Herausgegeben von
Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher
Univ.-Prof. RA Dr. Josef W. Aichlreiter
Univ.-Prof. Dr. Konrad Grillberger
Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Schuhmacher
DDr. Franz Urlesberger

Schriftleiter: Wolfgang Schuhmacher

# wirtschaftsrechtliche blätter:wbl

**Zeitschrift für österreichisches und europäisches Wirtschaftsrecht**

SpringerWienNewYork

**April 2006 (20. Jg.)**
ISSN 0930–3855 WIBLE2 20 (4) 149–196 (2006)

# Studie der Europäischen Kommission über Abhilfemaßnahmen bei Unternehmenszusammenschlüssen

von Dr. **Bernhard Kofler-Senoner***), LL.M., Wien

*Ende Oktober 2005 veröffentlichte die Europäische Kommission die Ergebnisse ihrer ersten ausführlichen Untersuchung der zusammenschlussrechtlichen Auflagenpraxis[1]) in Form der so genannten Merger Remedies Study[2]). Die Kommission beschäftigt sich damit erstmals eingehend mit der Umsetzung und Wirksamkeit von in der Vergangenheit durchgeführten Abhilfemaßnahmen. Untersucht wurden 40 repräsentative Fälle aus den Jahren 1996 bis 2000.*

**Deskriptoren:** Abhilfemaßnahmen; Auflagen; Fusionskontrollverordnung; Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen; Revision.
EG: Art 81, 82; VO (EG) Nr 139/2004.

I. Einleitung
II. Abhilfemaßnahmenregime der FKVO
III. Kennzahlen und Methodik der Studie
IV. Wesentliche Erkenntnisse und potenzielle Auswirkungen auf Kommissionspraxis
1. Häufigkeit verschiedener Typen von Abhilfemaßnahmen
2. Abgabe von Unternehmensteilen
3. Zugangsgewährung
4. Wirksamkeit der Abhilfemaßnahmen
V. Zusammenfassung

## I. Einleitung

Das Wissen um die Abhilfemaßnahmenpraxis der Europäischen Kommission (im Folgenden **„Kommission"**) ist für Unternehmen und deren Berater (insbesondere deren Rechtsberater) deshalb besonders wichtig, da es an den anmeldenden Parteien liegt, in problematischen Fällen annehmbare Abhilfemaßnahmen im durchaus engen Zeitkorsett der Europäischen Fusionskontrollverordnung (im Folgenden **„FKVO"**[3]) anzubieten. Eine Auseinandersetzung mit der kürzlich veröffentlichten Studie der Kommission über Abhilfemaßnahmen (im Folgenden **„Studie"**) liegt daher nahe. Insbesondere ist damit zu rechnen, dass die Ergebnisse der Studie das künftige Vorgehen der Kommission im Rahmen von Zusammenschlussverfahren, zumindest punktuell, beeinflussen werden[4]).

*) Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati, Partnerschaft von Rechtsanwälten, Wien. www-chsh.at

[1]) Im Folgenden wird der von der Kommission in ihrer einschlägigen Bekanntmachung verwendete Begriff der „Abhilfemaßnahme" als Sammelbegriff für die oftmals in diesem Zusammenhang angeführten Begriffe der „Zusagen" bzw „Auflagen" verwendet.

[2]) Die Studie kann auf der Website der Kommission unter http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/others/remedies_study.pdf abgerufen werden.

[3]) VO (EG) Nr 139/2004 des Rates vom 20. 1. 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl L 24/1 vom 29. 1. 2004.

[4]) Wettbewerbskommissarin *Kroes* erklärte diesbezüglich: „Die Ergebnisse dieser wichtigen Studie werden unser künftiges Vorgehen bei Abhilfemaßnahmen im Rahmen von Fusionsprüfungen beeinflussen. Sie ist ein Beleg dafür, dass die Kommission ihren Verpflichtungen nachkommt und ihre bisherige Politik und Praxis kritisch und für alle nachvollziehbar unter die Lupe nimmt, um hier-

Im Folgenden werden nach einer Kurzübersicht über das Abhilfemaßnahmenregime der FKVO wesentliche Kennzahlen der Studie dargestellt und im Anschluss daran die Ergebnisse der Studie und deren potenzielle Auswirkungen auf die Abhilfemaßnahmenpraxis der Kommission vorgestellt.

## II. Abhilfemaßnahmenregime der FKVO

Unternehmen haben im Rahmen von Zusammenschlussverfahren vor der Kommission die Möglichkeit, Abhilfemaßnahmen anzubieten, um der Kommission dadurch die Möglichkeit zu geben, an sich zu problematische Zusammenschlussvorhaben unter Bedingungen und Auflagen zu genehmigen. Abhilfemaßnahmen können sowohl während Phase I[5]) als auch während Phase II[6]) des Zusammenschlussverfahrens von Unternehmen angeboten und in Form von Bedingungen und Auflagen im Rahmen der Entscheidung der Kommission für verbindlich erklärt werden[7]).

