



# Update Kartellrecht

Juni 2017

## Überblick über die wesentlichen Neuerungen durch die 9. GWB-Novelle

Am 9. Juni 2017 tritt das 9. Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (9. GWB-ÄndG) in Kraft. Durch das Gesetz soll insbesondere die Durchsetzung von privaten Schadensersatzklagen gegen Kartellanten und marktbeherrschende Unternehmen erleichtert werden. In unserem Update Kartellrecht geben wir einen Überblick über die wichtigsten Neuregelungen.

Bereits der Gesetzgeber der 7. GWB-Novelle und die zu § 33 GWB ergangene Rechtsprechung hatten eine Reihe von Regelungen vorweggenommen, die aufgrund der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie bis zum 27. Dezember 2016 umzusetzen waren. Vor diesem Hintergrund bedeuten die Regelungen der 9. GWB-Novelle zur Umsetzung der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie keinen Paradigmenwechsel, zum Teil aber eine weitere deutliche Verbesserung der Aussichten geschädigter Unternehmen, ihre Schadensersatzansprüche erfolgreich gegen Kartellanten und marktbeherrschende Unternehmen und u.U. deren Muttergesellschaften durchsetzen zu können.

Eine wesentliche Erleichterung von Schadensersatzansprüchen wird durch die widerlegliche **Vermutung eines kausalen Schadens** durch eine Kartellabsprache geschaffen.<sup>1</sup> Die Vermutung erstreckt sich auf das Bestehen eines Schadens und dessen Verursachung durch die Kartellabsprache, nicht hingegen auf die Höhe eines Schadens<sup>2</sup> oder die grundsätzliche Betroffenheit eines Anspruchstellers von dem Kartell. Für

### I. Weitere Erleichterungen bei der Durchsetzung privater Schadensersatzklagen

#### 1. Vermutung eines kausalen Schadens

<sup>1</sup> § 33a Abs. 2 GWB n.F.

<sup>2</sup> Vgl. auch Erwägungsgrund 47 der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie.

Das Update Kartellrecht beinhaltet keinen Rechtsrat. Die enthaltenen Informationen sind sorgfältig recherchiert, geben die Rechtsprechung und Rechtsentwicklung jedoch nur auszugsweise wieder und können eine den Besonderheiten des einzelnen Sachverhaltes gerecht werdende individuelle Beratung nicht ersetzen.

die Schadenshöhe wird weiterhin auf die Möglichkeit einer gerichtlichen Schadensschätzung verwiesen.<sup>3</sup>

Neuerungen bestehen ferner im Hinblick auf den **Einwand der Schadensabwälzung**: Zunächst bleibt es im Ausgangspunkt dabei, dass allein die Weiterveräußerung des Produkts einen Schaden nicht entfallen lässt.<sup>4</sup> Soweit allerdings ein Produkt samt Preisaufschlag weiterverkauft werden konnte (Schadensabwälzung bzw. sog. *passing-on defence*), entfällt ein originärer Schaden.<sup>5</sup> Auch in diesem Fall bleibt es jedoch möglich, dass entgangener Gewinn als Schaden besteht, da der überbewertete Weiterverkauf zu einem Rückgang des Umsatzes geführt hat.<sup>6</sup> Nach der Gesetzesbegründung sind der Einwand der Schadensabwälzung und die Voraussetzungen dieser Schadensabwälzung im Wesentlichen durch die *OR-WI*-Entscheidung des BGH geprägt. Die Regelung dient daher vor allem der Klarstellung. Die Gerichte sind ausdrücklich ermächtigt, den Umfang der Schadensabwälzung nach freiem Ermessen zu schätzen, sodass hierüber kein Vollbeweis zu führen ist.<sup>7</sup>

Soweit ein **Zweitabnehmer** (mittelbarer Abnehmer) im Rahmen des Schadensersatzverlangens gegen einen Kartellanten vorgeht, hat dieser grundsätzlich die Schadensabwälzung von dem unmittelbaren Abnehmer auf ihn darzulegen und zu beweisen. Allerdings besteht unter drei kumulativen Voraussetzungen eine **Vermutung der Schadensabwälzung** zugunsten des mittelbaren Abnehmers: (i) der Rechtsverletzer hat einen Verstoß gegen §§ 1 oder 19 GWB bzw. Art. 101 oder 102 AEUV begangen, (ii) der Verstoß hat einen Preisaufschlag für den unmittelbaren Abnehmer zur Folge und (iii) der mittelbare Abnehmer hat Waren oder Dienstleistungen erworben, die Gegenstand des Verstoßes waren oder aus Waren oder Dienstleistungen hervorgegangen sind, die Gegenstand des Verstoßes waren oder Waren oder Dienstleistungen enthalten haben, die Gegenstand des Verstoßes waren.<sup>8</sup> Zur Erschütterung der Vermutung ist die *Glaubhaftma-*

