

GUN JUMPING

WAS DARF WER WANN?

Der falsche Umgang mit dem fusionskartellrechtlichen Vollzugsverbot und dem allgemeinen Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen bei Unternehmenstransaktionen kann teuer werden, wie unlängst die Rekordbuße in Höhe von 124,5 Millionen Euro im Fall Altice gezeigt hat. Trotz einiger Grauzonen ist dies mit einigem Problembewusstsein jedoch vermeidbar.

► Grundsätzlich gilt, dass anmeldepflichtige Zusammenschlüsse nicht vor der Freigabe durch die Wettbewerbsbehörde vollzogen werden dürfen (Gun Jumping). Unternehmen dürfen nach § 41 Abs. 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) einen nicht freigegebenen Zusammenschluss nicht vollziehen und ein Zusammenschluss darf nach Art. 7 Abs. 1 Fusionskontrollverordnung der EU (FKVO) weder vor der Anmeldung noch so lange vollzogen werden, bis er für vereinbar mit dem gemeinsamen Markt erklärt worden ist. Aufgrund ihrer unterschiedlichen Schutzrichtungen werden das Vollzugs- und das Kartellverbot parallel angewendet. Zwei Verfahren haben unlängst die Blicke auf das Gun Jumping, den Verstoß gegen das Vollzugsverbot, gerichtet: Im Vorabentscheidungsverfahren im Fall Ernst Young/KPMG (EuGH-Urteil vom 31.5.2018, Rs. C-633/16) hat sich der Europäische Gerichtshof (EuGH) mit dem Vorhaben des Zu-

sammenschlusses zwischen den Wirtschaftsprüfungsgesellschaften Ernst & Young (EY) und KPMG Dänemark befasst. Während der Wettbewerbsrat der dänischen Wettbewerbs- und Verbraucherbehörde darin aufgrund des Verlusts von Wettbewerb bereits einen Verstoß gegen das Vollzugsverbot gesehen hatte, kam der EuGH zu dem Ergebnis, dass ein Zusammenschluss nur durch einen Vorgang vollzogen wird, der ganz oder teilweise, tatsächlich oder rechtlich zu einer Veränderung der Kontrolle über das Zielunternehmen beiträgt. Die Vorbereitung habe in diesem Fall nicht zu einer dauerhaften Veränderung der Kontrolle über das Zielunternehmen beigetragen.

WERDEN DIE BEHÖRDEN STRENGER?

In ihrer Entscheidung in Sachen Altice vom 24. April 2018 hat die EU-Kommission gegen das multinationale Kabel- und Telekommunikationsunternehmen Altice aus den Niederlanden wegen der vorzeitigen Durchführung der Übernahme des portugiesischen Telekommunikationsunternehmens PT Portugal vor Anmeldung bei der Kommission und vor Genehmigung des Vorhabens eine Geldbuße in Höhe von 124,5 Millionen Euro verhängt. Ihrer Ansicht nach habe Altice gegen das fusionskontrollrechtliche Vollzugsverbot verstoßen, da einige Bestimmungen des Übernahmevertrags Altice das Recht zur Ausübung eines bestimmenden Einflusses über PT Portugal gegeben haben, so beispielsweise Vetorechte gegen Entscheidungen im Rahmen der normalen Geschäftstätigkeit von PT Portugal. Zudem habe Altice in bestimmten Fällen tatsächlich einen bestimmenden Einfluss über bestimmte Teile der Geschäftstätigkeit von PT Portugal ausgeübt, zum Beispiel durch Anweisungen zur Durchführung einer Werbekampagne und durch den Austausch detaillierter sensibler Geschäftsinformationen ohne jegliche Vertraulichkeitsvereinbarung. Gibt es nun einen Trend zu einer strengeren Vorgehensweise der Kartellbehörden? „In den vergangenen 15 Jahren hatten wir im Rahmen der FKVO bisher nur drei Entscheidungen“, so Dr. Marc Zedler,



