

## **Stellungnahme zum Leitfaden von BWB und BKartA zur Transaktionswert- Schwelle nach § 9 Abs 4 KartG und § 35 Abs 1a GWB**

### **1 Vorbemerkungen**

- (1) Mit der jüngst in Österreich (§ 9 Abs 4 KartG) und Deutschland (§ 35 Abs 1a GWB) eingeführten Transaktionswert-Schwelle haben die Gesetzgeber beider Länder juristisches Neuland betreten. Viele Detailfragen in der praktischen Anwendung dieser Bestimmungen sind aktuell noch ungeklärt. Die Initiative von Bundeswettbewerbsbehörde ("**BWB**") und Bundeskartellamt ("**BKartA**"), mit der Veröffentlichung eines gemeinsamen Leitfadens einen Beitrag zur Klärung dieser Fragen zu leisten, ist zu begrüßen.
- (2) Ungeachtet der weitgehenden textlichen Übereinstimmung der in Deutschland und Österreich neu eingeführten Bestimmungen, die einen Schulterschluss von BWB und BKartA in Form eines gemeinsamen Leitfadens nahelegt, darf der unterschiedliche rechtliche Rahmen – KartG einerseits und GWB andererseits – nicht aus den Augen verloren werden. Eine idente Auslegung von § 9 Abs 4 KartG und § 35 Abs 1a GWB ist in manchen Fällen nicht statthaft.
- (3) Mit der vorliegenden Stellungnahme möchten wir uns im Rahmen des Konsultationsprozesses vor allem auf die rechtlichen Implikationen für die Auslegung von § 9 Abs 4 KartG konzentrieren, die sich aus den systematischen Unterschieden von österreichischer und deutscher Fusionskontrolle ergeben. Darüber hinaus zeigen wir praxisrelevante Punkte auf, die in der finalen Fassung des Leitfadens Berücksichtigung finden sollten.

## 2 Zusammenschlussbegriff

- (4) Anders als in Deutschland<sup>1</sup> brachte die Einführung der Transaktionswert-Schwelle in Österreich keine Änderung des Zusammenschlusstatbestands mit sich. § 9 Abs 4 KartG baut auf den Zusammenschlusstatbeständen des § 7 KartG auf.
- (5) Die österreichischen Zusammenschlusstatbestände setzen voraus (in Abgrenzung zum organischen Wachstum), dass der Erwerber (siehe so auch Rz 110<sup>2</sup>) in eine bestehende Marktposition eintreten kann. Diese Möglichkeit muss aber, anders als Rz 110 suggeriert, nicht nur in Bezug auf den Erwerb eines wesentlichen Unternehmensteils, sondern bei jedem Unternehmenserwerb vorliegen.
- (6) Die bloße Möglichkeit, dass der Käufer durch Erwerbsvorgänge seine künftige Marktstellung verbessert (ohne potentielle Überleitung einer bestehenden Marktposition), genügt nach § 7 KartG nicht. Dieser Aspekt sollte in Rz 110 deutlicher hervorgehoben werden.
- (7) Im Übrigen decken sich unsere Erfahrungen nicht mit der Meinung in Rz 105, dass die Beurteilung, ob ein Anteilserwerb anmeldepflichtig sei, weiterhin problemlos möglich ist. Seit der Einführung der Transaktionswert-Schwelle stellen sich vermehrt diffizile Fragen gerade zur Frage der Unternehmenseigenschaft. Vor diesem Hintergrund könnten BWB und BKartA trotz (oder gerade wegen) der unterschiedlichen Zusammenschlusstatbestände im Leitfaden für mehr Rechtssicherheit sorgen. Sie sollten zumindest für ausgewählte Grenzfälle klarstellen, ab wann aus ihrer Sicht ein Unternehmen am Markt teilnimmt (bzw aus Sicht des BKartA kausal für die künftige Marktstellung ist).
- (8) Wir regen an, ähnlich wie im Kapitel zur Inlandstätigkeit folgende Fallbeispiele in den Leitfaden aufzunehmen:
- Anders als in Rz 102 meinen wir, dass Beteiligungen an Pharmaunternehmen bzw -produkten, die sich erst in Phase II einer klinischen Studie befinden, keinen Zusammenschlusstatbestand nach § 7 KartG erfüllen. Die Markteinführung des Produkts hat zu diesem Zeitpunkt regelmäßig eine Chance von ca 20%, dauert noch Jahre und kostet noch viele Millionen Euro.<sup>3</sup> Wir meinen, dass frühestens ab Phase IV (Zulassungsverfahren und anschließende Markteinführung) von einem "Unternehmen" oder einem "wesentlichen Unternehmensteil" iSd § 7 KartG gesprochen werden kann.
  - Energieunternehmen, die sich an off- oder on-shore Förderprojekten beteiligen, brauchen für einen solchen Unternehmenserwerb nach unserem

---

<sup>1</sup> Vgl BT-Drs 18/10207, S. 76.

