

Deutsche und europäische Fusionskontrolle

49. FIW-Ferienkurs

Wiesbaden, 21. September 2011

Dr. Daniela Seeliger

Dr. Antje Heinen

Europäische Fusionskontrolle

EU-FKVO: Zuständigkeit der Kommission



Zusammenschluss nach EU-FKVO

gemeinschaftswerte Bedeutung (siehe Umsatzschwellenwerte)

⇒ ausschließliche Zuständigkeit der Kommission (one-stop-shop)

Besonderheit: Verweisungsmöglichkeiten

- > Verweisung an nationale Behörde auf Antrag eines Mitgliedstaates oder der Zusammenschlussbeteiligten
- > Verweisung an Kommission auf Antrag eines Mitgliedstaates oder der Zusammenschlussbeteiligten

Zusammenschluss nach der EG-FKVO

> **Fusion**

- > rechtliche: Verschmelzung
- > faktische: einheitliche Leitung

> **Kontrollerwerb**

- > Alleinkontrolle
- > Gemeinsame Kontrolle

Ausnahmen: z.B. Bankenklausele

Kontrollerwerb

„Kontrolle“

- > Möglichkeit, bestimmenden Einfluss auf die Geschäftstätigkeit eines Unternehmens zu nehmen
- > unabhängig davon, wie dieser Einfluss vermittelt wird (Eigentum, Rechte, Verträge, Nutzungsrechte, andere Mittel)
- > dauerhafte Veränderung der Kontrollverhältnisse

Alleinkontrolle

- ... ist die Möglichkeit, strategische Entscheidungen durchzusetzen
- > Budget, Geschäftsplan, Besetzung der Geschäftsleitung, wesentliche Investitionen
 - > insbesondere durch Stimmrechte:
 - > Stimmrechtsmehrheit oder
 - > qualifizierte Minderheit
 - de jure*: besondere Rechte (z.B. Organbesetzung)
 - faktisch: (HV-Präsenz)

Gemeinsame Kontrolle



... ist die Möglichkeit, strategische Entscheidungen zu verhindern

Einigungszwang, z.B. durch

- > gleiche Stimmrechte (50/50)
- > gemeinsame Ausübung der Stimmrechte durch mehrere Minderheitsgesellschafter (Holding, Pool, starke gemeinsame Interessen)
- > Vetorechte in Bezug auf
 - > Budget, Geschäftsplan, Besetzung der Geschäftsleitung, wesentliche Investitionen

Kein Kontrollerwerb, wenn wechselnde Mehrheiten/Koalitionen möglich sind und auch in der Vergangenheit gebildet wurden.

Gemeinschaftsunternehmen ("Joint Venture")

nur Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen

- > selbständige wirtschaftliche Einheit
- > alle Funktionen eines Unternehmens
 - > nicht nur bestimmte (Hilfs-)Funktionen
 - > Zugang zum Markt
 - > auf Dauer



Fehlt eines dieser Elemente (=Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen):
Artikel 101 AEUV + nationales Recht

EU-FKVO: Schwellenwerte

	Primäre Schwellenwerte	Sekundäre Schwellenwerte
Weltweit	gemeinsam EUR 5 Mrd.	gemeinsam EUR 2,5 Mrd.
Gemeinschaftsweit	mindestens 2 je EUR 250 Mio.	mindestens 2 je EUR 100 Mio.
National (in mindestens 3 Mitgliedstaaten jeweils)	-	gemeinsam EUR 100 Mio. und min. 2 je EUR 25 Mio.

Ausnahme: Alle beteiligten Unternehmen erzielen jeweils mehr als 2/3 ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat

Beteiligte Unternehmen

Formelle Definition in der FKVO. Zum beteiligten Unternehmen gehört die ganze "Familie":

- > Töchter: Unternehmen, in denen das beteiligte Unternehmen
 - > mehr als die Hälfte des Kapitals oder des Betriebsvermögens besitzt oder
 - > über mehr als die Hälfte der Stimmrechte verfügt oder
 - > mehr als die Hälfte der Mitglieder eines Leitungs- oder Vertretungsorgans bestellen kann oder
 - > das Recht hat, die Geschäfte des Unternehmens zu führen;
- > Mütter: Unternehmen, die in dem beteiligten Unternehmen die oben bezeichneten Rechte oder Einflussmöglichkeiten haben;
- > Schwestern: Unternehmen, in denen eine Mutter die oben bezeichneten Rechte oder Einflussmöglichkeiten hat.

