

wie im Fall des deutschen Entwurfs – war zeitlich kaum möglich. Abgesehen von der späten Fertigstellung des Ministerialentwurfs ist dem Gesetzgeber ein großes Lob auszusprechen. Sehr genau und ausführlich erfüllt das SEG die auf Grund des kaum überschaubaren Normengemenges wirklich anspruchsvolle Aufgabe. Der Gesetzgeber be-

rücksichtigt den zum SEEG aufgezeigten Verbesserungsbedarf, geht aber weit darüber hinaus und legt ein praxistaugliches Ausführungsgesetz vor. Den Grundsatzentscheidungen ist – mit Ausnahme des Gläubigerschutzes – weitgehend zuzustimmen, sodass das SEG eine gute Basis für den Einsatz der SE in Österreich schafft.

Die neue Europäische Fusionskontrollverordnung

von RAA Dr. **Bernhard Kofler-Senoner**, LL.M., Wien und RAA Dr. **Stephan Scholz**, LL.M., Wien

Nachdem bereits Ende November 2003 die politische Einigung im Rat über die revidierte Fassung der Europäischen Fusionskontrollverordnung erfolgt war, beschloss der Rat am 20. 1. 2004 die endgültige Fassung der neuen Verordnung und diese wurde am 29. 1. 2004 im Amtsblatt veröffentlicht¹⁾. Von den in diesem Zusammenhang von der Kommission angekündigten erläuternden Bemerkungen wurden bereits Anfang Februar dieses Jahres die Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse²⁾ veröffentlicht. Hinsichtlich der in diesem Aufsatz behandelten Themen fließen diese Leitlinien ein.

Vor dem Hintergrund, dass durch die Revision der Europäischen Zusammenschlusskontrolle nicht nur auf Unternehmen, sondern auch auf Rechtsberater und die Kommission selbst wesentliche Änderungen zukommen und diese mit 1. 5. 2004 in Kraft getreten sind, bereitet dieser Aufsatz die wesentlichen Neuerungen auf und stellt sie in einen Zusammenhang zum von der Kommission vor rund einem Jahr veröffentlichten Verordnungsvorschlag³⁾.

Deskriptoren: Effizienzgewinne; Fusionskontrollverordnung; Marktbeherrschungstest; Revision; SLC-Test; Untersuchungsbefugnisse; Verweisungssystem.

EG: Art 81, 82; VO (EG) Nr 139/2004.

- I. Einleitung
- II. Zuständigkeit
 - 1. Gemeinschaftsweite Bedeutung
 - a) Verbesserung der Verweiskriterien
 - b) Anwendung der Art 9 und 22 FKVO auf Antrag der beteiligten Unternehmen vor der eigentlichen Anmeldung
 - 2. Definition des Zusammenschlusses
 - 3. Umsatzberechnung
- III. Materiellrechtliche Fragen
 - 1. Marktbeherrschungstest versus SLC-Test
 - 2. Rolle von Effizienzgewinnen
- IV. Verfahrensfragen
 - 1. Zeitpunkt der Anmeldung des Zusammenschlussvorhabens
 - 2. Vollzugsverbot
 - 3. Angabe von Fristen
 - 4. Mehr Flexibilität durch beweglicheren Zeitrahmen
 - 5. Untersuchungsbefugnisse und Sanktionen
- V. Sonstige Änderungen
- VI. Zusammenfassung

¹⁾ Verordnung (EG) Nr 139/2004 des Rates vom 20. Jänner 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl 2004 L 24/1 (im Folgenden „**FKVO-neu**“).

²⁾ Leitlinien der Kommission zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl 2004 C 31/5 (im Folgenden „**Leitlinien**“).

I. Einleitung

Im Hinblick auf die Erweiterung der Europäischen Union und angeregt durch immer lauter werdende Forderungen, die im Jahr 1989 erlassene und im Jahr 1997 novellierte Fusionskontrollverordnung⁴⁾ an sich ständig ändernde Marktmechanismen und Marktverhaltensmuster von Unternehmen anzupassen, begann die Kommission mit ihrem (zweiten) Grünbuch⁵⁾ 2001 formell den Diskussionsprozess über ein neues europäisches Zusammenschlussregime. Auf der Grundlage der von Mitgliedstaaten, Unternehmen, Rechtsanwälten und anderen Interessierten abgegebenen Stellungnahmen erstellte die Kommission einen Vorschlag für eine neu gefasste Europäische Fusionskontrollverordnung und legte damit den Grundstein zu der nun verabschiedeten FKVO-neu. Die

³⁾ Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Kom (2002) 711 endg, ABl EG 2003 C 20/4 (im Folgenden „**Kommissionsvorschlag**“).

⁴⁾ Verordnung (EWG) Nr 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl EG 1989 L 395/1 idF der Verordnung Nr 1310/97, ABl EG 1997 L 180/1.

⁵⁾ Grünbuch über die Revision der Verordnung (EWG) Nr 4064/89 des Rates, Kom (2001) 745/6 endg (im Folgenden „**Grünbuch**“).

FKVO-neu bringt folgende wesentliche Neuerungen mit sich:

II. Zuständigkeit

1. Gemeinschaftsweite Bedeutung

Ein Kernpunkt der FKVO-neu ist die Verbesserung der Verteilung der Zuständigkeit zwischen der Kommission und den nationalen Kartellbehörden. Bereits in Rahmen der Novellierung der FKVO im Jahre 1997 versuchte man mit der Einführung des Art 1 Abs 3 FKVO⁶⁾ das Problem der Mehrfachanmeldungen in den Griff zu bekommen. Im Grünbuch stellte die Kommission jedoch fest, dass sich Art 1 Abs 3 FKVO im Gegensatz zu Art 1 Abs 2 FKVO und der 2/3-Regel⁷⁾, nicht bewährt hätte, um jene Fälle zu bestimmen, die auf Gemeinschaftsebene geprüft werden sollten⁸⁾. Da laut *Drauz* Mehrfachanmeldungen ständig zunehmen und vor allem im Rahmen der Erweiterung 2004 eine weitere Zunahme der Mehrfachanmeldung zu erwarten ist, sei dringender Handlungsbedarf gegeben⁹⁾. Die Kommission brachte im Kommissionsvorschlag daraufhin zum Ausdruck, dass die beiden Kernziele – eine optimale Zuweisung der Fälle bzw die Reduzierung von Mehrfachanmeldungen – durch ein gestrafftes Verweisungsverfahren erreicht werden könnten. Dieses Verweisungsverfahren wurde größtenteils in die FKVO-neu übernommen. In der Folge werden die Charakteristika des neuen Verweisungs-systems überblicksmäßig dargestellt.