JÖRG VOCKE,
Chief Counsel Technology,
Siemens AG

„Die Mitgliederzeitung des BUJ, immer voll von in der Praxis eines Unternehmensjuristen aktuellen Informationen.“



LL.M., Case Handler bei der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission in Brüssel, dessen Referat sich um grundsätzliche Fragen der Fusionskontrolle kümmert und der in diesem Artikel nicht die offizielle Meinung der Kommission wiedergibt, sondern seine persönliche. „Dass es 2014 und 2018 innerhalb kurzer Zeit zwei waren, ist Zufall und beschreibt keinen Trend.“

Nichtsdestotrotz haben die Diskussionen im Rahmen der Session „Achtung: Gun Jumping – der richtige Umgang mit dem fusionskartellrechtlichen Vollzugsverbot des Artikel 7 Abs. 1 der FKVO bei Unternehmenstransaktionen“ beim Unternehmensjuristenkongress im Januar dieses Jahres gezeigt, dass es viele Fragen zum Thema gebe. „Eine betraf den Fall, dass ein Unternehmen nach Anmeldung zum noch laufenden Kontrollverfahren eine Minderheitsbeteiligung erwirbt. Das ist meiner Ansicht nach ein teilweiser Kontrollwerb“, so Zedler. „Gefragt wurde auch nach der Gründung eines Joint Ventures, was in Art. 3 Abs. 4 FKVO einem Zusammenschluss gleichgesetzt wird.“ Geschäftsräume für ein noch nicht genehmigtes Gemeinschaftsunternehmen anzumieten, sei aus seiner Sicht eher unproblematisch.

WER MUSS WAS WISSEN?

Wichtig herauszustellen sei dabei, dass neben dem Vollzugsverbot der FKVO auch das allgemeine Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen in Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) gelte, betont Zedler: „Das sollte man immer im Hinterkopf haben.“ Bei der Abgrenzung von Gun Jumping zur Vorbereitungs-handlung sei wichtig, „dass der Vollzug weder in Art. 7 FKVO noch im GWB definiert wird“, so Zedler. „Allerdings wird in Art. 3 Abs. 1 FKVO ein Zusammenschluss als eine dauerhafte Veränderung der Kontrolle definiert.“ Insofern habe die EuGH-Entscheidung im Fall EY/KPMG Dänemark mit der Definition ‚ganz oder teilweise, tatsächlich oder rechtlich zu einer Veränderung der Kontrolle‘ zu einer deutlichen Klarstellung beigetragen. „Das heißt aber nicht, dass alles andere unproblematisch ist.“ Der EuGH habe ausdrücklich festgestellt, dass im Übrigen Artikel 101 AEUV gelte. Zedler rät daher zu der Faustregel: „Nur was man auch ohne Zusammenschluss planen würde, ist unbedenklich.“

Im Fall Altice haben sich noch weitere Fragen gestellt. „Hier hat die Kommission anerkannt, dass der Due-Diligence-Prozess grundlegend für die Entscheidung eines Erwerbers ist, eine Akquisition durchzuführen“, sagt Zedler. Handelt es sich bei Kaufinteressenten um Wettbewerber, können Clean Teams hilfreich sein, die vom normalen Geschäftsablauf separiert arbeiten sowie gestaffelte Datenräume: „Einen Datenraum für wettbewerbslich unkritische Dokumente, einen Red Data Room für den Zugang zu kritischen Informationen und eventuell auch einen Black Data Room für sehr sensible Daten.“

„Gun Jumping hat in der Praxis in allen drei Phasen jeder Transaktion eine hohe Bedeutung“, meint auch Dr. Georg Böttcher, Rechtsanwalt und Chief Counsel Competition bei der Siemens AG in München. Am Beispiel der kürzlich verbotenen Fusion der Bahnsparten von Siemens und Alstom zeigt sich, was das im Einzelfall bedeutet: „Es gab eine große Ausschreibung zur neuen Metro in Bogota, Kolumbien, bei der sowohl Siemens als auch Alstom als Bieter in Frage kamen. Einige im Geschäft stellten sich die Frage, ob man nicht gleich ein gemeinsames Angebot abgeben sollte. Aber eine solche Fusion darf eben nicht vorweggenommen werden“, betont Böttcher, „auch nicht, wenn nach dem lokalen Vergaberecht keine zwei Angebote von einer Gruppe abgegeben werden dürfen.“

