

innen dieser Frist keine Entscheidung getroffen, gilt der Zusammenschluss als freigegeben (§ 40 II 2 GWB).

Nach der Prüfung des Zusammenschlussvorhabens stehen dem Bundeskartellamt die folgenden Entscheidungsmöglichkeiten zur Verfügung: Es kann den geplanten Zusammenschluss ohne Nebenbestimmungen freigeben (§ 40 II 1 GWB), ihn untersagen (§ 40 II 1 GWB) oder die Freigabe mit Bedingungen und Auflagen (§ 40 III 1 GWB), zB mit Veräußerungszusagen, verbinden.⁶⁹ Hat das Bundeskartellamt den Zusammenschluss untersagt, besteht die Möglichkeit, dass dieser dennoch im Rahmen eines Ministererlaubnisverfahrens vom Bundesminister für Wirtschaft und Energie aufgrund der von ihm ausgehenden gesamtwirtschaftlichen Vorteile oder eines überragenden Interesses der Allgemeinheit erlaubt wird (§ 42 GWB).

Die Anmeldung beim Bundeskartellamt ist gem. § 62 I Nr. 1 GWB **gebührenpflichtig**.

b) Europäisches Fusionskontrollverfahren

aa) Anmeldung. Ist eine Umwandlung ein Zusammenschluss von gemeinschaftsweiter Bedeutung iSd FKVO, so ist diese nach Abschluss einer verbindlichen Vereinbarung oder unter Glaubhaftmachung, eine solche verbindliche Vereinbarung eingehen zu wollen, anzumelden (Art. 4 I Unterabsätze 1 und 2 FKVO).

Zur Anmeldung verpflichtet sind im Falle einer Fusion gem. Art. 4 II 1 FKVO die an der Fusion beteiligten Unternehmen, dh die fusionierenden Unternehmen. Bei einem Kontrollerwerb ist derjenige zur Anmeldung verpflichtet, der die Kontrolle über die Gesamtheit oder über Teile eines Unternehmens erwirbt (Art. 4 II 2 FKVO).

Die Einzelheiten der Anmeldung werden in der seit dem 1.9.2023 grundlegend neu gefassten Verordnung Nr. 2023/914 („FKVO-DurchführungsVO“)⁷⁰ geregelt. Anders als das Bundeskartellamt schreibt die Europäische Kommission die Verwendung eines Formblattes, des sogenannten Formblatt CO⁷¹ (Art. 3 I FKVO-DurchführungsVO) vor. Auch wenn die Europäische Kommission mit den neuen, ab 1.9.2023 geltenden Regelungen das Verfahren zur Prüfung von Zusammenschlüssen vereinfacht hat, bleiben die in diesem Formblatt anzugebenden Informationen sehr umfangreich, umfassen zB die Angebots- und Nachfragestruktur in den betroffenen Märkten oder Angaben zu realisierten oder zu erwartenden Markteintritten am Zusammenschluss nicht beteiligter Unternehmen. Der mit der Anmeldung verbundene Aufwand ist erheblich und bedarf gründlicher Vorbereitung. In bestimmten Fällen, in denen das Vorhaben wettbewerblich unbedenklich erscheint, kann auch das „Vereinfachte Formblatt CO“ mit geringeren Informationsanforderungen verwendet werden.⁷² Anders als bei einer deutschen Anmeldung verlangt die Europäische Kommission auch die Vorlage einer Reihe von Unterlagen. Neben den Transaktionsverträgen bzw. -vertragsentwürfen müssen die Unternehmen grundsätzlich die von oder für Leitungs- oder Aufsichtsorgane erstellten Unterlagen vorlegen, in denen der geplante Zusammenschluss mit Blick auf die Beweggründe, die Marktanteile, die Wettbewerbsbedingungen, die Wettbewerber, etc. bewertet oder analysiert wurde.⁷³

⁶⁹ Siehe Bundeskartellamt, Leitfaden Zusagen in der Fusionskontrolle, Mai 2017 sowie auch Mustertext des Bundeskartellamtes über Freigabe eines Zusammenschlussvorhabens mit Nebenbestimmungen – Auflagen, Stand: 1.1.2005.

⁷⁰ Durchführungsverordnung (EU) 2023/914 der Kommission vom 20.4.2023 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission („FKVO-DurchführungsVO“).

⁷¹ Abgedruckt im Anhang I FKVO-DurchführungsVO.

