

Österreichische Blätter für

GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

ÖB1

Herausgeber Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz
und Urheberrecht

Chefredakteur Christian Schumacher

Redaktion Rainer Beetz, Reinhard Hinger

Ständige fachliche Mitarbeit Astrid Ablasser-Neuhuber, Christian Handig

Mai 2022

03

97 – 140

Beiträge

Drei neue Nachrichten aus Karlsruhe zum Influencer-Marketing

Adrian Kubat ↻ 100

Zusammenschlusskontrolle post KaWeRÄG 2021: Ökologische Wende
oder Antitrust Paradoxon? Sebastian Reiter ↻ 109

Aktuelle Entwicklungen

EU-Rechtsentwicklung ↻ 113

Rechtsprechung des EuGH/EuG in EUIPO-Verfahren ↻ 116

Rechtsprechung des Europäischen Patentamts ↻ 119

Rechtsprechung des OLG Wien im markenrechtlichen
Registerverfahren ↻ 119

Rechtsprechung

Gratis bis Jahresende – Aktuelles zum Mondpreis Adolf Zemann ↻ 120

Heizsocken/heat socks – Die Füß' halt warm ... mit akkubehetzten
Socken Birgit Hirsch ↻ 124

Ferrari/Mansory Design – Das V auf der Fronthaube David Plasser ↻ 128

Pianegonda – How to: Ein Design retten Birgit Hirsch ↻ 132

Geld für jeden Klick – Zwei Behauptungen, vier einstweilige
Verfügungen Reinhard Hinger ↻ 134

Ablauf der Verfügungsfrist – Wahl der Titel? Lothar Wiltschek ↻ 137

Zusammenschlusskontrolle post KaWeRÄG 2021: Ökologische Wende oder Antitrust-Paradoxon?

Im September 2021 trat das KaWeRÄG 2021 in Kraft und führte ua eine neue Rechtfertigung für Zusammenschlüsse ein: das erhebliche Überwiegen der volkswirtschaftlichen Vorteile gegenüber den Nachteilen des Zusammenschlusses. Was auf den ersten Blick nach einer üblichen Abwägung klingt, steht in analytischem Widerspruch zu den Maßstäben des zugleich eingefügten „*significant impediment to effective competition*“-Tests. Eine Berücksichtigung ökologischer Gesichtspunkte kann den neuen Rechtfertigungstatbestand nachhaltig mit Leben füllen.

Von Sebastian Reiter

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
 1. Zusammenschlusskontrolle nach dem KaWeRÄG 2021
 - a) Bestehender Verbotstatbestand: Marktmacht-Test
 - b) Bestehende Rechtfertigungen: Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen und Industriepolitik
 - c) Zusätzlicher Verbotstatbestand neu: SIEC-Test
 - d) Zusätzliche Rechtfertigung neu: Überwiegen volkswirtschaftlicher Vorteile
 2. Die neue Ausnahme vom Kartellverbot: Beiträge zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft
- B. Das Überwiegen volkswirtschaftlicher Vorteile steht in strukturellem Spannungsverhältnis zu den Verbotstatbeständen für Zusammenschlüsse
 1. Der neue Tatbestand: „Überwiegen volkswirtschaftlicher Vorteile“
 2. Es gibt (grundsätzlich) keine volkswirtschaftlichen Vorteile, die die Nachteile der erheblichen Behinderung effektiven Wettbewerbs überwiegen
 3. Die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bringt grundsätzlich keine volkswirtschaftlichen Vorteile
 4. Volkswirtschaftliche Rechtfertigung durch ökologische Vorteile?
- C. Was bleibt?

A. Einleitung

Neben dem Kartellverbot und dem Marktmachtmissbrauchsverbot bildet die Zusammenschlusskontrolle das dritte Standbein des Kartellrechts. Mit dem KaWeRÄG 2021¹⁾ wurde das KartG 2005 (idF KaWeRÄG 2021: „KartG“) in zahlreichen Punkten novelliert. Der vorliegende Beitrag fokussiert auf den neuen Prüfmaßstab für Zusammenschlüsse und den neuen Rechtfertigungsgrund für Zusammenschlüsse und argumen-

tiert, dass die für das Kartellverbot eingeführte Ökologie-Ausnahme auch bei der Zusammenschlusskontrolle berücksichtigt werden sollte.

