

## **Stellungnahme**

# **Leitfaden des Bundeskartellamts und der Bundeswettbewerbsbehörde zum Transaktionsschwellenwert für die Anmeldepflicht von Zusammen- schlussvorhaben**

**Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.**

## A. Einleitung

Das Bundeskartellamt hat am 14. Mai 2018 den Entwurf eines gemeinsam mit der Österreichischen Wettbewerbsbehörde verfassten Leitfadens zur neuen Transaktionswertschwelle in der Fusionskontrolle in Deutschland und Österreich veröffentlicht. Der Leitfaden basiert auf „*ersten Erfahrungen mit den neuen Schwellen und Gesprächen mit ausgewählten Anwälten aus den Bereichen Kartellrecht und Mergers & Acquisitions*“.

Der BDI hatte in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf der 9. GWB-Novelle die Einführung einer neuen, an die Gegenleistung anknüpfenden Anmeldeschwelle abgelehnt. Der BDI hatte zudem prognostiziert, dass der von dem 9. Änderungsgesetz zur 9. GWB-Novelle bezifferte jährliche Erfüllungsaufwand der Wirtschaft 420.000 EUR, fiktiv bezogen auf drei zusätzliche Zusammenschlusskontrollanmeldungen pro Jahr, um ein Vielfaches höher liegen würde. Die neue zusätzliche Aufgreifschwelle wird nach Ansicht des BDI eine Vielzahl an M&A-Transaktionen aus verschiedenen Industrien, auch jenseits des Digital-, Pharma- und Technologiesektors, erfassen. Die Gesetzesbegründung hatte bei der Bezifferung des Erfüllungsaufwands zudem allein auf Kosten für die Rechtsberatung abgestellt und dabei die Kosten durch den unternehmensinternen Aufwand für die Prüfung und Ermittlung von Daten, Aufbewahrungs- und Archivierungsnotwendigkeiten, die Hemmung und Ablenkung des Geschäfts während und durch ein laufendes Fusionskontrollverfahren sowie die zeitliche Verzögerung der Durchführung der Transaktion verkannt.

Die Annahme des Gesetzgebers, dass lediglich drei Fälle im Jahr zusätzlich geprüft werden würden, ist angesichts der Zahl der Fälle, die beim Bundeskartellamt tatsächlich eingegangen sind, bereits jetzt widerlegt. Viele Unternehmen melden ihre Zusammenschlüsse aufgrund der mit der neuen Regelung verbundenen Unsicherheiten vorsorglich an und werden dies auch nach der Veröffentlichung dieses Leitfadens tun.

Der BDI befürwortet deshalb die Veröffentlichung eines entsprechenden Leitfadens zur Bestimmung der neuen Aufgreifschwelle durch das Bundeskartellamt und die Bundeswettbewerbsbehörde. Angesichts der hohen Bußgelder, die wegen des Verstoßes gegen das Vollzugsverbot von Wettbewerbsbehörden zuletzt verhängt wurden, ist ein hohes Maß an Rechtssicherheit im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Zusammenschlusskontrolle unabdingbar. Das Bundeskartellamt kommt damit zugleich einem Vorschlag in der Gesetzesbegründung nach (BT-Drs. 18/10207, S. 78).

An vielen Stellen schafft der Leitfaden auch tatsächlich mehr Rechtssicherheit und findet unsere Unterstützung. An einzelnen Stellen gehen die darin von den beiden Wettbewerbsbehörden vertretenen Positionen aus unserer Sicht aber über den Regelungsinhalt des neu eingefügten § 35 Abs. 1a GWB bzw. vom § 38 Abs. 4a, 5 GWB hinaus. Dies betrifft

**Bundesverband der  
Deutschen Industrie e.V.**  
Mitgliedsverband  
BUSINESSEUROPE

*Hausanschrift*  
Breite Straße 29  
10178 Berlin

*Postanschrift*  
11053 Berlin

*Ansprechpartner*  
Dr. Ulrike Suchsland

T: +493020281408  
F: +493020282408

*Internet*  
[www.bdi.eu](http://www.bdi.eu)

*E-Mail*  
[U.Suchsland@bdi.eu](mailto:U.Suchsland@bdi.eu)

insbesondere die Frage der Berücksichtigung von Verbindlichkeiten der Zielgesellschaft bei der Bemessung des Wertes der Gegenleistung (Seite 15 im Leitfaden), die Zusammenrechnung von Erwerbsvorgängen (Seite 4 im Leitfaden) sowie die Ausführungen zum Tatbestand des Vermögenserwerbs (Seiten 27 f. im Leitfaden). Statt mehr Rechtssicherheit schafft der Leitfaden hier genau das Gegenteil. Der Leitfaden sollte an den fraglichen Stellen daher noch einmal überarbeitet werden. Die Punkte, an denen wir einen Nachbesserungsbedarf beim Entwurf sehen, werden nachstehend erläutert.

