

II

(Mitteilungen)

MITTEILUNGEN DER ORGANE UND EINRICHTUNGEN DER EUROPÄISCHEN UNION

KOMMISSION

Mitteilung der Kommission über nach der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission zulässige Abhilfemaßnahmen

(Text von Bedeutung für den EWR)

(2008/C 267/01)

I. EINLEITUNG

1. Die Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen ⁽¹⁾ (nachstehend „Fusionskontrollverordnung“ genannt) sieht in Artikel 6 Absatz 2 und in Artikel 8 Absatz 2 ausdrücklich vor, dass die Kommission sowohl vor als auch nach Einleitung des Verfahrens einen Zusammenschluss nach Änderung durch die beteiligten Unternehmen ⁽²⁾ für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklären kann. Zu diesem Zweck kann die Kommission ihre Entscheidung mit Bedingungen und Auflagen verbinden, um sicherzustellen, dass die beteiligten Unternehmen den Verpflichtungen nachkommen, die sie gegenüber der Kommission hinsichtlich einer mit dem Gemeinsamen Markt zu vereinbarenden Gestaltung des Zusammenschlusses eingegangen sind ⁽³⁾.
2. Diese Mitteilung soll eine Orientierungshilfe für die Änderung von Zusammenschlüssen und insbesondere für entsprechende Verpflichtungen der beteiligten Unternehmen sein. Eine solche Änderung wird üblicherweise als Abhilfemaßnahme bezeichnet, da sie darauf abzielt, die wettbewerbsrechtlichen Bedenken ⁽⁴⁾ der Kommission zu beseitigen. Die Mitteilung ist Ausdruck der ständig wachsenden Erfahrung der Kommission mit der Würdigung, Genehmigung und Umsetzung von Abhilfemaßnahmen seit Inkrafttreten der Fusionskontrollverordnung am 21. September 1990. Anlass für die Überarbeitung der Mitteilung der Kommission von 2001 über Abhilfemaßnahmen ⁽⁵⁾ waren das Inkrafttreten der neugefassten Fusionskontrollverordnung (EG) Nr. 139/2004 ⁽⁶⁾ und der Verordnung (EG)

⁽¹⁾ ABl. L 24 vom 29.1.2004, S. 1-22.

⁽²⁾ Die Bezeichnungen „beteiligte Unternehmen“ und „an dem Zusammenschluss beteiligte Unternehmen“ gelten auch für Fälle mit nur einem Anmelder.

⁽³⁾ Artikel 6 und 8, jeweils Absatz 2 Unterabsatz 2. Siehe auch Erwägungsgrund 30 der Fusionskontrollverordnung, in dem es heißt: „Ändern die beteiligten Unternehmen einen angemeldeten Zusammenschluss, indem sie insbesondere anbieten, Verpflichtungen einzugehen, die den Zusammenschluss mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar machen, sollte die Kommission den Zusammenschluss in seiner geänderten Form für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklären können. Diese Verpflichtungen müssen in angemessenem Verhältnis zu dem Wettbewerbsproblem stehen und dieses vollständig beseitigen.“ Weiter heißt es in Erwägungsgrund 30: „Es ist ebenfalls zweckmäßig, Verpflichtungen vor der Einleitung des Verfahrens zu akzeptieren, wenn das Wettbewerbsproblem klar umrissen ist und leicht gelöst werden kann.“

⁽⁴⁾ Sofern nicht anderes angegeben ist, wird der Begriff „wettbewerbsrechtliche Bedenken“ im Folgenden je nach der Phase des Verfahrens für ernsthafte Bedenken oder vorläufige Erkenntnisse verwendet, dass durch den Zusammenschluss wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben wahrscheinlich erheblich behindert wird, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung.

⁽⁵⁾ Mitteilung der Kommission über im Rahmen der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 447/98 der Kommission zulässige Abhilfemaßnahmen, ABl. C 68 vom 2.3.2001, S. 3.

⁽⁶⁾ Ersetzt die Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates (AbL. L 395 vom 30.12.1989, berichtigte Fassung ABl. L 257 vom 21.9.1990, S. 13).

Nr. 802/2004 der Kommission ⁽¹⁾ („Durchführungsverordnung“) am 1. Mai 2004, die Rechtsprechung des Gerichtshofs und des Gerichts erster Instanz, die Schlussfolgerungen aus der systematischen nachträglichen Überprüfung der bisherigen Abhilfemaßnahmen durch die Kommission ⁽²⁾ und ihre Entscheidungspraxis der letzten Jahre in Fällen, in denen Abhilfemaßnahmen vorgeschlagen wurden. Die beschriebenen Grundsätze werden von der Kommission in künftigen Fällen angewandt, weiterentwickelt und verfeinert werden. Diese Mitteilung greift der Auslegung durch den Gerichtshof und das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften nicht vor.

3. Diese Mitteilung informiert über die allgemeinen Grundsätze für Abhilfemaßnahmen, die für die Kommission annehmbar sind, die wichtigsten Arten von Verpflichtungen, die von der Kommission in Fusionskontrollverfahren genehmigt werden können, die besonderen Voraussetzungen für Verpflichtungen in beiden Phasen des Verfahrens und die wichtigsten Bestimmungen über die Umsetzung der eingegangenen Verpflichtungen. In jedem Fall wird die Kommission die besonderen Umstände des Einzelfalls berücksichtigen.

II. ALLGEMEINE GRUNDSÄTZE

4. Nach der Fusionskontrollverordnung prüft die Kommission die Vereinbarkeit eines angemeldeten Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt anhand seiner Auswirkungen auf die Wettbewerbsstruktur in der Gemeinschaft ⁽³⁾. Bei der Prüfung der Vereinbarkeit nach Artikel 2 Absätze 2 und 3 der Fusionskontrollverordnung ist entscheidend, ob durch den Zusammenschluss wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung. Ein Zusammenschluss, der in dieser Weise wirksamen Wettbewerb erheblich behindert, ist mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und muss von der Kommission verboten werden. Im Falle der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens prüft die Kommission den Zusammenschluss auch nach Artikel 2 Absatz 4 der Fusionskontrollverordnung. Die in dieser Mitteilung beschriebenen Grundsätze gelten in der Regel auch für Abhilfemaßnahmen, die vorgeschlagen werden, um wettbewerbsrechtliche Bedenken nach Artikel 2 Absatz 4 zu beseitigen.
5. Gibt ein Zusammenschluss Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken, weil er wirksamen Wettbewerb erheblich behindern könnte, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung, so können die beteiligten Unternehmen versuchen, den Zusammenschluss zu ändern, um die wettbewerbsrechtlichen Bedenken auszuräumen und auf diese Weise die Genehmigung ihres Vorhabens zu erreichen. Eine solche Änderung kann bereits vor Erlass einer Genehmigungsentscheidung vollständig umgesetzt werden. Üblicher ist jedoch, dass die beteiligten Unternehmen Verpflichtungen im Hinblick auf eine mit dem Gemeinsamen Markt vereinbare Gestaltung des Zusammenschlusses anbieten und dass diese Verpflichtungen nach Genehmigung des Zusammenschlusses umgesetzt werden.
6. Nach der Fusionskontrollverordnung muss die Kommission nachweisen, dass der Wettbewerb durch den Zusammenschluss erheblich behindert würde ⁽⁴⁾. Die Kommission teilt ihre wettbewerbsrechtlichen Bedenken den beteiligten Unternehmen mit, damit diese entsprechende Vorschläge für geeignete Abhilfemaßnahmen formulieren können ⁽⁵⁾. Es ist dann Sache der an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen, Verpflichtungen vorzuschlagen; die Kommission kann eine Genehmigungsentscheidung nicht einseitig mit Bedingungen verbinden, sondern nur auf der Grundlage von Verpflichtungen der beteiligten Unternehmen ⁽⁶⁾. Die Kommission unterrichtet die beteiligten Unternehmen über ihre

⁽¹⁾ Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission vom 7. April 2004 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L 133 vom 30.4.2004, S. 1. Diese Verordnung ersetzt die Verordnung (EG) Nr. 447/98 der Kommission zur Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L 61 vom 2.3.1998, S. 1.

⁽²⁾ Generaldirektion Wettbewerb, *Merger Remedies Study*, Oktober 2005.

⁽³⁾ Erwägungsgrund 6 der Fusionskontrollverordnung.

⁽⁴⁾ Dem entsprechen in Phase I und vor Versendung der Mitteilung der Beschwerdepunkte die *ernsthafte Bedenken* hinsichtlich der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs.

⁽⁵⁾ In der Fusionskontrollverordnung sind förmliche Maßnahmen vorgesehen, mit denen die beteiligten Unternehmen von den wettbewerbsrechtlichen Bedenken der Kommission in Kenntnis gesetzt werden (Entscheidung nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c, Mitteilung der Beschwerdepunkte). Darüber hinaus werden nach den Leitlinien der GD WETTBEWERB über bewährte Praktiken bei EG-Fusionskontrollverfahren an den wichtigsten Punkten des Verfahrens in der Regel Zusammenkünfte zum Stand des Verfahrens angeboten, bei denen die Kommission den beteiligten Unternehmen ihre Bedenken erläutert, damit sie mit Vorschlägen für Abhilfemaßnahmen reagieren können.

⁽⁶⁾ Urteil des Gel in der Rechtssache T-210/01, General Electric gegen Kommission, Slg. 2005, II-5575, Rdnr. 52; siehe Urteil des Gel in der Rechtssache T-87/05, EDP gegen Kommission, Slg. 2005, II-3745, Rdnr. 105.

vorläufige Bewertung der vorgeschlagenen Abhilfemaßnahmen. Schlagen die beteiligten Unternehmen jedoch keine Abhilfemaßnahmen vor, die geeignet sind, die wettbewerbsrechtlichen Bedenken zu beseitigen, so bleibt der Kommission nur die Möglichkeit, eine Verbotsentscheidung zu erlassen ⁽¹⁾.

7. Die Kommission muss prüfen, ob die vorgeschlagenen Abhilfemaßnahmen, wenn sie umgesetzt sind, ihre wettbewerbsrechtlichen Bedenken beseitigen. Nur den beteiligten Unternehmen liegen alle einschlägigen Informationen vor, die für eine solche Prüfung erforderlich sind, insbesondere hinsichtlich der Erfüllbarkeit der vorgeschlagenen Verpflichtungen und der Lebens- und Wettbewerbsfähigkeit der zur Veräußerung vorgeschlagenen Vermögenswerte. Daher müssen die beteiligten Unternehmen alle verfügbaren Informationen übermitteln, die die Kommission für die Prüfung der vorgeschlagenen Abhilfemaßnahmen benötigt. Deshalb haben die Anmelder nach der Durchführungsverordnung (Anhang „Formblatt RM“) zusammen mit den Verpflichtungsangeboten umfassende Informationen über den Inhalt der angebotenen Verpflichtungen, die Bedingungen für ihre Umsetzung und ihre Geeignetheit zur Beseitigung der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs zu übermitteln. Wenn Gegenstand der Verpflichtung die Veräußerung eines Geschäfts ist, müssen die beteiligten Unternehmen ausführlich beschreiben, wie das zu veräußernde Geschäft derzeit betrieben wird. Anhand dieser Information kann die Kommission die Lebensfähigkeit, Wettbewerbsfähigkeit und Verkauflichkeit des Geschäfts beurteilen, indem sie den derzeitigen Betrieb mit dem in der Verpflichtung vorgeschlagenem Tätigkeitsbereich des Geschäfts vergleicht. Welche Informationen genau erforderlich sind, kann die Kommission im Einzelfall bestimmen und den Umfang der benötigten Informationen mit den beteiligten Unternehmen erörtern, bevor das Formblatt RM eingereicht wird.
8. Zwar haben die beteiligten Unternehmen zur Beseitigung der wettbewerbsrechtlichen Bedenken ausreichende Verpflichtungen vorzuschlagen und die für ihre Prüfung erforderlichen Informationen zu übermitteln, es ist jedoch Sache der Kommission festzustellen, ob der Zusammenschluss in der Form, die er durch die angebotenen Verpflichtungen erhalten hat, für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar erklärt werden muss, da er trotz der Verpflichtungen zu einer erheblichen Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs führt. Für das Verbot bzw. die Genehmigung eines durch Verpflichtungen geänderten Zusammenschlusses gelten also die gleichen Kriterien wie bei einem nicht geänderten Zusammenschluss ⁽²⁾.

Grundvoraussetzungen für zulässige Verpflichtungen

9. Nach der Fusionskontrollverordnung ist die Kommission nur befugt, Verpflichtungsangebote anzunehmen, die als geeignet angesehen werden, den Zusammenschluss mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar zu machen, und damit eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs verhindern. Die Verpflichtungen müssen die wettbewerbsrechtlichen Bedenken vollständig beseitigen ⁽³⁾ und in jeder Hinsicht vollständig und wirksam sein ⁽⁴⁾. Ferner müssen die Verpflichtungen innerhalb kurzer Zeit wirksam umgesetzt werden können, da die Wettbewerbsbedingungen auf dem Markt nicht bestehen bleiben, bis die Verpflichtungen erfüllt sind.
10. Von den beteiligten Unternehmen vorgeschlagene Verpflichtungen struktureller Art, insbesondere Veräußerungen, erfüllen diese Voraussetzungen nur, wenn die Kommission mit dem erforderlichen Grad an Sicherheit davon ausgehen kann, dass sie umgesetzt werden können und dass die entstehenden neuen Unternehmensstrukturen voraussichtlich so existenzfähig und beständig sind, dass die erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs verhindert wird ⁽⁵⁾.
11. Einfluss auf den erforderlichen Grad an Sicherheit hinsichtlich der Umsetzung der vorgeschlagenen Verpflichtungen können insbesondere Risiken im Zusammenhang mit der Übertragung eines zu veräußernden Geschäfts haben, z. B. die mit der Veräußerung verbundenen Bedingungen der beteiligten

⁽¹⁾ Siehe Sache COMP/M.2220 — GE/Honeywell vom 3. Juli 2001, bestätigt durch das Urteil des Gel in der Rechtssache T-210/01, General Electric gegen Kommission, Slg. 2005, II-5575, Rdnrn. 555ff. und 612ff.; Sache COMP/M.3440 — EDP/ENI/GDP vom 9. Dezember 2004, bestätigt durch das Urteil des Gel in der Rechtssache T-87/05, EDP gegen Kommission, Slg. 2005, II-3745, Rdnrn. 63ff. und 75ff.; Sache COMP/IV/M.469 — MSG Media Service vom 9. November 1994; Sache COMP/IV/M.490 — Nordic Satellite Distribution vom 19. Juli 1995; Sache COMP/IV/M.553 — RTL/Veronica/Endemol vom 20. September 1995; Sache COMP/IV/M.993 — Bertelsmann/Kirch/Premiere vom 27. Mai 1998; Sache COMP/IV/M.1027 — Deutsche Telekom BetaResearch vom 27. Mai 1998; Sache COMP/IV/M.774 — St Gobain/Wacker Chemie vom 4. Dezember 1996; Sache COMP/IV/M.53 — Aerospaiale/Alenia/De Havilland vom 2. Oktober 1991; Sache COMP/IV/M.619 — Gencor/Lonrho vom 24. April 1996, bestätigt durch das Urteil des Gel in der Rechtssache T-102/96, Gencor gegen Kommission, Slg. 1999, II-753.

⁽²⁾ Siehe Urteil des Gel in der Rechtssache T-87/05, EDP gegen Kommission, Slg. 2005, II-3745, Rdnrn. 62ff.

⁽³⁾ Siehe Erwägungsgrund 30 der Fusionskontrollverordnung und Urteil des Gel in der Rechtssache T-282/02, Cementbouw gegen Kommission, Slg. 2005, II-319, Rdnr. 307.

⁽⁴⁾ Urteil des Gel in der Rechtssache T-210/01, General Electric gegen Kommission, Slg. 2005, II-5575, Rdnr. 52; Urteil des Gel in der Rechtssache T-87/05, EDP gegen Kommission, Slg. 2005, II-3745, Rdnr. 105.

⁽⁵⁾ Urteil des Gel in der Rechtssache T-210/01, General Electric gegen Kommission, Slg. 2005, II-5575, Rdnrn. 555, 612.

Unternehmen, Rechte Dritter an dem Geschäft oder das Finden eines geeigneten Erwerbers, und Risiken im Zusammenhang mit der Verschlechterung der Vermögenswerte in der Zeit bis zur Veräußerung. Es obliegt den beteiligten Unternehmen, solche Unsicherheiten hinsichtlich der Umsetzung der Abhilfemaßnahme zu beseitigen, wenn sie sie der Kommission vorschlagen ⁽¹⁾.

12. Bei der Prüfung der zweiten Voraussetzung, ob nämlich wahrscheinlich ist, dass die vorgeschlagene Verpflichtung die wettbewerbsrechtlichen Bedenken beseitigt, berücksichtigt die Kommission alle die vorgeschlagene Abhilfemaßnahme betreffenden relevanten Faktoren, unter anderem Art, Umfang und Tragweite der vorgeschlagenen Abhilfemaßnahme, die mit Blick auf die Struktur und die besonderen Merkmale des Marktes, auf dem Anlass zu Wettbewerbsbedenken besteht, beurteilt werden, einschließlich der Stellung der beteiligten Unternehmen und der anderen Marktteilnehmer.
13. Wenn die Verpflichtungen diese Voraussetzungen erfüllen sollen, müssen eine wirksame Umsetzung und die Möglichkeit gegeben sein, die Umsetzung zu kontrollieren ⁽²⁾. Zwar muss eine Veräußerung, wenn sie vollzogen ist, nicht mehr kontrolliert werden, für andere Arten von Verpflichtungen sind aber wirksame Kontrollmechanismen erforderlich, damit gewährleistet ist, dass ihre Wirkung von den beteiligten Unternehmen nicht gemindert oder gar zunichte gemacht wird. Anderenfalls wären solche Verpflichtungen als bloße Absichtserklärungen der beteiligten Unternehmen und nicht als bindende Auflagen anzusehen, da eine Zuwiderhandlung mangels wirksamer Kontrollmechanismen nicht zum Widerruf der Entscheidung nach der Fusionskontrollverordnung führen könnte ⁽³⁾.
14. Wenn die beteiligten Unternehmen jedoch Abhilfemaßnahmen vorschlagen, die so umfangreich und komplex sind, dass die Kommission zum Zeitpunkt ihrer Entscheidung nicht mit dem erforderlichen Grad an Sicherheit feststellen kann, dass sie vollständig umgesetzt werden und dass die Aufrechterhaltung wirksamen Wettbewerbs im Markt wahrscheinlich ist, kann eine Genehmigungsentscheidung nicht erlassen werden ⁽⁴⁾. Die Kommission kann solche Abhilfemaßnahmen insbesondere mit der Begründung ablehnen, dass ihre Umsetzung nicht wirksam kontrolliert werden kann und dass das Fehlen einer wirksamen Kontrolle die Wirkung der vorgeschlagenen Verpflichtungen mindert oder gar zunichte macht.

Geeignetheit der verschiedenen Arten von Abhilfemaßnahmen

15. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs dienen die Verpflichtungen im Wesentlichen dazu, wettbewerbsfähige Marktstrukturen zu gewährleisten ⁽⁵⁾. Daher verdienen Verpflichtungen struktureller Art, z. B. die Verpflichtung zur Veräußerung eines Geschäfts, angesichts des Ziels der Fusionskontrollverordnung in der Regel den Vorzug, da diese Verpflichtungen die wettbewerbsrechtlichen Bedenken, die durch den Zusammenschluss in der angemeldeten Form aufgeworfen würden, auf Dauer verhindern und auch keine mittel- oder langfristigen Kontrollmaßnahmen erfordern. Dennoch kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass andere Arten von Verpflichtungen ebenfalls eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs verhindern können ⁽⁶⁾.
16. Die Kommission weist mit Nachdruck darauf hin, dass im Einzelfall geprüft werden muss, ob eine Abhilfemaßnahme und insbesondere welche Art von Abhilfemaßnahme geeignet ist, die wettbewerbsrechtlichen Bedenken zu beseitigen.
17. Allgemein kann jedoch zwischen Veräußerungen, anderen Abhilfemaßnahmen struktureller Art, z. B. Gewährung des Zugangs zu wichtiger Infrastruktur oder wichtigen Vorleistungen zu diskriminierungsfreien Bedingungen, und Verpflichtungen hinsichtlich des künftigen Verhaltens des aus dem Zusammenschluss hervorgegangenen Unternehmens unterschieden werden. Veräußerungsverpflichtungen sind am besten geeignet, um wettbewerbsrechtliche Bedenken zu beseitigen, die auf horizontalen

⁽¹⁾ Je nach Art des Risikos können als Ausgleich spezifische Sicherheitsvorkehrungen getroffen werden. So kann das Risiko, das sich aus Rechten Dritter an den zu veräußernden Vermögenswerten ergibt, durch den Vorschlag einer alternativen Veräußerung ausgeglichen werden. Derartige Sicherheitsvorkehrungen werden unten ausführlicher behandelt.

⁽²⁾ Urteil des GeI in der Rechtssache T-177/04, easyJet gegen Kommission, Slg. 2006, II-1931, Rdnr. 188.

