_Mundt\\_BKartA-data.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/808730/20310aab52d195fe3e32d1c0dae35e210c/19-9-886_stellungnahme_Mundt_BKartA-data.pdf) [zuletzt abgerufen: 4.3.2022], S. 21.

## D. Sachlich-thematischer Zusammenhang von § 35 GWB und § 39a GWB

Sachlich-thematisch betreffen sowohl § 35 GWB als auch § 39a GWB die formelle Fusionskontrolle. Das heißt sie legen nur die Voraussetzungen fest, unter welchen ein Zusammenschluss angemeldet werden und somit an den Voraussetzungen der materiellen Fusionskontrolle nach § 36 GWB geprüft werden muss. Beide Normen führen dazu, dass der jeweilige Zusammenschluss dem Vollzugsverbot gem. § 41 I GWB unterliegt.<sup>124</sup>

§ 35 GWB war bisher die einzige Norm, die den Anwendungsbereich der Fusionskontrolle regelte. Dies erfolgte anhand der strikten Systematik der Umsatzschwellen. Der Zweck der Umsatzschwellen ist, unbedeutende Zusammenschlüsse von denjenigen zu trennen, die als so bedeutsam eingeschätzt werden, dass sie präventiv kontrolliert werden sollten.<sup>125</sup> Die Umsatzschwellen des § 35 I GWB dienten dafür als alleiniges Kriterium. Mit der Einführung des § 35 Ia GWB wurde die Systematik zwar teilweise aufgeweicht, aber dies beschränkte sich im Wesentlichen darauf, dass an die Stelle der zweiten Inlandsumsatzschwelle eine Transaktionswertschwelle i. H. v. 400 Mio. € tritt. Es war bis dato also nicht möglich, Zusammenschlüsse zu kontrollieren, bei denen die Schwellenwerte in § 35 GWB nicht erreicht wurden, die aber trotzdem als wettbewerbslich bedenklich eingeschätzt wurden.

Durch die Anhebung der Inlandsumsatzschwellen in § 35 GWB bestand nun die Gefahr, dass sich die Problematik der „stealth consolidations“ verschärft, da noch mehr Zusammenschlüsse die Umsatzschwellen nicht erreichen würden und so einer Kontrolle entzogen wären.<sup>126</sup>

Mit § 39a GWB hat der Gesetzgeber nun aber eine flexible Möglichkeit geschaffen, um etwaigen Entwicklungen entgegenwirken zu können. In der bisherigen strikten Ausgestaltung des deutschen Fusionskontrollsystems als gebundenes Verwaltungsverfahren sind Umsatzschwellenwerte notwendige Funktionsvoraussetzung. Gleichzeitig führt dieser Umstand aber zu den dargestellten Problemen. Da § 39a GWB die Kontrolle nun zum Teil in das Ermessen des BKartA stellt, kann diesen Problemen möglicherweise wirksam begegnet werden. Es besteht durch § 39a GWB nun zumindest die Möglichkeit, Marktkonzentrationstendenzen dadurch entgegenzuwirken, dass ein Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen auch unterhalb der Umsatzschwellen alle

Zusammenschlüsse anmelden muss. Insoweit wird § 39a GWB als „notwendiges Korrektiv“<sup>127</sup> zur Erhöhung der Inlandsumsatzschwellen in § 35 GWB gesehen.

Der Gesetzgeber hat durch die Änderungen in der formellen Fusionskontrolle also versucht, einen sachgerechten Interessenausgleich zu schaffen. Auf der einen Seite stand das Interesse des BKartA und der Unternehmen an einer Entlastung und einer Fokussierung auf die wettbewerbslich relevanten Fälle. Auf der anderen Seite musste aber der Umstand berücksichtigt werden, dass eine Fokussierung auf die wettbewerbslich relevanten Fälle auch Zusammenschlüsse unterhalb der Umsatzschwellen betrifft. Ob die vorgenommenen Änderungen einen angemessenen Ausgleich darstellen, wird sich in Zukunft zeigen. Die Anwendung von § 39a GWB sollte deshalb genau beobachtet und evaluiert werden.

## E. Schlussbetrachtung

Die Koalitionsparteien begannen die Legislaturperiode mit dem hehren Ziel der „Modernisierung des Kartellrechts“. Auch wenn dabei die formelle Fusionskontrolle sicher nicht im Mittelpunkt stand, sollte man die dortigen Änderungen auch an diesem Anspruch messen.

Die Anhebung der Inlandsumsatzschwellen in § 35 GWB war zwar in der Sache richtig und aus Sicht des BKartA und der Unternehmen zu begrüßen. Von einer innovativen und nachhaltigen Änderung kann aber keine Rede sein. Mit einer wie in diesem Beitrag vorgeschlagenen Dynamisierung der Umsatzschwellen könnte der Gesetzgeber echten Willen zur Veränderung beweisen. So bleibt nur abzuwarten, wann es zu einer erneuten Anpassung der Schwellenwerte in § 35 GWB kommt.

Dem Anspruch einer echten Modernisierung wird die Einführung des § 39a GWB eher gerecht. Mit dessen Schaffung zeigte der Gesetzgeber Bereitschaft, auf neuere Entwicklungen zu reagieren und sogar die bestehende Systematik der formellen Fusionskontrolle in Teilen zu durchbrechen. Die Norm leidet allerdings noch an einigen „Kinderkrankheiten“. Mit Spannung kann deshalb der erste Erlass einer Verfügung gem. § 39a I GWB erwartet werden. Derzeit prüft das BKartA die

<sup>124</sup> Emmerich/Lange (Fn. 99), § 33 Rn. 40.

<sup>125</sup> Stadler, ZWeR 2019, S. 250 (252).

<sup>126</sup> Käseberg/Brenner/Fülling, WuW 2021, S. 269 (272).

<sup>127</sup> Käseberg/Brenner/Fülling, WuW 2021, S. 269 (272).

Voraussetzungen für eine erweiterte Anmeldepflicht – wenig überraschend – im Bereich des Entsorgungssektors.<sup>128</sup>

In jedem Fall sollte in Zukunft die Entwicklung der Anmeldezahlen beim BKartA und die Handhabung von § 39a GWB genau beobachtet werden, um spätestens im

Rahmen einer 11. GWB-Novelle unter Umständen wieder sachgerecht reagieren zu können. Die in diesem Beitrag aufgegriffenen Entwicklungsvorschläge könnten es ermöglichen, die Interessen des BKartA und der Unternehmen bei der „Modernisierung des Kartellrechts“ noch besser zu berücksichtigen.

---

<sup>128</sup> *BKartA*, Pressemitteilung v. 19.1.2022, Rethmann-Gruppe/Remondis: Bundeskartellamt prüft Voraussetzungen für erweiterte Anmeldepflicht für künftige Übernahmen (§ 39a GWB), [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2022/19\\_01\\_2022\\_Remondis\\_39a.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2022/19_01_2022_Remondis_39a.html) [zuletzt abgerufen: 4.3.2022].