Heinrich Heine
Universität
Düsseldorf

HHU-Zukunftsgruppe Competition & Sustainability

Wettbewerb und Nachhaltigkeit in Deutschland und der EU

Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz

Autorinnen und Autoren:

Justus Haucap, Rupprecht Podszun, Rüdiger Hahn, Charlotte Kreuter-Kirchhof, Tristan Rohner, Anja Rösner, Philipp Offergeld, Alexandra May.

Diese Studie wurde im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) erstellt. Die Autorinnen und Autoren gehören der Zukunftsgruppe Competition & Sustainability der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf an, einer interdisziplinären Forschungsgruppe. Das BMWK wird durch diese Studie in keiner Weise gebunden.

Projektleitung:

- Prof. Dr. Justus Haucap
  Direktor des Düsseldorf Institute for Competition Economics
- Prof. Dr. Rupprecht Podszun
  Direktor des Instituts für Kartellrecht
- Prof. Dr. Rüdiger Hahn
  Inhaber des Henkel-Stiftungslehrstuhls für Sustainability Management
- Prof. Dr. Charlotte Kreuter-Kirchhof
  Direktorin des Düsseldorfer Instituts für Energierecht

Düsseldorf, im März 2023

Kontakt: compsus@hhu.de

Inhaltsverzeichnis

Wesentliche Ergebnisse 1

Executive Summary 5

Teil 1: Grundlagen 8

A. Nachhaltigkeit und Kartellrecht 9

I. Das Spannungsfeld von Nachhaltigkeit und Wettbewerb 10

II. Forschungsfragen und Gang der Darstellung 14

III. Relevanz und Einordnung 15

IV. Stand der Praxis 16

V. Stand der Forschung 19

B. Ökonomische Rechtfertigung einer Weiterentwicklung des Kartellrechts 22

I. Kartellrecht als Hindernis für nachhaltige Verhaltensweisen 22

1. Wettbewerb, Konsum und Ressourcenverbrauch 22

2. Wettbewerb, Gemeinwohl und Nachhaltigkeit 24

3. Unilaterale Verhaltensweisen 26

4. Kooperationen 26

a) Übertreffen gesetzlicher Vorgaben 28

b) Erreichen einer kritischen Masse von Abnehmern 28

c) Änderung von Präferenzen 30

5. Selbstregulierung 30

II. Kartellrecht zur Förderung der Nachhaltigkeitsziele 31

1. Nachhaltigkeit als Wettbewerbsparameter 32

2. Kartellrecht und Innovationsförderung 33

3. Gleichlauf von Nachhaltigkeits- und Wettbewerbsschädigung 35

III. Bewertungskriterien für Handlungsoptionen 36

C. Grundmuster der kartellrechtlichen Reformoptionen 40

I. Nachhaltigkeitssensible Kartellrechtsanwendung (Sustainability Awareness) 40
II. Kartellrechtliche Erweiterungen (Sustainability Boost) 42
III. Wettbewerb als nachhaltiger Wettbewerb (Sustainable Competition) 42
IV. Berücksichtigung außerwettbewerblicher Interessen (Levelling Approach) 46
V. Einordnung in aktuelle wettbewerbspolitische Diskussionen 47

Teil 2: Optionen 50

A. Anwendungsbereich des Kartellrechts 51

I. Bestehende Bereichsausnahmen mit Nachhaltigkeitsbezug 51
1. Sonderregelung in Art. 210a GMO 51
2. Nationale Ausnahmen 54

II. Option AW 1: Schaffung von Ausnahmebereichen 55
1. Anknüpfungspunkte 55
2. Konturierung der Bereichsausnahme 56
3. Vor- und Nachteile einer Bereichsausnahme 56

B. Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen 59

I. Verstärkte Erfassung von nachhaltigkeitsschädlichen Wettbewerbsbeschränkungen 59
1. Fallbeispiel: PKW-Emissionen 59
2. Innovationsbeschränkungen 60
3. Weitere Wettbewerbsbeschränkungen 61
4. Option WB 1: Absprachen über nachhaltigkeitsrelevante Wettbewerbsparameter 62
5. Option WB 2: Spürbarkeit der Beschränkung des nachhaltigen Wettbewerbs 64

II. Umgang mit Standards und Normen 65
1. Status quo für Normierungsvereinbarungen 65
2. Option WB 3: Erweiterte Ausnahme für Nachhaltigkeitsstandards 67

III. Tatbestandsimmanente Ausnahmen für nachhaltigkeitsfördernde Vereinbarungen 68
1. Kartellrecht als Hindernis für Nachhaltigkeitsinitiativen 68
2. Umsetzung in Tatbestandsrestriktion 70
a) Tatbestandsrestriktionen aus wettbewerbsimmanenten Gründen 71
aa) Grundlagen 71
bb) Leitlinienentwurf der Kommission 72
cc) Option WB 4: Tatbestandsrestriktionen aus wettbewerbsimmanenten Gründen 73
(1) Ancillary Restraints 73

(2) Markterschließung ... 74
b) Tatbestandsrestriktionen zugunsten anderer legitimer Ziele ... 75
aa) Grundlagen ... 75
bb) Ansatzpunkt in der Rechtsprechung: Albany und Wouters ... 76
(1) EuGH-Rechtsprechung: Wouters ... 77
(2) EuGH-Rechtsprechung: Albany ... 78
(3) Sonderkonstellation oder verallgemeinerungsfähig? ... 79
(a) Weite Auffassung: Tatbestandsrestriktion zugunsten eines legitimen Ziels ... 79
(b) Engere Auffassung: Sonderkonstellationen ... 81
(c) Zusammenfassung ... 83
cc) Leitlinienentwurf der Kommission ... 83
dd) Option WB 5: Tatbestandsausnahmen zugunsten eines legitimen Ziels ... 84
(1) Albany nicht übertragbar ... 84
(2) Die Wouters Rechtsprechung als Lösungsansatz ... 85
(a) Konzept ... 85
(b) Vorschlag von Inderst/Thomas ... 87
(c) Vorzüge dieser Tatbestandslösung ... 90
(d) Verfahrensrechtliche Dimension ... 91
(e) Illustration ... 92

C. Freistellung ... 93

I. Effizienzvorteile und angemessene Verbraucherbeteiligung ... 93
1. Grundlagen ... 93
2. Entscheidungen ... 94
a) CECED ... 94
b) DSD ... 95
c) Philips/Osram ... 96
d) SER Energieakkord ... 97
e) Chicken of Tomorrow ... 98
f) Weitere Entscheidungen ... 99
3. Zwischenfazit ... 102
4. Aktuelle rechtspolitische Entwicklungen ... 103
a) Leitlinienentwurf der Kommission ... 103
aa) Effizienzvorteile ... 103
bb) Angemessene Verbraucherbeteiligung ... 104
(1) Keine echten out-of-market-efficiencies ... 104
(2) Individuelle nutzungsabhängige und nutzungsunabhängige Vorteile ... 105
cc) Unerlässlichkeit ... 107
dd) Keine Ausschaltung des Wettbewerbs ... 108

b) Draft Sustainability Guidelines der niederländischen ACM ... 108
aa) Besondere Behandlung von Umweltschutzvereinbarungen ... 109
bb) Verzicht auf Quantifizierung ... 110
c) Die gesetzliche Freistellung im österreichischen Recht ... 111
d) Zwischenfazit ... 112

II. Optionen ... 113
1. Option FS 1: (Modifizierte) Willingness to Pay-Analyse ... 113
2. Option FS 2: Anerkennung von gesamtgesellschaftlichen Vorteilen ... 115
a) Konzept ... 116
b) Pro und Contra ... 117
c) Vereinbarkeit mit Art. 101 AEUV ... 118
d) Anwendbarkeit auf unterschiedliche Nachhaltigkeitsthemen ... 121
3. Option FS 3: Normative Abwägung ... 121
a) Verfahrensrechtliche Ausgestaltung ... 122
b) Vereinbarkeit mit Art. 101 AEUV ... 123
c) Rechtspolitische Erwägung ... 124
4. Option FS 4: Einzelfreistellung von Modellkooperationen ... 125
5. Option FS 5: Gesetzliche Ausnahme ... 126
a) Inhaltliche Ausgestaltung ... 126
b) Umsetzbarkeit ... 127
c) KMU-Freistellung ... 127
6. Option FS 6: Nachhaltigkeits-GVO ... 128

D. Missbrauchsverbot ... 131

I. Marktbeherrschung ... 131
1. Rechtslage ... 131
2. Option MB 1: Erfassung gewandelter Präferenzen bei der Marktabgrenzung ... 132
3. Option MB 2: Neue Marktmachtfaktoren ... 133
a) Möglichkeit zur Externalisierung ... 133
b) Fehlende Nachhaltigkeit als Indikator für Marktmacht? ... 135

II. Interessensabwägung und Rechtfertigung ... 136
1. Rechtslage ... 136
2. Option MB 3: Nachhaltigkeit als Faktor für Abwägung und Rechtfertigung ... 137

III. Missbrauch durch Rechtsbruch ... 139
1. Rechtslage im UWG ... 139
2. Rechtslage im Kartellrecht ... 141
3. Option MB 4: Rechtsbruch und Nachhaltigkeitsziele ... 144

IV. Ausbeutungsmissbrauch ... 146
1. Rechtslage ... 146
2. Option MB 5: Nicht-nachhaltiges Verhaltens als Ausbeutung ... 146
3. Option MB 6: Ausbeutung von öffentlichen Gütern ... 148
V. Behinderungsmissbrauch ... 150
1. Rechtslage ... 150
2. Option MB 7: Behinderung durch Nachhaltigkeitsverstöße ... 151
a) Behinderung durch Nachhaltigkeitsschädigung ... 151
b) Nachhaltigkeitsbezüge in bestehenden Fallgruppen ... 152
VI. Verpflichtungszusagen ... 153
VII. Zusammenfassung ... 155
E. Fusionskontrolle ... 157
I. Vorüberlegungen ... 157
II. Aufgreifkriterien ... 159
1. Rechtslage ... 159
2. Option FK 1: Nachhaltigkeitsrelevante Zusammenschlüsse ... 160
III. Eingreifkriterien ... 161
1. Rechtslage ... 161
a) Keine Berücksichtigung außerwettbewerblicher Interessen ... 161
b) Kein Ausgleich mit anderen Unionszielen ... 162
c) Entscheidungen ... 163
2. Option FK 2: Berücksichtigung im SIEC-Test ... 165
a) Consumer welfare-Test ... 165
b) Erweiterte Interpretation des SIEC-Tests ... 166
c) Gesetzgeberische Weiterentwicklung des Eingriffstatbestands ... 167
3. Option FK 3: Berücksichtigung außerwettbewerblicher Ziele ... 168
IV. Effizienzeinrede ... 170
1. Rechtslage ... 170
2. Option FK 4: Erweiterte Anerkennung von Effizienzen ... 170
V. Abhilfemaßnahmen ... 171
1. Grundlagen ... 171
2. Entscheidungen ... 172
3. Option FK 5: Stärkung nachhaltiger Abhilfemaßnahmen ... 172
VI. Ministererlaubnis ... 174
1. Entscheidung ... 174

2. Exkurs: Industriepolitische Debatte ... 176
3. Option FK 6: Korrektur der Fusionskontrollentscheidung ... 176

VII. Zusammenfassung ... 177

F. Verfahren und Sanktionen ... 179

I. Aufgreifermessen ... 179
1. Grundlagen ... 179
a) Fairtrade ... 180
b) Initiative Tierwohl ... 180
c) Living Wages im Bananensektor ... 181
2. Nachhaltigkeitsbezug ... 182
3. Option VS 1: Nachhaltigkeitsorientierte Ausübung des Aufgreifermessens ... 182

II. Kartellbehördliche Begleitung von Nachhaltigkeitsinitiativen ... 183
1. Rechtslage ... 183
2. Option VS 2: Anspruch auf sog. Vorsitzendenschreiben ... 184
3. Option VS 3: Sustainability Sandbox ... 186

III. Sektoruntersuchung ... 187
1. Rechtslage ... 187
2. Option VS 4: Sektoruntersuchungen zu Nachhaltigkeit und Wettbewerb ... 188

IV. Drittbeteiligung und Behördenkooperation ... 188
1. Rechtslage ... 189
2. Option VS 5: Stärkung von Rechten Dritter ... 189
3. Option VS 6: Kooperation mit anderen Behörden ... 189

V. Transparenz als Nebenzweck ... 190
1. Rechtslage ... 190
2. Option VS 7: Nachhaltigkeits-Assessment, Klima-Check und ex post-Evaluation ... 190

VI. Sanktionsrecht ... 192
1. Option VS 8: Nachhaltigkeitswirkungen in der Bußgeldbemessung ... 192
2. Option VS 9: Erhöhung oder Begrenzung des Schadensersatzrisikos ... 193

G. Abschließende Bemerkungen ... 194

I. Grundannahmen des Forschungsgutachtens ... 194

II. Operationalisierung des Nachhaltigkeitsbegriffs ... 195

III. Wettbewerbliche Bewertung hoheitlicher Steuerungsmaßnahmen ... 197

IV. Offenheit des geltenden Kartellrechts ... 199

V. Verantwortungsvolle Handlungsoptionen ... 202

Teil 3: Problemkreise ... 205

A. Definition von Nachhaltigkeitszielen ... 206

I. Grundlegendes Begriffsverständnis ... 206
1. Die WCED-Definition ... 206
2. Schwaches, starkes und kritisches Verständnis ... 207
3. Weitere Ansätze ... 208

II. Der Begriff nachhaltiger Entwicklung im Recht ... 209
1. Völkerrecht ... 209
2. Europarecht ... 211
3. Deutsches Recht ... 213

III. Multi-Stakeholder-Ansatz der Weltentwicklungsziele ... 215

IV. Beispielthemen ... 216
1. Thema 1: CO_2-Reduktion ... 216
2. Thema 2: Faire Entlohnung in der Bananen-Produktion ... 217
3. Thema 3: Tierwohl ... 218

B. Hoheitliche Eingriffe in Märkte ... 220

I. Marktversagen als Eingriffsgrund ... 220
1. Definition von Marktversagen ... 220
2. Die einzelnen Marktversagenstatbestände ... 221
3. Marktversagen und Nachhaltigkeitsziele ... 224

II. Gesellschaftliche Zielsetzungen als Markteingriffsgrund ... 225

III. Hoheitliche Eingriffsmöglichkeiten ... 227
1. Ordnungsrechtliche Markteingriffe ... 229
2. Preisliche Markteingriffe ... 231
3. Markteingriffe bei Nachhaltigkeitszielen ... 233
a) Spannungsverhältnis zum Wettbewerbsrecht ... 234
b) Tinbergen-Regel ... 234
c) Regulierungsversagen ... 235

IV. Methoden zur Bewertung unter Verwendung fallspezifischer Daten ... 239
1. Offenbarte Präferenzen – Methoden basierend auf Marktentscheidungen ... 240
a) Reisekostenmethode (Travel Cost Method) ... 242

b) Hedonische Preismethode (Hedonic Price Method) ... 242
c) Vermeidungsverhalten, Defensivausgaben und Krankheitskosten ... 243
d) Dosis-Wirkungs-Methode (Dose-Response) ... 244
2. Geäußerte Präferenzen – Methoden basierend auf hypothetischen Entscheidungen ... 244
a) Kontingente Bewertung (Contingent Valuation Method) ... 245
b) Diskrete Auswahlexperimente (Discrete Choice Experiments) ... 247
c) Andere Methoden zur Modellierung von Wahlmöglichkeiten ... 248
d) Vor- und Nachteile der Wahlmodellierung bei geäußerten Präferenzen ... 248
e) Subjektive Bewertung des Wohlbefindens (Subjective Well-Being Valuation) ... 249
3. Weitere Messansätze in der Praxis ... 250
V. Weitere Aspekte der Methodenwahl ... 251
1. Bewertung durch politische Zielsetzung ... 251
2. Zeit-Präferenzen ... 253
3. Verteilungsaspekte ... 253
VI. Beispiele zur Messbarkeit von Nachhaltigkeitserfolgen ... 254
1. CO_2-Reduktion als Beispiel ökologischer Nachhaltigkeitsbewertung ... 255
2. Faire Entlohnung als Beispiel sozialer Nachhaltigkeitsbewertung ... 257
3. Tierwohl als Beispiel weiterer nachhaltigkeitsbezogener Aspekte ... 259
C. Das Legitimationsproblem und dessen Auflösung ... 260
I. Entscheidungen der Unternehmen ... 260
II. Entscheidungen der Kartellbehörden ... 261
III. Internationale Dimension ... 263
D. Die Gefahr des Greenwashings ... 264
I. Definition von Greenwashing ... 264
II. Greenwashing im Lauterkeitsrecht ... 265
III. Greenwashing im Kartellrecht ... 266
1. Risikoanalyse ... 267
2. Verhindern von Greenwashing im Kartellrecht ... 269
3. Greenwashing-Test im Rahmen der Freistellung ... 270
Annex: Kurzdarstellung aller Optionen ... 272

Wesentliche Ergebnisse

1. Der Studie wird das Verständnis von Nachhaltigkeit zugrunde gelegt, das in den Sustainable Development Goals (SDG) der Vereinten Nationen und den dazugehörigen Indikatoren zum Ausdruck kommt.
   - Dieser Nachhaltigkeitsbegriff ist weit und umfassend. Aufgrund der Heterogenität der Inhalte kann Nachhaltigkeit über die SDG hinaus nicht operationalisiert werden.
   - Rechtlich sind die Prinzipien der Nachhaltigkeit sowohl auf internationaler Ebene als auch im EU-Recht und im nationalen Recht verankert. Auffällig ist die Fokussierung auf ökologische Nachhaltigkeitsziele.
   - Unternehmen sind Akteure der Nachhaltigkeit; ihre Aktivitäten sind von grundlegender Bedeutung für eine nachhaltige Entwicklung; sie können an den SDG gemessen werden.

2. Es besteht aus ökonomischer Sicht prinzipiell kein Spannungsverhältnis zwischen Wettbewerb und Nachhaltigkeit. Nachhaltigkeitsdefizite können mit fehlendem Wettbewerb und anderen Marktversagenstatbeständen einhergehen und durch solches Marktversagen verschärft werden.
   - Wettbewerb schützt die Marktgegenseite. Damit ist Wettbewerb selbst ein Faktor der Nachhaltigkeit, da Vertrauen in Märkten entsteht und ein sozialer Ausgleich stattfindet.
   - Zur Vermeidung des (ökonomischen) Marktversagens oder zur Realisierung von gesellschaftlichen oder verteilungspolitischen Zielen stehen verschiedene Instrumente zur Verfügung, die intendieren, den Wettbewerb zu erhalten und keine Wettbewerbsverzerrungen zu bewirken.
   - Der Grund für den Eingriff ist maßgeblich für die Wahl des Instruments. Für jedes Ziel sollte aus ökonomisch-theoretischer Perspektive ein eigenes Instrument eingesetzt werden.

3. Unternehmen beeinflussen die Erreichung der Nachhaltigkeitsziele.
   - Wenn marktmächtige Unternehmen unilateral handeln, bedeutet ihre Marktmacht, dass sie einen hohen Einfluss auf die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen haben können. Zugleich besteht die Gefahr wettbewerblicher Schäden.
   - Kooperationen und Zusammenschlüsse von Unternehmen können in Einzelfällen ein wirksames Instrument zur Erreichung von Nachhaltigkeitszielen sein, wenn hoheitliche Markteingriffe nicht ausreichen (etwa wegen "Politikversagens") oder wenn Unternehmen Größen- und Verbundvorteile benötigen und zugleich erhebliche irreversible Investitionen erforderlich sind, um Nachhaltigkeitsziele realisieren zu können.

- Die Selbstregulierung von Unternehmen kann einen Beitrag zur Erreichung von Nachhaltigkeitszielen leisten, birgt aber auch wettbewerbliche Risiken.

4. In der Ökonomie wird versucht, Nachhaltigkeitsinitiativen von Unternehmen zu bewerten und ggf. zu quantifizieren. Die Messung stößt auf nicht-triviale Schwierigkeiten, wird aber durchaus angewendet.
   - Die wichtigsten ökonomischen Methoden arbeiten mit offenbarten Präferenzen und folgern aus Marktaktivitäten oder erfassen geäußerte Präferenzen (z.B. durch Umfragen).
   - Bei der Wahl der Methoden und Parameter ist große Vorsicht anzuwenden, um die Ergebnisse nicht von vornherein zu verzerren.
   - Anhand der Beispiele CO_2-Ausstoß, faire Entlohnung und Tierwohl lässt sich aufzeigen, dass eine Messung grundsätzlich denkbar ist, wenngleich diese Messung mit Schwächen behaftet sein wird.

5. Das Kartellrecht kann mit Blick auf Nachhaltigkeitsziele weiterentwickelt werden. Allerdings müssen entsprechende Vorschläge ökonomisch zu rechtfertigen sein, indem sie einen Wettbewerbsbezug aufweisen oder explizit außerwettbewerbliche Interessen anerkennen.
   - Die Optionen zur Weiterentwicklung des Kartellrechts folgen vier Grundmustern:
     → Gewährleistung einer nachhaltigkeitssensiblen Kartellrechtsanwendung, die weiterhin ausschließlich der Wettbewerbslogik folgt (*Sustainability Awareness*)
     → Erweiterung des Kartellrechts um gesetzgeberische Klarstellungen, damit Nachhaltigkeitsziele, die vollständig im Einklang mit dem Wettbewerbsgedanken stehen, durch Kartellrecht besser gefördert werden können (*Sustainability Boost*)
     → Ausrichtung des Kartellrechts auf den Schutz des ökologisch und sozial nachhaltigen Leistungswettbewerbs, sodass nachhaltiges Wirtschaften zum inhärenten Teil der Kartellrechtsanwendung wird (*Sustainable Competition*)
     → Berücksichtigung außerwettbewerblicher Interessen im Kartellrecht durch Schaffung von Ausnahmebereichen oder durch die Integration in die Kartellrechtsanwendung als explizit außerwettbewerblich (*Levelling Approach*)

     Die Vorschläge knüpfen an die aktuelle wettbewerbspolitische Diskussion zwischen Post-Chicago-School, Progressive Antitrust und Neo-Brandeis School um die Grenzen des Kartellrechts an.
   - Bei der weiteren Öffnung des Kartellrechts für Nachhaltigkeitsbezüge ist das Risiko von Greenwashing mitzudenken.

- Je weitergehend Nachhaltigkeitserwägungen in der Kartellrechtsanwendung berücksichtigt werden sollen, desto stärker ergeben sich Kompetenz- und Legitimationsprobleme. Weder Unternehmen noch Kartellbehörden und -gerichte können Gemeinwohlerwägungen umfassend anstellen.

6. Das Kartellrecht kann in allen Bereichen stärker als bislang auf Nachhaltigkeitsziele ausgerichtet werden. In dieser Studie werden zahlreiche Teilaspekte des Kartellrechts beleuchtet und in bislang nicht vorhandener Breite Optionen zur Weiterentwicklung dargestellt. Die Autorinnen und Autoren geben gemäß dem Gutachtenauftrag keine Empfehlung ab, welche Optionen umgesetzt werden sollten. Folgende allgemeine Erkenntnisse lassen sich festhalten:
   - Die Kartellrechtsanwendung fördert schon jetzt vielfach die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen.
   - Die Schaffung neuer, allgemeiner Ausnahmen vom Kartellrecht, z.B. für bestimmte Sektoren, begegnet vielfach Bedenken.
   - Die Verfolgung von Nachhaltigkeitszielen führt im Rahmen des Kartellverbots nicht schon zu einer Reduktion des Tatbestands.
   - Wird der Schutz des Wettbewerbs zunehmend als Schutz des *nachhaltigen* Wettbewerbs interpretiert, lassen sich bei klassischen Tatbestandsmerkmalen auch nachhaltigkeitsbezogene Aspekte in die Prüfung integrieren. Beispielhaft steht für diese Tendenz der Fall *PKW-Emissionen*.
   - Im Rahmen der Freistellung vom Kartellverbot ist die Praxis bei Nachhaltigkeitskooperationen in den vergangenen zwanzig Jahren restriktiver geworden. Die Leitlinien der Europäischen Kommission leiten nach dem derzeitigen Stand des Entwurfs keine Trendwende ein. Der Effizienzbegriff ist weiter zu interpretieren als von der Kommission vorgesehen. Effizienzen, die "out-of-market", also bei anderen als den von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Verbraucher*innen, realisiert werden, sind - entgegen der Ansicht der Kommission - berücksichtigungsfähig.
   - Im Missbrauchsverbot und in der Fusionskontrolle ist die kartellrechtliche Praxis bislang kaum für das Zusammenspiel von Wettbewerb und Nachhaltigkeit sensibilisiert. Im Missbrauchsrecht ist eine Berücksichtigung von Nachhaltigkeitswirkungen auf Ebene der Billigkeitsabwägung/Rechtfertigung in einigen Fällen erforderlich. In Anlehnung an die *Facebook*-Entscheidung ist unter bestimmten Umständen ein nichtnachhaltiges Verhalten als Marktmachtmissbrauch zu sehen. In der Fusionskontrolle ist eine nachhaltigkeitsorientierte Auslegung des SIEC-Kriteriums bislang nicht erfolgt. Einen Sonderfall im deutschen Recht stellt die Ministererlaubnis dar, die weitgehend die Berücksichtigung außerwettbewerblicher Ziele ermöglicht.

- Die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitserwägungen auf Rechtsfolgenseite (z.B. bei Abhilfemaßnahmen oder bei der Höhe der Geldbuße) ist möglich.
- Verfahrensrechtliche Lösungen können – ohne Änderung des wettbewerblichen Prüfungsmaßstabs – dazu führen, dass "sustainable competition" gestärkt wird. Zu nennen sind die stärkere Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten im Rahmen des Aufgreifermessens, die Stärkung der informellen Guidance ("Vorsitzendenschreiben"), die Stärkung der Rechte Dritter, sog. Sustainability Sandboxes und Kooperationen der Kartellbehörden mit anderen Behörden.

Executive Summary

1. The study is based on the understanding of sustainability expressed in the Sustainable Development Goals (SDG) of the United Nations and the associated indicators.
   - This concept of sustainability is broad and comprehensive. Due to the heterogeneity of the contents, sustainability cannot be operationalised beyond the SDGs.
   - Legally, the principles of sustainability are entrenched in international law as well as in EU and national law. The focus on environmental sustainability goals is striking.
   - Companies are actors of sustainability; their activities are of fundamental importance for sustainable development; they can be measured against the SDGs.

2. From an economic perspective, there is in principle no tension between competition and sustainability. Sustainability deficits can go hand in hand with a lack of competition and other market failures and can be exacerbated by such market failures.
   - Competition protects the market counterpart. Thus, competition itself is a factor of sustainability, as trust is created in markets and a social balance is maintained.
   - In order to avoid (economic) market failure or to realise social goals or distributive justice, various instruments are available that are intended to maintain competition and not to cause distortions of competition.
   - The reason for the intervention is decisive for the choice of instrument. From an economic-theoretical perspective, a separate instrument should be used for each objective.

3. Companies influence the achievement of sustainability goals.
   - If companies with market power act unilaterally, their market power means that they can have a high influence on the achievement of sustainability goals. At the same time, there is a risk of competitive harm.
   - In individual cases, cooperation and mergers of companies can be an effective instrument for achieving sustainability goals, if sovereign market interventions are not sufficient (e.g., due to "regulatory failure") or if companies need economies of scale and scope and at the same time considerable irreversible investments are required to be able to realise sustainability goals.
   - Self-regulation by companies can make a contribution to achieving sustainability goals, but it also entails competitive risks.