⁽³⁾ Urteil des GeI in der Rechtssache T-177/04, easyJet gegen Kommission, Slg. 2006, II-1931, Rdnrn. 186ff.; Urteil des GeI in der Rechtssache T-87/05, EDP gegen Kommission, Slg. 2005, II-3745, Rdnr. 72.

⁽⁴⁾ Siehe als Beispiel für eine solche komplexe und ungeeignete Abhilfemaßnahme Sache COMP/M.3440 — EDP/ENI/GDP vom 9. Dezember 2004, bestätigt durch das Urteil des GeI in der Rechtssache T-87/05, EDP gegen Kommission, Slg. 2005, II-3745, Rdnr. 102; Sache COMP/M.1672 — Volvo/Scania vom 15. März 2000.

⁽⁵⁾ Siehe Erwägungsgrund 8 der Fusionskontrollverordnung; Urteil des GeI in der Rechtssache T-102/96, Gencor gegen Kommission, Slg. 1999, II-753, Rdnr. 316; Urteil des EuGH in der Rechtssache C-12/03 P, Kommission gegen Tetra Laval, Slg. 2005, I-987, Rdnr. 86; Urteil des GeI in der Rechtssache T-158/00, ARD gegen Kommission, Slg. 2003, II-3825, Rdnrn. 192ff.

⁽⁶⁾ Urteil des EuGH in der Rechtssache C-12/03 P, Kommission gegen Tetra Laval, Slg. 2005, I-987, Rdnr. 86; Urteil des GeI vom 25. März 1999 in der Rechtssache T-102/96, Gencor gegen Kommission, Slg. 1999, II-753, Rdnrn. 319ff.; Urteil des GeI vom 30. September 2003 in der Rechtssache T-158/00, ARD gegen Kommission, Slg. 2003, II-3825, Rdnr. 193; Urteil des GeI in der Rechtssache T-177/04, easyJet gegen Kommission, Slg. 2006, II-1931, Rdnr. 182; Urteil des GeI in der Rechtssache T-87/05, EDP gegen Kommission, Slg. 2005, II-3745, Rdnr. 101.

Überschneidungen beruhen, können aber auch das beste Mittel zur Lösung von Problemen sein, die sich aus vertikalen oder konglomeraten Effekten ergeben ⁽¹⁾. Andere Verpflichtungen struktureller Art können geeignet sein, alle Arten von Bedenken auszuräumen, sofern die Abhilfemaßnahmen in ihrer Wirkung einer Veräußerung gleichwertig sind, wie ausführlicher unter den Rdnrn. 61ff. erläutert wird. Verpflichtungen hinsichtlich des künftigen Verhaltens des aus dem Zusammenschluss hervorgegangenen Unternehmens können nur ausnahmsweise unter ganz besonderen Umständen zulässig sein ⁽²⁾. Vor allem Verpflichtungen, die Preise nicht anzuheben, die Produktpalette einzuschränken, Marken aufzugeben usw., beseitigen im Allgemeinen nicht die wettbewerbsrechtlichen Bedenken, die auf horizontalen Überschneidungen beruhen. In jedem Fall können diese Arten von Abhilfemaßnahmen nur ausnahmsweise zugelassen werden, wenn ihre Durchführbarkeit durch eine wirksame Umsetzung und Kontrollen im Einklang mit den Erwägungen unter den Rdnrn. 13 bis 14, 66 und 69 vollständig gewährleistet ist und wenn nicht die Gefahr besteht, dass sie eine Verfälschung des Wettbewerbs bewirken ⁽³⁾.

Verfahren

18. Die Kommission kann in jeder Phase des Verfahrens Verpflichtungsangebote annehmen ⁽⁴⁾. Da aber eine eingehende Marktuntersuchung erst in Phase II durchgeführt wird, müssen die der Kommission in Phase I angebotenen Verpflichtungen ausreichen, um „ernsthafte Bedenken“ im Sinne des Artikels 6 Absatz 1 Buchstabe c der Fusionskontrollverordnung auszuräumen ⁽⁵⁾. Nach Artikel 10 Absatz 2 der Fusionskontrollverordnung hat die Kommission eine Genehmigungsentscheidung zu erlassen, sobald die ernsthaften Bedenken im Sinne des Artikels 6 Absatz 1 Buchstabe c der Fusionskontrollverordnung durch die von den beteiligten Unternehmen angebotenen Verpflichtungen ausgeräumt sind. Diese Bestimmung gilt insbesondere für Verpflichtungen, die in Phase II vorgeschlagen werden, bevor die Kommission eine Mitteilung der Beschwerdepunkte versendet ⁽⁶⁾. Wenn die Kommission zu der vorläufigen Auffassung kommt, dass der Zusammenschluss zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führt, und eine Mitteilung der Beschwerdepunkte versendet, müssen die Verpflichtungen ausreichen, um diese erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs zu beseitigen.
19. Die Verpflichtungen müssen zwar von den beteiligten Unternehmen angeboten werden, die Kommission gewährleistet jedoch ihre Durchsetzbarkeit, indem sie die Genehmigung des Zusammenschlusses von der Erfüllung der Verpflichtungen abhängig macht. Es ist zwischen Bedingungen und Auflagen zu unterscheiden. Wird eine Änderung der Marktstruktur verlangt, z. B. die Veräußerung eines Geschäfts, so liegt eine Bedingung vor. Die hierfür erforderlichen Umsetzungsmaßnahmen sind in der Regel Gegenstand von Auflagen, die den beteiligten Unternehmen erteilt werden, z. B. die Bestellung eines Treuhänders mit dem unwiderruflichen Mandat, das Geschäft zu veräußern.
20. Wenn die beteiligten Unternehmen einer Auflage zuwiderhandeln, kann die Kommission die nach Artikel 6 Absatz 2 oder Artikel 8 Absatz 2 der Fusionskontrollverordnung erlassene Genehmigungsentscheidung nach Artikel 6 Absatz 3 bzw. Artikel 8 Absatz 6 widerrufen. Im Falle der Zuwiderhandlung gegen eine Auflage können die beteiligten Unternehmen auch nach Artikel 14 Absatz 2 Buchstabe d bzw. Artikel 15 Absatz 1 Buchstabe c der Fusionskontrollverordnung Geldbußen und Zwangsgelder auferlegt werden. Wird dagegen eine Bedingung nicht erfüllt, wird ein Geschäft z. B. nicht innerhalb der in den Verpflichtungen vorgesehenen Frist veräußert oder später zurückerworben, so ist die Entscheidung über die Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt nicht mehr anwendbar. In diesem Fall kann die Kommission erstens nach Artikel 8 Absatz 5 Buchstabe b der Fusionskontrollverordnung geeignete einstweilige Maßnahmen anordnen, um wirksamen Wettbewerb aufrechtzuerhalten. Zweitens kann sie, wenn die Voraussetzungen des Artikels 8 Absatz 4 Buchstabe b erfüllt sind, jede geeignete Maßnahme anordnen, um sicherzustellen, dass die beteiligten Unternehmen den Zusammenschluss rückgängig machen oder andere Maßnahmen zur Wiederherstellung des früheren Zustands ergreifen, oder nach Artikel 8 Absatz 7 eine Entscheidung gemäß Artikel 8 Absätze 1 bis 3 treffen. Außerdem können den beteiligten Unternehmen auch nach Artikel 14 Absatz 2 Buchstabe d Geldbußen auferlegt werden.

⁽¹⁾ Siehe zur Veräußerung von Speichereinrichtungen Entscheidung in der Sache COMP/M.3868 — DONG/Elsam/Energi E2 vom 14. März 2006, Rdnrn. 170ff.; Entscheidung in der Sache COMP/M.3696 — E.ON/MOL vom 21. Dezember 2005, Rdnrn. 735ff. als Beispiel für eine Eigentümerentflechtung mit dem Ziel, strukturelle Bindungen zwischen den beteiligten Unternehmen im Gasspeichersektor zu zerschlagen; Entscheidung in der Sache COMP/M.4314 — Johnson & Johnson/Pfizer vom 11. Dezember 2006; Entscheidung in der Sache COMP/M.4494 — Evraz/Highveld vom 20. Februar 2007.

⁽²⁾ Zu den konglomeraten Effekten eines Zusammenschlusses siehe Urteil des EuGH vom 15. Februar 2005 in der Rechtssache C-12/03 P, Kommission gegen Tetra Laval, Slg. 2005, I-987, Rdnrn. 85 und 89.

⁽³⁾ So besteht bei der Verpflichtung zu einem bestimmten Preisverhalten, zum Beispiel zur Einhaltung von Preisobergrenzen, die Gefahr einer wettbewerbswidrigen Preisangleichung unter den Wettbewerbern.

⁽⁴⁾ Wie in Erwägungsgrund 30 der Fusionskontrollverordnung vorgesehen, sorgt die Kommission in beiden Phasen des Verfahrens für Transparenz und eine wirksame Konsultation der Mitgliedstaaten.

⁽⁵⁾ In Phase I können Verpflichtungsangebote nur unter bestimmten Umständen angenommen werden; siehe unten Rdnr. 81.

⁽⁶⁾ Siehe unter anderem Entscheidung in der Sache COMP/M.2972 — DSM/Roche Vitamins vom 23. Juli 2003; Entscheidung in der Sache COMP/M.2861 Siemens/Drägerwerk/JV vom 30. April 2003; Entscheidung in der Sache COMP/IV/IV.15 — BT/AT & T vom 30. März 1999; Entscheidung in der Sache COMP/IV/M.1532 — BP Amoco/Arco vom 29. September 1999.

Mustertexte für Veräußerungsverpflichtungen

21. Die Dienststellen der Kommission haben praktische Leitlinien für Veräußerungsverpflichtungen herausgegeben, die aus einem Mustertext für Veräußerungsverpflichtungen und einem Mustertext für Treuhandmandate bestehen ⁽¹⁾. Diese Mustertexte sollen weder alle Fragen erschöpfend behandeln, die in einer Sache von Bedeutung sein könnten, noch sind sie für die Beteiligten eines Fusionskontrollverfahrens rechtlich bindend. Sie ergänzen diese Mitteilung und enthalten die typischen Vereinbarungen für Veräußerungsverpflichtungen in einem Format, das von den beteiligten Unternehmen verwendet werden kann. Gleichzeitig sind sie so flexibel, dass die beteiligten Unternehmen sie den Erfordernissen des Einzelfalls anpassen können.

III. DIE EINZELNEN ARTEN VON ABHILFEMASSNAHMEN**1. Veräußerung eines Geschäfts an einen geeigneten Erwerber**

22. Wenn ein geplanter Zusammenschluss wirksamen Wettbewerb erheblich zu behindern droht, kann es — abgesehen von einem Verbot — die effizienteste Möglichkeit zur Aufrechterhaltung wirksamen Wettbewerbs sein, im Wege der Veräußerung eines Geschäfts durch die an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen die Voraussetzungen für die Schaffung einer neuen wettbewerbsfähigen Einheit oder für die Stärkung bestehender Wettbewerber zu schaffen.

1.1. Veräußerung eines lebens- und wettbewerbsfähigen Geschäfts

23. Bei den zu veräußernden Tätigkeiten muss es sich um ein lebensfähiges Geschäft handeln, das in den Händen eines geeigneten Erwerbers auf Dauer wirksam mit dem durch die Fusion entstandenen Unternehmen konkurrieren kann und das als arbeitendes Unternehmen veräußert wird ⁽²⁾. Damit das Geschäft lebensfähig ist, kann es notwendig sein, auch Tätigkeiten im Zusammenhang mit Märkten zu veräußern, hinsichtlich deren die Kommission keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken hat, wenn dies erforderlich ist, um einen ernstzunehmenden Mitbewerber auf den betroffenen Märkten zu schaffen ⁽³⁾.
24. Wenn die Veräußerung eines lebensfähigen Geschäfts vorgeschlagen wird, sind die Unsicherheiten und Risiken zu berücksichtigen, die mit der Übertragung eines Geschäfts an einen neuen Eigentümer verbunden sind. Diese Risiken können die Auswirkungen der Veräußerung auf den Wettbewerb mindern und damit zu einer Marktsituation führen, in der die bestehenden wettbewerbsrechtlichen Bedenken nicht wirklich beseitigt sind.

Tätigkeitsbereich des zu veräußernden Geschäfts

25. Das Geschäft muss alle Vermögenswerte umfassen, die zum derzeitigen Betrieb gehören oder erforderlich sind, um seine Lebens- und Wettbewerbsfähigkeit sicherzustellen, und alle Mitarbeiter, die derzeit dort beschäftigt sind oder erforderlich sind, um die Lebens- und Wettbewerbsfähigkeit des Geschäfts sicherzustellen ⁽⁴⁾.
26. Die Mitarbeiter und Vermögenswerte, die derzeit von dem zu veräußernden Geschäft und anderen Geschäften der beteiligten Unternehmen gemeinsam genutzt werden, die aber zum Betrieb des Geschäfts gehören oder die erforderlich sind, um seine Lebens- und Wettbewerbsfähigkeit sicherzustellen, sind ebenfalls zu veräußern. Anderenfalls wäre die Lebens- und Wettbewerbsfähigkeit des zu veräußernden Geschäfts gefährdet. Daher muss das zu veräußernde Geschäft das Personal umfassen, das die wesentlichen Aufgaben des Geschäfts erfüllt, z. B. die für Forschung und Entwicklung und die Informationstechnologie zuständigen Mitarbeiter, auch wenn dieses Personal derzeit bei einem anderen Geschäftsbereich der beteiligten Unternehmen beschäftigt ist — zumindest einen für die Deckung des laufenden Bedarfs des zu veräußernden Geschäfts ausreichend großen Teil davon. In gleicher Weise sind gemeinsam genutzte Vermögenswerte mit zu veräußern, auch wenn sie einem anderen Geschäftsbereich gehören oder zugewiesen sind.

⁽¹⁾ Siehe Website der GD COMP, *Model Text for Divestiture Commitments* und *Model Text for Trustee Mandates*, Mai 2003. <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/legislation.html>. Die Mustertexte können kontinuierlich aktualisiert werden, und bei Bedarf könnten weitere praktische Leitlinien für Abhilfemaßnahmen herausgegeben werden.

⁽²⁾ Dies können unter bestimmten Voraussetzungen auch Geschäfte sein, die aus einem der beteiligten Unternehmen ausgegliedert werden müssen, oder einzelne Vermögenswerte; siehe Rdnrn. 35ff.

⁽³⁾ Entscheidung in der Sache COMP/IV/M.913 — Siemens/Elektrowatt vom 18. November 1997; Entscheidung in der Sache COMP/IV/M.1578 — Sanitec/Sphinx vom 1. Dezember 1999, Rdnr. 255; Entscheidung in der Sache COMP/M.1802 — Unilever/Amora-Maille vom 8. März 2000; Entscheidung in der Sache COMP/M.1990 — Unilever/Bestfoods vom 28. September 2000.

⁽⁴⁾ Die Anmelder müssen in der Verpflichtung zusichern, dass das zu veräußernde Geschäft alle diese Vermögenswerte und Mitarbeiter umfasst. Sollte sich später herausstellen, dass die ausführliche Beschreibung des Geschäfts, die die beteiligten Unternehmen nach Rdnr. 27 vorzulegen haben, in dieser Hinsicht unvollständig ist und dass die beteiligten Unternehmen das Geschäft nicht mit den erforderlichen Vermögenswerten oder Mitarbeitern ausstatten, so kann die Kommission prüfen, ob sie die bedingte Genehmigungsentscheidung widerruft.

27. Damit die Kommission den Tätigkeitsbereich des zu veräußernden Geschäfts feststellen kann, müssen die beteiligten Unternehmen seinen Tätigkeitsbereich in der Verpflichtung genau festlegen („Beschreibung des Geschäfts“). Die Beschreibung des Geschäfts muss den Umständen des Einzelfalls angepasst werden und alle Elemente enthalten, die Teil des zu veräußernden Geschäfts sind: die materiellen (z. B. Forschung und Entwicklung, Produktion, Vertrieb, Verkauf und Marketing) und die immateriellen Vermögenswerte (z. B. Rechte an geistigem Eigentum, Know-how und Geschäfts- oder Firmenwert), die von staatlichen Stellen für das Geschäft erteilten Lizenzen, Erlaubnisse und Genehmigungen, die Verträge, Leasinggeschäfte und Verpflichtungen (z. B. Vereinbarungen mit Lieferanten und Kunden) zugunsten des zu veräußernden Geschäfts sowie die Kunden-, Kredit- und sonstigen Unterlagen. In der Beschreibung des Geschäfts haben die beteiligten Unternehmen das zu transferierende Personal in allgemeiner Form anzugeben, einschließlich der abgestellten Mitarbeiter und der Zeitarbeitnehmer, und eine Liste der Kompetenzträger beizufügen, d. h. der Mitarbeiter, die für die Lebens- und Wettbewerbsfähigkeit des Geschäfts von wesentlicher Bedeutung sind. Der Transfer dieser Arbeitnehmer berührt nicht die Anwendung der Richtlinien des Rates über Massenentlassungen ⁽¹⁾, über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen ⁽²⁾ und über die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer ⁽³⁾, die einzelstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung dieser Richtlinien oder sonstige einzelstaatliche Rechtsvorschriften. Die Abhilfemaßnahme muss auch die Verpflichtung der beteiligten Unternehmen umfassen, die Kompetenzträger nicht abzuwerben.
28. In der Beschreibung des Geschäfts müssen die beteiligten Unternehmen auch die Vereinbarungen über die Waren und Dienstleistungen darlegen, die das zu veräußernde Geschäft von ihnen erhält und umgekehrt. Die Aufrechterhaltung derartiger Verbindungen kann vorübergehend notwendig sein, um die volle wirtschaftliche Lebensfähigkeit und Wettbewerbsfähigkeit des zu veräußernden Geschäfts zu erhalten. Die Kommission genehmigt solche Vereinbarungen nur, wenn sie die Unabhängigkeit des zu veräußernden Geschäfts von den beteiligten Unternehmen nicht gefährden.
29. Um Missverständnisse über das zu veräußernde Geschäft zu vermeiden, haben die beteiligten Unternehmen die Vermögenswerte und Mitarbeiter, die in dem Geschäft genutzt werden bzw. beschäftigt sind, aber bei der Veräußerung nicht mit transferiert werden sollen, im Text der Verpflichtung ausdrücklich davon auszuschließen. Die Kommission kann einen solchen Ausschluss von Vermögenswerten und Mitarbeitern nur genehmigen, wenn die beteiligten Unternehmen klar darlegen können, dass er die Lebens- und Wettbewerbsfähigkeit des Geschäfts nicht beeinträchtigt.
30. Das Geschäft muss als solches lebensfähig sein. Daher werden die Mittel eines möglichen oder sogar wahrscheinlichen künftigen Erwerbers von der Kommission bei der Prüfung der Abhilfemaßnahme nicht berücksichtigt. Anders liegt der Fall, wenn bereits während des Verfahrens ein Veräußerungsvertrag mit einem bestimmten Erwerber geschlossen wird, dessen Mittel dann bei der Prüfung der Verpflichtung berücksichtigt werden können. Dieser Fall wird unter den Rdnrn. 56ff. ausführlicher behandelt.
31. Wenn ein Erwerber nach Erlass der Genehmigungsentscheidung ermittelt ist, kann es sein, dass der vorgeschlagene Erwerber nicht alle zu dem zu veräußernden Geschäft gehörenden Vermögenswerte oder Mitarbeiter benötigt. Im Verfahren zur Genehmigung des Erwerbers kann die Kommission auf Antrag der beteiligten Unternehmen die Veräußerung des Geschäfts an den vorgeschlagenen Erwerber ohne bestimmte Vermögenswerte oder Mitarbeiter genehmigen, sofern dies unter Berücksichtigung der Mittel des vorgeschlagenen Erwerbers die Lebens- und Wettbewerbsfähigkeit des zu veräußernden Geschäfts nicht beeinträchtigt.

1.2. *Selbständiges Geschäft und Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Alternativen*

32. Ein lebensfähiges Geschäft ist in der Regel ein Geschäft, das selbständig geführt werden kann, d. h. — abgesehen von einer Übergangszeit — unabhängig von den an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen hinsichtlich der Versorgung mit Vorleistungen und anderen Formen der Zusammenarbeit.

⁽¹⁾ Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen (ABl. L 225 vom 12.8.1998, S. 16).

⁽²⁾ Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen (ABl. L 82 vom 22.3.2001, S. 16).

⁽³⁾ Richtlinie 94/45/EG des Rates vom 22. September 1994 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen (ABl. L 254 vom 30.4.1994, S. 64), Richtlinie 2002/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 2002 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft (ABl. L 80 vom 23.3.2002, S. 29).