1. Zusammenschlusskontrolle nach dem KaWeRÄG 2021

a) Bestehender Verbotstatbestand: Marktmacht-Test

Bisher galt und gilt weiterhin, dass ein Zusammenschluss zu untersagen war, wenn dadurch eine marktbeherrschende Stellung entstand oder verstärkt wurde („**Marktmacht-Test**“ gem § 12 Abs 1 Z 2 KartG idF BGBl I 2005/61 [„KartG alt“]; nunmehr: § 12 Abs 1 Z 2 lit a KartG).

b) Bestehende Rechtfertigungen: Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen und Industriepolitik

Ein nach dem Marktmacht-Test zu untersagender Zusammenschluss konnte dennoch freigegeben werden, wenn zu erwarten war, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten, die die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen, oder der Zusammenschluss zur Erhaltung oder Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen notwendig und volkswirtschaftlich gerechtfertigt ist (§ 12 Abs 2 Z 1, 2 KartG alt).

c) Zusätzlicher Verbotstatbestand neu: SIEC-Test
Das KaWeRÄG 2021 führt zusätzlich zum Marktmacht-Test den in der europäischen Fusionskontrolle etablierten²⁾ „*significant impediment to effective competition*“ („**SIEC**“)“-Test ein. Danach ist ein Zusammenschluss zu untersagen, der „**wirksamen Wettbewerb sonst erheblich behindert**“ (§ 12 Abs 1 Z 2 lit b

1) BGBl I 2021/176.

2) Art 2 Abs 2 und 3 Fusionskontrollverordnung („**FKVO**“); Gruber, Das KaWeRÄG 2021 – Erster Teil: Kartellgesetz, ÖZK 2021, 123 (126 f); Stellungnahme der Gruppe österreichischer Wettbewerbsökonom*innen („**Wettbewerbsökonom*innen**“), 10/SN-114/ME 27. GP 2.

ÖBI 2022/32

§§ 2, 12 KartG

Significant impediment of effective competition-Test; volkswirtschaftliche Rechtfertigung; Berücksichtigung ökologischer Vorteile

KartG). Je nach Art des Zusammenschlusses (horizontal, vertikal, Konglomerat oder eine Kombination), prüfen die Wettbewerbsbehörden unterschiedliche (ökonomische) Schadenstheorien, um die Auswirkungen auf den wirksamen Wettbewerb zu beurteilen.³⁾

d) Zusätzliche Rechtfertigung neu: Überwiegen volkswirtschaftlicher Vorteile

Mit § 12 Abs 2 Z 3 KartG führte der Gesetzgeber in Ergänzung der bisherigen Rechtfertigungen eine neue Rechtfertigung für Zusammenschlüsse ein, die einen der Verbotstatbestände (Marktbeherrschung herbeiführen oder verstärken; wirksamen Wettbewerb erheblich behindern) des § 12 Abs 1 KartG erfüllen: Solche Zusammenschlüsse sind dann nicht zu untersagen, wenn „die volkswirtschaftlichen Vorteile die Nachteile des Zusammenschlusses erheblich überwiegen“.

2. Die neue Ausnahme vom Kartellverbot: Beiträge zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft

Das KaWeRÄG 2021 führte mit § 2 Abs 1 letzter Satz KartG eine ökologische Ausnahme für die Freistellung vom Kartellverbot ein.⁴⁾ Vereinbarungen, die grundsätzlich vom Kartellverbot erfasst wären, können nunmehr erlaubt sein, wenn sie ua zu einer **ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft wesentlich beitragen**. Die ErläutRV begründen dies wie folgt: „[V]or dem Hintergrund, dass Nachhaltigkeit als Querschnittsmaterie zu verstehen ist, möchte der Entwurf auch im Bereich des Kartell- und Wettbewerbsrechts einen Beitrag leisten. Eine Investition in nachhaltige Produkte und Dienstleistungen ist eine zukunftsorientierte Investition, die zu einem dynamischen Wirtschaftsstandort Österreich beiträgt. Eine nachhaltige Wirtschaft ist daher immer auch eine wettbewerbsfähige Wirtschaft.“⁵⁾