4. In economics, attempts are made to evaluate and, if necessary, quantify corporate sustainability initiatives. The measuring of sustainability encounters non-trivial difficulties but is used in practice.
   - The most important economic methods work with revealed preferences and infer from market activities or record expressed preferences (e.g., through surveys).
   - Great care must be taken in the choice of methods and parameters in order not to distort the results from the outset.
   - Using the examples of CO_2 emissions, fair pay and animal welfare, it can be shown that measurement is conceivable in principle, although this measurement will be fraught with weaknesses.

5. Competition law can be further developed with a view to sustainability goals. However, such proposals must be economically justifiable in that they must be competition-related or explicitly recognise non-competitive interests.
   - The options for the further development of competition law follow four basic patterns:
     → Ensuring a sustainability-sensitive application of competition law, which continues to follow exclusively the logic of competition (sustainability awareness).
     → Expand competition law to include legislative clarifications so that sustainability goals, which are fully in line with the competition rationale, can be better promoted through competition law (Sustainability Boost)
     → Orientation of competition law towards the protection of ecologically and socially sustainable competition on the merits, so that sustainable business becomes an inherent part of the application of competition law (Sustainable Competition)
     → Consideration of non-competitive interests in competition law by creating areas of exception or by integrating them into the application of competition law as explicitly non-competitive (Levelling Approach).

     The proposals tie in with the current discussion on competition policy between the Post-Chicago School, Progressive Antitrust and Neo-Brandeis School on the limits of antitrust law.
   - The risk of greenwashing must be taken into account when further opening up competition law to sustainability considerations.
   - The more sustainability considerations are to be taken into account in the application of competition law, the more problems of competence and legitimacy arise. Neither companies nor antitrust authorities and courts can comprehensively consider the public interest.

6. Competition law in all areas can be more strongly oriented towards sustainability goals than has been the case to date. This study examines numerous aspects of competition law and presents options for further development in a hitherto unavailable breadth. In accordance with the mandate of the study, the authors do not make any recommendations as to which options should be implemented. The following general findings can be noted:
   - The application of competition law already promotes the achievement of sustainability goals in many cases.
   - The creation of new, general exemptions from competition law, e.g., for certain sectors, is met with reservations.
   - The pursuit of sustainability goals does not open competition law for an exemption in the form of the ancillary restraints-doctrine.
   - If the protection of competition is increasingly interpreted as the protection of *sustainable* competition, sustainability-related aspects can also be integrated into the examination of classic elements of antitrust. The *Car Emissions* case is exemplary for this tendency.
   - In the context of the exemption from the ban on cartels, the practice on sustainability cooperation has become more restrictive over the past twenty years. According to the current state of the draft, the guidelines of the European Commission do not initiate a change in trend. The concept of efficiency is to be interpreted more broadly than the Commission envisages. Out-of-market efficiencies with consumers benefitting that are not those affected by the restriction of competition in the first place, are – contrary to the Commission's view – eligible for consideration.
   - Considerations of sustainability have not played a major role in the enforcement of abuse provisions or merger control. Re abuse, a consideration of sustainability effects is necessary in some cases at the level of justification. Following the *Facebook* decision, non-sustainable behaviour is to be seen as an abuse of market power under certain circumstances. In merger control, a sustainability-oriented interpretation of the SIEC criterion has not yet been made. A special case in German law is the ministerial authorisation, which largely allows the consideration of non-competitive objectives.
   - It is possible to take sustainability considerations into account on the legal consequences side (e.g., in remedial measures or in the amount of the fine).
   - Procedural solutions can – without changing the substantive standards – lead to a strengthening of "sustainable competition". These include taking greater account of sustainability aspects, strengthening informal guidance, strengthening the rights of third parties, so-called “sustainability sandboxes” and cooperation between competition agencies and other authorities.

Teil 1: Grundlagen

Das Verhältnis von Wettbewerb und Nachhaltigkeit

A. Nachhaltigkeit und Kartellrecht

In dieser Studie wird die Frage beantwortet, wie Nachhaltigkeitsziele besser im Kartellrecht berücksichtigt werden können und welche Änderungen dafür auf deutscher oder europäischer Ebene erforderlich sind. Für die Definition von Nachhaltigkeit orientieren wir uns an den Sustainable Development Goals der Vereinten Nationen, den *UN SDG*, einem umfassenden, international konsentierten Katalog von Zielen, die durch Indikatoren näher definiert werden.

Bislang werden Nachhaltigkeitsziele im Kartellrecht nur vereinzelt und in engen Grenzen berücksichtigt. Das gilt sowohl, wenn mit Nachhaltigkeitszielen Wettbewerbsbeschränkungen gerechtfertigt werden sollen (Kartellrecht als Schild), als auch wenn mit Hilfe des Kartellrechts proaktiv Nachhaltigkeitsziele durchgesetzt werden sollen (Kartellrecht als Schwert). Wenn Gesetzgeber und Praxis stärker als bislang das Kartellrecht mit Nachhaltigkeitsbezügen aufladen wollen, kann das in unterschiedlicher Intensität geschehen. In dieser Studie zeigen wir Möglichkeiten dazu auf. Sie reichen von einer nachhaltigkeitssensiblen Kartellrechtsanwendung ohne jede Gesetzesänderung bis zu tiefgreifenden Änderungen beim Wettbewerbsschutz, sei es durch die Internalisierung bestimmter Effekte oder die Öffnung des Kartellrechts für die Interessenabwägung mit außerwettbewerblichen Aspekten. Um die Reformoptionen beurteilen zu können, sind zunächst jedoch zum einen die Grundlagen des komplexen Verhältnisses von Nachhaltigkeit und Wettbewerb auszuleuchten. Zum anderen ist die Frage zu diskutieren, unter welchen Umständen kartellrechtliche Instrumente gut geeignet sind, um Nachhaltigkeitsziele zu erreichen oder zumindest zu unterstützen und unter welchen Umständen die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen besser mit Hilfe anderer Instrumente aus anderen Rechtsbereichen (etwa dem Steuerrecht, dem Verbraucherschutzrecht, dem Umweltrecht, dem Arbeitsrecht, dem Energierecht und anderen Rechtsbereichen) gewährleistet werden kann. Eine isolierte Betrachtung des kartellrechtlichen Instrumentariums ohne Berücksichtigung anderer politischer Maßnahmen und der gesamten Rahmenbedingungen kann ansonsten leicht zu falschen Schlussfolgerungen kommen.[1]

[1] Der Gedanke lässt sich an folgendem Beispiel illustrieren: Wenn etwa der Gesetzgeber beschlossen hat, negative externe Effekte des Rauchens durch Tabaksteuern, Rauchverbote und gesetzliche Werbeeinschränkungen zu adres-

I. Das Spannungsfeld von Nachhaltigkeit und Wettbewerb

Wenn die drängenden Probleme dieser Zeit gelöst werden sollen, geht das nicht ohne die Unternehmen: Der CO_2-Ausstoß soll in allen Lebensbereichen gesenkt werden; Gebäude sollen nachhaltiger gebaut werden; Textilhändler sollen ihre Lieferketten so organisieren, dass Kinderarbeit verhindert wird; Zulieferunternehmen aus dem globalen Süden sollen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern faire Löhne zahlen.

Die Politik steht vor der Aufgabe, zur Erreichung solcher Nachhaltigkeitsziele die richtigen Instrumente zu finden oder Anreize zu setzen. Wettbewerblich wäre ideal, wenn Unternehmen auch ohne staatliche Interventionen hinreichend Anreize hätten, um solche Ziele autonom zu verfolgen. Bietet der Markt diese Anreize nicht von allein, so gilt es aus ökonomischer Sicht, diese Anreize durch staatliche Interventionen zu generieren, etwa durch die Definition und Bepreisung von Verfügungsrechten (etwa Emissionszertifikate), durch Steuern, Subventionen oder auch Ge- und Verbote. Diese ordnungspolitische Perspektive korrespondiert mit klassischen rechtlichen Vorstellungen, nach denen Steuern, Subventionen sowie ordnungsrechtliche Interventionen wie klare Gebote und Verbote seitens der Politik richtig wären. Weil der Markt von allein nicht immer die richtigen Anreize setzt und auch der Politik zuweilen die Kraft oder notwendige Informationen fehlen, effiziente Anreize und Marktregeln zu definieren, stellt sich die Frage, ob die Koordination durch Unternehmen helfen kann, etwa indem sich Manager absprechen, um gleichzeitig auf nachhaltige Produktionsverfahren umzusteigen oder um gemeinsam neue Technologien zu entwickeln. Sollen Verbände Standards setzen? Wäre nicht der Impact besonders hoch, wenn marktmächtige Unternehmen unilateral ihre Bedingungen im Markt durchsetzen - zugunsten der Nachhaltigkeit?

---

sieren, ist mindestens fraglich, ob eine Kartellrechtsfreistellung von Preisabsprachen in der Tabakindustrie gesellschaftlich wünschenswert sein kann, selbst wenn weitere Preiserhöhungen den Tabakkonsum weiter reduzieren würden. Auch der umgekehrte Fall ist nicht unproblematisch: Sollte sich etwa der Deutsche Bundestag mehrheitlich gegen die Einführung einer Zuckersteuer entscheiden, ist nicht ohne Weiteres klar, dass eine hypothetische Preisabsprache von Zuckerherstellern als dem Gemeinwohl dienend interpretiert werden kann, selbst wenn dies zu einem Rückgang des Zuckerkonsums führen würde. Eine kartellrechtliche Freistellung einer solchen Absprache wäre zumindest nicht ohne Weiteres leicht zu begründen.

Die kartellrechtliche Erfahrung spricht dagegen: Absprachen können dazu führen, dass nur Minimalziele vereinbart werden, obwohl einzelne Unternehmen bereit wären, weiterzugehen. Innovation wird typischerweise nicht durch koordinierte Bemühungen, sondern im Wettbewerb geschaffen. Treffen sich Wettbewerber, sind die Absprachen oft nicht nur auf Nachhaltigkeitsziele beschränkt. Absprachen zwischen Unternehmen können dazu führen, dass Marktmechanismen außer Kraft gesetzt werden und dadurch ineffiziente Lösungen und Nachhaltigkeitsstrategien gewählt werden. Marktmächtige Marktteilnehmer zeichnen sich oft gerade nicht durch Rücksicht auf Nachhaltigkeitsziele aus. Beschränkungen des Wettbewerbs führen regelmäßig zu höheren Preisen, weniger Innovation, geringerer Auswahl für Verbraucher*innen und einer sich drehenden Spirale der Konzentration in Märkten. Dagegen soll das Kartellrecht schützen.

Bislang haben Behörden und Gerichte das den Wettbewerb sichernde Kartellrecht nur zurückhaltend mit Nachhaltigkeitszielen verknüpft. Wettbewerbsschutz und Kartellrecht wurden lange Zeit als Politiken definiert, die durchaus separat voneinander verfolgt werden konnten. Die Verantwortung für die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen wird bis heute primär bei den Hoheitsträgern gesehen, ohne dass ein Bezug zum Kartellrecht besteht. Eine "Öffnung" des Kartellrechts wird vielfach mit Sorge gesehen, nicht zuletzt wegen der Gefahr des "Greenwashings" durch Unternehmen. Teilweise schwingt auch die Sorge mit, dass gutgemeinte regulatorische Eingriffe in den marktwirtschaftlichen Prozess, die nicht einem engen Wettbewerbsfokus verpflichtet sind, zu weit gehen. Nur eine starke Marktwirtschaft ist überhaupt in der Lage, die für den Klimaschutz notwendigen Innovationen hervorzubringen und die Gewinne zu erwirtschaften, mit denen Schutzmaßnahmen und soziale Ausgleichsmaßnahmen zu finanzieren sind. Eine Beschränkung des freien Wettbewerbs zugunsten von Nachhaltigkeitszielen ist jedenfalls kein unproblematischer Weg. Das wohl wichtigste Argument gegen eine Verankerung von Nachhaltigkeitszielen im Kartellrecht ist, dass oftmals andere Politikinstrumente wie etwa Steuern, Subventionen oder ordnungsrechtliche Eingriffe deutlich besser geeignet sind, um Nachhaltigkeitsziele zu erreichen. Ob in manchen Situationen das kartellrechtliche Instrumentarium substitutiv oder komplementär zu anderen Politikinstrumenten eingesetzt werden sollte, um Nachhaltigkeitsziele besser zu erreichen, ist eine offene Frage. In kartellrechtlichen Fachkreisen wird diese Frage kontrovers disku-

tiert. Dabei besteht – bei allen Differenzen – in diesen Kreisen allerdings Einigkeit, dass wirtschaftliche Prozesse weiterhin mit einer wettbewerbsgetriebenen Marktwirtschaft organisiert werden sollen.

Der Schutz des Wettbewerbs durch Kartellrecht steht auch nicht grundlegend mit den UN SDG in Konflikt – im Gegenteil: Die Regelbindung der Wirtschaft, die Zähmung wirtschaftlicher Macht, das durch Kartellrecht beförderte *Level Playing Field* zwischen verschiedenen Akteuren, die durch das Kartellrecht erreichten sozialen Funktionen – all das stützt viele Aspekte der UN SDG. Der Schutz des Wettbewerbs sichert Vertrauen in Märkte und damit auch in Institutionen. Die Erreichung eines Grundniveaus von Wettbewerb, Fairness und Chancengerechtigkeit ist Voraussetzung für eine nachhaltige Gestaltung des Austauschs von Gütern und Dienstleistungen in einer Gesellschaft. Eine nachhaltige Wirtschaft bedarf eines starken Kartellrechts.

Die zugrundeliegende Annahme, dass die Wirtschaft als freie Marktwirtschaft organisiert werden sollte, wird – gerade mit Blick auf die Nachhaltigkeitsthemen – jedoch nicht mehr allgemein geteilt. In der Gesellschaft gibt es auch Stimmen, die in radikaler Weise Wettbewerb als Ziel oder wenigstens als Mittel grundlegend in Frage stellen: Die Vertreter*innen der Degrowth-Bewegung sehen nur in einem "Systemwechsel" die Möglichkeit einer nachhaltigen Lebensweise.[2] Klimaschutz und andere Nachhaltigkeitsziele stünden grundlegend mit den Gewinnerzielungsinteressen von Unternehmen und dem Wettbewerbsparadigma der Marktwirtschaft in Konflikt. Der Konsumismus (*consumerism*) als gesellschaftliches Ideal und als ökonomischer Antrieb für das Funktionieren der Marktwirtschaft sei überholt.[3] Die auf Wachstum ausgelegte Marktwirtschaft habe sich in rücksichtsloser Grenzüberschreitung ihrer eigenen Grundlagen beraubt.[4]

Weniger radikal, aber gleichwohl kritisch sowohl gegenüber den bestehenden Mechanismen der Marktwirtschaft als auch gegenüber zentralen Interventionen durch den Staat sind Modelle einer

[2] Siehe Schmelzer/Vetter, Degrowth/Postwachstum zur Einführung, 2021; Kallis/Demaria/D'Alisa, Degrowth, in: D'Alisa/Demaria/Kallis, Degrowth - Handbuch für eine neue Ära, 2016, 17 ff. Siehe auch Blühdorn in: Blühdorn, Nachhaltige Nicht-Nachhaltigkeit, 2020, 83 ff.

[3] Die Rolle des Konsums wurde wegweisend schon von Veblen, Theory of the leisure class, 1899 [1994] und John Kenneth Galbraith, The Affluent Society, 1958, thematisiert.

[4] Erstmals prominent aufgezeigt wurden die "Grenzen des Wachstums" im epochemachenden Bericht für den Club of Rome, Meadows et al., Die Grenzen des Wachstums, 1972. Beispielhaft für die Wachstumskritik Latouche, Es reicht!, 2015.

Gemeinwohlökonomie.[5] Die Vertreter*innen dieser Richtung berufen sich häufig auf *Elinor Ostroms* bahnbrechende Forschungen, welche die Vorzüge der dezentralen Selbstorganisation insbesondere für lokale Kooperationsprobleme belegt hat.[6]

Die Abkehr vom Wettbewerbsparadigma wird dem komplexen Verhältnis von Wettbewerb und Nachhaltigkeit jedoch ebenso wenig gerecht wie eine ausschließliche Effizienzorientierung der Wirtschaft, wie sie etwa von der Chicago School vertreten wurde. Im geltenden rechtlichen Rahmen, der von Grundrechten und verbindlichen Zielbestimmungen geprägt ist, sind Positionen, die das freie Wirtschaften beseitigen oder einseitig übersteigern wollen, kaum vertretbar. Die rechtlich verfasste, wettbewerbsorientierte Marktwirtschaft hat sich als Mechanismus bewährt, um knappe Ressourcen zu verteilen und Innovationen anzureizen. Sie ist damit aus unserer Sicht auch zukunftsfähig. Unternehmer*innen mit ihrem Erfindungsgeist und ihrer Tatkraft sind unverzichtbar, um ehrgeizige Nachhaltigkeitsziele zu erreichen. Das Kartellrecht sichert die Wettbewerbsfreiheit der Unternehmen und die Auswahlfreiheit der Abnehmer und definiert die äußersten Grenzen dessen, was für das Funktionieren von Märkten erforderlich ist.

Gleichwohl muss das komplexe Verhältnis von Wettbewerb und Nachhaltigkeit neu austariert werden. Durch Klimawandel und Erreichen der planetaren Belastungsgrenzen wird auf mittlere Sicht die Funktionsfähigkeit der Märkte in Frage gestellt. Dauerhaft bestehende Nachhaltigkeitsprobleme gefährden Markteffizienzen, wenn dadurch das Vertrauen in Märkte schwindet und Marktrahmenbedingungen schlechter werden. Die Klimakatastrophe führt zu schweren wirtschaftlichen Schäden, die Missachtung sozialer Standards führt zu Problemen in der Lieferkette. Nachhaltigkeitsfragen sind also auch ökonomisch relevante Fragen. Eine nachhaltige Entwicklung ist im 21. Jahrhundert die Grundvoraussetzung dauerhaft stabiler Marktrahmenbedingungen. Zugleich sind Marktmechanismen das wirksamste Mittel, um rasch Fortschritte zur Erreichung der Sustainable Development Goals der Vereinten Nationen zu erzielen.

[5] Felber, Gemeinwohlökonomie, 2018; Helfrich/Heinrich-Böll-Stiftung, Commons - Für eine neue Politik jenseits von Markt und Staat, 2014.
[6] Ostrom, Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action, 2015.

II. Forschungsfragen und Gang der Darstellung

Die Autorinnen und Autoren befassen sich als Mitglieder der Zukunftsgruppe Competition & Sustainability der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf mit der nachhaltigen Transformation der Wirtschaft. Der Weg zur Treibhausgasneutralität, der Auf- und Ausbau neuer Infrastrukturen für die Energiewende[7], die zunehmende Einforderung von unternehmerischer Verantwortung für die Einhaltung von Menschenrechten oder Tierschutzstandards werfen die Frage auf, wie diese Transformation im wettbewerblichen Rahmen geleistet werden kann.

In diesem Gutachten, das vom Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz in Auftrag gegeben wurde, steht das Kartellrecht im Fokus:

- Wie wirkt sich das Kartellrecht auf die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen aus?
- Welche Optionen für eine Fortentwicklung gibt es?

Diese beiden Fragen werden in diesem Gutachten beantwortet. Zunächst sind dafür jedoch definitorische Fragen zu klären:

- Was ist unter dem Begriff Nachhaltigkeit zu verstehen?
- Wie kann die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen gemessen werden?

Da das Kartellrecht weitgehend auf ökonomischen Grundlagen fußt, ist auch zu prüfen, wie sich aus wettbewerbsökonomischer Sicht das Verhältnis darstellen lässt.

- Welcher Zusammenhang besteht zwischen Nachhaltigkeit und Marktversagen?
- Welche Prüfkriterien erscheinen sinnvoll, um Eingriffe in den Wettbewerb zu legitimieren?

Damit sind die wesentlichen Forschungsfragen dieser Studie umrissen.

Das Gutachten ist in drei Teile gegliedert. Nach dieser Einführung wird in **Teil 1** zunächst diskutiert, inwiefern eine Weiterentwicklung des Kartellrechts ökonomisch gerechtfertigt ist (Teil 1.B). Sodann werden Grundmuster der kartellrechtlichen Reformoptionen vorgestellt (Teil 1.C).

[7] Vgl. BKartA, Sachstandsbericht zur laufenden Sektoruntersuchung zur Infrastruktur bei Ladesäulen, 12.10.2021.

In **Teil 2** des Gutachtens wird dargestellt, wie Nachhaltigkeitsziele schon jetzt im Kartellrecht berücksichtigt werden und welche Optionen zur Weiterentwicklung bestehen. Dabei orientiert sich die Darstellung an den Säulen des Kartellrechts: Anwendungsbereich (Seite 51 2.A), Verbot und Freistellung wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen (Teile 2.B und 2.C), Missbrauchsverbot (Teil 2.D), Fusionskontrolle (Teil 2.E), Verfahren und Sanktionen (Teil 2.F). Abschließend werden die Ergebnisse eingeordnet (Teil 2.G). Eine Übersicht über alle Reformoptionen in ihrer ganzen Breite ist im Anhang beigefügt (Annex).

In **Teil 3** widmen wir uns vertieft einzelnen Problemkreisen der Nachhaltigkeitsdiskussion: Wie ist Nachhaltigkeit zu definieren (Teil 3.A)? Wie kann überhaupt in Märkte eingegriffen werden (Teil 3.B)? Wie lässt sich Nachhaltigkeit ökonomisch quantifizieren und bewerten (Teil 3.C)? Wie ist das Legitimationsproblem bei der Prüfung von Nachhaltigkeitszielen im Rahmen des Wirtschaftsrechts aufzulösen (Teil 3.D)? Welche Gefahren bestehen in Form des „Greenwashings“ (Teil 3.E)?

Damit gibt dieses Gutachten einen umfassenden Überblick über die wettbewerbsökonomische Diskussion, konkrete Reformoptionen im gesamten Kartellrecht und schwierige Problemkreise, die sich bei einer stärkeren Verzahnung von Kartellrecht und Nachhaltigkeitszielen stellen.

Zwischenergebnisse dieses Gutachtens wurden mit einem Soundingboard diskutiert, das sich aus Vertreter*innen von Behörden, Unternehmen, Forschungsinstituten, Verbänden und Kanzleien zusammensetzte. Die Autor*innen danken den Beteiligten sehr für ihre Anregungen und Kommentare – auch wenn nicht alle berücksichtigt werden konnten.

III. Relevanz und Einordnung

Wie drängend die ökologischen Probleme und wie stark die sozialen Verwerfungen sind, bedarf keiner Darlegung. Ihre Relevanz erhält diese Studie darüber hinaus aufgrund der Überlegungen, die das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) in der Wettbewerbspolitischen Agenda des BMWK für 2025 angestellt hat.[8]

[8] BMWK, Wettbewerbspolitische Agenda des BMWK bis 2025, abrufbar unter https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/0-9/10-punkte-papier-wettbewerbsrecht.html. Siehe dazu die Beiträge in Kirk/Offergeld/Rohner, Kartellrecht in der Zeitenwende, 2023.

Die Implikationen reichen über Detailfragen des Kartellrechts hinaus. In Kartellrecht und Wettbewerbsökonomik wird die Wirtschaftsordnung definiert, also der Rahmen gesetzt, in dem sich Unternehmen entfalten. Das macht Wertentscheidungen erforderlich, die rechtlich, ökonomisch und politisch zu diskutieren sind. Das Kartellrecht steht darüber hinaus für ein als effizient gerühmtes Durchsetzungsinstrumentarium. Es zeichnet sich unter anderem durch vielfältige Eingriffsinstrumente und durch ein komplexes Zusammenspiel im Mehr-Ebenen-System zwischen Nationalstaat und Europäischer Union aus.

Die Klimakatastrophe stellt das Wirtschaften nach überkommenen Mustern in Frage. Menschenrechtsverletzungen entlang der Lieferkette werden heute an jedem Ort der Welt gespürt. Haben Kartellrecht und Wettbewerbsökonomie dazu etwas zu sagen? Die Antwort kann nur ein "Ja" sein, und diese Studie soll für das Ausformulieren dieser Antwort einen Impuls geben.

IV. Stand der Praxis

Die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten in der Kartellrechtsanwendung ist zu einem stark diskutierten Thema der Wettbewerbspolitik geworden. So hat sich in der 19. Legislaturperiode des Deutschen Bundestags der Ausschuss für Wirtschaft und Energie mit der Frage befasst, ob außerwettbewerbliche Belange im Zusammenschlussfall *Bayer/Monsanto* hätten berücksichtigt werden sollen.[9] Im Rahmen der Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) hatte eine Fraktion vorgeschlagen, Klimaschutz als Zweckbestimmung ins GWB aufzunehmen.[10] Das Bundeskartellamt hat die Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht 2020 der Thematik gewidmet.[11] Die Behörde hat sich in den vergangenen Jahren auch in der Fallpraxis mehrfach mit Kooperationen befasst, die der Verwirklichung von Nachhaltigkeitszielen dienen, etwa mit der „Initiative Tierwohl".[12] Einen neuen, alle Rechtsgebiete erfassenden Impuls in dieser Diskussion setzt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum intertemporalen Freiheitsschutz.[13]

[9] Deutscher Bundestag, Ausschuss für Wirtschaft und Energie, Anhörung am 27.06.2018.
[10] BT-Drucks. 19/23705, Antrag „Verbraucherschutz und fairen Wettbewerb stärken".
[11] BKartA, Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften – Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis, Hintergrundpapier zur Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht, 2020.
[12] Überblick bei Engelsing/Jakobs, WuW 2019, 16 ff.
[13] BVerfG, 24.3.2021, Az. BvR 2656/18 u.a., NJW 2021, 1723 – Klimaschutzgesetz.

