

EISENBERGER ✦ HERZOG

RECHTSANWALTS GMBH



**Studienvereinigung Kartellrecht
Entwurf Leitfaden
Transaktionswert-Schwellen**

05.06.2018

RA Mag. Judith Feldner (Eisenberger & Herzog)

RA Mag. Dieter Hauck (Preslmayr Rechtsanwälte)

Ausgangspunkt für den Leitfaden: die neuen (subsidiären) Schwellenwerte



§ 9 Abs 4 KartG (01.11.2017)

- Weltweiter Umsatz der beteiligten Unternehmen insgesamt mehr als EUR 300 Mio
- Umsatz der beteiligten Unternehmen in Österreich insgesamt mehr als EUR 15 Mio
- **Wert der Gegenleistung** mehr als EUR 200 Mio
- **Erhebliche Inlandstätigkeit** des Targets in Österreich

§ 35 Abs 1a GWB (09.06.2017)

- Weltweiter Umsatz der beteiligten Unternehmen insgesamt mehr als EUR 500 Mio
- Umsatz mindestens eines beteiligten Unternehmens in Deutschland mehr als EUR 25 Mio
- Kein anderes beteiligtes Unternehmen in Deutschland Umsatz von mehr als EUR 5 Mio
- **Wert der Gegenleistung** mehr als EUR 400 Mio
- **Erhebliche Inlandstätigkeit** des Targets in Deutschland

Allgemeines



- Entwurf des Leitfadens am 14.05.2018 veröffentlicht – erster **gemeinsamer Leitfaden von BKartA und BWB** (auch auf EN verfügbar)
- Konsultation bis 08.06.2018
- **Gemeinsame Stellungnahme** (AT + D) der Studienvereinigung Kartellrecht zum Entwurf
- Stellungnahmen werden veröffentlicht werden
- Finaler Leitfaden wird in der zweiten Juliwoche veröffentlicht

Gliederung des Leitfadens



- Kapitel A und B: **Einführung**
- Kapitel C: **Wert der Gegenleistung**
- Kapitel D: **Erheblicher Umfang der Inlandstätigkeit**
- Kapitel E: **Vorliegen eines Zusammenschluss-
tatbestandes**
- Kapitel F: **Verfahrensfragen**



KAPITEL A & B

EINFÜHRUNG

Leitfaden: Kapitel A - Einführung



- Leitfaden soll „erste Hilfestellung zur Auslegung der gesetzlichen Vorschriften bieten“
- Gerichte (und Bundeskartellanwalt) werden durch Leitfaden nicht gebunden
- Leitfaden ist als vorläufig zu betrachten
- Zusammenschlusswerber haben die Möglichkeit, sich an BKartA oder BWB zu wenden, „um die Darstellung ihres Vorhabens im Rahmen der Anmeldung abzustimmen“

Stellungnahme: Kapitel A - Einführung



- **Klarstellung:** Leitfaden hält aktuelle Rechtsansicht von BKartA und BWB fest
- **Anregung:** regelmäßige Aktualisierung
- **Ergänzung:** Allgemeine Konsultationsmöglichkeit (insbesondere zur Frage, ob Anmeldepflicht besteht), nicht nur zur Fragen der Darstellung des Vorhabens in Anmeldung

Leitfaden: Kapitel B



- Subsidiarität der Transaktionswert-Schwellen
- Hinsichtlich Anwendbarkeit von § 9 Abs 1 bis 3 KartG ändert sich nichts
- Inlandsauswirkung:
 - D: Zusammenschlüsse, die Umsatz-, Transaktionswert und Tätigkeitsschwellenwerte überschreiten, sind nicht zwangsläufig anmeldepflichtig
 - AT: Verweis auf § 24 Abs 2 KartG, Praxis der BWB sowie Judikatur und Literatur

Stellungnahme: Kapitel B



- **Klarstellung:** bei Umsatzberechnung kommt es zu keinen Änderungen; für § 9 Abs 4 Z 1 und 2 KartG gelten die bislang relevanten Regelungen
- **Inlandsauswirkung:** Inwieweit kann man sich bei formeller Erfüllung des Tatbestands gemäß § 9 Abs 4 KartG noch auf eine mangelhafte Inlandsauswirkung berufen?



