

Stellungnahme zum Entwurf des Leitfadens zu den Transaktionswert-Schwellen
(§ 35 Abs. 1a GWB und § 9 Abs. 4 KartG)

Diese Stellungnahme bespricht einzelne ausgewählte Aspekte des vom Bundeskartellamt (BKartA) und von der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) am 14. Mai 2018 veröffentlichten Entwurfs eines Leitfadens zu den Transaktionswert-Schwellen gemäß § 35 Abs. 1a GWB und § 9 Abs. 4 KartG.

A. Wert der Gegenleistung

1. Das „infrage stehende“ Zusammenschlussvorhaben

Der Entwurf hält – völlig richtig – fest, dass sich der Wert der Gegenleistung „*nur auf das infrage stehende Zusammenschlussvorhaben*“ bezieht (Rn. 13). Von der Wertbestimmung seien daher z.B. bereits gehaltene bzw. getauschte Unternehmensanteile nicht umfasst.

Wünschenswert wäre allerdings eine nähere Erläuterung, worum es sich bei dem „*infrage stehenden Zusammenschlussvorhaben*“ im Einzelfall handeln würde. Es wäre z.B. eine Klarstellung dahingehend angebracht, dass nur Gegenleistungen für Erwerbsvorgänge, die *im Ergebnis* einen Zusammenschlusstatbestand erfüllen, für die Bestimmung des Transaktionswerts heranzuziehen sind. Bei einem Erwerb von gemeinsamer Kontrolle z.B. sollen nur die Gegenleistungen in die Berechnung miteinbezogen werden, die auf jene Unternehmen entfallen, die gemeinsame Kontrolle erwerben. Gegenleistungen, die von etwaigen weiteren Erwerbern von nicht-kontrollierenden Beteiligungen erbracht werden, sollten nicht miteinbezogen werden, sofern diese zusätzlichen Erwerbsvorgänge nicht rechtlich oder wirtschaftlich als einheitlicher Vorgang gemeinsam mit dem Erwerb gemeinsamer Kontrolle anzusehen sind. Angedeutet ist dieses Verständnis in Rn. 54 des Entwurfs, wonach bei der Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens durch mehrere Beteiligte die Summe der Gegenleistungen aller Beteiligten heranzuziehen sein soll. Klargestellt werden sollte dort aber, dass Beteiligte nur jene Unternehmen sind, die am Gemeinschaftsunternehmen gemeinsame Kontrolle haben werden.¹

Inwieweit zeitgleiche oder in zeitlicher und sachlicher Nähe stattfindende Erwerbsvorgänge – etwa der Erwerb gemeinsamer Kontrolle durch zwei beteiligte Unternehmen und der Erwerb einer nicht-kontrollierenden 25%-Beteiligung durch ein weiteres Unternehmen am

¹ Fußnote 17 des Entwurfs besagt, dass an den im Leitfaden benutzten Begriff des Gemeinschaftsunternehmens „*keine weiteren Voraussetzungen geknüpft*“ seien „*wie bspw. die gemeinsame Kontrolle*“. Dann wird aber darauf hingewiesen, dass ein Gemeinschaftsunternehmen i.S.d. (österreichischen) KartG gemeinsame Kontrolle der Muttergesellschaften voraussetzt. Obwohl das GWB den Begriff des Gemeinschaftsunternehmens nicht kennt, wird man davon ausgehen können, dass der Begriff Gemeinschaftsunternehmen jedenfalls gemeinsame Kontrolle von mindestens zwei Gesellschaftern voraussetzt. Wenn mit dieser Fußnote neugegründete Unternehmen, an denen mindestens zwei Anteilseigner zumindest jeweils 25% halten, aber nicht gemeinsame Kontrolle halten, als „Gemeinschaftsunternehmen“ erfasst werden sollten, sollte dies klar gesagt werden. Vorzuziehen wäre es aber, nur gemeinsam kontrollierte Gemeinschaftsunternehmen auch für Zwecke des Leitfadens als „Gemeinschaftsunternehmen“ zu bezeichnen.

gleichen Zielunternehmen – als einheitlicher Vorgang anzusehen sind, ist eine davon zu unterscheidende Frage (siehe dazu sogleich).

