

Für den österreichischen Bankensektor bleibt es weiterhin spannend

Dr. Nikolaus S. Lang, Michael Plankensteiner, Tomislav Boric & Mona Philomena Ladler, M&A REVIEW*

1. Einleitung

► Im österreichischen Bankensektor bahnt sich eine neue Konsolidierungswelle an; die Kluft zwischen Gewinnern und Verlierern der Krise wird immer größer. Fast täglich ist in den Medien über die beiden Problemfälle Hypo Group Alpe Adria und das Volksbanken-Spitzeninstitut ÖVAG zu lesen und zu hören. Die drei Topinstitute UniCredit Bank Austria, Erste Bank und Raiffeisen Zentralbank konnten zwar im Krisenjahr 2009 Gewinne erwirtschaften, die geplanten Basel-III-Eigenkapitalanforderungen dürften aber auch sie vor neue Herausforderungen stellen. Zudem schwebt nach wie vor das „Damoklesschwert Osteuropa“ über Österreichs Banken. Der Internationale Währungsfonds (IWF) warnte erst kürzlich vor einem Anstieg der Problemerkredite in Osteuropa; deren Anteil an den Kreditportfolios dürfte für mehrere Jahre hoch bleiben. Im österreichischen Bankensektor bleibt es somit weiterhin spannend.

Der vierte Teil „Law Special“ beschäftigt sich mit der rechtlichen Seite dieser Entwicklung und beleuchtet die zentralen Aspekte bei Fusionen sowie (Not-)Verstaatlichungen im österreichischen Bankensektor.

2. Deal Ticker

Dieser Teil des Beitrags beinhaltet einen kompakten Überblick über die wesentlichen Transaktionen (mit österreichischer Beteiligung auf der Käufer- und/oder Objektseite), die in den letzten drei bis vier Monaten abgeschlossen wurden.

Finanzdienstleistungen

■ Ein slowenisches höchstgerichtliches Urteil verpflichtet die Wiener Börse, den Kleinaktionären der Börse Laibach ein Übernahmeangebot zu machen. Im Jahr 2008 wurden 81% der Anteile an der Börse Laibach erworben. Die Wiener Börse hatte es aber abgelehnt, den verbleibenden Anteilseignern ein Angebot zu denselben Konditionen zu stellen.

Maschinen- und Anlagenbau, Industriegüter

- Die Fusion von der Immoeast AG und Immofinanz AG ist fixiert: Immoeast-Aktionäre erhalten für zwei Immoeast-Papiere drei Immofinanz-Titel. Die Immoeast-Aktie wird an der Wiener Börse aus dem Handel genommen. Einen Schatten auf die Transaktion wirft eine vom Verein für Konsumenteninformation (VKI) gegen die beiden Unternehmen gerichtete Sammelklage – sie wurde einen Tag vor der Fusion eingebracht. Der Sammelklage schließen sich nach Medienangaben etwa 2.000 vermeintlich Geschädigte als Privatbeteiligte an.
- Die Andritz AG erwirbt den deutschen Zentrifugenanbieter KMPT, der Töchter in England, Frankreich, Italien, China und den USA hat. KMPT erzielte 2009 einen Umsatz von rund 50 Mio. Euro und beschäftigt 280 Mitarbeiter. Andritz möchte mit der Übernahme sein Produktangebot für die Fest-Flüssig-Trennung stärken.

Bau und Immobilien

- Die Fusion von der Immoeast AG und Immofinanz AG ist fixiert: Immoeast-Aktionäre erhalten für zwei Immoeast-Papiere drei Immofinanz-Titel. Die Immoeast-Aktie wird an der Wiener Börse aus dem Handel genommen. Einen Schatten auf die Transaktion wirft eine vom Verein für Konsumenteninformation (VKI) gegen die beiden Unternehmen gerichtete Sammelklage – sie wurde einen Tag vor der Fusion eingebracht. Der Sammelklage schließen sich nach Medienangaben etwa 2.000 vermeintlich Geschädigte als Privatbeteiligte an.
- Ende April 2010 fusioniert die Immoeast AG mit der Immofinanz AG. Immoeast-Aktionäre erhalten für zwei Immoeast-Papiere drei Immofinanz-Titel; der Handel mit Immoeast-Aktien an der Wiener Börse wird damit beendet.

* Autorenkontakt: Lang.Nikolaus@bcg.com, Plankensteiner.Michael@bcg.com, mona.ladler@uni-graz.at.

