
MANI REINERT

Gun-Jumping und Zusammenschlusskontrolle

Inhaltsübersicht

A.	Ausgangslage	357
B.	Allgemeines zum Begriff des Vollzuges	358
C.	Übertragung von Anteilen am Unternehmen	361
I.	Übertragung von Aktien	361
1.	Relevanz der Eintragung im Aktienbuch	361
2.	Öffentliche Übernahmeangebote und Creeping Takeovers	362
2.1	Rechtslage in der EG	362
2.2	Rechtslage in der Schweiz	363
3.	Aktienwerb in mehreren Schritten	364
3.1	Getrennte, voneinander unabhängige Transaktionen	364
3.2	Zusammenhängende Transaktion	365
II.	Übertragung von Unternehmensteilen und die Eintragung ins Handelsregister	366
III.	Bezahlung des Kaufpreises	366
D.	Vorzeitige Integration/gemeinsamer Marktauftritt	367
I.	Einflussnahme auf Personalentscheide	367
II.	Gemeinsamer Marktauftritt	368
1.	United States v. Gemstar-TV	369
2.	United States v. Input/Output, Inc.	369
3.	United States v. Computer Associates International, Inc.	370
4.	United States v. Qualcomm Inc.	371
5.	Bertelsmann/Kirch/Premiere	372
6.	Schlussfolgerungen	373
III.	Austausch von kommerziell sensitiven Informationen	374
1.	Due Diligence	375
2.	Integrationsplanung	377
IV.	Ordinary-Course-of-Business-Bestimmungen	378
E.	Nach Genehmigung des Zusammenschlusses	380

A. Ausgangslage

Zusammenschlüsse, die gewisse Umsatzschwellenwerte überschreiten (Art. 9 KG), müssen dem Sekretariat der Wettbewerbskommission («Weko») gemeldet werden.

Vor und während der Dauer der vorläufigen Prüfung (Phase I) bzw. einer allfälligen Prüfung (Phase II) darf der Zusammenschluss nicht vollzogen werden. Dies ist eine Folge des Umstands, dass der schweizerische Gesetzgeber das System der präventiven Zusammenschlusskontrolle gewählt hat. Der Wesenszug der präventiven Zusammenschlusskontrolle besteht darin, dass bis zum endgültigen Entscheid der Wettbewerbsbehörde das Zusammenschlussvorhabens grundsätzlich nicht vollzogen werden darf. Die Durchsetzung der Zusammenschlusskontrolle soll nicht daran scheitern, dass die Zusammenschlussparteien ihr Vorhaben schon umgesetzt oder unumkehrbare Fakten geschaffen haben (sog. Gun Jumping¹).²

Dieses Vollzugsverbot hat zwei Aspekte:

- Zum einen das eigentliche fusionskontrollrechtliche Vollzugsverbot in Art. 32 Abs. 2 und 33 Abs. 2 KG.
- Zum anderen die Vorschriften über Abreden gemäss Art. 5 KG. Parteien, deren Zusammenschlussvorhaben noch nicht genehmigt wurde, sind voneinander unabhängige Unternehmen, weshalb Art. 5 KG auf Abreden zwischen diesen Unternehmen anwendbar ist. Praktisch geht Art. 5 KG indessen meist nicht über das Vollzugsverbot in Art. 32 Abs. 2 und 33 Abs. 2 KG hinaus. Im Gegenteil dürfte es einige Vollzugshandlungen geben, die zwar vom Vollzugsverbot in Art. 32 Abs. 2 und 33 Abs. 2 KG erfasst, nach Art. 5 KG indessen zulässig sind. Zu denken ist z.B. an den Informationsaustausch zwischen zwei Unternehmen in einem atomistisch strukturierten Markt, der wegen einer bloss unerheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung zulässig wäre.³

B. Allgemeines zum Begriff des Vollzuges

Das Gesetz definiert den Begriff «Vollzug» nicht.⁴ Auch die Praxis der Weko zur Reichweite des Vollzugsverbotes ist nicht sehr aussagekräftig, was seinen Grund aber darin hat, dass die Weko bis anhin nur klare Verstösse gegen das Vollzugsverbot zu beurteilen hatte.

¹ Der Ausdruck «gun jumping» bzw. «jumping the gun» stammt aus dem Rennsport. Er bedeutet «zu rennen beginnen, bevor der Startschuss der Pistole fällt».

² RPW 1998/1, 104 Rz. 35, Merial.

³ Ähnlich wohl WESSELEY, in: Hirsch/Montag/Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 1, Europäisches Wettbewerbsrecht, München 2007, Art. 7 Rz. 43.

⁴ Hinweise auf die Reichweite des Vollzugsbegriffes gibt allerdings Art. 16 Abs. 2 VKU.

Zur Reichweite des Vollzugsverbotes hielt die Weko in zwei Fällen fest, dass vom Vollzugsverbot lediglich eine Handlung erfasst ist, «die den Zusammenschluss **definitiv vollzieht, also zur Veränderung der Marktstruktur führt** [...]. Im Falle der Kontrollübernahme in einer Aktiengesellschaft handelt es sich um den Zeitpunkt, in welchem die Aktien und somit **die Kontrolle auf den Erwerb übergehen**.»⁵ Auf derselben Linie liegen zwei spätere Entscheide der Weko. In diesen wird wortgleich festgehalten, dass ein Zusammenschluss vollzogen ist, «sobald ein Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile davon erlangt hat, wenn also die Möglichkeit besteht, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des zu übernehmenden Unternehmens auszuüben [...]. Dies kann unter anderem mittels Erwerb einer Beteiligung - sei es über einen regulären Kauf von Aktien oder über ein öffentliches Umtauschangebot - erfolgen [...]. Für die Bestimmung des Vollzugszeitpunktes ist die effektive Ausübung des bestimmenden Einflusses nicht relevant, tatsächlich genügt bereits die Möglichkeit der Ausübung».⁶

Dieses Verständnis des Begriffs «Vollzug» ist enger als dasjenige der Zusammenschlusskontrolle der EG (Art. 7 Abs. 1 VO (EG) Nr. 139/2004⁷). Der Begriff des Vollzuges in Art. 7 Abs. 1 VO (EG) Nr. 139/2004 wird generell weiter interpretiert. Er erfasst nach allgemeinem Verständnis sämtliche Rechtsgeschäfte und tatsächlichen Handlungen, die den Zusammenschluss praktisch herbeiführen oder faktisch vorwegnehmen.⁸

Es ist fraglich, ob die Weko mit den oben zitierten Aussagen wirklich einen Unterschied zum Recht der EG schaffen wollte. Dies zumal die zitierten Aussagen in Fällen erfolgten, wo die aufgezeigte Begriffsdifferenz keine Rolle spielte, da ein Erwerb der Aktienmehrheit und damit ein klarer Verstoss gegen Art. 32 Abs. 2 KG vorlag. Im Lichte der vom Gesetzgeber gewollten präventiven Natur der Zu-

⁵ RPW 1998/1, 95 Rz. 15. Druckerei Wetzikon AG / Anzeiger Uster AG (Hervorhebungen durch den Verfasser); RPW 1998/4, 616 Rz. 18, Curti & Co. AG; vgl. auch RPW 1999/2, 240 Rz. 22, BKW – AEK / Comtop.

⁶ RPW 2002/3 528 f. Rz. 26, Zusammenschluss Schweizerische National-Versicherungsgesellschaft/Coop Leben; RPW 2001/1, 149 f. Rz. 27, Banque Nationale de Paris (BNP)/Paribas.

⁷ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. 2004 L 24/1 ff.).

⁸ WESSELEY (FN 3), Art. 7 Rz. 36; IMMENGA/KÖRBER, in: Immenga/Joachim Mestmäcker (Hrsg.), EG-Wettbewerbsrecht, Band 1, EG/Teil 2, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 4. Aufl., München 2007, Art. 7 Rz. 7; vgl. auch den Fall Bertelsmann/Kirch/Permiere, Pressemitteilung IP/97/1119 der Europäischen Kommission vom 15. Dezember 1997.

sammenschlusskontrolle und des Umstandes, dass das EG-Recht⁹ Vorbildfunktion für das schweizerische Recht hatte,¹⁰ sind Zweifel angebracht, ob die Weko bewusst einen engeren Begriff des Vollzuges verwendete.

