

Datum 8. Juni 2018

An Bundeskartellamt, Bonn

Betreff **Gemeinsamer Leitfaden zur neuen Transaktionswert-Schwelle
in der Fusionskontrolle in Deutschland und Österreich**

Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Konsultation

1. Vorbemerkung

Das Bundeskartellamt und die Bundeswettbewerbsbehörde haben am 14. Mai 2018 den Entwurf eines gemeinsamen Leitfadens zur neuen Transaktionswert-Schwelle in der Fusionskontrolle in Deutschland und Österreich ("**Entwurf**") zur öffentlichen Konsultation vorgelegt.

Als deutsche und österreichische Praxisgruppe Kartellrecht der Sozietät Baker McKenzie begrüßen wir den Entwurf, der als erste Hilfestellung zur Auslegung der vor etwa einem Jahr eingeführten Transaktionswert-Schwelle konzipiert ist und dieser Zielsetzung aus unserer Sicht im Wesentlichen gerecht wird.

Rechtssicherheit ist ein zentrales Prinzip der Zusammenschlusskontrolle. Schon vor dem Hintergrund der empfindlichen Konsequenzen eines Verstoßes gegen das Vollzugsverbot muss für die Zusammenschlussbeteiligten jederzeit eindeutig erkennbar sein, ob eine Fusionskontrollanmeldung erforderlich ist oder nicht. Während dies auf Basis der bislang in § 35 GWB Abs. 1 niedergelegten Umsatzschwellen in der Regel der Fall ist, werfen die neuen Schwellen erhebliche Auslegungsfragen auf. Zwar versteht sich, dass der Entwurf nicht sämtliche Anwendungsfragen erschöpfend beantworten und ohne Gesetzeskraft auch keine finale Rechtssicherheit bieten kann. Um eine rechtssichere Anwendung der Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle jedenfalls zu erleichtern, halten wir es jedoch für sachgerecht, den Entwurf an einigen Stellen zu präzisieren. Dies gilt umso mehr, als die im Entwurf aufgezeigten Grundsätze gerade für Zweifels- und Grenzfälle relevant sein sollen, in denen präzise und umsetzbare Auslegungshinweise für eine rechtssichere Anwendung besonders wichtig sind.

Daher nehmen wir die öffentliche Konsultation gerne zum Anlass, einige ausgewählte, besonders praxisrelevante Punkte zu adressieren. Um die Konsultation effizient zu gestalten, sehen wir dabei von einer umfassenden Kommentierung ab und beschränken uns auf wenige, unserer Auffassung nach wichtige Punkte.

2. Anmerkungen zu der Berechnung von zukünftigen Gegenleistungen

2.1. Keine eindeutige Bestimmung der Anmeldepflicht angesichts des erforderlichen Treffens von (subjektiven) Prognose-Entscheidungen

Während eine im Unternehmenskaufvertrag festgelegte oder nach dort geregelten Kriterien zumindest eindeutig bestimmbare Gegenleistung eine rechtssichere Anwendung der Transaktionswert-Schwelle ermöglicht, gilt dies nicht für zukünftige Gegenleistungen. Im Hinblick auf künftige Zahlungen gibt der Entwurf den Zusammenschlussbeteiligten auf, eine Reihe von Prognosen zu treffen, insbesondere in folgenden Regelungen:

32 Angaben zu künftigen Zahlungen und Zahlungszeitpunkten sowie zu den zur Barwertbestimmung genutzten Zinssätzen werden regelmäßig Annahmen zugrunde liegen. Damit die Wettbewerbsbehörde die Plausibilität der Angaben prüfen kann, sind die Annahmen von den beteiligten Unternehmen transparent darzulegen und zu erläutern. Wenn künftige Zahlungen und deren Zeitpunkte bspw. von künftigen, ungewissen Umsatzzielen abhängen, so sind diese Umsatzziele sowie eine den erwarteten Zahlungen zugrunde liegende Umsatzprognose zu benennen und zu erläutern. Zinssätze werden regelmäßig aus verschiedenen Komponenten bestehen, deren Heranziehung auf Annahmen beruht. Die einzelnen Komponenten und Annahmen sind der Höhe nach zu benennen und zu erläutern.

