

GLEISS LUTZ

Rechtsanwälte

**Rechtsprobleme beim
Unternehmenskauf (Share Deal) –**

**Beihilferechtliche „Hürden“
aus Sicht des Erwerbers**

**Berliner Gesprächskreis
zum EU-Beihilferecht**

19.6.2002

Ulrich Soltész

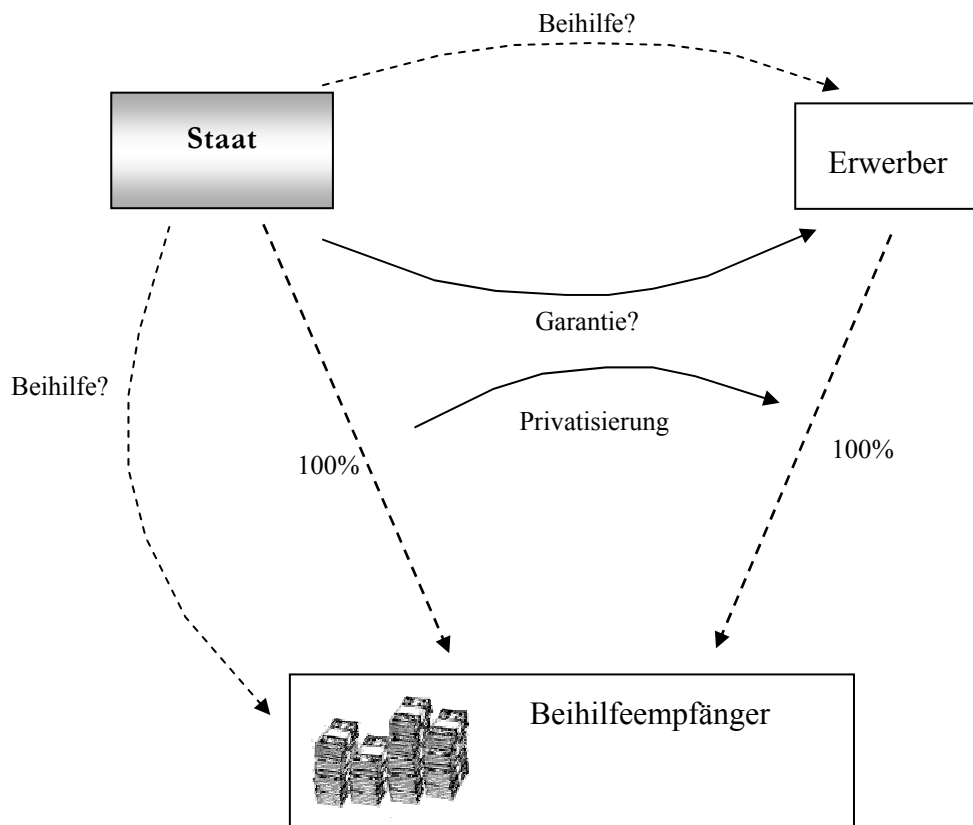
Wachsende Bedeutung des Beihilferechts in Transaktionspraxis

➔ Gründe für diese Entwicklung:

- Beihilfenkontrolle durch die Kommission wird strenger
- Strenge(re) Rückforderungspraxis (z.B. Erweiterung des Kreises der Rückforderungsschuldner)
- Zahlreiche anstehende Privatisierungen (z.B. Landesbanken (Bankgesellschaft Berlin); Hellenic Shipyards, etc.)
- Aber auch: Veräußerungen von Beihilfeempfängern zwischen Privaten
- Zunehmende Sensibilisierung der M&A-Anwälte und der Unternehmen

➔ Welche Möglichkeiten stehen Erwerber zu, sich vor unangenehmen Überraschungen zu schützen?

