

Bundeskartellamt
Abteilung Grundsatzfragen des Kartellrechts
Frau Direktorin beim Bundeskartellamt Birgit Krueger
Kaiser-Friedrich-Straße 16
D-53113 Bonn

Bundeswettbewerbsbehörde
Rechtsabteilung
Frau Dr. Natalie Harsdorf Enderndorf
Stellvertreterin des Leiters der Geschäftsstelle
Radetzkystraße 2, 1. Stock
A-1030 Wien

vorab per E-Mail:

konsultation@bundeskartellamt.bund.de
konsultation@bwb.gv.at

STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

studienvereinigung-kartellrecht.de
Feldmühleplatz 1
40545 Düsseldorf | Deutschland
Postfach 10 17 43
40008 Düsseldorf | Deutschland
Büroanschrift des Vorsitzenden:
Place du Champ de Mars 5
Bastion Tower
1050 Brüssel | Belgien
Tel: +32 2 504 7021
Fax: +32 2 404 7020

Düsseldorf/Wien, 8.6.2018

Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht zum Entwurf des Gemeinsamen Leitfadens Transaktionswert-Schwellen für die Anmeldepflicht von Zusammenschlussvorhaben (§ 35 Abs. 1a GWB und § 9 Abs. 4 KartG)

I.

- (1) Die Studienvereinigung Kartellrecht (im Folg.: Studienvereinigung) ist ein eingetragener Verein deutschen Rechts, dessen Zweck die Förderung von Wissenschaft und Forschung auf dem Gebiet des nationalen, europäischen und internationalen Kartellrechts ist und der über 1.000 Rechtsanwälte/-innen aus Deutschland, Österreich und der Schweiz zu seinen Mitgliedern zählt. Die Mitglieder der Studienvereinigung beraten und vertreten regelmäßig Unternehmen im Zusammenhang mit der Anwendung der Fusionskontrollvorschriften.

- (2) Am 14.05.2018 haben das Bundeskartellamt ("BKartA") und die Bundeswettbewerbsbehörde ("BWB") den Entwurf eines gemeinsamen Leitfadens hinsichtlich der Transaktionswert-Schwellen für die Anmeldepflicht von Zusammenschlussvorhaben gemäß § 35 Abs. 1a GWB und § 9 Abs. 4 KartG (im Folgenden der "Entwurf") veröffentlicht. Die Studienvereinigung bedankt sich für die Gelegenheit, im Rahmen der öffentlichen Konsultation zum Entwurf Stellung nehmen zu können.
- (3) Seit Inkrafttreten der Transaktionswert-Schwellen (und auch bereits im Vorfeld des Inkrafttretens, indem die neue Schwelle auf alle Zusammenschlüsse Anwendung fand, die ab dem Tag des Inkrafttretens vollzogen wurden) sind in der fusionskontrollrechtlichen Beratung komplexe rechtliche Fragestellungen zu den Tatbestandsmerkmalen der neuen Schwellenwerte aufgetreten. Das BKartA und die BWB haben mit der Ausarbeitung des Leitfadens einen für die Praxis hilfreichen Beitrag zum besseren Verständnis der Transaktionswert-Schwellen geleistet. Der Entwurf beantwortet viele Fragen, die sich in der Beratung zu den Transaktionswert-Schwellen in den letzten Monaten gestellt haben.
- (4) Die Studienvereinigung begrüßt die mit hohem Aufwand verbundene Initiative eines gemeinsamen Leitfadens von BKartA und BWB und möchte die Gelegenheit des Konsultationsverfahrens nutzen, um einige Anmerkungen, Anregungen bzw. Vorschläge zum Entwurf zu übermitteln. Der Aufbau der vorliegenden Stellungnahme folgt der Gliederung des Entwurfs. Die Stellungnahme nimmt jeweils (soweit möglich) auf die konkrete Randziffer (Rz) des Entwurfs Bezug.

II.

Kapitel A: Einführung

Bedeutung des Leitfadens für den Rechtsanwender – Rz 6

- (5) In Rz 6 des Entwurfs weisen das BKartA und die BWB daraufhin, dass Gerichte in Deutschland und Österreich (in letzterem Fall auch der Bundeskartellanwalt als Amtspartei) nicht durch den Leitfaden gebunden werden können. Im Entwurf wird hingegen nicht explizit festgehalten, wie BKartA und BWB sich an den Leitfaden gebunden sehen.
- (6) Unter dem Aspekt der Rechtssicherheit, des Vertrauensschutzes sowie der bislang gelebten Praxis bei anderen veröffentlichten Leitfäden der Wettbewerbsbehörden geht die Studienvereinigung davon aus, dass BKartA und BWB auch bei der rechtlichen Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben nach den Transaktionswert-Schwellen gemäß den Ausführungen im Leitfaden vorgehen. Zur Klarstellung schlägt die Studienvereinigung daher die folgende Ergänzung in Rz 6 vor:
- (7) "Er soll Anwendern eine erste Hilfestellung zur Auslegung der gesetzlichen Vorschriften bieten **und stellt die aktuelle Rechtsansicht von Bundeskartellamt und Bundeswettbewerbsbehörde zur Anwendbarkeit der Transaktionswert-Schwellen dar.**"

Aktualisierung des Leitfadens – Rz 6

- (8) Im Entwurf wird in Rz 6 betont, dass im Leitfaden mangels ausreichender Fallpraxis noch nicht sämtliche, mögliche Fallkonstellationen und Anwendungsfragen abgebildet werden können und der Leitfaden daher als vorläufig zu betrachten ist. Dies ist nachvollziehbar, gleichzeitig führt die Aussage aber zur Frage, ob der Leitfaden in Folge weiterer Fallpraxis aktualisiert werden wird.
- (9) Im Sinne bestmöglicher Zugänglichkeit zur aktuellen Rechtsansicht von BKartA und BWB wird daher angeregt, dass der Leitfaden regelmäßig aktualisiert wird. Der Studienvereinigung ist bewusst, dass eine Aktualisierung des Leitfadens (insbesondere aufgrund der notwendigen Abstimmung zwischen BKartA und BWB) mit einigem Aufwand für die Wettbewerbsbehörden verbunden ist. Dennoch geht die Studienvereinigung davon aus, dass die Darlegung der zusätzlichen Praxis in einer aktuali-

sierten Fassung des Leitfadens weitere Individualanfragen von Zusammenschlusswerbern bei den Wettbewerbsbehörden verringern könnte. Für einen Austausch zu den weiteren Erfahrungen aus der Praxis im Zusammenhang mit den Transaktionswert-Schwellen steht die Studienvereinigung auch zukünftig zur Verfügung.

Konsultation mit den Wettbewerbsbehörden – Rz 6

- (10) Im Anschluss an die Erklärung, dass der Leitfaden nicht sämtliche, mögliche Fallkonstellationen und Anwendungsfragen abbilden kann, wird in Rz 6 folgendes festgehalten: *"In einschlägigen Fällen besteht zudem die Möglichkeit, dass sich zusammenschließende Parteien vorab an das Bundeskartellamt oder die Bundeswettbewerbsbehörde wenden, um die Darstellung ihres Vorhabens im Rahmen der Anmeldung abzustimmen."*
- (11) Aus Sicht der Studienvereinigung greift diese Formulierung zu kurz, da damit wohl nur die inhaltliche Ausgestaltung der Anmeldung gemeint ist, nicht aber der praktisch wichtigere Fall, ob überhaupt eine Anmeldepflicht besteht. Oft wird eine kurze Abstimmung mit den Wettbewerbsbehörden ausreichen, um eine Anmeldepflicht abschließen zu können.
- (12) Aus diesem Grund schlägt die Studienvereinigung vor, den Satz wie folgt zu ergänzen: *"In einschlägigen Fällen besteht zudem die Möglichkeit, dass sich zusammenschließende Parteien an das Bundeskartellamt oder die Bundeswettbewerbsbehörde wenden, um Fragen hinsichtlich der Anmeldepflicht zu klären oder um die Darstellung ihres Vorhabens im Rahmen der Anmeldung abzustimmen."*
- (13) Sinngemäß wird dies aufgrund der allgemeinen Formulierung am Ende des Entwurfs in Rz 114 (*"Stellen sich im Hinblick auf eine konkrete geplante Transaktion Fragen, die in diesem Leitfaden nicht angesprochen werden, stehen beide Behörden für ein informelles Gespräch gerne zur Verfügung."*) ohnehin festgehalten. Zur Vermeidung von Missverständnissen sollte aber die oben vorgeschlagene Ergänzung vorgenommen werden.

III.