33. Die Kommission gibt einem bestehenden selbständigen Geschäft eindeutig den Vorzug. Es kann sich dabei um ein bereits bestehendes Unternehmen, einen bereits bestehenden Konzern oder um einen Geschäftsbereich handeln, der als solcher bisher nicht rechtsfähig war.
34. Wenn die wettbewerbsrechtlichen Bedenken auf einer horizontalen Überschneidung beruhen, können die beteiligten Unternehmen möglicherweise zwischen zwei Geschäften wählen. Im Falle einer feindlichen Übernahme könnte eine Verpflichtung zur Veräußerung der Tätigkeiten des zu übernehmenden Unternehmens — da den Anmeldern nur wenige Informationen über das zu veräußernde Geschäft vorliegen — das Risiko erhöhen, dass sich aus diesem Geschäft nach der Veräußerung kein lebensfähiger Wettbewerber entwickelt, der auf Dauer wirksam am Markt konkurrieren kann. Es könnte daher zweckmäßiger sein, dass die beteiligten Unternehmen die Veräußerung der Tätigkeiten des übernehmenden Unternehmens vorschlagen.

Ausgliederung (Carve-out)

35. Zwar ist in der Regel ein bestehendes lebensfähiges und selbständiges Geschäft zu veräußern, jedoch kann die Kommission unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch die Veräußerung von Geschäften prüfen, die eng mit bei den beteiligten Unternehmen verbleibenden Geschäften verbunden oder teilweise in sie integriert sind und daher „ausgliedert“ werden müssen. Um die Risiken für die Lebens- und Wettbewerbsfähigkeit möglichst gering zu halten, können die beteiligten Unternehmen auch die Verpflichtung vorschlagen, Teile eines bestehenden Geschäfts auszugliedern, die nicht veräußert werden müssen. In diesen Fällen wird also ein bestehendes selbständiges Geschäft veräußert, wenn auch die beteiligten Unternehmen, im Wege einer „umgekehrten Ausgliederung“, in begrenztem Umfang Teile ausgliedern können, die sie behalten können.
36. In jedem Fall kann die Kommission Verpflichtungsangebote, die die Ausgliederung eines Geschäfts erfordern, nur annehmen, wenn sie sicher sein kann, dass — zumindest zum Zeitpunkt der Übertragung an den Erwerber — ein lebensfähiges, selbständig zu führendes Geschäft veräußert wird und dadurch die mit der Ausgliederung verbundenen Risiken für die Lebens- und Wettbewerbsfähigkeit möglichst gering gehalten werden. Die beteiligten Unternehmen haben daher, wie unter Rdnr. 113 ausführlich dargelegt, zu gewährleisten, dass mit der Ausgliederung in der Übergangszeit begonnen wird, d. h. im Zeitraum zwischen dem Erlass der Entscheidung der Kommission und dem Abschluss der Veräußerung (rechtliche und tatsächliche Übertragung des Geschäfts an den Erwerber). Am Ende dieses Zeitraums wird dann ein lebensfähiges Geschäft veräußert, das selbständig geführt werden kann. Sollte dies nicht möglich sein oder ist die Ausgliederung besonders schwierig, so können die beteiligten Unternehmen der Kommission den erforderlichen Grad an Sicherheit bieten, indem sie einen von ihr vorab genehmigten Erwerber vorschlagen (*Up-front-buyer-Lösung*, ausführlicher behandelt unter Rdnr. 55).

Veräußerung von Vermögenswerten, insbesondere Marken und Lizenzen

37. Die Veräußerung einer Kombination von Vermögenswerten, die in der Vergangenheit kein einheitliches und lebensfähiges Geschäft gebildet haben, bringt Risiken für die Lebens- und Wettbewerbsfähigkeit des neuen Unternehmens mit sich. Dies gilt vor allem, wenn es um Vermögenswerte von mehr als einem beteiligten Unternehmen geht. Ein solches Konzept kann von der Kommission nur genehmigt werden, wenn die Lebensfähigkeit des Geschäfts ungeachtet der Tatsache gewährleistet ist, dass die Vermögenswerte zuvor kein einheitliches Geschäft gebildet haben. Dies kann der Fall sein, wenn die einzelnen Vermögenswerte bereits als lebens- und wettbewerbsfähiges Geschäft angesehen werden können⁽¹⁾. Desgleichen kann ein nur aus Marken und produktions- bzw. vertriebsnahen Vermögenswerten bestehendes Veräußerungspaket nur in Ausnahmefällen ausreichen, um die Voraussetzungen für die Entstehung wirksamen Wettbewerbs zu schaffen⁽²⁾. Unter diesen Umständen muss das Paket aus Marken und Vermögenswerten ausreichen, damit die Kommission zu dem Schluss gelangen kann, dass das neue Unternehmen in den Händen eines geeigneten Erwerbers ohne Weiteres lebensfähig sein wird.
38. Die Veräußerung eines Geschäfts dürfte im Allgemeinen der Erteilung von Lizenzen für Rechte an geistigem Eigentum vorzuziehen sein, da die Erteilung einer Lizenz mehr Unsicherheiten mit sich bringt, den Lizenznehmer nicht in die Lage versetzt, unmittelbar am Markt zu konkurrieren, die Aufrechterhaltung von Beziehungen zu den beteiligten Unternehmen erfordert, die dem Lizenzgeber die Beeinflussung des Lizenznehmers in seinem Wettbewerbsverhalten ermöglichen könnten, und zu Streitigkeiten zwischen Lizenzgeber und Lizenznehmer über Umfang und Bedingungen der Lizenz führen

⁽¹⁾ Entscheidung in der Sache COMP/M.1806 — AstraZeneca/Novartis vom 26. Juli 2000; Entscheidung in der Sache COMP/M.1628 — TotalFina/Elf vom 9. Februar 2000; Entscheidung in der Sache COMP/IV/M.603 — Crown Cork & Seal/CarnaudMetalbox vom 14. November 1995.

⁽²⁾ Entscheidung in der Sache COMP/M.2544 — Masterfoods/Royal Canin vom 15. Februar 2002; Entscheidung in der Sache COMP/M.2337 — Nestlé/Ralston Purina vom 27. Juli 2001; Entscheidung in der Sache COMP/IV/M.623 — Kimberly-Clark/Scott Paper vom 16. Januar 1996; Entscheidung in der Sache COMP/M.3779 — Pernod Ricard/Allied Domecq vom 24. Juni 2005.

könnte. Die Erteilung einer Lizenz wird daher im Allgemeinen nicht als geeignet angesehen, wenn die Veräußerung eines Geschäfts praktisch möglich erscheint. Ist die Marktstellung bei der betreffenden Technologie oder den betreffenden Rechten an geistigem Eigentum Anlass für die wettbewerbsrechtlichen Bedenken, so ist die Veräußerung dieser Technologie oder dieser Rechte vorzuziehen, da sie nicht zu dauerhaften Beziehungen zwischen dem aus dem Zusammenschluss hervorgegangenen Unternehmen und seinen Mitbewerbern führt⁽¹⁾. Die Kommission kann jedoch Lizenzvereinbarungen als Alternative zur Veräußerung genehmigen, wenn zum Beispiel eine Veräußerung effiziente laufende Forschung verhindern würde oder wenn eine Veräußerung wegen der Art des Geschäfts unmöglich wäre⁽²⁾. Diese Lizenzen müssen den Lizenznehmer ähnlich wie eine Veräußerung in die Lage versetzen, wirksam mit den beteiligten Unternehmen zu konkurrieren. In der Regel handelt es sich um ausschließliche Lizenzen, die dem Lizenznehmer ohne einen bestimmten Anwendungsbereich und ohne geografische Einschränkungen erteilt werden müssen. Besteht Unsicherheit über den Umfang der Lizenz oder die für sie geltenden Bedingungen, so müssen die beteiligten Unternehmen das zugrunde liegende Recht an geistigem Eigentum veräußern, können aber ihrerseits eine Lizenz erwerben. Ist unsicher, ob die Lizenz tatsächlich einem geeigneten Lizenznehmer erteilt wird, so können die beteiligten Unternehmen aufgrund der unter Rdnr. 56 dargelegten Erwägungen einen vorab genehmigten Lizenznehmer (*Up-front licensee*) oder eine *Fix-it-first*-Lösung vorschlagen, damit die Kommission mit dem erforderlichen Grad an Sicherheit davon ausgehen kann, dass die Abhilfemaßnahme umgesetzt wird⁽³⁾.

Markenwechsel

39. In Ausnahmefällen hat die Kommission die Verpflichtung genehmigt, eine ausschließliche befristete Lizenz für eine Marke zu erteilen, um es dem Lizenznehmer zu ermöglichen, das Produkt innerhalb der vorgesehenen Frist mit einer neuen Marke zu versehen. Nach der ersten Lizenz-Phase dieser so genannten Markenwechselverpflichtungen verpflichten sich die beteiligten Unternehmen in einer zweiten Phase, die Marke nicht mehr zu verwenden (*Blackout*-Phase). Mit diesen Verpflichtungen soll es dem Lizenznehmer ermöglicht werden, die Kunden von der lizenzierten Marke auf seine eigene Marke zu übertragen, um einen lebensfähigen Wettbewerber zu schaffen, ohne dass die lizenzierte Marke auf Dauer veräußert wird.
40. Die Abhilfemaßnahme Markenwechsel bringt erheblich höhere Risiken für die Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs mit sich als eine Veräußerung, einschließlich der Veräußerung einer Marke, da erhebliche Unsicherheit darüber besteht, ob es dem Lizenznehmer gelingen wird, sich mit dem mit einer neuen Marke versehenen Produkt als aktiver Wettbewerber am Markt zu etablieren. Ein Markenwechsel kann zulässig sein, wenn die betreffende Marke weit verbreitet ist und ein großer Teil des Umsatzes auf anderen Märkten als denen erzielt wird, auf denen wettbewerbsrechtliche Bedenken bestehen⁽⁴⁾. Unter diesen Umständen muss die Abhilfemaßnahme gewährleisten, dass die Erteilung der Lizenz den Wettbewerb auf dem Markt auf Dauer wirksam aufrechterhält und dass der Lizenznehmer nach dem Markenwechsel ein wirksamer Wettbewerber ist.
41. Da der Erfolg der Abhilfemaßnahme Markenwechsel im Wesentlichen von der Lebensfähigkeit der lizenzierten Marke abhängt, muss eine Reihe von Voraussetzungen hinsichtlich der Gestaltung dieser Verpflichtungen erfüllt sein. Erstens muss die zu übertragende Marke bekannt und recht stark sein, damit sowohl die unmittelbare Lebensfähigkeit der lizenzierten Marke als auch ihr wirtschaftliches Überleben im Zeitraum des Markenwechsels gewährleistet ist. Zweitens ist möglicherweise ein Teil der Vermögenswerte, die mit der Produktion oder dem Vertrieb der unter der lizenzierten Marke vermarkteten Produkte zusammenhängen, oder die Weitergabe von Know-how erforderlich, um die Wirksamkeit der Abhilfemaßnahme zu gewährleisten⁽⁵⁾. Drittens muss es sich um eine ausschließliche und in der Regel umfassende Lizenz handeln, sie darf also nicht auf eine bestimmte Produktpalette auf einem

⁽¹⁾ Siehe Entscheidung in der Sache COMP/M.2972 — DSM/Roche Vitamins vom 23. Juli 2003; Entscheidung in der Sache COMP/IV/M.1378 — Hoechst/Rhône-Poulenc vom 9. August 1999; Entscheidung in der Sache COMP/M.1601 — Allied Signal/Honeywell vom 1. Dezember 1999; Entscheidung in der Sache COMP/M.1672 — Volvo/Scania vom 3. Mai 2000.

⁽²⁾ Entscheidung in der Sache COMP/M.2949 — Finmeccanica/Alenia Telespazio vom 30. Oktober 2002; Entscheidung in der Sache COMP/M.3593 — Apollo/Bakelite vom 11. April 2005, Verpflichtung in Bezug auf eine Lizenz für hitzebeständige Kohlenstoffbindungen; zu Fällen aus der Arzneimittelindustrie siehe Entscheidung in der Sache COMP/M.2972 — DSM/Roche Vitamins vom 23. Juli 2003 und Entscheidung in der Sache COMP/IV/M.555 — Glaxo/Wellcome vom 28. Februar 1995.

⁽³⁾ Entscheidung in der Sache COMP/M.2972 — DSM/Roche Vitamins vom 23. Juli 2003.

⁽⁴⁾ Jedoch kann es auch in diesen Fällen zweckmäßiger sein, die Marke zu veräußern, vor allem wenn die sich ergebende Aufspaltung des Eigentums an der Marke der üblichen Praxis in dem betreffenden Wirtschaftszweig entspricht; siehe für die Arzneimittelindustrie Entscheidung in der Sache COMP/M.3544 — Bayer Healthcare/Roche (OTC) vom 19. November 2004, Rdnr. 59, zur Veräußerung der Marke Desenex.

⁽⁵⁾ Entscheidung in der Sache COMP/M.3149 — Procter&Gamble/Wella, Rdnr. 60; Entscheidung in der Sache COMP/IV/M.623 — Kimberly-Clark/Scott Paper vom 16. Januar 1996, Rdnr. 236 Ziffer i; Dies ist vor allem in der Lizenzphase wichtig, in der der Lizenznehmer die Einführung einer neuen wettbewerbsfähigen Marke vorbereiten muss. Die Einführung einer neuen Marke wäre kaum möglich, wenn der Erwerber erhebliche Mittel für das Produktionsverfahren, die Vermarktung und den Vertrieb des Produkts unter der lizenzierten Marke aufwenden müsste; Entscheidung in der Sache COMP/M.2337 — Nestlé/Ralston Purina vom 27. Juli 2001, Rdnrn. 67ff.; Entscheidung in der Sache COMP/M.2621 — SEB/Moulinex vom 8. Januar 2002, Rdnr. 140.

bestimmten Markt beschränkt sein, und sie muss die einschlägigen Rechte an geistigem Eigentum einschließen, damit die Kunden das mit der neuen Marke versehene Produkt als vertraut erkennen. Die beteiligten Unternehmen dürfen keine ähnlichen Wörter oder Zeichen verwenden, da dies die Wirkung des Markenwechsels beeinträchtigen könnte⁽¹⁾. Viertens muss sowohl die Lizenz- als auch die Blackout-Phase unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls so lang sein, dass der Markenwechsel ähnliche Wirkungen entfaltet wie eine Veräußerung⁽²⁾.

42. Wer der potenzielle Lizenznehmer ist, ist für den Erfolg der Verpflichtung von entscheidender Bedeutung. Ist unsicher, ob geeignete Lizenznehmer vorhanden sind, die über die Fähigkeit und ein starkes Interesse verfügen, den Markenwechsel durchzuführen, so können die beteiligten Unternehmen aufgrund der unter Rdnr. 53 dargelegten Erwägungen eine *Up-front*- oder eine *Fix-it-first*-Lösung vorschlagen.

1.3. Nichterwerbsklausel

43. Um die strukturellen Wirkungen einer Abhilfemaßnahme aufrechtzuerhalten, muss in den Verpflichtungen vorgesehen sein, dass das aus dem Zusammenschluss hervorgegangene Unternehmen nicht später Einfluss⁽³⁾ auf das veräußerte Geschäft oder Teile davon erwirbt. In der Regel muss in den Verpflichtungen vorgesehen sein, dass für einen längeren Zeitraum, im Allgemeinen 10 Jahre, ein Rückwerb von erheblichem Einfluss nicht möglich ist. Die Verpflichtungen können jedoch eine Verzichtsklausel enthalten, nach der die Kommission die beteiligten Unternehmen von dieser Auflage entbinden kann, wenn sie später feststellt, dass sich die Struktur des Marktes so verändert hat, dass das Fehlen von Einfluss auf das veräußerte Geschäft nicht mehr notwendig ist, um den Zusammenschluss mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar zu machen. Auch ohne ausdrückliche Bestimmung würden die beteiligten Unternehmen mit einem Rückwerb des Geschäfts einer ihnen im Rahmen der Verpflichtungen stillschweigend erteilten Auflage zuwiderhandeln, da dies die Wirksamkeit der Abhilfemaßnahmen beeinträchtigen würde.

1.4 Alternative Veräußerungsverpflichtungen: „Kronjuwelen“

44. In bestimmten Situationen kann die Vollziehbarkeit der von den beteiligten Unternehmen bevorzugten Veräußerung (eines lebensfähigen Geschäfts zur Lösung der Wettbewerbsprobleme) zweifelhaft sein, z. B. wegen der Vorkaufsrechte Dritter, der Ungewissheit in Bezug auf die Übertragbarkeit von wichtigen Verträgen oder Rechten an geistigem Eigentum oder der Unsicherheit, ob ein geeigneter Erwerber gefunden wird. Dennoch können die beteiligten Unternehmen der Auffassung sein, dass sie in der Lage wären, das betreffende Geschäft innerhalb sehr kurzer Frist an einen geeigneten Erwerber zu veräußern.
45. In diesen Fällen kann die Kommission nicht das Risiko eingehen, dass letztendlich wirksamer Wettbewerb nicht aufrechterhalten wird. Daher genehmigt die Kommission diese Veräußerungsverpflichtungen nur unter den folgenden Voraussetzungen: a) ohne die Unsicherheit würde die erste in den Verpflichtungen vorgeschlagene Veräußerung ein lebensfähiges Geschäft betreffen, und b) die beteiligten Unternehmen müssen eine zweite alternative Veräußerung vorschlagen, die sie umsetzen müssen, falls sie nicht in der Lage sind, die erste Verpflichtung innerhalb der Frist für die erste Veräußerung umzusetzen⁽⁴⁾. Eine solche alternative Verpflichtung muss in der Regel ein „Kronjuwel“⁽⁵⁾ sein, d. h. sie sollte mindestens so gut wie die erste vorgeschlagene Veräußerung geeignet sein, einen lebensfähigen Wettbewerber zu schaffen, wenn sie umgesetzt ist, es sollte keine Unsicherheit hinsichtlich ihrer Umsetzung bestehen, und sie sollte schnell umgesetzt werden können, damit der Gesamtumsetzungszeitraum nicht länger ist, als unter den Bedingungen des betreffenden Marktes in der Regel als annehmbar angesehen würde. Um die Risiken in der Übergangszeit zu begrenzen, ist es unerlässlich, für alle in die beiden Veräußerungsalternativen einbezogenen Vermögenswerte Maßnahmen zur Erhaltung der Lebensfähigkeit des Geschäfts in der Übergangszeit und Maßnahmen zur getrennten Führung des Geschäfts (*hold-separate*) zu treffen. Ferner muss in der Verpflichtung in Form von klaren Kriterien und einem genauen Zeitplan festgelegt werden, wie und wann die alternative Veräußerungsaufgabe wirksam wird, und die Kommission wird kürzere Fristen für ihre Umsetzung verlangen.

⁽¹⁾ Entscheidung in der Sache COMP/M.3149 — Procter&Gamble/Wella vom 30. Juli 2003, Rdnr. 61; Entscheidung in der Sache COMP/M.2337 — Nestlé/Ralston Purina vom 27. Juli 2001, Rdnrn. 67ff.; Entscheidung in der Sache COMP/M.2621 — SEB/Moulinex vom 8. Januar 2002, Rdnr. 141; Entscheidung in der Sache COMP/IV/M.623 — Kimberly-Clark/Scott Paper vom 16. Januar 1996, Rdnr. 236 Ziffer ii.

⁽²⁾ Zum Beispiel unter Berücksichtigung des Lebenszyklus der Produkte, vgl. Entscheidung in der Sache COMP/M.2621 — SEB/Moulinex vom 8. Januar 2002, Rdnr. 141, in der die Laufzeit der Verpflichtungen effektiv rund drei Produktlebenszyklen entsprach; bestätigt durch das Urteil des Gel in der Rechtssache T-119/02, Royal Philips Electronics gegen Kommission, Slg. 2003, II-1433, Rdnrn. 112ff.

⁽³⁾ Einfluss des früheren Eigentümers des Geschäfts auf das Wettbewerbsverhalten des veräußerten Geschäfts, der die Verwirklichung des Ziels der Abhilfemaßnahme gefährdet.

⁽⁴⁾ Siehe Urteil des Gel in der Rechtssache T-210/01, General Electric gegen Kommission, Slg. 2005, II-5575, Rdnr. 617; Entscheidung in der Sache COMP/M.1453 — AXA/GRE vom 8. April 1999.

⁽⁵⁾ Die Alternative kann in einem völlig anderen Geschäft oder — im Falle der Unsicherheit, ob ein geeigneter Erwerber gefunden wird — zusätzlicher Geschäfte und Vermögenswerte bestehen, die dem ursprünglichen Paket beigelegt werden.

46. Wenn die Umsetzung der Veräußerung wegen Rechten Dritter unsicher ist oder wenn Unsicherheit besteht, ob ein geeigneter Erwerber gefunden wird, beseitigen die Kronjuwelen-Verpflichtung und der unter Rdnr. 54 behandelte vorab genehmigte Erwerber (*Up-front buyer*) dieselben Bedenken, und die beteiligten Unternehmen können daher zwischen beiden Lösungen wählen.

