



Bundeskartellamt

Leitfaden Zusagen in der Fusionskontrolle

Mai 2017



Offene Märkte | Fairer Wettbewerb

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	1
I. Zielsetzung des Leitfadens	1
II. Verpflichtungszusagen als Instrument der Fusionskontrolle	2
III. Anforderungen an Verpflichtungszusagen	7
1. Vorrang von Veräußerungszusagen.....	11
2. Keine laufende Verhaltenskontrolle	12
3. Vorrang für aufschiebende Bedingungen, Verhältnis zu Fix-it-First-Lösung und Rücknahme	15
B. Arten von Verpflichtungszusagen	19
I. Veräußerungszusagen.....	20
1. Anforderungen an den Veräußerungsgegenstand	20
a) Bestehendes, eigenständiges Unternehmen	20
b) Beschreibung des zu veräußernden Unternehmens.....	21
c) Ausgliederung („Carve-Out“).....	26
d) „Mix-and-Match“-Lösung	29
e) Veräußerung einzelner Vermögensgegenstände.....	30
f) Zusätzliche Veräußerungsgegenstände im Interesse eines unternehmensstrategisch sinnvollen Übernahmepakets	31
g) Veräußerung von sogenannten „Kronjuwelen“	32
2. Anforderungen an den Erwerber.....	34
a) Qualifikation des Erwerbers	35
b) Unabhängigkeit und wirtschaftliche Interessenlage des Erwerbers.....	36
c) Prima facie keine neuen Wettbewerbsprobleme durch Zusagenumsetzung.....	39
d) Anzahl der Erwerber.....	40
II. Trennung von Unternehmensverbindungen zu Wettbewerbern	40
III. Marktöffnende Maßnahmen und andere Verhaltenszusagen	43
1. Zugang zu Infrastruktur	44
2. Lizenzen und Offenlegung von Schnittstellen	46
3. Langfristige Verträge mit Lieferanten oder Abnehmern	47

4.	Stilllegung von Kapazitäten ungeeignet	50
5.	„Chinese Walls“ ungeeignet	51
IV.	Ergänzende Nebenpflichten	53
1.	Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit des Veräußerungsgegenstands	53
2.	Unabhängigkeit der Geschäftsführung des Veräußerungsgegenstands	56
3.	Trennung zentraler Einrichtungen wie IT	57
4.	Ausübung von Stimmrechten	58
5.	Rückerwerbsverbote.....	59
6.	Wettbewerbsverbote	59
7.	Abwerbeverbote	60
8.	Liefer- und Abnahmeverpflichtungen	61
9.	Sonstige Verpflichtungen.....	63
C.	Verfahrensfragen	63
I.	Zeitpunkt für das Angebot von Verpflichtungszusagen und Prüfungsfristen	64
II.	Anforderungen an Text und Inhalt von Zusagenangeboten und einzureichende Unterlagen	66
III.	Weitere Ermittlungen und Markttest	67
IV.	Verbindlicherklärung von Zusagen durch Nebenbestimmungen	69
V.	Die Rolle von Treuhändern und „Hold-Separate-Managern“	70
1.	Sicherungstreuhänder	70
a)	Aufgaben und Rolle des Sicherungstreuhänders	70
b)	Anforderungen an Eignung des Sicherungstreuhänders.....	72
c)	Einsetzung des Sicherungstreuhänders.....	74
d)	Befugnisse, Pflichten und Vergütung des Sicherungstreuhänders	75
2.	Veräußerungstreuhänder	76
3.	„Hold-Separate-Manager“	77
VI.	Frist zur Umsetzung der Nebenbestimmungen	78
Anlage - Definitionen	81	

A. Einführung

I. Zielsetzung des Leitfadens

- 1 Der vorliegende Leitfaden erläutert, unter welchen Voraussetzungen das Bundeskartellamt einen Zusammenschluss unter **Bedingungen und Auflagen** (Nebenbestimmungen) freigeben kann, obwohl die Untersagungsvoraussetzungen erfüllt sind. Mit Nebenbestimmungen in einer Freigabeentscheidung stellt das Bundeskartellamt sicher, dass die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen den Verpflichtungen nachkommen, die sie gegenüber dem Bundeskartellamt eingegangen sind (Verpflichtungszusagen bzw. Zusagen), um eine Untersagung abzuwenden (§ 40 Abs. 3 Satz 1 GWB).¹
- 2 Der Leitfaden stellt die wichtigsten Arten von Verpflichtungszusagen dar und erklärt, welche **Anforderungen an Verpflichtungszusagen** dieser Kategorien jeweils zu stellen sind (vgl. B, Rn. 37-106).² Dabei wird auch erklärt, welche Voraussetzungen ein geeigneter Erwerber im Kontext einer Veräußerungszusage erfüllen muss (vgl. B.I.2 , Rn. 58-66). Außerdem beschreibt das vorliegende Dokument das Verfahren bei der Entgegennahme und der Umsetzung von Zusagen und erläutert in diesem Zusammenhang auch die Rolle von Treuhändern (vgl. C, Rn. 107-165).
- 3 In diesen Leitfaden sind neben **ökonomischen Erkenntnissen** insbesondere die **Fallpraxis** und die Erfahrung des Bundeskartellamts sowie die **Rechtsprechung** des Oberlandesgerichts Düsseldorf (OLG Düsseldorf) und des Bundesgerichtshofs eingeflossen.³ Desweiteren wurden die

¹ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (Bundesgesetzblatt I S. 1750, 3245), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 26. Juli 2016 (Bundesgesetzblatt I S. 1786 Nr. 37).

² Zu der im vorliegenden Leitfaden verwendeten Terminologie siehe die Anlage „Definitionen“.

³ Die Fallpraxis und Rechtsprechung aus der Zeit vor dem Inkrafttreten der 8. GWB-Novelle und der Einführung des SIEC-Tests sind grundsätzlich weiterhin anwendbar, weil die Begründung und Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im SIEC-Test als Regelbeispiel erhalten geblieben ist. Der SIEC-Test erfasst jedoch auch wesentliche Behinderungen wirksamen Wettbewerbs außerhalb des Regelbeispiels der Marktbeherrschung, insbesondere bestimmte wesentliche Wettbewerbsbehinderungen aufgrund sogenannter nicht-koordinierter Effekte. Diese Ausweitung des Untersagungskriteriums hat auch Auswirkungen auf die Eignung von Zusagenvorschlägen. So reicht es im Rahmen der Prüfung von Zusagen nicht mehr aus auszuschließen, dass die Umsetzung der Zusage eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken würde. Zusätzlich ist erforderlich, dass aufgrund der Umsetzung der Zusagen auch keine bedenklichen SIEC-Konstellationen außerhalb der Marktbeherrschung zu erwarten sind.

Erfahrungen anderer **Kartellrechtsjurisdiktionen** bei der Bewertung von Verpflichtungszusagen analysiert und für diesen Leitfaden genutzt. Das gilt vor allem für die Rechtsprechung der europäischen Gerichte und die Entscheidungen und Leitlinien der Europäischen Kommission. Auch die Dokumente aus den internationalen Foren ICN und OECD wurden bei der Vorbereitung des Leitfadens einbezogen. Außerdem wurde insbesondere bei der Ausgestaltung des Verfahrens berücksichtigt, dass eine enge Zusammenarbeit zwischen Wettbewerbsbehörden bei der Prüfung grenzüberschreitender Zusammenschlüsse besonders wichtig ist, wenn in mehreren Jurisdiktionen Entscheidungen unter Nebenbestimmungen getroffen werden sollen.

- 4 Eine abschließende Darstellung zulässiger Bedingungen und Auflagen ist nicht beabsichtigt. Jeder Zusammenschluss erfordert eine individuelle Würdigung des konkreten Sachverhaltes unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des **Einzelfalles** durch die zuständige Beschlussabteilung. Außerdem kann auch eine Fortentwicklung des hier dargelegten Prüfkonzepts infolge künftiger Entscheidungen in Einzelfällen geboten sein. Insofern erhebt der Text keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

II. Verpflichtungszusagen als Instrument der Fusionskontrolle

- 5 Fusionskontrolle kann einen maßgeblichen Beitrag dazu leisten, Wettbewerbsbeschränkungen durch **Unternehmenskonzentration** zu verhindern. Das Bundeskartellamt prüft jährlich circa 1.000 bis 1.200 Zusammenschlüsse. Davon werfen nur wenige Fusionen⁴ wettbewerbliche Probleme auf. Von vielen Zusammenschlüssen gehen im Gegenteil wettbewerblich positive Impulse aus, z. B. können Zusammenschlüsse die Erzielung von Skaleneffekten und anderen Synergien ermöglichen. Insbesondere auf konzentrierten Märkten können Zusammenschlüsse jedoch auch negative Auswirkungen auf die Marktstruktur und das Wettbewerbsverhalten der Unternehmen haben und so die Marktergebnisse negativ beeinflussen, indem die Marktmacht der Unternehmen erhöht wird.⁵

⁴ Die Begriffe „Fusion“ und „Zusammenschluss“ werden in diesem Dokument synonym verwendet.

⁵ Vgl. BKartA, Leitfaden Marktbeherrschung (2012), Rn. 4, der Leitfaden enthält eine ausführliche Darstellung, in welchen Situationen Zusammenschlüsse im Kontext des Marktbeherrschungstests zu Wettbewerbsproblemen führen können. Damit sind die Fallkonstellationen abgedeckt, die unter das Regelbeispiel des SIEC-Tests fallen. Der SIEC-Test ist allerdings weiter und deckt auch Konstellationen ab, in denen es nicht zur Begründung oder Verstärkung von Marktbeherrschung kommt, insbesondere nicht-koordinierte Effekte im engen Oligopol, vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 31.3.2015, B2-96/14 – *Edeka/Kaiser's Tengelmann*, Rn. 141 ff.

- 6 Ein (anmeldepflichtiger) Zusammenschluss ist vom Bundeskartellamt zu untersagen, wenn durch ihn wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde (sogenannter **SIEC-Test**).⁶ Eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs liegt insbesondere dann vor, wenn zu erwarten ist, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt (§ 36 Abs. 1 Satz 1 GWB).⁷ Eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs erfüllt die Untersagungs Voraussetzungen nicht, wenn die Zusammenschlussbeteiligten nachweisen, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und diese Verbesserungen die Behinderung des Wettbewerbs überwiegen (§ 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GWB).⁸
- 7 **Verpflichtungszusagen** erlauben es den beteiligten Unternehmen, ihr Zusammenschlussvorhaben nach der Anmeldung beim Bundeskartellamt so zu verändern, dass es die Untersagungs Voraussetzungen nicht mehr erfüllt. Dies setzt voraus, dass die vorgeschlagenen Maßnahmen geeignet sind, die wettbewerbsrechtlichen Bedenken zu beseitigen.⁹ Eine Untersagung des Vorhabens unterbleibt dann. Zusagen haben sich in der Praxis als wichtiges Instrument der Fusionskontrolle erwiesen, sie liegen im Interesse einer effektiven und erfolgreichen Durchsetzung des Kartellrechts. Den Unternehmen ist es dadurch möglich, die von einem Zusammenschluss erhofften betriebswirtschaftlichen Vorteile so weit wie möglich zu realisieren. Das kann z. B. in vielen Fällen erreicht werden, in denen der Erwerb des Zielunternehmens lediglich in einzelnen, abgrenzbaren Teilbereichen seiner Geschäftstätigkeit zu wettbewerbsrechtlichen Problemen führen würde. Wenn der Zusammenschluss in diesem Bereich zum Wegfall eines wichtigen Wettbewerbers auf einem bestimmten Markt führt, kann die Veräußerung des betroffenen Geschäftsfelds auf der Seite des Erwerbers oder des Zielunternehmens an einen

⁶ Die gebräuchliche Abkürzung knüpft an die englischsprachige Formulierung des Tests an: „Significant Impediment of Effective Competition“.

⁷ Vgl. hierzu auch Bundeskartellamt, Leitfaden Marktbeherrschung (2012), der die Voraussetzungen der Entstehung oder Begründung einer marktbeherrschenden Stellung ausführlich erläutert. Der Leitfaden wurde vor der Einführung des SIEC-Tests veröffentlicht. Als Regelbeispiel bleibt der Marktbeherrschungstest aber auch im Kontext des SIEC-Tests von Bedeutung. Es ist geplant, den Leitfaden an die neue Gesetzeslage anzupassen. Insbesondere sind die Fallkonstellationen zu erläutern, die unter den SIEC-Test fallen, vom Regelbeispiel aber nicht abdeckt sind.

⁸ Eine Intervention gegen einen Zusammenschluss ist auch dann ausgeschlossen, wenn die Untersagungs Voraussetzungen lediglich auf einem sogenannten Bagatellmarkt vorliegen (§ 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GWB) oder wenn die Voraussetzungen einer Sanierungsfusion im Verlagswesen erfüllt sind (§ 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GWB).

⁹ Vgl. z. B. BGH, Beschl. v. 20.4.2010, KVR 1/09 – *Phonak/GN Store*, Rn. 90 (juris); BGH, Beschl. v. 7.2.2006, KVR 5/05 – *DB Regio/üstra*, Rn. 56 (juris); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 6.6.2007, VI-2 Kart 7/04 (V) – *E.ON/Stadtwerke Eschwege*, Rn. 114 (juris).

geeigneten unabhängigen Dritten oft ausreichen, um zu verhindern, dass es zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs kommt.¹⁰ Das gleiche gilt, wenn ein Mitglied eines wettbewerbslosen Oligopols einen Oligopol-Außenseiter erwirbt und dies zur Verstärkung des wettbewerbslosen Oligopols führt. In einem solchen Fall kann die Veräußerung des betroffenen Geschäftsbereichs auf der Seite des Zielunternehmens an einen unabhängigen Dritten oft ausreichen, um einen vom wettbewerbslosen Oligopol unabhängigen Wettbewerber zu erhalten und so eine Verschlechterung der Marktverhältnisse durch den Zusammenschluss zu verhindern. Eine Veräußerung kann auch ein geeignetes Mittel sein, um die Entstehung eines wettbewerbslosen Oligopols durch einen Zusammenschluss mit einem Oligopolaußenseiter zu verhindern.

- 8 Nicht in jeder Fallkonstellation existieren **geeignete**, also vor allem **wirksame** Maßnahmen, die als Verpflichtungszusage angeboten werden könnten. Sind die vorgeschlagenen Zusagen nicht geeignet, die nach § 36 Abs. 1 Satz 1 GWB festgestellte erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs zu verhindern, bleibt es bei der Untersagung. Außerdem kann es für die beteiligten Unternehmen in manchen Fällen, in denen eine wirksame Verpflichtungszusage denkbar wäre, aus verschiedenen, z. B. betriebswirtschaftlichen oder unternehmenspolitischen, Gründen sinnvoll sein, die erforderliche Verpflichtungszusage nicht abzugeben. Das ist insbesondere der Fall, wenn diese für sie wirtschaftlich nachteiliger wäre, als das Zusammenschlussvorhaben aufzugeben.
- 9 Grundsätzlich liegt es **in der Hand der Zusammenschlussbeteiligten**, geeignete Verpflichtungszusagen vorzulegen (zum Verfahren vgl. C.I, Rn. 109-113).¹¹ Auch die Unterbreitung von Zusagenangeboten ist Ausfluss ihrer unternehmerischen Freiheit, ihr Zusammenschlussvorhaben selbst auszugestalten. Außerdem würde ansonsten gestaltend in die Rechtsverhältnisse der Zusammenschlussbeteiligten untereinander eingegriffen. Das Bundeskartellamt wird den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen von Amts wegen keine Zusagen einseitig auferlegen, weil ohne ein entsprechendes Angebot der Zusammenschlussparteien nicht damit gerechnet werden kann, dass die Zusagen zeitnah und vollständig umgesetzt würden. Das Bundeskartellamt beschränkt sich daher darauf, den Parteien in angemessenen Fällen Anregungen zu geben,

¹⁰ Zu den Anforderungen an Verpflichtungszusagen, die zu Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen auf anderen Märkten führen sollen (Abwägungsklausel § 36 Abs. 1 GWB), vgl. III.

¹¹ Nach § 40 Abs. 3 GWB sollen Bedingungen und Auflagen sicherstellen, dass „die beteiligten Unternehmen den Verpflichtungen nachkommen, die sie gegenüber dem Bundeskartellamt eingegangen sind.“

welche Verpflichtungen notwendig und geeignet wären (vgl. C.II, Rn. 114). Legen die Zusammenschlussparteien Zusagenvorschläge vor, werden sie vom Bundeskartellamt auf Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit geprüft. Unter mehreren gleichermaßen geeigneten Maßnahmen ist grundsätzlich die für die Parteien mildeste Maßnahme auszuwählen, sofern sich diese nicht aus anderen Gründen (z. B. aufgrund von betroffenen Rechten Dritter) als unangemessen darstellt.

- 10 Der Umfang der **Ermittlungen**, die das Bundeskartellamt zur Prüfung der Eignung und Erforderlichkeit durchführt (Amtsermittlungsgrundsatz), wird durch die – trotz der Verlängerung um einen Monat nach § 40 Abs. 2 Satz 7 GWB – kurzen Fristen beschränkt, innerhalb derer das Bundeskartellamt im Rahmen der Fusionskontrollverfahren entscheiden muss.¹² Die Sachverhalte, die für die Eignung der Zusagenvorschläge zur Beseitigung der Untersagungsvoraussetzungen relevant sind, liegen in wesentlichen Teilen in der Sphäre der Zusammenschlussbeteiligten. Daher trifft diese eine gesteigerte Mitwirkungspflicht, die umso schwerer wiegt, je später im Verfahren Verpflichtungszusagen vorgeschlagen werden.¹³
- 11 Wenn Verpflichtungszusagen geeignet, erforderlich und angemessen sind, um die Untersagungsvoraussetzungen wirksam, vollständig und zeitnah zu beseitigen, folgt eine Freigabe unter Nebenbestimmungen dem Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit**.¹⁴ Es steht dann nicht im Ermessen des Bundeskartellamts, ob es solche Zusagenvorschläge annimmt (vgl. zum Verfahren C.IV, Rn. 126 f.).¹⁵ Umgekehrt ist das Amt nicht zur Freigabe berechtigt, wenn die Eignung der Zusagen zur Beseitigung der Untersagungsvoraussetzungen nicht hinreichend sicher zu prognostizieren ist.¹⁶ Auch insofern verfügt es über kein Ermessen.

¹² Vgl. BGH, Beschl. v. 16.1.2007, KVR 12/06 – *National Geographic II*, Rn. 15 (aus der Fristgebundenheit ergibt sich eine Beschränkung der Aufklärungsmöglichkeiten, für den Fall von Verkehrsbefragungen im Kontext der wettbewerblichen Würdigung).

¹³ Vgl. zur Missbrauchsaufsicht BGH, Beschl. v. 14.7.2015, KVR 77/13 – *Wasserpreise Calw II*, Rn. 30 (juris).

¹⁴ Vgl. Regierungsentwurf zur 6. GWB-Novelle, Begründung zur Änderung von § 40 Abs. 3 GWB, BT-Drs. 13/9720, S. 60; vgl. z. B. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.12.2008, VI-Kart 12/08 (V) – *Globus/Distributa*, Rn. 19 (juris).

¹⁵ „Eine Freigabe unter Nebenbestimmungen ist nur zulässig, aber auch geboten, wenn dadurch die nach § 36 Abs. 1 GWB kritische Verschlechterung der Marktstruktur wirksam verhindert werden kann.“ Vgl. BGH, Beschl. v. 20.4.2010, KVR 1/09 – *Phonak/GN Store*, Rn. 90 (juris). A. A. noch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 7.5.2008, VI-Kart 13/07 (V) – *Cargotec/CVS Ferrari*; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.11.2008, VI-Kart 8/07 (V) – *Phonak/GN Store*, Rn. 166 f. (juris).

¹⁶ Vgl. z. B. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.9.2013, VI Kart 4/12 - *Xella/H+H*, Rn. 141-163 (juris).

- 12 **Rechtsschutz** besteht auch gegen Freigaben mit Nebenbestimmungen.¹⁷ Die Zusammenschlussbeteiligten können mit dem Begehren einer isolierten Aufhebung der Nebenbestimmungen gegen die Entscheidung des Bundeskartellamts vorgehen, mit dem Ziel einer uneingeschränkten Freigabe des Zusammenschlusses.¹⁸ Die Zusammenschlussbeteiligten können sich auch mit der Begründung gegen eine Untersagung wenden, dass das Bundeskartellamt einen Zusagenvorschlag zu Unrecht nicht aufgenommen hat.¹⁹ Gegen ein Urteil des OLG Düsseldorf ist Rechtsbeschwerde – bzw. bei Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde durch das OLG Düsseldorf – zunächst Nichtzulassungsbeschwerde zum Bundesgerichtshof möglich.²⁰
- 13 Neben den Zusammenschlussbeteiligten können auch Dritte befugt sein, Beschwerde vor dem OLG Düsseldorf gegen eine Entscheidung des Bundeskartellamts einzulegen. Das gilt für Unternehmen oder Verbraucherverbände, die auf Antrag zum Verfahren des Bundeskartellamts beigeladen wurden.²¹ Es gilt auch für Unternehmen, die ebenfalls einen Antrag gestellt und die subjektiven Voraussetzungen für eine Beiladung erfüllt hatten, aber allein aus Gründen der Verfahrensökonomie nicht beigeladen wurden.²² Wettbewerber und Abnehmer der Zusammenschlussbeteiligten erfüllen in vielen Fällen sowohl die Anforderungen an eine Beiladung, weil ihre wirtschaftlichen Interessen erheblich berührt sind,²³ als auch die zusätzliche Anforderung für die Zulässigkeit einer Beschwerde, dass sie durch die Freigabe mit Nebenbestimmungen materiell beschwert sind, weil ihre Interessen unmittelbar und individuell berührt sind.²⁴ Sie können in einer Beschwerde geltend machen, dass die angebotenen Zusagen nicht ausreichen und der Zusammenschluss daher hätte untersagt werden müssen. Trifft das zu, hebt das OLG Düsseldorf die Freigabe auf und verweist den Fall zurück an das Bundeskartellamt, das den Zusammenschluss erneut prüft. Die Entscheidungsfrist für das Hauptprüfverfahren läuft erneut, beginnend mit Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung (§ 40 Abs. 6 GWB). Gegen

¹⁷ Beschwerde zum OLG Düsseldorf nach §§ 63 ff. GWB.

¹⁸ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.12.2004, VI-Kart 1/04 – *ÖPNV Hannover*, Rn. 39 (juris).

¹⁹ Vgl. z. B. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.9.2013, VI Kart 4/12 - *Xella/H+H*, Rn. 102 ff. (juris).

²⁰ §§ 74 ff. GWB.

²¹ § 63 Abs. 2 i.V.m. § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB.

²² Vgl. BGH, Beschl. v. 7.11.2006, KVR 37/05 – *pepcom*, Rn. 12 (juris).

²³ § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB, vgl. z. B. BGH, Beschl. v. 7.11.2006, KVR 37/05 – *pepcom*, Rn. 18 (juris) (soweit sie geltend machen können, durch die Entscheidung unmittelbar und individuell betroffen zu sein).

²⁴ So die Anforderungen, z. B. nach BGH-Beschluss *HABET/Lekkerland*. Die Verletzung eines subjektiven öffentlichen Rechts auf Untersagung des Zusammenschlusses (vgl. § 42 Abs. 2 VwGO) muss nicht dargelegt werden. Vgl. BGH, Beschl. v. 24.6.2003, KVR 14/01 – *HABET/Lekkerland*, Rn. 15 (juris); BGH, Beschl. v. 25.9.2007, KVR 25/06 – *Anteilsveräußerung*, Rn. 14 (juris).

ein Urteil des OLG Düsseldorf ist auch in diesen Fallkonstellationen Rechtsbeschwerde bzw. zunächst Nichtzulassungsbeschwerde zum Bundesgerichtshof möglich.

III. Anforderungen an Verpflichtungszusagen

- 14 Verpflichtungszusagen müssen geeignet und erforderlich sein, die vom Bundeskartellamt ermittelten schädlichen Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb **vollständig** und **zeitnah** auszuräumen, d. h. die Untersagungsvoraussetzungen zu beseitigen.²⁵ Sie müssen die fusionsbedingt zu erwartenden Marktstrukturverschlechterungen vollständig verhindern oder zumindest auf ein fusionskontrollrechtlich unbedenkliches Maß beschränken.²⁶ Das ist der Fall, wenn sie die Voraussetzungen für wirksamen Wettbewerb erhalten oder jedenfalls eine (weitere) Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen durch den Zusammenschluss verhindern.

BGH: Deutsche Bahn/üstra²⁷ – allgemeine Anforderungen an Zusagen

In dieser Entscheidung gibt der Bundesgerichtshof Hinweise für die Prüfung von Nebenbestimmungen:

„Nach § 40 Abs. 3 Satz 1 GWB kann die Freigabe mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden. Mit dieser durch die 6. GWB-Novelle in das Gesetz eingefügten Vorschrift sollte die bisherige Zusagenpraxis des Bundeskartellamts auf eine gesetzliche Grundlage gestellt werden (s. Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung, BT-Drs. 13/9720, S. 60). Bedingungen und Auflagen sind nicht schrankenlos möglich, sondern nur dann und nur insoweit zulässig, als ohne diese Nebenbestimmungen der Zusammenschluss untersagt werden müsste. Die Nebenbestimmungen müssen somit geeignet und erforderlich sein, um die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu verhindern oder zu bewirken, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten, die die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen (§ 36 Abs. 1 GWB). Die Zusammenschlusskontrolle richtet sich gegen strukturelle Verschlechterungen der Wettbewerbsbedingungen. Ebenso wie es daher bei der Feststellung der Entstehung oder Verstärkung der Marktbeherrschung in erster Linie auf strukturelle Gegebenheiten ankommt [...], kommen auch als Nebenbestimmungen grundsätzlich nur strukturelle Maßnahmen in Betracht, die die Wettbewerbsbedingungen, nicht das Wettbewerbsverhalten der beteiligten Unternehmen beeinflussen [...]. Das ausdrückliche Verbot, die beteiligten Unternehmen einer laufenden Verhaltenskontrolle zu unterstellen (§ 40 Abs. 3 Satz 2 GWB),

²⁵ Vgl. zur Zeitnähe OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.12.2008, VI-Kart 12/08 (V) – *Globus/Distributa*, Rn. 19 (juris) und zur Vollständigkeit z. B. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.9.2013, VI Kart 4/12 (V) – *Xella/H+H*, Rn. 141 (juris); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 6.6.2007, VI-2 Kart 7/04 (V) – *E.ON/Stadtwerke Eschwege*, Rn. 114 (juris); BKartA, Beschl. v. 22.2.2013, B7-70/12 – *Kabel Deutschland/Tele Columbus*, Rn. 335 f., 341 (Zusage von Kabel Deutschland, breitbandfähige Infrastruktur von Tele Columbus in Berlin, Dresden und Cottbus zu veräußern, adressierte die Wettbewerbsbedenken in lediglich drei von 20 Gebieten); BKartA, Beschl. v. 12.3.2007, B8-62/06 – *RWE Energy/Saar Ferngas*, S. 48 ff. (Zusage von RWE Energy, verschiedene Beteiligungen u. a. an Stadtwerken zu veräußern, räumt wettbewerbliche Bedenken nicht auf allen betroffenen Gas- und Strommärkten aus).

²⁶ Vgl. z. B. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.11.2008, VI-Kart 5/08 (V) – *A-TEC/Norddeutsche Affinerie*, Rn. 93 (juris).

²⁷ BGH, Beschl. v. 7.2.2006, KVR 5/05 – *DB Regio/üstra*.

verdeutlicht und konkretisiert diese durch den Gesetzeszweck vorgegebene Zielrichtung der Nebenbestimmungen.²⁸

- 15 **Bereits geplante** oder beschlossene unternehmerische **Maßnahmen** kommen üblicherweise nicht als Nebenbestimmung in Betracht, sofern ihre Umsetzung als sicher gelten kann, da sie in diesem Fall bereits im Rahmen der wettbewerblichen Würdigung des Zusammenschlussvorhabens berücksichtigt wurden.²⁹ Ist diese Prognose nicht mit hinreichender Sicherheit möglich, ist die Umsetzung der Maßnahmen durch eine Verpflichtungszusage abzusichern.
- 16 Verpflichtungszusagen können auch auf eine **Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen** durch den Zusammenschluss gerichtet sein, wenn und soweit sie in einem inneren Zusammenhang mit dem Zusammenschluss stehen, denn der Zusammenschluss muss für die Verbesserungen kausal sein. Der erforderliche Zusammenhang zwischen Zusagen und Zusammenschluss ist nicht in dem Sinne herbeiführbar, dass durch die Ausgestaltung des Zusammenschlussvorhabens bzw. durch das Angebot von Nebenbestimmungen ein Paket aus mehreren eigentlich unabhängigen Vorhaben geschnürt wird, um auch die notwendigen Verbesserungswirkungen „durch den Zusammenschluss“ erzielen zu können. Außerdem muss die Verbesserung struktureller Art sein, d. h. erwartete Preissenkungen, ein nach einem Business Plan beabsichtigtes Verhalten oder die Bereitschaft zu Investitionen reichen beispielsweise nicht aus.³⁰ Schließlich muss die Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen die Nachteile der Wettbewerbsbeschränkung auf demselben Markt überwiegen.³¹ Liegen die Voraussetzungen der Abwägungsklausel aufgrund der Zusagen vor, entfallen die Untersagungsvoraussetzungen.

²⁸ Ebd., Rn. 56 (juris).

²⁹ Vgl. BKartA, Beschl. v. 20.11.2003, B8-84/03 – *E.ON/Stadtwerke Lübeck*, Rn. 55 ff. (Die angebotene Veräußerung von Kraftwerkskapazitäten im Umfang von rd. 100 MW zur Kompensation der Verstärkung marktbeherrschender Stellungen des Stadtwerks im Strom- und Gasbereich wurde nicht in die Bewertung der Zusagen einbezogen, weil die Veräußerung bereits vor der Anmeldung vereinbart, bzw. zumindest verhandelt wurde.) Vgl. hinsichtlich Verpflichtungszusagen, die bereits in früheren Verfahren als Nebenbestimmung formuliert wurden, auch BKartA, Beschl. v. 26.2.2002, B8-149/01 – *E.ON AG/RAG Beteiligungs GmbH*, Rn. 83; BKartA, Beschl. v. 17.1.2002, B8-109/01 – *E.ON/Gelsenberg*, Rn. 69.

³⁰ Vgl. BKartA, Beschl. v. 3.4.2008, B7- 200/07 – *KDG/Orion*, Rn. 245.

³¹ Vgl. z. B. BGH, Beschl. v. 7.2.2006, KVR 5/05 – *DB Regio/üstra*, Rn. 56 (juris); BKartA, Beschl. v. 12.3.2007, B8-62/06 – *RWE Energie/SaarFerngas*, S. 50 ff. (Verbesserungen nicht ausreichend, um Verschlechterungen zu überwiegen; Veräußerung von bestimmten Stadtwerkebeteiligungen blieb qualitativ und quantitativ hinter den Verschlechterungen durch den Erwerb des regionalen Ferngasunternehmens zurück); Bundeskartellamt, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle (2012), Rn. 195 f.

Nebenbestimmungen, die lediglich das Ausmaß der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs reduzieren, ohne die Untersagungs Voraussetzungen entfallen zu lassen, sind nicht ausreichend.³² Die Darlegungs- und Beweislast für die Verbesserungen liegt bei den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen (§ 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GWB).

- 17 Abgesehen von den eher seltenen Anwendungsfällen der Abwägungsklausel geben die Fusionskontrollvorschriften dem Bundeskartellamt keine Befugnis, die Behinderung wirksamen Wettbewerbs auf einem Markt zu akzeptieren. Umgekehrt können von den Zusammenschlussbeteiligten keine Zusagenangebote erwartet werden, die über das hinausgehen, was für eine Verhinderung oder Beseitigung der konkreten fusionsbedingten Verschlechterung **erforderlich** ist. Allerdings kann es im Einzelfall z. B. notwendig sein, einen Geschäftsbereich zu veräußern, der über die Tätigkeiten auf den durch den Zusammenschluss betroffenen Märkten hinaus weitere Bereiche umfasst. Dies kann für eine wirksame Zusage beispielsweise dann erforderlich sein, wenn der zu veräußernde Unternehmensbereich ansonsten nicht wettbewerbsfähig wäre (vgl. B.I.1.f, Rn. 54).
- 18 An sich geeignete Nebenbestimmungen sind nur anzunehmen, wenn auch ihre (zeitnahe) **Umsetzung** mit hinreichender Sicherheit erwartet werden kann.³³ Sie müssen also praktikabel sein. Außerdem muss ihre Umsetzung durchgesetzt und überprüft werden können. Hierzu muss zunächst eindeutig sein, welche konkreten Maßnahmen der Zusammenschlussbeteiligten zur Erfüllung der Nebenbestimmungen erforderlich sind. Außerdem sind in der Entscheidung geeignete Kontrollmechanismen vorzusehen, um eine Überprüfung der Umsetzung durch das Bundeskartellamt zu ermöglichen.³⁴ Schließlich ist erforderlich, dass Verpflichtungszusagen im Konsens aller Zusammenschlussbeteiligter angeboten werden, da sich anderenfalls ihre faktische und rechtliche Umsetzbarkeit im fristgebundenen Zusammenschlusskontrollverfahren regelmäßig nicht hinreichend sicher prognostizieren lässt.

³² Vgl. BKartA, Beschl. v. 19.1.2006, B6-103/05 – *Springer/Pro7Sat1*, S. 73 f. (lediglich Verringerung des Ausmaßes der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung).

³³ Vgl. z. B. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.9.2013, VI Kart 4/12 - *Xella/H+H*, Rn. 141. (juris) („Von den beteiligten Unternehmen vorgeschlagene Verpflichtungen erfüllen [die] Voraussetzungen nur, wenn mit dem erforderlichen Grad an Sicherheit davon ausgegangen werden 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“); BKartA, Beschl. v. 17.3.2011, B6-94/10 – *Pro7Sat1/RTL Interactive*, Rn. 182 ff., Rn. 194 f. (Zusagenangebot, die zu gründende Online-Video-Plattform lediglich als technischen Dienstleister auszugestalten u. a. abgelehnt, weil ernsthafte Zweifel an der Umsetzungsabsicht bestanden).

³⁴ Vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 30.6.2008, B2-333/07 – *Edeka/Tengelmann*, Tenor Nr. II (S. 5).

- 19 Bei Veräußerungszusagen sind insbesondere drei Quellen möglicher **Risiken** zu berücksichtigen, die eine wirksame Zusagenumsetzung behindern können. Zunächst kann der Veräußerungsgegenstand – z. B. aufgrund mangelnder eigener Ressourcen – ungeeignet sein, um Wettbewerb im erforderlichen Ausmaß zu gewährleisten. Weiterhin findet sich möglicherweise kein geeigneter Erwerber.³⁵ Schließlich kann der Veräußerungsgegenstand bis zum erfolgreichen Abschluss der Veräußerung sein Wettbewerbspotenzial teilweise oder ganz verlieren, z. B. weil Kunden oder wichtiges Personal abwandern. Soweit diese Risiken im Rahmen einer Nebenbestimmung überhaupt beseitigt werden können, ist ihrem Eintritt durch geeignete Regelungen in den Zusagen entgegenzuwirken (vgl. B.I.1.a, Rn. 40, B.IV.1, Rn. 89-93).
- 20 Schließlich müssen Verpflichtungszusagen **rechtzeitig** vorgelegt werden. Sie müssen so frühzeitig vorgelegt werden, dass eine Bewertung durch das Bundeskartellamt (einschließlich eines Markttests) rechtzeitig vor Ablauf der Prüfungsfrist im Hauptprüfverfahren möglich ist (vgl. C.I, Rn. 110). Das sollten die Zusammenschlussbeteiligten bereits bei der Planung und vertraglichen Ausgestaltung der Transaktion berücksichtigen (vgl. C.I, Rn. 113).
- 21 Bei der Ausgestaltung von Nebenbestimmungen sind des Weiteren **drei Grundsätze** zu beachten, die für ihre Wirksamkeit von großer Bedeutung sind: Veräußerungszusagen sind in der Regel am besten geeignet (1.). Soweit Verhaltenszusagen im konkreten Fall in Betracht kommen, dürfen sie nicht zu einer laufenden Verhaltenskontrolle führen (2.). Veräußerungszusagen in Form einer *aufschiebenden* Bedingung sind in der Regel besser geeignet, um wettbewerbliche Bedenken zu beseitigen, als *auflösend* bedingte Veräußerungszusagen, da wettbewerblich schädliche Wirkungen auf den Markt von vornherein vermieden werden. Auflösende Bedingungen laufen dagegen „im Ergebnis auf die zeitweilige Tolerierung eines wettbewerbsbeschränkenden Zusammenschlusses hinaus“.³⁶ Daher werden Veräußerungszusagen im Regelfall nur in der Form von aufschiebenden Bedingungen akzeptiert (3.).
- 22 In expandierenden oder dynamischen Märkten indizieren aktuell hohe Marktanteile nicht notwendigerweise auch hohe Marktmacht, denn Innovationen können schnelle Marktzutritte oder Marktanteilsverschiebungen ermöglichen.³⁷ Umsatzbezogene Marktanteile können auch dann wenig aussagekräftig sein, wenn zum Beispiel auf mehrseitigen (Plattform-) Märkten von

³⁵ Vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 22.2.2013, B7-70/12 – *Kabel Deutschland/Tele Columbus*, Rn. 342 (der angebotene Veräußerungsgegenstand war für potenzielle Erwerber nicht hinreichend attraktiv).