Kapitel B: Die gesetzlichen Regelungen des § 35 Abs 1a GWB und des § 9 Abs 4 KartG

Keine Änderung bei der Berechnung der Umsatzschwellen – Rz 7

- (14) In Rz 7 wird (wie sich bereits aus dem Gesetz ergibt) festgehalten, dass die Schwellen des § 35 Abs 1a GWB und des § 9 Abs 4 KartG subsidiär zu den umsatzbasierten Kriterien des § 35 Abs 1 GWB und § 9 Abs 1 bis 3 KartG anzuwenden sind. Klarstellend wird folgendes festgehalten: *“An der Anwendungspraxis der letztgenannten Kriterien ändern die Schwellen des § 35 Abs 1a GWB und des § 9 Abs 4 KartG nichts.”*
- (15) Gemeint ist damit, dass die bisher rein umsatzbasierten Schwellenwerte und die Praxis zu diesen (dh insbesondere auch Fragen der Umsatzberechnung) durch § 35 Abs 1a GWB und § 9 Abs 4 KartG nicht berührt werden. Hinsichtlich der umsatzbezogenen Tatbestandselemente der § 35 Abs 1a GWB und § 9 Abs 4 KartG gelten daher die allgemeinen Regeln der Umsatzberechnung (in Deutschland somit insbesondere § 38 GWB und in Österreich § 22 KartG).
- (16) Zur Klarstellung sollte aus Sicht der Studienvereinigung folgender Passus ergänzt werden: *“§ 35 Abs 1a GWB und § 9 Abs 4 KartG enthalten neben den Tatbestandselementen des Werts der Gegenleistung von mehr als € 400 Mio. bzw mehr als € 200 Mio. und dem Tatbestandselement der erheblichen Inlandstätigkeit auch rein umsatzbasierte Tatbestandselemente. Fragen der Umsatzberechnung werden im Leitfaden nicht behandelt, da keine abweichenden Regelungen Anwendung finden.”*

Inlandsauswirkung – Rz 9

- (17) In Rz 9 des Entwurfs wird auf die Inlandsauswirkung von Zusammenschlüssen, die die Transaktionswert-Schwellen erfüllen, Bezug genommen. Für Deutschland wird in diesem Zusammenhang die Auffassung vertreten, dass Zusammenschlüsse, welche die Umsatz-, Transaktionswert- und Tätigkeitsschwellen überschreiten, nicht zwangsläufig anmeldepflichtig sind, sondern eine Anmeldepflicht mangels Inlandsauswirkung entfallen kann.
- (18) Hinsichtlich der österreichischen Rechtslage findet sich im Entwurf hingegen keine derart klare Aussage, sondern wird nur generell festgehalten, dass auch in Österreich

das Auswirkungsprinzip gemäß § 24 Abs 2 KartG gilt. Aus den Ausführungen im Entwurf ergibt sich somit nicht eindeutig, ob aus Sicht der BWB bei einem Anwendungsfall des § 9 Abs 4 KartG wie im Fall des § 9 Abs 1 KartG auch stets die Inlandsauswirkung geprüft werden kann und (zumindest in besonders gelagerten Fällen) eine Anmeldepflicht mangels Inlandsauswirkung in Österreich entfallen kann. Es wird daher um Klarstellung ersucht, ob nach Ansicht der BWB auch bei Anwendungsfällen des § 9 Abs 4 KartG eine Anmeldepflicht mangels Inlandsauswirkung entfallen kann oder ob diese Möglichkeit aus Sicht der BWB prinzipiell ausscheidet. Diese Frage stellt sich vor allem im Hinblick auf das Tatbestandselement der erheblichen Inlandstätigkeit (§ 9 Abs 4 Z 4 KartG).

IV.

Kapitel C: Wert der Gegenleistung

Anmerkungen zu Punkt I. 1. "Definition und Bestandteile" - Rz 11

- (19) Die Studienvereinigung regt an, bereits bei der Definition der Gegenleistung den Begriff "Kaufpreis" aufzunehmen (vgl § 39 Abs 4a Nr 1 GWB und die EB RV zum KaWeRÄG 2017).
- (20) Der Entwurf geht richtigerweise davon aus, dass eine Zahlung für einen Wettbewerbsverzicht in der Regel bereits im Kaufpreis berücksichtigt ist (vgl Entwurf, Rz 60, letzter Satz). Die Studienvereinigung regt an, diese wichtige Klarstellung auch bereits im Rahmen der Definition der Gegenleistung anzuführen und die folgenden lediglich redaktionellen Änderungen in Rz 11 vorzunehmen:
- (21) *"Der Wert der Gegenleistung ist ein in Euro anzugebender Wert. Er umfasst alle Vermögensgegenstände und sonstigen geldwerten Leistungen, die der Veräußerer vom Erwerber im Zusammenhang mit dem infrage stehenden Zusammenschluss erhält (Kaufpreis). Der Begriff des Vermögensgegenstands ist, ähnlich wie im Handelsrecht (in Österreich: Unternehmensrecht), weit zu verstehen. Er schließt alle Geldzahlungen ein, die Übertragung von Stimmrechten, Wertpapieren, von Sachanlagen sowie von immateriellen Vermögensgegenständen. Dazu zählen auch Gegenleistungen, die an den Eintritt bestimmter Bedingungen geknüpft sind, wie sie in sogenannten Earn-out-Klauseln enthalten sind, oder andere im Zusammenhang mit dem Zusammenschluss vereinbarte zusätzliche Zahlungen an den Veräußerer, wenn zu einem zu-*

künftigen Zeitpunkt bestimmte Umsatz- oder Gewinnziele erreicht werden (z.B. Lizenzgebühren). Ebenfalls dazu zu rechnen sind Zahlungen für einen vereinbarten Wettbewerbsverzicht des Veräußerers, soweit diese nicht bereits vollständig im Kaufpreis berücksichtigt sind."

Anmerkungen zu Punkt I. 1. "Definition und Bestandteile" - Rz 12

(22) Hier sollte noch deutlicher hervorgehoben werden, dass der Wert der Gegenleistung gerade bei "digitalen" Unternehmen regelmäßig auf einer subjektiven Einschätzung des Käufers über die Entwicklung des Zielunternehmens basiert. Dieser subjektive Wert muss nicht unbedingt mit dem auf Basis einer betriebswirtschaftlichen Unternehmensbewertung ermittelten Wert korrelieren, sondern wird diesen häufig übersteigen. Gerade für den strategischen Käufer stellt der Unternehmenskauf nämlich eine Investitionsentscheidung dar, für die insbesondere durch die Transaktion ausgelöste weitere Kosten, Kostenersparnisse, Marktanteilsgewinne, Integrationsfolgen sowie positive und negative Synergieeffekte eine erhebliche Rolle spielen.¹ Die Studienvereinigung regt deshalb die folgende Klarstellung in Rz 12 an:

(23) *"Typischerweise ist der mit betriebswirtschaftlichen Methoden ermittelte Unternehmenswert von dem Kaufpreis und dem Wert der Gegenleistung für ein Unternehmen zu unterscheiden. Dies ist darauf zurückzuführen, dass häufig Aufpreise bzw. Prämien für den Unternehmenserwerb gezahlt werden, die über den ermittelten Unternehmenswert hinausgehen. Diese sind entsprechend Teil des Werts der Gegenleistung. Der Wert der Gegenleistung wird daher häufig über dem Wert eines Unternehmens nach dessen Stand-alone-Bewertung liegen, da bei der Wertermittlung regelmäßig subjektive Einschätzungen des Käufers über die Entwicklung des Zielunternehmens als (zukünftigen) Teil der Unternehmensgruppe des Erwerbers eine entscheidende Rolle spielen."*

¹ Vgl zB Neuhaus in Kiem (Hrsg), Kaufpreisregelungen bei Unternehmenskauf (2015), § 5 Rz 3.

Anmerkungen zu Punkt I. 1. "Definition und Bestandteile" - Rz 13

- (24) Die Beurteilung, ob mehrere Erwerbsvorgänge im Rahmen einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise einen einheitlichen Zusammenschluss bilden, kann immer nur einzel-fallbezogen erfolgen. Die Studienvereinigung hat Bedenken, ob schon ein „enger sachlicher und zeitlicher Konnex“ hierfür ausreichen kann. Anders als im Falle des § 38 Abs. 5 Satz 3 GWB fehlt es insoweit an einer gesetzlichen Basis für die Zusammenfassung. Anders als mit dem Beispiel I b nahegelegt reicht ein Erwerb von getrennten Veräußerern und in getrennten, nicht voneinander abhängigen Verträgen nach Auffassung der Studienvereinigung auch dann nicht für eine Zusammenfassung aus, wenn der Erwerber die Erlangung einer Kapitalmehrheit beabsichtigt. Bei der Zusammenführung mehrerer Erwerbsvorgänge stellt sich überdies die Frage, welche Teilschritte einen einheitlichen Zusammenschluss darstellen und daher (im Fall einer Anmeldepflicht) nicht vor Freigabe durch die Wettbewerbsbehörden vollzogen werden dürfen. Der Satz *“Als Zeitpunkt des Zusammenschlusses gilt in einem solchen Fall der Zeitpunkt des letzten Teilzusammenschlusses.”* in Rz 13 könnte aus Sicht der Studienvereinigung so verstanden werden, dass erst der letzte Teilzusammenschluss eine Anmeldepflicht auslöst und die Schritte zuvor umgesetzt werden können, ohne einen Verstoß gegen das Vollzugsverbot darzustellen. Sofern dieses Verständnis nicht zutreffend ist, regt die Studienvereinigung eine Klarstellung an. Zumindest für Österreich entspricht die im Entwurf enthaltene Aussage zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses bei Zusammenführung von mehreren Erwerbsvorgängen nicht der jüngeren Rechtsprechung des Kartellgerichts² (wobei sich die diesbezügliche Entscheidung auf einen Erwerb von einem einzigen Verkäufer bezog).
- (25) Bei Beispiel I b regt die Studienvereinigung außerdem an, den zeitlichen und sachlichen Konnex zwischen den beiden Erwerbsvorgängen deutlicher hervorzuheben, da die bloße Absicht eines Mehrheitserwerbs ohne einen darüber hinaus gehenden sachlichen und zeitlichen Konnex unseres Erachtens für sich genommen noch keine Zusammenrechnung rechtfertigt (zB *“Der Erwerb von weiteren 26 % der Anteile erfolgt in zwei rechtlich getrennten Teilzusammenschlüssen, allerdings derart miteinander verknüpft, dass der eine nicht ohne den anderen durchgeführt werden soll mit zwei unabhängigen Veräußerern, die innerhalb eines engen Zeitraums jeweils ihre 13 % der Anteile verkaufen. Der Erwerber beabsichtigt mit den beiden Teilzusammenschlüssen die Mehrheit an der Zielgesellschaft von 51 % zu erwerben. [...]”*).

