

öJZ

[Österreichische Juristen-Zeitung]

Leitsatzkartei

Nr 188 – 199

- Beiträge**
- 661 Zur Reform des strafprozessualen Vorverfahrens in Österreich**
Kai Ambos
- 670 Reform der Europäischen Fusionskontrollverordnung**
Bernhard Kofler-Senoner und Stephan Scholz
- 676 Das neue internationale Ehelechtsrecht**
Verena Musil und Christoph Preuß

Evidenzblatt
Nr 141–149

- 684** Behandlung der Pensionsabfindung im Aufteilungsverfahren
- 685** Keine Rückführung nach einvernehmlichem Wohnungswechsel
- 686** Teillöschung einer Höchstbetragshypothek bei Übernahme durch Ersteher
- 693** Beschwerderecht des Verurteilten im Fall nachträglicher Strafmilderung

- MRK 695** Grundstückvereinigung nach dem Vermessungsgesetz

Redaktion

Herbert Steininger (Chefredakteur)
Robert Fucik
Herbert Zeizinger

Evidenzblatt

Helmut Gamerith
Gerhard Hager
Erich Kodek

MRK-Entscheidungen

Wolf Okresek

September 2003

18
MANZ

Reform der Europäischen Fusionskontrollverordnung – der Vorschlag der Kommission

ÖJZ 2003/40

Art 81, 82 EGV;
VO (EWG)
Nr 4064/89

Fusionskontroll-
verordnung,
Revision,
Kommissionsvor-
schlag,
Gemeinschafts-
weite Bedeutung,
Marktbeherr-
schungstest,
SLC-Test

Am 28. 1. 2003 veröffentlichte die Kommission ihren Vorschlag für eine neu gefasste Europäische Fusionskontrollverordnung im Amtsblatt.¹⁾ Damit beschließt die Kommission vorerst den von ihr mit ihrem (zweiten) Grünbuch²⁾ über die Revision der Fusionskontrollverordnung³⁾ begonnenen Diskussionsprozess über ein geändertes europäisches Zusammenschlussregime. Ziel dieses Aufsatzes ist es, die wesentlichen Änderungsvorschläge der Kommission in den Bereichen „Zuständigkeitsfragen“, „materiellrechtliche Fragen“ und „verfahrensrechtliche Fragen“ vorzustellen.

Von Bernhard Kofler-Senoner und Stephan Scholz

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Zuständigkeitsfragen
 - 1. Gemeinschaftsweite Bedeutung
 - a) Verbesserung der Verweisungskriterien
 - b) Anwendung der Art 9 und 22 FKVO auf Antrag der beteiligten Unternehmen vor der eigentlichen Anmeldung
 - c) Gemeinschaftszuständigkeit auf Antrag von mindestens drei betroffenen Mitgliedstaaten
 - d) Verweisung auf Aufforderung der Kommission
 - 2. Definition des Zusammenschlusses
- C. Materiellrechtliche Fragen
 - 1. Das materiellrechtliche Prüfungskriterium
 - 2. Berücksichtigung von Effizienzvorteilen
- D. Verfahrensfragen
 - 1. Verpflichtung zur Anmeldung eines Zusammenschlusses vor dem Vollzug
 - 2. Aufschub des Vollzugs von Zusammenschlüssen
 - 3. Berechnung von Fristen
 - 4. Flexibler Zeitrahmen
 - 5. Untersuchungsbefugnisse und Sanktionen
- E. Sonstige Änderungsvorschläge
- F. Zusammenfassung

A. Einleitung

Wie bereits im Rahmen der ersten Reform im Jahr 1997⁴⁾ nimmt die Kommission die ihr durch die Fusionskontrollverordnung (im Folgenden FKVO) zugewiesene Aufgabe zur Überprüfung der Umsatzschwellen und der Verweisungsvorschriften⁵⁾ zum Anlass, die Funktionsweise der FKVO insgesamt zu überprüfen. Zum Unterschied zur Reform 1997 schlägt die Kommission jedoch is einer verständlicheren Gestaltung von und eines verbesserten Zugangs zu gemeinschaftlichen Rechtsakten vor, sowohl die derzeitige FKVO als auch die Änderungsverordnung

durch eine neu gefasste EG-Fusionskontrollverordnung (im Folgenden FKVO-neu) zu ersetzen.

B. Zuständigkeitsfragen

1. Gemeinschaftsweite Bedeutung

Ein Kernpunkt des Kommissionsvorschlags ist die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen der Kommission und den nationalen Kartellbehörden. Schon im Rahmen der ersten Novellierung der FKVO 1997 versuchte man durch die Einführung von Art 1 Abs 3 FKVO das Problem der Mehrfachanmeldungen in den Griff zu bekommen.⁶⁾ Im Grünbuch stellte die Kommission fest, dass sich Art 1 Abs 2 FKVO sowie die „2/3-Regel“⁷⁾ bewährt hätten, um jene Fälle zu bestimmen, die auf Gemeinschaftsebene geprüft werden sollten. Dagegen hätte Art 1 Abs 3 FKVO sein Ziel nicht erreicht.⁸⁾ Da zu beobachten sei, dass Mehrfachanmeldungen in drei oder mehr Mitgliedsstaa-

1) Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Kom (2002) 711 endg, ABIEG 2003 C 20/4 (im Folgenden FKVO-neu).

2) Grünbuch über die Revision der Verordnung (EWG) Nr 4064/89 des Rates, Kom (2001) 745/6 endg (im Folgenden Grünbuch).

3) Verordnung (EWG) Nr 4064/89 des Rates vom 21. 12. 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABIEG 1989 L 395/1 idF der VO Nr 1310/97, ABIEG 1997 L 180/1.

4) Verordnung (EG) Nr 1310/97 des Rates vom 30. 6. 1997, ABIEG 1997 L 180/1.

5) Vgl Art 1 Abs 4 und 5, Art 9 Abs 10 FKVO.