Anmeldung

- > vor Vollzug
- > idR nach Vertragsabschluss, aber auch schon vorher, wenn Parteien glaubhaft machen, dass zum Vertragsabschluss gewillt (z.B. durch Vorvertrag, Lol etc.)
- > Wer? Die fusionierenden Parteien bzw. jeder, der (gemeinsame) Kontrolle erwirbt
- > fg

Verfahren vor der Anmeldung

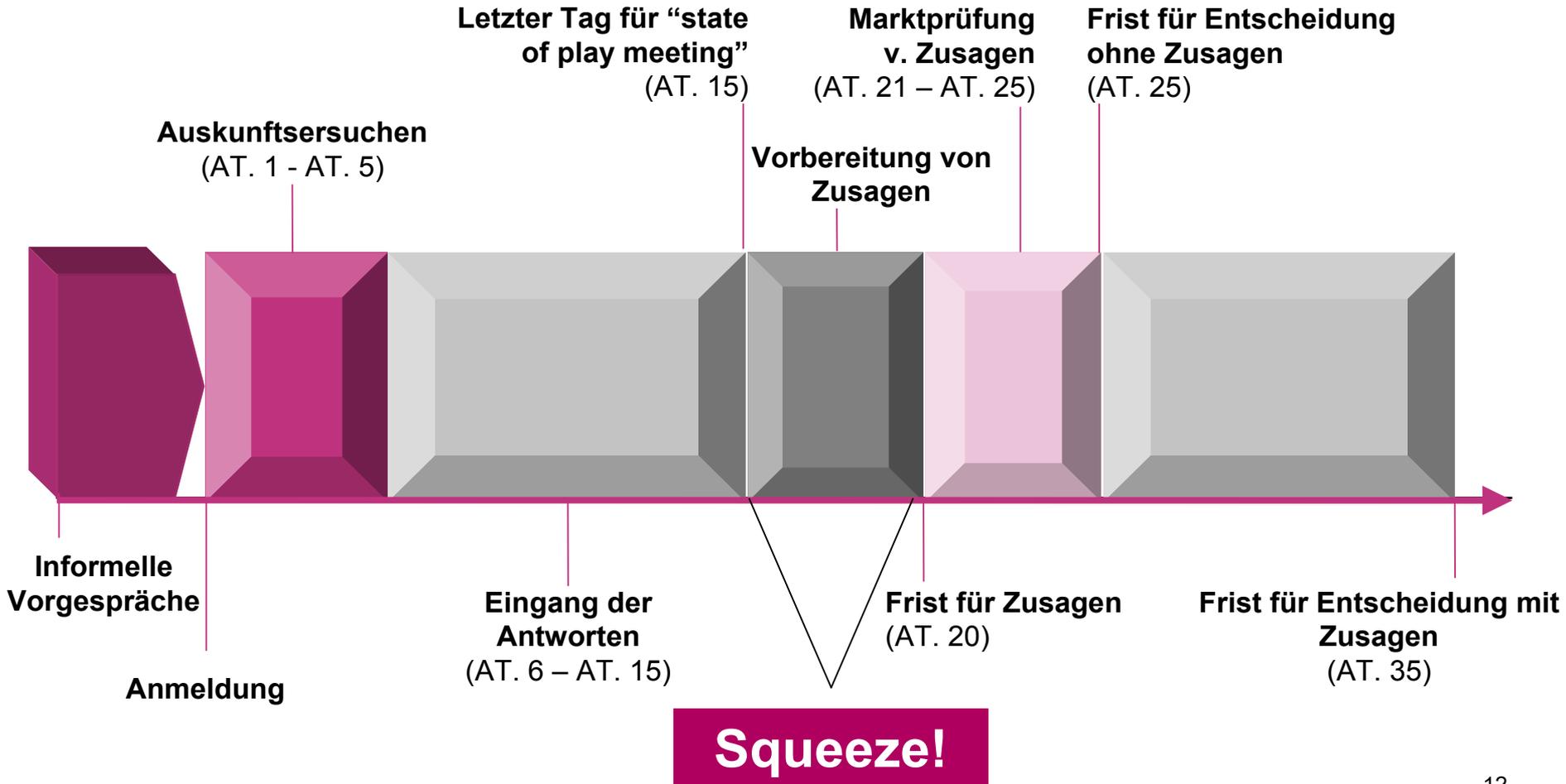
- > Dauer ist fallabhängig
- > Wichtig für Vorbereitung der Anmeldung
- > Wichtig für Vertrauensbasis
- > Wichtig für Behördenverständnis des Marktes
- > Inhalte sind und bleiben vertraulich