⁷² Abgedruckt im Anhang II FKVO-DurchführungsVO. Die Fallkonstellationen, in denen das vereinfachte Formblatt CO verwendet werden kann, sind in der am 20.4.2023 neu veröffentlichten Bekanntmachung der Kommission über die vereinfachte Behandlung bestimmter Zusammenschlüsse gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen aufgelistet.

⁷³ Siehe Anhang I, Ziff. 5.4. FKVO-DurchführungsVO.

74 Das Formblatt CO und seine Anlagen sind der Europäischen Kommission seit dem 1.9.2023 grundsätzlich elektronisch über dessen Übermittlungsplattform eTrustEx zu übermitteln.⁷⁴

75 bb) Prüfung des Zusammenschlusses durch die Europäische Kommission.

(1) Prüfungsmaßstab der materiellen Fusionskontrolle. Nach Art. 2 III FKVO sind Zusammenschlüsse, die wirksamen Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindern würden, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung, für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären. Bei der Prüfung des Zusammenschlusses muss die Europäische Kommission bestimmen, in der Verordnung aufgezählte Aspekte (Art. 2 I FKVO) berücksichtigen, wie zB die Notwendigkeit, im Gemeinsamen Markt wirksamen Wettbewerb aufrechtzuerhalten, oder die wirtschaftliche Macht und die Finanzkraft der beteiligten Unternehmen.

76 (2) Ablauf des Prüfungsverfahrens, Fristen und Anmeldegebühren. Im Hinblick auf die Einreichung einer Anmeldung bei der Europäischen Kommission ist es üblich, dass die Parteien mindestens zwei Wochen vor der geplanten Einreichung mit der Europäischen Kommission in einem Pränotifizierungsverfahren Kontakt aufnehmen.⁷⁵ Für die erste Kontaktaufnahme senden die Unternehmen der Europäischen Kommission ein sog. „Case Team Allocation Request“, also den Antrag auf Zuteilung eines Bearbeitungsteams für die einzureichende Anmeldung.⁷⁶ Dieser umschreibt kurz den Hintergrund der anzumeldenden Transaktion sowie die relevanten (insbesondere sachlichen) Märkte und den möglichen Einfluss auf den Wettbewerb.⁷⁷ Anhand dieses Antrags wird den beteiligten Unternehmen bzw. ihrem Zusammenschlussvorhaben in einem wöchentlich intern innerhalb der Generaldirektion Wettbewerb stattfindenden organisatorischen Treffen ein Case Team zugeteilt. Die anmeldenden Unternehmen leiten dem Case Team in der Folge einen Entwurf des Formblatts CO zu. Erst nach der Klärung etwaiger Rückfragen – in Form von teils umfassenden Fragebögen – des Case Teams und nach entsprechender Absprache erfolgt dann die förmliche Einreichung der Anmeldung. Es ist ratsam, genügend Zeit für das Pränotifizierungsverfahren einzuplanen, da die Bearbeitungsfristen für die Europäische Kommission erst mit dem auf die offizielle Einreichung der Anmeldung folgenden Kommissionsarbeitstag beginnen und das Pränotifizierungsverfahren nicht an strikte Fristen gebunden ist.

77 Nach Einreichung der Anmeldung hat die Europäische Kommission innerhalb von 25 Arbeitstagen, in besonderen Fällen binnen 35 Arbeitstagen, eine Entscheidung zu treffen. Gelangt die Kommission zu dem Schluss, dass das angemeldete Zusammenschlussvorhaben nicht unter die FKVO fällt, so stellt sie dies durch Entscheidung fest (Art. 6 I Buchst. a FKVO). Stellt die Kommission fest, dass es keinen Anlass zu ernsthaften Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt gibt, so trifft sie die Entscheidung,

⁷⁴ Mitteilung der Kommission vom 5.5.2023 gemäß Art. 3 II, Art. 13 III, Art. 20 und Art. 22 der Durchführungsverordnung (EU) 2023/914 der Kommission zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission. Vor Einreichung der Anmeldung sollten die aktuellen formalen Vorgaben auf der Webseite der Europäischen Kommission eingesehen werden: https://competition-policy.ec.europa.eu/mergers/practical-information_en (zuletzt abgerufen am 17.8.2023).