KAPITEL C

WERT DER GEGENLEISTUNG

Leitfaden: Wert der Gegenleistung I



- Vermögensgegenstände und sonstige geldwerte Leistungen, die der **Veräußerer vom Erwerber** im Zusammenhang mit dem **Zusammenschluss erhält**
- Auch zukünftige Zahlungen (zB Earn-out-Klauseln oder Lizenzgebühren)
- Unternehmenswert (nach betriebswirtschaftlichen Methoden) idR von Kaufpreis und Wert der Gegenleistung zu unterscheiden

Stellungnahme: Wert der Gegenleistung I



- Wettbewerbsverzicht idR bereits in Kaufpreis eingepreist: kein eigener „Posten“
- Ergänzung bei Begründung, weshalb Wert der Gegenleistung den Unternehmenswert übersteigen kann
- Zu Thema Verbindlichkeiten des Targets siehe weiter unten

Leitfaden: Wert der Gegenleistung II



- BKartA / BWB wollen **Plausibilität** des Werts der Gegenleistung prüfen und beurteilen können
- Genauigkeit der Darlegung hängt davon ab, wie **nahe der Wert der Gegenleistung an den Schwellenwerten** ist
- Sind sich Zusammenschlussparteien einig, dass Wert klar überschritten: Wertermittlung kann vereinfacht erfolgen
- Bei Uneinigkeit der Parteien über Wert der Gegenleistung
 - > EUR 200 Mio: Anmeldung kann erfolgen mit Schätzung und Bekanntgabe des genauen Werts der Gegenleistung zu späterem Zeitpunkt
 - < EUR 200 Mio: vorsorgliche Anmeldung, wenn Vorhaben ausreichend konkretisiert

Stellungnahme: Wert der Gegenleistung II



- Leitfaden misst Plausibilisierung zu große Bedeutung zu
- Wenn EUR 200 Mio (voraussichtlich) **klar überschritten** sind, bedarf es **keiner** detaillierten Darlegung
- **Keine „Nachmeldepflicht“** hinsichtlich des „finalen“ Werts
- Wert der Gegenleistung samt Herleitung und Berechnung sind **Geschäftsgeheimnisse**

Leitfaden: Wert der Gegenleistung III



Brennpunkt: Übernommene Verbindlichkeiten

- Vom Erwerber übernommene Verbindlichkeiten sind ebenfalls Teil der Gegenleistung
- Aber nicht nur übernommene Verbindlichkeiten des Veräußerers sind relevant, sondern auch **solche des Zielunternehmens:**
 - abzustellen ist idR auf die **verzinslichen Anteile der Verbindlichkeiten**
 - Einbeziehung von Verbindlichkeiten je nach **Grad des Anteilerwerbs** (100% Erwerb der Anteile: vollständig; weniger als 100%: anteilig)
- Höhe der Verbindlichkeiten richtet sich nach Bilanz

Stellungnahme: Wert der Gegenleistung III



- Verbindlichkeiten des Targets sollten generell **nicht** berücksichtigt werden
- Falls BKartA / BWB von ihrem Ansatz nicht abweichen:
 - zumindest ist von einer **anteiligen Zurechenbarkeit abzusehen**
 - Berücksichtigung nur, wenn Target **(alleine) kontrolliert** wird und es zu einer **verpflichtenden Konsolidierung** kommt



KAPITEL D

ERHEBLICHER UMFANG DER INLANDSTÄTIGKEIT

Leitfaden: Erhebliche Inlandstätigkeit I



Kriterien zur Messung der Inlandstätigkeit

- Inlandstätigkeit ist anhand marktbezogener Tätigkeit des Zielunternehmens zu messen
- Umsatz ist idR nicht die relevante Größe
- Branchenabhängig (zB Monthly Active User, Unique Visitors)
- AT: Standort – sofern Marktbezug
- Aktuelle Tätigkeit: relevanter Zeitpunkt für Messung ist jener der Anmeldung

Stellungnahme: Erhebliche Inlandstätigkeit I



Kriterien zur Messung der Inlandstätigkeit

- Standort mit Marktbezug bedeutet zB, dass Holding oder Stiftung mit Sitz in AT nicht ausreicht
- Standort = Ort, an dem sich idR Verkehr des Unternehmers mit seinen Kunden abspielt
- Sitz eines Unternehmens alleine kann nicht ausschlaggebend sein
- Aktuelle Tätigkeit: somit keine Prognose!

