C/M/S/ Hasche Sigle

30. Januar 2014

Öffentliche Konsultation zum Entwurf des Merkblatts des Bundeskartellamts „Inlandsauswirkungen in der Fusionskontrolle“ vom 5. Dezember 2013

Stellungnahme des Fachbereichs Kartellrecht & EU von CMS Hasche Sigle

Im Folgenden nimmt der Fachbereich Kartellrecht & EU von CMS Hasche Sigle (im Folgenden auch nur als „CMS Hasche Sigle“ bezeichnet) Stellung zu dem am 5. Dezember 2013 auf der Website des Bundeskartellamts veröffentlichten Entwurf eines Merkblatts „Inlandsauswirkungen in der Fusionskontrolle“. Die in dieser Stellungnahme enthaltenen Aussagen geben die Meinung des Fachbereichs Kartellrecht & EU von CMS Hasche Sigle wieder; sie entsprechen nicht notwendigerweise der Auffassung unserer Mandanten.

CMS Hasche Sigle begrüßt die Veröffentlichung des Entwurfs eines neuen Merkblatts zu Inlandsauswirkungen in der Fusionskontrolle. Spätestens seit Einführung der zweiten Inlandsumsatzschwelle (§ 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB) durch das Dritte Mittelstandsentlastungsgesetz vom 17. März 2009 bestand ein Bedürfnis, das bisher gültige „Merkblatt des Bundeskartellamts zur Inlandsauswirkung in der Fusionskontrolle“ vom Januar 1999 an die geänderte Gesetzeslage anzupassen. Das Bundeskartellamt wird mit dem neuen Merkblatt betroffenen Unternehmen und ihren Rechtsberatern hilfreiche Kriterien an die Hand geben, um die Inlandsauswirkungen eines Zusammenschlussvorhabens einzuschätzen.

Im Folgenden möchte CMS Hasche Sigle die Gelegenheit zur Teilnahme an der öffentlichen Konsultation nutzen, um Änderungen des Merkblatt-Entwurfs vorzuschlagen.

1. Inlandsauswirkungen als eigenständiges Tatbestandsmerkmal in der formellen Zusammenschlusskontrolle

   Der Merkblatt-Entwurf enthält einerseits in Rn. 6 die zutreffende Aussage, dass § 130 Abs. 2 GWB für die Zusammenschlusskontrolle gilt und dass Zusammenschlüsse, welche die Umsatzschwellenwerte des § 35 Abs. 1 GWB überschreiten (und einen Zusammenschlusstatbestand erfüllen), nicht zwangsläufig anmeldepflichtig sind. Der Ansatz ist folglich ein anderer als in der EU-Fusionskontrolle. Andererseits aber spricht der Merkblatt-Entwurf davon, dass mit der zweiten Inlandsumsatzschwelle Anforderungen aus § 130 Abs. 2 GWB für einen Teilbereich der Fusionskontrolle konkretisiert worden seien; in diesem Zusammenhang wird die zweite Inlandsumsatzschwelle als gegenüber § 130 Abs. 2 GWB „speziellere Norm“ bezeichnet (Merkblatt-Entwurf, Rn. 7). Die englische „courtesy translation“ spricht gar von der zweiten Inlandsumsatzschwelle als „lex

specialis“ (Rn. 7). Des Weiteren heißt es in Rn. 12 des Merkblatt-Entwurfs bezogen auf beide Inlandsumsatzschwellen des § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB, durch diese habe der Gesetzgeber das Merkmal der Inlandsauswirkungen für einen Teilbereich der Fusionskontrolle konkretisiert.

Die letztgenannten Aussagen sind missverständlich. Beide Inlandsumsatzschwellen des § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB enthalten keine Konkretisierung des Auswirkungsprinzips des § 130 Abs. 2 GWB für den Bereich der Fusionskontrolle. Das Vorliegen von Inlandsauswirkungen ist vielmehr stets als eigenständiges Tatbestandsmerkmal neben dem Erreichen der Umsatzschwellenwerte zu prüfen.