² Vgl OLG Wien, 06.10.2015, 29 Kt 44 u 45/15 – Europapier International, Rn 20 – 23.

Anmerkungen zu Punkt I. 1. "Definition und Bestandteile" - Rz 16

- (26) Nach dem Wortlaut der Bestimmung in § 38 Abs 4 Nr 2 GWB und den Gesetzesmaterialien zu § 9 Abs 4 KartG (EB RV zum KaWeRÄG 2017) kommt es nur beim *"Wert etwaiger vom Erwerber übernommener Verbindlichkeiten"* (Hervorhebung hinzugefügt) zu einer Hinzurechnung.³ Dies sollte auch im Entwurf klargestellt werden (vgl im Detail die Ausführungen unter Rn. (36).

Anmerkungen zu Punkt I. 2. "Grundlagen der Wertermittlung – Plausibilisierung und Darlegung der Ermittlung" – Rz 18

- (27) Der Entwurf verweist richtigerweise darauf, dass die Prüfung des Werts der Gegenleistung und der Anmeldepflicht Aufgabe der Zusammenschlussparteien ist. Die Studienvereinigung vermisst im Entwurf allerdings die in der Gesetzesbegründung zur 9. GWB-Novelle ausdrücklich hervorgehobene Richtigkeitsvermutung einer vertraglich vereinbarten Kaufpreishöhe (einschließlich eventuell übernommener Verbindlichkeiten auf Grundlage einer geeigneten Methode zur Wertbestimmung (BT-Drucks. 18/1027 S. 77)). Diese Richtigkeitsvermutung dient der Rechtssicherheit und sollte sich daher nach Auffassung der Studienvereinigung auch im Leitfaden wiederfinden.
- (28) Gelangen die Zusammenschlussparteien im Zuge ihrer eigenständigen Prüfung zum Ergebnis, dass die Schwellenwerte des § 35 Abs 1a GWB bzw des § 9 Abs 4 KartG überschritten sind und melden den Zusammenschluss an, sollten an die Plausibilisierung der Wertermittlung keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden:
- (29) Wie bei den Angaben zur Erreichung/Überschreitung der umsatzbezogenen Anmelde-schwellen des § 35 Abs 1 GWB bzw. des § 9 Abs 1 KartG sollte es in diesem Fall

³ Dieses Verständnis ergibt sich auch aus den deutschen Gesetzesmaterialien: Vgl BT-Drs. 18/10207, S. 77 f (mit eigenen Hervorhebungen): *"Nummer 2 schreibt ausdrücklich vor, dass die Gegenleistung auch den Wert der Verbindlichkeiten einschließt, die der Erwerber übernimmt. Bei Unternehmenskäufen ist es durchaus üblich, dass die Verbindlichkeiten des Veräußerers von dem zunächst höher angesetzten Kaufpreis abgezogen werden. Der Veräußerer erhält dann einen sozusagen reduzierten Kaufpreis. Diese Methode und damit die Maßgeblichkeit eines geringeren Gegenwertes stehen aber nicht im Einklang mit den Erwägungen, auf denen die Einführung der neuen Aufgreifschwelle beruht. Es wird erfasst, was der Zusammenschluss dem Erwerber wert ist. Die Übernahme von Verbindlichkeiten bringt zum Ausdruck, dass der Zusammenschluss ihm so viel wert ist, auch diese Belastungen zu tragen. Für den Veräußerer hat die Befreiung von Verbindlichkeiten einen positiven Wert. [...]"*

auch bei einer (möglichen) Anmeldepflicht nach § 35 Abs 1a GWB bzw. § 9 Abs 4 KartG ausreichen, wenn die Anmeldung die Angabe enthält, dass der Wert der Gegenleistung die Schwelle von EUR 200 Mio. in Österreich bzw. EUR 400 Mio. in Deutschland übersteigt. Allenfalls wäre noch eine weitergehende Angabe zur Schätzung der ungefähren Höhe der Gegenleistung (etwa in Form einer Bandbreite) denkbar. Dies gilt grundsätzlich auch für den Fall einer vorsorglichen Anmeldung. Nur für den eher unwahrscheinlichen Fall, dass bei einer derartigen Konstellation seitens der Wettbewerbsbehörde ernsthafte Zweifel hinsichtlich der Überschreitung der Schwellenwerte (und damit der eigenen Zuständigkeit) bestehen, wird diese eine weitergehende Plausibilisierung der Wertermittlung anfordern.⁴

Anmerkungen zu Punkt I. 2. "Grundlagen der Wertermittlung – Plausibilisierung und Darlegung der Ermittlung" - Rz 19

(30) Auf Basis der Ausführungen zu Rz 18 schlägt die Studienvereinigung folgende Änderungen der Rz 19 vor:

"Ziel der Darstellung gegenüber der Wettbewerbsbehörde ist, dass sie die Plausibilität des Werts der Gegenleistung prüfen und beurteilen kann. Dabei kommt der Genauigkeit der Darlegung durch die Unternehmen eine umso bedeutendere Rolle zu, je näher der Wert der Gegenleistung im Bereich der Schwellenwerte von € 200 Mio. für Österreich bzw. € 400 Mio. für Deutschland liegt. Die nachfolgenden Ausführungen sind daher besonders für Zweifelsfälle relevant. Sollten Zusammenschlussparteien hingegen die Auffassung vertreten, dass der Wert der Gegenleistung den Schwellenwert des § 9 Abs. 4 KartG i.H.v. € 200 Mio. bzw. des § 35 Abs. 1a GWB Nr. 3 i.H.v. € 400 Mio. (voraussichtlich) klar übersteigt, ist die nachfolgend beschriebene, detaillierte Darlegung der Wertermittlung nicht erforderlich. Wird dagegen ein Zusammenschluss nicht angemeldet, weil die Unternehmen zu dem Schluss gekommen sind, dass die Schwellenwerte nicht erfüllt sind und keine Anmeldepflicht besteht, bleibt es der Wettbewerbsbehörde naturgemäß unbenommen, einen möglichen Verstoß gegen das Vollzugsverbot zu prüfen."

⁴ In Deutschland kann die Anforderung einer weitergehenden Plausibilisierung insbesondere auf § 39 Abs 3 Nr. 3 GWB gestützt werden (*"im Fall des § 35 Absatz 1a ist zusätzlich auch der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss nach § 38 Absatz 4a, einschließlich der Grundlagen für seine Berechnung, anzugeben."*). In Österreich besteht hingegen kein gesetzliches Erfordernis, die Berechnung der Gegenleistung in der Anmeldung anzugeben (siehe für Österreich in diesem Zusammenhang den Vorschlag in Kapitel 7 der vorliegenden Stellungnahme).

Anmerkungen zu Punkt I. 2. "Grundlagen der Wertermittlung – Plausibilisierung und Darlegung der Ermittlung" - Rz 20-22

- (31) In den Rz 20-22 des Entwurfs wird dargelegt, dass eine schriftliche Ermittlung des Wertes der Gegenleistung durch die betroffenen Unternehmensleitungen bzw. ein Wertgutachten etwaige Zweifel der Behörden im Hinblick auf die Anmeldepflicht oder ein Verstoß gegen das Vollzugsverbot entgegenwirken kann. Die Frage ist, unter welchen Voraussetzungen derartige Gutachten, insbesondere solche unabhängiger Dritter, geeignet sind, den Vorwurf der Fahrlässigkeit eines möglichen Verstoßes gegen die Anmeldepflicht oder das Vollzugsverbot zu beseitigen, falls sich nachträglich ergeben sollten, dass die Schwellenwerte doch überschritten wurden. Die Studienvereinigung regt an, die Vorlage eines Wertgutachtens im Rahmen der Prüfung des Vorwurfs der Fahrlässigkeit eines möglichen Verstoßes gegen das Vollzugsverbot angemessen zu berücksichtigen.

Anmerkungen zu Punkt I. 2. "Grundlagen der Wertermittlung – Plausibilisierung und Darlegung der Ermittlung" - Rz 23

- (32) Auf Basis der Ausführungen zu Rz 18 schlägt die Studienvereinigung außerdem folgende Änderungen der Rz 23 vor:

"Herrscht zwischen Zusammenschlussparteien Uneinigkeit über den Wert der Gegenleistung, kann zwischen verschiedenen Fällen unterschieden werden.

- 1) *Es herrscht jedenfalls zwischen den Parteien Einigkeit darüber, dass der Wert der Gegenleistung über € 400 Mio. bzw. € 200 Mio. liegen wird. In diesem Fall hat eine Anmeldung zu erfolgen. Die Anmeldung sollte dabei auch eine Schätzung des voraussichtlichen Werts der Gegenleistung enthalten (zum Beispiel in Form einer Bandbreite) und muss deutlich machen, dass die Schwellenwerte überschritten werden.*
- 2) *Es herrscht Unklarheit darüber, ob der Schwellenwert von € 400 Mio. bzw. € 200 Mio. überschritten sein wird. In diesem Fall kann eine vorsorgliche Anmeldung erfolgen. Dies setzt voraus, dass das Vorhaben im Übrigen anmeldefähig ist, d.h. ausreichend konkretisiert ist. Auf diese Weise kann ein späterer Verstoß gegen das Vollzugsverbot vermieden werden."*

- (33) Eine Notwendigkeit, das BKartA oder die BWB über den uU erst Jahre nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens (etwa im Fall von Earn-out-Klauseln) feststehenden Wert der Gegenleistung zu informieren (wie im Entwurf in Rz 23 unter 1.) vorgesehen, ergibt sich für die Studienvereinigung nicht.