<sup>2</sup> Verweise auf Randziffern in dieser Stellungnahme beziehen sich – sofern nicht ausdrücklich anders erwähnt – auf Randziffern des zur Konsultation stehenden Leitfadens von BWB und BKartA.

<sup>3</sup> Vgl zB <https://www.eupati.eu/de/klinische-entwicklung-und-studien/entwicklung-eines-arzneimittels-schritt-7-phase-ii-machbarkeitsnachweis/>

Dafürhalten erst dann einer Genehmigung in Österreich, wenn bereits die notwendige Infrastruktur für den kommerziellen Abbau vorhanden ist und Verhandlungen über verbindliche Lieferverträge aufgenommen worden sind.

- Investitionen in Start-Ups und Real Estate Projekte sollen erst dann einer fusionskontrollrechtlichen Genehmigung in Österreich bedürfen, wenn diese bereits über Vermögenswerte mit eigenständiger, aber ungenutzter Marktrelevanz verfügen. Der Markteintritt muss unmittelbar bevorstehen. Für Start-Ups bedeutet das, dass die Phase des *Minimum Viable Produkts* abgeschlossen ist und zumindest ein *Minimum Marketable Produkt* vorliegt.
- Unternehmen, deren Betrieb seit mehr als einem Jahr ruht, nehmen nicht mehr am Markt teil. Die Kunden haben sich in aller Regel um neue Lieferanten gekümmert und der Käufer muss die erworbenen Assets regelmäßig erst wieder eingliedern und nutzbar machen. Eine jederzeitige Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit ohne erheblichen Voraufwand scheidet aus. Wir meinen, dass der Erwerb eines solchen Unternehmens (zur Gänze oder von Teilen) jedenfalls keine Genehmigungspflicht in Österreich auslösen soll.

### **3 Keine Anwendung von § 9 Abs 4 KartG auf die originäre Neugründung von Gemeinschaftsunternehmen**

- (9) Aus Rz 52 geht hervor, dass die BWB den neuen Schwellenwert auch auf die Neugründung eines zuvor nicht existenten Unternehmens anwenden möchte. Originäre Neugründungen sind nach österreichischem Recht der einzige Anwendungsfall für den Zusammenschlusstatbestand "Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens" (§ 7 Abs 2 KartG). Der Erwerb von Anteilen an einer bereits existierenden, operativ tätigen Gesellschaft oder an bereits vorhandenen Vermögenswerten wird nach der Rsp des OGH – anders als nach deutschem Fusionskontrollrecht und anders als im Anwendungsbereich der europäischen Fusionskontrollverordnung – ausschließlich nach dem Tatbestand des § 7 Abs 1 KartG (Kontrollerwerb) beurteilt.
- (10) Die Ausführungen im Leitfaden zur Anwendung des Transaktions-Schwellenwerts auf Fälle des § 7 Abs 2 KartG überzeugen uE nicht. Sie widersprechen dem Wortlaut des § 9 Abs 4 Z 4 KartG, wo explizit auf ein zu erwerbendes Unternehmen abgestellt wird, welches im Zeitpunkt der Durchführung der Transaktion bereits Tätigkeiten im Inland entfaltet haben muss. Daran fehlt es, wenn die Zielgesellschaft (das Gemeinschaftsunternehmen) im Rahmen einer Transaktion erst errichtet wird. Ein nicht existentes Unternehmen kann keine aktuelle Inlandstätigkeit aufweisen.
- (11) Aus diesen Erwägungen kommt eine Anwendung des neuen Schwellenwertes auf die Errichtung von Gemeinschaftsunternehmen nach österreichischem Recht uE

nur in Betracht, wenn die Gesellschafter bereits vorhandene Vermögenswerte in die neugegründete Einheit einbringen.