2. Zusammenrechnung von mehreren Erwerbsvorgängen

(a) Erwerbsvorgänge in engem sachlichen und zeitlichen Konnex

Der Entwurf führt aus, dass „*einzelne Erwerbsvorgänge, die in einem engen sachlichen und zeitlichen Konnex stehen*“, zur Bestimmung des Werts der Gegenleistung und der Prüfung des Zusammenschlusses zusammenzufassen seien (Rn. 13). Der Entwurf denkt hier offenbar insbesondere an Erwerbsvorgänge, die für sich betrachtet gar keinen Zusammenschlussstatbestand erfüllen, wie etwa den Erwerb durch einen Erwerber von Anteilen von mehreren Anteilseignern, wobei der Erwerber im Ergebnis alleinige Kontrolle erwirbt oder die 25%- oder 50%-Beteiligungsschwelle erreicht.²

Der Entwurf sollte aber auch klarstellen, ob und inwieweit einzelne Erwerbsvorgänge durch mehrere Erwerber, sofern der Zusammenschluss nicht im Erwerb gemeinsamer Kontrolle besteht, zusammenzurechnen sind.³ Nicht angesprochen wird in diesem Zusammenhang insbesondere, ob bei mehreren Erwerbern nur solche Erwerbsvorgänge zusammenzurechnen sind, von denen jeder für sich selbst einen eigenständigen Zusammenschlussstatbestand erfüllt.⁴ Eine Zusammenrechnung sollte jedoch, wenn überhaupt, nur erfolgen, wenn und insoweit diese Erwerbsvorgänge rechtlich oder wirtschaftlich wechselseitig bedingt sind, nicht aber, wenn einzelne Erwerbsvorgänge auch ohne die jeweils anderen stattfinden würden.⁵

(b) Erwerbsvorgänge, die innerhalb von zwei Jahren stattfinden

Das GWB enthält eine ausdrückliche Regelung, wonach zwei oder mehrere Erwerbsvorgänge innerhalb von zwei Jahren zwischen denselben beteiligten Unternehmen als einziger Zusammenschluss behandelt werden, wenn dadurch erstmals die Umsatzschwellen gemäß § 35 Abs. 1 oder die Transaktionswert-Schwelle gemäß § 35 Abs. 1a erreicht werden (siehe § 38 Abs. 5 GWB).

Das KartG enthält keine derartige Regelung. Es wäre wünschenswert, im Leitfaden klarzustellen, inwieweit für Zwecke der österreichischen Zusammenschlusskontrolle – und somit

² So jedenfalls das Beispiel I b (siehe Rn. 13 des Entwurfs).

³ Beispielsfälle wären etwa der parallele Erwerb von 25%-Beteiligungen an selben Zielunternehmen durch mehrere Erwerber, ohne dass es zur Begründung von gemeinsamer Kontrolle kommt, oder der Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung und Kontrolle durch einen Erwerber und der gleichzeitige Erwerb einer nicht-kontrollierenden Beteiligung von 25% an derselben Zielgesellschaft durch einen anderen Erwerber.

⁴ Wie etwa der Erwerb einer unter 25% liegenden Beteiligung, die weder alleinige noch gemeinsame Kontrolle, noch wettbewerblich erheblichen Einfluss vermittelt, durch ein weiteres Unternehmen im Rahmen einer größeren Transaktion, an der z.B. ein anderer Erwerber alleinige Kontrolle am Zielunternehmen erwirbt.

⁵ Der Entwurf äußert sich dazu in Rn. 52, allerdings nur in Bezug auf die Neugründung von Gemeinschaftsunternehmen. Es wäre wünschenswert, wenn der Leitfaden auch andere mögliche Konstellationen erörtern würde, wie z.B. den erwähnten parallelen Erwerb von nicht-kontrollierenden 25%-Beteiligungen durch mehrere Erwerber.

auch für eine etwaige Zusammenrechnung von Transaktionswerten – eine ähnliche oder gleichlautende Regelung in der Verwaltungspraxis der BWB zur Anwendung kommen soll.⁶

3. Bewertungszeitpunkt

Für die Ermittlung des Transaktionswerts soll es grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Vollzugs des Zusammenschlusses ankommen (Rn. 27-28). Während zwar „*hilfsweise*“ auf den Zeitpunkt der Prüfung der Anmeldepflicht abgestellt werden könne (Rn. 49), bleibt aber dennoch ausschließlich der Zeitpunkt des Vollzugs des Zusammenschlusses maßgeblich (Rn. 27). Wie der Leitfaden selbst einräumt, kann es bei einem schwankenden Wert der Gegenleistung zu einer Situation kommen, in der die Transaktionswert-Schwelle erstmals im Zeitpunkt des Vollzugs überschritten ist. In Zweifelsfällen würde sich eine Anmeldung empfehlen (Rn. 27).