## **B. Stellungnahme im Einzelnen**

### **Abschnitt C I Nr. 1 a) (Randziffer 13): Zusammenrechnung von Erwerbsvorgängen**

Nach der Rz. 13 im Leitfaden sollen die Gegenleistungen von Erwerbsvorgängen, die in einem sachlich und zeitlich engen Kontext stehen, zusammengerechnet werden. Weiter heißt es dort:

*„Dies kann bspw. der Fall sein, wenn ein Kontrollerwerb an einer Gesellschaft beabsichtigt ist und hierzu verschiedene Anteile von verschiedenen Anteilseignern erworben werden.“*

Zusammengerechnet werden sollen also auch Erwerbsvorgänge zwischen dem Käufer und ganz unterschiedlichen Verkäufern, wobei unklar ist, innerhalb welcher Zeiträume eine Zusammenrechnung möglich sein soll.

Die Frage, wann Erwerbsvorgänge in einem engen sachlichen und zeitlichen Kontext stehen und bei der Schwellenwertberechnung zu addieren sind, ist vom Gesetzgeber bereits in § 38 Abs. 5 S. 3 GWB geregelt worden. Ausdrücklich wird dort auch auf den § 35 Abs. 1a GWB Bezug genommen. Dort ist vorgesehen, dass nur Erwerbsvorgänge zwischen denselben Personen oder Unternehmen berücksichtigt werden dürfen.

*„Zwei oder mehr Erwerbsvorgänge im Sinne von Satz 1, die innerhalb von zwei Jahren zwischen denselben Personen oder Unternehmen getätigt werden, werden als ein einziger Zusammenschluss behandelt, wenn [...]“*

Die oben zitierte Position in Rz. 13 im Leitfaden (die im Beispiel I b im Leitfaden erläutert wird) ist weitgehender als die Regelung in § 38 Abs. 5 S. 3 GWB – auch wenn dieser sich direkt nur auf Erwerbsvorgänge nach § 38 Abs. 5 S. 1 GWB bezieht. Sie kann zwar insoweit noch nachvollzogen werden, als mit ihr Umgehungskonstruktionen verhindert werden sollen. Dabei dürfen jedoch die Interessen von Anteilsverkäufern nicht vollkommen außer Betracht bleiben. Ein Verkäufer muss zum Zeitpunkt der Transaktion wissen, ob er seinen Anteil wirksam verkaufen kann, und er darf nicht mit der Unsicherheit konfrontiert werden, dass im Nachhinein sein Anteilsgeschäft Teil einer für ihn völlig fremden Transaktion zwischen dem Erwerber und einem Dritten wird, die Transaktion nachträglich der Fusionskontrolle unterliegt und sich womöglich gemäß § 41 Abs. 1 S. 2

GWB als nichtig herausstellt, weil die Gesamttransaktion nicht freigegeben wird.

Es macht nämlich einen Unterschied, ob nur Erwerbsvorgänge zwischen denselben Personen oder auch Erwerbsvorgänge zwischen unterschiedlichen Personen zusammengerechnet werden. Im ersten Fall hat der Veräußerer es selbst in der Hand, ob es zu weiteren Erwerbsvorgängen, die eine Fusionskontrollpflicht für die gesamte Transaktion auslösen, kommt oder nicht. Im zweiten Fall trifft das auf den Erstveräußerer nicht mehr zu. Der Leitfaden schlägt hier eine neue Regelung vor, die Erwerbsvorgänge für die Wertbestimmung der Gegenleistung zusammenrechnet und die über den Wortlaut und Rechtsgedanken von § 38 Abs. 5 S. 3 GWB hinausgeht.

Sollen zukünftig Erwerbsgeschäfte zwischen verschiedenen Anteilseignern zusammengerechnet werden, bedarf es weiterer Antworten, um die Rechts- und Planungssicherheit wiederherzustellen. Es ist darüber hinaus wichtig, eine genauere Definition von „engen sachlichen und zeitlichen Konnex“ zu erhalten. Stehen zwei Transaktionen, die innerhalb eines halben Jahres aufeinander folgen, noch in einem engen Konnex? Hier wären klare Eingrenzungen wünschenswert.