1.5. Übertragung an einen geeigneten Erwerber

47. Die mit der Veräußerung beabsichtigte Wirkung wird nur erzielt, wenn das Geschäft an einen geeigneten Erwerber übertragen wird, in dessen Händen es sich zu einem aktiven Wettbewerber am Markt entwickelt. Ob das Geschäft für einen geeigneten Erwerber attraktiv sein kann, spielt bereits bei der Prüfung der Geeignetheit der vorgeschlagenen Verpflichtung durch die Kommission eine wichtige Rolle⁽¹⁾. Wenn gewährleistet sein soll, dass das Geschäft an einen geeigneten Erwerber veräußert wird, müssen die Verpflichtungen Kriterien für die Geeignetheit enthalten, anhand deren die Kommission feststellen kann, ob es wahrscheinlich ist, dass die Veräußerung des Geschäfts an den betreffenden Erwerber ihre wettbewerbsrechtlichen Bedenken beseitigt.

a) Geeignetheit des Erwerbers

48. An den Erwerber werden die folgenden Standardanforderungen gestellt:
- der Erwerber muss von den beteiligten Unternehmen unabhängig sein und darf nicht mit ihnen verbunden sein,
 - der Erwerber muss über die finanziellen Mittel, die ausgewiesenen Fachkenntnisse und das Interesse und die Fähigkeit verfügen, die notwendig sind, um das zu veräußernde Geschäft als lebensfähigen, aktiven Wettbewerber in Konkurrenz zu den beteiligten Unternehmen und den anderen Mitbewerbern weiterzuführen und auszubauen, und
 - der Erwerb des Geschäfts durch den vorgeschlagenen Erwerber darf aller Wahrscheinlichkeit nach weder neue Wettbewerbsprobleme aufwerfen, noch das Risiko mit sich bringen, dass sich die Umsetzung der Verpflichtungen verzögert. Von dem vorgeschlagenen Erwerber kann daher erwartet werden, dass er alle für den Erwerb des zu veräußernden Geschäfts erforderlichen Genehmigungen der zuständigen Regulierungsbehörden einholt.
49. Die Standardanforderungen an den Erwerber müssen möglicherweise im Einzelfall ergänzt werden. So kann gegebenenfalls verlangt werden, dass es sich bei dem Erwerber nicht um einen Finanzinvestor, sondern um einen industriellen Erwerber handelt⁽²⁾. Die Verpflichtungen enthalten in der Regel eine solche Klausel, wenn angesichts der besonderen Umstände des Einzelfalls ein Finanzinvestor möglicherweise nicht in der Lage wäre oder kein Interesse daran hätte, das Geschäft zu einem lebensfähigen Wettbewerber am Markt auszubauen, auch wenn man berücksichtigt, dass er sich das notwendige Management-Know-how beschaffen könnte (z. B. durch Einstellung erfahrener Manager aus dem betreffenden Sektor), und wenn der Erwerb durch einen Finanzinvestor daher die wettbewerbsrechtlichen Bedenken nicht mit hinreichender Sicherheit beseitigen würde.

b) Ermittlung eines geeigneten Erwerbers

50. Im Allgemeinen gibt es drei Möglichkeiten zu gewährleisten, dass das Geschäft an einen geeigneten Erwerber übertragen wird. Erstens, das Geschäft wird innerhalb einer bestimmten Frist nach Erlass der Entscheidung an einen Erwerber übertragen, der von der Kommission anhand der an Erwerber gestellten Anforderungen genehmigt worden ist. Zweitens, in den Verpflichtungen ist zusätzlich zu den Voraussetzungen für die erste Möglichkeit vorgesehen, dass die beteiligten Unternehmen den angemeldeten Zusammenschluss erst vollziehen dürfen, wenn sie mit einem von der Kommission vorab genehmigten Erwerber (*Up-front buyer*) eine verbindliche Vereinbarung über die Veräußerung des Geschäfts geschlossen haben. Drittens, die beteiligten Unternehmen ermitteln einen Erwerber für das Geschäft und schließen bereits während des Verfahrens bei der Kommission eine verbindliche Vereinbarung mit ihm⁽³⁾ (*Fix-it-first*⁽⁴⁾-Abhilfemaßnahme). Der wichtigste Unterschied zwischen den beiden zuletzt genannten Möglichkeiten ist, dass die Kommission im Falle des *Up-front buyers* vor Erlass der Genehmigungsentscheidung nicht weiß, wer der Erwerber ist.
51. Für welche Kategorie von Abhilfemaßnahmen man sich entscheidet, hängt von den im Einzelfall bestehenden Risiken und damit von den Maßnahmen ab, die es der Kommission ermöglichen, mit dem erforderlichen Grad an Sicherheit davon auszugehen, dass die Verpflichtung umgesetzt wird. Dies ist abhängig von Art und Tätigkeitsbereich des zu veräußernden Geschäfts, dem Risiko einer Verschlechterung des Geschäfts in der Übergangszeit bis zur Veräußerung und den mit der Übertragung des Geschäfts und der Umsetzung der Verpflichtung verbundenen Unsicherheiten, insbesondere den Risiken im Zusammenhang mit dem Finden eines geeigneten Erwerbers.

⁽¹⁾ Entscheidung in der Sache COMP/IV/M.913 — Siemens/Elektrowatt vom 18. November 1997.

⁽²⁾ Siehe die Verpflichtungen in der Entscheidung in der Sache COMP/M.2621 — SEB/Moulinex vom 8. Januar 2002, in denen vorgesehen ist, dass der Lizenznehmer eine eigene Marke besitzt, die in dem betreffenden Sektor verwendet wird. Auf bestimmten Märkten ist möglicherweise ein hinreichender Grad an Anerkennung durch die Kunden erforderlich, damit der Erwerber das zu veräußernde Geschäft als Wettbewerber am Markt etablieren kann.

⁽³⁾ Die Übertragung des Geschäfts kann nach der Entscheidung der Kommission erfolgen.

⁽⁴⁾ Dieser Begriff wird in anderen Rechtsordnungen möglicherweise anders verwendet.

1. Verkauf des zu veräußernden Geschäfts innerhalb einer bestimmten Frist nach Erlass der Entscheidung
 52. In der ersten Kategorie können die beteiligten Unternehmen den Verkauf des zu veräußernden Geschäfts auf der Grundlage der Anforderungen an den Erwerber innerhalb einer bestimmten Frist nach Erlass der Entscheidung vornehmen. Dieses Verfahren dürfte sich für die Mehrheit der Fälle eignen, sofern für ein lebensfähiges Geschäft eine Reihe von Erwerbern in Betracht kommt und sofern keine besonderen Probleme die Veräußerung komplizieren oder ihr entgegenstehen. Muss der Erwerber über besondere Fachkenntnisse verfügen, so kann dieses Verfahren geeignet sein, wenn genügend interessierte mögliche Erwerber vorhanden sind, die die besonderen Anforderungen an den Erwerber erfüllen, die in diesen Fällen in die Verpflichtungen einzubeziehen sind. Unter diesen Umständen kann die Kommission davon ausgehen, dass die Veräußerung umgesetzt wird und dass es keinen Grund gibt, den Vollzug des angemeldeten Zusammenschlusses nach Erlass der Entscheidung der Kommission auszusetzen.
2. Up-front buyer
53. Es gibt Fälle, in denen die Kommission nur dann mit dem erforderlichen Grad an Sicherheit davon ausgehen kann, dass das Geschäft auch tatsächlich an einen geeigneten Erwerber veräußert wird, wenn ein von ihr vorab genehmigter Erwerber vorgeschlagen wird. Die beteiligten Unternehmen müssen sich daher verpflichten, den angemeldeten Zusammenschluss erst zu vollziehen, wenn sie mit einem von der Kommission vorab genehmigten Erwerber eine verbindliche Vereinbarung über die Veräußerung des Geschäfts geschlossen haben ⁽¹⁾.
 54. Erstens betrifft dies Fälle, in denen erhebliche Hindernisse für eine Veräußerung bestehen, z. B. Rechte Dritter oder die Unsicherheit, ob ein geeigneter Erwerber gefunden wird ⁽²⁾. In diesen Fällen ermöglicht es ein vorab genehmigter Erwerber der Kommission, mit dem erforderlichen Grad an Sicherheit davon auszugehen, dass die Verpflichtungen umgesetzt werden, da eine solche Verpflichtung einen stärkeren Anreiz für die beteiligten Unternehmen schafft, die Veräußerung abzuschließen, um den Zusammenschluss vollziehen zu können. Unter diesen Umständen können die beteiligten Unternehmen, wie unter Rdnr. 46 dargelegt, wählen, ob sie einen vorab genehmigten Erwerber oder eine alternative Veräußerungsverpflichtung vorschlagen.
 55. Zweitens kann ein vorab genehmigter Erwerber in Fällen notwendig sein, in denen ein erhebliches Risiko hinsichtlich der Erhaltung der Wettbewerbs- und Marktfähigkeit des zu veräußernden Geschäfts in der Übergangszeit bis zur Veräußerung besteht. In dieser Kategorie geht es um Fälle, in denen das Risiko einer Verschlechterung des zu veräußernden Geschäfts hoch erscheint, insbesondere weil für das Geschäft wichtige Kompetenzträger abwandern könnten oder weil die Übergangsrisiken besonders hoch sind, da die beteiligten Unternehmen die Ausgliederung des Geschäfts nicht in der Übergangszeit, sondern erst nach Abschluss eines Veräußerungsvertrags mit dem Erwerber vornehmen können. Die *Up-front-buyer*-Lösung kann die Übertragung des zu veräußernden Geschäfts — wegen des stärkeren Anreizes für die beteiligten Unternehmen, die Veräußerung abzuschließen, um den Zusammenschluss vollziehen zu können — so weit beschleunigen, dass die Verpflichtungen es der Kommission ermöglichen, mit dem erforderlichen Grad an Sicherheit davon auszugehen, dass diese Risiken begrenzt sind und die Veräußerung auch tatsächlich umgesetzt wird ⁽³⁾.
3. Fix-it-first-Abhilfemaßnahmen
56. Die dritte Kategorie umfasst Fälle, in denen die beteiligten Unternehmen während des Verfahrens bei der Kommission einen Erwerber ermitteln und eine rechtlich bindende Vereinbarung mit ihm schließen, in der die wesentlichen Punkte der Veräußerung festgelegt sind ⁽⁴⁾. Die Kommission kann dann in der endgültigen Entscheidung feststellen, ob die Übertragung des zu veräußernden Geschäfts an den ermittelten Erwerber die wettbewerbsrechtlichen Bedenken beseitigt. Genehmigt die Kommission den angemeldeten Zusammenschluss, so ist eine weitere Entscheidung der Kommission zur Genehmigung des Erwerbers nicht erforderlich, und die Übertragung des zu veräußernden Geschäfts kann kurz danach stattfinden.
 57. Die Kommission begrüßt *Fix-it-first*-Lösungen insbesondere in Fällen, in denen der Frage, wer der Erwerber ist, entscheidende Bedeutung für die Wirksamkeit der vorgeschlagenen Abhilfemaßnahme zukommt. Dies sind Fälle, in denen unter den gegebenen Umständen nur sehr wenige mögliche Erwerber als geeignet angesehen werden können, insbesondere da das zu veräußernde Geschäft als solches

⁽¹⁾ Entscheidung in der Sache COMP/M.3796 — Omya/Huber PCC vom 19. Juli 2006; Entscheidung in der Sache COMP/M.2972 — DSM/Roche Vitamins vom 23. Juli 2003; Entscheidung in der Sache COMP/M.2060 — Bosch/Rexroth vom 13. Dezember 2000; Entscheidung in der Sache COMP/M.2337 — Nestlé/Ralston Purina vom 27. Juli 2001; Entscheidung in der Sache COMP/M.2544 — Masterfoods/Royal Canin vom 15. Februar 2002; Entscheidung in der Sache COMP/M.2947 — Verbund/Energie Allianz vom 11. Juni 2003.

⁽²⁾ Siehe Entscheidung in der Sache COMP/M.2060 — Bosch/Rexroth vom 13. Dezember 2000, Rdnr. 92.

⁽³⁾ Siehe Entscheidung in der Sache COMP/M.2060 — Bosch/Rexroth vom 13. Dezember 2000, Rdnr. 95.

⁽⁴⁾ Diese Vereinbarungen sind in der Regel von der endgültigen Entscheidung der Kommission zur Genehmigung der betreffenden Abhilfemaßnahme abhängig.

kein lebensfähiges Geschäft ist, sondern seine Lebensfähigkeit erst durch bestimmte Vermögenswerte des Erwerbers gewährleistet wird, oder da der Erwerber besondere Voraussetzungen erfüllen muss, damit die Abhilfemaßnahme die wettbewerbsrechtlichen Bedenken beseitigt ⁽¹⁾. Entscheiden sich die beteiligten Unternehmen, während des Verfahrens als *Fix-it-first*-Lösung eine verbindliche Vereinbarung mit einem geeigneten Erwerber zu schließen, so kann die Kommission unter diesen Umständen mit dem erforderlichen Grad an Sicherheit davon ausgehen, dass die Verpflichtungen durch Verkauf des Geschäfts an einen geeigneten Erwerber umgesetzt werden. In diesen Fällen wird eine *Up-front-buyer*-Lösung mit besonderen Anforderungen an die Geeignetheit des Erwerbers im Allgemeinen als gleichwertig und zulässig angesehen.

2. Zerschlagung von Bindungen zu Mitbewerbern

58. Veräußerungsverpflichtungen können auch dazu dienen, Bindungen zwischen den beteiligten Unternehmen und Mitbewerbern zu zerschlagen, wenn diese Bindungen zu den durch den Zusammenschluss aufgeworfenen wettbewerbsrechtlichen Bedenken beigetragen haben. Zur Lösung der strukturellen Bindung zu einem wichtigen Mitbewerber kann es notwendig sein, die Minderheitsbeteiligung an einem Gemeinschaftsunternehmen ⁽²⁾ oder die Minderheitsbeteiligung an einem Mitbewerber ⁽³⁾ zu veräußern.
59. Obwohl die Veräußerung dieser Beteiligungen den Vorzug verdient, kann die Kommission ausnahmsweise den Verzicht auf die mit der Minderheitsbeteiligung an einem Mitbewerber verbundenen Rechte genehmigen, wenn angesichts der besonderen Umstände des Einzelfalls ausgeschlossen werden kann, dass die mit der Minderheitsbeteiligung an dem Mitbewerber erzielten finanziellen Gewinne für sich genommen Anlass für wettbewerbsrechtliche Bedenken sind ⁽⁴⁾. In diesen Fällen müssen die beteiligten Unternehmen auf alle mit einer solchen Beteiligung verbundenen Rechte verzichten, die für das wettbewerbsrelevante Verhalten von Belang sind, wie Vertretung im Geschäftsführungsorgan, Vetorecht und auch Informationsrechte ⁽⁵⁾. Die Kommission kann eine solche Lösung der Bindung zu einem wichtigen Mitbewerber nur genehmigen, wenn auf diese Rechte auf Dauer vollständig verzichtet wird ⁽⁶⁾.
60. Wenn sich die wettbewerbsrechtlichen Bedenken aus Vereinbarungen mit Unternehmen ergeben, die die gleichen Waren liefern oder die gleichen Dienstleistungen erbringen, kommt als geeignete Abhilfemaßnahme die Kündigung der betreffenden Vereinbarung in Betracht, bei der es sich z. B. um eine Vertriebsvereinbarung mit Mitbewerbern ⁽⁷⁾ oder um ein Vereinbarung handeln kann, die zur Koordination des Geschäftsverhaltens ⁽⁸⁾ führt. Die Kündigung einer Vertriebsvereinbarung allein beseitigt die wettbewerbsrechtlichen Bedenken jedoch nur, wenn gewährleistet ist, dass die Waren eines Mitbewerbers auch in Zukunft vertrieben werden und wirksamen Wettbewerbsdruck auf die beteiligten Unternehmen ausüben.

3. Andere Abhilfemaßnahmen

61. Die Veräußerung eines Geschäfts und die Zerschlagung von Bindungen zu Mitbewerbern sind zwar die bevorzugten, aber nicht die einzigen Abhilfemaßnahmen zur Beseitigung wettbewerbsrechtlicher Bedenken. Die Veräußerung dient jedoch hinsichtlich Wirksamkeit und Effizienz als Benchmark für andere Abhilfemaßnahmen. Die Kommission kann daher andere Arten von Verpflichtungen genehmigen, aber nur, wenn die vorgeschlagene andere Abhilfemaßnahme in ihrer Wirkung einer Veräußerung zumindest gleichwertig ist ⁽⁹⁾.

⁽¹⁾ Siehe Entscheidung in der Sache COMP/M.3916 — T-Mobile Austria/tele.ring vom April 2006, in der bestimmte Standorte und Frequenzen für den Mobilfunk, die kein lebensfähiges Geschäft darstellten, nur an einen Wettbewerber veräußert werden konnten, der voraussichtlich eine ähnliche Rolle auf dem Markt spielen würde wie tele.ring; Entscheidung in der Sache COMP/M.4000 — Inco/Falconbridge vom 4. Juli 2006, in der das Nickelverarbeitungsgeschäft nur an einen Wettbewerber veräußert werden konnte, der vertikal in die Lieferung von Nickelerzeugnissen integriert war; Entscheidung in der Sache COMP/M.4187 — Metso/Aker Kvaerner vom 12. Dezember 2006, in der nur ein einziger Erwerber für den Erwerb der zu veräußernden Geschäfte geeignet war, da nur er über das notwendige Know-how und die notwendige Präsenz auf benachbarten Märkten verfügte; Entscheidung in der Sache COMP/M.3436 — Continental/Phoenix vom 26. Oktober 2004, in der nur der an dem Vertriebsgemeinschaftsunternehmen beteiligte Partner in der Lage war, das zu veräußernde Geschäft lebensfähig zu machen; Entscheidung in der Sache COMP/M.3136 — GE/Agfa vom 5. Dezember 2003.

⁽²⁾ Entscheidung in der Sache COMP/IV/M.942 — VEBA/Degussa vom 3. Dezember 1997.

⁽³⁾ Entscheidung in der Sache COMP/M.3653 — Siemens/VA Tech vom 13. Juli 2005, Rdnrn. 491 und 493ff.

⁽⁴⁾ Siehe Entscheidung in der Sache COMP/M.3653 — Siemens/VA Tech vom 13. Juli 2005, Rdnrn. 327ff., in der Auswirkungen der Minderheitsbeteiligung in finanzieller Hinsicht ausgeschlossen werden konnten, da eine Verkaufsoption für diese Beteiligung bereits ausgeübt worden war.

⁽⁵⁾ Entscheidung in der Sache COMP/M.4153 — Toshiba/Westinghouse vom 19. September 2006.

⁽⁶⁾ Siehe Entscheidung in der Sache COMP/M.3440 — ENI/EDP/GDP vom 9. Dezember 2004, Rdnrn. 648f. und 672.

⁽⁷⁾ Siehe zur Kündigung von Vertriebsvereinbarungen Entscheidung in der Sache COMP/M.3779 — Pernod Ricard/Allied Domecq vom 24. Juni 2005; Entscheidung in der Sache COMP/M.3658 — Orkla/Chips vom 3. März 2005.

⁽⁸⁾ Siehe insbesondere zum Seeverkehrssektor Entscheidung in der Sache COMP/M.3829 — Maersk/PONL vom 29. Juli 2005 und Entscheidung in der Sache COMP/M.3863 — TUI/CP Ships vom 12. Oktober 2005. In diesen Fällen verpflichteten sich die beteiligten Unternehmen, aus bestimmten Linienkonferenzen und Konsortien auszutreten.

⁽⁹⁾ Entscheidung in der Sache COMP/M.3680 — Alcatel/Finmeccanica/Alcatel Alenia Space & Telespazio vom 28. April 2005, in der eine Veräußerung nicht möglich war.