⁷⁵ Mitteilung der Generaldirektion Wettbewerb, DG Competition Best Practices on the conduct of EC merger proceedings 20.1.2004 (Best Practice Mitteilung) Rn. 5 ff.; siehe dazu auch die seit 1.9.2023 geltenden Regelungen (insb. den Q&A-Bogen der Europäischen Kommission betreffend das vereinfachte Verfahren, abrufbar unter https://competition-policy.ec.europa.eu/mergers/publications_en, zuletzt abgerufen am 18.8.2023), die für bestimmte vereinfachte Fallkonstellationen von einer Pränotifizierungsphase ganz absehen.

⁷⁶ Das „Case Team Allocation Request“ soll unter Verwendung eines auf der Webseite der Europäischen Kommission veröffentlichten Formulars (abrufbar unter https://competition-policy.ec.europa.eu/mergers/practical-information_en#allocation-of-cases, zuletzt abgerufen am 18.8.2023) eingereicht werden.

⁷⁷ Zum Inhalt des „Case Team Allocation Request“: Best Practice Mitteilung Rn. 11.

keine Einwände zu erheben und erklärt den Zusammenschluss für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar (Art. 6 I Buchst. b FKVO). Hat die Kommission nicht binnen dieser Frist eine Entscheidung erlassen, so gilt der Zusammenschluss als genehmigt (Art. 10 VI FKVO). Bestehen hingegen ernsthafte Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit des Zusammenschlussvorhabens mit dem Gemeinsamen Markt, so leitet die Europäische Kommission das Hauptprüfverfahren ein (Art. 6 I Buchst. c FKVO). Im Rahmen dieses Verfahrens wird den betroffenen Personen, Unternehmen und Unternehmensvereinigungen Gelegenheit gegeben, sich zu äußern (Art. 18 I FKVO). Am Ende dieses Verfahrens kann sie den Zusammenschluss, gegebenenfalls mit Bedingungen und Auflagen, für vereinbar (Art. 8 II FKVO) oder unvereinbar (Art. 8 III FKVO) erklären. Diese Entscheidungen müssen spätestens binnen einer Frist von 90 und in besonderen Fällen von 125 Arbeitstagen der Kommission ergehen (Art. 10 III FKVO), bei Untätigkeit der Kommission über die genannten Fristen hinaus gilt der Zusammenschluss als genehmigt (Art. 10 VI FKVO).

Stellt die Europäische Kommission fest, dass ein geplanter Zusammenschluss unter die FKVO fällt, so veröffentlicht sie die Tatsache der Anmeldung unter Angabe der Namen der Beteiligten, ihres Herkunftslandes, der Art des Zusammenschlusses sowie der betroffenen Wirtschaftszweige (Art. 4 III 1 FKVO). 78

Die Anmeldung eines Zusammenschlussvorhabens bei der Europäischen Kommission ist gebührenfrei. 79

3. Vollzugsverbot

Solange ein anmeldepflichtiger Zusammenschluss nicht von der Kartellbehörde freigegeben wurde, darf er nicht vollzogen werden. Ein Verstoß gegen das Vollzugsverbot stellt eine Ordnungswidrigkeit dar, die mit drastischen Bußgeldern geahndet wird. Ein Verstoß hat zudem zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Konsequenzen. 80

Im Folgenden wird zunächst auf das Vollzugsverbot nach deutschem Recht eingegangen, sodann auf das Vollzugsverbot nach europäischem Recht. 81

a) Vollzugsverbot nach deutschem Recht

§ 41 I 1 GWB verbietet den Vollzug des Zusammenschlusses vor Ablauf der für die Entscheidung vorgesehenen Fristen⁷⁸ sowie die Mitwirkung am Vollzug des Zusammenschlusses. 82

aa) Vollzug iSv § 41 I GWB. Das GWB definiert den Begriff des „Vollzugs“ nicht. Der Zweck des Vollzugsverbots liegt darin zu verhindern, dass Tatsachen geschaffen werden, die zu – nachträglich schwer oder überhaupt nicht mehr zu korrigierenden – Verschlechterungen der strukturellen Wettbewerbsbedingungen führen.⁷⁹ Ausgehend von diesem Zweck ist für die Beurteilung, wann ein Zusammenschluss als „vollzogen“ anzusehen ist, entscheidend auf den Zeitpunkt abzustellen, zu dem das Verhalten der beteiligten Unternehmen wesentliche wettbewerbsrelevante Zusammenschlusswirkungen entfaltet. Das Vollzugsverbot umfasst damit alle Rechtshandlungen, die einen Zusammenschlusstatbestand des § 37 I GWB verwirklichen.⁸⁰ Dies erfolgt in der Regel durch das dingliche Geschäft.⁸¹ Darüber hinaus verbietet das Vollzugsverbot alle tatsächlichen Handlungen, welche die wirtschaftlichen Wirkungen des Zusammenschlusses vorwegnehmen.⁸² In Abgrenzung dazu sind Vorbereitungsmaßnahmen zulässig.⁸³ 83

⁷⁸ → Rn. 68.

⁷⁹ MüKoEuWettbR/Mäger GWB § 41 Rn. 2; BGH 14.10.2008 – KVR 30/08, NJW 2009, 1611.

⁸⁰ MüKoEuWettbR/Mäger GWB § 41 Rn. 4.

⁸¹ MüKoEuWettbR/Mäger GWB § 41 Rn. 4; Immenga/Mestmäcker/Thomas GWB § 41 Rn. 8.

⁸² MüKoEuWettbR/Mäger GWB § 41 Rn. 8.

⁸³ MüKoEuWettbR/Mäger GWB § 41 Rn. 10.

- 84 Bei einer Umwandlung ist jedenfalls mit der Eintragung in das Handelsregister die Umwandlung vollzogen.⁸⁴ Denn für die Verschmelzung sieht § 20 I Nr. 1 UmwG vor, dass mit der Eintragung der Verschmelzung in das Register des Sitzes des übernehmenden Rechtsträgers das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers auf ihn übergeht.⁸⁵ Der bloße Abschluss des Verschmelzungsvertrages und die Beschlussfassung durch die Gesellschafter hingegen sind keine Vollzugshandlungen,⁸⁶ da sie keinen verfügungsrechtlichen Charakter haben. Der Verschmelzungsvertrag wirkt schuldrechtlich; die beteiligten Rechtsträger werden dadurch lediglich schuldrechtlich zur Übertragung des Vermögens der übertragenden Rechtsträgers als Ganzes gegen Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaften an dem übernehmenden Rechtsträger verpflichtet.⁸⁷
- 85 Um sicherzustellen, dass eine Eintragung und somit Vollzug erst nach Erhalt der Freigabe durch die Kartellbehörden erfolgt, sollte in den Verschmelzungsvertrag ein Kartellrechtsvorbehalt aufgenommen werden, nach dem der Vollzug unter die aufschiebende Bedingung der Freigabe durch das Bundeskartellamt⁸⁸ gestellt bzw. der Gesellschafterbeschluss unter entsprechendem Vorbehalt gefasst wird.
- 86 Daneben muss sichergestellt werden, dass es vor der Freigabe nicht zu einem faktischen Vollzug kommt. Dies bedeutet, dass die beteiligten Unternehmen alle Maßnahmen unterlassen müssen, mit denen in den gewöhnlichen Geschäftsgang des anderen Unternehmens eingegriffen würde.⁸⁹
- 87 Soweit die beteiligten Unternehmen wichtige Gründe geltend machen, kann das Bundeskartellamt auf deren Antrag eine Befreiung vom Vollzugsverbot erteilen (§ 41 II 1 GWB).
- 88 **bb) Konsequenzen bei Verstoß gegen das Vollzugsverbot.** Ein Verstoß gegen das Vollzugsverbot hat ordnungsrechtliche, zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Konsequenzen.
- 89 Der Verstoß gegen das Vollzugsverbot stellt gem. § 82 II Nr. 1 GWB eine **Ordnungswidrigkeit** dar. Bei einem vorsätzlichen Verstoß drohen dem Unternehmen Geldbußen iHv bis zu 10 % des vom Unternehmen im letzten Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes (§ 81c II 2 GWB). Auch der fahrlässige Verstoß gegen das Vollzugsverbot stellt eine Ordnungswidrigkeit dar, der mit einem Bußgeld von bis zu 5 % des vom Unternehmen im letzten Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes geahndet werden kann (§ 17 II OWiG). Dem Bundeskartellamt steht ein erhebliches Ermessen bei der Frage zu, ob und in welcher Höhe es ein Bußgeld verhängt.
- 90 Darüber hinaus drohen **zivilrechtliche Konsequenzen**. Gemäß § 41 I 2 GWB sind Rechtsgeschäfte, die gegen das Vollzugsverbot verstoßen, unwirksam. Diese Unwirksamkeit ist schwebend und entfällt rückwirkend, sobald die Freigabe des Zusammenschlusses erteilt wurde oder die entsprechenden Fristen abgelaufen sind. Für Umwandlungen sieht das GWB jedoch eine entscheidende Ausnahme von der Unwirksamkeit vor. Bei einer Umwandlung wird das Rechtsgeschäft rechtswirksam, sobald die Eintragung in das entsprechende Register erfolgt (§ 41 I 3 Nr. 2 GWB). Das GWB respektiert insoweit die Publizitätsfunktion des Handelsregisters und gibt den Interessen Dritter, die auf die Richtigkeit des öffentlichen Registers vertraut haben, den Vorrang vor dem öffentlichen Interesse an der Auflösbarkeit eines verbotswidrigen Zusammenschlusses. Bis zur konstitutiven Eintragung in das jeweilige Register verbleibt es jedoch bei der Regelung des § 41 I 2

⁸⁴ Nicht ganz eindeutig hierzu Bunte KartellR/Kallfaß GWB § 37 Rn. 15, der für den Vollzug das „Vorliegen aller gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen der Umwandlung (auch die Eintragung)“ voraussetzt.

⁸⁵ Dasselbe gilt auch für die übrigen Umwandlungsformen.

⁸⁶ Nicht ganz eindeutig hierzu Widmann/Mayer/Mayer § 126 Rn. 344.

⁸⁷ SSL/Greitemann UmwG § 4 Rn. 5 mwN.

⁸⁸ Soweit weitere Anmeldepflichten in anderen Jurisdiktionen mit einem Vollzugsverbot bestehen, ist die aufschiebende Bedingung bzw. der Vorbehalt dementsprechend auf diese weiteren zuständigen Kartellbehörden, die im Vertrag explizit aufgelistet werden sollten, zu erstrecken.

⁸⁹ MHD B GesR VIII/Grave § 62 Rn. 103 ff.

GWB, und alle sich auf die Umwandlung beziehenden rechtsgeschäftlichen Vollzugshandlungen sind bis zur Entscheidung über den Zusammenschluss schwebend unwirksam. § 41 I 2 GWB schützt jedoch nicht vor einem etwaigen Entflechtungsverfahren (→ Rn. 91).

Schließlich hat der Verstoß gegen das Vollzugsverbot **öffentlich-rechtliche Konsequenzen:** Gemäß § 41 III 1 GWB ist bei einem Verstoß gegen das Vollzugsverbot der Zusammenschluss in einem sog. Entflechtungsverfahren aufzulösen, wenn die Voraussetzungen für eine Untersagung gem. § 36 I GWB gegeben sind und keine Ministererlaubnis gem. § 42 GWB erteilt wurde. Das Risiko der Entflechtung besteht unabhängig davon, ob eine Umwandlung durch Eintragung in das Register gem. § 41 I 3 Nr. 3 GWB zivilrechtlich wirksam geworden ist. Denn die Eintragung ins Handelsregister begrenzt nicht die Kompetenz des Bundeskartellamts, den Zusammenschluss nach den öffentlich-rechtlichen Regelungen zu untersagen oder die zur Auflösung des Zusammenschlusses erforderlichen Maßnahmen anzuordnen, da die Handelsregistereintragung lediglich zivilrechtliche Bedeutung hat.

b) Vollzugsverbot nach europäischem Recht

aa) Vollzug nach europäischem Recht. Artikel 7 I FKVO verbietet den Vollzug eines Zusammenschlusses vor der Anmeldung und solange bis er von der Europäischen Kommission freigegeben wurde bzw. als freigegeben gilt. Bezogen auf den Tatbestand des Kontrollerwerbs geht der EuGH von Vollzug iSv Art. 7 FKVO aus, sobald die an einem Zusammenschluss Beteiligten „Handlungen vornehmen, die zu einer dauerhaften Veränderung der Kontrolle über das Zielunternehmen beitragen“ oder – negativ formuliert – fallen solche Vorgänge nicht unter Art. 7 FKVO, die „nicht erforderlich sind, um eine Veränderung der Kontrolle über eines der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen herbeizuführen“. ⁹⁰ Anknüpfungspunkt ist nach EU-Recht daher, ob ein Verhalten bereits den Zusammenschlusstatbestand erfüllt. Der Vollzug einer Umwandlungsmaßnahme liegt in jedem Fall mit Eintragung der Umwandlung in das jeweilige Register des Sitzes des übernehmenden Rechtsträgers vor, da die Eintragung erst die Vermögens- und Anteilsübertragung bewirkt (§ 20 I UmwG). ⁹¹

bb) Konsequenzen bei Verstoß gegen das Vollzugsverbot und gegen die Anmeldepflicht. Bei einem Verstoß gegen das Vollzugsverbot kann die Europäische Kommission **Geldbußen** iHv bis zu 10 % des von den beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes festsetzen (Art. 14 II Buchst. b FKVO). Haben die beteiligten Unternehmen darüber hinaus den Zusammenschluss zu einem Zeitpunkt vollzogen, der vor der Anmeldung lag, liegt zudem ein Verstoß gegen die Anmeldepflicht vor, die zu einer Geldbuße in gleicher Höhe führen kann (Art. 14 II Buchst. a FKVO). Auch wenn ein Verstoß gegen die Anmeldepflicht zwangsläufig auch einen Verstoß gegen das Vollzugsverbot bedeutet, handelt es sich um zwei unterschiedliche Verbotstatbestände mit unterschiedlicher Zielsetzung, die getrennt gehandelt werden können. ⁹² Die Entscheidungspraxis der Kommission zeigt, dass diese in den letzten Jahren verstärkt mit drastischen Bußgeldern gegen die Missachtung der Anmeldepflicht und des Vollzugsverbots vorgeht. ⁹³

Gemäß Art. 7 IV FKVO ist die zivilrechtliche Wirksamkeit von Rechtsgeschäften, die entgegen dem Vollzugsverbot abgeschlossen wurden, von der Freigabeentscheidung der

⁹⁰ EuGH 31.5.2018 – C-633/16, GRUR Int. 2018, 969 Rn. 46, 49.

⁹¹ → Rn. 84.

⁹² EuG 22.9.2021 – T-425/18, NZKart 2021, 560 Rn. 54 ff. – Altice/PT Portugal.

⁹³ Ein Rekordbußgeld in Höhe von 124,5 Mio. EUR wurde 2018 gegen das Telekommunikationsunternehmen Altice im Zusammenhang mit dem Erwerb von PT Portugal verhängt (Europ. Kom., Entsch. v. 24.4.2018, COMP/M.7993 – Altice/PT Portugal). Die Entscheidung wurde im Wesentlichen vom EuG bestätigt, das das Bußgeld nur geringfügig herabsetzte (EuG 22.9.2021 – T-425/18, NZKart 2021, 560). Siehe ebenso: Europ. Kom., Entsch. v. 27.6.2019, COMP/M. 8179, Canon/Toshiba Medical Systems Corporation (Geldbuße in Höhe von 28 Mio. EUR).

Kommission bzw. dem Eintritt der Freigabefiktion abhängig. Daraus lässt sich folgern, dass solche Rechtsgeschäfte schwebend unwirksam sind. Wird der Zusammenschluss genehmigt, so werden die Rechtsgeschäfte wirksam. Wird der Zusammenschluss untersagt, so werden sie endgültig unwirksam.

- 95 Die Eintragung der Umwandlung ins Handelsregister heilt die zivilrechtliche Unwirksamkeit aufgrund des Verstoßes gegen das Vollzugsverbot aus Art. 7 I FKVO nicht.⁹⁴ Denn anders als im deutschen Recht (§ 41 I 2 GWB⁹⁵) ist in der FKVO eine entsprechende Ausnahme nicht vorgesehen. Da das europäische Recht eine eigenständige Rechtsordnung darstellt, die darüber hinaus dem deutschen Recht vorgeht, kann § 41 I 2 GWB auch nicht analog angewendet werden.
- 96 Wurde der Zusammenschluss – entgegen dem Vollzugsverbot – bereits vollzogen, kann die Europäische Kommission Maßnahmen zur „Entflechtung“ anordnen (Art. 8 IV FKVO).

II. Vorkehrungen zur Vermeidung des Austauschs wettbewerbslich sensibler Informationen zwischen Wettbewerbern

- 97 Unabhängig davon, ob für eine Umwandlungsmaßnahme eine Anmeldepflicht bei den Kartellbehörden besteht, haben die beteiligten Unternehmen (soweit sie kartellrechtlich nicht als eine wirtschaftliche Einheit zu behandeln sind, weil sie demselben Konzern oder derselben Unternehmensgruppe angehören) auch im Rahmen einer Transaktion das Kartellverbot aus Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB zu beachten. Sind die beteiligten Unternehmen aktuelle oder potenzielle Wettbewerber, müssen diese bereits in den Anfangsstadien der geplanten Umwandlung Vorkehrungen treffen, um einen Austausch strategischer Informationen wie etwa zu Konditionen, Preisen und Absatzmengen bis zum Vollzug zu vermeiden.
- 98 Die eine Umwandlung planenden Unternehmen haben in der Regel ein legitimes Bedürfnis, Zugang zu detaillierten Informationen über das Geschäft der anderen Partei zu erhalten. Dies wird regelmäßig im Rahmen einer Due-Diligence-Prüfung erfolgen. Sie birgt jedoch die Gefahr, dass es dabei zu einem unzulässigen Austausch wettbewerbslich sensibler Daten kommt, ein Verhalten, das von den Kartellbehörden empfindlich bebußt werden kann.
- 99 Das Verbot, sich mit anderen Wettbewerbern über wettbewerbslich sensible Daten auszutauschen, resultiert aus dem Verbot abgestimmter Verhaltensweisen aus § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV. Der Austausch wettbewerbslich sensibler Informationen ermöglicht einem Unternehmen, Rückschlüsse über das künftige Marktverhalten seines Wettbewerbers zu ziehen und begründet daher die Gefahr, dass die Unternehmen ihr Marktverhalten auf der Grundlage dieser Informationen koordinieren.⁹⁶ Unerheblich ist, ob der Informationsaustausch einseitig erfolgt oder sich die Unternehmen gegenseitig Zugang zu strategischen Informationen gewähren.⁹⁷
- 100 Strategische Daten sind solche, die die strategische Ungewissheit auf dem Markt verringern. Dazu zählen ua Informationen über Preise (einschließlich Rabatten), Kundenlisten, Produktionskosten, Mengen, Umsätze, Verkaufszahlen, Kapazitäten, Qualität, Marketingpläne, Risiken, Investitionen, Technologien.⁹⁸
- 101 Es können grundsätzlich drei Kategorien von Daten unterschieden werden, die jeweils unterschiedliches Vorgehen erfordern. In die erste Kategorie fallen Daten, die ihrem Wesen

⁹⁴ MHdB GesR VIII/Grave § 62 Rn. 109.

⁹⁵ → Rn. 90.

⁹⁶ Vgl. Mitteilung der Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, (2023/C/259/01) „**Horizontalleitlinie**“ Rn. 366 ff.

⁹⁷ Vgl. Europäische Kommission, Horizontalleitlinie Rn. 395 ff.

⁹⁸ Vgl. Europäische Kommission, Horizontalleitlinie Rn. 385.

nach schon nicht ausgetauscht werden dürfen und daher allenfalls externen Beratern (sog. Black Box) für die Erstellung einer zusammenfassenden, wettbewerblich nicht mehr sensiblen Bewertung zugänglich gemacht werden dürfen. Dazu gehören in aller Regel zB aktuelle oder künftige Preisdaten einschließlich Rabatte sowie andere Verkaufskonditionen und aktuelle kundenspezifische Informationen. Auf der anderen Seite bestehen keine Bedenken beim Austausch von unternehmensbezogenen Informationen, die bspw. allgemein zugänglich sind oder allgemeine Erläuterungen zu Produkten betreffen. In die schwierigste dritte Kategorie fallen eine ganze Reihe von Informationen, die nur bei vorheriger Einrichtung gewisser Vorkehrungen ausgetauscht werden dürfen. Hierzu zählen in der Regel ua historische Preisdaten und Kundeninformationen. Solche Informationen sollten nur dann weitergegeben werden, wenn sichergestellt ist, dass die Informationen lediglich zu Zwecken der Due Diligence bzw. der Bewertung der Transaktion einem vorher definierten Personenkreis (dem sog. Clean Team) zugänglich gemacht werden, der nicht mit dem operativen Geschäft des Unternehmens bzw. des betroffenen Bereichs betraut ist und aufgrund von Vertraulichkeitsvereinbarungen zur Geheimhaltung verpflichtet ist.⁹⁹

⁹⁹ Schultze/Billinger Compliance-HdB Kartellrecht Rn. 326.