Selbst wenn derartige Zweifelsfälle in der Praxis insgesamt eher selten zu erwarten sind, ist die damit verbundene Rechtsunsicherheit erheblich. Dass das Vorliegen einer Anmeldepflicht somit in manchen Fällen nicht eindeutig beurteilt werden kann und Parteien eines Zusammenschlusses im Grunde genötigt sind, eine „vorsorgliche“ Anmeldung einzubringen, obwohl unter Umständen letztlich gar keine Anmeldepflicht entsteht, widerspricht dem Erfordernis, dass Zuständigkeitsfragen in Bereich der Zusammenschlusskontrolle eindeutig und klar feststellbar sein sollen.⁷ Die Unbestimmtheit bzw. die Unbestimmbarkeit einer etwaigen Anmeldepflicht (mit dem daran anknüpfenden bußgeldbewehrten Vollzugsverbot) wirft nicht zuletzt schwerwiegende Bedenken im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot auf.⁸

⁶ Vorbehaltlich einer ausdrücklichen Klarstellung durch den Gesetzgeber, die einer informellen Verwaltungspraxis seitens der BWB selbstverständlich vorzuziehen wäre.

⁷ Siehe dazu die *Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures* des *International Competition Network* (Fassung Mai 2017). Das ICN empfiehlt Schwellenwerte, die „klar, verständlich und leicht anwendbar“ sind, und eine klare Abgrenzung von anmeldepflichtigen und nicht-anmeldepflichtigen Zusammenschlüssen ermöglichen („*clear, understandable, and easily administrable ‚bright-line‘ tests*“). Anmelde-schwellenwerte sollen zudem objektiv quantifizierbar sein; Beispiele für nicht objektiv quantifizierbare Schwellenwerte sind Marktanteilsschwellen oder transaktionsbezogene wettbewerbliche Auswirkungen. Während der Transaktionswert zwar grundsätzlich objektiv quantifizierbar ist, erfüllt ein Kriterium, das auf einen zukünftigen Zeitpunkt bezogen ist, schwerlich dieses Objektivitätserfordernis. Sowohl das BKartA als auch die BWB gehören dem *International Competition Network* an.

Auch die Europäische Kommission betont in ihrer Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Fusionskontrollverordnung (OJ 2008 C 95/1), dass die rein umsatzbezogenen Schwellenwerte der Fusionskontrollverordnung einen „*einfachen und objektiven Mechanismus bieten, den die an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen leicht anwenden können, um festzustellen, ob ihre Transaktion gemeinschaftsweite Bedeutung hat und daher angemeldet werden muss*“ (Rn. 127). Die Mitteilung bezieht sich an anderer Stelle und in anderem Zusammenhang auch ausdrücklich auf die „*Notwendigkeit, bei der Umsatzermittlung präzise, zuverlässige Kriterien zu Grunde zu legen, um die Zuständigkeit leicht festzustellen zu können*“ (Rn. 184).

Siehe auch die Schlussanträge der Generalanwältin Kokott in C-202/06 *Cementbouw* (2006): „*Außerdem muss aus der Sicht sorgfältiger Wirtschaftsteilnehmer schon vor der tatsächlichen Erfüllung einer etwaigen Anmeldepflicht objektiv feststellbar sein, ob ihr Zusammenschlussvorhaben in den Anwendungsbereich der Fusionskontrollverordnung und damit in die Zuständigkeit der Kommission fällt. Nur so können diese Wirtschaftsteilnehmer sich rechtmäßig verhalten und ihrer Anmeldepflicht sowie dem Vollzugsverbot, die jeweils bußgeldbewehrt sind, überhaupt zuverlässig nachkommen.*“ (Rn. 45) [Hervorhebung hinzugefügt].

⁸ Siehe Art. 20 III GG und Art. 18 i.V.m. Art. 83 Abs. 2 B-VG. Art. 20 III GG lässt im Grunde wenig Interpretationsspielraum: „*Alle staatlichen Aktionen müssen ein Minimum an Messbarkeit und Voraussehbarkeit aufweisen. Es muss dem Einzelnen anhand des Gesetzestextes voraussehbar sein, was rechtens ist. Dies gilt für*

Es sollte für die Ermittlung des Transaktionswerts stattdessen auf den Zeitpunkt der vertraglichen Einigung abgestellt werden. Dies wäre auch nicht grundsätzlich inkonsistent mit der Regel, dass die Anmeldepflicht nach den rein umsatzbezogenen Schwellenwerten des § 37 Abs. 1 GWB und § 9 Abs. 1 KartG ebenfalls zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses zu bewerten sind. Der Unterschied zur Bestimmung des Transaktionswerts liegt darin, dass bei den Umsatzschwellenwerten auf das letzte Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss abgestellt wird und somit die relevanten Umsätze typischerweise bereits im Zeitpunkt der vertraglichen Einigung und jedenfalls im Zeitpunkt der Anmeldung eindeutig festgestellt werden können.⁹ Praktisch ist zudem wohl davon auszugehen, dass in den meisten Fällen der Transaktionswert, wie er zum Zeitpunkt der Anmeldung (und damit regelmäßig unmittelbar vor oder nach Vertragsabschluss) festgestellt wird, im Vollzugszeitpunkt gleich oder zumindest annähernd gleich ausfallen würde.