CONFIDENTIAL



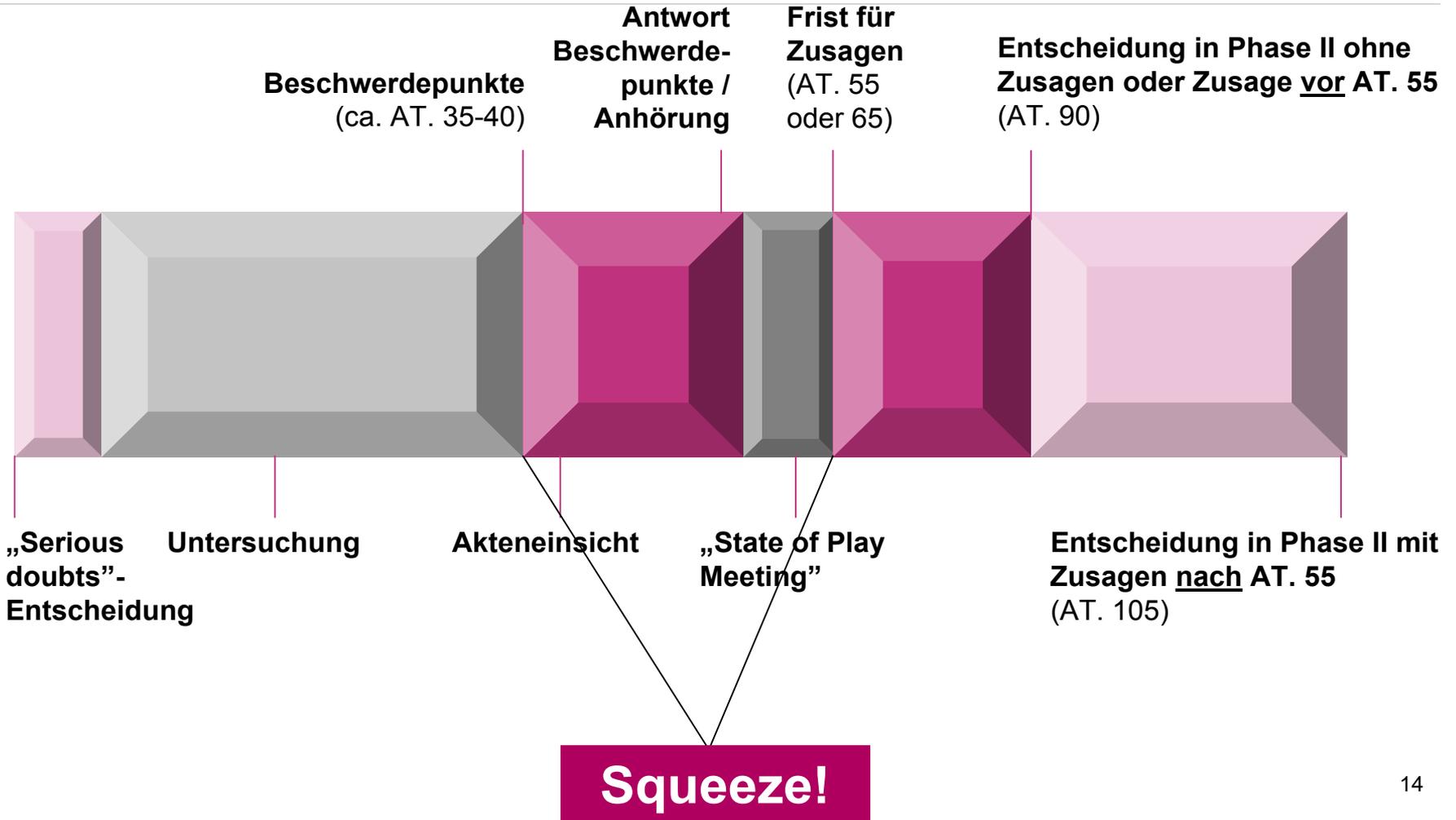
Zeitschiene Phase I



Phase II – wesentliche Stationen

- > Einleitung durch „serious doubts“-Entscheidung
- > Zahlreiche Auskunftersuchen
- > Stellungnahme zu „serious doubts“ (optional)
- > Beschwerdepunkte („convincing evidence“)/Zugang zu den Akten
- > Stellungnahme zu den Beschwerdepunkten/Anhörung (optional)
- > Verhandlungen/Abgabe Zusagen

Zeitschiene Phase II



Materielle Prüfung

SIEC-Test (significant impediment to effective competition):

Erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs im gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben, insbesondere durch Marktbeherrschung

- > koordinierte Effekte
- > unilaterale Effekte

Co-ordinated effects: Oligopolprüfung nach „Airtours“

Schaffung einer Marktstruktur, bei der eine Einschränkung wirksamen Wettbewerbs durch stillschweigende Kollusion zu erwarten ist

Vier Elemente:

1. Koordinierung ohne Absprachen durch Reaktionsverbundenheit
2. hinreichende Markttransparenz
3. hinreichende Abschreckungsmittel
4. unzureichendes Gegengewicht der Wettbewerber und Kunden