B. Das Überwiegen volkswirtschaftlicher Vorteile steht in strukturellem Spannungsverhältnis zu den Verbotstatbeständen für Zusammenschlüsse

1. Der neue Tatbestand: „Überwiegen volkswirtschaftlicher Vorteile“

Dem neuen § 12 Abs 2 Z 3 KartG ging eine gewisse Diskussion voraus. Der ME plante ursprünglich, das Kriterium der „volkswirtschaftlichen Rechtfertigung“ aus der industriepolitischen Rechtfertigung des § 12 Abs 2 Z 2 KartG alt („Erhaltung oder Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit“) herauszulösen. Mit der geplanten neuen Z 3 sollte ein eigenes Kriterium der „volkswirtschaftlichen Erforderlichkeit“ eingeführt werden.⁶⁾

Nach Kritik im Begutachtungsverfahren, dass eine Entkoppelung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit von der inländischen volkswirtschaftlichen Rechtfertigung dazu führen würde, dass Effizienzen aufgrund von Betriebsschließungen oder Arbeitsplatzreduktionen stärker berücksichtigt werden müssten⁷⁾ bzw dass damit bspw ein Zusammenschluss zweier großer österr

Unternehmen mit der verbesserten internationalen Wettbewerbsfähigkeit, aber unabhängig vom Korrektiv einer gesamtwirtschaftlichen Betrachtung gerechtfertigt werden könnten,⁸⁾ blieb § 12 Abs 2 Z 2 KartG alt unverändert.⁹⁾ Der Gesetzgeber fügte mit § 12 Abs 2 Z 3 KartG das „Überwiegen volkswirtschaftlicher Vorteile“ als eigenen Erlaubnistatbestand ein, um „ausnahmsweise Genehmigung des Zusammenschlusses zu ermöglichen, wenn volkswirtschaftliche Gründe im Einzelfall für eine Bewilligung“ sprechen. Als Abwägungskriterien nennt die RV „Wachstum, Innovation und Vollbeschäftigung als wesentliche Ziele der österr Wirtschaftspolitik, die auf dem Fundament einer stabilitätsorientierten Makropolitik aufbauen [...]“ sowie „die Erhöhung des Wohlstands, die nachhaltige Verbesserung der Lebensqualität der Bürgerinnen und Bürger durch Beschäftigungssicherung, Einkommenswachstum und faire Einkommensverteilung unter Berücksichtigung angemessener Sozial- und Umweltstandards [...]“.¹⁰⁾

Ob es einen Unterschied zwischen dem Überwiegen volkswirtschaftlicher Vorteile und der „volkswirtschaftlichen Rechtfertigung“ für industriepolitisch wünschenswerte Zusammenschlüsse (§ 12 Abs 2 Z 2 KartG) geben soll, bleibt unklar.¹¹⁾ Ebenso unklar ist, ob bzw wodurch sich die Rechtfertigung des Überwiegens der volkswirtschaftlichen Vorteile von der Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen (§ 12 Abs 2 Z 1 KartG) unterscheidet. Die Rsp versteht darunter Umstände, die sich positiv auf die Marktstruktur auf einem Drittmarkt,¹²⁾ aber offenbar auch auf dem betroffenen Markt¹³⁾ auswirken.

2. Es gibt (grundsätzlich) keine volkswirtschaftlichen Vorteile, die die Nachteile der erheblichen Behinderung effektiven Wettbewerbs überwiegen

Die von der RV genannten Ziele sind sicherlich politisch wünschenswert. Im Rahmen einer Zusammenschlusskontrolle sind sie als Rechtfertigung für Zusammenschlüsse, die effektiven Wettbewerb erheblich behindern (SIEC-Test), aber konzeptionell ungeeignet.

3) Vgl Montag/Von Bonin in Mükom WettbR I³ (2020) Art 2 FKVO Rz 56 ff; EK, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABI C 2004/31, 5; EK, Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gem der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABI C 2008/265, 6; vgl Köller-Thier/Strasser/Bauer, Neue Wege im Kartellrecht, ÖBL 2021, 244 (245 f) („Vorteil der Flexibilität“; „erweitert der SIEC-Test die Eingriffsmöglichkeiten“).