Erwerb eines Unternehmens „direkt vom Staat“ (Privatisierung)



➡ **Beihilfeelemente im Privatisierungsvorgang**

☐ **Begünstigte:**

- Beihilfen zugunsten des Erwerbers
- Aber auch: zugunsten des veräußerten Unternehmens

☐ **Grundsätze der Kommission zur Privatisierung von Unternehmen – Sicherstellung der Marktüblichkeit der Veräußerung:**

Falls Unternehmen nicht durch den Verkauf von Aktien an der Börse privatisiert wird, grundsätzlich **öffentliche Ausschreibung** erforderlich (23. Wettbewerbsbericht 1993, Ziff. 402f.):

- Anforderungen an Ausschreibungsverfahren:
 - offen (ggf. EU-weite Ausschreibung)
 - transparent (individuelle Verhandlungen problematisch)
 - diskriminierungsfrei (gleiches Verfahren für alle)
 - bedingungsfrei (Verpflichtungen problematisch)
- Unternehmen muss an den Meistbietenden veräußert werden
- Bieter müssen genügend Zeit haben (mindestens zwei Monate)
- Bieter müssen über genügend Informationen verfügen
- Gesamt- oder auch Teilveräußerung?

Potentiell **beihilfeverdächtig** sind folgende Fallgestaltungen:

- Verkäufe nach Verhandlungen mit ausgewählten Bietern
- Schuldentilgung durch den Staat vor dem Verkauf
- Verkäufe zu nicht-marktüblichen Bedingungen

➔ **Weiteres Problem: Haftung für Beihilfen, die in der Vergangenheit gewährt wurden („Altlasten“)**

- Eigentlich selbstverständlich: **Keine Haftung des Erwerbers**

- **Haftung des veräußerten Unternehmens** (Beihilfeempfängers) oder des **Veräußerers**?
 - Bisherige Rechtsprechung und Kommissionspraxis: Haftung des **Beihilfeempfängers** (vgl. Generalanwalt Geelhoed, verb. Rsn. C-328/99 und C-99/00, Randnr. 77 – SIM 2 Multimedia).

 - Neuorientierung der Rechtsprechung? Haftung des **Veräußerers** bei offener Ausschreibung (EuGH, Urt. v. 27.9.2002, Rs. C-390/98, Randnr. 77ff. – H.J. Banks & Co.). Bei Veräußerung durch den Staat dann in der Regel Untergang der Rückforderung durch Konfusion.

➔ **Begrenzung der Risiken auf Seiten des Erwerbers**

- ❑ **Öffentliche Ausschreibung** kann Probleme reduzieren – Oft jedoch für Erwerber nur schwer erkennbar, ob diese den Anforderungen genügt

