

**Nachtrag zum Beitrag von
Björn Christian Becker, Fusionskontrolle unterhalb der Aufgreifschwellen –
Insbesondere zur neuen Regelung des § 39a GWB-E
ZWeR 3/2020, S. 365 ff.**

Dieser Beitrag basiert auf dem Stand des Referentenentwurfs zur 10. GWB-Novelle vom 24.1.2020. In dem nach Drucklegung dieses Beitrags am 9.9.2020 veröffentlichten Regierungsentwurf (abrufbar über den Internetauftritt des BMWi) erfährt die in diesem Beitrag unter IV. 2.3. sowie 3. beleuchtete Regelung des § 39a GWB-E einige Modifikationen, die im Folgenden durch den Autor kurz kommentiert werden:

- Die für den **Erwerber geltende Umsatzgrenze** wird von 250 auf 500 Millionen angehoben, § 39a Abs. 1 Nr. 1 GWB-E (vgl. kritisch bereits zur nach dem Referentenentwurf vorgesehenen Höhe IV.3.2.3.2).
- Unverändert bleiben die für die **Zielunternehmen geltenden Umsatzschwellen** des § 39a Abs. 2 GWB-E (vgl. kritisch hierzu IV 3.2.3.1 sowie 3.2.3.3).
- Zusätzlich zu den im Referentenentwurf enthaltenen Voraussetzungen muss das Erwerberunternehmen in den genannten Wirtschaftszweigen einen **Anteil von mindestens 15 Prozent am Angebot oder an der Nachfrage von Waren oder Dienstleistungen im Inland** haben. Die Regelung erinnert an den in Großbritannien geltenden „Share of Supply Test“ (vgl. IV. 3.2.3.4). Nach der Regierungsbegründung (S. 110) soll hierdurch sichergestellt werden, dass nur Unternehmen erfasst werden, denen eine bestimmte volkswirtschaftliche Bedeutung zukommt. Ferner soll der Begriff des Anteils „am Angebot oder der Nachfrage“ nicht gleichzusetzen sein mit dem Begriff des Marktanteils im ökonomischen Sinne. Dem Bundeskartellamt soll bei der Bestimmung der für den Wirtschaftszweig relevanten Güter oder Dienstleistungen und bei der Bestimmung der Kriterien (z.B. Wert oder Menge der Waren und Dienstleistungen, Produktionskapazitäten, Anzahl der Beschäftigten) ein Ermessen zukommen.
- Das materielle Kriterium des § 39a Abs. 1 Nr. 2 GWB-E erfährt durch den Regierungsentwurf insoweit eine Verschärfung, als dass nunmehr **objektiv nachvollziehbare** Anhaltspunkte für eine **erhebliche** Behinderung des Wettbewerbs auf den in der Verfügung genannten Wirtschaftszweigen verlangt werden. Diese Anpassung an den materiellen Prüfungsmaßstab des § 36 Abs. 1 GWB ist zu begrüßen (vgl. hierzu IV. 3.3.2 und 3.3.3).
- Nach § 39a Abs. 3 GWB-E in der Fassung des Regierungsentwurfs hat einer Anmeldeverfügung nach Absatz 1 eine **Sektoruntersuchung** (§ 32e GWB) **vorherzugehen**.
 - Nach dem Gesetzeswortlaut muss diese Untersuchung im Zeitpunkt des Erlasses einer Anmeldeverfügung bereits abgeschlossen sein („durchgeführt hat“). Dies schränkt den Anwendungsbereich der Vorschrift erheblich ein. Vor dem Hintergrund, dass Konzentrationstendenzen unterhalb der Aufgreifschwellen in den verschiedensten Bereichen vorkommen können (vgl. II.), erscheint diese weitreichende Einschränkung problematisch und führt dazu, dass das Potential eines flexiblen Aufgreifinstruments nicht hinreichend ausgeschöpft wird (vgl. V.).
 - Außerdem soll nach der Regierungsbegründung (S. 111) ein zeitlicher Zusammenhang zwischen Sektoruntersuchung und Anmeldeverfügung bestehen. Die Regierungsbegründung geht dabei davon aus, dass eine Anmeldeverfügung nicht auf Sektoruntersuchungen gestützt werden kann, die vor dem Inkrafttreten der 10. GWB-Novelle abgeschlossen wurden. Aus dem Gesetzeswortlaut ist dies allerdings nicht ersichtlich; ob die auf „Gründe[] der Rechtssicherheit“ gestützte Annahme der Entwurfsverfasser zwingend ist, erscheint daher fraglich. Auch in rechtspolitischer Hinsicht überzeugt der Ausschluss vergangener Sektoruntersuchungen kaum, da dies dazu führen dürfte, dass die erste Anmeldeverfügung möglicherweise erst in einigen Jahren ergeht.

- In zukünftigen Sektoruntersuchungen „wird“ das Bundeskartellamt nach der Regierungsbegründung (S. 111) bereits bei Einleitung der Untersuchung darauf hinweisen, dass im Nachgang eine Anmeldeverfügung ergehen kann. Eine entsprechende *Hinweispflicht* wurde in den Gesetzestext indes nicht ausdrücklich aufgenommen. An anderer Stelle (S. 110) geht die Regierungsbegründung lediglich davon aus, dass das Bundeskartellamt auf die Möglichkeit einer Anmeldeverfügung hinweisen „kann“.
- Die durch die Sektoruntersuchung gewonnenen Kenntnisse sollen als Datengrundlage für den anzumeldenden Zusammenschluss verwendet werden können (S. 111 der Regierungsbegründung).
- Anders als noch im Referentenentwurf vorgesehen soll die Anmeldeverfügung bereits ab **Zustellung** der Entscheidung und nicht erst ab ihrer **Bestandskraft** gelten, § 39a Abs. 4 S. 1 GWB-E. Dies ist im Hinblick auf die praktische Wirksamkeit der Vorschrift ausdrücklich zu begrüßen (vgl. hierzu IV. 3.2.2).
- Noch nicht korrigiert wurde das bereits im Referentenentwurf enthaltene **Redaktionsversehen** im Hinblick auf die Möglichkeit der **Verlängerung der zeitlichen Geltung** einer Anmeldeverfügung: Nach der Regierungsbegründung (S. 111) soll die Anmeldepflicht „gemäß Absatz 4 Satz 2“ erneuert werden können. In der Fassung des Regierungsentwurfs betrifft § 39a Abs. 4 S. 2 GWB-E hingegen die verpflichtende Angabe der Wirtschaftszweige in der kartellbehördlichen Verfügung (vgl. dazu bereits IV. 3.1).