

Stellungnahme von Linklaters LLP

zum

**Entwurf des Merkblatts
Inlandsauswirkungen in der Fusionskontrolle
des Bundeskartellamtes vom 5. Dezember 2013**

Das Bundeskartellamt hat am 5. Dezember 2013 den Entwurf einer überarbeiteten Fassung des „Merkmals Inlandsauswirkungen in der Fusionskontrolle“ („**Merkblatt**“) veröffentlicht. Linklaters begrüßt die Initiative des Bundeskartellamtes, den Unternehmen und ihren Beratern die Feststellung der Anmeldevoraussetzungen für Zusammenschlüsse zu erleichtern und die entsprechende Praxis der Beschlussabteilungen zu vereinheitlichen. In der Praxis besteht ein starkes Bedürfnis nach mehr Rechtssicherheit, vor allem für Zusammenschlüsse mit mehr als zwei Beteiligten (Gemeinschaftsunternehmen). Wir bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme vor der endgültigen Veröffentlichung des Merkblatts.

1 Allgemeine Anmerkungen

Es ist erfreulich, dass das Merkblatt klarstellt, dass ein Zusammenschluss nicht bereits dann der Fusionskontrolle unterliegt, wenn die Umsatzschwellen erfüllt sind, sondern zusätzlich unmittelbare und spürbare Inlandsauswirkungen erforderlich sind (Rz. 1, 6 und 9 des Merkblatts¹). Die Umsatzschwellen stellen insoweit keine abschließende speziellere Regelung gegenüber § 130 Abs. 2 GWB dar (Rz. 7). Dies entspricht unseres Erachtens dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung.

Wir begrüßen den Ansatz des Bundeskartellamtes, „klare Fälle“ zu definieren und dadurch die Rechtssicherheit bei Anwendung des § 130 Abs. 2 GWB zu erhöhen.

Das Merkblatt ist allerdings in erster Linie darauf ausgerichtet, Konstellationen und Umstände zu beschreiben, bei denen das Bundeskartellamt Inlandsauswirkungen annimmt oder für möglich hält. Dieser Ansatz sowie die Verwendung (zum Teil neuer) unbestimmter Rechtsbegriffe (z.B. „marginale“ Tätigkeit im Inland), die nicht klar definiert und abgegrenzt werden, gefährden die Ziele des neuen Merkblatts, Rechtssicherheit zu schaffen und die Prüfung von Zusammenschlüssen ohne signifikante Auswirkungen in Deutschland zu vermeiden. Die definierten „klaren Fälle mit Inlandsauswirkungen“ widersprechen zudem den einleitenden Ausführungen des Bundeskartellamtes, wonach Inlandsauswirkungen auch bei Erreichen der Umsatzschwellen gesondert zu prüfen sind. Auch angesichts der äußerst niedrigen Umsatzschwellen des GWB, aus deren Überschreiten gerade nicht automatisch auf ein Vorliegen spürbarer und unmittelbarer Inlandswirkungen geschlossen werden kann, ist die weite Auslegung des Begriffs „Inlandsauswirkungen“ im Entwurf des Merkblatts nicht überzeugend.

Stattdessen sollte das Merkblatt Rechtssicherheit zugunsten der Unternehmen durch eine klare und entschiedene Abgrenzung schaffen, wann ein Zusammenschluss *keine* ausreichenden Inlandsauswirkungen hat („*safe harbour*“). Der Grundstein hierfür ist in Abschnitt B.II. des Merkblatts gelegt, der „klare Fälle ohne Inlandsauswirkungen“ beschreibt. Allerdings muss ein *safe harbour* klare, handhabbare Konturen und praktische Relevanz haben. Ansonsten ist angesichts drohender Bußgelder und der Unwirksamkeit von Vollzugsgeschäften zu erwarten, dass die Unternehmen im Zweifel weiterhin solche Zusammenschlüsse anmelden, die offensichtlich keine signifikanten Auswirkungen im Inland haben (siehe auch Rz. 3 und 22). Die Zahl der Fälle, die einer mit Rechtsunsicherheit behafteten Einzelfallprüfung vorbehalten bleiben, sollte möglichst gering bleiben.

