

Dr. Wolfgang Nothhelfer, Berlin/London*

Die Rolle des Überwachungstreuhänders: (Nur) "Augen und Ohren" der Wettbewerbsbehörde?

Überwachungstreuhänder werden häufig von Wettbewerbsbehörden zur Überwachung von Abhilfemaßnahmen eingesetzt. Dieser Beitrag erläutert die Anforderungen und Aufgaben eines Überwachungstreuhänders bei Zusammenschlüssen und anderen kartellrechtlichen Verfahren und geht auf praktische Herausforderungen dieser Tätigkeit ein.

I. Einleitung

Überwachungstreuhänder¹ haben sich zu einem bewährten Instrument der Wettbewerbsbehörden entwickelt. Das internationale Netzwerk der Wettbewerbsbehörden (ICN) empfiehlt die Nutzung von Treuhändern² und die Leitlinien führender Wettbewerbsbehörden sehen den Einsatz von Überwachungstreuhändern vor³. Überwachungstreuhänder wurden bereits vielfach als „Augen und Ohren“⁴ der Wettbewerbsbehörde beschrieben. Er ist für die Überwachung der Umsetzung von Abhilfemaßnahmen⁵ verantwortlich und übermittelt seine Erkenntnisse an die Wettbewerbsbehörde. Die Aufgaben des Überwachungstreuhänders gehen aber über das Kontrollieren und Aufnehmen von Informationen im Auftrag der Wettbewerbsbehörde hinaus. Je nach Situation ist der Überwachungstreuhänder etwa auch Berater, Experte oder Schlichter.

Überwachungstreuhänder werden zum Großteil für die Überwachung von Zusagen in Zusammenschlussverfahren eingesetzt. Auf europäischer Ebene gab es im Zeitraum 2007-2016 pro Jahr durchschnittlich rund 17 Entscheidungen mit Zusagen (13 in Phase I und vier in Phase II). Bei nahezu allen Fällen mit Zusagen nutzt die Kommission einen Überwachungstreuhänder.⁶ Andere Wettbewerbsbehörden verwenden bei Zusammenschlüssen ebenfalls regelmäßig Überwachungstreuhänder, der Einsatz ist aber in stärkerem Umfang fallabhängig und insbesondere bei komplexen Zusagen relevant.⁷

Dieser Beitrag gibt einen Überblick über die Rolle sowie praktische Herausforderungen der Tätigkeit eines Überwachungstreuhänders. Da Überwachungstreuhänder am häufigsten in Zusammenschlussverfahren eingesetzt werden, wird zunächst auf den Auswahlprozess sowie die wesentlichen Aufgaben bei Fusionen eingegangen. Im Anschluss wird die Überwachungstätigkeit in anderen Verfahren besprochen sowie die Frage diskutiert, wie eigenständig Überwachungstreuhänder agieren. Der Beitrag erläutert insbesondere die Praxis auf europäischer Ebene und beschreibt teilweise nationale Besonderheiten und Einzelfälle, insbesondere aus Deutschland, Österreich, dem Vereinigten Königreich und den USA.

II. Ernennungsprozess in Zusammenschlussverfahren

Treten bei Zusammenschlüssen Wettbewerbsbedenken auf, können diese in manchen Fällen durch Abhilfemaßnahmen beseitigt werden, so dass die Transaktion dennoch in modifizierter Form durchgeführt werden kann. In einem solchen Fall verpflichten sich die Fusionsparteien gegenüber der Behörde, als Teil der Abhilfemaßnahmen einen Überwachungstreuhänder zu beauftragen. Die Unternehmen haben ein Vorschlagsrecht, wer die Tätigkeit ausüben soll. Der Kandidat muss aber von der Wettbewerbsbehörde genehmigt werden.

Teilweise führen die Behörden ein Gespräch mit dem oder den vorgeschlagenen Kandidaten.

Die britische Competition and Markets Authority (CMA) beispielsweise verwaltet eine Liste von Anbietern, die für Treuhänder-Tätigkeiten zur Verfügung stehen. Es ist aber keine zwingende Voraussetzung einen Treuhänder von dieser Liste vorzuschlagen. Allerdings kann es den Genehmigungsprozess etwas vereinfachen, da diese Dienstleister der CMA bereits bekannt sind und daher in der Regel kein Gespräch mit dem Kandidaten vorab erforderlich ist.⁸

1. Voraussetzungen

Es gibt keine formelle Qualifikation, die eine Voraussetzung für die Tätigkeit als Überwachungstreuhänder ist. Grundsätzlich kann jede Person oder Organisation, die die Voraussetzungen der fachlichen Qualifikation und Unabhängigkeit erfüllt, die Aufgabe des Überwachungstreuhänders übernehmen.

Die fachliche Eignung hängt von den Anforderungen des jeweiligen Falls ab. Bei Veräußerungszusagen sind in der Regel betriebswirtschaftliche Kenntnisse notwendig. Praktische Management-Erfahrung des Überwachungstreuhänders kann hierbei sehr hilfreich sein. Zudem wird Erfahrung mit M&A-Prozessen vorausgesetzt. Entsprechend den Anforderungen des jeweiligen Marktes ist teilweise spezifische Industrieerfahrung erforderlich.⁹ Je nach Komplexität der erforderlichen Ring-Fencing-Maßnahmen¹⁰ können auch vertiefte

* Dr. Wolfgang Nothhelfer ist Partner bei NOCON Nothhelfer Consulting in Berlin und London.

1 In diesem Beitrag wird durchgehend die Bezeichnung Überwachungstreuhänder verwendet. Ebenfalls übliche Bezeichnungen sind Sicherungstreuhänder oder auf Englisch Monitoring Trustee oder Monitor.

2 „Competition authorities benefit from the use of third parties as trustees as they often have specialized expertise and lessen the burden on the authority's resources affected by the merger.“ ICN Merger Working Group, Merger Remedies Guide, 2016, S. 25.

3 Kommission, Abl. 2008 Nr. C267,1, S.33 ff.; BKartA, Leitfaden Zusagen in der Fusionskontrolle, 2017, S.70 ff.; Competition Commission, Merger Remedies: Competition Commission Guidelines, CC8, November 2008, Rn. 3.23; FTC, Negotiating Merger Remedies, 2012, S.15, US Department of Justice, Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies, Juni 2011 (USDOJ Merger Remedies Guide), S. 26.