a) Verbesserung der Verweiskriterien

Gemäß dem One-Stop-Shop Prinzip ist die Kommission bei Zusammenschlüssen von gemein-

schaftsweiter Bedeutung ausschließlich zuständig¹⁰⁾. Eine Ausnahme von diesem Prinzip bildet die sog „Deutsche Klausel“ (Art 9 FKVO). Danach bestand bereits bisher die Möglichkeit, ein Zusammenschlussvorhaben aus der Zuständigkeit der Kommission wieder herauszulösen und an eine nationale Wettbewerbsbehörde zurückzuverweisen. Die Kommission konnte auf Antrag eines Mitgliedsstaates einen Zusammenschluss an die nationale Wettbewerbsbehörde verweisen, wenn auf einem gesonderten nationalen Referenzmarkt¹¹⁾ eine beherrschende Stellung zu entstehen oder sich zu verstärken drohte, wodurch wirksamer Wettbewerb auf diesem Markt erheblich behindert wurde.

Art 9 FKVO hat insofern eine Änderung erfahren, als ein Mitgliedsstaat nach Erhalt der Kopie der Anmeldung – von Amts wegen oder nunmehr auch nach Aufforderung durch die Kommission – der Kommission mitteilen kann, dass der Zusammenschluss den Wettbewerb auf einem Markt in diesem Mitgliedstaat, der alle Merkmale eines gesonderten Marktes aufweist, erheblich zu beeinträchtigen droht¹²⁾.

Damit soll so weit wie möglich vermieden werden, dass bereits im Vorfeld eines Zusammenschlussverfahrens – bevor überhaupt die Zuständigkeitsfrage geklärt ist – substantiierte Wettbewerbsbedenken vorgetragen werden müssen¹³⁾. Die Frist innerhalb der diese Mitteilung zu erfolgen hat, beträgt 15 Arbeitstage¹⁴⁾. Die Kommission entscheidet in der Regel binnen 35 Arbeitstagen (in Ausnahmefällen binnen 65 Arbeitstagen¹⁵⁾), ob ein Fall verwiesen wird oder nicht. Ergeht innerhalb von 65 Arbeitstagen keine entsprechende Entscheidung, wird fingiert, dass die Kommission den Fall an den Mitgliedsstaat verwiesen hat. Die Kartellbehörde des betreffenden Mitgliedsstaats teilt innerhalb von 45 Arbeitstagen nach der Verweisung den beteiligten Unternehmen „das Ergebnis einer vorläufigen wettbewerbsrechtlichen Prüfung sowie die gegebenenfalls von ihr beabsichtigten Maßnahmen mit“. Sofern nach einzelstaatlichem Recht eine Anmeldung zu erfolgen hat, beginnt die 45-Tagefrist an dem Tag, an dem sämtliche für die Anmeldung erforderlichen Dokumente bei der Behörde eingegangen sind.

Gemäß der sog „Niederländischen Klausel“ (Art 22 FKVO) hatten die Mitgliedstaaten bisher umgekehrt die Möglichkeit, die Verweisung von

⁶⁾ „Ein Zusammenschluss, der die in Absatz 2 vorgesehene Schwellen nicht erreicht, hat gemeinschaftsweite Bedeutung, wenn a) der weltweite Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen zusammen mehr als 2,5 Mrd EUR beträgt, b) der Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen in mindestens drei Mitgliedstaaten jeweils 100 Mio EUR übersteigt, c) in jedem von mindestens drei von Buchstabe b) erfassten Mitgliedstaaten der Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen jeweils mehr als 25 Mio EUR beträgt und d) der gemeinschaftsweite Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen jeweils 100 Mio EUR übersteigt; [...]“

⁷⁾ Gemäß Art 1 Abs 2 bzw 3 FKVO fallen Zusammenschlüsse nicht unter die Prüfungskompetenz der Kommission, wenn die beteiligten Unternehmen zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedsstaat erzielen.

⁸⁾ Entsprechend den Angaben der Kommission wurden im Jahr 2000 lediglich 20 Fälle aufgrund von Art 1 Abs 3 FKVO bei der Kommission angemeldet, während die Zahl der Mehrfachanmeldungen in drei oder mehr Mitgliedstaaten 75 betrug; Grünbuch (oben FN 5) Rz 24.

⁹⁾ Rund 10 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 mehreren Mitgliedstaaten angemeldet; *Drauz*, Reform der Fusionskontrollverordnung, WuW, 5/2002, 444.

¹⁰⁾ Art 21 Abs 1 FKVO, Art 21 Abs 2 FKVO-neu.

¹¹⁾ Siehe die Definition in Art 9 Abs 7 FKVO-neu.

¹²⁾ Bisher musste der Mitgliedstaat glaubhaft machen, dass ein Zusammenschluss den Wettbewerb auf einem Markt in diesem Mitgliedstaat, der alle Merkmale eines gesonderten Marktes aufweist und keinen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes darstellt, tatsächlich beeinträchtigen würde.

¹³⁾ *Drauz*, Reform der Fusionskontrollverordnung (oben FN 9) 457.

¹⁴⁾ Im Kommissionsvorschlag trat die Kommission für eine Frist von 10 Arbeitstagen ein.

¹⁵⁾ Siehe Art 9 Abs 4 lit b FKVO-neu.