### **Abschnitt C I Nr. 2 a) (Randziffern 18 ff): Plausibilisierung der Wertermittlung der Gegenleistung**

Der Vorschlag in Rz. 21 des Leitfadens, dass Erwerber als auch Veräußerer unabhängig voneinander den Wert der Gegenleistung darlegen, erscheint wenig praktikabel und wird vermutlich eher weitere Fragen aufwerfen. Zum einen ist die Wertermittlung – wie auch der Leitfaden beschreibt – relativ komplex und wird eine intensive Prüfung und Berechnung durch Experten erforderlich machen. Hier scheint die Frage berechtigt, ob es sinnvoll ist, dass dieser Aufwand durch beide Parteien erfolgen muss bzw. ob dies erwartet werden kann. Zum anderen – und dies ist noch bedeutsamer – sind die Interessen der Käufer und Verkäufer bezogen auf die Berechnung von Eintrittswahrscheinlichkeiten genau entgegengesetzt. Welcher Berechnung sollte in solchen Fällen der Vorzug gegeben werden soll und auf welcher Basis? Diese Herangehensweise (unabhängige Berechnung Käufer/Verkäufer) erscheint nicht zielführend, wenig praktikabel und sollte von daher ganz entfallen.

Der Leitfaden führt zudem in Rz. 20 des Leitfadens die Idee einer schriftlichen Bestätigung des Werts und der Wertermittlung durch die betroffene Unternehmensleitung an. Dieser Ansatz ist in der Unternehmensrealität nicht bzw. nur schwer umsetzbar. Die Bestätigung durch die Unternehmensleitung ist ein völlig neues Element und ein Fremdkörper in der deutschen Fusionskontrolle. Zusätzlich führt sie zu einem unverhältnismäßigen Aufwand. Gerade bei größeren Unternehmen dürfte die Unternehmensleitung oft zeitlich und örtlich nicht ohne Weiteres verfügbar sein, so dass das Erfordernis einer schriftlichen Bestätigung zu erheblichen Verzögerungen im Transaktionsgeschehen führen kann. Der Leitfaden sollte von dieser Idee Abstand nehmen.

**Abschnitt C I Nr. 2 b) (Randziffer 27): Relevanter Zeitpunkt**

Laut Rz. 27 des Leitfadens kommt es für die Frage des Zeitpunkts der Anmeldepflicht und damit auch für den Zeitpunkt der Wertermittlung auf den Zeitpunkt des Vollzugs des Zusammenschlusses an. Diese Regelung kann zu großen Unsicherheiten bei den Beteiligten über die Frage führen, ob eine Anmeldepflicht gegeben ist. Denkbar ist, dass aufgrund von Währungs- oder Kursschwankungen Änderungen des Werts der Transaktion erst zu einem sehr späten Zeitpunkt (evtl. erst kurz vor dem geplanten Vollzug) eine Anmeldepflicht auslösen. Bei diesem Konzept handelt es sich um eine erstmalige Verlegung der Prüfung der Anmeldepflicht auf den spätestmöglichen Zeitpunkt in einer Transaktion, den Vollzug selbst. Dies beeinträchtigt erheblich die gewünschte Planungssicherheit in Transaktionen, da die Beteiligten bis zum Tage des Vollzugs in Zweifelsfällen keine Rechtssicherheit haben und widerspricht damit dem grundsätzlichen Ansatz in der Fusionskontrolle, den den Parteien Rechts- und Planungssicherheit zuzusichern. Aus diesem Grund sollte der relevante Prüfungszeitpunkt für die Wertermittlung der Zeitpunkt des Vertragsschlusses sein.

**Abschnitt C I. Ziff. 2 (Randziffern 28 ff.): Prognosen bei Earn-out-Regelungen**

Die Randziffern 28 ff. enthalten Ausführungen, wie zu verfahren ist, wenn die Parteien eine Earn-out-Regelung vereinbart haben. Earn-out-Regelungen beruhen auf Prognosen und Eintrittswahrscheinlichkeiten, die wiederum mit einem Beurteilungsspielraum verbunden sind. Dieser Beurteilungsspielraum kann von den anmeldepflichtigen Parteien (Käufer und Verkäufer) wiederum unterschiedlich ausgenutzt werden. Keine Partei kann die Zukunft vorhersagen. Aus einer ex ante-Perspektive kann es daher nicht „die richtige“ Prognose geben. Für uns ist unklar, welcher Prognose am Ende ein Vorrang zukommen soll, wenn die Prognosen der beiden Parteien nicht übereinstimmen.