- Die Palfinger AG übernimmt zu 80% den in Oklahoma ansässigen Lkw-Hubarbeitsbühnenhersteller ETI und baut damit die Position in Amerika aus. ETI hat zuletzt mit 190 Mitarbeitern einen Umsatz von rund 45 Mio. US-\$ verbucht.
- Die Wienerberger AG erwirbt per Asset Deal das insolvente Ziegelwerk von Rimmel, das sowohl über eine Produktionskapazität von rund 100 Mio. NF (Normalformat; Standard für Ziegeleinheiten) als auch über Rohstoffvorräte für die nächsten 20 Jahre verfügt.

Energie

- Nach der geplatzten Übernahme der Invest AG (UIAG) im Herbst 2009 übernimmt die Beteiligungsgesellschaft Buy-Out Central Europe II Beteiligungsgesellschaft Invest AG (BOCE) rund 63% der Anteile an der Austria Email AG, einer Tochter der UIAG. Dem Vernehmen nach liegt der Kaufpreis bei 21 Mio. Euro
- Um sich den Zugang zum Markt der Energiespeicherung zu erschließen, erwirbt die a+f GmbH eine Mehrheitsbeteiligung von knapp über 50% an der auf Solaranlagen spezialisierten österreichischen Cellstrom GmbH.
- Die Gazprombank erwirbt indirekt alle Anteile an der österreichischen Centrex Europe Energy & Gas AG.
- Die TIWAG-Tiroler Wasserkraft AG, Innsbruck, löst ihren langfristigen Vertrag über 50% der Kapazitäten an der in ihrem Alleineigentum stehenden Kraftwerksgruppe Sellrain-Silz mit der EnBW Kraftwerke AG, Stuttgart, auf. Damit erlangt TIWAG den Zugriff auf 50% der Kapazitäten der Kraftwerksgruppe Sellrain-Silz.

Papier und Verpackung

- Das öffentliche Übernahmeangebot der Sulipo Beteiligungsverwaltungs GmbH an die Aktionäre der Constantia Packaging AG wurde aufgrund des Nichteintritts eines rechtswirksamen Vergleichs zwischen der Constantia Packaging B.V. mit der Immoeast AG einerseits und der Fries-Gruppe andererseits zum 01.04.2010 zurückgezogen. Die Bieterin ist damit für die Dauer eines Jahres, beginnend am 02.04.2010, für die Legung eines öffentlichen Übernahmeangebots sowie für den Erwerb von Aktien, der eine Angebotspflicht auslösen würde, gesperrt.
- Die Mondi AG erwirbt 100% der Anteile an Smurfit Kappa Frankreich, Italien und Spanien. Der Transaktion ging die Übernahme dreier britischer Wellkartonwerke der Mondi Group durch Smurfit Kappa voraus. Die Restrukturierung sollte es Mondi ermöglichen, die Wellkartonaktivitäten in Zentraleuropa und der Türkei weiterzuentwickeln; Smurfit Kappa wäre dadurch in

der Lage, sein Produktionssystem auf dem britischen Markt noch effizienter zu gestalten.

- Die Mondi AG verkauft außerdem ihren Standort Frohnleiten an die Prinzhorn Holding. Die Prinzhorn Holding ist mit einer Jahresproduktion von rund 1,5 Mio. Tonnen Verpackungspapieren auf Altpapierbasis und einem Jahresumsatz von rund 1 Mrd. Euro die drittgrößte Herstellerin Europas in diesem Segment.

Transport und Logistik

- Das Land Niederösterreich übernimmt 28 Bahnstrecken (rund 600 Gleiskilometer) und die dazugehörigen Grundstücke von der Österreichischen Bundesbahnen-Holding AG (ÖBB). Im Gegenzug investiert diese zuvor noch 65 Mio. Euro in die Infrastruktur und verpflichtet sich, ab 2013 alle ihre Strecken mit einem völlig modernisierten Wagenpark zu befahren.
- Die neu gegründete JCL Overland Logistics GmbH erwirbt den Teilbetrieb Alt-Delacher Austria von der Logwin Road + Rail Austria GmbH, 50% der Anteile an der RMD-Lagerterminal GmbH, 100% der Anteile an der Logwin Road + Rail Hungary Kft sowie 100% der Anteile an der Logwin Road + Rail Switzerland AG.
- Die Logwin Road + Rail Austria GmbH verkauft zudem sämtliche Anteile an der Logwin Road + Rail Eastern Europe GmbH sowie den Geschäftsbereich „Netzwerk Austria“ an die FS Logistics GmbH.