4) Siehe dazu näher Robertson, Kartellverbot und Nachhaltigkeit – zum neuen § 2 Abs 1 KartG; <https://ssrn.com/abstract=3957550> (Stand 17. 3. 2022).

5) ErläutRV 951 BlgNR 27. GP 8.

6) ErläutME 114/ME 27. GP 11.

7) Stellungnahme der Bundesarbeiterkammer, 5/SN-114/ME 27. GP 4; Stellungnahme des ÖGB, 4/SN-114/ME 27. GP 2f.

8) Stellungnahme des ÖRAK, 12/SN-114/ME 27. GP Rz 57.

9) ErläutRV 951 BlgNR 27. GP 13.

10) ErläutRV 951 BlgNR 27. GP 13.

11) Vgl Urlesberger in Petsche/Urlesberger/Vartian, KartG² (2016) § 12 Rz 65: „Was genau darunter zu verstehen ist, ist unklar.“

12) OLG Wien als KG 26. 1. 2001, 26 Kt 342, 369, 380–383/00 MR 2001, 49.

13) OGH 17. 12. 2008, 16 Ok 15/08 (krit Urlesberger in Petsche/Urlesberger/Vartian, KartG² [2016] § 12 Rz 57).

Der volkswirtschaftliche Grund dafür, eine wettbewerbliche Marktwirtschaft rechtlich zu institutionalisieren, liegt darin, dass dieses Wirtschaftsmodell sowohl theoretisch als auch praktisch am besten geeignet ist, die gesamtwirtschaftliche Wohlfahrt durch effiziente Verteilung der vorhandenen Ressourcen sowie durch Förderung technischen Fortschritts zu maximieren.¹⁴⁾ Dies kommt insb Verbraucher:innen zugute, und zwar „in Form niedriger Preise, hochwertiger Produkte, einer großen Auswahl an Waren und Dienstleistungen und Innovationen“.¹⁵⁾

Ein Zusammenschluss, der effektiven Wettbewerb erheblich behindert, vermindert die gesamtwirtschaftliche Wohlfahrt. Das vom Gesetzgeber angedachte volkswirtschaftliche Überwiegen der Vorteile eines Zusammenschlusses, der die gesamtwirtschaftliche Wohlfahrt vermindert, führt daher bei Anwendung auf Fälle des neuen § 12 Abs 1 Z 2 lit a KartG zu einem Paradoxon: Obwohl die Wettbewerbsbehörden bei ihrer Prüfung festgestellt haben, dass ein Zusammenschluss den SIEC-Test nicht besteht und somit die gesamtwirtschaftliche Wohlfahrt vermindert, sollen sie prüfen, ob gesamtwirtschaftliche Vorteile überwiegen.¹⁶⁾ Richtigerweise sollten die relevanten Aspekte der Prüfung volkswirtschaftlicher Vor- und Nachteile im Rahmen des SIEC-Tests abgewogen werden.¹⁷⁾ Als Randnotiz sei bemerkt, dass Zusammenschlüsse, die effektiven Wettbewerb erheblich behindern, regelmäßig auch arbeitsmarktpolitische Ziele vereiteln.¹⁸⁾ Aber unabhängig davon gibt es kein kartellrechtliches Primat von Arbeitnehmer:inneninteressen gegenüber Verbraucher:inneninteressen.¹⁹⁾ Soweit die Mat auf politische Schlagwörter verweisen, wie „die nachhaltige Verbesserung der Lebensqualität der Bürgerinnen und Bürger durch Beschäftigungssicherung, Einkommenswachstum und faire Einkommensverteilung unter Berücksichtigung angemessener Sozial- und Umweltstandards“²⁰⁾ besteht die Gefahr, dass der Gesetzgeber die Leistungsfähigkeit der Wettbewerbsbehörden und Gerichte im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle mit seinem politischen Gestaltungsauftrag überfrachtet.²¹⁾ Eine politische Rechtfertigung eines Zusammenschlusses nach Vorbild der dt „Ministererlaubnis“²²⁾ ist im KartG gerade nicht vorgesehen. Stattdessen müssen wettbewerbsökonomische Aspekte die „unumstößliche Basis“ für die Beurteilung von Zusammenschlüssen bilden.²³⁾ Der Ausnahmetatbestand des § 12 Abs 2 Z 3 KartG hat bei Zusammenschlüssen, die aufgrund des SIEC-Tests zu untersagen sind, grundsätzlich keinen eigenständigen Anwendungsbereich (zur möglichen Ausnahme aus ökologischen Gründen, s unten Punkt B.4).