Zwar beabsichtigte der Reformgesetzgeber, als Folge der Einführung der zweiten Inlandsumsatzschwelle die Anzahl der anmeldepflichtigen Zusammenschlüsse zu senken, und dies galt „insbesondere“ für Auslandszusammenschlüsse.[1] Für eine Auffassung, wonach die Inlandsumsatzschwellen leges speciales zum Auswirkungsprinzip darstellen, findet sich gleichwohl in den einschlägigen Gesetzesmaterialien kein Anhaltspunkt. Insbesondere lässt sich eine derartige Deutung der zweiten Inlandsumsatzschwelle nicht aus der Gesetzesbegründung des Dritten Gesetzes zum Abbau bürokratischer Hemmnisse insbesondere in der mittelständischen Wirtschaft (Drittes Mittelstandsentlastungsgesetz)[2] herleiten.[3] Die Gesetzesbegründung spricht im Gegenteil davon, dass die Einführung einer zweiten Inlandsumsatzschwelle die Möglichkeiten des Bundeskartellamts einschränken würde, die Entwicklung der Marktkonzentration zu beobachten und ggf. einen Zusammenschluss – „auch unter Beteiligung nur inländischer Unternehmen“ – zu untersagen.[4] Wesentliche Zielsetzung des Gesetzgebers mit der Einführung der zweiten Inlandsumsatzschwelle war vielmehr, die Zahl der anzumeldenden Zusammenschlüsse

[1] Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts 2007/2008, BT-Drucks. 16/13500, S. III f. – Das Bundeskartellamt hob in diesem Zusammenhang hervor, die Einführung einer zweiten Inlandsumsatzschwelle verringere zwar den Anwendungsbereich der Fusionskontrolle, diene aber auch einer effizienteren Kartellrechtsdurchsetzung im Bereich der Fusionskontrolle, weil kleine – ganz überwiegend unproblematische Fusionen – aus dem Anwendungsbereich entlassen würden, was eine stärkere Konzentration der vorhandenen Ressourcen auf wettbewerblich problematische Fusionen ermögliche (Tätigkeitsbericht 2007/2008, BT-Drucks. 16/13500, S. 11). Dieser Gesichtspunkt gilt unabhängig davon, ob es sich bei den nicht mehr anmeldepflichtigen, kleinen Fusionen um Auslands- oder um Inlandszusammenschlüsse handelt.
[2] BT-Drucks. 16/10490 vom 07.10.2008.
[3] Dies gilt trotz der kurzen Bezugnahme auf die „recommended practices“ des International Competition Network (ICN) in der Gesetzesbegründung, S. 19. Diese Bezugnahme der Gesetzesbegründung auf die „recommended practices“ des ICN betrifft die Empfehlung, zwei Inlandsumsatzschwellen vorzusehen. Ein etwaiges Verständnis seitens des Reformgesetzgebers der zweiten Inlandsumsatzschwelle als lex specialis zum Auswirkungsprinzip lässt sich hieraus nicht herleiten.
[4] Ibid., S. 19.

zu verringern und damit die Transaktionskosten, insbesondere für mittelständische Unternehmen, zu reduzieren.[5]

Auch die erste Inlandsumsatzschwelle in Höhe von EUR 25 Mio. stellt nach dem Willen des Gesetzgebers keine lex specialis zum Auswirkungsprinzip dar. Nach der Gesetzesbegründung zur 6. GWB-Novelle sollte vielmehr § 35 Abs. 1 Satz 1 RegE 6. GWB-Novelle, der die Umsatzschwellen regelte, überhaupt nur bei solchen Zusammenschlüssen zur Anwendung kommen, die eine Inlandsauswirkung im Sinne des § 97 Abs. 2 RegE 6. GWB-Novelle (heute: § 130 Abs. 2 GWB) haben.[6] Dies zeigt, dass das Vorliegen einer Inlandsauswirkung und das Erreichen der Umsatzschwellenwerte nach der Konzeption des Reformgesetzgebers separate Tatbestandsmerkmale darstellen.

