

Zeitwende in der Fusionskontrolle?

1. Neue Guidelines, neue Ära der Theories of harm vs Theories of benefit
2. Wettbewerbsparameter Resilienz
3. Wettbewerbsparameter Nachhaltigkeit
4. Einfluss auf die österreichische Praxis

1 Neue Guidelines, neue Ära der Fusionskontrolle?

Mit dem aktuellen Entwurf der neuen **EU Merger Guidelines** konkretisiert die Kommission ihre Vorstellungen zur zukünftigen Ausrichtung der europäischen Fusionskontrolle.

Der Draft hält zwar unverändert am **Primat des Wettbewerbsschutzes** fest, erweitert zugleich aber den Rahmen der materiellen Würdigung um zusätzliche ökonomische und strukturelle Gesichtspunkte.

Neben wettbewerblichen Risiken gewinnen vor allem **mögliche positive Effekte von Zusammenschlüssen** stärker an Bedeutung, darunter:

- Gesteigerte Innovationstätigkeit (Rn. 325 ff),
- Erhöhte Investitionen (Rn. 293 ff),
- Resilienz (Rn. 297 ff),
- Nachhaltigkeit (Rn. 319 ff),
- Internationale Wettbewerbsfähigkeit (Rn. 9 ff).

2

Theories of harm vs Theories of benefit

Im Zentrum steht eine **Abwägung** zwischen wettbewerblichem Schaden und Effizienzgewinn.

- Die Kommission trägt die Beweislast für einen Schaden (Rn. 21).
- Die Zusammenschlussparteien tragen die Beweislast für die Effizienzgewinne (Rn. 24).

Die Guidelines spezifizieren erstmals auch die Anforderungen an eine belastbare „**theory of benefit**“. Positive Effekte müssen demnach

- fusionsspezifisch (Rn. 310 ff, 331 ff) und
- überprüfbar sein (Rn. 304 ff, 327 ff) und
- Verbrauchern zugutekommen (Rn. 315 ff).

Die Draft Guidelines **erweitern damit die Spielräume** für die Rechtfertigung und wohl auch für Remedies. Offen bleibt aber der Umfang des Beurteilungsspielraums der Kommission bei der Effizienzabwägung.

Wettbewerbsparameter Resilienz

„Resilience refers to the readiness and ability of the internal market or part of it to continue servicing customers and to anticipate, withstand and recover from serious shocks.“ (Rn. 9 / Fn. 18)

- Zusammenschlüsse können sich **positiv** oder **negativ** auf die Resilienz auswirken (Rn. 9 / Fn. 18).
- Die Definition ist auf die **Resilienz des Binnenmarkts** (Rn. 9 / Fn 8) bezogen – die in den Guidelines angeführten Effizienzen sind demgegenüber aber **unternehmensspezifisch** (Rn. 299).
- Die Steigerung der Marktresilienz wird als **kollektives Verbraucherinteresse** angesehen.
- Offen ist die praktische Handhabung im Verfahren – wo muss die Effizienzprüfung ansetzen?
- Genannt werden insbesondere folgende Resilienz-Vorteile (Rn. 299):
 - **Kombination komplementärer Assets**, die die Versorgungssicherheit erhöhen, Infrastrukturen stärkt und die Anfälligkeit gegenüber externen Störungen reduziert.
 - **Zugang zu kritischen Ressourcen und gestärkte Nachfragemacht** die Anfälligkeit gegenüber Lieferkettenunterbrechungen reduzieren.
- Schaffung **neuer oder verbesserter Produkte**, die gegenüber externen Störungen widerstandsfähiger sind.

4

Wettbewerbsparameter Nachhaltigkeit

Zusätzlich zu Resilienz wird auch **gesteigerte Nachhaltigkeit** als Rechtfertigung von Unternehmenszusammenschlüssen angeführt:

- **Kombination komplementärer Assets**, die die Umweltverschmutzung von Produktionsprozessen reduziert
- **Verbesserter Zugang zu nachhaltigen Inputs**
- Schaffung neuer oder verbesserter **nachhaltigerer Produkte**

Angeknüpft wird explizit an der neuen Horizontal-LL: Nachhaltigkeit als kollektiver Vorteil kann in die Verbraucherwohlprüfung einfließen, auch wenn sie keinen direkten individuellen Produktnutzen hat. Offen ist, inwieweit die EK einen einheitlichen „*more sustainable approach*“ im Kartellrecht entwickeln wird.

5

Einfluss auf die österreichische Praxis

Die neuen EU-Guidelines könnten Marktresilienz und Nachhaltigkeit **größere praktische Bedeutung** bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen nach dem KartG verleihen.

- Die neuen EU-Guidelines gelten nicht unmittelbar für die österreichische Fusionskontrolle – sie sind durch ihre Vorbildwirkung und allerdings **wegweisend für die österreichische Praxis**.
- Die EU-Guidelines könnten eine seit langem im österreichischen Recht bestehende Ausnahmeregelung **mit Leben erfüllen**: Die **volkswirtschaftliche Rechtfertigung** von Zusammenschlüssen (insb durch **Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit**).
- Künftig könnten damit auch die in den Guidelines nunmehr für eine praktische Anwendung substantiierten Gesichtspunkte in die Anwendung des § 12 Abs 2 KartG einfließen, insbesondere:
 - Resilienz,
 - Scale bzw Größenvorteile,
 - Nachhaltigkeit,
 - Innovation (vgl. bereits die Materialien zum KaWeRÄG 2021)

ZUSAMMENGESTELLT VON



Astrid Ablasser-Neuhuber
Partner
Head of Competition and Antitrust



Stefan Holzweber
Associate
Competition and Antitrust, Dispute Resolution



Konstantin Gründler
Paralegal
Competition and Antitrust

www.bpv-huegel.com

bpv