

Zusammenschlusskontrolle und Insolvenzverfahren

Stand 15.Juli 17

Ziel dieser Unterlage

Die Erfahrungen der Bundeswettbewerbsbehörde zeigen, dass im Zuge der Verwertung der Masse eines insolventen Unternehmens immer wieder zusammenschlusskontrollrechtliche Fragestellungen auftreten. Ziel dieser Unterlage ist es, dem Masseverwalter/der Masseverwalterin eine knapp gefasste Darstellung der österreichischen Rechtslage an die Hand zu geben. Dabei wurde besonderes Augenmerk einerseits auf grundlegende Konzepte, andererseits auf Themen gelegt, die sich als praxisrelevant erwiesen haben¹.

Einleitung

Zusammenschlüsse - darunter fällt auch der Erwerb wesentlicher Unternehmensteile - sind, sofern die Umsatzschwellen des § 9 KartG erreicht oder überschritten werden, bei der Bundeswettbewerbsbehörde anzumelden. Die BWB und die Amtspartei Bundeskartellanwalt prüfen in der Folge, ob durch den geplanten Vorgang eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird.

Vor „Freigabe“ des Zusammenschluss - diese erfolgt im Regelfall bereits am Ende der ersten, vier Wochen dauernden Verfahrensphase; nur in 5% der Fälle muss wegen ernster wettbewerblicher Bedenken eine vertiefte Prüfung im Rahmen eines Verfahrens vor dem Kartellgericht ausgelöst werden - ist dessen Durchführung untersagt. Zuwiderhandlungen gegen dieses Durchführungsverbot werden mit empfindlichen Geldbußen geahndet.

Der Begriff des Zusammenschlusses

Der Zusammenschlussbegriff wird in § 7 KartG geregelt.

§ 7. (1) Als Zusammenschluss im Sinn dieses Bundesgesetzes gelten

1. der Erwerb eines Unternehmens, ganz oder zu einem wesentlichen Teil, durch einen Unternehmer, insbesondere durch Verschmelzung oder Umwandlung,
2. der Erwerb eines Rechts durch einen Unternehmer an der Betriebsstätte eines anderen Unternehmers durch Betriebsüberlassungs- oder Betriebsführungsverträge,
3. der unmittelbare oder mittelbare Erwerb von Anteilen an einer Gesellschaft, die Unternehmer ist, durch einen anderen Unternehmer sowohl dann, wenn dadurch ein Beteiligungsgrad von 25%, als auch dann, wenn dadurch ein solcher von 50% erreicht oder überschritten wird,
4. das Herbeiführen der Personengleichheit von mindestens der Hälfte der Mitglieder der zur Geschäftsführung berufenen Organe oder der Aufsichtsräte von zwei oder mehreren Gesellschaften, die Unternehmer sind,
5. jede sonstige Verbindung von Unternehmen, auf Grund deren ein Unternehmer unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben kann.

¹ Angemerkt sei, dass dieses Dokument ausschließlich die Auffassung der Amtsparteien Bundeswettbewerbsbehörde und Bundeskartellanwalt zum oben genannten Stand wiedergibt und demgemäß weder Kartellgericht noch Kartellobergericht oder andere Behörden oder Gerichte bindet.

(2) Als Zusammenschluss gilt auch die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt.

(3) (Anm.: aufgehoben durch BGBl. I Nr. 13/2013)

(4) Gehören alle beteiligten Unternehmen einem Konzern (§ 15 Aktiengesetz 1965, BGBl. Nr. 98, § 115 des Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, RGBl. Nr. 58/1906) an, so liegt kein Zusammenschluss vor.

Die Praxis zeigt, dass im Insolvenzverfahren insbesondere § 7 Abs 1 Z 1 KartG („Erwerb eines Unternehmens, ganz oder zu einem wesentlichen Teil“) von Relevanz sein kann.

In diesem Zusammenhang stellt sich insbesondere die Frage, welche Eigenschaften ein Unternehmens-
teil haben muss, um als wesentlich iS des KartG zu gelten und damit eine Anmeldepflicht auszulösen.
Nach der RSp

„[...] ist stets dann von einem wesentlichen Teil eines Unternehmens auszugehen, wenn der erworbene Unternehmens-
teil die Stellung des Erwerbers auf dem relevanten Markt stärkt. Dies ist dann der Fall, wenn der zu übertragende
Unternehmensteil eine tragende Grundlage für die Marktstellung des Verkäufers ist und **dem Erwerber die Mög-
lichkeit bietet, in die Marktstellung des Verkäufers einzutreten**“ (vgl OLG Wien 7. 9. 1995, 1 Kt 417/95).“ (*Ur-
lesberger in Petsche/Urlesberger/Vartian*, (Hrsg), KartG 2005² (2016) § 7 Rz 17; Beispiele dafür in Rz 22 aaO).

Die Frage, ob diese Voraussetzung zutrifft, kann nur fallbezogen beantwortet werden.

Zwei Fälle aus der Praxis sind in der Beilage 1 beispielhaft dargestellt.

Schwellenwerte

Nicht jeder Zusammenschluss in Österreich ist bei der BWB anmeldepflichtig. Ein Zusammenschluss-
vorhaben ist nur dann anmeldepflichtig, wenn bestimmte Umsatzschwellen überschritten werden.

Die Schwellen sind in § 9 KartG geregelt und werden durch § 22 KartG, der die Berechnung des Um-
satzes näher definiert, ergänzt:

§ 9. (1) Zusammenschlüsse bedürfen der Anmeldung bei der Bundeswettbewerbsbehörde, wenn die beteiligten Un-
ternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die folgenden Umsatzerlöse erzielten:

1. weltweit insgesamt mehr als 300 Millionen Euro,
2. im Inland insgesamt mehr als 30 Millionen Euro und
3. mindestens zwei Unternehmen weltweit jeweils mehr als fünf Millionen Euro.

(2) Ausgenommen von Abs. 1 sind Zusammenschlüsse, wenn die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr
vor dem Zusammenschluss die folgenden Umsatzerlöse erzielten:

1. nur eines der beteiligten Unternehmen im Inland mehr als fünf Millionen Euro und
2. die übrigen beteiligten Unternehmen weltweit insgesamt nicht mehr als 30 Millionen Euro.

² Hervorhebung: BWB

(3) Bei der Anwendung der Abs. 1 Z 1 und 2 und des Abs. 2 Z 2 auf Medienzusammenschlüsse (§ 8) sind die Umsatzerlöse von Medienunternehmen und Mediendiensten mit 200, die Umsatzerlöse von Medienhilfsunternehmen mit 20 zu multiplizieren.³

Relevant sind einerseits die Umsätze des Erwerbers und der mit dem Erwerber iS § 7 KartG verbundenen Unternehmen sowie andererseits die des erworbenen Unternehmens (bzw die Umsätze, die den erworbenen Unternehmensteilen zugeordnet werden können); für die Umsatzberechnung heranzuziehen sind die im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss erzielten Umsätze (§ 9 Abs 1 KartG).

Näheres zur Umsatzberechnung ergibt sich aus § 22 KartG.

Wer ist zur Anmeldung verpflichtet?

Zur Anmeldung ist jedes am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen berechtigt (§10 Abs 1 KartG). Im Fall des Erwerbes von Unternehmensteilen aus der Masse gilt ausschließlich der Erwerber als beteiligtes Unternehmen, ihn trifft somit auch die Anmeldepflicht.

Zu welchem Zeitpunkt ist anzumelden?

Das KartG enthält weder eine Regelung darüber, wann ein Zusammenschluss angemeldet werden muss (oder kann) - klar ist nur, dass Zusammenschlüsse, bei welchen die obgenannten Umsatzschwellen erreicht oder überschritten werden, erst nach Freigabe durchgeführt werden dürfen - noch, was unter der Durchführung des Zusammenschlusses genau zu verstehen ist.

In der Lit und tlw der erstinstanzlichen RSp wird die nicht durch höchstgerichtliche Jud abgesicherte Meinung vertreten, dass unter „Durchführung“ nicht die Erlangung der wirtschaftlichen Einflussmöglichkeit zu verstehen ist, sondern die „tatsächliche Ausübung“ derselben (Näheres dazu zB *Urlesberger in Petsche / Urlesberger / Vartian*, (Hrsg), KartG 2005₂ (2016) § 17 Rz 5 ff mwN).

Nach anderer Ansicht wird - wo anwendbar - eher auf die Unterscheidung zwischen Verpflichtungsgeschäft und Verfügungsgeschäft abgestellt. Der schuldrechtliche Vertragsabschluss bewirkt noch keine Durchführung, wogegen die mit sachenrechtlicher Übertragung von Anteilen bzw Vermögensgegenständen geschaffene Einflussmöglichkeit als Durchführungshandlung zu werten ist, auch wenn noch keine marktrelevanten Maßnahmen gesetzt wurden (Vgl. Reidlinger/Hartung, Das österreichische Kartellrecht³, S 204f).

Die Amtsparteien raten dem Erwerber in jedem Fall, zu einem möglichst frühen Zeitpunkt - sobald die Erwerbsabsicht hinreichend konkretisiert ist - anzumelden.

Näheres zur Anmeldung: <http://www.bwb.gv.at/Zusammenschluesse/Seiten/default.aspx>

³ Mit 1.Nov 2017 kommt ein weiterer Schwellenwert hinzu (§ 9 Abs 4), der insbesondere auf den Transaktionswert eines Vorhabens abstellt. Da schwer vorstellbar ist, dass dieser neue Tatbestand im Insolvenzverfahren relevant wird, wird auf die Darstellung in diesem Kontext verzichtet.

Die inhaltliche Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben

Die Amtsparteien - und wenn die vertiefte Prüfung des Zusammenschlusses von zumindest einer Amtspartei beantragt worden ist, das Kartellgericht - haben den Zusammenschluss daraufhin zu prüfen, ob durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird.

§ 4 KartG enthält eine ausführliche Definition des Begriffes Marktbeherrschung.

Die Amtsparteien Bundeswettbewerbsbehörde und Bundeskartellanwalt stehen für Auskünfte wie Gespräche gerne zur Verfügung. Im Zweifelsfällen wird jedenfalls zu einer Zusammenschlussanmeldung geraten.

Kontakt BWB : Geschäftsstellenleiter Dr. Peter Matousek peter.matousek@bwb.gv.at (1)24508 303

Kontakt Bundeskartellanwalt: Dr. Alfred Mair alfred.mair@justiz.gv.at (1) 52152-0

Beilage 1

Fallbeispiele zur Frage Erwerb eines wesentlichen Unternehmensteiles

Filialen des Lebensmitteleinzelhandels

Die Übernahme von Lebensmitteleinzelhandelsfilialen (der insolventen Zielpunkt Kette) zB wurde in der Praxis als Zusammenschluss gem § 7 Abs 1 Nr 1 KartG behandelt, da eine solche Filiale als Betriebsstätte Umsätze erzielt und ihr damit ein eigener Marktanteil im jeweiligen regionalen Markt zugewiesen werden kann, der mit der Übernahme auf den Erwerber übergeht.

Dies obwohl die Käufer der Filialen im Rahmen des Bieterverfahrens nicht die gesamten Filialen erwarben, sondern nur bestimmte Vermögenswerte (Inventar, Good-Will und Kundenstamm), nicht aber Mitarbeiter, Waren, Liegenschaften oder bestehende Mietverträge. Der Insolvenzverwalter räumte aber den Käufern die „Verhandlungsmöglichkeit“ mit den Liegenschaftseigentümern der Filialen ein.

„Die veräußerten Vermögenswerte stellen Bestandteile der ZP-Filialen und damit Teile dieser Betriebsstätten dar. Auch ist anerkannt, dass es sich bei Kundenlisten, (Produktions-)Standorten und einer größeren Anzahl von (Schlüssel-)Arbeitskräften um wesentliche Unternehmensteile handelt. Dass die ZP-Filialen nicht in ihrer Gesamtheit übernommen werden, schließt daher den Zusammenschlusstatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 1 KartG nicht per se aus.“ (Mertel, Zielpunkt: Übernahme von LEH-Standorten als Zusammenschluss, WUW vom 03.02.2017, Heft 02, Seite 68 ff).

Hinsichtlich stillgelegter Unternehmensteile ist festzuhalten, dass stillgelegte Unternehmen nicht ihre Unternehmenseigenschaft verlieren, wenn eine Wiederaufnahme (z. B. durch einen Käufer) nicht unwahrscheinlich ist. Demnach kann auch bei bereits stillgelegten Unternehmen mit der Übertragung von Assets die Übertragung von Marktanteilen einhergehen (näheres dazu Mertel, aaO).

Ein Sonderfall liegt vor, wenn der Erwerber branchenfremd ist. In diesem Fall kann die Erfüllung des Zusammenschlusstatbestands ausgeschlossen werden, da die Marktanteile der Filialen für diese bedeutungslos sind. Somit gehen weder Marktanteile über, noch wird die Stellung dieser Erwerber auf den Märkten gestärkt, auf denen sie tätig sind (vgl Mertel, aaO mwN).

Vermögenswerte und Personal eines Papiergroßhandels

Im Gefolge der Insolvenz eines Großhändlers mit den Teilbereichen Werbetechnik und Papiergroßhandel wurde zunächst der Unternehmensteil Werbetechnik vollständig sowie die Lagervorräte des Papiergroßhandels an einen Erwerber veräußert. In der Folge wollte dieser Erwerber auch einen Teil der Vertriebsmannschaft aus dem Papiergroßhandel übernehmen. Es war die Frage zu beurteilen, ob gewisse Vermögenswerte einzeln oder in Kombination mit anderen Assets einen wesentlichen Unternehmensteil bilden. Aus den dazu angestellten Überlegungen und der dazu ergangenen Entscheidungen des Kartellgerichts vom 6.10.2015, 29 Kt 44, 45/15-8 lässt sich Folgendes festhalten:

- Die Übernahme eines Warenlagers/-vorrats verwirklicht für sich genommen keinen Zusammenschlusstatbestand, insbesondere wenn es sich überwiegend um marktgängige, standardisierte und jederzeit wiederbeschaffbare Produkte („commodities“) handelt.
- Die Übernahme einer Vertriebsmannschaft oder einer ausreichend großen Anzahl von Schlüsselarbeitskräften kann einen Zusammenschluss nach § 7 Abs 1 Z 1 KartG begründen (vgl Urlesberger, aaO, § 7 Rz 21). Die (für sich betrachtete) Übernahme von vier (von 17) Vertriebsmitarbeitern, selbst wenn sich darunter der Verkaufsleiter eines Teilbereiches befindet, ist keine ausreichend große Anzahl um der Erwerberin einen Eintritt in die Marktposition zu ermöglichen.

- Es stellte sich heraus dass bei im Rahmen des Erwerbs der Werbetechnik übernommenen Vermögenswerten (insb Geschäfts- und Betriebsausstattung, Immaterialgütern wie Marken oder Softwarelizenzen sowie gemeinsam genützten Einrichtungen wie Internetauftritt und Telefonnummer des Gesamtunternehmens eine klare Trennung der Geschäftsbereiche gar nicht möglich war.
- Wesentlich ist, dass bei einem Asset-Deal sowohl die Anmeldefähigkeit des Vorhabens nach § 7 Abs 1 Z 1 oder § 7 Abs 1 Z 5 KartG als auch die wettbewerblichen Auswirkungen der Transaktion im Hinblick auf das Entstehen oder die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nur in Bezug auf die Gesamtheit der erworbenen Assets beurteilt werden können. Daraus folgt, dass
 - die zu erwerbenden Assets umfassend darzustellen sind (auch wenn diese für sich genommen keinen wesentlichen Unternehmensteil bilden) und
 - weitere bereits beabsichtigte Erwerbsschritte im Rahmen eines Gesamtvorhabens bereits bei der Anmeldung des ersten Schrittes anzugeben sind.