Als Handlungen, die **nicht vom Vollzugsverbot** erfasst werden, nennt die Botschaft «Vereinbarungen, welche zeitlich dem Vollzug vorgelagert sind, insbesondere der Abschluss von Verpflichtungsgeschäften zum Erwerb von Beteiligungen oder von Unternehmen bzw. Unternehmensteilen sowie Optionsvereinbarungen».¹¹

Genereller wird man unter Bezugnahme auf die Unterscheidung zwischen Erfüllungs- und Verpflichtungsgeschäft (zumindest im Hinblick auf jene Jurisdiktionen, denen diese Unterscheidung bekannt ist) sagen können, dass Verpflichtungsgeschäfte keine Vollzugshandlungen darstellen.¹²

Als Vorbereitungshandlungen gelten aber auch die Durchführung der Due Diligence, die Zustimmung der Generalversammlung zum Zusammenschlussvorhaben und die Vorbereitung der Integration der sich zusammenschliessenden Unternehmen (Integrationsplanung).¹³

Im Folgenden wird anhand konkreter Beispiele gezeigt, wo die Grenze zwischen zulässiger Vorbereitungshandlung und unzulässiger Vollzugshandlung liegt. Dabei wird zunächst auf den Fall der Übertragung von Anteilen am Unternehmen (C.), dann auf Fälle der vorzeitigen Integration bzw. des gemeinsamen Marktauftritts (D.) und schliesslich auf die Situation nach Genehmigung des Zusammenschlusses (E.) eingegangen.

⁹ Die heute in Kraft stehende VO Nr. (EG) 139/2004 hat diesbezüglich nichts an der Rechtslage unter der VO Nr. (EG) 4064/89 geändert.

¹⁰ Vgl. auch RPW 1998/3, 471 f. E. 5.1. f., BKW – AEK Unternehmenszusammenschluss (Verwaltungssanktion).

¹¹ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl 1995 609; BOVET, in: Commentaire Romand, Art. 32 LCart Rz. 5 m.H.

¹² IMMENGA/KÖRBER, in: Ulrich Immenga/Ernst Joachim Mestmäcker (Hrsg.), EG-Wettbewerbsrecht, Band 1, EG/Teil 2, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 4. Aufl., München 2007, Art. 7 Rz. 7.

¹³ DUCREY, in: HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY, Art. 32 Rz 23; DUCREY, Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen, Art. 32 - 38 KG, in: ZACH (Hrsg.) Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, S. 143.

C. Übertragung von Anteilen am Unternehmen

I. Übertragung von Aktien

Vom Vollzugsverbot erfasst ist einmal die Übertragung von Aktien im Falle eines Share-Deals,¹⁴ wobei drei Dinge zu bemerken sind:

1. Relevanz der Eintragung im Aktienbuch

Die erste Bemerkung betrifft die Relevanz der Eintragung im Aktienbuch:

Beim Erwerb von **Namenaktien** liegt gemäss einem obiter dictum der Weko im Entscheid *Zusammenschluss Schweizerische National-Versicherungs-Gesellschaft/Coop Leben* ein Verstoss gegen Art. 32/33 Abs. 2 KG unabhängig davon vor, ob der betreffende Erwerber ins **Aktienbuch** eingetragen wurde. Die Weko begründet dies damit, dass der Erwerber von Namenaktien einen Anspruch darauf hat, im Aktienbuch als Aktionär mit Stimmrecht eingetragen zu werden (was indessen nur stimmt, wenn der Erwerb nicht von statutarischen Übertragungsbeschränkungen erfasst wird). Zudem kann gemäss Weko davon ausgegangen werden, dass der Erwerber einer Aktienmehrheit zumal im Falle einer freundlichen Übernahme schon vor dem Eintrag ins Aktienbuch die Entscheide einer Generalversammlung erheblich beeinflussen könne.¹⁵

Es ist fraglich, ob dieses Obiter Dictum im Fall *Zusammenschluss Schweizerische National-Versicherungs-Gesellschaft/Coop Leben* in dieser Absolutheit richtig ist. Einmal ist darauf hinzuweisen, dass bei nicht börsenkotierten Namenaktien das Eigentum an den Aktien und alle damit verknüpften Rechte bis zur Erteilung der Zustimmung durch die Gesellschaft beim Veräusserer bleiben (Art. 685c Abs. 1 OR). Auch bei börsenkotierten Namenaktien kann der Erwerber bis zur Anerkennung als Kollektionär durch die Gesellschaft die betreffenden Stimmrechte nicht ausüben (Art. 685f Abs. 2 OR). Die entsprechenden Aktien gelten als in der Generalversammlung nicht vertreten (Art. 685f Abs. 3 OR).

¹⁴ RPW 2002/3, 529 f. Rz. 31, *Zusammenschluss Schweizerische National-Versicherungs-Gesellschaft/Coop Leben*; RPW 2001/1, 150 Rz. 29, *Banque Nationale de Paris (BNP)/Paribas*; RPW 2000/2, 261 Rz. 22, *Zusammenschluss Unternehmung X / C-AG und D-AG*; RPW 1998/4, 616 f. Rz. 19 f., *Curti & Co. AG*; RPW 1998/1, 95 Rz. 16 f., *Druckerei Wetzikon AG / Anzeiger von Uster AG*; BOVET, in: *Commentaire Romand*, Art. 32 LCart Rz. 5 m.H.; SCHERRER, *Fusionskontrolle nach revidiertem Kartellgesetz - erste Fälle und offene Fragen*, in: *AJP* 1997, 1394.

¹⁵ RPW 2002/3, 530 f. Rz. 33–35, *Zusammenschluss Schweizerische National-Versicherungs-Gesellschaft/Coop Leben*.

Zumindest bei einer feindlichen Übernahme, bei der die Gesellschaft die Eintragung ins Aktienbuch gestützt auf statutarische Übertragungsbeschränkungen verweigert, hat der Erwerber faktisch in der Regel wohl keine Kontrollmöglichkeit.

Zudem steht das erwähnte Obiter Dictum der Weko in gewissen Widerspruch zu Äusserungen in zwei früheren Fällen, gemäss denen neben der Indossierung der Namenaktien auch die Eintragung ins Aktienbuch als Vollzugshandlung gilt.¹⁶

2. Öffentliche Übernahmeangebote und Creeping Takeovers

Die zweite Bemerkung betrifft öffentliche Übernahmeangebote und Creeping Takeovers:

2.1 Rechtslage in der EG

Bei öffentlichen Übernahmeangeboten und sog. Creeping Takeovers sieht Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 139/2004 – im Unterschied zum schweizerischen Recht – eine Legalausnahme vom Vollzugsverbot vor (die allerdings an zwei – unten näher beschriebene – Bedingungen geknüpft ist):

Bei **öffentlichen Übernahmeangeboten** darf die Kontrolle schon vor der Genehmigung des Zusammenschlusses erworben (d.h. die Aktien an den Bieter übertragen) werden. Grund hierfür ist u.a., dass einige Übernahmerechte vorschreiben, dass öffentliche Übernahmeangebote bedingungsfeindlich und vorbehaltlos abzugeben sind. Zudem ist es nicht immer möglich, eine kartellrechtliche Freigabe innerhalb der von einigen Übernahmerechten vorgesehenen Fristen zu erlangen.¹⁷

Dasselbe gilt für sog. **Creeping Takeover** (oder schleichende Übernahmen). Bei diesen kann die Kontrolle ebenfalls schon vor der Kartellfreigabe erworben werden. Unter «Creeping Takeovers» wird der Erwerb von Anteilen durch eine Reihe von Rechtsgeschäften verstanden. Solche Creeping Takeovers reichen vom relativ offenen und direkten Erwerb von Aktien von verschiedenen Aktionären bis hin zur Einschaltung von Finanzmittlern, die sich unterschiedlicher Finanzinstrumente bedienen. Diese Art des Erwerbs ist zumal bei sogenannten «feindlichen Übernahmen» häufig.¹⁸ Der Begriff der Creeping Takeovers erfasst auch Rechts-

¹⁶ Vgl. RPW 1998/4, 616 f. Rz. 19 f., Curti & Co. AG; RPW 1998/1, 95 Rz. 16 f., Druckerei Wetzikon AG / Anzeiger von Uster AG.