Anmerkungen zu Punkt I. 2. "Grundlagen der Wertermittlung – Plausibilisierung und Darlegung der Ermittlung" - Rz 26

- (34) Im Zusammenhang mit der Dokumentation der Plausibilisierung des Werts der Gegenleistung regt die Studienvereinigung außerdem eine Erklärung an, dass alle von den Zusammenschlussparteien übermittelten (nicht-öffentlichen) Informationen zum Wert der Gegenleistung und zu deren Herleitung und Berechnung von den Wettbewerbsbehörden als Geschäftsgeheimnisse behandelt werden. Für Österreich wäre in diesem Zusammenhang eine Klarstellung wünschenswert, dass sich die BWB auch in einem etwaigen Verfahren über die Entscheidungsveröffentlichung in der Ediktsdatei für eine Ausnahme derartiger Informationen von einer Veröffentlichung einsetzen wird.
- (35) Die Studienvereinigung schlägt daher vor, folgende zusätzliche Rz aufzunehmen:

"Bei den von den Zusammenschlussparteien übermittelten (nicht-öffentlichen) Informationen zum Wert der Gegenleistung handelt es sich in vielen Fällen um Geschäftsgeheimnisse. Die Wettbewerbsbehörden werden solche Informationen vertraulich behandeln. Soweit eine Veröffentlichung der Entscheidung erfolgt, werden (nicht-öffentliche) Informationen zum Wert der Gegenleistung und zu deren Herleitung und Berechnung von einer Veröffentlichung ausgenommen. In Österreich wird sich die Bundeswettbewerbsbehörde auch im Fall einer etwaigen Entscheidungsveröffentlichung in der Ediktsdatei dafür einsetzen, dass derartige Informationen nach § 37 Abs. 2 KartG von einer Veröffentlichung ausgenommen werden."

- (36) Anmerkungen zu Punkt II. 5. "Übernommene Verbindlichkeiten" - Rz 50
- (37) Der Entwurf geht davon aus, dass die *"im Rahmen eines Zusammenschlusses übernommenen Verbindlichkeiten des erworbenen Unternehmens (!)"* ebenso hinzurechnen sind, wie *"zusätzlich übernommene Verbindlichkeiten des Veräußerers"*.⁵

⁵ Entwurf Rz 50.

Dies wird mit einem Hinweis auf den ausdrücklichen Gesetzestext (in Deutschland) und die entsprechenden Gesetzesmaterialien in Österreich begründet. Darüber hinaus 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.

- (38) Damit gehen aber die Verfasser des Entwurfs davon aus, dass Verbindlichkeiten im erworbenen Unternehmen, auch wenn dieses im Wege eines Anteilserwerbs an einer Kapitalgesellschaft (mit beschränkter Haftung) übernommen wird, einerseits *„vom Erwerber übernommen werden“* und andererseits *„Verbindlichkeiten des Veräußerers“* und überhaupt Teil der Gegenleistung sind.⁶ Diese Auffassung ist nicht im Gesetzesbegriff eines – allenfalls objektiv feststellbaren – Wertes der Gegenleistung gedeckt und widerspricht auch dem gesetzlichen Haftungsregime bei Kapitalgesellschaften (mit beschränkter Haftung). Weder haftet der Veräußerer hier ursprünglich unmittelbar für diese Verbindlichkeiten, noch später der Erwerber. Vielmehr haftet für diese Verbindlichkeiten nur das Zielunternehmen. Die Begründung zum Regierungsentwurf der 9. GWB Novelle bezieht sich ausdrücklich nur auf Verbindlichkeiten des Veräußerers. Für diesen habe die Befreiung von Verbindlichkeiten einen positiven Wert (BT-Drucks. 18/1027 S. 77). Von Verbindlichkeiten des veräußerten Zielunternehmens aber wird der Veräußerer nicht befreit. Der dortige Hinweis, dass im US-amerikanischen Fusionskontrollrecht Verbindlichkeiten den Wert der Gegenleistung erhöhen, ist unpräzise. Die entsprechenden Anleitungen auf der Homepage der FTC⁷ zeigen, dass nur im Falle eines Asset Deals die Gegenleistung auch die Übernahme allfälliger Verbindlichkeiten durch die erwerbende Person mitumfasst.⁸ 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. Dabei wird beim Erwerb von Anteilen auf deren Markt-/Börsenpreis, Übernahmepreis oder allenfalls gemeinen Wert abgestellt. Im Falle eines Anteilserwerbs ist dabei jedenfalls keine *„Hinzurechnung“* von im Zielunter-

⁶ Vgl. BT-Drs 18/10207, 78.

⁷ Vgl. Valuation of Transactions Reportable Under the Hart-Scott-Rodino Act (nachstehend auch *„HSR“*), unter <http://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program/hsr-resources/valuation-transactions-reportable-underable-under>.

⁸ *„That consideration includes the assumption of any accrued liabilities by the acquiring person, ...“*.

nehmen allenfalls enthaltenen Verbindlichkeiten vorgesehen. Dies kommt auch in den Berechnungsformularen zum Ausdruck.⁹

- (39) Am deutlichsten wird die Problematik im Fall des Erwerbes von Unternehmensanteilen, die an einer Börse notieren¹⁰ oder sonst öffentlich gehandelt werden. Hier ist die Preisbildung (insbesondere bei öffentlichen Übernahmeangeboten) weitgehend der Einflussnahme durch die Parteien entzogen. Umso weniger ist es verständlich, warum dann im Sinne der neuen Schwellenwerte dem Börsenpreis des Zielunternehmens dessen (verzinsliche) Verbindlichkeiten (zB Anleihen, Kredite, etc) hinzugerechnet werden sollen, wenn diese nicht vom Erwerber übernommen werden. Der Anteilspreis, wie an der Börse ermittelt, ist das, was das Zielunternehmen dem Erwerber (und auch dem Markt) wert ist, und zwar so wie es ist, mit oder ohne Verbindlichkeiten und unter Berücksichtigung der subjektiven Beurteilungselemente. Weder der deutsche Gesetzestext noch die österreichischen erläuternden Bemerkungen 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 der Behandlung von Verbindlichkeiten angesehen werden.
- (40) Die vorgeschlagene Regelung über eine anteilige Übernahme von Verbindlichkeiten, wenn weniger als 100% erworben werden, unterstreicht diese Systemwidrigkeit.¹¹ Der Erwerber hat die Belastung (wirtschaftlich) erst zu tragen, wenn er das Zielunternehmen kontrolliert und dieses in seinen Jahresabschluss im Wege der Konsolidierung miteinbezieht. Falls überhaupt, sollte bei Anteilserwerben die Hinzurechnung von Verbindlichkeiten daher auf Fälle der (alleinigen) Beherrschung mit verpflichtender Konsolidierung der Verbindlichkeiten beim Erwerber beschränkt werden.
- (41) Sollte die im Entwurf vertretene Ansicht der Wettbewerbsbehörden durch Sorge vor missbräuchlichen Gestaltungen begründet sein, so ist dem einerseits entgegen zu

⁹ *"Assumption of accrued liabilities (only in asset acquisitions)..."*. Auch im Falle der Aufnahme von Fremdkapital zur Finanzierung des Kaufpreises (Leveraged Buyout/LBO) werden im US-amerikanischen Fusionskontrollrecht die zur Kaufpreisfinanzierung neu aufgenommenen Verbindlichkeiten des Zielunternehmens nur berücksichtigt, wenn sie auch Teil des Kaufpreises sind, den der Veräußerer erhält (vgl. <https://www.ftc.gov/news-events/blogs/competition-matters/2016/10/lbos-size-transaction-test>).

¹⁰ Ungeachtet der Tatsache, dass in dem schmalen Anwendungsfenster, dass sich aus der Kombination von Umsatz- und Gegenleistungsschwelle ergibt, der Erwerb von börsennotierten Unternehmen sehr unwahrscheinlich sein dürfte.

¹¹ Entwurf Rz 50, letzter Satz.

halten, dass derlei weitgehend durch andere gesetzliche Regelungen¹² verhindert wird und andererseits im Falle der missbräuchlichen Gestaltung die Regeln über Umgehungsgeschäfte bzw. nach dem österreichischen 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 Entwurf darauf hinaus, dass gleichsam das Konzept des "Wertes der Gegenleistung" mit dem eines "lastenfreien objektiven Unternehmenswertes" vermischt wird. Dies ohne Grundlage im zugegebenermaßen unklaren Gesetzestext und zu Lasten der Praxis.

