

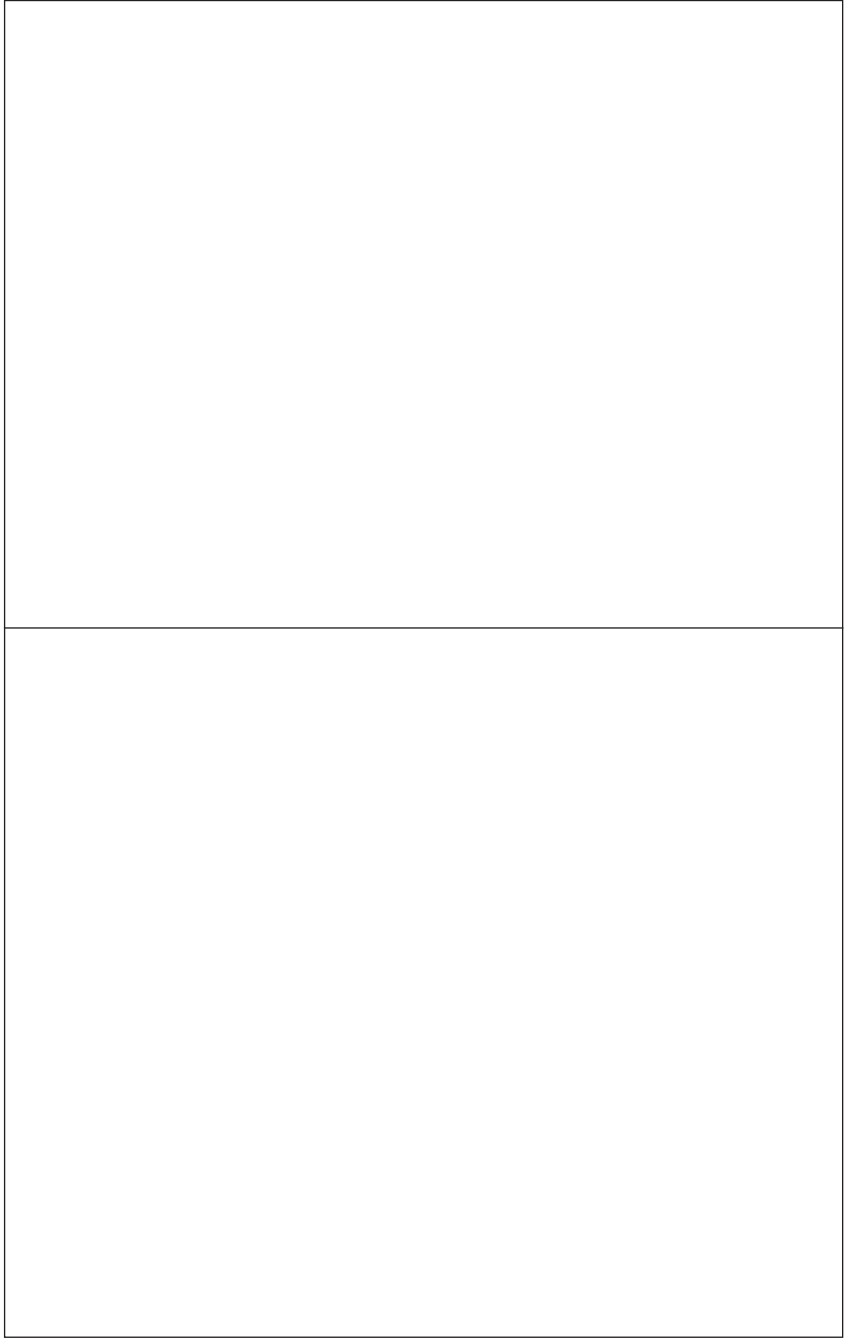
Ingo Brinker | Kathrin Haag

# Anmeldepflichten nach § 39a GWB

Fusionskontrolle unterhalb der Aufgreifschwellen



**Nomos**



Ingo Brinker | Kathrin Haag

# Anmeldepflichten nach § 39a GWB

Fusionskontrolle unterhalb der Aufgreifschwellen



**Nomos**



Onlineversion  
Nomos eLibrary

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-8487-5 (Print)

