

Verstoß gegen das Vollzugsverbot der Fusionskontrolle ist ein erhebliches Risiko bei M&A-Transaktionen

Jens Steger

Originally appeared in *Platow* on August 14, 2014.

Die Europäische Kommission hat mit der Verhängung eines Bußgeldes in Höhe von 20 Mio. € einen deutlichen Warnschuss in Richtung der an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen abgegeben. Die Behörde nahm den Zusammenschluss zweier norwegischer Unternehmen aus dem Bereich Lachszucht- und Verarbeitung unter die Lupe und bescheinigte den Beteiligten gegen das Vollzugsverbot verstoßen zu haben. Die Entscheidung zeigt einmal mehr, dass Unternehmen generell gehalten sind, während einer M&A-Transaktion das geltende Fusionskontrollrecht stets im Auge zu behalten und zu befolgen.

Der Zusammenschluss war so strukturiert, dass in einem ersten Schritt ein Aktienpaket von 48,5% vom Unternehmensgründer erworben- und in einem zweiten Schritt ein öffentliches Übernahmeangebot für die restlichen 51,5% platziert wurde, da das Zielunternehmen an der Börse gelistet war. Nach Abschluss des öffentlichen Übernahmeangebotes hatte der Erwerber 87,1% der Aktien erworben. Acht Monate nach dem ersten Schritt und vorherigen informellen Kontakten mit der Behörde meldete der Erwerber den Zusammenschluss bei der Kommission an. Bis zur behördlichen Freigabeentscheidung wurden die erworbenen Stimmrechte nicht ausgeübt. Nach der Freigabe des Zusammenschlusses erfolgte ein Bußgeld von 20 Mio. Euro wegen des Verstoßes gegen das Vollzugsverbot. Die Kommission ist der Ansicht, dass bereits der erste Schritt der Transaktion für sich gesehen das Anmeldeerfordernis auslöste, weil bereits der Erwerb der faktischen Alleinkontrolle ausreichte und der Zusammenschluss damit zu spät angemeldet wurde. Zudem hätte der Erwerber die Verpflichtung zur rechtzeitigen Anmeldung des Zusammenschlusses erkennen und sich dem entsprechend verhalten können, wenn er den Zusammenschluss bis zur Freigabeentscheidung nicht vollzogen hätte.

Die Fusionskontrollverordnung (FKVO) gibt vor, dass Zusammenschlüsse, die die maßgeblichen Umsatzschwellen erreichen, bei der Behörde anzumelden und grundsätzlich von dieser freizugeben sind, bevor sie von den Beteiligten vollzogen werden (Vollzugsverbot). Unternehmen können aber ausnahmsweise auch dann Anteile erwerben, ohne zuvor eine

Freigabeentscheidung der Kommission abwarten zu müssen, wenn es sich um den Kotrollerwerb über die Börse handelt und solange der Erwerber die mit den Anteilen verbundenen Stimmrechte nicht ausübt. Die Kommission hat nun entschieden, dass diese Ausnahme jedoch dann nicht greift, wenn es sich - wie hier - um eine Übernahme handelt, die in zwei Schritten durchgeführt wird. Die Entscheidung der Kommission steht im Einklang mit der Entscheidung Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône, die jedoch einen wettbewerblich unproblematischen Zusammenschluss betraf. Hier verhängte die Kommission 2009 ein Bußgeld von ebenfalls 20 Mio. Euro gegen den belgischen Stromkonzern Electrabel, wegen des Verstoßes gegen das Vollzugsverbot. Die Bußgeldentscheidung wurde kürzlich vom EuGH bestätigt.

Behörden greifen härter durch

Weltweit gehen Kartellbehörden mittlerweile dazu über, derartige Verstöße zu ermitteln und Bußstrafen zu verhängen. In der Vergangenheit hat die Kommission sogar Unternehmen durchsucht, um zu überprüfen, ob während einer M&A-Transaktion gegen das Vollzugsverbot verstoßen wurde, z.B. durch Abschluss individueller Vereinbarungen mit Managern des Zielunternehmens und/oder der Erteilung von Anweisungen. Das Bundeskartellamt hat 2008 ein Bußgeld von 4,5 Mio. Euro gegen das US-Unternehmen Mars verhängt, da es während der Übernahme eines US-Wettbewerbers keine Freigabeentscheidung des Amtes abgewartet hat und damit gegen das Vollzugsverbot der deutschen Fusionskontrolle verstieß. Ein Jahr später verhängte die Behörde ein Bußgeld von 4,13 Mio. Euro gegen die Druck- und Verlagshaus Frankfurt a.M. GmbH, weil versäumt wurde, eine Übernahme aus dem Jahr 2001 anzumelden. Vor diesem Hintergrund sind Unternehmen gut beraten – mindestens – die nachfolgenden Punkte stets zu beachten:

- Eine verstärkte behördliche Verfolgung belegt die Notwendigkeit einer sehr frühzeitigen Berücksichtigung des für den M&A-Prozess geltenden Fusionskontrollrechts sowie die Notwendigkeit zur Erstellung einer belastbaren Analyse der mit der Nichtbeachtung einer Zusammenschlusskontrollanmeldung einhergehenden Risiken.
- Diejenigen, die auf Unternehmensseite für die Planung einer Transaktion verantwortlich sind, sollten so geschult werden, dass sie die entscheidenden Punkte identifizieren können, bevor es zu spät ist. Zudem sollten rechtzeitig Kartellrechtsspezialisten für die fusionskontrollrechtlichen Fragen zur Rate gezogen werden, um sicherzustellen, dass eine entsprechende Fusionskontrollanmeldung nicht zu etwaigen Verzögerungen beim Closing einer Transaktion führt oder aber rechtzeitig eventuelle Umstrukturierungen der Transaktion berücksichtigt werden können.
- Außerdem sollten Unternehmen berücksichtigen, dass derzeit weltweit mehr als 100 relevante Jurisdiktionen bestehen, die bei einer M&A-Transaktion zumindest im Hinblick auf bestehendes Fusionskontrollrecht beobachtet, geprüft und gegebenenfalls berücksichtigt werden müssen.

About the Author



Jens Steger

Jens.steger@kayescholer.com

+49 69 25494 310

Dr. Jens Steger is an Associate in Kaye Scholer's Frankfurt office. His practice focuses on German and EU antitrust and competition law, as well as compliance, information technology and privacy & data protection law.

· Chicago
· Frankfurt
· London

· Los Angeles
· New York
· Palo Alto

· Shanghai
· Washington, DC
· West Palm Beach

KAYE | **SCHOLER**