**Abschnitt C. II Nr. 5: Übernommene Verbindlichkeiten (Randziffer 50)**

Nach der im Leitfaden vertretenden Position soll sich der Wert der „Gegenleistung“ (also der Leistung, die der Käufer dem Veräußerer für die Übertragung der Anteile oder Assets an einem Unternehmen verspricht) nicht nur nach dem Kaufpreis berechnen, vielmehr sollen dem Kaufpreis auch die in der Bilanz der Zielgesellschaft ausgewiesenen Verbindlichkeiten hinzugerechnet werden (Abschnitt C. II Nr. 5, Rz. 50 im Leitfaden).

Diese Auffassung überrascht. Sie ist mit keinem Wort oder Anhaltspunkt im § 35 Abs. 1a GWB bzw. § 38 Abs. 4a GWB verankert. Sie deckt sich auch nicht im Geringsten mit dem Begriff der Gegenleistung, der aus dem Kauf- bzw. Schuldrecht entliehen wurde (vgl. §§ 320 ff. BGB). In der Kommentarliteratur wird ebenfalls etwas anderes vertreten (vgl. *Kallfaß*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht Bd. 1, 13. Aufl., § 38, Rn. 21: „Verbindlichkeiten, die alleine auf der Gesellschaft lasten, deren Anteile übernommen wurden, dürften regelmäßig nicht dazu zählen.“)

Gemäß § 38 Abs. 4a GWB gehören zum Wert der Gegenleistung auch die vom Erwerber übernommenen Verbindlichkeiten. Ein Käufer übernimmt allerdings nur dann die Verbindlichkeiten eines Unternehmens, wenn er anstelle des bisherigen Schuldners, also der Zielgesellschaft und mit Zustimmung des Gläubigers in den Darlehensvertrag eintritt. In diesen Fällen, z. B. bei einem Asset Deal, gibt es neben der Kaufpreiszahlung ja auch tatsächlich eine weitere Gegenleistung durch den Käufer. Dieser übernimmt eine Verpflichtung (Darlehensverpflichtung), mit der Folge, dass diese Verpflichtung aus der Bilanz des bisherigen Schuldners verschwindet.

Das sind jedoch nicht die Fälle, die der Leitfaden primär zu meinen scheint. Die Übernahme der Darlehensverpflichtung durch den Käufer im Sinne einer Schuldübernahme gemäß § 415 BGB wird dort gerade nicht gefordert; allein ausreichend soll es sein, dass der Schuldner Anteile an einer Gesellschaft erwirbt, in dessen Bilanz Verbindlichkeiten ausgewiesen sind:

*„Die Übernahme von Verbindlichkeiten bringt zum Ausdruck, dass der Zusammenschluss ihm so viel wert ist, auch diese Belastungen zu tragen bzw. die Verschuldung des Zielunternehmens zu akzeptieren.“*  
(Rz. 50 im Leitfaden)

*„Die vorliegenden Ausführungen beziehen sich auf die in der Bilanz des erworbenen Unternehmens ausgewiesenen Verbindlichkeiten ungeachtet ihrer Zuordnung zu einer Bilanzposition nach § 266 HGB bzw. § 244 UGB. Sofern der Erwerber 100 % der Anteile an dem Zielunternehmen erwirbt, sind sämtliche Verbindlichkeiten in den Wert der Gegenleistung einzubeziehen. Der Wert reduziert sich entsprechend, wenn lediglich ein Teil des Unternehmens übernommen wird.“* (Rz. 50 im Leitfaden)

Diese Ausführungen übersehen, dass Anteilseigner von Kapitalgesellschaften grundsätzlich nicht für die Verbindlichkeiten dieser Gesellschaften persönlich haften und daher auch keine Verbindlichkeiten dieser Zielgesellschaften im Wege eines Anteilserwerbs „übernehmen“.

**Ein Beispiel:** A erwirbt von B 25 % der Anteile an dem börsennotierten Unternehmen U-AG zum Börsenkurs eines Stichtages. Nach Ansicht des Bundeskartellamtes müssten zu diesem Preis, den A an B für die Aktien zahlen muss, auch noch 25 % der in der Bilanz der U-AG ausgewiesenen Verbindlichkeiten hinzugerechnet werden. Warum dies so sein soll, erschließt sich nicht. Der aktuelle Börsenkurs spiegelt doch bereits den Unternehmenswert wider. A übernimmt auch keine Schulden der U-AG, sondern erwirbt lediglich Anteile. Es ist doch gerade Sinn und Zweck der Rechtsform der Kapitalgesellschaft (im Gegensatz zu reinen Personengesellschaften), dass sich Anleger an dem Unternehmen beteiligen können, ohne die Schulden des Unternehmens übernehmen zu müssen bzw. für diese als Gesellschafter persönlich haften zu müssen.