ISBN 978-3-7489-2867-6 (ePDF)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Die vorliegende Abhandlung beschäftigt sich mit § 39a GWB, der mit der 10. GWB-Novelle in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen aufgenommen wurde. Mit der Vorschrift wurde das Instrumentarium der deutschen Fusionskontrolle um ein weiteres, bisher unbekanntes Element ergänzt und erweitert. § 39a GWB räumt dem Bundeskartellamt die Befugnis ein, einzelnen, von der Behörde individuell herausgehobenen Unternehmen für die Dauer von drei Jahren die Verpflichtung aufzuerlegen, jeden Zusammenschluss der betroffenen Unternehmen mit anderen Unternehmen in einem oder mehreren Wirtschaftszweigen beim Bundeskartellamt anzumelden, selbst wenn die in § 35 GWB normierten Anwendungsvoraussetzungen der deutschen Fusionskontrolle nicht erfüllt sind. Diese Verpflichtung, die das Bundeskartellamt dem betreffenden Unternehmen durch Verfügung auferlegen kann, greift nicht nur in gravierendem Maße in die Rechtspositionen des betroffenen Unternehmens ein und bedarf daher der besonderen Rechtfertigung. Sie weicht auch in erheblichem Maße vom Regulierungsansatz ab, der den Vorschriften der deutschen Fusionskontrolle bisher ohne erkennbaren Dissens zugrunde lag.

Bemerkenswert ist vor allem der Umstand, dass der deutsche Gesetzgeber mit der Ermächtigung des Bundeskartellamtes die nach dem Grundgesetz eindeutig bestehende, originäre Zuständigkeit des Legislativorgans zur Festlegung der Anmeldepflichtigkeit von Zusammenschlussvorhaben zu einem nicht unerheblichen Teil der Exekutive überträgt. Nicht mehr das Parlament entscheidet allgemein und generell für alle Normadressaten verbindlich, welche Zusammenschlussvorhaben der deutschen Fusionskontrolle unterliegen. Vielmehr kann das Bundeskartellamt neben der in § 35 GWB normierten, generell-abstrakten Regelung für alle potentiell betroffenen Normadressaten für einzelne, von der Kartellbehörde individuell verpflichtete Normadressaten durch eine generell-individuelle Regelung eine Anmeldepflicht begründen. Die Ausgestaltung eines so weitreichenden Paradigmenwechsels verdient besondere Aufmerksamkeit und eine genaue Prüfung der rechtlichen Voraussetzungen, die für den Erlass einer entsprechenden Verfügung erfüllt sein müssen. Mit diesen sowie mit den aus einer solchen Verfügung des Bundeskartellamtes erwachsenden Rechtsfolgen, aber auch mit den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen setzen sich die nachfolgenden Überlegungen auseinander.

Die hier vorgelegte Studie ist aus einem Rechtsgutachten hervorgegangen, mit dem die REMONDIS SE & Co. KG, Lünen, die Verfasser beauftragt hat. Ihr Vorstand hat das Vorhaben initiiert, inhaltlich begleitet und großzügig unterstützt. Unser besonderer Dank gilt insbesondere *Thomas Conzendorf*, der das Vorhaben angeregt und über die gesamte Projektphase intensiv und wohlwollend begleitet hat, daneben aber auch *Ludger Rethmann*, *Bernhard Heiker* und *Max-Arnold Köttgen*. Wichtige Hinweise und Anregungen haben auch *Herwart Wilms* und *Dr. Johannes Kolkmann* beige-steuert. Ihnen allen sei ebenfalls aufrichtig gedankt.

Besonders hilfreich waren darüber hinaus die kontinuierlichen Gespräche mit *RA Prof. Dr. Rainer Bechtold* sowie *RA Prof. Dr. Michael Uechtritz*, deren kritische Hinweise und weitreichende Anmerkungen zu früheren Entwürfen dieser Abhandlung von unschätzbarem Wert für uns waren. Sie haben uns nicht nur vor Irrtümern bewahrt, sondern auch unsere Aufmerksamkeit auf Aspekte gelenkt, denen wir nicht die gebotene Beachtung geschenkt hatten. Das gilt im Übrigen auch für weitere Anwältinnen und Anwälte unserer Sozietät Gleiss Lutz, vor allem *RA Dr. Wolfgang Bosch*, *RAin Dr. Iris Benedikt-Buckenleib*, *RA Dr. Alexander Fritzsche* und *RAin Dr. Petra Linsmeier*, die auf unterschiedliche Weise zur vorliegenden Abhandlung beigetragen haben. Ihnen allen sei an dieser Stelle herzlich gedankt. Schließlich möchten wir nicht die sorgfältige und umsichtige Betreuung des Manuskripts durch *Karin Kammbach* unerwähnt lassen, die uns während des gesamten Projekts mit gewohntem Verständnis unterstützt hat, ebenso wenig wie die vertrauensvolle Zusammenarbeit mit dem Verlag Nomos, insbesondere mit *Gisela Krausnick*. Ihnen allen sei ebenfalls gedankt.