- (12) Die Errichtung von Joint Ventures (gemeinsame Unternehmen mit oder ohne gemeinsamer Kontrolle) auf Grundlage bereits vorhandener Assets begründet wiederum nur dann einen Zusammenschluss iSv § 7 Abs 1 KartG, wenn es sich bei den eingebrachten Assets um wesentliche Vermögenswerte handelt, denen eine bestehende Marktposition zugeordnet werden kann (siehe oben). Die Rechtsprechung fasst derartige Konstellationen als Erwerb eines beherrschenden Einflusses durch den Gesellschafter A an jenem Unternehmen bzw jenem wesentlichen Unternehmensteil auf, das der Gesellschafter B einbringt.
- (13) In solchen Konstellationen entspricht der Wert der Gegenleistung dem, was der Gesellschafter A zu leisten hat. Dabei kann es sich sowohl um Sachvermögen als auch um Finanzmittel handeln (nämlich dann, wenn Gesellschafter B ein bereits bestehendes Unternehmen und Gesellschafter A Kapital zu dessen Expansion einbringen).
- (14) Nicht statthaft wäre es, in diesem Fall zum Wert der Gegenleistung des A den Wert der von B eingebrachten Vermögenswerte zu addieren. Das würde darauf hinauslaufen, dass das Zielunternehmen (dh das eingebrachte Vermögen) gleichsam für sich selbst einen Kaufpreis bezahlt, und dass das wettbewerbliche Potential der Zielgesellschaft gleich zweimal berücksichtigt wird. Eine solche Doppelzählung wäre weder mit dem Wortlaut noch mit dem Telos des neuen Schwellenwertes vereinbar.
- (15) Aus diesen Gründen meinen wir, dass die Rz 52-55, zumindest in Bezug auf Österreich, grundlegend überarbeitet werden sollten. Am besten erschiene uns, an dieser Stelle klarzustellen, dass nach österreichischem Recht nur originäre Neugründungen von Gemeinschaftsunternehmen den Tatbestand des § 7 Abs 2 KartG erfüllen und dass in solchen Konstellationen eine Anwendung des neuen Schwellenwerts nicht in Betracht kommt, weil es der Zielgesellschaft (dem neugegründeten Gemeinschaftsunternehmen) definitionsgemäß an einer bereits bestehenden, erheblichen Inlandstätigkeit mangelt.
- (16) Auch die Überlegungen im Leitfaden zur Anwendung des Schwellenwerts auf Verschmelzungen durch Neugründung (Rz 56) sind noch nicht zu Ende gedacht. Ebenso wie bei der Behandlung von Gemeinschaftsunternehmen wäre es in solchen Fällen uE nicht statthaft, die miteinander verschmolzenen Vermögenswerte für die Bestimmung des Wertes der Gegenleistung zu addieren. Damit würde wiederum eine Situation fingiert werden, in der ein Unternehmen für seinen eigenen Erwerb bezahlt. Dies widerspricht dem in § 9 Abs 4 Z 4 angelegten Begriff und Konzept der "Gegenleistung".
- (17) Der Leitfaden sollte auch Kriterien zur Beurteilung der Frage ausarbeiten, welches Unternehmen bei der Verschmelzung durch Neugründung als Erwerber bzw als erworbenes Unternehmen zu betrachten ist.

#### **4 Keine zwingende Zusammenfassung von Erwerbsvorgängen bei "Staggered Transactions"**

- (18) In Rz 13 wird darauf hingewiesen, dass einzelne Erwerbsvorgänge, die in einem engen sachlichen und zeitlichen Konnex stehen, zur Berechnung des Werts der Gegenleistung zusammenzufassen sind.
- (19) Für Österreich ist dem (nur) insoweit beizupflichten, als das KartG in § 20 den Grundsatz der "wirtschaftlichen Betrachtungsweise" verankert, wonach "*für die Beurteilung eines Sachverhalts in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts maßgeblich [ist]*". Es handelt sich dabei um eine besondere Form der teleologischen Auslegung. Als Auslegungsregel dient die "wirtschaftliche Betrachtungsweise" der Interpretation privatwirtschaftlicher Rechtsbegriffe und gesetzlicher Tatbestände.
- (20) Ein Paradebeispiel wäre die Auslegung des Gesetzesbegriffs des "Zusammenschlusses" dahingehend, dass mehrere formal zwar getrennte Erwerbsvorgänge unter bestimmten Voraussetzungen nicht separat, sondern eben als ein (einheitlicher) Zusammenschluss zu betrachten sind; bspw dann, wenn zwei in Wahrheit zusammengehörige Vorgänge künstlich – im Sinn einer Umgehung – aufgesplittet würden und bei separater Betrachtung keiner der beiden Schritte die Transaktionswert-Schwelle überschreiten würde.
- (21) Ein bloß enger sachlicher und zeitlicher Kontext einzelner Erwerbsvorgänge gebietet nach österreichischer Rechtslage jedoch nicht unweigerlich eine Zusammenrechnung für die Zwecke der Berechnung des Werts der Gegenleistung. Etwa wäre uE nicht statthaft eine Zusammenrechnung vorzunehmen, wenn sich zwei oder mehrere Unternehmen zusammenschließen, um ein Zielunternehmen zu erwerben, nur um dieses anschließend sofort untereinander aufzuspalten.
- (22) Ein wesentlicher Unterschied für Österreich folgt aber auch daraus, dass es hier – anders als in Deutschland nach § 38 Abs 5 GWB oder auf Ebene der Europäischen Union nach Art 5 Abs 2 FKVO – keine gesetzliche Zusammenrechnungsregel gibt, wonach Erwerbsvorgänge zwischen denselben Parteien innerhalb eines bestimmten Zeitfensters für die Zwecke der Schwellenberechnung als ein einziger Zusammenschluss zu behandeln sind.
- (23) Um dies an einem plakativen Beispiel zu veranschaulichen: Der Erwerb von 25% der Anteile an einem Zielunternehmen zu einem Kaufpreis knapp unterhalb der österreichischen Transaktionswert-Schwelle von EUR 200 Millionen mit einer bloßen Option (deren Ausübung noch ungewiss ist) auf den Erwerb weitere 25% zu denselben Konditionen wäre in Österreich selbst bei zeitnaher Ausübung der Option "fusionskontrollfrei". Beide Transaktionen wären – trotz engem sachlichen und zeitlichen Konnex – jeweils gesondert zu betrachten und die Transaktionswert-Schwelle nicht erfüllt.