Unabhängig von der Frage, ob dies sinnvoll ist oder nicht, hätte der Gesetzgeber in § 35 Abs. 1a GWB bzw. § 38 4a Ziff. 2 GWB natürlich festlegen können, dass sich der für den „size of transaction test“ relevante

Wert aus der Gegenleistung plus den Verbindlichkeiten ergibt. Nur hat der Gesetzgeber das eben nicht so geregelt. In § 38 4a Ziff. 2 GWB wird explizit auf die vom „Erwerber übernommenen Verbindlichkeiten“ abgestellt, nicht auf die „in der Bilanz der Zielgesellschaft ausgewiesenen Verbindlichkeiten“. Letzteres wurde, soweit ersichtlich, im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens nicht einmal diskutiert. Es bedürfte hier für das vom Bundeskartellamt vorgeschlagene Berechnungsverfahren einer Gesetzesänderung, nicht einer bloßen Verlautbarung innerhalb eines Leitfadens.

Die Einführung eines „size of transaction test“ hätte konzeptionell auf unterschiedlichem Weg umgesetzt werden können:

- (1) Der Gesetzgeber hätte auf die Bilanzsumme der Zielgesellschaft abstellen können (ggf. im Zusammenspiel mit dem Kriterium Mitarbeiterzahl), also ähnlich, wie in der EU-Empfehlung 2003/361 methodisch vorgegangen wird, um kleine und mittlere Unternehmen (KMU) von größeren Unternehmen abzugrenzen.
- (2) Der Gesetzgeber hätte auf den „Wert der Leistung“, also den Unternehmenswert, abstellen können. Dann hätte der Gesetzgeber gleichzeitig noch vorgeben können, anhand welcher Methode dieser zu bestimmen ist: Substanzwertmethode, Ertragswertmethode (mit Discounted-Cash-Flow-Verfahren) oder Multiples-Methode. Das Problem dieses Ansatzes wäre jedoch gewesen, dass es „den einen objektiven“ Unternehmenswert nicht gibt. Der Wert hängt davon ab, was derjenige, der das Unternehmen bewertet, damit vorhat.
- (3) Der Gesetzgeber hätte und hat dann auch auf den Wert der „Gegenleistung“ abstellen können.

Im Rahmen des § 35 Abs. 1a GWB hat der Gesetzgeber sich ausweislich des Wortlautes der Norm für die dritte Alternative entschieden. Im Leitfaden und dort insbesondere in der Fußnote 16 scheinen die Ansätze (2) und (3) in unzulässiger Weise jedoch vermengt zu werden, weil dort mit einer Free-Cash-Flow-to-the-Firm-Bewertung im Rahmen einer Unternehmensbewertung argumentiert wird (siehe Fußnote 16 zu Rz. 50 im Leitfaden). In der vom Gesetzgeber gewählten Alternative 3 kommt es aber nicht darauf an, den Unternehmenswert zu ermitteln, sondern abgestellt wird alleine auf die Gegenleistung. Soweit in der Gesetzesbegründung zu § 38 Abs. 4 a Ziff. 2 GWB darauf hingewiesen wird, dass auch im US-amerikanischen Fusionskontrollrecht Verbindlichkeiten den Wert der Gegenleistung erhöhen (BT-Drucksache 18/10207, S. 78), ist klarzustellen, dass damit im US-amerikanischen Recht vom Käufer „übernommene“ Verbindlichkeiten im Rahmen von „asset transactions“ gemeint sind:

*“In an asset transaction, it also includes the value of any liabilities that the acquiring person will assume”*

(<https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/premerger-introductory-guides/guide2.pdf> - FTC, To File or Not to File, p. 7.).

Auch im US-amerikanischen Recht wird also nicht auf die bilanzierten Verbindlichkeiten der Zielgesellschaft abgestellt. Der im Leitfaden vertretene Ansatz lässt sich somit auch nicht auf die Gesetzesbegründung zu § 38 Abs. 4 a Ziff. 2 GWB stützen – abgesehen davon, dass dieser ohnehin keine Gesetzeskraft zukommt.