33 Zukünftig erwartete Zahlungen können hinsichtlich ihrer Eintrittswahrscheinlichkeit unsicher sein. Sind künftige Zahlungen für die Wertermittlung entsprechend mit Wahrscheinlichkeiten gewichtet worden, so sind diese Wahrscheinlichkeiten und die ihnen zugrunde liegenden Annahmen zu erläutern. Sind Unsicherheiten durch einen Aufschlag auf den Diskontierungssatz berücksichtigt worden, so ist die entsprechende Komponente bei der Erläuterung des Zinssatzes der Höhe nach zu benennen und zu erläutern.

Prognosen sind rein subjektive Elemente, die ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit mit sich bringen. Gerade in Jurisdiktionen mit Marktanteils-Schwellenwerten (wie z.B. Spanien und Portugal) zeigen sich in der Rechtsanwendungspraxis häufig Probleme aufgrund dieser nicht eindeutigen Bestimmbarkeit der Anmeldepflicht bzw. der Unsicherheiten aufgrund individueller Auslegung (z.B. in Fällen, in denen es keine Entscheidungspraxis gibt, die Orientierungshilfe bietet). Hier lag nach unserer Auffassung einer der entscheidenden Vorteile der auf rein objektiven Kriterien (Umsätze) basierenden Fusionskontrollregime wie in Deutschland und Österreich. Um diesen mit der Transaktionswert-Schwelle eintretenden Nachteil auszugleichen, scheint es uns erwägenswert, einige objektive Maßstäbe für die im Leitfaden vorgesehenen Prognose-Entscheidungen zu ergänzen.

2.2. Vorschläge zur Schaffung von mehr Rechtssicherheit bei Prognose-Entscheidungen

2.2.1. Umsatzprognose

Häufig sind künftige Zahlungen an das Erreichen bestimmter Umsatzziele geknüpft, deren Erreichen noch ungewiss ist. Insoweit ist eine Prognose dazu anzustellen, wie sich die Umsätze entwickeln. Aus Gründen der Rechtssicherheit erscheint es zweckmäßig, für die Umsatzentwicklungsprognose einen Maßstab in den Entwurf aufzunehmen. In Anlehnung an den in der Fusionskontrolle regelmäßig herangezogenen Betrachtungs- bzw. Prognosezeitraum von drei Jahren erscheint es sachgerecht, folgende Ergänzung vorzunehmen (etwa in Rn. 32):

Wird eine künftige Zahlung an den Eintritt eines Umsatzzieles geknüpft, so wird für die Zwecke der Umsatzprognose widerleglich vermutet, dass sich die Umsätze in dem selben

Maß entwickeln, wie es im Zeitraum von drei Jahren vor dem Prognosezeitraum der Fall war. Soweit die Zusammenschlussbeteiligten bei der Prüfung der Anmeldepflicht von dieser Vermutung abweichen, ist dies zu begründen und zu dokumentieren.

2.2.2. Prognosen zu sonstigen Ereignissen

Der Eintritt ungewisser künftiger Ereignisse bzw. das Erreichen bestimmter Meilensteine (Milestones) ist ein ebenfalls häufiger Anknüpfungspunkt für variable Kaufpreiselemente. Insbesondere im Pharma-Bereich treten derartige Vereinbarungen häufig auf, wie es auch im Beispiel III des Entwurfs veranschaulicht wird. Je ungewisser die Eintrittswahrscheinlichkeit, desto stärker ist die in Aussicht stehende künftige Zahlung in ihrem Wert für die fusionskontrollrechtliche Prüfung zu mindern.

Da letztlich jede in den Augen einer Behörde unzureichend begründete Wahrscheinlichkeit ein Bußgeldrisiko nach sich zieht, erscheint es dennoch sachgerecht, aus Gründen der Rechtssicherheit einen Wahrscheinlichkeits-Maßstab in den Entwurf aufzunehmen. Zwar ist der Eintritt eines Ereignisses im Vergleich zur Umsatzentwicklung in der Regel weniger vorhersehbar. Ausgehend von der Prämisse, dass sich Käufer und Verkäufer in aller Regel nicht auf Ereignisse einigen werden, deren Eintritt besonders unwahrscheinlich ist, dürfte es zumindest vertretbar sein, eine mindestens klar überwiegende Wahrscheinlichkeit anzusetzen. Vor diesem Hintergrund schlagen wir vor, folgende Ergänzung vorzunehmen (etwa in Rn. 33):