³⁶ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.12.2008, VI-Kart 12/08 (V) – *Globus/Distributa*, Rn. 19 (juris).

³⁷ Vgl. BKartA, Beschluss v. 12.11.2014, B5-138/13 – *Tokyo Electron Limited/Applied Materials*, Rn. 194.

einer Nutzergruppe kein Entgelt verlangt wird.³⁸ Marktmacht kann hier zum Beispiel mit dem (exklusiven) Zugang zu Daten oder mit Netzwerkeffekten³⁹ einhergehen. Insoweit werden mit der 9. GWB-Novelle die ökonomischen Besonderheiten, die die Geschäftsmodelle und das Nutzerverhalten auf digitalen Plattformmärkten prägen, in das Prüfprogramm zur Bestimmung von Marktmacht aufgenommen (§ 18 Abs. 3a GWB-neu). Hierdurch können sich im Hinblick auf mögliche Zusagen in Fusionskontrollverfahren Besonderheiten im Hinblick auf die Anforderungen an Verpflichtungszusagen ergeben, die das Bundeskartellamt gegebenenfalls in Zusagenverhandlungen mit den Parteien berücksichtigen wird.

1. Vorrang von Veräußerungszusagen

- 23 Grundsätzlich sind Veräußerungszusagen, die die strukturellen Veränderungen durch externes Unternehmenswachstum adressieren, wegen ihrer in vielen Fällen erwiesenen Wirksamkeit gegenüber anders gelagerten Zusagen vorzuziehen. Sie sind in der Regel am besten geeignet, im Einklang mit dem Ziel der Fusionskontrolle eine Verschlechterung der strukturellen Voraussetzungen wirksamen Wettbewerbs durch Zusammenschlüsse zu verhindern. Nach einer erfolgten Veräußerung ist zudem keine fortdauernde Überwachung oder Intervention durch die Kartellbehörde mehr erforderlich.⁴⁰ Der wettbewerbliche Effekt einer erfolgreichen Veräußerung ist normalerweise **selbsttragend** und **nachhaltig**. Die Umsetzungsrisiken sind im Regelfall niedriger als bei anderen Zusagen. Aus diesen Gründen nimmt das Bundeskartellamt – wie die Europäische Kommission – weit überwiegend Veräußerungszusagen entgegen.
- 24 Allerdings stellen Veräußerungen nicht in jedem Fall eine für die Zusammenschlussbeteiligten Unternehmen gangbare Lösung dar, weil sie in bestimmten Fallkonstellationen das strategische Ziel der Transaktion zunichtemachen würden. Das gilt z. B. wenn ein vertikaler Zusammenschluss auf die verbesserte Verzahnung zwischen vor- und nachgelagerten Produkten abzielt. Eine Veräußerung des betroffenen vor- oder nachgelagerten Geschäftsbereichs würde dieser Zielsetzung zuwiderlaufen und die damit verbundenen Effizienzen zerstören. Soweit ge-

³⁸ Begründung zum Regierungsentwurf einer 9. GWB-Novelle, zu § 18 Abs. 3 a.

³⁹ Z. B. bei Matchingplattformen, siehe BKartA, Beschl. v. 22.10.2015, B6-57/15 – OCPE II/EliteMedianet, Rn. 76.

⁴⁰ Nicht ausgeschlossen ist aber, dass in den Nebenbestimmungen neben der Veräußerung auch vorübergehende Verhaltenspflichten für die Zusammenschlussparteien begründet werden, die zwar keine fortlaufende, aber doch eine Kontrolle über den Veräußerungszeitpunkt hinaus erfordern, siehe dazu Abschnitt B.IV.

eignet und insbesondere wirksam, können dann auch andere Zusagen, z. B. **Verhaltenszusagen**, eine gangbare Alternative sein. Sie müssen allerdings einen vergleichbaren strukturellen Effekt wie Veräußerungszusagen mit hinreichender Sicherheit erwarten lassen. Dies ist eher selten der Fall.

- 25 Zusätzlich zu der Hauptverpflichtung, insbesondere einer Veräußerung, können weitere ergänzende Nebenpflichten notwendig sein, die sonstige Vorgaben für das Verhalten der Zusammenschlussbeteiligten aufstellen (vgl. B.IV, Rn. 88-106).

2. Keine laufende Verhaltenskontrolle

- 26 Zusagen sollen die dauerhafte Strukturveränderung durch den jeweiligen Zusammenschluss adressieren. Sie dürfen sich nicht darauf richten, die beteiligten Unternehmen einer laufenden Verhaltenskontrolle zu unterstellen (§ 40 Abs. 3 Satz 2 GWB). Andernfalls würden sie die zu erwartenden Wettbewerbsprobleme nicht wirksam beseitigen. Das Verhalten der Zusammenschlussparteien müsste dauerhaft durch die Kartellbehörde oder einen externen Dritten überwacht werden. Verstöße gegen die Verhaltenspflichten könnten lediglich ex-post identifiziert und unterbunden werden, weil der Zusammenschluss nach der Freigabe unmittelbar vollzogen werden darf. Eine solche Situation wäre vergleichbar mit dem Verfahrenskontext etwa der Missbrauchsaufsicht und widerspricht dem präventiven Charakter des Wettbewerbsschutzes durch die Fusionskontrolle. Soweit eine Verpflichtung interne Beschränkungen für die Zusammenschlussbeteiligten begründet, beispielsweise die Errichtung und Erhaltung einer „Chinese Wall“⁴¹, ist auch eine Kontrolle durch externe Dritte nur bedingt möglich. Es ist nicht auszuschließen, dass Daten an dem externen Dritten vorbei ausgetauscht werden. Eine effektive Kontrolle solcher Verhaltenszusagen ist daher nicht sichergestellt. Folgerichtig sind Nebenbestimmungen, die dem Unternehmen dauerhaft ein bestimmtes Verhalten auferlegen und die einer laufenden Überwachung durch die Kartellbehörde oder externe Dritte bedürfen, ungeeignet. Der Gesetzgeber hat Verhaltenszusagen dieser Art daher ausgeschlossen.
- 27 In geeigneten Fällen kann das Bundeskartellamt aber Nebenbestimmungen vorsehen, die den Zusammenschlussbeteiligten punktuell oder wiederholt ein bestimmtes Verhalten abverlangen. Entscheidend ist, dass die Zusammenschlussbeteiligten in diesen Fällen nicht gezwungen

⁴¹ Im Rahmen der öffentlichen Konsultation des Leitfadens war darauf hingewiesen worden, dass in anderen Jurisdiktionen die Errichtung von „Chinese Walls“ (= „Firewalls“) durch die Zusammenschlussbeteiligten als effektives Mittel angesehen wurde, um Wettbewerbsbedenken auszuräumen.

werden, sich **fortlaufend** in einer bestimmten Weise zu verhalten, sondern dass durch die Beeinflussung des Verhaltens ein struktureller Effekt erzielt wird, der hinreichend wirksam und nachhaltig ist, um die Wettbewerbsbeschränkung zu heilen. Der strukturelle Effekt muss dauerhaft eintreten, nachdem das vorgesehene Verhalten in einem einmaligen oder in wenigen, zusammenhängenden Schritten umgesetzt wurde. Gegen das Verbot der laufenden Verhaltenskontrolle wird dann nicht verstoßen, wenn über die Kontrolle der einzelnen Vollzugsschritte hinaus keine weiteren Kontrollmaßnahmen der Kartellbehörde erforderlich sind, um eine dauerhafte Wirkung zu erzielen (siehe zu Einzelfällen und Anforderungen an solche Verhaltenszusagen im Einzelnen unten, B.III.).

BGH: Deutsche Bahn/üstra⁴² – zur strukturellen Wirkung von Verhaltenszusagen

Der Bundesgerichtshof verwies die Prüfung zurück an das OLG Düsseldorf, das die Freigabe des Bundeskartellamts im Fall Deutsche Bahn/üstra unter Nebenbestimmungen aufgehoben hatte. Der Bundesgerichtshof erkennt an, dass die vom Bundeskartellamt auferlegte „Implementierung transparenter und diskriminierungsfreier Vergabeverfahren grundsätzlich als strukturelle Bedingung wirksameren Wettbewerbs in Betracht kommt.“⁴³

Der Bundesgerichtshof wendet die oben zitierten Grundsätze zu den Anforderungen an Zusagen (vgl. A.III.) auf den Fall der Ausschreibungsverpflichtung an und gibt dabei hilfreiche Hinweise für die Auslegung des Verbots einer dauerhaften Verhaltenskontrolle (Hervorhebung hinzugefügt):

„Zwar zielen die Nebenbestimmungen darauf ab, dieses Ziel [Implementierung von Vergabeverfahren als strukturelle Bedingung wirksamen Wettbewerbs] durch eine wiederholte Beeinflussung des Marktverhaltens der Beteiligten zu erreichen. Die Nebenbestimmungen [...] sehen insoweit vor, dass bis zum Ablauf eines Zeitraums von mehr als neun Jahren eine der auflösenden Bedingungen für die Freigabe des Zusammenschlusses eintreten kann, wenn nämlich nicht bis zum 1. Januar 2013 sämtliche Bus-Verkehrsleistungen, die derzeit von üstra erbracht werden, und sämtliche SPNV-Verkehrsleistungen, die derzeit von DB Regio erbracht werden, im Wettbewerb vergeben werden. [Eine weitere] Bedingung [...] zwingt üstra mittelbar dazu, keine Anträge auf Wiedererteilung auslaufender Liniengenehmigungen zu stellen, und soll DB Regio dazu veranlassen, keine Verträge über Verkehrsleistungen anzubieten und Angebote des Aufgabenträgers abzulehnen, soweit dieser mit der freihändigen Vergabe der Verkehrsleistungen den [oben genannten] Anforderungen [...] zur Vergabe im Wettbewerb nicht genügen würde.

Daraus ergibt sich jedoch noch nicht, dass jedenfalls die [zuletzt genannte] Bedingung [...] die Beteiligten im Sinne des § 40 Abs. 3 Satz 2 GWB einer laufenden Verhaltenskontrolle unterstellt und daher rechtswidrig ist. Den Beteiligten wird damit nicht abverlangt, sich fortlaufend in einer bestimmten Weise zu verhalten. Zwar ist ihr Verhalten am Markt betroffen. Auch Veränderungen der Marktstruktur können indessen regelmäßig nur über ein bestimmtes Verhalten der Unternehmen erreicht werden, so dass eine exakte Trennlinie zwischen der Beeinflussung von Wettbewerbsbedingungen und der Beeinflussung des Wettbewerbsverhaltens der unter diesen Bedingungen agierenden Unternehmen nicht zu ziehen ist [...]. **Entscheidend ist daher weniger, ob auf das Verhalten der Unternehmen eingewirkt wird, als vielmehr die Frage, ob hierdurch ein struktureller Effekt erzielt wird,** der hinreichend wirksam und

⁴² Vgl. BGH, Beschl. v. 7.2.2006, KVR 5/05 – DB Regio/üstra (vgl. auch BKartA, Beschl. v. 2.12.2003, B9-91/03 – DB Regio/üstra, zunächst aufgehoben durch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.12.04, VI-Kart 1/04 (V); aufgehoben durch BGH und zurückverwiesen an OLG; Erledigung, da GU durch beteiligte Unternehmen beendet und rückabgewickelt).

⁴³ Vgl. BGH, Beschl. v. 7.2.2006, KVR 5/05 – DB Regio/üstra, Rn. 57 (juris).

nachhaltig ist, um eine Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen durch den Zusammenschluss zu verhindern oder zu kompensieren.

Unter diesem Gesichtspunkt wird das Beschwerdegericht prüfen müssen, ob die rechtlichen und tatsächlichen Wirkungen der Nebenbestimmungen geeignet sind zu verhindern, dass sich der Zusammenschluss bei der künftigen Vergabe von Verkehrsleistungen im Sinne einer Verschlechterung der Bedingungen eines wirksamen Wettbewerbs auswirkt. Dabei wird [...] darauf Bedacht zu nehmen sein, ob die Nebenbestimmungen geeignet sind, über die unmittelbare Steuerung des Angebots- oder Nachfrageverhaltens der Marktbeteiligten zu bestimmten Zeitpunkten hinaus nachhaltigen Einfluss auf die Bedingungen wirksamen Wettbewerbs auf den ÖPNV-Aufgabenträgermärkten zu nehmen.“⁴⁴

- 28 Als **unzulässig** eingestuft wurden unter anderem marktöffnende Maßnahmen und Vertriebsbeschränkungen, soweit sie einer laufenden Kontrolle bedürfen (vgl. B.III., Rn. 76), sowie „Chinesewall“-Verpflichtungen, deren Einhaltung in einem Unternehmensverbund von außen, d. h. durch die Wettbewerbsbehörde, nicht überprüft werden kann (vgl. B.III.5., Rn. 86 f.). Ebenso problematisch sind Organisationsauflagen, Investitionsverpflichtungen bzw. -beschränkungen und der Verzicht auf die Wahrnehmung von gesellschaftsrechtlichen Beteiligungsrechten (vgl. B.II., Rn. 68).⁴⁵ Unzulässig (und ungeeignet) ist zudem die Befolgung von auferlegten Preisobergrenzen („price-caps“), weil auf diese Weise die nachteiligen Auswirkungen einer Verschlechterung der Marktstruktur nicht wirksam adressiert werden können.⁴⁶ Das gleiche gilt für die Anordnung von dauerhaften Lieferverpflichtungen.⁴⁷
- 29 Als **zulässig** wurden in Einzelfällen z. B. folgende Verhaltenszusagen akzeptiert: Die Abgabe von Flughafenslots,⁴⁸ die Beendigung exklusiver Vertriebsvereinbarungen,⁴⁹ die Einräumung eines

⁴⁴ Vgl. BGH, Beschl. v. 7.2.2006, KVR 5/05 – *DB Regio/üstra*, Rn. 58 ff.

⁴⁵ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.2.2002, VI-Kart 25/02 (V) – *E.ON/Ruhrigas*, Rn. 91 (juris). Vgl. in diesem Kontext auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.8.2013, VI-Kart 1/12 (V) – *Signalmarkt*, Rn. 129 ff. (juris).

⁴⁶ Vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 27.2.2008, B5-198/07 – *A-Tec/Norddeutsche Affinerie*, Rn. 135 ff. und 152 ff. (Zusagenangebot abgelehnt, während eines bestimmten Zeitraums keine Preiserhöhungen vorzunehmen, die nicht durch Kostensteigerungen gerechtfertigt sind). Vgl. auch International Competition Network (ICN), Merger Working Group, Merger Remedies Guide, 2016, Annex 3.

⁴⁷ Vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 2.7.2008, B2-359/07 – *Loose/Poelmeyer*, S. 57 f. (Zusagenangebot, Wettbewerber mit Sauermilchquark, dem Vorprodukt für Sauermilchkäseproduktion, zu versorgen, abgelehnt).

⁴⁸ Vgl. BKartA, Beschl. v. 19.9.2001, B9-147/00 – *Lufthansa/Eurowings*, S. 2, 22 ff.

⁴⁹ Vgl. BKartA, Beschl. v. 2.6.2005, B3-123/04 – *H&R WASAG/Sprengstoffwerke Gnaschwitz*, S. 3, 33 f.

Kündigungsrechts langfristiger Lieferverträge (im Energiebereich),⁵⁰ der Zugang zu Infrastruktur (im Energiebereich),⁵¹ die Erteilung von Lizenzen für die Nutzung von Immaterialgüterrechten,⁵² die Verpflichtung der Einhaltung von Vergabeverfahren bei künftigen Vertragsvergaben im ÖPNV⁵³ und die Zulassung eines Wettbewerbers als Anbieter öffentlicher Gesundheitsdienste.⁵⁴ Diese Zusagen standen jeweils im Kontext der spezifischen Marktverhältnisse und der jeweiligen Zusammenschlussvorhaben. Sie sind daher nicht ohne weiteres auf andere Konstellationen übertragbar. Ausschlaggebend war jeweils, dass das zugesagte Verhalten durch den/die Zusammenschlussbeteiligten letztlich eine Strukturänderung bewirkte, welche der einer Veräußerung gleichzustellen war. Eine fortlaufende Verhaltenskontrolle war beispielsweise im Fall Deutsche Bahn/üstra nicht erforderlich, da im Falle eines Verstoßes gegen die Verhaltenszusagen mit entsprechenden Beschwerden aus dem Markt zu rechnen war.⁵⁵

3. Vorrang für aufschiebende Bedingungen, Verhältnis zu Fix-it-First-Lösung und Rücknahme

- 30 Veräußerungszusagen sind vorrangig als aufschiebende Bedingungen auszugestalten. Diese entsprechen am besten der präventiven Zielsetzung der Fusionskontrolle. Bei aufschiebenden Bedingungen tritt die Freigabewirkung der Entscheidung erst ein, wenn die Bedingung eingetreten ist, d. h. im Regelfall, wenn die Veräußerung und Übereignung erfolgt sind. Erst danach darf der Zusammenschluss vollzogen werden. Die unerwünschten wettbewerbsschädlichen Wirkungen des Zusammenschlusses können dann von vorneherein nicht eintreten.⁵⁶ Dagegen werden diese **Wettbewerbsbeschränkungen** bei Freigaben unter auflösenden Bedingungen oder Auflagen ab dem Vollzug des Zusammenschlusses für den Zeitraum bis zur Umsetzung der Zusagen wirksam. In den meisten Fällen ist das nicht hinnehmbar.⁵⁷ Zudem erzeugt eine

⁵⁰ Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 28.5.2001, B8-29/01 – *EnBW/Schramberg*, S. 2, 8 f.; BKartA, Beschl. v. 11.10.2000, B8-109/00 – *Contigas/Stadtwerke Heide*, S. 2, 8 f.

⁵¹ Vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 22.1.2002, B8-111/01 – *RWE/Stadtwerke Düren*, S. 4 ff.; BKartA, Beschl. v. 4.9.2000, B8-132/00 – *E.ON/Hein Gas*, S. 2, 18 ff.

⁵² Vgl. BKartA, Beschl. v. 22.5.2003, B3-6/03 – *BASF/Bayer Crop Science*, S. 1 f., 39 f.

⁵³ Vgl. BKartA, Beschl. v. 3.7.2002, B9-164/01 – *DB AG/Stadt- und Regionalbus Göttingen*, S. 2 f., 46 ff.; BKartA, Beschl. v. 2.12.2003, B9-91/03 – *DB Regio/üstra*, S. 2 ff., 64 ff.

⁵⁴ Vgl. BKartA, Beschl. v. 10.5.2007, B3-587/06 – *Klinikum Region Hannover/Landeskrankenhaus Wunstorf*, S. 2 ff., 60 ff.

⁵⁵ BGH, Beschl. v. 7.2.2006, KVR 5/05 – *DB Regio/üstra*.

⁵⁶ Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2005/2006, BT-Drs. 16/5710, S. 20.

⁵⁷ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.12.2008, VI-Kart 12/08 (V) – *Globus/Distributa*, Rn. 19 (juris).

aufschiebende Bedingung einen Anreiz für die Zusammenschlussparteien, die Verpflichtungszusage möglichst zügig umzusetzen, um den Zusammenschluss so schnell wie möglich vollziehen zu können. Das verringert die Unsicherheiten, ob es zu einer zeitnahen, wirksamen Umsetzung kommt. Wird eine aufschiebende Bedingung nicht innerhalb der vorgeschriebenen Frist erfüllt, gilt der Zusammenschluss als untersagt.⁵⁸ Die Erfahrung zeigt, dass aufschiebende Bedingungen zumeist in der vorgesehenen Frist umgesetzt werden; bei auflösenden Bedingungen ist dies häufig nicht der Fall.

- 31 Lediglich in Ausnahmefällen werden auflösende Bedingungen und Auflagen akzeptiert, da diese zu einer „zeitweisen Tolerierung eines wettbewerbsbeschränkenden Zusammenschlusses“ führen.⁵⁹ Bei **auflösenden Bedingungen** darf ein Zusammenschluss bereits vollzogen werden, sobald die Freigabeentscheidung vorliegt. Werden die Zusagen nicht rechtzeitig erfüllt, tritt die auflösende Bedingung ein und die Freigabe entfällt. In diesem Fall muss der Zusammenschluss entflochten werden.
- 32 Bei **Auflagen** ist ein Vollzug des Zusammenschlusses ebenfalls ab der Freigabe mit Nebenbestimmungen möglich. Bei Nichterfüllung entfällt die Freigabe nicht automatisch, sondern erst nach deren Widerruf durch das Bundeskartellamt. Außerdem können Auflagen mit Zwangsmitteln vom Bundeskartellamt durchgesetzt werden. Als Zwangsmittel kommen insbesondere die Androhung und Festsetzung von Zwangsgeldern in Betracht (§ 86a GWB i.V.m. §§ 11, 13 VwVG).⁶⁰
- 33 Bei Auflagen und auflösenden Bedingungen handelt es sich zwar um Nebenbestimmungen, die aus Sicht der Zusammenschlussbeteiligten weniger belastend sind, also ein milderes Mittel darstellen. In den allermeisten Fällen sind sie allerdings nicht ausreichend geeignet, um die Untersagungsvoraussetzungen mit hinreichender Sicherheit zu beseitigen. In diesen Fällen ist es daher verhältnismäßig, die Veräußerung in Form einer *aufschiebenden* Bedingung zu verlangen.

⁵⁸ Vgl. BKartA, Beschl. v. 12.3.13, B3-132/12 – *Asklepios/Rhön* (Freigabe unter der aufschiebenden Bedingung, eine ortsansässige Klinik und ein medizinisches Versorgungszentrum im betroffenen Regionalmarkt im Raum Goslar an einen unabhängigen Krankenhausträger zu veräußern.) Vgl. auch BKartA, Pressemitteilung v. 30.7.2013, „Beteiligung der Asklepios-Gruppe am Wettbewerber Rhön-Klinikum nachträglich untersagt“. (Nach erfolgter Freigabe nahm die Gesellschaft Abstand von Zusage. Damit galt das freigegebene Vorhaben als untersagt).

⁵⁹ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.12.2008, VI-Kart 12/08 (V) – *Globus/Distributa*, Rn. 19 (juris).

⁶⁰ Nach dem erhöhten Zwangsgeldrahmen nach § 86a Satz 2 GWB beträgt die Höhe des Zwangsgelds mindestens € 1.000 und höchstens € 10 Mio.

OLG Düsseldorf: Globus/Distributa⁶¹ – zum Ausnahmecharakter von Auflagen und auflösenden Bedingungen

Das Bundeskartellamt hatte 2007 den Erwerb des Baumarktgeschäfts der Distributa Gruppe durch den Wettbewerber Globus Fachmärkte unter der auflösenden Bedingung freigegeben, vier der insgesamt 31 Bau- und Heimwerkermärkte an einen unabhängigen Erwerber zu veräußern. Die Veräußerungen sollten die durch den Zusammenschluss begründeten Wettbewerbsprobleme in vier Regionalmärkten für den stationären Einzelhandel mit Bau- und Heimwerkerbedarf in Rheinland-Pfalz und im Saarland beseitigen.

Globus hatte den Zusammenschluss zunächst vollzogen, dann verschiedene Rechtsbehelfe eingelegt, die sich im Ergebnis gegen die Nebenbestimmungen richteten. Anschließend hat das Unternehmen die Veräußerungsfrist verstreichen lassen, ohne die Zusagen umzusetzen. Da die auflösende Bedingung eingetreten und die Freigabewirkung entfallen war, leitete das Bundeskartellamt ein Entflechtungsverfahren ein. Zu einer Veräußerung der Standorte kam es erst, nachdem das OLG Düsseldorf mehrere Klagen abgewiesen hatte und grundsätzlich die Entflechtung der gesamten Transaktion drohte.

Das OLG Düsseldorf führte in seinem Beschluss aus, dass eine auflösende Bedingung oder Auflage nur ausnahmsweise in Einzelfällen als Nebenbestimmung akzeptiert werden kann (Hervorhebungen hinzugefügt):

„Vor allem in Fällen der vorliegenden Art, in denen das Bundeskartellamt den Zusammenschluss unter einer auflösenden Bedingung (oder einer Auflage) freigibt und die fusionsbeteiligten Unternehmen damit – anders als dies bei einer aufschiebenden Bedingung der Fall wäre – in die Lage versetzt, ihr Vorhaben sogleich zu vollziehen, sind strenge Anforderungen an die inhaltliche Ausgestaltung der Nebenbestimmung zu stellen. Denn die Beifügung einer auflösenden Bedingung (und einer Auflage) läuft im Ergebnis auf die zeitweilige Tolerierung eines wettbewerbsbeschränkenden Zusammenschlusses hinaus. Führt die Abwägung des Fusionsinteresses der Zusammenschlussbeteiligten gegen die Belange des Wettbewerbsschutzes **im Einzelfall** zu dem Resultat, dass die **wettbewerbschädliche Fusionswirkung ausnahmsweise** für eine **Übergangszeit hingenommen** – und deshalb die Freigabe mit einer auflösenden Bedingung oder einer Auflage versehen – werden kann, muss der insoweit tolerierte Zeitraum, der für die Umsetzung der Nebenbestimmung gewährt wird, in jedem Fall auf das unbedingt notwendige Maß begrenzt werden.“⁶²

- 34 Bei aufschiebenden Bedingungen gilt die Veräußerung regelmäßig mit ihrem **dinglichen Vollzug** als abgeschlossen, d. h. wenn Gesellschaftsanteile oder Vermögensgegenstände rechtswirksam auf den Erwerber übertragen wurden. Soweit die schuldrechtliche und die dingliche Veräußerung zeitlich auseinander fallen (z. B. bei Eintragung ins Handelsregister oder ins Grundbuch) kann es in Einzelfällen ausreichend sein, wenn die Zusammenschlussparteien alle Schritte unternommen haben, die zur dinglichen Übertragung des Eigentums erforderlich sind und zur Eigentumsübertragung lediglich noch ein automatisch nach der Beantragung durchgeführter Behördenakt erforderlich ist (z. B. Eintragung ins Handelsregister oder Grundbuch).⁶³ In geeigneten Fällen kann in den Nebenbestimmungen auch vorgesehen werden, dass es für die

⁶¹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.12.2008, VI-Kart 12/08 (V) – *Globus/Distributa*.

⁶² OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.12.2008, VI-Kart 12/08 (V) – *Globus/Distributa*, Rn. 19 (juris).

⁶³ Vgl. für die Immobilienübereignung z. B. BKartA, Beschl. v. 2.6.2005, B3-123/04 – *H&R WASAG/ Sprengstoffwerke Gnaschwitz*, Tenor Nr. I.1.b (S. 2) und für die Übereignung einer Gesellschaft als Unternehmensträger BKartA, Beschl. v. 17.2.2009, B2-46/08 – *Danisco/Nordzucker*, Rn. 4.

Erfüllung der aufschiebend bedingten Veräußerungszusage ausreicht, den rechtsverbindlichen Abschluss aller für die Übertragung erforderlichen Verträge nachzuweisen. Eventuell erforderliche Fusionskontrollverfahren müssen auch in diesem Fall abgeschlossen sein. Dabei sollten lange Verzögerungen zwischen Vertragsschluss und Vollzug der Übertragung vermieden werden. Das Bundeskartellamt wird daher in solchen Fällen in den Nebenbestimmungen eine weitere Frist für den Vollzug der Veräußerung vorsehen, die jedoch als auflösende Bedingung ausgestaltet werden kann.⁶⁴ In diesen Fällen ist sicherzustellen, dass geeignete Maßnahmen getroffen werden, um den Wert der zu veräußernden Unternehmen oder Vermögensgegenstände während der Übergangszeit zwischen schuldrechtlicher Veräußerung und dinglichem Vollzug vollumfänglich zu erhalten.⁶⁵

- 35 Bei besonderen Unsicherheiten über die Umsetzbarkeit einer Veräußerungszusage und insbesondere über die Verfügbarkeit geeigneter Erwerber kann es sinnvoll sein, bereits während des laufenden Prüfungsverfahrens einen Erwerber zu ermitteln, eine rechtlich bindende Vereinbarung über eine Veräußerung mit ihm zu schließen und diese gegebenenfalls bereits zu vollziehen (**Fix-it-first-Lösung**).⁶⁶ Das Bundeskartellamt kann so während des Prüfungsverfahrens feststellen, ob die Übertragung eines Veräußerungsgegenstands möglich ist. Erfolgt nach der fusionskontrollrechtlichen Prüfung durch das Bundeskartellamt sodann eine Freigabe des Zusammenschlussvorhabens, bedarf es keiner weiteren Genehmigung des Erwerbers durch das Bundeskartellamt. Fix-it-first-Lösungen kommen nur dann in Betracht, wenn sie dazu bestimmt und geeignet sind, die Freigabefähigkeit eines Zusammenschlusses herbeizuführen. Umgestaltungen des Zielunternehmens nach Maßgabe des Erwerbers vor Freigabe des Zusammenschlusses können dagegen nach Auffassung des Bundeskartellamts gegen das Vollzugsverbot des § 41 Abs. 1 Satz 1 GWB verstoßen.⁶⁷

⁶⁴ Siehe z. B. BKartA, Beschl. v. 22.11.2013, B6-98/13 – *Funke/Springer*, Tenor I.A.3 (ein Monat).

⁶⁵ Vgl. aus dem Kontext zu Auflagen z. B. BKartA, Beschl. v. 23.2.2005, B10-122/04 – *Remondis/RWE-Umwelt*, Tenor Nr. I.B.2-I.B.5 (S. 7 f., 10), 121 f.

⁶⁶ Vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 17.2.2009, B2-46/08 – *Nordzucker/Danisco*, Rn. 56 (Vertragsschluss für Veräußerung der Gesellschaft, in deren Eigentum eine Produktionsstätte steht; Vertragsschluss vor Freigabe mit Nebenbestimmungen); BKartA, Beschl. v. 17.2.2009, B3-129/12 – *Universitätsklinikum Heidelberg/Kreiskrankenhaus Bergstraße*, Rn. 9 (Freigabe ohne Nebenbestimmungen. Änderung und Beschränkung des Kooperationsvertrags des Universitätsklinikums Heidelberg mit einem in der öffentlichen Version nicht benannten Krankenhausträger in der Region Heidelberg noch während des Hauptprüfverfahrens).

⁶⁷ Vgl. BKartA, Beschluss vom 03.12.2014, B2-96/14; a. A. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.12.2015, VI Kart 5/15 [V], nicht rechtskräftig.

- 36 Eine **Rücknahme** einer Anmeldung während einer laufenden Fusionskontrollprüfung mit einer anschließenden Neuanschuldung in modifizierter Form ist zwar grundsätzlich möglich.⁶⁸ Bereinigten Zusammenschlussbeteiligte eine Transaktion in Eigenregie, indem sie als wettbewerblich problematisch eingeschätzte Teile an einen Dritten veräußern, ist das für sie aber nicht in allen Konstellationen risikofrei.⁶⁹ Wenn die selbstständig umgesetzte Veräußerung nicht ausreicht, um einen wirksamen Wettbewerber zu erhalten, ist der modifizierte Zusammenschluss möglicherweise weiterhin problematisch. Außerdem wird eine Umstrukturierung einer Transaktion nicht akzeptiert, wenn sie auf eine Umgehung der Eingriffsbefugnis abzielt, ohne das Wettbewerbsproblem zu beseitigen oder die Anmeldevoraussetzungen zu vermeiden. Beispielsweise sind Treuhänderlösungen nicht geeignet, Wettbewerbsprobleme zu vermeiden, wenn der ursprüngliche Erwerber über den Treuhänder weiterhin Einfluss auf das Zielunternehmen nehmen kann.

B. Arten von Verpflichtungszusagen

- 37 Im Folgenden wird eine Übersicht über eine Reihe idealtypischer Verpflichtungszusagen gegeben, die geeignet sein können, die Untersagungsvoraussetzungen zu beseitigen. Den Kern eines Zusagenpaketes bilden in der Regel Veräußerungszusagen (I.); in einigen Fällen kann die Trennung von Unternehmensverbindungen, wie z. B. die Entflechtung von Gemeinschaftsunternehmen (II.), oder können marktöffnende Maßnahmen, wie z. B. Zugangsgewährung zu wichtiger Infrastruktur (III.), ausreichend sein. Ergänzende Nebenpflichten (IV.) sollen die Wirksamkeit der Zusagen sicherstellen.

⁶⁸ Die grundsätzliche Möglichkeit für dieses Vorgehen wurde vom BGH im Fall Phonak/ReSound bestätigt. Vgl. BGH, KVR 1/09 – *Phonak/Resound*, Rn. 28 (juris); vgl. auch BKartA, Fallbericht v. 20.4.2010, Rücknahme der Anmeldung im Zusammenschlussverfahren EDEKA/RATIO; BKartA, Pressemitteilung v. 4.9.2014, „Das Bundeskartellamt gibt den Erwerb von vier Sita-Standorten in Baden-Württemberg durch die Remondis-Gruppe frei“ (B4-89/13).

⁶⁹ Diese Veräußerung kann auch einen anmeldepflichtigen Zusammenschluss darstellen. Soweit dieser weitere Zusammenschluss als solcher keine Wettbewerbsprobleme aufwirft, ist mit einer entsprechenden Freigabe (oder der Fusionskontrollfreiheit dieser Veräußerung) aber noch nicht entschieden, inwieweit die Veräußerung die Wettbewerbsprobleme des ursprünglichen Zusammenschlussvorhabens löst.

I. Veräußerungszusagen

38 In den meisten Fällen lassen sich die Untersagungs Voraussetzungen am besten durch die Veräußerung eines Unternehmens oder eines Geschäftsbereichs der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen beseitigen (vgl. A.III.1., Rn. 23). Der **Veräußerungsgegenstand**⁷⁰ muss auf Dauer lebens- und wettbewerbsfähig sein (1.). Außerdem muss zu erwarten sein, dass es zumindest einen **geeigneten Erwerber** gibt, der an einem Kauf interessiert ist. Der Erwerber muss von den Zusammenschlussbeteiligten unabhängig sein und mit hinreichender Sicherheit erwarten lassen, dass er mit dem erworbenen Vermögensgegenstand auf Dauer auf dem betroffenen Markt als Wettbewerber der Zusammenschlussbeteiligten tätig wird (2.).

1. Anforderungen an den Veräußerungsgegenstand

39 Nachfolgend werden zentrale Aspekte zum Veräußerungsgegenstand dargelegt. Zunächst wird der **Regelfall** einer Veräußerungszusage dargestellt, der Verkauf eines bestehenden, eigenständigen Unternehmens (a). Dann wird erläutert, wie das zu veräußernde Unternehmen und seine Ressourcenausstattung im Zusagentext beschrieben werden muss (b). Anschließend werden verschiedene **Sonderkonstellationen** beschrieben, die in Einzelfällen akzeptabel sein können (c)-(e). In manchen Fällen kann es notwendig werden, zusätzlich zu dem unmittelbar betroffenen Geschäftsbereich noch weitere Vermögensgegenstände oder Funktionseinheiten in die Veräußerung einzubeziehen (f). Eine ähnliche Konstellation liegt vor, wenn – als Fallback-Lösung – sogenannte „Kronjuwelen“⁷¹ veräußert werden sollen (g).

a) Bestehendes, eigenständiges Unternehmen

40 Der Kern des Veräußerungsgegenstands muss im Regelfall ein bestehendes, eigenständiges Unternehmen sein, das über alle Ressourcen verfügt, die notwendig sind, um dauerhaft am

⁷⁰ Der Begriff Veräußerungsgegenstand wird im Folgenden als Sammelbegriff für die zu veräußernden Vermögensgegenstände und Vertragsbeziehungen verwendet, unabhängig davon, wie die zu veräußernde Einheit rechtlich und organisatorisch konstituiert ist.