¹⁷ WESSELEY (FN 3), Art. 7 Rz. 72 mit Hinweisen auf weitere (m.E. indessen weniger überzeugende) Gründe.

¹⁸ Grünbuch der Europäischen Kommission über die Revision der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates, KOM(2001) 745 endg., Rz. 134; WESSELEY (FN 3), Art. 7 FKVO Rz. 78.

geschäfte mit Wertpapieren, die in andere zum Handel an einer Börse oder an einem ähnlichen Markt zugelassene Wertpapiere konvertierbar sind.

Voraussetzung für die Zulässigkeit des Erwerbs der Kontrolle (bzw. der Übertragung der Aktien) vor Vorliegen der Genehmigungsentscheidung der Europäischen Kommission bei öffentlichen Übernahmeangeboten und sog. Creeping Takeovers ist gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a und b VO (EG) Nr. 139/2004 zweierlei:

- Einerseits dürfen während der Dauer des Genehmigungsverfahrens die mit den übertragenen Aktien verbundenen Stimmrechte nicht ausgeübt werden.
- Andererseits muss der Zusammenschluss unverzüglich angemeldet werden.

Wird der Zusammenschluss dann von der Europäischen Kommission untersagt, sind die betreffenden Aktien zu veräussern. Bekannt sind die Beispiele der Zusammenschlüsse *Schneider/Legrand* und *Tetra Laval/Sidel*, in denen Schneider und Tetra Laval bereits die Mehrheit an den Zielgesellschaften erworben hatten. Hier untersagte die Europäische Kommission die Vorhaben und ordnete dann den Verkauf der betreffenden Aktien an.¹⁹

2.2 Rechtslage in der Schweiz

Wie bereits erwähnt stellt im schweizerischen Recht (entgegen der Rechtslage in der EG) die blossе Übertragung der Aktien im Rahmen eines öffentlichen Übernahmeangebotes oder eines Creeping Takeovers einen Verstoß gegen das Vollzugsverbot in Art. 32 Abs. 2 und 33 Abs. 2 KG dar, auch wenn die mit den Aktien verbundenen Stimmrechte nicht ausgeübt werden. Dies ergibt sich e contrario aus Art. 16 Abs. 2 VKU, der vorsieht, dass der vorläufige Vollzug im Zusammenhang mit einem öffentlichen Kaufangebot unter der Auflage genehmigt werden kann, dass die durch die übernehmende Gesellschaft erworbenen Stimmrechte nur zur Erhaltung des Werts der getätigten Investition ausgeübt werden dürfen.

Die Rechtslage in der Schweiz ist praktisch unbefriedigend. Dies v.a. im Lichte des schon erwähnten Umstandes, dass gewisse ausländische Übernahmerechte (wie z.B. das französische) es nicht zulassen, die Genehmigung der Weko zur Bedingung des öffentlichen Übernahmeangebotes zu machen.

Aus praktischer Sicht gibt es zwei mögliche Lösungen:

¹⁹ COMP/M.2283, 30. Januar 2002, ABl. 2004 L 101/134 ff., *Schneider/Legrand* (aufgehoben durch EuG, Rs. T-77/02, 22. Oktober 2002, Slg. 2002-II, 4201 ff., *Schneider Electric/Kommission*); COMP/M.2416, 30. Januar 2002, ABl. 2004 L 38 1 ff., *Tetra Laval/Sidel* (aufgehoben durch EuG, Rs. T-80/02, 25. Oktober 2002, Slg. 2002-II, 4519 f., *Tetra Laval/Kommission*).

- Der Begriff «Vollzug» wird bei öffentlichen Übernahmeangeboten und Creeping Takeovers einschränkend in dem Sinne ausgelegt, dass der blosserwerb ohne Ausübung der Stimmrechte keinen Vollzug im Sinne des Art. 32 und 33 Abs. 2 KG darstellt. Diese Lösung hat den Nachteil, dass sie in Widerspruch zum Wortlaut Art. 16 Abs. 2 VKU steht.
- Bei öffentlichen Übernahmeangeboten und Creeping Takeovers wird die Übertragung der Aktien unter der Auflage erlaubt, dass die mit den erworbenen Aktien verbundenen Stimmrechte nicht ausgeübt werden. Diese Lösung verdient den Vorzug. Aus praktischen Gründen sollte aber ein derartiges Gesuch rasch gewährt werden und ohne dass z.B. aufzuzeigen wäre, dass der Zusammenschluss keine kartellrechtlichen Bedenken auslöst.

3. Aktienerwerb in mehreren Schritten

Die dritte Bemerkung betrifft die Frage, wie der Fall zu beurteilen ist, wenn der Erwerber Aktien in mehreren, also z.B. in zwei, Schritten erwirbt:

In einem ersten Schritt (vor der Erteilung der kartellrechtlichen Genehmigung) wird nur ein Teil der Aktien erworben (z.B. 12% oder 15%); eine derartige Minderheitsbeteiligung dürfte für sich alleine in aller Regel keinen Zusammenschlussbestand darstellen. Nach Erhalt der kartellrechtlichen Genehmigung wird in einem zweiten Schritt der restliche Teil der Aktien übertragen und damit die Kontrolle erworben.

3.1 Getrennte, voneinander unabhängige Transaktionen

Klar ist die Rechtslage in der Schweiz und in der EG in Fällen, wo die zwei Schritte **getrennte, voneinander unabhängige Transaktionen** (und damit keine zusammenhängende Transaktion) darstellen.²⁰

Diesfalls kann der erste Schritt ohne Verstoss gegen das Vollzugsverbot vollzogen werden, sofern der erste Schritt nicht zu einem Kontrollerwerb führt. Denn der erste Schritt stellt dann eine eigenständige Transaktion dar, die (mangels Kontrollerwerb) nicht als Zusammenschluss und deshalb nicht als meldspflichtig zu qualifizieren ist.

²⁰ Zur Frage, wann eine zusammenhängende und wann mehrere, voneinander getrennte Transaktionen vorliegen, siehe die Ausführungen in der konsolidierten Mitteilung der Europäischen Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen («Zuständigkeitsmitteilung»), Rz. 36 ff.

Allgemein können auch die Stimmrechte der Aktien der «ersten Minderheitsbeteiligung» während der Dauer des kartellrechtlichen Genehmigungsverfahrens für den zweiten Schritt ausgeübt werden.²¹

Zu beachten ist, dass das Obenstehende nur für Jurisdiktionen gilt, die einen Zusammenschlussbegriff haben, der mit demjenigen der VO (EG) Nr. 139/2004 identisch ist. In gewissen Jurisdiktionen stellt der Erwerb einer Minderheitsbeteiligung unabhängig von einem Kontrollerwerb bei Erfüllen gewisser Voraussetzungen einen Zusammenschlusstatbestand dar. Dies gilt etwa für gewisse Transaktionen unter dem Hart-Scott-Rodino Act.²²

3.2 Zusammenhängende Transaktion

Nicht vollständig geklärt ist die Situation, wenn beide Schritte als Teil desselben Zusammenschlusses d.h. einer einzigen zusammenhängenden Transaktion zu qualifizieren sind.

Im Hinblick auf die VO (EG) Nr. 139/2004 verweist die Literatur auf Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 139/2004, welcher die Ausnahme vom Vollzugsverbot von öffentlichen Übernahmen auf sog. Creeping Takeovers ausgedehnt hat. Aus diesem Umstand wird abgeleitet, dass zumindest das eingeschränkte Vollzugsverbot von Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 139/2004 auf den ersten Schritt, den Erwerb der ersten Minderheitsbeteiligung, Anwendung findet.²³

Die bisherige Praxis der Weko liesse grundsätzlich eine grosszügigere Auslegung zu. Gestützt auf den Umstand, dass die Weko in den Fällen *Zusammenschluss Schweizerische National-Versicherungs-Gesellschaft/Coop Leben* und *Banque Nationale de Paris (BNP)/Paribas* jeweils auf den Zeitpunkt abstellte, an der die Mehrheit der Aktien erworben wurde,²⁴ liesse sich ableiten, dass der Erwerb des ersten Pakets nicht vom Vollzugsverbot in Art. 32 Abs. 2 und Art. 33 Abs. 2 KG erfasst wird.