4 Kommission, Abl. 2008 Nr. C267, 1, Rn. 118; FTC, Negotiating Merger Remedies, 2012, S. 16.

5 In diesem Beitrag werden die Begriffe Abhilfemaßnahme und Zusage synonym verwendet.

6 Hoeg, European Merger Remedies Law and Policy, 2014, S. 230.

7 Das Bundeskartellamt setzt laut ihrem Zusagen-Leitfaden Sicherungstreuhänder „regelmäßig“ ein. In der Praxis wird bei Fällen mit geringer Komplexität teilweise auch darauf verzichtet, z. B. BKartA v. 28.10.2016, B2-51/16 – REWE/Coop. Die FTC setzt sogenannte Monitors insbesondere bei komplexen Abhilfemaßnahmen ein. Siehe: FTC, The FTC's Merger Remedies 2006-2012, 2017, S.4. Die Competition and Markets Authority nutzt Überwachungstreuhänders zur Überwachung komplexer Fusionszusagen. Bei Abhilfemaßnahmen in Phase I wird allerdings häufig kein Überwachungstreuhänder eingesetzt.

8 Allerdings gibt es keine Garantie, dass ein Treuhänder, der auf dieser Liste steht, von der CMA genehmigt wird, da etwa Interessenkonflikte im konkreten Einzelfall bestehen können.

9 Zum Beispiel war Erfahrung im Bereich Luftfahrt eine Voraussetzung für den Überwachungstreuhänder im Fall IAG/Aer Lingus, Kommission v. 14.7.2015, COMP/M.7541, Rn. 6.2 der Commitments.

10 Ring-Fencing bezeichnet den Schutz vertraulicher Information des zu veräußernden Geschäfts vor dem Zugriff von Mitarbeitern des verbleibenden Geschäfts.

IT-Kenntnisse erforderlich sein. Zudem muss eine ausreichende personelle und zeitliche Verfügbarkeit für die Aufgaben gewährleistet sein. Eine Vorerfahrung mit der Tätigkeit als Überwachungstreuhänder ist nicht zwingend erforderlich, in der Praxis sind heutzutage aber überwiegend erfahrene Überwachungstreuhänder tätig.

Eine wesentliche Anforderung an den Überwachungstreuhänder ist seine Unabhängigkeit. Wettbewerbsbehörden setzen voraus, dass kein aktueller oder potentieller Interessenkonflikt bestehen darf. Nach Erfahrung des Autors ist die Kommission sehr streng bei der Auslegung der Unabhängigkeit. So können etwa Geschäftsbeziehungen innerhalb der vergangenen drei Jahre aus Sicht der Kommission problematisch sein.¹¹ Darüber hinaus unterliegt jede neue Geschäftsbeziehung mit den Fusionsparteien während der Überwachungsphase einem Genehmigungsvorbehalt der Kommission, der restriktiv angewendet wird und nicht nur für das Unternehmen des Treuhänders, sondern auch Partnerunternehmen des Treuhänders gilt.¹² Für die Teammitglieder gilt der Genehmigungsvorbehalt bis zu drei Jahre nach Beendigung der Überwachungstätigkeit weiter. Wegen der erforderlichen Unabhängigkeit sind es insbesondere kleine und mittelgroße Unternehmensberatungen, die sich auf diese Tätigkeit spezialisiert haben.

2. Genehmigung und Ernennung

Aufgrund schlechter Erfahrungen in der Vergangenheit¹³ ist die Kommission bemüht, dass Überwachungstreuhänder bereits kurz nach der Entscheidung ernannt werden¹⁴. In der Regel sind Fusionsparteien verpflichtet innerhalb von zwei Wochen nach der Entscheidung einen Treuhänder vorzuschlagen.¹⁵ Auch andere Wettbewerbsbehörden sehen eine frühzeitige Ernennung des Überwachungstreuhänders vor. Gemäß dem Verfahrensablauf bei der FTC wird der Monitor üblicherweise bereits namentlich in der Entscheidung („Order“) genannt oder er steht zumindest fest.¹⁶

In komplexen Fällen, zum Beispiel bei Carve-Outs¹⁷ oder Mix-and-Match-Lösungen¹⁸, könnte es aus Sicht des Autors im Einzelfall sinnvoll sein, einen Überwachungstreuhänder bereits vor der Entscheidung miteinzubeziehen, um die Umsetzbarkeit von Zusagen zu prüfen und beim Umfang und der konkreten Zusammensetzung des Zusagenpakets beratend tätig zu sein. Zwar werden Zusagen vorschläge üblicherweise einem Markttest unterzogen, es ist aber für Dritte von außen häufig schwer zu beurteilen, ob ein Carve-Out erfolgreich umgesetzt werden kann und welche Regelungen im Detail erforderlich sind. Die Wettbewerbsbehörden sind aufgrund ihrer bisherigen Erfahrungen häufig skeptisch hinsichtlich der erfolgreichen Umsetzbarkeit von Carve-Outs oder Mix-and-Match-Lösungen.¹⁹ Die Einbeziehung²⁰ eines Überwachungstreuhänders bereits in der Genehmigungsphase könnte der Wettbewerbsbehörde mehr Transparenz hinsichtlich der möglichen Risiken geben. Für eine belastbare Beurteilung müsste der Überwachungstreuhänder allerdings über einschlägige Industrieerfahrung verfügen.

3. Internationale Zusammenschlüsse

Werden für eine Freigabe Zusagen mit unterschiedlichen Wettbewerbsbehörden verhandelt, kommt es in der Regel zu einer Abstimmung der Wettbewerbsbehörden hinsichtlich der Ausgestaltung der Zusagen. Die Überwachung der Zusagen kann durch einen Überwachungstreuhänder für meh-

re Wettbewerbsbehörden erfolgen.²¹ Es erfolgt in einem solchen Fall eine separate Ernennung durch die jeweilige Behörde. Das konkrete Aufgabenspektrum kann sich je nach Behörde unterscheiden, aber ein erheblicher Teil der Tätigkeit überlappt in der Regel, so dass die Beauftragung eines einzelnen Überwachungstreuhänders zu erheblichen Kosteneinsparungen für die Fusionsparteien führen kann und auch die Arbeit der Wettbewerbsbehörden erleichtert, da der Koordinationsaufwand geringer ist.