Im Übrigen wird auch der bisherige Rechtfertigungstatbestand der Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen (§ 12 Abs 2 Z 1 KartG) bei Zusammenschlüssen, die nach dem SIEC-Test zu untersagen wären, kaum eine Rolle spielen. Auch scheint fraglich, ob nach dem SIEC-Test zu untersagende Zusammenschlüsse, die industriepolitisch gewünscht sind, volkswirtschaftlich gerechtfertigt werden können (§ 12 Abs 2 Z 2 KartG). Beide Fragen bedürfen letztlich aber einer eigenen Untersuchung.

3. Die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bringt grundsätzlich keine volkswirtschaftlichen Vorteile

Zusammenschlüsse, die wegen des Entstehens bzw der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu untersagen wären (s oben Pkt. A.1.a), können kaum gem § 12 Abs 2 Z 3 KartG gerechtfertigt werden, wie der Blick auf die von den ErläutRV betonte „Makroebene“²⁴⁾ zeigt. So haben bspw empirische Studien zur US-amerikanischen Volkswirtschaft belegt, dass mit einer steigenden Konzentration von Wirtschaftssektoren eine Abnahme der Lohnquote, der Investitionsquote, der Anzahl der Unternehmensneugründungen und der Arbeitsmarktdynamik einhergeht. Dabei konnte die mit steigender Konzentration abnehmende Wettbewerbsintensität als kausal für diese gesamtwirtschaftlichen Entwicklungen identifiziert werden. Diese Entwicklung war insb durch einen spürbaren Rückgang des Wettbewerbsvollzugs zu erklären.²⁵⁾ Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass sich die österr oder europäische Marktwirtschaft anders verhalten würde.

14) Kerber/Schwalbe, MüKom WettbR I⁹ (2020) Grdl Rz 133ff.

15) EK, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABI C 2004/31, 3 Rz 8.

16) Siehe auch jüngst zutr krit *Koprivnikar*, Aktuelle Neuerungen im österreichischen Kartell- und Wettbewerbsrecht, WRP 2022, 23 (27) („latenter Widerspruch zur ökonomischen Theorie“).

17) So bereits Stellungnahme der Post-Control-Kommission (PCK), Telekom-Control-Kommission (TKK) und Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH), 23/SN-114/ME 27. GP 2.

18) Stellungnahme der Wettbewerbsökonom*innen, 10/SN-114/ME 27. GP 4 mwN.

19) Vgl KOG 29. 5. 2020, 16 Ok 2/20k: „III.1. Gegenstand der kartellrechtlichen Zusammenschlusskontrolle ist das externe Unternehmenswachstum. Ihre Zielrichtung ist es, wettbewerblich strukturierte Märkte möglichst zu erhalten und zu fördern und zu verhindern, dass eine marktbeherrschende Stellung entstehen oder verstärkt werden kann. Es geht um strukturpolitische Ziele und nicht um den Schutz einzelner Mitbewerber. Die Fusionskontrolle hat damit den Charakter einer ordnungspolitischen Maßnahme, für die ausschließlich gesamtwirtschaftliche Gesichtspunkte maßgeblich sind [...] Die Zielrichtung der Zusammenschlusskontrolle liegt daher darin, präventiv das Interesse der Allgemeinheit an der Aufrechterhaltung einer ‚österreichischen‘ Marktstruktur – mag sich diese auch etwa als Teil eines Weltmarktes präsentieren – zu gewährleisten, die einen funktionierenden Wettbewerb verspricht. Es soll eine entsprechende Anzahl an potentiell miteinander konkurrierenden ‚selbständigen Marktteilnehmern‘ auf diesem Markt und das daraus resultierende Potential zum Wettbewerb erhalten bleiben [...]“ mwN sowie KOG 25. 1. 2021, 16 Ok 5/20a.