Grundsätzlich gelte: „Man sollte sich immer die Frage stellen, welcher Datenaustausch zur Vorbereitung der Transaktion und ihrer Implementierung wirklich notwendig ist und wer wirklich was wissen muss. Wettbewerbsrechtlich sensible Daten sollten zudem nur in sogenannten Clean Teams ausgetauscht werden“, so Böttcher.





DR. HILKA SCHNEIDER,
General Counsel,
TUI AG

“

„Ein tolles Magazin,
das die Themen aufnimmt,
die uns als Unternehmensjuristen
tatsächlich täglich
beschäftigen!“

WIR FEIERN
50
AUSGABEN

„Die für ein Clean Team abgestellten Mitarbeiter werden von ihrer eigentlichen Aufgabe freigestellt. Bei einem Scheitern der Transaktion können sie dorthin nicht unmittelbar zurückkehren. Daher bieten sich dafür beispielsweise Mitarbeiter kurz vor der Altersteilzeit oder Rente an.“ Möglich und in manchen Fällen nötig seien zudem auch externe Clean Teams. Der Fall Altice sei seiner Einschätzung nach eher eine Ausnahme gewesen: „Im Normalfall wissen die Kanzleien schon um die Risiken solcher Vertragsklauseln“, betont Böttcher. „Ein Vetorecht in den Vertragsklauseln ist in bestimmten Fällen durchaus möglich, aber es darf nicht in den Ordinary Course of Business eingegriffen werden.“ Nicht immer leicht sei es hingehen – insbesondere dann, wenn die Zeitspanne zwischen Vertragsschluss und Closing sehr lang ist – euphorisch und gut zusammenarbeitende Teams in dieser Phase zu bremsen, um die Transaktion nicht schon de facto vor dem Closing zu vollziehen.

Die Situation, „dass die involvierten Kaufleute und die Techniker des Käufers das Closing nach oft monatelanger Vorbereitung kaum abwarten können, weil sie die Transaktion möglichst schnell umsetzen wollen, um Synergien auszuschöpfen und die Integration zu vollziehen“, kennt auch Dr. Ingo Schaffernak, Leiter Gesellschafts- und Kartellrecht bei der Deutschen Lufthansa AG in Frankfurt. „Unternehmen werden hier getrieben von ihren Zusagen an ihre Aktionäre und den Kapitalmarkt, da viele Käufer im Zuge eines Bieterwettstreits momentan einen sehr hohen Kaufpreis für das Zielunternehmen zahlen müssen.“ Schließlich müsse der Käufer nachweisen, dass dieser durch zügig erzielte Synergien und Einsparungspotenziale auch gerechtfertigt sei. Hinzu kämen die inzwischen übliche quartalsweise Bilanzierung und etwaige positive Signale vonseiten der Kartellbehörden vor der eigentlichen Freigabe des Zusammenschlusses. „Da kommt

schnell mal jemand auf die Idee zu sagen: Wir bündeln schon jetzt den Einkauf, was ja auch sinnvoll ist, um den Kaufpreis zu refinanzieren, und warten nicht länger weitere Rückfragen der Kartellbehörden ab“, so Schaffernak. Wirtschaftlich sei das absolut nachvollziehbar und gerade bei Mittelständlern könne der Druck auf die vielfach als Bremser wahrgenommenen Unternehmensjuristen hoch sein. „Aus der Sicht mancher Praktiker handelt es sich oft um ein sehr langes kartellrechtliches Verfahren, das die Transaktion im rechtlichen Schwebezustand hält“, sagt Schaffernak. „Das hat wohl auch zu den aktuellen Fällen geführt, in denen die Handlungen der Beteiligten an sich wirtschaftlich nachvollziehbar waren und die Transaktion auch letztlich von den Kartellbehörden freigegeben wurde, aber eben streng rechtlich betrachtet zu früh vorgenommen wurden.“