Zugangserleichterungen

62. In einer Reihe von Fällen hat die Kommission Abhilfemaßnahmen genehmigt, in denen der Zugang zu wichtiger Infrastruktur, Netzen, Schlüsseltechnologie (einschließlich Patenten, Know-how und sonstigen Rechten an geistigem Eigentum) sowie Vorleistungen von wesentlicher Bedeutung vorgesehen war. In der Regel gewähren die beteiligten Unternehmen Dritten diesen Zugang zu diskriminierungsfreien und transparenten Bedingungen.
63. Verpflichtungen zur Gewährung des Zugangs zu Infrastruktur und Netzen können angeboten werden, um Mitbewerbern den Markteintritt zu erleichtern. Sie können von der Kommission genehmigt werden, wenn hinreichend klar ist, dass tatsächlich neue Wettbewerber in den Markt eintreten und dadurch die erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs beseitigt wird ⁽¹⁾. Andere Beispiele für Zugangserleichterungen sind Verpflichtungen, durch die der Zugang zu Pay-TV-Plattformen ⁽²⁾ und zu Energie im Wege von Gasfreigabeprogrammen ⁽³⁾ gewährt wird. Oft wird eine ausreichende Senkung der Marktzutrittsschranken nicht durch Einzelmaßnahmen erreicht, sondern durch ein Paket, das eine Kombination von Veräußerungen und Verpflichtungen hinsichtlich des Marktzugangs umfasst, oder durch ein Verpflichtungspaket, mit dem Mitbewerbern der Markteintritt durch eine ganze Reihe unterschiedlicher Maßnahmen allgemein erleichtert werden soll. Wenn aufgrund dieser Verpflichtungen der rechtzeitige Markteintritt einer ausreichenden Zahl neuer Wettbewerber wirklich wahrscheinlich ist, kann davon ausgegangen werden, dass sie ähnliche Auswirkungen auf den Wettbewerb auf dem Markt haben wie eine Veräußerung. Kann dagegen nicht festgestellt werden, dass infolge der durch die vorgeschlagenen Verpflichtungen bewirkten Senkung der Marktzutrittsschranken der Eintritt neuer Wettbewerber in den Markt wahrscheinlich ist, so lehnt die Kommission das Verpflichtungspaket ab ⁽⁴⁾.
64. Auch Verpflichtungen zur Gewährung diskriminierungsfreien Zugangs zu Infrastruktur oder Netzen der an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen können angeboten werden, um zu gewährleisten, dass der Wettbewerb nicht infolge der Abschottung des Marktes erheblich beeinträchtigt wird. In den bisherigen Entscheidungen der Kommission gab es Verpflichtungen zur Gewährung des Zugangs zu Rohrleitungen ⁽⁵⁾ und zu Telekommunikationsnetzen und ähnlichen Netzen ⁽⁶⁾. Die Kommission nimmt solche Verpflichtungsangebote nur an, wenn festgestellt werden kann, dass die Verpflichtungen wirksam sind und dass die Mitbewerber sie voraussichtlich nutzen werden, so dass Bedenken hinsichtlich einer Abschottung des Marktes beseitigt werden. In bestimmten Fällen kann es zweckmäßig sein, eine solche Verpflichtung mit einer *Up-front-buyer-* oder einer *Fix-it-first-Lösung* zu verbinden, damit die Kommission mit dem erforderlichen Grad an Sicherheit davon ausgehen kann, dass die Verpflichtung umgesetzt wird ⁽⁷⁾.
65. Die Kontrolle über Schlüsseltechnologie oder Rechte an geistigem Eigentum kann ebenfalls Anlass zu Bedenken hinsichtlich des Ausschlusses von Mitbewerbern geben, die von der Technologie oder den Rechten als wichtige Vorleistung für Tätigkeiten auf einem nachgelagerten Markt abhängig sind. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn Wettbewerbsprobleme auftreten, weil die beteiligten Unternehmen Informationen zurückhalten, die für die Kompatibilität unterschiedlicher Ausrüstung erforderlich sind. Unter diesen Umständen kann die Verpflichtung, Mitbewerbern Zugang zu den erforderlichen Informationen zu gewähren, die Wettbewerbsbedenken beseitigen ⁽⁸⁾. In Sektoren, in denen die Marktteilnehmer in der Regel zusammenarbeiten müssen, indem sie einander Patentlizenzen erteilen, können Bedenken, dass das aus dem Zusammenschluss hervorgegangene Unternehmen kein Interesse mehr

⁽¹⁾ Siehe Urteil des Gel in der Rechtssache T-177/04, *easyJet* gegen Kommission, Slg. 2006, II-1931, Rdnrn. 197ff.

⁽²⁾ Siehe Entscheidung in der Sache COMP/M.2876 — *Newscorp/Telepiù* vom 2. April 2003, Rdnrn. 225ff., in der das Verpflichtungspaket den Zugang der Mitbewerber zu allen wesentlichen Bestandteilen eines Pay-TV-Netzes umfasste: 1) Zugang zum notwendigen Inhalt, 2) Zugang zur technischen Plattform und 3) Zugang zu den notwendigen technischen Diensten. Ebenso genehmigte die Kommission in der Entscheidung in der Sache COMP/JV.37 — *BskyB/Kirch Pay TV* vom 21. März 2000, bestätigt durch das Urteil des Gel in der Rechtssache T-158/00, *ARD* gegen Kommission, Slg. 2003, II-3825, ein Verpflichtungspaket, das anderen Betreibern den umfassenden Zugang zum Pay-TV-Markt ermöglichte.

⁽³⁾ Siehe Entscheidung in der Sache COMP/M.3696 — *E.ON/MOL* vom 21. Dezember 2005; Entscheidung in der Sache COMP/M.3868 — *DONG/Elsam/Energi E2* vom 14. März 2006.

⁽⁴⁾ Bei Zusammenschlüssen im Luftfahrtbereich reicht die bloße Senkung der Marktzutrittsschranken durch eine Verpflichtung der beteiligten Unternehmen, Zeitnischen auf bestimmten Flughäfen anzubieten, möglicherweise nicht immer aus, um den Markteintritt neuer Wettbewerber auf den Strecken, auf denen Wettbewerbsprobleme bestehen, zu gewährleisten und um die Abhilfemaßnahme in ihrer Wirkung einer Veräußerung gleichwertig zu machen.

⁽⁵⁾ Entscheidung in der Sache COMP/M.2533 — *BP/E.ON* vom 20. Dezember 2001, Zugang zu Rohrleitungen zusätzlich zur Veräußerung von Anteilen an einer Rohrleitungsgesellschaft; Entscheidung in der Sache COMP/M.2389 — *Shell/DEA* vom 20. Dezember 2001, Zugang zu einem Import-Terminal für Ethylen.

⁽⁶⁾ Zum Zugang zu Telekommunikationsnetzen siehe Entscheidung in der Sache COMP/M.2803 — *Telia/Sonera* vom 10. Juli 2002; Entscheidung in der Sache COMP/IV/M.1439 — *Telia/Telenor* vom 13. Oktober 1999; Entscheidung in der Sache COMP/M.1795 — *Vodafone/Mannesmann* vom 12. April 2000. Siehe auch Entscheidung in der Sache COMP/M.2903 — *DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV* vom 30. April 2003, in der die Kommission ein Verpflichtungspaket mit dem Ziel genehmigte, Dritten Zugang zu einem Telematiknetz zu gewähren und die Marktzutrittsschranken zu senken, indem ihnen gestattet wurde, Teile eines für die Mauterhebung bestimmten Telematikgeräts zu nutzen, das von den beteiligten Unternehmen bereitgestellt wurde.

⁽⁷⁾ Siehe das „Qualitätsmoratorium“ in der Entscheidung in der Sache COMP/M.2903 — *DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV* vom 30. April 2003, Rdnr. 76.

⁽⁸⁾ Entscheidung in der Sache COMP/M.3083 — *GE/Instrumentarium* vom 2. September 2003; Entscheidung in der Sache COMP/M.2861 — *Siemens/Drägerwerk* vom 30. April 2003.

daran haben könnte, im gleichen Umfang und zu den gleichen Bedingungen wie bisher Lizenzen zu erteilen, durch die Verpflichtung beseitigt werden, Lizenzen auch in Zukunft auf derselben Grundlage zu erteilen⁽¹⁾. In diesen Fällen sollten die Verpflichtungen vorsehen, dass nichtausschließliche Lizenzen erteilt oder die Informationen auf nichtausschließlicher Grundlage allen Dritten offengelegt werden, die in ihrer Tätigkeit von den Rechten an geistigem Eigentum oder den Informationen abhängig sind. Ferner muss gewährleistet sein, dass die Bedingungen, zu denen die Lizenzen erteilt werden, nicht die wirksame Umsetzung der Lizenz-Abhilfemaßnahme behindern. Wenn es auf dem betreffenden Markt keine eindeutig bestimmten Bedingungen für die Lizenzerteilung gibt, sollten die Bedingungen, einschließlich der Preisgestaltung, klar aus den Verpflichtungen ersichtlich sein (z. B. in Form von Preisformeln). Eine Alternativlösung könnten gebührenfreie Lizenzen sein. Allerdings erhalten die Lizenzgeber durch die Erteilung von Lizenzen je nach Fall möglicherweise auch sensible Informationen über das Wettbewerbsverhalten der Lizenznehmer, die als Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt tätig sind, z. B. indem sie Kenntnis von der Zahl der auf dem nachgelagerten Markt genutzten Lizenzen erhalten. Wenn die Abhilfemaßnahme in diesen Fällen geeignet sein soll, muss durch die Verpflichtungen ausgeschlossen sein, dass derartige Probleme im Zusammenhang mit der Vertraulichkeit auftreten. Wie unter Rdnr. 64 dargelegt, nimmt die Kommission solche Verpflichtungsangebote im Allgemeinen nur an, wenn festgestellt werden kann, dass die Verpflichtungen wirksam sind und dass die Mitbewerber sie voraussichtlich nutzen werden.

66. Verpflichtungen hinsichtlich des Marktzugangs sind oft komplex und legen die Bedingungen, zu denen der Zugang gewährt wird, notwendigerweise in allgemeiner Form fest. Wenn diese Verpflichtungen wirksam sein sollen, müssen sie die für die Kontrolle erforderlichen Verfahrensregeln, z. B. die Pflicht zur getrennten Buchführung für die Infrastruktur (damit eine Kostenprüfung möglich ist⁽²⁾) und geeignete Kontrollmaßnahmen enthalten. In der Regel ist die Kontrolle von den Marktteilnehmern selbst vorzunehmen, z. B. von den Unternehmen, die die Verpflichtungen nutzen wollen. Eine Maßnahme, die Dritten selbst die Durchsetzung der Verpflichtungen ermöglicht, ist insbesondere der Zugang zu einer schnellen Streitbeilegung, entweder über Schiedsverfahren (zusammen mit Treuhändern)⁽³⁾ oder, sofern für die betreffenden Märkte vorhanden, über Schiedsverfahren unter Beteiligung der einzelstaatlichen Regulierungsbehörden⁽⁴⁾. Wenn die Kommission davon ausgehen kann, dass die in den Verpflichtungen vorgesehenen Mechanismen es den Marktteilnehmern selbst ermöglichen, die Verpflichtungen in einem angemessenen Zeitraum wirksam durchzusetzen, ist eine ständige Kontrolle durch die Kommission nicht notwendig. In diesen Fällen ist ein Eingreifen der Kommission nur erforderlich, wenn die beteiligten Unternehmen die im Streitbeilegungsverfahren gefundene Lösung nicht anwenden.⁽⁵⁾ Die Kommission kann solche Verpflichtungen jedoch nur genehmigen, wenn nicht die Gefahr besteht, dass ihre Wirksamkeit von Anfang an durch ihre Komplexität beeinträchtigt wird, und wenn die vorgeschlagenen Kontrollmaßnahmen gewährleisten, dass die Verpflichtungen wirksam umgesetzt werden und der Durchsetzungsmechanismus in einem angemessenen Zeitraum zu Ergebnissen führt⁽⁶⁾.

Änderung langfristiger Ausschließlichkeitsvereinbarungen

67. Veränderungen in der Marktstruktur infolge eines geplanten Zusammenschlusses können dazu führen, dass bestehende vertragliche Vereinbarungen wirksamem Wettbewerb im Wege stehen. Dies gilt vor allem für langfristige Liefervereinbarungen, wenn diese Vereinbarungen Mitbewerber entweder auf vorgelagerten Märkten von Vorleistungen oder auf nachgelagerten Märkten vom Zugang zu Kunden ausschließen. Wenn das aus dem Zusammenschluss hervorgegangene Unternehmen über die Fähigkeit und das Interesse verfügt, Mitbewerber in dieser Weise auszuschließen, kann die Abschottungswirkung bestehender Ausschließlichkeitsvereinbarungen dazu beitragen, wirksamen Wettbewerb erheblich zu behindern⁽⁷⁾.
68. Unter diesen Umständen kann die Kündigung oder Änderung bestehender Ausschließlichkeitsvereinbarungen als geeignet angesehen werden, die wettbewerbsrechtlichen Bedenken zu beseitigen⁽⁸⁾. Die Kommission muss jedoch anhand der verfügbaren Beweismittel eindeutig feststellen können, dass die

⁽¹⁾ Siehe Entscheidung in der Sache COMP/M.3998 — Axalto/Gemplus vom 19. Mai 2006.

⁽²⁾ Siehe z. B. Entscheidung in der Sache COMP/M.2803 — Telia/Sonera vom 10. Juli 2002; Entscheidung in der Sache COMP/M.2903 — DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV vom 30. April 2003.

⁽³⁾ Zur Wirkung von Schiedsklauseln siehe Urteil des Gel in der Rechtssache T-158/00, ARD gegen Kommission, Slg. 2003, II-3825, Rdnrn. 212, 295 und 352; Urteil des Gel in der Rechtssache T-177/04, easyJet gegen Kommission, Slg. 2006, II-1931, Rdnr. 186.

⁽⁴⁾ Siehe Sache COMP/M.2876 — Newscorp/Telepiù; Sache COMP/M.3916 — T-Mobile Austria/tele.ring.

⁽⁵⁾ Urteil des Gel in der Rechtssache T-158/00, ARD gegen Kommission, Slg. 2003, II-3825, Rdnrn. 212, 295 und 352.

⁽⁶⁾ Siehe Urteil des Gel in der Rechtssache T-87/05, EDP gegen Kommission, Slg. 2005, II-3745, Rdnrn. 102ff., und Urteil des Gel in der Rechtssache T-177/04, easyJet gegen Kommission, Slg. 2006, II-1931, Rdnr. 188.

⁽⁷⁾ Siehe Mitteilung der Kommission über nichthorizontale Zusammenschlüsse (...); Entscheidung in der Sache COMP/IV/M.986 — AGFA Gevaert/DuPont vom 11. Februar 1998.

⁽⁸⁾ Entscheidung in der Sache COMP/M.2876 — Newscorp/Telepiù vom 2. April 2003, Rdnrn. 225ff., in der Anbietern von Fernsehinhalten ein einseitiges Kündigungsrecht gewährt, der Geltungsbereich von Ausschließlichkeitsklauseln einschränkt und die Laufzeit künftiger Ausschließlichkeitsvereinbarungen über die Bereitstellung von Inhalten begrenzt wurde; Entscheidung in der Sache COMP/M.2822 — ENI/EnBW/GVS vom 17. Dezember 2002, in der allen Gaseinzelhändlern das Recht auf vorzeitige Kündigung langfristiger Gaslieferverträge gewährt wurde; Entscheidung in der Sache COMP/IV/M.1571 — New Holland vom 28. Oktober 1999; Entscheidung in der Sache COMP/IV/M.1467 — Rohm and Haas/Morton vom 19. April 1999.

Ausschließlichkeit nicht de facto aufrechterhalten wird. Ferner reicht eine Änderung langfristiger Vereinbarungen in der Regel nur als Teil eines Paktes von Abhilfemaßnahmen aus, um die wettbewerbsrechtlichen Bedenken zu beseitigen.

Andere Abhilfemaßnahmen ohne Veräußerung eines Geschäfts

69. Wie unter Rdnr. 17 dargelegt, beseitigen nichtstrukturelle Arten von Abhilfemaßnahmen wie die Zusage der beteiligten Unternehmen, auf ein bestimmtes Geschäftsverhalten (z. B. den Verkauf von Produkten als Paket) zu verzichten, im Allgemeinen nicht die wettbewerbsrechtlichen Bedenken, die auf horizontalen Überschneidungen beruhen. Bei einer solchen Abhilfemaßnahme den erforderlichen Grad an Wirksamkeit zu erreichen, kann — wie bereits unter den Rdnrn. 13f. dargelegt — wegen des Fehlens einer wirksamen Kontrolle ihrer Umsetzung schwierig sein ⁽¹⁾. Es kann für die Kommission sogar unmöglich sein zu prüfen, ob der Verpflichtung nachgekommen wird, und auch andere Marktteilnehmer, z. B. Mitbewerber, können möglicherweise nicht oder nicht mit dem erforderlichen Grad an Sicherheit feststellen, ob die beteiligten Unternehmen die Bedingungen der Verpflichtung in der Praxis erfüllen. Außerdem besteht auch für die Mitbewerber kein Anreiz, die Kommission zu informieren, da sie keinen unmittelbaren Vorteil von den Verpflichtungen haben. Daher kann die Kommission andere Arten von Abhilfemaßnahmen, die nicht die Veräußerung eines Geschäfts zum Gegenstand haben, z. B. Verhaltenszusagen, nur ausnahmsweise unter besonderen Umständen prüfen, beispielsweise bei wettbewerbsrechtlichen Bedenken hinsichtlich Konglomeratsstrukturen ⁽²⁾.

Zeitliche Begrenzung von Abhilfemaßnahmen ohne Veräußerung eines Geschäfts

70. Die Kommission kann Abhilfemaßnahmen ohne Veräußerung eines Geschäfts genehmigen, deren Laufzeit begrenzt ist. Die Zulässigkeit einer zeitlichen Begrenzung und die Laufzeit der Maßnahme hängen von den besonderen Umständen des Einzelfalls ab und können in dieser Mitteilung nicht in allgemeiner Form festgelegt werden.

4. Überprüfungsklausel

71. Unabhängig von der Art der Abhilfemaßnahme enthalten Verpflichtungen in der Regel eine Überprüfungsklausel ⁽³⁾. Die Kommission hat dadurch die Möglichkeit, auf hinreichend begründeten Antrag der beteiligten Unternehmen Fristen zu verlängern oder in Ausnahmefällen auf die Verpflichtungen zu verzichten, sie zu ändern oder sie zu ersetzen.
72. Die Änderung von Verpflichtungen durch Verlängerung der Fristen ist insbesondere für Veräußerungsverpflichtungen von Bedeutung. Die beteiligten Unternehmen müssen den Antrag auf Verlängerung innerhalb der betreffenden Frist stellen. Beantragen die beteiligten Unternehmen eine Verlängerung der ersten Veräußerungsfrist, so erkennt die Kommission die Begründung nur dann als hinreichend an, wenn die beteiligten Unternehmen die Frist aus Gründen nicht einhalten konnten, die sie nicht zu vertreten haben, und wenn zu erwarten ist, dass es den beteiligten Unternehmen später gelingen wird, das Geschäft kurzfristig zu veräußern. Anderenfalls ist möglicherweise ein Veräußerungstreuhand besser in der Lage, die Veräußerung vorzunehmen und die Verpflichtungen für die beteiligten Unternehmen zu erfüllen.
73. Nur in Ausnahmefällen kann die Kommission auf eine Verpflichtung verzichten oder ihre Änderung oder Ersetzung genehmigen. Bei Veräußerungsverpflichtungen wird dies nur sehr selten der Fall sein. Da Veräußerungsverpflichtungen innerhalb einer kurzen Frist nach Erlass der Entscheidung umzusetzen sind, ist es sehr unwahrscheinlich, dass sich die Marktsituation in diesem kurzen Zeitraum ändert, und die Kommission genehmigt in der Regel keine Änderungen aufgrund der allgemeinen Überprüfungsklausel. Für besondere Fälle enthalten die Verpflichtungen in der Regel spezielle Überprüfungsklauseln ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Siehe als Beispiel für solche Abhilfemaßnahmen Entscheidung in der Sache COMP/M.3440 — ENI/EDP/GDP vom 9. Dezember 2004, Rdnrn. 663 und 719.

⁽²⁾ Zu den konglomeraten Effekten eines Zusammenschlusses siehe Urteil des EuGH vom 15. Februar 2005 in der Rechtssache C-12/03 P, Kommission gegen Tetra Laval, Slg. 2005, I-987, Rdnrn. 85 und 89.

⁽³⁾ Von besonderer Bedeutung ist die Überprüfungsklausel jedoch für Zugangserleichterungen, die systematisch eine solche Klausel enthalten sollten; siehe unten Rdnr. 74.

⁽⁴⁾ Wie unter Rdnr. 30 erwähnt, kann die Kommission einen Erwerber auch ohne bestimmte Vermögenswerte oder Mitarbeiter genehmigen, wenn dies die Lebens- und Wettbewerbsfähigkeit des zu veräußernden Geschäfts nicht beeinträchtigt. Und die unter Rdnr. 43 erläuterte Nichtrückerwerbsklausel verbietet die Wiedererlangung der Kontrolle über die veräußerten Vermögenswerte nur, wenn nicht die Kommission zuvor festgestellt hat, dass sich die Struktur des Marktes so verändert hat, dass die Veräußerung nicht mehr notwendig ist.