Früher: Konzept der kollektiven Marktbeherrschung

Non-coordinated effects: SIEC durch nicht koordiniertes Verhalten

Schaffung einer Marktstruktur, bei der eine Einschränkung wirksamen Wettbewerbs durch nicht-kollusives (einseitiges) Verhalten zu erwarten ist. Allein die Eliminierung des Wettbewerbs zwischen den fusionierenden Unternehmen ermöglicht der neuen Einheit, einseitig die Preise anzuheben, weil der wesentliche Wettbewerbsdruck gerade von dem übernommenen Wettbewerber ausging

- > erfasst Einzelmarktbeherrschung
- > erfasst neu auch sog. non-coordinated oder unilateral effects unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung: Oligopolstrukturen, in denen ein Unternehmen ohne Verhaltensabstimmung Preise anheben kann, obwohl es einen größeren Wettbewerber gibt (keine Marktbeherrschung, keine coordinated effects)
- > wohl einziger über den Marktbeherrschungstest hinausgehender Anwendungsbereich des SIEC-Tests

Zusagen - Grundsätze

- > Relevant in ca. 10 % der Fälle, in Phase I ggf. auf Vorrat
- > Kommission: Präferenz für Veräußerungszusagen
 - > Beseitigung der horizontalen Überschneidung
 - > oder zumindest Reduktion auf „akzeptablen“ Marktanteil
- > Verhaltenszusagen nicht *per se* ausgeschlossen

Veräußerungszusagen

- > Geschäft muss auf „stand alone“-Basis lebens- und wettbewerbsfähig sein
 - > Genaue Beschreibung Assets/Personal
 - > Markttest
- > Geeigneter Käufer: bei Zweifeln (z.B. Rechte Dritter oder Finanzkrise)
 - > Up-front buyer: Vollzug erst, wenn Verkauf an von Kommission genehmigten Käufer erfolgt ist
 - > Fix-it-first: Verkauf erfolgt schon vor der Genehmigungsentscheidung
 - > Hilfsweise Angebot „Kronjuwel“

Veräußerungsverfahren

- > Erste Veräußerungsfrist
 - > i.d.R. 6 Monate ab Genehmigungsentscheidung
 - > Parteien in Kontrolle des Veräußerungsprozesses, aber unter Aufsicht des Überwachungs-Treuhänders (i.d.R. WP)
- > Hilfsweise zweite Veräußerungsfrist
 - > i.d.R. 3 Monate
 - > Veräußerungstreuhänder übernimmt: Verkauf ohne Mindestpreis
- > Fristverlängerungen wegen Krise?
- > Hold - separate Verpflichtungen während des gesamten Veräußerungsprozesses

Vollzugsverbot



Unternehmen dürfen einen Zusammenschluss nicht vor Freigabe oder Ablauf der Prüfungsfristen umsetzen

Zweck: Vermeidung von Entflechtungen („you can't unscramble the eggs“)

- > Befreiung vom Vollzugsverbot möglich, in der Praxis aber selten
- > Keine Legaldefinition (Rechtsunsicherheit)
- > Herbeiführung (der Wirkungen) des Zusammenschlusses; z.B. Erwerb der Kontrolle, Erwerb wettbewerblich erheblichen Einflusses, Erwerb von Anteilen
- > Erfasst auch Teilakte des Vollzugs, nicht jedoch reine Vorbereitungshandlungen => Abgrenzung? Z.B. Kontrollerwerb: Anteilsübertragung bis unter die Schwelle des Kontrollerwerbs zulässig? Kommission: *Ryanair/Aer Lingus*
- > Unzulässig wohl Einräumung des Besitzes über Betriebsvermögen, Rückzug des Veräußerers aus bestimmten Geschäftsbereichen, gemeinsame Auftritte von Erwerber und Ziel bei Kunden oder auf Messen, Neubesetzung der Geschäftsleitung (siehe aber D: BGH, *National Geographic*)
- > Zulässig wohl Vorbereitung der Integration (gemeinsamer – interner – Geschäftsplan), Information der Mitarbeiter, Zahlung des Kaufpreises (str.)

Vollzugsverbot – Rechtsfolgen

- > Schwebende Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften (unmittelbar anwendbar)
- > Bußgeld
 - > Adressat nur Unternehmen
 - > Bußgeldrahmen: bis 10 % des Gruppenumsatzes
 - > AKTUELL: auch hier vermutlich signifikanter Anstieg der Bußgeldhöhe zu erwarten.
 - > Samsung/AST (1998): € 33.000,-
 - > A.P. Möller (1998): € 219.000,-
 - > Electrabel/CNR (2009): € 20 Mio.
 - > Freiwillige nachträgliche Anmeldung nach 4 Jahren
 - > keine inhaltlichen Bedenken gegen den Zusammenschluss (Freigabe ohne Auflagen)
 - > Erfüllung eines Zusammenschlusstatbestands (faktischer Kontrollerwerb) strittig
 - > Schadensersatzansprüche Dritter

Nebenabreden

Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen eines Zusammenschlusses können durch eine Freigabe automatisch mit erfasst sein.