Wir regen an, das Merkmal „Inlandsauswirkungen“ so auszulegen, dass nur Zusammenschlüsse erfasst werden, bei denen spürbare und unmittelbar mit dem Zusammenschluss verbundene Auswirkungen auf Inlandsmärkte nicht nur theoretisch denkbar sind, sondern auch einen gewissen – empirisch belegbaren – Wahrscheinlichkeitsgrad haben. Der An-

¹ Soweit nicht näher angegeben, beziehen sich die Verweise in dieser Stellungnahme auf den Entwurf des Merkblatts.

wendungsbereich eines klar konturierten *safe harbour* sollte im Merkblatt gegenüber der mit Rechtsunsicherheit behafteten Einzelfallprüfung weiter gestärkt werden.

Dadurch könnte das Bundeskartellamt auch international Maßstäbe setzen und eine Vorreiterrolle einnehmen. Insbesondere sollte das Bundeskartellamt weiter darauf hinwirken, dass die Europäische Kommission ihre Praxis, Inlandsauswirkungen bei Überschreiten der Umsatzschwellen nicht gesondert zu prüfen – wie kürzlich erwogen – auch tatsächlich ändert.

2 Änderungsvorschläge

Im Einzelnen schlagen wir folgende Änderungen vor:

2.1 Anwendbarkeit des Merkblatts für alle Zusammenschlüsse (zu Rz. 1)

Die Definition von „Auslandszusammenschlüssen“ in Rz. 1 greift zu kurz, da sie allein auf den Sitz der beteiligten Unternehmen abstellt. Der Sitz eines Unternehmens entspricht nicht zwangsläufig dem Schwerpunkt seiner wirtschaftlichen Tätigkeit und hat damit nur begrenzte Aussagekraft für die Frage der Inlandsauswirkung. Hat ein Zielunternehmen zwar seinen Sitz in Deutschland, ist aber schwerpunktmäßig im Ausland tätig, kann es an spürbaren Inlandsauswirkungen fehlen. Erst recht gilt dies, wenn ein oder mehrere Unternehmen mit Sitz im Inland ein ausländisches Unternehmen erwerben oder gründen. Das GWB kennt den Begriff des „Auslandszusammenschlusses“ nicht, und § 130 Abs. 2 GWB gilt auch für Wettbewerbsbeschränkungen, die innerhalb des Geltungsbereichs des GWB veranlasst werden („auch“). Das Merkblatt sollte daher für alle Zusammenschlüsse – unabhängig vom Sitz der beteiligten Unternehmen – gelten.

2.2 Kein zwangsläufiger Schluss vom Überschreiten der Umsatzschwellen auf spürbare Inlandsauswirkungen (zu Rz. 12 und 13)

Die Aussage in Rz. 12 und 13, dass unmittelbare und spürbare Inlandsauswirkungen immer vorliegen, wenn das Zielunternehmen oder das Gemeinschaftsunternehmen die zweite Inlandsumsatzschwelle überschreiten, halten wir für zu weitgehend. Sie widerspricht der einleitenden Feststellung in Rz. 6, dass eine Überschreitung der Umsatzschwellen für sich allein nicht automatisch zu einer Anwendbarkeit der Fusionskontrollvorschriften führt. Inlandsauswirkungen werden in diesen Fällen zwar häufig vorliegen. Ausnahmen sind jedoch sowohl in Fällen mit zwei als auch in Fällen mit mehr als zwei Zusammenschlussbeteiligten denkbar.

Insbesondere gilt dies bei der Beteiligung von Finanzinvestoren, wenn deren Umsätze im Inland in keinem Zusammenhang mit dem Zusammenschlussvorhaben stehen. Solche Fälle sollten zumindest einer Einzelfallprüfung (Abschnitt B.III.) offen stehen. Angesichts ihrer geringen Höhe stellen die Umsatzschwellen auch insofern keine hinreichende Konkretisierung des Merkmals der Inlandsauswirkungen dar.