## 2. Einwand der Schadensabwälzung durch Kartellanten

## 3. Vermutung der Schadensabwälzung auf Zweitabnehmer

<sup>3</sup> § 33a Abs. 3 GWB n.F. i.V.m. § 287 ZPO.

<sup>4</sup> § 33c Abs. 1 S. 1 GWB n.F.

<sup>5</sup> § 33c Abs. 1 S. 2 GWB n.F.

<sup>6</sup> § 33c Abs. 1 S. 3 GWB n.F.

<sup>7</sup> § 33c Abs. 5 GWB n.F. i.V.m. § 287 ZPO.

<sup>8</sup> § 33c Abs. 2 GWB n.F.

chung von Tatsachen erforderlich, die eine teilweise oder vollständige Schadensabwälzung auf den mittelbaren Abnehmer ausschließen.<sup>9</sup> Der Beweis des Gegenteils durch den Schädiger ist damit nicht erforderlich.

Klargestellt wird, dass Kartellanten auch weiterhin als **Gesamtschuldner** haften.<sup>10</sup> Der Innenausgleich zwischen den Kartellanten erfolgt u.a. nach den Verursachungsbeiträgen für den Schaden.<sup>11</sup> Sowohl im Innenverhältnis der Kartellanten als auch im Außenverhältnis zu den Geschädigten besteht unter bestimmten Voraussetzungen eine **Haftungsbeschränkung zugunsten von kleinen und mittleren Unternehmen („KMU“)**<sup>12</sup> sowie grundsätzlich eine entsprechende **Haftungsbeschränkung zugunsten von Kronzeugen.**<sup>13</sup>

Eine wesentliche Erleichterung der faktischen Durchsetzung eines Schadensersatzanspruchs ergibt sich aus dem neu eingeführten Anspruch des Geschädigten auf **Herausgabe von Beweismitteln und Erteilung von Auskünften**, die als Beweismittel für ein Schadensersatzverlangen benötigt werden.<sup>14</sup> Der Anspruch besteht gegenüber jedem, der im Besitz von Beweismitteln ist, z.B. gegenüber einem Kartellanten, aber auch gegenüber einem unmittelbar Geschädigten. Hierbei sind die berechtigten Interessen des Verpflichteten im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu beachten.<sup>15</sup> Zudem werden Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen gegenüber einer Wettbewerbsbehörde von der Herausgabepflicht ausgenommen,<sup>16</sup> andere Unterlagen sind bis zum Abschluss des wettbewerbsbehördlichen Verfahrens privilegiert.<sup>17</sup> Zudem besteht ein Aufwendungsersatzanspruch des Auskunftspflichtigen für erforderliche Aufwendungen.<sup>18</sup> Die Auskunftspflicht wird durch eine Schadensersatzpflicht bei vorsätzlich oder grob fahrlässig falschen, unvollständigen oder verweigerten Auskünften abgesichert.<sup>19</sup> Zudem besteht

#### 4. Gesamtschuldnerische Haftung der Kartellanten

#### 5. Herausgabe- und Auskunftsanspruch

<sup>9</sup> § 33c Abs. 3 GWB n.F.

<sup>10</sup> § 33d Abs. 1 GWB n.F.

<sup>11</sup> § 33d Abs. 2 GWB n.F.

<sup>12</sup> § 33d Abs. 3 – 5 GWB n.F.

<sup>13</sup> § 33e n.F.

<sup>14</sup> § 33g Abs. 1, Abs. 10 GWB n.F.

<sup>15</sup> § 33g Abs. 3 GWB n.F.

<sup>16</sup> § 33g Abs. 4 GWB n.F.

<sup>17</sup> § 33g Abs. 5 GWB n.F.

<sup>18</sup> § 33g Abs. 7 GWB n.F.