⁷¹ Bei „Kronjuwelen“ handelt es sich um Veräußerungsmaßnahmen, für die ein zweistufiges Veräußerungsverfahren vorgesehen wird. Bei der Ausgestaltung dieser Veräußerungszusagen wird der erste Veräußerungsgegenstand durch einen zweiten ersetzt (oder ergänzt), den so genannten „Kronjuwelen“, wenn die erste Veräußerung nicht innerhalb einer vorgegebenen Frist realisiert wird. Dabei werden die „Kronjuwelen“ derart ausgestaltet, dass von vornherein klar ist, dass sie ohne Schwierigkeiten veräußert werden können (siehe auch unten, Anlage Definitionen, Stichwort „Kronjuwelen“).

Markt bestehen zu können.⁷² So wird gewährleistet, dass es sich bei dem Veräußerungsgegenstand um eine **dauerhaft lebens- und wettbewerbsfähige Einheit** handelt, die so **marktfähig** und **werthaltig** ist, dass sie auf Dauer wirksam mit dem durch den Zusammenschluss entstandenen Unternehmen konkurrieren kann (im Folgenden zusammenfassend als „wettbewerbsfähig“ bezeichnet). Dazu gehören insbesondere die Vermögensgegenstände des Unternehmens, z. B. Produktionsanlagen und Immaterialgüterrechte, sein Personal und seine Geschäftsbeziehungen zu Lieferanten und Abnehmern.

b) Beschreibung des zu veräußernden Unternehmens

41 Der Veräußerungsgegenstand muss möglichst **präzise** und **vollständig** beschrieben werden, d. h. alle von der Veräußerung umfassten Bestandteile müssen enthalten sein.⁷³ Der Veräußerungsgegenstand muss insbesondere umfassen:

- sämtliche erforderlichen **materiellen Vermögensgegenstände** (z. B. Produktionsanlagen, Vertriebsstätten, Lager- und Logistikstandorte inklusive des Lagerbestandes, zentrale Einrichtungen wie IT, Forschung und Entwicklung, alle dinglichen und schuldrechtlichen

⁷² Vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 16.1.2007, B6-510/06 – *Weltbild/Hugendubel*, Tenor Nr. I.1, I.2 (S. 2 f.) (Veräußerung sämtlicher Anteile an Gesellschaft, die Buchhandlung betreibt); BKartA, Beschl. v. 8.6.2006, B4-29/06 – *Telecash/GZS*, Rn. 1 f., 127 (Veräußerung einer Tochtergesellschaft, die auf dem deutschen Markt für Netzbetriebs-Dienstleistungen tätig ist); BKartA, Beschl. v. 28.4.2005, B10-161/04 – *Asklepios-Kliniken/LBK Hamburg*, Tenor Nr. A.1 (S. 2 f.), Rn. 80 (Veräußerung eines Krankenhauses); BKartA, Beschl. v. 17.8.2004, B7-65/04 – *GE/InVision*, Tenor Nr. A.1 (S. 2) (Veräußerung einer Tochtergesellschaft, die auf dem bundesweiten Endkundenmarkt für stationäre Röntgengeräte zur zerstörungsfreien Prüftechnik für die Grobstrukturanalyse tätig ist); BKartA, Beschl. v. 19.12.2001, B8-130/01 – *BP/E.ON*, S. 4 f., 25 ff. (Veräußerung u. a. von Straßentankstellen). Als Veräußerungsgegenstand kommt auch die Veräußerung von Beteiligungen an einem bestehenden, eigenständigen Unternehmen in Betracht, vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 30.4.2010, B8-109/09 – *RWE/EV Plauen, SW Lingen, SW Radevormwald*, Rn. 107 ff. (Beteiligung an Stadtwerk). Im Rahmen einer Auswertung von Zusagenentscheidungen der letzten Jahre durch die US FTC hat sich bestätigt, dass die Veräußerung eines am Markt bereits bestehenden Unternehmens zur Aufrechterhaltung der Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt am besten geeignet ist, siehe *The FTC's Merger Remedies 2006-2012*, Januar 2017, abrufbar unter https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/ftcs-merger-remedies-2006-2012-report-bureaus-competition-economics/p143100_ftc_merger_remedies_2006-2012.pdf?utm_source=govdelivery.

⁷³ Vgl. BKartA, Mustertext Freigabe eines Zusammenschlussvorhabens mit Nebenbestimmungen (aufschiebende Bedingung), 2005, Nr. 2.1-2.4.

(http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Mustertexte/Muster%20-%20Aufschiebende%20Bedingung.pdf?__blob=publicationFile&v=4).

Rechte, sowohl Eigentumsrechte als auch Nutzungsrechte; bei Miet- bzw. Pachtverträgen muss der Erwerber in das Vertragsverhältnis der Zusammenschlussbeteiligten mit dem Eigentümer der betroffenen Liegenschaft eintreten können);⁷⁴

- sämtliche erforderlichen **immateriellen Vermögensgegenstände** (z. B. Patente, Marken, Lizenzen, Know-how, einschließlich Softwarelizenzen und ggfs. Daten);⁷⁵
- sämtliche zum dauerhaften und eigenständigen Betrieb des Geschäftes erteilten **Genehmigungen** (z. B. Betriebsgenehmigungen, Zulassungen, Prüfsiegel etc.);⁷⁶
- die zum dauerhaften und eigenständigen Betrieb des Geschäftes gehörenden oder erforderlichen **Mitarbeiter** (insbesondere Mitarbeiter in Schlüsselpositionen,⁷⁷ wie beispielsweise Mitarbeiter mit Kontakten zu wichtigen Kunden und Lieferanten, mit speziellen Fähigkeiten oder besonderem Know-how in für die Wettbewerbsfähigkeit des Veräußerungsgegenstands wichtigen Bereichen, z. B. Forschung und Entwicklung, IT oder Produktion und Lagerhaltung); der Erwerber muss in die Rechte und Pflichten der Arbeitsverhältnisse eintreten können;
- alle (wesentlichen) **geschäftlichen Unterlagen** des Veräußerungsgegenstands;⁷⁸ und
- die schuldrechtlichen **Verträge**, die zur Gewährleistung der laufenden Tätigkeit des Geschäftes erforderlich sind (z. B. Vertragsbeziehungen mit Lieferanten, Kunden und Leasinggebern); die Zusammenschlussbeteiligten müssen darauf hinwirken, dass der Erwerber in die Vertragsverhältnisse eintreten kann.

42 In manchen oben genannten Fällen ist es erforderlich, einem Zusammenschlussbeteiligten die Verpflichtung aufzuerlegen, sich darum zu bemühen, dass Vertragspartner der **Vertragsübernahme** durch den Erwerber des Veräußerungsgegenstands zustimmen, z. B. wenn das Unternehmen Mieter oder Pächter für Produktions- oder Vertriebsstätten (z. B. Ladenlokale) bzw.

⁷⁴ Vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 25.9.2008, B1-190/08 – *Strabag/Kirchner*, S. 7 (Asphaltmischwerk); BKartA, Beschl. v. 2.6.2005, B3-123/04 – *H&R WASAG/Sprengstoffwerke Gnaschwitz*, S. 2 (Sprengstofflager).

⁷⁵ Vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 13.8.2015, B9-48/15 – *WM/Trost*, Rn. 331 f.

⁷⁶ Vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 17.2.2009, B2-46/08 – *Nordzucker/Danisco*, Rn. 34 (Übertragung der Zuckerproduktionsquote).

⁷⁷ Vgl. für Schlüsselpersonal im Markt für Bargelddienstleistungen BKartA, Beschl. v. 18.7.2013, B4-18/13 – *Prosegur/Brink's*, Rn. 323 (Neben Kundenverträgen und Geldtransportern vor allem Übertragung des Schlüsselpersonals: die Mitarbeiter, die Bargeld bei den Filialen der Banken und anderen Kunden mit Geldtransportern abholen. Schlüsselrolle, weil sie in den jeweiligen Filialen bekannt und mit den örtlichen Gegebenheiten vertraut waren und zu den Mitarbeitern der Kunden vor Ort ein Vertrauensverhältnis bestand.)

⁷⁸ Vgl. BKartA, Beschl. v. 15.3.2005, B4-227/04 – *Smiths Group/MedVest*, S. 2.

für Logistikstandorte oder sonstige Vermögensgegenstände ist. Der Zusammenschlussbeteiligte kann seine Rechtsposition zumeist nicht ohne Mitwirkung und Zustimmung des Vermieters oder Verpächters auf den Erwerber übertragen. In dieser Situation hat er darauf hinzuwirken, dass es zu einer zügigen Vertragsübernahme innerhalb der Veräußerungsfristen kommt. Ähnliche Fragen stellen sich, wenn der Übergang von Kundenverträgen ein zentraler Bestandteil der Zusage ist.

- 43 Für den Fall, dass eine Vertragsübernahme oder ein neuer Vertrag nicht zustande kommt, kann es erforderlich und ausreichend sein, dem Erwerber eine rechtliche Nutzungsmöglichkeit zu verschaffen, die wirtschaftlich der vorherigen Stellung des Zusammenschlussbeteiligten entspricht.⁷⁹ In einer solchen Situation kann im Fall der Miete z. B. ein **Untermietvertrag** zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber eine tragfähige Auffanglösung darstellen, wenn die Ausgestaltung des Vertrags sicherstellt, dass der Zusammenschlussbeteiligte als Hauptmieter nicht die Möglichkeit hat, die Nutzung der Mietsache durch den Erwerber zu behindern. Diese Lösung ist nicht akzeptabel, wenn es sich bei dem Vermieter um ein Unternehmen handelt, das mit einem der Zusammenschlussbeteiligten gesellschaftsrechtlich oder vertraglich verflochten ist.
- 44 Auf Märkten, auf denen Marken eine wichtige Rolle für die Marktposition von Produkten oder Dienstleistungen spielen, z. B. im Bereich von Konsumgütern, ist es oft erforderlich, auch die Nutzungs- oder Eigentumsrechte an bestimmten **Marken** der Zusammenschlussparteien in das Veräußerungspaket aufzunehmen.⁸⁰
- 45 Die Vergabe von **Lizenzen** an Patenten oder anderen gewerblichen Schutzrechten sowie die Übertragung betriebsinternen Know-hows ist oft ein wichtiger Teil des Veräußerungspakets.⁸¹ In diesen Fällen muss die Lizenz so ausgestaltet sein, dass zu erwarten ist, dass die Marktposition des Lizenzgebers auf den Lizenznehmer übertragen werden wird. Das setzt voraus, dass

⁷⁹ Vgl. BKartA, Beschl. v. 28.10.2010, B2-52/10 – *Edeka/Trinkgut*, S. 6.

⁸⁰ Vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 25.4.2014, B6-98/13 – *Funke/Springer*, Tenor Nr. A.2.1 (S. 4) und Rn. 352 (Marken- und Titelrechte an den zu veräußernden Programmzeitschriften); BKartA, Beschl. v. 27.9.2000, B6-88/00 – *Springer/Jahr*, S. 1 (Veräußerung zweier Zeitschriften samt der Titelrechte); BKartA, Beschl. v. 25.2.1999, B9-164/98 – *HABET/Lekkerland*, Tenor Nr. 1.B (S. 2) sowie S. 24 ff. (Möglichkeit für den Erwerber, einen insbesondere in Berlin weit bekannten Markennamen zu nutzen).

⁸¹ Vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 3.2.2012, B3-120/11 – *OEP/Linpac*, Tenor Nr. A.2.3 (S. 4); BKartA, Beschl. v. 17.2.2009, B2-46/08 – *Nordzucker/Danisco*, Rn. 6; BKartA, Beschl. v. 18.7.2008, B5-84/08 – *Stihl/ZAMA*, S. 5, 7 f.; BKartA, Beschl. v. 8.2.2007, B5-1003/06 – *Atlas Copco/ABAC*, S. 4 (exklusive, gebührenfreie Lizenz als Teil des zu veräußernden Geschäftsbereichs); BKartA, Beschl. v. 15.3.2005, B4-227/04 – *Smiths Group/MedVest*, Tenor Nr. 1.2 (S. 3).

eine exklusive Lizenz eingeräumt wird und sich der Lizenzgeber kein eigenes Nutzungsrecht vorbehält.⁸² Die Übertragung einer weltweiten Lizenz ist nicht immer notwendig. Die Lizenz muss jedenfalls die für den konkreten Fusionskontrollfall relevanten Vertriebs- und Produktionsgebiete abdecken (vgl. allerdings B.I.1.f, Rn. 54). Eine Lizenzvereinbarung, nach der sowohl der Erwerber des veräußerten Unternehmens als auch die Zusammenschlussparteien bestimmte Patente oder andere gewerbliche Schutzrechte nutzen und weiterentwickeln können, kommt lediglich in Ausnahmefällen in Betracht. Ein Beispiel:

BKartA: Vertikaler Zusammenschluss Stihl/Zama⁸³ – Veräußerung Geschäftsbereich und Patentlizenzen für wichtige Vorprodukte

Stihl stellt u.a. verschiedene tragbare benzinangetriebene Motorgeräte her. Das Unternehmen verfügt auf den deutschen Märkten für benzinangetriebene Motorsägen, Motorsensen, Blasgeräte und Heckenscheren nach den Ermittlungen des Bundeskartellamts über eine marktbeherrschende Stellung. Das Zielunternehmen, Zama, stellt Membranvergaser zum Einsatz in tragbaren Motorgeräten her. Der Erwerb von Zama hätte zu einer Verstärkung der Marktpositionen von Stihl geführt. Insbesondere hätte Stihl nach dem Zusammenschluss die Möglichkeit und den wirtschaftlichen Anreiz gehabt, den Zugang anderer Hersteller der oben genannten Motorgeräte zu Membranvergasern – einem wichtigen Vorprodukt⁸⁴, das auf einem weltweit abzugrenzenden Markt angeboten wird – zu erschweren oder zu versperrern. Daher hat das Bundeskartellamt den Zusammenschluss nur unter der aufschiebenden Bedingung freigegeben, dass der Geschäftsbereich von Zama in den Vereinigten Staaten von Amerika an einen geeigneten und von den Zusammenschlussparteien unabhängigen Erwerber veräußert wird. Zama USA entwickelte bereits vor dem Zusammenschluss Membranvergaser für Wettbewerber von Stihl. Die Geschäftsbereiche in Hong-Kong und Japan, die ihre Entwicklungskapazitäten schon vor dem Zusammenschluss überwiegend Stihl zur Verfügung gestellt hatten, konnten dann von Stihl erworben werden.

Die Freigabeentscheidung sah zusätzlich zur Veräußerung des Geschäftsbereichs Zama USA u.a. vor, dass dem unabhängigen Erwerber eine zeitlich unbefristete und unwiderrufliche Lizenz bezüglich der im Eigentum von Zama Japan und Zama Hong Kong befindlichen Patente und sonstigen geistigen Schutzrechte eingeräumt werden sollte. Hierbei war die Lizenzvereinbarung so auszugestalten, dass der Erwerber die Patente und sonstigen geistigen Schutzrechte ebenso wie Zama Japan und Zama Hong Kong für die Zwecke der Entwicklung, der Herstellung und des Vertriebs nutzen und weiterentwickeln durfte.⁸⁵ Es war in diesem Fall nicht erforderlich, dass die Patente und sonstigen Schutzrechte exklusiv vom Erwerber des veräußerten Unternehmens – und nicht zusätzlich vom Zusammenschlussbeteiligten Stihl – genutzt werden dürfen, weil die Marktposition des Zielunternehmens im Bereich Membranvergaser nicht komplett an den Erwerber übertragen werden musste. Zur Beseitigung des Wettbewerbsproblems reichte es aus, einen weiteren, unabhängigen Anbieter dieses wichtigen Vorprodukts neben dem nach dem Zusammenschluss vertikal integrierten Anbieter Stihl (und dem dritten unabhängigen Anbieter

⁸² In Ausnahmefällen kann die Erteilung von exklusiven Lizenzen (d. h. ohne eine Veräußerung von Unternehmen bzw. Unternehmensteilen) genügen, um eine zu erwartende Wettbewerbsbehinderung zu kompensieren; vgl. hierzu unter B.III.2., Rn. 78 f.

⁸³ Vgl. BKartA, Beschl. v. 18.7.2008, B5-84/08 – *Stihl/Zama*.

⁸⁴ Membranvergaser lassen sich lageunabhängig einsetzen, d. h. sie funktionieren auch in Kipplage oder über Kopf.

⁸⁵ Vgl. BKartA, Beschl. v. 18.7.2008, B5-84/08 – *Stihl/Zama*, Tenor Nr. 3.2 (S. 7). Der Lizenzvertrag durfte den Erwerber nicht zur Rücklizenzierung der Weiterentwicklungen an den Lizenzgeber verpflichten.

Walbro) zu erhalten.⁸⁶ Es genügte daher festzulegen, dass Stihl Wettbewerbern des zu veräußernden Unternehmens keine Lizenzen erteilen darf.

- 46 Ferner kann der Übertragung von Vertragsbeziehungen als Teil eines Veräußerungsgegenstands eine besondere Bedeutung zukommen. Dies kann vor allem der Fall sein, wenn **langfristige Bezugs-, Liefer- oder Leistungsvereinbarungen** Mitbewerber entweder auf vorgelagerten Märkten von Vorleistungen oder auf nachgelagerten Märkten vom Zugang zu Kunden des zu veräußernden Unternehmens ausschließen.⁸⁷ Verbleiben diese Vertragsbeziehungen bei den Zusammenschlussbeteiligten, kann dies wirksamem Wettbewerb durch den Erwerber des Veräußerungsgegenstands im Wege stehen. Eine Übertragung der Marktposition gelingt in der Regel nur dann, wenn die entsprechenden Verträge Teil des Veräußerungspakets sind. Beispielsweise sind Marktpositionen auf zahlreichen Entsorgungsmärkten von langfristigen Verträgen mit der jeweiligen kommunalen Gebietskörperschaft geprägt. Daher genügte in den Fällen, in denen Zusammenschlüsse von Abfallentsorgern unter Nebenbestimmungen freigegeben wurden, eine Übertragung einzelner Standorte, inklusive Personal, Fahrzeugen und Sortieranlagen allein nicht. Erforderlich war jeweils die Übernahme wichtiger Entsorgungsverträge.⁸⁸ Zusätzlich muss gewährleistet sein, dass die Entsorgungsverträge auch tatsächlich übertragen werden können. Dabei kann im Entsorgungsbereich fraglich sein, ob die Kommunen, als Vertragspartner, mit einer Übertragung der Entsorgungsverträge einverstanden sind. Außerdem musste die Restlaufzeit der zu übertragenden Vertragsbeziehungen ausreichend lang sein. Entscheidend war, dass sich der Käufer bis zum Ablauf des Vertrages und einer Neuverhandlung oder –vergabe in dem betroffenen Markt als zuverlässiger Anbieter und verlässlicher Vertragspartner etablieren konnte. Nur dann war zu erwarten, dass er bei der nächsten Vertragsvergabe als glaubwürdiger Marktteilnehmer ein ernstzunehmendes Angebot abgeben kann.

⁸⁶ Vgl. BKartA, Beschl. v. 18.7.2008, B5-84/08 – *Stihl/Zama*, Rn. 71.

⁸⁷ Vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 13.8.2015, B9-48/15 – *WM/Trost*, Tenor Nr. A.2.3 (S. 3) (Übertragung von Kundenverträgen); BKartA, Beschl. v. 25.4.2014, B6-98/13 – *Funke/Springer*, Tenor Nr. A.2.2 (S. 5) (Übertragung sämtlicher Rechte und Pflichten aus den Abonnement-Vertragsverhältnissen); BKartA, Beschl. v. 17.2.2009, B2-46/08 – *Nordzucker/Danisco*, Rn. 6 (Verträge mit Lieferanten und Kunden); BKartA, Beschl. v. 15.3.2005, B4-227/04 – *Smiths Group/MedVest*, Tenor Nr. 1.2 (S. 2 f.) (Übertragung aller Kundenverträge).

⁸⁸ Vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 6.4.2006, B10-151/05 – *Sulo/Cleanaway*, Tenor (S. 3 f.) und Rn. 269 ff.; BKartA, Beschl. v. 23.2.2005, B10-122/04 – *Remondis/RWE Umwelt*, Tenor (S. 3 ff.) und Rn. 309 ff., 312 ff.

c) Ausgliederung („Carve-Out“)

- 47 In Ausnahmefällen kommt auch ein Unternehmensteil als Veräußerungsgegenstand in Betracht, der kein bestehendes eigenständiges Unternehmen darstellt. Das gilt insbesondere für einen Teilbereich eines Unternehmens, der als **organisatorische Einheit** besteht, z. B. eine Zweigniederlassung, Vertriebsstätte, Geschäftsstelle oder Produktionsstätte. Diese Einheit muss dann im Rahmen des Veräußerungsprozesses aus dem veräußerten Unternehmen oder dem Unternehmen des Erwerbers herausgelöst werden („Carve-Out“).⁸⁹ In der umgekehrten Situation wird ein Geschäftsbereich, der bei den Zusammenschlussparteien verbleiben soll, aus einem Unternehmen herausgelöst („Reverse-Carve-Out“). In diesem Fall ist die Veräußerung des danach verbleibenden Unternehmens Gegenstand der Veräußerungszusage.
- 48 Bei derartigen Ausgliederungen sind, neben den im vorangegangenen Abschnitt benannten Bedingungen, weitere besondere Anforderungen an den Veräußerungsgegenstand zu stellen. Maßgeblich ist dabei, dass mit hinreichender Sicherheit zu erwarten ist, dass er dauerhaft **wettbewerbsfähig** ist.
- 49 Der Veräußerungsgegenstand muss von dem zu veräußernden Unternehmen klar abgegrenzt werden können, organisatorisch separierbar sein und nach Loslösung aus der bisherigen Unternehmenseinheit **selbstständig funktionsfähig** bleiben. Nicht geeignet sind hingegen Fälle, in denen sich die beim Erwerber verbleibenden und die zu veräußernden Geschäftsbereiche überschneiden und eine fortdauernde Kooperation zwischen den Zusammenschlussparteien und dem Erwerber im Hinblick auf den Betrieb des auszugliedernden Unternehmensbereichs unvermeidbar ist.⁹⁰ Wegen der damit verbundenen Risiken für die Eigenständigkeit und Wettbewerbsfähigkeit des zu veräußernden Vermögensgegenstands können entsprechende Zusagen nicht akzeptiert werden. Diese Konstellationen können außerdem Bedenken im Hinblick auf § 1 GWB und Art. 101 AEUV aufwerfen, wenn die Zusammenschlussbeteiligten und der zu veräußernde Vermögensgegenstand auf demselben Markt tätig sind.

⁸⁹ Vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 8.5.2009, B8-32/09 – *Shell Deutschland Oil/Lorenz Mohr*, S. 1 f., 25-27 (Veräußerung einer Tankstelle); BKartA, Beschl. v. 5.3.2009, B8-163/08 – *SaarFerngas Landau/Energie Südwest*, S. 2 (Ausgliederung und Veräußerung der Gassparte der Energie Südwest AG Landau); BKartA, Beschl. v. 22.8.2005, B1-29/05 – *Werhahn/Norddeutsche Mischwerke* (vor allem Veräußerung von Asphaltmischwerken und von Gesellschaften, die Asphaltmischwerke betreiben).

⁹⁰ Vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 18.6.2009, B3-215/08 – *GNH/Werra-Meißner*, Rn. 230 ff.

50 In einer Reihe von Fällen hat das Bundeskartellamt Ausgliederungsmaßnahmen als im konkreten Fall **unzureichend** erachtet, z. B. in folgenden Konstellationen:

- Eine auszugliedernde Produktionslinie war nicht wettbewerbsfähig, weil sie dauerhaft vom veräußernden Unternehmen **abhängig** gewesen wäre, im Alleinbetrieb nicht hätte wirtschaftlich betrieben werden können und über unzureichende Kapazitäten verfügt hätte.⁹¹
- Die Übertragung von Produktions- und Vertriebskapazitäten allein kann unter Umständen auch dann nicht ausreichen, wenn in einer **forschungsintensiven Branche** der relevante Bereich für Forschung und Entwicklung nicht mit übertragen wird.⁹²
- Die Ausgliederung allein von Vertriebsaktivitäten ohne dazugehörige Produktionskapazitäten reichte nicht aus, da aufgrund der starken **Kundenbindung** an den Hersteller eine Abwanderung von Kunden an den veräußernden Hersteller zu erwarten gewesen wäre. Daher wäre eine gleichzeitige Übertragung von Produktion und Vertrieb erforderlich gewesen.⁹³

BKartA: Krankenhausfusion Gesundheit Nordhessen/Werra-Meißner⁹⁴ – Veräußerung Kardiologie bzw. Chirurgie

Das Bundeskartellamt hat eine Krankenhausfusion zwischen zwei kommunalen Trägern in Nordhessen untersagt. Gesundheit Nordhessen betreibt im Großraum Kassel sechs Krankenhäuser mit insgesamt rd. 1.700 Planbetten. Sie beabsichtigte, die Gesundheitsholding Werra-Meißner zu übernehmen, die über zwei Krankenhäuser mit rd. 500 Planbetten im Werra-Meißner-Kreis verfügt.

Das Vorhaben hätte zur Verstärkung einer bereits bestehenden marktbeherrschenden Stellung des Zielunternehmens auf dem Markt für Akutkrankenhäuser im Werra-Meißner-Kreis geführt, durch einen

⁹¹ Vgl. BKartA, Beschl. v. 27.2.2008, B5-198/07 – *A-Tec/Norddeutsche Affinerie*, Rn. 135 ff., 152 ff. (Produktionslinie zur Herstellung von sauerstofffreien Kupferstranggussformaten wäre von den Zusammenschlussbeteiligten abhängig, die eine Stranggießanlage gemeinsam mit dem Erwerber nutzen müssten; außerdem nur bei vertikaler Integration mit der vorgelagerten Halbzeug- und Kathodenproduktion wirtschaftlich zu betreiben, daher Untersagung).

⁹² Vgl. BKartA, Beschl. v. 11.4.2007, B3-578/06 – *Phonak/ReSound*, Rn. 337 ff. (die vorgeschlagene Veräußerung von Interton enthielt keinen Hinweis darauf, dass dieser Unternehmensbereich auch über eigene von dem Zielunternehmen GN-Resound unabhängige Forschungs- und Entwicklungskapazitäten verfügte, daher Untersagung; vom BGH aus anderen Gründen aufgehoben).

⁹³ Vgl. BKartA, Beschl. v. 24.3.2004, B4-167/03 – *Synthes-Stratec/Mathys*, Rn. 103 ff. (Zusammenschluss von Medizinprodukteherstellern mit Überschneidungen u. a. im Bereich der Herstellung und des Vertriebs von Implantaten und dazugehörigen Spezialinstrumenten zur Behandlung von Traumafällen; Veräußerungsvorschlag beschränkte sich auf Vertriebsgeschäft Traumaprodukte von Mathys; vor allem Vertriebsmitarbeiter und Kundenlisten, daher Untersagung).

⁹⁴ Vgl. BKartA, Beschl. v. 18.6.2009, B3-215/08 – *Gesundheit Nordhessen/Werra-Meißner*.

Marktanteilszuwachs auf über 60 Prozent, den Wegfall des zweitstärksten Anbieters und einer Ausweitung des Versorgungsangebots.⁹⁵

Die Parteien unterbreiteten zwei Zusagenvorschläge, um eine Untersagung abzuwenden. Das erste Zusagenangebot umfasste die Veräußerung des Bereichs „Kardiologie“ der Krankenhäuser Eschwege und Witzenhausen an ein Wettbewerbskrankenhaus. Es handelte sich um keine selbstständige organisatorische Einheit, sondern um die Herz-Kreislauf-Fälle innerhalb der Fachabteilung „Innere Medizin.“ Der zweite (alternative) Vorschlag sah vor, dass die Fachabteilung „Chirurgie“ der beiden Krankenhäuser veräußert werden sollte. Es war jeweils geplant, eine Gesellschaft „Kardiologie Krankenhaus GmbH“ bzw. „Chirurgie Krankenhaus GmbH“ zu gründen. Die jeweils im Krankenhausplan vorgesehenen Planbetten wären auf den Erwerber übergegangen. Die damit verbundenen Krankenhausdienstleistungen wären in den Räumlichkeiten der beiden Krankenhäuser erbracht worden, die sich verpflichtet hätten, die betroffenen, spezifischen Krankenhausdienstleistungen nicht mehr selbst zu erbringen. Mit dem Erwerber sollten in beiden Fällen zusätzlich zum Kaufvertrag u.a. ein Mietvertrag über die Nutzung von Räumen in den beiden Krankenhäusern und ein Personalgestellungsvertrag für das Pflege- und Funktionsdienstpersonal geschlossen werden.⁹⁶

Beide Zusagenvorschläge waren nicht geeignet, die Wettbewerbsbedenken zu beseitigen und wurden daher vom Bundeskartellamt nicht akzeptiert. In der Entscheidung führt das Bundeskartellamt aus, dass es im Regelfall notwendig ist, dass ein vorhandener Betrieb bzw. ein selbstständiger Betriebsteil auf den Erwerber übergeht – bezogen auf Krankenhäuser handelt es sich hierbei regelmäßig um ein bestehendes Krankenhaus bzw. Anteile an seinem Träger. Vorgeschlagen war dagegen eine Veräußerung eines unselbstständigen Betriebsteils, die nicht mit hinreichender Sicherheit zu einer nachhaltigen Übertragung der Marktposition geführt hätte.⁹⁷

Sowohl im Fall der „Kardiologie“ als auch im Fall der „Chirurgie“ hätte der potenzielle Erwerber jedoch die Infrastruktur und personellen Ressourcen der beiden Krankenhäuser von Gesundheit Werra-Meißner mit nutzen müssen, unter anderem Operationssäle sowie das Pflege- und Funktionsdienstpersonal (z. B. Anästhesisten). Um einen reibungslosen organisatorischen Ablauf zu gewährleisten, wäre eine enge Zusammenarbeit mit dem potenziellen Erwerber erforderlich gewesen, z. B. zur Koordinierung der Belegung der Operationssäle oder des Einsatzes der Anästhesisten. Das hätte die wettbewerblichen Handlungsmöglichkeiten des Erwerbers erheblich eingeschränkt und das fusionierte Unternehmen in die Lage versetzt, den neuen Wettbewerber zu behindern. Die Möglichkeiten, sich im Qualitätswettbewerb zu dem fusionierten Unternehmen zu positionieren, wären auch durch die Vereinbarungen zum Pflege- und Funktionsdienstpersonal stark eingeschränkt gewesen.⁹⁸

Die Abhängigkeit von dem fusionierten Unternehmen wäre im Fall der Veräußerung des Bereichs „Kardiologie“ noch größer gewesen. Wegen der vertraglichen Vereinbarungen zur Gerätenutzung wäre es dem veräußerten Bereich „Kardiologie“ praktisch kaum möglich gewesen, in eigene medizinische Geräte zu investieren.⁹⁹ Weitere Unsicherheiten ergaben sich daraus, dass sich der medizinische Tätigkeitsbereich der Fachabteilung „Chirurgie“ nicht klar von dem Leistungsbereich anderer Fachabteilungen abgrenzen ließ. Die Ermittlungen des Bundeskartellamts ergaben, dass in der betroffenen Abteilung zu fast 50 Prozent Fälle behandelt werden, die zu einem erheblichen Anteil auch in den Leistungsbereich einer anderen Fachabteilung fallen und über deren spezifische Zuordnung man sich hätte abstimmen müssen.¹⁰⁰

⁹⁵ Ebd. Rn. 227 ff.

⁹⁶ Ebd. Rn. 231 f.

⁹⁷ Ebd. Rn. 236 ff.

⁹⁸ Ebd. Rn. 239.

⁹⁹ Ebd. Rn. 239.

¹⁰⁰ Ebd. Rn. 251.

d) „Mix-and-Match“-Lösung

- 51 Werden Vermögensgegenstände und Personal aus verschiedenen Unternehmensbereichen des Erwerbers und des Zielunternehmens zu einem Veräußerungsgegenstand zusammengeführt (so genannte „Mix-and-Match“-Lösung), führt dies oft zu großen **Unsicherheiten** hinsichtlich der Wettbewerbsfähigkeit. Insbesondere kann zumeist nicht mit hinreichender Sicherheit erwartet werden, dass die verschiedenen Unternehmensbereiche effektiv zusammenwirken werden, eine Integration der verschiedenen Teile in der neuen Einheit zeitnah nach Umsetzung der Verpflichtungszusage gelingt und der Veräußerungsgegenstand störungsfrei tätig sein kann. Abhängig von den Umständen des Einzelfalls kann die Veräußerung einer Kombination von Vermögensgegenständen des Erwerbers und des Zielunternehmens – bei entsprechenden Anforderungen an den Erwerber des Veräußerungspakets – im Ausnahmefall ausreichend sein, um einen wettbewerblichen Schaden infolge des Zusammenschlusses zu vermeiden.¹⁰¹

BKartA und OLG Düsseldorf: Xella/H+H¹⁰² – „Mix-and-Match“-Lösung Porenbeton

Die Übernahme des dänischen Porenbetonherstellers H+H durch den Marktführer Xella hätte auf den Regionalmärkten für Porenbeton- und Leichtbetonsteine in Nord- und in Westdeutschland eine marktbeherrschende Stellung von Xella begründet. H+H stellte in Deutschland ausschließlich Porenbeton her und verfügte in beiden betroffenen Regionalmärkten über jeweils eine Produktionsstätte. Xella war der führende Anbieter von Porenbeton und Kalksandsteinen in Deutschland mit Produktionsstandorten im gesamten Bundesgebiet.

Die Übernahme wurde durch das Bundeskartellamt untersagt. Die von Xella angebotenen Verpflichtungszusagen waren nicht ausreichend, um die nachteiligen wettbewerblichen Auswirkungen zu kompensieren. Xella bot u.a. an, das Xella-eigene Porenbetonwerk Wedel im Regionalmarkt Nord, das bislang in die zentrale Vertriebsstruktur von Xella eingebunden war, mit dem noch zu übernehmenden Kundenstamm des H+H-Werks Wittenborn zu veräußern. Neben den Kundenlisten umfasste das Angebot die vertraglichen Beziehungen von H+H zu den Kunden, die Vertriebsmitarbeiter, die bei H+H für diesen geografischen Bereich beschäftigt waren, und bei Bedarf die Marke H+H. Außerdem sollte sich Xella verpflichten, diese Kunden während eines Zeitraums von zwei Jahren nicht aktiv abzuwerben. Xella wollte dem Erwerber unter anderem eine Auslastung des Werks von 90 Prozent der im Vorjahr an diesem Werk von H+H abgesetzten Menge garantieren.¹⁰³

Diese Kombination von Veräußerungsgegenständen war nach Auffassung des Bundeskartellamts nicht geeignet, um eine hinreichend große Marktposition von H+H am nicht-veräußerten Standort Wittenborn auf einen potenziellen Erwerber zu übertragen. Im Kontext der Herstellung von Mauersteinen reichte

¹⁰¹ Vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 25.3.2014, B6-98/13 – *Funke Medien Gruppe/Axel Springer*, Tenor Nr. A.2 (S. 3 ff.) und Rn. 310 ff. (Veräußerung von Programmzeitschriften, vor allem Marken- und Titelrechte – und die Anteile an den Abonentengesellschaften – sowohl aus dem Bereich des Zielunternehmens als auch des Erwerbers, außerdem Domains, Archivbestände, Nutzungs- und Verwertungsrechte, Datenbestände, Druckverträge; Mitarbeiter nur auf Wunsch des Erwerbers).

¹⁰² Vgl. BKartA, Beschl. v. 12.3.2012, B1-30/11 – *Xella/H+H*; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.9.2013, VI Kart 4/12 (V).