Wird eine künftige Zahlung an den Eintritt eines ungewissen Ereignisses geknüpft, so wird für die Zwecke der Ermittlung der Gegenleistung widerleglich vermutet, dass eine Eintrittswahrscheinlichkeit von 75% hinreichend ist, um den Eintritt des Ereignisses anzunehmen. Soweit Zusammenschlussbeteiligte für die Zwecke der Berechnung der Gegenleistung eine niedrigere Wahrscheinlichkeit ansetzen und eine Anmeldepflicht verneinen, ist dies begründet zu dokumentieren, um eine Nachprüfung durch die Behörde zu ermöglichen.

3. Prozessuales

3.1. Aktualisierung und Konkretisierung des Leitfadens

Angesichts der Vielseitigkeit von Kaufpreisklauseln wäre es aus unserer Sicht sachgerecht und für die Praxis hilfreich, neben der Aktualisierung des Leitfadens begleitend auch weitere Handreichungen zu Fällen aus der behördlichen Praxis zu geben. Denkbar wären etwa (anonymisierte) Veröffentlichungen von Berechnungen, die den Behörden im Einzelfall für die Plausibilisierung genügt haben.

3.2. Konsultationsverfahren zur Schaffung von Rechtssicherheit

Das Abstellen auf Prognosen und Annahmen offenbart einen zentralen Schwachpunkt der Transaktionswertschwelle. Dies führt nicht nur aufgrund des ungewissen Eintritts der Annahme bzw. der prognostizierten Ereignisse zu Rechtsunsicherheit. Vielmehr liegt es im Rahmen des Unternehmenskaufs in der Natur der Sache, dass sich die Transaktionsparteien im Hinblick auf die Wahrscheinlichkeiten, die variablen Kaufpreisbestandteilen oder Umsätzen zugrunde liegen, nicht einig sind. So mag sich ein Käufer eine sehr positive Entwicklung des Zielunternehmens versprechen (deshalb kauft er es ja), während der Veräußerer aber weniger optimistisch ist (und vielleicht gerade deshalb verkauft). Von den Transaktionsparteien zu verlangen, sich einig zu

werden und die den Prognosen zugrunde liegenden Annahmen zu offenbaren und eindeutig zu dokumentieren, geht an der Lebenswirklichkeit in der Verhandlungssituation vorbei.

Für den Fall, dass Uneinigkeit zwischen den Parteien herrscht, rät der Entwurf dazu, vorsorglich anzumelden. Letztlich bedeutet dies, dass das Bundeskartellamt anerkennt, dass es Fälle gibt, in denen es nicht möglich ist, die Frage der Anmeldepflicht und der damit zusammenhängenden Pflichten (insbes. Vollzugsverbot) eindeutig zu beantworten. Durch die Empfehlung, im Zweifel vorsorglich anzumelden, geht diese Unsicherheit voll zu Lasten der Transaktionsparteien, während das Bundeskartellamt hierdurch in den meisten Fällen wohl davon entbunden wird, eindeutig Stellung zu beziehen. Wie auch im Rahmen der Prüfung von Inlandsauswirkungen bei Auslandsgemeinschaftsunternehmen erwarten wir, dass die vorsorgliche Anmeldung in den meisten Fällen nicht zu einer Klärung der Rechtsfrage sondern zu einer "Freigabe" auf Basis fehlender materieller Bedenken führen wird, ohne dass die Frage der Anmeldepflicht überhaupt geprüft wird.

In solchen Fällen wäre auch denkbar und im Sinne der Klärung der Rechtsfrage auch zielführender, auf Seiten des Bundeskartellamts ein für die Parteien freiwilliges Konsultationsverfahren anzubieten, in dem sich das Bundeskartellamt zum Ziel setzt, in jedem Fall zum Bestehen der Anmeldepflicht klar Stellung zu beziehen. Ein solches Konsultationsverfahren könnte beispielsweise vorsehen, den Parteien innerhalb einer definierten Frist (z.B. 5 Werktage) auf Basis des Unternehmenskaufvertrags und einer begrenzten Anzahl weiterer Transaktionsdokumente, die von allen Parteien kommen können, eine Rückmeldung zur Anmeldepflicht zu geben.

* * *