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

Mit der FKVO-neu kommt es zu einer gänzlichen Revision dieser Bestimmung. Die Kommission kann nunmehr auf Antrag eines oder mehrerer Mitgliedstaaten jeden Zusammenschluss iSd Art 3 FKVO prüfen, dem keine gemeinschaftsweite Bedeutung zukommt, welcher aber den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt und den Wettbewerb im Hoheitsgebiet des bzw der antragstellenden Mitgliedstaaten erheblich zu beeinträchtigen droht. Insofern kam es im Vergleich zum Kommissionsvorschlag zu einer Ausweitung des Anwendungsbereiches dieser Regel¹⁶⁾. Der bzw die antragstellenden Mitgliedstaaten haben den Antrag innerhalb von 15 Arbeitstagen nach Anmeldung des Zusammenschlusses in dem betreffenden Mitgliedstaat bzw falls keine Anmeldung erforderlich sein sollte, ab dem Zeitpunkt ab dem dieser anderweitig Kenntnis vom Zusammenschlussvorhaben erlangt hat, an die Kommission zu stellen¹⁷⁾. Die Kommission leitet den Antrag in der Folge an die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten bzw an die beteiligten Unternehmen weiter. Die anderen Mitgliedstaaten haben gemäß Art 22 Abs 2 FKVO-neu die Möglichkeit, sich binnen 15 Arbeitstagen diesem Antrag anzuschließen. Während des Verfahrens gemäß Art 22 FKVO-neu kommt es zu einer Aussetzung sämtlicher einzelstaatlicher Fristen, die den Zusammenschluss betreffen.

Die Kommission kann gemäß Art 22 Abs 3 FKVO-neu spätestens 10 Arbeitstage nach Ablauf der Frist gemäß Art 22 Abs 2 FKVO-neu entscheiden, den Zusammenschluss zu prüfen, wenn sie der Auffassung ist, dass dieser den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt und den Wettbewerb im Hoheitsgebiet des bzw der antragstellenden Mitgliedstaaten erheblich zu beeinträchtigen droht. Trifft die Kommission innerhalb dieser Frist keine Entscheidung, so hat sie den Zusammenschluss antragsgemäß zu prüfen. Die Kommission informiert sämtliche Mitgliedstaaten und die beteiligten Unternehmen über ihre Entscheidung. Sie kann in diesem Zusammenhang fordern, dass eine Zusammenschlussanmeldung im Rahmen der FKVO eingebracht wird¹⁸⁾.

In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass die im Kommissionsvorschlag enthaltene Regelung¹⁹⁾, dass einem Zusammenschluss automatisch

gemeinschaftsweite Bedeutung zukommen sollte, sofern zumindest drei nach ihrem nationalen Wettbewerbsrecht für die Prüfung zuständige Mitgliedstaaten, die Kommission um Prüfung des Zusammenschlusses ersuchten, keinen Eingang in die FKVO-neu fand.

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

Wie die Kommission bereits im Grünbuch festgestellt hatte, war hinsichtlich der geltenden Verweisungsvorschriften vor allem zu bemängeln, dass die Vorschriften erst dann herangezogen werden konnten, wenn ein Zusammenschluss bei der Kommission oder bei den nationalen Wettbewerbsbehörden bereits angemeldet worden war²⁰⁾. Diesem Umstand wurde in der FKVO-neu insofern Rechnung getragen, als Verweisungen an die Kommission (Art 4 Abs 5 FKVO-neu) bzw an einen Mitgliedstaat (Art 4 Abs 4 FKVO-neu) auf Antrag der beteiligten Unternehmen bereits vor der Anmeldung eines Zusammenschlusses möglich sein werden.

Gemäß Art 4 Abs 4 FKVO-neu können an einem Zusammenschluss beteiligte Unternehmen bei der Kommission beantragen, dass ein Zusammenschluss, der den Wettbewerb in einem Markt innerhalb eines Mitgliedstaates erheblich beeinträchtigen könnte, ganz oder teilweise von diesem Mitgliedstaat geprüft wird. Der betroffene Mitgliedstaat hat binnen 15 Arbeitstagen bekannt zu geben, ob er der Verweisung zustimmt oder nicht. Unterlässt der Mitgliedstaat eine diesbezügliche Stellungnahme, so wird seine Zustimmung zur Verweisung fingiert. Sofern der betroffene Mitgliedstaat der Verweisung nicht widerspricht, hat die Kommission binnen 25 Arbeitstagen zu entscheiden, ob der gesamte Fall oder ein Teil des Falles an den Mitgliedstaat verwiesen wird. In Ermangelung einer Entscheidung innerhalb dieser Frist, gilt der Fall antragsgemäß als verwiesen.

Umgekehrt haben die beteiligten Unternehmen aber auch die Möglichkeit zu beantragen, dass ein Zusammenschluss, dem keine gemeinschaftsweite Bedeutung zukommt, von der Kommission geprüft werden sollte. Dies jedoch nur dann, sofern der Zusammenschluss nach dem innerstaatlichen Wettbewerbsrecht von mindestens drei Mitgliedstaaten geprüft werden könnte²¹⁾. Die Kommission wird einen derartigen Antrag an sämtliche Mitgliedstaaten weiterleiten, wobei jeder Mitgliedstaat, dem entsprechend seinem Wettbewerbsrecht eine Prüfungskompetenz in Bezug auf den Zusammenschluss zukommt, binnen 15 Ar-

¹⁶⁾ Art 22 Abs 1 Kommissionsvorschlag (oben FN 3) („[...] den Wettbewerb im Hoheitsgebiet [...] beeinträchtigt“).

¹⁷⁾ Art 22 Abs 1 Unterabsatz 2 FKVO-neu.

¹⁸⁾ Ist jedoch eine Anmeldung gemäß Art 4 nicht notwendig, beginnt die 25-Tage Frist für die Einleitung des Verfahrens am darauf folgenden Arbeitstag, an dem die Kommission den beteiligten Unternehmen bekannt gegeben hat, dass sie den Zusammenschluss prüfen wird.

¹⁹⁾ Siehe Art 22 Abs 3 Kommissionsvorschlag (oben FN 3).