6) Im Gegensatz zu den Schwellenwerten gem Art 1 Abs 2 FKVO sieht Art 1 Abs 3 FKVO nicht das Erfordernis eines allgemeinen gemeinschaftsweiten Mindestumsatzes der beteiligten Unternehmen vor, sondern stellt auf Mindestumsätze in wenigstens drei Mitgliedsstaaten der Gemeinschaft ab; *Bartosch/Nollau*, Die zweite Generalüberholung der europäischen Fusionskontrolle – das Grünbuch der Kommission vom 11. 12. 2001, EuZW, 7/2002, 197.

7) Fallen 2/3 des gemeinschaftsweiten Umsatzes jedes der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen in ein und demselben Mitgliedsstaat an, liegt kein Zusammenschluss von gemeinschaftsweiter Bedeutung vor; vgl Art 1 Abs 2 lit b und Abs 3 FKVO.

8) Nach Angaben der Kommission wurden im Jahre 2000 nur 20 Fälle aufgrund von Art 1 Abs 3 FKVO bei der Kommission angemeldet, während die Zahl der Mehrfachanmeldungen in drei oder mehr Mitgliedsstaaten 75 betrug; Grünbuch, Rz 24.

ten ständig zunehmen⁹⁾ und es im Zuge der Erweiterung 2004 zu einer weiteren Zunahme von Mehrfachanmeldungen kommen werde, sei dringender Handlungsbedarf gegeben. Während die Kommission im Grünbuch noch das sog „3+-System“ propagiert hatte,¹⁰⁾ nahm sie davon in ihrem nunmehrigen Vorschlag aus den nachfolgenden Erwägungen wieder Abstand:

- infolge der unterschiedlichen Ausgestaltung der nationalen Anmeldevorschriften in den Mitgliedsstaaten, insb den unterschiedlichen Umsatzschwellen, sei mit diesem System der Nachweis des Gemeinschaftsinteresses nicht ausreichend gegeben;
- ein „verbindliches 3+-System“¹¹⁾ würde zu unzumutbarer Rechtsunsicherheit führen;¹²⁾
- eine Kombination eines „fakultativen 3+-Systems“¹³⁾ mit einem Vetorecht der betroffenen Mitgliedsstaaten würde nur zu weiterer Rechtsunsicherheit führen.

Nunmehr ist die Kommission der Ansicht, dass die beiden Kernziele – optimale Zuweisung der Fälle bzw Reduzierung von Mehrfachanmeldungen – nicht durch ein „3+-System“, sondern vielmehr durch ein gestrafftes und vereinheitlichtes Verweisungsverfahren erreicht werden könnten. Das in der FKVO-neu verankerte Verweisungssystem zeichnet sich durch folgende Charakteristika aus:

a) Verbesserung der Verweiskriterien

Grundsätzlich ist die Kommission bei Zusammenschlüssen von gemeinschaftsweiter Bedeutung alleine zuständig.¹⁴⁾ Eine Ausnahme von dieser Bestimmung bildet die sog „Deutsche Klausel“ (Art 9 FKVO). Danach besteht die Möglichkeit, ein Zusammenschlussvorhaben aus der Zuständigkeit der Kommission wieder herauszulösen und an eine nationale Wettbewerbsbehörde zurückzuverweisen. Die Kommission kann auf Antrag eines Mitgliedsstaates einen Zusammenschluss an die nationale Wettbewerbsbehörde zurückverweisen, wenn auf einem gesonderten nationalen Referenzmarkt eine beherrschende Stellung zu entstehen oder sich zu verstärken droht, wodurch wirksamer Wettbewerb auf diesem Markt erheblich behindert würde.

In Zukunft soll der Kommission das Recht zukommen, Mitgliedsstaaten aufzufordern, einen derartigen Verweisungsantrag zu stellen (Art 9 Abs 2 FKVO-neu). Art 9 Abs 2 a FKVO soll insofern neu formuliert werden, als der betroffene Mitgliedsstaat oder die Kommission mitteilen, dass „ein Zusammenschluss den Wettbewerb auf einem Markt in diesem Mitgliedsstaat, der alle Merkmale eines gesonderten Marktes aufweist, erheblich beeinträchtigen würde“.¹⁵⁾ Damit soll so weit wie möglich vermieden werden, dass bereits im Vorfeld eines Zusammenschlussverfahrens – bevor überhaupt die Zuständigkeitsfrage geklärt ist – substantiierte Wettbewerbsbedenken vorgetragen werden müssen.¹⁶⁾ Um zügig Klarheit zu schaffen und Verzögerungen zu vermeiden, hat diese Mitteilung nicht mehr binnen drei Wochen, sondern binnen 10 Arbeitstagen nach Erhalt der Kopie der Anmeldung zu erfolgen.¹⁷⁾

Gemäß der sog „Niederländische Klausel“ (Art 22 FKVO) haben die Mitgliedsstaaten umgekehrt die Möglichkeit, die Verweisung von Zusammenschlüssen, die

die Schwellenwerte nicht erreichen, an die Kommission zu beantragen, wenn das Vorhaben den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt.

Die Kommission schlägt in Bezug auf Art 22 FKVO eine totale Revision vor. Gem Art 22 Abs 1 FKVO-neu soll die Kommission jeden Zusammenschluss prüfen können, dem keine gemeinschaftsweite Bedeutung zukommt, der aber den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt, wenn es ein oder mehrere betroffene Mitgliedsstaaten beantragen. Ein Mitgliedsstaat muss einen solchen Antrag innerhalb von 20 Tagen nach der Anmeldung des betreffenden Zusammenschlusses bei der zuständigen nationalen Wettbewerbsbehörde¹⁸⁾ stellen. Jeder betroffene Mitgliedsstaat hat die Möglichkeit, innerhalb von 20 Tagen nach Antragstellung bei der Kommission sich diesem Antrag anzuschließen. Bis zum Ablauf dieser Frist kommt es zu einer Aussetzung sämtlicher einzelstaatlicher Verfahren, die den Zusammenschluss betreffen. Ein Mitgliedsstaat, der sich gegen die Kommission zuständigkeit ausspricht, hat dies binnen 20 Arbeitstagen bei der Kommission „bekannt zu geben“.¹⁹⁾ Die Kommission unterrichtet die zuständigen Behörden unverzüglich über ihre Entscheidung.

b) Anwendung der Art 9 und 22 FKVO auf Antrag der beteiligten Unternehmen vor der eigentlichen Anmeldung

Wie die Kommission schon im Grünbuch festgestellt hat, ist hinsichtlich der geltenden Verweisungs Vorschriften vor allem zu bemängeln, dass diese Vorschriften erst dann herangezogen werden können, wenn ein Zusammen-

9) Rund zehn Prozent aller Fusionen, die in der EU derzeit auf nationaler Ebene überprüft werden, sind nicht auf einen einzigen Mitgliedsstaat beschränkt, sondern werden parallel in zwei oder mehr Mitgliedsstaaten angemeldet; Drauz, Reform der Fusionskontrollverordnung, WuW 5/2002, 444.