<sup>19</sup> § 33g Abs. 8 GWB n.F.

auch ein Herausgabe- und Auskunftsanspruch desjenigen, der auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird und bestimmter Beweismittel für seine Verteidigung – etwa für die Erhebung der *passing-on defence* – bedarf.<sup>20</sup>

Die **Verjährungsfrist** beträgt für Schadensersatzansprüche nunmehr **fünf Jahre**.<sup>21</sup> Sie beginnt mit Schluss des Jahres, in dem (i) der Anspruch entstanden ist, (ii) der Anspruchsberechtigte Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen von (a) den anspruchsbegründenden Umständen und davon, dass sich daraus ein kartellrechtlicher Verstoß ergibt sowie (b) der Identität des Rechtsverletzers und (iii) der Beendigung des den Anspruch begründenden Kartellverstoßes.<sup>22</sup> Ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis verjähren die Ansprüche zehn Jahre nach Entstehung des Anspruchs und Beendigung des Verstoßes.<sup>23</sup> Die Höchstfrist für die Verjährung beträgt 30 Jahre nach dem Verstoß.<sup>24</sup>

Um die sog. „Wurstlücke“ (benannt nach den internen Umstrukturierungen im Rahmen des Wurstkartells) zu schließen, sieht die 9. GWB-Novelle vor, dass das Amt in Zukunft auch eine Muttergesellschaft bzw. einen Gesamtrechtsnachfolger bußgeldrechtlich in Anspruch nehmen kann.<sup>25</sup>

Bislang wurden Geldbußen nicht gegen Unternehmen im wirtschaftlichen Sinne, sondern gegen die handelnde juristische Person festgesetzt. Existiert diese juristische Person nicht mehr, z.B. weil sie gelöscht oder wesentliche Assets an gruppeninterne oder externe Erwerber verkauft worden sind, konnte oft kein Bußgeld mehr verhängt werden. Nur in den seltenen Fällen einer „wirtschaftlichen Nahezu-Identität“ blieb eine bußgeldrechtliche Inanspruchnahme des Rechtsnachfolgers möglich.

Mit der 8. GWB-Novelle 2013 hatte der Gesetzgeber mit § 30 Abs. 2a OWiG die bußgeldrechtliche Inanspruchnahme des

## 6. Verjährung von Schadensersatzansprüchen

## II. Konzernhaftung: Schließung der „Wurstlücke“

<sup>20</sup> § 33g Abs. 2, Abs. 10 GWB n.F.

<sup>21</sup> § 33h Abs. 1 GWB n.F.

<sup>22</sup> § 33h Abs. 2 GWB n.F.

<sup>23</sup> § 33h Abs. 3 GWB n.F.

<sup>24</sup> § 33h Abs. 4 GWB n.F.

<sup>25</sup> § 81 Abs. 3a bis 3c GWB n.F.

Gesamtrechtsnachfolgers und des partiellen Gesamtrechtsnachfolgers bei Aufspaltungen ermöglicht; die Haftung war allerdings auf den übernommenen Vermögenswert begrenzt.

Die 9. GWB-Novelle passt nun das deutsche Recht endgültig an das EU-Kartellrecht an, welches schon seit jeher die Haftung des gesamten Unternehmens, d.h. der wirtschaftlichen Einheit, für Kartellverstöße einzelner Konzernunternehmen vorsah. Die bußgeldrechtliche Haftung erstreckt sich damit in Zukunft auch auf Muttergesellschaften eines Kartellsünder. Dies gilt auch dann, wenn die handelnde Gesellschaft vor Beußung veräußert wird; dann haftet auch die neue Mutter, und zwar nicht nur in Höhe des übernommenen Vermögenswertes.

Gleiches gilt auch bei Umstrukturierungen im Wege eines Asset-Deals in den Fällen, in denen die ursprünglich handelnde juristische Person weggefallen ist. Dann haftet der Erwerber, der die Wirtschaftsgüter der juristischen Person vollständig oder in Teilen übernimmt und die Geschäftstätigkeit in wirtschaftlicher Kontinuität fortsetzt.

Für die Praxis bedeutet dies, dass eine interne Umstrukturierung zur Vermeidung von Bußgeldern nicht mehr möglich sein wird. Auch im Rahmen von Share- oder Asset-Deals muss der Erwerber in Zukunft im Rahmen der Due Diligence noch sorgfältiger prüfen, ob das Target in rechtswidriges Kartellverhalten verstrickt ist, und sich ggfs. über vertragliche Garantien absichern.