4. Vergütung

Die Kommission bevorzugt Vergütungsstrukturen, in denen der Überwachungstreuhänder nach Aufwand und nicht pauschal vergütet wird.²² In der Remedy Study hatte die Kommission festgestellt, dass pauschale Vergütungen keinen Anreiz für den Überwachungstreuhänder schaffen, proaktiv zu handeln. Zudem kann eine Vergütung in Abhängigkeit vom Verkaufspreis zu einem Interessenkonflikt führen, da die Kommission an einem zügigen Abschluss interessiert ist, wohingegen der Überwachungstreuhänder in einem solchen Fall eine Maximierung des Verkaufspreises anstreben würde.²³ Der Mustertext für Verpflichtungszusagen sieht daher vor, dass eine Erfolgsprämie nur gezahlt werden darf, wenn die Veräußerung innerhalb der vorgesehenen Veräußerungsfrist erfolgt.²⁴

III. Wesentliche Aufgaben in Zusammenschlussverfahren

Nachfolgend wird ein Überblick über die Aufgaben gegeben, die häufig im Rahmen von Zusammenschlussverfahren anfallen. Zunächst werden die wesentlichen Aufgaben im Rahmen von Veräußerungszusagen dargestellt. Anschließend wird auf weitere Tätigkeiten im Zusammenhang mit anderen Zusagenarten eingegangen.

11 Siehe beispielsweise die Anforderung im Fall *IAG/Aer Lingus*, Kommission v. 14.7.2015, COMP/M.7541, Rn. 6.2 der Commitments, dass der Überwachungstreuhänder keinerlei direkte oder indirekte Geschäftsverbindungen zu den Fusionsparteien in den drei Jahren vor Beginn der Tätigkeit sowie im Anschluss an die Tätigkeit haben darf.

12 Kommission, Modelltext für Treuhandmandat, Version 5. Dezember 2013, Rn. 27.

13 Kommission, Merger Remedies Study, 2005, S.89-90.

14 Kommission, Abl. 2008 Nr. C267,1, Rn. 123.

15 Kommission, Mustertext für Veräußerungszusagen, Version 5. Dezember 2013, Rn. 19. Sofern die Kommission den oder die vorgeschlagenen Treuhänder ablehnt, sind die Fusionsparteien verpflichtet innerhalb einer Woche zwei weitere Vorschläge zu unterbreiten. Werden alle weiteren vorgeschlagenen Treuhänder ebenfalls von der Kommission abgelehnt, so benennt die Kommission selbst einen Treuhänder.

16 FTC, Negotiating Merger Remedies, 2012, S.16.

17 Bei einem „Carve-Out“ handelt es sich um die Ausgliederung eines als organisatorische Einheit bestehenden Teilbereichs eines Gesamtunternehmens, wenn dieser Teilbereich kein bestehendes, eigenständiges Unternehmen darstellt.

18 Bei einer „Mix-and-Match“-Verpflichtungszusage handelt es sich um die Zusammenstellung eines Veräußerungsgegenstands aus verschiedenen Unternehmensbereichen und Vermögensgegenständen des Erwerbers und des Zielunternehmens zu einer neuen Einheit.

19 Siehe etwa Kommission, Merger Remedies Study, 2005, Rn. 70; BKartA, Leitfaden Zusagen in der Fusionskontrolle, 2017, S. 47-51; FTC, The FTC's Merger Remedies 2006-2012, 2017, S. 21-22.

20 Sofern der Überwachungstreuhänder noch nicht formal in dieser Rolle bestellt ist, sondern nur beratend tätig wird, müsste seine Tätigkeit eng mit der Wettbewerbsbehörde abgestimmt sein, damit er nicht als Berater der Fusionsparteien gilt und damit seine Unabhängigkeit gefährdet wäre.

21 Siehe hierzu auch die Empfehlungen des ICN: ICN Merger Working Group, Merger Remedies Guide, 2016, Annex 1.

22 Vgl. Hoeg, European Merger Remedies Law and Policy, 2014, p. 237.

23 Kommission, Merger Remedies Study, 2005, S. 93.

24 Kommission, Mustertext für Veräußerungszusagen, Version 5. Dezember 2013, Rn. 22.

1. Getrennte Geschäftsführung und Schutz vertraulicher Informationen

Veräußerungszusagen umfassen in der Regel die Verpflichtung, das zu veräußernde Geschäft getrennt zu führen und vertrauliche Informationen zu schützen.²⁵ Sofern es sich hierbei um ein eigenständiges Unternehmen handelt, stellen diese Verpflichtungen zumeist keine besonderen Herausforderungen dar. Werden aber erhebliche Teile der Unternehmensfunktionen nicht eigenständig erbracht, sind regelmäßig aufwändige Maßnahmen erforderlich.

a) *Hold-Separate-Manager*. Häufig werden die Fusionsparteien verpflichtet, einen Hold-Separate-Manager²⁶ zu beauftragen, um das zu veräußernde Geschäft operativ zu führen. Seine Aufgabe ist es, das zu veräußernde Geschäft unabhängig und in dessen bestem Interesse zu leiten.²⁷ Der Überwachungstreuhänder arbeitet eng mit dem Hold-Separate-Manager zusammen, überwacht dessen Arbeit und kann ihn bei Bedarf auch abberufen.²⁸ Teilweise gibt der Überwachungstreuhänder auch eine Beurteilung darüber ab, ob ein Kandidat für die Aufgabe des Hold-Separate-Managers geeignet ist.²⁹

Im Idealfall hat der Hold-Separate-Manager bereits eine Leitungsfunktion im zu veräußernden Geschäft inne und wechselt mit dem zu veräußernden Geschäft zum Erwerber. Insbesondere bei Carve-Outs oder Mix-and-Match-Lösungen kann es aber vorkommen, dass es bislang für das zu veräußernde Geschäft keine eigene Managementposition gibt. Daher werden teilweise Führungskräfte aus anderen Unternehmensbereichen temporär für die Funktion des Hold-Separate-Managers eingesetzt. Eine Rückkehr des Hold-Separate-Managers in das verbleibende Geschäft kommt nach Erfahrung des Autors vor, ist aber aufgrund möglicher Interessenkonflikte nicht erwünscht. Um eine stärkere Unabhängigkeit zu gewährleisten, werden daher teilweise Führungskräfte, die kurz vor der Pensionierung stehen, eingesetzt, so dass eine Rückkehr nach der Veräußerung nicht erfolgt.