Zudem sollten mit Einführung der ersten Inlandsumsatzschwelle „Zusammenschlüsse mit nur marginalen wettbewerblichen Auswirkungen im Inland von der Zusammenschlusskontrolle ausgeschlossen werden“. Aus Sicht des Reformgesetzgebers erlangt die erste Inlandsumsatzschwelle insbesondere in Fällen Bedeutung, in denen ein deutsches Unternehmen durch ein ausländisches Unternehmen übernommen wird.[7] Erfasst werden somit nicht lediglich Auslandszusammenschlüsse.

Nach der Konzeption des Gesetzes, die sich auch durch die 8. GWB-Novelle nicht geändert hat, stellt das Vorliegen von Inlandsauswirkungen ein zusätzliches Tatbestandsmerkmal der formellen Zusammenschlusskontrolle neben dem Vorliegen eines Zusammenschlusstatbestands gem. § 37 GWB und dem Erreichen der Umsatzschwellenwerte des § 35 Abs. 1 GWB dar. In der Anwendungspraxis finden sich Fälle von Zusammenschlüssen, die die Umsatzschwellenwerte des § 35 Abs. 1 GWB erreichen und sich gleichwohl nicht spürbar im Inland auswirken.

Wir schlagen daher vor, in Rn. 7 und Rn. 12 des Merkblatts klarzustellen, dass das Vorliegen von Inlandsauswirkungen gem. § 130 Abs. 2 GWB als eigenständiges Tatbestandsmerkmal der formellen Zusammenschlusskontrolle stets zusätzlich zu prüfen ist und nicht durch die Inlandsumsatzschwellen des § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB konkretisiert wurde.

---

[5] Vgl. Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts 2009/2010, BT-Drucks. 17/6640, Rn. 38.
[6] Begründung zum Regierungsentwurf der 6. GWB-Novelle, BR-Drucks. 852/97, S. 56.
[7] Ibid.

2. Inlandsauswirkungen bei zwei Zusammenschlussbeteiligten und Überschreiten der Umsatzschwellenwerte

Gemäß dem Entwurf des Merkblatts liegen immer ausreichende Inlandsauswirkungen vor, wenn das Zielunternehmen im Inland zumindest die Umsatzschwelle von EUR 5 Mio. überschreitet. Zudem erfüllen Zusammenschlüsse mit lediglich zwei Zusammenschlussbeteiligten, welche die Umsatzschwellenwerte nach § 35 GWB überschreiten, immer die Voraussetzungen von § 130 Abs. 2 GWB (Merkblatt-Entwurf, Rn. 12).

Ein derartiger Automatismus überzeugt nicht.[8] Vielmehr kommen in der Rechtsanwendungspraxis Fälle mit zwei Zusammenschlussbeteiligten vor, in denen zwar die Umsatzschwellenwerte des § 35 GWB überschritten werden, die aber dennoch keine ausreichenden Inlandsauswirkungen gemäß § 130 Abs. 2 GWB zeitigen. Auch Zusammenschlüsse, welche die Inlandsumsatzklauseln erfüllen, unterfallen nicht der deutschen Fusionskontrolle, wenn die zu prüfende Fusion sich nicht im Inland auswirkt. [9]

Zu denken ist beispielsweise an Fälle des Erwerbs alleiniger Kontrolle über ein ausländisches Zielunternehmen durch eine ausländische Erwerberin, in denen Zielunternehmen und Erwerberin auf keinem inländischen Markt gemeinsam tätig sind und auch keine Vertikalbeziehungen bestehen (d. h. Erwerberin und Zielunternehmen sind auf keinen zueinander vor-/nachgelagerten Märkten tätig). In einem derartigen Fall sind spürbare Inlandsauswirkungen auch dann auszuschließen, wenn die Umsatzschwellenwerte überschritten werden. Derartige Fälle kommen insbesondere unter Beteiligung von Private-Equity-Unternehmen vor, d. h.: Ein ausländisches privates Beteiligungskapitalunternehmen erwirbt ein ausländisches Zielunternehmen in einer Wirtschaftsbranche, in der es bislang noch kein Portfolio-Unternehmen hält.