Um die Kontrolle marktbeherrschender Unternehmen an die Herausforderungen der Digitalisierung anzupassen, wird nunmehr klargestellt, dass ein Markt auch bei **unentgeltlichen Leistungsbeziehungen** vorliegen kann.<sup>26</sup> Damit soll die Anwendung des Missbrauchsverbots vor allem bei mehrseitigen Märkten (insb. Online-Plattformen) sichergestellt werden: Z.B. erbringen Plattformen wie Facebook gegenüber ihren Nutzern eine unentgeltliche Leistung, die durch entgeltliche Leistungen von Werbekunden finanziert wird – künftig ist eindeutig auch die Beziehung zwischen der Plattform und ihren Nutzern vom Missbrauchsverbot erfasst. In dem Verfah-

### III. Ergänzungen in der Missbrauchskontrolle

---

<sup>26</sup> § 18 Abs. 2a GWB n.F.

ren wegen der Bestpreisklauseln des Hotelbuchungsportals HRS hatte das OLG Düsseldorf bisher noch vertreten, dass eine Tätigkeit nur dann einem Markt zuzuordnen sei, wenn sie entgeltlich erfolgt. Das Bundeskartellamt ist hingegen bei Internet-Plattformen eher davon ausgegangen, dass auch die Nutzerseite als Markt angesehen werden kann, von der die Plattform keine Gegenleistung in Geld verlangt (z.B. in dem Fusionskontrollverfahren der Online-Datingplattformen Elitepartner/Parship).

Mit der Neuregelung wird indes noch nicht beantwortet, in welchen Fällen auf einem unentgeltlichen Markt ein Missbrauch vorliegt. Zumindest zur Beurteilung der Marktstellung der Anbieter auf diesen **mehrseitigen Märkten** nennt der Gesetzgeber nun weitere Kriterien, die zusätzlich zu den bisherigen Kriterien berücksichtigt werden sollen:<sup>27</sup> Die Prüfung von Netzwerkeffekten, der Möglichkeit des Multi-Homings und der Wechselkosten (Aufwand der Nutzer bei einem Wechsel zwischen den Netzwerken) sowie des Zugangs zu wettbewerbsrelevanten Daten soll eine adäquate kartellrechtliche Beurteilung insbesondere von Plattformmärkten erleichtern. Hierdurch soll gerade auch dem Phänomen begegnet werden, dass nach einem intensiven Wettbewerb der Plattformbetreiber um den Markt nur noch gering ausgeprägter Wettbewerb auf dem Markt besteht, wenn eine kritische Zahl an Netzwerk- bzw. Plattformnutzern erreicht wird („tipping-Effekt“). So wird in der Praxis – unter Berücksichtigung ökonomischer Analysen – geklärt werden müssen, in welchen Konstellationen „big data“ Marktmacht vermittelt.

Die Novelle enthält weiterhin kartellrechtliche Neuerungen bzw. Klarstellungen zur kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht. Neu geregelt wurde zum einen das sog. Anzapfverbot.<sup>28</sup> Hier wurde insbesondere klargestellt, dass schon die Aufforderung einer sachlich nicht gerechtfertigten Vorteilsgewährung selbst einen Missbrauch von Marktmacht darstellt, ohne dass der geforderte Vorteil gerade kausal auf der Ausnutzung von Marktmacht beruhen muss. Weiterhin hat der Gesetzgeber die Regelung zum Verkauf von Lebensmitteln unter Einstandspreis nunmehr um eine Definition des Begriffs des Ein-

#### **IV. Neuregelung des Anzapfverbotes und zum Verkauf unter Einstandspreis**

---

<sup>27</sup> § 18 Abs. 3a GWB n.F.

<sup>28</sup> § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB n.F.

standspreises ergänzt.<sup>29</sup> Ob die durch die Novelle eingeführten Klarstellungen des Anzapfverbots sowie des Verbots des Verkaufs unter Einstandspreises das verfolgte Ziel, die Nachfragemacht insbesondere der großen Lebensmitteleinzelhandelsketten zu begrenzen, erreicht wird, bleibt allerdings abzuwarten.