- (42) Entsprechend macht die Studienvereinigung folgenden Formulierungsvorschlag hinsichtlich Rz 50 und 51:

"Durch den Erwerber übernommene Verbindlichkeiten sind ebenfalls als Teil der Gegenleistung für den Erwerb eines Zielunternehmens zu erachten und daher dem Wert der Gegenleistung hinzuzurechnen. In § 38 Abs. 4a GWB wird dies explizit ausgeführt. In Österreich enthalten die Materialien ausdrücklich einen entsprechenden Hinweis. Hiermit wird erfasst, welchen Wert der Erwerber dem Zusammenschluss beimisst. Die Übernahme von Verbindlichkeiten bringt zum Ausdruck, dass der Zusammenschluss ihm so viel wert ist, auch diese Belastungen zu tragen. Dies trifft sowohl auf im Rahmen eines Zusammenschlusses übernommene Verbindlichkeiten des erworbenen Unternehmens (zum Beispiel im Rahmen des Erwerbs von Verbindlichkeiten beim Unternehmenskauf im Wege eines Asset Deals oder bei einer Schuldübernahme von bestehenden Verbindlichkeiten des Zielunternehmens durch den Erwerber) zu als auch auf zusätzlich übernommene Verbindlichkeiten des Veräußerers. Verbindlichkeiten des Zielunternehmens, die vom Erwerber nicht übernommen werden (beispielsweise Verbindlichkeiten, die im Zielunternehmen verbleiben und die der Erwerber nicht übernimmt (so wie dies bei einem Anteilerwerb an einer Kapitalgesellschaft häufig der Fall ist)), führen nicht zu einer Erhöhung der Gegenleistung und sind nicht hinzuzurechnen. Es wird also nicht danach unterschieden, ob sich die Zielgesellschaft überwiegend durch Fremd- oder durch Eigenkapital finanziert. Die Gesetzesbegründung zum GWB macht dabei deutlich, dass durch die Hinzurechnung der Verbindlichkeiten der Unternehmenskaufpraxis Rechnung getragen werden soll. Die-

¹² Z.B. Eigenkapitalersatzrecht, Steuerrecht, etc.

ser Überlegung folgend ist nach derzeitiger Auffassung der Bundeswettbewerbsbehörde und des Bundeskartellamtes bei der Hinzurechnung von Verbindlichkeiten im Regelfall auf die verzinslichen Anteile der Verbindlichkeiten abzustellen. Nicht verzinsliche Verbindlichkeiten, wie üblicherweise Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen, wären von der Hinzurechnung entsprechend nicht umfasst. Die vorliegenden Ausführungen beziehen sich auf die in der Bilanz des erworbenen Unternehmens ausgewiesenen Verbindlichkeiten ungeachtet ihrer Zuordnung zu einer Bilanzposition nach § 266 HGB bzw. § 224 UGB. Sofern der Erwerber 100 % der Anteile an dem Zielunternehmen erwirbt, sind sämtliche Verbindlichkeiten in den Wert der Gegenleistung einzubeziehen. Der Wert reduziert sich entsprechend, wenn lediglich ein Teil des Unternehmens übernommen wird.“

(Rz 51) Die übernommenen Verbindlichkeiten des Veräußerers sind in dem Umfang ihrer Übernahme in den Wert der Gegenleistung einzubeziehen. Der Höhe nach sind Verbindlichkeiten, die vom Veräußerer übernommen wurden, entsprechend ihrem aktuellen Wert in der Bilanz vor der Übernahme anzugeben, d.h. mit dem Betrag, der zur Erfüllung der Verbindlichkeit aufgebracht werden muss (§ 253 Abs. 1 S. 2 HGB bzw. § 211 Abs. 1 S. 1 UGB).“

Anmerkungen zu Punkt II. 6 "Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens" – Rz 50

- (43) In Rz 52 wird erörtert, wie sich der Wert der Gegenleistung bei der Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens zusammensetzt. Dabei wird ausgeführt, bei dem im Rahmen der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens eingebrachten Kapital und den jeweils eingebrachten Vermögenswerten handele es sich um die Gegenleistung der jeweils einbringenden Partei. Nach Auffassung der Studienvereinigung wird dies vom Wortlaut des Begriffs der Gegenleistung nicht mehr umfasst. Die Vorstellung, der einbringende Gesellschafter erhalte für seine Anteile eine Gegenleistung in Form der von ihm selbst eingebrachten Einlage (Bareinlage oder Sacheinlage) erscheint der Studienvereinigung überdies nicht als mit den Grundsätzen des Kapitalgesellschaftsrechts vereinbar. Dies wird bei der Einordnung von Verschmelzungsvorgängen (Rz 56) besonders deutlich. Die Position des Entwurfs steht hier in Widerspruch zur gesetzlichen Regelung. § 5 Abs. 1 Nr. 2 UmwG definiert die „Gegenleistung“ eindeutig. Die Übertragung des Vermögens jedes übertragenden Rechtsträgers erfolgt gegen Gewährung von Anteilen am übernehmenden Rechtsträger. Der Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers erhält also als „Entgelt“ Anteile und nicht etwa das Vermögen des übernehmenden Rechtsträgers, wie dies dem

Ansatz des Entwurfs entsprechen würde. Nicht anders liegt es auch bei der Einbringung im Falle der Gesellschaftsgründung. Auch dort erfolgt die Einlage gegen Gewährung von Anteilen (etwa § 5 Abs. 4, § 8 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG für den Fall der Sacheinlage: Sacheinlage und dafür übernommene Geschäftsanteile). Im Hinblick auf die Wertermittlung bei der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (Rz 54, 55) wird nach dem Eindruck der Studienvereinigung nicht hinreichend klar begründet, weswegen auf die Summe der Gegenleistungen mehrerer Beteiligter abzustellen sein soll. Wenn damit z.B. Fälle erfasst werden sollen, bei denen ein Start-up durch mehrere Unternehmen gleichzeitig (z.B. zwei oder drei Private Equity Unternehmen) erworben wird, empfiehlt es sich, dies ausdrücklich klarzustellen. Im Übrigen könnte eine Parallele zur Umsatzberechnung in „klassischen“ Fällen gebildet werden. Da der Wert der Gegenleistung an die Stelle des Umsatzes tritt, sollte für jedes beteiligte Unternehmen die Gegenleistung ermittelt werden – ebenso wie für jedes beteiligte Unternehmen der relevante Umsatz zu ermitteln ist. In einem weiteren Schritt wäre dann zu prüfen, ob die Summe der Gegenleistungen seitens der beteiligten Unternehmen die maßgeblichen Schwellen überschreitet.

- (44) In diesem Zusammenhang ist hinsichtlich der österreichischen Rechtslage auf die grundsätzliche Unterscheidung der Zusammenschlusstatbestände gemäß § 7 Abs 1 KartG und § 7 Abs 2 KartG hinzuweisen. Originäre Neugründungen von Gemeinschaftsunternehmen fallen unter § 7 Abs 2 KartG (Gründung eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens). Im Gegensatz dazu ist man bei der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens in der Form, dass Anteile an einer bereits bestehenden operativ tätigen Gesellschaft erworben werden oder eine Gesellschaft zwar neu gegründet wird, in diese aber wesentliche Vermögenswerte, die eine bestehende Marktposition vermitteln, eingebracht werden, im Anwendungsbereich des § 7 Abs 1 KartG (Anteils- und Kontrollerwerb).¹³ Bei der Gründung eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens gemäß § 7 Abs 2 KartG fehlt es an einem "zu erwerbenden Unternehmen", sondern entsteht gerade erst durch die Gründung ein neuer Marktteilnehmer. Eine erhebliche Inlandstätigkeit kann daher nie gegeben sein. Im Ergebnis fehlt es im Anwendungsbereich des § 7 Abs 2 KartG somit an einer Grundvoraussetzung für die Anwendbarkeit des § 9 Abs 4 Z 4 KartG. Die Studienvereinigung schlägt daher die Klarstellung vor, dass § 9 Abs 4 KartG keine Anwendung auf Zusammenschlüsse gemäß § 7 Abs 2 KartG findet.

¹³ Vgl. *Urlesberger in Petsche/Urlesberger/Vartian (Hrsg), KartG 2005² (2016) § 7 KartG Rz 95ff.*

V.

Kapitel D: Erheblicher Umfang der Inlandstätigkeit

Anmerkungen zu Punkt I. 1. "Einleitung zur Inlandstätigkeit" - Rz 61

- (45) Die Klarstellung in Rz 61 *"Wird ein ausschließlich oder im Wesentlichen im Inland tätiges Unternehmen übernommen, ist regelmäßig von einer erheblichen Inlandstätigkeit auszugehen."* ist zu begrüßen.
- (46) Da dies soweit ersichtlich an keiner anderen Stelle des Entwurfs in der notwendigen Klarheit Erwähnung findet (insbesondere nicht in Rz 110 und 111), wäre eine Klarstellung in Rz 61 zweckmäßig, dass unter dem Terminus "*zu erwerbende Unternehmen*" in § 9 Abs 4 Z 4 KartG auch "*wesentliche Unternehmensteile*" gemäß § 7 Abs 1 Z 1 KartG zu verstehen sind.