Nur der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass es zu einer Vielzahl von kaum lösbaren Folgefragen käme, würde dem Ansatz des Leitfadens an dieser Stelle gefolgt werden, insbesondere beim Erwerb von Minderheitsbeteiligungen. Um nur einige Beispiele zu nennen:

- Auf welchen Zeitpunkt ist für die Feststellung der Höhe des Fremdkapitals abzustellen? Mehrere Zeitpunkte sind denkbar: Zeitpunkt der Anmeldung, Zeitpunkt des Vollzuges (vgl. Rz. 27 Leitfaden), Zeitpunkt des Ende des letzten Geschäftsjahres? Im Leitfaden heißt es auf Seite 16 lediglich: *„Der Höhe nach sind Verbindlichkeiten [...] entsprechend ihrem aktuellen Wert in der Bilanz vor Übernahme anzugeben.“* Damit ist aber nicht klar, ob eine Sonderbilanz für den Zeitpunkt der Anmeldung bzw. des Vollzuges erstellt werden müsste oder ob auf die reguläre Schlussbilanz des letzten Geschäftsjahres bzw. auf etwaige Zwischenbilanzen abzustellen wäre. Anders als bei den Umsatzschwellenwerten schweigt das GWB hierzu – eben weil die Berücksichtigung der bilanzierten Verbindlichkeiten überhaupt nicht vorgesehen ist.
- Unterstellt, es müsste auf den Zeitpunkt der Anmeldung bzw. des Vollzuges abgestellt werden: Wie soll der Erwerber einer Minderheitsbeteiligung an die entsprechenden Informationen kommen? Hierfür wäre die Erstellung einer Sonderbilanz erforderlich. Die Auskunfts- und Einsichtsrechte nach § 51a GmbHG gewähren jedoch keinen Anspruch des Gesellschafters darauf, dass Dokumente zur Einsichtnahme eigens hierfür produziert werden. Ein potentieller Erwerber einer Minderheitsbeteiligung wird daher häufig gar nicht über die Informationen verfügen, die er auf der Grundlage des Leitfadens benötigen würde.
- Wie sind Gesellschafterdarlehen zu berücksichtigen? Kann ich als Veräußerer eine Anmeldepflicht dadurch umgehen, dass ich vor dem Vollzug ein Gesellschafterdarlehen in Eigenkapital umwandle? Kann eine Anmeldepflicht dadurch umgangen werden, dass andere Fremdkapitalgeber vorübergehend ihr Fremdkapital in Eigenkapital umwandeln? Wie sind hybride Finanzierungsinstrumente zu behandeln?
- Im gegenwärtigen von der EZB gesetzten Zinsumfeld können solide finanzierte Unternehmen Anleihen mit einem negativen Zinssatz platzieren. Sind solche Anleihen dem Kaufpreis hinzuzurechnen oder nicht, weil es sich dann gar nicht um verzinsliche Anleihen handelt?

Diese Beispiele zeigen, dass der vom Leitfaden vertretene Ansatz schnell konturenlos wird und durch die kurzfristige Wahl entsprechender Finanzierungsinstrumente zudem beeinflussbar ist. Dies widerspricht dem



Sinn und Zweck des § 35 GWB, wonach rechtlich eindeutig und für den Erwerber erkennbar die Frage der Anmeldepflicht geregelt sein soll.

### **Abschnitt C II. Ziff. 6 (Randziffern 52 ff): Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens**

Im Leitfaden wird die Auffassung vertreten, dass bei der Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens das von den Gesellschaftern eingebrachte Kapital unter den Begriff der Gegenleistung i. S. d. § 35 Abs. 1a Ziff. 3 GWB subsumiert werden könne (Rz. 52). Der Begriff der Gegenleistung ist ein schuldrechtlicher Begriff (vgl. §§ 320 BGB). Dies ergibt sich auch aus der Konkretisierung in § 38 Abs. 4a GWB.

Die Institute der Kapitaleinlage und der Kapitalerhöhung sind gesellschaftsrechtliche Institute, die mit dem schuldrechtlichen Konzept der Gegenleistung nichts gemein haben. Sie fallen auch nicht unter die Definition in § 38 Abs. 4a GWB.

Soll zukünftig auch die Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens durch zwei Parteien in den Anwendungsbereich des § 35 Abs. 1a Ziff. 3 GWB fallen, müsste der Gesetzgeber diese Regelung entsprechend ergänzen. Ein Abschnitt im Leitfaden kann insoweit keine gesetzliche Regelung ersetzen.