Sofern der Leitfaden am Zeitpunkt des Vollzugs als dem für die Transaktionswertbestimmung maßgeblichen Zeitpunkt festhält, lässt der Entwurf eine nicht unwesentliche Frage unbeantwortet: Der Entwurf äußert sich nicht dazu, inwieweit eine Freigabeentscheidung (insbesondere, wenn sie mit Bedingungen oder Auflagen versehen wurde) oder eine Verbotsentscheidung aufrecht bleibt, falls im Zeitpunkt des Vollzugs die Transaktionswert-Schwelle letzten Endes doch nicht erreicht ist. Der Leitfaden sollte für diesen Fall klarstellen, dass die Zuständigkeit zur Prüfung des Zusammenschlusses – und damit die Rechtsgrundlage für die ergangene Freigabe- oder Verbotsentscheidung – nachträglich wegfallen würde bzw. nie entstanden ist. Die Parteien sollten Gewissheit haben, dass etwaige Bedingungen oder Auflagen oder eine etwaige Verbotsentscheidung gegenstandslos geworden wären und sollten sich auch gegenüber dritten Parteien auf die Gegenstandslosigkeit dieser Bedingungen und Auflagen bzw. eines eventuellen Verbots berufen können.¹⁰

4. Haftungsübernahmen

Der Vollständigkeit halber sollte der Leitfaden erläutern, inwieweit eine etwaige Haftungsübernahme (z.B. für bloß potenzielle Forderungen) durch den Erwerber für die Bewertung der Gegenleistung heranzuziehen ist und auch dafür klarstellen, dass eine plausible Bewertung, die auch die Wahrscheinlichkeit des Haftungseintritts berücksichtigt, ausreichend ist.

5. Verschmelzung

Bei einer Verschmelzung durch Neugründung (Rn. 56) sollte es darauf ankommen, was die Anteilseigner der untergehenden Gesellschaften als Gegenleistung für ihre Anteile erhalten.

den Tatbestand wie für die Rechtsfolge.“ Die Judikatur des österreichischen Verfassungsgerichtshofs fordert eine „klare und eindeutige“ sowie „vorhersehbare“ Zuständigkeitsregelung (etwa VfSlg. 14192/1995 oder G203/2014).

⁹ Dies wäre nur dann nicht der Fall, wenn der Vollzug des Zusammenschlusses in dem der Anmeldung folgenden Geschäftsjahr erfolgt und die Umsätze im laufenden Geschäftsjahr wesentlich von den Umsätzen im vorhergegangenen Geschäftsjahr abweichen würden.

¹⁰ Den Parteien sollte, wiederum aus Gründen der Rechtssicherheit, die Möglichkeit offenstehen, eine Feststellung durch das BKartA, die BWB bzw. der zuständigen Gerichte (insbesondere des Kartellgerichts in Österreich im Falle einer Verbotsentscheidung) zu erwirken, dass Bedingungen, Auflagen, oder eine Verbotsentscheidung gegenstandslos geworden sind. Dies sollte zwar bereits auf der Grundlage der geltenden Rechtslage möglich sein, eine Klarstellung im Leitfaden, dass dies auch dem Verständnis des BKartA bzw. der BWB entspricht, wäre aber dennoch wünschenswert.

Der Transaktionswert sollte in der Differenz zwischen dem Wert der vor der Verschmelzung und der nach der Verschmelzung gehaltenen Anteile über alle Anteilseigner liegen.¹¹

Hier schiene es vertretbar, die Wertzuwächse bei allen Anteilseignern zu summieren, da der gesamte Verschmelzungsvorgang als einheitlicher Zusammenschlussvorgang angesehen werden muss.

B. Erhebliche Inlandstätigkeit

1. Inlandstätigkeit unabhängig vom relevanten geographischen Markt

Der Entwurf weist darauf hin, dass ungeachtet der Bestimmung des Inlandsbezugs die allgemeinen Anwendungsvoraussetzungen in Bezug auf die Inlandsauswirkung nach § 185 Abs. 2 GWB bzw. § 24 Abs. 1 KartG gelten (Rn. 9 und 72). Wünschenswert wäre hier eine klare Stellungnahme im Leitfaden, dass das Kriterium der „erheblichen Inlandstätigkeit“ über die allgemeine Anwendungsvoraussetzung der „Inlandsauswirkung“ hinausgeht und daher ein „engeres“ Kriterium als das – von den Behörden tendenziell sehr weit ausgelegte – Kriterium der „Inlandsauswirkung“. Schon alleine wegen des klaren Wortlauts des § 37 Abs. 1a GWB und § 9 Abs. 4 KartG erfordert eine „erhebliche Inlandstätigkeit“ jedenfalls eine Tätigkeit im Inland, und zwar unabhängig vom relevanten geographischen Markt.¹²