Anmerkungen zu Punkt I.2. "Kriterien zur Messung"- Rz 62 - 67

Standort des Zielunternehmens (Rz 65)

- (47) Die Relativierung der zu weit gefassten Begründung in den Mat¹⁴, wonach eine erhebliche Inlandstätigkeit z.B. dann anzunehmen ist, wenn sich ein Standort des zu erwerbenden Unternehmens im Inland befindet, durch die Forderung eines inländischen Marktbezugs des Standorts in Rz 65 ist zu begrüßen.
- (48) Folgt man den Mat, könnte man davon ausgehen, dass der Kauf einer Holding oder Stiftung mit Sitz in Österreich (unter der Annahme, dass § 24 KartG anwendbar ist) selbst ohne tatsächliche Tätigkeit mit Marktbezug in Österreich den Tatbestand der erheblichen Inlandstätigkeit erfüllt. Dies wird wohl abzulehnen sein, weil der rechtliche Sitz eines Unternehmens von einem (Betriebs-)Standort zu unterscheiden ist. Der Begriff "Standort" wird im Gewerberecht verwendet. Unter dem Standort ist jene Betriebsstätte als ständige Einrichtung anzusehen, wo sich zumindest in der Regel der Verkehr des Unternehmers mit seinen Kunden abspielt, wo oder über welche Betriebsstätte er also für die Kunden erreichbar ist und wo auch regelmäßig die Mehrzahl der internen Geschäftsvorgänge, wie Buchhaltung, Kassenführung und Korres-

¹⁴ ErlRV 1522 der BgNR 25. GP 3.

pondenz, abgewickelt werden.¹⁵ Hauptniederlassung bzw Sitz ist bei Einzelunternehmern gemäß österreichischem UGB dagegen der auf Dauer angelegte Ort der Geschäftsleitung. Die Höhe der dort getätigten Umsätze, die Anzahl der dort Beschäftigten und der Wert des dort befindlichen Betriebsvermögens sind dafür nicht relevant.

- (49) Im Sinne der Rechtssicherheit sollte daher in Rz 65 der Terminus "Standort" nach österreichischem Recht dahingehend näher definiert werden, dass es sich dabei um den Ort handelt, an dem sich idR der Verkehr des Unternehmers mit seinen Kunden abspielt. Außerdem sollte klarstellend ergänzt werden, dass ohne einen hinreichenden Marktbezug der Tätigkeit des Zielunternehmens der bloße Sitz eines Unternehmens (und noch viel weniger der Sitz einer Holding als Muttergesellschaft eines Unternehmens, das ausschließlich im Ausland tätig ist) keine erhebliche Inlandstätigkeit begründet.

Aktuelle Tätigkeit (Rz 67)

- (50) In Rz 67 wird erklärt, dass es auf die aktuelle Tätigkeit des Zielunternehmens und nicht auf eine bloß zukünftige oder voraussichtliche Inlandstätigkeit ankommt. Dies entspricht dem Gesetzeswortlaut von § 9 Abs 4 Z 4 KartG ("*in erheblichem Umfang tätig ist*").
- (51) Um zu verdeutlichen, dass der Begriff der "erheblichen Inlandstätigkeit" eine im Gegensatz zu § 24 Abs 2 KartG entsprechende qualifizierte Auswirkung voraussetzt, sollte darauf hingewiesen werden, dass die Inlandstätigkeit des Zielunternehmens¹⁶ iSv § 9 Abs 4 Z 4 KartG aktuell, erheblich und unmittelbar sein muss, sodass sowohl bloße Reflexwirkungen als auch nur potentielle Wirkungen in Österreich unbeachtlich sind. Dies trifft auch auf die bloße Eignung der Entfaltung eines Marktbezugs zu. Die Feststellung der Inlandstätigkeit erfordert somit das Vorliegen eines aktuellen Sachverhalts (unter Ausschluss einer Prognose). Hinsichtlich des in Rz 67 angeführten Beispiels, dass eine "gegenwärtige" Inlandstätigkeit bereits vorliegt, "*wenn sie einem Marktzutritt dient, wie zum Beispiel der Zulassung eines Arzneimittels im Inland*:" stellt sich zu-

¹⁵ OGH 14.03.1989, 4Ob19/89.

¹⁶ § 24 Abs 2 KartG verlangt hierbei bloß, dass sich der gesamte Sachverhalt auf den inländischen Markt auswirkt. Bei § 9 Abs 4 Z 4 KartG kommt es hingegen nur auf die Tätigkeit des Zielunternehmens an.

dem die Frage, wie bei Anknüpfung an dieser Tätigkeit konkret die Erheblichkeit dieser Tätigkeit geprüft werden soll.

Feststellung des Inlandsbezugs (Rz 68 - 72)

- (52) Rz 70 stellt wiederum nur für Österreich fest, dass der Inlandsbezug sich auch aus einem Standort des Zielunternehmens in Österreich ergeben kann und zwar offenbar unabhängig davon, wo sich die Kunden befinden. Indem es auf die bloße örtliche Zuordnung von Vermögenswerten an einen Standort ankommen soll, wird der Wortlaut von § 9 Abs 4 Z 4 KartG überschritten, der explizit von einer Tätigkeit ausgeht (arg "[...] im Inland tätig ist.>").
- (53) Im Sinne der Rechtssicherheit sollte daher analog zu Rz 65 (s. dazu Ausführungen zu Rz 65 oben) der Terminus "*Standort*" nach österreichischem Recht im Leitfaden näher definiert werden, da dass dieser einen Marktbezug voraussetzt.

Vermarktungsfähigkeit der inländischen Tätigkeit (Rz 73 - 76)

- (54) Rz 73 lässt eine konkrete Definition des Marktbezugs vermissen. Eine solche Definition könnte etwa analog (jedoch unter Beachtung des aktuellen und erheblichen Marktbezugs der Inlandstätigkeit des Zielunternehmens) zur Zwischenstaatlichkeitsklausel im EU-Wettbewerbsrecht ausformuliert werden.¹⁷ Die Formulierung in Rz 73 "*Ein Marktbezug ist jedenfalls dann gegeben, wenn eine Leistung des Zielunternehmens auf einem bestehenden Markt gegen Geld angeboten wird*" ist nur ein Beispiel, jedoch keine klare Definition.
- (55) Dass für den inländischen Marktbezug gemäß Rz 73 bereits das bloße Anbieten von Leistungen des Zielunternehmens gegen Geld ausreichen soll, ist schon im Lichte der Ausführungen zu Rz 67, wonach es auf eine aktuelle Tätigkeit ankommt, zu weitgehend. Es sollten gerade bei gegen Geld angebotenen Leistungen auch schon Kunden im Inland vorhanden sein. Ansonsten fehlt es zulasten der Normadressaten an einem klaren Anknüpfungspunkt für das Anmeldeerfordernis. So ist zB unklar, wann eine auf einer Internetseite angebotene Leistung in Österreich angeboten wird.

¹⁷ Vgl Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags 2004/C 101/07.

- (56) Die Leitlinien führen eine Reihe von Fallgruppen an. Diese sind auf den ersten Blick zwar hilfreich, jedoch eine bloß demonstrative Darstellung, die eine Definition des "Marktbezugs" nur erahnen lässt. Neben den Fallgruppen wäre daher eine Auflistung von Fallgruppen hilfreich, bei denen eine Anmeldung nach § 9 Abs 4 jedenfalls ausgeschlossen ist.

Erheblichkeit der Inlandstätigkeit (Rz 77 - 81)

- (57) Mit der Erheblichkeit der Inlandstätigkeit in § 35 Abs 1a Z 4 GWB und § 9 Abs 4 KartG wurde ein unbestimmter Rechtsbegriff in die deutschen und österreichischen Anmeldeschwellen eingefügt. Unbestimmte Rechtsbegriffe gehen naturgemäß mit einer gewissen Rechtsunsicherheit einher. Sie lassen Spielraum für Interpretation und werden erst durch die Entwicklung von Sekundärrecht (zB Leitlinien, Entscheidungen) ausgestaltet. In Gebotsnormen wie § 35 GWB und § 9 KartG ist die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe insbesondere deshalb problematisch, da die Missachtung der Vorschrift hohe Bußgelder für die betroffenen Unternehmen und die Rückabwicklung der Transaktion zur Folge haben kann. Dem Leitfaden kommt deshalb im Zusammenhang mit der Erheblichkeit der Inlandstätigkeit besondere Bedeutung zu. Es sollte darauf geachtet werden, durch Darstellung der gängigsten Fallgruppen die mit dem unbestimmten Rechtsbegriff einhergehende Rechtsunsicherheit auf ein Mindestmaß zu reduzieren.

Keine Erheblichkeit aufgrund geringen Umsatzes

- (58) Deshalb begrüßt die Studienvereinigung den Vorstoß des BKartA, im Leitfaden festzulegen, dass Zusammenschlüsse, bei denen das Zielunternehmen im Inland im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr weniger als EUR 5 Mio. Umsatz erzielt hat, in Deutschland auch weiterhin nicht anmeldepflichtig sein werden, jedenfalls sofern der Umsatz die Marktposition und das wettbewerbliche Potential des Unternehmens ausreichend widerspiegelt. Das entspricht der Ratio des österreichischen und deutschen Gesetzgebers bei der Einführung der Transaktionswertschwelle: Man wollte Fälle erfassen, in denen ein Unternehmen mit hohem wirtschaftlichen und wettbewerblichen Potential erworben wird. Nur in diesem Fall bestand eine Regelungslücke, die durch den neuen Auffangtatbestand geschlossen werden sollte.