Die Grenze zwischen noch vorbereitender Handlung oder Planung und Vollzug zu ziehen, sei hingegen auch für ihn nicht immer leicht: „Dass der Kontrollerwerb über das Zielunternehmen entscheidend sein soll, hat in der EuGH-Entscheidung im Fall von Ernst & Young wieder zu rechtlicher Unsicherheit geführt.“

GENAU HINSCHAUEN VOR DER UMSETZUNG

Ein Beispiel dafür sei ein Zielunternehmen, das wisse, dass es höchstwahrscheinlich künftig im Rahmen eines größeren Verbundes agieren werde und daher größere Räumlichkeiten anmieten müsse. „Das macht natürlich Sinn und es wird dadurch auch keine Kontrolle über das Zielunternehmen übernommen.“ Im Fall Ernst & Young habe die EU-Kommission das allerdings in Bezug auf die Kündigung der Netzwerkverträge anders gesehen als der EuGH, der den Schwerpunkt auf einen Kontrollerwerb gelegt habe. Nach der deutschen Rechtsprechung fordere das Vollzugsverbot hingegen nicht zwingend, dass der Erwerber Kontrolle über das Zielunternehmen oder wettbewerblich erheblichen Einfluss auf dieses erlangt. Das jedoch werde sich ändern: „Die deutsche Rechtsprechung wird der des EuGH folgen, so war es immer.“

Einstweilen lautet sein Rat: „Alle Maßnahmen, die das Zielunternehmen nicht von sich aus, sondern im Vorgriff auf die Fusion tätigt, sind problematisch und erfordern ein genaues Hinschauen eines Juristen vor der Umsetzung.“ Letztlich werden Fälle von Gun Jumping in den Unternehmen mit Rechtsabteilungen oder versierten Beratern eher aus Versehen passieren: „Wir haben bei Lufthansa Standardvorgaben im Rahmen einer Transaktionsabwicklung, die Gun Jumping verhindern“, so Schaffernak. „Wenn ausreichende Maßnahmen getroffen wurden, um im Regelfall das Vollzugsverbot einzuhalten und Gun Jumping zu verhindern, werden Verstöße eher dem Bereich Versehen zugeordnet werden, was die Kartellbehörden meiner Einschätzung nach entsprechend zu würdigen wissen.“



FRANK BRAUN,
Chief Legal & Compliance Officer,
MEAG MUNICH ERGO
AssetManagement GmbH

”

„Ich freue mich immer auf die neue Ausgabe des unternehmensjurist. Die Auswahl der Themen in den unterschiedlichen Rechtsgebieten ist am Puls der Zeit, durchaus auch antizipierend und kritisch.“

WIR FEIERN
50
AUSGABEN

Auch aus der Sicht der Rechtsberatung hat das Thema „Gun Jumping“ trotz der eher geringen Anzahl von Fällen eine hohe praktische Relevanz, bestätigt Dr. Elena Wiese, Rechtsanwältin bei Hogan Lovells in Düsseldorf. „Das Thema wird weiterhin aktuell sein“, glaubt sie.