Der Gesetzgeber müsste dann auch eine Vielzahl von Folgefragen beantworten, für die der Leitfaden und das GWB derzeit keine Antworten enthalten. Dies sind Fragen wie die folgenden:

- Inwieweit sind spätere zum Zeitpunkt der Gründung noch unsichere Kapitalerhöhungen bei der Berechnung des „Gegenwertes“ zu berücksichtigen? Welche Zeiträume gelten hier?
- Inwieweit sind Gesellschafterdarlehen zu berücksichtigen?

Dass Gründer bei einer Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das nicht schon aufgrund der Umsatzschwellen der Gründer anmeldepflichtig wäre, mit den in Rede stehenden Vermögenswerten von 200/400 Mio. EUR ausstatten werden, scheint in der Praxis indes unrealistisch.

### **Abschnitt D. I. Nr. 4 Vermarktungsfähigkeit der inländischen Tätigkeit (Randziffern 73 ff.)**

Die Inlandstätigkeit soll einen Marktbezug aufweisen. Hierfür werden Fallgestaltungen aufgeführt, in denen ein Marktbezug auf andere Art und Weise als durch Geldzahlungen hergestellt wird. Für die Fallgruppe, in der die Tätigkeit in der Forschung und Entwicklung von Produkten oder Dienstleistungen besteht, wird in Rz. 76 eine Abgrenzung zur reinen Grundlagenforschung anhand der Fallgruppen in den Sektoren Pharma, Medizin und Pflanzenschutz vorgenommen. Grundsätzlich wäre es aus Sicht

der Industrie zielführend, allgemeingültige Kriterien für den Marktbezug zu definieren.

#### **Abschnitt D. I. Nr. 5 Erheblichkeit der Inlandstätigkeit (Randziffern 77 ff)**

Positiv ist, dass das Bundeskartellamt die „Erheblichkeit der Inlandstätigkeit“ in seinem Leitfaden einer näheren Konturierung unterzieht. Künftig will es die Erheblichkeit der Inlandstätigkeit dann verneinen, wenn das Zielunternehmen im Inland Umsatzerlöse erzielte, die unter 5 Mio. EUR lagen, und diese Umsatzerlöse die Marktposition und das wettbewerbliche Potential angemessen widerspiegeln (Rz. 79). Für die Beurteilung der Marktposition sollen auch die Umsätze im Ausland herangezogen werden können, sofern diese erheblich seien. Für die Beurteilung des wettbewerblichen Potentials sollen wiederum Kriterien im Sinne der Rz. 62 ff. herangezogen werden. Die Rz. 62 ff nennen jedoch nur Kriterien für die Messung der Inlandstätigkeit. In Ziff. Abschnitt D. I. Nr. 5 geht es jedoch um die „Erheblichkeit der Inlandstätigkeit“. Schon begrifflich scheint es schwierig, für die „Erheblichkeit“ teilweise dieselben Kriterien wie für die „Inlandstätigkeit“ anlegen zu wollen. Der unbestimmte rechtliche Terminus „erhebliche Inlandstätigkeit“ ist durch die weiteren unbestimmten Rechtsbegriffe „Marktposition“ und „wettbewerbliches Potential“ und „angemessenes Widerspiegeln“ nicht eindeutig definiert worden. Hier bedarf es jedenfalls weiterer Erläuterungen, um die Kriterien rechtsicher anwenden zu können.

Auch die angeführten Beispielfälle können nicht alle Fragen beantworten: Wie viele Nutzer einer App reichen für die Inlandstätigkeit aus? Zur Forschungs- und Entwicklungstätigkeit im Pharmabereich: Wie sind Fälle zu beurteilen, in denen die Zulassung in anderen Ländern geplant ist, eine Zulassung in Deutschland zwar nicht im Fokus steht, aber auch für die Zukunft nicht komplett ausgeschlossen werden kann? Hier wären Klarstellungen hilfreich.

Zweifel bei der Auslegung der neuen Begrifflichkeiten werden die Zahl der vorsorglich vorgenommenen Anmeldungen jedenfalls nicht weiter eindämmen.

#### **Abschnitt E: Zusammenschlusstatbestand (Randziffern 104 ff)**

Das BKartA stellt klar, dass ein Zusammenschlusstatbestand nicht nur bei Übertragung von Unternehmensanteilen vorliegen kann, sondern auch bei Erwerb einzelner Vermögensgegenstände („asset deal“) wie der Übertragung von Lizenzen oder sonstige Rechte an den Forschungsergebnissen.

