



8. Februar 2021

---

## Der *Green Deal* im Spannungsfeld zwischen Kartellverbot und Verbrauchernutzen – Aktuelle Entwicklungen bei der Berücksichtigung von Nachhaltigkeitszielen im Rahmen des Art. 101 Abs. 3 AEUV

*Der nachhaltige Umgang mit endlichen Ressourcen wird für Verbraucher, Wirtschaft und Politik sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene immer wichtiger. Die Bundesregierung hat bereits 2018 die "Agenda 30 für nachhaltige Entwicklung der Vereinten Nationen" zum Leitfaden deutscher Politik erklärt und sich der Erreichung der dort normierten 17 Nachhaltigkeitsziele verpflichtet. Auch die Europäische Kommission stellte Ende 2019 ihren "Green Deal" vor. Dieser enthält einen Fahrplan für eine nachhaltige EU-Wirtschaft und sieht vor, die Treibhausgasemissionen bis zum Jahr 2030 um mindestens 55 Prozent und bis 2050 auf null zu senken. Um diese ambitionierten Klimaziele erreichen zu können, müssen auch Politikbereiche einen Beitrag leisten, die man zumindest prima facie nicht mit diesen in Verbindung bringen würde, wie z.B. die Wettbewerbspolitik. Verschiedene nationale Wettbewerbsbehörden haben in jüngerer Zeit bereits konkrete, teils progressive Vorschläge und Leitlinien zu der Frage erarbeitet, wie Nachhaltigkeitsziele im Kartellrecht zukünftig berücksichtigt werden könnten. Neben der Fusionskontrolle ist hier insbesondere das Kartellverbot als Maßstab für horizontale Kooperationen zur Förderung der Nachhaltigkeit in den Blick zu nehmen. Dabei konzentriert sich dieser Überblick vor allem auf eine mögliche Freistellungsfähigkeit nachhaltigkeitsbezogener Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV.*

### I. WAS BISHER GESCHAH

Nachhaltigkeitsinitiativen sind nicht mehr nur Gegenstand staatlicher, sondern zunehmend auch privater Selbstregulierung in Form horizontaler Kooperationen, die am Kartellverbot zu messen sind. Dabei können die Förderung der Nachhaltigkeit und der Wettbewerbsschutz in einen Zielkonflikt zueinander geraten und die kartellrechtliche Bewertung von Nachhaltigkeitsinitiativen im Rahmen der Selbsteinschätzung von den beteiligten Unternehmen schwierige Abwägungsprozesse verlangen. Vor diesem Hintergrund haben verschiedene Kartellbehörden Leitlinien für ihre Beurteilung entwickelt bzw. befinden sich derzeit in unterschiedlichen Stadien eines solchen Prozesses. Den ersten Leitlinienentwurf zur Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsinitiativen im Kartellrecht legte die niederländische Wettbewerbsbehörde, *Autoriteit Consument & Markt* ("ACM"), am 9. Juli 2020 vor. Ihr Entwurf gibt Unternehmen hilfreiche Auslegungskriterien an die Hand und zeigt im Sinne eines "*More Sustainable Economic Approach*" auf, wie nachhaltiges

Engagement kartellrechtlich gewürdigt werden kann. Kurze Zeit später folgte eine Veröffentlichung der griechischen Wettbewerbsbehörde, *Hellenic Competition Commission* ("HCC"), mit dem Titel "*Competition Law & Sustainability*". Auch der Arbeitskreis Kartellrecht des Bundeskartellamtes entwickelte im Oktober 2020 ein Konzeptpapier zu dem Thema "*Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften – Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis*". Fast zeitgleich initiierte die Europäische Kommission ("Kommission") einen "*Call for Contributions*", in dem sie zur Einreichung von Vorschlägen aufrief, wie die europäische Wettbewerbspolitik den "*Green Deal*" unterstützen kann. Die zahlreichen Beiträge können auf der Website der Kommission eingesehen werden und waren am 4. Februar 2021 Gegenstand einer Konferenz, zu der Margrethe Vestager eingeladen hatte. Am 27. Januar 2021 meldete sich im Zuge des Brexits schließlich auch die britische Wettbewerbsbehörde, *Competition and Markets Authority* ("CMA"), mit einem Papier, das den Titel "*Environmental sustainability agreements and competition law*" trägt.