Für Presseunternehmen wird die **verlagswirtschaftliche Zusammenarbeit** außerhalb des redaktionellen Bereichs erleichtert.<sup>30</sup> Damit wird eine Vorgabe aus dem Koalitionsvertrag umgesetzt, um den verschärften wirtschaftlichen Rahmenbedingungen für Presseverlage im Wettbewerb mit anderen Medien Rechnung zu tragen.

Künftig fallen betriebswirtschaftliche Kooperationen von Presseverlagen in der Anzeigenvermarktung, im Vertrieb, bei der Herstellung und Zustellung von Zeitungen und Zeitschriften (Print und Online) nicht mehr unter das deutsche Kartellverbot. Dies bedeutet z.B., dass insbesondere kleinere und mittlere Verlage ihre Titel künftig noch intensiver gemeinsam vermarkten können – sie dürfen in diesem Zusammenhang nun auch ihre Preise absprechen, Gebiete aufteilen oder Werbepakete ausschließlich in Kombinationen anbieten. Die Ausnahmeregelung gilt, soweit die Vereinbarung den Beteiligten ermöglicht, ihre wirtschaftliche Basis für den Wettbewerb mit anderen Medien zu stärken und gilt ausdrücklich nicht für eine Zusammenarbeit im redaktionellen Bereich.

Da die bis zum 31. Dezember 2027 befristete Regelung nur auf nationale Sachverhalte anwendbar ist, werden künftig Behörden und Gerichte darüber zu entscheiden haben, in welchen Fällen eine Kooperation den zwischenstaatlichen Handel zwischen den europäischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen könnte: Denn in diesen Fällen ist nach wie vor das europäische Kartellverbot anwendbar, wonach Praktiken wie Preisabsprachen grundsätzlich verboten wären. Außerdem ist derzeit noch nicht endgültig geklärt, ob die Erleichterung für Presseverlage auch im Bereich der Fusionskontrolle gelten soll.

---

<sup>29</sup> § 20 Abs. 3 Satz 3 GWB n.F.

<sup>30</sup> § 30 Abs. 2b GWB n.F.

## V. Erleichterungen für Presseunternehmen

Durch die 9. GWB-Novelle wird ferner der Anwendungsbereich der Zusammenschlusskontrolle<sup>31</sup> erweitert. Damit soll sichergestellt werden, dass die Fusionskontrolle ihre Funktion auch in einer immer dynamischeren Wirtschaftswelt umfassend erfüllen und mit den immer schnelleren wirtschaftlichen Zyklen auch vor dem Hintergrund der fortschreitenden Digitalisierung und Vernetzung von Wirtschaft und Gesellschaft Schritt halten kann.

Nach dem neu eingefügten subsidiären Aufgreifattbestand<sup>32</sup> finden die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle künftig auch Anwendung, wenn (1) die beteiligten Unternehmen insgesamt weltweit Umsatzerlöse von mehr als 500 Millionen Euro erzielt haben, (2) mindestens ein beteiligtes Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss im Inland Umsatzerlöse von mehr als 25 Millionen Euro, aber kein anderes beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als 5 Millionen Euro erzielt hat, (3) der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss mehr als 400 Millionen Euro beträgt und (4) das zu erwerbende Unternehmen in erheblichem Umfang im Inland tätig ist.

Grundvoraussetzung der Anmeldepflicht nach dem neuen Aufgreifattbestand ist, dass der Zusammenschluss ein bestimmtes Ausmaß aufweist.<sup>33</sup> Dieses wird am Wert der Gegenleistung bemessen. Vorbild dieses Ansatzes ist der in den USA seit Einführung der dortigen Fusionskontrolle im Jahr 1976 etablierte und in der Praxis bewährte „*size of transaction test*“.

Die Anmeldepflicht des Zusammenschlussvorhabens nach dem neuen Aufgreifattbestand ist zudem von einer erheblichen Inlandstätigkeit des zu erwerbenden Zielunternehmens abhängig.<sup>34</sup> Erforderlich ist demnach eine gewisse Spürbarkeit der Beeinflussung eines bestimmten Marktes durch den Zusammenschluss. Allerdings sind an die Spürbarkeit keine hohen Anforderungen zu stellen. Marginale Tätigkeiten sollen hingegen nicht zu einer Anmeldepflicht führen. Hinsichtlich der Bemessung der Aktivität in Deutschland und der dafür

## **VI. Erweiterung des Anwendungsbereichs der Zusammenschlusskontrolle**

### **1. Tatbestandsvoraussetzungen des neuen Aufgreifattbestandes**

#### **a. Wert der Gegenleistung**

#### **b. Erhebliche Inlandstätigkeit**

---

<sup>31</sup> § 35 GWB

<sup>32</sup> § 35 Abs. 1a GWB n.F.