Telekom, IT und Medien

- Die Capital Research and Management Company stockt ihren Anteil an der Telekom Austria AG von 10% auf rund 15% auf. Haupteigentümerin der TA ist weiterhin die Österreichische Industrieholding AG (ÖIAG), welche einen Anteil von 28,4% hält.
- Die österreichische Personensuchmaschine 123people Internetseiten GmbH wird nur zwei Jahre nach ihrer Gründung an die französische Pages-Jaunes-Gruppe verkauft. 123people hat rund 40 Mio. Nutzer im Monat und ist in elf Ländern tätig.
- Die seit 2007 an der Wiener Börse notierte Kapsch TrafficCom AG setzt ihren Expansionskurs fort und beteiligt sich über eine neu gegründete Tochter mit rund 51% an dem südafrikanischen Mautsystemhersteller TMT Services and Supplies Ltd.
- Die heimische Inisys Software Consulting GmbH geht zur Gänze an die Brain Force Holding AG. Inisys ist auf den Vertrieb und die Implementierung von Softwarelösungen spezialisiert und hat 2009 einen Umsatz von 1,6 Mio. Euro erzielt.

- Der Wiener Softwareanbieter Frequentis baut seine Position auf dem Weltmarkt aus: Berichten zufolge betrachtet die Frequentis AG die Übernahme des amerikanischen Unternehmens Global Weather Dynamics, Inc. als wichtigen Impuls, die Nummer eins im sicherheitskritischen Bereich zu werden.
- The Carlyle Group erhöht ihre Minderheitsbeteiligung an der P&I Personal & Informatik AG von knapp 30% auf 100%.
- Nach einem kurzen „Wettkampf“ mit dem Internetgiganten Google und dem südkoreanischen Elektronikonzern Samsung hat der US-Mobilfunkspezialist Qualcomm die österreichische Imagination Computer Services GmbH mit einem Jahresumsatz von 1,2 Mio. Euro übernommen.

Sonstige

- Die Bestattung Wien GmbH erwirbt den letzten verbleibenden Wettbewerber Perikles Bestattung und erweitert damit ihr Quasimonopol auf einen Marktanteil von 95%. Die Liberalisierung wurde erst 2002 begonnen, private Betriebe konnten sich jedoch nicht langfristig am Markt behaupten.
- Der indische Automobilhersteller Bajaj Auto Ltd. hat kolportierte 20 Mio. Euro für eine Anteilsaufstockung von 31,9% auf 35,7% an der Motorradherstellerin KTM Power Sports AG gezahlt.
- Der österreichische Vertreiber von Tiefkühlprodukten, Immler & Co. GmbH, wird an die belgische Firma Ardo Holding N.V. verkauft.
- Die Entsorgungslogistik Austria GmbH, die Hasenöhrle GmbH und die Pannonia Kiesgewinnung GmbH gründen eine gemeinsame Gesellschaft mit der Ökologische Bodenaufbereitungs-GmbH, wobei jede der oben genannten Gesellschaften je ein Drittel der Geschäftsanteile hält.

3. Deal Pipeline

Dieser Teil des Beitrags beinhaltet Berichte über Deals, die in den vergangenen Monaten angekündigt und geplant bzw. initiiert wurden, allerdings noch nicht abgeschlossen sind.

Finanzdienstleistungen

- Die Hauptversammlung der Raiffeisen Zentralbank (RZB) soll am 08.07.2010 über die Fusion zwischen der RZB und ihrer Osteuropa-Tochter Raiffeisen International (RI) abstimmen. Derzeit hält die RZB 72,8% an der RI; durch die Fusion werden Synergieeffekte von 60 bis 115 Mio. Euro erwartet, die u.a. durch die Beseitigung von Doppelgleisigkeiten in der Verwaltung

realisiert werden sollen. Das neue Institut soll unter dem Namen „Raiffeisen Bank International“ firmieren und in der neuen Form einen erleichterten Zugang zu Finanzmärkten und Eigenkapital bekommen.