Eine weitere Möglichkeit ist die Einsetzung eines externen Hold-Separate-Managers, ggf. auch aus dem Team des Überwachungstreuhänders. Ein externer Manager verfügt allerdings nicht über firmenspezifisches Know-how und kann daher nur mit Verzögerung effektiv handeln. Daher wird im Regelfall eine interne Lösung bevorzugt. In Einzelfällen kann es auch sinnvoll sein, aus Gründen der Lebensfähigkeit auf das separate Management einer kleinen Einheit zu verzichten.³⁰

b) *Ring-Fencing*. Für den Schutz vertraulicher Informationen müssen zunächst die Informationsflüsse zwischen dem zu veräußernden Geschäft und dem verbleibenden Geschäft identifiziert werden. Die weiterhin notwendigen Informationsflüsse, beispielsweise für die Rechnungslegung des verbleibenden Geschäfts oder zum Zwecke des Veräußerungsprozesses, müssen abgesichert werden. Dafür ist der Kreis der Zugriffsberechtigten zu bestimmen und die Informationen sind abgesichert zu speichern und aufzubewahren, so dass nur Zugriffsberechtigte Einsicht nehmen können. Alle Zugriffsberechtigten müssen eine Vertraulichkeitserklärung abgeben.

Alle weiteren Informationsflüsse sind schnellstmöglich zu unterbrechen. Sofern das zu veräußernde Geschäft in das IT-System des verbleibenden Geschäfts integriert ist, sollten Zugriffsmöglichkeiten auf vertrauliche Informationen beschränkt werden.³¹ Abhängig von der Sensitivität und Art der Informationsflüsse sowie den gegebenen Möglichkeiten

kann eine räumliche Trennung des zu veräußernden Geschäfts erforderlich sein. Dies kann Büroräume, Produktionshallen, aber auch Sozialräume oder Drucker- und Kopiererräume umfassen. Im Einzelfall kann eine Trennung zusätzlich durch eine Umprogrammierung von Zugangskarten abgesichert werden.

2. Überwachung der Lebensfähigkeit

Eine wichtige Aufgabe des Überwachungstreuhänders bei Veräußerungszusagen ist es, die Lebensfähigkeit und Werthaltigkeit des zu veräußernden Geschäfts bzw. der Assets zu erhalten. Die dazu erforderlichen Maßnahmen sind naturgemäß fallabhängig.

a) *Kennzahlen*. Für die Überwachung ist die Identifikation geeigneter Kennzahlen erforderlich, die sich je nach Branche unterscheiden. Ergebniskennzahlen sind wichtig, um den allgemeinen wirtschaftlichen Zustand des Geschäfts zu beschreiben. Kurzfristig auftretende Schwierigkeiten schlagen sich jedoch teilweise erst mit einer gewissen Verzögerung in diesen Zahlen nieder. Daher ist es sinnvoll, weitere geeignete Kennzahlen für das Geschäft zu überwachen, die vorausschauenden Charakter haben, beispielsweise Auftragseingang, Kundenreklamationen sowie Kündigungen von Mitarbeitern. Qualitative Informationen, wie etwa die Rückmeldung von Vertriebsmitarbeitern, können ebenfalls wichtige Hinweise auf die Geschäftsentwicklung liefern.

b) *Fortführung und Weiterentwicklung des Geschäfts*. Während der Veräußerungsphase sind die Fusionsparteien verpflichtet, ausreichende Mittel für die Entwicklung des zu veräußernden Geschäfts bereitzustellen.³² Dies ist teilweise unproblematisch, in manchen Fällen sind aber Entscheidungen erforderlich, die erhebliche finanzielle Auswirkungen auf die Fusionsparteien haben können. Hierzu zählen etwa große Investitionsentscheidungen oder Vertragsverhandlungen mit wichtigen Kunden. Für operative Entscheidungen ist zwar primär der Hold-Separate-Manager zuständig, dieser wird aber bei wichtigen Entscheidungen häufig die explizite Zustimmung des Überwachungstreuhänders einfordern. Zudem kann es im Einzelfall vorkommen, dass Hold-Separate-Manager unerfahren und mit ihrer Aufgabe überfordert sind, so dass der Überwachungstreuhänder stärker operativ

25 Kommission, Mustertext für Veräußerungszusagen, Version 5. Dezember 2013, Rn. 9-12.

26 Teilweise wird dieser auch als Operating Trustee, Hold Separate Trustee oder Hold Separate Monitor bezeichnet. Vgl. USDOJ Merger Remedies Guide, S. 26; FTC, Negotiating Merger Remedies, 2012, S. 16.

27 Kommission, Mustertext für Veräußerungszusagen, Version 5. Dezember 2013, Rn. 10.

28 Kommission, Abl. 2008 Nr. C267,1, Rn. 112. Der Leitfaden des BKartA weist darauf hin, dass die Rolle des Hold-Separate-Managers im Einzelfall variiert und in Einzelfällen die Aufgaben des Hold-Separate-Managers und Sicherungstreuhänders von derselben Person übernommen werden. BKartA, Leitfaden Zusagen in der Fusionskontrolle, 2017, Rn. 154.

29 Vgl. Hoeg, European Merger Remedies Law and Policy, 2014, S. 247.

30 Dem Autor ist ein Fall bekannt, bei dem ein Veräußerungsgeschäft ein einzelnes Produkt betraf, die Vertriebsorganisation in diesem Bereich aber eine Vielzahl von Produkten umfasste, wobei die anderen, verbleibenden Produkte nicht dem gleichen relevanten Markt angehörten. Alle Produkte wurden gemeinsam weltweit vertrieben. Die Bildung einer kleinen Hold-Separate-Einheit hätte den Vertrieb des zu veräußernden Produkts erschwert, da es nicht mehr Teil der großen Vertriebsorganisation und des Gesamtportfolios gewesen wäre und ein kleines Vertriebsteam nicht vergleichbar effiziente Vertriebsanstrengungen hätte durchführen können.

31 Siehe hierzu auch die Ausführungen und das Fallbeispiel im Leitfaden des Bundeskartellamts: BKartA, Leitfaden Zusagen in der Fusionskontrolle, 2017, Rn. 96-97.