74. Der Verzicht auf eine Verpflichtung oder ihre Änderung oder Ersetzung ist eher für Verpflichtungen ohne Veräußerung eines Geschäfts wie Zugangserleichterungen von Bedeutung, die mitunter eine Laufzeit von mehreren Jahren haben und für die zum Zeitpunkt des Erlasses der Entscheidung der Kommission nicht alle Entwicklungen vorhergesehen werden können. Das Vorliegen außergewöhnlicher Umstände, die einen Verzicht, eine Änderung oder eine Ersetzung rechtfertigen, kann erstens anerkannt werden, wenn die beteiligten Unternehmen nachweisen, dass sich die Marktsituation auf Dauer erheblich geändert hat. Für diesen Nachweis muss zwischen dem Erlass der Entscheidung der Kommission und dem Antrag der beteiligten Unternehmen eine hinreichend lange Zeitspanne liegen, in der Regel mindestens mehrere Jahre. Außergewöhnliche Umstände können zweitens vorliegen, wenn die beteiligten Unternehmen nachweisen können, dass die bei der Anwendung der Abhilfemaßnahme gesammelten Erfahrungen zeigen, dass das mit der Abhilfemaßnahme verfolgte Ziel besser verwirklicht wird, wenn die Modalitäten der Verpflichtung geändert werden. Wenn es darum geht, auf Verpflichtungen zu verzichten oder sie zu ändern oder zu ersetzen, berücksichtigt die Kommission auch die Stellungnahmen Dritter und die Auswirkungen der Änderung auf die Stellung Dritter und damit auf die Wirksamkeit der Abhilfemaßnahme insgesamt. Dabei prüft die Kommission auch, ob die Änderung die Rechte beeinträchtigt, die Dritte nach Umsetzung der Abhilfemaßnahme bereits erworben haben ⁽¹⁾.
75. Kann die Kommission zum Zeitpunkt des Erlasses der Entscheidung aus bestimmten Gründen nicht alle Entwicklungen hinsichtlich der Umsetzung der Verpflichtungen vorhersehen, so kann es zweckmäßig sein, dass die beteiligten Unternehmen in die Verpflichtungen eine Klausel aufnehmen, die es der Kommission ermöglicht, eine begrenzte Änderung der Verpflichtungen zu veranlassen. Eine solche Änderung kann erforderlich sein, wenn die ursprünglichen Verpflichtungen nicht zu den in den Verpflichtungen festgelegten erwarteten Ergebnissen führen und daher die wettbewerbsrechtlichen Bedenken nicht wirksam beseitigen. Verfahrenstechnisch können die beteiligten Unternehmen in diesen Fällen gezwungen sein, eine Änderung der Verpflichtungen zu beantragen, um das in den Verpflichtungen festgelegte Ergebnis zu erzielen, oder die Kommission kann zu diesem Zweck die Bedingungen und Auflagen nach Anhörung der beteiligten Unternehmen von sich aus ändern. Diese Art von Klausel wird typischerweise nur verwendet, wenn besondere Modalitäten die wirksame Umsetzung der Verpflichtungen gefährden könnten. Solche Klauseln sind zum Beispiel wegen der Modalitäten von Gasfreigabeprogrammen in Anspruch genommen worden ⁽²⁾.
76. Die Kommission kann auf Antrag eine förmliche Entscheidung zum Verzicht auf eine Verpflichtung oder zu ihrer Änderung oder Ersetzung erlassen oder einfach eine zufriedenstellende Änderung der Abhilfemaßnahme durch die beteiligten Unternehmen zur Kenntnis nehmen, wenn diese Änderung die Wirksamkeit der Abhilfemaßnahme erhöht und für die beteiligten Unternehmen rechtlich bindend ist, z. B. in Form einer vertraglichen Vereinbarung. Die Änderung einer Verpflichtung gilt in der Regel ex nunc. Eine Zuwiderhandlung gegen die Verpflichtung, die vor dem Zeitpunkt der Änderung begangen wurden, wird daher nicht rückwirkend geheilt. Die Kommission kann die Zuwiderhandlung deshalb weiter nach den Artikeln 14 und 15 der Fusionskontrollverordnung verfolgen.

IV. VERFAHREN FÜR VERPFLICHTUNGSANGEBOTE

1. Phase I

77. Nach Artikel 6 Absatz 2 der Fusionskontrollverordnung kann die Kommission einen Zusammenschluss auch vor Einleitung eines Verfahrens für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklären, wenn sie davon überzeugt ist, dass der angemeldete Zusammenschluss nach Änderungen keinen Anlass mehr zu ernsthaften Bedenken im Sinne des Absatzes 1 Buchstabe c gibt.
78. Die beteiligten Unternehmen können der Kommission informell Verpflichtungen vorschlagen, sogar bereits vor der Anmeldung. Die beteiligten Unternehmen müssen die Verpflichtungsangebote innerhalb von 20 Arbeitstagen nach Eingang der Anmeldung übermitteln ⁽³⁾. Die Kommission teilt den beteiligten Unternehmen ihre ernsthaften Zweifel rechtzeitig vor Ablauf dieser Frist mit ⁽⁴⁾. Wenn die beteiligten Unternehmen Verpflichtungen anbieten, verlängert sich die Frist für die Entscheidung der Kommission nach Artikel 6 Absatz 1 der Fusionskontrollverordnung von 25 auf 35 Arbeitstage ⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ Siehe die Beispiele im Urteil des Gel in der Rechtssache T-119/02, Royal Philips Electronics gegen Kommission, Slg. 2003, II-1433, Rdnr. 184.

⁽²⁾ Siehe Entscheidung in der Sache COMP/M.3868 — DONG/Elsam/Energi E2 vom 14. März 2006, Anhang Rdnr. 24.

⁽³⁾ Artikel 19 Absatz 1 der Durchführungsverordnung.

⁽⁴⁾ In diesen Fällen wird den Anmeldern in der Regel angeboten, an einer Zusammenkunft zum Stand des Verfahrens teilzunehmen; siehe Nummer 33 der Leitlinien der GD WETTBEWERB über bewährte Praktiken bei EG-Fusionskontrollverfahren.

⁽⁵⁾ Artikel 10 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Fusionskontrollverordnung.

79. Verpflichtungsangebote, die die Grundlage für eine Entscheidung nach Artikel 6 Absatz 2 bilden sollen, müssen die folgenden Voraussetzungen erfüllen:
- a) sie enthalten die vollständigen materiellen und verfahrenstechnischen Verpflichtungen, die die beteiligten Unternehmen eingehen;
 - b) sie sind von einer hierzu ordnungsgemäß bevollmächtigten Person unterzeichnet;
 - c) ihnen sind (wie unter Rdnr. 7 erläutert) die in der Durchführungsverordnung vorgesehenen Informationen über die angebotenen Verpflichtungen beigefügt; und
 - d) ihnen ist eine nicht vertrauliche Fassung der Verpflichtungen beigefügt ⁽¹⁾, damit sie einem Markttest mit Dritten unterzogen werden können. Die nicht vertrauliche Fassung der Verpflichtungen muss es Dritten ermöglichen, die Umsetzbarkeit und Wirksamkeit der zur Beseitigung der wettbewerbsrechtlichen Bedenken vorgeschlagenen Abhilfemaßnahmen umfassend zu beurteilen.
80. Die von den beteiligten Unternehmen vorgelegten Vorschläge, die diese Voraussetzungen erfüllen, werden von der Kommission geprüft. Die Kommission hört zu den vorgeschlagenen Verpflichtungen die Behörden der Mitgliedstaaten und gegebenenfalls, in Form eines Markttests, auch Dritte, insbesondere die Dritten und die anerkannten Vertreter ⁽²⁾ der Arbeitnehmer, deren Stellung von den vorgeschlagenen Abhilfemaßnahmen unmittelbar betroffen ist. In Märkten mit einzelstaatlichen Regulierungsbehörden kann die Kommission gegebenenfalls auch die zuständigen einzelstaatlichen Regulierungsbehörden hören ⁽³⁾. Wenn der geografisch relevante Markt größer ist als der Europäische Wirtschaftsraum („EWR“) oder wenn der Tätigkeitsbereich des zu veräußernden Geschäfts aus Gründen der Lebensfähigkeit des Geschäfts größer ist als der EWR, kann die nicht vertrauliche Fassung der vorgeschlagenen Abhilfemaßnahmen zusätzlich im Rahmen der bilateralen Kooperationsabkommen der Gemeinschaft mit den betreffenden Ländern mit Wettbewerbsbehörden von außerhalb des EWR erörtert werden.
81. In Phase I können Verpflichtungsangebote nur angenommen werden, wenn das Wettbewerbsproblem klar umrissen ist und leicht gelöst werden kann ⁽⁴⁾. Das Wettbewerbsproblem muss daher so einfach und die Abhilfemaßnahme so klar sein, dass die Einleitung einer eingehenden Untersuchung nicht erforderlich ist und die Verpflichtungen ausreichen, um „ernsthafte Bedenken“ im Sinne des Artikels 6 Absatz 1 Buchstabe c der Fusionskontrollverordnung auszuräumen ⁽⁵⁾. Bestätigt sich bei der Prüfung, dass die vorgeschlagenen Verpflichtungen die ernsthaften Bedenken auf dieser Grundlage beseitigen, so genehmigt die Kommission den Zusammenschluss in Phase I.
82. Wegen des Zeitdrucks in Phase I ist es besonders wichtig, dass die beteiligten Unternehmen der Kommission die in der Durchführungsverordnung verlangten Informationen rechtzeitig übermitteln, damit Inhalt und Umsetzbarkeit der Verpflichtungen und ihre Geeignetheit, wirksamen Wettbewerb im Gemeinsamen Markt auf Dauer aufrechtzuerhalten, ordnungsgemäß geprüft werden können. Erfüllen die beteiligten Unternehmen die Verpflichtung aus der Durchführungsverordnung nicht, so kann die Kommission möglicherweise nicht feststellen, dass die vorgeschlagenen Verpflichtungen die ernsthaften Bedenken beseitigen.
83. Ergibt die Prüfung, dass die angebotenen Verpflichtungen nicht ausreichen, um die durch den Zusammenschluss aufgeworfenen wettbewerbsrechtlichen Bedenken zu beseitigen, so wird dies den beteiligten Unternehmen mitgeteilt. Da mit Abhilfemaßnahmen in Phase I eine klare Antwort auf klar umrissene wettbewerbsrechtliche Bedenken gegeben werden sollen, kann nur eine begrenzte Änderung der angebotenen Verpflichtungen genehmigt werden. Eine solche Änderung, die als unmittelbare Reaktion auf das Ergebnis der Anhörung vorgeschlagen wird, kann in einer Klarstellung, einer Präzisierung bzw. einer sonstigen Verbesserung bestehen, mit der gewährleistet wird, dass die Verpflichtungen umsetzbar und wirksam sind. Eine solche Änderung kann jedoch nur genehmigt werden, wenn sichergestellt ist, dass die Kommission eine ordnungsgemäße Prüfung der betreffenden Verpflichtungen vornehmen kann ⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ Artikel 20 Absatz 2 der Durchführungsverordnung.

⁽²⁾ Vgl. Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen (ABl. L 82 vom 22.3.2001, S. 16). Siehe auch Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe g der Richtlinie 94/45/EG des Rates vom 22. September 1994 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen (ABl. L 254 vom 30.9.1994, S. 64).

⁽³⁾ Zur Rolle der einzelstaatlichen Regulierungsbehörden bei der Streitbeilegung siehe Rdnr. 66.

⁽⁴⁾ Siehe Erwägungsgrund 30 der Fusionskontrollverordnung.

⁽⁵⁾ Siehe Urteil des Gel in der Rechtssache T-119/02, Royal Philips Electronics gegen Kommission, Slg. 2003, II-1433, Rdnrn. 79ff.

⁽⁶⁾ Siehe Erwägungsgrund 17 der Durchführungsverordnung und Urteil des Gel in der Rechtssache T-119/02, Royal Philips Electronics gegen Kommission, Slg. 2003, II-1433, Rdnrn. 237ff.

84. Gelangt die Kommission in ihrer abschließenden Würdigung des Falles zu dem Ergebnis, dass auf einem Markt oder mehreren Märkte keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken bestehen, so wird dies den beteiligten Unternehmen mitgeteilt; diese können dann die nicht erforderlichen Verpflichtungen für diese Märkte zurücknehmen. Wenn die beteiligten Unternehmen sie nicht zurücknehmen, werden sie bei der Entscheidung der Kommission in der Regel nicht berücksichtigt. In jedem Fall sind solche Verpflichtungsangebote nicht Voraussetzung für die Genehmigung.
85. Wenn den beteiligten Unternehmen mitgeteilt wird, dass die Kommission in ihrer endgültigen Entscheidung festzustellen beabsichtigt, dass der Zusammenschluss Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken auf einem bestimmten Markt gibt, ist es Sache der beteiligten Unternehmen, Verpflichtungen vorzuschlagen. Die Kommission kann eine Genehmigungsentscheidung nicht einseitig mit Bedingungen verbinden, sondern nur auf der Grundlage von Verpflichtungen der beteiligten Unternehmen ⁽¹⁾. Die Kommission prüft jedoch, ob die von den beteiligten Unternehmen angebotenen Verpflichtungen dem Wettbewerbsproblem angemessen sind, wenn sie erwägt, sie als Bedingungen oder Auflagen mit ihrer endgültigen Entscheidung zu verbinden ⁽²⁾. Es ist mit Nachdruck darauf hinzuweisen, dass in einem Verpflichtungsangebot alle Elemente, die die unter den Rdnrn. 9ff. aufgeführten Grundvoraussetzungen für zulässige Verpflichtungen erfüllen müssen, als notwendig angesehen werden. Diese und die vorige Randnummer gelten auch für Verpflichtungen in Phase II.
86. Kommt die Kommission zu dem Schluss, dass die von den beteiligten Unternehmen angebotenen Verpflichtungen die ernsthaften Bedenken nicht beseitigen, so erlässt sie eine Entscheidung nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c und leitet das Verfahren ein.

2. Phase II

87. Nach Artikel 8 Absatz 2 der Fusionskontrollverordnung muss die Kommission einen Zusammenschluss für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklären, wenn der angemeldete Zusammenschluss nach Änderungen wirksamen Wettbewerb nicht länger im Sinne des Artikels 2 Absatz 3 der Fusionskontrollverordnung erheblich behindert.
88. Die der Kommission nach Artikel 8 Absatz 2 angebotenen Verpflichtungen müssen der Kommission innerhalb von 65 Arbeitstagen nach Einleitung des Verfahrens vorgelegt werden. Ist die Frist für die endgültige Entscheidung nach Artikel 10 Absatz 3 der Fusionskontrollverordnung verlängert worden, so verlängert sich die Frist für Abhilfemaßnahmen automatisch um die gleiche Zahl von Arbeitstagen ⁽³⁾. Nur in Ausnahmefällen kann die Kommission gestatten, dass Verpflichtungen erstmals nach Ablauf dieser Frist angeboten werden. Der Antrag der beteiligten Unternehmen auf Fristverlängerung muss innerhalb der Frist eingehen und die außergewöhnlichen Umstände darlegen, die nach Auffassung der beteiligten Unternehmen eine Verlängerung rechtfertigen. Eine Verlängerung ist nur möglich, wenn nicht nur außergewöhnliche Umstände vorliegen, sondern auch genügend Zeit für eine ordnungsgemäße Prüfung des Vorschlags durch die Kommission und eine angemessene Anhörung der Mitgliedstaaten und Dritter bleibt ⁽⁴⁾.
89. Ob die Vorlage von Abhilfemaßnahmen zur Verlängerung der Frist für die endgültige Entscheidung der Kommission führt, hängt vom Zeitpunkt im Verfahren ab, zu dem die Verpflichtungen angeboten werden. Wenn die beteiligten Unternehmen vor dem 55. Arbeitstag nach Einleitung des Verfahrens Verpflichtungen anbieten, muss die Kommission innerhalb von 90 Arbeitstagen nach Einleitung des Verfahrens eine endgültige Entscheidung erlassen ⁽⁵⁾. Wenn die beteiligten Unternehmen am 55. Arbeitstag oder danach (sogar nach dem 65. Arbeitstag, wenn die Verpflichtungen wegen der unter Rdnr. 88 beschriebenen außergewöhnlichen Umstände zulässig sein sollten) Verpflichtungen anbieten, verlängert sich die Frist für die endgültige Entscheidung der Kommission nach Artikel 10 Absatz 3 Unterabsatz 2 auf 105 Arbeitstage. Auch wenn die beteiligten Unternehmen vor dem 55. Arbeitstag Verpflichtungen anbieten, aber am 55. Arbeitstag oder danach eine geänderte Fassung vorlegen, verlängert sich die Frist für die endgültige Entscheidung auf 105 Arbeitstage.

⁽¹⁾ Siehe oben Rdnr. 6.

⁽²⁾ Siehe Urteil des EuGH vom 18. Dezember 2007 in der Rechtssache C-202/06 P, *Cementbouw gegen Kommission*, Slg. 2007, Rdnr. 54.

⁽³⁾ Artikel 19 Absatz 2 Unterabsatz 2 der Durchführungsverordnung.

⁽⁴⁾ Artikel 19 Absatz 2 Unterabsatz 3 der Durchführungsverordnung. Siehe Entscheidung in der Sache COMP/M.1439 — *Telia/Telenor* vom 13. Oktober 1999; Entscheidung in der Sache COMP/IV/M.754 — *Anglo American Corporation/Lonrho* vom 23. April 1997.

⁽⁵⁾ Wenn die Frist für die endgültige Entscheidung nach Artikel 10 Absatz 3 Unterabsatz 2 der Fusionskontrollverordnung vor dem 55. Arbeitstag verlängert worden ist, verlängert sich auch diese Frist.

90. Die Kommission ist bereit, schon lange vor Ablauf der Frist von 65 Arbeitstagen über geeignete Verpflichtungen zu beraten. Die beteiligten Unternehmen sind aufgefordert, Entwürfe vorzulegen, in denen die materiellen und verfahrenstechnischen Regelungen behandelt werden, die notwendig sind, um zu gewährleisten, dass die Verpflichtungen voll und ganz umsetzbar sind. Wenn die beteiligten Unternehmen der Auffassung sind, dass sie für die Prüfung der wettbewerbsrechtlichen Bedenken und die Ausarbeitung geeigneter Verpflichtungen mehr Zeit benötigen, können sie der Kommission auch vorschlagen, die Frist nach Artikel 10 Absatz 3 Unterabsatz 1 zu verlängern. Ein solcher Antrag muss dann vor Ablauf der Frist von 65 Arbeitstagen gestellt werden. Denn die Kommission verlängert die Frist für den Erlass der endgültigen Entscheidung in der Regel nicht nach Artikel 10 Absatz 3 Unterabsatz 1, wenn der Verlängerungsantrag nach Ablauf der in der Durchführungsverordnung vorgesehenen Frist für die Vorlage von Abhilfemaßnahmen gestellt wird, also nach dem 65. Arbeitstag⁽¹⁾.
91. Um die Voraussetzungen für eine Entscheidung nach Artikel 8 Absatz 2 zu erfüllen, müssen Verpflichtungsangebote die folgenden Voraussetzungen erfüllen:
- a) sie behandeln alle wettbewerbsrechtlichen Bedenken, zu denen der Zusammenschluss Anlass gibt, und sie enthalten die vollständigen materiellen und verfahrenstechnischen Verpflichtungen, die die beteiligten Unternehmen eingehen;
 - b) sie sind von einer hierzu ordnungsgemäß bevollmächtigten Person unterzeichnet;
 - c) ihnen sind (wie unter Rdnr. 7 erläutert) die in der Durchführungsverordnung vorgesehenen Informationen über die angebotenen Verpflichtungen beigefügt; und
 - d) ihnen ist eine nicht vertrauliche Fassung der Verpflichtungen⁽²⁾ beigefügt, die die unter Rdnr. 79 aufgeführten Voraussetzungen erfüllt, damit sie einem Markttest mit Dritten unterzogen werden können.
92. Die von den beteiligten Unternehmen vorgelegten Vorschläge, die diese Voraussetzungen erfüllen, werden von der Kommission geprüft. Bestätigt sich bei der Prüfung, dass die vorgeschlagenen Verpflichtungen die ernsthaften Bedenken (falls die Kommission noch keine Mitteilung der Beschwerdepunkte versandt hat) bzw. die in der Mitteilung der Beschwerdepunkte geäußerten wettbewerbsrechtlichen Bedenken beseitigen, so erlässt die Kommission nach der unter Rdnr. 80 beschriebenen Anhörung eine bedingte Genehmigungsentscheidung.
93. Stellt sich dagegen bei der Prüfung heraus, dass die vorgeschlagenen Verpflichtungen nicht ausreichen, um die durch den Zusammenschluss aufgeworfenen wettbewerbsrechtlichen Bedenken auszuräumen, so wird dies den beteiligten Unternehmen mitgeteilt⁽³⁾.
94. Die Kommission ist nach der Fusionskontrollverordnung nicht verpflichtet, Verpflichtungsangebote anzunehmen, die nach Ablauf der rechtsverbindlichen Frist für Abhilfemaßnahmen vorgelegt werden, es sei denn, sie verpflichtet sich freiwillig, die Verpflichtungen unter besonderen Umständen zu prüfen⁽⁴⁾. Ändern die beteiligten Unternehmen die vorgeschlagenen Verpflichtungen nach Ablauf der Frist von 65 Arbeitstagen, so nimmt die Kommission die geänderten Verpflichtungsangebote daher nur an, wenn sie — auf der Grundlage ihrer Würdigung der im Laufe der Untersuchung erhaltenen Informationen, einschließlich der Ergebnisse früherer Markttests, und ohne dass es eines weiteren Markttests bedürfte — eindeutig feststellen kann, dass die festgestellten Wettbewerbsprobleme durch die Verpflichtungen, wenn sie umgesetzt sind, vollständig und ohne jeden Zweifel gelöst werden, und wenn genügend Zeit für eine ordnungsgemäße Prüfung durch die Kommission und eine angemessene Anhörung der Mitgliedstaaten bleibt⁽⁵⁾ ⁽⁶⁾. Geänderte Verpflichtungen, die diese Voraussetzungen nicht erfüllen, werden von der Kommission in der Regel abgelehnt⁽⁷⁾.