- Raiffeisen International zeigt Interesse an der polnischen Bank Zachodni (BZ) WBK, deren Mehrheitseigentümerin, die schwer angeschlagene Allied Irish Banks PLC (AIB), ihren 70%-Anteil im Wert von 2,9 Mrd. Euro abgeben will. Raiffeisen International ist nur eine von vielen Interessenten aus ganz Europa; wer tatsächlich den Zuschlag bekommt, wird sich im Laufe dieses Jahres entscheiden.
- Eine Fusion des angeschlagenen Spitzeninstituts der Volksbankengruppe (ÖVAG) mit der BAWAG scheint immer wahrscheinlicher zu werden. Medienberichten zufolge läuft die Due Diligence-Phase bereits; bis zum Sommer 2010 soll der Vertrag unterschriftsreif sein. Um einer Verstaatlichung zu entgehen, war die ÖVAG schon länger auf der Suche nach einem finanzstarken Partner. Im Vorjahr erwirtschaftete das Institut mit 1,1 Mrd. Euro den höchsten Verlust seiner Geschichte. Die Zinsen für die Staatshilfe konnten 2009 nicht gezahlt werden. Für den Fall, dass ein Verkauf doch nicht zustande kommt, bereiten die anderen österreichischen Großbanken Notfallpläne für die ÖVAG vor. Zusätzlich wird der Verkauf der Osteuropa-Tochter Volksbanken International, an der die ÖVAG eine 50%-Beteiligung hält, geprüft. Dadurch würde ein Verkaufserlös von ca. 1,1 Mrd. Euro erwartet.
- Der britische Fondsmanager F&C Asset Management PLC hat das Anfang März 2010 bei der Übernahmekommission angezeigte Übernahmeangebot an die Aktionäre der C-Quadrat Investment AG nicht veröffentlicht und ist damit ein Jahr, beginnend ab 26.03.2010, für die Legung eines öffentlichen Übernahmeangebots gesperrt. Schon im Dezember 2009 hatte F&C ein angekündigtes Angebot zurückgezogen; die damals auferlegte Sperrfrist wurde aber von der Übernahmekommission auf Antrag der Bieterin verkürzt. Eine nochmalige Verkürzung der Frist erscheint ausgeschlossen.

Maschinen- und Anlagenbau, Industriegüter

- Der insolvente deutsche Autozulieferer Karmann (Wilhelm Karmann GmbH) wird von der Magna-Tochter Car Top Systems zu einem geschätzten Kaufpreis von knapp 20 Mio. Euro übernommen. Die Transaktion muss noch von den zuständigen Behörden genehmigt werden.
- Magna zeigt zusätzlich Interesse am in finanziellen Schwierigkeiten steckenden Autozulieferer Getrag aus Untergruppenbach, der die Optionen für eine strategische Partnerschaft prüft.

Bau und Immobilien

- Die CA Immo plant ein Delisting der CA Immo International AG und hat den Aktionären am 21.04.2010 ein freiwilliges öffentliches Übernahmeangebot zu einem Preis von 6,50 Euro pro Aktie gemacht. Derzeit hält die CA Immo einen Anteil von rund 63%; die vollständige Übernahme wird mit hohen Verlusten der Osttochter begründet.
- Die ECO Business-Immobilien AG plant für 2010 weitere Immobilienverkäufe im Wert von 100 Mio. Euro. Das Unternehmen fährt seit dem Ausbruch der Krise eine defensive Strategie und hat 2009 Liegenschaften im Wert von 280 Mio. Euro verkauft.
- Die Salzburger Alpine Bau GmbH erwirbt den Baubetrieb von der Siemens VAI per Asset Deal. Mit der Transaktion könnte das Unternehmen seinen Geschäftsbereich weiter ausbauen und seine Unabhängigkeit erhöhen. Alpine ist nach eigenen Angaben der zweitgrößte Baukonzern Österreichs und konnte 2008 eine Bauleistung von 3,5 Mrd. Euro vorweisen.
- Die Strabag SE, einer der führenden zehn europäischen Baukonzerne, erwirbt sämtliche Anteile an der Colas GmbH. Im vergangenen Geschäftsjahr konnte die Strabag, die über Tochtergesellschaften in allen ost- und südosteuropäischen Ländern sowie in ausgewählten Märkten Westeuropas, Asiens, Nord- und Südamerikas verfügt, eine Leistung von 13 Mrd. Euro erwirtschaften.