10) Grünbuch, Rz 62 ff.

11) Einem Zusammenschluss, der in drei oder mehreren Mitgliedsstaaten angemeldet werden muss, kommt nach diesem Modell automatisch gemeinschaftsweite Bedeutung iS von Art 1 FKVO zu.

12) Grund dafür sei nach Meinung der Kommission, dass die unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Zuständigkeitskriterien bzw Zusammenschlussdefinitionen zu einer unterschiedlichen Auslegung der Vorschriften führen könnten; FKVO-neu, Begründung Rz 15.

13) Nach diesem System müssen die Anmelder zuerst prüfen, ob die 3+-Regel greift. Ist dies der Fall, haben sie die Wahl: entweder sie melden den Zusammenschluss in den betroffenen Mitgliedsstaaten parallel an oder sie beantragen, dass ihre Transaktion als Zusammenschluss von gemeinschaftsweiter Bedeutung qualifiziert wird und daher bei der Kommission anzumelden ist. In einem solchen Fall hätte ein betroffener Mitgliedsstaat das Recht, ein Veto gegen die Entscheidung der Anmelder einzulegen, wenn er der Ansicht ist, dass nicht die Kommission, sondern die nationalen Wettbewerbsbehörden zuständig bleiben sollten; FKVO-neu, Begründung Rz 16.

14) Sog One-Stop-Shop Prinzip des Art 21 Abs 1 FKVO.

15) Nach der derzeitigen Fassung von Art 9 Abs 2 a FKVO kann ein Mitgliedsstaat der Kommission mitteilen, „dass ein Zusammenschluss eine beherrschende Stellung zu begründen oder zu verstärken droht, durch die wirksamer Wettbewerb auf einem Markt in diesem Mitgliedsstaat, der alle Merkmale eines gesonderten Marktes aufweist, erheblich beeinträchtigen würde“.

16) Drauz, Reform der Fusionskontrollverordnung (oben FN 9) 446.

17) Lampert, Kompetenzabgrenzung zwischen nationaler und europäischer Fusionskontrolle, WuW 5/2002, 457.

18) Wenn eine Anmeldung nicht erforderlich ist, muss der Antrag innerhalb von 20 Tagen ab dem Zeitpunkt, ab dem die Behörde vom Zusammenschluss anderweitig erfahren hat, gestellt werden; Art 22 Abs 1 Satz 2 FKVO-neu.

19) Art 22 Abs 2 Satz 3 FKVO-neu.

schluss bei der Kommission oder bei den nationalen Wettbewerbsbehörden bereits angemeldet worden ist. Die Kommission hat insofern reagiert, als in Art 4 Abs 4 und 5 FKVO-neu vorgeschlagen wird, die Anwendbarkeit der Art 9 und 22 auf Antrag der beteiligten Unternehmen bereits vor der Anmeldung zuzulassen.²⁰⁾

Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sollen somit vor der Anmeldung berechtigt sein, die Verweisung des zukünftigen Zusammenschlussverfahrens von der Kommission an den betreffenden Mitgliedstaat (Art 4 Abs 4 FKVO-neu) bzw von betroffenen Mitgliedstaaten an die Kommission (Art 4 Abs 5 FKVO-neu) zu beantragen. Die Kommission leitet daraufhin einen solchen Antrag an alle Mitgliedsstaaten weiter. Die betreffenden Mitgliedsstaaten können innerhalb von 10 Arbeitstagen nach Erhalt des Antrags diesem widersprechen, andernfalls ihre Zustimmung fingiert wird. Die Kommission hat binnen 20 Arbeitstagen nach Eingang des Antrags der betreffenden Unternehmen über die Verweisung zu entscheiden. Trifft die Kommission innerhalb dieser Frist keine Entscheidung, gilt der Zusammenschluss antragsgemäß als verwiesen.

c) Gemeinschaftszuständigkeit auf Antrag von mindestens drei betroffenen Mitgliedstaaten

Gem Art 22 Abs 3 FKVO-neu soll einem Zusammenschluss automatisch gemeinschaftsweite Bedeutung zukommen, wenn zumindest drei vom Zusammenschluss betroffene Mitgliedstaaten die Kommission um Prüfung des Zusammenschlusses ersuchen.

d) Verweisung auf Aufforderung der Kommission

Sowohl nach Art 9 Abs 2 FKVO-neu als auch nach Art 22 Abs 6 FKVO-neu soll die Kommission die Möglichkeit haben, nach der Anmeldung die Mitgliedstaaten aufzufordern, einen Verweisungsantrag zu stellen.