- (24) Anzumerken ist, dass auch eine analoge Übernahme der Zusammenrechnungsregelungen, wie sie auf EU-Ebene oder in Deutschland bestehen, in den österreichischen Normenbestand in Ermangelung von Anhaltspunkten für eine planwidrige Lücke ausscheidet. Vielmehr ist von einer bewussten Entscheidung des österreichischen Gesetzgebers auszugehen mehrere, rechtlich wie wirtschaftlich selbständige, gestaffelte Transaktionen nicht gesamthaft zu beurteilen. Dies muss für die Berechnung des Werts der Gegenleistung ebenso wie für die Umsatzschwellenberechnung gelten.

## **5 Erheblicher Umfang der Inlandstätigkeit**

- (25) Der Leitfaden geht davon aus, dass die von § 35 Abs 1a Nr 4 GWB und § 9 Abs 4 Z 4 KartG geforderte erhebliche Inlandstätigkeit anhand der Art und der Intensität der marktbezogenen Tätigkeiten des Zielunternehmens zu messen ist. Dazu ist es erforderlich, einen geeigneten Indikator zur Ermittlung der Erheblichkeit zu bestimmen. In reifen, von der Erzielung von Umsätzen geprägten Märkten, könnte es sich bei diesem Indikator um den Inlandsumsatz der Zielgesellschaft handeln. Für die in den Gesetzesnovellen speziell adressierten Fallkonstellationen werde die Inlandstätigkeit jedoch an anderen Indikatoren als dem Umsatz gemessen werden müssen (vgl Rz 62).
- (26) Diese Überlegungen sind konzeptionell überzeugend. Sie entsprechen sowohl dem Wortlaut als auch der Zielsetzung der neuen Regelungen. Bei den daran anschließenden Detailüberlegungen greift der Leitfaden aber, soweit es die österreichische Rechtslage betrifft, uE unter zwei Aspekten zu kurz.
- (27) Zum ersten kennt sehr wohl auch das österreichische Fusionskontrollrecht eine Inlandsumsatzschwelle. § 9 Abs 2 KartG bestimmt, dass Zusammenschlüsse, bei denen nur eines der beteiligten Unternehmen einen Umsatz im Inland von mehr als EUR 5 Mio erzielte, nur dann anmeldebedürftig sind, wenn die übrigen beteiligten Unternehmen weltweit Umsätze von insgesamt mehr als EUR 30 Mio aufweisen. Man kann das Verhältnis des § 9 Abs 1 zu Abs 2 KartG so beschreiben, dass nach österreichischem Recht – ebenso wie nach deutschem Recht – Zusammenschlüsse grundsätzlich nur dann anmeldebedürftig sind, wenn beide beteiligten Unternehmen einen Inlandsumsatz von zumindest EUR 5 Mio aufweisen.
- (28) Der Unterschied zwischen der Rechtslage in Österreich und Deutschland besteht bloß darin, dass ein niedrigerer Inlandsumsatz bei einem der Beteiligten außer Betracht bleibt, wenn dieses Unternehmen über einen relativ hohen weltweiten Umsatz verfügt. Nach den Materialien zur KartG-Novelle 2005, im Rahmen derer diese Schwelle ins KartG eingezogen wurde, zielt diese Ausnahmeregelung auf den Fall ab, *"dass am Zusammenschluss ein (einziges) großes österreichisches Unternehmen und ein oder mehrere kleine ausländische Unternehmen beteiligt sind"*. Daraus kann man ableiten, dass auch das österreichische Recht die Relevanz von Inlandsumsätzen als Indikator für die Erheblichkeit einer marktbezogenen Tätigkeit im Inland anerkennt (und zwar bei eine Größenordnung von EUR 5 Mio).