Eine Tätigkeit lediglich auf einem geographischen Markt, der das Inland umfasst, auch wenn keine Tätigkeit im Inland entfaltet wird, reicht demnach nicht, um das Kriterium der „erheblichen Tätigkeit im Inland“ zu erfüllen. Dieses Verständnis stünde auch in Einklang mit dem Erfordernis, dass die Beurteilung von Zuständigkeitsfragen unabhängig von objektiv schwer oder gar nicht eindeutig zu beurteilenden Fragen wie der Abgrenzung von sachlich und geographisch relevanten Märkten erfolgen soll.¹³

2. Relevanz des sachlich relevanten Markts

Wünschenswert wäre zudem eine Klarstellung, dass sich die Bemessung der Erheblichkeit zumindest an plausiblen sachlichen Marktabgrenzungen orientieren soll und nicht absolut nach bestimmten Umsatz-, Nutzer- oder anderen Kennzahlen zu bemessen ist, ohne diese mit dem sachlich relevanten Marktumfeld in Beziehung zu setzen.

3. Definition Zielunternehmen

Sowohl für Deutschland als auch für Österreich wünschenswert wäre eine Klarstellung, dass es für die Beurteilung der erheblichen Inlandstätigkeit nur auf das eigentliche Zielunternehmen ankommt und zwar auch dann, wenn ein Verkäufer oder ein am Zusammenschlussvorgang unbeteiligtes Unternehmen am Zielunternehmen auch nach der Transaktion einen Gesellschaftsanteil von 25% oder mehr halten wird.¹⁴ Die Tätigkeiten von verbleibenden, mit

¹¹ Etwaige Ausgleichszahlungen oder etwaige weitere geldwerte Leistungen sollten entsprechend angerechnet bzw. abgezogen werden.

¹² Der Leitfaden widerspricht diesem Verständnis nicht, eine unmissverständliche Klarstellung dazu wäre aber wünschenswert.

¹³ Siehe dazu die erwähnten *Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures* des *International Competition Network* (Fassung Mai 2017).

¹⁴ Siehe § 38 Abs. 5 S 2 GWB und § 21 Z 2 KartG.

25% oder mehr beteiligten Minderheitsgesellschaftern (und deren übrige Tochtergesellschaften) oder von verbleibenden, das Zielunternehmen kontrollierenden Unternehmen sollen nicht für die Beurteilung der Frage, ob das Zielunternehmen eine „erhebliche Inlandstätigkeit“ aufweist, miteinbezogen werden.

In § 37 Abs. 1a GWB bzw. in § 9 Abs. 4 KartG wird jeweils vom „zu erwerbenden Unternehmen“ gesprochen. Der Entwurf des Leitfadens verwendet zudem den Begriff „Zielunternehmen“. Diese Wortwahl legt nahe, dass tatsächlich nur auf das „eigentliche“ Zielunternehmen abzustellen ist.

Für Österreich gilt entsprechend § 21 Z 2 KartG, dass Umsätze und Marktanteile aller i.S.v. § 7 KartG miteinander verbundenen Unternehmen (und somit auch Unternehmen, die über einen nicht-kontrollierenden Anteil von 25% oder mehr verbunden sind) zuzurechnen sind. Die Vorschrift erfasst also anders als in Deutschland nicht nur einen etwaigen Verkäufer, sondern sämtliche Unternehmen, die i.S.v. § 7 KartG miteinander verbunden sind (bzw. auch nach dem Zusammenschluss verbunden bleiben). Daraus würde folgen, dass für die Beurteilung einer erheblichen Inlandstätigkeit des Zielunternehmens auch Tätigkeiten von Unternehmen, die bereits vor dem Zusammenschluss mit 25% oder mehr an dem Zielunternehmen beteiligt sind, in die Beurteilung miteinbezogen werden müssten. Damit würde aber das Kriterium der erheblichen Inlandstätigkeit ausgehöhlt und überspannt, da der in Frage stehende Zusammenschlussvorgang dem Erwerber nicht die Möglichkeit geben wird, auf die Tätigkeiten dieser bestehenden und verbleibenden Anteilseigner Einfluss zu nehmen.¹⁵

Für die Beurteilung der Erheblichkeit der Tätigkeit des Zielunternehmens sollten aus denselben Erwägungen auch Tätigkeiten von Unternehmen außer Acht bleiben, die sowohl vor als auch nach dem Erwerbsvorgang alleinige oder gemeinsame Kontrolle über das Zielunternehmen ausüben können.¹⁶ Die Tätigkeiten dieser Unternehmen sind genauso wenig Teil oder „Ziel“ des Erwerbsvorgangs.