¹⁰³ Vgl. BKartA, Beschl. v. 12.3.2012, B1-30/11 – *Xella/H+H*, Rn. 585.

der Verkauf der Kundenbeziehungen zusammen mit Produktionskapazitäten nicht aus, um einen tatsächlichen Übergang von Kundenbeziehungen an einen Erwerber „zu garantieren, organisieren oder auch nur zu veranlassen.“ Die Kunden von H+H konnten jederzeit ihren Lieferanten wechseln. Die vorgesehenen Kundenschutzmaßnahmen hätten nach Auffassung des Bundeskartellamts nur dazu geführt, den Wettbewerb zwischen Xella und dem potenziellen Erwerber zu Lasten der Kunden zu beschränken. Für die Kunden hätte kein Anreiz bestanden, dem Erwerber der Kundenbeziehungen zu einem anderen Werk zu folgen. Im Gegenteil hätte die größere Entfernung der meisten Kunden zum Werk Wedel im Vergleich zum bisherigen Lieferanten, dem Werk Wittenborn, für die Kunden eine Steigerung der Beschaffungskosten bedeutet. Die befragten potenziellen Erwerber gingen ebenfalls nicht davon aus, dass es ihnen gelingen würde, einen größeren Teil der Kunden des H+H Werks Wittenborn auf das zu erwerbende Werk Wedel überzuleiten.¹⁰⁴

Im Ergebnis war nicht zu erwarten, dass die Veräußerung des Porenbetonwerks Wedel zusammen mit der Kundenliste ausreichen würde, einen geeigneten Erwerber in die Lage zu versetzen, den Zuwachs der Marktposition von Xella durch den Erwerb von H+H im Regionalmarkt Nord auszugleichen.¹⁰⁵

Das OLG Düsseldorf kam auf der Grundlage der – vom Bundeskartellamt hilfsweise angeführten – sachlichen Marktabgrenzung für Mauersteine ebenfalls zu dem Ergebnis, dass die Zusagen nicht ausreichten, und bestätigte die Argumentation des Bundeskartellamts zu den Schwachpunkten der beschriebenen „Mix-and-Match“-Lösung.¹⁰⁶

e) Veräußerung einzelner Vermögensgegenstände

- 52 In seltenen Ausnahmefällen kann auch die Veräußerung einzelner Vermögensgegenstände eine geeignete Zusage darstellen. Doch auch hier muss mit hinreichender Sicherheit zu erwarten sein, dass die mit den zu veräußernden Vermögensgegenständen verbundene **Marktposition** nachhaltig auf den Erwerber übergeht und die Untersagungs Voraussetzungen dadurch beseitigt werden.¹⁰⁷
- 53 In besonders gelagerten Ausnahmefällen hat das Bundeskartellamt die Erteilung einer unwiderruflichen und unbefristeten **exklusiven Lizenz** ohne eine zusätzliche Veräußerungsverpflichtung als geeignete Nebenbestimmung akzeptiert.¹⁰⁸ Es handelt sich dann um eine Verhaltenszusage, die einen vergleichbaren strukturellen Effekt wie eine Veräußerungszusage

¹⁰⁴ Ebd. Rn. 593 ff.

¹⁰⁵ Ebd. Rn. 591 ff.

¹⁰⁶ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.9.2013, VI Kart 4/12 (V) - *Xella/H+H*, Rn. 104-114 (juris).

¹⁰⁷ Vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 25.3.2014, B6-98/13 – *Funke Medien Gruppe/Axel Springer*, Tenor Nr. A.2 (S. 3 ff.) und Rn. 304 ff. (Veräußerung von Programmzeitschriften, vor allem Marken- und Titelrechte – und die Anteile an den Abonentengesellschaften – sowohl aus dem Bereich des Zielunternehmens als auch des Erwerbers, außerdem Domains, Archivbestände, Nutzungs- und Verwertungsrechte, Datenbestände, Druckverträge; Mitarbeiter nur auf Wunsch des Erwerbers).

¹⁰⁸ Vgl. z. B. im Bereich Pflanzenschutzwirkstoffe BKartA, Beschl. v. 22.5.2003, B3-6/03 – *BASF/Bayer CropScience AG*, Tenor I.1 und 2. (S. 1 f.) und Rn. 105 ff. (Lizenz für drei von fünf Wirkstoffen – Fungiziden – der Zusammenschlussbeteiligten zur Blattbehandlung von Weizen).

hat, vorausgesetzt die exklusive Lizenz reicht tatsächlich aus, um die Marktposition zu übertragen. Grundsätzlich ist jedoch die Veräußerung eines Unternehmens oder Unternehmensbereichs notwendig, da hierbei die Übertragung der Markt- und Wettbewerbsposition normalerweise mit deutlich weniger Unsicherheiten und Risiken behaftet ist.

f) Zusätzliche Veräußerungsgegenstände im Interesse eines unternehmensstrategisch sinnvollen Übernahmepakets

54 Im Einzelfall kann es notwendig sein, neben dem veräußerten Unternehmen oder Unternehmensbereich ergänzend bestimmte personelle Ressourcen und einzelne Vermögensgegenstände in das Veräußerungspaket einzubeziehen, damit die Veräußerungsgegenstände veräußerbar und wettbewerbsfähig sind. Hierzu gehören:

- räumlich oder sachlich **benachbarte Tätigkeiten**, die erst zusammen mit dem wettbewerblich kritischen Tätigkeitsfeld eine wirtschaftlich tragfähige Einheit auf dem betroffenen Markt bilden;
- bestimmte z. B. **zentrale Funktionen**, die ein Erwerber nicht ohne weiteres ersetzen kann, insbesondere wenn innerhalb einer Gruppe von Unternehmen Funktionen von einem Unternehmen für die anderen Konzerngesellschaften mit erbracht werden;
- weitere Unternehmensbereiche, die keine unmittelbare Verbindung zu dem aufgeworfenen Wettbewerbsproblem haben, aber einbezogen werden müssen, damit der Veräußerungsgegenstand für den Erwerber ein **unternehmensstrategisch sinnvolles Paket** darstellt, z. B. kann ein Marktzutritt erst ab einer kritischen Mindestgröße des Erwerbsobjekts rentabel sein.

BKartA: Edeka/Tengelmann¹⁰⁹ – zusätzliche LEH Standorte für ein unternehmensstrategisch sinnvolles Paket

Das Bundeskartellamt gab das Vorhaben der Nummer 1 und der damaligen Nummer 5 des deutschen Lebensmitteleinzelhandels, EDEKA und Tengelmann, ihre beiden Discountketten Netto Marken-Discount und Plus in einem gemeinsam kontrollierten Gemeinschaftsunternehmen zusammen zu führen, unter aufschiebenden Bedingungen frei.

Das Vorhaben hätte in rd. 70 regionalen Absatzmärkten die Untersagungs Voraussetzungen erfüllt. Das Bundeskartellamt untersuchte die Marktverhältnisse in den betroffenen regionalen Absatzmärkten nicht isoliert, sondern bezog auch jeweils die Wettbewerbsverhältnisse in den benachbarten Märkten ein. Dabei stellte sich heraus, dass die Zusammenschlussbeteiligten in verschiedenen Regionen über hohe

¹⁰⁹ BKartA, Beschl. v. 30.6.2008, B2-333/07 – *Edeka/Tengelmann*; es handelt sich um die unter Auflagen freigegebene Fusion der Discount-Ketten der Parteien, nicht um die im Jahr 2015 untersagte Fusion.

Marktanteile und signifikante Marktanteilsabstände zu den nachfolgenden Wettbewerbern verfügten. Die problematischen Märkte unter der Marktführerschaft von Edeka lagen innerhalb von Clustern, in denen die starke Marktposition der Zusammenschlussbeteiligten nicht durch eine starke Marktposition von Wettbewerbern in benachbarten Märkten relativiert worden wäre.

Die Zusammenschlussbeteiligten konnten eine Untersagung abwenden, weil sie umfangreiche Veräußerungszusagen anboten. Die später vom Bundeskartellamt akzeptierten Zusagen sahen insbesondere eine Veräußerung von allen Plus-Standorten vor, die in den vom Bundeskartellamt als problematisch eingestuften Märkten lagen. Es handelte sich dabei um knapp 400 Filialen. Die Standorte mussten an einen oder maximal bis zu drei Erwerber veräußert werden.

Die Nebenbestimmungen sahen außerdem vor, dass zusätzlich zu diesen Filialen noch weitere Standorte (außerhalb der betroffenen Regionalmärkte) zu dem Veräußerungspaket hinzugefügt werden, soweit das notwendig war, um für den jeweiligen Erwerber ein „unternehmensstrategisch sinnvolles Paket“ zu bilden.¹¹⁰ Dies bedeutete, dass das Paket oder die Pakete jeweils aus einem in den jeweiligen Clustern zusammenhängenden Netz von Standorten bestehen mussten. Darüber hinaus waren aus den gleichen Gründen auch Infrastruktureinrichtungen der Zusammenschlussbeteiligten, insbesondere Lager oder Logistikeinrichtungen, die für eine wirtschaftlich sinnvolle Versorgung der erworbenen Standorte aus Sicht des jeweiligen Erwerbers erforderlich sind, als Teil des jeweils zu bildenden Pakets zu veräußern.¹¹¹

Diese Ausweitung des Veräußerungspakets war erforderlich um sicherzustellen, dass sich die zu veräußernden Standorte in das Portfolio des Erwerbers einfügten. Nur in diesem Fall war gewährleistet, dass sich ein geeigneter Käufer für die jeweiligen Standorte finden ließ.¹¹² Ob weitere Standorte zu veräußern waren, um ein unternehmensstrategisch sinnvolles Paket zu bilden, hing dabei vom jeweiligen Erwerber ab.¹¹³ Eine konkretere und abschließende Beschreibung des Umfangs im Sinne einer abschließenden Aufzählung der einzubeziehenden Standorte war daher in der Fusionskontrollentscheidung, also vor der Identifizierung des Käufers, nicht möglich.

g) Veräußerung von sogenannten „Kronjuwelen“

- 55 In Ausnahmefällen kann die Veräußerung von sogenannten „Kronjuwelen“ ein Ausweg sein, um eine wirksame Zusagenlösung zu ermöglichen, obwohl aus der Sicht des Bundeskartellamts nach Durchführung des Markttests nicht alle Unsicherheiten ausgeräumt werden konnten, ob für einen Veräußerungsgegenstand ein geeigneter Erwerber gefunden werden kann. Das betrifft die eher seltene Konstellation, dass die Zusammenschlussbeteiligten keinen anderen Veräußerungsgegenstand anbieten können, der einerseits die genannten Unsicherheiten nicht aufwirft, und dessen Veräußerung die Zusammenschlussbeteiligten andererseits wirtschaftlich nicht erheblich stärker belasten würde, als die Veräußerung des vorgeschlagenen Veräußerungsgegenstands. Das **zweistufige Verfahren** bei der Veräußerung von „Kronjuwelen“ kann

¹¹⁰ BKartA, Beschl. v. 30.6.2008, B2-333/07 – *Edeka/Tengelmann*, Tenor I.1.c (S. 3) und S. 135 f.

¹¹¹ Ebd.

¹¹² Ebd. S. 132 f., 135 f.

¹¹³ Ebd. S. 134.

dann eine Alternative darstellen.¹¹⁴ Bei „Kronjuwelen“ handelt es sich um Veräußerungsgegenstände, für die von vornherein klar ist, dass sie ohne Schwierigkeiten veräußert werden können. In der Regel handelt es sich um einen aus Käufersicht attraktiveren Gegenstand, dessen Veräußerung die Zusammenschlussbeteiligten wegen seiner besonderen Werthaltigkeit möglichst vermeiden wollen.¹¹⁵ Die Zusage sieht dann vor, dass die Zusammenschlussbeteiligten zunächst innerhalb einer ersten Frist die Gelegenheit bekommen, einen geeigneten Erwerber für den ersten Veräußerungsgegenstand zu finden und die Veräußerung vorzunehmen. Gelingt dies nicht, beginnt eine zweite Frist für die Veräußerung der „Kronjuwelen“.

- 56 Die zweistufige „Kronjuwelen“-Lösung kann auch bei bestimmten anderen **Hindernissen** für die Umsetzung von Veräußerungszusagen ein möglicher Ausweg sein. Insbesondere können Vorkaufsrechte Dritter oder Besonderheiten in Bezug auf die Übertragbarkeit von Verträgen oder von Rechten an geistigem Eigentum erhebliche Unsicherheiten aufwerfen, die innerhalb der Fusionskontrollprüfung oft nicht ausgeräumt werden können.

Werhahn/Norddeutsche Mischwerke¹¹⁶ – „Kronjuwelen“-Lösung bei Zustimmungsrechten von Mitgesellschaftern

Der Zusammenschluss zwischen den beiden größten Herstellern von Asphaltmischgut und gebrochenem Hartstein in Deutschland, Werhahn und Norddeutsche Mischwerke, wurde vom Bundeskartellamt mit Nebenbestimmungen freigegeben. Für die Fusionskontrolle war angesichts der begrenzten Transportfähigkeit dieser Baustoffe die Wettbewerbssituation in einzelnen Regionalmärkten entscheidend. Im Hinblick auf die Auswirkungen in zahlreichen Regionalmärkten konnte eine Untersagung nur durch Veräußerungszusagen abgewendet werden. Im Regionalmarkt Langenau/Ulm boten die Parteien eine sogenannte „Kronjuwelen“-Zusage an.¹¹⁷

Die „Kronjuwelen“-Lösung war notwendig geworden, weil Unsicherheiten bestanden, ob es gelingen würde, für die beiden Minderheitsbeteiligungen an der Betreibergesellschaft des Asphaltmischwerks Langenau (jeweils in Höhe von 25 Prozent) geeignete Erwerber zu finden, deren Eintritt als neue Gesellschafter innerhalb der Umsetzungsfrist auch die Zustimmung der übrigen Mitgesellschafter finden

¹¹⁴ Anstelle der Aufnahme einer „Kronjuwelen“-Lösung kann es in geeigneten Fällen auch ausreichen, zwei Veräußerungsgegenstände zu benennen, die alternativ, d. h. nach Wahl des verpflichteten Unternehmens, innerhalb einer bestimmten Frist zu veräußern sind, vgl. dazu z. B. BKartA, Beschl. v. 8.9.2008, B8-96/08 – *EnBW/EWE*, Tenor Nr. A.1, A.3.1, A.3.3 (S. 3 ff.), (Veräußerung der EWE-Beteiligung an der VNG oder des EnBW-Beteiligungsunternehmens GESO; die Mitteilung über die Festlegung auf den endgültigen Veräußerungsgegenstand musste innerhalb einer bestimmten Frist erfolgen; andernfalls Bestimmung durch den Veräußerungstreuhandler); vgl. ferner in diesem Zusammenhang BKartA, Beschl. v. 24.8.2009, B8-67/09 – *EnBW/VNG*, Rn. 85 ff.

¹¹⁵ Außerdem müssen sowohl die zunächst zu veräußernden Veräußerungsgegenstände als auch die „Kronjuwelen“ lebens- und wettbewerbsfähig sowie geeignet sein, die Untersagungsvoraussetzungen zu beseitigen. Die Veräußerungsgegenstände müssen sich nicht gegenseitig ausschließen. Vielmehr kann es sich bei dem zweiten Gegenstand auch um eine Erweiterung des ersten Gegenstands handeln.

¹¹⁶ BKartA, Beschl. v. 22.8.2005, B1-29/05 – *Werhahn/Norddeutsche Mischwerke*.

¹¹⁷ Ebd. Tenor Nr. A.30 (S. 7), Rn. 145.

würde. An dieser Gesellschaft wäre die Beteiligung von Werhahn durch den Zusammenschluss auf 50 Prozent angewachsen.

Aus der Sicht von Werhahn stellten die beiden hinzuerworbenen Minderheitsbeteiligungen einen weniger wertvollen Vermögensgegenstand dar als die Mehrheitsbeteiligung an dem umsatzstärkeren Asphaltmischwerk Ulm-Donautal, das in dem betroffenen Regionalmarkt zentral gelegen war. Für den Fall, dass die Veräußerung der Minderheitsbeteiligungen innerhalb der vorgesehenen Frist nicht gelingt, sollte anschließend – in einem zweiten Schritt – die Mehrheitsbeteiligung (in Höhe von knapp 60 Prozent) an dem Werk Ulm-Donautal veräußert werden, an der keine Vorkaufsrechte bestanden.

Letztlich ist es den Zusammenschlussbeteiligten nicht gelungen, die Zustimmung der Mitgesellschafter für die Veräußerung zu erhalten, und die Rückfalllösung kam zum Zug. Die Veräußerung der Mehrheitsbeteiligung gelang zwar nicht innerhalb der vorgesehenen ersten Veräußerungsfrist. Der Verkauf warf aber keine weiteren Schwierigkeiten auf und konnte von dem eingesetzten Veräußerungstreuhänder innerhalb der in der Entscheidung vorgesehenen Veräußerungsfrist durch den Treuhänder umgesetzt werden.

- 57 Damit die voraussichtliche Umsetzung der Zusage in den Fällen, in denen erst die Veräußerung der sogenannten „Kronjuwelen“ erfolgreich ist, nicht zu lange dauert, sollten die **Veräußerungsfristen** für die beiden Teilschritte die in diesem Leitfaden genannten Fristen für Veräußerungszusagen insgesamt nicht wesentlich überschreiten (vgl. C.VI., Rn. 158). Andernfalls würde die Wettbewerbsfähigkeit und Werthaltigkeit des Veräußerungsgegenstands zu stark gefährdet. Wegen der zusätzlichen Dauer des Veräußerungsprozesses müssen gegebenenfalls zusätzliche Sicherungsmaßnahmen ergriffen werden (vgl. B.IV., Rn. 88-106).

2. Anforderungen an den Erwerber

- 58 Die erfolgreiche Umsetzung einer Veräußerungszusage ist nur dann zu erwarten, wenn mit hinreichender Sicherheit damit zu rechnen ist, dass es geeignete Erwerber gibt, die den Veräußerungsgegenstand voraussichtlich erwerben möchten. Geeignete Erwerber müssen in der Lage sein (a) und das Interesse haben (b), den Veräußerungsgegenstand wirtschaftlich und im Wettbewerb mit den Zusammenschlussparteien weiter zu betreiben. Außerdem darf der Erwerb nicht selbst zu einer wesentlichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs oder sonstigen kartellrechtlichen Problemen führen (c). In der Regel ist der Veräußerungsgegenstand an einen einzelnen Erwerber zu veräußern (d).

59 Die kurzen Fristen, innerhalb derer das Bundeskartellamt entscheiden muss, ob ein Erwerber geeignet ist, beschränken den **Umfang der Ermittlungen**,¹¹⁸ die das Bundeskartellamt in Erfüllung seiner Pflichten aus dem Untersuchungsgrundsatz durchführen kann.¹¹⁹ Bezüglich der in ihrer Sphäre liegenden Umstände, die für die Eignung der Zusagenvorschläge zur Beseitigung der Untersagungs Voraussetzungen relevant sind, trifft die Zusammenschlussbeteiligte eine gesteigerte Mitwirkungspflicht,¹²⁰ die umso schwerer wiegt, je später im Verfahren Verpflichtungszusagen vorgeschlagen werden. Dazu gehören insbesondere Informationen der Zusammenschlussbeteiligten, die für die Einschätzung relevant sind, welche Anforderungen der Erwerber im konkreten Fall erfüllen muss, um mit dem Veräußerungsgegenstand auf dem Markt als wirksamer Wettbewerber tätig sein zu können. Das gleiche gilt für Informationen zu den Verbindungen zwischen Zusammenschlussbeteiligten und Erwerber des Veräußerungsgegenstands.

a) Qualifikation des Erwerbers

60 Die Eignung eines Erwerbers setzt grundsätzlich voraus, dass er über die erforderlichen **Bran-
chenkenntnisse**, ausreichende **Erfahrung** und hinreichende **finanzielle Mittel** verfügt, um das übernommene Geschäft im Wettbewerb erfolgreich zu führen. Im Einzelfall kommen auch z. B. Finanzinvestoren als Erwerber in Betracht, die diese Anforderungen erfüllen. Je nach Branche kann es aber erforderlich sein, dass der Erwerber bereits als Wettbewerber auf demselben

¹¹⁸ Insbesondere zu Markttests von Zusagenvorschlägen vgl. C.III, Rn. 117-123.

¹¹⁹ Vgl. BGH, Beschl. v. 16.1.2007, KVR 12/06 – *National Geographic II*, Rn. 15 (aus der Fristgebundenheit ergibt sich eine Beschränkung der Aufklärungsmöglichkeiten; für den Fall von Verkehrsbefragungen im Kontext der wettbewerblichen Würdigung).

¹²⁰ Vgl. zur Missbrauchsaufsicht BGH, Beschl. v. 14.7.2015, KVR 77/13 – *Wasserpreise Calw II*, Rn. 30.

Markt tätig ist. Dies ist insbesondere der Fall, wenn spezifisches fachliches Know-how oder besondere marktbezogene Unternehmensressourcen erforderlich sind.¹²¹

b) Unabhängigkeit und wirtschaftliche Interessenlage des Erwerbers

- 61 Für einen geeigneten Erwerber muss es wirtschaftliche Anreize geben, den Veräußerungsgegenstand im Wettbewerb mit den Zusammenschlussparteien und Wettbewerbern weiter zu betreiben.¹²² Dies setzt zunächst voraus, dass er von den Zusammenschlussbeteiligten und den mit ihnen verbundenen Unternehmen (§ 36 Abs. 2 GWB) **unabhängig** ist.¹²³ Sie dürfen weder personell noch durch Kapitalbeteiligung (gleich in welcher Höhe) mit dem Erwerber verflochten sein.¹²⁴ Minderheitsbeteiligungen eröffnen oft Einflussmöglichkeiten auf das Wettbewerbsverhalten der Beteiligungsgesellschaft. Das trifft in vielen Fällen auch auf personelle Verflechtungen mit den Zusammenschlussbeteiligten zu, z. B. wenn ein Geschäftsführer der Unternehmensgruppe des Erwerbers auch ein Amt in einem Unternehmensgremium (z. B. Beirat) oder in der Unternehmensleitung (z. B. Mitgeschäftsführer) in einem Unternehmen der

¹²¹ Vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 18.7.2013, B4-18/13 – *Prosegur/Brink's*, Tenor Nr. I.5.C (S. 9) (Anbieter von Bargelddienstleistungen in Deutschland); BKartA, Beschl. v. 3.2.2012, B3-120/11 – *OEP/Linpac*, Tenor Nr. I.A.4.2 (S. 6) (aktueller Wettbewerber auf dem Produktmarkt für die Herstellung von Getränkekästen); BKartA, Beschl. v. 27.12.2010, B2-71/10 – *Van Drie/Alpuro*, Tenor Nr. I.5.C) (S. 5) (Erfahrungen im Bereich der Kälbermast, Kälberschlachtung oder des Kalbfleischvertriebs); BKartA, Beschl. v. 30.6.2008, B2-333/07 – *Edeka/Tengelmann*, Tenor Nr. I.5.B) (S. 8) (Anbieter im Lebensmitteleinzelhandel); BKartA, Beschl. v. 15.3.2005, B4-227/04 – *Smiths Group/MedVest*, Tenor Nr. 2.2 (S. 5) (Herstellung und Vertrieb von Monitoring-Sets oder benachbarter Produkte der Intensivmedizin); BKartA, Beschl. v. 17.6.2002, B10-124/01 – *Trienekens/SW Düsseldorf*, Tenor Nr. I.2.B) (S. 6) sowie Rn. 178 (Tätigkeit auf dem Markt für Gewerbeabfallverbrennung oder auf benachbarten oder auf vor- oder nachgelagerten Märkten); BKartA, Beschl. v. 22.8.2001, B6-56/01 – *SV-C/WEKA*, Rn. 46 (Tätigkeit auf dem Markt für Elektronik-Fachzeitschriften oder auf benachbarten Märkten).

¹²² Dabei ist auch zu berücksichtigen, welche eigenen Interessen der Erwerber verfolgt, vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 12.3.2007, B8-62/06 – *RWE Energy/Saar Ferngas*, S. 52 (angebotene Veräußerungszusage zur Abgabe von Beteiligungen an Stadtwerken reichte nicht aus, weil Anforderungen an Erwerber zu gering waren; Finanzinvestor nicht ausreichend, Verfolgung eigener strategischer Interessen im Bereich der Energiewirtschaft wären erforderlich gewesen).

¹²³ In Einzelfällen kann die Unabhängigkeit in Frage stehen, wenn ein Mitarbeiter des Veräußerungsgegenstands diesen erwerben soll und gegenüber einem Zusammenschlussbeteiligten kein unabhängiges Wettbewerbsverhalten zu erwarten ist, vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 18.7.2008, B5-84/08 – *Stihl/ZAMA*, Tenor Nr. 1.5.1 (S. 4).

¹²⁴ Vgl. BKartA, Mustertext Freigabe eines Zusammenschlussvorhabens mit Nebenbestimmungen (aufschiebende Bedingung), 2005, Nr. 4.2.

http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Mustertexte/Muster%20-%20Aufschiebende%20Bedingung.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

Zusammenschlussbeteiligten wahrnimmt. Das gilt auch, wenn er als Mitarbeiter eines am Zusammenschluss beteiligten Unternehmens tätig ist. Mit einer Kapitalbeteiligung ist unter anderem eine Beteiligung an Gewinnen und Verlusten des Beteiligungsunternehmens verbunden. Das hat insbesondere dann Auswirkungen auf die wirtschaftlichen Anreize für das Wettbewerbsverhalten des Minderheitsgesellschafters, wenn er auf demselben Markt oder einem vor- oder nachgelagerten Markt tätig ist. Daher sind Erwerber mit entsprechenden Verflechtungen (nach § 18 Abs. 3 Nr. 4 GWB) zu den Zusammenschlussbeteiligten grundsätzlich ungeeignet.

- 62 Der Erwerber darf auch nicht auf sonstige Weise, beispielsweise durch **vertragliche Absprachen**, die ein Handeln für Rechnung der Zusammenschlussbeteiligten ermöglichen, mit den Zusammenschlussbeteiligten verbunden sein.¹²⁵ Es liegt auf der Hand, dass Unternehmen, die für die Zusammenschlussbeteiligten als Treuhänder tätig werden, keine geeigneten Erwerber sind. Berechtigte Zweifel an der Unabhängigkeit des Erwerbers und an dessen Anreiz, das Wettbewerbspotenzial des Veräußerungsgegenstands zu entfalten, können sich außerdem durch vertragliche Verbindungen auf den relevanten Märkten ergeben, z. B. durch Lieferverträge mit signifikantem wirtschaftlichen Gewicht. Ähnliche Bedenken können Kooperationen z. B. auf den betroffenen Märkten oder auf benachbarten räumlichen oder sachlichen Märkten aufwerfen.
- 63 Der Erwerber muss ein **schlüssiges Konzept** für eine erfolgreiche Fortführung des zu erwerbenden Unternehmens und eine Entfaltung seines wettbewerblichen Potenzials insbesondere auf den problematischen Märkten vorweisen können. Ansonsten ist er ungeeignet. Insbesondere in folgenden Konstellationen sind diese Anforderungen nicht erfüllt:
- Ein Erwerber, der eine **anderweitige Nutzung** der erworbenen Vermögensgegenstände anstrebt, z. B. auf anderen Märkten, ist ungeeignet.¹²⁶

¹²⁵ Ebd.

¹²⁶ Vgl. BKartA, Beschl. v. 20.11.2003, B8-84/03 – *E.ON/Stadtwerke Lübeck*, Rn. 58 (zu erwarten, dass der schon zusammen mit dem Zusagenangebot vorgeschlagene Erwerber, ein örtliches kommunales Versorgungsunternehmen, die als Veräußerungsgegenstand angebotene Kraftwerkskapazität nicht zur Akquirierung von Weiterverteilern und Großkunden nutzen würde, sondern lediglich zur Optimierung des im Rahmen seines Versorgungsauftrags benötigten Eigenbedarfs; die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf der vorgelagerten Marktstufe würde so nicht kompensiert).

- Das gleiche gilt, wenn die erworbenen Veräußerungsgegenstände in absehbarer Zeit **weiterveräußert** werden sollen.¹²⁷
- Gegen die Eignung eines Erwerbers spricht es auch, wenn für ihn Anreize für eine **Zerschlagung** des übernommenen Unternehmens bestehen.
- Ein **Verkäuferdarlehen** kann das unternehmerische Risiko des Erwerbers begrenzen und zu Abhängigkeiten im Geschäftsbetrieb führen. Das kann insbesondere darauf hindeuten, dass der Erwerber kein ausreichendes eigenes wirtschaftliches Interesse hat, das Wettbewerbspotenzial des erworbenen Unternehmens in Wettbewerb zu den Zusammenschlussbeteiligten einzusetzen. Ein Beispiel:

Funke/Springer¹²⁸ – Vendor Loan

Die Funke Medien Gruppe beabsichtigte, die Fernseh-Programmzeitschriften des Axel Springer Konzerns zu erwerben. Um die zu erwartende Wettbewerbsbehinderung durch den Wegfall eines eigenständigen Wettbewerbers zu kompensieren, boten die Parteien an, mehrere Programmzeitschriften an die Mediengruppe Klambt zu veräußern.

Es war zunächst vorgesehen, den Kaufpreis u.a. durch ein von Funke gewährtes Verkäuferdarlehen (Vendor Loan) zu finanzieren. Zusammen mit einem Darlehen bzw. einer Bürgschaft von Springer hätte diese Finanzierung weit über 75 Prozent des Gesamtkaufpreises umfasst. Für diese Finanzierung sollte allein eine vom Klambt-Verlag zu gründende Tochtergesellschaft haften, in der das operative Geschäft mit den erworbenen Programmzeitschriften geführt werden sollte. Außerdem sollte sich die Laufzeit der Darlehensverträge auf deutlich mehr als 20 Jahre belaufen. Schließlich enthielt der Kreditvertrag zugunsten von Funke Gewinnabführungsverpflichtungen, Sonderkündigungsrechte und weitgehende Informationsrechte.¹²⁹

Aufgrund dieser Finanzierungsbedingungen bestanden erhebliche Zweifel daran, dass Klambt, als Erwerber des Veräußerungsgegenstands, von Funke, dem Erwerber des geprüften Zusammenschlusses, hinreichend unabhängig sein würde, um eigenständig im Markt tätig zu sein. Die zunächst geplante Finanzierung stellte auch in Frage, ob Klambt in der Lage und willens wäre, das wirtschaftliche und unternehmerische Risiko für die zu veräußernden Programmzeitschriften zu übernehmen. Angesichts der zunächst anvisierten sehr niedrigen Eigenkapitalquote wäre Klambt lediglich ein sehr beschränktes unternehmerisches Risiko eingegangen. Das hätte nicht ausgereicht, um eine dauerhafte und eigenständige Wettbewerbstätigkeit – insbesondere im Verhältnis zum Wettbewerber Funke – zu erwarten.¹³⁰

Im Ergebnis konnte das Zusammenschlussvorhaben unter Nebenbestimmungen freigegeben werden, nachdem die Finanzierung grundlegend umgestaltet worden war. Ein Verkäuferdarlehen von Funke an

¹²⁷ Vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 24.8.2007, B5-51/07 – *Cargotec/CVS Ferrari*, Rn. 142 ff. (Familienmitglieder der Familie Ferrari, des Veräußerers, wurden bereits als Teil der Veräußerungszusage als Erwerber der Geschäftsbereiche Reach Stacker und Straddle Carrier vorgeschlagen; nach dem vorangegangenen Vortrag der Verfahrensbevollmächtigten wollte sich die Familie allerdings aus Altersgründen aus dem Zielunternehmen zurückziehen; das sprach gegen eine tragfähige Fortführungsperspektive).

¹²⁸ Vgl. BKartA, Beschl. v. 25.3.2014, B6-98/13 – *Funke Medien Gruppe/Axel Springer*.

¹²⁹ Ebd. Rn. 19 ff., 344 ff.

¹³⁰ Ebd. Rn. 339 f.

Klamt war nicht mehr vorgesehen. Klamt hatte seinen Anteil an der Finanzierung ungefähr verdoppelt. Letztlich war zu erwarten, dass die neue und allein haftende „Programmzeitschriften-Gesellschaft“ von Klamt bis zum Jahr 2020 eine geschätzte Eigenkapitalquote von etwa 30 Prozent ausweisen würde, wodurch Investitionen aus eigener Kraft möglich wären. Die Finanzierung durch Funke wurde durch ein nachrangiges Darlehen und eine Bürgschaft von Springer für ein Bankdarlehen ersetzt. Diese Verbindung wirft keine Probleme auf, weil Springer nach der Veräußerung seiner Programmzeitschriften an Funke nicht mehr in diesem Bereich tätig ist. Die Verträge enthielten keine mit den vorherigen Finanzierungsabreden vergleichbaren Rechte für den Darlehensgeber bzw. Bürgen und hatten eine deutlich verkürzte Laufzeit. Die Zweifel an der Eignung von Klamt als Erwerber konnten so ausgeräumt werden.¹³¹

c) Prima facie keine neuen Wettbewerbsprobleme durch Zusagenumsetzung

- 64 Eine weitere wesentliche Voraussetzung ist, dass infolge der Übernahme der zu veräußernden Unternehmensbeteiligungen bzw. Vermögenswerte durch den Erwerber prima facie keine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs (**SIEC**) zu erwarten sein darf. Würde die Übertragung des Veräußerungsgegenstands auf den Erwerber prima facie zu einem Verstoß gegen **§ 1 GWB** bzw. **Art. 101 AEUV** führen, stünde das der Eignung des Erwerbers ebenfalls entgegen.¹³² Beispielsweise kann die gemeinsame Beteiligung des Erwerbers und eines der Zusammenschlussbeteiligten an einem Gemeinschaftsunternehmen dazu führen, dass eine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens im Verhältnis der Muttergesellschaften untereinander zu erwarten ist, insbesondere wenn diese auf dem gleichen Markt tätig sind wie das Gemeinschaftsunternehmen.¹³³ In diesem Fall wäre das Gemeinschaftsunternehmen zu entflechten und das fusionskontrollrechtliche Wettbewerbsproblem bliebe in der Zwischenzeit bestehen. Daher ist eine Veräußerung an einen Mitgesellschafter eines Zusammenschlussbeteiligten in einem solchen Fall keine akzeptable Lösung.

¹³¹ Ebd. Rn. 344 ff.

¹³² Vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 16.11.2011, B2-36/11 – *Tönnies/Tummel*, Rn. 290. In diesem Fall wurde die vorgeschlagene Zusage, einen Lohnschlachtvertrag mit einem Wettbewerber zu verlängern, unter anderem auch deshalb abgelehnt, da sie zu einer nach § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV bedenklichen Kooperation der beiden bedeutendsten Sauenschlachter in Deutschland geführt hätte.

¹³³ Vgl. BGH, Beschl. v. 8.5.2001, KVR 12/99, – *Ost-Fleisch*, Rn. 36 f. (juris); BGH, Beschl. v. 4.3.2008, KVZ 55/07 – *Nord-KS/Xella*, Rn. 14 (juris).

d) Anzahl der Erwerber

- 65 Grundsätzlich erfolgt die Veräußerung an einen **einzigen Erwerber**. In den meisten Fällen wird nur auf diese Weise gewährleistet, dass das wettbewerbliche Potenzial des Veräußerungsgegenstands möglichst vollständig und gebündelt erhalten bleibt.¹³⁴
- 66 In **Ausnahmefällen** kann ein Erwerb durch mehrere Unternehmen in Betracht kommen. Allerdings muss sichergestellt sein, dass die Lebens- und Wettbewerbsfähigkeit der Veräußerungspakete gewährleistet sind. Das ist insbesondere denkbar, wenn es sich bei den verschiedenen Erwerbspaketen jeweils um eigenständige Organisationseinheiten oder wirtschaftlich tragfähige Cluster von Vertriebsstandorten in unterschiedlichen räumlich relevanten Märkten handelt.¹³⁵ Vor allem muss der erforderliche wettbewerbliche Effekt der Veräußerung erzielt werden, obwohl sich das wettbewerbliche Potenzial des Veräußerungsgegenstands auf mehrere Erwerber aufteilt. Das ist zumeist nicht der Fall, wenn die Aufteilung des Veräußerungsgegenstands dazu führt, dass statt eines gewichtigen Wettbewerbers auf dem betroffenen Markt lediglich mehrere neue schwache Wettbewerber entstehen oder die Marktposition verschiedener unbedeutender Wettbewerber durch die Aufteilung des Veräußerungspakets nicht wesentlich verstärkt wird.