VIEL AUFKLÄRUNGSBEDARF

Grundsätzliche Unterschiede bei den Fragestellungen kleiner und großer Unternehmen kann Wiese dabei nicht feststellen: „Das Vollzugsverbot gehört bei uns zur Routineprüfung bei allen Transaktionen, wobei wir allerdings unabhängig von der Unternehmensgröße nur in wenigen Fällen kritische Sachverhalte vorfinden.“ Schwierig sei dabei unter anderem die unterschiedliche Rechtsauffassung zum Vollzugsverbot im europäischen und deutschen Recht. „Die BGH-Rechtsprechung fasst das Vollzugsverbot eher weit“, so Wiese. „Die Altice-Entscheidung der Europäischen Kommission und die EuGH-Entscheidung in Sachen Ernst & Young geben mehr Guidance.“ Beim Umgang mit der Diskrepanz zwischen nationaler und europäischer Betrachtung empfiehlt Wiese die risikoärmste Variante, um keinen Frühstart hinzulegen. „Letztlich ist es allerdings die Entscheidung des Mandanten, wie viel Risiko er einzugehen bereit ist – etwa hinsichtlich der Nutzung von Umsatzschwellenwerten bei der Vereinbarung von Zustimmungsrechten zwischen Signing und Closing.“ Dabei gebe es viel Aufklärungsbedarf, da sich viele Fälle nicht so trennscharf abgrenzen ließen. „Gemeinsam mit dem Mandanten müssen wir dann entscheiden, wie hoch das konkrete Risiko ist oder ob dieses durch eine andere Vertragsgestaltung abgemildert werden kann“, berichtet Wiese. Klar sei, dass in keinem Fall in das Tagesgeschäft des Zielunternehmens eingegriffen werden dürfe.

Dabei gibt es allerdings auch nach Einschätzung von Wiese Grauzonen, beispielsweise bei der bereits erwähnten Anmietung von Geschäftsräumen. „Für mich stellt sich dann zum Beispiel die Frage, ob diese einseitig oder beidseitig erfolgt“, sagt Wiese. „Grundsätzlich relevant für eine Bewertung ist die Reversibilität eines Vorgehens und die Frage, ob beziehungsweise wie es sich auf die Marktverhältnisse auswirkt.“ Unternehmen rät sie, sich frühestmöglich im Transaktionsprozess mit dem Vollzugsverbot und dem Kartellrecht allgemein zu beschäftigen. „An jeder Stelle des Prozesses gibt es andere potenzielle Risiken“, so Wiese. „Im Rahmen der Due Diligence stellt sich beispielsweise die Frage, ob die Informationen zu detailliert sind, ob Non-Disclosure-Agreements abgeschlossen wurden und Clean Teams eingerichtet wurden.“ Letzteres wurde nicht nur durch die EU-Praxis betont, sondern auch durch die US-amerikanische Kartellbehörde FTC (Federal Trade Commission). Wiese: „Dass etwa ein Clean Team ratsam sein kann, gilt gleichermaßen für kleine wie große Unternehmen, ist aber auch eine Frage der Ressourcen.“ Dabei könne es bei geringen Datenmengen auch reichen, nur eine Person dafür abzustellen. „Einer unserer Mandanten hat beispielsweise einen Manager aus dem Ruhestand aktiviert“, berichtet Wiese. Wichtig sei in diesem Zusammenhang insgesamt vor allem ein Problembewusstsein und das Hinterfragen der eigenen Prozesse. „Unsere Aufgabe ist es, dass die Transaktion schnell angemeldet und zügig freigegeben wird“, sagt Wiese. „Ein wesentlicher Faktor dabei ist es, die Kartellbehörden frühzeitig einzubinden und Vorgespräche zu führen.“ ■ *Claudia Behrend*



- × Weder im GWB noch in der FKVO ist der Begriff Vollzug gesetzlich definiert.
- × Die EuGH-Entscheidung im Fall EY/KPMG Dänemark mit der Definition „ganz oder teilweise, tatsächlich oder rechtlich zu einer Veränderung der Kontrolle“ hat zumindest teilweise zu einer Klarstellung beigetragen.
- × Clean Teams können hilfreich sein.
- × Beim Umgang mit der Diskrepanz zwischen nationaler und europäischer Betrachtung des Vollzugsverbots sollte die risikoärmste Variante gewählt werden.
- × Unternehmen sollten sich frühestmöglich im Transaktionsprozess mit dem Vollzugsverbot und dem Kartellrecht allgemein beschäftigen.
- × Die Unternehmen sollten die Kartellbehörden möglichst frühzeitig einbinden und mit ihnen Vorgespräche führen.