

Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Konsultation des BKartA und der BWB

**Leitfaden: Transaktionswert-Schwellen für die Anmeldepflicht von
Zusammenschlussvorhaben (§ 35 Abs. 1a GWB und § 9 Abs. 4 KartG)**

8. Juni 2018

LATHAM & WATKINS

1. Einführung

Wir begrüßen die Möglichkeit zur Kommentierung des Leitfadens „Transaktionswert-Schwellen für die Anmeldepflicht von Zusammenschlussvorhaben (§ 35 Abs. 1a GWB und § 9 Abs. 4 KartG) („Leitfaden“), der vom deutschen Bundeskartellamt („BKartA“) und der österreichischen Bundeswettbewerbsbehörde („BWB“) am 14. Mai 2018 veröffentlicht wurde.

Unsere Anmerkungen beruhen auf unserer fachlichen Kompetenz im Fusionskontrollrecht in Deutschland und in vielen weiteren Jurisdiktionen. Die Anmerkungen spiegeln nicht zwangsläufig die Ansichten unserer Mandanten oder die sämtlicher Anwälte von Latham & Watkins LLP wider.

Wir begrüßen zudem die Bemühungen des BKartA und der BWB, den Anwendungsbereich der neuen Transaktionsschwellenwerte, die in Deutschland am 9. Juni 2017 und in Österreich am 1. November 2017 in Kraft getreten sind, zu konkretisieren. Wir glauben jedoch, dass bestimmte Punkte des Leitfadens der weiteren Klärung bedürfen. Um dieses Ziel zu erreichen, sollten aus unserer Sicht die folgenden Punkte im Leitfaden berücksichtigt werden.

2. Anmerkungen zum „erheblichen Umfang der Inlandstätigkeit“

Relevante Kriterien zur Bestimmung der Inlandstätigkeit – Marktbezug oder Ort des Vermögenswertes

Der Leitfaden besagt, dass eine Inlandstätigkeit sowohl i.S.d. § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB als auch i.S.d. § 9 Abs. 4 Z 4 KartG anhand der „marktbezogene[n] Tätigkeit des zu erwerbenden Unternehmens“, und (in der Regel) nicht mittels Inlandsumsätzen, zu messen sei (Rz. 62 des Leitfadens). Zumindest für Deutschland spezifiziert der Leitfaden weiter, dass „**der Einsatz des Vermögenswerts im Sinne einer unternehmerischen Tätigkeit im Mittelpunkt** [stehe] **und nicht die bloße örtliche Zuordnung des Vermögenswerts**“ (Rz. 66 des Leitfadens). Der Leitfaden betont, dass es sich dabei um eine „gegenwärtige“ Inlandstätigkeit handeln muss, eine rein zukünftige Tätigkeit reicht dagegen nicht aus (Rz. 67, 78 des Leitfadens).

Wie weiter unten dargestellt, ist es, trotz der im Leitfaden aufgeführten Beispiele, nach wie vor schwierig zu beurteilen, ob eine inländische marktbezogene Tätigkeit „erheblich“ ist. Unabhängig davon ist jedoch der Grundgedanke der „gegenwärtigen, inländischen marktbezogenen

Tätigkeit“ konzeptionell richtig und steht im Einklang mit dem Grundgedanken, dass der Schwerpunkt der Fusionskontrolle auf den Marktauswirkungen in den jeweiligen Jurisdiktionen liegen sollte, unabhängig davon, wo die betroffenen Unternehmen ihren Sitz oder ihre Produktionsstätten haben.