Da die Weko indessen in den Fällen *Zusammenschluss Schweizerische National-Versicherungs-Gesellschaft/Coop Leben* und *Banque Nationale de Paris (BNP)/Paribas* diese Frage nicht entscheiden musste, scheint es fraglich, ob die betreffenden Ausführungen der Weko so extensiv interpretiert werden können. In Anbetracht der Rechtslage unter Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 139/2004 kann nicht

²¹ Vgl. STOFFREGEN, in: Helmuth Schröter/Thinam Jakob/Wolfgang Mederer (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2003, Fusionskontrollverordnung Art. 7 Rz. 6 m.w.H.

²² Vgl. etwa DOUGLAS F. BRODER, A Guide to Antitrust Law, London 2005, 137 ff. 6-006 ff.

²³ WESSELEY (FN 3), Art. 7 Rz. 39.

²⁴ RPW 2002/3, 529 f. Rz. 31, Zusammenschluss Schweizerische National-Versicherungs-Gesellschaft/Coop Leben; RPW 2001/1, 150 Rz. 29, Banque Nationale de Paris (BNP)/Paribas.

ausgeschlossen werden, dass die Weko den Vollzug des ersten Schrittes als Verstoss gegen Art. 32 Abs. 2 KG beurteilen würde. Praktisch wäre dies nicht befriedigend, da das schweizerische Recht im Gegensatz zu Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 139/2004 kein eingeschränktes Vollzugsverbot kennt. Zu möglichen Lösungsansätzen sei auf die obigen Ausführungen auf S. 366 verwiesen.

II. Übertragung von Unternehmensteilen und die Eintragung ins Handelsregister

Ebenfalls vom Vollzugsverbot erfasst ist generell die Übertragung von Unternehmensteilen (etwa bei einem Asset Deal)²⁵.

Dasselbe gilt für die Eintragung ins Handelsregister.²⁶ Dies ergibt sich auch aus Art. 22 Abs. 2, 52 und 73 FusG.

III. Bezahlung des Kaufpreises

Nach einer in der Lehre geäusserten Ansicht wird auch die Bezahlung des Kaufpreises vom Vollzugsverbot erfasst.²⁷

Dies ist m.E. zumindest dann begründungsbedürftig, wenn die Bezahlung des Kaufpreises nicht mit der Übergabe der Aktien bzw. Unternehmenswerte einhergeht. Zumindest in Fällen, wo der Kaufpreis bei Nichtgenehmigung des Zusammenschlusses ganz oder zum überwiegenden Teil zurück zu erstatten ist, ist nicht ganz einsichtig, weshalb ein Verstoss gegen das Vollzugsverbot vorliegen soll. Denn alleine mit der Bezahlung des Kaufpreises wird ja nichts an der Marktstruktur geändert.

Anders ist die Lage allenfalls, wenn der Kaufpreis bei Vertragsunterzeichnung unwiderruflich zu überweisen ist, d.h. auch im Falle eine Nichtgenehmigung des Zusammenschlusses durch die Wettbewerbsbehörden nicht zurückgefordert werden kann. Illustrationsmaterial bietet der Fall *United States v. Atlantic Richfield*

²⁵ Complaint for Civil Penalties for Violation of Premerger Reporting Requirements of the Hart-Scott-Rodino Act, *Unites States v. Titan Wheel International*, 1996-1 Trde Cas. (CCH) ¶71,406 (D.D.C. 1996) (No. 96-01040) Rz. 18.

²⁶ BOVET, in: Commentaire Romand, Art. 32 LCart Rz. 5 m.H.; SCHERRER, Fusionskontrolle nach revidiertem Kartellgesetz – erste Fälle und offene Fragen, in: AJP 1997, 1394; für den Handelsregistereintrag vgl. auch RPW 19997/2, 240 Rz. 22, BKW – AEK / Comtop.

²⁷ BOVET, in: Commentaire Romand, Art. 32 LCart Rz. 5 m.H.; SCHERRER, Fusionskontrolle nach revidiertem Kartellgesetz – erste Fälle und offene Fragen, in: AJP 1997, 1394.

*Co. (ARCO I)*²⁸. Hier beurteilte das US-amerikanische Departement of Justice u.a. den Umstand, dass bei Unterzeichnung des Kaufvertrages der gesamte Kaufpreis bezahlt und nicht mehr rückerstattet werden konnte, als Verstoss gegen das Vollzugsverbot, weil dies den Effekt habe, dass die wirtschaftliche Berechtigung am Zielunternehmen auf den Erwerber übergehe (was allerdings nicht zwingend dasselbe wie der Erwerb der Kontrolle gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG ist).²⁹

D. Vorzeitige Integration/gemeinsamer Marktauftritt

Vom Vollzugsverbot sind auch die vorzeitige Integration und der gemeinsame Marktauftritt erfasst. Hierunter fallen sämtliche Massnahmen, mit denen die Zusammenschlussparteien bereits vor Genehmigung des Zusammenschlusses einen Einfluss auf die Geschäftsführung und strategische Entscheidungen des anderen Unternehmens nehmen, den sie als unabhängige Unternehmen nicht hätten.³⁰

I. Einflussnahme auf Personalentscheide

Vom Vollzugsverbot erfasst ist einmal die Einsetzung von Mitgliedern der Geschäftsleitung oder des Verwaltungsrates, wenn diese Einsetzung mit Wirkung vor dem Zeitpunkt der Genehmigung des Zusammenschlusses durch die Wettbewerbsbehörden erfolgt.

Dies gilt v.a. dann, wenn hiermit z.B. der zukünftige Erwerber befähigt wird, das Target zu kontrollieren.³¹ Dies ergibt sich aus der Praxis der Weko. Im Zusammenschluss *NZZ/Espace* qualifizierte die Weko die Wahl von zwei Verwaltungsräten durch Espace in den fünfköpfigen VR der Bund Verlag AG (an welcher Espace 40% der Stimmrechte erwarb) als Vollzugshandlung.³² Aufgrund vertrag-

²⁸ Complaint for Civil Penalties for Violation of Premerger Reporting of Hart-Scott-Rodino Act, 1991-1 Trade Cas. (CCH) ¶ 69,318 (D.D.C. 1991) (No. 91-0205).

²⁹ Complaint for Civil Penalties for Violation of Premerger Reporting of Hart-Scott-Rodino Act, 1991-1 Trade Cas. (CCH) ¶ 69,318 (D.D.C. 1991) (No. 91-0205) Rz. 12 i.V.m. 17 ff.

³⁰ WESSELEY (FN 3), Art. 7 Rz. 48.

³¹ SCHERRER, Fusionskontrolle nach revidiertem Kartellgesetz - erste Fälle und offene Fragen, in: AJP 1997, 1394; SCHERRER, Das europäische und das schweizerische Fusionskontrollverfahren, Zürich 1996, 110 f.

³² RPW 2004/1, 171 Rz 106, 171 f. Rz. 111, NZZ – Espace.

licher Vetorechte hätte die Espace damit die (gemeinsame) Kontrolle über die Bund Verlag AG erworben.³³

Schwieriger zu beurteilen ist der Fall, in dem der zukünftige Erwerber einen Vertreter in einen mehrköpfigen Verwaltungsrat entsendet, aber damit keine Kontrolle über das Target erwirbt (etwa weil der betreffende Verwaltungsrat alleine keine strategische Entscheide der Zielgesellschaft blockieren kann). Insbesondere wenn man das Vollzugsverbot im Sinne eines Gefährdungstatbestandes auslegt, fällt auch die Wahl eines einzelnen Verwaltungsratsmitglieds unter das Vollzugsverbot; dies auch dann, wenn das betreffende Verwaltungsratsmitglied strategische Entscheide nicht blockieren kann, und damit dem zukünftigen Erwerber noch keine Kontrolle über die Zielgesellschaft verleiht.³⁴ Denn de facto dürfte der Stimme des betreffenden Vertreters im Lichte der bevorstehenden Übernahme sehr grosses Gewicht zukommen. Zudem stellt sich das Problem, dass dieses Verwaltungsratsmitglied allenfalls Zugriff auf kommerziell sensitive Informationen der Zielgesellschaft erhält, was für sich alleine schon einen Verstoss gegen das Vollzugsverbot darstellen kann.

