

Dr. Rainer Velte
Dr. Alice Broichmann

2. interdisziplinäre Konferenz

M&A im Streit

Kartellrechtliche Risiken bei Unternehmenstransaktionen

Donnerstag, 8. November 2012



Welche Risiken sind denkbar?



Risiken für Verkäufer, Käufer und Zielgesellschaft:

- Verstöße gegen das Vollzugsverbot
- Haftung für Bußgelder
- Kartellschadensersatz („*Private Enforcement*“)
- Risiken i. Zshg. mit dem Unternehmenskaufvertrag

II. Verstöße gegen das Vollzugsverbot (1)



- **Vollzugsverbot** verbietet die Implementierung eines anmeldepflichtigen Zusammenschlusses ohne Freigabe durch Kartellbehörden

vgl. Art. 7 FKVO; § 41 Abs. 1 GWB

- **auch:** Vollzug bereits vor Freigabe (sog. „**Gun-jumping**“)
- **abzugrenzen:** Vollzugshandlungen vs. Vorbereitungshandlungen
- **kritisch** können daher sein
 - Austausch wettbewerbsrechtlich sensibler Informationen im Rahmen der Due Diligence
 - *Conduct of Business*-Klauseln für Zeit zwischen Signing und Closing (besonders bei „Locked-Box“-Konzept)



Risiken bei Verstoß

- Schwebende Unwirksamkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts
- Einleitung eines Entflechtungsverfahrens
 - Bei Einstellung Heilung der Unwirksamkeit *ex tunc* fraglich
 - Untersagung führt zur endgültigen Unwirksamkeit *ex tunc*
 - Anordnung der Auflösung des Zusammenschlusses
- Verhängung von Bußgeldern i.H.v. bis zu 10 % des Gesamtumsatzes der beteiligten Unternehmen

Maßnahmen

- Frühzeitige Prüfung der Anmeldepflicht
- Aufschiebend bedingter Kartellvorbehalt im Kaufvertrag
- Nachträgliche Anzeige bei versäumter Anmeldung
- Einsatz sog. *Clean Teams* für den Austausch sensibler Informationen während Interimsperiode



Wie hoch sind die Risiken?

Die höchsten Kartellstrafen in der EU (seit 1969)		
2008	Automobilscheiben (u.a. Pilkington, Saint-Gobain)	1.383.896.000
2009	Gas (u.a. E.ON, GDF Suez)	1.106.000.000
2007	Aufzüge und Rolltreppen (u.a. ThyssenKrupp)	832.422.250
2010	Luftfracht (u.a. Air France)	799.445.000
2001	Vitamine (u.a. Roche, BASF)	790.515.000
2008	Kerzenwachs (u.a. Sasol Ltd.)	676.011.400
2010	LCD-Bildschirme (u.a. Samsung Electronics)	648.925.000
2010	Badarmaturen (u.a. Ideal Standard)	622.250.782

Quelle: Eigene Darstellung nach „Reform der Geldbußen im Kartellrecht überfällig“, Kronberger Kreis (Lars P. Feld, Wernhard Möschel, Volker Wieland, Berthold U. Wigger)

Die höchsten Bußgelder des BKartA		
2003	Zementindustrie	660.000.000
2008/ 2009	Flüssiggasbranche	250.000.000
2007	Werbezeitvermarktung	216.000.000
2009	Tondachziegelbranche	188.000.000
2009	Kaffeeröster (Lebensmittel-Einzelhandel)	159.500.000
2003	Industrierversicherer	150.000.000
2010	Brillenglashersteller	115.000.000
2010	Herstellung von Dampfkesseln	91.000.000

Quelle: Eigene Darstellung nach „Reform der Geldbußen im Kartellrecht überfällig“, Kronberger Kreis (Lars P. Feld, Wernhard Möschel, Volker Wieland, Berthold U. Wigger)