4. Standort des Zielunternehmens im Inland

Der Standort des Zielunternehmens im Inland soll nur für Österreich, nicht aber für Deutschland von Bedeutung sein (Rn. 65).¹⁷ Wünschenswert wäre einerseits eine einheitliche Herangehensweise für beide Länder, sofern es keine zwingenden Gründe für Abweichungen gibt. Bezüglich des Standorts des Zielunternehmens ist kein derartiger Grund ersichtlich.

¹⁵ Dass diese Vorschrift zu möglicherweise ausufernden Konsequenzen führen kann, hat der OGH bereits ausdrücklich in OGH 16 Ok 16/98 anerkannt. In dieser Sache hat der OGH den Anwendungsbereich dieser Zurechnungsvorschrift insofern eingeschränkt, als eine 25%-Beteiligung nur dann zuzurechnen ist, wenn sie unmittelbar besteht oder, bei mittelbarer Verbindung, auf jeder der 25%-Beteiligung vor- und nachgelagerten Beteiligungsstufe jeweils beherrschender Einfluss vorliegt. In diesem Urteil hat der OGH zudem ausgeführt, dass bei einer mittelbaren Beteiligung von 25% Umsätze nicht zuzurechnen sind, wenn diese „außerhalb der wirtschaftlichen Einheit, auf die es ankommt“, erzielt wurden. Für Zwecke der Beurteilung der Erheblichkeit der Inlandstätigkeit des „zu erwerbenden Unternehmens“ gemäß § 9 Abs. 4 KartG ist die „wirtschaftliche Einheit, auf die es ankommt“, wohl eindeutig nur das eigentliche Zielunternehmen.

¹⁶ Sofern die Transaktion nicht die Einbringung von kontrollierten Geschäftsbereichen in das Zielunternehmen (und somit die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens) umfasst.

¹⁷ Die Grundlage dafür ist wohl in den Erläuterungen zum österreichischen Gesetzesentwurf (siehe Nationalrat 1522 der Beilagen, XXV. Gesetzgebungsperiode) zu sehen. Dort heißt es, eine erhebliche Inlandstätigkeit sei z.B. dann anzunehmen, „wenn sich ein Standort des zu erwerbenden Unternehmens im Inland befindet“ (siehe S. 3). Dieser Satz in den Erläuterungen kann aber nicht Grundlage dafür sein, das im Gesetz niedergelegte Erheblichkeitskriterium unbeachtet zu lassen.

Andererseits ist aber fraglich, inwieweit der bloße Standort eines Unternehmens im Inland bereits „grundsätzlich“ eine „erhebliche Inlandstätigkeit“ begründen kann. In gewissem Widerspruch dazu anerkennt der Leitfaden aber gleichzeitig, dass hinsichtlich des Standorts zu berücksichtigen sei, „inwieweit die Tätigkeit des Standorts einen inländischen Marktbezug hat“.

Um diesen Widerspruch aufzulösen, sollte klargestellt werden, dass ein Standort im Inland für sich genommen noch keine „erhebliche Inlandstätigkeit“ begründet. Ein Standort im Inland sollte lediglich als ein Indiz für eine mögliche erhebliche Inlandstätigkeit gewertet werden. Im Ergebnis sollte es nur darauf ankommen, ob das Zielunternehmen eine erhebliche marktrelevante Tätigkeit im Inland ausübt.¹⁸

5. Forschungs- und Entwicklungstätigkeit im Inland

Die wettbewerblichen Auswirkungen eines Zusammenschlusses im Hinblick auf ein zukünftiges Produkt hängen nicht davon ab, an welchem Ort die vorgelagerte Forschungs- und Entwicklungstätigkeit stattgefunden hat. Denkbar ist z.B. der Fall, dass zwar die gesamte Forschungs- und Entwicklungstätigkeit für ein neues Produkt in Deutschland oder Österreich stattgefunden hat, das neue Produkt aber letztlich überhaupt nicht in Deutschland oder Österreich vertrieben wird.¹⁹ Zum anderen wird es viele Fälle geben, in denen Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten nicht in Deutschland oder Österreich stattfinden, das neue Produkt aber sehr wohl dort vertrieben wird. Warum also die geographische Verortung von Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten für die Beurteilung der erheblichen Inlandstätigkeit bedeutsam sein soll, ist zumindest nicht naheliegend.