- (59) Deshalb regt die Studienvereinigung an, dass die BWB in Rz 80 des Leitfadens festlegt, dass eine erhebliche Inlandstätigkeit des Zielunternehmens jedenfalls nicht vorliegt, wenn dieses in Österreich im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr weniger als EUR 500.000 Umsatz erzielt hat, natürlich nur sofern der Umsatz die Marktposition und das Marktpotential des Zielunternehmens reflektiert.¹⁸ Das entspräche 10% des vom BKartA angesetzten Schwellenwertes und entspricht gemessen am Bruttoinlandsprodukt in etwa dem Verhältnis der österreichischen Wirtschaftsleistung zur Deutschen. Mit Blick auf den in § 9 Abs 4 Z 3 KartG angesetzten Schwellenwert von EUR 200 Mio. für den Wert der Gegenleistung (Verhältnis 1:2 zur deutschen Regelung) könnte die Erheblichkeitsschwelle auch höher angesetzt werden, zB bei EUR 1 Mio.
- (60) Die Festlegung, dass bei einem Inlandsumsatz von weniger als EUR 500.000 jedenfalls keine Erheblichkeit vorliegt, kann nicht verhindern, dass durch den neuen Schwellenwert auch Zusammenschlüsse in traditionellen Industrien unterhalb der Schwelle des § 9 Abs 1 KartG anmeldepflichtig werden, auch wenn der Umsatz des Zielunternehmens seine Marktposition und sein wirtschaftliches Potential zuverlässig reflektiert. Der österreichische Gesetzgeber hat § 9 Abs 4 Z 4 KartG nicht eingeführt, um Akquisitionen in traditionellen Industrien unterhalb der Schwelle des § 9 Abs 1 KartG zu erfassen.¹⁹ Vielmehr liegt § 9 Abs 1 KartG eine bewusste gesetzgeberische Entscheidung zugrunde, die nun durch den neuen § 9 Abs 4 KartG teilweise unterwandert wird. Umso wichtiger erscheint es, diese Art von Anmeldungen möglichst gering zu halten. Die Erheblichkeit bei einem Umsatz von unter EUR 500.000 jedenfalls zu verneinen, erscheint uns, wie oben dargelegt, aus österreichischer Sicht als ein geeigneter Ansatz. Dass eine Erheblichkeit (je nach den Umständen des Einzelfalls; insbesondere abhängig von der Marktgröße des relevanten Marktes in Österreich und somit des Marktanteils) auch bei einem Umsatz von mehr als EUR 500.000 ausgeschlossen werden kann, bleibt davon (aus Sicht der Studienvereinigung) unberührt.

¹⁸ Vgl auch *Thanner*, Kartellrecht neu denken, ÖZK 2018, 43 (46), der in Hinblick auf die Entlastung der BWB die Möglichkeit einer zweiten Inlandsumsatzschwelle anspricht. Ohne auf diese Frage hinsichtlich des rein umsatzbasierten Schwellenwerts gemäß § 9 Abs 1 KartG im Rahmen der vorliegenden Stellungnahme einzugehen, ist hervorzuheben, dass mit Festlegung der EUR 500.000 im Anwendungsbereich des § 9 Abs 4 KartG der Anfall an Zusammenschlussanmeldungen sicherlich eingedämmt werden könnte.

¹⁹ ErlRV 1522 der BgNR 25. GP 3.

- (61) Die Studienvereinigung schlägt daher vor, bei Rz 80 den folgenden Satz am Ende hinzuzufügen: "Dennoch wird die Bundeswettbewerbsbehörde die Erheblichkeit jedenfalls dann verneinen, wenn das Zielunternehmen im Inland Umsatzerlöse erzielt, die unter EUR 500.000 lagen und diese Umsatzerlöse die Marktposition und das wettbewerbliche Potential angemessen widerspiegeln."

Erheblichkeit aufgrund eines österreichischen Standorts

- (62) Wir verweisen in diesem Zusammenhang auf unsere Ausführungen zu Rz 65 des Entwurfs (Rn. 47 ff. dieser Stellungnahme) und schlagen folgende Ergänzung in Rz 80 vor:

- (63) Anschließend an den Satz "Im Gegensatz zu Deutschland ist für Österreich ein absoluter Schwellenwert von EUR 5 Mio. vom Gesetzgeber aber nicht vorgesehen." und die oben vorgeschlagene EUR 500.000 sollte folgender Satz in Rz 80 eingefügt werden: "Beteiligungsgesellschaften, die ausschließlich an im Ausland tätigen Unternehmen beteiligt sind, begründen mangels inländischen Marktbezugs jedenfalls keine erhebliche Inlandstätigkeit."

Anmerkungen zu Fallbeispielen 2 und 3

Fallbeispiel 2: "Maschinenbauer kauft etablierten Spezialmotorhersteller"

- (64) Aufbauend auf dem bereits oben Gesagten schlägt die Studienvereinigung vor, bei Fallbeispiel 2 in Rz 97 klarzustellen, dass ein österreichischer Standort nur relevant ist, sofern es sich nicht um eine reine Holding-Gesellschaft handelt. Sofern die BWB unserem Vorschlag in Punkt 5.5 folgt und die Erheblichkeit in § 9 Abs 4 Z 4 KartG bei einem Umsatz von unter EUR 500.000 jedenfalls verneint, stellt sich die Frage, ob im konkreten Fall nicht auch ein Umsatz von EUR 1 Mio. gegen eine Erheblichkeit spricht. Es sollte daher darauf hingewiesen werden, dass sich die Anmeldepflicht aufgrund des österreichischen Standorts ergibt. Ob der Umsatz in Höhe von lediglich EUR 1 Mio. (isoliert betrachtet) bereits eine Erheblichkeit begründet, kann daher im vorliegenden Fall offen bleiben.

- (65) In Rz 97 schlägt die Studienvereinigung anstelle von "In Österreich ist als relevantes Kriterium allerdings ein Standort vorhanden." Folgendes vor: "Eine Inlandstätigkeit im erheblichen Umfang in Österreich liegt auch deshalb vor, weil ein Standort in Österreich vorhanden ist, bei dem es sich nicht um eine reine Holding-Gesellschaft handelt."
- (66) In Rz 98 schlägt die Studienvereinigung vor, das Ergebnis für Österreich wie folgt festzuhalten: "Der Zusammenschluss ist in Österreich anmeldepflichtig, da das Unternehmen über einen Standort in Österreich verfügt, bei dem es sich nicht nur um eine reine Holding-Gesellschaft handelt. Ob der österreichische Umsatz isoliert betrachtet als eine erhebliche Inlandstätigkeit zu sehen ist, kann im vorliegenden Fall daher offen bleiben. Dass der österreichische Umsatz mehr als EUR 500.000 beträgt, bedeutet nicht automatisch, dass eine Erheblichkeit vorliegt, sondern kann die Erheblichkeit nur aufgrund der konkreten Marktverhältnisse beurteilt werden."

Fallbeispiel 3a: "Zugelassenes Arzneimittel"

- (67) Fallbeispiel 3a ("Zugelassenes Arzneimittel") behandelt in Bezug auf Österreich nur den relativ klar gelagerten Fall, in dem das Zielunternehmen keine Umsätze in Österreich erzielt und keinen Markteintritt in Österreich vorbereitet. Bei einem EU-weit zugelassenen und in Deutschland vertriebenen Arzneimittel wird ein Markteintritt in Österreich aber häufig vorbereitet. Daher kommt dieser Fallkonstellation aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht eine hohe praktische Bedeutung zu.
- (68) Die Studienvereinigung Kartellrecht schlägt vor, eine Klarstellung einzufügen, ob das Vorhaben in Österreich auch in folgenden Fallkonstellationen anmeldepflichtig wäre: (1) Die Geschäftsführung hat entschieden, dass das Unternehmen in den nächsten drei Jahren seine Tätigkeit nach Österreich ausdehnen wird. Die Vorbereitungen für den Markteintritt laufen noch nicht. (2) Der Markteintritt ist in den nächsten drei Jahren geplant und die internen Vorbereitungen dafür sind im Gang. (3) Der Markteintritt ist in den nächsten zwei Jahren geplant und das Unternehmen führt erste Gespräche mit österreichischen Kunden. Bisher wird aber kein Umsatz in Österreich erzielt.

- (69) Aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht ist das Vorhaben zumindest in den Fallkonstellationen (1) und (2) in Österreich nicht anmeldepflichtig. In Fallkonstellation (3) sprechen ebenfalls gute Gründe gegen die Erheblichkeit der Inlandstätigkeit. Um die mit dem Erheblichkeitskriterium in § 9 Abs 4 KartG verbundene Unsicherheit möglichst zu reduzieren, sollte der Leitfaden auch typische Grenzfälle abdecken.

Fallbeispiel 3b: "Entwicklung eines Arzneimittels"

- (70) Im Fallbeispiel 3b "Entwicklung eines Arzneimittels" wird die fehlende Erheblichkeit der Inlandstätigkeit in Österreich damit begründet, dass das Zielunternehmen keinen Standort und keine zugelassenen Medikamente in Österreich hat. In dem Zusammenhang sollte klargestellt werden, ob aus Sicht der BWB ein erheblicher Inlandsbezug vorliegen würde, wenn das Zielunternehmen zusätzlich zu dem im Beispiel genannten deutschen Standort auch einen Standort in Österreich hätte, der mit der Forschung an dem in Rede stehenden Arzneimittel aber nicht betraut ist. Zusätzlich sollte klargestellt werden, ob eine Anmeldepflicht nach § 9 Abs 4 KartG auch dann vorliegt, wenn das Zielunternehmen bereits einen geringen Umsatz in Österreich erzielt, allerdings nicht mit dem Vertrieb des in Rede stehenden Medikaments (das sich ja ohnehin erst in Phase II der klinischen Prüfung befindet).

VI.