Energie

- Der Mineralölkonzern Exxon zieht sich mit dem Verkauf von der Mobil Oil Austria GmbH und der Esso Austria GmbH an den italienischen Ölkonzern Eni S.p.A. aus dem Endkundengeschäft aus Österreich zurück. Die kartellrechtliche Genehmigung steht noch aus.
- Die OMV Wärme Vertriebs GmbH, eine Tochter der OMV AG, soll bis Ende 2010 verkauft werden. Damit organisiert die OMV ihre Vertriebsstrukturen im Heizölgeschäft neu; der Verkauf von Heizöl an Privatkunden soll künftig ausschließlich über OMV-Marknenpartner erfolgen.
- Die Porr Energy GmbH, eine Tochter der Allgemeine Baugesellschaft – A. Porr AG, und die Integral Engineering und Umwelttechnik GmbH planen, sich zu je 50% an der Satrebe Beteiligungsverwaltungs GmbH zu beteiligen. Die Transaktion steht noch unter dem Vorbehalt der kartellbehördlichen Genehmigung.
- Die evn naturkraft Erzeugungsgesellschaft mbH und die Wienstrom GmbH beabsichtigen die Gründung

eines Gemeinschaftsunternehmens zum Zweck der Errichtung und des Betriebs eines Windparks.

Papier und Verpackung

- Der Viskoseproduzent Lenzing erwirbt 75% der Anteile am tschechischen Papierzellstoffwerk Biocel Paskov a.s. von der Heinzel Holding, die mit 25% beteiligt bleibt. Das Ziel, mit dieser Übernahme unabhängiger von Schwankungen auf dem Rohstoffmarkt zu werden, lässt sich Lenzing bis zu 90 Mio. Euro kosten. Die kartellrechtliche Genehmigung steht noch aus.

Transport und Logistik

- Die Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG erhöht ihre Anteile an der Niki Luftfahrt GmbH von 24% auf 49,9%. Im Zusammenhang mit der Aufstockung der Beteiligung gewährt Air Berlin Niki Laudas Privatstiftung, über die er die Anteile an Niki hält, ein Darlehen über 40,5 Mio. Euro. Das Darlehen ist mit einer Überschreibung der verbleibenden 50,1% an Air Berlin gesichert. Zu einer solchen würde es kommen, falls das Darlehen nicht innerhalb von drei Jahren vollständig getilgt werden kann.
- Der Flughafen Wien versucht, in einem Konsortium mit der kanadischen SNC-Lavalin International im Bieterverfahren um den Flughafen Malé International Airport den Zuschlag zu bekommen. Der Flughafen Wien ist bereits am Malta International Airport, am slowakischen Regionalflughafen Košice sowie am Flughafen Friedrichshafen beteiligt, konnte aber zuletzt bei der Privatisierung des Flughafens Antalya und des Airports St. Petersburg nicht zum Zug kommen.

Telekom, IT und Medien

- Die 2007 begonnene Übernahme der weißrussischen Firma Velcom durch die Telekom Austria AG wird Ende 2010 abgeschlossen. Seit dem Verkauf konnte Velcom die Kundenbasis von 2,7 Mio. auf 4,1 Mio. erhöhen und damit die Position als zweitgrößtes weißrussisches Mobilfunkunternehmen ausbauen. Der Kaufpreis liegt bei 600 Mio. Euro.
- Dem Vernehmen nach plant der russische Oligarch Wladimir Jewtuschenkow, den ÖIAG-Anteil an der Telekom Austria AG zu erwerben. Jewtuschenkow ist Eigentümer des mit rund 100 Mio. Kunden größten russischen Mobilfunkanbieters, MTS. Besonders brisant ist dies, da MTS in Weißrussland in direktem Wettbewerb mit Velcom steht. Die ÖIAG dementiert jedoch, da aus Mangel eines Privatisierungsauftrages die Basis für Verhandlungen fehle.

- Die erst 2007 in die Siemens AG eingegliederte Softwarepartie SIS soll ausgelagert werden. In den ver-

gangenen Jahren schrumpfte ihr Gewinn auf zuletzt 90 Mio. Euro.

- Der Markt für Onlineglücksspiel erlebt derzeit einen Konsolidierungsprozess: Der österreichische Wettanbieter bwin sieht kaum mehr Wachstumspotenzial in Europa und möchte seine Präsenz in den USA und Südamerika ausbauen. Seit Monaten halten sich zudem Gerüchte, dass bwin mit PartyGaming PLC fusionieren oder den Online-Gaming-Dienst übernehmen könnte.
- Die Tech Data Österreich GmbH erwirbt alle Anteile an der AKL Telecommunications GmbH. Die Transaktion steht noch unter dem Vorbehalt der kartellrechtlichen Genehmigung.