Dennoch vermitteln einige Aussagen im Leitfaden den Eindruck eines unterschiedlichen Ansatzes in Österreich. So steht z.B. in Randziffer 65 des Leitfadens, dass in Österreich „*auch auf den Standort des Zielunternehmens abzustellen und eine erhebliche Inlandstätigkeit gemäß § 9 Abs. 4 Z 4 KartG grundsätzlich anzunehmen [ist], wenn sich ein Standort des zu erwerbenden Unternehmens im Inland befindet.*“ Zwar ist der Begriff „Standort“ im Leitfaden nicht definiert, dennoch scheint eine solche Vermutung fundamental dem marktorientierten Ansatz des Leitfadens zu widersprechen. Allerdings wird in dem Leitfaden in der gleichen Randziffer ausgeführt, dass, selbst wenn es einen „Standort“ in Österreich gibt, zu berücksichtigen ist, „*inwieweit die Tätigkeit des Standortes einen inländischen Marktbezug (siehe D.I.4) aufweist.*“ Zusammen führen diese beiden Aussagen zu erheblicher Unsicherheit. Viele kleine und mittlere Unternehmen in Deutschland und Österreich sind sehr exportorientiert und haben den absoluten Großteil ihrer Kunden im Ausland. So haben z.B. viele etablierte Lieferanten von Gütern zur Industrieproduktion ihre Hauptkunden aufgrund der geringen Arbeits- und Produktionskosten in Asien und folglich geringe (oder gar keine) gegenwärtige oder zukünftige Umsätze in Deutschland und/oder Österreich. Es wäre widersprüchlich, wenn die bloße Tatsache, dass ein Teil der Produktions- oder Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten dieser Unternehmen in Österreich stattfindet, dazu führen würde, dass sie in den Anwendungsbereich der neuen Transaktionswert-Schwellen fallen würden, obwohl diese eindeutig dazu gedacht sind, Fälle zu erfassen, in denen der gegenwärtige inländische Umsatz nicht die tatsächliche Markstellung des Unternehmens widerspiegelt. Es erscheint daher nicht sachgerecht, dem „Standort“ eine derartige Bedeutung zuzumessen, wie dies der Leitfaden in Randziffer 65 zu tun scheint. Der von dem Standort ausgehende inländische Marktbezug und das Ausmaß in dem der gegenwärtige inländische Umsatz unter dem möglichen Marktpotential liegt, sollten die relevanten Faktoren sein.

Randziffer 71 des Leitfadens führt ebenfalls zu Unklarheiten, indem dort erklärt wird, dass im Kontext von Forschungs- und Entwicklungstätigkeit „*ein Inlandsbezug durch den Ort festgestellt werden [kann], an dem die Forschungs- und Entwicklungstätigkeit stattfindet. Dies ist*

der Ort, an dem das Personal, das mit der infrage stehenden Forschungs- und Entwicklungstätigkeit betraut ist, diese Tätigkeit ausübt.“ Es ist unklar, warum der Ort, an dem eine Forschungs- und Entwicklungstätigkeit ausgeübt wird, die Vermutung zur Folge hat, dass die entwickelten Produkte in Deutschland und/oder Österreich vermarktet werden. Der Ausschluss von „Grundlagenforschung“ (Rz. 76 des Leitfadens) ist dabei nicht zielführend, da die überwiegende Mehrheit der Unternehmen keine Forschung bzgl. Produkten ohne kommerzielle Verwendung betreibt. Der Leitfaden erklärt zudem (Rz. 76 des Leitfadens), dass es nicht darauf ankommt, ob es bereits zu einer Produkteinführung aufgrund der Forschungs- und Entwicklungstätigkeit gekommen ist. Dies ist verwirrend, da es nicht nachvollziehbar ist, wie die Forschungs- und Entwicklungstätigkeit als „gegenwärtige“ inländische, marktbezogene Tätigkeit anzusehen ist, solange es noch keine Produkteinführung gab. Wenn dagegen die Forschungs- und Entwicklungstätigkeit bereits zu vermarktbareren Produkten geführt hat, in Deutschland und/oder Österreich jedoch nur geringfügige Umsätze erzielt wurden, dann ist es nicht nachvollziehbar, warum der Standort der Forschungs- und Entwicklungstätigkeit der entscheidende Faktor zur Bestimmung der Zuständigkeit sein sollte. Es ist zudem unklar, wann Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten des Zielunternehmens zur Zuständigkeit des BKartA und/oder der BWB führen – nur wenn das Zielunternehmen ausschließlich im Bereich Forschungs- und Entwicklung tätig ist, oder reicht es bereits aus, wenn das Zielunternehmen überhaupt Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten ausübt? Es gibt viele Situationen in denen Forschung und Entwicklung im Zusammenhang mit bestehenden Marktaktivitäten vorkommt, z.B. bei der Entwicklung von Produkten der nächsten Generation. Führt in diesen Fällen das Vorhandensein von Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten dazu, dass das Fehlen von erheblichen Umsätzen in Deutschland und/oder Österreich unbeachtlich ist, selbst wenn es keine Anzeichen dafür gibt, dass der geographische Fokus der mit den Produkten der nächsten Generation erzielten Umsätze sich in der Zukunft ändern würde? Aus unserer Sicht führt dies zu einem unangemessen weiten Verständnis des Grundgedankens der „erheblichen inländischen Tätigkeit.“ Der Schwerpunkt sollte stattdessen auf dem Umfang der inländischen marktbezogenen Tätigkeiten des Zielunternehmens liegen.