In anderen Mitgliedsstaaten der EU hat es erste weitergehende kartellrechtliche Initiativen gegeben:

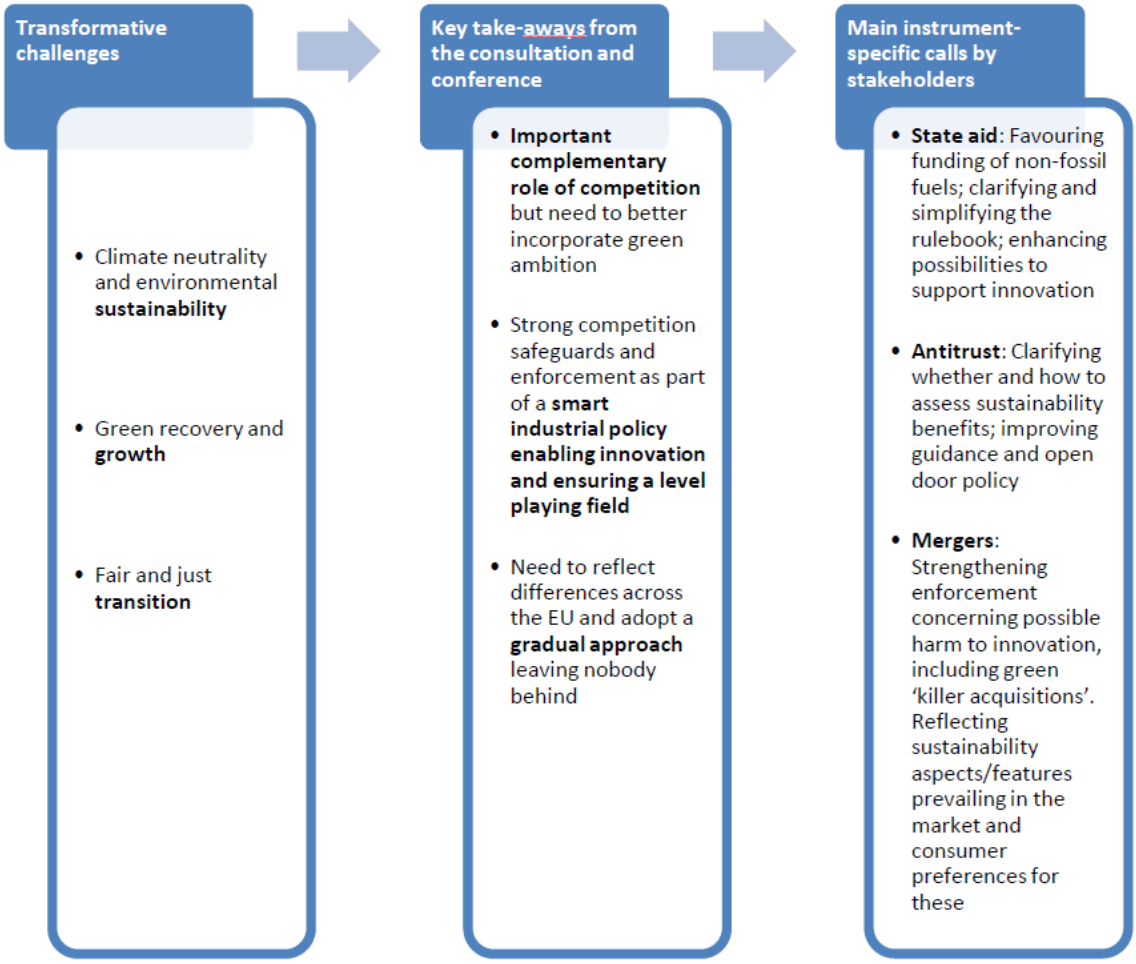
- Der österreichische Gesetzgeber hat mit dem Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2021 klargestellt, dass eine angemessene Verbraucherbeteiligung auch darin liegen kann, dass der durch eine Absprache erzielte Gewinn „zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft wesentlich beiträgt" (§ 2 Abs. 1 Satz 2 Kartellgesetz 2005).[14]
- Die niederländische Wettbewerbsbehörde hat mit Leitlinien zu Sustainability Agreements einen Vorschlag unterbreitet, der nach Auffassung der Behörde auch als Modell für eine europäische Initiative dienen kann, um Unternehmen weitergehende Spielräume zu eröffnen.[15]
- Die griechische Wettbewerbsbehörde hat eine sog. „Sustainability Sandbox" vorgeschlagen, damit Unternehmen in geschützter Weise Initiativen entfalten können.[16]
- Die französische Autorité de la Concurrence hat für 2021 Fälle aus dem Bereich „Développement durable" zur Priorität erklärt.[17]

Die nordischen Wettbewerbsbehörden hatten bereits 2010 ein Arbeitspapier zum Thema „Competition and Green Growth" veröffentlicht.[18] Die britische CMA hat ein Guidance Paper veröffentlicht.[19] Die OECD hat in ihrem Competition Committee das Thema mit einem Round Table auf die Agenda gesetzt.[20]

Auch auf EU-Ebene ist das Thema virulent: EU-Wettbewerbskommissarin Margrethe Vestager hat mit der Konferenz vom 4.2.2021 „Competition Policy Contributing to the European Green

[14] Österreichisches Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2021, BGBl. I Nr. 176/2021.
[15] ACM, Second draft version: Guidelines on Sustainability Agreements – Opportunities within competition law, 26.1.2021.
[16] Hellenic Competition Commission, Sustainability Sandbox, abrufbar unter: https://www.epant.gr/en/enimerosi/sandbox.html [alle Internetquellen zuletzt abgerufen am 31.5.2022].
[17] Autorité de la Concurrence, Après une activité très soutenue en 2020, l'Autorité de la concurrence annonce ses priorités pour 2021, qui seront centrées sur l'économie numérique, Pressemitteilung vom 23.12.2020.
[18] Report from the Nordic Competition Authorities, No. 1/2010: Competition Policy and Green Growth, 2010.
[19] CMA, Environmental sustainability agreements and competition law, 27.1.2021.
[20] Siehe https://www.oecd.org/daf/competition/sustainability-and-competition.htm; hierzu auch OECD, Sustainability and Competition, OECD Competition Committee Discussion Paper, 2020.

Deal“ den Startschuss für eine Debatte gegeben, die an den European Green Deal anknüpft.[21] Erwartet wird insbesondere eine Überarbeitung der Gruppenfreistellungsverordnungen für horizontale Vereinbarungen und der Horizontal-Leitlinien mit Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten.[22] Im Rahmen der Debatte sind über 200 Eingaben, darunter einige von deutschen Stakeholdern, eingereicht worden.[23] Die Europäische Kommission hat die Herausforderungen, ihre wesentlichen Schlüsse und mögliche Forderungen im folgenden Schema zusammengefasst:



Grafik: DG Competition, Competition Policy Brief 1/2021: Policy in Support of Europe's Green Ambition, S. 3.

Nachhaltigkeit wird als transformative Herausforderung definiert, die industriepolitisch mit „Green Growth“ und sozialpolitisch mit einer fairen Kosten- und Nutzenverteilung einhergehen

[21] Programm und Aufzeichnungen aufrufbar unter: https://ec.europa.eu/competition-policy/green-gazette/conference-2021_en.

[22] Vgl. Überblick über dieses Vorhaben unter: https://ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2019-hbers_en.

[23] Eine Sammlung der Eingaben ist abrufbar unter https://ec.europa.eu/competition/information/green_deal/contributions.zip.

soll. Die Kommission will die Berücksichtigungsfähigkeit von Nachhaltigkeitsgewinnen klarer fassen und in der Fusionskontrolle "green killer acquisitions" strenger prüfen. Zudem sollen Nachhaltigkeitsaspekte in Märkten und bei Konsumentenpräferenzen besser berücksichtigen.

Für den Agrarbereich wurde im Dezember 2021 mit Art. 210a GMO eine Vorschrift erlassen, die übergesetzliche Nachhaltigkeitsstandards in der Lebensmittelversorgungskette aus dem Anwendungsbereich des Kartellverbots nach Art. 101 AEUV ausnimmt.

V. Stand der Forschung

Die Weiterentwicklung des Kartellrechts mit Blick auf die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen wird in der wettbewerbsökonomischen und kartellrechtlichen Literatur intensiv diskutiert. Angeknüpft wird dabei vor allem an Debatten über die Ziele des Kartellrechts. Regelmäßig war das Verhältnis von Gemeinwohlzielen und Wettbewerbsschutz Gegenstand der Beschäftigung, auch schon vor der Jahrtausendwende.[24] Die Fokussierung auf Themen der (vor allem ökologischen) Nachhaltigkeit im Kartellrecht ist eine neuere Erscheinung. Sie folgt zeitlich auf die intensiveren gesellschaftlichen Diskussionen über die Bekämpfung des Klimawandels. Insofern ist die kartellrechtliche Diskussion eine Art "antitrust for future".

Als besonders häufig rezipierte Ausarbeitungen sind die Texte von *Monti*[25]*, Quellmalz*[26]*, Roth*[27]*, Townley*[28]*, Kingston*[29] und *Monti/Mulder*[30] zu nennen. Daneben reihen sich viele weitere Diskussionsbeiträge ein.[31] Die Monopolkommission hat 2015 der Thematik von außerwettbewerblichen

[24] Früh schon Deringer, Zum Spannungsverhältnis zwischen den Freiheiten des Gemeinsamen Marktes und den nationalen Interessen der Mitgliedsstaaten, 1981; Ulmer, Rule of Reason im Rahmen von Artikel 85 EWGV, 1985; Müller-Graff, Die Freistellung vom Kartellverbot, 1992; Portwood, Competition Law & The Environment, 1994; Basedow, Zielkonflikte und Zielhierarchien im Vertrag über die Europäische Gemeinschaft, 1995; Ehle, Die Einbeziehung des Umweltschutzes in das Europäische Kartellrecht, 1996; Ackermann, Art. 85 Abs, 1 EGV und die rule of reason, 1997; Steinbeck, WuW 1998, 554.

[25] Monti, Common Market Law Review 2002, S. 1057.

[26] Quellmalz, WRP 2004, 461.

[27] Roth in: FS Mestmäcker, 2006, S. 413.

[28] Townley, Article 81 EC and Public Policy, 2009.

[29] Kingston, European Law Journal 2010, S. 780; Kingston, Greening EU Competition Law and Policy, 2011.

[30] Monti/Mulder, European Law Review 2017, S. 635.

[31] Nur beispielhaft Odudu, Oxford Journal of Legal Studies 2010, S. 599; de Paz, Journal of European Competition Law & Practice 2012, S. 248; Lübbig, WuW 2012, 1142; Townley, Is There (Still) Room for Non-Economic Arguments in Article 101 TFEU Cases?, 2012; Lübbig, Journal of European Competition Law & Practice 2013, S. 1.; Ellger in: Kloepfer, Umweltschutz als Rechtsprivileg, 2014, S. 127; Lianos, Current Legal Problems 2018, S. 161; Podszun in: FS Schröder, 2018, S. 613.

Zielen einen Sammelband gewidmet.[32] Für den deutschen Sprachraum hat das Hintergrundpapier des Bundeskartellamts für den Arbeitskreis Kartellrecht 2020 die Diskussion zum damaligen Zeitpunkt hervorragend zusammengefasst.[33] Ähnliches hat die OECD auf internationaler Ebene geleistet.[34] Neben eher wissenschaftliche Ausarbeitungen trat eine Vielzahl von Konferenzen und Postings in Netzwerken, die die politische Debatte erheblich angetrieben haben.

Die Debatte hat sich lange Zeit vor allem auf die Frage konzentriert, ob Nachhaltigkeitskooperationen vom Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV freigestellt werden können. Nur wenige Beiträge beleuchten andere Aspekte des Kartellrechts.[35] *Breuer* und *Müller* haben in ihren Arbeiten das Spannungsverhältnis zwischen Wettbewerbsschutz und anderen Unionszielen umfassend erörtert.[36]

In der Vergangenheit wurden Nachhaltigkeitsaspekte weitestgehend gesondert von wettbewerbsökonomischen Aspekten gehandelt. Umweltökonomische Beiträge gehen allerdings weit zurück. Dabei galt es vorwiegend Implikationen und Effekte von Externalitäten zu messen.[37] Darüber hinaus – und auch 2018 mit dem Alfred-Nobel-Gedächtnispreis für Wirtschaftswissenschaften ausgezeichnet – gibt es auch verschiedene Modelle zur Bemessung von Klimaschäden, etwa von *Nordhaus.*[38]

In der Regel gehen Ökonom*innen davon aus, dass im Fall von bspw. Umweltbelangen ein Marktversagenszustand vorliegt. Diese Literatur ist weit verbreitet und beginnt bei *Bator.*[39] Die Konzentration auf die spezielle Beziehung zwischen Wettbewerb und Nachhaltigkeit hingegen steckt

---

[32] Siehe darin Zimmer in: Monopolkommission, Politischer Einfluss auf Wettbewerbsentscheidungen, 2015, S. 8; Kirchhoff in: Monopolkommission, Politischer Einfluss auf Wettbewerbsentscheidungen, 2015, S. 11; Kokott/Dittert in: Politischer Einfluss auf Wettbewerbsentscheidungen, 2015, S. 15; Schweitzer in: Monopolkommission, Politischer Einfluss auf Wettbewerbsentscheidungen, 2015, S. 21.

[33] Bundeskartellamt, Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften - Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis, Hintergrundpapier Arbeitskreis Kartellrecht, 2020.

[34] OECD, Environmental Considerations in Competition Enforcement – Background Paper by the Secretariat, 2021.

[35] Siehe zum Missbrauchsverbot: Iacovides/Vrettos, Falling through the cracks no more? Article 102 TFEU and sustainability, 2020; Zur Fusionskontrolle siehe: Zenger, European Competition Law Review 2018, S. 336; Kuhn/Caroppo, European Competition Law Review 2020, S. 596; Karl/Pichler in: FS Bechtold, 2021, S. 123.

[36] Breuer, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, 2012; Müller, Wettbewerb und Unionsverfassung, 2014.

[37] Schmalensee, Measuring external effects of solid waste management, 1975.

[38] Nordhaus, Journal of Economic Literature 2007, S. 686. Siehe auch Luderer/Pietzcker/Bertram/Kriegler/Meinshausen/Edenhofer, Economic mitigation challenges: how further delay closes the door for achieving climate targets. Environmental Research Letters, 2013.

[39] Bator, Quarterly Journal of Economics 1958, S. 351.

noch in den Kinderschuhen. Allerdings gibt es erste Ausprägungen der Literatur in Bezug auf verschiedene Aspekte, die in engem Zusammenhang mit dem Thema Nachhaltigkeit steht. Die wettbewerbsökonomische Literatur zu möglichen Absprachen bezüglich Nachhaltigkeitsaspekten hat sich in den letzten Jahren stark weiterentwickelt. So untersuchen vor allem *Myles/Hashimzade*[40], *Schinkel/Spiegel*[41], *Schinkel/Toth*[42] und *Inderst/Sartzetakis/Xepapadeas*[43] das Thema intensiv. Darüber hinaus geben *Inderst/Thomas*[44], *Inderst/Rhiel/Thomas*[45] und *Inderst/Thomas*[46] neue Anhaltspunkte für die Messung der Zahlungsbereitschaft („willingness to pay", WTP), aber auch in die Messung von Verbrauchervorteilen, die durch Nachhaltigkeitsaspekte entstehen können. Diese Themen sind für die Überlegungen, wie Nachhaltigkeitsaspekte in das Wettbewerbsrecht integriert werden können, sehr hilfreich.

In jüngster Zeit sind zahlreiche weitere Beiträge, auch zu spezifischeren Fragen, erschienen. Hier kann nur auf einzelne Beiträge beispielhaft hingewiesen werden.[47] Nicht außer Acht gelassen werden dürfen auch kritische Stimmen, die Anpassungen bei der Kartellrechtsanwendung größtenteils ablehnen.[48]

[40] Myles/Hashimzade, Corporate Environmental Contributions: Can They Sustain the Public Interest Defence?, 2014.
[41] Schinkel/Spiegel, International Journal of Industrial Organization 2017, S. 371.
[42] Schinkel/Toth, Balancing the public interest-defense in cartel offenses, ACLE Working Paper 2016-01, University of Amsterdam.
[43] Inderst/Sartzetakis/Xepapadeas, Firm Competition and Cooperation with Norm-Based Preferences for Sustainability, 2022.
[44] Inderst/Thomas, Journal of European Competition Law & Practice 2021, S. 705.
[45] Inderst/Rhiel/Thomas, Sustainability Agreements and Social Norms, 2022.
[46] Inderst/Thomas, Journal of European Competition Law & Practice 2021, S. 705.
[47] Gerbrandy/Janssen/Thomsin, Utrecht Law Review 2019, S. 32; Loozen, Common Market Law Review 2019, S. 1256; Lübbig, NZKart 2019, 513; Brouwer in: FS Wiedemann, 2020, S. 13; Ellison, A Fair Share: Time for the carbon Defence?, 2020; Holmes, Journal of Antitrust Enforcement 2020, S. 354; Inderst/Thomas, Reflective Willingness to Pay, 2020; van der Zee, World Competition 2020, S. 189; Wissing, WuW 2020, 593; Hertfelder in: FS Bechtold, 2021, S. 101; Dolmans in: Holmes/Middelschulte/Snoep, Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability, 2021, S. 17.
[48] Vgl. Schinkel/Spiegel, International Journal of Industrial Organization 2017, S. 371; Veljanovskim, The Case Against Green Antitrust, 2021.

B. Ökonomische Rechtfertigung einer Weiterentwicklung des Kartellrechts

Es ist die Frage zu beantworten, auf welcher ökonomischen Grundlage das Kartellrecht eingeschränkt und/oder erweitert werden kann. Dabei sind die Konstellationen zu erfassen, in denen ein Spannungsfeld zwischen Kartellrecht und Nachhaltigkeit besteht, es also um die Frage geht, ob und unter welchen Voraussetzungen das Kartellrecht einschränkt werden sollte (I.). Bei einem Gleichlauf zwischen Wettbewerb und Nachhaltigkeit stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen es gerechtfertigt ist, mit dem Kartellrecht Nachhaltigkeitsziele zu verfolgen bzw. die Kartellrechtsdurchsetzung zu lockern, um die Verfolgung von Nachhaltigkeitszielen zu erleichtern (II.).

I. Kartellrecht als Hindernis für nachhaltige Verhaltensweisen

Das Kartellrecht dient im Wesentlichen dem Schutz des Wettbewerbs und somit der individuellen Wahl- und Handlungsfreiheiten.

1. Wettbewerb, Konsum und Ressourcenverbrauch

Damit mag das Kartellrecht schon im Ausgangspunkt in gewisser Weise in einem Spannungsfeld zu manchen Nachhaltigkeitszielen stehen. Der Grund dafür ist folgender: Ganz allgemein kann festgehalten werden, dass eine Reduktion des Wettbewerbs regelmäßig zu höheren Preisen und damit geringerer Nachfrage und so tendenziell auch zu geringerer Produktion und somit geringerem Ressourcenverbrauch führt.[49] In Monopol- und Oligopolsituationen kommt es nämlich regelmäßig zur künstlichen Verknappung des Angebots, um so möglichst hohe Preise zu erzielen. Insofern das Kartellrecht den Wettbewerb schützt, verhindert es diese künstliche Verknappung und sorgt damit indirekt für eine Ausweitung des Angebots.[50] Sieht man Konsum und damit einhergehenden Ressourcenverbrauch als Nachhaltigkeitsproblem, ist Wettbewerb in seiner unmittelbaren Wirkung quasi nachhaltigkeitsschädigend. Der Ökonomie-Nobelpreisträger *Robert Solow* hat dies vor fast 50 Jahren bereits wie folgt beschrieben:

[49] Vgl. Tirole, The Theorie of Industrial Organization, 1988.
[50] Vgl. Motta, Competition Policy: Theory and Practice, 2004.

„The amusing thing is that if a conservationist is someone who would like to see resources conserved beyond the pace that competition would adopt, then the monopolist is the conservationist's friend."[51]

Allerdings ist auch darauf hinzuweisen, dass Unternehmen ohne Wettbewerbsdruck oft zu ineffizienten Produktionsweisen neigen, mit denen eine Ressourcenverschwendung einhergeht (die sog. X-Ineffizienz).[52] Zudem sind Unternehmen auf wettbewerbsarmen Märkten regelmäßig weniger innovativ als Unternehmen, die im Wettbewerb stehen.[53] Insofern Innovationen ein Schlüssel zur Erreichung von Nachhaltigkeitszielen sind, steht eine verstärkte Monopol- und Kartellbildung im Konflikt zu Nachhaltigkeitszielen.[54]

Marktmächtige Unternehmen neigen regelmäßig dazu, ihre Marktmacht auch auf Beschaffungsmärkten auszuspielen, um dort für sie bessere Konditionen von Zulieferern zu erhalten. Nachfragemacht kann so die Innovationsanreize bei Zulieferern negativ beeinflussen.[55] Insofern Nachhaltigkeit auch einen fairen Ausgleich zwischen Anbietern und Nachfragern tangiert, dürfte die verstärkte Monopol- und Oligopolbildung auf Märkten, die das Kartellrecht gerade zu unterbinden sucht, kontraproduktiv sein.

Fraglich bliebe zudem, ob eine Förderung der Marktkonzentration und Kartellbildung durch eine großzügigere Kartellrechtsauslegung gegenüber Unternehmen (und damit verbunden höhere Preise für Nachfrager und weniger günstige Konditionen für Zulieferer), gesellschaftlich durchhaltbar und in diesem Sinne nachhaltig sein können. Sollte eine solche Förderung der Marktkonzentration und Kartellbildung politisch gewünscht sein, steht dem das aktuelle Kartellrecht in der Tat im Weg.

[51] Solow, Classic papers in natural resource economics 1974, S. 76.
[52] Grundlegend Leibenstein, The American Economic Review 1966, S. 392 ff.
[53] Vgl. Aghion/Harris/Vickers, Competition and growth with step-by-step innovation: An example, European Economic Review 1997, S. 467.
[54] Vgl. Federico/Morton/Shapiro, Antitrust and Innovation: Welcoming and Protecting Disruption, Innovation Policy and the Economy 2020, S. 125.
[55] European Commission, Buyer power and its impact on competition in the food retail distribution sector of the European Union, 1999, 160, differenziert Inderst/Wey, Perspektiven der Wirtschaftspolitik 2008, S. 465 ff.

2. Wettbewerb, Gemeinwohl und Nachhaltigkeit

Die Perspektive, dass Wettbewerb ganz allgemein eingeschränkt werden sollte, um durch die Monopolisierung von Märkten und so induzierte Preiserhöhungen Individuen zum Konsumverzicht zu bewegen (um nicht zu sagen, zu nötigen), dürfte jedoch extrem sein. Prinzipiell gilt Wettbewerb in der Sozialen Marktwirtschaft als schützenswertes Prinzip, weil er den Marktteilnehmern mehr Wahlmöglichkeiten gibt und ihnen so bessere Tauschmöglichkeiten eröffnet und Abhängigkeiten auf Märkten reduziert. Gleichwohl ist Wettbewerb nicht per se wohlfahrtsfördernd. Vollzieht sich der Wettbewerb zu Lasten unbeteiligter Dritter (etwa weil es Externalitäten gibt)[56] oder wird eine Partei unwissentlich übervorteilt (etwa bei Informationsdefiziten)[57], so sind Markteingriffe regelmäßig angezeigt. Ganz allgemein ist zu konstatieren, dass ein vollkommen unregulierter Wettbewerb auf realen Märkten ohnehin nicht existiert. Wettbewerb vollzieht sich stets innerhalb der für einen Markt geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen. Dies umfasst den allgemeinen rechtlichen Rahmen wie etwa das BGB, das Kartellrecht und das Arbeitsrecht, aber auch Spezialregeln für bestimmte Branchen (wie das Energiewirtschaftsgesetz, das Telekommunikationsgesetz, Hygienevorschriften für die Lebensmittelverarbeitung, Sonderregeln für Finanzmärkte und das Kreditwesen etc.). Diese Regelungen sollen regelmäßig nicht dazu dienen, den Wettbewerb in toto auszuschalten, sondern vielmehr ihn zu kanalisieren und in solche Bahnen zu lenken, dass der Wettbewerb dem Gemeinwohl dient.[58]

Aus ökonomischer Perspektive ist besonders dann Korrekturbedarf geboten, wenn ohne bestimmte Regeln ein Marktversagen drohen würde. Dabei wird in der Ökonomik der Begriff des Marktversagens, anders als im allgemeinen Sprachgebrauch, eher breit verstanden. Marktversagen liegt in ökonomischer Terminologie nicht erst vor, wenn ein Markt vollständig zusammenbricht, sondern bereits dann, wenn der Markt nicht zu den besten Ergebnissen für das Gemeinwohl führt.[59] Effiziente Marktergebnisse sind in der Ökonomie mit Gemeinwohl maximierenden

[56] Vgl. Laffont, Allocation, information and markets, 1989, S. 112ff.
[57] Vgl. Akerlof, The Quarterly Journal of Economics 1970, S. 488.
[58] Vgl. Motta, Competition Policy: Theory and Practice, 2004.
[59] Vgl. Bator, The Quarterly Journal of Economics 1958, S. 351.

Ergebnissen gleichzusetzen. Anders ausgedrückt wird ein Marktergebnis als ineffizient bezeichnet, wenn es nicht das Gemeinwohl maximiert.[60] In der ökonomischen Theorie wird dann von Marktversagen gesprochen.

Die Instrumente, um ein solches Marktversagen zu adressieren sind vielfältig und reichen von Steuern und Subventionen über konkrete Vorschriften bzw. die Regulierung von Produkten und Produktionsprozessen sowie Informationspflichten und Transparenzvorgaben bis hin zu Verboten (vgl. Teil 3.B.III.).

Das Kartellrecht selbst kann aus ökonomischer Sicht mit all seinen Instrumenten als Mittel betrachtet werden, um Marktversagen zu verhindern, das aus Wettbewerbsdefiziten resultiert. Dem liegt die Ansicht zugrunde, dass Wettbewerb prinzipiell das Gemeinwohl fördert, während Monopole und Kartelle abträglich für das Gemeinwohl sind.[61] Andere Arten des Marktversagens, die auf Externalitäten oder auf Informationsdefiziten der Nachfrager beruhen, werden regelmäßig durch andere Rechtsvorschriften adressiert, wie etwa Regelungen im Umweltrecht oder verbraucherrechtliche Vorschriften.

Gleichwohl stellt sich die Frage, ob es Konstellationen gibt, in denen das Kartellrecht einer gesellschaftlich wünschenswerten Erreichung von Nachhaltigkeitszielen entgegensteht, und ob es Konstellationen gibt, in denen Nachhaltigkeitsziele besser durch kartellrechtliche Instrumente erreicht werden können als durch andere Markteingriffe, die der Politik zur Verfügung stehen.

In Bezug auf staatliche Markteingriffe, die potenziell wettbewerbsverzerrend wirken, gibt das EU-Beihilfenrecht einen rechtlichen Rahmen vor, innerhalb dessen zwischen möglichen Wettbewerbsverzerrungen und der Erreichung anderer Gemeinwohlziele abgewogen wird. Inwiefern bei den unterschiedlichen Beihilferichtlinien der EU hier Verbesserungspotenzial besteht, um Nachhaltigkeitsziele besser erreichen zu können, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Gutachtens, das sich auf private Wettbewerbsbeschränkungen (also Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Missbrauch marktmächtiger Stellungen und Fusionen) konzentriert.

[60] Vgl. Dongens/Freytag, Allgemeine Wirtschaftspolitik, 2001, S. 140 ff.
[61] Vgl. Motta, Competition Policy: Theory and Practice, 2004, S. 39 ff.

3. Unilaterale Verhaltensweisen

Unilateralen Vorstößen von Unternehmen, um nachhaltiger zu wirtschaften, steht aus kartellrechtlicher Sicht grundsätzlich nichts entgegen. Verspricht sich ein Unternehmen durch eine Umstellung auf stärker nachhaltigkeitsorientierte Produkte oder Arbeitsweisen einen Wettbewerbsvorteil, so fördert Wettbewerb die Nachhaltigkeit. Will ein Unternehmen aus (vermeintlich) altruistischen Motiven nachhaltiger wirtschaften, gibt es gleichfalls keine unmittelbaren kartellrechtlichen Hürden, ein solches Vorhaben umzusetzen.[62]

Selbst wenn die Einhaltung von Nachhaltigkeitsstandards am Absatzmarkt nicht unmittelbar honoriert wird, müssen solche (ggf. höheren) Standards nicht zwangsläufig einen Wettbewerbsnachteil bedeuten, wenn sie zum Beispiel zu Kosteneinsparungen führen (z.B. beim Einsatz energieeffizienter Verfahren), risikomindernd wirken (z.B. bei der Aufrechterhaltung von Sozialstandards in globalen Wertschöpfungsketten) oder Vorteile am Finanzmarkt bieten (z.B. Nachfrage nachhaltigkeitsbewusster Anleger oder geringere Versicherungsprämien für Unternehmen mit Umweltmanagementsystemen). Wenn dies allerdings nicht der Fall ist, können höhere Nachhaltigkeitsstandards auch zu Wettbewerbsnachteilen führen.