Stattdessen sollte, wenn schon Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten einen relevanten Anknüpfungspunkt darstellen sollen, darauf abgestellt werden, ob die Ergebnisse dieser F&E-Tätigkeit eine erhebliche Tätigkeit im Inland begründen werden.²⁰ Damit würde man sich aber in Widerspruch mit dem klaren Erfordernis begeben, dass die erhebliche Inlandstätigkeit gegenwärtig (und nicht erst in Zukunft) bestehen soll. Ein Abstellen auf bloße Forschungs- und Entwicklungstätigkeit (sofern es nicht um einen etwaigen Markt für die Erbringungen von Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten geht) scheint daher ganz grundsätzlich kein geeignetes Kriterium für die Feststellung eines erheblichen Inlandsbezugs im wettbewerbsrechtlichen Sinn zu sein.

Die Leilinenien überspannen den Bogen aber, wenn sie z.B. auf den Wohnsitz des in einem Patent genannten Erfinders als relevantes Indiz für eine Inlandstätigkeit abstellen wollen oder bereits „Tätigkeiten, die sich auf einen Markteintritt im Inland beziehen“ als ausreichend ansehen wollen (siehe Rn. 71). Weder kann im Wohnsitz eines Erfinders eine marktrelevante Tätigkeit begründet oder auch nur indiziert sein. Noch kann in Tätigkeiten, die sich auf einen

¹⁸ Dieses Verständnis wäre auch mit den Erläuterungen zum österreichischen Gesetzesentwurf vereinbar, da es die mögliche Bedeutung eines Standorts im Inland nicht gänzlich vernachlässigen würde, sie aber in den Gesamtzusammenhang der Beurteilung der Erheblichkeit der Inlandstätigkeit stellen würde.

¹⁹ Zum Beispiel ein Medikament, das nicht in Österreich sondern nur in den USA oder in Japan zur Vermarktung zugelassen wurde.

²⁰ Dies stünde auch in Einklang mit den Ausführungen im Leitfaden, dass die inländische Tätigkeit einen „Marktbezug“ aufweisen müsse (Rn. 73) und, in Bezug auf Forschung und Entwicklung, dass das Forschungsergebnis „vermarktungsfähig“ sein würde (Rn. 76).

Markteintritt im Inland beziehen, eine „aktuelle“ marktrelevante Tätigkeit begründet sein:²¹ Ein Markteintritt wird begrifflich jedenfalls erst in der Zukunft stattfinden. Das Vorliegen von „Tätigkeiten, die sich auf einen Markteintritt im Inland beziehen,“ allein besagt außerdem noch nichts darüber, ob ein Markteintritt schließlich überhaupt erfolgen wird oder wann er erfolgen wird. Die Frage, ob ein etwaiger Markteintritt eine „erhebliche“ Tätigkeit begründen wird, wird zudem selbst im Zeitpunkt des Markteintritts in den meisten Fällen noch mit Unsicherheit behaftet sein.²²

C. Subsidiarität der Transaktionswert-Schwelle

1. Bedeutung der „Subsidiarität“

Die Transaktionswert-Schwelle wird ausdrücklich als „subsidiär“ zu den ausschließlich umsatzbasierten Schwellen des § 35 Abs. 1 GWB und § 9 Abs. 1 KartG bezeichnet (Rn. 7).²³ Für Deutschland lässt sich diese Subsidiarität wie im Leitfaden dargelegt verdeutlichen: Die Transaktionswert-Schwelle soll dann nicht zur Anwendung kommen, wenn eine Transaktion zwar nicht die Inlandsschwelle von € 5 Millionen erreicht, die Tätigkeit des Zielunternehmens aber bereits zuverlässig in ihren Umsätzen widerspiegelt ist.²⁴ Insofern ist die Transaktionswert-Schwelle „subsidiär“ (und nicht bloß „alternativ“) zu § 35 Abs. 1 GWB.

Im österreichischen KartG gibt es keine separate zweite Inlandsschwelle, sodass analoge Überlegungen im Zusammenhang mit § 9 Abs. 1 KartG nicht unmittelbar möglich sind. Dennoch besteht Raum, die Transaktionswert-Schwelle dann nicht anzuwenden, wenn die Tätigkeit des Zielunternehmens aber bereits zuverlässig in ihren Umsätzen widerspiegelt ist und die rein umsatzbasierten Schwellen des § 9 Abs. 1 KartG nicht erfüllt sind oder die Transaktion von der Ausnahme des § 9 Abs. 2 erfasst ist (dazu sogleich).