Die materiellen Anforderungen an Abhilfemaßnahmen variieren je nach Verfahrensphase, in der sie abgegeben werden. In Phase I kann eine Verpflichtungserklärung etwa nur akzeptiert werden, wenn das Wettbewerbsproblem klar umrissen und durch eine einfache Maßnahme zu lösen ist[8]). In Phase II müssen Abhilfemaßnahmen *„dem Wettbewerbsproblem gerecht werden und dieses völlig aus dem Weg räumen“*[9]). Phase II-Abhilfemaßnahmen sind regelmäßig komplizierter gestaltet. Weiters sind zeitliche Rahmenbedingungen einzuhalten und formelle Voraussetzungen zu erfüllen. Diesbezüglich sei im Rahmen dieses Aufsatzes auf die Bestimmungen der FKVO (vgl etwa Art 6 Abs 2 und Abs 3 lit b, Art 8 Abs 2 und Abs 5 lit b, Art 8 Abs 6 lit b, Art 8 Abs 7 lit a, Art 10, Art 14 Abs 2 und Art 15 Abs 1 FKVO), auf die von der Kommission veröffentlichte Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen[10]) (im Folgenden **„Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen“**), die Mustertexte für die Abgabe von Veräußerungsverpflichtungen sowie die Bestellung eines Treuhänders[11]) (im Folgenden **„Mustertexte“**) und die diesbezüglichen Best Practice Guidelines[12]) verwiesen. Dieses Konvolut an Texten beinhaltet die von der Kommission aufgestellten „Standardbedingungen“ für Veräußerungszusagen und andere Formen von Zusagen. Im Rahmen von Abhilfemaßnahmen festzulegende Bereiche sind etwa die Beschreibung des zu veräußernden Gegenstandes, Vereinbarungen zur Übernahme von notwendigem Personal, Veräußerungsfristen, Kriterien für die Genehmigung der Wahl des Käufers, Regeln zur getrennten Verwaltung des zu veräußernden Geschäfts zwischen dem Zeitpunkt der Entscheidung und der endgültigen Veräußerung des Geschäfts sowie Einzelheiten über das Mandat des Treuhänders.

Wie bereits angedeutet, liegt es an den anmeldenden Parteien, die Kommission davon zu überzeugen, dass durch die vorgeschlagenen Abhilfemaßnahmen die Bedingungen für einen wirksamen Wettbewerb im gemeinsamen Markt auf Dauer wieder hergestellt werden[13]). Typische Abhilfemaßnahmen, die auch in der Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen behandelt werden, sind die Veräußerung von Unternehmensteilen, die Beendigung von Ausschließlichkeitsvereinbarungen, die Gewährung von Zugang zu Infrastrukturen oder Schlüsseltechnologien (etwa zu Patenten, Know-How oder anderen Eigentumsrechten), die Beendigung von Kooperationen mit Dritten (etwa Ausstieg aus einem Gemeinschaftsunternehmen) oder auch die Kombination derartiger Maßnahmen.

## III. Kennzahlen und Methodik der Studie

Die Kommission analysierte 40 von 91 unter Auflagen und Bedingungen zwischen 1996 und 2000 erlassene Zusammenschlussentscheidungen. Diese 40 Fälle zeichneten ihrerseits für 96 von insgesamt 227 Abhilfemaßnahmen verantwortlich. Der Untersuchungszeitraum 1996 – 2000 wurde laut Kommission deshalb gewählt, um die tatsächlichen Auswirkungen der Abhilfemaßnahmen auf den Wettbewerb nach Ablauf eines Zeitraums von zumindest drei Jahren beobachten zu können.

Die Kommission untersuchte, wie Abhilfemaßnahmen umgesetzt wurden, welche Schwierigkeiten dabei auftraten und wie sich die Märkte nach dem Zusammenschluss entwickelten. Ziel der Studie war es außerdem, Verbesserungsmöglichkeiten des bestehenden Systems aufzuzeigen. Dafür wurden im Rahmen der Studie jene Unternehmen, denen die Abhilfemaßnahmen auferlegt worden waren, die jeweiligen Profiteure der Abhilfemaßnahmen (etwa Käufer von zu veräußernden Unterneh-

---

aus Lehren für die Zukunft zu ziehen. Es sollten nur solche Abhilfemaßnahmen akzeptiert werden, die die festgestellten Risiken für den Wettbewerb mit Sicherheit beseitigen. Die Risiken von unangemessenen Abhilfemaßnahmen müssen die Unternehmen tragen und nicht deren Kunden.“ Pressemitteilung der Kommission vom 21. 10. 2005 (IP/05/1327).

[5]) Phase I: 25 bis 35 Arbeitstage nach Eingang der als vollständig anerkannten Anmeldung bei der Kommission.

[6]) Phase II: 90 bis 110 Arbeitstage nach Einleitung von Phase II.

[7]) Vgl Art 6 Abs 2, und Art 8 Abs 2 FKVO.

[8]) Mitteilung der Kommission über im Rahmen der VO (EWG) Nr 4064/89 des Rates und der VO (EG) Nr 447/98 der Kommission zulässige Abhilfemaßnahmen, ABl 2001 C 68/3 (im Folgenden **„Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen“**), Rz 11 iVm FN 11.

[9]) Vgl Erwägungsgrund Nr 8 der VO (EG) Nr 1310/97 des Rates vom 30. 6. 1997, ABl L 180/1 vom 9. 7. 1997, berichtigt in ABl L 40/17 vom 13. 2. 1998.

[10]) Vgl FN 8.

[11]) http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/mt1.htm, http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/mt2.htm.

[12]) http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/bp2.htm.

[13]) Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen, Rz 6.

men oder Lizenznehmer von zu lizensierenden Technologien) sowie die im Rahmen der Umsetzung der Abhilfemaßnahmen eingesetzten Treuhänder über die Umsetzung und Wirkung der Abhilfemaßnahmen befragt. Eine vollständige Marktuntersuchung wurde nicht vorgenommen. Interviews mit Wettbewerbern, Abnehmern oder anderen Dritten wurden nur in sehr begrenzter Anzahl durchgeführt.

Aufgrund des großen Umfangs der veröffentlichten Studie (233 Seiten inklusive Anhänge) können im Folgenden selbstverständlich nur die wesentlichen Erkenntnisse der Studie dargestellt werden.

## IV. Wesentliche Erkenntnisse und potenzielle Auswirkungen auf Kommissionspraxis

Die Studie bestätigt im Wesentlichen die Sinnhaftigkeit des bezüglich Abhilfemaßnahmen bestehenden Regelwerkes der Kommission (insbesondere festgehalten in der Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen, den Best Practice Guidelines der Kommission, und den Mustertexten). Nichtsdestotrotz brachte die Studie – auch für die Kommission – einige überraschende Tatsachen ans Licht und zeigt Problembereiche auf.

*Tabelle 1*[14])

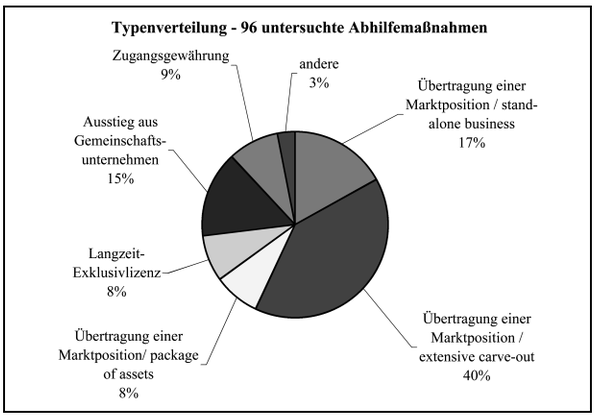
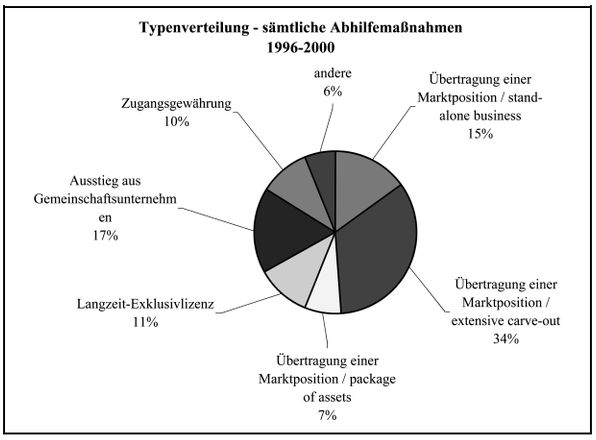



*Tabelle 2*[15])




[14]) Quelle: Studie, S 13.
[15]) Quelle: Studie, S 13.

### 1. Häufigkeit verschiedener Typen von Abhilfemaßnahmen

Tabelle 1 weist im Folgenden die Typen der untersuchten 96 Abhilfemaßnahmen aus. Der Vergleich mit sämtlichen im selben Zeitraum von der Kommission akzeptierten Abhilfemaßnahmen (Tabelle 2) zeigt, dass der von der Kommission gewählte Sample im groben und ganzen repräsentativ war.

### 2. Abgabe von Unternehmensteilen

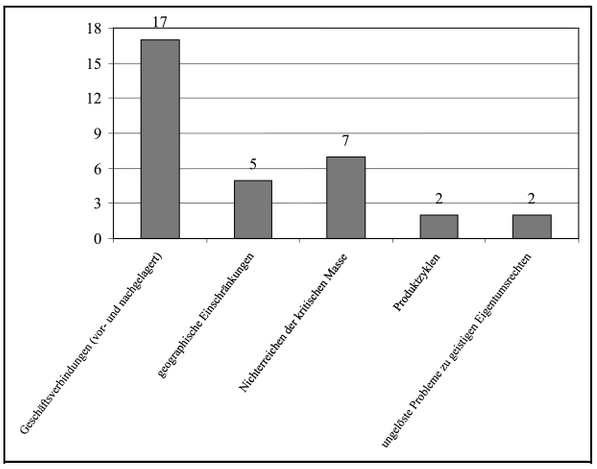
Nachdem diese Art von Abhilfemaßnahme in der Praxis in der Mehrzahl der Fälle vorkommt, lag der Schwerpunkt der Studie auf der Untersuchung dieses Bereiches.

#### a) Definition des abzugebenden Geschäftsbereiches

Als jenen Teilbereich, welcher zweifelsohne am häufigsten Schwierigkeiten in der Umsetzung der Abhilfemaßnahmen mit sich brachte, identifizierte die Kommission die *unzureichende Definition des Veräußerungsgegenstandes*[16]). Insbesondere sei in vielen Fällen beobachtbar gewesen, dass Elemente der Geschäftsbereiche, welche notwendig gewesen wären, um den zu veräußernden Geschäftsbereich als lebensfähiges Unternehmen im Markt bestehen lassen zu können, nicht mitveräußert worden waren.

Tabelle 3 nennt jene Bereiche, welche am häufigsten der Ursprung einer unzureichenden Definition des abzugebenden Geschäftsbereiches waren:

*Tabelle 3*[17])



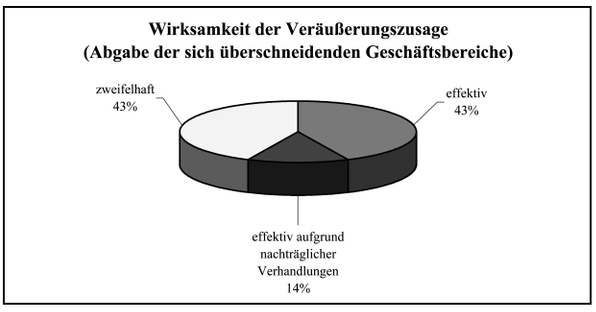

Angesichts dieses Ergebnisses sollten laut Kommission in Zukunft vor Annahme von Abhilfemaßnahmen folgende wirtschaftliche Zusammenhänge sorgfältiger abgeklärt werden:[18])

[16]) Studie, S 140.
[17]) Quelle: Studie, S 141.
[18]) Studie, S 140, Rz 7.

- bestehende Geschäftsverbindungen (vor- und nachgelagert) zwischen dem abzugebenden Geschäftsbereich und den bei den anmeldenden Unternehmen verbleibenden Geschäftsbereichen;
- exakte Abgrenzung des abzugebenden Geschäftsbereiches in geographischer Hinsicht, um ein lebensfähiges und konkurrenzfähiges Unternehmen zu veräußern;
- Festlegung der kritischen Größe des abzugebenden Geschäftsbereiches;
- Beachtung von Produktzyklen (etwa im Fall der Abgabe von länger auf dem Markt bestehenden Produkten, welche mit innovativen Produkten der anmeldenden Unternehmen konkurrieren müssten);
- geistige Eigentumsrechte.

Die Kommission machte weiters die Beobachtung, dass sich in vielen Fällen die *Veräußerung allein der sich überschneidenden Geschäftsbereiche* der fusionierenden Unternehmen im Nachhinein als unzureichend herausgestellt hatte, um die Lebensfähigkeit und Konkurrenzfähigkeit der abgegebenen Einheit zu gewährleisten. Tabelle 4 zeigt, dass Abhilfemaßnahmen, die lediglich den sich überschneidenden Geschäftsbereich als abzugebende Einheit vorsahen, sich zu gleichen Teilen als effektiv als auch als nicht effektiv im Nachhinein herausstellten. Weiters bestätigt Tabelle 4 die wichtige Rolle von potenziellen Käufern. In 14% der Fälle wurden ursprünglich nicht zur Abgabe vorgesehene Vermögensgegenstände erst aufgrund der Verhandlungen des potenziellen Käufers in die abzugebende Einheit miteinbezogen.

*Tabelle 4*[19])




Schließlich stellten sich in vielen Fällen die zwischen den abgebenden und den übernehmenden Unternehmen abzuschließenden *Übergangsvereinbarungen* als problematisch heraus. Besonderes Augenmerk sollte in diesem Bereich, so die Studie, zukünftig auf die Festlegung einer angemessenen Dauer der abzuschließenden Vereinbarungen bzw einer angemessenen Höhe allfälliger Gegenleistung (etwa Lizenzgebühren) gelegt werden[20]).

Die vorgenannten Erkenntnisse betreffen keine völlig ungeregelten Themenbereiche. So stellt bereits die Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen klar, dass es sich bei der zu veräußernden Einheit um ein lebensfähiges Geschäft handeln muss, welches in den Händen eines fähigen Käufers wirksam und auf Dauer mit dem durch die Fusion entstehenden Unternehmen konkurrieren kann. Als ein lebensfähiges Geschäft wird in der Regel ein bereits bestehendes Unternehmen angesehen, das selbständig tätig sein kann (dh unabhängig von den sich zusammenschließenden Unternehmen etwa hinsichtlich der Rohstoffversorgung oder anderen Formen der Zusammenarbeit)[21]). Zudem trägt die Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen auch der Wichtigkeit der Abgrenzung des zu veräußernden Geschäftsbereiches Rechnung und schreibt insbesondere vor, dass der Veräußerungsgegenstand genau und umfassend beschrieben werden muss. Auch die Mustertexte für die Abgabe von Veräußerungsverpflichtungen enthalten Ausführungen zu diesen potenziellen Problembereichen[22]). Die Kommission identifizierte jedoch folgende *Kerndefizite im bestehenden Regelwerk*[23]):

- Die anmeldenden Unternehmen sind derzeit nicht verpflichtet, Angaben darüber zu machen, auf welche Elemente ihres verbleibenden Unternehmens die abzugebende Einheit angewiesen sein wird, um auf lange Sicht konkurrenzfähig zu bleiben. Laut Kommission sei derzeit nur sehr schwer feststellbar, ob der Umfang des abzugebenden Geschäftsbereiches auch tatsächlich ausreichend sei, um den zu übertragenden Marktanteil in Zukunft aufrechtzuerhalten bzw auszubauen. Auf die Abgrenzung des abzugebenden Geschäftsbereiches wird daher in Zukunft von Seiten der Kommission noch größeres Augenmerk gelegt werden.
- Während die der Abgabe des Geschäftsbereiches zugrundeliegenden Verträge (etwa Aktienkaufverträge oder Geschäftsanteilsabtretungsverträge) bereits bisher von der Kommission genehmigt werden mussten, ist ein derartiger Genehmigungsvorbehalt für Übergangsverträge nicht vorgesehen. Es ist zu erwarten, dass dieses Thema in die Überarbeitung der Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen einfließen wird.
- Sofern die Wettbewerbsfähigkeit des abzugebenden Geschäftsbereiches durch die anmeldenden Unternehmen nicht eindeutig nachgewiesen werden kann, sollten, so die Studie, vermehrt die Institute des so genannten *„Up-Front Buyer“*[24]),

[19]) Quelle: Studie, S 35, Rz 30.
[20]) Studie, S 44, Rz 57 ff.
[21]) Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen, Rz 14.
[22]) Vgl Mustertexte, Abschnitt B, 4. a-e (Abgrenzung des abzugebenden Geschäftsbereiches sowie Hinweis, dass Übergangsvereinbarungen zu Bedingungen anzubieten sind, welche dem abzugebenden Geschäftsbereich zum Zeitpunkt der Abgabe zumutbar sind).
[23]) Studie, S 142, Rz 16.
[24]) Der Zusammenschluss darf erst durchgeführt werden, sobald mit einem von der Kommission anerkannten Käufer eine verbindliche Vereinbarung über das Veräußerungspaket abgeschlossen wurde.

der alternativen Vorschlägen[25]) oder das Anbieten / Mitanbieten so genannter *„Kronjuwelen“*[26]) eingesetzt werden.

- Schließlich sollte in Zukunft in größerem Maß berücksichtigt werden, dass es im Rahmen der Übertragung von Geschäftsbereichen (insbesondere bei Übertragungen von Marken) oftmals zu wesentlichen Marktanteilsverlusten kommt.

### b) Abhilfemaßnahmen, welche die Zustimmung Dritter voraussetzen

Hinsichtlich Abhilfemaßnahmen, welche die Zustimmung Dritter voraussetzen (etwa Veräußerung vinkulierter Geschäftsanteile oder Übertragung von Verträgen), stellte die Kommission fest, dass die anmeldenden Parteien damit zusammenhängende Schwierigkeiten in vielen Fällen anfänglich unterschätzten und oftmals auf eine Verlängerung der zur Umsetzung der Abhilfemaßnahmen gesetzten Frist durch die Kommission angewiesen waren[27]). Verstärkte Aufmerksamkeit sollte daher laut Kommission in Zukunft auf die Konsultation mit derartigen Dritten in der Planungsphase gelegt werden und sollten im Fall der geplanten Übertragung oder Beendigung von bestimmten Verträgen diesbezügliche Bestimmungen der Verträge der Kommission gegenüber offen gelegt werden.

Auch in diesem Zusammenhang betont die Kommission, dass alternative Abhilfemaßnahmen oder das Anbieten von Kronjuwelen verlangt werden sollten, sofern ein Risiko hinsichtlich der Kooperationsbereitschaft Dritter in der Planungsphase absehbar sei.

### c) Alternative Abhilfeabhilfemaßnahmen, Kronjuwelen

Wie bereits angedeutet, betont die Kommission im Rahmen der Studie mehrfach die Sinnhaftigkeit der Vereinbarung von alternativen Abhilfemaßnahmen und Kronjuwelen. In etwa 10% aller Veräußerungsabhilfemaßnahmen hätten alternative Abhilfemaßnahmen bzw die Einbeziehung von Kronjuwelen von Beginn an die Effektivität der Abhilfemaßnahme verstärkt[28]).

Die Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen hält derzeit bereits fest, dass alternative Abhilfemaßnahmen dann von den Unternehmen anzubieten sind, sofern die Durchführung der von den Parteien gewählten Veräußerungsmaßnahme *„zweifelhaft oder schwierig“* ist (etwa aufgrund des Bestehens von Vorkaufsrechten Dritter oder im Fall bestehender Ungewissheit in Bezug auf die Übertragbarkeit von wichtigen Verträgen, Eigentumsrechten oder Mitarbeitern)[29]). Sollte die Kommission tatsächlich die Praxis der Einbeziehung von alternativen Abhilfemaßnahmen in Zukunft verstärken, würde das für anmeldende Unternehmen einerseits einen erheblichen Mehraufwand in der Planungsphase bedeuten bzw könnte dies andererseits eine steigende Anzahl von gescheiterten Zusammenschlüssen nach sich ziehen (die geringe Anzahl von Präzedenzfällen für so genannte Kronjuwelenabhilfemaßnahmen legt nahe, dass anmeldende Unternehmen eher dazu bereit sind, auf Zusammenschlussvorhaben zu verzichten als sich von Kronjuwelen zu trennen). Eine allzu leichtfertige Änderung der Kommissionspraxis ist aufgrund dieser schwer wiegenden Folgen abzulehnen und erscheint eine weiterführende Diskussion dieses Themenbereiches im Vorfeld der Änderung der Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen notwendig.

### d) Einstweilige Erhaltung des zu veräußernden Geschäfts – getrennte Vermögensverwaltung

Während des Zeitraums zwischen dem Anbieten der Abhilfemaßnahme bzw der Kommissionsentscheidung und der tatsächlichen Durchführung der Veräußerung des Geschäftsbereiches sind die anmeldenden Parteien verpflichtet, den abzugebenden Geschäftsbereich ordnungsgemäß weiterzuführen, seine Konkurrenzfähigkeit aufrechtzuerhalten und die zu veräußernde Geschäftseinheit vom Rest des Unternehmens zu trennen[30]). Die Best Practice Guidlines der Kommission sehen für die Durchführung der getrennten Vermögensverwaltung die Funktion des so genannten *„Hold-Separate Manager“* vor, welcher den zu veräußernden Geschäftsbereich möglichst bis nach Abgabe des Geschäftsbereiches führen sollte. Dieser Hold-Separate Manager wird von den Unternehmen bestimmt und kommt in den meisten Fällen aus der Geschäftsführung des betroffenen Geschäftsbereiches. Zusätzlich haben die Parteien der Kommission einen Treuhänder vorzuschlagen, der die getrennte Vermögensverwaltung im Namen der Kommission überwacht (der *„aufsichtsführende Treuhänder“*[31])).

---

[25]) Welche laut Kommission mindestens genauso gut, wenn nicht sogar besser als der primäre Abhilfemaßnahmenvorschlag sein müssen, vgl Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen, Rz 23.

[26]) Das Anbieten von „Kronjuwelen“ für den Fall, dass sich die erste Zusage nicht verwirklichen lässt, ist eine Möglichkeit, die Ablehnung einer unsicheren Zusage durch die Kommission abzuwenden. Dabei handelt es sich um Geschäftsbereiche der anmeldenden Unternehmen, deren Abgabe einerseits die Wettbewerbsbedenken der Kommission mit Sicherheit zerstreuen würde und die andererseits aufgrund ihrer Profitabilität und Attraktivität sofort Käufer anziehen würden.

[27]) Studie, S 143, Rz 20.

[28]) Studie, S 144, Rz 26.

[29]) Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen, Rz 22.

[30]) Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen, Rz 50 ff.

[31]) Vom aufsichtsführenden Treuhänder ist der Veräußerungstreuhänder zu unterscheiden (die beiden Positionen können auch von ein und derselben Person bzw Institution wahrgenommen werden). Der Veräußerungstreuhänder nimmt die Veräußerung eines abzugebenden Geschäftsbereiches in die Hand, sofern es den Unternehmen innerhalb einer vorbestimmten Frist nicht gelingt,

Laut Studie traten in einer bedeutenden Anzahl von Fällen Probleme in der Übergangszeit zwischen Entscheidung und tatsächlicher Durchführung der Veräußerungszusage auf. In vielen Fällen kam es etwa in dieser Phase zur Beendigung von Investitionsprogrammen bezüglich des abzugebenden Geschäftsbereiches oder wurden Kunden- und Lieferantenbeziehungen vernachlässigt oder gar beendet.

Die Studie betont daher die Wichtigkeit eines funktionierenden und effektiven Überwachungsmechanismus. Insbesondere sollten sich aufsichtsführende Treuhänder nicht, wie in der Vergangenheit, lediglich auf die Kontrolle von Finanzkennzahlen konzentrieren, sondern eine aktivere Rolle einnehmen. In dieser Hinsicht hob die Studie einen positiven Fall aus der Vergangenheit hervor. Hier hatten der Treuhänder und die Parteien eine Art Implementierungs-Checkliste zu Beginn der Übergangsphase aufgestellt und sich auf einen so genannten *„Code-of-Conduct"* verständigt.

Zu einem überraschenden Ergebnis kam die Studie auch hinsichtlich des Zeitpunkts der *Bestellung des aufsichtsführenden Treuhänders*. Lediglich in rund 40% der Fälle wurde der Treuhänder binnen einem Monat nach der Kommissionsentscheidung bestellt. In rund 42% der Fälle dauerte die Bestellung des Treuhänders zwischen einem und zwei Monaten. In 18% der Fälle kam es gar erst nach zwei Monaten zur Bestellung des Treuhänders[32]). Vor dem Hintergrund, dass für Veräußerungszusagen großteils eine Frist von sechs Monaten festgelegt wird, wurde somit in 18% der Fälle die Durchführung der Veräußerungszusagen während rund eines Drittels der Umsetzungsphase nicht seitens der Kommission beaufsichtigt.

Die Studie nimmt nur sehr eingeschränkt zu den Gründen dieser ausgedehnten Bestellungsphasen Stellung. In vielen Fällen hätten die Unternehmen, so die Kommission, zu wenig Informationen im Rahmen ihres Vorschlags für einen Treuhänder zur Verfügung gestellt[33]). Die Kommission gesteht jedoch gleichzeitig zu, dass im Rahmen des derzeit praktizierten Bestellungsmechanismus die Bestellung eines Treuhänders binnen einem Monat nach der Entscheidung über die Zulässigkeit eines Zusammenschlusses typischerweise nur dann möglich ist, sofern ein von den Unternehmen vorzuschlagender Treuhänder von der Kommission sofort akzeptiert wird[34]). Akzeptiert die Kommission keinen der von den Unternehmen vorgeschlagenen Treuhänder, dauert die Bestellung zwangsläufig länger als einen Monat. Eine Verkürzung der durchschnittlichen Bestellungsdauer kann daher mE nur durch eine Änderung des von der Kommission vorgegebenen Bestellungsmechanismus erreicht werden. Ein diesbezüglicher Vorschlag findet sich jedoch nicht in der Studie.

### e) Veräußerungsfristen

Die Studie unterstreicht den bisherigen Zugang der Kommission zur Festsetzung von Fristen. Es sei sinnvoll, so die Studie, Veräußerungsfristen grundsätzlich eher kürzer anzusetzen und fallbezogen auf begründeten Antrag zu verlängern[35]).

In rund 60% der untersuchten Fälle wurde die Veräußerungsfrist mit sechs Monaten (ab Kommissionsentscheidung) festgelegt. Die durchschnittlich festgesetzte Frist sämtlicher untersuchter Fälle betrug 7,6 Monate (8,5 Monate in Fällen des Rückzugs aus Gemeinschaftsunternehmen)[36]). Tatsächlich erfüllt wurden die Veräußerungszusagen durchschnittlichen binnen 6,2 Monaten (in Fällen des Rückzugs aus Gemeinschaftsunternehmen binnen 7,7 Monaten)[37]).

## 3. Zugangsgewährung

Aufgrund der geringen Anzahl an analysierten Abhilfemaßnahmen in diesem Bereich kam die Kommission zu keinen wirklich richtungsweisenden Ergebnissen.

Von den zehn untersuchten Abhilfemaßnahmen betrafen vier den Zugang zu Infrastruktur, fünf den Zugang zu Technologie und geistigen Eigentumsrechten sowie eine die Beendigung eines exklusiven Vertriebsvertrags.

Neben dem Umstand, dass sich in vielen Fällen die Marktgegebenheiten nach den jeweiligen Entscheidungen der Kommission derart geändert hatten, sodass die abgegebenen Zusagen nicht die gewünschte Wirkung entfalten konnten, hatte die Kommission großteils Schwierigkeiten, angemessene Zugangsbedingungen festzulegen. Größeres Augenmerk sollte in Zukunft auch auf die Überwachung der Umsetzung der Abhilfemaßnahmen gelegt werden.

## 4. Wirksamkeit der Abhilfemaßnahmen

Obwohl die Kommission keine vollständige Untersuchung der Entwicklung der betroffenen Märkte im Einzelnen durchführte, maß sie die Wirksamkeit der einzelnen Abhilfemaßnahmen an bestimmten Indikatoren. So wurde etwa festgestellt, (i) ob die abgegebene Geschäftseinheit auch noch drei bis fünf Jahre nach Veräußerung operativ tätig war, (ii) wie sich der Marktanteil der abgegebenen Einheit seit der Veräußerung entwickelt hatte und (iii) ob die Gewährung eines Zugangs zu Technologie, etc, die gewünschte Wirkung gezeigt hatte.

Die Kommission stufte die Wirksamkeit der Abhilfemaßnahmen anhand folgender vier Kategorien ein[38]):

---

die Veräußerung durchzuführen. Der Veräußerungstreuhänder ist zwar verpflichtet, die Veräußerung zu den bestmöglichen Bedingungen vorzunehmen, er ist jedoch nicht an einen Mindestpreis gebunden.

[32]) Studie, S 89, Rz 8.

[33]) Studie, S 89, Rz 9.

[34]) Studie, FN 243.

[35]) Studie, S 163, Rz 123.

[36]) Studie, S 162, Rz 114.

[37]) Studie, S 163, Rz 120.

[38]) Studie, S 132, Rz 30.

(i) *wirksam:* die Abhilfemaßnahmen erfüllten nachweislich ihren Zweck;

(ii) *teilweise wirksam:* Umsetzungsprobleme konnten innerhalb des untersuchten Zeitraums (drei bis fünf Jahre nach Entscheidung) nicht vollständig gelöst werden; Verbesserungspotenzial erkennbar;

(iii) *unwirksam:* die Abhilfemaßnahmen zeigten nicht die gewünschten Wirkungen, da etwa abgegebene Geschäftsbereiche nach Abgabe nicht mehr betrieben wurden, aus anderen Gründen keinen Wettbewerbsdruck aufbauten oder der vereinbarte Zugang zu Technologien, etc tatsächlich nicht zustande kam;

(iv) *unklar:* in diesen Fällen konnte die Wirksamkeit aus verschiedenen Gründen nicht beurteilt werden (teilweise waren zu wenig Informationen vorhanden, teilweise entwickelten sich Märkte – etwa aufgrund von Liberalisierungsmaßnahmen – derart rasant, dass den Abhilfemaßnahmen isoliert keine Auswirkungen zugeordnet werden konnten).

### a) Abhilfemaßnahmen – Gesamt

Mehr als die Hälfte aller untersuchten Abhilfemaßnahmen (57%) konnten als wirksam eingestuft werden. Während lediglich 7% unwirksam waren, waren rund ein Viertel der Abhilfemaßnahmen teilweise wirksam und blieb die Wirksamkeit in 12% der Fälle unklar[39]).

### b) Vergleich der einzelnen Abhilfemaßnahmentypen

Betrachtet man die Wirksamkeit der einzelnen Typen von Abhilfemaßnahmen, so zeigten sich Ausstiege aus Gemeinschaftsunternehmen am effektivsten, gefolgt von Veräußerungszusagen und der Gewährung von Zugang[40]).

*Tabelle 5*[41])

| | Übertragung Geschäftsbereich | | Ausstieg aus Gemeinschaftsunternehmen | | Gewährung von Zugang | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | # | % | # | % | # | % |
| wirksam | 36 | 56 | 10 | 77 | 2 | 40 |
| teilweise wirksam | 16 | 25 | 1 | 8 | 2 | 40 |
| unwirksam | 4 | 6 | 0 | 0 | 1 | 20 |
| unklar | 8 | 13 | 2 | 15 | 0 | 0 |
| Gesamt | 64 | 100 | 13 | 100 | 5 | 100 |

### c) Entwicklung der abgegebenen Geschäftsbereiche

Besonderes Augenmerk legte die Kommission auf die Erfassung der Entwicklung der abgegebenen Geschäftsbereiche. Zwar merkt die Kommission in dieser Hinsicht selbst an, dass die untersuchten Fragestellungen (wird die veräußerte Einheit noch betrieben bzw wie hat sich dessen Marktanteil entwickelt) bloß als Indikatoren für die Beurteilung der Wirksamkeit zu sehen seien, ein gewisser Trend sei jedoch erkennbar.