Ferner sollte in Rz. 13 und 19 nicht auf mögliche in Zukunft zu erzielende Umsätze des Gemeinschaftsunternehmens abgestellt werden. Solche Umsätze sind zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses nicht sicher vorherzusehen und damit zur Bestimmung der Reichweite des Vollzugsverbots ungeeignet. Es ist zudem nicht ersichtlich, warum Gemeinschaftsunternehmen diesbezüglich anders behandelt werden sollten als andere Zielunternehmen. Bei Zusammenschlüssen mit zwei Beteiligten stellt das GWB ausschließlich auf vergangene Umsätze ab (letztes abgeschlossenes Geschäftsjahr), selbst wenn die Umsätze im laufenden Geschäftsjahr die Schwellen überschreiten. Auch bei Gemeinschaftsunternehmen

müssen spürbare Inlandsauswirkungen – auch zeitlich – unmittelbar mit dem Zusammenschluss verbunden sein. Mögliche zukünftige spürbare Inlandsauswirkungen wären auf internes Wachstum zurückzuführen, das gerade nicht der Fusionskontrolle unterliegt.

2.3 Gemeinschaftsunternehmen: Klar konturierter *safe harbour* mit praktisch relevantem Anwendungsbereich

Der in Rz. 14 ff. angelegte *safe harbour* für Gemeinschaftsunternehmen sollte so gefasst werden, dass er praktische Relevanz erlangen kann. Dafür sollte er auch solche Zusammenschlüsse erfassen und vom Vollzugsverbot ausnehmen, bei denen spürbare Inlandsauswirkungen sehr unwahrscheinlich sind, und nicht nur solche, bei denen sich jegliche – auch geringfügige oder auch nur mittelbare – Inlandsauswirkungen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausschließen lassen.

2.3.1 Hierfür sollten zunächst hinsichtlich der ersten Voraussetzung eines *safe harbour*, der **Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens auf Inlandsmärkten** (Rz. 15), weniger strenge Anforderungen gestellt werden. Im Entwurf ist der „klare Fall“ auf Gemeinschaftsunternehmen beschränkt, die gar nicht auf Inlandsmärkten tätig sind (weder aktuell noch potenziell). Stehen sich die Muttergesellschaften nicht oder nur marginal (dazu sogleich) als Wettbewerber auf Inlandsmärkten gegenüber, sollte der *safe harbour* auch eine geringfügige Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens auf einem Inlandsmarkt erfassen. Als geringfügig ist eine Tätigkeit zumindest dann anzusehen, wenn das Gemeinschaftsunternehmen Umsätze von nicht mehr als EUR 5 Mio. in Deutschland erzielt oder wenn es einen nur unerheblichen Marktanteil auf dem Inlandsmarkt hat. Wenn die Muttergesellschaften auf demselben sachlich relevanten Markt wie das Gemeinschaftsunternehmen Wettbewerber sind, sollte die Marktanteilsschwelle 5 %, in anderen Fällen (Wettbewerb der Mütter auf einem vor- oder nachgelagerten oder einem „anderen“ Markt) 10 % betragen.

In Rz. 19 wird dagegen ohne nähere Begründung ein *safe harbour* sogar dann ausgeschlossen, wenn das Gemeinschaftsunternehmen nicht nur geringfügige Umsätze im Inland erzielt, sondern zusätzlich auch nur einen marginalen Marktanteil (weniger als 5 %) hat. Es ist nicht nachvollziehbar, dass in diesen Fällen stets eine Einzelfallprüfung notwendig sein soll. Die in Rz. 19 genannten sonstigen Umstände (Übertragung von erheblichen Unternehmensressourcen) rechtfertigen keine andere Bewertung. Sie sind nur von wettbewerblicher Bedeutung, wenn sie sich auch in den Umsätzen oder Marktanteilen widerspiegeln.

2.3.2 Auch die zweite Voraussetzung des *safe harbour*, das **Verhältnis der Muttergesellschaften eines Gemeinschaftsunternehmens zueinander** (Rz. 16 und 17), sollte weniger restriktiv ausgestaltet werden. Nach dem Entwurf greift der „klare Fall ohne Inlandsauswirkungen“ nur, wenn die Mütter auf keinem Inlandsmarkt (aktuelle oder potenzielle) Wettbewerber sind. Der *safe harbour* sollte aber auch greifen, wenn die Muttergesellschaften auf Inlandsmärkten nur marginal tätig sind.