Sonstige

- Der Verkauf von 49% der Anteile an Casinos Austria International ist mangels passender Interessenten gescheitert. Die Suche nach einem Partner für das Auslandsgeschäft wurde mit den besseren Expansionsmöglichkeiten begründet; nun ist geplant, bei möglichen neuen Auslandsprojekten wie bisher mit lokalen Partnern zusammenzuarbeiten.

4. Law Special: Zusammenschlüsse im Bankensektor in Österreich

4.1 Einleitung

Zusammenschlüsse im Bankensektor weisen spezifische kartellrechtliche Probleme auf. Je größer das Ausmaß der Marktmacht, über die ein Finanzinstitut verfügt, desto wahrscheinlicher sind Versuche, die Marktgegenseite zu übervorteilen, Wettbewerbsstrukturen auf anderen Märkten zu beeinflussen und damit einen Vertrauensverlust von Anlegern und Nachfragern zu bewirken¹. Nachstehend werden die Kontrolle von Interbankzusammenschlüssen² sowie Zusammenschlüsse zwischen Banken und dem Staat behandelt³. Nach einer kurzen Darstellung der europäischen Rechtslage soll insbesondere der Frage nachgegangen werden, ob krisenbedingte Bankzusammenschlüsse und Verstaatlichungen aufgrund von Sondergesetzen der Zusammenschlusskontrolle unterliegen bzw. welche Erleichterungen diesen allenfalls zugute kommen.

4.2 Europäischer Rechtsrahmen: die Fusionskontrollverordnung

Auf EU-Ebene unterliegen Zusammenschlüsse der Fusionskontrollverordnung (FKVO)⁴. Sie zielt darauf ab, die Begründung oder Stärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu unterbinden⁵ und den Wettbewerb in einem bestimmten Sektor aufrechtzuerhalten und zu entwickeln⁶.

(1) Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich der FKVO setzt eine dauerhafte Veränderung der Kontrolle durch einen Zusammenschluss zweier oder mehrerer unabhängiger Unternehmen⁷ oder den Erwerb der unmittelbaren oder mittelbaren Kontrolle über die Gesamtheit oder Teile eines oder mehrerer anderer Unternehmen⁸ voraus. Um dem zusätzlichen Kriterium der gemeinschaftsweiten Bedeutung zu entsprechen, müssen gewisse Umsatzgrenzen überschritten werden⁹, für deren Berechnung die Umsätze aller beteiligten Unternehmen zusammenzuzählen sind¹⁰. Besonderheiten gelten für Finanzinstitute, die an Stelle des Umsatzes Zinserträge und ähnliche Erträge, Erträge aus Wertpapieren, Provisionserträge, Nettoerträge aus Finanzgeschäften und sonstige betriebliche Erträge heranzuziehen haben¹¹.

Bei der Beurteilung eines Zusammenschlusses stellt die Kommission mit Hilfe des „SIEC-Tests“¹² darauf ab, ob eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt. Eine Transaktion kann nach diesem Prüfungsmaßstab auch ohne Vorliegen von Marktbeherrschung untersagt werden, sofern die Gefahr besteht, dass durch den Zusammenschluss die Wettbewerbsstruktur nachteilig verändert werden würde¹³.

(2) Unternehmensbegriff

Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) gilt als Unternehmen jede, eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und ihrer Art der Finanzierung¹⁴, so dass Finanzinstitute von diesem weiten Unternehmensbegriff jedenfalls erfasst werden. Demzufolge sind auch der Staat und seine Institutionen als Unternehmen anzuerkennen, sofern der Tätigkeit wirtschaftliches, d.h. am Markt ausgerichtetes Handeln, zugrundeliegt. Der Erwerb

1 Vgl. allgemein zur Problematik Weck: Zusammenschlusskontrolle bei Banken. 2006, S. 27 f.

2 In der Folge „Zusammenschlüsse“.

3 In der Folge „Verstaatlichungen“.

4 Verordnung (EG) 139/2004 des Rates vom 20.01.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“), ABl L 2004/24, 1 in der Folge „FKVO“.