Voraussetzungen:

- > Wettbewerbsbeschränkung
- > die mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden (integraler Bestandteil)
- > und für sie notwendig ist (sachlich, räumlich, zeitlich)
- > Beispiele: Wettbewerbsverbote, ausschließliche Lizenzen, Lieferbeziehungen

Nebenabreden

- > Wettbewerbsverbote:
 - > Unternehmenskauf: Beschränkung des Verkäufers zur Sicherung der Investition des Käufers (zeitlich, räumlich und sachlich beschränkt)
 - > GU: Beschränkung des GU gegenüber Müttern, eingeschränkt auch der Mütter gegenüber GU, nicht der Mütter untereinander
- > Lizenzvereinbarungen:
 - > Unternehmenskauf: Erwerber \Leftrightarrow Veräußerer, auch unbefristet und exklusiv, nicht: räumliche Beschränkung
 - > GU: Mütter \Leftrightarrow GU o.k., Mütter untereinander problematisch
- > Bezugs- und Lieferpflichten:
 - > Versorgungssicherheit für max. 5 J., feste Mengen o.k., nicht aber unbegrenzte Mengen oder Ausschließlichkeit

Deutsche Fusionskontrolle

Anmeldepflicht – Zusammenschluss (1)

Zusammenschlusstatbestände des GWB:

- > Kontrollerwerb (wie EU)
- > Anteilserwerb: nach Vollzug insgesamt mindestens 25 % oder 50 % des Kapitals oder der Stimmrechte
- > Vermögenserwerb (ganz oder zu einem „wesentlichen Teil“)
- > Erwerb wettbewerblich erheblichen Einflusses (Minderheitsbeteiligungen < 25 %)

Zusammenschlussbegriff weiter als auf EU-Ebene

Anmeldepflicht – Zusammenschluss (2)

Vermögenserwerb: Der Erwerb des Vermögens oder eines „wesentlichen“ Teils des Vermögens eines anderen Unternehmens stellt einen Zusammenschluss dar.

- > „Wesentlich“: quantitativ oder qualitativ
 - > quantitativ: > 50 %?
 - > qualitativ: Vermögensteil ist tragende Grundlage der bestehenden Marktstellung des Veräußerers, Übertragung kann Marktstellung auf Erwerber übertragen.
 - > Kann auch die Übertragung einzelner Vermögensgegenstände erfassen, z.B. bei Immaterialgüterrechten.
- > **AKTUELL:** Auslegungspraxis des Amts für Immobilientransaktionen (Rundschreiben vom April 2006) abgeschafft. Konsequenz für den Erwerb von Immobilienportfolien und den gemeinsamen Erwerb?

Anmeldepflicht – Zusammenschluss (3)

Erwerb wettbewerblich erheblichen Einflusses:

- > Auffangtatbestand für Minderheitsbeteiligungen unter 25 % (und unterhalb der Kontrollschwelle)
- > Einfluss muss gesellschaftsrechtlich vermittelt sein (insbesondere durch Anteile), rein wirtschaftliche Abhängigkeit nicht ausreichend.
- > Ursprünglich wohl für Umgehungsstrukturen entwickelt (25 % - 1 Anteil).
- > Wird heute sehr weit ausgelegt, insbesondere keine Beteiligungsuntergrenze mehr erkennbar => große Rechtsunsicherheit.
- > Beteiligung muss durch sog. „Plusfaktoren“ aufgewertet sein, z.B. Zustimmungs- und Vetorechte, Organpräsenzrechte, Informationsrechte, überlegene Markt- und Branchenkenntnis, gleichgerichtete Interessenlagen der Parteien, wirtschaftliche Abhängigkeit des Zielunternehmens vom Erwerber.
- > **AKTUELL:** Jüngster leading case ist *A-Tec/Norddeutsche Affinerie*: faktische Sperrminorität durch niedrige Hauptversammlungspräsenz

Anmeldepflicht – Umsatzschwellen Deutschland

Weltweit	gemeinsam > € 500 Mio.
National	ein Unternehmen > 25 Mio. & NEU: ein weiteres > 5 Mio.

Ausnahmen:

- Ein unabhängiges Unternehmen mit < 10 Mio. weltweitem Umsatz.
- Bagatellmarkt (existiert mind. 5 Jahre, Umsatz < 15 Mio.).
AKTUELL: BGH, *Sulzer/Kelmix*
- *aber: Eckpunkte 8. GWB-Novelle: Bagatellmarktklausel soll wieder der materiellen Fusionskontrolle zugeordnet werden.*

Beteiligte Unternehmen (1)

Frage: Wessen Umsätze sind in die Umsatzberechnung einzubeziehen?