Unilateralen Maßnahmen von Unternehmen sind ggf. kartellrechtliche Grenzen gesetzt, wenn das Unternehmen eine marktstarke Stellung innehat und den Vorschriften über den Missbrauch von Marktmacht unterliegt. In Einzelfällen ist denkbar, dass eine auf Nachhaltigkeit zielende Verhaltensweise wettbewerblich als missbräuchlich eingestuft wird. Dies könnte beispielsweise der Fall sein, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen Abnehmer diskriminiert oder Zugang zu bestimmten Einrichtungen verweigert. Diskriminierung und Zugangsverweigerung könnten wettbewerblich unbillig, aus Nachhaltigkeitsperspektive aber wünschenswert sein.

4. Kooperationen

Im Bereich von Kooperationen von Unternehmen sind die Konstellationen zu identifizieren, in denen die kartellrechtlichen Vorschriften private Handlungen auf Märkten unterbinden, die der

[62] In weiten Teilen der Ökonomik wird prinzipiell bezweifelt, dass Unternehmen Nachhaltigkeitsmaßnahmen ergreifen, die über legislative Vorgaben hinausgehen, wenn mit diesem Handeln nicht zumindest langfristig doch gewisse Vorteile auf Produktmärkten, Arbeitsmärkten oder Kapitalmärkten zumindest erwartet werden. Für diese Position siehe etwa Schinkel/Spiegel, International Journal of Industrial Organization 2017, S. 371.

Nachhaltigkeit dienen und zugleich gesellschaftlich erwünscht sind. In diesen Fällen ist zu erwägen, den kartellrechtlichen Ordnungseingriff herunterzufahren bzw. den Begriff des Effizienzeinwandes entsprechend zu erweitern. Nachhaltigkeitsorientierte Kooperationen von Unternehmen können ggf. mit dem Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen konfligieren. Wird die Kooperation gesellschaftsrechtlich umgesetzt, kann ein Zusammenschluss vorliegen, der eine Fusionskontrolle auslöst.

Unternehmen können einen Anreiz zur Kooperation mit Wettbewerbern haben, um die Risiken eines Vorgehens im Wettbewerb auszuschalten. Verbesserungen in der Nachhaltigkeit gehen zuweilen mit höheren Kosten einher und in der Folge sinkendem Absatz einher, wenn die Nachhaltigkeitsbemühungen von der Marktgegenseite nicht honoriert werden. Es kann zu einem "First-Mover-Disadvantage"[63] kommen: Das erste Unternehmen, das sich für eine ressourcenschonendere und umweltfreundlichere Produktion entscheidet, manövriert sich im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern, die an kostengünstigeren, umweltschädlichen Produktionsstätten festhalten, selbst in eine nachteilige Lage. Um für das eigene Unternehmen Nachteile gegenüber den Konkurrenten zu vermeiden, besteht daher ein besonderes Interesse daran, sich mit den Wettbewerbern auf eine einheitliche Linie in Sachen Nachhaltigkeit zu verständigen. Eine solche Kooperation mindert zudem das Risiko, von der Konkurrenz durch einen Wettbewerbsvorstoß in puncto Nachhaltigkeit überholt zu werden, der möglicherweise die Marktgegenseite doch überzeugt. Eine Kooperation kann so zu einer Versicherung gegen mehr Nachhaltigkeit werden, indem Wettbewerb in dieser Dimension faktisch ausgeschaltet wird.[64]

Diese Motivationen für Kooperationen sind nicht anerkennungsfähig – sondern klassische Risikominderungsstrategien, die den Wettbewerb unzulässig beschränken. Sie sind im Einzelfall abzugrenzen von drei Motivationen, die grundsätzlich anerkennungsfähig scheinen.

[63] Boulding/Christen, Harvard Business Review 2001, S. 20 f.
[64] Ale-Chilet/Chen/Li/Reynaert, Colluding Against Environmental Regulation, CEEPR WP, 2022.

a) Übertreffen gesetzlicher Vorgaben

Unternehmen können Kooperationen anstreben, wenn die gesetzlichen Vorschriften selbst nur ein unerwünscht niedriges „Nachhaltigkeitsniveau“ vorgeben, z.B. weil die staatlichen Vorgaben zur Reduktion von Treibhausgasen gemessen an den international verbindlichen Zielen zu wenig ambitioniert sind. Über staatliche Vorschriften hinausgehende, also privat gesetzte Ziele, *können* dann dazu beitragen, dieses „Regulierungsversagen“ oder „Politikversagen“ zu korrigieren. Das ist auch insofern konsequent, als Unternehmen Adressaten der Nachhaltigkeitsziele sind. Dabei gibt es die Konstellation, dass das Verfolgen von Nachhaltigkeitszielen mit Gewinnstreben unmittelbar in Einklang steht (etwa wenn nachhaltige Produktion ein Wettbewerbsfaktor ist). Ein Hebel für die Verfolgung von Nachhaltigkeitszielen ist auch der Zugang zum Kapitalmarkt geworden ("sustainable finance", ESG). Zum Teil verfolgen Unternehmen aber auch ohne direkten Effekt für den Gewinn Nachhaltigkeitsziele, sei es aus Gründen der Personalgewinnung, aus langfristigen Überlegungen oder vielleicht auch aus unternehmerischer Verantwortung für das Gemeinwohl.

b) Erreichen einer kritischen Masse von Abnehmern

Denkbar ist auch, dass verschiedene Abnehmer unterschiedlich nachhaltige Produkte wünschen, etwa in Bezug auf Tierhaltung oder Produktionsweisen. Gesetze schreiben jedoch regelmäßig nur Mindestanforderungen und, darüberhinausgehend, ggf. auch Informationspflichten vor. Ein Problem kann entstehen, wenn zur Erreichung höherer Nachhaltigkeitsniveaus als legislativ vorgeschrieben eine kritische Masse an Abnehmern gewonnen werden muss (etwa wegen Skaleneffekten), die ein Unternehmen allein nicht erreichen kann, und erhebliche irreversible Investitionen zur Erreichung der Ziele notwendig sind. In diesen Fällen mag, zumindest vordergründig, eine Kooperation von Unternehmen sinnvoll erscheinen.

Angeführt wird in diesem Kontext das Beispiel, dass es sich für ein Unternehmen allein nicht lohnt, in umweltfreundlichere Verpackungssysteme (z.B. Mehrweg oder sonstige kreislaufgerechte Verpackungen und Verpackungsmaterialien) zu investieren oder diese durchzusetzen.[65] Vielmehr ließen sich solche Systeme nur durchsetzen, wenn mehrere Unternehmen und weitere Akteure sich verpflichten würden, dies gemeinsam zu tun. Selbst wenn zumindest einige Verbraucher eine solche umweltfreundliche Verpackung wertschätzten, sei dies als Marktanreiz nicht

[65] Circular Economy Initiative Deutschland (Hrsg.), Kunststoffverpackungen im geschlossenen Kreislauf, 2021.

immer ausreichend, um die Infrastruktur für kreislaufgerechte Verpackungen oder Verpackungssysteme aufzubauen. Hier kann durchaus ein Fall vorliegen, in dem eine Kooperation zwischen Unternehmen effizient sein kann.[66]

In anderen Fällen kann eine systemimmanente Komplexität, wie im Beispiel von kreislaufgerechten Verpackungssystemen, dazu führen, dass Nachhaltigkeitsbemühungen individueller Akteure scheitern. Vereinzelt gibt es dann gemeinsame Initiativen verschiedener Anspruchsgruppen. Beispielhaft kann der Entwicklungsprozess der Leitlinie ISO 26000 angeführt werden, welcher über 500 Expertinnen und Experten aus unterschiedlichen Akteursgruppen (z.B. Nicht-Regierungsorganisationen, Unternehmen, staatliche Stellen) zusammengebracht hat. Das Expertengremium hat in diesem Standard unter Leitung der International Organization for Standardization unverbindliche Leitlinien für organisationale Verantwortung entwickelt.[67] Auf nationaler Ebene hat die Circular Economy Initiative Deutschland in Arbeitsgruppen mit vielen verschiedenen Akteursgruppen Empfehlungen für eine umfassende Kreislaufwirtschaft entworfen.[68]

Beispiel für Verständigung: Kreislaufwirtschaft

Eine Kreislaufwirtschaft („Circular Economy“) ist ein Produktions- und Verbrauchsmodell, bei dem vorhandene Materialien und Produkte so lang wie möglich genutzt werden sollen, indem der Lebenszyklus der Produkte verlängert wird. Das Modell zielt dabei auf globale Herausforderungen wie den Klimawandel, den Verlust der biologischen Vielfalt, Abfall und Umweltverschmutzungen ab. Die Herausforderungen sollen gemeistert werden, indem Produkte gemeinsam genutzt, verliehen, wiederverwendet, repariert, aufgearbeitet und recycelt werden. Idealerweise werden die ursprünglich verwendeten Rohstoffe nach Ge- oder Verbrauch des Produkts wieder für die Neuproduktion genutzt.

[66] Allerdings sei darauf hingewiesen, dass gerade im Bereich der Kreislaufwirtschaft das Bundeskartellamt in der Vergangenheit immer wieder Kooperationen von Unternehmen innerhalb des bestehenden Kartellrechtsrahmens zugelassen hat. Zudem werden durch Art. 210a GMO bereits Ausnahmen vom Kartellrecht gerade zur Förderung der Kreislaufwirtschaft ermöglicht.

[67] Hahn/Weidtmann, Business & Society 2016, S. 90.

[68] Circular Economy Initiative Deutschland (Hrsg.), Kunststoffverpackungen im geschlossenen Kreislauf, 2021.

c) Änderung von Präferenzen

In der Literatur wird neben den beiden genannten Gründen die Möglichkeit erörtert, dass sich soziale Normen zum Konsum nachhaltiger Produkte (zu) langsam entwickeln und diese Normen davon abhängen, wie viele andere Konsumenten ebenfalls diese nachhaltigen Produkte konsumieren.[69] Anders ausgedrückt hängt die individuelle Präferenz und Zahlungsbereitschaft für nachhaltige Produkte davon ab, ob hinreichend viele andere Abnehmer*innen ebenso handeln und nachhaltig konsumieren. Umfassende Nachhaltigkeitsstandards werden in der Regel nur von wenigen Kund*innen bewusst nachgefragt. Oftmals besteht zum Beispiel bei Konsumierenden eine „Intentions-Verhaltens-Lücke",[70] durch die selbst eine positive Einstellung zu Nachhaltigkeit nicht in entsprechendes Handeln (zum Beispiel in Form von Kaufentscheidungen) umgesetzt wird.

Die Einführung eines nachhaltigen Produktes durch ein Unternehmen allein kann dann zu wenig sein, um eine Präferenzänderung bei den Abnehmern zu bewirken, sodass eine kooperative Vereinbarung zwischen Unternehmen zumindest theoretisch hilfreich sein mag. Allerdings birgt ein solcher „Effizienzeinwand" eine nicht unerhebliche Gefahr, dass Kooperationen damit entschuldigt werden, einen ex ante nicht beobachtbaren, aber erhofften Präferenzwandel zu induzieren. Ob ein Präferenzwandel sich einstellt, dürfte ex ante kaum verlässlich zu prognostizieren sein und damit Kartellbehörden ex ante vor nicht unerhebliche Probleme stellen. Vielmehr besteht die Gefahr, dass ein angeblich erhoffter Präferenzwandel zu einer unüberprüfbaren Rechtfertigung für nahezu jede Kartellbildung wird.

5. Selbstregulierung

In verschiedenen Branchen werden Verhaltenskodizes (zum Beispiel auf Verbandsebene oder aus Initiative einzelner Unternehmen heraus) eingeführt, um die jeweiligen Mitgliedsunternehmen

[69] Inderst/Rhiel/Thomas, Sustainability Agreements and Social Norms, 2021; sowie Inderst/Sartzetakis/Xepapadeas, Competition and Co-Operation When Consumers' Sustainability Preferences Depend on Social Norms, 2021.
[70] Auger/Devinney, Journal of Business Ethics 2007, S. 361; Park/Lin, Journal of Business Research 2020, S. 623.

auf einheitliche Mindeststandards zu verpflichten.[71] Selbstverpflichtungen ermöglichen es Unternehmen, gemeinsam im Interesse von Nachhaltigkeitszielen zu handeln. Die Standardsetzung, etwa im Rahmen von Branchenverbänden, ist wettbewerbsökonomisch ambivalent.[72]

Vielfältige weitere Elemente des Nachhaltigkeitsmanagements wie nachhaltigkeitsbezogene Managementsysteme und entsprechende zertifizierte Standards (z.B. für Umwelt-, Sozial-, oder Arbeitssicherheitsmanagementsysteme) oder auch verbraucherfokussierte Labels versuchen, Nachhaltigkeitsstandards zu fördern, indem sie dazu beitragen, Informationsasymmetrien abzubauen.[73] Dies kann dazu beitragen, Nachhaltigkeit stärker zu einem wettbewerbsrelevanten Entscheidungsfaktor sowohl im Geschäftskundenbereich als auch auf Märkten für Endkund*innen zu machen. Jedoch unterliegen solche Instrumente grundsätzlich den bereits angesprochenen Limitationen wie Intentions-Verhaltens-Lücken.

Selbstregulierungsmaßnahmen sind kartellrechtlich am Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen, aber ggf. auch am Missbrauchsverbot zu messen.

II. Kartellrecht zur Förderung der Nachhaltigkeitsziele

Im vorhergehenden Abschnitt wurde erörtert, inwiefern eine strenge Kartellrechtsdurchsetzung Nachhaltigkeitsziele behindern kann. In diesem Abschnitt wird der gegenteilige Effekt untersucht: Kann eine schärfere Durchsetzung des Kartellrechts, also mehr Wettbewerb, für eine bessere Erreichung von Nachhaltigkeitszielen eingesetzt werden?

Kartellrechtliche Eingriffe zur Erreichung von Nachhaltigkeitsbelangen sind ökonomisch zu rechtfertigen, wenn sie (ebenfalls) dem Schutz des Wettbewerbs dienen. Unternehmerische Verhaltensweisen können wettbewerblich bedenklich sein *und* der Erreichung von Nachhaltigkeitszielen

[71] Siehe auch Gamper-Rabindran/Finger, Journal of Regulatory Economics 2013, S. 1.
[72] Vgl. Gilbert in: Blair/Sokol, The Oxford Handbook of International Antitrust Economics, Vol. 2, 2015, S. 554 ff. Siehe zur kartellrechtlichen Behandlung beispielhaft Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit („Horizontale Leitlinien“) (ABl. C 11 vom 14.1.2011, S. 1), Rn. 257 ff.; umfassend Lundqvist, Standardization under EU Competition Rules and US Antitrust Laws: The Rise and Limits of Self-Regulation, 2014; OECD, Policy Roundtabe Standard Setting, 2011, DAF/COMP(2010)33.
[73] Hahn, Sustainability Management, 2022, Kap. C1, C7.

schaden. In diesen Fällen stehen Wettbewerb und Nachhaltigkeit in keinem grundlegenden Zielkonflikt, sondern gehen Hand in Hand gehen. Ein kartellrechtliches Vorgehen kann damit eine wettbewerbs- und nachhaltigkeitsschädliche Verhaltensweise stoppen. Zu überlegen ist, die Kartellrechtsanwendung in solchen Fällen zu verstärken.

1. Nachhaltigkeit als Wettbewerbsparameter

Tausch auf Märkten basiert in der Marktwirtschaft auf freiwilligen Vereinbarungen. Nachfrager kaufen Produkte und Dienstleistungen in aller Regel, weil sie ihnen mindestens so viel wert sind, wie sie dafür bezahlen.[74] Anbieter verkaufen Produkte und Dienstleistungen in aller Regel, weil sie aus dem Verkauf einen Vorteil ziehen. Freiwillige Tauschgeschäfte führen daher typischerweise dazu, dass beide Vertragsseiten etwas von dem Tauschgeschäft haben - ansonsten würden sie nicht freiwillig in den Tausch einwilligen.[75] Der freiwillige Tausch erhöht somit prinzipiell die sog. Wohlfahrt beider Parteien.

Wettbewerb auf Märkten stiftet nun regelmäßig Anreize, der Marktgegenseite möglichst attraktive Offerten zu unterbreiten.[76] Nur wenn die Offerte einer Vertragspartei hinreichend attraktiv ist, kann sie im Wettbewerb auch mit Vertragsabschlüssen rechnen. Wettbewerb auf einer Marktseite stärkt die Marktgegenseite, weil diese weniger abhängig von einzelnen Angeboten ist, je mehr Auswahlmöglichkeiten bestehen.

Der Wettbewerb zwischen den Tauschreflektanten um Tauschchancen kann sich in zahlreichen Dimensionen vollziehen. Wenngleich der Preis oftmals ein wichtiger Wettbewerbsparameter ist, ist dies keinesfalls der einzige Faktor, der die Attraktivität eines Angebotes bestimmt. In welchen Dimensionen sich Wettbewerb – sofern er funktionsfähig oder wirksam ist – letztlich vollzieht, hängt neben gesetzliche Regelungen und technischen Möglichkeiten vor allem von den Präferen-

[74] Auf Marktversagenstatbestände (Informationsdefizite, fehlerhaftes Verhalten), die diese Logik außer Kraft setzen, s. Teil 3.B.

[75] Dieser Vorteil muss sich nicht immer sofort einstellen, sondern kann sich auch langfristig manifestieren. Gratisproben etwa werden zumeist nicht aus karitativen Gründen verteilt, sondern in der Hoffnung auf zukünftige Verkäufe.

[76] Dies gilt im Wettbewerb auf Produktmärkten ebenso wie auf Beschaffungsmärkten für Produktionsfaktoren. So führt etwa Wettbewerb um knappe Arbeitskräfte dazu, dass man diesen attraktive Angebote unterbreiten muss, um sie für sich zu gewinnen.

zen der Nachfrager ab. Die Erfüllung der durchaus differenzierten Wünsche der Nachfrager gelingt regelmäßig im Wettbewerb besser als bei fehlendem Wettbewerb. Ohne Wettbewerb sind die Anreize der Anbieter, den Nachfragern Produkte möglichst zu den Konditionen anzubieten, die diese wünschen, vergleichsweise schwach ausgeprägt.

Ein Wettbewerbsparameter unter vielen kann die nachhaltige Produktion sein. Sofern Kund*innen eine umwelt- und klimaschonende Produktion wertschätzen oder Wert darauflegen, dass Unternehmen ihre Arbeitnehmer*innen angemessen entlohnen und menschenwürdige Arbeitsbedingungen gelten, können sich Unternehmen Vorteile im Wettbewerb verschaffen, indem sie genau dies anbieten.[77] Das gilt auch, wenn Kund*innen es schätzen, dass Lieferanten (etwa Landwirte) von Händlern und Herstellern „faire" Preise erhalten. Unternehmen können ihr Verhalten etwa durch Siegel wie das „Fair Trade"-Label oder Öko- und Bio-Kennzeichnungen transparent machen. Sofern diese von Konsumierenden als nutzenstiftend erkannt und tatsächlich höhere Nachhaltigkeitsstandards gewahrt werden, wird Nachhaltigkeit zum Wettbewerbsfaktor.

Wettbewerb führt tendenziell zu einer stärker ausgeprägten Produktvielfalt als dies auf konzentrierten Märkten zu beobachten ist. Insofern unterschiedliche Nachfrager*innen an unterschiedlichen Nachhaltigkeitsniveaus interessiert sind oder diesbezüglich unterschiedliche Präferenzen haben, werden sie auf Wettbewerbsmärkten eher das für sie passende Angebot finden als auf vermachteten Märkten. Zudem ist auf Wettbewerbsmärkten eher davon auszugehen, dass einzelne Unternehmen einen Wettbewerbsvorstoß auch in der "Nachhaltigkeitsdimension" machen als auf wettbewerbsarmen Märkten. Insofern fördert die Stärkung des Wettbewerbs auch die Nachhaltigkeit.

2. Kartellrecht und Innovationsförderung

Wettbewerb ist eine Triebfeder für Innovationen. Durch sog. Produktinnovationen – also die Entwicklung neuer oder verbesserter Produkte – können sich Unternehmen im Wettbewerb von ihrer Konkurrenz abheben und neue Kund*innen und Marktanteile hinzugewinnen. Mit Produktinnovationen meint die industrieökonomische Literatur im Grunde sämtliche Produktveränderungen

[77] Das gilt selbstredend nur dann, wenn hinreichend viele Nachfrager auch tatsächlich eine Zahlungsbereitschaft dafür haben (und dies nicht nur öffentlich behaupten).

und auch Qualitätsverbesserungen, welche Kund*innen wertschätzen. Die Logik kann gleichermaßen für sog. Prozessinnovationen gelten, durch welche Unternehmen ressourcensparend und damit auch günstiger produzieren, sodass sie sich auf der Kostenseite Wettbewerbsvorteile verschaffen. Wettbewerb stiftet diese Innovationsanreize, weil sich Innovationen – sowohl auf der Produktebene als auch bei Produktionsprozessen[78] – in Wettbewerbsvorteile übersetzen. Im Monopol oder auf hoch konzentrierten Märkten hingegen sind Innovationsanreize gering, da Unternehmen bereits hohe Profite und Marktanteile genießen und es somit – anders als im Wettbewerb – wenig „hinzuzugewinnen" gibt.[79]

Der Begriff der Innovation ist zunächst zwar neutral in Bezug auf Nachhaltigkeitsziele. Allerdings ist anerkannt, dass Innovationen beispielsweise für den Klimaschutz besonders bedeutsam sein können: So können dringend erforderliche Technologien zur Reduzierung, Speicherung oder Entnahme von CO_2 nur aus Innovationsanstrengungen hervorgehen, die durch Wettbewerb angereizt werden. Prozessinnovationen können eine ressourcenschonende Produktionsweise ermöglichen; Produktinnovationen können die Lebensdauer von Produkten verlängern oder neue Antriebstechnologien im Verkehr (Elektromobilität) einführen; Geschäftsmodellinnovationen können die Einführung von Produkt-Service-Systemen (z.B. Carsharing) vorantreiben.

Des Weiteren ermöglicht Wettbewerb ein Experimentieren: Was eine gute Idee ist und was nicht, welche Organisationsformen effizient sind und welche nicht, zeigt am besten der Wettbewerb. Vor allem gewährleistet er, dass dynamisch auf veränderte Wünsche bestmöglich reagiert wird,

[78] Produktionsprozesse sind hier in einem weiten Sinne zu verstehen und beinhalten auch Management und Logistik und somit den gesamten Prozess, der für die unternehmerische Leistung vom Einkauf bis zum Verkauf erforderlich ist.

[79] Es gibt eine umfängliche ökonomische Literatur zum Zusammenhang zwischen Wettbewerb und Innovationen mit nicht ganz einheitlichen Befunden. Während ein Teil der Literatur zu dem Ergebnis gelangt, dass mehr Wettbewerb prinzipiell auch zu mehr Innovationsanreizen führt, kommt der größere Teil der Literatur inzwischen zu dem Ergebnis, dass nicht durchgehend ein positiver Zusammenhang besteht, sondern der Zusammenhang wie ein umgedrehtes U abgebildet werden kann. Demnach sind die Innovationsanreize nicht nur bei hoch konzentrierten, wettbewerbsarmen Märkten (wie im Extremfall im Monopol) gering, sondern auch bei sehr zersplitterten und extrem wettbewerbsintensiven Märkten mit geringen Margen. Die höchsten Innovationsanreize bestehen demnach nicht bei vollständigem oder sehr intensivem Preiswettbewerb, sondern auf Märkten mit moderaten Konzentrationsraten (vgl. Aghion et al, Quarterly Journal of Economics 2005, S. 701; Askenazy/Cahn/Irac, Oxford Economic Papers 2013, S. 293). Aus ökonomischer Perspektive könnte hier auch von funktionsfähigem oder wirksamem Wettbewerb – in Abgrenzung zu vollständigem Wettbewerb oder gar ruinöser Konkurrenz – gesprochen werden.

entweder durch die Anpassung der etablierten Anbieter oder durch den Markteintritt neuer Konkurrenten. Damit fungiert Wettbewerb als „Entdeckungsverfahren“[80] dafür, was Individuen wann, wo und wie am liebsten hätten und welche Art von Produktion und Organisation effizient ist und welche nicht. Mit steigender Bedeutung von Nachhaltigkeit wird dieser vom Wettbewerb getriebene Experimentier- und Selektionsprozess das nachhaltigkeitsfördernde Wirtschaften belohnen. Insgesamt kann die Förderung von Innovation durch eine engagierte Kartellrechtsdurchsetzung auch als positiv im Sinne der Nachhaltigkeitsziele angesehen werden.

3. Gleichlauf von Nachhaltigkeits- und Wettbewerbsschädigung

Die beiden zuvor genannten Begründungen für eine verstärkte Kartellrechtsanwendung adressieren den Marktversagenstatbestand des fehlenden Wettbewerbs. Es ist zumindest auch denkbar, das kartellrechtliche Instrumentarium auch beim Vorliegen anderer Marktversagensgründe (zu diesen Teil 3.B.I.) einzusetzen, wenn diese zugleich nachhaltigkeitsschädigend sind. In diesen Fällen könnte prinzipiell erwogen werden, den Apparat des Kartellrechts, um außerwettbewerbliche Erwägungen anzureichern. Das Kartellrecht wird dann ordnungsrechtlich, aber außerhalb der wettbewerblichen Zielsetzung eingesetzt. Das mag wettbewerbsökonomisch zunächst fernliegend erscheinen, kann aber aus drei Gründen in Erwägung gezogen werden:

Erstens ist das Kartellrecht auf europarechtlicher Ebene ein effektives Instrument, mit dem Unternehmen direkt adressiert werden können.

Zweitens kommt es gegebenenfalls zu Überschneidungen verschiedener Zielsetzungen, die sich nicht immer trennscharf abgrenzen lassen.

Drittens kann aus wettbewerblicher Perspektive argumentiert werden, dass es vorzugswürdig ist, wenn hoheitliche Markteingriffe im Rahmen des Schutzsystems zugunsten des Wettbewerbs erfolgen, selbst wenn außerwettbewerbliche Ziele verfolgt werden. Bei bestimmten Markteingriffen wie etwa CO_2-Preisen oder -Steuern oder auch bei für alle Marktteilnehmer gültigen Produkt- oder Produktionsstandards sind die hoheitlichen Markteingriffe in dem Sinne wettbewerbsneutral, dass sie für alle Marktteilnehmer gleichermaßen gelten und somit keine Wettbewerbsverzer-

[80] Von Hayek, Freiburger Studien: Gesammelte Aufsätze, 1969, S. 249.

rungen hervorrufen. Sofern allerdings durch Nachhaltigkeitsmaßnahmen Wettbewerbsverzerrungen drohen, erscheint eine Beteiligung von Wettbewerbsbehörden wünschenswert. Dies würde zu einer stärkeren Integration von Nachhaltigkeitsschutz und Wettbewerbserwägungen führen können.

Das läge insbesondere dann nahe, wenn das Kartellrecht dieselbe Sachmaterie adressiert und sich die Aufgaben des Kartellrechts mit denen aus anderen Rechtsgebieten, zum Beispiel dem Umweltrecht, überschneiden. Das Kartellrecht kann und soll das Umweltrecht nicht primär fokussieren, allerdings könnte durch eine entsprechende Kooperation, also die Zusammenarbeit mit anderen Institutionen, eine Grundlage für einen ordnungsrechtlichen Eingriff identifiziert werden. Auf Grundlage der Ergebnisse aller einbezogenen Behörden sollte dann ein ordnungsrechtlicher Eingriff abgewogen werden, der dann auch die wettbewerbsökonomischen Überlegungen einbezieht.