5 Erwägungsgrund 26 FKVO; Art. 2 Abs. 3 FKVO.

6 Erwägungsgrund 23 FKVO.

7 Art. 3 Abs. 1 lit a FKVO.

8 Art. 3 Abs. 1 lit b FKVO.

9 Art. 1 Abs. 2 f FKVO.

10 Art. 5 Abs. 1 FKVO.

11 Art. 5 Abs. 3 lit a FKVO.

12 Abkürzung für „Significant Impediment of Effective Competition“.

13 Van Bael/Bellis: Competition Law of the European Community. 2010, S. 686.

14 EuGH, 23.04.1991, C-41/90, Höfner/Elser vs. Macrotron, Slg 1991, I-1979, Rn 21; EuGH, 16.03.2004, C-264/01, C-306/01 und C-355/01, AOK Bundesverband, SLG 2004, I-2493, Rn 46; EuGH, 11.07.2006, C-205/03 P, FENIN/Kommission, Rn 25.

15 Immenga: Europäische Fusionskontrolle – ein Hindernis gegen staatliche Beteiligungen in der Finanzmarktkrise? In: EuZW 2009, S. 753.

16 Stewing: Enteignung und Systemrelevanz von Finanzunternehmen vor dem Hintergrund des Europäischen Wettbewerbsrechts. In: EWS 2009, S. 303, 307.

17 Auf diese Weise wurde wohl die Hypo Alpe Adria gerettet, deren Anteile gegen einen symbolischen Preis von 3,00 Euro und einer Kapitalspritze an den Staat übertragen wurden. Krit zur Verstaatlichung allgemein Ditz: Kommenda, „Da müsste es einen Aufschrei geben“: Aktuelles Interview, Aufsichtsrat aktuell 2010, S. 2, 3 f.

der Kontrolle an einem Unternehmen wird in der Regel als wirtschaftlich zu bezeichnen sein¹⁵, der Staat wird durch die Übernahme und Steuerung eines Unternehmens selbst zum Unternehmen¹⁶.

4.3 Verhältnis der FKVO zu krisenbedingten Sondergesetzen

Im Zuge der Finanzkrise wurden in Österreich zum Zwecke der Bewahrung von Finanzinstituten vor dem Bankrott Sondergesetze wie beispielsweise das österreichische Finanzmarktstabilitätsgesetz¹⁷, welches eine Verstaatlichung von in Schwierigkeiten geratenen Finanzinstituten ermöglicht, erlassen. Es dient der Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben Österreichs und sieht Hilfestellungen für systemrelevante Banken vor, die Krise zu überwinden. § 2 Abs. 1 Z 4 f. FinStaG regelt die Anteilsübertragung an den Staat¹⁸, die nach Erreichen des Zwecks der Maßnahme mit Rücksicht auf die Kapitalmarktsituation wieder zu reprivatisieren sind¹⁹. Nach § 2 Abs. 1 Z 6 FinStaG kann eine Bank auch mittels Verstaatlichung gerettet werden²⁰, sofern dafür ein marktkonformes Entgelt vorgesehen ist. Die Rettung systemrelevanter Banken kann als eine im Allgemeininteresse liegende Staatsaufgabe qualifiziert werden, was die Frage aufwirft, ob der Unternehmensbegriff der FKVO noch als erfüllt erachtet werden kann²¹. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH wird dies dann verneint, wenn Aufgaben ausschließlich von staatlichen Einrichtungen oder in deren Auftrag ausgeführt werden können oder Zwangsbefugnisse angewandt werden²². Demzufolge steht eine staatliche Übernahme von Banken einer Anwendung der FKVO entgegen.

Eine andere Betrachtungsweise scheint die Kommission zu vertreten, die diesen Gesichtspunkt in ihren bisherigen Entscheidungen zu staatlichen Beteiligungen in der Finanzmarktkrise nicht aufgegriffen hat. Vielmehr wurde die Übernahme der Hypo Real Estate Holding AG (HRE) durch den Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung (SoFFin), eines aufgrund eines Sondergesetzes im Oktober 2008 in Deutschland geschaffenen staatlichen Finanzmarktstabilisierungsfonds, im Rahmen der FKVO geprüft und als vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt²³.

4.4 Ausnahmemöglichkeiten

Im Gegensatz zum österreichischen Kartellgesetz²⁴, welches die volkswirtschaftliche Rechtfertigung einer Ausnahme von der Zusammenschlusskontrolle kennt, enthält die FKVO keine Bestimmungen, die etwa aus Gründen des Gemeinwohls eine Ausnahmeregel anerkennen würden²⁵. Ist die FKVO nun bei Bejahung des Unternehmensbegriffes anwendbar, lassen sich aus der Entscheidungspraxis der Kommission lediglich nachfolgende für Zusammenschlüsse im Bankensektor relevante Ausnah-

men ableiten: Nach der sog. „*Efficiency Defense*“ kann ein Zusammenschluss, der zu Effizienzgewinnen führt und sich dadurch positiv auf den Wettbewerb auswirkt, von den Wettbewerbsregeln ausgenommen werden²⁶. Eine „*Failing Company Defense*“ (Sanierungsfusion) involviert ein insolventes Unternehmen und findet unter gewissen Voraussetzungen²⁷ dann Anwendung, wenn die Untersagung eines Zusammenschlusses dennoch zu einer Erlangung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen würde²⁸.