Kriterien zur Bemessung der Erheblichkeit der inländischen Tätigkeit

Randziffer 77 des Leitfadens besagt, dass die Inlandstätigkeit *„zusätzlich zum Marktbezug einen erheblichen Umfang aufweisen [muss], eine marginale Tätigkeit im Inland reicht also nicht aus.“*

Leider liefert der Leitfaden nur sehr begrenzte Anhaltspunkte zur Unterscheidung von „erheblicher“ und „marginaler“ Inlandstätigkeit.

Randziffer 85 legt nahe, dass für digitale Dienstleistungen, die den Kunden kostenlos angeboten werden, z.B. per App, die Zahl der Nutzer in Deutschland und Österreich entscheidend ist, genauer: das Verhältnis von Nutzern zu Verbrauchern. Auf dieser Grundlage werden eine Million „monthly active users“ („MAU“) in Deutschland und 100.000 MAU in Österreich (siehe Beispiel 1a) oder eine Million bzw. 700.000 Nutzer in Deutschland bzw. Österreich (siehe Beispiel 1b) als „erheblich“ angesehen. Allerdings wird kein Schwellenwert angegeben, ab dem die MAU als „marginal“ anzusehen wären. Ferner bleiben weitere Fragen offen: Hängt zum Beispiel die Bewertung der Anzahl der Nutzer (unabhängig davon, ob diese anhand der MAU oder anhand einer anderen Bezugsgröße berechnet werden) davon ab, ob die App breit gefächert auf alle Verbraucher abzielt, oder ob sie nur auf eine kleine Randgruppe ausgerichtet ist (für die eine kleinere absolute Anzahl an Nutzern als „erheblich“ angesehen werden könnte)? Macht es einen Unterschied, ob die App auf den deutschen oder österreichischen Markt abzielt? Ist es von Bedeutung, ob die Nutzerzahl wächst oder (langsam oder schnell) zurückgeht? Wir verstehen, dass es schwierig ist, zu diesem Zeitpunkt konkrete Kriterien zu benennen, aber ohne weitergehende Richtlinien wird eine erhebliche Unsicherheit bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen im digitalen Sektor verbleiben.

Auch im Hinblick auf die Erheblichkeit von Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten führt der Leitfaden nicht zu Klarheit. Randziffer 81 des Leitfadens nennt zwar die Anzahl der Mitarbeiter, das Forschungs- und Entwicklungsbudget, die Anzahl der Patente oder Patentzitate als mögliche Faktoren, ohne jedoch absolute oder relative Zahlen zu nennen, ab denen eine Tätigkeit nicht mehr marginal, sondern erheblich ist. Es wird lediglich festgestellt, dass, sofern *„im Wesentlichen ein Forschungsstandort im Inland übertragen [wird], der einen hinreichenden Marktbezug aufweist, [...] von einer erhebliche[n] Inlandstätigkeit auszugehen“* ist. Randziffer 102 (Beispiel 3b) deutet sogar darauf hin, dass der Kaufpreis an sich (EUR 400 Millionen in diesem Beispiel) ein Indiz dafür sein kann, dass der Erwerb eines nach Anzahl der Forscher oder Patente „kleines“ Forschungslabors, nichtsdestotrotz erheblich sein kann.