Zwar ist die Klarstellung in Rz. 20 (Teil der Einzelfallprüfung) zu begrüßen, dass es an der erforderlichen Mindestintensität der Auswirkungen fehlt, wenn die gemeinsamen Marktanteile der Muttergesellschaften 10 % nicht überschreiten. Diese Ergänzung sollte aber in den *safe harbour* in Rz. 16 überführt werden. Zudem sollte die Marktanteilsschwelle für Überschneidungen der Mütter auf vor- und nachgelagerten sowie „anderen“ Märkten auf 20 % erhöht werden. Spürbare Auswirkungen auf die Inlandsaktivitäten der Mütter sind weniger wahrscheinlich, wenn die Mütter

auf anderen sachlich relevanten Märkten tätig sind als das Gemeinschaftsunternehmen.

Erhebliche Bedenken bestehen dagegen, dass Rz. 17 den *safe harbour* schon dann verneint, wenn die Muttergesellschaften auf „anderen“ Märkten nur potenzielle Wettbewerber sind. In diesen Fällen ist das Gemeinschaftsunternehmen ausschließlich auf Auslandsmärkten tätig und die Muttergesellschaften sind weder auf den Märkten des Gemeinschaftsunternehmens noch auf diesen vor- oder nachgelagerten Inlandsmärkten aktuelle oder auch nur potenzielle Wettbewerber. Es ist nicht verständlich, dass ein auch nur potenzielles Wettbewerbsverhältnis der Muttergesellschaften auf einem inländischen Markt, der mit dem Zusammenschlussvorhaben in keiner Beziehung steht, eine Anwendbarkeit der Fusionskontrolle begründen soll. Die Gefahr spürbarer Spillover-Effekte erscheint, wenn das Gemeinschaftsunternehmen weder aktuell noch potenziell im Inland tätig ist, so gut wie ausgeschlossen. Zu begrüßen ist die Aussage in Rz. 21, dass in diesen Fällen negative Auswirkungen „seltener“ sind. Es wäre konsequent und nach unserer Einschätzung ohne nennenswertes Risiko eines *underenforcement* möglich, solche Fälle dem *safe harbour* zuzuordnen und auf eine Einzelfallprüfung zu verzichten.

2.4 Einzelfallprüfung: Klarere Kriterien bei reduziertem Anwendungsbereich

Der Bereich der Einzelfallprüfung in den übrigen Fällen (Abschnitt B.III.) würde sich durch die von uns vorgeschlagenen Änderungen reduzieren. Dies ist im Interesse der Rechtssicherheit willkommen. Hier einzuordnen wären vor allem Gemeinschaftsunternehmen, die mehr als nur marginal im Inland tätig sind. Die Erläuterungen in den Rz. 19 bis 21 müssten an die geänderten Voraussetzungen angepasst werden. Außerdem sollte in Rz. 21 ebenso wie in Rz. 20 eine Untergrenze von 10 % für den gemeinsamen Marktanteil der Muttergesellschaften auf dem sachlich relevanten Inlandsmarkt beziehungsweise von 20 % im Fall von vor- und nachgelagerten oder anderen Märkten vorgesehen werden.

Der in Rz. 19 erwähnte Beispielsfall der „Übertragung von erheblichen Unternehmensressourcen“ sollte entweder gestrichen oder zumindest klar definiert und abgegrenzt werden. Es handelt sich dabei um einen unbestimmten und auslegungsbedürftigen Begriff, der ohne genaue Definition und Abgrenzung für eine rechtssichere Bestimmung der Reichweite des Vollzugsverbots ungeeignet ist.²

Das Merkmal der „wirtschaftlichen Bedeutung des Gemeinschaftsunternehmens für seine Mütter“ (Rz. 21) ist ein weiterer unbestimmter Begriff, der einer wertenden Betrachtung zugänglich ist, und damit dem Ziel widerspricht, die Voraussetzungen des Vollzugsverbots so klar wie möglich zu gestalten. Auch dieser Prüfungspunkt sollte entweder gestrichen oder zumindest klar definiert und so abgegrenzt werden, dass er den Unternehmen Rechtssicherheit bietet.