Ebenfalls unter dem Aspekt des Vollzugsverbotes unzulässig dürfte es sein, wenn das Zielunternehmen beim Ersatz von einzelnen, ohne Zutun des Erwerbers aus der Geschäftsführung des Zielunternehmens ausscheidenden, Personen die Zustimmung des zukünftigen Erwerbers einholt. Die Europäische Kommission ist diesbezüglich sehr zurückhaltend und tendiert dazu, eine derartige Zustimmung als Vollzugshandlung zu qualifizieren.³⁵

Demgegenüber ist es zulässig, im Rahmen der Integrationsvorbereitung festzulegen, wer zukünftig welche Funktionen im neuen Unternehmen übernimmt. Ebenfalls zulässig sind deshalb auch Vertragsbestimmungen, die bestimmen, wer nach dem Vollzug Einsitz im Verwaltungsrat nehmen soll etc. bzw. wer diesbezüglich der Generalversammlung zur Wahl vorgeschlagen werden soll.

II. Gemeinsamer Marktauftritt

Bevor der Zusammenschluss genehmigt wird, müssen sich die beteiligten Parteien weiterhin im Wettbewerb wie zwei voneinander unabhängige Unternehmen verhalten. Es ist deshalb unzulässig, wenn sie sich gegenüber Kunden bereits wie ein einziges Unternehmen verhalten.

³³ RPW 2004/1, 152 Rz 2, NZZ – Espace.

³⁴ WESSELEY (FN 3), Art. 7 Rz. 38.

³⁵ Vgl. die Hinweise in WESSELEY (FN 3), Art. 7 Rz. 49.

Beispiele für ein derartiges unzulässiges koordiniertes Auftreten auf dem Markt finden sich v.a. in der Praxis zum Vollzugsverbot des Hart-Scott-Rodino Acts:

1. United States v. Gemstar-TV

In *United States v. Gemstar-TV Guide International, Inc.* unterbreitete die eine Partei (TV Guide) der anderen (Gemstar) zahlreiche Marketingentscheide zur Genehmigung. Dies umfasste u.a. die Zustellung von Vertragsentwürfen mit Kunden an Gemstar, die Anforderung einen Termin für einen Rabatt zu verlängern und die Bitte, vorzuschlagen, wie auf Gegenvorschläge von Kunden zu reagieren sei.³⁶

Ausserdem trat TV Guide als Agent von Gemstar in Verhandlungen auf, wies darauf hin, dass TV Guide und Gemstar sich auf die Preise von TV Guide geeinigt hätten, und bot Vorteile an, die nur Gemstar gewähren konnte.³⁷

Schliesslich tauschten beide Parteien vertrauliche Informationen betreffend Preise und Werbemöglichkeiten aus, trafen sich mit Beratern, um gemeinsam Preis- und Marketingstrategien zu entwickeln, und beendeten einen grossen Teil der Marketingtätigkeiten von TV Guide.³⁸

All diese Tätigkeiten wurden vom DOJ als Verstoß gegen das Vollzugsverbot beurteilt.³⁹

2. United States v. Input/Output, Inc.

In *United States v. Input/Output, Inc.* wertete die FTC folgende Elemente als Indizien dafür, dass Input/Output die operationelle Kontrolle über DigiCOURSE übernommen hatte:⁴⁰

³⁶ Complaint, No. 03-0198 (eingereicht beim D.D.C. am 6. Februar 2003) i.S. *United States v. Gemstar-TV Guide International, Inc.* Rz. 57 (<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f200700/200737.htm>).

³⁷ Complaint, No. 03-0198 (eingereicht beim D.D.C. am 6. Februar 2003) i.S. *United States v. Gemstar-TV Guide International, Inc.* Rz. 58 f. (<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f200700/200737.htm>).

³⁸ Complaint, No. 03-0198 (eingereicht beim D.D.C. am 6. Februar 2003) i.S. *United States v. Gemstar-TV Guide International, Inc.* Rz. 60 ff. (<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f200700/200737.htm>).

³⁹ Complaint, No. 03-0198 (eingereicht beim D.D.C. am 6. Februar 2003) i.S. *United States v. Gemstar-TV Guide International, Inc.* Rz. 76 ff. (<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f200700/200737.htm>).

- Input/Output zirkulierte ein internes Memorandum betreffend eine sofortige interne Neuorganisation von Input/Output in produktbasierte Divisionen. Drei Manager von DigiCOURSE leiteten dabei die neue kombinierte Marine-Division (die sämtliche Tätigkeiten von DigiCOURSE sowie das Marine-Geschäft von Input/Output einschloss). Diese drei Manager erhielten alle ein Büro in Gebäulichkeiten von Input/Output.
- Drei Angestellte aus der Sales Division von DigiCourse wurden in ein Büro in Gebäuden von Input/Output transferiert. Sie hatten dort Zugang zu internen Dokumenten und dem Email-System von Input/Output. Sie erhielten Input/Output-Email-Adressen und -Visitenkarten, wobei die Visitenkarten auch an Kunden verteilt wurden.
- Die Telephone von DigiCOURSE wurden im Namen von Input/Output beantwortet.
- Ein DigiCOURSE-Manager verhandelte und unterzeichnete einen Vergleichsvertrag im Namen von Input/Output.
- Ein DigiCOURSE-Manager wurde von Input/Output gebeten, eine weitere Akquisition von Input/Output zu beurteilen.

3. United States v. Computer Associates International, Inc.

In *United States v. Computer Associates International, Inc.* übernahm Computer Associates de facto die Kontrolle über wettbewerbliche Entscheide der Zielgesellschaft (Platinum).

Grundlage war eine «Ordinary Course of Business»-Bestimmung im Zusammenschlussvertrag, die Platinum verbot, ohne die schriftliche Zustimmung von Computer Associates Verträge mit einer Laufzeit von über 30 Tagen mit einem fixen Preis oder Price Cap abzuschliessen, Rabatte von über 20% zu gewähren oder Verträge betreffend «Jahr 2000»-Sanierungen abzuschliessen.⁴¹ Vor dem

⁴⁰ Complaint for Civil Penalties for Violation of Premerger Reporting Requirements ff the Hart-Scott-Rodino Act, *United States v. Input/Output, Inc.*, 1999-1 Trade Cas. (CCH) ¶72,528 (D.D.C. 1999) (No. 99-00912) Rz. 15 (<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f203600/203653.pdf>).

⁴¹ Die Bestimmung verbot Platinum, ohne schriftliches Einverständnis von Computer Associates «[to] (ii) enter into any agreement pursuant to which [Platinum] will provide services for a term of more than 30 days at a fixed or capped price or otherwise pursuant to terms that are not consistent with agreements entered into by [Platinum] in the ordinary course of business, (iii) enter into any customer sale or license agreement with non-standard terms or at discounts from list prices in excess of 20%, [...] [and] (viii) enter into or amend any contract to provide for <year 2000> remediation services.» (Complaint, No. 01-02062 [eingereicht beim D.C.C. am 28. September 2001] i.S. *United States v. Computer Associates International, Inc.* Rz. 16 [<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f9200/9246.pdf>])

Abschluss des Zusammenschlussvertrags hatte Platinum regelmässig 20% z.T. gar 80% Rabatt auf die Listenpreise gewährt.

Die betreffende Vertragsbestimmung wurde dergestalt umgesetzt, dass ein Angestellter von Computer Associates in den Hauptsitz von Platinum entsendet wurde und die betreffenden Verträge zu bewilligen hatte.⁴²

Zudem hatten Angestellte von Computer Associates Einblick in sensitive Informationen von Platinum (z.B. Bietpreise, Rabattstrukturen, Listen mit den Namen der Kunden, den betreffenden Dienstleistungen).⁴³

Schliesslich griff Computer Associates auch sonst ins Tagesgeschäft von Platinum ein, indem es dessen Methode zur Verbuchung von Einnahmen änderte und die Teilnahme Platinum's an einer Messe absagte.⁴⁴

All diese Tätigkeiten wurden vom DOJ als Verstoß gegen das Vollzugsverbot beurteilt.⁴⁵

4. United States v. Qualcomm Inc.

Im Fall *United States v. Qualcomm Inc.*, in dem Qualcomm Flarion erwarb, ging es ähnlich wie im Fall *United States v. Computer Associates International, Inc.* um sehr weitgehende «Ordinary Course of Business»-Bestimmungen. Gemäss diesen Bestimmungen durfte die Zielgesellschaft (Flarion) u.a. Folgendes nicht ohne die Zustimmung von Qualcomm tun:⁴⁶

- Abschluss von Vereinbarungen betreffend die Lizenzierung des IP an Drittparteien.
- Abschluss von Verträgen, die die Pflicht zur oder das Recht auf Zahlung von USD 75'000.– pro Jahr oder insgesamt USD 200'000.– beinhalteten (mit Ausnahme von Lieferaufträgen von Flarion an Lieferanten). Die Beträge von USD

⁴² Complaint, No. 01-02062 (eingereicht beim D.C.C. am 28. September 2001) i.S. *United States v. Computer Associates International, Inc.* Rz.21 (<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f9200/9246.pdf>).