III. Bewertungskriterien für Handlungsoptionen

Die in diesem Gutachten entwickelten Handlungsoptionen (Teil 2) werden einer Bewertung unterzogen. Die hierfür erforderlichen Kriterien speisen sich aus den vorangestellten ökonomischen Überlegungen. Daneben stehen allgemeine rechtliche und politische Bewertungskriterien.

Aus ökonomischer Sicht ist relevant, ob der kartellrechtliche Markteingriff oder das Ausbleiben desselben auf Grundlage eines Markt- oder Politikversagens zu rechtfertigen ist. Dieser Logik folgt im Grunde auch das Beihilfenkontrollregime der EU: Im Grunde gilt der Wettbewerb als schutzwürdig. In bestimmten Konstellationen kann es jedoch im Wettbewerb zu einem Marktversagen kommen oder aber dazu, dass andere gesellschaftliche Ziele (etwa der regionale Ausgleich) nicht erreicht werden können. In solchen Situationen kann es ökonomisch sinnvoll sein, Wettbewerbsbeschränkungen ganz bewusst in Kauf zu nehmen, um ein Marktversagen zu beheben. Allerdings gilt es hier zwischen der Wettbewerbsbeschränkung einerseits und dem Nutzen aus der Auflösung eines Marktversagens andererseits abzuwägen. Diesem Prinzip folgt der Abwägungstest ("Balancing Test") der Europäischen Kommission. Ein ähnlicher Balancing Test wird im Folgenden auch für Nachhaltigkeitskooperationen vorgeschlagen:

- Wird ein Marktversagen adressiert?
- Dabei ist insbesondere zu untersuchen, welche Effizienzwirkungen entstehen und wie die Stellung von Verbraucher*innen oder die Gesamtwohlfahrt verbessert wird.

Relevante Marktversagenstatbestände, die adressiert werden können, sind externe Effekte, Informationsasymmetrien und eingeschränkt rationales Verhalten. Markteingriffe zur Korrektur von Wettbewerbsdefiziten (im Extremfall etwa das Verhindern des Missbrauchs von Marktmacht durch ein (natürliches) Monopol) sind schon heute in aller Regel durch das Kartellrecht (oder sektorspezifische Regulierung) gedeckt und müssen keinem neuen oder zusätzlichen Test unterzogen werden.

- Wird das Marktversagen bereits durch legislative Maßnahmen adressiert?

Festzustellen ist, ob ein identifiziertes Marktversagen bereits durch andere legislative Maßnahmen adressiert wird. Sollte dies nicht der Fall sein, so ist darzulegen, dass die Beseitigung des Marktversagens tatsächlich im Interesse des Gesetzgebers ist. Wird das Marktversagen hingegen bereits durch legislative Maßnahmen adressiert, so ist darzulegen, ob und inwieweit diese bisher ergriffenen Maßnahmen nicht ausreichend sind, um das identifizierte Marktversagen hinreichend zu beheben. Solche Nachweise mögen durch Gerichtsurteile belegt werden oder durch ein offensichtliches Auseinanderklaffen von in Gesetzen oder internationalen Verträgen formulierten Zielen und deren tatsächlicher Erreichung. Das Kartellrecht und Ausnahmen von kartellrechtlichen Verboten sollen somit nicht zum primären Ort der Nachhaltigkeitspolitik werden, sondern allein hilfsweise da genutzt werden, wo der bisherige Rechtsrahmen offenkundig nicht ausreicht, um die von der Legislativen selbst gesteckten Nachhaltigkeitsziele zu erreichen.

- Welche Auswirkungen ergeben sich für die Nachhaltigkeit?

Dabei ist zu ermitteln, welche Vorteile voraussichtlich für wen erzielt werden und ob diese Vorteile geeignet sind, potenzielle negative Wirkungen für den Wettbewerb (und Marktteilnehmer) aufzuwiegen. Dies setzt nicht zwingend eine Einzelfallanalyse voraus, sondern kann auf Grundlage einer typisierenden Betrachtung erfolgen. Die Messbarkeit der Nachhaltigkeitswirkungen wird hier ebenfalls zu berücksichtigen sein.

Eine Option ist nur dann brauchbar, wenn diese auch rechtmäßig ist. Aus rechtlicher Sicht ist daher zu fragen, ob mögliche Rechtsänderungen mit höherrangigem Recht vereinbar sind und wie sie sich ins System des geltenden Rechts einfügen.

- Ist die Handlungsoption mit höherrangigem Recht vereinbar?

Dabei ist als Bewertungsmaßstab höherrangiges Recht anzulegen. Je stärker die Rechtmäßigkeit von einem grundlegenden Wandel in der Rechtsprechung der Obergerichte ist, desto unwahrscheinlicher ist ihre Umsetzung. Der Aspekt der Systemkompatibilität, ist freilich nicht überzubewerten: Gravierende Veränderungen – wie etwa die „Entdeckung" der Nachhaltigkeit als Topos des Wirtschaftsrechts – müssen geradezu zu dogmatischen Verwerfungen und Weiterentwicklungen führen.

In einem weiteren Schritt sind Umsetzbarkeit und Praktikabilität der Maßnahmen für die Stakeholder zu evaluieren.

- Welche Regulierungskosten gehen mit der Handlungsoption einher?

Regulierungskosten sind die Kosten der Rechtsanwendung, der Überwachung und Compliance. Diese Kosten sind insbesondere bei komplizierten Regelwerken und Normen hoch. Diese müssen geschaffen und anschließend befolgt werden. Je komplexer eine Norm ist, desto schwieriger wird ihre Anwendung durch Behörden und Gerichte und ihre Befolgung durch Unternehmen. Dies verursacht nicht nur Kosten, sondern kann auch dazu führen, dass Verfahren in die Länge gezogen werden, die Normen wegen ihrer hohen Komplexität falsch angewendet werden und deswegen erwünschte Verhaltensweisen unterbleiben oder unerwünschte Verhaltensweisen nicht ergriffen werden. Die Effizienz der Maßnahme ist also nicht nur mit Blick auf das Ergebnis, sondern auch mit Blick auf das Wie der Umsetzung zu prüfen.

Die positiven und negativen Wirkungen der Maßnahmen sind sodann abzuwägen. Diese Abwägung muss an den politischen Zielsetzungen orientiert sein, die in diesem Gutachten nicht letztgültig getroffen werden können. So können Ziele (etwa funktionierender Wettbewerb oder die SDG) unterschiedlich gewichtet werden. Kosten können unterschiedlich verteilt werden. Risiken und Unsicherheiten bei der Bewertung der Maßnahmen können unterschiedlich eingeordnet und

abgesichert werden. Diese Abwägung und letztlich Entscheidung ist eine originär politische Aufgabe, die in diesem Gutachten nicht geleistet werden kann.

C. Grundmuster der kartellrechtlichen Reformoptionen

Alle im Folgenden aufgeführten Handlungsoptionen lassen sich vier Grundmustern zuordnen. Der Ausgangspunkt ist, dass das Kartellrecht der Erreichung von Nachhaltigkeitszielen nicht entgegenstehen sollte. Bislang gilt das Kartellrecht als weitgehend „agnostisch" gegenüber Nachhaltigkeitsfragen, auch wenn oben bereits aufgezeigt wurde, dass Wettbewerb und Nachhaltigkeit in einem Wirkungsverhältnis zueinanderstehen. Die vier Grundmuster entfernen sich vom agnostischen Kartellrecht in unterschiedlicher Weise und Intensität. Welcher Ansatz gewählt wird, ist eine politische Entscheidung. Es ist in der Praxis denkbar, verschiedene Optionen in begrenztem Umfang auch zu kombinieren. Welche Optionen welchem Grundmuster zuzuordnen sind, wird in Teil 2 dargestellt.

I. Nachhaltigkeitssensible Kartellrechtsanwendung (Sustainability Awareness)

Einige Sektoren haben für einige spezielle Nachhaltigkeitsziele eine besonders hohe Bedeutung. Es liegt beispielsweise auf der Hand, dass die Energiewirtschaft in einem hohen Maß unmittelbar von Klimaschutzmaßnahmen betroffen ist. In der Kartellrechtsanwendung kann es Fälle geben, die unmittelbar oder mittelbar erhebliche Wirkungen für die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen haben.

Ein Set von Optionen zielt darauf ab, das Bewusstsein für solche Nachhaltigkeitswirkungen der Kartellrechtsanwendung zu schärfen. Damit wird ein nachhaltigkeitssensibler Ansatz verfolgt, der der Idee der „sustainability awareness" folgt: Das Bewusstsein für die Nachhaltigkeitswirkungen des Kartellrechts wird gestärkt, daraus folgt ggf. eine erhöhte Wachsamkeit oder eine Einstellungsänderung. Sustainability Awareness wird typischerweise als Wissen, Verhalten und Einstellung von Individuen gemessen.[81] Nachhaltigkeitssensibel wird Kartellrecht dann angewendet, wenn die Entscheidungsträger*innen in Behörden und Unternehmen die Nachhaltigkeitswirkungen ihrer Handlungen kennen und sich bewusst sind, dass ein Zusammenhang zwischen ihrer Tätigkeit und der Erreichung von Nachhaltigkeitszielen besteht.

[81] Vgl. Garbie, 26 Procedia CIRP 2015, S. 64; Denoncourt, Integrating Sustainable Development Awareness in Intellectual Property Law Education, 2021; Die Europäische Investitionsbank hat einen Sustainability Awareness Bond ausgegeben, siehe https://www.eib.org/de/investor-relations/sab/index.htm.

Die Identifikation solcher Fälle mit hohem Nachhaltigkeitswirkung ist allerdings kein Selbstläufer. Kartellrechtsanwendung geht damit einher, Marktstrukturen zu prüfen und Marktverhalten zu ändern. Die Auswirkungen des Kartellrechts auf die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen variieren erheblich, je nachdem welcher Fall verhandelt wird. Beispielsweise können Fälle aus der Energie-, Abfall- oder Umweltwirtschaft in erheblicher Weise relevant für Klimaschutzmaßnahmen werden.

- Würde beispielsweise das Verhalten eines Unternehmens beim Handel mit Emissionszertifikaten untersucht, kann dies potentiell den Markt erheblich beeinflussen und damit auch die Erreichung von SDG.
- Im Fall *ARA* ging die Europäische Kommission gegen ein Unternehmen vor, das den Marktzugang von Unternehmen zu Infrastrukturen der Abfallbeseitigung behinderte (hier: Sammlung von Haushaltsabfällen).[82] Stärkerer Wettbewerb hätte ggf. zu Effizienzen bei der Abfallentsorgung geführt.
- In ihrer Stellungnahme zum Fall *PKW-Emissionen* unterstrich die für Wettbewerb zuständige Vizepräsidentin der EU-Kommission, *Margrethe Vestager*, den Zusammenhang ihres Vorgehens gegen die Autohersteller mit den Zielen des Green Deals.[83] Bemerkenswert ist allerdings, dass diese politischen Aussagen im Pressestatement in der Entscheidung selbst keine Entsprechung finden: In der Entscheidung wird nicht darauf abgestellt, dass das Verhalten zur Umweltbeeinträchtigung geführt hat.[84]

Derzeit werden die Wirkungen unternehmerischer Wettbewerbsstrategien und kartellrechtlicher Eingriffe nicht auf Nachhaltigkeitswirkungen hin analysiert. Mit einer stärkeren Sustainability Awareness wird die wettbewerbliche Logik des Kartellrechts nicht angetastet, wohl aber das Bewusstsein dafür verstärkt, wie sehr freier Wettbewerb Nachhaltigkeit fördert und wie im Einzelfall das Kartellrecht der Erreichung solcher Ziele im Weg steht.

[82] Europäische Kommission, 20.9.2016, Fall 39759 – ARA Foreclosure.
[83] Vgl. Vestager, Statement v. 8.7.2021, abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/statement_21_3583.
[84] Vgl. Europäische Kommission, 8.7.2021, Az. AT.40178 – PKW-Emissionen.

II. Kartellrechtliche Erweiterungen (Sustainability Boost)

Ein zweites Set von Optionen zur nachhaltigkeitsorientierten Reform des Kartellrechts zielt darauf ab, das Kartellrecht punktuell weiterzuentwickeln. Das Kartellrecht soll der bisherigen Markt- und Wettbewerbslogik verpflichtet bleiben. Der aktuelle Kartellrechtsrahmen würde jedoch an einzelnen Stellen angepasst, um die Nachhaltigkeitsziele *mit wettbewerblichen Mitteln* besser fördern zu können. Das Kartellrecht und damit der Wettbewerbsschutz würden für solche Fälle gestärkt, in denen kein grundsätzlicher Konflikt zwischen Wettbewerb und Nachhaltigkeit vorliegt. Durch moderate Anpassungen und Klarstellungen wird das Kartellrecht so gestaltet, dass Nachhaltigkeitselemente ohne Bruch mit der Wettbewerbslogik besser zur Geltung kommen können. Es handelt sich insoweit um einen "Sustainability Boost": Kartellrecht unterstützt das Streben nach Nachhaltigkeit, verleiht ihm sogar einen "Boost", indem das Wettbewerbsprinzip noch schlagkräftiger durchgesetzt wird.

Die Marktversagenstatbestände sind hierfür die entscheidenden Ansatzpunkte. Diese können nach der hergebrachten ökonomischen Begründung Eingriffe in den Markt und das Wettbewerbsgeschehen rechtfertigen. Solange sich Nachhaltigkeitsziele mit der Behebung von klassischen Marktversagenstatbeständen erreichen lassen, kann dies auch eine Anpassung des geltenden Rechtsrahmens rechtfertigen.

III. Wettbewerb als nachhaltiger Wettbewerb (Sustainable Competition)

Ein drittes Set von Optionen geht von einem neuen wettbewerblichen Leitbild aus: Wettbewerb als nachhaltiger Wettbewerb. Damit bleibt das Kartellrecht der wettbewerblichen Ausrichtung treu und verfolgt keine außerwettbewerblichen Zielsetzungen. Der geschützte Wettbewerb, auf den die Kartellrechtsdurchsetzung abzielt, wird aber stärker als bisher als ökologisch und sozial nachhaltiger Wettbewerb ("sustainable competition") interpretiert. Diese Option ist Ausdruck des Konzepts der Nachhaltigkeit, das auf einem engen Zusammenhang von Wirtschaft, Nachhaltigkeit und Entwicklung gründet. Diesem Ansatz, ökologische Ziele in ökonomische Ermessensentscheidungen zu integrieren, folgt das europäische Beihilfenrecht. Das Kartellrecht ist dann darauf auszurichten, wirtschaftliche Aktivitäten mit der Erreichung der Nachhaltigkeitsziele in Einklang zu bringen.

Für eine solche stärkere Integration der Nachhaltigkeitsziele in den Wettbewerbsbegriff gibt es verschiedene Legitimationen:

Bei einigen Nachhaltigkeitszielen ist diese Überlegung ein praktischer, funktionaler Mechanismus: Wird die Klimakatastrophe nicht abgewendet, kommt es auch zu einer Implosion der Wirtschaft. Wirtschaftlicher Wettbewerb, der die Klimakatastrophe fördert, kann – vor dieser Überlegung – nicht sinnvoll bestehen und nicht geschützt werden. Klimaschutz ist eine Funktionsvoraussetzung für wirtschaftlichen Wettbewerb, sodass nur Wettbewerb schützenswert ist, der die Klimaziele respektiert.

Aus ökonomischer Perspektive tritt neben diese funktionelle Überlegung, wie am Beispiel Klimaschutz illustriert, dass auch die Marktakteure Wettbewerb zunehmend als nachhaltigen Wettbewerb verstehen. Das gilt einerseits für Verbraucher*innen, die zunehmend die Nachfrage auf nachhaltige Produkte lenken und ein stärkeres Interesse an Nachhaltigkeit ausdrücken. Andererseits sind es auch Bedarfe der Unternehmen, Nachhaltigkeit als Wettbewerbsparameter zu berücksichtigen. Dies geschieht zum Beispiel vor dem Hintergrund erhöhter Kosten für Treibhausgasemissionen, der veränderten Verbrauchernachfrage, möglicher Reputationseinbußen und Compliance-Schwierigkeiten bei Rechtsverletzungen in der Lieferkette oder mit Blick auf die Attraktivität als Arbeitgeber. Hier zeigen sich neue ökonomisch motivierte Verhaltensweisen, die sich in einem gewandelten Wettbewerbsleitbild niederschlagen können. Zudem sind Unternehmen im Rahmen der verschiedenen Strategien für nachhaltige Entwicklung aufgefordert, aktiv an der Erreichung von Nachhaltigkeitszielen mitzuarbeiten. Präferenzen und Anreize in den Märkten haben sich also gewandelt.

Normativ lässt sich das Modell des Sustainable Competition damit begründen, dass nur der Wettbewerb geschützt sein kann, der von der Rechtsordnung anerkannt wird. Der illegale Wettbewerb ist nicht geschützt. Insoweit lässt sich bei Rechtsverletzungen, etwa der Verletzung von Menschenrechtsstandards im Ausland, vertreten, dass der kartellrechtliche Schutz nicht zur Verfügung stehen darf. Gerade für die sozialen Nachhaltigkeitsziele kann dieses Konzept fruchtbar gemacht werden. Inwieweit auch Verpflichtungen anerkannt werden, die nicht als harte Rechtsnormen ausgestaltet sind, ist dann eine Folgefrage.

Aus funktionellen, ökonomischen und normativen Überlegungen lässt sich also eine stärkere Orientierung des Kartellrechts an Nachhaltigkeitszielen – man könnte auch sagen: eine stärkere Bindung des Kartellrechts an andere Werte – fordern. Das Kartellrecht wäre dann freilich nicht mehr "agnostisch". Allerdings wurden auch in der Vergangenheit Setzungen vorgenommen, die für die Kartellrechtspraxis leitend waren. Die rein effizienzorientierte Ausrichtung des Kartellrechts im Sinne der Chicago-School lässt sich beispielsweise als eine solche Setzung verstehen. Die Definition, welche Vorstellung von Wettbewerb durchgesetzt werden soll, ist permanente Aufgabe im Diskurs von Gesetzgebern, Gerichten, Behörden, Wissenschaft und Öffentlichkeit.

Gerichte und Gesetzgeber haben sich in jüngerer Zeit wieder verstärkt auf normative Modelle von Wettbewerb gestützt, wenn sie den Terminus „Leistungswettbewerb" bemühen.[85] Wird der Leistungswettbewerb geschützt, bedeutet dies eine Modifikation gegenüber einem offeneren Wettbewerbsbegriff, der nicht auf Leistungen („merits") abstellt, sondern jeden Vorstoß am Markt akzeptiert. Ein normativ aufgeladener Wettbewerbsbegriff kann hingegen Nicht-Leistungs-Wettbewerb ausschließen. Ebenso kann Wettbewerb nur dann als schutzwürdig angesehen werden, wenn er nachhaltig ausgerichtet ist. Dies ist gesetzgeberisch vorzugeben, wobei das Fachrecht teilweise schon bestimmte Vorgaben für wirtschaftliche Aktivitäten zum Ausdruck bringt, die also auch in der Kartellrechtsdurchsetzung berücksichtigt werden müssen. Mit dem Leitbild des „nachhaltigen Wettbewerbs" wird aus dem agnostischen Wettbewerbsrecht ein stärker wertgebundenes Wettbewerbsrecht (was durchaus an die ordoliberale Tradition gerade des deutschen Kartellrechts anknüpfen würde).

Für die Weiterentwicklung des Wettbewerbsleitbilds mit Blick auf die Nachhaltigkeit ist vor allem das Modell einer „ökologisch-sozialen Marktwirtschaft" relevant.[86] Als dessen Kern wird häufig die Kostenwahrheit für ökologische Belastungen angeführt. Gekoppelt mit dem Verursacherprinzip, das in *Hans Jonas'* „Prinzip Verantwortung" angelegt ist,[87] muss dies zu einer hoheitlichen Steuerung führen, die externe Kosten internalisiert und Gemeingüter stärker schützt. Damit bleibt

[85] Zum Beispiel in § 20 Abs. 3a GWB; EuG, 10.11.2021, Rs. T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763, Rz. 157 – Google Shopping; BGH, 9.3.2021, Az. KZR 55/19, NZKart 2021, 509, 513, Rz. 45 – Gasnetz Berlin.
[86] Dieser Terminus findet sich z.B. in der Wettbewerbspolitischen Agenda des BMWK bis 2025, 2022; früh schon Riegler, Ökosoziale Marktwirtschaft, 1989.
[87] Jonas, Das Prinzip Verantwortung, 1979.

das Modell letztlich der Wettbewerbsordnung verpflichtet und einem ordnungspolitischen Ansatz treu – Marktversagen wird konsequent bekämpft.[88]

Eine derartige Wandlung des Kartellrechts würde bedeuten, dass Nachhaltigkeitswirkungen innerhalb des kartellrechtlichen Prüfungsrasters berücksichtigt würden. So könnte etwa im Rahmen der Missbrauchsaufsicht Verhalten als wettbewerbsschädlich angesehen werden, das auf Basis von Marktmacht zu einer Verstärkung des anthropogenen Klimawandels führt. Die Nachhaltigkeitswirkungen würden als Teil der Wettbewerbsordnung angesehen – sei es, um die langfristige Funktionsfähigkeit des Marktmechanismus zu sichern, sei es aus Gründen gewandelter Präferenzen und Anreize oder wegen einer normativen Setzung, dass Wettbewerb nur ökologisch nachhaltiger Wettbewerb sein kann. Fraglich wäre allerdings, ob die Integration von Nachhaltigkeitszielen so weit gehen sollte, dass Kartelle von Herstellern von Mineralöl, Tabak, Zucker und anderen Produkten, deren Verbrauch aus Nachhaltigkeitsgründen reduziert werden soll, weniger streng oder womöglich gar nicht mehr kartellrechtlich verfolgt werden sollten oder ob ein Preishöhenmissbrauch bei solchen Produkten eher toleriert wird. Nachhaltigkeitswirkungen müssten stets im Rahmen des wirtschaftlichen Handelns auf Märkten gesehen werden. Angestrebt wird nicht ein Primat der Nachhaltigkeit über die Wirtschaft, sondern eine Transformation der Marktwirtschaft, in der durch die Internalisierung von Kosten, ordnungsrechtliche Vorgaben und andere genuin marktwirtschaftliche Instrumente die Nachhaltigkeitsziele besser erreicht werden.

Ein derartiger Schwenk ist ohne eine gesetzgeberische Regelung allerdings kaum zu schaffen. Der Gesetzgeber muss die Neuausrichtung des Kartellrechts legitimieren.

Das Modell „Nachhaltiger Wettbewerb“ enthält einen konzeptionellen Quantensprung für das Wettbewerbsrecht: Nachhaltigkeit würde in die wettbewerbliche Prüfung integriert. Das kann als Fortentwicklung des Wettbewerbsmodells für das 21. Jahrhundert angesehen werden. Damit verbunden wäre wohl eine sichtbare Transformation des Wirtschaftsordnungsrechts, ohne dass die

[88] Siehe in diesem Sinn die beiden Wettbewerbspolitiker Jens, Die Wettbewerbsordnung als Kern einer Öko-sozialen Marktwirtschaft und die langfristige Sicherung eines wirksamen Wettbewerbs, in: Jens, Der Umbau, 1991, S. 211 ff.; Biedenkopf, Die ökologische Erneuerung der Sozialen Marktwirtschaft in Ost und West, S. 240 ff.

Prinzipien der Marktwirtschaft aufgegeben werden würden. Gleichzeitig könnte dieser Quantensprung des Wettbewerbsrechts einen Weg weisen, wie Ziele nachhaltiger Entwicklung durch wettbewerbliche Instrumente besser erreicht werden.

Allerdings würde der klassische Wettbewerbsschutz verwässert. Innovationen und Effizienzen im bisherigen Sinn könnten in bestimmten Fällen erschwert werden. Dabei sind zwei Risiken besonders zu berücksichtigen: Erstens müssten Kartellbehörden als Teil der Exekutive das Spannungsfeld zwischen Wettbewerb und Nachhaltigkeit auflösen. Dies ist bisher weitgehend Aufgabe des demokratischen Diskurses in den Parlamenten und nicht Aufgabe der Exekutive, die damit leicht überfordert werden könnte. Zweitens ist der Begriff der Nachhaltigkeit so umfassend, dass kaum mehr klare Grenzen zu ziehen wären. Es würden geradezu alle Tore für vielfältige Argumentationen geöffnet. Das macht zumindest eine Begrenzung dieses Ansatzes durch den Gesetzgeber zwingend erforderlich. Auf einem noch fundamentaleren Level ist festzustellen, dass der offene Wettbewerbsbegriff von einer anderen Ordnungsvorstellung abgelöst würde.

IV. Berücksichtigung außerwettbewerblicher Interessen (Levelling Approach)

Einige Optionen knüpfen daran an, außerwettbewerbliche Interessen zu berücksichtigen. Diese Interessen werden mit wettbewerblichen Interessen auf eine Stufe gestellt (Levelling Approach). Dabei lassen sich zwei gänzlich unterschiedliche Stränge ausmachen:

Zum einen gibt es die Möglichkeit, bestimmte Verhaltensweisen von vornherein von der Kartellrechtsanwendung auszunehmen, weil Aspekte betroffen sind, die einen Vorrang vor dem Wettbewerbsschutz beanspruchen.

Diese Option hat den Nachteil, dass wettbewerbliche Aspekte keine Rolle mehr spielen. Einer der Vorteile ist allerdings, dass die Kartellrechtsanwendung im Übrigen nicht in Mitleidenschaft gezogen wird. Die Ausnahme vom Anwendungsbereich des Kartellrechts ist nach Auffassung mancher Autor*innen insofern eine „saubere“ Alternative, weil wenigstens keine „schmutzigen“ Kompromisse gemacht werden.

Zum anderen bestehen Optionen, außerwettbewerbliche Interessen in kartellrechtlichen Verfahren zu berücksichtigen. Dann wird innerhalb der kartellrechtlichen Verfahren der wettbewerbliche Prüfungsmaßstab relativiert. Die etablierten Verfahren und Werkzeuge des Kartellrechts werden dann umfunktioniert, um andere Ziele zu erreichen.

Diese Option hat den Nachteil, dass der reine wettbewerbliche Maßstab innerhalb des Systems überlagert wird. Allerdings bieten die Verfahren einen etablierten Rahmen, um unternehmerische Verhaltensweisen hoheitlich zu adressieren. Teilweise können wettbewerbliche Interessen noch durchgesetzt werden. Es kommt dann ggf. auch zu einem Ausgleich zwischen Wettbewerbsschutz und Nachhaltigkeitsschutz, falls die beiden Ziele einmal nicht komplementär sind.

Die Verdrängung der kartellrechtlichen Maßstäbe hat es in der Vergangenheit immer wieder gegeben, etwa wenn gesetzliche Ausnahmebereiche geschaffen wurden oder richterrechtlich der Anwendungsbereich des Kartellrechts beschränkt wurde. Dahinter steht die Überlegung, dass der Wettbewerbsschutz nicht absolut gewährt wird. Auch andere rechtlich verankerte Ziele können das Wirtschaftsrecht prägen. Allerdings hat der Wettbewerbsschutz durchaus eine Sonderstellung, da Art. 101 und Art. 102 AEUV unmittelbar geltendes europäisches Primärrecht sind, das in konkreter Ausgestaltung direkt Unternehmen adressiert. Dafür gibt es auf normhierarchisch gleicher Stufe keine Entsprechung. Vielmehr sind sonstige Ziele, soweit sie rechtlich überhaupt verankert sind, nur als allgemeine Zielbestimmungen oder als Grundrechte ausgestaltet, wobei die Grundrechte häufig keine eindeutige Handlungsanweisung bieten.