...weitere Risiken

- hohes Aufgreifrisiko wegen Kronzeugenregelung und anonymem Hinweisgebersystem („*Whistleblower*“-Hotline)
 - Reputationsverlust
 - Schadensersatzansprüche („*Private Enforcement*“)
 - hohe Kosten durch Kartelluntersuchungen
 - strafrechtliche Verantwortlichkeit von Mitarbeitern
 - Nichtigkeit von Verträgen
- **Insbesondere:** Haftung der Muttergesellschaft für Kartellrechtsverstöße der Tochtergesellschaften (EuGH, Urt. vom 10.09.2009 – C -97/08 – *Akzo Nobel*)
 - bei 100%-Beteiligung wird „wirtschaftliche Einheit“ widerleglich vermutet
 - unklar bei Beteiligungen unter 100%



Maßnahmen

- kartellrechtliche Due Diligence
 - interne Untersuchungen in der Zielgesellschaft
 - ggf. Kronzeugenantrag durch den Unternehmenskäufer
 - Berücksichtigung bei der Kaufpreisfindung
 - Haftungsausschluss, Freistellungen, Garantien im SPA
- Umgehung der drohenden bußgeldrechtlichen Sanktion durch Umstrukturierung? (BGH, Beschl. vom 10.08.2011 – KRB 55/10 – *HDI Gerling*)
 - Verhängung von Kartellgeldbußen nach deutschem Recht gegen Gesamtrechtsnachfolger u.U. nicht möglich
 - es darf keine „wirtschaftliche Identität“ gegeben sein
 - Share Deal oder Asset Deal ?

IV. Kartellschadensersatz („Private Enforcement“)



- „jedermann“ muss den Ersatz eines ihm kartellbedingt entstandenen Schadens vor Gericht geltend machen können
EuGH, 20.9.2001, Courage/Crehan, Rs. C-453/99, Slg. 2001, I-6297
- Aufdeckung eines Kartells bietet für Kartellgeschädigte Anreiz zur Klage
- Nach jüngster Rspr. kein Recht von Kartellgeschädigten zur **Akteneinsicht** in Bonusanträge
OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.8.2012 – V-4 Kart 5+6/11 - Owi
- Tatbestandswirkung der Bußgeldentscheidung: Gericht ist bei einer sog. „**Follow-on**“-Klage an den von der Kartellbehörde rechtskräftig festgestellten Kartellverstoß gebunden
- Nachweis der Schadenshöhe i.d.R. durch wettbewerbsökonomische Gutachten (s. Entwurf eines Leitfadens zur Schadensquantifizierung der Europäischen Kommission)



Zwischen Signing und Closing

- Verzögerung / unzureichende Mitwirkung bei der Kartellanmeldung durch den Käufer (z.B. bei „Käuferreue“)
- **Maßnahme:** Implementierung eines Fast-Track-Schiedsverfahrens, damit die Transaktion nicht gefährdet wird

Nach dem Closing

- Haftung des Verkäufers im Rahmen der Reps & Warranties wegen Kartellverstoß des Targets
- Haftung des Verkäufers wegen arglistiger Täuschung, z. B. bei Einleitung eines Kartellordnungswidrigkeitenverfahrens nach Ablauf der vertraglichen Gewährleistungsfrist



Klagen vor staatlichen Gerichten

- Möglichkeit des „**Forum Shopping**“ bei grenzüberschreitenden Kartellen multinationaler Unternehmen

Klagen vor Schiedsgerichten

- Kartellstreitigkeiten sind grundsätzlich **schiedsfähig**, es sei denn, Aufgaben oder Entscheidungen sind ausdrücklich der Europäischen Kommission oder nationalen Kartellbehörden zugewiesen
- Art. 101 AEUV und die zwingenden Normen des GWB gehören zu dem bei der Anerkennung und Vollstreckung eines Schiedsspruchs zu beachtenden **ordre public**
- bei Anzeichen für einen Kartellverstoß hat ein Schiedsgericht deutsches und europäisches Kartellrecht von Amts wegen zu beachten, ansonsten ist der Schiedsspruch ggfs. aufhebbar



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

Dr. Rainer Velte

Heuling Kühn Lürer Wojtek
Georg-Glock-Straße 4
40474 Düsseldorf
www.heuling.de

E-Mail: r.velte@heuling.de



Dr. Alice Broichmann

P+P Pöllath + Partners
Kardinal-Faulhaber-Straße 10
80333 München
www.pplaw.com

E-Mail: alice.broichmann@pplaw.com