20) ErläutRV 951 BlgNR 17. GP 13.

21) Vgl Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht, 19/SN-114/ME, Rz 27: „[...] regt die Studienvereinigung eine vertiefte Diskussion darüber an, ob die Abwägung gegenläufiger öffentlicher Interessen durch das Kartellgericht erfolgen sollte oder ob eine Entscheidung durch politisch verantwortliche Organe (entsprechend zB der Ministererlaubnis nach deutschem oder der intervention notice nach englischem Recht) vorzuziehen wäre“; www.studienvereinigung-kartellrecht.de/sites/default/files/stellungnahmen/bc424dc1684d841caf97b86a81670570/kaweraeg_2021_stellungnahme_studienvereinigung_kartellrecht_200703.pdf.

22) § 42 dt GWB.

23) Vgl Stellungnahme der Bundesarbeiterkammer, 5/SN-114/ME, 4; vgl auch Stellungnahme der Wettbewerbskommission, 27/SN-114/ME 27. GP 2.

24) Vgl oben: „Wachstum, Innovation und Vollbeschäftigung als wesentliche Ziele [...] auf dem Fundament einer stabilitätsorientierten Makropolitik“; ErläutRV 951 BlgNR 27. GP 13.

25) Stellungnahme der Wettbewerbsökonom*innen, 10/SN-114/ME 27. GP 3f mwN; Stellungnahme der BWB, 13/SN-114/ME 27. GP 52 Rz 169 mwN.

„Marktmacht kann nicht volkswirtschaftlich gerechtfertigt werden.“²⁶⁾

Zu differenzieren wäre hingegen in Einzelfällen, wenn durch den Zusammenschluss zwar eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird, die beteiligten Unternehmen aber dennoch nicht ihre Preise erhöhen können, dh, wenn sie durch den Zusammenschluss keine Marktmacht im volkswirtschaftlichen Sinn²⁷⁾ erlangen, zB aufgrund einer Preisregulierung. Ein anderer Anwendungsbereich könnte sich dann ergeben, wenn durch einen Zusammenschluss Marktmacht in manchen Märkten entsteht oder verstärkt wird, die Vorteile des Zusammenschlusses in anderen Märkten diese Nachteile aber bei gesamtwirtschaftlicher Betrachtung – allenfalls unter Auflagen – überwiegen. Solche Fälle konnten aber schon bisher gem § 12 Abs 2 Z 1 KartG („Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen“) gerechtfertigt werden.

4. Volkswirtschaftliche Rechtfertigung durch ökologische Vorteile?

IZm § 12 Abs 2 Z 3 KartG klingen ökologische Erwägungen zwar in den ErläutRV an („Berücksichtigung angemessener [...] Umweltstandards“),²⁸⁾ letztlich bleibt das Verhältnis zur Ökologie-Ausnahme vom Kartellverbot (§ 2 Abs 1 letzter Satz KartG) aber im Gesetz und den Mat offen.

Soweit sich ökologische Vorteile, wie sie § 2 Abs 1 letzter Satz KartG anerkennt, quantifizieren lassen,²⁹⁾ sollte mE auch eine Berücksichtigung im Rahmen des § 12 Abs 2 Z 3 KartG möglich sein, weil das Kartellverbot und die Zusammenschlusskontrolle in unterschiedlicher Form der gleichen Zielrichtung folgen.³⁰⁾ Es kann keinen Unterschied machen, ob Vereinbarungen zwischen Unternehmen³¹⁾ oder ob Zusammen-

schlüsse wesentlich „zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft“ (§ 2 Abs 1 letzter Satz KartG) beitragen.³²⁾ „There is, in principle, no economic basis for excluding green efficiencies from the conventional efficiency defence.“³³⁾

Insb bei Joint Ventures, die Investitionen in neue, umweltfreundliche Technologien bezwecken, könnte eine Berücksichtigung ökologischer Vorteile eine Rolle spielen. Immerhin hat die EK schon bisher bei Joint Ventures bisweilen hohe Marktanteile toleriert.³⁴⁾

Umgekehrt könnten ökologische Vorteile auch bei Zusammenschlüssen berücksichtigt werden, die den Marktaustritt von Unternehmen beschleunigen, deren Produktionsmittel oder Technologien mit künftigen Umwelt- oder Klimazielen nicht vereinbar sind.³⁵⁾

Robertson hat jüngst iZm der Ökologie-Ausnahme auf die Möglichkeit hingewiesen, die BWB um eine informelle Einschätzung zu ersuchen.³⁶⁾ Ob dieses Instrument Anwendung finden kann, um auszuloten, ob bzw wie im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle ökologische Vorteile berücksichtigt werden, wird sich erst weisen.