Falls es empirische Erkenntnisse zu der praktischen Relevanz der „Scharnierfunktion“ eines Gemeinschaftsunternehmens oder von „Spillover-Effekten“ für die Wettbewerbsstruktur im Inland geben sollte (insbesondere in Fällen, die unter die Rz. 17 und 21 des Merkblatts erfasst werden sollen), regen wir an, diese im Merkblatt (oder einer Anlage) darzustellen.

² Vgl. auch den ausdrücklichen Auftrag des Gesetzgebers im Zuge der 8. GWB-Novelle: „Die Voraussetzungen der Anmeldepflicht sollten eindeutig und ohne größeren Ermittlungsaufwand anhand quantitativer Kriterien feststellbar sein.“ (Gesetzentwurf der Bundesregierung zur 8. GWB-Novelle, BT-Drucks. 17/9852 vom 31. Mai 2012, S. 20).

2.5 Schaubild

Die Darstellung der Prüfungsfolge in Form eines Fließdiagramms in der Anlage ist eine willkommene Ergänzung des Merkblatts. Dabei sollte das Schaubild an unsere oben ausgeführten Vorschläge angepasst werden. Außerdem ist im ersten Kasten rechts oben („Erwirtschaftet das GU...“) die Verweisung auf Rz. 12 durch Rz. 13 zu ersetzen.

3 Verfahrensfragen

Abschließend möchten wir betonen, dass wir die in Abschnitt C. des Merkblatts aufgeführten Aspekte begrüßen, die die Durchführung von Fusionskontrollverfahren in Fällen, die keine Wettbewerbsprobleme aufwerfen, erleichtern und damit die Belastung der betroffenen Unternehmen verringern. Das Bundeskartellamt prüft regelmäßig – auch im internationalen Vergleich – zügig und schöpft die Monatsfrist oft nicht aus. Zudem gibt es keine verpflichtenden Vorgespräche vor Anmeldung eines Zusammenschlussvorhabens, es besteht aber die Möglichkeit zu informellen Vorab-Kontakten mit der zuständigen Beschlussabteilung. Weiterhin sind die Informationserfordernisse und Pflichtangaben in solchen Fällen – wiederum auch im internationalen Vergleich – relativ gering und fokussiert. Schließlich gibt es kein verpflichtendes Formular für eine Anmeldung. Diese Aspekte ermöglichen eine flexible Anpassung der Anmeldung an die Erfordernisse des Einzelfalles und damit ein effizientes Vorgehen. In diesem Zusammenhang begrüßen wir, dass das Bundeskartellamt bei Auslandszusammenschlüssen weiterhin (wie bereits im Merkblatt von 1999 erläutert) auch auf Pflichtangaben in begründeten Fällen verzichtet, wenn diese vom Anmelder nicht rechtzeitig beigebracht werden können und nicht entscheidungserheblich sind (Rz. 24).

Das Bestreben des Bundeskartellamtes, den Inhalt über die Form zu stellen und bürokratische Hürden gering zu halten, sollte allerdings nicht den Blick dafür verstellen, dass Anmeldung und Vollzugsverbot auch in einfachen Fällen eine erhebliche Belastung für die betroffenen Unternehmen darstellen. Fälle, die erkennbar keine wesentliche Inlandsberührung haben, sollten trotz aller Verfahrenserleichterungen keinem – noch so „schlanken“ – Fusionskontrollverfahren unterworfen werden.

Linklaters LLP

30. Januar 2014

Michael Baron
Of Counsel
0211 22977-301
michael.baron@linklaters.com

Dr. Ingo Klauß
Counsel
0211 22977-368
ingo.klauss@linklaters.com

Dr. René Grafunder
Managing Associate
0211 22977-401
rene.grafunder@linklaters.com