



Arbeitsrecht
Banken & Finanzdienstleister
Bau- & Immobilienrecht
Datenrecht
Energierecht
Erbrecht & Nachlassplanung
Finanzierungen
Finanzmarktinfrastrukturrecht
FinTech
Funds & Asset Management
Gesellschafts- & Handelsrecht
Immaterialgüterrecht
Medienrecht
Mergers & Acquisitions
Migrationsrecht
Notariat
Pharma- & Gesundheitsrecht
Prozessführung & Schiedsgerichtsbarkeit
Restrukturierung & Insolvenz
Steuerrecht
Technologierecht (IT)
Venture Capital & Private Equity
Versicherungen
Wettbewerbsrecht
Wirtschaftsstrafrecht

Kartellrechtliche Themen bei Mergers & Acquisitions

1. Einleitung

Das Kartellrecht spielt bei M&A-Transaktionen auf verschiedenen Ebenen eine Rolle:

- Strukturierung / Meldepflicht (Ziff. 2);
- Sofern ein Wettbewerber des Verkäufers oder des Targets als Kaufinteressent auftritt, ist während des gesamten Transaktionsprozesses zu gewährleisten, dass es zu keinem unzulässigen Informationsaustausch bzw. zu Kartellabsprachen kommt (Ziff. 3);
- Während der Due Diligence sind kartellrechtliche Risiken des Targets zu identifizieren. Falls ein Risiko besteht, kann dies zu hohen Sanktionen führen. Deshalb sollten solche Risiken in den Vertragsverhandlungen aufgenommen und im Vertrag entsprechend abgebildet werden (z. B. Schadloshaltung usw.) (Ziff. 4);
- Falls eine Meldepflicht besteht, ist zu gewährleisten, dass die Transaktion nicht vor der behördlichen Zustimmung vollzogen oder auch nur teilweise implementiert wird (sog. «gun-jumping») (Ziff. 5).

2. Strukturierung der Transaktion

Kartellrechtliche Restriktionen und Rechtsvorteile sind bei der Strukturierung von Transaktionen zu beachten.

Bei Trade Sales:

- Frühzeitige Abklärung von Meldepflichten in der Schweiz und im Ausland;
- Achtung: Teilweise tiefe Umsatzmeldeschwellen im Ausland (beispielsweise in Deutschland und Österreich);
- Prüfung von Wettbewerbsverboten und Exklusivitätsklauseln;

- Frühe Prüfung von möglichen Auflagen bzw. Carve-Out Optionen, falls der Deal meldepflichtig ist und zu erheblichen Marktanteilsadditionen führen würde.

Zusätzlich bei Joint Ventures:

- Gründung oder Beteiligung an einem Joint-Venture – gemeinsame Kontrolle hat kartellrechtliche Vorteile, kann aber zu einer Meldepflicht führen;
- Gemeinsame Kontrolle auch aufgrund von Minderheitsrechten möglich, wie beispielsweise Veto-Rechte (ausserhalb des Schutzes von rein finanziellen Interessen);
- Achtung bei Konkurrenzverboten zwischen Aktionären während der Dauer eines Joint Ventures.

In der Schweiz sind Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss:

- die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Milliarden oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielt haben; und (kumulativ)
- mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Millionen erzielt haben.

Neben den quantitativen Umsatzschwellen enthält die schweizerische Fusionskontrolle auch ein qualitatives Kriterium: Die Meldepflicht gilt unabhängig von den erwähnten Umsatzschwellen auch für solche Zusammenschlüsse, an welchen ein Unternehmen beteiligt ist (also z. B. der Käufer), für welches in einem früheren Verfahren rechtskräftig festgestellt wurde, dass es in der Schweiz auf einem

Wenger & Vieli AG
Dufourstrasse 56
Postfach
CH-8034 Zürich

Büro Zug
Metallstrasse 9
Postfach
CH-6302 Zug

T +41 58 958 58 58
checklist@wengervieli.ch
www.wengervieli.ch

**MICHAEL TSCHUDIN**

Dr. iur. | Partner
 m.tschudin@wengervieli.ch
 T +41 58 958 55 47

**URS WEBER-STECHER**

Dr. iur. | LL.M. | FCIArb
 Mediator SAV | Partner
 u.weber@wengervieli.ch
 T +41 58 958 53 47

**DOMINIQUE ROOS**

MLaw | Rechtsanwältin
 d.roos@wengervieli.ch
 +41 58 958 55 47

**CHECKLIST ALS PDF:**

<https://www.wengervieli.ch/de-ch/publikationen?typ=checklist>

Disclaimer: Die in diesem Schreiben enthaltenen Informationen dienen allgemeinen Informationszwecken und stellen keine rechtliche oder steuerliche Beratung dar. Im konkreten Einzelfall kann der vorliegende Inhalt keine individuelle Beratung durch fachkundige Personen ersetzen. © Wenger & Vieli AG, 2021

bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

3. Informationsaustausch / Due Diligence

Im Rahmen einer Due Diligence ausgetauschte Informationen können als unzulässigen Informationsaustausch angesehen werden, wenn die beteiligten Unternehmen aktuelle oder potentielle Wettbewerber sind. Kommt die Transaktion nicht zustande, besteht ausserdem ein erhöhtes Risiko für Kartellabsprachen.