Wie die folgende Tabelle zeigt, konnte die Frage, ob der abgegebene Geschäftsbereich auch drei bis fünf Jahre nach Veräußerung noch betrieben wurde, in der überwiegende Mehrheit der Fälle mit ja beantwortet werden. In lediglich 2% der Fälle war der Geschäftsbereich eingestellt worden. Betrachtet man die Entwicklung der Marktanteile der abgegebenen Geschäftsbereiche, ist das Bild bereits diversifizierter. In den untersuchten Fällen war die wahrscheinlichste Variante, dass der Marktanteil zurückging (in 44% der Fälle), wohingegen in lediglich 18% der Fälle der Marktanteil anstieg.

*Tabelle 6*[42])

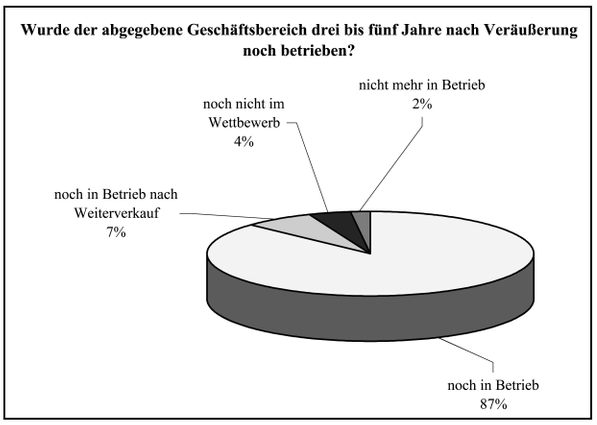
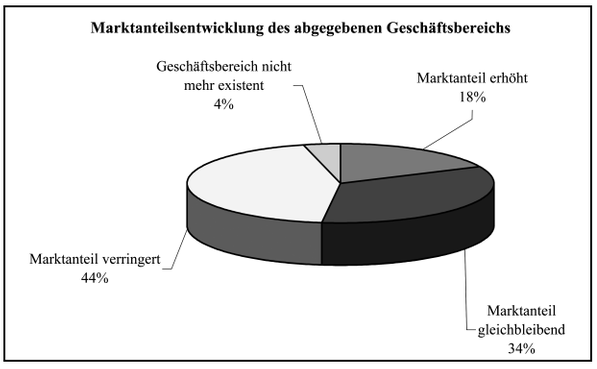



*Tabelle 7*[43])




## V. Zusammenfassung

Als eine der ersten bedeutenden Wettbewerbsbehörden weltweit hat die Kommission ihre Auflagenpraxis einer eingehenden Untersuchung unterzogen und das Ergebnis Ende Oktober 2005 veröf-

[39]) Studie, S 133, Rz 34.

[40]) Studie, S 133, Rz 35 ff. Aufgrund der sehr geringen Anzahl der Zugangsgewährungszusagen, lässt das diesbezügliche Ergebnis wohl kaum Rückschlüsse zu.

[41]) Quelle: Studie, S 135, Rz 35.

[42]) Quelle: Studie, S 128, Rz 20.

[43]) Quelle: Studie, S 129, Rz 22.

fentlicht. Untersucht wurden insbesondere die Umsetzung der Abhilfemaßnahmen, dabei auftauchende Schwierigkeiten und die Wirksamkeit der einzelnen Typen von Abhilfemaßnahmen.

Die Studie bestätigte im Wesentlichen die bisherige Praxis der Kommission, brachte jedoch einige – auch für die Kommission – überraschende Tatsachen ans Licht und zeigt Verbesserungspotenzial auf. Als nächste Schritte sollen nun einerseits kommissionsinterne Diskussionen folgen und sind andererseits Unternehmen, Rechtsberater, etc eingeladen, ihre Ansichten zu den vorläufigen Erkenntnissen der Studie der Kommission mitzuteilen. Anschließend soll das bestehende Regelwerk der Kommission (insbesondere festgehalten in der Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen, den Best Practice Guidelines der Kommission, und den Mustertexten) novelliert werden.

**SpringerNewsRecht**

**Christian Bertel, Klaus Schwaighofer**

**Österreichisches Strafrecht**
**Besonderer Teil I. §§ 75 bis 168b StGB**

**Neunte, vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage.**
2006. XVI, 305 Seiten. Broschiert **EUR 29,90**, sFr 51,–
ISBN 3-211-30895-4
Springers Kurzlehrbücher der Rechtswissenschaft

Das Buch ist auf dem neuesten Stand. Es berücksichtigt auch das Budgetbegleitgesetz 2005 und das Sozialbetrugsgesetz. Die 2004 eingeführte „Entfremdung unbarer Zahlungsmittel" bereitet noch immer viele Probleme. Das Buch behandelt für den Studenten alle prüfungsrelevanten Fragen. Für den Praktiker bringt es interessante Entscheidungen und Fälle. Sie können auch dem akademischen Lehrer Anregungen für Vorlesungen, Übungen und Prüfungen geben. Ein lebensnahes Buch, mit klaren Aussagen, leicht zu verstehen. Was kann man sonst tun, um Leser für das Strafrecht zu interessieren?

SpringerWienNewYork

P.O.Box 89, Sachsenplatz 4–6, 1201 Wien, Österreich, Fax +43.1.330 24 26, books@springer.at, **springer.at**
Haberstraße 7, 69126 Heidelberg, Deutschland, Fax +49.6221.345-4229, SDC-bookorder@springer.com, springer.com
P.O. Box 2485, Secaucus, NJ 07096-2485, USA, Fax +1.201.348-4505, service@springer-ny.com, springer.com
Preisänderungen und Irrtümer vorbehalten.