II. Trennung von Unternehmensverbindungen zu Wettbewerbern

- 67 Bei den im vorigen Abschnitt dargestellten Veräußerungszusagen steht zumeist im Mittelpunkt, den Wegfall eines Wettbewerbers nach einem Zusammenschluss zu kompensieren: der Veräußerungsgegenstand wird auf einen geeigneten Erwerber übertragen und so ein neuer

¹³⁴ Vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 12.3.2013, B3-132/12 – *Asklepios/Rhön*, Tenor Nr. A.4 (S. 5); BKartA, Beschl. v. 5.3.2009, B8-163/08 – *Saar Ferngas Landau/Energie Südwest*, Tenor (S. 2); BKartA, Beschl. v. 17.2.2009, B2-46/08 – *Nordzucker/Danisco*, Rn. 12; BKartA, Beschl. v. 16.1.2007, B6-510/06 – *Weltbild/Hugendubel*, Tenor Nr. I.1 (S. 2); BKartA, Beschl. v. 10.1.2007, B9-94/06 – *Praktiker/Max Bahr*, Tenor Nr. 2.2 (S. 4); BKartA, Beschl. v. 22.12.2006, B4-1002/06 – *Remondis/SAS*, Tenor Nr. A.I.3 (S. 2); BKartA, Beschl. v. 8.6.2006, B4-29/06 – *Telecash/GZS*, Rn. 4; BKartA, Beschl. v. 17.8.2004, B7-65/04 – *GE/InVision*, Tenor Nr. A.2 (S. 2); BKartA, Beschl. v. 25.4.2002, B2-37/01 – *BayWA/WLZ*, Tenor Nr. 1.1, 1.3 (S. 1 f.).

¹³⁵ Vgl. aus dem Bereich des Lebensmitteleinzelhandels z. B. BKartA, Beschl. v. 31.3.2015, B2-96/14 – *Edeka/Kaiser's Tengelmann*, Rn. 907 (maximal zwei Erwerber). Bei der Anzahl der möglichen Erwerber berücksichtigt das Bundeskartellamt auch, inwiefern mehrere Vertriebsstandorte eines Unternehmens nur gemeinsam als wirtschaftlich sinnvoller Cluster betrieben werden können. Vgl. BKartA, Beschl. v. 30.6.2008, B2-333/07 – *Edeka/Tengelmann*, Tenor Nr. I.1.a (S. 2 f.) und S. 136; BKartA, Beschl. v. 13.8.2015, B9-48/15 – *WM/Trost*, Tenor Nr. A.4.1 (S. 4) und Rn. 333 (bis zu drei Erwerber, wenn kein Erwerber bereit ist, alle Standorte zu kaufen; dabei Veräußerung bestimmter benachbarter Standorte nur als Paket an einen Erwerber).

Wettbewerber geschaffen oder ein bestehender Wettbewerber gestärkt. Dagegen reicht es in anderen Fallkonstellationen aus, dass **Verflechtungen** (nach § 18 Abs. 3 Nr. 4 GWB), insbesondere gesellschaftsrechtliche Beteiligungen der Zusammenschlussbeteiligten an einem Wettbewerber, oder **vertragliche Verbindungen** mit einem Wettbewerber aufgelöst werden. Eine solche Situation liegt z. B. vor, wenn eine bestehende Verflechtung eine wesentliche Ursache für ein bereits vor dem Zusammenschluss existierendes wettbewerbsloses Oligopol darstellt, das durch den Zusammenschluss verstärkt wird. Eine vergleichbare Lage besteht, wenn die Verflechtung durch den Zusammenschluss entsteht und dadurch eine stillschweigende Koordination des Wettbewerbsverhaltens der wesentlichen Wettbewerber (erstmalig) ermöglicht, erleichtert, stabilisiert oder effektiver wird.¹³⁶ In diesen Situationen kann es in manchen Fällen beispielsweise genügen, die Verbindung zu beenden, indem die Minderheitsbeteiligung an einen Finanzinvestor oder an andere Gesellschafter veräußert oder das Gemeinschaftsunternehmen aufgelöst wird.¹³⁷

- 68 Dagegen reicht es nicht aus, **gesellschaftsrechtliche Einflussmöglichkeiten** vertraglich zu begrenzen, z. B. indem Stimmrechte auf einen Treuhänder übertragen werden oder die Stimmrechtsausübung auf einen bestimmten Stimmrechtsanteil beschränkt wird. Die gesellschaftsrechtlich vermittelten Einfluss- und Koordinierungsmöglichkeiten werden so nicht vollständig im Sinne einer strukturellen Wirkung beseitigt. Anreize für die Inhaber von Minderheitsbeteiligungen, die wirtschaftlichen Interessen der Beteiligungsgesellschaft in ihrem Wettbewerbsverhalten zu berücksichtigen, bestehen fort. Denn sie sind z. B. weiterhin an Gewinnen und Verlusten der Gesellschaft sowie an dem Verlustrisiko des Gesellschaftskapitals beteiligt. Außerdem würde die Überwachung der Umsetzung einer solchen Zusage eine unzulässige laufende Verhaltenskontrolle erfordern.
- 69 In der Praxis sind Fallkonstellationen häufiger, in denen Verflechtungen mit einem „**befreundeten**“ Umfeld von Wettbewerbern lediglich eine von mehreren Ursachen für eine erhebliche

¹³⁶ Vgl. BKartA, Leitfaden Marktbeherrschung (2012), Rn. 90, 96, 105, 112, 120.

¹³⁷ Vgl. BKartA, Beschl. v. 23.2.2005, B10-122/04 – *Remondis/RWE-Umwelt*, Tenor Nr. I.A.1.4 (S. 5 f.) und Rn. 316 (nach Ausstieg von Remondis bei GU Interseroh war im Bereich der flächendeckenden Entsorgung von Gewerbeabfall eine Entstehung eines wettbewerbslosen Duopols aus Remondis/RWE-Umwelt und Interseroh nicht mehr zu erwarten); BKartA, Beschl. v. 29.9.2006, B1-169/05 – *FIMAG/Züblin*, Rn. 98 ff., vgl. auch Rn. 59 ff. (nach Entflechtung der Deutag, eines sehr gewichtigen Gemeinschaftsunternehmens zwischen Werhahn und Strabag (Fimag) war zu erwarten, dass ein wettbewerbsloses Duopol der beiden Unternehmen im Regionalmarkt für Walzasphalt in Berlin nicht fortbestehen bzw. nicht entstehen würde).

Behinderung wirksamen Wettbewerbs darstellen.¹³⁸ Die Trennung der Verbindung ist dann lediglich ein Element für die Lösung des Wettbewerbsproblems.

- 70 Wenn **Kooperationsverträge** mit Wettbewerbern aufgelöst oder bei einem geringen wirtschaftlichen Gewicht auf wettbewerblich unerhebliche Betätigungsfelder beschränkt werden, kann das ebenfalls dazu beitragen, die durch einen Zusammenschluss begründeten Untersagungsvoraussetzungen zu beseitigen.¹³⁹ Beispielsweise war die Verpflichtung des Erwerbers, mit dem Wettbewerber, an dem eine Beteiligung erworben wurde, keine Beschaffungskoope-ration einzugehen, wichtiger Teil eines Zusagenpakets bei einem Zusammenschluss im Lebensmitteleinzelhandel.¹⁴⁰ Die Kündigung von Kreuzlizenzierungsabkommen zwischen Herstellern von Hörgeräten kann gegebenenfalls dazu beitragen, die Wahrscheinlichkeit für eine stillschweigende Koordinierung zu verringern und Schaden für den Innovationswettbewerb abzuwenden.¹⁴¹

¹³⁸ Vgl. BKartA, Beschl. v. 12.3.2012, B1-30/11 – *Xella/H+H*, Rn. 515 ff., 533 ff., 604, 608 (Der führende Anbieter von Porenbeton und Kalksandsteinen Xella beabsichtigte, den Porenbetonhersteller H+H zu übernehmen. Xella bot neben der Veräußerung eines Porenbeton- sowie eines Kalksandsteinwerks an, seine Minderheitsbeteiligung an einem Gemeinschaftsunternehmen, der BMO, zu veräußern. U. a. über dieses Gemeinschaftsunternehmen war Xella mit den wesentlichen Wettbewerbern verflochten. Entflechtung war u. a. deswegen nicht ausreichend, weil Verflechtungen über andere Unternehmen mit den relevanten Wettbewerbern von Xella bestehen geblieben wären). Vgl. auch B. I. d). Vgl. auch BKartA, Beschl. v. 26.3.2002, B1-187/01 – *Haniel/Fels-Werke*, Tenor Nr. I.1, I.2 (S. 2) sowie S. 29 ff. und BKartA, Beschl. v. 26.3.2002, B1-263/01 – *Haniel/Ytong*, Tenor Nr. I.2 (S. 2) sowie S. 29 ff.

¹³⁹ Vgl. BKartA, Beschl. v. 13.8.2015, B9-48/15 – *WM/Trost*, Tenor Nr. D.1-D.3 (S. 7 f.) und Rn. 340 ff., vgl. auch Rn. 180 ff. (Freigabe mit Nebenbestimmungen, u. a. Ausscheiden der beiden Zusammenschlussbeteiligten jeweils aus ihrer Beschaffungskoope-ration für KFZ-Ersatzteile mit anderen freien Sortimentsgroßhändlern; damit Verringerung des Zuwachses an Verhandlungsmacht gegenüber Herstellern); BKartA, Beschl. v. 15.3.2013, B3-129/12 – *UKHD/KKH Bergstraße*, Rn. 3, 9 (Freigabe, vorab Änderung und Beschränkung eines Kooperationsvertrags der Universitätsklinik mit einem in der öffentlichen Version nicht benannten Krankenhausträger in der Region Heidelberg; in diesem speziellen Fall ausreichend; Kooperationsvertrag betraf u. a. Vereinbarungen zur gegenseitigen Zuweisung von Patienten, Abstimmung zur Aufgabenteilung und über Leistungsportfolios; Umsetzung vor Abschluss des Verfahrens); BKartA, Beschl. v. 13.1.1999, B9-184/98 – *CP Ships/TMM*, Tenor Nr. 1 (S. 1) sowie Rn. 17 ff., 21 ff. (Freigabe unter der Verpflichtung, die Mitgliedschaft in einer Linienkonferenz im Bereich von containerisierten Linienschiffahrtssdiensten zu kündigen).

¹⁴⁰ Vgl. BKartA, Beschl. v. 30.6.2008, B2-333/07 – *Edeka/Tengelmann*, Tenor Nr. I.1.d (S. 3) und S. 136 (Freigabe mit Nebenbestimmungen; Kooperation wäre problematisch gewesen, weil Beschaffungskosten für LEH einen ganz erheblichen Kostenblock darstellen und ein koordinierter Wareneinkauf das Wettbewerbsverhalten der Kooperationspartner auf den Absatzmärkten daher wesentlich mitbestimmt; der damit verbundene Informationsfluss hätte ebenfalls Probleme aufgeworfen).

¹⁴¹ Vgl. BGH, Beschl. v. 20.4.2010, KVR 1/09 – *Phonak/GN Store*, Rn. 89 ff. (juris); aufgehoben BKartA, Beschl. v. 11.4.2007, B3-578/06 – *Phonak/GN Resound*, Rn. 333 ff. („kann im Grundsatz wettbewerbsdämpfenden Technologieaustausch begrenzen“, im konkreten Fall aber abgelehnt).

- 71 Die Trennung von Unternehmensverbindungen kann auch eine Rolle spielen, wenn Verflechtungen mit Unternehmen auf **vor- oder nachgelagerten Märkten** den Zusammenschlussbeteiligten einen besonders guten Zugang zu den Absatz- oder Beschaffungsmärkten sichern. Soweit diese Verflechtungen gekappt werden, kann dies dazu beitragen, die Marktmacht der Zusammenschlussbeteiligten zu verringern (zur Marktöffnung durch die Kündigung langfristiger Verträge mit Lieferanten oder Abnehmern vgl. B.III.3., Rn. 83).¹⁴²

III. Marktöffnende Maßnahmen und andere Verhaltenszusagen

- 72 Bietet sich die Veräußerung eines Unternehmens oder Unternehmensteils nicht an, können die Untersagungsvoraussetzungen in geeigneten Fällen gegebenenfalls auch auf anderem Weg beseitigt werden. In manchen Fällen kann es ausreichen, dass dritten Unternehmen der Marktzutritt eröffnet oder erleichtert wird, z. B. indem ihnen Zugang zu einer wichtigen Infrastruktur eröffnet wird (1.), ihnen Lizenzen für wichtige Technologien erteilt oder Schnittstellen offengelegt werden (2.), den Kunden von langfristigen Verträgen Sonderkündigungsrechte eingeräumt oder langfristige Verträge ausgeschrieben werden (3.). Als Zusagen zur Marktöffnung ungeeignet sind die Stilllegung von Kapazitäten (4.) und die Verpflichtung, sogenannte „Chinese Walls“ zum Schutz der Geschäftsgeheimnisse von Wettbewerbern einzurichten (5.).
- 73 Ob eine marktöffnende Maßnahme ausreichend sein kann, hängt von dem durch den Zusammenschluss im konkreten Fall verursachten **wettbewerblichen Schaden** ab. Fällt durch das geplante Zusammenschlussvorhaben z. B. ein bedeutender und enger Wettbewerber des Erwerbers weg, kann dies in der Regel nur dadurch kompensiert werden, dass eine vergleichbare Marktposition normalerweise durch Veräußerung eines bestehenden Geschäftsbereichs auf einen neuen oder bestehenden Wettbewerber übertragen wird. Werden durch ein Zusammenschlussvorhaben hingegen in erster Linie bereits bestehende Marktzutrittsschranken erhöht, z. B. durch vertikale Integration, können gegebenenfalls marktöffnende Maßnahmen in Betracht kommen, um die durch den Zusammenschluss zu erwartende Wettbewerbsbehinderung zu kompensieren.

¹⁴² In einem Einzelfall sollte die Veräußerung von Verträgen eines Schlachthofs mit Lohnmastbetrieben für Kälber einen vergleichbaren Effekt haben, vgl. BKartA, Beschl. v. 27.12.2010, B2-71/10 – *Van Drie/Al-puro*, Rn. 29 ff., 50 ff., 274 ff. (Ermittlungen zum Zusammenschluss der beiden führenden europäischen Kalbfleischproduzenten ergaben, dass Zugang zu Kälbern, also vor allem zu entsprechenden Aufzuchtkapazitäten, erhebliche Marktzutrittsschranke für Kalbfleischherstellung darstellte).

- 74 Verpflichtungszusagen, die den Marktzutritt erleichtern, müssen eine dauerhafte Strukturänderung herbeiführen.¹⁴³ Ungeeignet sind dagegen Verpflichtungszusagen, die nur eine **vorübergehende Marktöffnung** für Wettbewerber erreichen. Es genügt z. B. nicht, wenn bereits absehbar ist, dass sich die Marktstruktur nach Wegfall der Maßnahme wieder verschlechtern wird. Gleiches gilt für den Fall, dass eine Verpflichtungszusage den Marktzutritt zu einem bestimmten Markt erleichtern soll, die Zusammenschlussparteien über ihre Stellung auf vor- oder nachgelagerten Märkten jedoch weiterhin Marktzutritte auf dem betroffenen Markt erschweren oder verhindern können. Auf dynamischen Märkten sind Verpflichtungszusagen, die nur eine vorübergehende Marktöffnung bewirken, jedoch denkbar, sofern zu erwarten ist, dass die Wettbewerbsbeschränkung nach Ablauf des in der Nebenbestimmung festgelegten Zeitraums dauerhaft beseitigt ist.
- 75 Bei Verhaltenszusagen sind die gleichen Maßstäbe an ihre **Eignung** zu stellen wie bei Veräußerungszusagen. Um das identifizierte Wettbewerbsproblem zu beseitigen, müssen sie also ebenso geeignet, also insbesondere ebenso wirksam sein wie eine Veräußerung eines bestehenden Unternehmens (Veräußerungszusage als Vergleichsmaßstab).¹⁴⁴ Die Zusage muss außerdem erforderlich und angemessen sein (vgl. A.II., Rn. 11).
- 76 Bei der Ausgestaltung von Maßnahmen zur Marktöffnung ist besonders zu beachten, dass keine **dauerhafte Verhaltenskontrolle** zur Durchsetzung der Maßnahme erforderlich werden darf (§ 40 Abs. 3 Satz 2 GWB). Diese Anforderung wurde bereits oben erläutert (vgl. A.III.2., Rn. 26-29).

1. Zugang zu Infrastruktur

- 77 Insbesondere in **netzgebundenen Industrien** und in anderen Industrien mit hohen irreversiblen Kosten („sunk-costs“) sind Fallkonstellationen denkbar, in denen eine marktöffnende Wirkung gegebenenfalls dadurch erreicht wird, dass die Zusammenschlussparteien Dritten den

¹⁴³ Vgl. BGH, Beschl. v. 7.2.2006, KVR 5/05 – *DB Regio/üstra*, Rn. 56 (juris); vgl. zur Fallpraxis des BKartA z. B. BKartA, Beschl. v. 16.11.11, B2-36/11 – *Tönnies/Tummel*, Rn. 291 ff. (Stilllegung von Schlachtkapazitäten nicht ausreichend), zu diesem Fall vgl. B.III.4., Rn. 85.

¹⁴⁴ Vgl. Begründung zur 8. GWB-Novelle, BT-Drs. 17/9852, S. 30. Ähnlich formuliert es die Europäische Kommission in ihrer Mitteilung über Abhilfemaßnahmen, Rn. 61: andere Arten von Verpflichtungen sind akzeptabel, „aber nur, wenn die vorgeschlagene andere Abhilfemaßnahme in ihrer Wirkung einer Veräußerung zumindest gleichwertig ist.“

Zugang zu ihren Infrastrukturkapazitäten gewähren, vorausgesetzt es sind nicht ohnehin entsprechende Regulierungsvorschriften anwendbar.¹⁴⁵

- 78 Wenn das Netz eines vertikal-integrierten Unternehmens ein **natürliches Monopol** darstellt, ist der Netzzugang Dritter eine Voraussetzung für Wettbewerb auf nachgelagerten Märkten. In diesem Fall und in Fällen paralleler Netzinfrastrukturen muss im Einzelfall außerdem sorgfältig geprüft werden, ob der Zugang zum Netzwerk ausreicht, um die Wettbewerbsbedenken zu beseitigen.
- 79 Dies hängt vor allem von dem zusammenschlussbedingten **wettbewerblichen Schaden** ab, der durch die Zusage kompensiert werden soll. Fällt durch den Zusammenschluss ein unabhängiger Netzbetreiber weg, der mit seiner eigenen Infrastruktur mit anderen Netzbetreibern in Wettbewerb treten konnte, wirft das die Frage auf, ob der Netzzugang eines Diensteanbieters diese Wettbewerbsverschlechterung tatsächlich ausgleichen kann. Für diese Einschätzung sind die konkreten Wettbewerbsbedingungen auf dem betroffenen Markt zu beachten. Im Mobilfunkbereich hängt die Fortentwicklung von Produkten entscheidend vom Zugriff auf ein Netzwerk ab, wie ihn nur dessen Eigentümer haben kann. Das Bundeskartellamt war daher im „deutschen Mobilfunkfall“ der EU Kommission Telefónica Deutschland/E-Plus der Auffassung, dass die Veräußerung von Netzwerkkapazitäten als Zusage nicht ausreichte, um die Verengung im deutschen Mobilfunk von vier auf drei Netzbetreiber durch den Zusammenschluss von zwei nahen Wettbewerbern auszugleichen.¹⁴⁶ Im „britischen Mobilfunkfall“ hat die Kommission Zusagen, die u.a. eine Veräußerung von Netzwerkkapazitäten vorsahen, als nicht ausreichend zurückgewiesen.¹⁴⁷ Auch in anderen Märkten ist zu bewerten, ob bereits eine Eröffnung des

¹⁴⁵ Die Praxis des BKartA bezieht sich vor allem auf den Energiebereich, in dem entsprechende Regulierungsvorschriften damals nicht anwendbar waren. Vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 28.5.2001, B8-29/01 – *EnBW/Schramberg*, Tenor Nr. I.A) (S. 2) (Verpflichtung des zu gründenden Gemeinschaftsunternehmens von EnBW und der Stadt Schramberg, als Betreiber des Gasversorgungsnetzes, u. a. anderen Unternehmen das Gasversorgungsnetz für Durchleitungen diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen und Dritten die Herstellung einer physischen Verbindung zum Leitungsnetz an einer Stelle ihrer Wahl zu erlauben); vgl. zu ähnlichen Zusagen z. B. auch BKartA, Beschl. v. 18.5.2001, B8-291/00 – *Trienekens/Stadtwerke Viersen*, Tenor Nr. I.1, I.3 (S. 2).

¹⁴⁶ Darauf hat das Bundeskartellamt in seiner kritischen Stellungnahme an die EU Kommission zum Entscheidungsentwurf im EU-Fall *Telefónica Deutschland/E-Plus* (EU Kommission, COMP/M.7018) für den deutschen Mobilfunkmarkt hingewiesen. Zum deutschen Mobilfunkfall der EU-Kommission siehe allgemein BKartA, Tätigkeitsbericht 2013/2014, S. 42 f., 93.

¹⁴⁷ Europäische Kommission, Entscheidung v. 11.5.2016, COMP/M.7612 – *Hutchison 3G UK/Telefonica UK*, Rn. 2620 ff., 2914 ff.

Zugangs zu der betroffenen Infrastruktur zugunsten eines dritten Anbieters ausreicht, um diesen in die Lage zu versetzen, ein wettbewerbsfähiges Produkt anzubieten. Die Europäische Kommission hat z. B. eine Zugangszusage bei einem Zusammenschluss im Bereich der internationalen Zustellung von kleinen Paketen abgelehnt. Ein wettbewerbsfähiges Angebot setze voraus, dass der Anbieter über ein eigenes europaweites Luftfrachtnetz verfügt, um die Anforderungen für eine Zustellung „Über-Nacht“ gewährleisten zu können.¹⁴⁸

2. Lizenzen und Offenlegung von Schnittstellen

- 80 Die Zusage, Lizenzen zu erteilen, spielt nicht nur eine Rolle im Zusammenhang mit der Veräußerung eines Unternehmens (vgl. B.I.1.b, Rn. 45), wenn mit der Übertragung eines Unternehmens(teils) und einer ausschließlichen Lizenz eine Marktposition übertragen werden kann (vgl. B.I.1.e, Rn. 53), oder im Kontext der Sicherung der Überlebensfähigkeit eines veräußerten Unternehmensbereichs, das aus dem Zielunternehmen herausgelöst werden muss (vgl. B.IV.3., Rn. 96 f.). In Ausnahmefällen kann die Gewährung von Lizenzen auch eine geeignete Zusage sein, wenn sich die Auswirkungen des Zusammenschlusses darauf beschränken, Marktzutrittschranken zu erhöhen und soweit schon die Übertragung einer lizenzierten Technologie – für sich genommen – den **Marktzutritt** eines Wettbewerbers ermöglicht oder entscheidungserheblich erleichtert.¹⁴⁹
- 81 Die Lizenzen müssen **unwiderruflich** und **zeitlich unbefristet** übertragen werden. Sie müssen **diskriminierungsfrei** und in einem **transparenten Verfahren** erteilt werden. Die Lizenzbedingungen müssen so ausgestaltet sein, dass keine sensiblen Informationen an den Lizenzgeber übermittelt werden, soweit es sich bei diesem um einen Wettbewerber handelt. Die Lizenzbedingungen dürfen das Wettbewerbspotential des Lizenznehmers auch nicht aus anderen Gründen behindern, insbesondere darf der Lizenzgeber nicht in die Lage versetzt werden, das Wettbewerbsverhalten des Lizenznehmers zu beeinflussen. Eine fortlaufende Lizenzbeziehung

¹⁴⁸ Vgl. Europäische Kommission, Entscheidung v. 30.1.2013, COMP/M.6570 – *UPS/TNT*, Rn. 1852 ff.; 1949 ff. (Untersagung; Veräußerung von lokalen Filialen von TNT sowie Zugang für den Erwerber zum europaweiten Luftfrachtnetzwerk von UPS als Zusage nicht ausreichend).

¹⁴⁹ Vgl. den ähnlich gelagerten Fall einer einvernehmlichen Beilegung eines Patentstreits BKartA, Beschl. v. 29.5.2002, B4-171/01 – *Getinge/Hereus*, Tenor Nr. I.1 (S. 2) sowie S. 46 f. (Infolge der gütlichen Einigung im Patentstreit konnte der einzige Wettbewerber von Getinge auf dem Markt für OP-Tischsysteme, Trumpf, fortan wesentliche, für den geschäftlichen Erfolg erforderliche Patente für OP-Tische und Zubehör nutzen; der bisher bestehende Restwettbewerb konnte zumindest gesichert werden; wettbewerblicher Schaden des konglomeraten Zusammenschlusses mit einem Hersteller von OP-Leuchtensystemen war somit ausgeschlossen).

zwischen Wettbewerbern kann z. B. im Hinblick auf zukünftige Verhandlungen über die Entgelthöhe Schwierigkeiten aufwerfen. Daher ist die Erteilung einer Lizenz, auch wenn sie die o.g. Bedingungen erfüllt, nicht in jedem Fall als Zusage geeignet.

- 82 Eine ähnliche Rolle wie die Lizenzerteilung kann auch der Zugang zu wichtigem **Know-how** spielen, das keinen Immaterialgüterschutz genießt. Ebenso kann die Offenlegung der notwendigen **Schnittstelleninformationen** wichtiger Software oder Hardware vergleichbare Auswirkungen haben, wenn vertikal nicht integrierte Anbieter ohne Kenntnis der Schnittstellen nicht auf einen vor- oder nachgelagerten Markt zutreten können.¹⁵⁰

3. Langfristige Verträge mit Lieferanten oder Abnehmern

- 83 Langfristige bzw. ausschließliche Verträge können eine Marktzutrittsschranke darstellen, die expandierende und neu in den Markt eintretende Unternehmen davon abhält, Vertragsbeziehungen zu Kunden oder Lieferanten aufzubauen. Die Öffnung von langfristigen Vertragsbeziehungen zu Lieferanten oder Abnehmern kann daher Marktzutrittsschranken senken. In besonders gelagerten Ausnahmefällen kann eine entsprechende Zusage nachteilige Auswirkungen eines Zusammenschlusses kompensieren, der im Wesentlichen Marktzutrittsschranken erhöht, ohne die Marktposition der Zusammenschlussbeteiligten in anderer Weise zu verstärken (siehe nachfolgendes Beispiel). Wenn durch einen Zusammenschluss ein bedeutender Wettbewerber wegfällt, reicht die Absenkung von Marktzutrittsschranken in der Praxis nicht aus, um den damit verbundenen Schaden für den Wettbewerb zu kompensieren. Eine Öffnung kann z. B. erfolgen, indem ein Zusammenschlussbeteiligter verpflichtet wird, einen exklusiven

¹⁵⁰ Vgl. z. B. Europäische Kommission, Entscheidung v. 26.1.2011, COMP/M.5984 – *Intel/McAfee*, Rn. 128 ff., 306 f., 336 ff. Im Kontext der deutschen Fusionskontrolle wäre zusätzlich zu prüfen, ob die Zusagen der Verpflichtung entsprechen, die Unternehmen keiner laufenden Verhaltenskontrolle zu unterwerfen.

Vertriebsvertrag mit einem Vertriebshändler zu kündigen,¹⁵¹ oder seinen langfristig gebundenen Vertragspartnern **Sonderkündigungsrechte** einzuräumen.

BKartA:¹⁵² Liberty Global/KabelBW - Sonderkündigungsrechte

Der Zusammenschluss zwischen den beiden in benachbarten Regionen tätigen Kabelnetzbetreibern Kabel Baden-Württemberg (KabelBW) und Liberty Global (Unitymedia) warf insbesondere hinsichtlich des Wettbewerbs zwischen Netzbetreibern um Gestattungsverträge mit Wohnungsbaugesellschaften Bedenken auf. Bei Gestattungsverträgen handelt es sich um Mehrnutzerverträge zwischen Wohnungswirtschaft und Netzbetreiber zur (leitungsgebundenen) Versorgung mit Fernsehsignalen über Breitbandkabel oder über das Telefonfestnetz (IPTV). Die drei großen regionalen Kabelgesellschaften (KDG, Unitymedia und KabelBW) waren gemeinsam marktbeherrschend. Der Markt wurde u.a. durch langfristige Verträge mit Eigentümern großer Liegenschaften, die eine Mehrzahl von Wohneinheiten umfassten, geprägt. Es bestanden folglich erhebliche Marktzutrittschranken. Nach der Bewertung des Bundeskartellamts hätte der Zusammenschluss die stillschweigende Koordinierung zwischen den regionalen Kabelgesellschaften, ihre Tätigkeit weiterhin auf ihre angestammten Netzgebiete zu beschränken, stabilisiert, u.a. durch eine Verengung des wettbewerbslosen Oligopols der regionalen Kabelgesellschaften auf einem bundesweiten Gestattungsmarkt von drei auf zwei Anbieter. Nach der Bewertung des OLG Düsseldorf waren die räumlichen Märkte enger abzugrenzen, nach dem jeweiligen Netzgebiet der beiden Zusammenschlussbeteiligten. Das Gericht kam auf dieser Grundlage zum Ergebnis, dass der potenzielle Wettbewerber, KabelBW, auf dem regionalen Kabelmarkt im Netzgebiet des Erwerbers Unitymedia durch den Zusammenschluss weggefallen wäre.

Liberty Global gab u.a. die Verpflichtungszusage ab, bestimmten Wohnungsbaugesellschaften für die laufenden Verträge ein unbefristetes und unwiderrufliches Sonderkündigungsrecht einzuräumen, um den Außenwettbewerb zum wettbewerbslosen Oligopol zu stärken. Im Ergebnis war das Kündigungsrecht auf attraktive Gestattungsverträge mit einer großen Zahl von Wohneinheiten und einer ausreichenden Restlaufzeit anwendbar. Das Kündigungsrecht betraf große Gestattungsverträge von Unitymedia bzw. KabelBW mit einer Restlaufzeit von mehr als drei Jahren, die sich auf insgesamt 35 bis 45 Prozent der von den Zusammenschlussbeteiligten versorgten Wohneinheiten bezogen.

Das Bundeskartellamt akzeptierte die Zusage, weil sie (zusammen mit den übrigen zugesagten Maßnahmen) nach seiner Ansicht ausreichte, um die negativen Marktwirkungen durch eine Absenkung der

¹⁵¹ Vgl. BKartA, Beschl. v. 2.6.2005, B3-123/04 – *H&R WASAG/Sprengstoffwerke Gnaschwitz* S. 3, 13 und 33 f. (Zusammenschluss zweier Hersteller industrieller Sprengstoffe. Verfügbarkeit von Sprengstofflagern für Marktstellung von besonderer Bedeutung. Wettbewerbsprobleme wurden in den meisten Regionen durch Veräußerung von Lagern gelöst. In einem Regionalmarkt war das nicht möglich. Hier wurde Beendigung des Mietvertrags über das Sprengstofflager, das im Eigentum eines Sprengstoffhändlers stand, und Kündigung des exklusiven Vertriebsvertrags mit diesem Sprengstoffhändler als Lösung akzeptiert. Die damit verbundene Marktöffnung für andere Hersteller wurde in dieser speziellen Konstellation und im Kontext der besonderen Marktbedingungen als ausreichend eingestuft.) Öffnung von exklusivem Liefervertrag allerdings nicht ausreichend, wenn dieser ohnehin kartellrechtlich angreifbar war, vgl. BKartA, Beschl. v. 22.7.2004, B8-27/04 – *Mainova/AVG*, Rn. 53 (bestehender langfristiger Liefervertrag zwischen dem erwerbenden Energieversorger und dem erworbenen Stadtwerk, Zusage zur teilweisen Öffnung des Vertrags abgelehnt).

¹⁵² Vgl. BKartA, Beschl. v. 15.12.2011, B7-66/11 – *Liberty Global/Kabel BW*; zunächst aufgehoben durch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.8.2013, VI-Kart 1/12 (V) – *Signalmarkt*; anschließend Rücknahme der Beschwerden im laufenden Nichtzulassungsverfahren vor dem BGH; daher ist Beschluss BKartA bestandskräftig.

Marktzutrittsschranken für dritte Anbieter, wie z. B. die Deutsche Telekom, zu kompensieren.¹⁵³ Dagegen kam das OLG Düsseldorf zum Ergebnis, dass die Zusagen nicht ausreichten, um den Wegfall des zukünftigen potenziellen Wettbewerbers, KabelBW, hinreichend wirksam und nachhaltig auszugleichen.¹⁵⁴

- 84 Eine andere Konstellation betrifft den Abschluss langfristiger Verträge durch öffentliche Auftraggeber. Diese können sich im Rahmen einer Zusage dazu verpflichten, Konzessionen oder Versorgungsverträge – im Gegensatz zu ihrer bisherigen Praxis – **öffentlich auszuschreiben** und in einem transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahren über die Zuschlagserteilung zu entscheiden. Das kommt insbesondere in Betracht, wenn die betroffenen Märkte davon geprägt sind, dass ein Wettbewerb „um“ den Markt stattfinden kann, wie z. B. im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs, in dem lediglich in größeren zeitlichen Abständen Marktzugangswettbewerb stattfindet. Diese Zusagen können gegebenenfalls wettbewerbsbeschränkende Wirkungen einer Fusion kompensieren, wenn aus vergaberechtlichen Gründen nicht ohnehin eine Ausschreibungspflicht für die jeweiligen Leistungen besteht.¹⁵⁵ Beispielsweise konnten die Wettbewerbsprobleme durch den Zusammenschluss der DB Regio (Deutsche Bahn) und einer Tochtergesellschaft der Hannoverschen Verkehrsbetriebe (üstra in-talliance) im Bereich des Personennahverkehrs und des Schienenpersonennahverkehrs im Großraum Hannover durch Ausschreibungsverpflichtungen gelöst werden. Die Zusagen sahen

¹⁵³ Vgl. BKartA, Beschl. v. 15.12.2011, B7-66/11 – *Liberty Global/Kabel BW*, Rn. 343 ff. (bestandskräftig).

¹⁵⁴ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.8.2013, VI-Kart 1/12(V) – *Signalmarkt*, Rn. 109 ff. (juris) (nicht rechtskräftig wegen Beschwerderücknahme während der Rechtsbeschwerde). Die Bewertung der Zusagen durch das OLG Düsseldorf beruhte u. a. auf der Einschätzung des Gerichts, dass „aufgrund konkreter Anhaltspunkte mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwarten [war], dass ohne den Zusammenschluss im Prognosezeitraum von 3-5 Jahren [...] potentieller Wettbewerb durch KabelBW [in einem benachbarten Regionalmarkt] künftig entstehen würde.“ Um dies auszugleichen, wäre es notwendig gewesen, dass es durch die Sonderkündigungsrechte „aller Wahrscheinlichkeit nach zu einer Stärkung der aktuellen Wettbewerber von Unitymedia und zur Entstehung eines potenziellen Wettbewerbers tatsächlich kommen [würde].“ (ebd. Rn. 140). Ausreichende Anreize für die Wohnungswirtschaft, von den Kündigungsmöglichkeiten Gebrauch zu machen, sah das OLG nicht. Zudem seien Unitymedia und KabelBW ebenso wie ihre Wettbewerber dazu in der Lage, ihren Kunden nach erfolgter Kündigung neue Vertragsangebote zu unterbreiten (ebd. Rn. 138 ff.). Dagegen stütze sich das BKartA bei der Bewertung der ausgleichenden Verstärkungswirkung – in Bezug auf ein wettbewerbsloses Oligopol in einem bundesweiten Gestattungsmarkt – insbesondere darauf, dass „der Zeitpunkt und die Intensität des vorstoßenden Wettbewerbs durch KabelBW schwer zu prognostizieren ist und erst auf längere Sicht wahrscheinlich erscheint“ und dass sich im sogenannten „counterfactual“, also ohne den Zusammenschluss, „innerhalb der nächsten Jahre [...] nur wenig am Wettbewerbsgeschehen [ändern würde].“ (BKartA, Beschl. v. 15.12.2011, B7-66/11 – *Liberty Global/Kabel BW*, Rn. 306 ff.).