*München, im Oktober 2021*

*Ingo Brinker / Kathrin Haag*

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	11
A. Einführung	15
B. Anlass der Regelung, Entstehungsgeschichte, rechtlicher Rahmen	17
I. Hintergrund und Anlass der Regelung	17
II. Gesetzgebungsgeschichte	19
III. § 39a GWB im System der Fusionskontrolle	22
1. Bestimmung der Anmeldepflichtigkeit eines Zusammenschlusses anhand gesetzlich vorgegebener Schwellenwerte	23
2. Freiwillige Anmeldung	25
3. Prüfung ex officio	27
4. Erzwingen nachträglicher Anmeldungen	28
5. Zwischenfazit	29
IV. Verfassungsmäßigkeit der Regelung	29
1. Der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes	30
a) Der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes im System des Grundgesetzes	30
aa) Dogmatische Herleitung	31
bb) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Wesentlichkeitstheorie)	32
2. Vereinbarkeit der Regelung in § 39a GWB mit dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes, Art. 20 Abs. 3 GG?	35
3. Vereinbarkeit der Regelung in § 39a GWB mit Art. 3 Abs. 1 GG?	37
4. Zwischenfazit	38
C. Anwendungsvoraussetzungen von § 39a GWB	39
I. Tatbestandsvoraussetzungen des § 39a Abs. 1 GWB	39
1. Nicht auslegungsbedürftige Tatbestandsmerkmale des § 39a Abs. 1 GWB	39
a) Unternehmen	39

b) Zusammenschluss	40
2. Das Kriterium der Wirtschaftszweige	40
a) Einleitung: Marktabgrenzung	40
b) Bestimmung relevanter Wirtschaftszweige	41
c) Räumliche Ausdehnung eines Wirtschaftszweiges i.S.v. § 39a GWB	43
3. Die Anwendungsvoraussetzungen von § 39a Abs. 1 Nr. 2 GWB	45
a) Objektiv nachvollziehbare Anhaltspunkte	45
b) Erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs im Inland durch künftige Zusammenschlüsse	47
c) Zwischenfazit	49
4. Die Anwendungsvoraussetzungen von § 39a Abs. 1 Nr. 3 GWB	50
a) Anteil von 15 % an Angebot oder Nachfrage in Wirtschaftszweigen	50
b) Zwischenfazit	53
II. Weitere Anwendungsvoraussetzung: Sektoruntersuchung nach § 39a Abs. 3 GWB	54
1. Durchführung einer Sektoruntersuchung	55
2. Erfordernis einer im zeitlichen Zusammenhang mit der Verfügung nach § 39a Abs. 1 GWB durchgeführten Sektoruntersuchung	57
a) Vorheriger Abschluss der Sektoruntersuchung	57
b) Zeitlicher Zusammenhang	59
3. Erfordernis einer Sektoruntersuchung auf einem der betroffenen Wirtschaftszweige	62
4. Ergebnis der Sektoruntersuchung	64
5. Rechtsschutz gegen Sektoruntersuchungen	65
a) Rechtsschutz gegen Einleitung einer Sektoruntersuchung	66
b) Rechtsschutz gegen Ermittlungsmaßnahmen	67
c) Rechtsschutz gegen Abschlussbericht	67
D. Rechtsfolgen und Rechtsschutz	69
I. Rechtsfolge: Ermessensentscheidung des Bundeskartellamts	69
II. Inhalt der Verfügung nach § 39a GWB	70
III. Auswirkung einer Verfügung nach § 39a GWB auf künftige Zusammenschlussvorhaben	71
1. Umfang der Anmeldepflicht	71



2. Umfang der Prüfungskompetenz des Bundeskartellamts	72
3. Auswirkungen auf Zusammenschlüsse in der Schwebezeit zwischen Signing und Closing	75
IV. Rechtsschutz gegen eine Verfügung nach § 39a GWB	76
1. Statthafte Rechtsbehelfe	76
a) Anfechtungsbeschwerde und weiterer Rechtsweg	76
b) Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung	77
aa) Ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit einer Verfügung	78
bb) Vorliegen einer unbilligen Härte	79
c) Antrag auf Aussetzung der Vollziehung	80
d) Vorbeugende Unterlassungsbeschwerde	81
2. Materiell-rechtliche Erwägungen	81
a) Rechtmäßigkeit der Verfügung im konkreten Fall	82
b) Recht-/Verfassungsmäßigkeit des § 39a GWB	82
3. Folge der (Teil-)Aufhebung einer Verfügung durch Gericht	83
a) Auswirkungen der Aufhebung der § 39a GWB-Verfügung auf laufende Verfahren	84
b) Auswirkungen der Aufhebung der § 39a GWB-Verfügung auf angemeldete und ohne Nebenbestimmungen freigegebene Zusammenschlüsse	84
c) Folgen einer Aufhebung der § 39a GWB-Verfügung auf angemeldete und untersagte bzw. mit Nebenbestimmungen freigegebene Zusammenschlüsse	85
aa) Untersagung / Freigabe mit Nebenbestimmung noch nicht bestandskräftig	85
bb) Untersagung / Freigabe mit Nebenbestimmung bestandskräftig	86
d) Auswirkungen der Abweisung einer Beschwerde insgesamt	87
E. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	89
I. Die Neuregelung des § 39a GWB	89
II. Tatbestandliche Voraussetzungen einer Verfügung nach § 39a GWB	90
1. Das Kriterium der Wirtschaftszweige	90
2. Die Anwendungsvoraussetzungen von § 39a Abs. 1 Nr. 2 GWB	90
3. Die Anwendungsvoraussetzungen von § 39a Abs. 1 Nr. 3 GWB	91