<sup>33</sup> § 35 Abs. 1a Nr. 3 GWB n.F.

<sup>34</sup> § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB n.F.

maßgeblichen Kriterien und Faktoren erschien dem Gesetzgeber eine gesetzliche Fixierung oder Festsetzung absoluter quantitativer Grenzwerte nicht sachgerecht; diese variieren je nach Branche oder Marktreife.

Die Neuerung im Rahmen der Fusionskontrolle soll erreichen, dass zukünftig auch das Marktpotential und die wirtschaftliche Bedeutung des Zielunternehmens erfasst werden. Auf Grundlage dieser Regelung kann das Bundeskartellamt auch solche Zusammenschlüsse prüfen, in denen große, etablierte Unternehmen ihre Marktbeherrschung durch die Übernahme junger, innovativer Unternehmen (z.B. Start-ups) mit einem hohen wirtschaftlichen Wert begründen oder verstärken wollen. Wie zuletzt der Erwerb des Messengerdienstes WhatsApp Inc. durch Facebook Inc. vor Augen führte, kann nicht ausgeschlossen werden, dass im Rahmen solcher Transaktionen Marktverschließungseffekte auftreten, Markteintrittsbarrieren geschaffen werden und Innovationspotential behindert wird. Dies kann etwa dadurch geschehen, dass bereits marktführende Unternehmen aufstrebende Konkurrenten in einem frühen Entwicklungsstadium vollständig in das eigene Geschäft integrieren, die ursprüngliche Tätigkeit des erworbenen Unternehmens verändern oder sogar gänzlich einstellen. Durch die Einführung der neuen ergänzenden Aufgreifschwelle soll dem Bundeskartellamt ermöglicht werden, derartige Wirkungen vorab zu prüfen und gegebenenfalls zu verhindern.

Parallel hierzu wird mit der 9. GWB-Novelle auch eine Regelung über die Berechnung des Wertes der Gegenleistung im Sinne des neuen Aufgreifstatbestandes eingefügt.<sup>35</sup> Hiernach umfasst die Gegenleistung „*alle Vermögensgegenstände und sonstigen geldwerten Leistungen, die der Veräußerer vom Erwerber im Zusammenhang mit dem Zusammenschluss [...] erhält (Kaufpreis), zuzüglich des Wertes etwaiger vom Erwerber übernommener Verbindlichkeiten*“.

Dabei soll der Begriff des Vermögensgegenstands nach dem Willen des Gesetzgebers weit zu verstehen sein. Er schließt alle Geldzahlungen ein, die Übertragung von Stimmrechten, Wertpapieren, von Sachanlagen sowie immateriellen Vermögensgegenständen. Auch sollen solche Gegenleistungen er-

### c. Ziel der Neuregelung

## 2. Berechnung des Wertes der Gegenleistung

### a. Begriff des Vermögensgegenstands

---

<sup>35</sup> § 38 Abs. 4a GWB n.F.

fasst werden, die an den Eintritt bestimmter Bedingungen geknüpft sind, wie sie in sogenannten „*earn out*“-Klauseln enthalten sind, sowie vereinbarte zusätzliche Zahlungen an den Veräußerer, wenn zu einem zukünftigen Zeitpunkt bestimmte Umsatz- oder Gewinnziele erreicht werden. Darüber hinaus sollen Zahlungen für einen vereinbarten Wettbewerbsverzicht des Veräußerers hinzugerechnet werden.

Ferner hat der Gesetzgeber ausdrücklich klargestellt, dass die Gegenleistung auch den Wert der Verbindlichkeiten einschließt, die der Erwerber übernimmt.<sup>36</sup> Die Befreiung von Schulden hat gerade für den Veräußerer einen positiven Wert und ist demnach denkllogisch im Rahmen der Bemessung des Wertes der Gegenleistung zu berücksichtigen. Erfasst werden sollen somit insbesondere diejenigen Fälle, in denen der Veräußerer quasi einen reduzierten Kaufpreis erhält.