Wie bereits oben unter Ziff. 1. ausgeführt, stellt die Prüfung des Vorliegens von Inlandsauswirkungen gemäß § 130 Abs. 2 GWB ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal der formellen Zusammenschlusskontrolle dar, die Inlandsumsatzschwellen des § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB enthalten keine diesbezügliche Konkretisierung und sind nicht „leges speciales“.

---

[8] Auch aus den „ICN Recommended Practices for Merger Notification Procedures“ folgt nicht zwingend ein derartiger Automatismus; diese lassen vielmehr Raum für ein Verständnis der Inlandsauswirkungen als eigenständiges Tatbestandsmerkmal neben den Umsatzschwellen (vgl. Abschnitt I. der „ICN Recommended Practices“, abrufbar unter: http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc588.pdf). Gleiches gilt für die (allgemein gehaltene) „OECD Recommendation of the Council on Merger Review“ vom 23.03.2005 (abrufbar unter: http://www.oecd.org/daf/competition/oecdrecommendationonmergerreview.htm).

[9] Zutreffend *Ruppelt*, in: Langen/Bunte, Kommentar zum Deutschen und Europäischen Kartellrecht, Band 1: Deutsches Kartellrecht, 11. Auflage 2011, § 35 Rn. 21.

Wir schlagen daher vor, Satz 1 und Satz 3 in Rn. 12 des Merkblatt-Entwurfs zu streichen. Stattdessen sollte klargestellt werden, dass es sich beim Vorliegen von Inlandsauswirkungen um ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal handelt, das neben den Umsatzschwellenwerten des § 35 Abs. 1 GWB zu prüfen ist.

3. Aufnahme von Kriterien für Zusammenschlussvorhaben mit Beteiligten im Inland

Der Entwurf des Merkblatts thematisiert lediglich die Prüfung von Inlandsauswirkungen bei Auslandszusammenschlüssen, d. h. Zusammenschlüssen von Unternehmen mit Sitz im Ausland (siehe insbesondere Rn. 1 des Entwurfs). Das bisherige Merkblatt zur Inlandsauswirkung in der Fusionskontrolle behandelt hingegen auch Zusammenschlüsse, die im Inland realisiert werden, d. h. bei dem das zu erwerbende Unternehmen seinen Sitz in Deutschland hat. Es enthält unter Ziff. I. 1. die Klarstellung, dass Zusammenschlüsse, die im Inland realisiert werden (z. B. Erwerb des Vermögens oder der Anteile eines inländischen Unternehmens, Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens – im Folgenden auch „GU“ – im Inland), unabhängig vom Sitz der beteiligten Mutterunternehmen immer Inlandsauswirkungen haben. Anknüpfungspunkt des § 130 Abs. 2 GWB ist das Vorhandensein von Inlandsauswirkungen, nicht das Vorliegen eines Auslandszusammenschlusses. In diesem Sinne ist auch der Titel des Entwurfs des Merkblatts formuliert. Es besteht also kein Anlass, in dem Merkblatt nur Auslandszusammenschlüsse zu behandeln.

Bei Inlandszusammenschlüssen besteht kein völkerrechtliches Rechtfertigungserfordernis für das Aufgreifen des Zusammenschlussvorhabens durch das Bundeskartellamt. Gleichwohl schafft es zusätzliche Rechtssicherheit in der Anwendungspraxis, Zusammenschlussvorhaben mit Beteiligten im Inland, bei denen sich die Frage des Vorliegens spürbarer Inlandsauswirkungen stellt, in das Merkblatt einzubeziehen.