¹⁵⁵ Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die bloße Beachtung vergaberechtlicher Vorschriften keine Verpflichtungszusage darstellt. Vielmehr werden vergaberechtskonforme Ausschreibungen bereits in der wettbewerblichen Beurteilung berücksichtigt. Vgl. BKartA, Beschl. v. 2.12.2003, B9-91/03 – *DB Regio/üstra*, S. 66; bestätigt durch BGH, Beschl. v. 7.2.2006, KVR 5/05 (vgl. A.III.2, Rn. 25). Vgl. zur Ausschreibung im öffentlichen Personennahverkehr auch BKartA, Beschl. v. 3.7.2002, B9-164/01 – *DB AG/Stadt- und Regionalbus Göttingen*, Tenor Nr. II.1 (S. 2 f.), S. 46 ff.

vor, dass die Region Hannover sämtliche von üstra erbrachten Busverkehrsleistungen und sämtliche von der DB Regio in der Region erbrachten Verkehrsleistungen des Schienenpersonennahverkehrs im Rahmen von (europaweiten) öffentlichen Ausschreibungen in einem vorgegebenen Zeitraum vergeben muss.¹⁵⁶

4. Stilllegung von Kapazitäten ungeeignet

- 85 Schließungs- und Stilllegungsverpflichtungen reichen nicht aus, um den Wegfall eines aktiven Wettbewerbers auszugleichen und den Marktanteilszuwachs durch einen Zusammenschluss zu kompensieren. In der Praxis genügen sie auch nicht, um einen neuen Wettbewerber zum Markteintritt zu bewegen. In vielen Fällen beschränkt sich ihre Wirkung darauf, dass sich die im Markt verfügbaren Kapazitäten verringern und sich die **Bezugsalternativen** für Nachfrager verschlechtern. Oft ist zu erwarten, dass Kunden nach Schließung eines Standorts auf andere Standorte desselben Anbieters ausweichen, insbesondere wenn es sich bei den Zusammenschlussbeteiligten um nahe Wettbewerber handelt.¹⁵⁷ Zumeist gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass eine Stilllegung von Kapazitäten das Wettbewerbspotenzial anderer Marktteilnehmer steigern würde. Zudem kann nicht sichergestellt werden, dass die Zusammenschlussparteien nicht im Zuge von unternehmensinternem Wachstum erneut Kapazitäten aufbauen, die in kurzer Zeit die Wiedererlangung der abgegebenen Marktvolumina ermöglichen. Überdies wäre eine Stilllegung von Kapazitäten auch in vielen Fällen als Verpflichtungszusage unzulässig, soweit die Durchsetzung ihrer Einhaltung eine laufende Kontrolle erfordern würde.

BKartA und OLG Düsseldorf: Tönnies/Tummel:¹⁵⁸ Stilllegung von Schlachtkapazitäten

Tönnies ist in Deutschland der führende Schlachter von Sauen. Tönnies beabsichtigte, einen Wettbewerber zu erwerben, den Schlachthof Tummel.¹⁵⁹ Um die zu erwartende Wettbewerbsbehinderung bei der

¹⁵⁶ Vgl. BKartA, Beschl. v. 2.12.2003, B9-91/03 – *DB Regio/üstra*, Tenor und S. 64 ff., insbesondere 67 f. (Dabei war zeitliche Staffelung vorgesehen: mindestens 50 Prozent innerhalb von sechs Jahren und 100 Prozent innerhalb von neun Jahren [üstra] bzw. 30 Prozent innerhalb von drei Jahren und 100 Prozent innerhalb von 9 Jahren [DB Regio]. Die Staffelung diente auch dazu zu vermeiden, in laufende Konzessionsverträge einzugreifen).

¹⁵⁷ Vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 10.1.2007, B9-94/06 – *Praktiker/Max Bahr*, Rn. 181 ff. („Veräußerung bzw. hilfweise Schließung“ von Baumärkten abgelehnt, da Verpflichtung widersprüchlich; ohnehin ist Schließungsverpflichtung nicht geeignet, da Bezugsalternativen wegfallen und Kunden auf andere Baumärkte der Zusammenschlussbeteiligten ausweichen würden. Schließlich Freigabe auf der Grundlage eines modifizierten Zusagenangebots.).

¹⁵⁸ Vgl. BKartA, Beschl. v. 16.11.2011, B2-36/11 – *Tönnies/Tummel*; bestätigt durch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1.7.2015, VI-Kart 8/11 (V), Rn. 196 (juris).

¹⁵⁹ Vgl. BKartA, Beschl. v. 16.11.2011, B2-36/11 – *Tönnies/Tummel*, Rn. 11 ff.

Erfassung von Sauen und dem Absatz von Sauenfleisch zu kompensieren, hatte Tönnies angeboten, am Standort Tummel zeitlich begrenzt keine Sauen zu erfassen bzw. zu schlachten oder die am Standort erfassten Sauen dem Wettbewerber Westfleisch anzubieten, jeweils für rund zwei Jahre. Ein ergänzter Zusagenvorschlag enthielt außerdem die Verpflichtung, Dritten für einen Zeitraum von drei bis fünf Jahren im Rahmen von Lohnschlachtverträgen die Nutzung von Schlachtkapazitäten anzubieten. Das Zielunternehmen Tummel war zum Zeitpunkt der geplanten Veräußerung an Tönnies als Lohnschlachter für den Wettbewerber Westfleisch tätig.¹⁶⁰

Das Bundeskartellamt lehnte diese Zusagenvorschläge als ungeeignet ab. Sie hätten eine dauerhafte Verhaltenskontrolle erfordert und das durch den Zusammenschluss verursachte Wettbewerbsproblem nicht gelöst. Der Wegfall des bisherigen Wettbewerbers Tummel wäre durch eine - zudem zeitlich begrenzte - Lieferverpflichtung zugunsten von Westfleisch, einen Stopp der Sauenschlachtung an diesem Standort oder das Angebot von Lohnschlachtverträgen an Dritte nicht wirksam kompensiert worden. Die zeitlich begrenzten Verpflichtungen zu einem bestimmten Angebots- und Nachfrageverhalten hätten zu keinen strukturellen Änderungen geführt und die Marktbedingungen nicht nachhaltig verändert.¹⁶¹ Das OLG Düsseldorf bestätigte diese Einschätzung.¹⁶²

5. „Chinese Walls“ ungeeignet

- 86 Teilweise werden sogenannte „Chinese Walls“ als Verpflichtungszusagen vorgeschlagen, um sensible Informationen von Wettbewerbern, die in einem Unternehmen vorliegen, von Unternehmenseinheiten abzuschirmen, die auf der gleichen Wertschöpfungsstufe wie die Wettbewerber tätig sind. Das spielt z. B. eine Rolle bei vertikalen Fusionen, wenn ein Unternehmen nach einem Zusammenschluss mit einem seiner Lieferanten Zugang zu **sensiblen Informationen** über andere Kunden dieses Lieferanten erhält, die seine Wettbewerber sind. Der wettbewerbliche Schaden beruht darauf, dass der Geheimwettbewerb einseitig und zu Lasten der Wettbewerber der Zusammenschlussbeteiligten durch diesen Informationszugang eingeschränkt wird.
- 87 In der Praxis des Bundeskartellamts stellen „Chinese Walls“ keine wirksame Zusage dar, weil sie die Strukturverschlechterung durch den Zusammenschluss nicht adressiert und weil sich ihre Umsetzung und Einhaltung nur unzureichend **überwachen** lässt. „Chinese Walls“ sind nicht ausreichend wirksam, weil sie lediglich an Verhaltenspflichten anknüpfen, die keine nachhaltigen Auswirkungen auf die durch den Zusammenschluss veränderten Marktstrukturen haben. Mit einem Wegfall der Geheimhaltungsverpflichtung würde auch ihre etwaige Marktwirkung wieder entfallen. Schließlich würden entsprechende Zusagen eine **laufende Ver-**

¹⁶⁰ Ebd. Rn. 291 ff., 296 ff.

¹⁶¹ Ebd. Rn. 291 ff., 296 ff.

¹⁶² Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1.7.2015, VI-Kart 8/11 – *Tönnies/Tummel*, Rn. 196 (juris).

haltenskontrolle erfordern und wären daher auch aus diesem Grund nicht zulässig. Denn Kontakte und Informationsaustausch innerhalb eines Konzerns sind tägliche Praxis in fast jeder Unternehmensgruppe. Verstöße gegen die oben genannten Geheimhaltungsverpflichtungen lassen sich daher nur sehr schwer identifizieren und unterbinden. Für die betroffenen Unternehmen und die zuständige Kartellbehörde (oder einen beauftragten externen Dritten) ist eine wirksame Kontrolle daher nicht möglich. Außerdem müssten Kontrollmaßnahmen der Behörde zu stark in innerbetriebliche Vorgänge eingreifen und wären daher unverhältnismäßig.

BKartA: Presse Grosso Hamburg¹⁶³ – Zugang zu Verkaufszahlen von Wettbewerbern und „Chinese Walls“

Die beiden Hamburger Presse-Grossisten, Presse Vertrieb Nord (Bauer Verlagsgruppe) und Buch und Presse-Großvertrieb Hamburg (Axel Springer Konzern), planten einen Teil ihrer Tätigkeiten im Presse-Grosso auf ein bestehendes paritätisches Gemeinschaftsunternehmen der beiden Verlagsgruppen zu übertragen. Die beiden Grossisten nahmen von den Verlagen Zeitungen und Zeitschriften entgegen, die für den Einzelverkauf bestimmt waren, stellten sie für jeden Einzelhändler zusammen und verpackten sie (Kommissionierung). Sie verteilten die Waren auf den Presse-Einzelhandel (Auslieferung) und holten die nicht verkauften Exemplare wieder ab und kümmerten sich um die Verwertung (Remission). Diese technischen Logistikfunktionen sollten auf das Gemeinschaftsunternehmen übertragen werden. Die kaufmännischen und administrativen Aufgaben sollten bei den Muttergesellschaften verbleiben.

Das Vorhaben wurde vom Bundeskartellamt nicht nur wegen der horizontalen Aspekte des Falls untersagt. Der Zusammenschluss entzieht die Erbringung der Logistikleistungen dem Wettbewerb zwischen den beiden Anbietern auf dem Presse Grosso-Markt für das Gebiet Hamburg. Außerdem warfen die vertikalen Aspekte des Falls Wettbewerbsprobleme auf. Die Beteiligung an dem Gemeinschaftsunternehmen verschaffte Axel Springer die Möglichkeit, Zugang zu umfassenden Lieferdaten und Remissionsdaten für das Presse Grosso-Gebiet Hamburg zu erhalten, bezogen auf jeden belieferten Einzelhändler. Daraus lassen sich die tatsächlichen Verkaufszahlen ermitteln. Das schloss detaillierte Informationen zu den verkauften Titeln der Wettbewerber von Axel Springer ein, z. B. in Bezug auf die Hamburger Morgenpost. Für Axel Springer bestand damit z. B. die Möglichkeit, in Verkaufsstellen mit stärkeren Absatzzahlen für die „Hamburger Morgenpost“ gezielt verkaufsfördernde Wettbewerbsmaßnahmen für eigene Titel zu ergreifen. Insbesondere auf dem Lesermarkt für Straßenverkaufszeitungen verstärkte der Zusammenschluss daher die marktbeherrschende Stellung der Bildzeitung.

Die Beteiligten boten als Zusage u.a. an sicherzustellen, dass das Gemeinschaftsunternehmen Verkaufsdaten des einen Pressegrossisten nicht an die Unternehmensgruppe des anderen Pressegrossisten weiterleiten würde. Die Zusammenschlussbeteiligten sollten eine entsprechende Informationsübermittlung in einem Gesellschafterbeschluss des Gemeinschaftsunternehmens verbieten. Sie sagten zu, keinen unmittelbaren Zugriff auf die Informationstechnik und Kommunikationssysteme des Gemeinschaftsunternehmens zu haben. Außerdem würden die Zusammenschlussbeteiligten gewährleisten, dass von der Geschäftsleitung und dem Personal die Bedeutung und Aufrechterhaltung der Vertraulichkeit der Ver-

¹⁶³ Vgl. BKartA, Beschl. v. 27.10.2005, B6-86/05 – PVN/Buch und Presse/MSV; aus formellen Gründen aufgehoben durch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.6.2006, VI-Kart 18/05 (V) (kein Zusammenschluss-tatbestand).

kaufsdaten verstanden und gewürdigt werden und dass bei Zuwiderhandlung Strafen verhängt würden.¹⁶⁴ Die Zusagevorschläge wurden vom Bundeskartellamt unter Verweis auf deren mangelnde strukturelle Wirkung und das Erfordernis einer laufenden Verhaltenskontrolle abgelehnt.¹⁶⁵

IV. Ergänzende Nebenpflichten

- 88 Zur nachhaltigen Sicherung der Wirksamkeit von Verpflichtungszusagen kann es erforderlich sein, **vor, während oder nach der Umsetzung** der Kernmaßnahme zusätzlich ergänzende Vorgaben einzuhalten.¹⁶⁶ Bei Veräußerungszusagen sind beispielsweise Regelungen zum Erhalt der Wettbewerbsfähigkeit des Veräußerungsgegenstands während der Veräußerungsperiode (1.) und zur Wahrung der Unabhängigkeit der Geschäftsführung des Veräußerungsgegenstands (2.) notwendig. Außerdem kommen insbesondere folgende weitere Verpflichtungen in Betracht: Die Trennung zentraler Einrichtungen wie IT (3.), der Verzicht auf die Ausübung von Stimmrechten (4.), Rückerbittverbote (5.), Wettbewerbsverbote (6.), Abwerbverbote in Bezug auf Mitarbeiter (7.), Liefer- und Abnahmeverpflichtungen zugunsten des zu veräußernden Unternehmens (8.), sowie sonstige Verpflichtungen (9.).

1. Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit des Veräußerungsgegenstands

- 89 Bis zur Erfüllung der Veräußerungszusagen durch die Zusammenschlussparteien besteht das Risiko, dass das wettbewerbliche Potenzial des zu veräußernden Unternehmens gemindert wird.¹⁶⁷ Im Ergebnis geht es dabei vor allem um die **Wettbewerbsfähigkeit** des Veräußerungsgegenstands. Diese ist eng verknüpft mit seiner **wirtschaftlichen Überlebensfähigkeit, Werthaltigkeit** und **Marktfähigkeit** im Sinne der Veräußerbarkeit, die daher ebenfalls gewährleistet

¹⁶⁴ Vgl. BKartA, Beschl. v. 27.10.05, B6-86/05 – *PVN/Buch und Presse/MSV*, S. 9 f.

¹⁶⁵ Ebd. S. 24 f.

¹⁶⁶ Das Bundeskartellamt setzt regelmäßig Sicherungstreuhänder zur Überwachung der Einhaltung und Umsetzung der sich aus den Nebenbestimmungen ergebenden Verpflichtungen ein (vgl. C.V.1., Rn. 127-148). Wenn Veräußerungsmaßnahmen im Ausnahmefall nicht als aufschiebende, sondern als auflösende Bedingung ausgestaltet wurden, wird zudem ein Veräußerungstreuhänder eingesetzt (vgl. C.V.2. Rn. 149 f.). Zudem kann es erforderlich sein, einen Hold-Separate-Manager zu bestellen (vgl. C.V.3., Rn. 151-155).

¹⁶⁷ Vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 12.3.2013, B3-132/12 – *Asklepios/Rhön*, Rn. 378 (Nach Freigabe mit Nebenbestimmung hat der Erwerber keinen Anreiz mehr, die Markt- und Wettbewerbsfähigkeit des zu veräußernden Krankenhauses und des zu veräußernden medizinischen Versorgungszentrums zu erhalten, daher wurden entsprechende Schutzmaßnahmen vorgesehen).

sein müssen. Alle vier Zielgrößen werden im Folgenden unter dem Oberbegriff Wettbewerbsfähigkeit zusammengefasst, weil es sich dabei im Kontext der Zusagenumsetzung um die wichtigste der vier Zielgrößen handelt.

- 90 Der Veräußerungsprozess, die Übereignung des veräußerten Unternehmens und seine Integration in den Unternehmensverbund des Käufers sind in vielen Fällen mit Unwägbarkeiten und **Risiken** verbunden. Beispielsweise laufen Unternehmen während Veräußerungsphasen oft Gefahr, einen Teil ihrer besonders qualifizierten Mitarbeiter zu verlieren. Kundenbeziehungen können in diesem Zeitraum ebenfalls beeinträchtigt werden. Zudem kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Zusammenschlussbeteiligten einen wirtschaftlichen Anreiz haben könnten, das zu veräußernde Unternehmen – als zukünftigen Wettbewerber – gezielt in seiner Wettbewerbsfähigkeit zu schwächen oder Ressourcen auf das eigene Unternehmen zu übertragen.
- 91 Daher ist es erforderlich, abhängig von der **Fallkonstellation** dem jeweiligen bzw. beiden Zusammenschlussbeteiligten die Verpflichtung aufzuerlegen, das Wettbewerbspotenzial des zu veräußernden Unternehmens in der Übergangszeit zu bewahren.¹⁶⁸ Dieses Schutzbedürfnis existiert vor allem in den folgenden Konstellationen:
- Das veräußerte Unternehmen ist **Teil der Unternehmensgruppe des Erwerbers** des zu untersagenden Zusammenschlusses, z. B. ein Geschäftsbereich oder eine Tochtergesellschaft. Bis zur Veräußerung unterliegt es seinem Zugriff. Das gilt unabhängig von der Ausgestaltung der Zusage als aufschiebende oder als auflösende Bedingung.
 - Kommen die **Veräußerungsgegenstände aus dem Bereich des Veräußerers**, liegt eine vergleichbare Situation vor, wenn ausnahmsweise eine Veräußerungszusage in Form einer auflösenden Bedingung im Einzelfall als ausreichend angesehen wurde. Der Erwerber hat Zugriff auf das veräußerte Unternehmen, sobald der Zusammenschluss vollzogen ist. Die Zugriffsmöglichkeit endet erst, wenn es an einen Dritten veräußert wurde.
 - Soweit ein Bereich des Zielunternehmens im Kontext einer aufschiebenden Bedingung veräußert wird, kann das **Eigeninteresse des Veräußerers** am Werterhalt des Veräußerungsgegenstands (allerdings abhängig von der Vertragsgestaltung) in vielen Fällen ausreichen. Abgesehen von vertraglichen Regelungen zur Risikotragung können

¹⁶⁸ Vgl. BKartA, Mustertext Freigabe eines Zusammenschlussvorhabens mit Nebenbestimmungen (aufschiebende Bedingung), 2005, Klausel B.2 (S. 4)

(http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Mustertexte/Muster%20-%20Aufschiebende%20Bedingung.pdf?__blob=publicationFile&v=4).

Schutzmaßnahmen auch in Situationen notwendig werden, in denen das veräußerte Unternehmen länger als die üblichen drei bis sechs Monate bei dem Veräußerer des Zielunternehmens verbleibt oder wenn begründete Zweifel bestehen, ob der Veräußerer die Wettbewerbsfähigkeit des Veräußerungsgegenstands erhalten wird.

- 92 Der Veräußerungsgegenstand ist hinreichend mit **Kapital, Betriebsmitteln** und **sonstigen Vermögensgegenständen** auszustatten,¹⁶⁹ so dass der Geschäftsbetrieb im bisherigen Umfang fortgesetzt werden kann.¹⁷⁰ Abhängig von den Umständen des Einzelfalls kann es notwendig sein, diese Ressourcen bereits in den Verpflichtungszusagen im Einzelnen zu benennen und zu konkretisieren. Dabei ist grundsätzlich die Ressourcenausstattung zum Zeitpunkt der Anmeldung als Vergleichsmaßstab heranzuziehen.¹⁷¹
- 93 Wenn Unternehmensteile veräußert werden müssen („**Carve-Outs**“) (vgl. B.I.1.c, Rn. 47-50), sind bereits im Vorfeld alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die zu veräußernden Bereiche organisatorisch von den übrigen Unternehmensstrukturen zu trennen.¹⁷² Die Unternehmenseinheit muss funktionsfähig sein und darf nach der Übertragung nicht von dem bisherigen Unternehmensverbund abhängig sein. Um dieses Ergebnis zu erreichen, kann es notwendig sein, zusätzliche Sicherungsmaßnahmen zu ergreifen (vgl. B.IV.3., Rn. 96 f., B.IV.8., Rn. 103-105) und den auszugliedernden Unternehmensbereich vor der Veräußerung in eine eigenständige, neue Gesellschaft zu überführen.¹⁷³

¹⁶⁹ Diese Anforderung findet Anwendung, wenn ein ganzes Unternehmen oder wesentliche Unternehmensteile (z. B. ein Geschäftsbereich) veräußert werden. Sie gilt nicht, wenn ausnahmsweise die Veräußerung einer Lizenz ausreicht.

¹⁷⁰ Vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 13.8.2015, B9-48/15 – *WM/Trost*, Tenor Nr. B.1.1 (S. 5); BKartA, Beschl. v. 25.4.2014, B6-98/13 – *Funke/Springer*, Tenor Nr. B.1 (S. 7); BKartA, Beschl. v. 3.2.2012, B3-120/11 – *OEP/Linpac*, Tenor B.1.1-B.1.5 (S. 7 f.); BKartA, Beschl. v. 17.2.2009, B2-46/08 – *Nordzucker/Danisco*, Rn. 19; BKartA, Beschl. v. 18.7.2008, B5-84/08 – *Stihl/ZAMA*, Tenor Nr. 2.1 (S. 5).

¹⁷¹ Vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 12.3.2013, B3-132/12 – *Asklepios/Rhön*, Tenor B.1.1 (S. 6); BKartA, Beschl. v. 3.2.2012, B3-120/11 – *OEP/Linpac*, Tenor B.1, B.2 (S. 7 ff.).

¹⁷² Vgl. BKartA, Mustertext Freigabe eines Zusammenschlussvorhabens mit Nebenbestimmungen (aufschiebende Bedingung), 2005, Klausel B.1, B.2 (Textalternative Carve out) (S. 4 f.).

¹⁷³ Vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 24.1.2005, B4-227/04 – *Smith Group/MedVest*, Tenor 1.1 (S. 2) (Bedingung für Freigabe: Veräußerung des weltweiten Geschäfts für invasive Blutdruckmessung des Erwerbers, Smith; Verpflichtung alle materiellen und immateriellen Vermögenswerte dieses Geschäftsbereichs zunächst in eine separate Gesellschaft einzubringen).

2. Unabhängigkeit der Geschäftsführung des Veräußerungsgegenstands

- 94 Maßnahmen zur Gewährleistung einer unabhängigen Geschäftsführung des zu veräußernden Unternehmens sind in den oben genannten Fallkonstellationen regelmäßig erforderlich (vgl. B.IV.1., Rn. 91).¹⁷⁴
- 95 Der Geschäftsführer und andere mit unternehmensstrategischen oder anderen wichtigen operativen Aufgaben betraute Mitarbeiter des zu veräußernden Unternehmens dürfen keine **Funktionen** in den beim Zielunternehmen oder Erwerber (des „ersten“ Zusammenschlusses) verbleibenden Geschäftsbereichen ausüben.¹⁷⁵ Gegenüber diesen Unternehmen muss das genannte Führungspersonal (sowie andere Mitarbeiter) außerdem frei von **Berichtspflichten** sein.¹⁷⁶ Weitergehende gesellschaftsrechtliche Auskunftsansprüche der o.g. Unternehmen, z. B. nach § 51a GmbH-Gesetz, dürfen in dem relevanten Zeitraum nicht ausgeübt werden. Zulässig ist lediglich die Übermittlung der für die Erstellung der Handelsbilanzen notwendigen aggregierten Angaben. Das gleiche gilt für die Erfüllung anderer vergleichbarer gesetzlich vorgesehener Berichtspflichten.¹⁷⁷ Die Übermittlung dieser Informationen hat über den Sicherungstreuhänder (vgl. C.V.1., Rn. 129) zu erfolgen. Soweit notwendig ist die Geschäftsführung an einen unabhängigen „Hold-Separate-Manager“ zu übertragen (vgl. C.V.3., Rn. 153). Soweit die Zusammenschlussbeteiligten planen, mit sogenannten „clean teams“ zu arbeiten, die einen weitergehenden Zugang zu Informationen haben würden, sollten die geplanten Aufgaben und Befugnisse der clean teams und die Ausgestaltung der Sicherungsmechanismen zum Schutz von wettbewerblich sensiblen Informationen vorab mit dem Bundeskartellamt abgestimmt werden. Es muss ausgeschlossen werden, dass damit unzulässige Vollzugshandlungen oder Teilvollzugsschritte verbunden sind.

¹⁷⁴ Für den Fall des Carve-Out vgl. BKartA, Mustertext Freigabe eines Zusammenschlussvorhabens mit Nebenbestimmungen (aufschiebende Bedingung), 2005, B.1.2 (Textalternative Carve-Out) (S. 5) (http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Mustertexte/Muster%20-%20Aufschiebende%20Bedingung.pdf?__blob=publicationFile&v=4).

¹⁷⁵ Vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 7.6.2004, B4-7/04 – *Henry Schein/Demedis, EDH*, Tenor Nr. 4.1 (S. 4).

¹⁷⁶ Vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 12.3.2013, B3-132/12 – *Asklepios/Rhön*, Tenor Nr. B.1.2 (S. 6 f.), (Sicherstellung durch Asklepios, dass keine wettbewerbsrelevanten Informationen von den Mitarbeitern der zu veräußernden Harzkllinik Goslar und des zu veräußernden medizinischen Versorgungszentrums in Goslar an Asklepios übermittelt werden); BKartA, Beschl. v. 17.2.2009, B2-46/08 – *Nordzucker/Danisco*, Rn. 21. Für den Fall des Carve-Out vgl. BKartA, Mustertext Freigabe eines Zusammenschlussvorhabens mit Nebenbestimmungen (aufschiebende Bedingung), 2005, B.1.3 (S. 3 f.).

¹⁷⁷ Vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 13.8.2015, B9-48/15 – *WM/Trost*, Tenor Nr. B.1.3 (S. 6); BKartA, Beschl. v. 3.2.2012, B3-120/11 – *OEP/Linpac*, Tenor Nr. B.1.3 (S. 8) (in beiden Fällen „gesetzliche Berichtspflichten“).

3. Trennung zentraler Einrichtungen wie IT

- 96 Wenn ein Unternehmen aus dem Bereich des Erwerbers veräußert wird, sind in vielen Fällen zentrale Einrichtungen vom Veräußerungsgegenstand **personell, organisatorisch und technisch** zu trennen.¹⁷⁸ Dabei muss die Funktionsfähigkeit des zu veräußernden Unternehmens erhalten bleiben (vgl. B.I.1.c, Rn. 47-50, B.I.1.f, Rn. 54). Wird ein Unternehmen aus dem Bereich des Zielunternehmens veräußert, sind die genannten Trennungsmaßnahmen jedenfalls dann erforderlich, wenn eine auflösende Bedingung im Ausnahmefall als Zusage akzeptiert wurde. Die Trennung wird in diesem Fall erforderlich, sobald das Zielunternehmen übertragen wird, d. h. sobald der erste Zusammenschluss vollzogen wird.
- 97 Für zentrale IT-Einrichtungen ist in den genannten Konstellationen regelmäßig eine Trennung notwendig.¹⁷⁹ Die informationstechnische Infrastruktur und Datenverarbeitung sind so zu trennen, dass der Erwerber (aus dem zu untersagenden Zusammenschluss) keinen Zugriff auf **Geschäftsgeheimnisse** und andere wettbewerbsrelevante Daten, wie beispielsweise aktuelle Preis- und Kosteninformationen des veräußerten Unternehmens, behält bzw. erlangen kann. Außerdem müssen alle personellen und sonstigen Ressourcen auf den Veräußerungsgegenstand übertragen werden, die für den Erhalt der Wettbewerbsfähigkeit erforderlich sind, z. B. Lizenzen für den Einsatz von Spezialsoftware und Personal, das mit der Bedienung der Software vertraut ist.

BKartA: Nordzucker/Danisco¹⁸⁰ - Produktionskritische Software

Der Erwerb des Wettbewerbers Danisco durch Nordzucker wurde unter der aufschiebenden Bedingung freigegeben, dass der Produktionsstandort Anklam an einen geeigneten Erwerber veräußert würde. Außerdem enthielten die Nebenbestimmungen unter anderem die Verpflichtung, nach der Veräußerung sämtliche IT-Einrichtungen und -Systeme, die vom Zielunternehmen und dem veräußerten Unternehmensteil gemeinsam genutzt wurden, innerhalb eines Jahres zu trennen (ausgestaltet als auflösende Bedingung). Es war auch vorgesehen, dass alle für den reibungslosen Geschäftsbetrieb erforderlichen Daten vor der Trennung auf den Geschäftsbereich übertragen werden mussten. Zudem musste das Zielunternehmen gewährleisten, dass der zu veräußernde Geschäftsbereich sämtliche für seinen Geschäftsbetrieb erforderlichen IT-Leistungen mindestens in dem vor seiner Veräußerung bestehenden Umfang

¹⁷⁸ Vgl. BKartA, Mustertext Freigabe eines Zusammenschlussvorhabens mit Nebenbestimmungen (aufschiebende Bedingung), 2005, B.1.4 (S. 4)

(http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Mustertexte/Muster%20-%20Aufschiebende%20Bedingung.pdf?__blob=publicationFile&v=4).

¹⁷⁹ Vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 12.3.2013, B3-132/12 – *Asklepios/Rhön*, Tenor Nr. B.1.3 (S. 7); BKartA, Beschl. v. 23.2.2005, B10-122/04 – *Remondis/RWE Umwelt*, Tenor Nr. B.3.2 (S. 9); BKartA, Beschl. v. 17.8.2004, B7-65/04 – *GE/InVision*, Tenor Nr. B.1.2 (S. 3); BKartA, Beschl. v. 7.6.2004, B4-7/04 – *Henry Schein/Demedis, EDH*, Tenor Nr. 4.3 (S. 4 f.).

¹⁸⁰ BKartA, Beschl. v. 17.2.2009, B2-46/08 – *Nordzucker/Danisco*, Rn. 20, 377.

selbständig und unabhängig durchführen könne. Im Einklang mit den Vorgaben aus den Nebenbestimmungen wurde außerdem ein Sicherungstreuhänder eingesetzt, der die Separierung der IT überwachte.

Im Hinblick auf die verwendete Standardsoftware verlief die IT-Trennung reibungslos. Als problematisch erwies sich, dass Software aus dem Bereich des Produktionsmanagements des Zielunternehmens über mehrere Jahre hinweg weiterentwickelt worden war. Außerdem lag keine Dokumentation zu den Weiterentwicklungen vor. Der ursprüngliche Anbieter der Software, ein externes Software-Unternehmen, war aufgrund dieser erheblichen Änderungen nicht dazu in der Lage, die Software an die neuen Gegebenheiten des veräußerten Unternehmensteils anzupassen. Die IT-Fachleute des Zielunternehmens, die eine Anpassung der Software hätten vornehmen können, hatten nach Angaben des Zielunternehmens zwischenzeitlich den Arbeitgeber gewechselt. Im Ergebnis wurde ein Software-Dienstleister gefunden, der auf der Basis einer Standardsoftware eine individuelle Lösung für den veräußerten Unternehmensteil erarbeiten und die vom Zielunternehmen weiterentwickelte Software ersetzen konnte. Eine Abhängigkeit von den Zusammenschlussbeteiligten für den Betrieb oder die Wartung der Software bestand dann nicht mehr. Da die Verpflichtungen zur IT-Separierung eingehalten wurden, trat die auflösende Bedingung nicht ein und die Freigabe blieb wirksam.

4. Ausübung von Stimmrechten

- 98 Wenn es sich bei dem Veräußerungsgegenstand um eine Gesellschaft handelt, ist es regelmäßig erforderlich, die Unabhängigkeit der Gesellschaft von den Zusammenschlussbeteiligten in den oben genannten Fallkonstellationen (vgl. B.IV.1., Rn. 91) zu sichern, indem die Ausübung der Stimmrechte weisungsfrei auf einen **Sicherungstreuhänder** übertragen wird.¹⁸¹ Soweit innerhalb der Veräußerungsfrist von der Gesellschafterversammlung bzw. der Hauptversammlung oder anderen Unternehmensgremien (z. B. Beiräten) Entscheidungen zu treffen sind, werden die Stimmrechte vom Sicherungstreuhänder ausgeübt.¹⁸² Der Sicherungstreuhänder hat sich dabei in erster Linie an der Zielsetzung zu orientieren, dass die Wettbewerbsfähigkeit der zu veräußernden Gesellschaft erhalten bleibt bzw. fortentwickelt wird. Unter Umständen kann in besonders gelagerten Ausnahmefällen auch eine Ausübung der Stimmrechte durch Mitgesellschafter während der relevanten Übergangszeit in Betracht kommen.¹⁸³

¹⁸¹ Vgl. BKartA, Mustertext Freigabe eines Zusammenschlussvorhabens mit Nebenbestimmungen (aufschiebende Bedingung), 2005, D.5 (S. 8)

(http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Mustertexte/Muster%20-%20Aufschiebende%20Bedingung.pdf?__blob=publicationFile&v=4).

¹⁸² Vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 25.9.2008, B1-190/08 – *Strabag/Kirchner*, Rn. 15; BKartA, Beschl. v. 8.6.2006, B4-29/06 – *Telecash/GZS*, Rn. 21; BKartA, Beschl. v. 8.3.2006, B10-90/05 – *AKK GmbH/AKK Verein*, Tenor Nr. C.1 (S. 4), Rn. 60; BKartA, Beschl. v. 17.8.2004, B7-65/04 – *GE/InVision*, Tenor Nr. E.2.1 (S. 6).

¹⁸³ Vgl. BKartA, Beschl. v. 26.11.2001, B10-131/01 – *Trienekens/Remex*, Tenor Nr. 3a, Rn. 130 f. (Verpflichtung der Zusammenschlussparteien, die Stimmrechte für bestimmte Gesellschaften ruhen zu lassen und diese, sollte es für die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft notwendig sein, vollständig auf die Mitgesellschafter zu übertragen).

5. Rückerwerbsverbote

- 99 Im Zusammenhang mit Veräußerungsmaßnahmen werden Rückerwerbsverbote als Auflage in die Nebenbestimmungen aufgenommen. Hierdurch soll verhindert werden, dass die Zusammenschlussbeteiligten nach Vollzug des Zusammenschlusses den Zustand wieder herstellen, der durch die Nebenbestimmung verhindert oder beseitigt werden sollte.¹⁸⁴ Ihre Laufzeit erstreckt sich in der bisherigen Fallpraxis des Bundeskartellamtes üblicherweise auf **fünf Jahre**.¹⁸⁵

6. Wettbewerbsverbote

- 100 Veräußerungszusagen müssen in Einzelfällen mit einem zeitlich beschränkten Wettbewerbsverbot für die Zusammenschlussbeteiligten verbunden werden, um sicherzustellen, dass die Marktposition durch die Veräußerung tatsächlich übertragen wird.¹⁸⁶ Normalerweise ist eine Dauer von mehr als **zwei Jahren** (drei Jahren bei Übertragung von Know-how) nicht erforderlich und würde auch den kartellrechtlich zulässigen Rahmen überschreiten.¹⁸⁷

¹⁸⁴ Vgl. BKartA, Mustertext Freigabe eines Zusammenschlussvorhabens mit Nebenbestimmungen (aufschiebende Bedingung), 2005, C.2 (S. 6)

(http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Mustertexte/Muster%20-%20Aufschiebende%20Bedingung.pdf?__blob=publicationFile&v=4); z. B. BKartA, Beschl. v. 30.6.2008, B2-333/07 – *Edeka/Tengelmann*, 3. Teil § 2 B., S. 138.