Kapitel E – Vorliegen eines Zusammenschlusstatbestandes

- (71) Der Entwurf behandelt in Kapitel E Auslegungsfragen zum Vorliegen eines Zusammenschlusstatbestandes, insbesondere im Zusammenhang mit dem Erwerb einzelner Vermögensgegenstände.
- (72) Für die deutsche Rechtslage führt der Entwurf aus, dass die Beurteilung, ob der Erwerb des Vermögens eines anderen Unternehmens einen Zusammenschluss darstellt, vor der 9. GWB-Novelle davon abhängig war, ob die Vermögensgegenstände dem Erwerber die Möglichkeit bieten, in die bereits vorhandene Marktstellung des Veräußerers einzutreten. An dem Erfordernis, dass der Erwerber in die Lage versetzt wird, in eine *bestehende* Marktstellung des Veräußerers einzutreten, könne nach der 9. GWB-Novelle jedoch nicht mehr uneingeschränkt festgehalten werden. Nach der 9. GWB-Novelle reiche es für das Vorliegen eines Zusammenschlusstatbestandes aus,

dass der zu erwerbende Vermögensteil die *künftige* Marktstellung des Erwerbers beeinflusst (vgl Rz 107 f des Entwurfs).

- (73) Nach dem Leitfaden können also auch ein Patentkauf oder sogar ein Lizenzvertrag unter Abs. 1a fallen. Dies hat eine (jedenfalls konzeptionell) erhebliche Erweiterung des Zusammenschluss-Tatbestands zur Folge. In der Praxis mag der Schwellenwert von € 400 Mio. die Auswirkungen begrenzen. Hierzu lassen sich dem Leitfaden jedoch keine begrenzenden Kriterien entnehmen. Wenn hierzu keine weiteren Ausführungen aufgenommen werden sollen, weil es bislang keine umfangreiche Fallpraxis gibt, ist das für uns durchaus nachvollziehbar. In der Praxis wird dies allerdings dazu führen, dass es neue offene Fragen geben dürfte, die früher oder später einer klärenden Stellungnahme seitens der Behörden bedürfen.
- (74) Die Studienvereinigung weist in diesem Zusammenhang außerdem darauf hin, dass diesen Ausführungen zur deutschen Rechtslage eine Novellierung des Zusammenschlusstatbestandes des Vermögenserwerbs (§ 37 Abs 1 Nr. 1 GWB) und des Zusammenschlusstatbestandes des Kontrollerwerbs (§ 37 Abs 1 Nr. 2 GWB) im Rahmen der 9. GWB-Novelle zugrunde liegt,²⁰ für die es im österreichischen Kartellgesetz und Wettbewerbsgesetz kein Pendant gibt. Der österreichische Gesetzgeber hat im Rahmen des Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetzes 2017 in § 9 Abs 4 KartG eine dem § 35 Abs 1a GWB nachgebildete Transaktionswert-Schwelle eingeführt, aber – anders als in der 9. GWB-Novelle – keine Änderung der Zusammenschlusstatbestände des § 7 KartG vorgenommen.
- (75) Vor diesem Hintergrund sind die Ausführungen zum Vorliegen eines Zusammenschlusstatbestandes nach der neuen deutschen Rechtslage nicht auf die österreichische Rechtslage übertragbar. Für Österreich ist bei der Beurteilung, ob ein wesentlicher Unternehmensteil erworben wird und folglich ein Zusammenschluss vorliegt, weiterhin maßgeblich, ob der übertragene Unternehmensteil dem Erwerber die Möglichkeit bietet, in die bestehende Marktstellung des Verkäufers einzutreten.²¹ Hingegen reicht die Tatsache, dass ein erworbener Vermögensgegenstand die Stellung des Erwer-

²⁰ Vgl BT-Drs 18/10207, S. 76.

²¹ OLG Wien, 7.9.1995, 1 Kt 417/95; *Urlesberger* in Petsche/*Urlesberger/Vartian* (Hrsg), KartG 2005² (2016) § 7 KartG Rz 17.

bers auf dem relevanten Markt stärken kann, für sich nicht aus, um diesen als wesentlichen Unternehmensteil und den Erwerb als Zusammenschluss zu qualifizieren.²²

- (76) Die Studienvereinigung begrüßt den Hinweis in Rz 110 des Entwurfs, dass in Österreich Judikatur und Literatur zu § 7 Abs 1 KartG bei der Beurteilung, ob erworbene Vermögenswerte einen wesentlichen Unternehmensteil darstellen, an die Möglichkeit des Erwerbers anknüpfen, in die Marktstellung des Verkäufers einzutreten. Darüber hinausgehend regt die Studienvereinigung an, im Entwurf ausdrücklich klarzustellen, dass sich die österreichische Rechtslage in diesem Punkt von der Rechtslage in Deutschland unterscheidet.
- (77) Zur Klarstellung empfiehlt die Studienvereinigung, Rz 110 des Entwurfs wie folgt zu ergänzen: "*Für Österreich ist abweichend von der deutschen Rechtslage anzuführen, dass Judikatur und Literatur zu § 7 Abs. 1 KartG (Erwerb eines Unternehmens, ganz oder zu einem wesentlichen Teil als Zusammenschluss) im Hinblick auf die Frage der Wesentlichkeit an die Möglichkeit anknüpfen, in die Marktstellung des Verkäufers einzutreten. Die Einführung der Transaktionswert-Schwelle in § 9 Abs 4 KartG hat die österreichische Rechtslage im Hinblick auf das Vorliegen eines Zusammenschlussstatbestandes nicht geändert.*"

VII.

Kapitel F: Verfahrensfragen

- (78) Anders als in Deutschland wurde mit der Einführung der neuen Transaktionswert-Schwelle im KartG (§ 10 KartG) keine Ergänzung dahingehend vorgenommen, dass im Fall eines Anwendungsfalls gemäß § 9 Abs 4 KartG bestimmte zusätzliche Informationen in die Zusammenschlussanmeldung aufzunehmen sind.
- (79) Das (unverbindliche) Formblatt der BWB²³ über die Anmeldungen von Zusammenschlüssen und die damit verbundene systematische Darstellung eines Zusammenschlussvorhabens erweist sich in der Praxis als hilfreich. Um die im Zusammenhang mit der Transaktionswert-Schwelle benötigten Informationen weiterhin möglichst systematisch darlegen zu können, wäre eine Anpassung des Formblatts durch die BWB zu begrüßen. Dabei wäre aus Sicht der Studienvereinigung lediglich eine geringfügige

²² *Urlesberger*in Petsche/*Urlesberger/Vartian* (Hrsg), KartG 2005² (2016) § 7 KartG Rz 23.

²³ Abrufbar unter <https://www.bwb.gv.at/zusammenschlusse/>.

Ergänzung in Abschnitt 2.6 des Formblatts vorzunehmen. In Abschnitt 2.6 werden bislang die Umsätze der beteiligten Unternehmen abgefragt und handelt es sich somit um den Abschnitt im Formblatt, der die Frage der Zuständigkeit der BWB für die Prüfung des Zusammenschlusses behandelt. Die Studienvereinigung schlägt daher die folgende Ergänzung des Formblatts vor:

"Machen Sie im Fall einer Anmeldepflicht gemäß § 9 Abs 4 KartG Angaben zum:

Wert der Gegenleistung und zur

Erheblichkeit der Inlandstätigkeit des zu erwerbenden Unternehmens"

- (80) Gerade da die Vorlage dieser Informationen nicht im KartG vorgesehen ist, können die Anforderungen an die Informationen nicht besonders weitreichend sein. So wird insbesondere bei der Angabe des Werts der Gegenleistung die Information ausreichend sein, dass bereits der Kaufpreis mehr als EUR 200 Mio. beträgt (ohne dass Details zur Berechnung oder noch anderen Leistungen neben dem Kaufpreis behandelt werden müssen; siehe dazu Rn. 27 ff. unserer Stellungnahme). Letztlich ist die Information über den Wert der Gegenleistung für die BWB nur relevant, um ihre Zuständigkeit prüfen zu können. Dafür reicht die Angabe, dass der Wert der Gegenleistung EUR 200 Mio. überschreitet, aus. Anders als bei Umsatzangaben stellen sich beim Wert der Gegenleistung auch keine Zuständigkeitsabgrenzungen zur Europäischen Kommission nach der EU-Fusionskontrollverordnung. Eine weitere Bedeutung kommt dem Wert der Gegenleistung nicht (insbesondere auch nicht hinsichtlich der materiellen Beurteilung) zu.
- (81) Beim Wert der Gegenleistung handelt es sich in der Regel um ein Geschäftsgeheimnis. Auch bereits der Umstand, dass sich die Anmeldepflicht für einen Zusammenschluss aufgrund der Transaktionswert-Schwellen ergibt (und somit indirekt die Information, dass der Wert der Gegenleistung mehr als EUR 200 Mio. bzw EUR 400 Mio. beträgt), kann daher in besonders gelagerten Fällen (dh insbesondere wenn der Kaufpreis nicht medial bekannt gegeben wurde) als vertrauliche Information betrachtet werden. Die Studienvereinigung ersucht die Wettbewerbsbehörden, diesen Umstand vor allem auch in der Öffentlichkeitsarbeit zu berücksichtigen.

- (82) An dieser Stellungnahme haben folgende Mitglieder der Studienvereinigung aus Österreich mitgewirkt: Jochen Anweiler, Günter Bauer, Christine Dietz, Bernt Elsner, Judith Feldner, Dieter Hauck, Raoul Hoffer, Isabelle Innerhofer, Bernhard Kofler-Senoner, Molly Kos, Robert Wagner, Anna Wolf-Posch, Dieter Zandler; sowie folgende Mitglieder der Studienvereinigung aus Deutschland: Albrecht Bach, Marc Besen, Alf-Hendrik Bischke, Gerd Sassenrath, Thomas Wessely, Ingo Brinker.