Tatsächlich erscheint die Anzahl der Forscher oder der Patente in Deutschland oder Österreich relativ unabhängig von der Marktorientierung des Zielunternehmens und dem Einfluss auf den Markt in diesen Ländern. Wenn das Zielunternehmen zum Beispiel ein Forschungslabor betreibt, das sich ausschließlich in den Niederlanden befindet, aber ein Medikament entwickelt,

das primär für den deutschen und österreichischen Markt bestimmt ist, dann wäre der Erwerb dieses Unternehmens nicht anmeldepflichtig. Andererseits wäre der Erwerb eines Unternehmens, das in Deutschland Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten im Hinblick auf ein neues industrielles Verfahren für Produzenten in Asien betreibt, anmeldepflichtig. Dies steht jedoch nicht im Einklang mit dem Ziel der neuen Schwellenwerte, gerade solche Zusammenschlussvorhaben zu erfassen, bei denen die Umsätze des Zielunternehmens nicht das tatsächliche Marktpotential des Zielunternehmens widerspiegeln.

3. Schlussfolgerung

Wie beschrieben, ist der Leitfaden ambivalent, wenn er einerseits die Bedeutung des Marktbezugs und andererseits die Bedeutung des Orts der Vermögenswerte als entscheidende Kriterien zur Beurteilung der Inlandstätigkeit bestimmt. Der Leitfaden sollte den Marktbezug als entscheidendes Kriterium heranziehen. Dies würde dem prinzipiell anerkannten Grundgedanken, dass der Schwerpunkt der Fusionskontrolle auf den Marktauswirkungen in den jeweiligen Jurisdiktionen liegen sollte, entsprechen. Es wäre daher wünschenswert, wenn der Leitfaden, insbesondere im Hinblick auf Österreich, klarstellen würde, dass der Standort des Zielunternehmens alleine keine Inlandstätigkeit begründen kann. Stattdessen sollte der Leitfaden, wie an anderer Stelle erwähnt, den inländischen Marktbezug der Tätigkeit des Standorts als entscheidendes Kriterium heranziehen.

Wiederum basierend auf dem anerkannten Grundgedanken, dass der Ort des Vermögenswerts alleine keine Inlandstätigkeit begründet, wäre es weiterhin wünschenswert, wenn der Leitfaden klarstellt, dass im Hinblick auf Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten der Ort, an dem die Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten stattfinden, nicht zu einer Vermutung einer Inlandstätigkeit führt. Erneut sollte der Leitfaden stattdessen betonen, dass entscheidend ist, ob die Forschungs- und Entwicklungstätigkeit auch zu einem diesbezüglichen inländischen Marktbezug, häufig gemessen anhand von Umsätzen, führt.

Schließlich wäre es hilfreich, wenn der Leitfaden mehr Anhaltspunkte zur Beurteilung der Frage der "Erheblichkeit" einer Tätigkeit liefern würde, auch wenn eine abstrakte Quantifizierung diesbezüglich schwierig ist. Erreicht werden könnte dies zum Beispiel durch die Verwendung von relativen anstatt absoluten Zahlen oder durch die Aufnahme weiterer Beispiele von nur marginalen Tätigkeiten, insbesondere für den digitalen Sektor.

Konkrete Formulierungsvorschläge der relevanten Absätze des Leitfadens befinden sich in der beigefügten Anlage zu dieser Stellungnahme.