¹⁸⁵ Vgl. z. B. (alle mit Laufzeit von 5 Jahren) BKartA, Beschl. v. 13.8.2015, B9-48/15 – *WM/Trost*, Tenor Nr. C.2 (S. 7); BKartA, Beschl. v. 3.2.2012, B3-120/11 – *OEP/Linpac*, Tenor Nr. C.2 (S. 9); BKartA, Beschl. v. 27.12.2010, B2-71/10 – *Van Drie/Alpuro*, Tenor Nr. 2a sowie Rn. 279 f.; BKartA, Beschl. v. 30.4.2010, B8-109/09 – *RWE/EV Plauen, SW Lingen, SW Radevormwald*, Tenor Nr. II.2 (S. 3); BKartA, Beschl. v. 8.5.2019, B8-32/09 – *Shell Deutschland/Lorenz Mohr*, Tenor Nr. II. (S. 2), Rn. 79 f. (neben Rückerwerbsverbot auch Verbot eines Pachtvertrags oder eines Markenpartnervertrags in Bezug auf die betroffene Tankstelle); BKartA, Beschl. v. 9.3.2009, B1-243/08 – *Werhahn/Norddeutsche Mischwerke*, Rn. 18; BKartA, Beschl. v. 17.2.2009, B2-46/08 – *Nordzucker/Danisco*, Rn. 32; BKartA, Beschl. v. 25.9.2008, B1-190/08 – *Strabag/Kirchner*, Rn. 22 f.; BKartA, Beschl. v. 5.12.2007, B9-125/07 – *Globus/Distributa*, Tenor Nr. 2.3 (S. 5); BKartA, Beschl. v. 8.2.2007, B5-1003/06 – *Atlas Copco/ABAC*, Rn. 39; BKartA, Beschl. v. 29.9.2006, B1-169/05 – *FIMAG/Züblin*, Rn. 20; BKartA, Beschl. v. 19.9.2006, B1-186/06 – *Strabag/Deutag*, Rn. 20; BKartA, Beschl. v. 22.8.2005, B1-29/05 – *Werhahn/Norddeutsche Mischwerke*, Rn. 19. In Ausnahmefällen kann ein längeres oder kürzeres Rückerwerbsverbot in Betracht kommen, vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 16.1.2007, B6-510/06 – *Weltbild/Hugendubel*, Tenor Nr. 5.A) (S. 4), S. 50 (4 Jahre); BKartA, Beschl. v. 10.01.2007, B9-94/06 – *Praktiker/Max Bahr*, Tenor Nr. 2.3 (10 Jahre).

¹⁸⁶ Vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 25.2.1999, B9-164/98 – *Habet/Lekkerland*, Tenor Nr. 1c, S. 25 (6 Monate).

¹⁸⁷ Vgl. Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. 2005/C56/03, Rn. 20: „Wird zusammen mit dem Unternehmen sowohl der Geschäftswert als auch das Know-how übertragen, sind Wettbewerbsverbote bis zu drei Jahren gerechtfertigt. Wird nur der Geschäftswert übertragen, verkürzt sich dieser Zeitraum auf höchstens zwei Jahre.“

101 Beispielsweise war es bei Zusammenschlüssen in den Bereichen Lebensmitteleinzelhandel und Getränkeeinzelhandel notwendig, dass sich die Zusammenschlussbeteiligten verpflichtet haben, in der unmittelbaren räumlichen Nähe der zu veräußernden Standorte in einem begrenzten Zeitraum keine eigenen Standorte zu eröffnen.¹⁸⁸ Anderenfalls hätte der Veräußerer seine alte Marktposition rasch wiedererlangen und damit die Nebenbestimmung entwerfen können. Bei einem Zusammenschluss von zwei Anbietern von Geldtransportdienstleistungen bezog sich das Wettbewerbsverbot auf bestimmte Kunden, mit denen Dienstleistungsverträge bestanden, die als Teil des Veräußerungsgegenstands an einen dritten Erwerber übertragen werden mussten.¹⁸⁹

7. Abwerbeverbote

102 Um das Wettbewerbspotenzial des Veräußerungsgegenstands abzusichern, kann es erforderlich sein, Abwerbeverbote für wichtige Mitarbeiter (**Schlüsselpersonal**) vorzusehen.¹⁹⁰ Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der wirtschaftliche Erfolg des Veräußerungsgegenstands maßgeblich mit den Fähigkeiten, dem Know-how, den Kontakten oder der Reputation bestimmter Mitarbeiter verbunden ist. In diesen Konstellationen würde eine Abwerbung durch die Zusammenschlussbeteiligten dazu führen, dass wesentliches Wettbewerbspotenzial auf diese zurück übertragen und dem Erwerber wieder entzogen würde. Soweit zwischen den Zusammenschlussparteien und ihren Mitarbeitern arbeitsvertraglich ein Wettbewerbsverbot für den Fall eines Arbeitgeberwechsels vereinbart wurde, kann es in manchen Konstellationen –

¹⁸⁸ Vgl. BKartA, Beschl. v. 28.10.2010, B2-52/10 – *Edeka/Trinkgut*, Tenor Nr. I.2. (zwei Jahre); BKartA, Beschl. v. 30.6.2008, B2-333/07 – *Edeka/Tengermann*, Tenor Nr. 2a sowie S. 138.

¹⁸⁹ Vgl. BKartA, Beschl. v. 18.7.2013, B4-18/13 – *Prosegur/Brink's*, Tenor Nr. 2a sowie Rn. 325 ff. (zwei Jahre).

¹⁹⁰ Vgl. BKartA, Mustertext Freigabe eines Zusammenschlussvorhabens mit Nebenbestimmungen (aufschiebende Bedingung), 2005, C.3 (S. 6)

(http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Mustertexte/Muster%20-%20Aufschiebende%20Bedingung.pdf?__blob=publicationFile&v=4); aus der Fallpraxis vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 17.2.2009, B2-46/08 – *Nordzucker/Danisco*, Rn. 31 (fünf Jahre); BKartA, Beschl. v. 8.2.2007, B5-1003/06 – *Atlas Copco/ABAC*, Rn. 40 (zwei Jahre); BKartA, Beschl. v. 15.3.2005, B4-227/04 – *Smith Group/MedVest*, Tenor Nr. I.4.4 (zwei Jahre); BKartA, Beschl. v. 23.2.2005, B10-122/04 – *Remondis/RWE Umwelt*, Tenor Nr. B.5.3 (zwei Jahre).

abhängig von der Ausgestaltung der Transaktion – ferner erforderlich sein, dass die Zusammenschlussparteien auf die Rechte aus diesem arbeitsvertraglichen Wettbewerbsverbot verzichten.¹⁹¹

8. Liefer- und Abnahmeverpflichtungen

- 103 In manchen Fällen ist der Veräußerungsgegenstand vom Zugang zu Vorleistungen oder bestimmten Rohstoffen **abhängig**, die nicht kurzfristig von einem Dritten bezogen werden können. Schwierigkeiten können insbesondere für neu in den Markt eintretende Unternehmen bestehen. In diesen Konstellationen ist es notwendig, den Erwerber durch eine zeitlich befristete Lieferverpflichtung der betroffenen Zusammenschlussbeteiligten abzusichern.¹⁹² Die Belieferungsverpflichtung muss die notwendige Übergangszeit abdecken, bis der Erwerber voraussichtlich zu einer von den Zusammenschlussbeteiligten unabhängigen Lieferquelle wechseln kann. Andernfalls wäre die Kontinuität der Leistungserstellung und damit auch die Marktposition des Veräußerungsgegenstands gefährdet. Die Dauer der Lieferverpflichtung muss außerdem zeitlich beschränkt sein. Andernfalls würde die Wettbewerbskraft des Erwerbers durch eine längerfristige Abhängigkeit von den Zusammenschlussbeteiligten geschwächt. Aus diesem Grund ist normalerweise eine Belieferungspflicht der Zusammenschlussbeteiligten

¹⁹¹ Vgl. BKartA, Mustertext Freigabe eines Zusammenschlussvorhabens mit Nebenbestimmungen (aufschiebende Bedingung), 2005, C.4 (S. 6)

(http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Mustertexte/Muster%20-%20Aufschiebende%20Bedingung.pdf?__blob=publicationFile&v=4); aus der Fallpraxis vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 18.7.2008, B5-84/08 – *STIHL/ZAMA*, Tenor Nr. I.3.5.

¹⁹² Vgl. BKartA, Mustertext Freigabe eines Zusammenschlussvorhabens mit Nebenbestimmungen (aufschiebende Bedingung), 2005, C.1 (S. 6)

(http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Mustertexte/Muster%20-%20Aufschiebende%20Bedingung.pdf?__blob=publicationFile&v=4).

von **höchstens einem Jahr** akzeptabel.¹⁹³ Im Kontext von Zusagen sind längere Belieferungspflichten nur in Ausnahmekonstellationen zulässig.¹⁹⁴ Die kartellrechtlich zulässige maximale Dauer von Belieferungspflichten als Nebenabreden von bis zu fünf Jahren, wie von der Europäischen Kommission in ihrer Bekanntmachung akzeptiert,¹⁹⁵ geht in den allermeisten Fällen deutlich über den Zeitraum hinaus, der im Rahmen einer wirksamen Zusage möglich ist. Die Zusage muss die Untersagungs Voraussetzungen beseitigen, daher sind die Anforderungen höher als bei der kartellrechtlichen Zulässigkeit von Liefer- und Abnahmeverpflichtungen als Nebenabrede zu einem unproblematischen Zusammenschluss.

- 104 Eine vergleichbare Situation kann auftreten, wenn der Veräußerungsgegenstand in seiner Wettbewerbsfähigkeit **von dritten Lieferanten** abhängig ist.¹⁹⁶ Abhängig von der Struktur der Transaktion sind diese nicht verpflichtet, einer Übernahme der bestehenden Lieferverträge, die mit einem Zusammenschlussbeteiligten abgeschlossen worden waren, durch den Erwerber zuzustimmen. Selbst wenn die Gesellschaft veräußert wird, die Vertragspartner des Lieferanten ist, und der Vertrag grundsätzlich fortbesteht, kann dieser gegebenenfalls change-of-control Klauseln enthalten, die dem Lieferanten eine Kündigungsmöglichkeit einräumen. Dies ist bei der Prüfung, ob eine Veräußerungszusage im konkreten Fall geeignet ist, zu berücksichtigen.

¹⁹³ Vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 25.4.2014, B6-98/13 – *Funke/Springer*, Tenor Nr. C.1. sowie Rn. 355 (für Übergangszeit von bis zu einem Jahr Belieferung mit Programmvorschaueinheiten für die veräußerten Programmzeitschriften durch Funke; Zugang zu strukturierten Programmdateien des Veräußerers erforderlich, da Erwerber Übergangszeit benötigte, um selbst die zur Herstellung notwendige Organisationseinheit zu schaffen); BKartA, Beschl. v. 17.2.2009, B2-46/08 – *Nordzucker/Danisco*, Rn. 29 (Belieferung mit in Anklam nicht produzierten Zuckersorten für bis zu einem Jahr); BKartA, Beschl. v. 8.2.2007, B5-1003/06 – *Atlas Copco/ABAC*, Tenor Nr. I.2(2) b (Zugang zu den Einkaufsverträgen des zu veräußernden Geschäftsbereichs im Bereich der Produktion und Verpackung von öleingespritzten Schraubenkompressoren zu den bisherigen Konditionen für zwei Jahre); BKartA, Beschl. v. 15.3.2005, B4-227/04 – *Smith Group/MedVest*, Tenor Nr. I.1.2 (Belieferung des zunächst in eine separate Gesellschaft ausgliedernden und später zu veräußernden Geschäftsbereichs mit erforderlichen Komponenten für invasive Blutdruckmessung-Sets, bis der ausgliedernde Geschäftsbereich selbst Bezugsverträge zu den üblichen Konditionen abgeschlossen hat).

¹⁹⁴ Vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 18.7.2008, B5-84/08 – *Stihl/Zama*, Tenor Nr. I.3.1 sowie Rn. 71 (fünf Jahre).

¹⁹⁵ Vgl. Europäische Kommission, Bekanntmachung über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. 2005/C56/03, Rn. 33.

¹⁹⁶ Vgl. Europäische Kommission, COMP/M.6286 – *Südzucker/EDFM*, Rn. 734 ff., 772 ff. (Auf den Erwerber der zu veräußernden italienischen Zuckerraffinerie sollten möglichst drei Lieferverträge für Rohrohrzucker übergehen; für den Fall der Nichtbelieferung müssen die Zusammenschlussbeteiligten die Belieferung auf andere Art und Weise sicherstellen).

105 In Ausnahmefällen kann es auch erforderlich sein, den betroffenen Zusammenschlussbeteiligten umgekehrt vorübergehend eine **Abnahmeverpflichtung** für die Güter und Leistungen des Veräußerungsgegenstands aufzuerlegen,¹⁹⁷ wenn dieser bei Veräußerung von den Zusammenschlussbeteiligten als Kunden abhängig ist.

9. Sonstige Verpflichtungen

106 Den Zusammenschlussbeteiligten können weitere Verpflichtungen auferlegt werden, die eine Voraussetzung für eine wirksame Übertragung des Wettbewerbspotenzials des Veräußerungsgegenstands auf einen Erwerber sind. Beispielsweise können insbesondere **Schulungsverpflichtungen** erforderlich werden, sofern spezielles Know-how auf den Erwerber übertragen werden muss.¹⁹⁸ Die **Überlassung** von geeignetem **Personal** für eine Übergangszeit kann eine andere Möglichkeit sein, einen erforderlichen Know-how-Transfer sicherzustellen.

C. Verfahrensfragen

107 Im Folgenden werden die wichtigsten Verfahrensfragen im Zusammenhang mit dem Angebot und der Umsetzung von Zusagen behandelt. Bei allen Zusagenangeboten ist hervorzuheben, dass eine **frühzeitige und umfassende Kooperation** der Zusammenschlussbeteiligten für eine erfolgreiche Zusagenlösung erforderlich ist. Das liegt im Interesse sowohl des Bundeskartellamts als auch der Zusammenschlussbeteiligten. Letztere unterliegen insofern besonderen Mitwirkungspflichten, als die Unterbreitung von Zusagenangeboten Ausfluss ihrer Befugnis ist, über die Ausgestaltung des Zusammenschlussvorhabens zu entscheiden, und damit ihrer Sphäre zuzurechnen ist (vgl. A.II., Rn. 9).

¹⁹⁷ Vgl. BKartA, Beschl. v. 17.2.2009, B2-46/08 – *Nordzucker/Danisco*, Rn. 30, 367 (Übernahme der Zuckersparte von Danisco durch Nordzucker wurde unter der aufschiebenden Bedingung freigegeben, dass der deutsche Produktionsstandort Anklam veräußert wird; zusätzlich Abnahmeverpflichtung für Nordzucker in Bezug auf dort produziertes Nebenprodukt Bioethanol für Übergangszeit von etwa sechs Jahren, weil wichtige Voraussetzung für die Wirtschaftlichkeit der Zuckerfabrik; Wettbewerbsprobleme gab es im Bereich Bioethanol nicht).

¹⁹⁸ Vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 27.9.2001, B4-69/01 – *Dentsply/Degussa*, Tenor Nr. I.1 (S. 2) (Veräußerung einer Produktlinie im Bereich von Verblendkeramik; in diesem Zusammenhang Verpflichtung zur Abgabe eines Angebots über ein zweiwöchiges technisches Training für die Herstellung dieser Verblendkeramik durch Dentsply gegenüber dem Erwerber); vgl. auch BKartA, Beschl. v. 3.2.2012, B3-120/11 – *OEP/Linpac*, Tenor Nr. A.2.4 (S. 4).

108 Zunächst werden der Zeitpunkt (I.) und die Anforderungen an Text und Inhalt von Zusagenangeboten behandelt (II.). Bei der Bewertung der Zusagenangebote durch das Bundeskartellamt können Informationen und Einschätzungen von dritten Marktteilnehmern eine wichtige Rolle spielen. Sie werden regelmäßig im Rahmen von Markttests in die Ermittlungen einbezogen (III.). Nachdem geeignete Verpflichtungszusagen in eine Entscheidung aufgenommen wurden (IV.), beginnt die Zusagenumsetzung. Im Regelfall wird dabei ein Sicherheitstreuhänder tätig. In manchen Fällen werden außerdem ein Veräußerungstreuhänder und/oder ein „Hold-Separate-Manager“ eingesetzt (V.). Die Umsetzung der Nebenbestimmungen muss innerhalb der vorgesehenen Fristen vollständig abgeschlossen werden (VI.).

I. Zeitpunkt für das Angebot von Verpflichtungszusagen und Prüfungsfristen

109 Ein konkretes Zusagenangebot kann dem Bundeskartellamt grundsätzlich **zu jedem Zeitpunkt** des Verfahrens – auch im Vorprüfverfahren – unterbreitet werden. Normalerweise ist der Abschluss der Zusagenverhandlungen jedoch erst möglich, wenn die Ermittlungen des Bundeskartellamts zu den wettbewerblichen Auswirkungen des Zusammenschlusses abgeschlossen sind. Dies ist in der Regel mit der Abmahnung des Zusammenschlussvorhabens der Fall, gegebenenfalls nach einer mündlichen Mitteilung der vorläufigen wettbewerblichen Beurteilung. Eine Freigabe unter Nebenbestimmungen erfolgt nur im Hauptprüfverfahren.

110 Zusagenvorschläge müssen zumindest so **rechtzeitig** vor dem ursprünglichen Fristende des Hauptprüfverfahrens erfolgen, dass genügend Zeit für die Bewertung der angebotenen Verpflichtungszusagen sowie für einen Markttest verbleibt. Unter Umständen erfordert die Bewertung der Zusagen auch neue Ermittlungen. Mit erstmaliger Vorlage eines Zusagenangebots verlängert sich die Frist für die Entscheidung des Bundeskartellamts im Hauptprüfverfahren um einen Monat (§ 40 Abs. 2 Satz 7 GWB). In der Praxis ist die **gesetzliche Fristverlängerung** aber oft nicht ausreichend, um zu prüfen, ob die Wettbewerbsbedenken durch die vorgeschlagenen Zusagen ausgeräumt werden. Wenn im weiteren Verlauf der Prüfung modifizierte oder neue Verpflichtungszusagen eingereicht werden, lösen diese die gesetzliche Fristverlängerung nicht erneut aus.

111 Eine **weitere Verlängerung** der Prüffristen ist mit Zustimmung der anmeldenden Unternehmen grundsätzlich möglich (§ 40 Abs. 2 Satz 4 Nr. 1 GWB). Stimmen die Zusammenschlussbeteiligten einer für die Prüfung der Zusagen erforderlichen Fristverlängerung nicht zu, muss das Bundeskartellamt den Zusammenschluss untersagen, soweit die vorliegenden

Ermittlungsergebnisse und die in der verbliebenen Zeit möglichen weiteren Ermittlungen nicht ausreichen, um die Wirksamkeit der Zusagen einzuschätzen. Im Kontext der Zusagenverhandlung ist eine Verlängerung nur sinnvoll, solange sie einer zielgerichteten Verhandlung dient und eine Freigabe unter Nebenbestimmungen möglich erscheint. Eine Verpflichtung des Bundeskartellamts, jede von den Zusammenschlussbeteiligten eingeräumte Fristverlängerung auszuschöpfen, besteht nicht. Werden wiederholt ungeeignete Zusagen vorgelegt, müssen weitere Vorschläge nicht mehr geprüft werden. Ein Grund hierfür liegt insbesondere vor, wenn das Wettbewerbspotenzial des Zielunternehmens durch eine Verlängerung des Fusionskontrollverfahrens beeinträchtigt werden könnte. In einem solchen Fall weist das Bundeskartellamt das Zusagenangebot zurück und entscheidet über die Freigabefähigkeit des Zusammenschlusses auf der Grundlage der Ermittlungen und der zuvor vorgelegten Zusagen-vorschläge.

- 112 Soweit Zusammenschlüsse in mehreren Staaten geprüft werden, kann durch einvernehmliche Fristverlängerungen eine parallele Prüfung ermöglicht und so eine **internationale Kooperation** zwischen den beteiligten Wettbewerbsbehörden im Interesse von kohärenten Verfahrensergebnissen erleichtert werden. Dies ist z. B. dann von Bedeutung, wenn in mehreren Staaten über Zusagen verhandelt wird, denn inkompatible Zusagen sollten möglichst vermieden werden.¹⁹⁹ Eine effektive Zusammenarbeit kann ebenfalls erleichtert werden, wenn die Zusammenschlussbeteiligten den betroffenen Wettbewerbsbehörden jeweils einen sogenannten „waiver of confidentiality“ übermitteln, mit dem sie einem Austausch von Dokumenten und vertraulichen Informationen zwischen den beteiligten Behörden zustimmen.²⁰⁰
- 113 Bei der vertraglichen Ausgestaltung des Zusammenschlussvorhabens und der **Zeitplanung der Transaktion** empfiehlt es sich für die Zusammenschlussbeteiligten, eine ausreichende Zeit-

¹⁹⁹ Vgl. International Competition Network (ICN), Merger Working Group, Practical Guide to International Enforcement Cooperation in Mergers, 2015, Rn. 37 ff., insb. Rn. 39; ICN, Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures, S. 31 (<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/merger.aspx>), 2002-2006; sowie EU Merger Working Group, Best Practices on Cooperation between EU National Competition Authorities in Merger Review, 2011, Rn. 2.3 (http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sonstiges/ECN%20Best%20Practices%20on%20cooperation.pdf?__blob=publicationFile&v=6). Vgl. auch OECD Recommendation concerning International Co-operation on Competition Investigations and Proceedings V.1., VI.3.(i) und VI.4.(v) (<http://www.oecd.org/daf/competition/2014-rec-internat-coop-competition.pdf>).

²⁰⁰ Vgl. ICN, Waivers of Confidentiality in Merger Investigations, 2005 (der ICN Muster-„Waiver“ findet sich in Annex A) (<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc330.pdf>).

spanne für die Durchführung des Fusionskontrollverfahrens einzuplanen. Dabei sollte der zusätzliche Zeitbedarf eingeplant werden, sowohl für die Prüfung von – gegebenenfalls mehreren – Zusagenvorschlägen als auch für Vorgespräche vor der Anmeldung in potenziell kritischen Fällen. Das gilt insbesondere bei der Formulierung von Wirksamkeitsfristen für den Unternehmenskaufvertrag oder von Kündigungsmöglichkeiten, wenn der Vertrag nicht zu einem bestimmten Datum vollzogen werden konnte. Gleiches gilt für die Gestaltung von Vertragsklauseln, welche die Zahlung einer **Vertragsstrafe** für den Fall vorsehen, dass ein Zusammenschlussbeteiligter vom Zusammenschlussvorhaben Abstand nimmt oder bis zu einem bestimmten Zeitpunkt keine kartellrechtliche Freigabe für das Vorhaben erteilt wird. Sind die vorgesehenen Fristen zu knapp bemessen, können entsprechende Vertragsklauseln erhebliche Hindernisse für die Verhandlung von Verpflichtungszusagen darstellen.

II. Anforderungen an Text und Inhalt von Zusagenangeboten und einzureichende Unterlagen

- 114 Zur Erleichterung der Formulierung von Zusagenvorschlägen hat das Bundeskartellamt **Mustertexte** für Veräußerungszusagen entworfen, die auf der Internetseite des Bundeskartellamts (www.bundeskartellamt.de) abgerufen werden können. Die Mustertexte sind auch in der elektronischen Fassung dieses Dokuments verlinkt:
- [Mustertext für Veräußerung als aufschiebende Bedingung](#),
 - [Mustertext für nicht rechtzeitige Veräußerung als auflösende Bedingung](#) und
 - [Mustertext für Veräußerung als Auflage](#).
- 115 Die Zusagenmuster des Bundeskartellamts enthalten hilfreiche Hinweise für die Ausgestaltung wirksamer Zusagen. Diese Muster sollten daher möglichst für alle Zusagenvorschläge verwendet werden. Soweit die Zusammenschlussparteien in ihrem Zusagenangebot von dem Zusagentext der Muster abweichen, sind sie gehalten, die Unterschiede kenntlich zu machen sowie zu erläutern, warum diese **Abweichungen** im konkreten Fall nötig sind.
- 116 Die Zusammenschlussbeteiligten müssen zusammen mit einem Zusagenvorschlag alle **Informationen** an das Bundeskartellamt übermitteln, die im konkreten Einzelfall erforderlich sind, um eine Bewertung der Vorschläge und einen Markttest zu ermöglichen.

- 117 Bereits bei der erstmaligen Einreichung eines Zusagenangebots beim Bundeskartellamt ist dem Dokument eine **nichtvertrauliche Fassung** beizufügen, damit die Möglichkeit besteht, es zeitnah einem Markttest mit Dritten zu unterziehen. Die gleichen Anforderungen gelten auch bei jedem weiteren Angebot bzw. bei modifizierten Angeboten. Wird eine nichtvertrauliche Fassung nicht unmittelbar oder zumindest zeitnah übermittelt, kann ein Markttest innerhalb der kurzen Fusionskontrollfristen – trotz der Fristverlängerung um einen Monat nach § 40 Abs. 2 Satz 7 GWB – möglicherweise nicht mehr durchgeführt werden. Etwaige Zweifel an der Wirksamkeit des Zusagenvorschlags können dann nicht mehr rechtzeitig vor Fristablauf ausgeräumt werden. Das gilt auch, wenn ein Markttest angesichts des Umfangs der Schwärzungen in der nicht-vertraulichen Fassung des Zusagenvorschlags nicht aussagekräftig wäre. Ähnliche Schwierigkeiten können auftreten, wenn die Zusammenschlussbeteiligten ein Zusagenangebot als **unverbindlich** kennzeichnen und ein verbindliches Angebot erst sehr spät vorlegen.
- 118 Die von den Zusammenschlussparteien vorgelegten Zusagen müssen geeignet sein, die erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs durch das Zusammenschlussvorhaben zu beseitigen (vgl. A.III., Rn. 14). Die an Verpflichtungszusagen zu stellenden Anforderungen ergeben sich folglich aus dem **wettbewerblichen Schaden**, den der Zusammenschluss verursachen würde. In einigen Fällen, in denen es bereits Erfahrungen mit der Umsetzung von Zusagen in derselben Branche gab, hat es sich als nützlich erwiesen, dass das Bundeskartellamt auf der Grundlage eines ersten Vorschlags der Parteien grundsätzliche Anforderungen an ein Zusagenangebot und die erforderlichen Umsetzungsmaßnahmen gegenüber den Zusammenschlussbeteiligten konkretisiert, z. B. in Form solcher „**Eckpunkte**“. Ziel ist es, den Verfahrensprozess und die Verfahrensführung zu strukturieren. Die Verantwortung für die Vorlage eines wirksamen Zusagenvorschlags liegt aber auch in den Fällen, in denen das Bundeskartellamt die Zusagenverhandlungen durch Eckpunkte unterstützt, bei den Zusammenschlussbeteiligten.

III. Weitere Ermittlungen und Markttest

- 119 Die im Verfahren gewonnenen **Informationen** über die betroffenen Märkte sind eine wichtige Grundlage, um zu beurteilen, ob die von den Unternehmen vorgeschlagenen Verpflichtungszusagen das ermittelte Wettbewerbsproblem beseitigen würden. Darüber hinaus können weitere Ermittlungen erforderlich sein, um die Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Zusagen zu bewerten.

- 120 Vor allem spielen **Markttests** der Zusagenvorschläge eine wichtige Rolle. Wichtige Kunden und Wettbewerber sowie Beigeladene werden regelmäßig zu verschiedenen Aspekten der Eignung und Marktwirkung der Zusagenvorschläge befragt. Zumeist wird ihnen zusammen mit den Fragen eine nichtvertrauliche Fassung des Zusagenvorschlags übermittelt. Gleichzeitig kann durch einen Markttest Beigeladenen rechtliches Gehör gewährt werden.
- 121 Das Bundeskartellamt führt in der Regel keinen Markttest durch, wenn die vorgeschlagenen Verpflichtungszusagen **offensichtlich ungeeignet** sind, die Wettbewerbsbedenken zu beseitigen. Markttests werden regelmäßig dann durchgeführt, wenn die Eignung der Zusagenvorschläge grundsätzlich möglich erscheint.
- 122 Der Markttest enthält gezielte **Fragen**, die zur Klärung beitragen sollen, ob die Zusagenvorschläge geeignet sind, die Untersagungsvoraussetzungen zu beseitigen. Im Rahmen des Markttests können je nach Fall Fragen insbesondere zu den folgenden Themenkomplexen gestellt werden:
- zur grundsätzlichen **Geeignetheit** des Maßnahmenpakets zur Beseitigung der festgestellten wettbewerblichen Bedenken,
 - zu möglichen **Risiken** und Problemen bei der Umsetzung der Verpflichtungszusagen,
 - zu möglichen **Hindernissen** bei der praktischen Wirksamkeit der Verpflichtungszusagen,
 - bei Veräußerungsmaßnahmen insbesondere zu den folgenden Punkten:
 - o welche Voraussetzungen an das **Erwerbsobjekt** zu stellen sind, um die Marktposition auf den Erwerber zu übertragen und ob diese Voraussetzungen im Fall des angebotenen Veräußerungsobjekts erfüllt sind,
 - o welche Voraussetzungen ein **Erwerber** erfüllen müsste, um mit dem Veräußerungsobjekt ein am Markt wirksames Wettbewerbspotenzial zu entwickeln;
 - o ob **potenzielle Erwerber** auf der Basis des Zusagenvorschlags zu einem Eintritt in die Wettbewerbsposition des Veräußerers bereit und in der Lage wären, beziehungsweise welche Voraussetzungen für diese Bereitschaft erfüllt sein müssten.
- 123 Ein Markttest ist sowohl über reine Informationsanfragen (wie Auskunftersuchen) als auch im Rahmen von formellen **Auskunftsbeschlüssen** möglich. Aufgrund der engen Entscheidungsfristen für die Prüfung eines Fusionsvorhabens kann das Bundeskartellamt den befragten Unternehmen im Rahmen von Markttests im Regelfall nur kurze **Antwortfristen** einräumen. Normalerweise werden im Rahmen von schriftlichen Auskunftersuchen oder -beschlüssen

Antwortfristen von mindestens einer Woche gewährt. In manchen Verfahrenskonstellationen kann eine noch kürzere schriftliche oder sogar telefonische Beantwortung der Markttests erforderlich sein, z. B. bei mehrfach modifizierten Zusagenvorschlägen oder mehrfachen Markttests.

- 124 Die Antworten von **Kunden oder Wettbewerbern** der Zusammenschlussbeteiligten enthalten oft wichtige Beiträge zur Sachverhaltsermittlung und sind daher für das Bundeskartellamt regelmäßig von großem Wert. Bei der Würdigung der Antworten der Teilnehmer des Markttests berücksichtigt das Bundeskartellamt auch deren jeweilige Interessenlage und die fachliche Qualität der Antworten. Die Einschätzungen der Marktteilnehmer sind für das Bundeskartellamt nicht bindend.
- 125 Teilweise kann auch die **Besichtigung und Erklärung** von Produktionsanlagen oder Logistikstandorten **vor Ort** ein geeignetes Ermittlungsinstrument darstellen. In Betracht kommen dabei sowohl Standorte der Zusammenschlussbeteiligten als auch von dritten Unternehmen. In geeigneten Fällen führt das Bundeskartellamt vor Erlass der Entscheidung außerdem **Gespräche mit potenziellen Erwerbern**.

IV. Verbindlicherklärung von Zusagen durch Nebenbestimmungen

- 126 Auf der Grundlage der Ermittlungen und der von den Zusammenschlussbeteiligten vorgelegten Informationen entscheidet das Bundeskartellamt über die Eignung der vorgeschlagenen Zusagen. Sind die Zusagenangebote ausreichend, werden sie als Nebenbestimmungen in die Freigabeentscheidung aufgenommen, „um sicherzustellen, dass die beteiligten Unternehmen den Verpflichtungen nachkommen, die sie gegenüber dem Bundeskartellamt eingegangen sind, um eine Untersagung abzuwenden“ (§ 40 Abs. 3 Satz 1 GWB). Das setzt eine Freigabeentscheidung im **Hauptprüfverfahren** voraus. Zusagen können zwar bereits innerhalb oder sogar vor der Prüfung in der ersten Phase vorgeschlagen werden (vgl. C.I., Rn. 109), letztlich kann über sie aber erst im Hauptprüfverfahren förmlich entschieden werden. Außerdem ist es nicht möglich, dass sich die Zusammenschlussbeteiligten in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag gegenüber dem Bundeskartellamt verpflichten, die von ihnen vorgeschlagenen Verpflichtungszusagen einzuhalten.²⁰¹

²⁰¹ Die frühere Praxis des Bundeskartellamts, Zusagen im Rahmen von öffentlich-rechtlichen Verträgen mit den Zusammenschlussbeteiligten zu vereinbaren, wurde bereits im Rahmen der 6. GWB-Novelle (1998) durch die Vorgängerregelung von § 40 Abs. 3 Satz 1 GWB (zum 1.1.1999) abgelöst.

127 Wird von den Zusammenschlussparteien ein Zusagenvorschlag eingereicht, der nach Ansicht des Bundeskartellamts nicht ausreichend ist, um die durch das Zusammenschlussvorhaben zu erwartende Wettbewerbsbehinderung zu beseitigen, wird das Zusagenangebot vom Bundeskartellamt **abgelehnt**. Den Zusammenschlussparteien wird kurz – in der Regel schriftlich – dargelegt, warum das Angebot nicht ausreicht. Eine Nachbesserung der Zusagenvorschläge ist in der Regel möglich, soweit die verbliebene Verfahrensdauer bis Fristende das zulässt (vgl. C.I., Rn. 110, 113).

V. Die Rolle von Treuhändern und „Hold-Separate-Managern“

128 Die Verantwortung für die Umsetzung der Nebenbestimmungen liegt grundsätzlich bei den Zusammenschlussbeteiligten. Sicherungstreuhänder (1.) und Veräußerungstreuhänder (2.) können bei der Umsetzung von Nebenbestimmungen durch die Zusammenschlussbeteiligten auch eine wichtige Rolle spielen. In geeigneten Fällen kann es auch notwendig sein, einen „Hold-Separate-Manager“ (3.) einzusetzen.

1. Sicherungstreuhänder

129 Ein Sicherungstreuhänder wird bei Zusagenentscheidungen regelmäßig eingesetzt. Im Folgenden werden seine Aufgaben und seine Rolle im Verfahren erläutert (a). Es wird dargestellt, welche Anforderungen an Sicherungstreuhänder gestellt werden (b) und in welchem Verfahren sie ausgewählt und bestellt werden (c). Schließlich werden die Befugnisse und Pflichten des Sicherungstreuhänders erklärt (d).

a) Aufgaben und Rolle des Sicherungstreuhänders

130 Die Aufgabe des Sicherungstreuhänders besteht darin, **eigenständig** die Umsetzung der Zusagen durch die Zusammenschlussparteien zu **überwachen**, zu **unterstützen** und **sicherzustellen**. Der Sicherungstreuhänder soll darauf hinwirken, dass die Nebenbestimmungen durch die Zusammenschlussbeteiligten vollständig und wirksam umgesetzt und Verzögerungen bei der Umsetzung vermieden werden. Zu diesem Zweck identifiziert der Sicherungstreuhänder mögliche Hindernisse für die Umsetzung der Nebenbestimmungen und stellt sicher, dass die Zusammenschlussbeteiligten die zur Umsetzung erforderlichen Zwischenschritte planen, vorbereiten, einleiten und durchführen. Der Sicherungstreuhänder überwacht auch die Einhaltung der

Verpflichtung der Zusammenschlussbeteiligten, die wirtschaftliche Überlebensfähigkeit, Wert-
haltigkeit, Marktfähigkeit (als Veräußerbarkeit) und Wettbewerbsfähigkeit des zu veräußern-
den Unternehmens nicht zu beeinträchtigen. In diesem Bereich kann der Treuhänder eine
besonders wichtige Rolle spielen.

- 131 Sollte es zu akuten **Umsetzungsproblemen** kommen, ist es Aufgabe des Treuhänders, deren
Umfang und Ursachen zu identifizieren, Lösungsmöglichkeiten aufzuzeigen und dem Bundes-
kartellamt zeitnah zu berichten. Der Treuhänder handelt und entscheidet nicht im Namen des
Bundeskartellamts.
- 132 Der Treuhänder berichtet dem Bundeskartellamt vom Beginn bis zum Ende seiner Tätigkeit re-
gelmäßig über den Stand der Umsetzung, geplante Maßnahmen und die Einhaltung der Ne-
benbestimmungen. Zu diesem Zweck schlägt er unmittelbar nach Aufnahme seines Mandats in
einem ersten Bericht an das Bundeskartellamt einen detaillierten **Arbeitsplan** vor, aus wel-
chem hervorgeht, durch welche Maßnahmen und innerhalb welcher Fristen er beabsichtigt si-
cherzustellen, dass die Zusammenschlussbeteiligten die ihnen durch die Nebenbestimmungen
auferlegten Pflichten erfüllen.²⁰² Nach der Aufnahme des Mandats erläutert der Treuhänder
diesen Arbeitsplan in einem Gespräch mit dem Bundeskartellamt.
- 133 Der Treuhänder legt dem Bundeskartellamt in Abständen von üblicherweise vier Wochen
schriftliche **Berichte** vor. Unverzüglich nach Ablauf seines Mandats legt er einen Abschlussbe-
richt vor. Von Seiten des Bundeskartellamts bestehen keine Bedenken dagegen, dass der Treu-
händer den Arbeitsplan oder seine schriftlichen Berichte zeitgleich mit der Übermittlung an
das Bundeskartellamt auch den Zusammenschlussparteien übermittelt. Soweit der Treuhänder
seine Berichte an die Zusammenschlussparteien übermittelt, liegt es in der Verantwortung des
Treuhänders dafür Sorge zu tragen, dass etwaige Geschäftsgeheimnisse eines Zusammen-
schlussbeteiligten nicht dem anderen Zusammenschlussbeteiligten übermittelt werden.
- 134 Zu den Aufgaben des Treuhänders gehört es auch, den Gang des **Veräußerungsprozesses** zu
unterstützen und zu kontrollieren. Dabei arbeitet er eng mit der Geschäftsführung des Veräu-
ßerers und des zu veräußernden Unternehmens zusammen.
- Er achtet darauf, dass **geschäftsgefährdende** oder wertverringende Maßnahmen durch
die Parteien unterlassen werden.