V. Einordnung in aktuelle wettbewerbspolitische Diskussionen

Die vier Grundmuster, die hier für die Optionen identifiziert wurden, spiegeln sich in der aktuellen internationalen Diskussion um den Stand der Wettbewerbstheorie. Die anhand dieser Optionen zu führende Debatte ist also auch eine Standortbestimmung der aktuellen Wettbewerbstheorie. Als Streitpunkt in den wettbewerbstheoretischen Auseinandersetzungen hat sich die Frage kristallisiert, wie mit sonstigen, nicht-wettbewerblichen Zielen im Kartellrecht umzugehen ist, etwa dem Ziel, höhere Nachhaltigkeitsstandards zu erreichen. Die jüngste Diskussion über die Ziele

des Kartellrechts[89] hat sich vor allem mit Blick auf das digitale Kartellrecht an Fragen des Datenschutzes und der Demokratie als „broader goals of competition law" entzündet.

Unterschieden werden derzeit – in Grundzügen – drei Richtungen innerhalb der Wettbewerbstheorie:

- Die Vertreter*innen der Post-Chicago-Economics bleiben einem strengen Auswirkungsansatz des Kartellrechts treu und richten das Kartellrecht an einem eng definierten *consumer welfare standard* aus.[90] Kartellrechtliche Eingriffe sind demnach nur gerechtfertigt, wenn Steigerungen der Verbraucherwohlfahrt erwartet werden, insbesondere durch Effizienzsteigerungen (die theoretisch in Form von Preissenkungen weitergegeben werden sollen). Dies wird im Einzelfall (monetär) berechnet. Andere Ziele spielen nach dieser Auffassung im Kartellrecht keine Rolle, sodass bestenfalls Ausnahmebereiche anzuerkennen sind (Grundmuster 4) oder in einem vorrechtlichen Bereich Prioritäten gesetzt werden können (Grundmuster 1).
- Andere Fachvertreter*innen sprechen sich hingegen dafür aus, den Standard der Konsumentenwohlfahrt moderat zu erweitern.[91] Die Annahmen der Chicago und der Post Chicago School haben aus Sicht dieser Denkrichtung zu einem *underenforcement* geführt, da insbesondere die Gefahren durch vertikale Zusammenschlüsse und Missbräuche von Monopolmacht unterschätzt wurden. Teilweise wird auf einen „total welfare standard" abgestellt, teilweise wird die Auswahl- und Entscheidungsfreiheit der Marktgegenseite („consumer choice") einbezogen. In Europa ist die Überzeugung verbreitet, dass Wettbewerb als Prozess geschützt werden müsse, unabhängig von konkreten Auswirkungen. Die hier sehr überschlägig zusammengefassten Richtungen werden gelegentlich als „progressive", „modernist" oder „structuralist" gekennzeichnet. Ihnen ist aber gemein, dass sie eine stärkere Kartellrechtsdurchsetzung befürworten. Nachhaltigkeitserwägungen spielen für das Kartellrecht nach diesen Auffassungen nur eine Rolle, wenn sie in das kartellrechtliche

[89] Vgl. zur ökonomischen Zielbestimmung grundlegend die Beiträge in Zimmer, The Goals of Competition Law, 2012; Gerber, Competition Law and Antitrust, 2020, S. 17 ff.
[90] Vgl. Gramm/Wilson, The New Progressives Fight Against Consumer Welfare, The Wall Street Journal, 2022; Melamed/Petit, The Misguided Assault on the Consumer Welfare Standard in the Age of Platform Markets, Review of Industrial Organization 2019, S. 741.
[91] Vgl. Shapiro, 35 Antitrust 2021, S. 33; Hovenkamp/Scott Morton, Framing the Chicago School of Antitrust Analysis, University of Pennsylvania Law Review 2020, S. 1843; Marty, Revista Prolegómenos 2021, S. 57.

Raster integriert werden können. Dafür besteht aber bei einigen Vertreter*innen dieser Richtung eine erhöhte Bereitschaft, da der Zusammenhang von Nachhaltigkeit und Wettbewerb anerkannt wird. Dem entsprechen insbesondere die Grundmuster 1 und 2 mit einer fließenden Grenze zu Grundmuster 3.

- Die sog. Neo-Brandeisians, die sich auf den progressiven U.S. Supreme Court-Richter *Louis Brandeis* (1856-1941) berufen, wollen das Kartellrecht um breitere Zielsetzungen erweitern und wesentlich verschärfen.[92] Kritisiert wird die hohe Konzentration in Märkten, die nicht nur zu Wettbewerbsbeschränkungen, sondern auch zu sozialer Ungleichheit und anderen Problemen (z.B. fehlender Nachhaltigkeit) führt. Vertreter*innen dieser Auffassung würden insbesondere die Optionen 3 und 4 in dem Sinne gutheißen, dass sie die Integration weiterer Ziele in das Kartellrecht befürworten. Allerdings würden sie die beiden Optionen zugleich wohl äußerst kritisch sehen, wenn Unternehmenszusammenschlüsse und Kartelle großzügiger behandelt werden. Die Neo-Brandeisians fordern politisch gerade ein strikteres Enforcement ein, nicht aber eine Aufweichung der Kartellrechtsdurchsetzung.

Das sehr kurze Schlaglicht auf diese Theorie-Diskussion soll insbesondere drei Aspekte in Erinnerung rufen: Erstens wird die Debatte global geführt. Zweitens ist der wettbewerbliche Nachhaltigkeitsdiskurs in eine breitere Debatte um System und Zweck des Wettbewerbsschutzes eingebettet. Drittens handelt es sich um eine letztlich politische Weichenstellung, sodass die Auswahl der „richtigen" Optionen keine wissenschaftliche Fachfrage ist.

[92] Vgl. Khan/Vaheesan, Harvard Law & Policy Review 2017, S. 235; Ezrachi/Stucke, Journal of European Competition Law & Practice 2017, S. 1; Stiglitz, Towards a broader view of competition policy, Roosevelt Institute Working Paper, June 2017.

Teil 2: Optionen

Status quo und Weiterentwicklung im Kartellrecht

Die folgende Darstellung zeigt auf, wie weitgehend schon jetzt das Thema Nachhaltigkeit im Kartellrecht integriert werden kann, und welche Optionen für künftige Weiterentwicklungen bestehen. Die Optionen für Praxis und Gesetzgebung werden nach den Instrumenten des Kartellrechts sortiert. Sie sind in blauer Schriftfarbe hervorgehoben und werden zur besseren Auffindbarkeit dem jeweiligen Regelungsthema zugeordnet (Anwendungsbereich AW, Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen WB, Freistellung FS, Missbrauch von Marktmacht MB, Fusionskontrolle FK sowie Verfahren und Sanktionen VS) und nummeriert.

Der Annex enthält eine Kurzübersicht sämtlicher Optionen.

A. Anwendungsbereich des Kartellrechts

Die Kartellrechtsanwendung erstreckt sich grundsätzlich auf alle Sektoren der Wirtschaft (sog. Universalitätsprinzip). Sie wirkt sich aber nicht immer gleichermaßen auf die Erreichung der SDG aus. Schon jetzt gibt es Sonderregeln für einzelne Sektoren im Kartellrecht. Die hier vorgestellten Optionen zielen darauf ab, einzelne Sektoren oder Verhaltensweisen von vornherein von der Kartellrechtsanwendung auszunehmen.

I. Bestehende Bereichsausnahmen mit Nachhaltigkeitsbezug

Verschiedene Ausnahmen auf nationaler und europäischer Ebene erklären das Kartellrecht in einigen Wirtschaftsbereichen mit Nachhaltigkeitsbezug für unanwendbar oder enthalten Sonderregeln, die vom allgemeinen Kartellrecht abweichen.

1. Sonderregelung in Art. 210a GMO

Art. 209 GMO-VO nimmt Vereinbarungen, Beschlüsse und Verhaltensweisen vom Kartellverbot aus, die zur Verwirklichung der Ziele des Art. 39 AEUV notwendig sind oder zwischen Erzeugerbetrieben und deren anerkannten Organisationen und Vereinigungen geschlossen sind und die Ziele des Art. 39 AEUV nicht gefährden.[93] Die Kommission sieht viele Ziele des Art. 39 AEUV als bereits erfüllt an, sodass private Initiativen kaum mehr notwendig seien.[94]

Am 2.12.2021 ergänzte die VO (EU) 2021/2117 die GMO-VO um Art. 210a GMO-VO, der eine Befreiung der landwirtschaftlichen Erzeuger von Art. 101 Abs. 1 AEUV enthält, wenn diese Absprachen mit Marktteilnehmern auf verschiedenen Stufen der Lebensmittelversorgungskette treffen. Die Absprachen müssen für die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen nach Abs. 3 über den gesetzlichen Standard hinaus notwendig sein. Als legitime Ziele sind Umweltziele, die Verringerung des Pestizid-Einsatzes, Tiergesundheit und Tierwohl genannt.

Wortlaut von Artikel 210a GMO[95]

Vertikale und horizontale Initiativen für Nachhaltigkeit

[93] Klaus/Derra, ZLR 2020, 257, 260. Siehe auch Künstner, WuW 2023, 7.

[94] Europäische Kommission, 26.11.1986, Az. IV/31.204, ABl. 1986 L 348/50, Rn. 54 – „Meldoc"; vgl. von Rintelen in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 2018, Art. 42 AEUV Rn. 24; zustimmend Härtel in: Streinz, EUV/AEUV, 2018, Art. 42 AEUV Rn. 7.

[95] Verordnung (EU) 1308/2013 über eine gemeinsame Marktorganisation für landwirtschaftliche Erzeugnisse (gemeinsame Marktorganisation (GMO)), geändert durch Verordnung (EU) 2021/2117.

(1) Artikel 101 Absatz 1 AEUV findet keine Anwendung auf Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Erzeugern landwirtschaftlicher Erzeugnisse, die sich auf die Erzeugung landwirtschaftlicher Erzeugnisse oder den Handel damit beziehen und darauf abzielen, einen höheren Nachhaltigkeitsstandard anzuwenden, als er durch das Unionsrecht oder nationales Recht vorgeschrieben ist, vorausgesetzt, mit diesen Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen werden lediglich Wettbewerbsbeschränkungen auferlegt, die für das Erreichen dieses Standards unerlässlich sind.

(2) Absatz 1 gilt für Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Erzeugern landwirtschaftlicher Erzeugnisse, die von mehreren Erzeugern oder von einem oder mehreren Erzeugern und einem oder mehreren Marktteilnehmern auf verschiedenen Stufen der Erzeugung, der Verarbeitung und des Handels der Lebensmittelversorgungskette, einschließlich des Vertriebs, geschlossen oder getroffen werden.

(3) Für die Zwecke des Absatzes 1 bezeichnet "Nachhaltigkeitsstandard" einen Standard, der zu einem oder mehreren der folgenden Ziele beitragen soll:

a) Umweltziele, einschließlich Klimaschutz und Anpassung an den Klimawandel, nachhaltige Nutzung und Schutz von Landschaften, Wasser und Böden, den Übergang zu einer Kreislaufwirtschaft, einschließlich der Verringerung von Lebensmittelverschwendung, Vermeidung und Verminderung von Umweltverschmutzung sowie den Schutz und die Wiederherstellung der biologischen Vielfalt und der Ökosysteme;

b) die Erzeugung von landwirtschaftlichen Erzeugnissen in einer Weise, durch die der Einsatz von Pestiziden verringert und die daraus entstehenden Risiken beherrscht oder die Gefahr einer Resistenz gegen antimikrobielle Wirkstoffe in der landwirtschaftlichen Erzeugung verringert werden, und

c) Tiergesundheit und Tierwohl.

(4) Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die die Voraussetzungen gemäß Absatz 1 erfüllen, sind nicht verboten, ohne dass dies einer vorherigen Entscheidung bedarf.

(5) Die Kommission gibt bis zum 8. Dezember 2023 Leitlinien für Marktteilnehmer zu den Bedingungen für die Anwendung dieses Artikels heraus.

(6) Ab dem 8. Dezember 2023 können die in Absatz 1 genannten Erzeuger die Kommission um eine Stellungnahme zur Vereinbarkeit der in Absatz 1 genannten Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen mit diesem Artikel ersuchen. Die Kommission übermittelt dem Antragsteller innerhalb von vier Monaten nach Eingang des vollständigen Antrags ihre Stellungnahme.

Stellt die Kommission zu jedwedem Zeitpunkt nach der Erarbeitung der Stellungnahme fest, dass die in den Absätzen 1, 3 und 7 des vorliegenden Artikels genannten Voraussetzungen nicht mehr erfüllt sind, erklärt sie, dass Artikel 101 Absatz 1 AEUV künftig für die betreffende Vereinbarung, den betreffenden Beschluss oder die betreffende aufeinander abgestimmte Verhaltensweise gilt und unterrichtet entsprechend die Erzeuger.

Die Kommission kann den Inhalt einer Stellungnahme auf eigene Initiative oder auf Antrag eines Mitgliedstaats ändern, vor allem in Fällen, in denen der Antragsteller falsche Angaben gemacht oder die Stellungnahme missbräuchlich verwendet hat.

(7) Die nationale Wettbewerbsbehörde gemäß Artikel 5 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 kann in Einzelfällen beschließen, dass in Zukunft eine oder mehrere der Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen nach Absatz 1 zu ändern oder einzustellen sind oder nicht stattfinden dürfen, wenn sie solch einen Beschluss als erforderlich erachtet, um den Wettbewerb aufrechtzuerhalten, oder wenn sie feststellt, dass die Verwirklichung der Ziele gemäß Artikel 39 AEUV gefährdet ist.

Bei Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, die mehr als einen Mitgliedstaat betreffen, ist der in Unterabsatz 1 des vorliegenden Absatzes beschriebene Beschluss ohne Anwendung der Verfahren gemäß Artikel 229 Absatz 2 und 3 von der Kommission zu fassen.

Bei Handlungen im Sinne des Unterabsatzes 1 des vorliegenden Absatzes setzt die nationale Wettbewerbsbehörde die Kommission nach der Einleitung der ersten förmlichen Untersuchungsmaßnahme schriftlich in Kenntnis und informiert die Kommission über daraus resultierende Beschlüsse, und zwar unmittelbar nach ihrer Annahme. Die Beschlüsse im Sinne des vorliegenden Absatzes gelten erst ab dem Zeitpunkt, zu dem sie den betroffenen Unternehmen mitgeteilt werden.

Der Anwendungsbereich umfasst mit der Landwirtschaft einen für die Erreichung bestimmter Nachhaltigkeitsziele wichtigen Sektor. Durch die Ausgestaltung des persönlichen Anwendungsbereichs ist sichergestellt, dass stets auch Erzeuger*innen an Nachhaltigkeitsinitiativen beteiligt werden. Die Befreiung setzt einen Anreiz für einen erhöhten Zielerreichungsgrad, da sie nur für Absprachen gilt, die über die Erreichung der gesetzlichen Vorgaben hinausgehen. Der praktische Anwendungsbereich der Ausnahme muss sich zeigen.[96] Allerdings hat die Vorschrift das Potential, viele Nachhaltigkeitsinitiativen in der Lebensmittelerzeugung abzudecken. Der wettbewerbliche Preis dafür ist eine engere Zusammenarbeit verschiedener Unternehmen der Nahrungsmittelwertschöpfungskette. Als einziges wettbewerbliches Caveat ist eingefügt, dass die Beschränkung zur Erreichung der höheren Nachhaltigkeitsstandards unerlässlich sein muss. Die Kommission möchte sich hierfür an der Rechtsprechung und Verwaltungspraxis zu Art. 101 Abs. 3 AEUV orientieren.[97] Damit dürfen auch Preiserhöhungen, langfristige Lieferverträge oder Exklusivitätsbindungen durchgesetzt werden, wenn sich eine Unerlässlichkeit für die Erreichung des Nachhaltigkeitsziels konstruieren lässt.

Durch die Vereinbarung muss ein Standard erreicht werden, der über dem gesetzlich verlangten Maß liegt. Dabei ist keine Erheblichkeitsschwelle vorgesehen. Die Begrifflichkeiten (z.B. Tierwohl und Tiergesundheit; Umweltziele) sind vage formuliert und können weit reichen

[96] Vgl. hierzu auch Europäische Kommission, Entwurf zu Leitlinien der Kommission zur Anwendung der Ausnahme von Artikel 101 AEUV für Nachhaltigkeitsvereinbarungen landwirtschaftlicher Erzeuger gemäß Artikel 210a der Verordnung 1308/2013, 2023, abrufbar unter: https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/52c6bf07-ed82-4ac1-a9ff-a37ed65a5861_en?filename=draft_sustainability_guidelines_in_agriculture_2023.zip.

[97] Europäische Kommission, Entwurf zu Leitlinien der Kommission zur Anwendung der Ausnahme von Artikel 101 AEUV für Nachhaltigkeitsvereinbarungen landwirtschaftlicher Erzeuger gemäß Artikel 210a der Verordnung 1308/2013, 2023, Rn. 80, abrufbar unter: https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/52c6bf07-ed82-4ac1-a9ff-a37ed65a5861_en?filename=draft_sustainability_guidelines_in_agriculture_2023.zip.

Die Beurteilung liegt weitgehend in den Händen der beteiligten Unternehmen, es gibt beispielsweise keine Anzeige-, geschweige denn eine Freistellungspflicht, bei der die Wettbewerbsbehörden involviert wäre.

Die Ausnahme vom Kartellrecht ist damit als äußerst weitgehend anzusehen. Der Wettbewerb kann über diese Vorschrift relativ einfach ausgehebelt werden.

2. Nationale Ausnahmen

Auf nationaler Ebene enthält § 28 GWB eine Bereichsausnahme für Kooperationen ohne Preisbindung in der Landwirtschaft, wenn diese nicht zum Ausschluss des Wettbewerbs führen.

§ 40 Bundeswaldgesetz enthält eine Ausnahme von Kooperationen in der Forstwirtschaft für Erzeugung und Absatz von Forsterzeugnissen und § 46 Bundeswaldgesetz regelt die Freistellung von sonstigen forstwirtschaftlichen Maßnahmen nach § 2 GWB. Nach § 27 Tierzuchtgesetz ist § 1 GWB nicht anwendbar auf Preisbindungen von anerkannten Zuchtunternehmen und Verbänden gegenüber ihren Abnehmern bei Verwendung der Tiere in mehrstufigen Zuchtverfahren. Der praktische Anwendungsbereich der Norm ist eingeschränkt.[98] Auch § 6 Agrarorganisationen-und-Lieferketten-Gesetz enthält eine Ausnahme von § 1 GWB für Tätigkeiten von anerkannten Agrarorganisationen.

Ein direkter Nachhaltigkeitsbezug ist bei den nationalen Ausnahmen nicht festzustellen. So dient bspw. § 28 GWB nicht primär der Privilegierung von Nachhaltigkeitsinitiativen, sondern findet seinen Zweck in den besonderen Produktions- und Absatzbedingungen in der Landwirtschaft. Dennoch ist denkbar, dass Nachhaltigkeitsinitiativen unter diese Bereichsausnahmen subsumiert werden können. Ein Nachhaltigkeitsbezug ergibt sich jedoch daraus, dass die hier genannten Ausnahmen nachhaltigkeitsnahe Märkte betreffen. So können sich indirekt positive wie negative Auswirkungen auf Nachhaltigkeitsziele ergeben.

Nationale Ausnahmen vom Kartellverbot haben begrenzte Wirkung, da gem. Art. 3 Abs. 2 VO (EG) 1/2003 das europäische Recht vorrangig ist, sobald der zwischenstaatliche Handel betroffen ist. Sobald der zwischenstaatliche Handel betroffen ist, setzt sich Art. 101 AEUV durch.

[98] Schweizer in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2, 2020, § 28 GWB Rn. 87.

II. Option AW 1: Schaffung von Ausnahmebereichen

Auf europäischer Ebene ist die neue Regelung in Art. 210a GMO-VO eine weitreichende Privilegierung von Nachhaltigkeitsvereinbarungen, die möglicherweise Modellcharakter für andere Branchen haben kann. Orientiert am Vorbild von Art. 39 AEUV oder Art. 210a GMO-VO könnte erwogen werden, weitere Ausnahmebereiche zu schaffen, um bestimmte Verhaltensweisen vom Kartellrecht freizustellen.

1. Anknüpfungspunkte

Dafür gäbe es drei Anknüpfungspunkte: Die Ausnahmen könnten für bestimmte Branchen vorgesehen werden; sie könnten an bestimmte Verhaltensweisen anknüpfen oder dann gelten, wenn bestimmte Nachhaltigkeitsziele angestrebt werden.

Das Vorbild in Art. 210a GMO ist auf eine Branche gemünzt und privilegiert in dieser bestimmte Nachhaltigkeitsziele. Die Identifikation von Sektoren, die besonders nachhaltigkeitsrelevant sind, ist beispielsweise auch im Bundes-Klimaschutzgesetz für Emissionsziele angelegt. Hier werden Energiewirtschaft; Industrie; Gebäude; Verkehr; Landwirtschaft; Abfallwirtschaft und Sonstiges; Landnutzung, Landnutzungsänderung und Forstwirtschaft differenziert.[99]

Denkbar wäre auch eine Differenzierung nach Nachhaltigkeitszielen: Sieht man den Klimaschutz als drängende Aufgabe an, die keinerlei Aufschub duldet, ließe sich eine Klimaschutz-Ausnahme begründen. In diese Richtung geht ein Papier der niederländischen Kartellbehörde.[100] Unternehmerische Verhaltensweisen, die nachweislich zu einer erheblichen Verringerung der CO_2-Belastung führen, könnten dann – ohne weiteres – vom Kartellrecht ausgenommen werden.

Differenzierungen nach Sektoren oder Nachhaltigkeitszielen werden zum Teil kritisch gesehen, da Nachhaltigkeit gerade einen komplexen umfassenden Ansatz benötige. So hat die europäische Union im Rahmen des Pariser Klimaschutzabkommens europaweit sektorübergreifend eine Reduktion ihrer Treibhausgasemissionen zugesagt. Nimmt man andere Nachhaltigkeitsziele in den Blick, wird deutlich, dass jeder Sektor Beiträge zur Erreichung der SDG leisten muss und dass die SDG untereinander in engen Wechselwirkungen stehen. So hat etwa der Lebensmittelhandel für

[99] Anlage 1 zu §§ 4 und 5 Bundes-Klimaschutzgesetz.
[100] ACM, Sustainability Agreements, Draft, 7.9.2020, abrufbar unter https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-07/sustainability-agreements%5B1%5D.pdf.

die nachhaltige Lebensmittelversorgung oder die Produktionsbedingungen in der Landwirtschaft eine gewisse Bedeutung. Zugleich existiert außerhalb des Kartellrechts ein umfassender Rechtsrahmen, der Produktionsbedingungen in der Landwirtschaft reguliert.

Vor diesem Hintergrund scheinen kartellrechtliche Sondervorschriften für einzelne Sektoren oder einzelne Nachhaltigkeitsziele problematisch.

2. Konturierung der Bereichsausnahme

Die Ausnahmebereiche könnten enger oder weiter konzipiert werden, indem die Vorgaben für Wettbewerbsaspekte, Nachhaltigkeitsziele und das einzuhaltende Verfahren jeweils enger oder weiter konturiert werden. Eine klare Definition der Voraussetzungen ist nicht nur erforderlich, um die Interessen auszutarieren, sondern auch um die erforderliche Rechtssicherheit zu gewährleisten.

So hätte sich auch bei Art. 210a GMO durch eine voraussetzungsstärkere Formulierung die Vorschrift wesentlich enger und zielgerichteter fassen lassen, z.B. durch genauere Anforderungen an die zu erreichenden Standards, eine Erheblichkeitsschwelle, eine Anzeigepflicht, ein strengeres Monitoring oder das Verbot bestimmter Kernbeschränkungen.

3. Vor- und Nachteile einer Bereichsausnahme

Vorteile von Ausnahmebereichen sind die einfache Anwendbarkeit und die damit einhergehenden niedrigen Regulierungskosten. Alle der Kartellrechtsanwendung vorgelagerten Lösungen haben aus Sicht der Unternehmen den Vorteil, dass nicht nur ein kartellbehördliches Einschreiten ausgeschlossen ist, sondern auch Ansprüche Privater wegen Kartellrechtsverstößen von vornherein ausscheiden. Für Nachhaltigkeitsinitiativen würde damit eine große Rechtssicherheit geschaffen, da sie gar nicht mehr in das kartellrechtliche Prüfraster fallen würden.

Ihr Nachteil ist, dass sie wenig ausdifferenzierte Ausnahmebereiche schaffen und damit den Wettbewerbsschutz begrenzen. Es kann nicht mehr im Einzelfall der Ausgleich zwischen Wettbewerbs- und Nachhaltigkeitserwägungen gesucht werden.

Ob mit weiteren Ausnahmevorschriften ein klassischer Marktversagenstatbestand adressiert wird, ist unklar. Dafür wäre es nötig – wenngleich auch sehr komplex – die (gesamt-)gesellschaftlichen Vorteile zu ermitteln und den daraus möglicherweise höheren Preisen entgegenzusetzen. Bei Bereichsausnahmen ist problematisch, dass diese Betrachtung pauschal für alle oder zumindest einen Großteil der unter den Ausnahmebereich fallenden Vereinbarungen vorgenommen werden müsste. Dies ist kaum möglich. Eine generelle Bereichsausnahme ist eine grobmaschige Maßnahme, die keine Feindifferenzierung erlaubt. Das wird den komplexen Beziehungen von Wettbewerb und Nachhaltigkeit nicht gerecht. Allgemeine Nachhaltigkeitsausnahmen vom Wettbewerb priorisieren einseitig Nachhaltigkeitsziele und verzichten auf die Nutzung des Wettbewerbs als Faktor für Effizienz und Innovation. Auch in sog. nachhaltigkeitsnahen Sektoren gibt es keine Indizien dafür, dass das Kartellrecht grundsätzlich weitflächig wichtigen Nachhaltigkeitslösungen im Weg steht. Nachzuweisen wäre ein Marktversagen, das nur durch flächendeckende wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen behoben werden kann und das auch nicht durch andere gesetzgeberische Maßnahmen kuriert werden kann, wie etwa die gesetzliche Neufestlegung bestimmter Produktionsbedingungen in der Tierhaltung. Für die Ausnahme ganzer Branchen vom Wettbewerbsprinzip besteht aus ökonomischen Gründen kein Anlass.

Etwas anderes kann nur gelten, wenn ein einzelnes Element nur nicht-wettbewerblich organisiert werden kann. Zu denken wäre etwa daran, dass eine Recyclingstruktur hinreichend kostengünstig funktionieren kann, wenn sich daran hinreichend viele Marktteilnehmer beteiligen, sodass diesbezügliche Absprachen auf horizontaler und vertikaler Ebene über die Beteiligung am Recycling sinnvoll sein können. Ob dafür zwingend eine gesetzliche Ausnahme erforderlich ist, ist jedoch zweifelhaft. Die kartellrechtliche Zulässigkeit einer entsprechenden Vereinbarung könnte sich auch im Wege einer Tatbestandsrestriktion oder über eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV ergeben (zu beiden Modellen siehe unten).