⁴³ Complaint, No. 01-02062 (eingereicht beim D.C.C. am 28. September 2001) i.S. *United States v. Computer Associates International, Inc.* Rz. 25 (<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f9200/9246.pdf>).

⁴⁴ Complaint, No. 01-02062 (eingereicht beim D.C.C. am 28. September 2001) i.S. *United States v. Computer Associates International, Inc.* Rz. 26 (<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f9200/9246.pdf>).

⁴⁵ Complaint, No. 01-02062 (eingereicht beim D.C.C. am 28. September 2001) i.S. *United States v. Computer Associates International, Inc.* Rz. 37 (<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f9200/9246.pdf>).

⁴⁶ Complaint for Civil Penalties for Violation of Premerger Reporting Requirements of the Hart-Scott-Rodino, No. Act, Rz. 17 ff. (<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f215600/215608.pdf>).

75'000.– pro Jahr oder insgesamt USD 200'000.– wurden später auf USD 250'000.– pro Jahr bzw. insgesamt USD 1'000'000.– erhöht.

- Abschluss von Verträgen über den Verkauf oder Erwerb von IP-Rechten mit Ausnahme von Shrinkwrap-Softwarelizenzen.
- Abschluss von wesentlichen Verträgen.
- Einstellung von Arbeitnehmern ausser im bisherigen gewöhnlichen Umfang.
- Unterbreitung von Geschäftsvorschlägen an bisherige und zukünftige Kunden.

Hinzu kam, dass die Parteien bei der Umsetzung weiter gingen als es die obigen Bestimmungen verlangten:

- Flarion ersuchte Qualcomm auch für routinemässige Anstellungen um dessen Zustimmung.
- Flarion ersuchte Qualcomm um dessen Zustimmung, bevor es Produkte und Dienstleistungen an aktuelle und potentielle Kunden vermarktete. Flarion legte Qualcomm in diesem Zusammenhang Kundenanfragen, Preisangebote und Rabattofferten vor. Dies hatte zur Folge, dass Flarion kleinere Aufträge nicht mehr annahm und Kundenanfragen, die geringere Margen mit sich gebracht hätten, nicht weiter verfolgte. Ausserdem nahm Qualcomm mit einem potentiellen Kunden, der Flarion angegangen hatte, Kontakt auf, um diesem ein Qualcomm- anstelle eines Flarion-Produktes zu verkaufen.

Die beschriebenen Verhaltensweisen wurden vom DOJ als Verstoss gegen das Vollzugsverbot erachtet.⁴⁷

5. Bertelsmann/Kirch/Premiere

Die Praxis der Europäischen Kommission ist demgegenüber vergleichsweise spärlich:

Der (soweit ersichtlich) einzige abgeschlossene Fall ist derjenige im Zusammenschlussvorhaben *Bertelsmann/Kirch/Premiere*. Hier beabsichtigten Bertelsmann und Kirch – unter Einbringung der bisherigen digitalen Fernsehaktivitäten von Kirch – Premiere zu einer gemeinsamen digitalen Plattform auszubauen. Dabei bildete die Festlegung dieser gemeinsamen Plattform auf die d-box-Technologie von Kirch einen wesentlichen Teil des Zusammenschlussvorhabens. Die d-box-Technologie wurde von Kirch bereits von dessen digitalen Pay-TV-

⁴⁷ Complaint for Civil Penalties for Violation of Premerger Reporting Requirements of the Hart-Scott-Rodino, No. Act, Rz. 31 ff. (<http://www.usdoj.gov/atrcases/f215600/215608.pdf>).

Sender DF1 benutzt. Premiere hatte bis anhin einen anderen Decoder für seine digital ausgestrahlten Programme, die Media-Box, verwendet.

Bereits vor Einreichung der definitiven Anmeldung bei der Europäischen Kommission wurde Premiere Digital auf der Grundlage der d-box-Technologie in das Kabelnetz eingespielt. Seitdem bot Premiere das Abonnement von Premiere Digital für den Kabel- und Satellitenbereich zusammen mit der d-box an. Die Europäische Kommission vertrat die Auffassung, dass die Verwendung der d-box durch Premiere bereits vor der Entscheidung der Kommission über den Zusammenschluss einen Teilvollzug darstelle und gegen das Vollzugsverbot verstosse.⁴⁸

6. Schlussfolgerungen

Zusammenfassend kann im Lichte der obigen Entscheide gefolgert werden, dass folgende Verhaltensweisen einen Verstoss gegen das Vollzugsverbot darstellen:

- Konsultation der anderen Zusammenschlusspartei oder Abstimmung des Verhaltens bezüglich des Vorgehens gegenüber eigenen Kunden und Lieferanten, z.B. im Hinblick auf Preise und Preiselemente, bezüglich der Art der angebotenen Produkte oder bezüglich Marketingmassnahmen wie z.B. der Teilnahme an Messen.
- Generell der Austausch kommerziell sensitiver Informationen (für die Regeln, die bei der Due Diligence und der Integrationsplanung berücksichtigt werden sollten, siehe hinten Seite 376 ff.).
- Das Auftreten im Namen der anderen Partei gegenüber Kunden und Lieferanten (auch z.B. die Beantwortung von Telephonanrufen im Namen der anderen Partei). In diesem Zusammenhang ist auch das Verteilen von Visitenkarten oder die Verwendung von Email-Adressen mit dem Namen der anderen Zusammenschlusspartei heikel, da hiermit Dritten gegenüber der Eindruck eines gemeinsamen Marktauftritts vermittelt wird.
- Konsultationen der anderen Zusammenschlusspartei bezüglich der Anstellung von Arbeitnehmern. Im Kontext einer Ordinary-Course-of-Business-Klausel zulässig dürfte indessen eine Bestimmung sein, die Zahl der Stellen nicht um mehr als x% zu erhöhen.

Schwierige Fragen werfen überdies folgende Verhaltensweisen auf:

- Das «Ausleihen» von Personal. Als Richtlinie hat hier zu gelten, dass die Ausleihung von Personal an die andere Zusammenschlusspartei grundsätzlich nur

⁴⁸ Pressemitteilung IP/97/1119 der Europäischen Kommission vom 15. Dezember 1997.

zulässig ist, wenn sie für Zwecke der Integrationsplanung erfolgt. Tendenziell ist dabei die «Ausleihung» von Angestellten von «der Front» problematischer als solcher aus dem Backoffice.

- Im Hinblick auf die Frage, in welchem Ausmass Parteien gemeinsame Offer-ten gegenüber Kunden abgeben können, gilt Folgendes: Aus der Praxis des US-amerikanischen DOJ ergibt sich, dass die gemeinsame Abgabe eines An-gebots zulässig ist, wenn dies auch in Abwesenheit des geplanten Zusammen-schlusses zulässig wäre.⁴⁹ Dem ist für das schweizerische Recht beizupflich-ten.
- Zuweilen kann es vorkommen, dass der potentielle Auftraggeber nur eine der Zusammenschlussparteien als Offerenten akzeptiert, wenn das Zusammen-schlussvorhaben schon bekannt gegeben wurde. Wenn sich hierauf auf «Kun-denbefehl» eine der Zusammenschlussparteien aus der Ausschreibung zurück-zieht, sollte hierin keine Vollzugshandlung gesehen werden. Dies zumal auch vor dem Hintergrund, dass es für Zusammenschlussparteien vorteilhafter ist, wenn alle an der Ausschreibung teilnehmen, da dies rechnerisch die Chancen der neuen Einheit, den Auftrag zu erhalten, steigert.