2. Definition des Zusammenschlusses

Hinsichtlich der Definition des Zusammenschlusses (Art 3 Abs 1 FKVO) sieht der Kommissionsvorschlag keine inhaltliche Änderung, sondern eine formelle Bestätigung der bisherigen Rsp vor.²¹⁾ Die Bestimmung soll insofern ergänzt werden, als dass ausdrücklich das Kriterium eines auf Dauer angelegten Kontrollwechsels eingefügt werden soll.²²⁾

Zusätzlich beabsichtigt die Kommission, ausdrücklich festzuhalten, dass mehrere Erwerbsvorgänge, die von einander abhängen oder wirtschaftlich so eng miteinander verknüpft sind, dass es gerechtfertigt ist, sie als einen Zusammenschluss zu bewerten, als ein Zusammenschluss gelten, der zum Zeitpunkt des letzten Rechtsgeschäfts bewirkt wird (Art 3 Abs 4 FKVO-neu). Obwohl im Grünbuch noch versucht worden war, Fälle verbundener Erwerbsvorgänge zu kategorisieren,²³⁾ weist die Kommission in der Begründung ihres nunmehrigen Vorschlags darauf hin, dass die Formulierung einer allgemein anwendbaren Klausel aus rechtstechnischen Gründen zu bevorzugen sei.²⁴⁾ Zur Erläuterung führt die Kommission in Erwägungsgrund 16 FKVO-neu Beispiele für derartige

verbundene Erwerbsvorgänge an.²⁵⁾ Die Kommission stellt zusätzlich in ihrem FKVO-Vorschlag in Aussicht, dass weitere Erläuterungen zu dieser Klausel bei der Überarbeitung der Kommissionsmitteilung zum Begriff des Zusammenschlusses²⁶⁾ eingefügt werden könnten.²⁷⁾

Art 5 Abs 2 Unterabsatz 2 FKVO, dem bisher die Aufgabe zukam, Umgehungen der FKVO durch die Aufteilung eines Zusammenschlusses in mehrere Erwerbsvorgänge zu verhindern, soll grundsätzlich beibehalten werden. Die Kommission schlägt lediglich vor, die Bestimmung durch die Einfügung der Klausel „*sofern sie nicht verschiedene Wirtschaftszweige betreffen*“ enger zu fassen. Erwerbsvorgänge, die innerhalb von zwei Jahren zwischen den selben Personen oder Unternehmen getätigt werden, würden daher in Zukunft nicht mehr als einziger Zusammenschluss behandelt, wenn sie verschiedene Wirtschaftszweige betreffen.

C. Materiellrechtliche Fragen

1. Das materiellrechtliche Prüfungskriterium

Die ua auch von der Kommission durch ihr Grünbuch angeregte Diskussion über die Begründetheit der Forderung, den in der FKVO und der Rsp der europäischen Gerichte verankerten Marktbeherrschungstest durch den sog „SLC“ („Substantial Lessening of Competition“)-Test, welcher vor allem in der amerikanischen Zusammenschlusskontrolle praktiziert wird,²⁸⁾ zu ersetzen, kam zu keinem eindeutigen Ergebnis. Die diesbezüglich bei der Kommission eingelangten Stellungnahmen zum Grünbuch waren weit gefächert. So betonte beispielsweise die Wirtschaftskammer Österreich in ihrer Stellungnahme „*in the view of the Austrian Economic Chamber, the dominance test should be retained*“.²⁹⁾ Auch das

20) In Erwägungsgrund 14 FKVO-neu heißt es dazu, dass die „beteiligten Unternehmen die Möglichkeit erhalten sollten, vor Anmeldung des Zusammenschlusses die Verweisung an die Kommission oder an den betreffenden Mitgliedsstaat zu beantragen, um das System der Fusionskontrolle innerhalb der Gemeinschaft auf diese Weise noch effizienter zu gestalten“.

21) FKVO-neu, Begründung Rz 35 ff.

22) Dieses ungeschriebene Tatbestandsmerkmal fand bislang nur in der „Mitteilung der Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses“, ABIEG 1998 C 66/5 und in Erwägungsgrund 23 der FKVO Niederschlag.

23) Grünbuch, Rz 125 ff.

24) FKVO-neu, Begründung Rz 48.

25) „Beispiele hierfür sind der Erwerb der gemeinsamen Kontrolle über einen Teil eines Unternehmens und der Erwerb der alleinigen Kontrolle über einen anderen Teil des Unternehmens; der Austausch von Vermögenswerten zwischen zwei oder mehr Unternehmen, unabhängig davon, ob diese Vermögenswerte eigene Rechtspersönlichkeit besitzen; Vorgänge, bei denen die Kontrolle entweder im Wege eines öffentlichen Übernahmeangebots erworben wird oder von mehreren Veräußerern im Wege einer Reihe von Rechtsgeschäften mit Wertpapieren, einschließlich solchen, die in andere Wertpapiere konvertierbar sind, wenn diese Wertpapiere zum Handel an einer Börse oder auf einem ähnlichen Markt zugelassen sind.“

26) Oben FN 22.

27) FKVO-neu, Begründung Rz 49.

28) Der SLC-Test wird seit kurzem in Großbritannien und Irland verwendet. Aus dem Kreis der Beitrittskandidaten für 2004 wendet Malta den SLC-Test an.

29) Wirtschaftskammer Österreich, Reply to the Green Paper on the Review of Merger Control Regulation No 4064/89 vom 16. 3. 2002, 5, <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/comments.html>.

deutsche Bundeskartellamt sieht „keine überzeugenden Gründe“ für einen Systemwechsel.³⁰⁾ Im Gegensatz dazu sprachen sich beispielsweise Großbritannien³¹⁾ und Irland³²⁾ klar für den SLC-Test aus.

Die Kommission bringt mit ihrem Vorschlag zur FKVO-neu zum Ausdruck, dass sie es für die beste Lösung hält, keinen Systemwechsel vorzunehmen. Stattdessen plädiert sie für ein höheres Maß an Rechtssicherheit bei der Anwendung des Marktbeherrschungstests durch eine Präzisierung der FKVO.³³⁾ Der Begriff der Marktbeherrschung soll in Anlehnung an die Rsp der europäischen Gerichte ausdrücklich in der FKVO-neu definiert werden.³⁴⁾ Die Kommission sieht in der Aufnahme einer Marktbeherrschungsdefinition in die FKVO den zusätzlichen Vorteil, dass in Zukunft die Definition der Marktbeherrschung im Zusammenschlussrechtlichen Zusammenhang nicht davon abhängig gemacht würde, wie der Begriff der Marktbeherrschung iSd Art 82 EGV künftig von den europäischen Gerichten ausgelegt wird.³⁵⁾ Art 2 Abs 2 FKVO-neu sieht vor, dass eine beherrschende Stellung eines oder mehrerer Unternehmen dann angenommen werden soll, wenn diese Unternehmen „mit oder ohne Koordinierung ihres Verhaltens über die wirtschaftliche Macht verfügen, spürbar und nachhaltig Einfluss auf die Wettbewerbsparameter, insbesondere auf die Preise, auf die Art, Quantität und Qualität der Produktion, auf den Vertrieb oder die Innovation, zu nehmen, oder den Wettbewerb spürbar zu beschränken.“

Die Kommission spricht von einer Präzisierung der Marktbeherrschungsdefinition. Stellt man den Wortlaut des Art 2 Abs 2 FKVO-neu jedoch etwa dem Marktbeherrschungsbegriff des EuGH in dessen Urteil *Hoffmann – La Roche*³⁶⁾ gegenüber, drängt sich die Frage auf, ob die Kommission nicht mehr als eine Präzisierung anstrebt.