²⁰⁾ Im Erwägungsgrund 16 FKVO-neu heißt es dazu, „Um das System der Fusionskontrolle innerhalb der Gemeinschaft noch effizienter zu gestalten, sollten die beteiligten Unternehmen die Möglichkeit erhalten, vor Anmeldung eines Zusammenschlusses die Verweisung an die Kommission oder an die Mitgliedstaaten zu beantragen.“

²¹⁾ Art 4 Abs 5 FKVO-neu.

beitstagen nach Erhalt des Antrags die Verweisung ablehnen wird können. Lehnt auch nur ein Mitgliedstaat den Antrag ab, so kommt es zu keiner Verweisung. Lehnt keiner der betroffenen Mitgliedstaaten die Verweisung ab, so wird die gemeinschaftsweite Bedeutung des Zusammenschlusses vermutet (Art 4 Abs 5 Unterabsatz 5 FKVO-neu).

2. Definition des Zusammenschlusses

Der Rat folgte in diesem Punkt dem Kommissionsvorschlag insofern, als dass keine inhaltliche Änderung des Begriffs des Zusammenschlusses vorgenommen wurde. Eine Klarstellung erfolgte dadurch, dass das Tatbestandsmerkmal einer dauerhaften Veränderung der Kontrolle in den Wortlaut von Art 3 Abs 1 aufgenommen wurde²²⁾.

Dem Vorschlag der Kommission, in einem eigenen Absatz des Art 3 FKVO-neu festzuhalten, dass mehrere Erwerbsvorgänge, die voneinander abhängen oder wirtschaftlich so eng miteinander verknüpft sind, dass es gerechtfertigt ist, sie als einen Zusammenschluss zu bewerten, der zum Zeitpunkt des letzten Rechtsgeschäfts bewirkt wird (Art 3 Abs 4 Kommissionsvorschlag), wurde hingegen nicht entsprochen. Eine inhaltlich ähnliche Klarstellung findet sich lediglich in Erwägungsgrund 20 FKVO-neu²³⁾.

3. Umsatzberechnung

Hatte die Kommission noch vorgeschlagen, Art 5 Abs 2 Unterabsatz 2 FKVO derart enger zu fassen, dass zwei oder mehrere Erwerbsvorgänge, die innerhalb von zwei Jahren zwischen denselben Personen oder Unternehmen getätigt werden, nur mehr als ein einziger Zusammenschluss angesehen werden sollten, sofern sie nicht verschiedene Wirtschaftszweige betreffen, findet sich in der FKVO-neu keine inhaltliche Änderung zur Berechnung des Umsatzes. Erwerbsvorgänge, die innerhalb von zwei Jahren zwischen denselben Personen oder Unternehmen getätigt werden, werden daher auch in Zukunft als ein einziger Zusammenschluss behandelt werden, auch wenn sie verschiedene Wirtschaftszweige betreffen.

III. Materiellrechtliche Fragen

1. Marktbeherrschungstest versus SLC-Test

Die Frage, ob der in der FKVO und der Rsp der europäischen Gerichte verankerte Marktbeherrschungstest durch den großteils im anglo-amerikanischen Raum verbreiteten „SLC“ („Substantial Lessening of Competition“)-Test ersetzt werden

sollte, war einer der Hauptdiskussionspunkte im Zusammenhang mit der Novellierung der FKVO. Argumentierten beispielsweise die Wirtschaftskammer Österreich²⁴⁾ und das Deutsche Bundeskartellamt²⁵⁾ in ihren Stellungnahmen zum Grünbuch für eine Beibehaltung des Marktbeherrschungstests, sprachen sich unter anderem Großbritannien und Irland klar für die Übernahme des SLC-Tests aus.

Die Kommission hatte in ihrem Verordnungsentwurf klar zum Ausdruck gebracht, dass sie keinen Systemwechsel vorzunehmen beabsichtige²⁶⁾. Vielmehr schlug sie vor, die Rechtssicherheit bei der Anwendung des Marktbeherrschungstests durch die Aufnahme einer Definition des Begriffs der marktbeherrschenden Stellung in den Text der Verordnung zu erhöhen. Gemäß Art 2 Abs 2 des Kommissionsvorschlags sollte eine beherrschende Stellung eines oder mehrerer Unternehmen dann angenommen werden, 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 hätte mit dieser Formulierung zusätzlich eines ihrer Hauptziele umgesetzt, nämlich die bereits in der Rsp der europäischen Gerichte vollzogene Ausdehnung des Marktbeherrschungstests auf Oligopol-Situationen (Stichwort „Kollektive Marktbeherrschung“) in der Verordnung festzuhalten²⁷⁾. Diesem Fortschritt wäre allerdings entgegenzuhalten gewesen, dass damit den europäischen Gerichten bei der Entwicklung des Begriffs der marktbeherrschenden Stellung enge Grenzen durch den Wortlaut der FKVO gesetzt worden wäre. Zusätzlich kann argumentiert werden, dass dadurch nicht unbedingt den Unternehmen ein mehr an Rechtssicherheit beschert worden wäre, da die in der Definition des Begriffs der beherrschenden Stellung verwendeten Begriffe und Parameter erst recht wieder einer Konkretisierung durch die Rsp bedürft hätten.

Art 2 Abs 2 und 3 der nunmehr beschlossenen FKVO-neu in Verbindung mit Erwägungsgrund 25 FKVO-neu und den Leitlinien²⁸⁾ führt vor

²²⁾ Siehe dazu auch Erwägungsgrund 20 FKVO-neu.

²³⁾ „Ferner sollten Erwerbsvorgänge, die eng miteinander verknüpft sind, weil sie durch eine Bedingung miteinander verbunden sind oder in Form einer Reihe von innerhalb eines gebührend kurzen Zeitraums getätigten Rechtsgeschäften mit Wertpapieren stattfinden, als ein einziger Zusammenschluss behandelt werden.“

²⁴⁾ 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>.

²⁵⁾ 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>.

²⁶⁾ Kommissionsvorschlag (oben FN 3), Begründung Rz 55.