III. Austausch von kommerziell sensitiven Informationen

Wie bereits mehrfach erwähnt kann das Vollzugsverbot durch den Austausch kommerziell sensitiver, vertraulicher Informationen zwischen Konkurrenten, d.h. von Informationen, die Aufschluss über das strategische Verhalten des Konkurrenten geben können, verletzt werden.

Die Befürchtung geht hier einerseits dahin, dass die Zusammenschlussparteien ihr Verhalten schon vor der Genehmigung aufeinander abstimmen; andererseits, dass die ausgetauschten Informationen im Falle einer Untersagung des Zusammen-schluss dazu führen, dass sich die Parteien trotz Untersagung und Aufgabe des Zusammenschlusses im Markt gleichförmig verhalten. Generell ist allerdings anzumerken, dass ein Informationsaustausch kommerziell sensitiver Daten nicht per se gegen das Vollzugsverbot bzw. Art. 5 KG verstösst. Ob ein Verstoss vor-liegt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. So etwa verletzt ein Informa-tionsaustausch für sich alleine das Vollzugsverbot bzw. Art. 5 KG nicht, wenn der

⁴⁹ Final Judgement i.S. *United States v. Computer Associates International, Inc.* (D.D.C. 2002) Ziff. V.E. (<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f11000/11083.htm>)

Erwerber kein Konkurrent des Zielunternehmens ist (z.B. im Falle eines Finanzinvestors).⁵⁰

Fragen wirft das Verbot des Austausches von kommerziell sensitiven Informationen zwischen Konkurrenten v.a. im Rahmen der Due Diligence und Integrationsplanung auf.

Grundsätzlich ist die Legitimität des Bedürfnisses, eine Due Diligence durchzuführen, um die Risiken einer geplanten Transaktion besser einschätzen zu können, sowie des Bedürfnisses, frühzeitig die Integrationsplanung vorzunehmen, von den Wettbewerbsbehörden anerkannt.⁵¹ Sowohl Due Diligence als auch Integrationsplanung sind deshalb grundsätzlich zulässig. Dogmatisch kann dies mit der Immanenztheorie begründet werden.⁵²

1. Due Diligence

Wie bereits erwähnt haben die US-amerikanischen Behörden mehrfach festgehalten, dass die Durchführung einer üblichen (customary) Due Diligence zulässig ist.⁵³

Eine Einschränkung gilt allerdings im Hinblick auf die Offenlegung von (nicht öffentlich zugänglichen) gegenwärtigen oder zukünftigen Preisen sowie Informationen und Prognosen betreffend zukünftige Preise von Produkten, bei denen die Zusammenschlussparteien Wettbewerber sind. Die Offenlegung solcher Informationen im Rahmen einer Due Diligence wurde in den oben beschriebenen Fällen

⁵⁰ WESSELEY (FN 3) Art. 7 FKVO Rz. 63; in dieselbe Richtung geht die US-amerikanische Gerichtspraxis, siehe die Beispiele in ABA Section of Antitrust Law, *Premerger Coordination: The Emerging Law of Gun Jumping and Information Exchange*, Chicago 2006, 104.

⁵¹ BLUMENTHAL, *The Rhetoric of Gun-Jumping*, Rede vom 10. November 2005 (<http://www.ftc.gov/speeches/blumenthal/20051110gunjumping.pdf>); Final Judgement i.S. *United States v. Gemstar-TV Guide International, Inc.* (D.D.C. 2003), Ziffer IV.B.4. i.V.m. V.D. (<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f201400/201493.htm>.); ähnlich Final Judgement i.S. *United States v. Computer Associates International, Inc.* (D.D.C. 2002) Ziffer IV.B.4. i.V.m. V.D. (<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f11000/11083.htm>).

⁵² Vgl. auch WESSELEY (FN 3), Art. 7 FKVO Rz. 61.

⁵³ BLUMENTHAL, *The Rhetoric of Gun-Jumping*, Rede vom 10. November 2005 (<http://www.ftc.gov/speeches/blumenthal/20051110gunjumping.pdf>); Final Judgement, No. 03-0198 i.S. *United States v. Gemstar-TV Guide International, Inc.* (D.D.C. 2003), Ziffer IV.B.4. i.V.m. V.D. (<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f201400/201493.htm>.); ähnlich Final Judgement i.S. *United States v. Computer Associates International, Inc.* (D.D.C. 2002) Ziffer IV.B.4. i.V.m. V.D. (<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f11000/11083.htm>).

Gemstar und *Computer Associates* nur unter folgenden zwei zusätzlichen Voraussetzungen als zulässig erachtet:⁵⁴

- Die betreffende Information hat einen sachlichen Zusammenhang mit der Analyse der zukünftigen Erträge und der geschäftlichen Aussichten des Zielunternehmens.
- Die Offenlegung der betreffenden Information erfolgt im Rahmen einer Vertraulichkeitsvereinbarung. Diese muss zwei Voraussetzungen erfüllen: Einerseits muss die Vertraulichkeitsvereinbarung die Verwendung der Information auf die Zwecke der Due Diligence beschränken. Andererseits muss die Vertraulichkeitsvereinbarung die Offenlegung an Angestellte verbieten, die eine direkte Verantwortlichkeit für das Marketing, die Preisgestaltung oder den Verkauf der konkurrierenden Produkte haben.

Die letztere Voraussetzung kann man in der Praxis durch die Einsetzung eines Clean Teams erfüllen. Solchen Clean Teams dürfen keine Personen angehören, die eine direkte Verantwortlichkeit für das Marketing, die Preisgestaltung oder den Verkauf der betreffenden konkurrierenden Produkte haben. Alternativ können die Daten von einem externen Berater aggregiert werden, so dass keine Schlüsse auf einzelne Kunden etc. gezogen werden können.⁵⁵ Dieser Weg wird vor allem bei KMU empfehlenswert sein, da bei diesen u.U. sämtliche Personen, welche die Daten vernünftigerweise bewerten können, auch ins Tagesgeschäft involviert sind und deshalb gar kein Clean Team mit unternehmenseigenen Leuten zusammengestellt werden kann.

Etwas verallgemeinernd kann man somit festhalten, dass die Zusammenschlussparteien auf der sicheren Seite sind, wenn – wie dies ohnehin üblich ist – eine Vertraulichkeitsvereinbarung unterzeichnet wird, die vorschreibt, dass (i) die vertraulichen Daten nur für den Zweck der Transaktion verwendet werden dürfen, (ii) nur Personen zu diesen Daten Zugang erhalten dürfen, welche die vertraulichen Informationen zu diesem Zweck benötigen, und (iii) die Daten bei Abbruch der Transaktion durch den Informationsempfänger zu vernichten sind.⁵⁶ Bei kommerziell sensitiven Informationen sollten zudem entweder sog. Clean Teams

⁵⁴ Final Judgement, No. 03-0198 i.S. *United States v. Gemstar-TV Guide International, Inc.* (D.D.C. 2003), Ziffer IV.B.4. i.V.m. V.D. (<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f201400/201493.htm>); ähnlich Final Judgement, No. 01-02062 i.S. *United States v. Computer Associates Int'l* (D.D.C. 2002) Ziffer IV.B.4. i.V.m. V.D. (<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f11000/11083.htm>).

⁵⁵ Competitive Impact Statement, No. 01-02062 (eingereicht beim D.C.C. am 23. April 2002) i.S. *United States v. Computer Associates International Inc.*, Ziffer III.A.2. (<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f11000/11082.htm>).

⁵⁶ Vgl. auch MODRALL/CIULLO, Gun-Jumping and EU Merger Control, E.C.L.R. 2003, 429.

zur Anwendung kommen oder die Daten sollten von einem externen Berater aggregiert werden, so dass keine Schlüsse auf einzelne Kunden etc. gezogen werden können.