## **II. NACHHALTIGKEITSINITIATIVEN ALS GEGENSTAND EINER MÖGLICHEN FREISTELLUNG NACH ART. 101 ABS. 3 AEUV**

Sofern eine Vereinbarung zur Verbesserung im Bereich der Nachhaltigkeit in den Anwendungsbereich des Kartellverbots gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV fällt, weil sie eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung darstellt und auch nicht als notwendige Nebenabrede im Sinne der "*Ancillary Restraints*"-Doktrin qualifiziert werden kann, stellt sich unmittelbar die Frage nach einer möglichen Freistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV. Eine Freistellung vom Kartellverbot ist jedoch nur möglich, wenn die in Art. 101 Abs. 3 AEUV genannten vier Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind (Effizienzgenerierung, Verbrauchernutzen, kein Ausschluss des Wettbewerbs, keine weniger wettbewerbsbeschränkende Maßnahme gegeben). In Bezug auf Nachhaltigkeitsinitiativen sind insbesondere die ersten beiden Voraussetzungen relevant, namentlich ob die betreffende Nachhaltigkeitsvereinbarung zu (1.) Effizienzgewinnen führen und (2.) eine angemessene Beteiligung der Verbraucher an diesen gewährleistet ist.

### **1. Nachhaltigkeitsverbesserungen als Effizienzgewinne**

Gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV muss das mit der Vereinbarung verfolgte Ziel zur "Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung" bzw. zur "Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts" beitragen.

Die angestrebten Nachhaltigkeitsziele können kartellrechtlich aber grundsätzlich nur berücksichtigt werden, wenn es sich bei ihnen um nachweisbare und objektive Vorteile handelt, die auf der Grundlage der Vereinbarung auch prognostiziert werden können. Zudem hat die Kommission über viele Jahre einen stark an der Verbraucherwohlfahrt ("*Consumer welfare*") orientierten Ansatz verfolgt, bei dem insbesondere Preissenkungen und eingeschränkt eine Erweiterung der Produktauswahl bzw. eine Qualitätsverbesserung der Produkte auf dem von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Markt in die Abwägung einbezogen wurden. Dies bietet zwar einen guten Ansatzpunkt, um solche Verbesserungen im Bereich der Nachhaltigkeit, die unmittelbar auch zu einer Qualitätssteigerung der Produkte oder zur Einführung neuer Produkte führen, berücksichtigen zu können. Gerade im Kontext von Nachhaltigkeitsinitiativen sind jedoch Konstellationen denkbar, in denen nicht nur keine (kurzfristigen) Vorteile für die Verbraucher

auf dem betroffenen Markt eintreten, sondern sogar Nachteile in Form höherer Preise oder einer verringerten Produktauswahl. Hier stellt sich unmittelbar die Frage, wie umfangreich die Verbesserung im Bereich der Nachhaltigkeit sein muss, um einen höheren Preis zu rechtfertigen. Kritiker warnen in diesem Zusammenhang auch vor einem "Greenwashing" von Kartellen im Sinne eines maximalen Preisanstiegs für ein Minimum an Nachhaltigkeit.

Unabhängig von der konkreten Definition der wohlfahrtssteigernden Effekte, stellt die Quantifizierung von Nachhaltigkeitsvorteilen die kartellrechtliche Praxis vor große Herausforderungen. So entziehen sich einige Nachhaltigkeitsaspekte bereits *per se* sowohl aus ethischen als auch aus verfassungsrechtlichen Gründen einer solchen ökonomischen Bewertung. Darüber hinaus ist die Quantifizierung von Gemeinwohlaspekten generell mit erheblichen Unsicherheiten verbunden, weil die hierfür zur Verfügung stehenden ökonomischen Bewertungssysteme sich häufig noch in der Entwicklung befinden oder zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Nicht selten wird die entsprechende Quantifizierung daher auch ein wertendes Element beinhalten, das eine politische Entscheidung erfordert. In seinem Konzeptpapier hat sich das Bundeskartellamt skeptisch gezeigt, ob Wettbewerbsbehörden solche Entscheidungen treffen können und sollten.

## **2. Angemessene Verbraucherbeteiligung**

Die zweite Bedingung für eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV erfordert, dass die Verbraucher angemessen an den entstehenden Effizienzgewinnen beteiligt werden. Die Kommission versteht das Kriterium der angemessenen Verbraucherbeteiligung grundsätzlich eng und verlangt auch hier eine konkrete ökonomische Betrachtung. Demnach muss die Nettowirkung der Vereinbarung aus Sicht der betroffenen Verbraucher mindestens neutral sein. Bezugspunkt für die eintretenden Effizienzgewinne können dabei grundsätzlich nur die Verbraucher auf dem von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Markt sein. Treten dort negative Effekte ein, können diese nicht durch positive Auswirkungen auf anderen Märkten ausgeglichen werden. Genau diese Konstellation ist bei Nachhaltigkeitsinitiativen aber häufig gegeben. Verbieten Unternehmen beispielsweise durch eine Kooperationsform privater Selbstregulierung umweltschädliche Herstellungsmethoden in Entwicklungsländern, treten die positiven Effekte in diesen Ländern ein, während es in den Verkaufsländern zu negativen Effekten für die Verbraucher (z.B. Erhöhung der Produktpreise) kommt.

