

STELLUNGNAHME:

**Entwurf eines Neunten Gesetzes zur
Änderung des Gesetzes gegen
Wettbewerbsbeschränkungen
(9. GWB-ÄndG)**

A. Executive Summary

Die Bundesregierung kündigte im Jahreswirtschaftsbericht 2016 an, einen Entwurf zur 9. Novellierung des GWB vorzulegen. In dem nun veröffentlichten Referentenentwurf soll ein neuer § 35 Abs. 1 a GWB eingeführt werden, mit dem die Höhe des Kaufpreises in den Aufgreifkriterien der Fusionskontrolle erfasst werden soll. Bei einer Transaktionshöhe von über 350 Mio. EUR muss der Zusammenschluss zwischen einem Startup und einem etablierten Unternehmen zur Fusionskontrolle angemeldet werden. Ein Zusammenschlussvorhaben ist demnach anmeldepflichtig, wenn:

- Die beteiligten Unternehmen insgesamt weltweit einen Umsatz von mehr als 500 Mio. EUR erzielen (weltweite Umsatzschwelle).
- Ein beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als 25 Mio. EUR erzielt (erste Inlandsumsatzschwelle), ein anderes beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als 5 Mio. EUR erzielt (zweite Inlandsumsatzschwelle).
- Der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss mehr als 350 Mio. EUR (Transaktionswertschwelle) beträgt.
- Mindestens ein anderes Unternehmen im Inland tätig ist oder tätig wird.

In der deutschen Startup-Szene sorgte dieses Vorhaben – zuweilen als „Anti-Exit-Gesetz“ u.a. durch die Bitkom tituliert – für Aufruhr: Eine Kontrolle durch die Kartellbehörden würde Gründern und Investoren den Ausstieg erschweren oder gar verhindern. Diese Sorge scheint uns mit dem Vorhaben derzeit jedenfalls nicht begründet. Der Entwurf greift jedoch in einen jahrzehntelang entwickelten Finanzierungskreislauf ein und verunsichert dadurch verständlicherweise Investoren wie auch Startups.

Im Ergebnis sprechen wir uns gegen die Einführung des Transaktionsvolumens als Aufgreifkriterium für die deutsche Fusionskontrolle aus, da wir hierfür keinen verhältnismäßig erforderlichen Zweck erkennen können und mit der Novelle noch zu viele Rechtunsicherheiten verbunden sind, die sich unter Umständen schädlich auf die Investitionskultur in Deutschland auswirken könnten.

Zwar stimmen wir der von der Monopolkommission in dem Sondergutachten 68 ermittelten Gefahr der Marktkonzentration im Hinblick auf große amerikanische Internetkonzerne durchaus zu, jedoch nicht im Hinblick auf Transaktionen mit reinem Inlandsbezug. Dafür existieren einfach zu wenig Transaktionen in Deutschland, die es erforderlich machen würden, den Kaufpreis in den Aufgreifkriterien für die Fusionskontrolle zu berücksichtigen. Wir fordern daher, die Diskussion darüber auf die europäische Ebene zu verlagern.

B. Sensibilität des Finanzierungskreislaufs in Deutschland

Gespräche mit Investoren und Unternehmern aus unserem Verband ergaben, dass zunächst eine große Verunsicherung mit der Veröffentlichung des Vorschlags im Jahreswirtschaftsbericht eingetreten ist. Um diese verstehen zu können, muss man sich bewusstmachen, dass sich der Startup-Standort Deutschland derzeit noch in der Aufbauphase befindet. Zwar sind die Finanzierungsbedingungen in den Frühphasen eines Startups mittlerweile durchaus positiv zu bewerten, jedoch bestehen noch ganz erhebliche Finanzierungslücken in den späteren Phasen, in denen sehr hohe Investitionen erforderlich werden. In dieser Entwicklungsphase können die kleinsten Rechtsunsicherheiten in Bezug auf die Möglichkeit eines zukünftigen Ausstiegs eines Investors aus dem Startup dazu führen, dass gar nicht erst investiert wird. Gerade mittelständische Unternehmen sind in Deutschland geeignete Erwerber von Startups. Dies liegt insbesondere daran, dass sich durch den Zukauf von Startups der Digitalisierungsprozess in mittelständischen Unternehmen schneller vollziehen lässt. Allerdings braucht es noch etwas Zeit, um den Mittelstand für Startups zu sensibilisieren und nachhaltige Kooperationen zu schaffen. Dem sind sich auch Investoren bewusst, die in spätere Unternehmensphasen von Startups investieren. Wird jedoch die Fusionskontrolle in diesen Übernahmeprozess zwischengeschaltet, könnte dies zu einem Investitionsrisiko werden, welches dazu führen könnte, dass Investoren von einer Investitionsentscheidung absehen. Die gerade beschriebene Sensibilität des Finanzierungskreislaufs erklärt somit auch die negative Reaktion in der Startup-Szene nach Veröffentlichung des Jahreswirtschaftsberichts 2016.

