

DIE BANKENKLAUSEL UND „WAREHOUSING“

Wer kann die zusammenschlussrechtliche „Bankenklausel“ in Anspruch nehmen – und unter welchen Voraussetzungen? Inwieweit können Kreditinstitute als Intermediär für Dritte Unternehmen(santeile) erwerben und sich dabei die Bankenklausel zu Nutze machen?

§ 19 KartG

BERNHARD KOFLER-SENONER / BERNHARD SEEDOCH

1. Einleitung

Die in § 19 KartG 2005 („KartG“) normierte „Bankenklausel“ sieht eine **Ausnahme für den Anteilserwerb durch Kreditinstitute** von der zusammenschlussrechtlichen Anmelde- und Genehmigungspflicht in Österreich vor. Sie folgt weitgehend dem Vorbild der entsprechenden Regelung der europäischen Fusionskontrollverordnung (Art 3 Abs 5 lit a FKVO)¹ und wurde – so die Erläuterungen zur entsprechenden Regierungsvorlage² („Erläuterungen“) – insbesondere vor dem Hintergrund eingeführt, dass bestimmte Bankgeschäfte (etwa der Wertpapierhandel) nahezu unmöglich gemacht würden, wenn sie den allgemeinen Regeln über Zusammenschlüsse unterliegen würden. Eine ähnliche Bestimmung findet sich auch im deutschen Kartellrecht (§ 37 Abs 3 GWB).

Dieser Artikel beschäftigt sich mit dem Anwendungsbereich der Bankenklausel und mit – insbesondere aufgrund fehlender höchstgerichtlicher Rechtsprechung – entsprechenden offenen Fragen. Anschaulich sollen diese theoretischen Fragestellungen am Beispiel sogenannter „Warehouse-Konstruktionen“ von Kreditinstituten (im Folgenden auch „**Warehousing**“ genannt) gemacht werden.

Von **Warehousing** wird in diesem Zusammenhang gesprochen, wenn Kreditinstitute Unternehmensanteile in Absprache mit einem Dritten erwerben, um diese anschließend an denselben weiterzuveräußern. Eine derartige Konstruktion bietet sich etwa in Situationen an, in denen es einem potentiellen Käufer aus bestimmten Gründen nicht möglich ist, ein Zielunternehmen unmittelbar zu erwerben. Man denke etwa an den Fall, dass ein Verkäufer im Rahmen eines Bieterverfahrens zum Verkauf von Unternehmensanteilen eine Frist für die Durchführung („Closing“) des Erwerbs des Zielunternehmens festlegt, welche für eine vertiefte zusammenschlussrechtliche Prüfung der zuständigen Wettbewerbsbehörden zu kurz bemessen wäre. Marktstarke Kon-

kurrenten des Zielunternehmens könnten in einem solchen Fall vom Erwerb des Zielunternehmens praktisch ausgeschlossen bzw im Bieterverfahren zumindest benachteiligt sein. Warehousing verbunden mit der Anwendbarkeit der Bankenklausel könnte hier einen Lösungsansatz bieten. Naturgemäß stellt sich diese Frage nur dann, wenn sowohl der Ersterwerb durch das Kreditinstitut („**Ersterwerb**“) als auch der Zweiterwerb durch den endgültigen Käufer („**Zweiterwerb**“) einen anmeldepflichtigen Zusammenschluss darstellen – wovon auch im Folgenden ausgegangen wird.

Die Anwendbarkeit der Bankenklausel bringt in solchen Fällen sowohl für den Verkäufer als auch den marktstarken Bieter die Befriedigung zweier Hauptinteressen: (i) zum einen kann „Closing“ unter Umständen früher stattfinden (Wegfall der Notwendigkeit einer zusammenschlussrechtlichen Genehmigung in Österreich)³ – damit wird das wesentliche Ziel des Verkäufers auf möglichst rasche Bezahlung (zumindest eines Teils) des Kaufpreises erfüllt, (ii) zum anderen wird dem marktstarken Bieter ermöglicht, ein Zusammenschlussverfahren ohne den unmittelbaren Zeitdruck des beschriebenen „Drop-Dead Date“ durchzuführen.

2. Anwendungsvoraussetzungen

Die Bankenklausel nimmt Anteilserwerbe an einer Gesellschaft, die Unternehmer ist, von der zusammenschlussrechtlichen Anmelde- und Genehmigungspflicht aus, wenn

1) Verordnung (EG) Nr 139/2004 des Rates vom 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl 2004 L 24/1 („FKVO“).

2) Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum Bundesgesetz, mit dem das Kartellgesetz 1988 und das Nahversorgungsgesetz geändert werden, 1096 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XVIII GP, Rz 12 zu § 42e KartG.

3) Die Notwendigkeit der Einholung zusammenschlussrechtlicher Genehmigungen vor „Closing“ in Jurisdiktionen außerhalb von Österreich ist im Einzelfall zusätzlich zu prüfen.

ein Kreditinstitut die Anteile zum Zweck der Veräußerung erwirbt.

2.1 Anteilserwerb

Der Wortlaut der Bankenklausele bezieht sich ausdrücklich auf den Erwerb von Anteilen an einer Gesellschaft⁴, die Unternehmer ist, und deckt daher Transaktionen ab, welche unter **§ 7 Abs 1 Z 3 KartG** zu subsumieren sind. Denkbar sind weiters Transaktionen, im Rahmen derer die 25%-Schwelle des **§ 7 Abs 1 Z 3 KartG** nicht erreicht bzw überschritten wird, jedoch aufgrund der erworbenen Anteile Kontrolle über das Zielunternehmen ausgeübt werden kann (**§ 7 Abs 1 Z 5 KartG**).

Nicht von der Bankenklausele umfasst sind daher Zusammenschlussstatbestände des **§ 7 KartG**, welche nicht per Anteilserwerb realisiert werden (etwa der Unternehmenserwerb per „asset deal“ iSd **§ 7 Abs 1 Z 1 KartG**).

2.2 Kreditinstitute als Normadressaten

Gemäß **§ 19 Abs 1 Z 1 KartG** können ausschließlich „Kreditinstitute“ die Bankenklausele in Anspruch nehmen. Da das KartG keine **Definition des Kreditinstitutsbegriffs** enthält und nicht auf ein anderes Gesetz verweist (auch die Erläuterungen nehmen dazu nicht Stellung), ergibt sich in diesem Punkt eine **gewisse Unschärfe**. Es liegt nahe, auf die bestehende gesetzliche Definition des Kreditinstitutes in **§ 1 Abs 1 Bankwesengesetz („BWG“)** zurückzugreifen. Dafür spricht auch, dass die Umstellung des Begriffs „Banken“ auf „Kreditinstitute“ anlässlich der Novellierung des Kreditwesengesetzes („KWG“) im Jahr 1993 automatisch auch im KartG nachvollzogen wurde.⁵

Bei näherer Betrachtung der Legaldefinition des **§ 1 Abs 1 BWG** besteht jedoch die Problematik, dass als Kreditinstitute nur Institute angesehen werden, welche aufgrund der **§§ 4 oder 103 Z 5 BWG** berechtigt sind, Bankgeschäfte zu betreiben und damit in Österreich eine Konzession besitzen. Dies würde bedeuten, dass in anderen Mitgliedstaaten des EWR zugelassene Kreditinstitute iSv Art 4 Nummer 1 der RL 2006/48/EG mangels einer österreichischen Konzession die Bankenklausele des KartG nicht in Anspruch nehmen könnten. Dies selbst dann nicht, wenn diese Gesellschaften in Österreich nach Abschluss des Notifikationsverfahrens gemäß **§ 9 BWG** (Europäischer Pass) zur Erbringung von Bankgeschäften berechtigt wären (über eine selbstständige Zweigstelle oder im Wege der Dienstleistungsfreiheit).

Ein solches Ergebnis kann der Gesetzgeber nicht verfolgt

haben und würde wohl auch gegen die europarechtlichen Prinzipien der Dienstleistungsfreiheit bzw Kapitalverkehrsfreiheit verstoßen. Eine **mögliche Interpretation** wäre, unter Berücksichtigung des Prinzips der wirtschaftlichen Betrachtungsweise (**§ 20 KartG**) darauf abzustellen, ob ein Institut Bankgeschäfte iSd **§ 1 Abs 1 BWG** betreibt und dafür in dessen Sitzstaat eine Zulassung besitzt. Aus dem Umstand, dass das BWG zusätzlich einen eigenen Begriff des „ausländischen Kreditinstituts“ kennt (**§ 2 Z 13 BWG**), **§ 19 Abs 1 Z 1 KartG** allerdings keine derartige Unterscheidung trifft, ergibt sich uE weiters, dass es unerheblich ist, ob der Sitzstaat innerhalb oder außerhalb des EWR liegt. Da die Kapitalverkehrsfreiheit grundsätzlich auch gegenüber Drittstaaten gilt, wäre eine solche Interpretation auch aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht geboten.