32 Kommission, Mustertext für Veräußerungszusagen, Version 5. Dezember 2013, Rn. 8.

eingreifen muss und so die Grenze zwischen Überwachung und aktivem Management verschwimmt.

Alle Entscheidungen sind im Hinblick auf die Auswirkungen auf das zu veräußernde Geschäft zu treffen. Ferner sollte berücksichtigt werden, ob Entscheidungen ohne negative Auswirkungen auf einen Zeitpunkt nach der Veräußerung verschoben werden können. Fällt beispielsweise eine Maschine aus, so dass die Produktion unterbrochen ist, muss umgehend Ersatz beschafft werden, sofern hierdurch Lieferengpässe zu erwarten sind. Verfügt das Geschäft dagegen über ausreichende Ersatzkapazität, kann eine Anschaffung unter Umständen verschoben werden. Für eine Verschiebung könnte sprechen, dass ein zukünftiger Erwerber die Investition nach seinen Anforderungen gestalten kann.

Eine wichtige Maßnahme, um die Verunsicherung von Mitarbeitern abzumildern, ist Kommunikation. Eine transparente Darstellung des Prozesses ist erfahrungsgemäß hilfreich. Für die Bindung von wichtigen Mitarbeitern können ggf. finanzielle Prämien eingesetzt werden.

c) *Stimmrechte*. Sofern es sich bei dem zu veräußernden Geschäft um eine eigene Gesellschaft handelt, kann es erforderlich sein, dass Stimmrechte durch den Überwachungstreuhänder im Interesse des Werterhalts und der Lebensfähigkeit des zu veräußernden Geschäfts ausgeübt werden.³³ Üblicherweise erfolgt die Ausübung des Stimmverhaltens weisungsfrei, in Ausnahmefällen kann die Kommission einer Weisung oder Ausübung durch die Fusionsparteien zustimmen.³⁴ Unter Umständen kann auch eine Ausübung der Stimmrechte durch Mitgesellschafter möglich sein.³⁵

3. Veräußerungsprozess

a) *Überwachung des Prozesses*. Die Fusionsparteien sind bis zum Ablauf der ersten Veräußerungsfrist selbst für den Veräußerungsprozess verantwortlich.³⁶ Wie die Kommission aus früheren Verfahren weiß, versuchen Fusionsparteien teilweise bewusst schwache Wettbewerber als Käufer vorzuschlagen und andere Kaufinteressenten zu behindern, in dem sie unzureichende Informationen zur Verfügung stellen oder einen unangemessenen Zeitraum für eine Due Diligence vorsehen.³⁷ Daher ist es die Aufgabe des Überwachungstreuhänders, den Gang des Veräußerungsverfahrens zu überwachen. Hierfür bespricht der Überwachungstreuhänder regelmäßig die erzielten Fortschritte und den weiteren Zeitplan und wirkt auf ein zügiges Verfahren hin.³⁸ Hinsichtlich der Gestaltung des Veräußerungsprozesses prüft der Überwachungstreuhänder, ob wesentliche Marktakteure angesprochen werden und ob Interessenten ausreichenden Zugang zu Informationen und Mitarbeitern des zu veräußernden Geschäfts erhalten. Ferner sollte im Verkaufsprozess nicht bereits in einer frühen Phase exklusiv verhandelt werden, um mehrere potentielle Erwerber verfügbar zu haben.

Im Rahmen des Verkaufsprozesses wurde von Kaufinteressenten in einigen Fällen Zugang zum vollständigen Wortlaut der Zusagen gefordert. Dies wurde von der Kommission allerdings teilweise abgelehnt, da die Kenntnis aller Details zu strategischem Bieterverhalten führen und einen erheblichen Nachteil für die Fusionsparteien im Verkaufsprozess bedeuten könnte.³⁹

b) *Genehmigung des Erwerbers*. Sobald die Fusionsparteien einen Erwerber gefunden haben, schlagen sie diesen der Kommission vor und reichen hierfür die Kaufverträge sowie ggf. sonstige Vereinbarungen zur Prüfung ein. Der Überwachungstreuhänder gibt innerhalb einer Woche eine Stellungnahme über die Geeignetheit des Erwerbers ab.⁴⁰ Übli-

cherweise beginnt der Überwachungstreuhänder mit dieser Analyse bereits vor dem formalen Vorschlag der Fusionsparteien. Für seine Einschätzung benötigt der Überwachungstreuhänder Informationen und Unterlagen des Erwerbers zur Unabhängigkeit, zur finanziellen Lage und Finanzierung der Akquisition sowie über Erfahrung, Kompetenz, Strategie und weitere Geschäftsplanung.

Sofern Bedenken hinsichtlich eines Erwerbers bestehen, kann der Überwachungstreuhänder diese in der Regel frühzeitig signalisieren, so dass Ablehnungen von vorgeschlagenen Erwerbern nach Kenntnis des Autors selten sind. In einem dem Autor bekannten Fall kam es allerdings, trotz signalisierter Bedenken, zum Vorschlag eines problematischen Erwerbers, der dann von der Kommission auch abgelehnt wurde. In diesem Fall plante der Erwerber das zu veräußernde Geschäft wie vorgesehen zu kaufen und verfügte auch über die notwendige Expertise und finanziellen Mittel. Allerdings sah die Strategie des Erwerbers vor, ein unterschiedliches Produktionsverfahren mit anderen Inhaltsstoffen anzuwenden, so dass die Beschaffenheit des Endprodukts gewisse Unterschiede zum derzeitigen Produkt aufweisen würde und für ein gewisses Kundensegment nur noch eingeschränkt nutzbar wäre. Da die Wettbewerbsbedenken der Kommission gerade auch dieses Kundensegment betrafen, wurde der Erwerber nicht genehmigt.

c) *Ablauf der ersten Veräußerungsfrist*. Ist absehbar, dass es den Fusionsparteien nicht gelingen wird, einen akzeptablen Erwerber bis zur ersten Veräußerungsfrist zu finden, kann diese Frist bei Vorliegen wichtiger Gründe verschoben werden.⁴¹ In einem solchen Fall gibt der Überwachungstreuhänder gegenüber der Kommission eine Stellungnahme ab, inwiefern das Verhalten der Fusionsparteien das Nichteinhalten der ersten Veräußerungsfrist verschuldet hat und ob mit einem Abschluss der Veräußerung in naher Zukunft zu rechnen ist. Wird die Verlängerung nicht gewährt oder verstreicht diese Frist ohne erfolgreiche Veräußerung, müssen die Fusionsparteien einen Veräußerungstreuhänder⁴² bestellen, der das zu veräußernde Geschäft ohne Bindung an einen Mindestpreis veräußert.⁴³ Die Aufgaben des Überwachungs- und Veräußerungstreuhänders können von derselben Person oder Organisation übernommen werden.