²⁰² Mit Zustimmung des Bundeskartellamts kann im ersten Bericht auf das bereits im Kontext der Einset-
zung des Treuhänders an das Bundeskartellamt übermittelte Konzept verwiesen werden (siehe C.V.1.b,
Rn. 135).

- Der Treuhänder stellt sicher, dass potenzielle Erwerber des Veräußerungsgegenstands rechtzeitig alle Unterlagen und Informationen erhalten, die für eine tragfähige Bewertung des Veräußerungsgegenstands und dessen Wettbewerbspotenzials erforderlich sind („**Due Diligence**“).
- Zur Aufgabe des Treuhänders gehört es zudem, die am Erwerb des Veräußerungsobjekts interessierten Unternehmen zu bewerten. Hierzu ist es erforderlich, dass sich der Treuhänder ein eigenständiges Bild von den **Kaufinteressenten** macht und sich über deren Geeignetheit auch aus dritten Quellen informiert. In vielen Fällen ist es sinnvoll, dass der Treuhänder selbst Gespräche mit Kaufinteressenten führt oder an Gesprächen der Zusammenschlussbeteiligten mit Interessenten teilnimmt.

b) Anforderungen an Eignung des Sicherungstreuhänders

- 135 Ein Sicherungstreuhänder muss über die notwendige Sachkunde und die erforderlichen personellen Ressourcen verfügen sowie unabhängig von den Zusammenschlussbeteiligten und frei von Interessenkonflikten sein.²⁰³
- 136 Die notwendigen **Sachkenntnisse** und **Erfahrungen** des Treuhänders bestimmen sich grundsätzlich danach, was im konkreten Einzelfall erforderlich ist. Im Kontext von Veräußerungszusagen zählen dazu immer Kenntnisse über die Strukturierung und Durchführung eines erfolgreichen Veräußerungsprozesses. Teilweise können auch branchenspezifische Kenntnisse notwendig sein. Um die Qualifikation eines in Frage kommenden Treuhänders einschätzen zu können, müssen dem Bundeskartellamt aussagekräftige Informationen zu den vorgeschlagenen Treuhändern vorgelegt werden. Hilfreich sind in diesem Zusammenhang insbesondere Angaben zu bisherigen Arbeitsaufträgen, u.a. im Kontext der Umsetzung von Zusagen in der deutschen oder europäischen Fusionskontrolle.

²⁰³ Vgl. BKartA, Mustertext Treuhändervertrag, 2005, Klausel H („Interessenkonflikte“, S. 6) (http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Mustertexte/Muster%20-%20Treuhaendervertrag.pdf?__blob=publicationFile&v=4); BKartA, Mustertext Freigabe eines Zusammenschlussvorhabens mit Nebenbestimmungen (aufschiebende Bedingung), 2005, Klausel D.1 („Sicherungstreuhänder S. 6). (http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Mustertexte/Muster%20-%20Aufschiebende%20Bedingung.pdf?__blob=publicationFile&v=4).

- 137 Außerdem sind Informationen zu der **personellen Ausstattung** des Treuhänders und den für das Projekt konkret eingeplanten Mitarbeitern zu übermitteln. Aus den Unterlagen sollte auch hervorgehen, über welche Vorerfahrungen die eingeplanten Mitarbeiter verfügen.
- 138 Zudem sollte dem Bundeskartellamt vor der Bestellung eines Treuhänders ein **schlüssiges und aussagekräftiges Konzept** zu den wesentlichen Inhalten seines Arbeitsplans vorgelegt werden. Aus diesem soll hervorgehen, durch welche Maßnahmen der Treuhänder beabsichtigt, die Umsetzung der Nebenbestimmungen durch die Zusammenschlussbeteiligten sicherzustellen. Gegebenenfalls kann dieses Konzept dem Bundeskartellamt in einem persönlichen Gespräch erläutert werden.
- 139 Der Treuhänder darf sich in keinem aktuellen oder potenziellen **Interessenkonflikt** befinden. Das gilt gleichermaßen für den Zeitpunkt der Beauftragung als Treuhänder wie für den gesamten Zeitraum des Treuhändermandats. Ein Interessenkonflikt liegt insbesondere dann vor, wenn begründete Zweifel an der Unabhängigkeit des Treuhänders bestehen. Dies wird in der Regel der Fall sein, wenn er selbst – oder ein für diesen Auftrag eingesetzter Mitarbeiter – gesellschaftsrechtlich oder finanziell mit einem Unternehmen aus den Unternehmensgruppen der Zusammenschlussparteien verflochten ist. In vielen Fällen gilt dies auch, wenn der Treuhänder in anderer Sache für die Zusammenschlussbeteiligten tätig wird und diese Tätigkeit für den Treuhänder ein nicht unerhebliches wirtschaftliches Gewicht hat, oder wenn dem Treuhänder für die Zeit nach dem Mandat eine Tätigkeit für die Zusammenschlussparteien in Aussicht gestellt wird.
- 140 Interessenkonflikte liegen zum Beispiel häufig dann vor, wenn ein als Treuhänder tätiges **Wirtschaftsprüfungsunternehmen** eine der folgenden Gesellschaften prüft:
- einen der Zusammenschlussbeteiligten;
 - die Konzerngesellschaft der Unternehmensgruppe, dem einer der Zusammenschlussbeteiligten angehört;
 - eine Gesellschaft dieses Konzerns, die ein erhebliches Gewicht für die Tätigkeit des Konzerns oder der Zusammenschlussbeteiligten hat;
 - eine Gesellschaft dieses Konzerns, sofern diese Tätigkeit für das Wirtschaftsprüfungsunternehmen eine erhebliche wirtschaftliche Bedeutung hat; oder
 - einen Hauptgesellschafter der Zusammenschlussbeteiligten (normalerweise mit Stimmrechten von 25 Prozent oder mehr).

Bei aufschiebend bedingten Freigaben, bei denen das Zusammenschlussvorhaben nicht vor Erfüllung der Vorgaben vollzogen werden darf, gelten diese Anforderungen auch in Bezug auf den Veräußerer.

- 141 Interessenkonflikte liegen in der Regel auch vor, wenn ein Treuhänder einen der Zusammenschlussbeteiligten **anwaltlich** berät. Problematisch ist auch, wenn ein Treuhänder für eine Partei des Zusammenschlusses als **Berater** tätig wird, z. B. im Kontext eines Kartellbußgeldverfahrens IT-Asservate auswertet.
- 142 Zusammen mit den Treuhändervorschlägen müssen dem Bundeskartellamt vorangegangene und gegenwärtige Geschäftsbeziehungen der potenziellen Treuhänder mit den Zusammenschlussbeteiligten, einem Unternehmen der Unternehmensgruppe oder einem Hauptgesellschafter offengelegt werden. Diese **Informationspflicht** gilt auch für sonstige Konstellationen, aus denen sich Anhaltspunkte für einen Interessenkonflikt ergeben können. Sie gilt ebenfalls während der laufenden Treuhändertätigkeit. Sobald sich ein Interessenkonflikt abzeichnet, ist das Bundeskartellamt zu informieren.
- 143 Sollte ein entsprechender Interessenkonflikt während der Zeit der Beauftragung als Sicherungstreuhänder auftreten, wird das Bundeskartellamt im Regelfall die Zusammenschlussparteien auffordern, den Auftrag zu beenden und einen **neuen Treuhänder** zu beauftragen.

c) Einsetzung des Sicherungstreuhänders

- 144 Der Treuhänder wird von den Zusammenschlussparteien **vorgeschlagen**. Die Zusammenschlussparteien legen dem Bundeskartellamt spätestens eine Woche nach Zustellung des Beschlusses eine Liste mit drei geeigneten Kandidaten vor.²⁰⁴ Eine Übermittlung noch vor Abschluss des Fusionskontrollverfahrens ist möglich und kann hilfreich sein.
- 145 Die Einsetzung des Treuhänders bedarf der **vorherigen Zustimmung** des Bundeskartellamts. Das Bundeskartellamt entscheidet üblicherweise binnen einer Woche über die Eignung der Kandidaten. Werden die vorgeschlagenen Kandidaten abgelehnt, erhalten die Zusammen-

²⁰⁴ Vgl. BKartA, Mustertext Freigabe eines Zusammenschlussvorhabens mit Nebenbestimmungen (aufschiebende Bedingung), 2005, Klausel D.2 („Sicherungstreuhänder“, S. 7)

(http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Mustertexte/Muster%20-%20Aufschiebende%20Bedingung.pdf?__blob=publicationFile&v=4).

schlussbeteiligten normalerweise eine weitere Woche Zeit für neue Vorschläge. Sobald die Zustimmung des Bundeskartellamts vorliegt, soll der Treuhänder unverzüglich eingesetzt werden. Wird die zweite Vorschlagsliste der Zusammenschlussparteien wiederum vom Bundeskartellamt abgelehnt, beauftragt das Bundeskartellamt innerhalb einer weiteren Woche einen aus seiner Sicht geeigneten Kandidaten.²⁰⁵

- 146 Die näheren Einzelheiten hinsichtlich der Rechte und Pflichten von Treuhändern, aber auch im Hinblick auf die Aufgaben und Pflichten ihres Auftraggebers werden in einem **Treuhändervertrag** zwischen den Zusammenschlussparteien und dem Treuhänder geregelt. Der Abschluss des Vertrags erfordert die Zustimmung des Bundeskartellamts. Der Vertragsentwurf ist dem Bundeskartellamt von den Zusammenschlussbeteiligten in der Regel innerhalb von einer Woche nach Zustellung des Beschlusses vorzulegen.²⁰⁶ Das Vertragsmuster des Bundeskartellamts sollte möglichst verwendet werden (verfügbar auf www.bundeskartellamt.de). Soweit die Zusammenschlussbeteiligten von dem Text des Musters abweichen, ist dies kenntlich zu machen und zu erläutern.

d) Befugnisse, Pflichten und Vergütung des Sicherungstreuhänders

- 147 Der Treuhänder ist gegenüber dem Bundeskartellamt **weisungsgebunden**, nicht jedoch gegenüber den Zusammenschlussbeteiligten. In der Praxis entsteht bei den Parteien teilweise ein falscher Eindruck über die Rolle des Treuhänders, da sie seine Kosten tragen müssen, den Treuhändervertrag mit ihm abschließen und nach Zustimmung durch das Bundeskartellamt grundsätzlich die Auswahlentscheidung über den Treuhänder treffen. Der Treuhänder stimmt seine Schritte grundsätzlich mit dem Bundeskartellamt ab. In diesem Rahmen handelt er eigenständig.
- 148 Der Treuhänder ist in seiner Aufgabenwahrnehmung von den Zusammenschlussbeteiligten **unabhängig**. Die Zusammenschlussbeteiligten haben weder den ersten Zugriff auf seine Arbeitsergebnisse noch können sie von ihm eine Offenlegung der gesamten schriftlichen

²⁰⁵ Ebd.

²⁰⁶ Ebd.

Kommunikation mit dem Bundeskartellamt verlangen.²⁰⁷ Eine Einflussnahme der Zusammenschlussbeteiligten auf seine Einschätzungen und Bewertungen, bevor sie an das Bundeskartellamt übermittelt werden, darf nicht erfolgen.

- 149 Die Zusammenschlussbeteiligten sind verpflichtet, den Sicherungstreuhänder zu unterstützen. Sie müssen ihm jegliche zweckdienliche **Zusammenarbeit und Unterstützung** zukommen lassen, die dieser zur Erfüllung seiner Aufgaben benötigt.²⁰⁸
- 150 Die **Kosten** für die Dienstleistungen des Treuhänders, für seine Sachaufwendungen sowie für das Personal, das von ihm zur Erfüllung seiner Aufgaben in erforderlichem Umfang eingesetzt wird, sind von den Zusammenschlussbeteiligten zu tragen. Das Bundeskartellamt haftet nicht für Handlungen des Treuhänders.

2. Veräußerungstreuhänder

- 151 Wenn eine Veräußerungszusage im Ausnahmefall nicht als aufschiebende, sondern als auflösende Bedingung ausgestaltet wird, ist zusätzlich zum Sicherungstreuhänder regelmäßig ein Veräußerungstreuhänder zu bestimmen. Als Veräußerungstreuhänder kann auch die Person des Sicherungstreuhänders bestellt werden. Auch bei aufschiebenden Bedingungen kann es in manchen Fällen erforderlich sein, einen Veräußerungstreuhänder vorzusehen. Dieser wird tätig, wenn es den Zusammenschlussparteien nicht innerhalb der ersten Veräußerungsfrist (vgl. C.VI., Rn. 159) gelungen ist, eine Veräußerungszusage umzusetzen. Aufgabe des Veräußerungstreuhänders ist es, den Veräußerungsgegenstand innerhalb der zweiten Veräußerungsfrist zu veräußern (vgl. C.VI.I., Rn. 158). Der Treuhänder muss **weisungsfrei, bestmöglich** und ohne Bindung an einen **Mindestpreis** veräußern. Es kommt nur ein Verkauf an einen geeigneten Erwerber in Betracht, der die Anforderungen aus den Nebenbestimmungen erfüllt.

²⁰⁷ Gegen eine zeitgleiche Übermittlung der Berichte an die Zusammenschlussbeteiligten bestehen keine Bedenken (vgl. C.V.1.a, Rn. 131).

²⁰⁸ Vgl. BKartA, Mustertext Freigabe eines Zusammenschlussvorhabens mit Nebenbestimmungen (aufschiebende Bedingung), 2005, Klausel D.4 („Sicherungstreuhänder“, S. 8) (http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Mustertexte/Muster%20-%20Aufschiebende%20Bedingung.pdf?__blob=publicationFile&v=4); BKartA, Mustertext Treuhändervertrag, 2005, Klausel D.1-D.9 (S. 4 f.) (http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Mustertexte/Muster%20-%20Treuhaendervertrag.pdf?__blob=publicationFile&v=4).

152 Die Anforderungen an den Veräußerungstreuhand, das **Verfahren** seiner Beauftragung und der Inhalt des **Treuhandervertrags** sowie die **Kostentragung** durch die Zusammenschlussparteien sind identisch mit den oben erläuterten Anforderungen an einen Sicherungstreuhand (vgl. C.V.1., Rn. 129-150).

3. „Hold-Separate-Manager“

153 In manchen Fällen kann darüber hinaus die Bestellung eines „Hold-Separate-Managers“ notwendig sein, um die Unabhängigkeit des zu veräußernden Unternehmens von anderen Geschäftsbereichen der Zusammenschlussbeteiligten zu gewährleisten und seine wirtschaftliche Überlebensfähigkeit, Werthaltigkeit, Marktfähigkeit (im Sinne einer Veräußerbarkeit) und **Wettbewerbsfähigkeit** bis zum Abschluss der Veräußerung sicherzustellen (vgl. B.IV.1., Rn. 89-93).²⁰⁹ Die Zielsetzung der Tätigkeit von Hold-Separate-Manager und Sicherungstreuhand überschneiden sich teilweise. Der Hold-Separate-Manager ist dem Sicherungstreuhand nachgeordnet und wird direkt im Unternehmen tätig. Er ist daher dazu in der Lage, sich auch um die Einzelheiten des Tagesgeschäfts der Geschäftsleitung zu kümmern.

154 Die Rolle des „Hold-Separate-Managers“ kann unterschiedlich ausgestaltet sein. Entweder er übernimmt selbst die eigenverantwortliche **Geschäftsleitung** des Veräußerungsgegenstands oder seine Aufgabe beschränkt sich darauf, die laufende Geschäftsführung zu überwachen. Darüber hinaus unterrichtet der „Hold-Separate-Manager“ die Mitarbeiter des Veräußerungsgegenstands über den Veräußerungsprozess und die daraus für die Mitarbeiter resultierenden Verpflichtungen und sonstigen Veränderungen im Hinblick auf ihre Arbeitsverhältnisse. Abhängig von den Umständen des Einzelfalls ist auch denkbar, dass eine Person die Aufgaben sowohl des „Hold-Separate-Managers“ als auch des Sicherungstreuhanders übernimmt.

²⁰⁹ Vgl. BKartA, Beschl. v. 12.3.2013, B3-132/12 – *Asklepios/Rhön*, Rn. 376 ff. (Freigabe Vorhaben der Asklepios Kliniken, eine Minderheitsbeteiligung an Rhön-Klinikum AG zu erwerben unter der aufschiebenden Bedingung, dass Asklepios die Harzklinik in Goslar sowie dortiges medizinisches Versorgungszentrum Harz an unabhängigen Krankenträger veräußert. Außerdem Einsetzung eines Hold-Separate-Managers. Dieser sollte sicherstellen, dass Harzklinik Goslar sowie MVZ Harz unabhängig von Asklepios und wirtschaftlich an Interessen der Harzklinik sowie des MVZ ausgerichtet geführt werden. Insbesondere sollten ihre wirtschaftliche Überlebensfähigkeit, Markt- und Wettbewerbsfähigkeit gewährleistet werden. Asklepios entschied sich nach Bestandskraft der Entscheidung, die aufschiebende Bedingung endgültig nicht zu erfüllen, sodass das Zusammenschlussvorhaben als untersagt gilt. Zu der Einsetzung eines Hold-Separate-Managers kam es dann nicht mehr). Vgl. auch BKartA, Beschl. v. 8.6.2006, B4-29/06 – *Telecash/GZS*, Rn. 19 (Einsetzung eines noch als „Sicherungsmanager“ bezeichneten Hold-Separate-Managers, der für den Erhalt der wirtschaftlichen Überlebensfähigkeit, der unternehmerischen Werthaltigkeit, der Wettbewerbsfähigkeit sowie für eine getrennte Führung der Geschäfte sorgen sollte).

- 155 Die Anforderungen an die **Qualifikation** des „Hold-Separate-Managers“ beinhalten vor allem nachgewiesene Managementfähigkeiten, zumeist in der jeweiligen Branche. Die entsprechenden Informationen sind dem Bundeskartellamt zusammen mit dem Vorschlag eines „Hold-Separate-Managers“ vorzulegen.
- 156 Der „Hold-Separate-Manager“ ist unverzüglich nach der Zustellung der Fusionskontrollentscheidung einzusetzen. Die Zusammenschlussbeteiligten sind zur Ausführung aller **Weisungen** des „Hold-Separate-Managers“ verpflichtet, die erforderlich sind, um die Verpflichtungen aus den Nebenbestimmungen zu erfüllen. Der „Hold-Separate-Manager“ unterliegt den Weisungen des Sicherungstreuhänders und des Bundeskartellamts, aber nicht der Zusammenschlussbeteiligten.
- 157 Im Übrigen kann auf die Ausführungen zu Sicherungstreuhändern verwiesen werden, insbesondere im Hinblick auf **Einsetzung, Kostentragung** und weitere Anforderungen an **Eignung** und **Unabhängigkeit** (vgl. C.V.1., Rn. 144-146, 150, 135-143). In geeigneten Fällen wird der Hold-Separate-Manager nach Zustimmung des Bundeskartellamts vom Sicherungstreuhänder bestellt.

VI. Frist zur Umsetzung der Nebenbestimmungen

- 158 Die Frist für die Umsetzung von Nebenbestimmungen wird **im Einzelfall** festgelegt. Hierbei kann berücksichtigt werden, welche Zwischenschritte auf Unternehmensseite abhängig von der Art der Nebenbestimmungen erforderlich sind, um die festgelegten Verpflichtungen zu erfüllen. Daher kann die Dauer der Umsetzungsfrist von Fall zu Fall unterschiedlich sein.
- 159 Im Fall einer **Veräußerungszusage** müssen die Zusammenschlussbeteiligten grundsätzlich nachweisen, dass die Veräußerung tatsächlich vollzogen ist. Damit soll möglichen Verzögerungen zwischen Vertragsabschluss und Vollzug der Veräußerung vorgebeugt werden. Erforderlich ist dann, dass die zu übertragenden Gesellschaftsanteile oder Vermögensgegenstände tatsächlich wirksam übertragen wurden. Es kann jedoch ausreichend sein, wenn von Unternehmensseite alle Schritte unternommen wurden, die zur Eigentumsübertragung erforderlich sind,²¹⁰ und lediglich eine (bereits beantragte) Eintragung ins Handelsregister noch aussteht. In geeigneten Fällen kann für den Eintritt der aufschiebenden Bedingung auch bereits der Nachweis

²¹⁰ Das schließt Genehmigungen von anderen Personen oder Unternehmen ein, z. B. von Drittgesellschaftern.

des Abschlusses aller zur Übertragung erforderlichen Verträge ausreichen.²¹¹ Dies wird regelmäßig im Text der Nebenbestimmung entsprechend festgelegt. Etwaige Fusionskontrollverfahren in Bezug auf den Erwerb des Veräußerungsgegenstands müssen innerhalb der Umsetzungsfrist abgeschlossen worden sein. Soweit die Zusage weitere Verpflichtungen enthält, deren Erfüllung als aufschiebende Bedingung ausgestaltet ist, müssen die Zusammenschlussbeteiligten ebenfalls nachweisen, dass sie pflichtgemäß umgesetzt wurden, bevor sie den Zusammenschluss vollziehen können.

- 160 Bei Veräußerungszusagen in der Form von **aufschiebenden Bedingungen** reichen im Regelfall **sechs Monate** nach Zustellung der Freigabeentscheidung aus, um einen geeigneten Käufer ausfindig zu machen, bindende Verträge zu schließen sowie die Veräußerung zu vollziehen. Eine kürzere Frist kommt jedoch beispielsweise dann in Betracht, wenn ein erhöhtes Risiko dafür besteht, dass sich die Werthaltigkeit und Lebensfähigkeit des Veräußerungsobjekts während der Veräußerungsfrist überdurchschnittlich stark verschlechtert.
- 161 Wird in den Nebenbestimmungen vorgesehen, dass es für den Eintritt der aufschiebenden Bedingung innerhalb der o.g. Frist ausreicht, den Abschluss aller zur Übertragung erforderlichen Verträge nachzuweisen, so wird in den Nebenbestimmungen eine weitere Frist zum Nachweis des Vollzugs des Zusammenschlusses festgelegt, nach deren fruchtlosem Ablauf der Zusammenschluss rückwirkend als untersagt gilt (auflösende Bedingung).²¹²
- 162 Veräußerungszusagen in der Ausgestaltung als **auflösende Bedingung** oder **Auflage** sind Ausnahmen (vgl. A.III.3., Rn. 30 f.). Hinsichtlich ihrer praktischen Eignung sind besonders hohe Anforderungen zu stellen, weil sie einen Vollzug des Zusammenschlusses vor der Umsetzung der Nebenbestimmungen erlauben und so für einen Übergangszeitraum eine Wettbewerbsbeeinträchtigung hingenommen wird. Daher ist die Veräußerungsfrist so kurz wie möglich zu halten.²¹³ Sie sollte nicht mehr als sechs Monate betragen. Im Regelfall ist ein zweistufiges Verfahren vorzusehen. Innerhalb einer ersten Veräußerungsfrist (in der Regel drei Monate) liegt es in der Hand der Zusammenschlussbeteiligten, einen geeigneten Käufer zu finden und einen Unternehmenskauf- und übereignungsvertrag abzuschließen. Gelingt das nicht, ist im

²¹¹ Vgl. BKartA, Beschl. v. 28.10.2010, B2-52/10 – *Edeka/Trinkgut*, Tenor I.1.e); BKartA, Beschl. v. 18.07.2013, B4-18/13 – *Prosegur/Brink's*, Tenor I.1.dd); BKartA, Beschl. v. 22.11.2013, B6-98/13 – *Funke/Springer*, Tenor I.A.1.

²¹² Vgl. z. B. BKartA, Beschl. v. 22.11.2013, B6-98/13 – *Funke/Springer*, Tenor I. A. 3 (ein Monat).

²¹³ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.12.2008, VI-Kart 12/08 (V) – *Globus/Distributa*, Rn. 19 (juris).

Regelfall ein Veräußerungstreuhänder zu bestellen. Dieser hat den Auftrag, den Veräußerungsgegenstand innerhalb einer zweiten Veräußerungsfrist (in der Regel drei Monate) weisungsfrei, bestmöglich und ohne Bindung an einen Mindestpreis an einen geeigneten Erwerber zu veräußern.

- 163 Bei Veräußerungszusagen ist unabhängig von ihrer Ausgestaltung stets zu berücksichtigen, dass innerhalb der Umsetzungsfrist die **Genehmigung** des Erwerbers und des Kaufvertrags durch das Bundeskartellamt erfolgen muss. Dies macht es notwendig, dass dem Bundeskartellamt rechtzeitig vor Fristablauf der Name des Erwerbers, der Kaufvertrag und sämtliche erforderlichen Informationen vorliegen. Das Bundeskartellamt benötigt eine ausreichende Zeitspanne zur Prüfung der Eignung des vorgeschlagenen Erwerbers und des Kaufvertrags. In der Regel ist hierfür ein Zeitraum von mindestens zwei Wochen erforderlich.
- 164 **Marktöffnende Nebenbestimmungen**, die allein die Einräumung bestimmter Rechte erfordern (z. B. Sonderkündigungsrechte der Nachfrager bei langfristigen Verträgen), können häufig kurzfristig umgesetzt werden. Die Umsetzungsfrist ist daher deutlich kürzer als bei Veräußerungszusagen. Wie lange die Umsetzungsfrist für andere marktöffnende Verhaltenszusagen zu bemessen ist, richtet sich nach der jeweils betroffenen Maßnahme und den Umständen des Einzelfalls.
- 165 Eine Verlängerung der in den Nebenbestimmungen vorgesehenen Fristen ist im Regelfall nicht möglich, da dies eine Änderung des Beschlusstextes darstellte. Sofern sich im Einzelfall aber schon vor Erlass der Nebenbestimmungen abzeichnet, dass die Frist eventuell nicht eingehalten werden kann, kann die Möglichkeit zur Fristverlängerung im Tenor der Entscheidung vorgesehen werden.²¹⁴ In diesem Fall ist eine nachträgliche Verlängerung der Frist ausnahmsweise möglich.

²¹⁴ Vgl. BKartA, Beschl. v. 22.11.2013, B6-98/13 – *Funke/Springer*, Tenor I.A.3.

Anlage - Definitionen

Auflagen

Mit Auflagen wird Unternehmen im Rahmen eines eigenständigen Verwaltungsaktes ein bestimmtes Handeln, Dulden oder Unterlassen vorgeschrieben. Die Freigabewirkung tritt im Gegensatz zu Bedingungen unabhängig von der Umsetzung der Auflage unmittelbar mit Zustellung der Entscheidung ein.²¹⁵

Ausgliederung / „Carve-Out“

Bei einem „Carve-Out“ handelt es sich um die Ausgliederung eines als organisatorische Einheit bestehenden Teilbereichs eines Gesamtunternehmens, wenn dieser Teilbereich kein bestehendes, eigenständiges Unternehmen darstellt. Ein „Carve-Out“ betrifft beispielsweise eine Zweigniederlassung, Vertriebsstätte, Geschäftsstelle oder Produktionsstätte, die als Veräußerungsgegenstand im Rahmen einer Verpflichtungszusage in Frage kommt (vgl. B.I.1.c, Rn. 47). Um einen „Reverse-Carve-Out“ handelt es sich, wenn im Vorfeld der Veräußerung eines Veräußerungsgegenstands ein Teilbereich dieses Gegenstands herausgelöst wird, der nicht von der Veräußerung umfasst ist und der bei den Zusammenschlussparteien verbleibt.

Bedingungen

Eine Bedingung wird als Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Freigabe eines Zusammenschlusses formuliert.²¹⁶ Bedingungen können als aufschiebende Bedingung oder als auflösende Bedingung formuliert werden. Allerdings haben aufschiebende Bedingungen Vorrang (vgl. A.III.3., Rn. 30). Unter einer **aufschiebenden** Bedingung (vergleichbar mit up-front buyer remedies im angelsächsischen Sprachgebrauch) ist eine Nebenbestimmung zu verstehen, deren Erfüllung Voraussetzung für den Eintritt der Freigabewirkung und damit für den Vollzug des Zusammenschlusses ist. Unter einer **auflösenden** Bedingung ist eine Nebenbestimmung zu verstehen, welche die Nichterfüllung einer Verpflichtung innerhalb der Umsetzungsfrist zur Bedingung für den Wegfall der Wirksamkeit der Freigabe macht. Der Zusammenschluss kann unmittelbar nach Zustellung

²¹⁵ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.9.2009, VI-Kart 1/08 (V) – *Globus/Distributa*, Rn. 102 (juris) sowie § 36 Abs. 2 Nr. 4 Verwaltungsverfahrensgesetz und statt aller Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, 17. Auflage 2016, § 36 Rn. 68.

²¹⁶ Vgl. statt aller Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, 17. Auflage 2016, § 36 Rn. 57.

des Freigabebeschlusses vollzogen werden. Bei Nichterfüllung der auflösenden Bedingung innerhalb der vorgesehenen Frist entfällt nachträglich die Freigabe. Das Vollzugsverbot tritt wieder in Kraft und der Zusammenschluss ist nach Maßgabe des § 41 Abs. 3 Satz 1 GWB aufzulösen.²¹⁷

„Fix-it-first“-Zusage

„Fix-it-first“-Zusagen sind Verpflichtungszusagen, die noch vor Ablauf der Untersagungsfrist umgesetzt werden. Ihre Umsetzung kann bei der Entscheidung berücksichtigt werden. Werden sie vollständig umgesetzt, kann eine Freigabe ohne Nebenbestimmungen erlassen werden. „Fix-it-first“-Zusagen kommen in Betracht, wenn die Umsetzung einer Zusage mit erheblichen Unsicherheiten behaftet ist, insbesondere wenn unklar ist, ob es geeignete Erwerbsinteressenten für das zu veräußernde Unternehmen gibt (vgl. A.III.3., Rn. 35).

„Hold-Separate-Manager“

Die Aufgaben eines „Hold-Separate-Managers“ beziehen sich auf Veräußerungszusagen und bestehen darin, die Unabhängigkeit eines Veräußerungsgegenstands von anderen Geschäftsbereichen der Zusammenschlussbeteiligten, seine wirtschaftliche Überlebensfähigkeit, Markt- und Wettbewerbsfähigkeit und Werthaltigkeit bis zum Abschluss der Veräußerung sicherzustellen (vgl. C.V.3., Rn. 153). Der „Hold-Separate-Manager“ übernimmt unter der Aufsicht des Sicherungstreuhanders die eigenverantwortliche Geschäftsleitung bzw. zumindest die unmittelbare Überwachung der laufenden Geschäftsführung des Veräußerungsgegenstands. Darüber hinaus unterrichtet er die Mitarbeiter des Veräußerungsgegenstands über den Veräußerungsprozess und die daraus für die Mitarbeiter resultierenden Verpflichtungen und sonstigen Veränderungen. Er unterliegt den Weisungen des Sicherungstreuhanders und des Bundeskartellamts.

„Kronjuwelen“

Um besonderen Unsicherheiten Rechnung zu tragen, ob sich eine erfolgreiche Umsetzung einer Veräußerungszusage erreichen lässt, kann in manchen Fällen ein zweistufiges Veräußerungsverfahren vorgesehen werden (vgl. B.I.1.g, Rn. 55). Bei dieser Ausgestaltung von Veräußerungszusagen wird der erste Veräußerungsgegenstand durch einen zweiten ersetzt (oder ergänzt), den sogenannten „Kronjuwelen“, wenn die erste Veräußerung nicht innerhalb einer vorgegebenen Frist realisiert wird. Dabei werden die „Kronjuwelen“ derart ausgestaltet, dass von vornherein klar ist, dass sie ohne Schwierigkeiten veräußert werden können. In der Regel handelt es sich um einen

²¹⁷ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.9.2009, VI-Kart 1/08 (V) – *Globus/Distributa*, Rn. 102 (juris).

aus Käufer- und Verkäufersicht attraktiveren Gegenstand, der auch Vermögensgegenstände umfassen kann, die für die Beseitigung der Untersagungs Voraussetzungen nicht unerlässlich sind. Ihre Veräußerung ist nur dann notwendig, wenn eine Veräußerung des ersten Veräußerungsgegenstands nicht fristgerecht gelingt.

„Mix-and-Match“-Lösung

Bei einer „Mix-and-Match“-Verpflichtungszusage handelt es sich um die Zusammenstellung eines Veräußerungsgegenstands aus verschiedenen Unternehmensbereichen und Vermögensgegenständen des Erwerbers und des Zielunternehmens zu einer neuen Einheit (vgl. B.I.1.d, Rn. 51).

Nebenbestimmungen

Verpflichtungszusagen werden vom Bundeskartellamt in der das Verfahren abschließenden Verfügung als Nebenbestimmungen tenoriert, wenn sie die von dem Zusammenschluss aufgeworfenen Wettbewerbsprobleme beseitigen. Diese können grundsätzlich als Bedingung oder als Auflage ausgestaltet sein. Die Nebenbestimmungen dürfen sich nicht darauf richten, die beteiligten Unternehmen einer laufenden Verhaltenskontrolle zu unterwerfen (vgl. A.III.2., Rn. 26-29).

Sicherungstreuhand

Die Aufgabe eines Sicherungstreuhanders besteht darin, eigenständig die Umsetzung und Einhaltung der Zusagen durch die Zusammenschlussparteien sicherzustellen und zu überwachen (vgl. C.V.1., Rn. 129). Der Sicherungstreuhand soll darauf hinwirken, dass die Nebenbestimmungen durch die Zusammenschlussbeteiligten vollständig und wirksam umgesetzt und Verzögerungen bei der Umsetzung vermieden werden. Er stellt sicher, dass die Zusammenschlussbeteiligten die zur Umsetzung ihrer Zusagen erforderlichen Zwischenschritte planen. Gegenüber dem Bundeskartellamt ist er weisungsgebunden und berichtspflichtig.

Veräußerungsgegenstand

Der Begriff Veräußerungsgegenstand wird im vorliegenden Leitfaden als Sammelbegriff für die im Rahmen einer Verpflichtungszusage zu veräußernden Vermögensgegenstände und Vertragsbeziehungen verwendet, unabhängig davon, wie die veräußerte Einheit rechtlich und organisatorisch konstituiert ist. Normalerweise müssen die Zusammenschlussbeteiligten ein bestehendes eigenständiges Unternehmen (d. h. eine eigenständige Gesellschaft bzw. einen eigenständigen Geschäftsbereich) veräußern (vgl. B.I.1.a, Rn. 40).

Veräußerungstreuhänder

Ein Veräußerungstreuhänder wird tätig, wenn die Zusammenschlussparteien einer sich aus den Nebenbestimmungen ergebenden Veräußerungsverpflichtung nicht innerhalb einer ersten Veräußerungsfrist nachgekommen sind (vgl. C.V.2., Rn. 151). Aufgabe des Veräußerungstreuhänders ist es, innerhalb der zweiten Veräußerungsfrist den Verkauf des Veräußerungsgegenstands weisungsfrei, bestmöglich und ohne Bindung an einen Mindestpreis an einen geeigneten Erwerber durchzuführen.

Verpflichtungszusagen

Verpflichtungszusagen dienen dazu, die Untersagungs Voraussetzungen und wettbewerblichen Bedenken des Bundeskartellamts durch eine geeignete Änderung von Zusammenschlussvorhaben zu beseitigen. Verpflichtungszusagen werden von den Zusammenschlussparteien vorgeschlagen; die Zusammenschlussparteien verpflichten sich dem Bundeskartellamt gegenüber schriftlich zur Umsetzung der von Ihnen vorgeschlagenen Maßnahmen. In geeigneten Fällen kann das Bundeskartellamt Hinweise geben, welche Verpflichtungszusagen im konkreten Fall aus seiner Sicht geeignet und erforderlich wären.