- (29) Angesichts dessen ist die Differenzierung, die der Leitfaden in dieser Hinsicht zwischen Deutschland und Österreich vornimmt, weder notwendig noch sachgerecht. Wir regen deswegen an, Rz 80 dahingehend zu adaptieren, dass in Konstellationen, in denen der Umsatz ein geeigneter Indikator zur Ermittlung der Erheblichkeit der Inlandstätigkeit ist, auch in Österreich die Anmeldebedürftigkeit nach dem neuen Schwellenwert zu verneinen ist, wenn die Zielgesellschaft im letzten Geschäftsjahr einen Inlandsumsatzwert von EUR 5 Mio verfehlte.
- (30) Unser zweiter Kritikpunkt betrifft Rz 65, wonach in Österreich eine erhebliche Inlandstätigkeit auch dann anzunehmen sei, wenn sich ein Standort der Zielgesellschaft im Inland befindet. Der Leitfaden greift hier eine Aussage in den Materialien zum KaWeRÄG 2017 (ErlRV 1522 BlgNR XXV.GP, S. 3) auf. Bedauerlich ist, dass der Leitfaden in diesem Zusammenhang den Begriff "Standort" nicht näher erläutert. Richtigerweise – nämlich aus den in Rz 62 angeführten Gründen – spielt ein Standort in Österreich nur dann eine Rolle, wenn von der betreffenden Betriebsstätte eine marktbezogene Tätigkeit im Inland ausgeht (so wohl auch Rz 65 zweiter Satz), und zwar in der auch sonst geforderten Intensität (Erheblichkeitsschwelle).
- (31) Praktisch ist dies deswegen wichtig, weil es in Österreich eine relativ hohe Anzahl von Holdinggesellschaften für ausländische Beteiligungsunternehmen gibt. Es ist nicht selten, dass derartige Holdings in Österreich keinerlei marktbezogene Tätigkeiten entfalten, sondern ausschließlich Beteiligungserträge vereinnahmen. Für die Annahme einer Anmeldepflicht nach dem neuen § 9 Abs 4 Z 4 KartG wäre dies zu wenig, fehlt es in diesem Fall doch an einem für die hiesige Wettbewerbssituation relevanten Konnex. Wir regen an, Rz 65 und den ersten Satz in Rz 70 entsprechend zu adaptieren bzw klarer zu machen.
- (32) Betrachtet man beide oben angeführten Aspekte gemeinsam, ergibt sich, dass im zweiten Fallbeispiel im Leitfaden (Rz 94-98) auch in Österreich keine Anmeldepflicht bestünde.
- (33) Die Überlegungen zur Relevanz eines inländischen Standortes sind nach unserem Dafürhalten auch dann einschlägig, wenn an dem betreffenden Standort Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten entfaltet werden. Es sind durchaus Konstellationen vorstellbar, in denen sich inländische Forschungs- und Entwicklungseinrichtungen ausschließlich auf Produkte oder Dienstleistungen bezieht, die im Inland zum Verkauf weder angeboten werden können noch sollen. Das wäre etwa dann der Fall, wenn sich die Forschung auf Nahrungsmittel bezieht, die im Inland aus Gründen des Gesundheitsschutzes nicht zum Vertrieb zugelassen sind. Es besteht kein Grund, in solchen Fällen von einer erheblichen Inlandstätigkeit auszugehen. Eine diesbezügliche Klarstellung im Leitfaden wäre wünschenswert.

## **6 Inlandsauswirkung vs erhebliche Inlandstätigkeit**

- (34) Das Verhältnis zwischen der hinreichenden Inlandsauswirkung nach § 24 Abs 2 KartG und der erheblichen Inlandstätigkeit nach § 9 Abs 4 KartG wird vom Leitfa-

den bewusst offengelassen. Rz 9 und 72 suggerieren allerdings, dass es einen möglichen Anwendungsbereich für Sachverhalte gibt, bei denen die Zielgesellschaft zwar in erheblichem Umfang im Inland tätig ist, es aber dennoch an der Inlandsauswirkung nach § 24 Abs 2 KartG mangelt.