²⁷⁾ Siehe dazu auch Erwägungsgrund 21 des Kommissionsvorschlags (oben FN 3).

²⁸⁾ Insbesondere Rz 2.

Augen, dass der Rat nicht nur die Idee der ausdrücklichen Definition des Begriffs der beherrschenden Stellung in der Verordnung verworfen hat, sondern im Gegensatz zur Meinung der Kommission wenn nicht den SLC-Test übernommen, so doch zumindest den Marktbeherrschungstest sehr stark dem SLC-Test angenähert hat.

Gemäß Art 2 Abs 3 FKVO sind Zusammenschlüsse derzeit noch dann für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären, sofern sie „eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde“. Aus diesem zweiteiligen Test (erster Teil: beherrschende Stellung, zweiter Teil: erhebliche Wettbewerbsbehinderung) wurde nunmehr folgender einstufige Test: „Zusammenschlüsse, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, insbesondere durch die Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung, sind für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären“ (Art 2 Abs 3 FKVO-neu).

Dies bedeutet, dass in Zukunft Zusammenschlüssen von Unternehmen auch dann nach dem Wortlaut der FKVO-neu untersagt werden (können), auch wenn keine beherrschende Stellung auf dem örtlich und sachlich relevanten Markt begründet oder verstärkt wird.

Hinsichtlich der Auswirkungen von Zusammenschlüssen auf oligopolistische Märkte stellt Erwägungsgrund 25 der FKVO-neu klar, dass für Zusammenschlüsse in oligopolistischen Marktstrukturen durch die FKVO-neu nun ein konkretes Regulativ besteht²⁹). Zusätzlich wurde in die Leitlinien jene „Checklist“ aufgenommen, die vom Gericht erster Instanz in seiner Airtours-Entscheidung³⁰) für die Annahme kollektiver Marktbeherrschung aufgestellt worden war³¹).

2. Rolle von Effizienzgewinnen

Nachdem in Europa nach Zusammenschlussentscheidungen der Kommission wie etwa *General Electric (GE)/Honeywell*³²) bereits von einer sog „efficiency offense“ (im Gegensatz zur US-ameri-

kanischen „efficiency defence“) gesprochen worden war³³), wurde dieses Thema zwar auch im Rahmen des Entwurfs des Kommissionsvorschlags diskutiert, einen Niederschlag im Text der FKVO-neu fand es aber nur in den Erwägungsgründen. Der Rat folgte offensichtlich der Kommission in ihrer Meinung, dass es bereits nach der derzeitigen FKVO (insb über Art 2 Abs 1 lit b FKVO) rechtlich durchaus möglich sei, Effizienzerwägungen im Rahmen der materiell rechtlichen Prüfung ausdrücklich einzubeziehen³⁴).

Erwägungsgrund 29 zur FKVO-neu hält nun ausdrücklich fest, dass es möglich sei, dass die durch einen Zusammenschluss bewirkten Effizienzvorteile die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb, insbesondere den möglichen Schaden für die Verbraucher, ausgleichen, sodass der Wettbewerb nicht erheblich behindert wird. Die erlassenen Leitlinien konkretisieren, unter welchen Umständen am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen damit rechnen können, dass vorgebrachte Effizienzvorteile von der Kommission in der Entscheidung nicht zum Nachteil der Unternehmen, sondern als Argumente für die Genehmigung des Zusammenschlussvorhabens anerkannt werden³⁵). Dies ist dann der Fall, wenn die Effizienzvorteile nachgewiesenermaßen (i) den Verbrauchern zugute kommen, (ii) fusionsspezifisch³⁶) und (iii) überprüfbar³⁷) sind.

³³) In *General Electric (GE)/Honeywell* waren durch den Zusammenschluss möglich werdende Effizienzsteigerungen von der Kommission gerade als Argument für das Entstehen einer marktbeherrschenden Stellung verwendet worden. Vgl. Lexecon Competition Memo, August 21, 2001, http://www.lexecon.co.uk/publications/media/2001/ge_honeywell-mixed_bundling.pdf.

³⁴) Kommissionsvorschlag (oben FN 3), Begründung Rz 60.

³⁵) Leitlinien (oben FN 2), Rz 76 ff.

³⁶) Es liegt an den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen nachzuweisen, dass die durch den Zusammenschluss bewirkten Effizienzvorteile nicht durch weniger wettbewerbswidrige, realistische und erreichbare Alternativen nicht konzentrativer Art (zB durch Lizenzvereinbarungen oder kooperative Gemeinschaftsunternehmen) erreicht werden könnten; Leitlinien (oben FN 2), Rz 85.

³⁷) Die Effizienzvorteile und die daraus resultierenden Vorteile für die Verbraucher sollten nach Möglichkeit mit Zahlenangaben untermauert werden. Sind keine Daten vorhanden, um eine genaue Zahlenanalyse vorzunehmen, müssen klar identifizierbare und nicht lediglich marginale positive Wirkungen auf die Verbraucher vorhersehbar sein (Leitlinien (oben FN 2), Rz 86).

Zu den für die Bewertung der behaupteten Effizienzvorteile geeigneten Nachweisen zählen interne Unterlagen, die von der Unternehmensführung herangezogen wurden, um über den Zusammenschluss zu beschließen, Ausführungen der Unternehmensleitung an die Eigentümer und Finanzmärkte zu den erwarteten Effizienzvorteilen, Beispiele für zurückliegende Effizienzvorteile und Verbrauchervorteile und vor dem Zusammenschluss erstellte Studien außenstehender Sachverständiger über die Art und den Umfang der Effizienzgewinne und das Ausmaß der Vorteile für die Verbraucher (Leitlinien (oben FN 2), Rz 88).