In der Lehre wird zum Teil gefordert, dass zusätzlich zwei weitere Voraussetzungen einzuhalten seien, damit der Informationsaustausch kartellrechtlich zulässig ist:⁵⁷

- Die im Rahmen der Due Diligence zugänglich gemachten Daten müssten für die Kaufentscheidung des Erwerbers von wesentlicher Bedeutung sein, was z.B. auf Kundennamen und kundenspezifische Preise normalerweise nicht zutrefte.
- Besonders sensible Daten seien nicht bereits eingangs eines Bieterverfahrens einer Vielzahl von Interessenten offen zu legen sondern erst dem Bieter mitzuteilen, auf den die Vertragsverhandlungen am Ende zuliefen.

Auch wenn beide obgenannten Prinzipien (nur schon zur Wahrung der Interessen des Zielunternehmens) in der Praxis in den meisten Fällen befolgt werden, ist sehr zweifelhaft, ob sie justiziabel sind. Hinzu kommt, dass auch kundenspezifische Daten durchaus einen Einfluss auf den Kaufentscheid haben können, z.B. wenn es darum geht, zu ermitteln, wie hoch und profitabel der Auftragsvorrat eines Unternehmens ist, um die Wachstumsaussichten der Zielgesellschaft zu beurteilen.⁵⁸ Die beiden, oben wiedergegebenen postulierten Voraussetzungen sind deshalb abzulehnen.

2. Integrationsplanung

Im Hinblick auf die Integrationsplanung gelten sinngemäss dieselben Grundsätze wie für die Due Diligence. Da bei der Integrationsplanung tendenziell kommerziell sensitiveren Daten als bei deiner Due Diligence ausgetauscht werden, sollte der Austausch solcher Informationen nur an Mitglieder eines sog. Clean-Teams erfolgen. Diesem Grundsatz ist v.a. dort strikte nachzuleben, wenn der Informationsaustausch zweiseitig zwischen zwei Konkurrenten erfolgt oder der betreffende Markt stark konzentriert ist.⁵⁹

⁵⁷ WESSELEY (FN 3), Art. 7 FKVO Rz. 61.

⁵⁸ Competitive Impact Statement, No. 01-02062 (eingereicht beim D.C.C. am 23. April 2002) i.S. *United States v. Computer Associates International Inc.*, Ziffer III.A.2. (<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f11000/11082.htm>).

⁵⁹ MODRALL/CIULLO (FN 56), E.C.L.R. 2003, 429.

IV. Ordinary-Course-of-Business-Bestimmungen

Regelmässig wird zwischen Zusammenschlussparteien vereinbart, wie die Zielgesellschaft oder die zu fusionierenden Gesellschaften zwischen Signing und Closing zu führen seien bzw. werden Konsultations-/Bewilligungspflichten für bestimmte Geschäfte zwischen Signing und Closing vorgesehen. Sinn dieser sog. Ordinary-Course-of-Business-Bestimmungen ist es, dass der Wert der Gesellschaft, die Gegenstand des Zusammenschlusses ist, vor dem Closing nicht verringert wird.

Die Legitimität und Zulässigkeit solcher Ordinary-Course-of-Business-Bestimmungen wird von Kartellbehörden grundsätzlich anerkannt.⁶⁰ Problematisch sind solche Bestimmungen aber, wenn sie de facto zu einer Integration der beiden Unternehmen führen wie das etwa in den Fällen *Gemstar*, *Computer Associates* und *Qualcomm Inc.* der Fall war.

Damit stellt sich die Frage, welche Ordinary-Course-of-Business-Bestimmungen noch zulässig sind. Eine Meinung im US-amerikanischen Recht geht davon aus, dass Ordinary-Course-of-Business-Bestimmungen zulässig sind, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:⁶¹

- Die betreffende Bestimmung ist notwendig, um den Wert der Zielgesellschaft zu schützen.
- Dieser Schutz kann nicht durch eine weniger einschränkende Massnahme bewirkt werden.
- Die eingeschränkte/untersagte Verhaltensweise betrifft nicht gegenwärtige oder geplante Preisstrategien.

Zur Fallpraxis lässt sich Folgendes festhalten:

Der Vollstreckungspraxis des DOJ lässt sich entnehmen, dass u.a. folgende Ordinary-Course-of-Business-Bestimmungen zulässig sind:⁶²

- Die Verpflichtung, das Geschäft im bisherigen Umfange und im Einklang mit der bisherigen Praxis zu betreiben;

⁶⁰ Competitive Impact Statement, No. 01-02062 (eingereicht beim D.C.C. am 23. April 2002) i.S. *United States v. Computer Associates International Inc.*, Ziffer II.C.2. (<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f11000/11082.htm>).

⁶¹ ABA Section of Antitrust Law, *Premier Coordination: The Emerging Law of Gun Jumping and Information Exchange*, Chicago 2006, 87.

⁶² Final Judgement, No. 01-02062 i.S. *United States v. Computer Associates International, Inc.* (D.D.C. 2002) Ziff. IV.B.4. i.V.m. V.D. (<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f11000/11083.htm>).

- Die Verpflichtung, keine Handlung vorzunehmen, die einen wesentlichen nachteiligen Einfluss auf das Geschäft hat;
- Die Verpflichtung, niemandem besondere Rechte oder Vergünstigungen für den Fall eines Kontrollwechsels anzubieten.

Zudem anerkennt das DOJ, dass es zulässig ist, dem Veräusserer folgende Handlungen zu verbieten bzw. von der Zustimmung des Käufers abhängig zu machen:⁶³

- Ausrichtung von Bar- oder Sachdividenden durch die Zielgesellschaft;
- Ausgabe, Verkauf, Verpfändung oder Belastung der Aktien der Zielgesellschaft;
- Änderung der Statuten oder des Organisationsreglements der Zielgesellschaft;
- Erwerb von Unternehmen durch die Zielgesellschaft;
- Verpfändung oder Belastung von geistigem Eigentum oder anderen wesentlichen Vermögenswerten ausserhalb des gewöhnlichen Geschäftsganges;
- Tätigung von oder Verpflichtung zu grossen neuen Investitionen;
- Wesentliche Entscheide betreffend die Steuern oder Gefährdung wesentlicher Steuerverbindlichkeiten;
- Bezahlung oder Erfüllung von Forderungen ausserhalb des gewöhnlichen Geschäftsganges.
- Einleitung von Gerichts- oder anderen Verfahren mit Ausnahme der routinemässigen Eintreibung von Rechnungen.

Die US-amerikanischen Praxis kann als Leitlinie für die Interpretation des schweizerischen Rechts gelten. Anzuführen ist, dass bei der Beurteilung von Ordinary-Course-of-Business-Bestimmungen den Umständen des Einzelfalls Beachtung geschenkt werden muss. So können z.B. weitergehende Veräusserungs- und Neuverschuldungsverbote, Investitionsbeschränkungen etc. zulässig sein, wenn es sich um eine zahlungsunfähige Zielgesellschaft handelt als wenn die betreffende Zielgesellschaft finanziell kerngesund ist. Auch ist z.B. die zahlenmässige Höhe von Investitionsbeschränkungen vor dem Hintergrund der laufenden Investitionsanfordernisse der jeweiligen Branche zu bewerten.

⁶³ Competitive Impact Statement, No. 01-02062 (eingereicht beim D.C.C. am 23. April 2002) i.S. *United States v. Computer Associates International, Inc.*, Ziffer II.C.2. (<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f11000/11082.htm>).

E. Nach Genehmigung des Zusammenschlusses

Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass eine Koordination des Marktverhaltens der Parteien nach der Genehmigung des Zusammenschlusses bis zum Zeitpunkt des Vollzuges noch unter den Bestimmungen von Art. 81 EG bzw. §1 Sherman Act zu beurteilen sei.⁶⁴ Dogmatisch lässt sich dies mit dem Umstand begründen, dass beide Unternehmen technisch noch selbständig sind.

Dies ist zumindest für die Schweiz abzulehnen. Sobald die zusammenschlusskontrollrechtliche Bewilligung vorliegt, ist kein legitimes Bedürfnis ersichtlich, weshalb den Zusammenschlussparteien eine Verhaltenskoordination untersagt sein sollte, da diese gegenüber dem Vollzug des Zusammenschlusses ja einen weniger weit gehenden Eingriff in den Wettbewerb darstellt.

⁶⁴ Vgl. implizit MODRALL/CIULLO (FN 56), E.C.L.R. 2003, 429; anders offenbar WESSELEY (FN 3) Art. 7 Rz. 42.