In Bezug auf Oligopol-Situationen soll Erwägungsgrund 21 FKVO-neu zusätzlich klarstellen, dass der Marktbeherrschungstest besonders auch auf derartige Situationen anwendbar ist.³⁷⁾

2. Berücksichtigung von Effizienzvorteilen

So wichtig es beispielsweise im amerikanischen Zusammenschlusskontrollverfahren sein kann, durch den Zusammenschluss entstehende Effizienzgewinne aufzuzeigen („*efficiency defence*“), so problematisch konnte dies bis dato im europäischen Zusammenschlusskontrollverfahren sein.³⁸⁾ Wenn auch nicht ganz so drastisch brachte Götz Drauz, Direktor der Taskforce Fusionskontrolle der Kommission, die Situation auf den Punkt: „In der Gemeinschaft dagegen besteht große Uneinigkeit, welcher Stellenwert diesen berühmt-berüchtigten ‚Efficiencies‘ eingeräumt werden sollte, wenn es darum geht, eine marktbeherrschende Stellung festzustellen.“³⁹⁾

Obwohl eine Änderung der Kommissionspolitik hinsichtlich der Berücksichtigung von Effizienzvorteilen in Zusammenschlussverfahren – vor allem seit ihrer Entscheidung *General Electric (GE)/Honeywell* – zu bemerken ist,⁴⁰⁾ schlägt die Kommission in dieser Hinsicht keine Änderung der Textierung der FKVO vor. Vielmehr weist sie darauf hin, dass es sowohl nach der derzeitigen als

auch nach der neu vorgeschlagenen Fassung der FKVO rechtlich durchaus möglich sei, Effizienzerwägungen im Rahmen der materiell rechtlichen Prüfung ausdrücklich einzubeziehen.⁴¹⁾ Art 2 Abs 1 lit b FKVO würde hierfür eine ausreichende Rechtsgrundlage bieten.⁴²⁾

D. Verfahrensfragen

1. Verpflichtung zur Anmeldung eines Zusammenschlusses vor dem Vollzug

Gem Art 4 Abs 1 FKVO sind Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung innerhalb einer Woche nach Vertragsabschluss, der Veröffentlichung des Kauf- oder Tauschgebots oder des Erwerbs einer die Kontrolle begründenden Beteiligung bei der Kommission an-

30) Bundeskartellamt, Reply of the Bundeskartellamt to the Green Paper of the Commission of the Review of Regulation (EEC) No 4064/89 of the Council on the control of concentrations between undertakings, 49, <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/comments.html>.

31) United Kingdom, Department of Trade and Industry, Response to Commission Green Paper on the Review of Council Regulation (EEC) No 4064/89, Rz 33, <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/comments.html>.

32) Response of the Irish Delegation to the Merger Green Paper, 2, <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/comments.html>.

33) FKVO-neu, Begründung Rz 55.

34) Die Kommission spricht in der Begründung der FKVO-neu davon, dass die vorgeschlagene Klarstellung im Einklang mit der Definition, die der europäische Gerichtshof in Fusionsfällen geprägt hat, steht. Sie soll aber einen stärkeren Bezug zu den wirtschaftlichen Auswirkungen von Zusammenschlüssen herstellen. Vgl Rs T-102/96, *Gencor/Kommission* Slg 1999, II-753, Rn 200; FKVO-neu, Begründung Rz 18.

35) FKVO-neu, Begründung Rz 57.

36) EuGH, Urteil vom 13. 2. 1979, „*Hoffmann – La Roche*“, Rs 85/76, Slg 1979, 461 ff: Eine marktbeherrschende Stellung ist dann gegeben, „wenn ein Unternehmen eine wirtschaftliche Machtstellung besitzt, die es in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, in dem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich dem Verbraucher gegenüber in einem wesentlichen Umfang unabhängig zu verhalten.“

37) Erwägungsgrund 21 FKVO-neu: „...der Begriff der beherrschenden Stellung im Sinne dieser Verordnung sollte daher Situationen erfassen, in denen ein oder mehrere Unternehmen nach dem Zusammenschluss in Folge der oligopolistischen Struktur des betreffenden Marktes und der daraus resultierenden Interdependenz der in diesem Markt tätigen Unternehmen über die wirtschaftliche Macht verfügen, spürbar und nachhaltig Einfluss auf die Wettbewerbsparameter, insbesondere auf den Preis, die Art, Quantität und Qualität der Produktion, den Vertrieb oder die Innovation zu nehmen, auch wenn unter den Mitgliedern des Oligopols keinerlei Koordinierung stattfindet.“

38) Vgl Entscheidung der Kommission vom 3. 7. 2001, *General Electric (GE)/Honeywell*, Fall No M.2220, in der durch den Zusammenschluss mögliche Effizienzgewinne von der Kommission gerade als Argument für das Entstehen einer marktbeherrschenden Stellung verwendet wurde; vgl Lexecon Competition Memo, August 21, 2001, http://www.lexecon.co.uk/publications/media/2001/ge_honeywell-mixed_bundling.pdf.

39) Drauz, Rede anlässlich der Arbeitstagung der Studienvereinigung Kartellrecht am 8. 3. 2002 in Brüssel, WuW, 5/2002, 444.

40) Vgl Mario Monti, Rede vom 4. 6. 2002 „Review of the EC Merger Regulation – Roadmap for the reform project“, http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index_speeches_by_the_commissioner.html; vgl weiters Enterprise Directorate-General, European Commission, Miguel de la Mano, For the customer's sake: the competitive effects of efficiencies in European merger control, *Enterprise Papers* No 11, 2002, http://europa.eu.int/comm/enterprise/library/enterprise-papers/pdf/enterprise_paper_11_2002.pdf.