Die ErläutRV haben eine Präzisierung der Ausnahme durch die BWB in Konsultation mit dem Bundesministerium für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie (BMK) in der Form von Leitlinien angeregt.³⁷⁾ Eine Berücksichtigung der Zusammenschlusskontrolle im Rahmen dieser Leitlinien würde die Anwendung des neuen Rechtfertigungstatbestands in diesem Punkt erleichtern.

C. Was bleibt?

Die bisherigen Rechtfertigungstatbestände des § 12 Abs 2 Z 1 und Z 2 KartG blieben unangetastet. Auflagen im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle erlauben weiterhin, die volkswirtschaftlichen Nachteile von Zusammenschlüssen einzugrenzen und Effizienzen eines Zusammenschlusses zu bergen, der andernfalls zu untersagen wäre. Zeigen sich bereits im Vorfeld eines Zusammenschlusses mögliche wettbewerbliche Bedenken, kann es vorzugswürdig sein, für etwaige Auflagen

26) Stellungnahme der Wettbewerbsökonom*innen, 10/SN-114/ME 27. GP 4.

27) Vgl zB: <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=32566> (Stand 25. 3. 2022).

28) ErläutRV 951 BlgNR 27. GP 13.

29) Vgl aus der Perspektive der Konsumentenwohlfaht zB *Inderst/Thomas*, Integrating Benefits from Sustainability into the Competitive Assessment – How Can We Measure Them? JECL&P 2021, 1; *Inderst/Thomas*, Prospective Welfare Analysis – Extending Willingness-to-Pay Assessment to Embrace Sustainability, JCL&E, nhab021. Der österr Gesetzgeber lässt bei der Ökologie-Ausnahme gem § 2 Abs 1 letzter Satz KartG einen durchaus großzügigen Ansatz erkennen: „Letztlich besteht eine rechtliche Qualifikation regelmäßig in Güterabwägungen, bei denen die Abwägung nicht aufgrund rein quantitativer Aspekte vorgenommen werden kann. Wenn zu erwarten ist, dass die Auswirkungen der Wettbewerbsbeschränkung nur geringfügig nachteilig sind, wohingegen der Beitrag zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft evident positiv ist, wird man etwa von einer konkreten Bezifferung des Umweltvorteils absehen können“; ErläutRV 951 BlgNR 27. GP 10. Vgl zu § 2 Abs 1 letzter Satz KartG auch *Robertson*, Kartellverbot und Nachhaltigkeit 11: „Letzten Endes läuft eine reine Quantifizierung von Umweltvorteilen, Verbraucher:innen-Werten und WTP [Ann: Willingness-to-Pay] jedoch darauf hinaus, zu fragen, wie viel uns der Erhalt unseres Planeten wert ist. Hier mag ein monetärer Preis nicht das richtige Maß der Dinge sein.“

30) Für die Berücksichtigung ökologischer Vorteile nach dem EU-Fusionskontrollrecht bereits *Holmes*, Climate change, sustainability and competition law, Journal of Antitrust Enforcement 2020, 354 (390ff); vgl *OECD*, Environmental Considerations in Competition Enforcement, DAF/COMP(2021)4, S 34ff und *Majcher/Robertson*, Doctrinal Challenges for a Privacy-Friendly and Green EU Competition Law 2021, 7; <https://ssrn.com/abstract=3778107>.

31) Vgl dazu den Entwurf der Kommission für neue Horizontal-Leitlinien, C(2022) 1159 final, Rz 541 ff.