## *Inhaltsverzeichnis*

4. Weitere Anwendungsvoraussetzung: Sektoruntersuchung nach § 39a Abs. 3 GWB	92
5. Ermessensentscheidung des Bundeskartellamts und Inhalt der Verfügung nach § 39a GWB	94
III. Auswirkung einer Verfügung nach § 39a GWB auf künftige Zusammenschlussvorhaben	95
IV. Rechtsschutz gegen eine Verfügung nach § 39a GWB	96
F. Ausblick	99
G. Abstract	101
I. The new provision of Section 39a ARC	101
II. Legal requirements for an order pursuant to Section 39a ARC	103
1. Sectors of the economy	103
2. The preconditions set out in Section 39a (1) No. 2 ARC	103
3. The preconditions set out in Section 39a (1) No. 3 ARC	104
4. Section 39a (3) ARC: sector inquiry	105
5. Formal decision pursuant Section 39a (1) ARC	107
III. Effect of an order pursuant to Section 39a ARC on future concentrations	107
IV. Judicial relief against a formal decision pursuant to Section 39a ARC	109
V. Conclusion	110
H. Anhang	111
I. Auszug aus dem Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (Bearbeitungsstand: 24. Januar 2020, 9:32 Uhr)	111
II. Auszug aus dem Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/23492 (19. Oktober 2020)	114
III. Vergleich zwischen Referenten- und Regierungsentwurf	118
IV. Auszug aus den Guidelines der CMA zum Share of Supply Test	123
Literaturverzeichnis	131

## Abkürzungsverzeichnis

A.A.	Andere Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
ABl.	Amtsblatt
ACCC	Australian Competition and Consumer Commission
a.F.	alte Fassung
ARC	German Act Against Restraints of Competition
Art.	Artikel
BB	Betriebs-Berater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BWB	Bundeswettbewerbsbehörde
bzw.	beziehungsweise
CCCS	Competition and Consumer Commission of Singapore
CDU	Christlich Demokratische Union
CCPC	Competition and Consumer Protection Commission
cf.	confer (“vergleiche”)
CMA	Competition and Markets Authority
CSU	Christlich Soziale Union
d.h.	das heißt
ECMR	EC Merger Regulation („EG-Fusionskontrollverordnung“)
EG	Europäische Gemeinschaft
EL	Ergänzungslieferung
et al.	et alii, et alia

## *Abkürzungsverzeichnis*

EU	Europäische Union
e.V.	eingetragener Verein
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FKVO	Fusionskontrollverordnung
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GVH	Gazdasági Versenyhivatal
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hrsg.	Herausgeber
i.S.d.	im Sinne des
i.V.m.	in Verbindung mit
JZ	Juristenzeitung
KartG	Kartellgesetz
Kap.	Kapitel
lit.	littera
Mio.	Millionen
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NACE Rev. 2	nomenclature statistique des activités économiques dans la Communauté européenne
NCA	Norwegian Competition Authority („Konkurransetil-synet“)
no.	Number
Nr.	Nummer
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
o.g.	oben genannt
OLG Düsseldorf	Oberlandesgericht Düsseldorf
Rn.	Randnummer
S.	Satz/Seite
s.	siehe
s.o.	siehe oben

SCA	Schwedische Wettbewerbsbehörde Konkurrensverket
Sec.	Section
SIEC	Significant Impediment to Effective Competition
sog.	sogenannt
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
PHCC	Philippine Competition and Consumer Commission
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
v.	vom/von
Verf.	Verfasser
Vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WZ	Wirtschaftszweig
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
z.B.	zum Beispiel
Zust.	Zustimmend
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht