

Österreichische Blätter für

# GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

ÖB1

Herausgeber Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz  
und Urheberrecht

Chefredakteur Christian Schumacher

Redaktion Rainer Beetz, Reinhard Hinger

Ständige fachliche Mitarbeit Astrid Ablasser-Neuhuber, Christian Handig

Juli 2018

04

205 – 252

## Lebensmittel im Lauterkeits- und Markenrecht

**Blickfangjudikatur und der mündige Verbraucher im  
Lebensmittelrecht** *Andreas Natterer und Iliyana Sirakova* ☎ 208

**Markenrecht und Dual-Quality**  
*Barbara Kuchar* ☎ 214

## Beitrag

**BKA/BWB: Leitfaden zur Transaktionswert-Schwelle für  
Zusammenschlüsse** *Dieter Hauck* ☎ 217

## Aktuelle Entwicklungen

**EU-Rechtsentwicklung** ☎ 222

**Rechtsprechung des EuGH/EuG in EUIPO-Verfahren** ☎ 224

**Rechtsprechung des Europäischen Patentamts** ☎ 228

**Rechtsprechung des OLG Wien in Registerverfahren** ☎ 230

## Leitsätze

**Nr 22 – 26** ☎ 231

## Rechtsprechung

**Einkaufszentrum Verkaufsfläche – Beweislast beim Vorwurf  
des Rechtsbruchs** *Martina Grama* ☎ 235

**Mozartkugeln – Vertrieb ähnlich verpackter Mozartkugeln**  
*Dominik Hofmarcher* ☎ 238

**Doceram – kein Musterschutz bei technischer Bedingtheit**  
*Bernd Terlitza* ☎ 241

**Durchführungsverbot – Zeitpunkt Zusammenschluss-Durchführung**  
*Raoul Hoffer* ☎ 244

**Klausel Amazon – Urheberrecht an Inhalten auf Website des  
Versandhändlers** *Christian Handig* ☎ 249

# BKA/BWB: Leitfaden zur Transaktionswert-Schwelle für Zusammenschlüsse – im Konsultationsverfahren

Die deutsche und die österreichische Wettbewerbsbehörde haben sich bemüht, die Anwendung eines unklaren Gesetzestextes zu erleichtern. Sie konnten nicht alle Fragen beantworten und haben ein paar neue aufgeworfen.

Von Dieter Hauck

## Inhaltsübersicht:

- A. Vorbemerkungen
- B. Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss
- C. Übernommene Verbindlichkeiten
- D. Inlandstätigkeit von erheblichem Umfang
- E. Zusammenschlusstatbestand
- F. Verfahrensfragen
- G. Conclusio und Ausblick

## A. Vorbemerkungen

Der österr und der dt Gesetzgeber haben als Vorreiter in Europa mit dem Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2017<sup>1)</sup> bzw der Neunten GWB-Novelle<sup>2)</sup> nahezu gleichlautende Regelungen zu einem neuen, ergänzenden Schwellenwert für die Fusionskontrolle erlassen. Die Änderungen sollen eine Lücke im System der Fusionskontrolle schließen, die für Fälle erkannt wurde, wo die Umsatzzahlen der beteiligten Unternehmen kein geeignetes Kriterium zur Beurteilung der gesamtwirtschaftlichen Bedeutung des Zusammenschlusses sind.<sup>3)</sup> Entsprechend wurde sowohl im österr Kartellgesetz (§ 9 Abs 4 KartG) als auch im dt GWB (§ 35 Abs 1 a GWB) nunmehr der Wert der

Gegenleistung<sup>4)</sup> – neben leicht modifizierten Umsatzschwellen – als ergänzende, subsidiäre Schwelle eingeführt.<sup>5)</sup> Um einen ausreichenden Konnex zur jeweiligen nationalen Rechtsordnung herzustellen, wurde dazu das Kriterium einer erheblichen Inlandsbetätigung aufgenommen.<sup>6)</sup>

Beide Konzepte sind – in unterschiedlichem Ausmaß<sup>7)</sup> – neu in den jeweiligen nationalen Zusammen-

1) BGBl I 2017/56 v 24. 4. 2017.

2) Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 1. 6. 2017, BGBl 2017 I Nr 33.

3) Die Diskussion entzündete sich 2014 an der Transaktion Facebook/WhatsApp, wo trotz eines Kaufpreises von ca 19 Mrd USD die Umsatzschwellen nicht erreicht wurden und letztlich die Kom nur aufgrund eines Ersuchens gem Art 4 Abs 5 der EU-Fusionskontrollverordnung zuständig wurde. Vgl Entscheidung Kom v 30. 10. 2014, COMP/M 7217.

4) Deutschland: 400 Mio Euro; Österreich: 200 Mio Euro.

5) Die neuen Schwellen gelten nur gemeinsam mit Umsatzschwellen (Österreich: weltweit gemeinsam 300 Mio Euro, im Inland gemeinsam 15 Mio Euro). Dies hat natürlich Auswirkungen auf die erfassten Transaktionen. Vgl auch *Kersting/Podszun*, Die 9. GWB-Novelle (2017) 314 Rz 16ff.

6) Deutschland/Österreich: „das zu erwerbende Unternehmen [...] in erheblichem Umfang im Inland tätig ist“.

7) Die Regelung der „erheblichen Inlandstätigkeit“ zeigt eine gewisse Nähe zur Inlandsauswirkung nach § 24 Abs 1 KartG. Dazu wird für die Zusammenschlusskontrolle von der österr Rsp angenommen, dass bereits die abstrakte Möglichkeit einer potentiellen Inlandsauswirkung ausreicht (KG 27 Kt 358, 359/00). Bei der Transaktions-

ÖBI 2018/66

§ 9 Abs 4 KartG;  
§ 35 Abs 1 a  
dGWB

Zusammen-  
schluss;

Anmeldung;

Wert der  
Gegenleistung;

WhatsApp

schlussregeln. Ebenso neu war der Ansatz, erstmals aufgrund der ähnlich lautenden Regelungen einen gemeinsamen Leitfaden der beiden nationalen Wettbewerbsbehörden (dt Bundeskartellamt [BKA] und österr Bundeswettbewerbsbehörde [BWB]) zu veröffentlichen.<sup>8)</sup> Das Vorhaben ist zur Erhöhung der Rechtssicherheit höchst lobenswert. Aufgrund der Verschiedenheiten des österr und dt Zusammenschlussregimes – ungeachtet der Ähnlichkeiten der konkreten Regelung – ergeben sich daraus jedoch auch einige Fragen und Probleme.

Die Kom hat zwar (noch) keine ähnlichen Änderungsvorschläge für die europäische Fusionskontrollverordnung vorgelegt, jedoch bereits öffentlich diesbezügliche Überlegungen angestellt.<sup>9)</sup> Eine öffentliche Konsultation zur Frage der Notwendigkeit von neuen Schwellenwerten wurde beendet.<sup>10)</sup> Auch hier wurden Überlegungen angestellt, dass rein umsatzbasierte Grenzwerte dort versagen, wo ein Zielunternehmen ungeachtet seiner niedrigen Umsätze aufgrund seines Wettbewerbsverhaltens, seiner Daten oder wegen seines Marktpotenzials eine besondere Bedeutung und einen entsprechenden Wert haben kann. Insb im digitalen und dem pharmazeutischen Sektor werden solche Situationen geortet.

In Europa können somit (bisher) keine weiteren Beispiele oder Erfahrungen für die österr Anwendungspraxis nutzbar gemacht werden. In den USA gibt es ein ähnliches Konzept hinsichtlich eines „size of transaction test“ nach dem Hart-Scott-Rodino (HSR) Antitrust Improvement Act von 1976.<sup>11)</sup> Obwohl „size of transaction“ dort nicht genau dasselbe ist wie Wert der Gegenleistung und auch eine andere Funktion hat,<sup>12)</sup> so sind doch ähnliche Überlegungen anzustellen und unter Umständen können Erfahrungen genutzt werden.<sup>13)</sup>

## B. Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss

Der Terminus „Wert der Gegenleistung“ ist im österr Gesetz – anders als im GWB – nicht ausdrücklich definiert. Nach den Erläut sind davon alle Vermögenswerte oder sonstigen geldwerten Leistungen umfasst, die der Verkäufer vom Käufer iZm der Transaktion erhält, einschließlich übernommener Verbindlichkei-

ten.<sup>14)</sup> Der Begriff des Vermögensgegenstands ist daher weit zu verstehen. Er schließt alle Geldzahlungen ein, die Übertragung von Stimmrechten, Wertpapieren, von Sachanlagen sowie von immateriellen Vermögensgegenständen. Der Wert der Gegenleistung beruht aber nicht nur auf objektiven, sondern auch auf subjektiven Elementen.<sup>15)</sup> Fraglich ist angesichts des Gesetzestextes, inwieweit der objektive Wert des Zielunternehmens relevant sein kann.<sup>16)</sup>

Erfasst werden auch Gegenleistungen, die an den Eintritt von Bedingungen geknüpft sind („Earn-Out-Klauseln“), wie zusätzliche Zahlungen an den Veräußerer, wenn zu einem zukünftigen Zeitpunkt bestimmte Umsatz- oder Gewinnziele erreicht werden (zB Lizenzgebühren).<sup>17)</sup> Gleiches gilt für Zahlungen für einen vereinbarten Wettbewerbsverzicht des Veräußerers.<sup>18)</sup> Die Gegenleistung kann – siehe subjektive Elemente! – vom Unternehmenswert abweichen.<sup>19)</sup> Besteht die Gegenleistung nicht in Geld oder gibt es zukünftige und/oder variable Bestandteile, sind Bewertungen und Berechnungen notwendig. Der Leitfaden-Entwurf und die Literatur<sup>20)</sup> gehen davon aus, dass dafür übliche Methoden, die ausreichend transparent und überprüfbar sind, akzeptabel sind, es wird **Methodenfreiheit, Richtigkeitsvermutung und Offenlegungspflicht** postuliert.<sup>21)</sup>

Zur Feststellung des aktuellen Werts aus zukünftigen Zahlungen zum Anmeldezeitpunkt sind finanzwirtschaftlich gängige Abzinsungsmethoden zu nutzen. Zukünftige Zahlungen sind zu einem Barwert abzuzinsen, um so den Wert der Zahlung zu einem einheitlichen Zeitpunkt zu ermitteln.<sup>22)</sup> Unterjährige Zahlungen sind zusammenzufassen<sup>23)</sup>, Entgeltsbestandteile, die von unsicheren Ereignissen abhängen, können nach Eintrittswahrscheinlichkeit gewichtet werden.<sup>24)</sup> Sowohl Methoden als auch angenommene Werte sind

wert-Schwelle wird aber auf eine aktuelle Tätigkeit abzustellen sein. Siehe auch Leitfaden-Entwurf Rz 64.

- 8) Veröffentlicht am 14. 5. 2018 als Konsultationsentwurf unter [www.bwb.gv.at/news/detail/news/gemeinsamer\\_leitfaden\\_zur\\_neuen\\_transaktionswert\\_schwelle\\_in\\_der\\_zusammenschlusskontrolle\\_in\\_oesterre-1/](http://www.bwb.gv.at/news/detail/news/gemeinsamer_leitfaden_zur_neuen_transaktionswert_schwelle_in_der_zusammenschlusskontrolle_in_oesterre-1/), nachstehend „Leitfaden-Entwurf“ (Stand aller Links 24. 5. 2018).
- 9) So Kommissarin Vestager am 10. 3. 2016 vor der Studienvereinigung Kartellrecht in Brüssel, [https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/refining-eu-merger-control-system\\_en](https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/refining-eu-merger-control-system_en).
- 10) EU Kommission, Pressemitteilung vom 7. 10. 2016 (IP/16/3337).
- 11) *Matousek/Weiss/Gassler*, Zusammenschlusskontrolle – Neuer Transaktionswerttest, *ecolx* 2017, 388.
- 12) *Kersting/Podszun*, Die 9. GWB-Novelle 315 Rz 17: In den USA hat der Transaktionswert nicht die Funktion, eine Lücke zu schließen, sondern ist immer relevant.
- 13) Vgl Valuation of Transactions Reportable Under the Hart-Scott-Rodino Act (nachstehend auch „HSR“), [www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program/hsr-resources/valuation-transactions-reportable-underable-under](http://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program/hsr-resources/valuation-transactions-reportable-underable-under). Auf Unterschiede verweist auch *Kersting/Podszun*, Die 9. GWB-Novelle 315 Rz 17.

- 14) Diesbezüglich übernehmen die österr Erläut den dt Gesetzestext (§ 38 Abs 4a GWB) nahezu wörtlich.
- 15) *Feldner*, § 9 Abs 4 KartG – Die praktische Bedeutung des neuen Schwellenwerts, *ÖZK* 2017/9, 149 (152).
- 16) *Mertel*, Ausweitung der Zusammenschlusskontrolle durch KaWeRAG 2017, *ÖZK* 2017/3, 91 (94). Hier auch zu beachten einer der Unterschiede zum amerikanischen HSR-Regime: Dort kommt der jeweils größere Wert von „Fair Market Value“ (Assets) oder „Market Price“ (Shares) einerseits und „Acquisition Price“ andererseits zur Anwendung, was „Preismanipulationen“ erschwert.
- 17) Vgl auch Zusammenschlussfälle der Kommission, zB 18. 12. 2017, M.7872 *Novartis/GSK* und 28. 1. 2015, M.7215 *Novartis, GSK Oncology Business*.
- 18) Leitfaden-Entwurf Rz 11, 14, 57 ff. Dazu aber der Entwurf: „Da ein Wettbewerbsverzicht in der Regel bereits im Kaufpreis berücksichtigt wird, wird der eigenständigen Bewertung eines Wettbewerbsverzichts in der Praxis geringe Bedeutung zukommen.“
- 19) Leitfaden-Entwurf Rz 12.
- 20) *Mertel*, *ÖZK* 2017/3, 94.
- 21) Leitfaden-Entwurf Rz 29, 44. *Matousek/Weiss/Gassler*, *ecolx* 2017, 388 (391); vgl BT-Drs 18/10207, 78, wo allerdings eine Wertbestimmung nach Liquidationswerten als ausdrücklich unzulässig bezeichnet wird.
- 22) Leitfaden-Entwurf Rz 29.
- 23) Leitfaden-Entwurf Rz 31 f.
- 24) Leitfaden-Entwurf Rz 33 f. Das Problem hier ist, ob hinreichende Grundlagen für diese Gewichtung vorliegen und glaubhaft gemacht werden können. Anders als im US-Recht steht aber nach den gesetzlichen Grundlagen ein „Ausweichen“ auf den „Fair Market Value“ nicht offen. Ob daher mit diesen Ausführungen den Anforderungen der *ICN Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedure* entsprochen und die dort erhobene Forderung „Notification thresh olds should be based on objectively quantifiable criteria“ (II.B, [www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc588.pdf](http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc588.pdf)) erfüllt wird, erscheint fraglich.

transparent zu machen und zu dokumentieren. Besondere Fragen ergeben sich zu „übernommenen (verzinslichen) Verbindlichkeiten“, siehe dazu unten zu C.<sup>25)</sup>

Es ist Aufgabe und im Interesse der Zusammenschlussparteien, den Wert der Gegenleistung und die Anmeldepflicht zu prüfen und plausibel darzustellen sowie insb diese Prüfung und deren Ergebnisse nachvollziehbar darlegen zu können. Dies im Fall einer Anmeldung, aber umso mehr dann, wenn eine Anmeldung nicht vorgenommen wird. Erfolgt eine Anmeldung, muss die Grundlage für die Zuständigkeit der Behörde nachvollziehbar sein. Erfolgt keine Anmeldung, muss gegebenenfalls diese Entscheidung später verteidigt werden.<sup>26)</sup> Besondere Sorgfalt wird bei der Dokumentation von unternehmensinternen Annahmen oder Zukunftserwartungen anzuwenden sein, allenfalls werden Bestätigungen von Unternehmensorganen oder auch externen Experten beizuschaffen und entweder vorzulegen oder zumindest aufzubewahren sein. Bei Unsicherheiten oder schwankender Gegenleistung kann es auch sinnvoll sein, dass sowohl Erwerber als auch Veräußerer unabhängig die von ihnen ermittelten bzw geschätzten (!) Werte der Gegenleistung darlegen und dokumentieren. Herrscht Uneinigkeit zwischen den Parteien darüber, ob die Schwellenwerte überschritten sind, wird letztlich eine sorgfältige Anmeldung empfohlen. Dazu müssen die sonstigen Voraussetzungen für eine Anmeldung gegeben sein, insb, dass das Vorhaben ausreichend konkretisiert ist.<sup>27)</sup>

Mehrfach wirkt das „Zusammenrechnen“ von Vorgängen Fragen auf.<sup>28)</sup> Im österr Kartellrecht gibt es dazu, anders als in Deutschland<sup>29)</sup> und in der EU<sup>30)</sup>, keine ausdrückliche Regelung. Die Fragen sind daher in Österreich nach der „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“<sup>31)</sup> und der dazu ergangenen Judikatur zu lösen.

Anders als bei der zeitraumbezogenen Umsatzbetrachtung ist der Wert der Gegenleistung zeitpunktbezogen festzustellen. Dieser relevante Zeitpunkt ist grundsätzlich der **Vollzug des Zusammenschlusses**.<sup>32)</sup> Da eine Anmeldung vor dem Vollzug zu erfolgen hat, wäre in der Anmeldung der Wert der Gegenleistung auf den Zeitpunkt der Durchführung zu beziehen, was bei schwankenden Werten (zB bei Tausch von Wertpapieren mit schwankenden Kursen) komplexe Probleme und Ergebnisse ergeben kann. Praktisch muss nach der Bewertung bis zur Durchführung des Zusammenschlusses der Wert der Gegenleistung beobachtet werden. Besonders aber bei – hoffentlich gut überlegter – Nichtanmeldung eines Zusammenschlussvorhabens ist sicherzustellen, dass zum Vollzugszeitpunkt nach allen sinnvollen Bewertungsmethoden die Schwellen nicht überschritten sind und dass dies auch ausreichend dokumentiert ist. Sollte nach Vollzug eines Zusammenschlusses eine Wertänderung ein Überschreiten der Schwellenwerte ergeben, so lebt die Anmeldepflicht nicht wieder auf und es kommt nicht zu einem Verstoß gegen das Vollzugsverbot. Besonders wenn ein derartiges Risiko besteht, sollten die Wertermittlung, deren Grundlage und va auch deren Zeitpunkt sehr sorgfältig dokumentiert werden.<sup>33)</sup>

### C. Übernommene Verbindlichkeiten

Die Gegenleistung umfasst auch Verbindlichkeiten, die der Erwerber übernimmt.<sup>34)</sup> Dies ist im dt Gesetzestext enthalten, in Österreich lediglich – wortgleich zum dt Gesetzestext – in den Erläut.<sup>35)</sup> Bedauerlicherweise sind zu diesem Punkt die Gesetzestexte, die Erläut und die bisherige literarische Diskussion unpräzise. Die Diskussion, in welchem Umfang hier (welche) Verbindlichkeiten einer errechneten Gegenleistung hinzuzurechnen sind, werden wohl noch einige Zeit fortgeführt werden.

Der Leitfaden-Entwurf geht derzeit davon aus, dass die „im Rahmen eines Zusammenschlusses übernommene Verbindlichkeiten des erworbenen Unternehmens (!)“ ebenso hinzuzurechnen sind wie „zusätzlich übernommene Verbindlichkeiten des Veräußerers“.<sup>36)</sup> Dies wird mit einem Hinweis auf den ausdrücklichen Gesetzestext (in Deutschland) und die entsprechenden Gesetzesmaterialien in Österreich begründet. Weiters wird argumentiert, dass damit erfasst wird, „welchen Wert der Erwerber dem Zusammenschluss beimisst“, die Übernahme von Verbindlichkeiten bringe zum Ausdruck, dass der Zusammenschluss ihm (dem Erwerber) so viel wert sei, auch diese Belastungen zu tragen bzw die Verschuldung des Zielunternehmens zu akzeptieren. Es werde also nicht danach unterschieden, ob sich die Zielgesellschaft überwiegend durch Fremdmittel oder durch Eigenmittel finanziert. Dabei wird nach (derzeitiger) Auffassung der Behörden auf die „verzinslichen Anteile der Verbindlichkeiten“ abzustellen sein, nicht aber auf nichtverzinsliche Verbindlichkeiten wie üblicherweise Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen. Es wird weiter erläutert, dass diese Ausführungen sich auf die in der Bilanz des erworbenen Unternehmens ausgewiesenen (verzinslichen) Verbindlichkeiten ungeachtet ihrer Zuordnung zu einer Bilanzposition nach § 266 HGB bzw § 224 UGB beziehen, bei teilweisem Erwerb eines Unternehmens entsprechend reduziert.

Damit gehen aber die Verfasser des Leitfaden-Entwurfs davon aus, dass Verbindlichkeiten im erworbenen Unternehmen, insb wenn dieses durch einen Share Deal übernommen wird, einerseits „vom Erwerber übernommen werden“ und andererseits „Verbindlichkeiten des Veräußerers“ und überhaupt Teil der Gegenleistung sind.<sup>37)</sup> Diese Auffassung ist nicht im Gesetzesbegriff einer – objektiv feststellbaren – Gegenleistung gedeckt. Weder haftet der Veräußerer ursprünglich

25) Leitfaden-Entwurf Rz 16, 50 ff.

26) Daraus ergeben sich Verfahrensfragen für die Anmeldung, siehe Leitfaden-Entwurf Rz 112 ff.

27) Allenfalls und sicherheitshalber vom Erwerber und Veräußerer unabhängig, vgl Leitfaden-Entwurf Rz 18–26.

28) Leitfaden-Entwurf Rz 13 und auch 54 (Neugründung GU).

29) § 38 Abs 5 GWB.

30) Art 5 Abs 2 FKVO; vgl auch Konsolidierte Mitteilung der Kom zu Zuständigkeitsfragen, ABI C 2009/43, 10, 1.5. (Rz 26 ff).

31) § 20 KartG.

32) Leitfaden-Entwurf Rz 27. HRS stellt auf die Anmeldung oder, wenn eine solche nicht erfolgt, auf „Closing“, bzw jeweils bis zu 60 Tage vorher, ab.

33) Leitfaden-Entwurf Rz 34.

34) Leitfaden-Entwurf Rz 50 ff.

35) ErläutRV 1522 BlgNR 25. GP 3.

36) Leitfaden-Entwurf Rz 50.

37) Vgl BT-Drs 18/10207, 78.

unmittelbar für diese Verbindlichkeiten noch später der Erwerber. Vielmehr haftet nur das Zielunternehmen unmittelbar. Der Hinweis in den dt Materialien, dass im US-amerikanischen Fusionskontrollrecht Verbindlichkeiten den Wert der Gegenleistung erhöhen, ist unpräzise. Die entsprechenden Anleitungen auf der Homepage der FTC<sup>38)</sup> zeigen, dass nur im Falle eines Asset Deals die Gegenleistung auch die Übernahme allfälliger Verbindlichkeiten durch die erwerbende Person mitumfasst.<sup>39)</sup> Beim Share Deal wird auf den Wert der Anteile abgestellt, der unterschiedlich berechnet wird, je nachdem ob die Anteile öffentlich gehandelt werden oder ob die Gegenleistung bestimmt ist. Jedenfalls wird beim Erwerb von Anteilen auf deren Markt-/Börsenpreis, Übernahmepreis oder allenfalls gemeinen Wert abgestellt. Jedenfalls ist hier im Falle eines Anteilerwerbs keine „Hinzurechnung“ von im Zielunternehmen allenfalls enthaltenen Verbindlichkeiten vorgesehen. Dies kommt auch in den Berechnungsformularen zum Ausdruck.<sup>40)</sup>

Am deutlichsten wird die Problematik im Fall des Erwerbes von Unternehmensanteilen, die an einer Börse notieren<sup>41)</sup> oder sonst öffentlich gehandelt werden. Hier ist die Preisbildung weitgehend der Einflussnahme durch die Parteien entzogen. Umso weniger ist es verständlich, warum dann im Sinne der neuen Schwellenwerte hier dem Börsenpreis des Zielunternehmens dessen (verzinsliche) Verbindlichkeiten hinzugerechnet werden sollen. Der Anteilspreis, wie an der Börse ermittelt, ist das, was das Zielunternehmen dem Erwerber wert ist, und zwar so wie es ist, mit oder ohne Verbindlichkeiten und unter Berücksichtigung der subjektiven Beurteilungselemente. Weder der dt Gesetzestext noch die österr Erläut enthalten einen Hinweis darauf, dass die Gegenleistung gleichsam umzurechnen ist auf den Erwerb eines völlig schuldenfreien Zielunternehmens. Der Hinweis auf die amerikanischen Regelungen in den Materialien könnte vielmehr auch als Hinweis auf die differenzierte amerikanische Praxis hinsichtlich von Verbindlichkeiten angesehen werden.

Die vorgeschlagene Regelung über eine anteilige Übernahme von Verbindlichkeiten, wenn weniger als 100% erworben werden, unterstreicht deren Systemwidrigkeit.<sup>42)</sup> Der Erwerber hat die Belastung erst zu tragen, wenn er kontrolliert und die Verbindlichkeiten konsolidiert. Eine Befreiung des Verkäufers greift nur bei Veräußerung von 100%. Falls überhaupt, sollte die Hinzurechnung von Verbindlichkeiten daher auf Fälle der (alleinigen) Beherrschung mit Konsolidierung der Verbindlichkeiten beim Erwerber beschränkt werden. Sollte die im Leitfaden-Entwurf vertretene Ansicht der Kartellbehörde durch Sorge vor missbräuchlichen Gestaltungen begründet sein, so ist dem einerseits entgegenzuhalten, dass derlei wohl weitgehend bereits durch andere gesetzliche Regelungen<sup>43)</sup> verhindert wird und andererseits im Falle der missbräuchlichen Gestaltung die Regeln über Umgehungsgeschäfte bzw nach dem österr Kartellgesetz der wirtschaftlichen Betrachtungsweise zum Einsatz kommen können.

Die Ermittlung der Verbindlichkeiten aus der Bilanz macht die Erstellung einer solchen notwendig, was mit erheblichem Aufwand für die Unternehmen

verbunden sein könnte, wenn der für die Bewertung der Gegenleistung relevante Zeitpunkt vom Bilanzstichtag abweicht.

Im Ergebnis läuft die Ansicht im Leitfaden-Entwurf darauf hinaus, dass gleichsam die Konzepte des „Werts der Gegenleistung“ und des „objektiven Unternehmenswerts“ verbunden werden. Dies auf der Grundlage des zugegebenermaßen unklaren Gesetzestextes und wohl zu Lasten der Praxis.

#### D. Inlandstätigkeit von erheblichem Umfang

Über das weiterhin geltende Prinzip der Inlandsauswirkung hinaus<sup>44)</sup> sehen die neuen Regelungen als Voraussetzung vor, dass das Zielunternehmen im jeweiligen Inland eine Tätigkeit in erheblichem Umfang ausübt. Diese Inlandstätigkeit ist anhand einer marktbezogenen Tätigkeit des zu erwerbenden Unternehmens zu messen, wobei letztlich die Definition des geeigneten Indikators offenbleibt. Wenn es sich nicht bereits um reife, von der Erzielung von Umsätzen geprägte Märkte handelt, wird diese Inlandstätigkeit in der Regel **nicht** mittels Inlandsumsätzen zu messen sein.<sup>45)</sup> In verschiedenen Branchen kann daher schon die Auswahl des Indikators schwierig werden.<sup>46)</sup>

Eine erstaunliche Divergenz zwischen österr und dt Auffassung ergibt sich iZm dem Standort des Zielunternehmens: Nach österr Auffassung ist grundsätzlich eine erhebliche Inlandstätigkeit anzunehmen, wenn sich ein Standort des zu erwerbenden Unternehmens im Inland befindet. Die Tätigkeit des Standorts muss aber einen inländischen Marktbezug aufweisen.<sup>47)</sup> Ein solcher liegt vor, wenn die Leistungen des Zielunternehmens auf einem bestehenden Markt gegen Geld oder unentgeltlich oder mit anderwärtiger Monetarisierung<sup>48)</sup> oder mit der Erwartung auf zukünftige Entgelte angeboten werden oder die Tätigkeit in der Forschung und Entwicklung von (zukünftigen) Produkten oder Dienstleistungen besteht.<sup>49)</sup> Problematisch könnte die Abgrenzung zwischen einer reinen Grundlagenforschung sein oder einer Forschung, bei der das „*Forschungsergebnis vermarktungsfähig sein wird*“.<sup>50)</sup> Hier kann es zu kasuistischen Unterscheidungen kommen,

38) Vgl FN 13.

39) „That consideration includes the assumption of any accrued liabilities by the acquiring person [ . . . ]“.

40) „Assumption of accrued liabilities (only in asset acquisitions) [ . . . ]“. Auch Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle 319 Rz 32f, gehen davon aus, dass zwischen Share Deal und Asset Deal zu unterscheiden ist und eine Hinzurechnung nur beim Asset Deal relevant sein kann.

41) Ungeachtet der Tatsache, dass in dem schmalen Anwendungsfenster, das sich aus der Kombination von Umsatz- und Gegenleistungsschwelle ergibt, der Erwerb von börsennotierten Unternehmen sehr unwahrscheinlich sein dürfte.

42) Leitfaden-Entwurf Rz 50, letzter Satz.

43) ZB Eigenkapitalersatzrecht, Steuerrecht etc.

44) Vgl § 24 Abs 2 KartG für Österreich und § 185 Abs 2 GWB für Deutschland, vgl auch Leitfaden-Entwurf Rz 9.

45) Leitfaden-Entwurf Rz 62.

46) Für den digitalen Bereich werden Nutzerzahlen („Monthly Active User“) oder die Zugriffshäufigkeit einer Website („Unique Visitors“) als Beispiele genannt. Leitfaden-Entwurf Rz 64.

47) Leitfaden-Entwurf Rz 65.

48) Hier wird als Beispiel angeführt, dass eine App zuerst kostenfrei und später entgeltlich oder in einer entgeltlichen Premiumversion angeboten oder über Werbung finanziert wird.

49) Leitfaden-Entwurf Rz 74.