Schließlich ist zu beachten, dass das KartG lediglich Kreditinstitute als Adressaten der Bankenklausele vorsieht, währenddessen die Parallelbestimmungen der FKVO und des GWB zusätzlich „sonstige Finanzinstitute“ und „Versicherungsgesellschaften“ in den Anwendungsbereich der entsprechenden Ausnahmen miteinbeziehen.⁷

2.3 Erwerb zum Zweck der Veräußerung

Die Bankenklausele verlangt zusätzlich, dass das Kreditinstitut die Anteile „**zum Zweck der Veräußerung**“ erwirbt. Abzustellen ist dabei auf den Zeitpunkt des Anteilserwerbs.⁸ Fraglich ist, inwieweit sich dieses subjektive Tatbestandsmerkmal nach außen hin niederschlagen muss.

Die Europäische Kommission scheint in Bezug auf die Parallelbestimmung des Art 3 Abs 5 lit a FKVO auf die **Wahrscheinlichkeit der Weiterveräußerung** abzustellen und daran strenge Anforderungen zu knüpfen.⁹ In ihrer Ent-

4) Unter „Anteilen“ sind im Übrigen – in Anlehnung an **§ 7 Abs 1 Z 3 KartG** – nicht nur Aktien, sondern ganz allgemein Anteile an Gesellschaften (zB GmbH-Geschäftsanteile) zu verstehen.

5) BGBl Nr 532/1993.

6) Vgl **§ 2 Z 13 BWG**: „Ausländisches Kreditinstitut: wer außerhalb der Mitgliedstaaten nach den Vorschriften des Sitzstaates berechtigt ist, Geschäfte nach **§ 1 Abs 1** zu betreiben“.

7) Zieht man jedoch zu Interpretationszwecken den Begriff des Bankgeschäfts in **§ 1 Abs 1 BWG** heran, so folgt aus dem Aussparen von Finanzinstituten keine allzu große Einschränkung des Anwendungsbereichs der Bankenklausele (das BWG fasst den Begriff des Bankgeschäfts weiter als Art 4 Nummer 1 der RL 2006/48/EG und schränkt die Finanzinstitutsgeschäfte auf einige wenige ein).

8) Vgl Erläuterungen zu **§ 42e KartG**.

9) Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 2 (2007)⁴, Art 3 FKVO, Rz 148.

scheidung *Deutsche Bank/Commerzbank/J.M. Voith*¹⁰ lehnte die Kommission etwa die Anwendbarkeit der Bankenklausele auf den gemeinsamen Kontrollerwerb zweier Banken ab, da aus Sicht der Kommission die fristgerechte Wiederveräußerung der Anteile durch die beiden Banken nicht abgesichert erschien.

Ein **derart hoher Maßstab** ist für die österreichische Bankenklausele **abzulehnen**, da ein nicht im KartG vorgesehenes Tatbestandsmerkmal eingeführt würde. Eine Anwendung der Bankenklausele sollte uE nur dann ausscheiden, wenn klar ersichtlich ist, dass das Kreditinstitut zum Zeitpunkt des Erwerbs keine Wiederveräußerungsabsicht hatte. Als (jedenfalls) ausreichendes Indiz für die Wiederveräußerungsabsicht sollte die Zuordnung der erworbenen Anteile zum Handelsbestand des Kreditinstituts gelten (Buchung der erworbenen Anteile als Position des Handelsbuchs).

Vor diesem Hintergrund ist es uE folglich auch nicht schädlich, dass der **endgültige Erwerber** der Anteile bereits zum Zeitpunkt des Ersterwerbs **feststeht** (vielmehr wird dadurch die Wiederveräußerungsabsicht des Kreditinstitutes unterstrichen). Fraglich ist jedoch, inwieweit das **wirtschaftliche Risiko** im Zusammenhang mit den erworbenen Anteilen zwischen Ersterwerb und Zweiterwerb bereits vertraglich auf den Zweiterwerber überwältzt werden kann.¹¹

Zu vermeiden ist jedenfalls die **vertragliche Gestaltung eines treuhändigen Erwerbs** in einer Art und Weise, die bereits im Zeitpunkt des Ersterwerbs zu einem mittelbaren Anteilserwerb des Zweiterwerbers iSd § 7 Abs 1 Z 3 KartG führt.¹² Dies wäre anzunehmen, sobald dem Zweiterwerber bereits zwischen Erst- und Zweiterwerb – mittelbar – Kontrolle über die erworbenen Anteile zukommt (beispielsweise über ein Weisungsrecht gegenüber dem Kreditinstitut). Sofern dies nicht der Fall ist, sollte uE allein die Überwälzung des wirtschaftlichen Risikos auf den Zweiterwerber nicht schädlich sein.