33 Kommission, Abl. 2008 Nr. C267,1, Rn. 111.

34 Vgl. Anglo American Corporation/Lonrho (M.754), Rn. 126. Siehe hierzu auch Hoeg, S. 239-240.

35 Siehe: Kommission v. 12.8.2003, COMP/M.3235 – Teijin/Zeon/JV, Rn. 6 der Commitments; BKartA, Leitfadens Zusagen in der Fusionskontrolle, 2017, Rn. 98.

36 Kommission, Abl. 2008 Nr. C267,1, Rn. 97. Aufgrund marktspezifischer Besonderheiten kann es in manchen Fällen aber zu detaillierten Vorgaben kommen. Siehe beispielsweise die Entscheidung IAG/Aer Lingus, in der die Kommission sehr detaillierte Vorgaben zum Veräußerungsprozess der Slots machte. Kommission v. 14.7.2015, COMP/M.7541, Abschnitt 2 der Commitments.

37 Kommission, Merger Remedies Study, 2005, S. 70-71. Ebenfalls problematisch ist, wenn die Geschäftsführung des zu veräußernden Geschäfts plant im Rahmen eines Management-Buy-Outs das zu veräußernde Geschäft zu erwerben, da das Management dann den Anreiz hat konkurrierende Bieter mit unzureichenden oder verfälschten Informationen abzuschrecken. Mögliche Gegenmaßnahmen sind eine sehr engmaschige Überwachung des Verkaufsprozesses oder der Ausschluss des Management-Teams als Erwerber.

38 Die Kommission versucht die Veräußerungsperiode möglichst kurz zu halten, da dies einen wesentlichen Unsicherheitsfaktor für das zu veräußernde Geschäft darstellt. Kommission, Abl. 2008 Nr. C 267, 1, Rn. 98.

39 Hoeg, European Merger Remedies Law and Policy, 2014, S. 248.

40 Kommission, Mustertext für Veräußerungszusagen, Version 5. Dezember 2013, Rn. 28 d) viii).

41 Kommission, Abl. 2008 Nr. C267,1, Rn. 72.

42 Die englische Bezeichnung lautet Divestiture Trustee.

43 Kommission, Abl. 2008 Nr. C267,1, Rn. 121-122.

4. Änderung der Abhilfemaßnahme

Neben der oben bereits genannten Verlängerung der Veräußerungsfrist, kann es auch passieren, dass Zusagen verändert werden müssen. Für eine Änderung ist das Vorliegen außergewöhnlicher Umstände erforderlich. Die Kommission geht in ihrer Mitteilung davon aus, dass dies sehr selten bei Veräußerungszusagen angewendet wird, da es sehr unwahrscheinlich ist, dass sich wesentliche Veränderungen der Marktgegebenheiten in dem kurzen Zeitraum ergeben haben.⁴⁴ In der Praxis kommt es aber durchaus vor, dass auch Veräußerungszusagen verändert werden müssen, da diese fehlerhaft sind oder sich die Abhilfemaßnahmen ohne Veränderung nicht erfolgreich umsetzen lassen. Die Aufgabe des Überwachungstreuhänders ist es in einem solchen Fall, eine Beurteilung darüber abzugeben, ob außergewöhnliche Umstände vorliegen und eine Änderung der Zusagen geboten scheint.

5. Weitere Aufgaben in Zusammenschlussverfahren

Die zuvor beschriebenen Aufgaben ergeben sich bei Veräußerungszusagen. Darüber hinaus gibt es in der Fusionskontrolle auch quasi-strukturelle, marktöffnende Abhilfemaßnahmen sowie Verhaltenszusagen, bei denen der Überwachungstreuhänder mit anderen Aufgaben betraut wird.

a) *Schlichtertätigkeit*. Sofern Zusagen eine längerfristige Zusammenarbeit zwischen den Fusionsparteien und Dritten erfordern, etwa bei Lizenzverträgen oder anderen marktöffnenden Maßnahmen sowie Verhaltenszusagen, werden häufig Streitbeilegungsmechanismen bereits in den Zusagentext aufgenommen.⁴⁵ Da die zu erwartenden Streitigkeiten teilweise einen regulatorischen Charakter haben, wird die Schlichtertätigkeit in manchen Fällen durch eine nationale Regulierungsbehörde vorgenommen.⁴⁶ Sofern keine Regulierungsbehörde zur Verfügung steht, übernehmen externe Schlichter⁴⁷ diese Funktion. Häufig ist der Überwachungstreuhänder, zumindest in einer ersten Phase, in das Streitbeilegungsverfahren einbezogen.⁴⁸

b) *Andere Aufgaben*. Neben der Schlichtertätigkeit gibt es ein weites Spektrum möglicher Aufgaben für einen Überwachungstreuhänder, von denen einige beispielhaft genannt werden sollen:

- Überwachung der Einhaltung von Preisvorgaben;⁴⁹
- Überwachung der Nichtausübung von Stimmrechten;⁵⁰
- Überwachung der eigenständigen Fortführung eines Fernsehsenders und Beibehaltung der redaktionellen Unabhängigkeit einer Nachrichten-Redaktion;⁵¹
- Einrichtung und (langfristige) Überwachung von Ring-Fencing-Maßnahmen.⁵²

Bei einer längerfristigen Überwachung wird erfahrungsgemäß in einer ersten Phase zunächst ein Überwachungssystem eingerichtet. Je nach Zusage werden hierfür bestimmte Maßnahmen umgesetzt (z. B. Ring-Fencing) sowie in Zusammenarbeit mit dem betroffenen Unternehmen festgelegt, welche Informationen und Unterlagen für die Überwachung zur Verfügung gestellt werden. Nach Einrichtung des Überwachungssystems erfolgt ein kontinuierliches Monitoring während der Laufzeit der Abhilfemaßnahmen.