⁽¹⁾ Das Gericht erster Instanz hat bestätigt, dass die Kommission nach der Fusionskontrollverordnung und der Durchführungsverordnung nicht verpflichtet ist, Verpflichtungsangebote anzunehmen, die nach Ablauf der rechtsverbindlichen Frist vorgelegt werden (siehe Rdnr. 94), Rechtssache T-87/05, EDP gegen Kommission, Slg. 2005, II- 3745, Rdnr. 161. Die Kommission muss daher keine Abhilfemaßnahmen prüfen, die von den beteiligten Unternehmen nach Ablauf der Frist für Abhilfemaßnahmen vorgelegt werden, selbst wenn die beteiligten Unternehmen sich auf eine Verlängerung der abschließenden Frist einigen sollten. Dies würde auch nicht dem in Erwägungsgrund 35 der Fusionskontrollverordnung erläuterten Zweck der Verlängerung nach Artikel 10 Absatz 3 entsprechen. Durch die Verlängerung nach Artikel 10 Absatz 3 Unterabsatz 1 soll genügend Zeit für die Prüfung der wettbewerbsrechtlichen Bedenken gewährt werden, während es Zweck der Verlängerung nach Artikel 10 Absatz 3 Unterabsatz 2 ist, genügend Zeit für die Analyse der Verpflichtungen und den Markttest zu gewähren.

⁽²⁾ Artikel 20 Absatz 2 der Durchführungsverordnung.

⁽³⁾ Siehe Nummern 30ff. der Leitlinien der GD WETTBEWERB über bewährte Praktiken bei EG-Fusionskontrollverfahren, in denen im Laufe des Verfahrens mehrere Zusammenkünfte zum Stand des Verfahrens zwischen der Kommission und den beteiligten Unternehmen vorgesehen sind.

⁽⁴⁾ Siehe Urteil des GeI in der Rechtssache T-87/05, EDP gegen Kommission, Slg. 2005, II-3745, Rdnrn. 161ff. Siehe auch Urteil des GeI in der Rechtssache T-290/94, Kaysersberg SA gegen Kommission, Slg. 1997, II-2137.

⁽⁵⁾ Entscheidung in der Sache COMP/M.3440 — ENI/EDP/GDP vom 9. Dezember 2004, Rdnrn. 855f.; bestätigt durch das Urteil des GeI in der Rechtssache T-87/05, EDP gegen Kommission, Slg. 2005, II- 3745, Rdnrn. 162ff.; Entscheidung in der Sache COMP/M.1628 — TotalFina/Elf vom 9. März 2000, Rdnr. 345.

⁽⁶⁾ Für eine solche Anhörung ist in der Regel erforderlich, dass die Kommission den Mitgliedstaaten spätestens 10 Arbeitstage vor der Sitzung des Beratenden Ausschusses einen Entwurf der endgültigen Entscheidung übersenden kann, einschließlich einer Würdigung der geänderten Verpflichtungen. Diese Frist kann nur in Ausnahmefällen verkürzt werden (Artikel 19 Absatz 5 der Fusionskontrollverordnung).

⁽⁷⁾ Siehe Entscheidung in der Sache COMP/M.3440 — ENI/EDP/GDP vom 9. Dezember 2004, Rdnr. 912.

V. ANFORDERUNGEN AN DIE UMSETZUNG VON VERPFLICHTUNGEN

95. Verpflichtungen werden angeboten, um eine Genehmigung zu erreichen, wobei ihre Umsetzung in der Regel nach der Entscheidung erfolgt. Daher sind Sicherheitsvorkehrungen erforderlich, um ihre wirksame und rechtzeitige Umsetzung zu gewährleisten. Die Durchführungsbestimmungen sind in der Regel Bestandteil der Verpflichtungen, die die beteiligten Unternehmen gegenüber der Kommission eingehen.
96. Im Folgenden werden ausführliche Leitlinien für die Umsetzung von Veräußerungsverpflichtungen gegeben, die die häufigsten Verpflichtungen sind. Anschließend werden einige Aspekte der Umsetzung anderer Arten von Verpflichtungen behandelt.

1. Verfahren für die Veräußerung

97. Die Veräußerung muss innerhalb einer zwischen den beteiligten Unternehmen und der Kommission vereinbarten Frist abgeschlossen sein. In der Praxis der Kommission wird die Gesamtfrist in eine Frist für den Abschluss einer endgültigen Vereinbarung und eine Frist für die Erfüllung des Rechtsgeschäfts, die förmliche Übertragung des Eigentums, unterteilt. Die Frist für den Abschluss einer verbindlichen Vereinbarung unterteilt sich in der Regel weiter in einen ersten Zeitraum, in dem die beteiligten Unternehmen einen geeigneten Erwerber suchen können („erste Veräußerungsfrist“), und, falls es den beteiligten Unternehmen nicht gelingt, das Geschäft zu veräußern, einen zweiten Zeitraum, in dem einem Veräußerungstreuhänder das Mandat erteilt wird, das Geschäft ohne Mindestpreis zu veräußern („Treuhänderveräußerungsfrist“).
98. Die Erfahrung der Kommission zeigt, dass kurze Veräußerungsfristen einen großen Anteil am Erfolg der Veräußerung haben, da das zu veräußernde Geschäft anderenfalls einem längeren Zeitraum der Unsicherheit ausgesetzt wird. Die Fristen sollten daher so kurz wie praktisch möglich sein. In der Regel setzt die Kommission für die erste Veräußerungsfrist etwa sechs Monate und für die Treuhänderveräußerungsfrist drei Monate an. Weitere drei Monate werden in der Regel für die Erfüllung des Rechtsgeschäfts veranschlagt. Diese Fristen können im Einzelfall geändert werden. Insbesondere müssen sie verkürzt werden, wenn das Risiko hoch ist, dass sich die Lebensfähigkeit des Geschäfts in der Übergangszeit verschlechtert.
99. Die Frist für die Veräußerung beginnt in der Regel an dem Tag, an dem die Kommission ihre Entscheidung erlässt. Eine Ausnahme könnte für ein öffentliches Übernahmeangebot gerechtfertigt sein, bei dem sich die beteiligten Unternehmen verpflichten, ein dem zu übernehmenden Unternehmen gehörendes Geschäft zu veräußern. Können die beteiligten Unternehmen die Veräußerung dieses Geschäfts unter diesen Umständen nicht vor dem Vollzug des angemeldeten Zusammenschlusses vorbereiten, so könnte die Kommission gestatten, dass die Fristen für diese Veräußerung erst zum Zeitpunkt der Erfüllung des angemeldeten Rechtsgeschäfts beginnen. Eine solche Lösung ist auch in Betracht zu ziehen, wenn die beteiligten Unternehmen keinen Einfluss darauf haben, an welchem Tag der Zusammenschluss vollzogen wird, weil er z. B. einer staatlichen Genehmigung bedarf⁽¹⁾. Andererseits kann es zweckmäßig sein, die Fristen zu verkürzen, um die Zeit der Unsicherheit für das zu veräußernde Geschäft zu verringern.
100. Dieses Verfahren gilt auch für *Up-front-buyer*-Lösungen, nicht jedoch für *Fix-it-first*-Lösungen. Im Allgemeinen wird eine bindende Vereinbarung mit einem Erwerber bereits während des Verfahrens geschlossen, so dass nach der Entscheidung nur noch eine Frist für die Erfüllung des Rechtsgeschäfts gesetzt werden muss. Ist vor der Entscheidung nur eine Rahmenvereinbarung mit dem Erwerber geschlossen worden, so sind die Fristen für den Abschluss der endgültigen Vereinbarung und die anschließende Erfüllung des Rechtsgeschäfts im Einzelfall zu bestimmen⁽²⁾.

2. Genehmigung des Erwerbers und des Veräußerungsvertrags

101. Um die Wirksamkeit der Verpflichtung zu gewährleisten, muss der Verkauf an einen vorgeschlagenen Erwerber vorher von der Kommission genehmigt werden. Wenn sich die beteiligten Unternehmen (bzw. der Veräußerungstreuhänder) mit dem Erwerber auf eine endgültige Vereinbarung geeinigt haben, müssen sie der Kommission einen mit Gründen und Unterlagen versehenen Vorschlag vorlegen. Die beteiligten Unternehmen bzw. der Veräußerungstreuhänder müssen der Kommission nachweisen, dass der vorgeschlagene Erwerber die einschlägigen Anforderungen erfüllt und dass das Geschäft im Einklang mit der Entscheidung der Kommission und den Verpflichtungen veräußert wird. Ist es nach den Verpflichtungen möglich, für verschiedene Teile des Pakets verschiedene Erwerber vorzuschlagen, so prüft die Kommission, ob der einzelne vorgeschlagene Erwerber genehmigt werden kann und ob das Gesamtpaket die wettbewerbsrechtlichen Bedenken beseitigt.

⁽¹⁾ In diesem Fall sollten jedoch andere Bestimmungen der Verpflichtungen, insbesondere die Sicherheitsvorkehrungen für die Übergangszeit, ab Erlass der Entscheidung Anwendung finden.

⁽²⁾ Siehe Entscheidung in der Sache COMP/M.3916 — T-Mobile Austria/tele.ring vom 20. April 2006.

102. Bei der Beurteilung eines vorgeschlagenen Erwerbers legt die Kommission die Anforderungen an den Erwerber unter Berücksichtigung des Zwecks der Verpflichtungen aus, unmittelbar wirksamen Wettbewerb auf dem Markt aufrechtzuerhalten, auf dem wettbewerbsrechtliche Bedenken bestehen, und unter Berücksichtigung der in der Entscheidung festgestellten Marktsituation ⁽¹⁾. Grundlage für die Beurteilung des Erwerbers durch die Kommission sind im Allgemeinen die Schriftsätze der beteiligten Unternehmen, die Beurteilung durch den Überwachungstreuhänder und vor allem die Gespräche mit dem vorgeschlagenen Erwerber und sein Geschäftsplan. Die Kommission prüft ferner, ob die von dem Erwerber zugrunde gelegten Annahmen angesichts der Marktsituation plausibel erscheinen.
103. Die Bestimmung, dass der Erwerber über die erforderlichen finanziellen Mittel verfügen muss, gilt insbesondere für die Finanzierung des Erwerbs durch den vorgeschlagenen Erwerber. Eine Finanzierung der Veräußerung durch den Veräußerer genehmigt die Kommission in der Regel nicht, vor allem dann nicht, wenn der Veräußerer dadurch künftig am Gewinn des veräußerten Geschäfts beteiligt wäre.
104. Zur Prüfung, ob der vorgeschlagene Erwerber Wettbewerbsprobleme zu verursachen droht, nimmt die Kommission unter Berücksichtigung der ihr im Verfahren zur Genehmigung des Erwerbers vorliegenden Informationen eine Prima-facie-Würdigung vor. Führt der Erwerb zu einem Zusammenschluss von gemeinschaftsweiter Bedeutung, so muss dieses neue Vorhaben nach der Fusionskontrollverordnung angemeldet und im normalen Verfahren genehmigt werden ⁽²⁾. Ist dies nicht der Fall, so berührt die Genehmigung eines vorgeschlagenen Erwerbers durch die Kommission nicht die Zuständigkeit der einzelstaatlichen Behörden in Fusionskontrollverfahren. Ferner ist von dem vorgeschlagenen Erwerber zu erwarten, dass er alle erforderlichen Genehmigungen der zuständigen Regulierungsbehörden einholt. Ist unter Berücksichtigung der der Kommission vorliegenden Informationen abzusehen, dass Schwierigkeiten bei der Einholung der fusionskontrollrechtlichen Genehmigung oder anderer Genehmigungen die rechtzeitige Umsetzung der Verpflichtung übermäßig verzögern könnten, so wird davon ausgegangen, dass der vorgeschlagene Erwerber die einschlägigen Anforderungen nicht erfüllt. Anderenfalls würden die wettbewerbsrechtlichen Bedenken der Kommission nicht innerhalb der festgesetzten Frist beseitigt.
105. Die Genehmigung der Kommission muss in der Regel nicht nur für den Erwerber gelten, sondern auch für den Veräußerungsvertrag und sonstige Vereinbarungen zwischen den beteiligten Unternehmen und dem vorgeschlagenen Erwerber, einschließlich Übergangsvereinbarungen. Die Kommission prüft, ob die Veräußerung nach den Vereinbarungen den Verpflichtungen entspricht ⁽³⁾.
106. Die Kommission teilt den beteiligten Unternehmen ihre Auffassung zur Geeignetheit des vorgeschlagenen Erwerbers mit. Kommt die Kommission zu dem Schluss, dass der vorgeschlagene Erwerber die einschlägigen Anforderungen nicht erfüllt, so erlässt sie die Entscheidung, dass der vorgeschlagene Erwerber kein Erwerber im Sinne der Verpflichtungen ist ⁽⁴⁾. Kommt die Kommission zu dem Schluss, dass im Veräußerungsvertrag (oder im Nebenvereinbarung) keine den Verpflichtungen entsprechende Veräußerung vorgesehen ist, so teilt sie dies den beteiligten Unternehmen mit, ohne notwendigerweise den Erwerber als solchen abzulehnen. Kommt die Kommission zu dem Schluss, dass der Erwerber nach den Verpflichtungen geeignet ist und dass im Vertrag eine den Verpflichtungen entsprechende Veräußerung vereinbart worden ist, so genehmigt die Kommission die Veräußerung an den vorgeschlagenen Erwerber ⁽⁵⁾. Die Kommission erteilt die erforderlichen Genehmigungen so zügig wie möglich.

3. Pflichten der beteiligten Unternehmen in der Übergangszeit

107. In der Übergangszeit haben die beteiligten Unternehmen bestimmte Pflichten zu erfüllen (siehe Rdnr. 36). Die folgenden Pflichten sind in der Regel in die Verpflichtungen einzubeziehen:
- i) Sicherheitsvorkehrungen für die Erhaltung der Lebensfähigkeit des Geschäfts in der Übergangszeit,
 - ii) gegebenenfalls die für die Ausgliederung des Geschäfts erforderlichen Schritte und
 - iii) die für die Vorbereitung der Veräußerung des Geschäfts erforderlichen Schritte.

⁽¹⁾ Siehe Urteil des Gel in der Rechtssache T-342/00, *Petrolescence gegen Kommission*, Slg. 2003, II-1161.

⁽²⁾ Entscheidung in der Sache COMP/IV/M.1383 — *Exxon/Mobil* vom 29. September 1999 und Entscheidungen in den Anschlusssachen COMP/M.1820 — *BP/JV Dissolution* und COMP/M.1822 — *Mobil/JV Dissolution* vom 2. Februar 2000.

⁽³⁾ Wie oben erörtert, können die beteiligten Unternehmen beantragen, dass die Kommission die Veräußerung des Geschäfts an den vorgeschlagenen Erwerber ohne bestimmte Vermögenswerte oder Mitarbeiter genehmigt, sofern dies unter Berücksichtigung der Mittel des vorgeschlagenen Erwerbers die Lebens- und Wettbewerbsfähigkeit des zu veräußernden Geschäfts nach dem Verkauf nicht beeinträchtigt.

⁽⁴⁾ Entscheidung in der Sache COMP/M.1628 — *TotalFina/Elf* vom 9. Februar 2000, *Autobahntankstellen*; bestätigt durch Urteil des Gel in der Rechtssache T-342/00, *Petrolescence gegen Kommission*, Slg. 2003, II-1161.

⁽⁵⁾ Je nach den Umständen der Veräußerung müssen die beteiligten Unternehmen möglicherweise auch gewährleisten, z. B. durch geeignete Bestimmungen im Veräußerungsvertrag, dass der Erwerber das veräußerte Geschäft als Wettbewerber auf dem Markt weiterführt und es nicht nach kurzer Zeit weiterverkauft.

Erhaltung der Lebensfähigkeit des Geschäfts in der Übergangszeit

108. Es ist Sache der beteiligten Unternehmen, das Risiko, dass das zu veräußernde Geschäft wegen der mit der Übertragung eines Geschäfts verbundenen Unsicherheiten an Wettbewerbspotenzial verliert, so gering wie möglich zu halten. Die Kommission verlangt von den beteiligten Unternehmen, Verpflichtungen zur Erhaltung der Unabhängigkeit, der wirtschaftlichen Lebensfähigkeit, der Verkäuflichkeit und der Wettbewerbsfähigkeit des Geschäfts bis zu seiner Übertragung an den Erwerber anzubieten. Nur anhand dieser Verpflichtungen kann die Kommission mit dem erforderlichen Grad an Sicherheit davon ausgehen, dass die Veräußerung des Geschäfts so vollzogen wird, wie sie von den beteiligten Unternehmen in den Verpflichtungen vorgeschlagen wurde.
109. Damit die wirtschaftliche Lebensfähigkeit, die Verkäuflichkeit und die Wettbewerbsfähigkeit des Geschäfts und seine Unabhängigkeit von den bei den beteiligten Unternehmen verbleibenden Geschäften weiter gewährleistet sind, müssen diese Verpflichtungen im Allgemeinen so gestaltet sein, dass das Geschäft getrennt von dem bei den beteiligten Unternehmen verbleibenden Geschäft geführt wird und sein Betrieb als eigenes, veräußerbares Geschäft in dessen bestem Interesse sichergestellt ist.
110. Die beteiligten Unternehmen müssen dafür sorgen, dass alle Vermögenswerte des Geschäfts nach guter Geschäftspraxis und im normalen Geschäftsgang erhalten bleiben und dass keine Handlungen vorgenommen werden, aus denen dem Geschäft erhebliche Nachteile erwachsen könnten. Dies gilt insbesondere für die Erhaltung des Anlagevermögens, des Know-hows, der vertraulichen oder eigentumsrechtlich geschützten Geschäftsinformationen, des Kundenstamms und der technischen und geschäftlichen Qualifikation der Mitarbeiter. Ferner müssen die beteiligten Unternehmen das Geschäft in dem Zustand erhalten, in dem es sich vor dem Zusammenschluss befunden hat, und insbesondere auf der Grundlage und unter Fortführung der bestehenden Geschäftspläne ausreichende Mittel — z. B. Kapital oder eine Kreditlinie — die bisherigen Verwaltungs- und Führungsleistungen und die sonstigen Faktoren bereitstellen, die für die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs in dem betreffenden Sektor von Belang sind. In den Verpflichtungen ist auch vorzusehen, dass die beteiligten Unternehmen alle zumutbaren Schritte unternehmen und unter anderem geeignete Anreize schaffen, damit die Kompetenzträger das Geschäft nicht verlassen, und dass die beteiligten Unternehmen keine Mitarbeiter für die bei ihnen verbleibenden Geschäfte abwerben oder dorthin versetzen.
111. Ferner sollten die beteiligten Unternehmen das Geschäft getrennt von dem bei ihnen verbleibenden Geschäft führen und dafür sorgen, dass die Kompetenzträger des zu veräußernden Geschäfts nicht an der Führung der bei ihnen verbleibenden Geschäfte beteiligt sind und umgekehrt. Wenn es sich bei dem zu veräußernden Geschäft um eine Kapitalgesellschaft handelt und eine strenge Trennung der Unternehmensstrukturen notwendig erscheint, sollten die Rechte der beteiligten Unternehmen als Anteilseigner vom Überwachungstreuhänder ausgeübt werden, der auch befugt sein sollte, die im Namen der beteiligten Unternehmen ernannten Mitglieder des Geschäftsführungsorgans zu ersetzen. Die beteiligten Unternehmen müssen den Informationsfluss von und zu dem zu veräußernden Unternehmen unterbinden und alle Maßnahmen treffen, die erforderlich sind, damit die beteiligten Unternehmen keine Geschäftsgeheimnisse oder sonstige vertrauliche Informationen erlangen. Vertrauliche Unterlagen oder Informationen des Geschäfts, die die beteiligten Unternehmen vor Erlass der Entscheidung erlangt haben, sind dem Geschäft zurückzugeben oder zu vernichten.
112. Ferner wird von den beteiligten Unternehmen im Allgemeinen verlangt, einen Hold-Separate-Manager mit den erforderlichen Fachkenntnissen zu ernennen, der für die Leitung des Geschäfts und die Erfüllung der Hold-Separate-Verpflichtungen und zur Unterbindung des Informationsflusses verantwortlich ist. Der Hold-Separate-Manager sollte der Aufsicht durch den Überwachungstreuhänder unterstehen, der dem Hold-Separate-Manager Weisungen erteilen kann. In den Verpflichtungen ist vorzusehen, dass die Ernennung unmittelbar nach Erlass der Entscheidung erfolgt, noch bevor die beteiligten Unternehmen den Zusammenschluss vollziehen dürfen. Die beteiligten Unternehmen können den Hold-Separate-Manager zwar selbst ernennen, in den Verpflichtungen ist jedoch vorzusehen, dass der Überwachungstreuhänder den Hold-Separate-Manager abberufen kann, wenn er nicht im Einklang mit den Verpflichtungen handelt oder ihre rechtzeitige und ordnungsgemäße Umsetzung gefährdet. Die anschließende Ernennung eines neuen Hold-Separate-Managers muss vom Überwachungstreuhänder genehmigt werden.