²⁹) „Die Gerichte der Gemeinschaft haben jedoch bisher die Verordnung (EWG) Nr 4064/89 nicht ausdrücklich dahingehend ausgelegt, dass Zusammenschlüsse, die solche nicht koordinierten Auswirkungen haben, für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären sind. Daher sollte im Interesse der Rechtssicherheit klargestellt werden, dass diese Verordnung eine wirksame Kontrolle solcher Zusammenschlüsse dadurch vorsieht, dass grundsätzlich jeder Zusammenschluss, der einen wirksamen Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder einen wesentlichen Teil desselben erheblich behindern würde, für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären ist.“, Erwägungsgrund 25 FKVO-neu.

³⁰) Urteil des EuG vom 6. 6. 2002, Rs T-342/99.

³¹) Leitlinien (oben FN 2), Rz 39 ff.

³²) Entscheidung der Kommission vom 3. 7. 2001, Fall No M.2220.

Als Beispiele für Effizienzvorteile, die Verbrauchern zugute kommen können, nennt die Kommission Kosteneinsparungen bei der Produktion oder dem Vertrieb der fusionierten Einheit, wobei die Kommission betont, dass Rückgänge bei den variablen Kosten und den Grenzkosten grundsätzlich für die Frage, ob es zu Nettovorteilen für den Verbraucher kommt, stärker ins Gewicht fallen, als eine Senkung der Fixkosten³⁸⁾. Natürlich könnten neue oder verbesserte Waren als Folge der Realisierung eines Zusammenschlussvorhabens berücksichtigungswürdige Vorteile darstellen. Neben der Anforderung, dass Effizienzvorteile nachgewiesenermaßen zu erwarten sein müssen, stellt die Forderung der Kommission in ihren Leitlinien, dass sich die nachgewiesenen Effizienzvorteile „in einem überschaubaren Zeitraum“ einstellen müssen, für Unternehmen einen weiteren Stolperstein in der Geltendmachung von Vorteilen für den Verbraucher dar.

IV. Verfahrensfragen

1. Zeitpunkt der Anmeldung des Zusammenschlussvorhabens

Das Prinzip der ex-ante Kontrolle war bis dato durch Art 4 Abs 1 FKVO derart umgesetzt, dass Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung innerhalb einer Woche nach Vertragsabschluss, der Veröffentlichung des Kauf- oder Tauschangebots oder des Erwerbs einer die Kontrolle begründenden Beteiligung bei der Kommission angemeldet werden mussten.

Nachdem die Kommission bereits im Grünbuch diese starre Ein-Wochen-Frist als nicht notwendig und nicht realistisch bezeichnet hatte³⁹⁾, folgte der Rat dem Kommissionsvorschlag insofern, als dass die Ein-Wochen-Frist zur Anmeldung eines Zusammenschlussvorhabens ab dem 1. 5. 2004 wegfällt. Art 4 Abs 1 FKVO-neu verlangt lediglich, dass Zusammenschlussvorhaben vor ihrem Vollzug bei der Kommission anzumelden sind. Damit ist die ex-ante Kontrolle im europäischen Zusammenschlussregime in diesem Punkt nunmehr gleich konzipiert wie die ex-ante Kontrolle im österreichischen KartG.

Neu ist in diesem Zusammenhang auch, dass Art 4 Abs 1 Unterabsatz 2 FKVO-neu ausdrücklich festhält, dass Anmeldungen bereits dann möglich sind, wenn die beteiligten Unternehmen der Kommission gegenüber glaubhaft machen, dass sie gewillt sind, einen Vertrag zu schließen, oder im Fall eines Übernahmeangebots öffentlich ihre Absicht zur Abgabe eines solchen Angebots bekundet haben.

2. Vollzugsverbot

Hinsichtlich der Behandlung sog „Creeping Takeovers“ folgte der Rat dem Kommissionsvor-

schlag. Art 7 Abs 2 FKVO-neu erweitert nunmehr die Ausnahme vom Vollzugsverbot dahingehend, als über öffentliche Übernahmeangebote hinaus die Ausnahme vom Vollzugsverbot auf sämtliche Erwerbsvorgänge ausgedehnt wird, die über die Börse unter Beteiligung einer Vielzahl von Veräußerern erfolgen, sofern (i) der Zusammenschluss unverzüglich bei der Kommission angemeldet wird und (ii) der Erwerber die mit den Anteilen verbundenen Stimmrechte nicht oder nur zur Erhaltung des vollen Wertes seiner Investitionen aufgrund einer von der Kommission erteilten Freistellung ausübt.

Der noch im Kommissionsvorschlag propagierte zweite Ausnahmetatbestand⁴⁰⁾, welcher die Kommission ermächtigt hätte, das Vollzugsverbot für bestimmte Gruppen von Zusammenschlüssen im Wege einer Verordnung aufzuheben, findet sich in der FKVO-neu nicht wieder.

3. Angabe von Fristen

Fristen waren bisher im Rahmen des europäischen Zusammenschlussregimes in Monaten (zB Art 9 Abs 4 lit b FKVO), Wochen (zB Art 10 Abs 1 FKVO) oder Tagen (zB Art 15 Abs 1 FKVO) angegeben. Mit dem Ziel der Vereinfachung der Berechnung der Fristen werden Fristen nunmehr ausschließlich in Arbeitstagen angegeben⁴¹⁾.

4. Mehr Flexibilität durch beweglicheren Zeitrahmen

Das starre Zeitkorsett des Art 10 FKVO und der damit vor allem in Phase I einhergehende Zeitdruck für die anmeldenden Unternehmen und die Kommission stellte einen wesentlichen Kritikpunkt am derzeitigen Zusammenschlussregime dar.

Gemäß Art 10 Abs 1 FKVO-neu hat die Kommission nunmehr eine Entscheidung in Phase I binnen 25 Arbeitstagen ab dem Arbeitstag, der auf den Tag des Eingangs der Anmeldung folgt, zu treffen. Diese Frist erstreckt sich auf 35 Arbeitstage, sofern (i) ein Mitgliedstaat die Verweisung eines Falles von der Kommission an die zuständige Behörde des Mitgliedstaates beantragt oder (ii) Verpflichtungen seitens der beteiligten Unternehmen der Kommission angeboten werden.