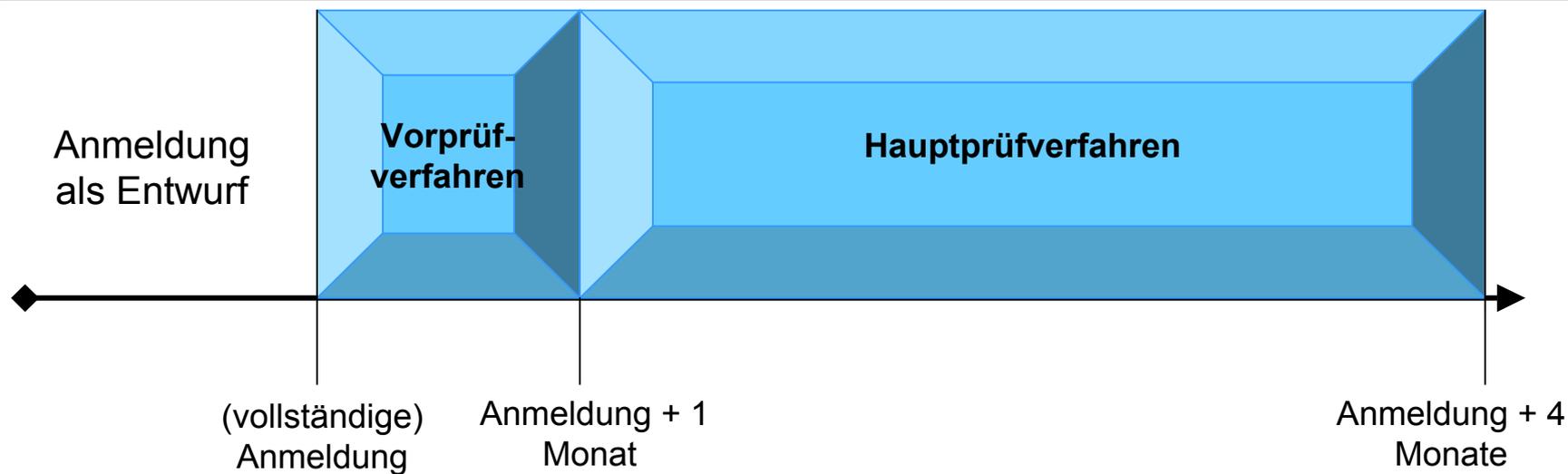
- > Vermögenserwerb: Erwerber und entspr. Teil des Veräußerers
- > Kontrollerwerb: Alle, die (gemeinsame) Kontrolle erwerben und die kontrollierten Unternehmen
- > Anteilserwerb: Zielgesellschaft und Erwerber
- > wettbewerblich erheblicher Einfluss: Einfluss erlangende und dem Einfluss unterliegende Unternehmen

Beteiligte Unternehmen (2)

Verbundene Unternehmen sind als einheitliches Unternehmen anzusehen.

- > Verweis des GWB auf §§ 17, 18 AktG
- > § 18 AktG: Konzernunternehmen – einheitliche Leitung
- > § 17 AktG: abhängige und herrschende Unternehmen
- > Beherrschungsmöglichkeit ausreichend
- > vermutet bei Mehrheitsbeteiligung an Kapital oder Stimmrechten
- > auch rein faktische Vermittlung der Beherrschungsmöglichkeit (z.B. gesicherte HV-Mehrheit aufgrund niedriger Präsenz)

Prüfungsfristen – Deutschland



- > bei vertraulichen Deals Anmeldung als Entwurf (keine Veröffentlichung im Netz)
- > mit „Einverständnis“ der Parteien Verlängerung des Hauptprüfverfahrens möglich
- > **AKTUELL:** OLG Düsseldorf, *Phonak/ReSound II*

Materielle Prüfung

- > derzeit: Marktbeherrschungstest
- > Einzelmarktbeherrschung
- > Gemeinsame Marktbeherrschung (Oligopolprüfung)
- > Vermutungen im deutschen Recht (Marktanteil)
- > zukünftig: Angleichung an SIEC-Test
- > Marktbeherrschung als Regelbeispiel/ siehe Eckpunkte zur 8. GWB-Novelle

Marktbeherrschung

Möglichkeit zu unabhängigem Verhalten auf dem Markt (ohne Rücksicht auf Wettbewerber, Kunden, Verbraucher)

Kriterien:

- > Marktanteil (absolut und relativ, Marktbeherrschungsvermutungen)
- > Finanzkraft
- > Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten
- > Essential Facility
- > Verflechtungen mit anderen Unternehmen
- > Marktzutrittsschranken
- > potentieller Wettbewerb
- > Umstellungsflexibilität
- > Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite
- > Nachfragemacht
- > Marktbeherrschungsvermutungen im GWB (Eckpunkte 8. GWB Novelle: Anhebung der 1/3-Schwelle)

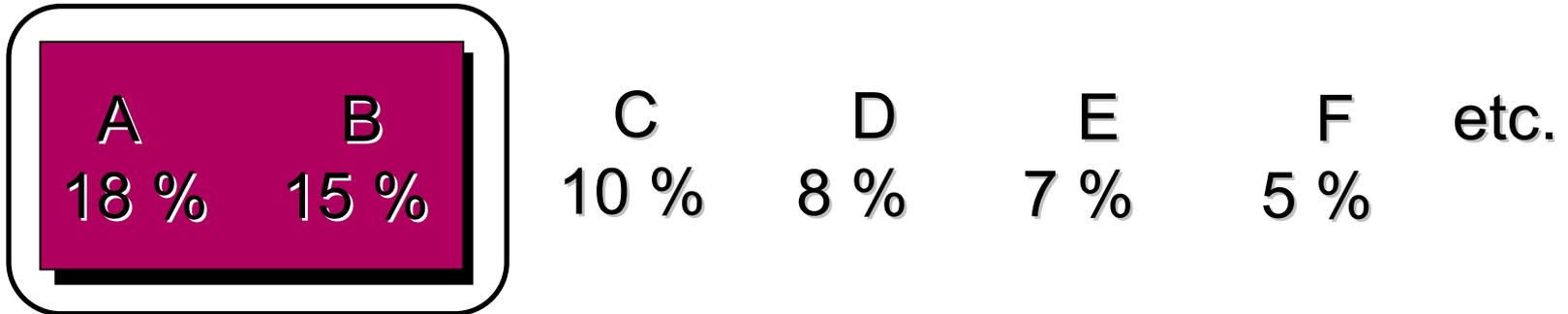
Ende Juli 2011: Neuer Entwurf BKartA „Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle“

Marktanteilsbestimmung

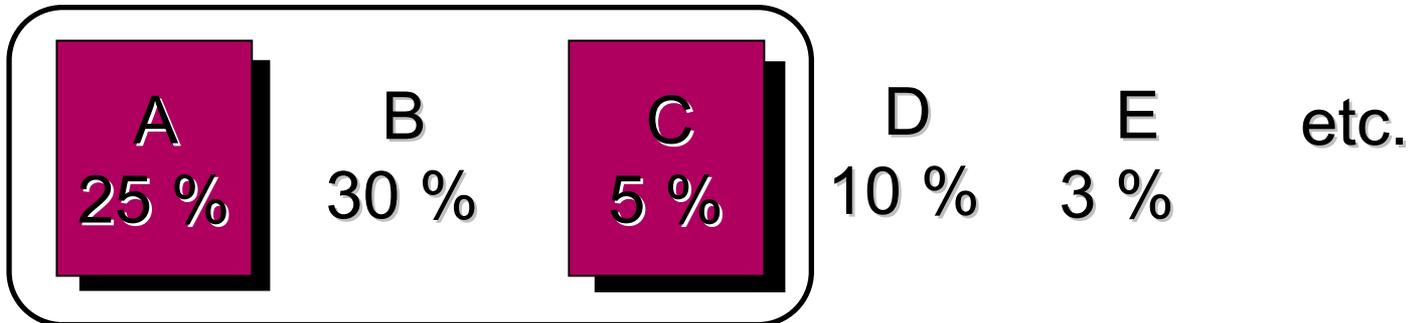
- > Bestimmung des relevanten Marktes
 - > relevanter Produktmarkt
 - > Austauschbarkeit aus Nachfragersicht
 - > SSNIP-Test (small but significant, non-transitory increase in price)
 - > Austauschbarkeit aus Anbietersicht
 - > geografisch relevanter Markt
- > Gesamtmarktvolumen schätzen
- > Anteil berechnen

Marktbeherrschung (2)

- Marktbeherrschung eines einzelnen Unternehmens:



- Marktbeherrschung mehrerer Unternehmen:



Vollzugsverbot – Anwendungsbereich D

- > Anmeldepflichtige Transaktion wird ohne Freigabe vollzogen:
 - > Anmeldung unterlassen
 - > angemeldet aber Freigabe nicht abgewartet (*gun jumping*) oder trotz Untersagung, **AKTUELL**: BKartA, *Mars/Nutro*
 - > mit Freigabe aber unter Verstoß gegen aufschiebende oder auflösende Bedingung.
- > **AKTUELL**: Nicht anmeldepflichtiger aber beim BKartA angemeldeter Vorgang wird vollzogen.
 - > BGH, *Faber/Basalt*: Vollzugsverbot knüpft an die Anmeldung an, nicht an das Bestehen einer Anmeldepflicht (“gleichgültig, ob die formellen und materiellen Voraussetzungen erfüllt sind”).