41) FKVO-neu, Begründung Rz. 60.

42) In dieser Bestimmung heißt es, dass die Kommission bei ihrer Prüfung unter anderem „die Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts, sofern diese dem Verbraucher dient und den Wettbewerb nicht behindert“ berücksichtigt.

zumelden. Diese Bestimmung spiegelt den der FKVO immanenten Grundsatz der ex-ante Kontrolle wieder. Bereits in ihrem Grünbuch beschrieb die Kommission diese starre Ein-Wochen-Frist als weder realistisch noch notwendig.⁴³⁾ Art 4 Abs 1 FKVO-neu bestimmt daher, dass Zusammenschlüsse nicht mehr innerhalb einer Woche, sondern lediglich vor ihrem Vollzug bei der Kommission anzumelden sind. Darüber hinaus soll eine Anmeldung auch dann möglich sein, wenn die beteiligten Unternehmen der Kommission gegenüber glaubhaft machen, einen Vertrag zu schließen oder im Falle eines Übernahmeangebots, wenn sie öffentlich ihre Absicht zur Abgabe eines solchen Angebots bekundet haben, sofern der beabsichtigte Vertrag oder das beabsichtigte Angebot zu einem Zusammenschluss von gemeinschaftsweiter Bedeutung führen würde.⁴⁴⁾

2. Aufschub des Vollzugs von Zusammenschlüssen

Im Sinne einer Verminderung der bisherigen Rechtsunsicherheit in Bezug auf sog „*Creeping Takeovers*“ und einer Anpassung des Prinzips der ex-ante-Kontrolle an moderne Transaktionsformen (zB Risikokapitalbeteiligungen) schlägt die Kommission folgende automatische Ausnahmen vom Vollzugsverbot des Art 7 FKVO⁴⁵⁾ vor:

- Art 7 Abs 2 FKVO-neu soll die Ausnahme vom Vollzugsverbot über öffentliche Übernahmeangebote hinaus auf sämtliche Erwerbsvorgänge ausdehnen, die über die Börse unter Beteiligung einer Vielzahl von Veräußerern erfolgen, sofern der Zusammenschluss unverzüglich bei der Kommission angemeldet wird und der Erwerber die mit den Anteilen verbundenen Stimmrechte nicht oder nur zur Erhaltung des vollen Wertes seiner Investition und aufgrund einer von der Kommission erteilten Freistellung ausübt.
- Art 7 Abs 4 FKVO-neu soll die Kommission in Zukunft ermächtigen, für bestimmte Gruppen von Zusammenschlüssen, die im Allgemeinen nicht zu einer Kombination wettbewerbsrechtlich bedenklicher Marktpositionen führen, das Vollzugsverbot im Wege einer Verordnung aufzuheben. Die Kommission spricht davon, dass derartige Gruppen von Zusammenschlüssen weitgehend jenen in der Bekanntmachung der Kommission über ein vereinfachtes Verfahren für bestimmte Zusammenschlüsse gemäß der Verordnung (EWG) Nr 4064/89 des Rates⁴⁶⁾ entsprechen sollen.⁴⁷⁾

3. Berechnung von Fristen

Fristen werden derzeit in der FKVO durch die Angabe von Monaten, Wochen oder Tagen bestimmt. Um die Berechnung der Fristen zu vereinfachen und überschaubarer zu gestalten, schlägt die Kommission vor, Fristen in der FKVO-neu durchwegs in Arbeitstagen auszudrücken.⁴⁸⁾

4. Flexibler Zeitrahmen

Ein anderer wesentlicher Kritikpunkt an der derzeitigen Fassung der FKVO betrifft den Zeitdruck, der sich bei

der Prüfung von komplexen Zusammenschlüssen bemerkbar macht. Gem Art 10 Abs 1 FKVO-neu soll es zukünftig in Phase I zur automatischen Erstreckung des Prüfungszeitraums von 25 auf 35 Arbeitstage kommen, wenn Verpflichtungszusagen seitens der Unternehmen angeboten werden. Entscheidungen über angemeldete Zusammenschlüsse sollen grundsätzlich innerhalb von 90 Arbeitstagen nach Einleitung des Verfahrens erlassen werden.⁴⁹⁾ Geben betroffene Unternehmen in Phase II Verpflichtungszusagen ab, so soll es ebenfalls zu einer automatischen Erstreckung der Prüfungsfrist (auf 105 Tage) kommen, es sei denn die Verpflichtungszusage wurde binnen 54 Tagen nach Einleitung des Verfahrens vorgelegt.⁵⁰⁾ Zusätzlich soll sich gem Art 10 Abs 3 letzter Satz FKVO-neu die Prüfungsfrist für komplexe Prüffälle in Phase II um 20 Arbeitstage verlängern. Eine derartige Verlängerung erfolgt auf Antrag der Anmelder oder mit deren Zustimmung spätestens 15 Arbeitstage nach Einleitung des Phase II-Verfahrens.

5. Untersuchungsbefugnisse und Sanktionen

Gem Art 15 FKVO-neu sollen die Höchstbeträge für Geldbußen und Zwangsgelder, die dazu dienen, die Sachverhaltsermittlungen der Kommission zu unterstützen, angehoben werden. Vor dem Hintergrund, dass die geltenden Höchstsätze für Zwangsgelder und Geldbußen seit der Einführung der FKVO unverändert geblieben sind und damit an Abschreckungswirkung eingebüßt haben, ist dieser Vorschlag nachvollziehbar. Der Höchstbetrag für Zwangsgelder, der gem Art 15 Abs 1 FKVO EUR 25.000 beträgt, soll auf 5% des durchschnittlichen täglichen Gesamtumsatzes des beteiligten Unternehmens erhöht werden. Der Höchstbetrag für Geldbußen soll auf 1% des Umsatzes des beteiligten Unternehmens oder der beteiligten Unternehmensvereinigung angehoben werden.⁵¹⁾ Auch der Höchstsatz für Zwangsgelder hinsichtlich der Durchsetzung von Kommissionsentscheidungen soll auf 5% des durchschnittlichen täglichen Gesamtumsatzes erhöht werden.⁵²⁾

Weiters sollen die Ermittlungsbefugnisse der Kommission erweitert werden. Gem Art 13 FKVO-neu sollen

43) „Da es normalerweise im Interesse der Beteiligten ist, einen Zusammenschluss so früh wie möglich anzumelden, um so schnell wie möglich eine Entscheidung zu erlangen, brauchte die Kommission in der Praxis nicht auf die Einhaltung der Frist bestehen“; Grünbuch, Rz 182.