32) Die britische *Competition & Market Authority*, Merger Assessment Guidelines, 2021, CMA129, Rz 8.3 lit b, Rz 8.21 berücksichtigt bspw reduzierte CO₂-Emissionen als Effizienz, die einen Zusammenschluss rechtfertigen kann. S auch *Competition & Market Authority*, Environmental sustainability and the UK competition and consumer regimes: CMA advice to the Government, 14. 3. 2022, www.gov.uk/government/publications/environmental-sustainability-and-the-uk-competition-and-consumer-regimes-cma-advice-to-the-government; einschränkend dagegen für Österreich *Strasser*, Kartellrecht und Green Deal – der österreichische Weg, WuW 2022, 68 (71), wonach Umweltaspekte nur schwer als „volkswirtschaftliche Vorteile“ qualifiziert werden könnten. Jedoch soll bspw berücksichtigt werden können, wenn ein Zusammenschluss geeignet ist, eine Umweltbeeinträchtigung zu vermeiden, wenn dies erhebliche ökonomische Folgen nach sich ziehen würde.

33) *Rosenboom*, The role of sustainability in merger control; www.oxera.com/wp-content/uploads/2021/04/The-role-of-sustainability-in-merger-control-FINAL.pdf (Stand 25. 3. 2022).

34) ZB Kommission, COMP/M.6564 – ARM/GIESECKE & DEVRIENT/GEMALTO/JV, Rz 65 (70–80% Marktanteil).

35) Zum Marktaustritt als Effizienzrechtfertigung in dynamischen Märkten allgemein, s nur *OECD* (2020), *Merger Control in Dynamic Markets*, 28f; www.oecd.org/competition/merger-control-in-dynamic-markets-2020.pdf (Stand 25. 3. 2022).

36) *Robertson*, Sustainability: A World-First Green Exemption in Austrian Competition Law, JECL&P 2022, 1 (8).

37) ErläutRV 951 BlgNR 27. GP 10; s auch § 2 Abs 5 aE WettbG.

strukturelle Optionen oder Verhaltenszusagen vorzubereiten, statt auf eine „volkswirtschaftliche“ Einzelfallgenehmigung zu hoffen.

Die Berücksichtigung von ökologischen Vorteilen kann den neuen Rechtfertigungstatbestand des Überwiegens volkswirtschaftlicher Vorteile mit Leben füllen. Dies ist in der Praxis allerdings noch unerprobt. Sowohl informelle Einschätzungen als auch Leitlinien der BWB können dabei für erhöhte Rechtssicherheit sorgen.

Gem dem SIEC-Test des § 12 Abs 1 Z 1, 2 KartG, wettbewerbswidrige Zusammenschlüsse nicht zu untersagen, weil die „*volkswirtschaftlichen Vorteile die Nachteile des Zusammenschlusses erheblich überwiegen*“, steht in einem konzeptionellen Spannungsverhältnis. Als politischer „Joker“ sollte der neue Rechtfertigungstatbestand in der Praxis jedenfalls keine Anwendung finden. Sonst wäre die Zusammenschlusskontrolle eine policy at odds with itself.

→ In Kürze

Der neue Rechtfertigungstatbestand des Überwiegens volkswirtschaftlicher Vorteile kann grundsätzlich keine Zusammenschlüsse rechtfertigen, die effektiven Wettbewerb erheblich behindern (SIEC-Test). Bei Zusammenschlüssen, die Marktmacht begründen oder verstärken, besteht für den neuen Rechtfertigungstatbestand sachlich kein Bedarf. Eine Berücksichtigung ökologischer Vorteile würde die Neuregelung der Zusammenschlusskontrolle in Einklang mit den Regelungen zur Rechtfertigung von Ausnahmen vom Kartellverbot bringen.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Sebastian Reiter, LL.M., ist Rechtsanwalt im Kartellrechtsteam von bpv Hügel in Wien und Lektor am Institut für Rechtsphilosophie der Universität Wien.
Kontaktadresse: bpv Hügel Rechtsanwälte GmbH, Donau-City-Straße 11, 1220 Wien.
Tel: +43 (0)1-26050-0
E-Mail: sebastian.reiter@bpv-huegel.com

Vom selben Autor erschienen:

Marken, Marktmacht, Missbrauch? Kartellrecht zwischen Individual- und Kollektivnutzungsmarken, JBI 2019, 11.