Leitfaden: Erhebliche Inlandstätigkeit II



Feststellung des Inlandsbezugs der Tätigkeit

- Regel: Ort, wo sich Kunde befindet
- AT: wenn Standort in Österreich
- Forschungs- und Entwicklungstätigkeit:
 - Ort, an dem Forschungs- und Entwicklungstätigkeit stattfindet
 - Wohnsitz der Erfinder
 - Tätigkeiten, die auf Zulassung eines Medikaments im Inland abzielen

Leitfaden: Erhebliche Inlandstätigkeit III



Vermarktungsfähigkeit der inländischen Tätigkeit

- Inlandstätigkeit muss Marktbezug aufweisen
- Marktbezug jedenfalls gegeben, wenn Leistung gegen Geld angeboten wird
- Marktbezug ist aber zB auch in folgenden Konstellationen gegeben:
 - Gegenleistung durch Zurverfügungstellung von Daten oder Konsum von Werbung (App)
 - Forschung und Entwicklung von (zukünftigen) Produkten oder DL (nicht Grundlagenforschung)
 - Es wird erwartet, dass Zielunternehmen in Zukunft Entgelte verlangen wird

Stellungnahme: Erhebliche Inlandstätigkeit III



Vermarktungsfähigkeit der inländischen Tätigkeit

- Bloße Anbieten der Leistung des Zielunternehmens reicht nicht für Begründung von Marktbezug aus
- Es muss bereits Kunden in Österreich geben
- Wann gilt eine auf einer Internetseite angebotene Leistung als in AT angeboten?

Leitfaden: Erhebliche Inlandstätigkeit IV



Erheblichkeit der Inlandstätigkeit

- Inlandstätigkeit muss zusätzlich zum Marktbezug einen erheblichen Umfang aufweisen – marginale Tätigkeit reicht nicht aus
- Faktoren und Kriterien für Bemessung der Erheblichkeit branchenabhängig
- **D:** Erheblichkeit wird verneint, wenn Zielunternehmen in D Umsätze von weniger als EUR 5 Mio. erzielt und die Umsatzerlöse die Marktposition und das wettbewerbliche Potential angemessen widerspiegeln
- **AT:** kein absoluter Schwellenwert von EUR 5 Mio. anwendbar

Stellungnahme: Erhebliche Inlandstätigkeit IV



Erheblichkeit der Inlandstätigkeit

- Erheblichkeit = unbestimmter Rechtsbegriff; bedarf Konkretisierung
- **Vorschlag für AT:** wenn Umsatz Marktposition und wettbewerbliches Potential des Zielunternehmens ausreichend widerspiegelt → jedenfalls keine Erheblichkeit, wenn Zielunternehmen Umsatz von weniger als **EUR 500.000 Umsatz in AT** hat
- **Erheblichkeit aufgrund eines österreichischen Standorts:** Klarstellung, dass keine reinen Holdinggesellschaften gemeint



IV

KAPITEL E & F
Zusammenschlusstatbestand /
Verfahrensfragen

Leitfaden/Stellungnahme: Zusammenschluss



- **Leitfaden** knüpft hinsichtlich Qualifikation als Asset Deal in Hinblick auf Wesentlichkeit (im Sinn von Judikatur und Literatur) an die **Möglichkeit, in die Marktstellung des Verkäufers einzutreten**, ein
- **Stellungnahme**: Ansicht ist **zutreffend**; Klarstellung, dass § 9 Abs 4 KartG zu **keiner Änderung des Zusammenschlusstatbestands** geführt hat

Leitfaden/Stellungnahme: Verfahrensfragen



- Neue Schwellen erfordern zusätzliche Angaben in der Anmeldung: in D gesetzlich vorgesehen, in AT nicht
- Gemäß Leitfaden ergibt sich Bedarf von zusätzlichen Angaben in Anmeldung für AT gemäß teleologischer Interpretation von § 10 KartG
- Welche zusätzlichen Informationen muss Anmeldung gemäß § 9 Abs 4 KartG enthalten?
- Vorschlag für Änderung des Formblatts (Abschnitt 2.6)

EISENBERGER ✦ HERZOG

RECHTSANWALTS GMBH

**Standort Wien:**

Vienna Twin Tower
Wienerbergstraße 11, 1100 Wien
Tel: +43 1 606 36 47
Fax: +43 1 606 36 47 58

Standort Klagenfurt:

Palais Sterneck, Sterneckstraße 19,
9020 Klagenfurt am Wörthersee
Tel: +43 463 203 36 4
Fax: +43 463 203 36 4 599

Homepage:

www.ehlaw.at

Email:**Standort Graz:**

Hilmgasse 10, 8010 Graz
Tel: +43 316 36 47
Fax: +43 316 36 47 58

Die Informationen, Meinungen und Rechtsansichten in diesem Dokument sind nicht als umfassende Darstellung gedacht und können eine individuelle, auf die Besonderheiten des Sachverhaltes bezogene Prüfung jedenfalls nicht ersetzen.