44) Art 4 Abs 1 Satz 2 FKVO-neu.

45) Nach Art 7 Abs 1 FKVO darf ein Zusammenschluss weder vor der Anmeldung noch so lange vollzogen werden, bis er für mit dem gemeinsamen Markt vereinbart erklärt worden ist (sog Stillhaltefrist). Unter bestimmten Voraussetzungen gilt für öffentliche Angebote eine Legalausnahme (Art 7 Abs 3 FKVO). In anderen Fällen kann die Kommission gem Art 7 Abs 4 FKVO eine Einzelfreistellung gewähren.

46) ABIEG 2000 C 217/32.

47) FKVO-neu, Begründung Rz 68.

48) Vgl Art 9 Abs 4, Art 10 Abs 1 und 3 FKVO-neu.

49) Art 10 Abs 3 FKVO-neu.

50) Um einen Anreiz für die möglichst frühzeitige Vorlage von Verpflichtungszusagen zu bieten, sollte eine Fristverlängerung in Phase II erst dann eintreten, wenn die Verpflichtungszusagen am oder nach dem 55. Arbeitstag nach Verfahrenseinleitung vorgelegt werden; FKVO-neu, Begründung Rz 75.

51) Gem Art 14 Abs 1 FKVO beträgt der Höchstbetrag für Geldbußen EUR 50.000.

52) Nach der derzeitigen Fassung der FKVO beträgt der Höchstbetrag für Zwangsgelder EUR 100.000.

nicht nur die beauftragten Bediensteten der Kommission, sondern auch die von ihr ermächtigten Begleitpersonen befugt sein, alle Räumlichkeiten von Unternehmen zu betreten, Bücher und Unterlagen, in welcher Form auch immer, zu prüfen sowie Kopien und Auszüge davon anzufertigen. Zusätzlich ist geplant, dass alle Geschäftsräume und Bücher bzw. Unterlagen während der Dauer der Ermittlungen versiegelt werden⁵³⁾ sowie sämtliche Mitarbeiter des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung zur Sachverhaltsaufklärung befragt werden können.⁵⁴⁾

Die von der Kommission gewünschte Erweiterung der Ermittlungsbefugnisse im Rahmen der FKVO steht im Einklang mit der wesentlichen Aufwertung der Ermittlungsbefugnisse der Kommission im Rahmen der neuerlassenen Durchführungsverordnung zu Art 81 und 82 EGV.⁵⁵⁾ Dennoch blieb man hinter den dortigen Vorgaben zurück. So sind etwa die Prüfer im Rahmen der FKVO-neu nicht befugt, Hausdurchsuchungen bei Mitarbeitern durchzuführen.⁵⁶⁾

E. Sonstige Änderungsvorschläge

- In Art 1 Abs 4 FKVO-neu soll ausdrücklich eine **Verpflichtung der Mitgliedstaaten** festgehalten werden, regelmäßig der Kommission statistische Angaben zu übermitteln, die es der Kommission ermöglichen sollen, dem Rat vor dem 1. 7. 2007 einen Bericht über die Anwendung der Umsatzschwellen zu erstatten.
- Die Verweisungsbestimmung des Art 4 FKVO-neu soll durch Einfügung einer diesbezüglichen **Klausel** nach dem Vorbild des Art 1 Abs 4 FKVO/Abs 5 FKVO-neu in Zukunft durch den Rat mit qualifizierter Mehrheit auf Vorschlag der Kommission abgeändert werden können.
- Weiters hält es die Kommission für zweckmäßig, jene Befugnisse zu verdeutlichen, die ihr bereits bisher in Bezug auf bereits vollzogene Zusammenschlüsse übertragen waren (Art 8 Abs 4 FKVO) und klarzustellen, dass auch bereits vollzogene Zusammenschlüsse, die bei der Kommission nicht angemeldet wurden, in den Anwendungsbereich des Art 8 Abs 4 FKVO/FKVO-neu fallen.⁵⁷⁾
- Ein neuer Abs 5 in Art 8 FKVO soll die Befugnisse der Kommission bei der Durchsetzung von Bedingungen, mit denen eine Zusammenschlussesentscheidung versehen ist, ausdrücklich regeln. Die Kommission begründet diesen Schritt damit, dass die rechtliche Folge der Unwirksamkeit einer Entscheidung im Fall der Missachtung von Bedingungen allein nicht in allen Fällen ausreiche, um die Einhaltung einer Entscheidung zu gewährleisten⁵⁸⁾ und will daher „... jede gemeinsame Maßnahme zur Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs ..., einschließlich einstweiliger Maßnahmen“ in derartigen Situationen treffen können.⁵⁹⁾
- **Einschränkungen**, die mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese **notwendig** sind („Nebenabreden“), sollen in Anlehnung an VO 1/2003 ex lege bei Genehmigungs-

entscheidungen der Kommission als genehmigt gelten.⁶⁰⁾ Obwohl die Kommission betont, dass die Beurteilung von Nebenabreden in Fusionsentscheidungen bereits bisher lediglich deklaratorischen Charakter hatte,⁶¹⁾ stellt die Ankündigung der Kommission, dass sie künftig iS einer Vereinfachung ihrer Entscheidungspraxis im Bereich der Fusionskontrolle⁶²⁾ davon absehen würde, Nebenabreden einzeln zu würdigen und förmlich auf sie einzugehen, eine faktische Beeinträchtigung der Rechtssicherheit von an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen dar.