- (35) UE sind derartige Konstellationen (zumindest in der derzeitigen Praxis der österreichischen Wettbewerbsbehörden) nicht denkbar: Lt dem Standpunkt der BWB zu Inlandsauswirkungen von Zusammenschlüssen – auf die der gegenständliche Leitfaden verweist – sollen durch § 24 Abs 2 KartG nämlich "*nur jene Fälle von vorne herein ausgeschieden werden, die offensichtlich und ohne Zweifel keinen Österreichbezug aufweisen, also im Ausland vollzogen werden und sich auch sonst nicht auf den österreichischen Markt auswirken*". Überdies ist nach dem Standpunkt das Kriterium der fehlenden Inlandsauswirkung restriktiv auszulegen, sodass im Zweifel von der Anmeldebedürftigkeit auszugehen ist.
- (36) Um Missverständnissen vorzubeugen, sollte uE der Verweis auf die Inlandsauswirkung nach § 24 Abs 2 KartG entweder gestrichen oder – diese Vorgehensweise wird von uns favorisiert – klargestellt werden, dass die Schwelle des § 9 Abs 4 KartG höher ist als jene des § 24 Abs 2 KartG und daher jeder Sachverhalt mit erheblicher Inlandstätigkeit des Zielunternehmens iSv § 9 Abs 4 KartG unweigerlich auch das Wirkungsprinzip nach § 24 Abs 2 KartG erfüllt.
- (37) Eine mangelnde Inlandsauswirkung könnte uE nur dann bestehen, wenn das Konzept der "erheblichen Inlandstätigkeit" des Zielunternehmens entgegen dem Grundsatz der wirtschaftlichen Betrachtungsweise (§ 20 KartG) ausufernd und formalistisch angewandt würde.
- (38) Der Leitfaden scheint leider zT überschießend zu sein und reklamiert Sachverhalte in die neue Aufgriffsschwelle, bei denen selbst nach der derzeitigen weiten Auslegung der Inlandsauswirkung, kein hinreichender Inlandsbezug iSv § 24 Abs 2 KartG angenommen würde, wie bspw in den folgenden Konstellationen:
- a. eine österreichische Zwischenholding fungiert als bloßes Akquisitionsvehikel für das Zielunternehmen ohne inländischen Marktbezug (siehe oben); oder
  - b. ein im Inland befindlicher Technologie-/F&E Standort für nicht im Inland relevante Entwicklungen wird erworben (Rz 65 iVm Rz 71).
- (39) Dadurch wird dem Kriterium der erheblichen Inlandstätigkeit jeglicher Gehalt entzogen.

## **7 Zur Einbeziehung (verzinslicher) Verbindlichkeiten in den Wert der Gegenleistung**

- (40) Der Leitfaden widmet dem *Wert der Gegenleistung* in Summe 16 von 30 Seiten. Bereits diese Tatsache ist ein klares Zeichen, dass die Berechnung der Gegenleistung im Detail komplexer ist, als es der Gesetzeswortlaut auf den ersten Blick

vermuten lässt. Demnach ist das Tatbestandselement des § 9 Abs 4 Z 3 KartG erfüllt, wenn "der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss mehr als 200 Millionen Euro beträgt".

- (41) Im Unterschied zu Deutschland (vgl § 38 Abs 4a GWB) wird der Begriff der Gegenleistung in Österreich nicht im Gesetz definiert. Lediglich die österreichischen Gesetzesmaterialien<sup>4</sup> stellen klar, dass die Gegenleistung neben dem Kaufpreis auch den Wert etwaiger vom Erwerber übernommener Verbindlichkeiten umfassen soll. Da der österreichische Gesetzgeber auf eine Legaldefinition verzichtet hat, muss der Begriff der Gegenleistung nach österreichischem Recht ausgelegt werden.
- (42) Legt man die Formulierung des "Werts der Gegenleistung" nach ihrem Wortlaut aus, gelangt man bereits auf dieser Stufe zu dem Ergebnis, dass Verbindlichkeiten schlichtweg nicht davon umfasst sein können. Gegenleistung ist nämlich allgemein nur das, was der Veräußerer vom Käufer erhält.<sup>5</sup> Von diesem Grundverständnis ist ganz offensichtlich auch der deutsche Gesetzgeber ausgegangen; andernfalls wäre die gesetzliche Klarstellung in § 38 Abs 4a GWB in Form der Legaldefinition, wonach auch Verbindlichkeiten umfasst sein sollen, überflüssig.
- (43) Auch die Lektüre der österreichischen Gesetzesmaterialien wirft grundlegende Fragen auf. In Anlehnung an den deutschen Gesetzeswortlaut wird dort festgehalten, dass der Wert der Gegenleistung auch die "vom Erwerber übernommenen Verbindlichkeiten" umfassen soll. In der überwiegenden Zahl der Fälle (nämlich beim Anteilserwerb an einer Kapitalgesellschaft) handelt es sich jedoch weder um Verbindlichkeiten des Veräußerers noch des Erwerbers, sondern um Verbindlichkeiten der Zielgesellschaft. Aus Rz 50 ist nicht ersichtlich, ob es sich hierbei bloß um eine undeutliche Formulierung handelt oder tatsächlich – dem Wortlaut entsprechend – nur Verbindlichkeiten umfasst sein sollen, die vom Erwerber selbst übernommen werden. Einige Formulierungen in Rz 50 deuten jedoch darauf hin, dass tatsächlich – und eindeutig entgegen dem Wortlaut der österreichischen Gesetzesmaterialien – auch Verbindlichkeiten der Zielgesellschaft beachtlich sein sollen.<sup>6</sup> Dies wäre nur dann richtig, wenn der Gesetzgeber zur Berechnung der Gegenleistung auf den so genannten *enterprise value* hätte abstellen wollen.
- (44) Auch systematisch-teleologische Überlegungen werfen Zweifel dahingehend auf, ob es aus fusionskontrollrechtlicher Sicht sinnvoll ist, Verbindlichkeiten der Zielgesellschaft in den Wert der Gegenleistung einzubeziehen. Die österreichische Fusionskontrolle will bekanntlich verhindern, dass durch externes Unternehmenswachstum eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird. Nach

---

<sup>4</sup> 1522 der Beilagen XXV. GP – RV – Erläuterungen.