Schritte zur Ausgliederung des Geschäfts

113. Wie unter Rdnr. 35 erläutert, kann die Kommission in geeigneten Fällen die Veräußerung eines Geschäfts, das aus den bei den beteiligten Unternehmen verbleibenden Geschäften ausgegliedert werden muss, als geeignete Abhilfemaßnahme ansehen. Allerdings werden die wettbewerbsrechtlichen Bedenken der Kommission auch in diesen Fällen nur durch die Übertragung eines lebensfähigen Geschäfts an einen Erwerber beseitigt, der das Geschäft als aktiven Wettbewerber am Markt weiterführen und ausbauen kann. Die beteiligten Unternehmen müssen daher die ergebnisorientierte

Verpflichtung eingehen, in der Übergangszeit die Vermögenswerte auszugliedern, die zum zu veräußernden Geschäft gehören. Das Ergebnis muss sein, dass am Ende der Übergangszeit ein lebens- und wettbewerbsfähiges Geschäft, das selbständig und getrennt von den bei den beteiligten Unternehmen verbleibenden Geschäften zu führen ist, an einen geeigneten Erwerber übertragen werden kann. Die Kosten und Risiken, die mit einer solchen Ausgliederung in der Übergangszeit verbunden sind, haben die beteiligten Unternehmen zu tragen.

114. Die Ausgliederung ist von den beteiligten Unternehmen unter der Aufsicht des Treuhänders und in Zusammenarbeit mit dem Hold-Separate-Manager vorzunehmen. Erstens müssen die Vermögenswerte und Mitarbeiter, die von dem zu veräußernden Geschäft und den bei den beteiligten Unternehmen verbleibenden Geschäften gemeinsam genutzt werden, dem Geschäft zugewiesen werden, soweit dies in den Verpflichtungen nicht ausgeschlossen ist ⁽¹⁾. Die Zuweisung der Vermögenswerte und Mitarbeiter wird vom Überwachungstreuhänder überwacht und muss von ihm genehmigt werden. Zweitens müssen während der Ausgliederung möglicherweise Vermögenswerte und Leistungen, die zu anderen Teilen der Geschäfte der beteiligten Unternehmen gehören, dupliziert werden, falls dies erforderlich ist, um die Lebens- und Wettbewerbsfähigkeit des zu veräußernden Geschäfts zu gewährleisten. Ein Beispiel ist die Beendigung der Einbindung des Geschäfts in das zentrale IT-Netz und die Einrichtung eines eigenen IT-Systems für das Geschäft. Im Allgemeinen sollten die wichtigsten Schritte zur Ausgliederung und die zu duplizierenden Leistungen im Einzelfall festgelegt und in den Verpflichtungen beschrieben werden.
115. Gleichzeitig ist dafür zu sorgen, dass die Lebensfähigkeit des zu veräußernden Geschäfts durch diese Maßnahmen nicht beeinträchtigt wird. In der Übergangszeit müssen die beteiligten Unternehmen daher im gleichen Umfang wie bisher Vermögenswerte gemeinsam mit dem Geschäft nutzen und Leistungen für das Geschäft erbringen, solange es nicht lebensfähig und selbständig zu führen ist.

Besondere Pflichten der beteiligten Unternehmen im Veräußerungsverfahren

116. Für das Veräußerungsverfahren sollte in den Verpflichtungen vorgesehen sein, dass mögliche Erwerber eine Due-Diligence-Prüfung vornehmen können und je nach Stand des Verfahrens ausreichende Informationen über das zu veräußernde Geschäft erhalten, damit sie sich ein vollständiges Bild von Wert, Umfang und kommerziellem Potenzial des Geschäfts machen können, und direkten Zugang zu seinem Personal haben. Die beteiligten Unternehmen müssen ferner regelmäßig Berichte über mögliche Erwerber und Entwicklungen in den Verhandlungen vorlegen. Die Veräußerung wird erst mit Erfüllung des Rechtsgeschäfts vollzogen, d. h. wenn das Eigentum auf den genehmigten Erwerber übergegangen ist und die Vermögenswerte tatsächlich übertragen worden sind. Am Ende des Verfahrens müssen die beteiligten Unternehmen einen Abschlussbericht vorlegen, in dem sie die Erfüllung des Rechtsgeschäfts und die Übertragung der Vermögenswerte bestätigen.

4. Überwachungstreuhänder und Veräußerungstreuhänder

Rolle des Überwachungstreuhänders

117. Da die Kommission die Umsetzung der Verpflichtungen nicht ständig selbst überwachen kann, müssen die beteiligten Unternehmen die Bestellung eines Treuhänders vorschlagen, der die Erfüllung der Verpflichtungen durch die beteiligten Unternehmen überwacht, insbesondere die Erfüllung ihrer Verpflichtungen in der Übergangszeit und im Veräußerungsverfahren (Überwachungstreuhänder). Dadurch stellen die beteiligten Unternehmen die Wirksamkeit der von ihnen angebotenen Verpflichtungen sicher und ermöglichen es der Kommission zu gewährleisten, dass die von ihnen vorgeschlagene Änderung des angemeldeten Zusammenschlusses mit dem erforderlichen Grad an Sicherheit durchgeführt wird.
118. Der Überwachungstreuhänder erfüllt seine Aufgaben unter der Aufsicht der Kommission und ist als deren „Augen und Ohren“ anzusehen. Er wacht darüber, dass das Geschäft in der Übergangszeit ordnungsgemäß selbständig und getrennt geführt wird. Die Kommission kann dem Überwachungstreuhänder daher Weisungen erteilen, um die Erfüllung der Verpflichtungen zu gewährleisten, und der Treuhänder kann den beteiligten Unternehmen Maßnahmen vorschlagen, die er als für die Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich ansieht. Die beteiligten Unternehmen können jedoch dem Treuhänder ohne Zustimmung der Kommission keine Weisungen erteilen.

⁽¹⁾ Zur Frage, wie gemeinsam genutzte Vermögenswerte in den Verpflichtungen zu behandeln sind, siehe Rdnr. 26.

119. Die Aufgaben des Überwachungstreuhänders werden im Allgemeinen in den Verpflichtungen festgelegt. Seine Pflichten und Befugnisse werden in dem zwischen den beteiligten Unternehmen und dem Treuhänder vereinbarten Treuhandmandat im Einzelnen aufgeführt und seine Aufgaben in einem Arbeitsplan genauer beschrieben. Die Tätigkeit des Überwachungstreuhänders beginnt in der Regel unmittelbar nach Erlass der Entscheidung der Kommission und endet mit der rechtlichen und tatsächlichen Übertragung des Geschäfts an den genehmigten Erwerber. Als die fünf wichtigsten Aufgaben des Überwachungstreuhänders, die unter der Aufsicht der Kommission erfüllt werden sollten, können die folgenden genannt werden:
- erstens hat der Überwachungstreuhänder die Sicherheitsvorkehrungen für das zu veräußernde Geschäft in der Übergangszeit zu überwachen,
 - zweitens hat der Überwachungstreuhänder in Ausgliederungsfällen die Aufteilung der Vermögenswerte und der Mitarbeiter zwischen dem zu veräußernden Geschäft und den bei den beteiligten Unternehmen verbleibenden Geschäften und die Duplizierung der Vermögenswerte und der bisher von den beteiligten Unternehmen erbrachten Leistungen für das Geschäft zu überwachen,
 - drittens hat der Überwachungstreuhänder die Anstrengungen der beteiligten Unternehmen zu überwachen, einen Erwerber zu finden und ihm das Geschäft zu übertragen. Im Allgemeinen prüft er den Gang des Veräußerungsverfahrens und die an dem Verfahren beteiligten möglichen Erwerber. Er vergewissert sich, dass mögliche Erwerber ausreichende Informationen über das Geschäft erhalten, insbesondere durch Überprüfung der Informationsbroschüre (falls vorhanden), des Datenraums oder der Due-Diligence-Prüfung. Wenn ein Erwerber vorgeschlagen worden ist, übermittelt der Überwachungstreuhänder der Kommission eine mit Gründen versehene Stellungnahme, in der er darlegt, ob der vorgeschlagene Erwerber die in den Verpflichtungen gestellten Anforderungen an den Erwerber erfüllt und ob das Geschäft im Einklang mit den Verpflichtungen veräußert wird. Am Ende des Verfahrens hat der Überwachungstreuhänder die rechtliche und tatsächliche Übertragung des Geschäfts an den Erwerber zu überwachen und einen Abschlussbericht vorzulegen, in dem er die Übertragung bestätigt,
 - viertens fungiert der Überwachungstreuhänder als Kontaktstelle für die Verpflichtungen betreffende Fragen Dritter, insbesondere möglicher Erwerber. Die beteiligten Unternehmen teilen interessierten Unternehmen oder Personen, zu denen auch mögliche Erwerber gehören, mit, wer der Überwachungstreuhänder ist und welche Aufgaben er hat. Bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den beteiligten Unternehmen und Dritten hinsichtlich in den Verpflichtungen behandelte Fragen erörtert der Überwachungstreuhänder die Fragen mit beiden Seiten und erstattet der Kommission Bericht. Um seine Aufgabe erfüllen zu können, behandelt der Überwachungstreuhänder Geschäftsgeheimnisse der beteiligten Unternehmen und der Dritten vertraulich,
 - fünftens erstattet der Überwachungstreuhänder der Kommission regelmäßig Bericht über die Erfüllung der Verpflichtungen und legt ihr auf Verlangen zusätzliche Berichte vor.
120. In den Verpflichtungen wird auch ausführlich festgelegt, inwieweit der Überwachungstreuhänder der Unterstützung und Mitwirkung der beteiligten Unternehmen bedarf; die Kommission überwacht die Beziehungen zwischen den beteiligten Unternehmen und dem Überwachungstreuhänder auch in dieser Hinsicht. Um seine Aufgaben erfüllen zu können, hat der Treuhänder Zugang zu den Büchern und Aufzeichnungen der beteiligten Unternehmen und des zu veräußernden Geschäfts, soweit und solange dies für die Umsetzung der Verpflichtungen erforderlich ist, kann er die beteiligten Unternehmen um Unterstützung von Seiten der Geschäftsführung und Verwaltung bitten, wird er über mögliche Erwerber und alle Entwicklungen im Veräußerungsverfahren unterrichtet und erhält er die möglichen Erwerbern übermittelten Informationen. Außerdem zahlen die beteiligten Unternehmen dem Treuhänder eine Entschädigung und gestatten ihm, Berater zu ernennen, falls dies für die Erfüllung seiner Aufgaben nach den Verpflichtungen zweckmäßig ist. In den Verpflichtungen wird der Kommission auch gestattet, die Informationen der beteiligten Unternehmen an den Überwachungstreuhänder weiterzuleiten, damit dieser seine Aufgaben erfüllen kann. Der Überwachungstreuhänder ist verpflichtet, diese Informationen vertraulich zu behandeln.

Rolle des Veräußerungstreuhänders

121. Wie im Falle des Überwachungstreuhänders müssen die beteiligten Unternehmen die Bestellung eines Veräußerungstreuhänders vorschlagen, um die von ihnen angebotenen Verpflichtungen wirksam zu machen und es der Kommission zu ermöglichen, die Durchführung der von ihnen vorgeschlagene Änderung des angemeldeten Zusammenschlusses zu gewährleisten. Wenn es den beteiligten Unternehmen nicht gelingt, innerhalb der ersten Veräußerungsfrist einen geeigneten Erwerber zu finden, wird einem Veräußerungstreuhänder in der Treuhänderveräußerungsfrist das unwiderrufliche und ausschließliche Mandat erteilt, das Geschäft unter der Aufsicht der Kommission innerhalb einer bestimmten Frist ohne Mindestpreis an einen geeigneten Erwerber zu veräußern. Die Verpflichtungen müssen es dem Veräußerungstreuhänder ermöglichen, in den Veräußerungsvertrag die Bedingungen aufzunehmen, die er als für den Verkauf zweckmäßig ansieht, insbesondere die üblichen Bestimmungen über Vertretung, Gewährleistung und Entschädigung. Der Verkauf des Geschäfts durch den Veräußerungstreuhänder muss ebenso vorher von der Kommission genehmigt werden wie der Verkauf durch die beteiligten Unternehmen.

122. In den Verpflichtungen ist festzulegen, dass die beteiligten Unternehmen in gleicher Weise den Veräußerungstreuhänder unterstützen und informieren und mit ihm zusammenzuarbeiten, wie dies für den Überwachungstreuhänder vorgesehen ist. Für die Veräußerung haben die beteiligten Unternehmen dem Veräußerungstreuhänder eine umfassende Vollmacht zu erteilen, die für alle Phasen der Veräußerung gilt.

Genehmigung des Treuhänders und des Treuhandmandats

123. Ob ein und dieselbe Person oder Einrichtung Überwachungstreuhänder und Veräußerungstreuhänder sein kann oder nicht, hängt von der Verpflichtung ab. Die beteiligten Unternehmen schlagen der Kommission mehrere mögliche Treuhänder vor, einschließlich der vollständigen Mandatsbedingungen und des Entwurfs eines Arbeitsplans. Es ist wichtig, dass der Überwachungstreuhänder unmittelbar nach Erlass der Entscheidung der Kommission bestellt wird. Die beteiligten Unternehmen sollten daher unmittelbar nach Erlass der Entscheidung der Kommission ⁽¹⁾ einen geeigneten Treuhänder vorschlagen, und in den Verpflichtungen ist in der Regel vorzusehen, dass der angemeldete Zusammenschluss erst vollzogen werden kann, wenn der Überwachungstreuhänder nach Genehmigung durch die Kommission bestellt ist ⁽²⁾. Der Veräußerungstreuhänder dagegen sollte lange vor Ablauf der ersten Veräußerungsfrist ⁽³⁾ bestellt werden, damit sein Mandat mit Beginn der Treuhänderveräußerungsfrist wirksam werden kann.
124. Beide Treuhänder werden von den beteiligten Unternehmen aufgrund eines Treuhandmandats bestellt, das von den beteiligten Unternehmen und dem Treuhänder vereinbart wird. Die Bestellung und das Mandat müssen von der Kommission genehmigt werden, die bei der Auswahl des Treuhänders über Ermessen verfügt und prüft, ob der vorgeschlagene Treuhänder für die im Einzelfall zu erfüllenden Aufgaben geeignet ist. Der Treuhänder muss von den beteiligten Unternehmen unabhängig sein, er muss über die für die Erfüllung seines Mandats erforderlichen Fachkenntnisse verfügen, und er darf sich zu keinem Zeitpunkt in einem Interessenkonflikt befinden.
125. Die Kommission prüft die erforderlichen Fachkenntnisse unter Berücksichtigung der Erfordernisse des Einzelfalls, einschließlich des geografischen Gebiets und des betroffenen Sektors. Wie die Erfahrung der Kommission zeigt, sind Wirtschaftsprüfungsgesellschaften und andere Beratungsunternehmen besonders gut in der Lage, die Aufgaben eines Überwachungstreuhänders zu erfüllen. Auch Einzelne, die in dem betreffenden Wirtschaftszweig tätig waren, können für diese Rolle geeignet sein, wenn sie über die für die Bewältigung dieser Aufgaben erforderlichen Mittel verfügen. Als Veräußerungstreuhänder kommen vor allem Investitionsbanken in Betracht. Unabhängigkeit des Treuhänders ist unerlässlich, damit er seine Aufgabe, für die Kommission die Erfüllung der Verpflichtungen durch die beteiligten Unternehmen zu überwachen, ordnungsgemäß erfüllen und Dritten gegenüber glaubwürdig sein kann. Insbesondere genehmigt die Kommission keine Personen oder Einrichtungen als Treuhänder, die gleichzeitig Wirtschaftsprüfer der beteiligten Unternehmen oder ihre Anlageberater bei der Veräußerung sind. Beziehungen des Treuhänders zu den beteiligten Unternehmen führen jedoch nicht zu Interessenkonflikten, wenn sie die Objektivität und Unabhängigkeit des Treuhänders bei der Erledigung seiner Aufgaben nicht beeinträchtigen. Es ist Sache der beteiligten Unternehmen, der Kommission geeignete Informationen zu übermitteln, damit diese prüfen kann, ob der Treuhänder die Anforderungen erfüllt. Die Bestellung des Treuhänders durch die beteiligten Unternehmen nach Genehmigung ist unwiderruflich, es sei denn, der Treuhänder wird auf Verlangen der Kommission oder mit ihrer Genehmigung ersetzt.
126. Im Treuhandmandat werden die in den Verpflichtungen aufgeführten Aufgaben im Einzelnen festgelegt; es enthält alle Bestimmungen, die notwendig sind, damit der Treuhänder seine Aufgaben nach den von der Kommission genehmigten Verpflichtungen erfüllen kann. Es ist Sache der beteiligten Unternehmen, dem Treuhänder aufgrund des Mandats eine Vergütung zu zahlen, die so angelegt sein muss, dass seine Unabhängigkeit und die Effizienz, mit der er das Mandat erfüllt, nicht beeinträchtigt werden. Die Kommission genehmigt einen Treuhänder nur zusammen mit einem geeigneten Mandat. In geeigneten Fällen kann sie den Namen des Treuhänders und eine Zusammenfassung seiner Aufgaben veröffentlichen.
127. Wenn die Verpflichtungen, mit denen der Treuhänder betraut worden ist, umgesetzt sind — wenn also das Eigentum an dem zu veräußernden Geschäft übergegangen ist, die Vermögenswerte tatsächlich dem Erwerber übertragen worden sind und die besonderen Vereinbarungen, die nach der Veräußerung weitergelten können, erfüllt sind, ersucht der Treuhänder, wie im Mandat vorgesehen, die Kommission um seine Entlastung. Auch nachdem die Entlastung erteilt worden ist, kann es notwendig sein, dass die Kommission den Treuhänder auf der Grundlage der Verpflichtungen erneut bestellt, wenn die einschlägigen Verpflichtungen ihres Erachtens nicht vollständig und ordnungsgemäß umgesetzt sind.

⁽¹⁾ In der Regel sollten die Verpflichtungen vorsehen, dass ein Überwachungstreuhänder innerhalb von zwei Wochen nach Erlass der Entscheidung vorgeschlagen wird.

⁽²⁾ Siehe Entscheidung in der Sache COMP/M.4180 — GdF/Suez vom 14. November 2006; Entscheidung in der Sache COMP/M.4187 — Metso/Aker Kvaerner vom 12. Dezember 2006; Entscheidung in der Sache COMP/M.3916 — T-Mobile Austria/tele.ring vom 20. April 2006.

⁽³⁾ Die Kommission verlangt in der Regel, dass er mindestens einen Monat vor Ende der ersten Veräußerungsfrist bestellt wird.

5. Pflichten der beteiligten Unternehmen nach Umsetzung der Veräußerung

128. In den Verpflichtungen ist auch vorzusehen, dass die Kommission in den 10 Jahren nach Erlass der Entscheidung zur Genehmigung der Verpflichtungen von den beteiligten Unternehmen Auskunft verlangen kann. Auf diese Weise kann die Kommission die wirksame Umsetzung der Abhilfemaßnahme überwachen.

6. Umsetzung anderer Verpflichtungen

129. Viele der oben behandelten Grundsätze für Veräußerungsverpflichtungen können auch auf andere Arten von Verpflichtungen angewandt werden, wenn die Verpflichtungen nach der Entscheidung der Kommission der Umsetzung bedürfen. Ist zum Beispiel vorgesehen, dass der Lizenznehmer von der Kommission genehmigt werden muss, so können die Erwägungen zur Genehmigung des Erwerbers angewandt werden. Angesichts des großen Spektrums von Verpflichtungen, die nicht die Veräußerung eines Geschäfts zum Gegenstand haben, ist es nicht möglich, allgemeine und umfassende Anforderungen an die Umsetzung dieser Verpflichtungen festzulegen.
130. Da diese Verpflichtungen jedoch eine lange Laufzeit haben und oft komplex sind, erfordern sie häufig einen hohen Überwachungsaufwand und besondere Überwachungsinstrumente, damit die Kommission davon ausgehen kann, dass sie wirksam umgesetzt werden. Daher verlangt die Kommission in vielen dieser Fälle die Einschaltung eines Treuhänders, der darüber wacht, dass die Verpflichtungen umgesetzt werden und ein beschleunigtes Schiedsverfahren eingerichtet wird, damit ein Streitbelegungsverfahren vorhanden ist, mit dessen Hilfe die Marktteilnehmer selbst die Verpflichtungen durchsetzen können. Die Kommission hat bisher häufig sowohl die Bestellung eines Treuhänders als auch eine Schiedsklausel verlangt ⁽¹⁾. In diesen Fällen überwacht der Treuhänder die Umsetzung der Verpflichtungen, kann aber auch bei Schiedsverfahren helfen, damit diese so zügig wie möglich abgeschlossen werden können.

⁽¹⁾ Ein solches Konzept der kombinierten Überwachung im Schiedsverfahren und durch einen Überwachungstreuhänder wurde u. a. angewandt in der Entscheidung in der Sache COMP/M.2803 — Telia/Sonera vom 10. Juli 2002, der Entscheidung in der Sache COMP/M.3083 — GE/Instrumentarium vom 2. September 2003 und der Entscheidung in der Sache COMP/M.3225 — Alcan/Pechiney II vom 29. September 2003.