Aus wettbewerblicher Sicht müsste jedenfalls darauf gedrungen werden, Ausnahmen eng zu begrenzen, um das Kartellrecht und damit den Wettbewerb nicht erodieren zu lassen. Aus dieser Perspektive ist Art. 210a GMO eher nicht als vorbildlich einzustufen.

Die Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht ist von dem Inhalt und der Verortung der Bereichsausnahme im Mehrebenensystem abhängig. Auf europäischer Ebene stützen sich die Ausnahmebereiche auf kollidierende Unionsziele wie beispielsweise im Fall der GMO-VO auf Art. 39, 43 Abs. 3 AEUV. Nationale Ausnahmen vom Kartellverbot können nur Ausnahmebereiche schaffen, soweit der zwischenstaatliche Handel nicht betroffen ist. Das begrenzt ihren Nutzen.

B. Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen

In der Diskussion um die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitserwägungen im Kartellrecht steht das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen – schon seit vielen Jahren[101] – im Mittelpunkt.[102]

Das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen kann in verschiedenen Formen mit dem Thema Nachhaltigkeit zusammentreffen. Zu unterscheiden ist, ob Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB, die das Verbot normieren, nachhaltigkeitsschädliche Vereinbarungen von Unternehmen erfassen (dazu sogleich unten) oder ob sie nachhaltigkeitsfördernden Initiativen ein Hindernis sind. Einen Sonderfall bilden Normierungsvereinbarungen.

I. Verstärkte Erfassung von nachhaltigkeitsschädlichen Wettbewerbsbeschränkungen

Wenn Unternehmen sich absprechen und es in Folge der Absprache dazu kommt, dass Nachhaltigkeitsziele nicht erreicht werden, stellt sich die Frage, ob Art. 101 AEUV, § 1 GWB auf den entsprechenden Fall anwendbar sind. Dies ist nur der Fall, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt.

Eine nachhaltigkeitsrelevante Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn Unternehmen sich über Wettbewerbsparameter verständigen und dadurch die Umwelt schädigen oder andere Nachhaltigkeitsziele missachten. Dies könnte etwa der Fall sein, wenn Unternehmen gemeinsam entscheiden, keine umweltfreundlichen Verpackungen zu nutzen, bestimmte giftige Inhaltsstoffe weiterhin zu verwenden oder wenn sie sich gemeinsam gegen menschenrechtliche Verbesserungen für Zulieferer in anderen Staaten entscheiden.

1. Fallbeispiel: PKW-Emissionen

Ein prominentes Kartellverfahren mit Nachhaltigkeitsbezug ist der Fall *„PKW-Emissionen“* unter Beteiligung führender deutscher Autohersteller.[103] Die Kommission entschied, dass Absprachen,

[101] Früh bereits Steinbeck, WuW 1998, 554; Monti, Common Market Law Review 2002, S. 1057.
[102] Vgl. Townley, Article 81 EC and Public Policy, 2009; Engelsing/Jakobs, WuW 2019, 16; Ellison, A Fair Share: Time for the Carbon Defence?, 2020; Brouwer in FS Wiedemann, 2020, S. 13; Engelsing, DB 2020, M4; Dreyer/Ahlenstiehl, WuW 2021, 76; Dahlbender, WuW 2021, 392; Gassler, Journal of European Competition Law & Practice 2021, S. 430; Schinkel/Treuren, Green Antitrust: (More) Friendly Fire in the Fight against Climate Change, 2021; Veljanovski, Collusion as Environmental Protection – An economic assessment, 2021.
[103] Europäische Kommission, 8.7.2021, Az. AT.40178 – PKW-Emissionen. Siehe dazu Stomper/Stirner, WuW 2022, 242.

die den Innovationswettbewerb um eine Verbesserung der Abgasreinigung beschränken, dem Kartellverbot unterfallen. Die Automobilhersteller verständigten sich über fünf Jahre hinweg darüber, im Bereich der Abgasreinigung nicht darum zu konkurrieren, die gesetzlichen Vorgaben zur Abgasreinigung zu übertreffen.[104] Diese Absprachen führten zum Wegfall der Unsicherheit über das zukünftige Marktverhalten. Damit entfiel der Wettbewerb um die „Übererfüllung" der rechtlichen Vorgaben zur Schadstoffreinigung von Abgasen.[105] Die Kommission verhängte Bußgelder i.H.v. 875.189.000 €.

Eine ähnliche Entscheidung traf die Europäische Kommission im Jahr 2011 im Verfahren *Consumer Detergents*.[106] Dem Verfahren lagen Absprachen zwischen Waschmittelherstellern zugrunde, die sich in zunächst rechtmäßiger Weise im Rahmen einer Umweltschutzinitiative auf bestimmte Umweltstandards einigten. Im Rahmen dieser Initiative einigten sich die Unternehmen jedoch auch darauf, die Initiative nicht zu nutzen, um sich im Wettbewerb zu übertrumpfen und dass die Marktverhältnisse durch die Initiative unberührt bleiben sollten.[107] Zudem einigte man sich darauf, mögliche Kosteneinsparungen nicht an die Verbraucher weiterzugeben.[108] Die Kommission verhängte Bußgelder i.H.v. 315.200.000 €.

Das Kartellverbot kann – das zeigen diese Entscheidungen – gegen Absprachen eingesetzt werden, durch die der Wettbewerb um nachhaltige Lösungen eingeschränkt wird.[109] Das Kartellrecht wirkt insoweit als „Schwert" gegen nachhaltigkeitsschädliche Praktiken.

2. Innovationsbeschränkungen

Verallgemeinert man die „Schadenstheorie" aus *PKW-Emissionen,* wird deutlich, dass die Behinderung von Innovationen nachhaltigkeitsschädigend sein kann – insbesondere, wenn man technologische Lösungen als wesentliches Element zur Bekämpfung der Klimakatastrophe ansieht. Reine Innovationsbeschränkungen standen bislang allerdings nicht im Fokus des Kartellverbots.

[104] Kommission, 8.7.2021, Az. AT.40178 – PKW-Emissionen, Rz 103 ff.
[105] Kommission, 8.7.2021, Az. AT.40178 – PKW-Emissionen, Rz. 111 ff.
[106] Europäische Kommission, 13.4.2011, Az. COMP/39579 – Consumer Detergents.
[107] Europäische Kommission, 13.4.2011, Az. COMP/39579, Rz. 22 ff. – Consumer Detergents.
[108] Europäische Kommission, 13.4.2011, Az. COMP/39579, Rz. 25 – Consumer Detergents.
[109] Kritisch Nowag, Competition Law's Sustainability Gap? Tools for an Examination and a Brief Overview, LundLaw-CompWP 3/2019, S. 9.

Das Kartellrecht kann die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen fördern, indem Wettbewerbsbeschränkungen abgestellt werden, die den Wettbewerb um nachhaltige Lösungen beschränken. Das Beispiel der Innovationsbeschränkungen in *PKW-Emissionen* steht dafür.

In ähnlicher Weise könnten Vereinbarungen untersagt werden, mit denen der Zugang zu besonders nachhaltigkeitsrelevanten Märkten für innovative oder besonders nachhaltig agierende Anbieter abgeschottet wird.

Allerdings sind Innovationen nicht zwingend nachhaltigkeitsfördernd. So könnte eine Innovation darin bestehen, dass ein Produkt bequemer in der Handhabung für Verbraucher wird, aber einen höheren Energieeinsatz verlangt. Sprechen sich Unternehmen ab, um Innovationen zu stoppen, die nachhaltigkeitsschädigend sind, ist dies ein Fall, bei dem Kartellrecht ein Hindernis für mehr Nachhaltigkeit sein könnte – dazu sogleich.

Wird der Innovationswettbewerb allgemein eingeschränkt, ohne dass das Ergebnis bereits feststeht, lässt sich dies als grundsätzlich nachhaltigkeitsschädlich qualifizieren. Zwar ist bei der Offenhaltung von Innovationspfaden noch keine Aussage dazu getroffen, ob eine Innovation nachhaltig ist oder nicht. Allerdings gilt erstens, dass die drängenden Probleme disruptive Innovationen erfordern, sodass jegliche Beschneidung von Erfindergeist Potenziale abbricht. Zweitens wird heute durch außerwettbewerbliche Vorschriften sowie Finanzierungsinstrumente weitgehend sichergestellt, dass Innovationspfade in großer Tendenz nachhaltig ausgestaltet werden. Innovationshindernde Absprachen sind somit grundsätzlich weiterhin dem Kartellrecht auf Basis des durch PKW-Emissionen gesetzten Präzedenzfalls zu untersagen.

3. Weitere Wettbewerbsbeschränkungen

Neben Innovationsbeschränkungen können noch weitere Absprachen über Handlungsparameter treten, die sich auf die Erreichung der SDG auswirken können. Denkbar ist zum Beispiel, dass Absprachen gegenüber Zulieferern getroffen werden, die es wiederum befördern, dass soziale SDG verletzt werden – etwa indem der gemeinsame Kostendruck auf die Zulieferer erhöht wird. Unternehmen können auch koordiniert andere Unternehmen diskriminieren, z.B. wenn in einem Zulieferunternehmen Arbeitnehmerrechte besser durchgesetzt werden. Auch in solchen Fällen nutzt eine strikte Durchsetzung des Kartellrechts der Erreichung von Nachhaltigkeitszielen.

Wettbewerb setzt Anreize für geringere Kosten und bessere Leistungen. Wenn mit der Erzielung von SDG geringere Kosten erzielt werden, z.B. durch den geringeren Einsatz von Ressourcen, die Vermeidung von Strafzahlungen beim Schadstoffausstoß, oder wenn es eine Nachfrage nach nachhaltigeren Leistungen am Markt gibt, hilft eine konsequente Anwendung des Kartellverbots dabei, den Wettbewerb aufrechtzuerhalten und damit die beste und effizienteste Methode zur Erreichung dieser Ziele zu fördern.

4. Option WB 1: Absprachen über nachhaltigkeitsrelevante Wettbewerbsparameter

Wettbewerbsschädigende Absprachen über nachhaltigkeitsrelevante Wettbewerbsparameter könnten künftig besser erfasst und klarer sichtbar gemacht werden. Dazu wäre es sinnvoll, in Leitlinien zu Art. 101 Abs. 1 AEUV oder in Bekanntmachungen zu § 1 GWB die Fallgruppen weiterzuentwickeln und gebündelt darzustellen, die Nachhaltigkeitsbezüge aufweisen. Eine Klarstellung würde auch dazu führen, dass häufiger als bislang nachhaltigkeitsrelevante Absprachen als wettbewerbsrelevant erkannt würden.

So könnte in Leitlinien vorgesehen werden, dass bestimmte Absprachen als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen anzusehen sind, etwa wenn nachhaltigkeitsfördernde Innovationen behindert werden oder – wie im Fall *PKW-Emissionen* – das Übertreffen gesetzlicher Vorgaben koordiniert unterlassen wird. Absprachen über Nachhaltigkeitsparameter, die den Wettbewerb hinsichtlich der Erreichung von Nachhaltigkeitszielen einschränken, könnten auch als Kernbeschränkungen eingestuft werden, die stets spürbar sind.

Bislang wird das Nachhaltigkeitsziel stets nur reflexartig mitgeschützt. Die Wettbewerbsbeschränkung wird nicht aus Gründen fehlender Nachhaltigkeit, sondern wegen der Koordination von Wettbewerbsparametern – zu denen eben auch nachhaltigkeitsrelevante Aspekte zählen können – verfolgt. Gezeigt werden müssen also stets das koordinierende Element sowie der Wettbewerbsbezug der abgesprochenen Parameter.

Mit der zunehmenden Bedeutung von Nachhaltigkeit für das wirtschaftliche Geschehen wird immer häufiger ein solcher Wettbewerbsbezug zu bejahen sein. Dabei hängt die Würdigung allerdings vom Konzept ab, das zum Begriff der Wettbewerbsbeschränkung vertreten wird. Hier lassen sich zwei grundsätzliche Richtungen unterscheiden:

Nach einer Auffassung liegt eine Wettbewerbsbeschränkung bereits vor, wenn die Unternehmen ihre wirtschaftliche Handlungsfreiheit durch Koordination mit anderen Unternehmen einschränken. Nach anderer Auffassung ist zusätzlich auf die Marktwirkungen abzustellen, wobei zum Teil auf eine ökonomische Betrachtung abgestellt wird, bei der vor allem die Konsumentenwohlfahrt zählen soll.[110] Der EuGH neigt der erstgenannten Position zu, jedoch lässt sich seiner Rechtsprechung "kein gefestigtes Konzept entnehmen".[111]

Zahlreiche Nachhaltigkeitsprobleme entstehen auf der Ebene der Produktion, also bevor Konsumenten betroffen sind. Dies gilt z.B. für Produktionsweisen, Inhaltsstoffe oder die Verantwortung in der Lieferkette. Wird ein enger Ansatz verfolgt, der monetäre Konsumentenwohlfahrt zum Maßstab macht, handelt es sich ggf. nicht um Wettbewerbsbeschränkungen, wenn sich Unternehmen über die Produktionsweise absprechen, ohne dass dies im Endprodukt oder im Preis greifbar wird.[112]

Etwas anderes ergibt sich, wenn der Begriff der Verbraucherwohlfahrt weitergehend verstanden wird. In neuerer Zeit wurde verstärkt auch die Auswahlmöglichkeit von Verbraucher*innen (consumer choice) als wettbewerbsrelevant angesehen. Die Wahlmöglichkeit für Verbraucher, zwischen Produkten oder Dienstleistungen nach dem Sustainability Impact zu wählen, würde dann als Marktwirkung möglicherweise genügen.

Erst recht wäre die Verbraucherwohlfahrt gewahrt, wenn man weitergehend die entstehenden Vorteile (z.B. besserer Klimaschutz, höheres Tierwohl, bessere Entlohnung von Bananen-Arbeitern) als Teil der Konsumentenwohlfahrt ansehen würde. Das würde freilich einen weiten Begriff von Verbraucherwohl voraussetzen oder eine Neuorientierung hin zu einem Wettbewerbsleitbild, nach dem nur der ökologisch und sozial nachhaltige Wettbewerb geschützt werden kann.

Festzuhalten ist, dass damit Marktversagenstatbestände adressiert werden können. Die umweltschädlichen Absprachen können bspw. negative externe Effekte erhöhen, wenn hinsichtlich deren Reduzierung kein Wettbewerb mehr stattfindet. Ein Wandel im Wettbewerbsleitbild kann diese

[110] Zu den unterschiedlichen Positionen siehe nur Säcker/Zorn in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 1, 2020, Art. 101 AEUV Rn. 200 ff.
[111] Hengst in: Bunte, Kartellrecht, Band 2, 2021, Art. 101 AEUV Rn. 193.
[112] Ablehnend Kommission, 8.7.2021, Az. AT.40178, Rz. 119 – PKW-Emissionen.

Erwägungen auch in das Kartellrecht übersetzen. Dies würde bedeuten, dass Nachhaltigkeitswirkungen innerhalb des kartellrechtlichen Prüfungsrasters berücksichtigt würden, da der Wettbewerb auch die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen fördern soll. Wenn schädliche Umweltwirkungen unter Wettbewerbsbedingungen nicht auftreten und erst in die Folge von Vereinbarungen aufkommen, wäre dieses Ziel durch die Vereinbarung beeinträchtigt, unabhängig davon, ob die rein wettbewerblichen Auswirkungen spürbar sind. Dies setzt allerdings auch einen klaren Maßstab voraus, was unter der Beeinträchtigung von Nachhaltigkeitszielen zu verstehen ist. Wenn der Gesetzgeber dies (noch) nicht verbindlich festgelegt hat, wird diese Feststellung den Wettbewerbsbehörden und den Gerichten schwerfallen. Diese wären dann mit dem oben beschriebenen Legitimationsproblem konfrontiert.

5. Option WB 2: Spürbarkeit der Beschränkung des nachhaltigen Wettbewerbs

Eine weitere Stellschraube ist das (ungeschriebene) Tatbestandsmerkmal der Spürbarkeit. Fehlt die Spürbarkeit, wird ein Verstoß gegen das Kartellrecht verneint, es sei denn es handelt sich um eine Kernbeschränkung (was zumindest bei einigen der hier diskutierten Fällen der Fall sein könnte). Die Spürbarkeit wurde von der Kommission in der De-minimis-Bekanntmachung, vom Bundeskartellamt in der Bagatellbekanntmachung konkretisiert.[113] Diese knüpfen vor allem an Marktanteilsschwellen an. Wettbewerbsschädliche Auswirkungen können nach den Horizontal-Leitlinien auch bei Absprachen über Nebenaspekte eines Produkts geringfügig und damit nicht spürbar sein.[114] Zu denken ist hier etwa an eine Vereinbarung über die Verpackung eines Produkts oder die Nutzung bestimmter Anlagen mit unterschiedlichen Emissionen.

Für diese Fälle sollte klargestellt werden, dass Absprachen, die erhebliche Folgen für die Nachhaltigkeit haben, spürbar sind.

Mögliche Anknüpfungspunkte sind beispielsweise spürbare externe Effekte, die auch bei kleineren Unternehmen denkbar sind. Wenn bspw. zwei kleinere Unternehmen eine Kooperation mit

[113] Europäische Kommission, Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union den Wettbewerb nicht spürbar beschränken (De-minimis-Bekanntmachung), ABl. 2014 C 291/1; Bundeskartellamt, Bekanntmachung Nr. 18/2007 des Bundeskartellamtes über die Nichtverfolgung von Kooperationsabreden mit geringer wettbewerbsbeschränkender Bedeutung.

[114] Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1, Rz. 293.

dem Ziel vereinbaren, gesetzliche Umweltstandards nicht überzuerfüllen oder ihre Aufwendungen für gemeinnützige Zwecke kollektiv begrenzen, so mag der Marktwettbewerb nur unmerklich tangiert sein, wohl aber die Nachhaltigkeitsziele.

Das oben dargestellte Konzept des nachhaltigen Wettbewerbs (als mögliche Fortentwicklung des aktuellen Wettbewerbsleitbilds) bringt es mit sich, dass die Bejahung der Spürbarkeit nicht zum Bruch mit der Wettbewerbslogik führt. Überdies haben die Gerichte bei der Prüfung der Spürbarkeit aber ohnehin auch sonstige rechtliche Wertungen einbezogen.[115] Die Spürbarkeit einer umweltschädigenden Wettbewerbsbeschränkung könnte z.B. mit Blick auf Art. 20a GG bejaht werden. Eine solche Interpretation der Spürbarkeit sollte in den entsprechenden Bekanntmachungen der Wettbewerbsbehörden niedergelegt werden.

II. Umgang mit Standards und Normen

Nachhaltigkeitsziele sind in nicht unbeträchtlichem Umfang auch Gegenstand von Branchenvereinbarungen, Standards und Normen. Diese haben oft keine Rechtsqualität als hoheitlich gesetzte Vorgaben, haben dafür aber erhebliche praktische Wirkungen. Eine besondere wettbewerbliche Bedeutung kommt ihnen deshalb zu, weil sie oft durch die Koordination der Marktteilnehmer, z.B. in Verbänden oder Fachgremien, beschlossen werden. Standards und Normierungen können einerseits den Wettbewerb eröffnen oder erweitern. Andererseits können sie Innovationen und einzelne Marktteilnehmer ausschließen. Die ambivalente Rolle von Standards und Normen für den Wettbewerb ist vielfach beschrieben worden.[116] Sie schlägt sich in den Horizontal-Leitlinien der Kommission nieder.[117]

1. Status quo für Normierungsvereinbarungen

Nach den Horizontal-Leitlinien der Europäischen Kommission liegt unter bestimmten Voraussetzungen kein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV vor, wenn Unternehmen eine Vereinbarung

[115] Vgl. Bechtold/Bosch/Brinker, EU-Kartellrecht, 2014, Art. 101 AEUV Rn. 109.
[116] Siehe z.B. Steiner, Review of Industrial Organization 2004, S. 105; Chakravarti/Xie, Journal of Marketing Research 2006, S. 224.
[117] Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1, Rz. 257 ff.; für das ähnlich gelagerte Thema der Technologiepools siehe die Leilinien der Europäischen Kommission zur Anwendbarkeit von Artikel 101 AEUV auf Technologie-Transfervereinbarungen, ABl. 2014 C 89/3, Rz. 244 ff.

über Normen oder andere, meist technische Standards treffen.[118] Eine Wettbewerbsbeschränkung sei jedenfalls dann nicht anzunehmen, wenn alle betroffenen Unternehmen am Normierungsprozess teilnehmen können, das Verfahren insgesamt transparent, die Einhaltung der Norm nicht verbindlich ist und Dritte zu fairen, zumutbaren und diskriminierungsfreien Bedingungen (sog. FRAND-Bedingungen) Zugang zu der Norm erhalten können.[119] Sofern eines dieser Kriterien nicht erfüllt ist, verbleibt die Möglichkeit der Einzelfreistellung.[120]

Die geltenden Horizontalleitlinien der Kommission nennen als möglichen Gegenstand einer Normierungsvereinbarung explizit die Umweltleistung von Produkten.[121] Allerdings gelten Normierungsvereinbarungen als problematisch, wenn ihre Einhaltung für die betroffenen Unternehmen verbindlich ist, sie also keine Produkte mehr produzieren dürfen, die nicht der Norm entsprechen.[122] Einige Nachhaltigkeitsinitiativen setzen jedoch gerade darauf, besonders umweltschädliche Produkte nicht mehr herzustellen. Solche Vereinbarungen werden von den Leitlinien bislang als wettbewerbsbeschränkend und problematisch angesehen.[123] Eine Ausnahme kann gelten, wenn die Vereinbarung nur einen untergeordneten Teil eines größeren Produkts betrifft, da dann die voraussichtlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb eher gering sein werden.[124] Sofern die Vereinbarung wettbewerbsbeschränkend ist und keine Tatbestandsausnahme nach den obigen Maßstäben angenommen werden kann, bleibt nur eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV.

[118] Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1, Rz. 277 ff.
[119] Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1, Rz. 280.
[120] Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1, Rz. 279.
[121] Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1, Rz. 257; vgl. auch Bechtold/Bosch/Brinker, EU-Kartellrecht, 2014, Art. 101 AEUV Rn. 198.
[122] Alber, IPRB 2012, 12, 15; Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1, Rz. 293.
[123] Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1, Rz. 293.
[124] Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1, Rz. 293.

Ob auch Standards über andere Nachhaltigkeitsaspekte, wie z.B. das Tierwohl, durch eine Normierungsvereinbarung festgelegt werden können, ist nicht final geklärt.[125] So könnte ggf. auch das Label der *Initiative Tierwohl* als Norm über qualitative Vorgaben gesehen werden.

2. Option WB 3: Erweiterte Ausnahme für Nachhaltigkeitsstandards

Eine Option zur besseren Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten im Kartellrecht könnte eine Ausweitung der Leitlinien zu Normierungsvereinbarungen sein. Insbesondere könnte ein Kriterienkatalog für ökologische und soziale Standardsetzung entwickelt werden, bei dessen Einhalten im Sinne eines „safe harbours" kein Verstoß gegen Art. 101 AEUV vorliegt bzw. ein solcher zumindest von der Europäischen Kommission nicht verfolgt wird. Die Rechtfertigung, dies als Thema von Art. 101 Abs. 1 AEUV einzustufen, läge darin, dass der Wettbewerb eröffnet oder erweitert wird, indem gleichartige Wettbewerbsbedingungen für eine Vielzahl von Marktteilnehmern hergestellt werden.

Im Leitlinienentwurf der Kommission zu den neuen Horizontalleitlinien hat diese in einem eigenen Abschnitt einen solchen „safe harbours" für Normierungsvereinbarungen entworfen.[126] Vereinbarungen über bestimmte Standards/Normen sollen dann keinen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellen, wenn folgende Bedingungen erfüllt sind:

- Das Verfahren zur Entwicklung des Standards ist transparent und steht allen interessierten Wettbewerbern offen;
- der Standard darf unbeteiligte Unternehmen nicht direkt oder indirekt zwingen, den Standard gegen ihren Willen ebenfalls einzuhalten;
- den Unternehmen steht es frei, ein Nachhaltigkeitsniveau über dem vereinbarten Standard hinaus zu erreichen;
- die beteiligten Unternehmen dürfen keine Informationen austauschen, die für die Entwicklung oder Durchführung des Standards nicht unerlässlich sind;
- allen interessierten Unternehmen muss auch nach Abschluss des Entwicklungsverfahrens der Zugang zum Standard zu angemessenen Bedingungen eröffnet sein;

[125] Vgl. Bundeskartellamt, Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften – Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis, Hintergrundpapier Arbeitskreis Kartellrecht, 2020, S. 17.
[126] Europäische Kommission, Draft Horizontal Guidelines, 2022, Rz. 572.

- der Standard darf nicht zu einer erheblichen Preiserhöhung oder erheblichen Einschränkung der Produktvielfalt führen.

Bei diesen Kriterien handelt es sich um klare Kriterien für Nachhaltigkeitskooperationen, die auf die Einführung eines bestimmten Standards oder Labels abzielen. Damit wird zumindest für solche Arten von Kooperationen bereits für Rechtssicherheit gesorgt, was zu begrüßen ist. Nicht unter den „safe harbour" fallen jedoch Nachhaltigkeitskooperationen, die über die Schaffung eines Standards hinausgehen oder erheblichen Einfluss auf die Produktvielfalt oder Preise haben. Gerade solche Änderungen auf dem Markt können für wirksame Fortschritte in Bezug auf die Nachhaltigkeit jedoch nötig sein.

Dass die Kommission die Grenzen für einen „safe harbour" eher eng ziehen will, ist jedoch nachvollziehbar, da bei Vorliegen der Kriterien keine weitere Prüfung der Wettbewerbsbeschränkung mehr erfolgt. Einen solchen „Freifahrtschein" sollte es für Vereinbarungen, die erheblich in das Marktgeschehen eingreifen, nicht ohne Weiteres geben. Für diese müssen vielmehr andere Rechtfertigungsgründe auf Tatbestands- oder Freistellungsebene greifen.

Problematisch bleibt in diesem Kontext und andernorts die strenge Praxis zum Informationsaustausch, die bei zunehmender kartellrechtlicher Befassung mit Nachhaltigkeitsthemen für Unternehmen zu einer Belastung werden kann. Sie können sich weniger frei über regulatorische Themen auseinandersetzen, wenn darin ein Informationsaustausch gesehen werden kann, der in der Linie der Entscheidung *PKW-Emissionen* steht. Zugleich werden gerade solche Austausche wichtiger für Brancheninitiativen und Normierungsvereinbarungen, die grundsätzlich gewünscht sind.

III. Tatbestandsimmanente Ausnahmen für nachhaltigkeitsfördernde Vereinbarungen

Die aktuell am prominentesten diskutierte Fragestellung – außerhalb der Freistellung – betrifft die Frage, ob Unternehmenskooperationen zur Erreichung von Nachhaltigkeitszielen bereits auf der Tatbestandsebene vom Kartellverbot ausgenommen werden können. In der Rechtsprechung zu Tatbestandsrestriktionen finden sich hierfür mögliche Ansatzpunkte.

1. Kartellrecht als Hindernis für Nachhaltigkeitsinitiativen

Es kann Initiativen von Unternehmen geben, die auf die Erreichung der SDG abzielen, aber Wettbewerbsbeschränkungen enthalten.