So kommt es außerhalb von „Warehouse-Konstruktionen“ durchaus vor, dass der Stichtag, zu dem ein Unternehmen wirtschaftlich auf den Erwerber übergeht, vor dem Tag der Zusammenschlussrechtlichen Freigabe vertraglich festgelegt ist und der Erwerber daher vor dem Tag des „Closing“ (bzw für diesen Zeitraum) ein gewisses wirtschaftliches Risiko übernimmt. Die vertragliche Absicherung des Käufers durch die Vereinbarung bestimmter Verhaltenspflichten des Verkäufers in Bezug auf die Unternehmensführung zwischen „Signing“ und „Closing“ (etwa Verpflichtung, den Geschäftsbetrieb im bisherigen Rahmen weiterzuführen und

Unterlassung wesentlicher Änderungen der Geschäftspolitik) ist dabei durchaus üblich und im Einzelfall auf die Vereinbarkeit mit dem Durchführungsverbot zu prüfen.¹³ Kein anderer Beurteilungsmaßstab sollte uE auf Warehouse-Konstruktionen Anwendung finden. Eine außerhalb der Bankenklausele vor der Zusammenschlussrechtlichen Genehmigung zulässige Übernahme des wirtschaftlichen Risikos sollte daher auch im Zusammenhang mit „Warehousing“ zulässig sein. Dafür spricht übrigens auch die Verteilung des wirtschaftlichen Risikos im Rahmen eines „Initial Public Offering“, einem wichtigen Anwendungsfall der Bankenklausele (Loroemissionsgeschäft iSd § 1 Abs 1 Z 11 BWG).

3. Verhaltensvorgaben

Sofern der Anteilserwerb ohne die Bankenklausele ein anmeldepflichtiger Zusammenschluss wäre, bestehen für das erwerbende Kreditinstitut folgende Verhaltensvorgaben:

3.1 Stimmrechtsbeschränkung

Gemäß § 19 Abs 2 Z 1 KartG ist es dem erwerbenden Kreditinstitut **untersagt**, die mit den Anteilen verbundenen **Stimmrechte auszuüben**, „*um das Wettbewerbsverhalten des Unternehmens zu bestimmen; die Stimmrechte dürfen jedoch ausgeübt werden, um den vollen Wert der Investition zu erhalten sowie um eine Veräußerung der Gesamtheit oder von Teilen des Unternehmens oder seiner Vermögenswerte oder die Veräußerung der Anteile vorzubereiten*“.

In der Praxis wird angesichts – soweit ersichtlich – fehlender Rechtsprechung die Grenzziehung zwischen erlaubter und nichterlaubter Stimmrechtsausübung mit einem beträchtlichen Maß an Rechtsunsicherheit verbunden sein.

Jedenfalls zulässig sollte die Ausübung der Stimmrechte sein, um den Geschäftsbetrieb des Unternehmens im Einklang mit anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen aufrecht zu erhalten (etwa Feststellung des Jahresabschlusses) oder um für die Weiterveräußerung gesellschaftsrechtlich notwendige Maßnahmen zu setzen. Aus dem Gesetzeswort-

10) Entscheidung der Kommission vom 24.4.1997, Fall Nr IV/M.891.

11) So wird etwa in der deutschen Literatur zur Parallelbestimmung des § 37 Abs 3 dGWB die Ansicht vertreten, dass die Übernahme des wirtschaftlichen Risikos durch den Zweiterwerber bereits zum Zeitpunkt des Erwerbs durch das Kreditinstitut nicht mit der deutschen Bankenklausele vereinbar sei (Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht (2006)¹⁰, Band 1 § 37 Rz 63).

12) Vgl. Urlesberger in Petsche/Urlesberger/Vartian (Hrsg), Kartellgesetz Kurzkommentar (2007) § 7 Rz 43.

13) Schulte, Handbuch Fusionskontrolle (2005), Rz 1730 ff.

laut „um das Wettbewerbsverhalten des Unternehmens zu bestimmen“ lässt sich umgekehrt ableiten, dass wohl allein die diesbezügliche **Absicht** des Kreditinstituts für einen Verstoß gegen § 19 Abs 2 Z 1 KartG ausreicht, selbst wenn die Stimmrechtsausübung im konkreten Fall das Wettbewerbsverhalten tatsächlich nicht beeinflusst.