Welche Methode zur Wertbestimmung das den Zusammenschluss anmeldende Unternehmen anwendet, steht diesem dabei grundsätzlich frei. Die Methode muss lediglich in der Praxis der Unternehmensbewertung zur Fortführung des erworbenen Unternehmens anerkannt sein. Nicht zulässig ist jedoch eine Wertbestimmung nach Liquidationswerten. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll die auf der Grundlage einer entsprechenden Wertbestimmung ermittelte und zwischen den Zusammenschlussbeteiligten vertraglich vereinbarte Höhe des Kaufpreises, einschließlich eventuell übernommener Verbindlichkeiten, im Regelfall eine Richtigkeitsvermutung für die Wertbestimmung auslösen. Zusätzliche Testate etwa durch Wirtschaftsprüfer bedarf es in der Regel nicht.

Ziel der Neuregelung ist die Ermittlung des Gesamtbetrags, den der Erwerber bereit ist, für die Übernahme des zu erwerbenden Unternehmens zu erbringen. In ihm spiegelt sich die wirtschaftliche Bedeutung, die er dem Einfluss auf das Unternehmen, der Verfügungsmöglichkeit über dessen Vermögen, Ressourcen, Geschäftsideen oder -modellen sowie Patenten zumisst.

## **b. Berücksichtigung von Verbindlichkeiten**

## **c. Methode zur Wertbestimmung**

## **d. Ziel der Neuregelung**

---

<sup>36</sup> § 38 Abs. 4a Nr. 2 GWB n.F.

Im Falle eines Zusammenschlusses nach dem neuen Aufgreifattbestand<sup>37</sup> sind im Rahmen der Anmeldung des Vorhabens dem Bundeskartellamt neben den bisher erforderlichen Angaben nunmehr auch der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss,<sup>38</sup> einschließlich der Grundlagen für seine Berechnung, mitzuteilen, sowie zusätzlich Angaben zu Art und Umfang der Tätigkeit im Inland zu machen.<sup>39</sup>

In der Praxis wird sich der neue Aufgreifattbestand aufgrund der recht hohen Anforderungen nur in einem wohl überschaubaren Rahmen auswirken. Ob hierdurch dennoch gerade diejenigen Fälle erfasst werden, die der Gesetzgeber bei der Novellierung im Blick hatte, wird sich nach Ablauf von drei Jahren im Rahmen der gesetzlich<sup>40</sup> vorgesehenen Evaluierung zeigen.

### **3. Neuerungen bzgl. formaler Anforderungen der Anmeldung**

### **4. Evaluierung der Neuregelung**

---

<sup>37</sup> § 35 Abs. 1a GWB n.F.

<sup>38</sup> § 38 Abs. 4a GWB n.F.

<sup>39</sup> § 39 Abs. 3 Nr. 3a GWB n.F.

<sup>40</sup> § 43a GWB n.F.



**Dr. Stefan Bretthauer**  
Rechtsanwalt, Partner  
**Hamburg**  
T +49 40 355280-20  
F +49 40 355280-80  
s.bretthauer@heuking.de



**Dr. Reinhard Siegert**  
Rechtsanwalt, Partner  
**München**  
+49 89 540 31-236  
+49 89 540 31-536  
r.siegert@heuking.de  
**Brüssel**  
+32 2 646 20-00  
+32 2 646 20-40  
r.siegert@heuking.de



**Beatrice Stange, LL.M.**  
Rechtsanwältin, Salaried  
Partner  
**Düsseldorf**  
T +49 211 60055-535  
F +49 211 60055-530  
b.stange@heuking.de

**Ihre Ansprechpartner  
zu diesem Thema**



**Dr. Rainer Velte**  
Rechtsanwalt, Partner  
**Düsseldorf**  
+49 211 600 55-535  
+49 211 600 55-530  
r.velte@heuking.de  
**Brüssel**  
+32 2 646 20-00  
+32 2 646 20-40  
r.velte@heuking.de



**Dr. Frederik Wiemer**  
Rechtsanwalt, Partner  
**Hamburg**  
+49 40 35 52 80-74  
+49 40 35 52 80-80  
f.wiemer@heuking.de  
**Brüssel**  
+32 2 646 20-00  
+32 2 646 20-40  
f.wiemer@heuking.de