In der Anwendungspraxis kommen nämlich Fallkonstellationen vor, in denen „formal“ ein Inlandszusammenschluss vorliegt, der jedoch keine Inlandsauswirkungen hat. Zu denken ist insbesondere an den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle durch zwei deutsche Unternehmen über ein ausschließlich im Ausland tätiges Gemeinschaftsunternehmen, bei dem es zu keinen Spillover-Effekten zwischen den Muttergesellschaften in Deutschland kommt. [10] Ein weiteres Beispiel ist der Neueintritt eines deutschen Gesellschafters in ein Gemeinschaftsunternehmen, das nur im Ausland tätig ist. Da in den genannten Fällen regelmäßig der Vollzug des Zusammenschlussvorhabens im Ausland erfolgt und sich die Frage spürbarer Inlandsauswirkungen stellt, sollte das neue Merkblatt diese Fäl-

[10] Auch *Bechtold* behandelt dieses Beispiel zutreffend als einen Zusammenschluss, der sich nicht spürbar im Inland auswirkt; siehe GWB, 7. Auflage 2013, § 35 Rn. 33.

le erfassen und klarstellen, dass derartige Zusammenschlussvorhaben keine Inlandsauswirkungen haben.

Wir schlagen daher vor, in das Merkblatt Kriterien für Zusammenschlussvorhaben mit Beteiligten im Inland aufzunehmen.

4. Konkretisierung des Kriteriums der geringen Tätigkeit eines Gemeinschaftsunternehmens im Inland

Gemäß Rn. 19 des Entwurfs des Merkblatts reicht es in der Regel nicht aus, um spürbare Inlandsauswirkungen zu begründen, wenn ein Gemeinschaftsunternehmen nur marginal auf Märkten tätig ist, die das Inland ganz oder teilweise umfassen (GU mit geringer Tätigkeit im Inland). In Rn. 19 wird zudem ausgeführt, was unter einer derartigen geringen Tätigkeit eines Gemeinschaftsunternehmens im Inland zu verstehen ist.

Diese Ausführungen bleiben jedoch hinsichtlich der Frage unklar, in welchen Fällen eine derartige geringe bzw. „marginale“ Tätigkeit eines GU im Inland zu bejahen ist. Der Entwurf des Merkblatts nennt hierzu lediglich negative Abgrenzungskriterien: Wenn die Inlandsumsatzschwelle von EUR 5 Mio. überschritten wird oder „erhebliche Unternehmensressourcen, z. B. gewerbliche Schutzrechte und Know-How,“ auf das Gemeinschaftsunternehmen übertragen werden, liegt keine geringe bzw. marginale Tätigkeit des GU im Inland vor. Klargestellt wird überdies, dass ein Unterschreiten der Schwelle von EUR 5 Mio. oder ein Marktanteil des GU von weniger als 5 % nicht ausreicht, um das Kriterium der geringen Tätigkeit im Inland zu bejahen.

Offen bleibt damit insbesondere, ob sich aus den Ausführungen in Rn. 19 der „Umkehrschluss“ ziehen lässt, dass ein GU lediglich marginal im Inland tätig ist, wenn (i) seine Umsätze die zweite Inlandsumsatzschwelle unterschreiten, (ii) sein Marktanteil auf allen betroffenen Märkten unter fünf Prozent liegt und (iii) keine erheblichen Unternehmensressourcen auf das GU übertragen werden.

Wir schlagen daher vor, in Rn. 19 des Merkblatts konkret darzulegen, unter welchen Voraussetzungen davon auszugehen ist, dass ein GU in lediglich geringem Umfang im Inland tätig ist, z.B. in Form des im vorstehenden Absatz dargestellten „Umkehrschlusses“. Dies müsste dann auch im Schaubild am Ende des Merkblatts (S. 10) ergänzt werden.

***