Bei einem Vermögenserwerb verlangte die Rechtsprechung bislang, dass der zu erwerbende Vermögensgegenstand die Möglichkeit bieten musste, in die bereits vorhandene Marktstellung des Veräußerers einzutreten (BGH 10.10.2006, KVR 32/05 – National Geographic I).

Im Leitfaden wird nun die Auffassung vertreten, dass diese Rechtsprechung nach Aufnahme der neuen Transaktionsschwelle in das GWB nicht mehr aufrechterhalten werden könne:

*„Nach der 9. GWB-Novelle wird man daher nicht mehr verlangen können, dass der zu erwerbende Vermögensteil Substrat einer gegenwärtigen Marktstellung ist, ausreichend muss dagegen sein, dass künftig die Marktstellung des Erwerbers beeinflusst werden kann.“*

Diese Auffassung teilt der BDI nicht. Im Rahmen der 9. GWB Novelle hat der Gesetzgeber den § 37 GWB mit den dort enthaltenen Zusammenschlusstatbeständen nicht geändert. Aus der Gesetzesbegründung ist auch nicht ersichtlich, dass er eine Änderung des Zusammenschlussbegriffs oder eine Korrektur der National Geographic-Rechtsprechung des BGH intendiert hat. Auch der Wortlaut des § 35 Abs. 1a GWB stützt die Auffassung des Bundeskartellamtes nicht. Ferner enthält auch die Begründung zum Regierungsentwurf für die 9. GWB-Novelle keine Hinweise für ein Abweichen von der National Geographic-Rechtsprechung. In der Begründung wird im Gegenteil argumentiert, dass das Gesetz auch mit der Einführung eines Transaktionsschwellenwertes das Ziel verfolge, gerade solche Transaktionen aufzugreifen, die für den Erwerber von großer wirtschaftlicher Bedeutung sind, wobei die Transaktion aufgrund des Eintretens des Erwerbers in die bestehenden „Fußstapfen“ des Zielunternehmens eine gesamtwirtschaftlich unerwünschte Marktbeherrschung oder eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs zur Folge haben könne (BT-Drucks. 18/10207, Seite 39). Den in der Gesetzesbegründung genannten Beispielen aus dem digitalen Bereich (z. B. Erwerb eines Messengerdienstes) ist daher auch gemeinsam, dass eine gegenwärtige Marktstellung bereits gegeben ist, diese jedoch nicht durch Umsatzzahlen, sondern in anderer Form (registrierte Nutzer, Abonnenten, App-Downloads) zum Ausdruck kommt (BT-Drucks. 18/10207, Seite 71). Die Notwendigkeit von den Kriterien der National Geographic I-Rechtsprechung abzuweichen, ist daher nicht zu erkennen.

Die National Geographic I-Rechtsprechung des BGH hat für Rechtssicherheit hinsichtlich der Frage der Anmeldepflicht eines Vermögenserwerbs gesorgt. Diese Rechtssicherheit wird durch den Abschnitt E ohne Not aufgegeben. Abschnitt E ist auch deshalb entbehrlich, weil er die Frage der Schwellenwertberechnung nach § 35 Abs. 1a GWB, die Gegenstand des Leitfadens ist, überhaupt nicht betrifft.

*Vorsorglich:* Sofern es bei dem Erwerb von Vermögensgegenständen nicht mehr nur darauf ankommen soll, dass die Möglichkeit besteht, in die bereits vorhandene Marktstellung des Veräußerers einzutreten, sondern es ausreichen soll, dass die künftige Marktstellung des Erwerbers von Vermögensgegenständen beeinflusst werden kann, wird eine Prognoseentscheidung erforderlich. Diese wäre mit vielen Unsicherheitsfaktoren verbunden. Es stellt sich vor allem die Frage, in welchem Zeitraum eine Veränderung noch als „künftig“ zu qualifizieren wäre (innerhalb des nächsten Jahres?). Hier sollte eine zeitliche Grenze eingezogen werden, um das Maß der Rechtsunsicherheit etwas zu verringern.

## **Impressum**

Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. (BDI)  
Breite Straße 29, 10178 Berlin  
www.bdi.eu  
T: +49 30 2028-0

## **Ansprechpartner**

Dr. Ulrike Suchsland, LL.M.  
Referentin Recht, Wettbewerb und Verbraucherpolitik  
T: +49 30 2028-1408  
u.suchsland@bdi.eu

BDI Dokumentennummer: D 0939