Auf die Existenz eines Standorts im Inland abstellen zu wollen, um das Fehlen einer zweiten Inlandsschwelle zu kompensieren, scheint aber nicht sachgerecht. Dies verdeutlicht auch die im Entwurf in Rn. 94 als Beispiel angeführte Transaktion: Diese Transaktion soll dem Leitfaden zufolge nicht in Deutschland anzumelden sein, wegen des Vorliegens eines österreichischen Standorts aber in Österreich. Dieses Ergebnis ist unter dem Gesichtspunkt der angeblichen Subsidiarität der Transaktionswert-Schwelle schwer begründbar. Die in Rn. 94 angeführte Transaktion sollte auch in Österreich wegen der Subsidiarität der Transaktionswert-Schwelle nicht anmeldepflichtig sein, eben weil die Tätigkeit des Zielunternehmens in seinen bisher erzielten Umsätzen zuverlässig reflektiert wird und die gemeinsame Inlandsumsatzschwelle von € 30 Mio. nicht erreicht ist.

²¹ Der Entwurf erklärt selbst, dass auf die „aktuelle Tätigkeit des Zielunternehmens zum Zeitpunkt der Anmeldung“ abzustellen sei (Rn. 67).

²² Eine bloße Patentanmeldung im Inland (bzw. eines internationalen Patents, das auch das Inland abdeckt) oder auch ein bereits gewährtes Patent, das auch das Inland abdeckt, bedeutet zuerst einmal nur, dass andere Unternehmen von der Nutzung der patentierten Erfindung ausgeschlossen sind. Damit ist nichts darüber ausgesagt, ob und inwieweit der Patentinhaber im Inland tätig werden wird. Als Kriterium für die Beurteilung einer etwaigen Inlandstätigkeit, ob erheblich oder nicht, ist eine Patentanmeldung oder auch das Vorliegen eines gewährten Patents daher grundsätzlich ungeeignet.

²³ Entwurf, Rn. 7; so auch bereits Bundestagsdrucksache 18/10207, S. 80 und 82.

²⁴ Siehe auch Bundestagsdrucksache 18/10207, S. 70 und 72.

2. Klarstellung des Verhältnisses zu § 9 Abs. 2 KartG

Gemäß § 9 Abs. 4 KartG sind „Zusammenschlüsse, auf die § 9 Abs. 1 KartG nicht anwendbar ist,“ anzumelden, wenn sie die Transaktionswert-Schwelle gemäß Abs. 4 überschreiten. Auf Transaktionen, die unter die Ausnahme des § 9 Abs. 2 KartG fallen, ist Abs. 1 „anwendbar“; andernfalls müsste das Vorliegen der Ausnahmeveraussetzungen gemäß Abs. 2 erst gar nicht geprüft werden. Aus dem Wortlaut des Abs. 4 ergibt sich somit jedenfalls nicht zwingend, dass eine Transaktion, die die Umsatzschwellen des Abs. 1 erreicht und gleichzeitig unter die Ausnahme gemäß Abs. 2 fällt, zusätzlich daraufhin geprüft werden muss, ob die Transaktionswert-Schwelle gemäß Abs. 4 erfüllt ist.

Eine Anwendung von § 9 Abs. 4 KartG sollte wegen dessen „Subsidiarität“ ausscheiden, wenn eine Transaktion von § 9 Abs. 1 KartG erfasst ist, gleichzeitig aber auch die Ausnahme gemäß § 9 Abs. 2 KartG erfüllt, sofern – analog zu den Überlegungen zu Deutschland – die Tätigkeit des Zielunternehmens in einem Markt, der seit vielen Jahren durch entgeltliche Austauschbeziehungen gekennzeichnet ist, bereits bislang zuverlässig in seinen Umsätzen widerspiegelt ist.

D. Klarstellung zu § 35 Abs. 1a Z 2 lit. b GWB

In Bezug auf § 35 Abs. 1a Z 2 lit. b GWB sollte klargestellt werden, dass in dem Satzteil „weder das zu erwerbende Unternehmen noch ein anderes beteiligtes Unternehmen“ der Verweis auf „ein anderes beteiligtes Unternehmen“ das in Z 2 lit. a erfasste Unternehmen selbstverständlich nicht umfasst.²⁵

E. Abschließende Anmerkungen

Fußnote 11 des Entwurfs sollte in den Text übernommen werden (z.B. nach Rn. 25). Rn. 26 erscheint überflüssig. Sie sollte gestrichen werden.

Dr. Michael Mayr
Köln / Brüssel / Wien

²⁵ Klarer wäre es gewesen, wenn Z 2 lit. b etwas anders formuliert worden wäre, z.B., dass „kein anderes Unternehmen, einschließlich des zu erwerbenden Unternehmens, Umsatzerlöse von jeweils mehr als 5 Millionen Euro erzielt hat“.