F. Zusammenfassung

Mit ihrem Vorschlag zur Revision der FKVO versucht die Kommission, gegenwärtige Mängel der FKVO zu beheben und die FKVO im Hinblick auf die EU-Erweiterung 2004 entsprechend abzustimmen. Daher ist auch die Optimierung der **Zuständigkeitsverteilung** zwischen nationalen Kartellbehörden und der Kommission als ein zentraler Punkt dieser Revision anzusehen. Mit der vorgeschlagenen Klarstellung und Verbesserung der Verweisungsbestimmungen (Art 9 und 22 FKVO) soll dem gemeinschaftlichen Subsidiaritätsprinzip Rechnung getragen und die Auffassung der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen berücksichtigt werden.

Die in den letzten Jahren heftig diskutierte Frage, ob der dem europäischen Zusammenschlussregime inhärente **Marktbeherrschungstest** durch den sog **SLC-Test** ersetzt werden soll, beantwortet die Kommission insofern, als dass sie statt eines Systemwechsels eine Präzisierung des Marktbeherrschungstests vorschlägt.

Die beschriebenen Änderungsvorschläge zum **Verfahrensrecht** sollen das europäische Zusammenschlussregime insgesamt flexibler machen und eine effektivere Arbeit der Kommission erlauben.

Der Entwurf der Kommission für eine neue FKVO wird zurzeit auf Ratsebene diskutiert. Ende 2003 soll eine

53) Art 13 Abs 2 lit d FKVO-neu.

54) Art 13 Abs 2 lit e FKVO-neu.

55) Art 17 ff, Verordnung (EG) Nr 1/2003 des Rates vom 16. 12. 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABIEG 2003, L 1/1 (im Folgenden VO 1/2003).

56) Gem Art 21 VO Nr 1/2003 kann die Kommission bei begründetem Verdacht, dass Bücher oder sonstige Geschäftsunterlagen, die sich auf den Gegenstand der Nachprüfung beziehen und die als Beweismittel für einen schweren Verstoß gegen Art 81 oder 82 EGV von Bedeutung sein könnten, in Räumlichkeiten bzw Grundstücken außerhalb des Unternehmens im engen Sinn aufbewahrt werden, eine Nachprüfung in derartigen Räumlichkeiten bzw Grundstücken anordnen.

57) Grund dafür ist die zum Teil vertretene Auffassung, dass der bisherige Wortlaut des Art 8 Abs 1 FKVO („Jedes nach Artikel 6 Abs 1 Buchstabe c eingeleitete Verfahren wird unbeschadet des Artikels 9 durch eine Entscheidung nach den Absätzen 2 bis 5 des vorliegenden Artikels abgeschlossen.“) die Befugnisse des Art 8 Abs 4 FKVO auf jene Fälle beschränken würde, in denen der Zusammenschluss angemeldet und die zweite Untersuchungsphase eingeleitet wurde. FKVO-neu, Begründung Rz 91.

58) FKVO-neu, Begründung Rz 96.

59) Erwägungsgrund 25 FKVO-neu: „Der Kommission sollten geeignete Instrumente an die Hand gegeben werden, um die Umsetzung dieser Verpflichtungen sicherstellen und auf Situationen reagieren zu können, in denen die Verpflichtungen nicht eingehalten werden.“

60) Vgl Art 6 Abs 1, Art 8 Abs 1 und Abs 2 FKVO-neu.

61) FKVO-neu, Begründung Rz 102.

62) Ebd.

Entscheidung fallen. Es bleibt abzuwarten, inwieweit es zu einer Abänderung der Kommissionsvorschläge kommen wird.

Wird die neue FKVO planmäßig vom Rat beschlossen, soll sie mit Mai 2004 in Kraft treten.

→ In Kürze

Am 28. 1. 2003 veröffentlichte die Kommission ihren Vorschlag für eine reformierte Fusionskontrollverordnung im Amtsblatt. Neben einer Straffung des Verfahrens, einer Erhöhung von Geldbußen bzw Zwangsgeldern und der Erweiterung ihrer Untersuchungsbefugnisse hat die Kommission für sich zwei richtungsweisende Entscheidungen getroffen: erstens, der dem europäischen Zusammenschlussregime inhärente Marktbeherrschungstest soll nicht durch den sog SLC-Test ersetzt, sondern präzisiert werden; und zweitens, die Zuständigkeitsverteilung zwischen der Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden soll durch ein klares und modifiziertes Verweisungssystem optimiert werden.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Bernhard Kofler-Senoner, LL.M und Dr. Stephan Scholz, LL.M. sind Rechtsanwaltsanwärter in der Kanzlei Cerha Hempel Spiegelfeld, Partnerschaft von Rechtsanwälten.
Kontaktadresse: Parkring 2, 1010 Wien, 01/514 35-0, 01/514 35 38, office@chs.at, www.chs.at.

Literatur:

Bartosch/Nollau, Die zweite Generalüberholung der europäischen Fusionskontrolle – das Grünbuch der Kommission vom 11. 12. 2001, EuZW, 7/2002, 197; *Drauz*, Reform der Fusionskontrollverordnung, WuW 5/2002, 444; *Bundeskartellamt*, Reply of the Bundeskartellamt to the Green Paper of the Commission of the Review of Regulation (EEC) No 4064/89 of the Council on the control of concentrations between undertakings, 49; *United Kingdom, Department of Trade and Industry*, Response to Commission Green Paper on the Review of Council Regulation (EEC) No 4064/89, Rz 33, alle unter <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/comments.html>; *Monti*, Rede vom 4. 6. 2002 „Review of the EC Merger Regulation – Roadmap for the reform project“, http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index_speeches_by_the_commissioner.html.

Links:

http://europa.eu.int/comm/competition/index_de.html,
http://europa.eu.int/eur-lex/en/search/search_oj.html,
<http://www.lexecon.co.uk/>.

Service

Zum komfortablen Öffnen finden Sie sämtliche links zu diesem Artikel auch auf unserer Homepage unter www.manz.at/ojz.

MANZ Bestellservice: Tel: (01) 531 61-100,
Fax: (01) 531 61-455, E-Mail: bestellen@manz.at
Besuchen Sie unseren Webshop unter www.manz.at