Vollzugsverbot – Rechtsfolgen - Zivilrecht

- > Zivilrechtliche Unwirksamkeit von Vollzugshandlungen (§ 134 BGB, IPR?)
 - > Bisher: Schwebende Unwirksamkeit mit rückwirkender Heilung durch nachträgliche Freigabe => *mea culpa*-Anmeldung.
 - > **AKTUELL:** BKartA seit 2008: nachträgliche Anmeldung eines unter Verstoß gegen das Vollzugsverbot vollzogenen Zusammenschlusses nicht mehr möglich.
 - > Statt dessen: Einleitung eines Entflechtungsverfahrens des BKartA.
 - > Nicht an Fristen gebunden,
 - > am Ende kann ein Entflechtungsverfügung stehen (bei Vorliegen der Untersagungsvoraussetzungen) oder eine
 - > Einstellung des Verfahrens, nicht jedoch Freigabe.
 - > Konsequenz unklar: Heilung durch Einstellung des Entflechtungsverfahrens (so BKartA) oder Neuvernahme/Bestätigung der Rechtsgeschäfte erforderlich?
 - > **8. GWB-Novelle: Rechtsunsicherheit bei vollzogenen, nicht angemeldeten Zusammenschlüssen soll beseitigt werden.**

Vollzugsverbot – Rechtsfolgen – Bußgeld

Ordnungswidrigkeit

- > Adressaten sind beteiligte Unternehmen und verantwortliche Personen
- > Bußgeldrahmen
 - > natürliche Personen: bis € 1 Mio. (*National Geographic*: Anwalt in der Rechtsabteilung)
 - > Unternehmen: bis 10 % des Gruppenumsatzes
 - > **AKTUELL**: Seit Einführung der Bußgeldleitlinien des BKartA Verzehnfachung der Bußgeldhöhe
 - > früher idR nicht > € 300.000
 - > *Mars/Nutro* (2008): € 4,5 Mio. (Vollzug nach Freigabe in den USA aber noch während des Verfahrens in Deutschland)
 - > *Druck- und Verlagshaus Frankfurt* (2009): € 4,13 Mio.

8. GWB-Novelle und Fusionskontrolle

Zeitplan:

- > BMWi hat Anfang August ein Eckpunktepapier zur 8. GWB-Novelle vorgelegt.
- > BMWi hat einen Referentenentwurf für Herbst 2011 angekündigt.
- > Inkrafttreten der 8. GWB-Novelle ist für Januar 2013 anvisiert.

Wesentliche Änderungen für Fusionskontrolle:

- > Anpassung der materiellen Prüfung an europäisches Recht (SIEC-Test)
- > Heilungsmöglichkeit für vollzogene, aber nicht angemeldete Zusammenschlüsse
- > Ausnahme vom Vollzugsverbot für öffentlichen Übernahmen
- > Bagatellmarktklausel als Bestandteil der materiellen Fusionskontrolle
- > Zusammenrechnungsklausel für zeitlich und sachlich zusammenhängende Transaktionen
- > Anhebung der Marktbeherrschungsvermutung von 1/3
- > Prüfung der Einschränkung von Verhaltenszusagen

Fragen?



Linklaters LLP

Dr. Daniela Seeliger (daniela.seeliger@linklaters.com)

Dr. Antje Heinen (antje.heinen@linklaters.com)

Königsallee 49-51

40212 Düsseldorf

Postfach 10 35 41

40026 Düsseldorf

Tel: (+49) 211 22977-0

Fax: (+49) 211 22977-435

Linklaters LLP is a limited liability partnership registered in England and Wales with registered number OC326345. It is a law firm regulated by the Solicitors Regulation Authority. The term partner in relation to Linklaters LLP is used to refer to a member of the LLP or an employee or consultant of Linklaters LLP or any of its affiliated firms or entities with equivalent status and qualifications. A list of the names of the members of Linklaters LLP and of the non-members who are designated as partners and their professional qualifications is open to inspection at its registered office, One Silk Street, London EC2Y 8HQ, England or on www.linklaters.com and such persons are either solicitors, registered foreign lawyers or European lawyers.

Please refer to www.linklaters.com/regulation for important information on our regulatory position.

Please note that the proposed fee arrangements, client details, referee details and working methodology descriptions contained in this document are confidential to Linklaters and will remain so for a period of four years from the date of this document.