Entscheidungen der Kommission über angemeldete Zusammenschlüsse sollen nunmehr grundsätzlich binnen 90 Arbeitstagen nach Einleitung des Verfahrens erlassen werden (Art 10 Abs 3 FKVO-neu). Ähnlich wie in Phase I erstreckt sich auch diese Frist automatisch, und zwar auf 105 Arbeitstage, sofern die Unternehmen Verpflichtungszusagen in Phase II abgeben. Um den beteiligten Unternehmen einen Anreiz für eine möglichst frühzeitige Vorlage von Verpflichtungszusagen zu geben, tritt die Fristverlängerung nur dann ein,

³⁸⁾ Leitlinien (oben FN 2), Rz 80.

³⁹⁾ Grünbuch (oben FN 5), Rz 182.

⁴⁰⁾ Kommissionsvorschlag (oben FN 3) Art 7 Abs 4.

⁴¹⁾ Siehe zB Art 10 FKVO-neu (Fristen für die Einleitung des Verfahrens und für Entscheidungen).

wenn derartige Angebote ab dem 55. Arbeitstag nach Einleitung des Verfahrens der Kommission unterbreitet werden (Art 10 Abs 3 FKVO-neu).

Die 90 Arbeitstagefrist wird ebenfalls verlängert, wenn die anmeldenden Unternehmen dies innerhalb von 15 Arbeitstagen nach Einleitung des Verfahrens bei der Kommission beantragen⁴²⁾. Ebenso wird die Kommission nach Einleitung des Verfahrens Phase II verlängern können, sofern die Anmelder zustimmen (Art 10 Abs 3 Unterabsatz 2 FKVO-neu). Insgesamt dürfen Fristverlängerungen in Phase II 20 Arbeitstage nicht übersteigen.

5. Untersuchungsbefugnisse und Sanktionen

Gemäß Art 14 und Art 15 FKVO-neu wurden die Höchstbeträge für Geldbußen und Zwangsgelder, die dazu dienen, Sachverhaltsermittlungen der Kommission zu unterstützen, angehoben. Hintergrund dieser Erhöhung der Geldbußen und Zwangsgelder ist, dass diese seit der Einführung der FKVO unverändert geblieben sind und daher wesentlich an Abschreckungswirkung einbüßten. So war bisher die Verhängung einer Zwangsstrafe mit einem Betrag von maximal EUR 25.000 begrenzt.

Gemäß Art 15 FKVO-neu ist die Kommission nunmehr berechtigt, ein Zwangsgeld bis zu einem Höchstbetrag von 5% des durchschnittlichen täglichen Gesamtumsatzes des beteiligten Unternehmens oder der beteiligten Unternehmensvereinigung für jeden Arbeitstag des Verzugs festzusetzen. In Entsprechung des Kommissionsvorschlags wurde auch der Höchstbetrag für Geldbußen mit bis zu 1%⁴³⁾ bzw 10%⁴⁴⁾ des Weltumsatzes der beteiligten Unternehmen drastisch angehoben.

Auch in Bezug auf die Nachprüfungsbefugnisse der Kommission kam es zu Erweiterungen. Gemäß Art 13 FKVO-neu sind nicht nur Abgesandte der Kommission, sondern nunmehr auch von der Kommission ermächtigte Begleitpersonen befugt, alle Räumlichkeiten der Unternehmen und Unternehmensvereinigungen zu betreten, die Bücher und sonstigen Geschäftsgrundlagen zu prüfen und Kopien oder Auszüge davon anzufertigen. Ferner wurden die Nachprüfungsbefugnisse insofern erweitert, als alle Geschäftsräume und Bücher oder Unterlagen für die Dauer der Nachprüfung versiegelt werden und sämtliche Mitarbeiter des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung zur Sachverhaltsaufklärung befragt werden können⁴⁵⁾.

Die von der Kommission gewünschte Erweiterung der Nachprüfungsbefugnisse im Rahmen der FKVO-neu steht im Einklang mit der wesentlichen Aufwertung der Nachprüfungsbefugnisse

der Kommission im Rahmen der neu erlassenen Durchführungsverordnung zu Art 81 und 82 EGV⁴⁶⁾.

V. Sonstige Änderungen

• Verfahren nach Nichtigerklärung von Kommissionsentscheidungen: Den bis dato herrschenden Unklarheiten in Bezug auf den für die neuerliche Beurteilung eines Zusammenschluss relevanten Zeitpunkt begegnet der neue Abs 5 des Art 10 FKVO-neu. Während sich Unternehmen bislang an dem von der Kommission in ihrer Entscheidung „Kali + Salz/MKD/Treuhand“⁴⁷⁾ festgehaltenen Prüfungsmuster orientieren konnten, bestimmt nunmehr Art 10 Abs 5 FKVO-neu ausdrücklich, dass ein Zusammenschluss unter Berücksichtigung der aktuellen Marktverhältnisse erneut zu prüfen ist. Sofern die ursprüngliche Anmeldung nicht mehr vollständig ist, insbesondere sofern sich seit der Anmeldung die Marktverhältnisse geändert haben, haben die Anmelder unverzüglich eine neue Anmeldung oder die ergänzte ursprüngliche Anmeldung vorzulegen. Sofern sich die äußeren Umstände seit dem Zeitpunkt der Anmeldung nicht geändert haben, müssen die Anmelder dies unverzüglich der Kommission bestätigen.

• Bericht über die Umsatzschwellen und Verweisung auf Antrag der Anmelder: Die Kommission hat dem Rat bis spätestens 1. 7. 2009 einen Bericht über die Anwendung der Umsatzschwellen der FKVO vorzulegen. Ein derartiger Bericht soll vor allem auf der Grundlage von statistischen Angaben beruhen, welche Mitgliedstaaten der Kommission regelmäßig übermitteln können (Art 1 Abs 4 FKVO-neu). Der Kommissionsvorschlag sah in diesem Punkt noch eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Übermittlung derartiger Berichte an die Kommission vor⁴⁸⁾.