Oft werden die Vorteile auch nicht unmittelbar eintreten, sondern sich ggf. erst nach einer gewissen und u.U. langen Zeitspanne positiv auswirken. Auch hier stellt sich die Frage, ob die aktuellen Verbraucher belastet werden können, um zukünftigen Verbrauchern einen Effizienzvorteil zu verschaffen.

## **III. FAZIT UND AUSBLICK**

Die zahlreichen Entwürfe nationaler Wettbewerbsbehörden verdeutlichen, dass die Thematik des nachhaltigen Umgangs mit den uns zur Verfügung stehenden endlichen Ressourcen in das Zentrum der wettbewerbspolitischen Debatte gerückt ist. Dabei ist zu beobachten, dass immer mehr Wettbewerbsbehörden die mit dem Klimawandel und anderen Umweltphänomenen einhergehenden gesellschaftlichen Herausforderungen wahrnehmen und beginnen,

Umweltschutzbefürworter stärker in ihre Kartellrechtspraxis einzubinden. Dabei versuchen sie auch zunehmend, dem in der Wirtschaft wachsenden Bedürfnis von Unternehmen nach Rechtssicherheit in Bezug auf nachhaltigkeitsfördernde Kooperationen gerecht zu werden. Vor diesem Hintergrund ist das wachsende wettbewerbliche Interesse an Nachhaltigkeitsthemen zu begrüßen.

Bisher hat das Bundeskartellamt Nachhaltigkeitsinitiativen, wie beispielsweise die Initiative Tierwohl ("ITW") oder das Fairtrade-System, im Rahmen des behördlichen Aufgreifermessens Rechnung getragen und damit primär auf eine individuelle "Guidance" gesetzt. In seinem Konzeptpapier aus Oktober 2020 analysierte das Bundeskartellamt erstmals die Herausforderungen zur Beurteilung von Nachhaltigkeitsinitiativen im Kontext des Wettbewerbsrechts, stimmte aber im Hinblick auf eine extensive Interpretation einer Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV eher kritische Töne an. Im Sinne der Rechtssicherheit für die beteiligten Unternehmen wäre es daher erstrebenswert, wenn Nachhaltigkeitsinitiativen zukünftig nicht nur im Rahmen des Aufgreifermessens berücksichtigt würden, sondern das Bundeskartellamt klare Leitlinien zu ihrer Bewertung herausgeben würde. Solange dies nicht erfolgt ist, sollten Unternehmen im Blick behalten, dass auch Nachhaltigkeitsinitiativen, die auf den ersten Blick einen legitimen Zweck verfolgen, den Grenzen des Kartellverbots unterliegen, wenn sie in Form horizontaler Kooperationen zwischen Wettbewerbern erfolgen. Dies gilt insbesondere auch für einen möglichen Austausch wettbewerbsrelevanter Informationen anlässlich der Zusammenarbeit. Eine entsprechende Prüfung und ggf. Abstimmung der Kooperation mit dem Bundeskartellamt sind zur Vermeidung kartellrechtlicher Risiken unerlässlich, solange es keine konkreteren Leitlinien in diesem Bereich gibt. Dies gilt umso mehr, als die Herangehensweisen der verschiedenen nationalen Wettbewerbsbehörden, die sich bislang mit dem Thema befasst haben, durchaus divergieren, was gerade für internationale Kooperationen die Beurteilung noch einmal komplexer macht.

Auf Ebene der Europäischen Kommission steht als nächster Schritt die Auswertung der mehr als 200 Eingaben auf den "Call for Contributions" aus Oktober 2020 an, den die Kommission in Form eines Abschlussberichts für den Sommer 2021 angekündigt hat. Auch bieten die laufenden Reformvorhaben im Bereich der Gruppenfreistellungsverordnung für Vertikalvereinbarungen und der Horizontalleitlinien einen guten Aufsatzpunkt für Konkretisierungen in der Rechtsanwendung. Es ist also lohnenswert, die weitere Entwicklung genau zu verfolgen und die kartellrechtlichen Spielräume für Kooperationen im Bereich der Nachhaltigkeit entsprechend auszutariieren.

## Kontakt

---



### DR. SILKE MÖLLER

Partner

Telefon: +49 211 20052-130

E-Mail: [s.moeller@glademichelwirtz.com](mailto:s.moeller@glademichelwirtz.com)