C. Marktkonzentrationstendenzen globaler Internetplattformen

Einige globale Internetkonzerne verfügen im Gegensatz zu deutschen IT-Unternehmen in der Tat über eine so erhebliche Marktmacht, die eine Fusionskontrolle bei der Übernahme von umsatzschwachen jedoch nutzerstarken Startups durchaus erforderlich machen könnte. Die vielzitierte Übernahme von Whatsapp durch Facebook ist ein Beleg hierfür. Zwar wurde die Transaktion im Ergebnis von der Europäischen Kommission geprüft und ohne jegliche Auflagen genehmigt. Dies war aber nur aufgrund eines Antrags seitens Facebook möglich, nachdem die Voraussetzungen in drei weiteren Mitgliedsstaaten für die Fusionskontrolle erfüllt waren und es aus diesem Grund für Facebook vorteilhafter war, die Kommission bescheiden zu lassen. Dies ist aber ein Harmonisierungsproblem auf europäischer Ebene, weil die Aufgreifkriterien in den einzelnen Mitgliedsstaaten sich mitunter stark voneinander unterscheiden können.

Als positiver Effekt bei der Ergänzung der Aufgreifkriterien um ein Transaktionsvolumen könnte man daher sehen, dass zukünftig solche Fälle auch von der deutschen Fusionskontrolle erfasst wären, die man somit auf die Europäische Kommission verweisen könnte. Man sollte diese Möglichkeit aber mit den dadurch verursachten Rechtsunsicherheiten gründlich abwägen und es müssten zudem noch weitere Schritte auf europäischer Ebene erfolgen.

D. Zu wenig relevante Transaktionen in Deutschland

Das beschriebene Risiko der Marktkonzentration sehen wir nicht bei Transaktionen zwischen Startups und mittelständischen Unternehmen aus Deutschland und empfinden die derzeitige Rechtslage als ausreichend. Viel wichtiger ist es, Transaktionen zwischen Startups und dem Mittelstand im Sinne einer Zukunftssicherung erst anzukurbeln und die Entwicklung weiterhin genau zu beobachten. Sollte sich ein Risiko der Marktmachtkonzentration später herausstellen, welches mit dem Risiko globaler Internetkonzerne vergleichbar wäre, dann würde dies wohlmöglich auch die entsprechende Anpassung der Aufgreifkriterien im deutschen Recht erforderlich machen. Dies ist gegenwärtig jedoch nicht der Fall.

Zu den möglicherweise betroffenen Fällen schreibt zudem der Gesetzesentwurf selbst:

„Als Ergebnis dieser Auswertungen lässt sich festhalten, dass die ermittelten Transaktionswerte in Deutschland auf Kaufpreisbasis in den letzten Jahren meist unterhalb einer Grenze von 100 Millionen Euro lagen. Nach einer Auswertung der größten Startup-Transaktionen in Deutschland sind 2015 acht Übernahmen bekannt geworden, bei denen der Kaufpreis zwischen 100 und 230 Millionen Euro lag, wobei in zwei Fällen eine Fusionsanmeldung wegen der Umsätze erfolgen musste. In einem einzigen Fall im Jahr 2015 wurden für eine Startup-Übernahme mehr als 350 Millionen Euro gezahlt.“

Damit steht fest, dass lediglich eine einzige Startup-Übernahme in den letzten Jahren, nämlich die Übernahme des Berliner Unternehmens Wunderlist durch Microsoft, von dem neueinzuführenden Aufgreifkriterium erfasst wäre. Schon allein dieser Umstand führt dazu, dass es dem Gesetzesvorhaben an einem legitimen Zweck fehle und eine Novelle damit nicht erforderlich ist.

E. Rechtsunsicherheiten bei der Ermittlung der Gegenleistung

Zudem bestehen auch Zweifel in der praktischen Tauglichkeit der Gegenleistung als Aufgreifkriterium. Der Begriff der Gegenleistung bei einem Zusammenschluss und die Ermittlung ihres Wertes werden in einem neuen § 38 Absatz 4a definiert. Ziel ist die Ermittlung des Gesamtbetrags, den der Erwerber bereit ist, zugunsten des Veräußerers zu erbringen. Häufig ist der Kaufpreis aber nicht klar bestimmt. So sind zum Beispiel diverse Kaufpreisanpassungsmechanismen gängige Praxis. Ist der Kaufpreis in einer anderen Währung bestimmt, stellt sich die Frage nach dem richtigen Umrechnungskurs und dem relevanten Umrechnungszeitpunkt. In den USA, wo das Transaktionsvolumen bereits ein Aufgreifkriterium ist, kann in Zweifelsfällen als Alternative zum Kaufpreis auf den Unternehmenswert ausgewichen werden. Für die Bestimmung des Unternehmenswerts gelten allerdings keine klaren Kriterien. Auch vor dem Hintergrund der erheblichen Sanktionen für den Fall einer unterbliebenen Anmeldung (Unwirksamkeit der Transaktion, Bußgelder), sollten Anmeldepflichten einfach zu bestimmen sein (Bestimmtheitsgebot).