Bedenkt man das Fehlen diesbezüglicher Rechtsprechung, ist eine vorsichtige Vorgehensweise bzw eine Abstimmung des Vorgehens mit den Amtsparteien ratsam. Dies betrifft insbesondere mannigfaltige Maßnahmen, die nach erfolgter Unternehmensübernahme (etwa Neubesetzung der Geschäftsführungs- und/oder Aufsichtsratsorgane) oder im Vorfeld einer Unternehmensveräußerung (wie strategische Maßnahmen, um „die Braut schön zu machen“¹⁴) üblich sind.

3.2 Pflicht zur Wiederveräußerung

Das Kreditinstitut hat die **Anteile binnen einem Jahr wiederzuveräußern** (§ 19 Abs 2 Z 2 KartG). Von dieser Wiederveräußerungspflicht sollten nicht sämtliche durch das Kreditinstitut erworbenen Anteile umfasst sein (worauf der Wortlaut – „die Anteile“ – auf den ersten Blick schließen lässt).¹⁵ Dies ergibt sich uE bereits aus dem Wortlaut der Stimmrechtsbeschränkung des § 19 Abs 2 Z 1 KartG, welcher ausdrücklich auf die Veräußerung einzelner Vermögensteile (also in Form eines „asset deals“ anstelle eines Anteilsverkaufs) Bezug nimmt.

Vielmehr dürfte die Veräußerungspflicht erfüllt sein, sobald nicht mehr von einem anmeldepflichtigen Zusammenschluss auszugehen ist (zB Reduzierung der Anteile des Kreditinstituts am Zielunternehmen auf unter 25%; Verkauf von Vermögensteilen in Form eines „asset deals“, sodass die Umsatzschwellen nicht mehr überschritten werden).

Das Kartellgericht hat auf Antrag (etwa auf Antrag des betreffenden Kreditinstituts) die **Einjahresfrist zu verlängern**, sofern die Veräußerung innerhalb dieser Frist unzumutbar ist (§ 19 Abs 3 KartG). Diesbezüglich ist zu beachten, dass die Einjahresfrist nur verlängert werden kann, wenn das Kartellgericht in einer Entscheidung gemäß § 19 Abs 3 KartG einen Veräußerungsauftrag erlässt.¹⁶

Eine derartige Verlängerung der Veräußerungsfrist wäre daher denkbar, sollte der Zweiterwerb in der angesprochenen Warehouse-Konstruktion von den zuständigen Zusammenschlussbehörden untersagt werden und eine Veräußerung daher nicht fristgerecht abgewickelt werden können.

3.3 Rechtsfolgen eines Verstoßes

Verstößt das Kreditinstitut gegen diese Verhaltensobliegenheiten, hat das Kartellgericht dem Kreditinstitut die **Abstellung des betreffenden Verstoßes** aufzutragen (§ 19 Abs 3 KartG). Einen derartigen Abstellungsauftrag kann das Kartellgericht grundsätzlich nur auf Antrag eines in § 36 Abs 4 KartG genannten Antragsberechtigten (zB Amtsparteien oder Unternehmen mit einem rechtlichen oder wirtschaftlichen Interesse) erteilen. Kommt das Kreditinstitut dem Abstellungsauftrag (vorsätzlich oder fahrlässig) nicht nach, droht eine Geldbuße bis zu 1% des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Umsatzes. Ein derartiger Verstoß bewirkt jedoch – so das Kartellgericht in einer Entscheidung¹⁷ – **keine „nachträgliche“ Anmeldepflicht** und stellt daher auch keinen Verstoß gegen das Durchführungsverbot dar.

14) Ebd, Rz 1048.

15) Vgl. Urlesberger in Petsche/Urlesberger/Vartian (Hrsg), Kartellgesetz Kurzkommentar (2007) § 19 Rz 33.

16) Entscheidung vom 12.3.1996, 25 Kt 810/95, 6.

17) Ebd, 6.

SCHLUSSFOLGERUNG

Die Verbindung von „Warehousing“ und zusammenschlussrechtlicher Bankenklausel kann für Transaktionsstrukturierungen interessante Lösungsansätze bieten. Aufgrund einiger unbestimmter Tatbestandsmerkmale zur Bankenklausel und fehlender Recht-



sprechung ist jedoch eine sorgfältige, auf den Einzelfall abgestimmte Ausgestaltung des vertraglichen Verhältnisses zwischen Kreditinstitut und endgültigem Erwerber unumgänglich.