<sup>5</sup> Dieses Verständnis wird dem Begriff Gegenleistung auch in anderen Gesetzesstellen unterstellt (siehe zB § 1052 ABGB).

<sup>6</sup> Siehe Rz 50 3., 4. und vorletzter Satz. Anders könnte jedoch Rz 51 gedeutet werden. Auch die deutschen Materialien schweigen zu dieser Thematik (siehe BT-Drs 18/10207, S 77-78).

§ 4 Abs 1 Z 2 KartG ist für die Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung vor allem auch die Finanzkraft zu berücksichtigen. Die Einbeziehung von Verbindlichkeiten der Zielgesellschaft würde diesen Aspekt völlig ausblenden, weil der Erwerb eines Unternehmens mit einem hohen Verschuldungsgrad in Bezug auf die Berechnung des Werts der Gegenleistung gleich behandelt würde, wie wenn dasselbe Unternehmen auf "finanziell gesunden Beinen" stünde.

- (45) Zusammengefasst scheint uns höchst fragwürdig, ob die Einbeziehung von Verbindlichkeiten in den Wert der Gegenleistung (zumindest nach der österreichischen Rechtslage) statthaft ist. Eine gesetzliche Klarstellung wäre wünschenswert, andernfalls wird diese zentrale (Auslegungs-)Frage in Zukunft gerichtlich zu klären sein.
- (46) Abschließend sei darauf hingewiesen, dass der Ausschluss von Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen (siehe Rz 50) nicht in jedem Fall zutreffend ist. Denn auch solche Verbindlichkeiten haben oftmals Finanzierungscharakter und sind im Übrigen nach Ablauf der vereinbarten Zahlungsziele idR auch verzinslich.

## **8 Einheitlicher zeitlicher Anknüpfungspunkt für Bestimmung des "Werts der Gegenleistung" und der "erheblichen Inlandstätigkeit"**

- (47) Der Leitfaden weist zurecht darauf hin, dass *de lege lata* für die Frage der Anmeldepflicht (und damit für die Beurteilung der Kriterien des § 9 Abs 4 KartG) der Zeitpunkt des Vollzugs des Zusammenschlusses relevant ist (Rz 27). Dies wird aber dann in weiterer Folge nicht konsequent "durchgehalten".
- (48) Etwa scheint der Leitfaden für das Kriterium der erheblichen Inlandstätigkeit des Zielunternehmens auf seine aktuelle Tätigkeit im Zeitpunkt der Anmeldung abzustellen (Rz 67), was nicht mit dem Gesetz in Einklang gebracht werden kann. Es steht auch im Spannungsverhältnis zu der Intention des Gesetzgebers, Zusammenschlüsse zu erfassen, bei denen (digitale) Unternehmen zu einem hohen Preis gekauft werden, die nur geringe Umsätze erzielen. Diese können unmittelbar vor der Markteinführung in Österreich stehen und bei Vollzug des Vorhabens schon in Österreich aktiv sein.
- (49) Vor diesem Hintergrund sowie aus Konsistenzgründen empfehlen wir daher *de lege lata* einheitlich auf den Zeitpunkt des Vollzugs abzustellen. *De lege ferenda* wäre uE wünschenswert, auf das "Signing" abzustellen. Auch die FKVO stellt auf einen solchen früheren Zeitpunkt ab. Nach Rz 156 der Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen nach der FKVO ist Stichtag für die Feststellung der Zuständigkeit der Kommission für einen Zusammenschluss das Datum des zuerst eintretenden der folgenden Ereignisse: Abschluss des rechtsverbindlichen Vertrags, Veröffentlichung des Übernahmeangebots, Erwerb einer Kontrollbeteiligung oder erste Anmeldung.