IV. Einsatz von Überwachungstreuhändern in anderen Verfahren

Überwachungstreuhänder werden von Wettbewerbsbehörden auch bei Verfahren außerhalb der Zusammenschluss-

kontrolle eingesetzt. Im Fall von Verpflichtungszusagen gemäß Artikel 9 VO 1/2003 nutzt die Kommission regelmäßig Überwachungstreuhänder, um die Einhaltung der Verpflichtungen zu überwachen.⁵³ Ebenso nutzt die Kommission Überwachungstreuhänder bei Entscheidungen gemäß Artikel 7 VO 1/2003. Allerdings ist die Kommission in diesen Fällen nicht berechtigt, dem Unternehmen die Kosten der Überwachung der Abhilfemaßnahmen aufzuerlegen.⁵⁴ In derartigen Verfahren beauftragt die Kommission daher selbst einen Überwachungstreuhänder.⁵⁵ Ferner verwendet die Kommission Überwachungstreuhänder im Rahmen von Beihilfverfahren, insbesondere zur Überwachung von Umstrukturierungsplänen.⁵⁶ Die CMA nutzt Treuhänder auch bei der Überwachung von Zusagen, die sich im Rahmen von Market Investigations ergeben.⁵⁷

Die Aufgaben des Überwachungstreuhänders orientieren sich naturgemäß an den Anforderungen des jeweiligen Verfahrens. Die Art der Aufgaben sind grundsätzlich mit denen in Zusammenschlussverfahren vergleichbar. Auch der Ernennungsprozess ist ähnlich (abgesehen von den genannten Artikel 7-Entscheidungen).

V. Eigenständigkeit des Überwachungstreuhänders

Ein kritischer Aspekt ist die Frage, wieviel Eigenständigkeit der Überwachungstreuhänder bei seiner Tätigkeit hat bzw. haben darf. Die frühere Fassung der Kommissionsmitteilung zu Abhilfemaßnahmen sah vor, dass das Treuhandmandat dem Treuhänder das Recht verleihen sollte, Maßnahmen vorzuschlagen und notfalls durchzusetzen, die der Treuhänder für notwendig erachtet, um die Erfüllung sämtlicher Verpflichtungen zu gewährleisten.⁵⁸ In der aktuellen Fassung der Mitteilung wurde dies dahingehend abgeschwächt, dass der Treuhänder den beteiligten Unternehmen lediglich Maßnahmen vorschlagen kann, die er als für die Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich ansieht.⁵⁹ Diese Änderung ist wohl

44 Kommission, Abl. 2008 Nr. C267,1, Rn. 73.

45 Kommission, Abl. 2008 Nr. C267,1, Rn. 66, 130. Für einen Überblick über Streitbeilegungsmechanismen bei EU-Fusionszusagen, siehe: *Blanke*, in *Blanke und Landolt, EU and US Antitrust Arbitration*, 2011, Kapitel 46.

46 Beispielsweise war im Fall *T-Mobile Austria/Tele.ring* die österreichische Regulierungsbehörde RTR-GmbH für das Streitbeilegungsverfahren verantwortlich. Siehe Kommission v. 26.4.2006, COMP/M.3916.

47 Siehe beispielsweise den Streitbeilegungsmechanismus in Kommission v. 2.9.2003, COMP/M.3083 – *GE/Instrumentarium*, Annex 1.

48 Siehe beispielsweise Kommission v. 14.7.2015, COMP/M.7541 – *IAG/Aer Lingus*, Rn. 7.3 der Commitments; Kommission v. 6.11.2012, COMP/M.6564 – *ARM/Giesecke&Devrient/Gemalto/JV*, Rn. 26 der Commitments.

49 Siehe Competition Commission – *Dräger/Air-Shields*, Report on the proposed acquisition of certain assets representing the Air-Shields business of Hill-Rom, Inc., a subsidiary of Hillenbrand Industries, Inc., May 2004, Rn. 10.39.

50 Siehe BKartA v. 27.2.2008, B5-198-07 – *A-TEC/Norddeutsche Affinerie*, B5-198/07.

51 Siehe BWB, Verpflichtungszusagen in der Zusammenschlussache *ATV/ProSiebenSat1Puls 4*, Z-3373.

52 Kommission v. 12.5.2017, COMP/M.8314 – *Broadcom/Brocade*.

53 Siehe beispielsweise Kommission v. 8.12.2010, COMP/39.398, C (2010) 8760 – *Visa MIF*.

54 EuG, Urt. v. 17.9.2007, T-201/04, Slg. 2007, II-3601 – *Microsoft*, Rn 1274.

55 Die Kommission hat etwa im Fall *Google Shopping* ein Auswahlverfahren für technische Unterstützung durchgeführt. Siehe Abl. 2017 Nr. S121-244258.

56 Siehe beispielsweise Kommission v. 18.11.2009, C 10/2009, C(2009) 9000 – *ING*.

57 Competition Commission, Guidelines for market investigations: Their role, procedures, assessment and remedies, April 2013, Annex B., Rn. 26, 43.

58 Kommission, Abl. 2001 Nr. C 68, 3, Rn. 52.

59 Kommission, Abl. 2008 Nr. C 267, 1, Rn. 118.

auf das Urteil des Gerichts im Fall Microsoft zurückzuführen.⁶⁰

Dennoch kann es vorkommen, wie bereits weiter oben beschrieben, dass der Überwachungstreuhänder in bestimmten Fällen Entscheidungen zu treffen hat, die erhebliche Auswirkungen auf die betroffenen Unternehmen haben, etwa bei der Ausübung von Stimmrechten oder wichtigen Investitionsentscheidungen. Zwar berichtet der Überwachungstreuhänder der Kommission regelmäßig über seine Aktivitäten. Wettbewerbsbehörden nutzen den Überwachungstreuhänder aber gerade, um eigene Ressourcen zu schonen und von der zusätzlichen Expertise zu profitieren (z. B. im Bereich Unternehmensführung). Daher verfolgt und prüft ein Case Team einzelne Maßnahmen und Entscheidungen möglicherweise nicht im Detail, was dem Überwachungstreuhänder erhebliche Ermessensspielräume geben kann.⁶¹

Ferner müssen Zusagen praktisch umgesetzt und operationalisiert werden. Bei Veräußerungszusagen sind teilweise nicht alle Details geregelt und es obliegt dem Überwachungstreuhänder bei Carve-Outs, die Aufteilung von Assets und Mitarbeitern zwischen verbleibendem und zu veräußerndem Geschäft zu überwachen.⁶² Bei Verhaltenszusagen ist es zumeist die Aufgabe des Überwachungstreuhänders, ein Überwachungssystem zu entwickeln, das die effektive Überwachung der Zusagen gewährleistet. Der Überwachungstreuhänder schlägt hierbei vor, welche Informationen und Unterlagen in welchen Zeitabständen für die Überwachung erforderlich sind. Die Erfahrung des Autors ist, dass sich die Wettbewerbsbehörden dabei zumeist auf die Einschätzung des Überwachungstreuhänders verlassen.