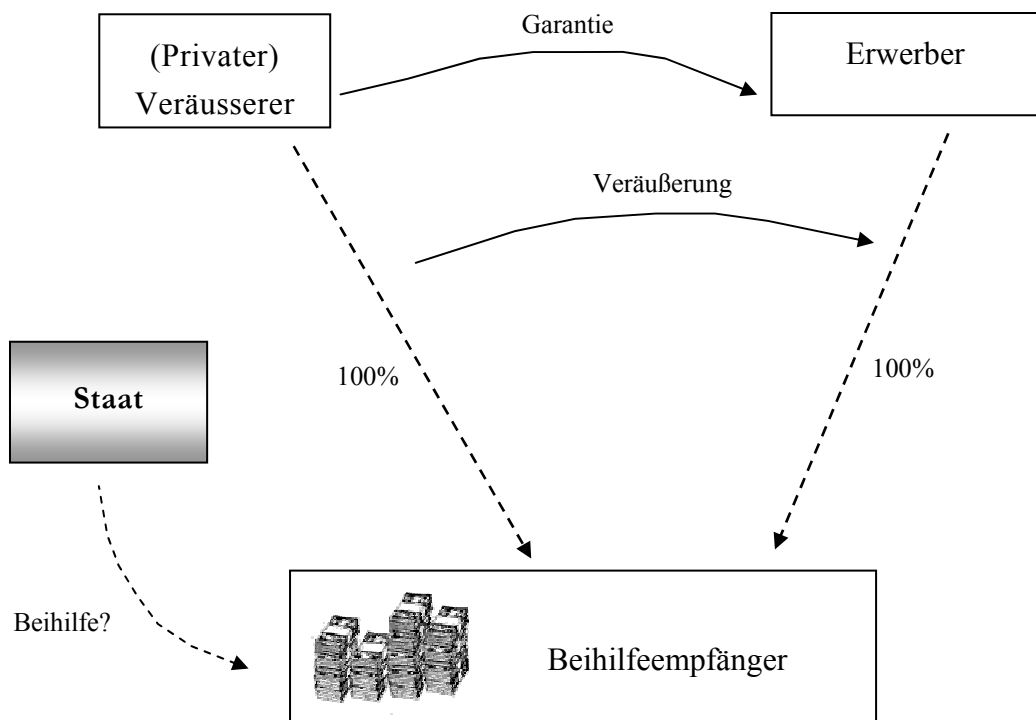
- ❑ **Due Diligence** meist **ohne belastbares Ergebnis**, daher nur beschränkter Schutz
 - Beihilfecharakter nicht zu beurteilen
 - Genehmigungsfähigkeit völlig offen
 - Genehmigungsentscheidung liegt oft nicht vor
 - Nicht erkennbar, ob Genehmigungsvoraussetzungen eingehalten
 - Bestehen einer Einzelnotifizierungspflicht unklar
 - Beihilfeelement nicht abzuschätzen
 - Regelung über Verjährung unklar
 - Unklar, ob Rückforderung jemals eintritt

- ❑ Vertragliche Regelung über **Entschädigung des Erwerbers** für den Fall, dass es zu Beihilferückforderungen kommen sollte?
 - Wegen Vorrang des Gemeinschaftsrechts unanwendbar (Kommission, ABl. 1997 L 96/30, 36 – Hytasa; Kommission, ABl. 1992 L 171/54, 63f. – Hytasa). Klausel beraubt mögliche Rückforderungsentscheidung ihrer praktischen Wirksamkeit und lässt Wettbewerbsverzerrung fortbestehen. Dies gilt sowohl für einen Haftungsausschluss wegen Beihilfen im Zuge der Privatisierung als auch für Altbeihilfen.

- ❑ Vereinbarung eines **Rücktrittsrecht** nur theoretische Option

- ❑ Vertragliche Regelung: **Closing erst nach Genehmigung durch Kommission**, verbunden mit vertraglich begründeter Pflicht zur Notifizierung des (veräußernden) Mitgliedstaats
 - Sinnvoll soweit Beihilfen im Zusammenhang mit Privatisierung betroffen.
 - Schwieriger bei „Altbeihilfen“
 - Hinzu tritt: Mitgliedstaat oft zurückhaltend. Closing verzögert sich bis auf unabsehbare Zeit

Erwerb des Beihilfeempfängers von einem Privaten – Weniger Risiken, aber keinesfalls problemlos



➔ **In der Regel: Keine Beihilfeelemente in der Veräußerung**

- Transaktion **zwischen Privaten**, daher keine staatliche Zuwendung
- Allerdings: **Abgrenzungsproblem** durch neue „**Stardust**“-**Rechtsprechung** (Zurechenbarkeit von Maßnahmen öffentlicher Unternehmen an den Staat, vgl. Urt. v. 16.5.2002, Rs. C-482/99 – Frankreich/Kommission)

➔ **Dennoch: Haftung für „Altbeihilfen“?**

- Ausschluss der Rückforderung bei Ausschreibung?**
- Im Übrigen: Zumindest gleiche Probleme wie bei Erwerb von öffentlicher Hand - **Due Diligence nur bedingt hilfreich**
- Haftungsausschluss möglich**
- Einbeziehung der Kommission?**