50) Leitfaden-Entwurf Rz 76.

da die zukünftige Vermarktungsfähigkeit oft schwer abzuschätzen sein wird. Als Beispiele werden angeführt der Erwerb von Schutzrechten oder der Hinweis auf unterschiedliche Entwicklungsphasen.<sup>51)</sup>

Besonders wichtig für die Praxis wird die Frage sein, wann eine einmal festgestellte Inlandstätigkeit die Erheblichkeitsschwelle überschritten hat. Besonders bei Umsätzen – wenn denn diese ein geeignetes Kriterium sind! – kann dies unklar sein und hier haben sich in der Vergangenheit mehrfach Fragen und Zweifelsfälle ergeben. Keines der Gesetze enthält eine ausdrückliche quantitative Festlegung, klargelegt wird lediglich, dass die Aktivität gegenwärtig sein muss, eine bloß potenzielle oder zukünftige Aktivität reicht nicht aus.<sup>52)</sup>

Hier kann das BKA vor dem Hintergrund der dt Rechtslage (zweite Inlandsschwelle!) erfreulicherweise festhalten, dass eine Erheblichkeit dann verneint wird, wenn das Zielunternehmen im Inland Umsatzerlöse von unter 5 Mio Euro erzielt und diese Umsatzerlöse die Marktposition und das wettbewerbliche Potenzial angemessen widerspiegeln!<sup>53)</sup> Es sind aber auch Fälle denkbar, wo die Inlandsumsätze kein angemessener Gradmesser sind, zB weil das Unternehmen auf einem Markt tätig ist, der nicht durch Umsätze geprägt ist. Dann müssen andere Kriterien für die Erheblichkeit herangezogen werden.

Bedauerlich ist für Österreich, dass es eine vergleichbare „de minimis-Grenze“ nicht gibt, was auch vor dem Hintergrund der anderen Rechtslage in Österreich, wo es keine zweite Inlandsschwelle gibt, gesehen werden muss. Auch die angeführten Fallbeispiele bringen hier keinen Erkenntnisgewinn für den Fall, dass das Zielunternehmen nur geringe Umsätze in Österreich macht und sonst keine Inlandstätigkeit vorliegt.<sup>54)</sup> Die Frage der Erheblichkeit von Inlandsumsätzen – als einzige Inlandstätigkeit – bleibt offen und wird gegebenenfalls vom Kartellgericht zu klären sein, da dieser spezielle Nexus ja auch eine Zuständigkeitsvoraussetzung ist.

## E. Zusammenschlusstatbestand

Sowohl in Deutschland als auch in Österreich liegt nach bisheriger Judikatur ein Zusammenschluss bei Erwerb einzelner Vermögensgegenstände nur vor, wenn diese Vermögensgegenstände ein wesentlicher Teil des (veräußerten) Unternehmensvermögens sind. Diese Wesentlichkeit wurde bisher davon abhängig gemacht, dass die erworbenen Vermögenswerte dem Erwerber den Eintritt in eine bestehende Marktposition des Veräußerers ermöglichten.<sup>55)</sup> Auf der Grundlage der neuen dt Rechtslage wird nun ausführlich argumentiert,<sup>56)</sup> warum an diesem Grundargument der Übertragung einer bestehenden Marktstellung nicht mehr uneingeschränkt festgehalten werden kann. Dabei ist allerdings zu beachten, dass die dt Gesetzesänderung etwas weitreichender war als die österreichische.<sup>57)</sup> Mangels ähnlicher Gesetzesänderungen in Österreich ist es fraglich, ob diese Überlegungen im gleichen Maße in Österreich anwendbar sind. Auch vor dem Hintergrund, dass die österr BWB im Gegensatz zum dt BKA nicht selbst über die Zusammenschlüsse entscheidet, wird es auch hier auf die weitere Judikatur

des Kartellgerichts und des Kartellobergerichts ankommen.

## F. Verfahrensfragen

Auch hier war die dt Novelle etwas „gründlicher“ als die österreichische.<sup>58)</sup> In § 39 Abs 3 und 3 a GWB werden in der Anmeldung eines Zusammenschlusses Angaben über den Wert der Gegenleistung und über den Umfang der Tätigkeit im Inland des Zielunternehmens verlangt. Eine derartige detaillierte Regelung fehlt in Österreich, im Leitfaden-Entwurf wird lediglich darauf hingewiesen, dass sich in Österreich das Erfordernis solcher Angaben aus einer gebotenen teleologischen Interpretation des § 10 KartG ergibt. Die BWB hat auch bisher den § 10 KartG insb in ihrem „Formblatt“ recht weit interpretiert. In der Praxis ergibt sich, dass die Unternehmen ein Interesse haben, dass die BWB kein ausführliches Prüfungsverfahren (Phase II) beim Kartellgericht beantragt, weshalb alle zweckdienlichen Angaben im Regelfall gemacht werden.

Da das Kartellgesetz auch bisher keine Bestimmung über allgemeine Inhaltserfordernisse von Anträgen enthielt, ist wohl auf das zugrundeliegende Verfahrensgesetz (Außerstreitgesetz – AußStrG) zurückzugreifen. Dieses regelt grundsätzlich in § 9 AußStrG, dass ein Antrag zwar kein bestimmtes Begehren enthalten muss, jedoch hinreichend erkennen lassen muss, welche Entscheidung oder sonstige gerichtliche Tätigkeit aufgrund welchen Sachverhalts angestrebt wird. Für das Zusammenschlussverfahren wird aus der Natur der Zusammenschlussentscheidung geschlossen, dass ein unbestimmtes Vorbringen und ein unbestimmter Antrag nicht möglich sind, weil nur ein konkretes Zusammenschlussvorhaben geprüft und untersagt oder nicht untersagt werden kann.<sup>59)</sup> Entsprechend müssen alle Angaben gemacht werden, insb solche, die dazu führen, dass der Zusammenschluss nicht untersagt wird. Die neuen Zusammenschlusssschwellenwerte sind eine Zuständigkeitsvorschrift für die BWB und das Kartellgericht. Nach allgemeinen Regeln sind auch alle Angaben zu machen, aus denen sich die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts oder der Behörde ableiten lässt. →

51) Leitfaden-Entwurf Rz 76.