Übt der Überwachungstreuhänder die Funktion eines Schlichters aus, hat er direkten Einfluss auf Verhandlungsergebnisse mit Drittparteien. In Einzelfällen kann es auch zu einer unterschiedlichen Auslegung der Zusagen durch die Wettbewerbsbehörde und die beteiligten Unternehmen kommen, etwa wenn die Formulierung der Zusagen nicht

hinreichend präzise ist. In solchen Konfliktfällen kann dem Überwachungstreuhänder eine vermittelnde Rolle zwischen Wettbewerbsbehörde und beteiligten Unternehmen zufallen, auch wenn diese nicht im Treuhandmandat vorgesehen ist.

Im Ergebnis wird der Überwachungstreuhänder durch die Wettbewerbsbehörde instruiert, dabei verlässt sich die Wettbewerbsbehörde allerdings häufig auf die Einschätzung des Treuhänders und räumt diesem, zumindest in Teilbereichen, erheblichen Ermessensspielraum ein.

VI. Zusammenfassung

Überwachungstreuhänder spielen eine wichtige Rolle, damit Abhilfemaßnahmen effektiv umgesetzt werden können. Die Anforderungen und Aufgaben sind fallabhängig. Während bei Veräußerungszusagen insbesondere die Überwachung des Veräußerungsgeschäfts und das Verkaufsverfahren im Mittelpunkt stehen, sind bei längerfristigen Abhilfemaßnahmen eher regulatorische Fragestellungen relevant. Auch wenn der Treuhänder der Behörde regelmäßig berichtet und von dieser instruiert wird, ergeben sich teilweise erhebliche Ermessensspielräume. Der Treuhänder kontrolliert nicht nur, sondern berät Unternehmen und Wettbewerbsbehörde und schlichtet mögliche Konflikte zwischen Beteiligten. Er ist insofern nicht nur „Augen und Ohren“ der Wettbewerbsbehörde, sondern ein eigener „Kopf“, der erheblichen Einfluss auf die Umsetzung der Abhilfemaßnahmen und den Ablauf des Prozesses hat. ■

⁶⁰ Das Gericht stellte in seinem Urteil fest, dass der Treuhänder unabhängig von der Kommission agierte und mit Rechten ausgestattet war, die die Kommission nicht hätte an Dritte übertragen dürfen. EuG, Urt. v. 17.9.2007, T-201/04, Slg. 2007, II-3601 – *Microsoft*, Rn. 1269-1271.

⁶¹ Kritisch hierzu: *Brueckner/Hoehn*, *Competition Law International* 2010, 73, 75-76.

⁶² Siehe beispielsweise *Kommission v. 27.3.2017, COMP/M.7932 – Dow/Dupont*, Rn. 28 (ii) d) der Commitments.

Dr. Anno Haberer und Dr. Christoph Rung, Mannheim*

Teilhabe- und Zugangsansprüche gegenüber der öffentlichen Hand – Ein Fall für das Kartellrecht?

Aufgrund rechtlicher und tatsächlicher Sonderstellungen ist die öffentliche Hand häufig in der Lage, den Zugang zu Märkten zu kontrollieren. Der vorliegende Beitrag untersucht, welche Möglichkeiten private Unternehmen haben, Teilhabe- und Zugangsansprüche gegen staatliche Stellen geltend zu machen, um Zugang zu derart kontrollierten Märkten zu erlangen. Neben fragmentarischen Rechtsschutzmöglichkeiten über öffentlich-rechtliche und lauterkeitsrechtliche Vorschriften bietet insbesondere das Kartellrecht Anknüpfungspunkte.

I. Einleitung

Der Rechtsschutz privater gegen unternehmerische Tätigkeit der öffentlichen Hand ist ein beständig diskutiertes Problemfeld. Neben einer Vielzahl von Gerichtsurteilen¹ und Aufsätzen² hat sich auch das Bundeskartellamt eingehend mit dem „Staat als Unternehmer“ befasst.³ Im Fokus steht neben der staatlichen Nachfragetätigkeit und den damit einhergehenden vergaberechtlichen Fragestellungen insbesondere die

Entfaltung von Wettbewerbstätigkeit durch die öffentliche Hand. Gefahren für den Wettbewerb gehen allerdings nicht nur von der staatlichen Angebots- und Nachfragetätigkeit aus. Oftmals viel gravierender ist der Umstand, dass öffentliche Stellen aus rechtlichen oder faktischen Gründen in der Lage sind, Schlüsselressourcen zu kontrollieren, die für den Marktzugang entscheidend sind. Der Staat kann so private Wettbewerbstätigkeit fördern oder behindern, ein Problemfeld, das noch unzureichend aufgearbeitet ist.

Nach einem kurzen Problemaufriss (II.) beleuchten die Autoren die Möglichkeiten und Grenzen verschiedener öffentlich-

* *Dr. Anno Haberer* ist Rechtsanwalt und Partner, *Dr. Christoph Rung* ist Rechtsanwalt bei der Sozietät RITTERSHAUS in Mannheim.

¹ Vgl. BGH, Urt. v. 8.4.2003, KZR 39/99 – *Schilderpräger*; Urt. v. 9.7.2002, KZR 30/00 – *Fernwärme Börsen*.

² Vgl. z. B. *Piper*, GRUR 1986, 574; *v. Wallenberg*, MMR 2001, 512; *Hauck*, GRUR 2008, 665; *Kerst*, VR 2014, 325; *Podszun/Palzer*, NJW 2015, 1496; *Kling*, NZKart 2017, 611.

³ Vgl. das Hintergrundpapier des BKartA „Der Staat als Unternehmer“ vom 2.10.2014.