Gerade bei Transaktionen, die sich an der Schwelle des Transaktionswertes befinden, können erhebliche Informations- und Aufklärungskosten hinsichtlich der Überprüfung einer eventuellen Anmeldepflicht entstehen. Unternehmen müssen prüfen, ob durch den Zusammenschluss die Voraussetzungen des § 35 Absatz 1a erfüllt werden und insbesondere den Wert der Gegenleistung gemäß § 38 Absatz 4a ermitteln. Dabei werden auch nicht unerhebliche Kosten für den Rechtsbeistand entstehen.

Schließlich bestehen Zweifel an der Angemessenheit einer solchen Aufgreifschwelle. Es ist insbesondere fraglich, ob die aus einer Neuregelung resultierenden Belastungen für Unternehmen mit dem angestrebten Ziel, der Schließung einer vermeintlichen Schutzlücke, im Verhältnis stehen. Solche Belastungen resultieren vor allem aus höheren Transaktionskosten. Gerade bei Verkäufen von Unternehmen mit geringen Umsätzen wie Startups spielen Transaktionskosten häufig eine erhebliche Rolle. Entscheidend für die Verhältnismäßigkeit einer Neuregelung kann daher die Höhe der neuen Schwelle sein. Je niedriger diese angesetzt wird, desto größere Zweifel bestehen an ihrer Verhältnismäßigkeit. Willkürlich erscheint dabei, dass im Entwurf von der durch die Monopolkommission vorgeschlagenen Transaktionsschwelle (500 Mill. EUR) abgewichen wurde.

F. Inlandsauswirkungen

Die mögliche Neuregelung sollte nicht dazu führen, dass allein aufgrund des Transaktionsvolumens auch Zusammenschlüsse ohne Inlandsauswirkung der Anmeldepflicht unterliegen. Dies würde gegen § 130 Abs. 2 GWB verstoßen. Das Transaktionsvolumen ist nämlich in Hinblick auf die Inlandsauswirkung kein geeignetes Kriterium. Anders als zum Beispiel Inlandsumsätze besagt das Transaktionsvolumen nichts über die Inlandsaktivitäten der Zielgesellschaft. Neben dem Unternehmen, das die erste Inlandsumsatzschwelle erfüllt (mindestens 25 Millionen EUR erwirtschafteter Umsatz in Deutschland), muss auch ein weiteres Unternehmen im Inland tätig sein oder werden. Nach der Entwurfsbegründung soll hierfür bereits ausreichen, dass Angebote dieses Unternehmens im Inland in Anspruch genommen werden oder hier Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten durchgeführt werden. Es ist fraglich, ob eine derart weite Auslegung dem Erfordernis einer spürbaren Inlandsauswirkung genügt (§ 130 Abs. 2 GWB).

Umgekehrt sollte eine mögliche Neuregelung den deutschen Mittelstand nicht von einem Erwerb von Startups abhalten und zusätzliche bürokratische und finanzielle Hürden hierbei aufbauen (s.o.). Denn für Fälle mit reinem Inlandsbezug (Inlandsübernahmen) besteht die von der Monopolkommission ermittelte Gefahr der Marktkonzentration nicht. Dazu existieren noch zu wenig nennenswerte Exits in Deutschland. Dies macht eine Neuregelung nicht erforderlich.

G. Die richtige Schwerpunktsetzung

Da wir nun einerseits in Startup-Übernahmen eine wichtige Digitalisierungsmöglichkeit für den deutschen Mittelstand sehen und dies sogar fördern sollten, andererseits aber die erhebliche Marktmacht amerikanischer Internetunternehmen – zwecks fairen Wettbewerbs – begrenzen sollten, befinden wir uns auf einem schmalen Grad. Eine mögliche Neuregelung sollte daher wohl bedacht erfolgen. Sollten die oben beschriebenen negativen Auswirkungen auf den Finanzierungskreislauf in Deutschland nicht ausgeschlossen werden können, dann sollte von der Neuregelung abgesehen werden. Möglich erscheint uns aber, über die Einführung des Transaktionsvolumens als Aufgreifkriterium auf europäischer Ebene nachzudenken. Dabei sollte jedoch beachtet werden, dass die Schwelle des Transaktionsvolumens so gesetzt wird, dass Übernahmen mit reinem Inlandsbezug davon nicht umfasst werden. Zudem sollte aus Gründen der Rechtssicherheit auch klar ersichtlich sein, wann eine Anmeldepflicht vorliegt – ggf. unter Hinzuziehung weiterer konkreter Voraussetzungen, da die Höhe des Transaktionsvolumens im Verhandlungsprozess nur schwer bestimmbar ist und zahlreichen anderen Faktoren unterliegen kann.

Bundesverband Deutsche Startups e.V.

Im Haus der Bundespressekonferenz
Schiffbauerdamm 40
10117 Berlin

Tel.: +49 (0) 30 60 98 95 9 - 10
Fax: +49 (0) 30 60 98 95 9 - 19
info@deutschestartups.org