* * *

**Anlage zur Stellungnahme zum Leitfaden
„Transaktionswert-Schwellen für die Anmeldepflicht von
Zusammenschluss- vorhaben (§ 35 Abs. 1a GWB und § 9 Abs. 4 KartG)“**

[...]

65 Der **Standort** des Zielunternehmens kann zwar auch als Kriterium zur Beurteilung der erheblichen Inlandstätigkeit gemäß § 9 Abs. 4 Z 4 KartG herangezogen werden, allerdings ist der Standort alleine kein ausreichender Indikator. Vielmehr ist immer zudem zu berücksichtigen, inwieweit die Tätigkeit des Standortes einen inländischen Marktbezug (siehe D.I.4) aufweist. Für die Inlandstätigkeit steht der **Einsatz des Vermögenswerts im Sinne einer unternehmerischen Tätigkeit** im Mittelpunkt und **nicht die bloße örtliche Zuordnung des Vermögenswerts**.

[...]

~~69/70~~ Der **Standort** des Zielunternehmens kann zwar als Indikator herangezogen werden, jedoch nicht als alleiniger (Rz. 65). Für die Inlandstätigkeit steht, wie vorhin ausgeführt, der **Einsatz des Vermögenswerts im Sinne einer unternehmerischen Tätigkeit** im Mittelpunkt und **nicht die bloße örtliche Zuordnung des Vermögenswerts**. Beides muss nicht zwingend zusammenfallen. Im Zweifelsfall ist der Ort der Tätigkeit relevant.

~~70/71~~ Eine relevante Tätigkeit kann auch in einer **Forschungs- und Entwicklungstätigkeit** liegen. Da es sich hierbei um ein sehr breites Feld an betrieblicher Tätigkeit handelt, stellen sich besondere Anforderungen an die Kriterien Inlandsbezug und Erheblichkeit. Im Kontext von Forschungs- und Entwicklungstätigkeit kann ein Inlandsbezug jedoch nicht alleine durch den Ort festgestellt werden, an dem die Forschungs- und Entwicklungstätigkeit stattfindet. Zusätzlich bedarf es zur Feststellung eines Inlandsbezugs eines inländischen Marktbezugs dieser Tätigkeit (siehe D.I.4.), d.h., dass die Forschungs- und Entwicklungstätigkeit auch der kommerziellen Verwendung der Ergebnisse im Inland dienen.

[...]

80/84 Bei Sachverhalten, in denen **Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten** erworben werden sollen, sind, sofern die tatsächliche Marktstellung des Zielunternehmens nicht durch dessen Umsätze wiedergegeben werden, zur Feststellung der Erheblichkeit verschiedene Kriterien denkbar. So können beispielsweise die Anzahl der mit der Forschung und Entwicklung betrauten Mitarbeiter, das Forschungs- und Entwicklungsbudget oder die Anzahl der Patente oder Patenzitate herangezogen werden, sofern diese Kriterien Rückschlüsse auf den (zukünftigen) inländischen Marktbezug zulassen.

[...]

83/85 **Erheblichkeit:** Die App richtet sich an Endkunden in Deutschland und Österreich, also an alle Verbraucher in beiden Ländern. Das Zielunternehmen verfügt über eine Million Nutzer in Deutschland und 100.000 in Österreich. Zum Zeitpunkt der Anmeldung hat sich für dieses Produkt der sogenannte „**Monthly Active User**“ (**MAU**) als branchenübliche Maßzahl¹ für die Messung von Nutzerzahlen herausgebildet. Sie kann daher zur Messung der Erheblichkeit herangezogen werden. Angesichts des Verhältnisses von Nutzern zu Verbrauchern in beiden Ländern ist die Schwelle der Erheblichkeit überschritten. Anders wäre dies dagegen wohl zu beurteilen, wenn die Anzahl der MAU in Deutschland und Österreich weniger als 100.000 bzw. 10.000 betragen würde.

¹ Auch andere branchenübliche Kennzahlen wie der „Daily Active User“ (DAU) können herangezogen werden.