52) Leitfaden-Entwurf Rz 67 und 78. Eine gegenwärtige Tätigkeit ist aber bereits die Zulassung eines Arzneimittels im Inland – für dessen zukünftige Vermarktung!

53) Leitfaden-Entwurf Rz 76.

54) Leitfaden-Entwurf Rz 80; dass die beteiligten Unternehmen gemeinsam zumindest 15 Mio Euro Umsatz in Österreich machen, ist ja ohnehin Voraussetzung, wobei diese Voraussetzung vom Erwerber alleine erfüllt werden kann.

55) Leitfaden-Entwurf Rz 106 f. OLG Wien 7. 9. 1995, 1 Kt 417/95; OGH 17. 12. 2001, 16 Ok 6/01; *Petsche/Urlesberger/Vartian*, Kartellgesetz<sup>2</sup> (2005) § 7 KartG Rz 17 ff.

56) Leitfaden-Entwurf Rz 108 f.

57) In § 37 Abs 1 Z 1 und 2 GWB (Zusammenschluss) wurde jeweils eingefügt, dass auch der Erwerb eines wesentlichen Teils dann einen Zusammenschluss darstellt, wenn „ein im Inland tätiges Unternehmen, dessen Vermögen erworben wird, noch keine Umsatzerlöse erzielt hat“. In § 18 Abs 2 a GWB wurde festgehalten, „der Annahme eines Marktes steht nicht entgegen, dass eine Leistung unentgeltlich erbracht wird“.

58) Leitfaden-Entwurf Rz 112 ff.

59) *Solé*, Das Verfahren vor dem Kartellgericht (2006) Rz 128 ff.

**G. Conclusio und Ausblick**

Der Leitfaden-Entwurf ist ein sehr nützliches und sinnvolles Dokument durch die beteiligten Wettbewerbsbehörden, das geeignet ist, einige Jahre an Einzelfallentscheidungen „vorwegzunehmen“. Nicht unproblematisch ist, dass der Leitfaden-Entwurf sehr stark von der dt Rechtslage geprägt ist. Diese weicht, abgesehen von der konkreten Schwellenwertregelung, doch erheblich von der österr Rechtslage ab. Dadurch ergeben sich Unklarheiten, die durch die Gerichte zu klären sind. Aus österr Sicht ist va der Umstand bedauerlich, dass es hinsichtlich der erheblichen Inlandstätigkeit letztlich keinen „Safe Haven“ ähnlich wie in Deutschland gibt, insb dann, wenn (ausschließlich) Umsätze als Kriterium für die Erheblichkeit der Inlandstätigkeit angesehen werden. Auch hier sind die Gerichte gefragt, eine Klarstellung herbeizuführen.

Aufgrund des Zusammenwirkens von Umsatzschwellen und Gegenleistungsschwelle verbleibt ein relativ enges „Anwendungsfenster“ für die neue Regelung. Es bleibt abzuwarten, welche Branchen und welche Art von Zusammenschlüssen hiervon letztlich erfasst werden. Aufgrund der aktuellen Überlegungen zur Frage, wann ein „wesentlicher Unternehmensteil“ übertragen wird und wann dadurch ein Zusammenschluss vorliegt, könnten Transaktionen, zB im Bereich Immobilien oder Industrieanlagen, die bisher mangels übertragener Marktposition nicht als Zusammenschluss angesehen werden, nunmehr doch unter diesen Begriff fallen und anmeldepflichtig werden bzw mit den Sanktionen einer Nichtanmeldung bedroht sein.

**→ In Kürze**

Die erstmalige Kooperation der beiden Behörden für einen Leitfaden zur Anwendung eines unausgegorenen Gesetzes ist höchst lobenswert und nützlich. Es werden aber nicht nur Fragen beantwortet, sondern auch neue aufgeworfen, teilweise komplex auch wegen der letztlich doch recht unterschiedlichen Gesetze der beiden Länder.

**→ Zum Thema**

**Über den Autor:**

Mag. Dieter Hauck ist Partner der Kanzlei Preslmayr Rechtsanwälte in Wien.  
 Kontaktadresse: Preslmayr Rechtsanwälte OG,  
 Universitätsring 12, 1010 Wien.

Tel: +43 (0)1 533 16 95  
 Fax: +43 (0)1 535 56 86  
 E-Mail: hauck@preslmayr.at  
 Internet: www.preslmayr.at

**Vom selben Autor erschienen (Auszug):**

ICLG, Cartels & Leniency 2018, A practical cross-border insight into cartels and leniency;  
 ILO, The devil is in the details: transaction value draft guidelines, May 24 2018;  
 ILO, A blessing in disguise? February 01 2018;  
 Mitarbeit bei Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015).