Der Due-Diligence-Prozess zwischen Wettbewerbern sollte wie folgt aufgesetzt werden:

- Informationen auf einer «need to know»-Basis;
- Gestaffelte Informationstiefe – in Bezug auf Personendaten, wie z. B. Mitarbeiterdaten, ist eine zurückhaltende Offenlegung auch vor dem Hintergrund des Datenschutzes zu prüfen;
- Prüfung von «Clean Teams» (Mitglieder dieser Teams sind im operativen Geschäft der Kaufinteressenten nicht involviert) und «Chinese Walls».

Falls solche Vorsichtsmassnahmen nicht getroffen werden und die Transaktion nicht zustande kommt, ist ein Kartellrechts-Compliance-Debriefing mit den involvierten Mitarbeitern empfehlenswert.

4. Identifizierung von kartellrechtlichen Risiken

Bei der Übernahme eines Unternehmens oder eines Unternehmensteils (inkl. Asset Deal) kann auch die Haftung für Kartellverstösse (inkl. Bussenrisiko) übernommen werden. Daher empfehlen wir folgende Massnahmen:

- Liefer- und Vertriebsverträge sind regelmässig relativ gut dokumentiert. Solche Verträge sollten im Datenraum vorhanden sein. Besonderes Augenmerk sollte auf einen absoluten Gebietschutz (Verbot von passiven Verkäufen) und Preisbindungen der zweiten Hand (Festsetzung der Wiederverkaufspreise durch den Hersteller gegenüber seinem Händler) gelegt werden. Bei Preisempfehlungen sollte jeweils nachgefragt werden, ob diese effektiv unverbindlich sind bzw. kein Druck oder Anreiz zu deren Einhaltung besteht;
- In Bezug auf mögliche horizontale Absprachen mit Konkurrenten sind Management-Gespräche zentral, da solche Absprachen in aller Regel nicht im Datenraum dokumentiert sind. Bei diesen Gesprächen sollten allgemeine Fragen zum Kontakt mit Wettbewerbern gestellt werden. Ausserdem können branchenspezifische Fragen gestellt werden (z. B. gemeinsam vereinbarte Überwälzung von höheren Rohstoff-Preisen an die Kunden);

- Falls das Target schon allein oder neu zusammen mit dem Käufer über eine starke Marktmacht verfügen sollte, empfiehlt sich dringend vor Abschluss der Transaktion eine vertiefte Prüfung. In der Regel ergibt die Commercial Due Diligence Ansatzpunkte für eine starke Marktstellung, weshalb diesbezüglich frühzeitig ein Austausch stattfinden sollte. Falls eine marktbeherrschende Stellung in Frage steht, sind die relevanten Märkte und – falls bekannt – Marktanteile zu prüfen und im Rahmen eines Management-Interviews zu erörtern.

5. Gun-jumping

Heikel kann auch die Koordination zwischen den Vertragsparteien zwischen Signing und Closing sein, sofern eine Meldepflicht besteht. Ist dies der Fall, muss mit dem Vollzug bzw. auch der nur teilweisen Implementierung zugewartet werden, bis die behördliche Zustimmung vorliegt. Angenommen, Vertreter des Käufers werden bereits vor Zustimmung der Wettbewerbsbehörden in den Verwaltungsrat des Targets gewählt, so liegt ein Change of Control vor der offiziellen Zustimmung der Wettbewerbsbehörden vor – was als gun-jumping (Frühstart) bezeichnet wird.

Dementsprechend sollten bei einem meldepflichtigen Zusammenschlussvorhaben folgende Punkte beachtet werden:

- Es sollte auf den Austausch von sensitiven Informationen – ausserhalb des Zwecks der Due Diligence – verzichtet werden;
- Eine Koordinierung zwischen den Vertragsparteien bzw. dem Target und dem Käufer über den gemeinsamen zukünftigen Marktauftritt sollte noch unterbleiben;
- Vor dem offiziellen Vollzug sollten die bisherigen Marken und Firmen verwendet werden. Problematisch wäre es beispielsweise, wenn Mitarbeiter des Targets bereits mit einer Visitenkarte mit der Firma des Käufers auf Kunden zugehen würden;
- Die Einstellung von Entscheidungsträgern (oberes und mittleres Kader) darf noch nicht vom Käufer bestimmt bzw. beeinflusst werden.