Eine Ausnahme für staatliche Maßnahmen in der Unternehmenskrise könnte Art. 3 Abs. 5 lit b FKVO liefern, der einen Zusammenschluss für mit den Wettbewerbsregeln vereinbar erklärt, „wenn der Träger eines öffentlichen Mandats aufgrund der Gesetzgebung eines Mitgliedstaats über die Auflösung von Unternehmen, die Zahlungseinstellung, die Insolvenz, den Vergleich oder ähnliche Verfahren die Kontrolle erwirbt.“²⁹

5.5 Conclusio

Krisenbedingte Zusammenschlüsse im Bankensektor können je nach Betrachtungsweise einerseits im Wege der Nichtanwendbarkeit der FKVO, andererseits durch Heranziehung einer Ausnahme von der FKVO Erleichterungen mit sich bringen. In beiden Fällen darf aber insbesondere in der derzeitigen Situation nicht aus den Augen verloren werden, dass eine krisenbedingt weniger restriktive Zusammenschlusskontrolle, die auf Bekämpfung und Überbrückung der Krise gerichtet ist, das Risiko in sich birgt, den Finanzmarkt einer neuen Systemkrise auszusetzen. Die Beurteilung von Zusammenschlüssen von Banken wird sich daher weiterhin darauf auszurichten haben, allen Interessierten den Zugang zum Finanzmarkt offen zu halten und dessen Funktionsfähigkeit nachhaltig zu gewährleisten. ■

18 Auf diese Weise wurde wohl die Hypo Alpe Adria gerettet, deren Anteile gegen einen symbolischen Preis von 3,00 Euro und einer Kapitalspritze an den Staat übertragen wurden. Kritik zur Verstaatlichung allgemein Ditz: Kommenda, „Da müsste es einen Aufschrei geben“: Aktuelles Interview, In: Aufsichtsrat aktuell 2010, S. 2, 3 f.

19 § 2 Abs. 3 FinStaG.

20 § 2 Abs. 1 Z 6 FinStaG enthält einen Verweis auf § 235 AktG BGBl 1965/98 i.d.F. BGBl I 2009/71, welcher die freiwillige Verstaatlichung regelt, wonach eine Gesellschaft ihr Vermögen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge unter Ausschluss der Abwicklung auf eine Gebietskörperschaft übertragen kann.

21 Vgl. Immenga: Europäische Fusionskontrolle – ein Hindernis gegen staatliche Beteiligungen in der Finanzmarktkrise? In: EuZW 2009, S. 753.

22 Pirnay, Public Private Partnerships und deren Einordnung in das Europäische Wettbewerbsrecht (2008) 61.

23 Entscheidung der Kommission vom 14.05.2009, COMP/M.5508, SoFFin/Hypo Real Estate, http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5508_20090514_20310_de.pdf, abgefragt am 13.04.2010; vgl. Immenga: Europäische Fusionskontrolle – ein Hindernis gegen staatliche Beteiligungen in der Finanzmarktkrise? In: EuZW 2009, S. 753.

24 KartG 2005 BGBl I 2005/61 i.d.F. BGBl I 2008/2.

25 Immenga: Europäische Fusionskontrolle – ein Hindernis gegen staatliche Beteiligungen in der Finanzmarktkrise? In: EuZW 2009, S. 753.

26 Art. 2 Abs. 1 lit b FKVO; Erwägungsgrund 29 FKVO.

27 Entscheidung der Kommission vom 11.07.2001, M.2314, BASF, ABI L 2002/132, 45, Rz 142; vgl. Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, ABI C 2004/31, S. Rz 89 ff.

28 EuGH, 31.03.1998, C-68/94 und C-30/95, Kali Salz, SLG 1998, I-1375, Rn 111 ff.

29 Vgl. Stewing: Enteignung und Systemrelevanz von Finanzunternehmen vor dem Hintergrund des Europäischen Wettbewerbsrechts. In: EWS 2009, S. 307.