Auch hinsichtlich der nunmehr bestehenden Möglichkeit für Anmelder, die Verweisung des Falles vor der Anmeldung bei der Kommission bzw einer mitgliedstaatlichen Behörde zu beantragen, hat die Kommission bis 1. 7. 2009 dem Rat Bericht zu erstatten (Art 4 Abs 6 FKVO-neu).

• Änderungen der FKVO-neu durch Ratsbeschluss mit qualifizierter Mehrheit: Neben den Umsatzschwellen, die bereits bisher durch den Rat auf Vorschlag der Kommission mit qualifizierter Mehrheit abgeändert werden konnten (Art 1 Abs 5 FKVO), hält nunmehr Art 4 Abs 6 FKVO-neu eine derartige Ermächtigung auch hinsichtlich der Normen über die Möglichkeit für Anmelder, die Verweisung des Falles vor der Anmeldung zu beantragen, fest.

• Entscheidungsbefugnis der Kommission hinsichtlich nicht angemeldeter vollzogener Zusam-

⁴²⁾ Gemäß Art 10 Abs 3 FKVO-neu dürfen Anmelder eine solche Fristverlängerung nur einmal beantragen.

⁴³⁾ Art 14 Abs 1 FKVO-neu.

⁴⁴⁾ Art 14 Abs 2 FKVO-neu.

⁴⁵⁾ Art 13 Abs 2 lit d und e FKVO-neu.

⁴⁶⁾ Verordnung (EG) Nr 1/2003 des Rates vom 16. 12. 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl EG 2003, L1/1, Art 17 ff.

⁴⁷⁾ Entscheidung der Kommission Nr IV/M.308.

⁴⁸⁾ Art 1 Abs 4 Kommissionsvorschlag (oben FN 3).

menschlüsse: durch die Streichung des letzten Satzes von Art 8 Abs 1 FKVO⁴⁹⁾ stellt die Kommission klar, dass auch bereits vollzogene Zusammenschlüsse, die nicht bei der Kommission angemeldet wurden, in den Anwendungsbereich des Art 8 FKVO/FKVO-neu fallen.

- Konkretisierung und Erweiterung der Entscheidungsbefugnisse der Kommission: Mit den neu formulierten Absätzen 4, 5 und 6 des Art 8 FKVO-neu, werden die Entscheidungsbefugnisse der Kommission konkretisiert und zum Teil erweitert. So kann die Kommission beispielsweise im Fall eines unzulässig vollzogenen Zusammenschlusses gemäß Art 8 Abs 4 lit b FKVO-neu „jede andere geeignete Maßnahme anordnen, um sicherzustellen, dass die beteiligten Unternehmen den Zusammenschluss rückgängig machen oder andere Maßnahmen zur Wiederherstellung des früheren Zustands nach Maßgabe ihrer Entscheidung ergreifen.“

- Nebenabreden: Die mit der Durchführung angemeldeter Zusammenschlüsse unmittelbar verbundenen und für sie notwendigen Einschränkungen gelten ab 1. 5. 2004 in Anlehnung an VO 1/2003 ex lege durch eine Genehmigungsentscheidung der Kommission als genehmigt (Art 6 Abs 1, Art 8 Abs 1 und 2 FKVO-neu). Die Ankündigung dieser Bestimmung im Kommissionsvorschlag und der Vorgehensweise, im Sinn einer Vereinfachung der Entscheidungspraxis in Zukunft davon abzugehen, Nebenabreden einzeln zu würdigen und förmlich auf sie einzugehen, erntete Kritik. Eine faktische Beeinträchtigung der Rechtssicherheit von am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sei nicht von der Hand zu weisen.

Diesem Kritikpunkt versucht der Rat nunmehr insofern zu begegnen, als dass Erwägungsgrund 21 FKVO-neu die Möglichkeit für Unternehmen vorsieht, die gesonderte Prüfung von Nebenabreden durch die Kommission zu beantragen. Dazu

⁴⁹⁾ „Jedes nach Art 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.“

ist allerdings erforderlich, dass der konkrete Fall eine neue oder ungelöste Rechtsfrage darstellt, die zu ernsthafter Rechtsunsicherheit führen kann⁵⁰⁾. Selbst in einem derartigen Fall, liegt es jedoch im Ermessen der Kommission dem Antrag der beteiligten Unternehmen nachzukommen⁵¹⁾.

VI. Zusammenfassung

Mit der vom Rat reformierten und modernisierten Fusionskontrollverordnung kommen ab 1. Mai 2004 auf Unternehmen, Rechtsberater und die Kommission selbst zum Teil signifikante Neuerungen zu. Hat der Rat großteils die Änderungsvorschläge der Kommission übernommen, so vor allem hinsichtlich der Verbesserung des Verweisungssystems, einer Berücksichtigung von fusionsspezifischen Effizienzgewinnen, dem Wegfall der Ein-Wochen-Frist zur Zusammenschlussanmeldung oder der Flexibilisierung des Verfahrens vor der Kommission durch einen beweglichen Zeitrahmen, so warteten die Mitgliedstaaten in Form des Rats doch mit einigen Überraschungen auf. Die markanteste Änderung im Vergleich zum Kommissionsvorschlag ist sicherlich, dass der Rat nicht nur die Idee der ausdrücklichen Definition des Begriffs der beherrschenden Stellung in der FKVO-neu verworfen hat, sondern im Gegensatz zur Meinung der Kommission wenn nicht den SLC-Test übernommen, so doch zumindest den Marktbeherrschungstest sehr stark dem SLC-Test angenähert hat.

⁵⁰⁾ Dies ist gemäß Erwägungsgrund 21 FKVO-neu dann der Fall, wenn die konkrete Frage nicht durch die entsprechende Bekanntmachung der Kommission oder eine veröffentlichte Entscheidung der Kommission geregelt ist.

⁵¹⁾ „Auf Antrag der beteiligten Unternehmen sollte die Kommission allerdings im Fall neuer oder ungelöster Fragen, die zu ernsthafter Rechtsunsicherheit führen können, gesondert prüfen, ob eine Einschränkung mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und dafür notwendig ist“, Erwägungsgrund 21 FKVO-neu.