## 9 Weitere Anregungen

- (50) Wir verstehen Fn 1 des Leitfadens, wonach dieser den Bundeskartellanwalt ("**BKANw**") nicht binden könne, dahingehend, dass der BKANw bislang in die zeitintensive Abstimmung zwischen BWB und BKartA noch nicht eingebunden worden ist. Nach § 11 Abs 1 iVm § 40 KartG ist der BKANw bekanntlich (neben der BWB) als zweite Amtspartei befugt, beim Kartellgericht die Prüfung eines Zusammenschlusses zu beantragen. Vor diesem Hintergrund wäre es aus Sicht der Rechtsunterworfenen wünschenswert, wenn die finale Fassung des Leitfadens auch mit dem BKANw abgestimmt wird und dessen Standpunkt entsprechend widerspiegelt. Andernfalls müssten Einzelfallkonstellationen, selbst wenn sie vom Leitfaden behandelt werden, stets parallel mit dem BKANw abgeklärt werden.
- (51) Bereits der Umfang des Leitfadens ist ein Beleg für die Komplexität der Transaktionswert-Schwelle in der praktischen Handhabung. Wir regen daher an, dass die involvierten Wettbewerbsbehörden beider Länder konkrete Anwendungsfälle auf ihren jeweiligen Websites anlassfallbezogen veröffentlichen und – idealerweise – auch den Leitfaden in regelmäßigen Abständen aktualisieren.
- (52) Rz 46 etabliert in seinem letzten Satz eine uE unzulässige Beweislastumkehr bezüglich der Richtigkeit des Wertgutachtens. Es ist zwar selbstredend, dass die Anmelder ihre Erwägungen / Überlegungen zur Wertermittlung darlegen müssen/werden, eine Beweislastumkehr (wie dies anscheinend Rz 46 vor Augen hat) kann damit aber nicht einhergehen. Das KartG überträgt an mehreren Stellen die Beweislast ausdrücklich Unternehmern bzw Parteien (§ 4 Abs 2 Z 3, § 4 Abs 2a Z 2, § 5 Abs 2, § 37f KartG). Art 9 Abs 4 KartG enthält hingegen keine solche Übertragung der Beweislast. Da im Verfahren vor der BWB auch der Ermittlungsgrundsatz iSd AVG gilt, obliegt ihr im Fall einer Überprüfung die Widerlegung der Richtigkeit der Wertbestimmung. Im Sinne der Rechtssicherheit schlagen wir daher vor, den letzten Satz der Rz 46 zu streichen.
- (53) Allgemein möchten wir die Behörden ersuchen, den Aufwand für die Unternehmen in der Handhabung des neuen Tests "schlank" zu halten. Wir gehen auf Basis der bisherigen Erfahrungswerte davon aus, dass gerade bei großen Fusionen die Schwelle von EUR 200 Mio bzw EUR 400 Mio idR eindeutig überschritten sein wird. Im Sinne der leichten Administrierbarkeit der Schwellenwerte hoffen wir, dass in solchen eindeutigen Fällen (ähnlich wie in der derzeitigen Handhabung der Umsatzschwellenwerte) keine erhöhten Beweiserfordernisse an die Zusammenschlussparteien gestellt werden. Insbesondere eine detaillierte Auseinandersetzung zur Plausibilisierung des Werts der Gegenleistung (zB mittels Bestätigungen durch die betroffenen Unternehmensleitungen oder Wertgutachten etc, Rz 20) ist uE in diesen Fällen entbehrlich. Die Tatsache, dass eine Anmeldung vorgenommen wird, sollte indizieren, dass die Schwellen erfüllt werden, ohne dass es hierzu eines weiteren Beweises bedarf.
- (54) Anmerken möchten wir in diesem Zusammenhang auch, dass wir die Bestätigung der Unternehmensleitung (iSv Rz 20) vor allem als ein (exkulperendes) Instru-

ment zur Dokumentation erachten, dass die Schwellen aus Sicht der Zusammenschlussbeteiligten nicht erreicht werden. Konsequenterweise wird in diesen Fällen zumeist auch keine Anmeldung erfolgen, sodass wir vorschlagen, die "Verfallsfrist" (90 Tage) vom Closing oder Signing (und nicht vom Zeitpunkt der Anmeldung, die es dann nicht gibt) zu berechnen.

- (55) Abschließend weisen wir darauf hin, dass die Berücksichtigung von Zahlungen für einen Wettbewerbsverzicht bei der Berechnung des Werts der Gegenleistung – anders als in Rz 58 vorgesehen – nicht allein deshalb statthaft ist, wenn ohne den Wettbewerbsverzicht ein anderer Wert der Gegenleistung vereinbart worden wäre. Konkret sind Zahlungen für einen Wettbewerbsverzicht nur dann berücksichtigungsfähig, wenn und soweit das vereinbarte Wettbewerbsverbot funktionsnotwendig (iS einer Nebenabrede) mit dem Zusammenschluss verbunden ist. Nach § 9 Abs 4 KartG relevant ist nur der "Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss"; dies inkludiert Zahlungen für die Einhaltung funktionsnotwendiger Nebenabreden, die Teil des Zusammenschlusses sind, nicht jedoch Zahlungen für darüberhinausgehende (wettbewerbsbeschränkender) Vereinbarungen, die Art 101 AEUV bzw § 1 KartG unterliegen.

Abschließend möchten wir uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme im Rahmen dieses Konsultationsprozesses bedanken und hoffen, mit unserem Beitrag ein paar wertvolle Gedankenanstöße aus der Beratungspraxis geliefert zu haben. Falls Sie Rückfragen zu unserer Stellungnahme haben, stehen wir gerne zur Verfügung.

*H. Wollmann / F. Urlesberger / V. Weiss / C. Haid*