Die Europäische Kommission hat bis etwa in die frühen 2000er Jahre hinein eine durchaus großzügige Praxis bei Nachhaltigkeitsinitiativen gezeigt und diese freigestellt. Die aktuelle Praxis kann wegen der Selbstveranlagung der Unternehmen nicht umfassend abgebildet werden: Es ist unklar, wie viele Unternehmen bei ihren Nachhaltigkeitsinitiativen bislang davon ausgehen, dass die Freistellungsvoraussetzungen erfüllt sind, da insoweit keine Informationspflicht besteht. Die Kriterien, die in jüngerer Zeit offiziell niedergelegt wurden, sind aber anspruchsvoll und (bislang) nicht auf Nachhaltigkeitsinitiativen zugeschnitten. Versuche, die SDG mit Hilfe ökonomischer Tools in die Fallpraxis einzubinden, haben sich als schwierig erwiesen, da viele SDG sich einer klaren Messung und Aufrechenbarkeit mit negativen Effekten von Wettbewerbsbeschränkungen entziehen.

Für die Unternehmen verbleibt somit erhebliche Rechtsunsicherheit bei der Gestaltung von Nachhaltigkeitsinitiativen. Zu berücksichtigen ist, dass in der europäischen und deutschen Praxis schon der Austausch von Informationen zum Teil streng geahndet wird. Dabei gibt es, was im Rahmen dieses Gutachtens nur angedeutet werden kann, schwer einzuschätzende Grauzonen. Das erschwert den Austausch von Unternehmen darüber, was möglicherweise überhaupt denkbar ist. Ein Unternehmen, das sich *compliant* verhalten will, wird vor dem Austausch mit Wettbewerbern tendenziell zurückschrecken.

Das Kartellrecht muss zwar Nachhaltigkeitsinitiativen nicht im Weg stehen.[127] Derzeit wird es Unternehmen aber nicht besonders einfach gemacht, eine Selbsteinschätzung vorzunehmen, welche Kooperationen kartellrechtlich erlaubt sind. Unüberwindlich scheinen die Hürden derzeit, wenn die Absprachen, die auf einen höheren Zielerreichungsgrad bei den SDG zielen, mit höheren Preisen verbunden sein sollen. Das gilt auch für die koordinierte Einführung von Nachhaltigkeits-Zertifikaten, Absprachen zur Werbung oder Konditionenabsprachen.

Werden Unternehmen als zentrale Akteure der Nachhaltigkeit angesehen, müssen ihre Handlungsmöglichkeiten in gewissem Rahmen "mitwachsen".

[127] So auch Kingston, Journal of European Competition Law and Practice 2019, S. 517, 517 f.

2. Umsetzung in Tatbestandsrestriktion

Einzelne Einschränkungen des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen auf Tatbestandsebene sind richterrechtlich anerkannt. Sie können für Nachhaltigkeitsfälle in der zweiten oben genannten Dimension relevant werden: Wenn eine Vereinbarung von Unternehmen auf die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen ausgerichtet ist, aber Wettbewerbsbeschränkungen enthält, greift grundsätzlich das kartellrechtliche Verbot. Dieses kann jedoch außer Betracht bleiben, wenn eine ungeschriebene Tatbestandseinschränkung gewährt wird. Dann steht Kartellrecht der Nachhaltigkeitsinitiative nicht im Weg. Dieser Weg ist allerdings bislang nur in einer geringen Zahl von Ausnahmefällen eröffnet.

Hintergrund dessen ist der im Ausgangspunkt formalistische Ansatz des EuGH, der eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung grundsätzlich bereits darin erblickt, dass die Handlungsfreiheit eines Marktteilnehmers eingeschränkt wird.[128] In den Fällen, die als Tatbestandsrestriktion bezeichnet werden, verneint der EuGH trotz einer solchen formalen Handlungsbeschränkung das Vorliegen einer verbotenen Wettbewerbsbeschränkung i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV. Damit erübrigt sich auch die Prüfung einer Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV.

Unterschieden werden kann hier im Wesentlichen zwischen Tatbestandsrestriktionen aus zwei Motiven. Zum einen aus wettbewerbsimmanenten Gründen, wozu insbesondere die sog. ancillary-restraints-Doktrin, im deutschen Kartellrecht auch Immanenztheorie genannt, gehört. Die Fälle der soeben dargestellten Normierungsvereinbarungen zählen hierzu. Zum anderen können sich Ausnahmen vom Kartellverbot aus Gründen ergeben, die außerhalb des Schutzzwecks des Wettbewerbs liegen. Hierunter fällt insbesondere die Tatbestandsrestriktion nach der *Albany*/*Wouters*-Rechtsprechungslinie. Bei beiden Ansätzen ist zu prüfen, ob diese für die bessere Berücksichtigung von Nachhaltigkeitserwägungen herangezogen werden können.

[128] Sog. Selbständigkeitspostulat, vgl. EuGH, 14.7.1972, Rs. C-48/69, Slg. 1972, 619, Rz. 104 ff. – ICI; EuGH, 16.12.1975, Rs. C-40/73, Slg. 1975, 1663, Rz. 172 ff. – Suiker Unie; EuGH, 31.3.1993, Rs. C-89/85, Slg. 1993, I-1575 Rz. 59 ff. – Zellstoff.

a) Tatbestandsrestriktionen aus wettbewerbsimmanenten Gründen

Die erste der beiden Fallgruppen von Tatbestandsrestriktionen ist die der Tatbestandsausnahmen aus wettbewerbsimmanenten Gründen. Diese können ein Ansatzpunkt für Nachhaltigkeitsinitiativen sein.

Der EuGH nimmt teilweise Vereinbarungen vom Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV aus, wenn das Verbot dem Zweck des Kartellverbots widersprechen würde.[129] Es wird auch vertreten, dass diese Fälle gar nicht unter den Begriff der Tatbestandsrestriktion passen, da eigentlich lediglich das Tatbestandsmerkmal der „Wettbewerbsbeschränkung" nach Sinn und Zweck des Kartellverbots ausgelegt wird.[130]

aa) Grundlagen

Zu dieser Art von Tatbestandsrestriktionen gehören verschiedenste Fallgruppen. Zu nennen ist hier insbesondere die ancillary restraints-Doktrin bzw. die Lehre von den notwendigen Nebenabreden. Umfasst sind aber auch Tatbestandsausnahmen für den selektiven Vertrieb i.S.d. *Metro*-Rechtsprechung des EuGH[131] und Fälle von Markterschließungen.[132] Der selektive Vertrieb spielt für Nachhaltigkeitsinitiativen freilich kaum eine Rolle und wird im Folgenden nicht weiter thematisiert.

Mit der ancillary restraints-Doktrin (im Deutschen oft "Immanenztheorie")[133] ist im Wesentlichen gemeint, dass eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung nicht dem Kartellverbot nach Art.101 Abs. 1 AEUV unterliegt, wenn sie bloß eine notwendige Nebenabrede zu einem im Übrigen kartellrechtsneutralen Hauptvertrag ist.[134] Die Beschränkung muss dafür „notwendig, verhält-

[129] Vgl. Zimmer in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1, 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 146.
[130] Säcker/Zorn in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 1, 2020, Art. 101 AEUV Rn. 210; Vgl. auch EuG, 18.9.2001, Rs. T-112/99, ECLI:EU:T:2001:215, Rz. 76 – M6.
[131] EuGH, 25.10.1977, Rs. 26/76, Slg. 1977, 1875, Rn. 21 – Metro/Kommission.
[132] Vgl. dazu Roth/Ackermann in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Band 2, 2009, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG Rn. 326.
[133] Vgl. Eilmansberger/Kruis in: Streinz, EUV/AEUV, 2018, Art. 101 AEUV Rn. 63; Zimmer in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1, 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 146.
[134] Vgl. EuGH, 11.9.2014, Rs. C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, Rz. 89 – Mastercard/Kommission; BGH, 18.5.2021, KVR 54/20, WuW 2021, 517, Rz. 24 – Booking.com; Siehe auch den Überblick bei Grave/Nyberg in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, 2020, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 279 ff.

nismäßig, unmittelbar mit der Hauptmaßnahme verbunden und nicht wettbewerbsbeschränkender Hauptgegenstand der Vereinbarung“ sein.[135] Ist dies der Fall, liegt keine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, auf eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV kommt es dann nicht mehr an. Die Tatbestandsausnahme wird aus wettbewerbsimmanenten Gründen vorgenommen: Ohne die Wettbewerbsbeschränkung (z.B. ein Wettbewerbsverbot für den Verkäufer in einem Unternehmenskaufvertrag) würde die Hauptvereinbarung (der Unternehmenskauf) schlicht unterbleiben.[136]

Ähnliches gilt auch für Fälle der Markterschließung. Darunter fallen Vereinbarungen, die darauf gerichtet sind, einen bestimmten Markt überhaupt erst betreten zu können. Dies kann der Fall sein, wenn die beteiligten Marktakteure alleine nicht in der Lage wären, auf dem Markt tätig zu werden, z.B. weil ihnen alleine die notwendigen finanziellen Ressourcen fehlen.

Wenn eine formal wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung erforderlich für das Eintreten in einen bestimmten Markt ist, schafft diese Vereinbarung erst Wettbewerb und beschränkt diesen nicht.[137]

bb) Leitlinienentwurf der Kommission

Im Entwurf der Europäischen Kommission zu den neuen Horizontalleitlinien findet die ancillary restraints-Doktrin im Abschnitt zu Sustainability Agreements nur in einem Satz Erwähnung: Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, die notwendige Nebenabreden einer Nachhaltigkeitsvereinbarung sind, seien vom Kartellverbot ausgenommen, sofern die Nachhaltigkeitsvereinbarung selbst mit Art. 101 Abs. 1 AEUV vereinbar ist.[138] Die Kommission gibt kein Beispiel und erklärt auch nicht, ob und wie eine Nachhaltigkeitsvereinbarung mit wettbewerbsbeschränkenden Elementen in eine wettbewerbsneutrale „Hauptvereinbarung“ und eine wettbewerbsbeschränkende Nebenabrede getrennt werden kann. Verwiesen wird lediglich auf die Ausführungen zur ancillary restraints-Doktrin im Allgemeinen Teil der Horizontalleitlinien.

---

[135] EuG, 18.9.2001, Rs. T-112/99, ECLI:EU:T:2001:215, Rz. 104 – M6.
[136] Eilmansberger/Kruis in: Streinz, EUV/AEUV, 2018, Art. 101 AEUV Rn. 63; Weiß in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 2022, Art. 101 AEUV Rn. 109, 115.
[137] EuGH, 30.6.1966, Rs. 56/65, ECLI:EU:C:1966:38, S. 304 (amtl. Slg.) – LTM/MBU.
[138] Europäische Kommission, Draft Horizontal Guidelines, 2022, Rz. 548.

cc) Option WB 4: Tatbestandsrestriktionen aus wettbewerbsimmanenten Gründen

Tatbestandsrestriktionen aus wettbewerbsimmanenten Gründen kommen auch für Nachhaltigkeitsinitiativen in Betracht. Die bereits etablierten Fallgruppen, wie z.B. die Zulässigkeit von Wettbewerbsverboten in Unternehmenskaufverträgen, gelten unterschiedslos auch für Nachhaltigkeitskooperationen. Von großer Bedeutung ist aber die Frage, ob spezifische Nachhaltigkeitsvereinbarungen aus wettbewerbsimmanenten Gründen gerechtfertigt werden können.

(1) Ancillary Restraints

Tatbestandsrestriktionen nach der ancillary restraints-Doktrin kommen bei Nachhaltigkeitsinitiativen in der Regel nicht in Betracht. Dies gilt insbesondere für solche Nachhaltigkeitsinitiativen, die darauf angelegt sind, weniger nachhaltige Produkte aus dem Sortiment zu nehmen.

Zum einen müsste dafür nämlich ein verhältnismäßig übersichtliches Vertragswerk vorliegen, bei dem klar zwischen einer wettbewerbsneutralen Hauptabrede und einer klar definierten untergeordneten Wettbewerbsbeschränkung unterschieden werden kann.[139] Ist eine solche klare Unterscheidung nicht möglich, besteht schließlich stets die Gefahr, dass die Einordnung in Haupt- und Nebenabrede je nach Interpretation völlig verschieden erfolgt und gänzlich andere Ergebnisse herauskommen.[140]

Auch das Bundeskartellamt hat Zweifel, ob hier überhaupt davon gesprochen werden könne, dass eine kartellrechtsneutrale Hauptabrede vorliegt, für deren Durchführung die Beschränkung eine notwendige Nebenabrede ist.[141] Dem ist zuzustimmen, da bei Nachhaltigkeitsinitiativen die Wettbewerbsbeschränkung nicht nur von untergeordneter Bedeutung, sondern typischerweise Kern der Kooperation ist. An der Feststellung, dass der Kern von Nachhaltigkeitsinitiativen die Wettbewerbsbeschränkung ist, ändert sich auch dadurch nichts, dass für die beteiligten Unternehmen der Umweltschutz möglicherweise subjektiv der Hauptzweck der Vereinbarung ist. Hauptabrede im kartellrechtlichen Sinne bleibt es dennoch, z.B. keine besonders umweltschädlichen Produkte

[139] Reymann, Immanente Schranken des europäischen Kartellverbots, 2004, S. 233 f. Vgl. zu der Voraussetzung allgemein Säcker/Zorn in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 1, 2020, Art. 101 AEUV Rn. 224.
[140] Vgl. Molle, Begleitende Wettbewerbsverbote, 2005, S. 71.
[141] Bundeskartellamt, Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften – Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis, Hintergrundpapier Arbeitskreis Kartellrecht, 2020, S. 21.

mehr herzustellen, was im Kern eine Wettbewerbsbeschränkung darstellt. Es ist zwar nicht denklogisch ausgeschlossen, als kartellrechtsneutrale Hauptabrede die Vereinbarung darüber anzusehen, die Umwelt besser zu schützen und dementsprechend konkrete Maßnahmen dafür als notwendige Nebenabreden einzuordnen. In der Sache handelt es sich dann aber um eine Maßnahme, die nicht eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit, wie einen Unternehmenskauf, verfolgt, sondern um die Verfolgung eines bestimmten (außerwettbewerblichen) Ziels. Diese Fälle sind dann aber nicht unter der ancillary Restraints-Doktrin, sondern unter der *Wouters*-Rechtsprechungslinie zu lösen.

Zudem zeigt ein Vergleich mit Fällen der Unternehmensveräußerung, dass der Sinn und Zweck der ancillary Restraints-Doktrin nicht erreicht wird. Dieser ist, wie oben bereits ausgeführt, ein wettbewerbsfördernder Zweck. Das Kartellverbot wird für nicht anwendbar erklärt, da das Verbot der Zielsetzung des Art. 101 Abs. 1 AEUV zuwiderlaufen würde, den Wettbewerb zu schützen oder zu ermöglichen. Deshalb werden Wettbewerbsverbote in Unternehmenskaufverträgen hingenommen, da andernfalls eine wirtschaftliche Tätigkeit, wie ein Austauschgeschäft, nicht möglich wäre.[142] Nachhaltigkeitsinitiativen sind aber keine wettbewerbsneutralen oder wettbewerbsfördernden Vereinbarungen. Wettbewerbsfördernde Vereinbarungen sind solche, die Ausdruck des Ablaufs wettbewerblicher Prozesse und nicht deren Beschränkung sind.[143] Nachhaltigkeitskooperationen sind aber darauf ausgerichtet, in den Wettbewerb aus Gründen eines Marktversagens einzugreifen, diesen also gerade nicht ungestört ablaufen zu lassen. Damit fehlt es an einer primär wettbewerbsfördernden Wirkung, die es rechtfertigen könnte, eine vergleichsweise wenig bedeutende Wettbewerbsbeschränkung zuzulassen. Eine Tatbestandsrestriktion im Sinne der ancillary restraints-Doktrin wird damit regelmäßig nicht in Betracht kommen.

(2) Markterschließung

Der Markterschließungsgedanke passt dagegen auf bestimmte Problematiken, die Unternehmen als Hindernis für nachhaltigeres Wirtschaften nennen.[144] So bringen sie teilweise vor, dass bestimmte Nachhaltigkeitsambitionen von ihnen alleine nicht realisierbar sind, z.B. weil ihnen die

[142] Zimmer in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1, 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 146.
[143] Molle, Begleitende Wettbewerbsverbote, 2005, S. 77.
[144] Vgl. van den Brink/Ellison in: Holmes/Middelschulte/Snoep, Competiton Law, Climate Change & Environmental Sustainability, 2021, S. 41.

nötigen finanziellen Ressourcen fehlen, oder weil sie alleine keine ausreichenden Skaleneffekte erzeugen können. Beispielsweise kann die Umstellung auf nachhaltigere Verpackungsmaterialien nicht möglich sein, da die Zulieferer solche aufgrund zu geringer Nachfrage nicht anbieten wollen.[145]

Hier lässt sich der Gedanke der Markterschließung fruchtbar machen: Eine gemeinsame Nachfrage würde den beteiligten Unternehmen überhaupt erst ermöglichen, in einen Markt für Produkte mit nachhaltigen Verpackungen einzutreten. Problematisch dürfte in der Praxis aber stets die Frage bleiben, ob es den Unternehmen wirklich alleine unmöglich ist, in den neuen Markt einzutreten. Es dürfte dafür schließlich nicht ausreichen, dass es schlicht unwirtschaftlich ist. Hier könnten die Leitlinien der Europäischen Kommission durch Beispiele mehr Rechtssicherheit für Unternehmen schaffen.

b) Tatbestandsrestriktionen zugunsten anderer legitimer Ziele

Zur Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsbelangen im Kartellrecht werden – neben solchen nach der ancillary restraints-Doktrin – auch immer wieder Tatbestandsrestriktionen auf Ebene des Art. 101 Abs. 1 AEUV aus außerwettbewerblichen Gründen erwogen.[146]

aa) Grundlagen

Obwohl beide unter dem Stichwort einer „Tatbestandsrestriktion" erörtert werden, unterscheidet sich der hier zu diskutierende Ansatz wesentlich von der eben dargestellten ancillary restraints-Doktrin. Mit der ancillary restraints-Doktrin wird das Vorliegen einer verbotenen Wettbewerbsbeschränkung i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV aus wettbewerbsimmanenten Gründen abgelehnt. Eine solche Tatbestandsrestriktion verbleibt damit innerhalb der Wettbewerbslogik der Norm. Allerdings kann eine Norm nicht nur aus normeigenen, sondern auch aus normfremden Erwägungen einer Restriktion unterworfen werden.[147] Denkbar ist aber auch, eine wettbewerbsbeschränkende Absprache aus außerwettbewerblichen Gründen zuzulassen, nämlich wenn die Wettbe-

[145] Vgl. Dahlbender, WuW 2021, 392, 393 f.
[146] Vgl. Monti, Common Market Law Review 2002, S. 1057, 1088 f.; Roth in: FS Mestmäcker, 2006, S. 429; Roth/Ackermann in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Band 2, 2009, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG Rn. 360. Vgl. auch Breuer, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, 2012, S. 629.
[147] Breuer, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, 2012, S. 629.

werbsbeschränkung erforderlich ist, um ein anderes legitimes Ziel zu erreichen, welches im konkreten Fall als vorrangig angesehen wird.[148] Dahinter steht der Gedanke, dass das europäische Recht dem Wettbewerbsschutz gegenüber anderen legitimen Zielen keinen generellen Vorrang einräumt.[149] Es muss ein Weg gefunden werden, mögliche Zielkonflikte aufzulösen. Aus der deutschen (Grund-)Rechtsdogmatik ist dies unter dem Begriff der „praktischen Konkordanz" bekannt.[150]

Dieses Konzept lässt sich gedanklich auf die Verfolgung von Nachhaltigkeitszielen übertragen, insbesondere bei solchen Zielen, die im EU-Primärrecht (EUV, AEUV und GrCh) als Ziele der Europäischen Union benannt werden (*levelling approach*). Zu nennen ist hier insbesondere das in Art. 3 Abs. 3 S. 2 EUV niedergelegte Ziel der nachhaltigen Entwicklung Europas, einer ausgeprägten sozialen Marktwirtschaft und eines hohen Maßes an Umweltschutz und -qualität. Nach Art. 3 Abs. 5 S. 2 EUV leistet die Europäische Union zudem einen Beitrag zur globalen nachhaltigen Entwicklung. Der Wettbewerbsschutz ist seit dem Vertrag von Lissabon nicht mehr als selbständiges Ziel in Art. 3 EUV aufgeführt, sondern wurde in ein Protokoll verschoben[151], welches gleichwohl nach Art. 51 EUV Teil des Primärrechts ist.[152] Diese Ziele ordnen also die Errichtung eines Binnenmarktes und den Wettbewerbsschutz auf einer Ebene an. Dies zeigt schon, dass eine Abstimmung dieser Ziele untereinander notwendig ist.

bb) Ansatzpunkt in der Rechtsprechung: Albany und Wouters

Ausgangspunkte der Diskussion über Tatbestandsrestriktionen zugunsten anderer legitimer Ziele sind die EuGH-Entscheidungen in Sachen *Albany*[153] und *Wouters*[154].

[148] Breuer, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, 2012, S. 629.
[149] Vgl. Breuer, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, 2012, S. 586; a.A. Dreher, WuW 1998, 656, 665 f., der den Wettbewerbsschutz als vorrangig ansieht. Das Werk stammt jedoch aus der Zeit vor dem Vertrag von Lissabon.
[150] Zum Begriff der praktischen Konkordanz vgl. BVerfG, 19.7.2011, Az. 1 BvR 1916/09, BVerfGE 129, 78, 102.
[151] Protokoll (Nr. 27) über den Binnenmarkt und den Wettbewerb, ABl. 2008 C 115/309
[152] Zur Bedeutung und Geschichte der Verschiebung siehe den Überblick bei Ruffert in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 2020, Art. 3 EUV Rn. 26.
[153] EuGH, 21.9.1999, Rs. C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 – Albany.
[154] EuGH, 19.2.2002, Rs. C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98 – Wouters.

Der EuGH hat sich später in einigen Verfahren auf die Grundsätze von *Albany* und *Wouters* bezogen. In *Pavlov*[155] und *van der Woude*[156] hat der EuGH seine Auffassung zu wettbewerbsbeschränkenden Tarifverträgen bekräftigt.[157] In den Verfahren *API*[158] *OTOC*[159] und *consiglio nazionale di geologi*[160] hat der EuGH in recht ähnlich gelagerten Verfahren auf die *Wouters*-Rechtsprechung verwiesen. Jüngst hat sich das EuG in *ISU*[161] mit der *Wouters*-Doktrin bzw. der *Meca-Medina*-Rechtsprechung befasst und diese Rechtsprechungslinie fortgesetzt.

(1) EuGH-Rechtsprechung: Wouters

Gegenstand der *Wouters*-Rechtsprechung ist das Verhältnis des Wettbewerbsschutzes zum Ziel einer geordneten Rechtspflege.[162] Im Standesrecht der niederländischen Rechtsanwaltskammer war ein Verbot der Gründung gemischter Sozietäten von Rechtsanwälten und Wirtschaftsprüfern vorgesehen.[163] Grund für das Verbot war das im Interesse der Mandanten bestehenden Berufsgeheimnis der Rechtsanwälte, welches für Wirtschaftsprüfer nicht in vergleichbarer Form existierte.

Der EuGH erklärt, bei der Anwendung des Kartellverbots im Einzelfall seien „der Gesamtzusammenhang, in dem der fragliche Beschluss zustande gekommen ist oder seine Wirkungen entfaltet, und insbesondere dessen Zielsetzung zu würdigen, die hier mit der Notwendigkeit der Schaffung von Vorschriften über Organisation, Befähigung, Standespflichten, Kontrolle und Verantwortlichkeit zusammenhängt, die den Empfängern juristischer Dienstleistungen und der Rechtspflege die erforderliche Gewähr für Integrität und Erfahrung bieten."[164]

Der EuGH sah daher in der Standesregel keinen Verstoß gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Absprachen. Die streitige Bestimmung diene mit dem Setzen von Rahmenbedingungen für den Beruf des Rechtsanwalts dem Ziel, ein vertrauensvolles Verhältnis zwischen Rechtsanwalt

[155] EuGH, 12.9.2000, Rs. C-180/98, ECLI:EU:C:2000:428 – Pavlov.
[156] EuGH, 21.9.2000, Rs. C-222/98, ECLI:EU:C:2000:475 – van der Woude.
[157] Vgl. die Einschätzung bei Breuer, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, 2012, S. 539.
[158] EuGH, 4.9.2014, Rs. C-184/13 u.a., ECLI:EU:C:2014:2147 – API.
[159] EuGH, 28.2.2013, Rs. C-1/12, ECLI:EU:C:2013:127 – OTOC.
[160] EuGH, 18.7.2013, Rs. C-136/12, ECLI:EU:C:2013:489 – Consiglio nazionale dei geologi.
[161] EuG, 16.12.2020, Rs. T-93/18, ECLI:EU:T:2020:610, Rz. 71 – ISU.
[162] EuGH, 19.2.2002, Rs. C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98 – Wouters.
[163] EuGH, 19.2.2002, Rs. C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98 – Wouters.
[164] EuGH, 19.2.2002, Rs. C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98, Rz. 97 – Wouters.

und Mandant und eine geordnete Rechtspflege zu ermöglichen.[165] Dabei handele es sich um ein wichtiges Ziel, die Bestimmung sei zur Erreichung dieses Ziels auch objektiv erforderlich.[166]

(2) EuGH-Rechtsprechung: Albany

Im *Albany*-Verfahren wurde die Tatbestandausnahme explizit auf die Verfolgung eines Unionsziels gestützt.[167] Die europäischen Verträge verfolgen neben dem Wettbewerbsschutz auch sozialpolitische Ziele (Art. 153-155 AEUV = Art. 118b EGV a.F.). Diese Ziele müssen miteinander in Einklang gebracht werden.[168] Sofern die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften die Ziele der Sozialpolitik ernsthaft gefährden würde, muss der Tatbestand nach Ansicht des EuGH restriktiv ausgelegt werden.[169]

Gegenstand des Verfahrens war die Zwangsmitgliedschaft in einem Betriebsrentenfonds, der ein bestimmtes Rentenniveau und Arbeitsbedingungen sichern sollte. Im Kern ging es um die Zulässigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen in Tarifverträgen.[170] Der zuständige niederländische Minister erklärte die in einem Tarifvertrag enthaltene Verpflichtung zur Zwangsmitgliedschaft in einem Betriebsrentenfonds für verbindlich.[171] Der EuGH stellte fest, dass trotz der an sich wettbewerbsbeschränkenden Wirkung der Maßnahme der Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht erfüllt sei.[172] Würde das Kartellverbot uneingeschränkte Wirkung entfalten, wären die Ziele der europäischen Sozialpolitik (Art. 118, 118b EGV a.F.) ernsthaft gefährdet.[173] Eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung liegt daher nicht vor, wenn in Tarifverträgen Vereinbarungen zur Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen getroffen werden.[174]

[165] EuGH, 19.2.2002, Rs. C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98, Rz. 107 ff. – Wouters.
[166] EuGH, 19.2.2002, Rs. C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98, Rz. 107 ff. – Wouters.
[167] EuGH, 21.9.1999, Rs. C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 – Albany.
[168] Vgl. EuGH, 21.9.1999, Rs. C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430, Rz. 54 – Albany.
[169] EuGH, 21.9.1999, Rs. C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430, Rz. 59 f. – Albany.
[170] EuGH, 21.9.1999, Rs. C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430, Rz. 63 f. – Albany; vgl. Zimmer in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1, 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 161 f.
[171] EuGH, 21.9.1999, Rs. C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430, Rz. 25 – Albany.
[172] EuGH, 21.9.1999, Rs. C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430, Rz. 60, 64 – Albany.
[173] EuGH, 21.9.1999, Rs. C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430, Rz. 59 f. – Albany.
[174] EuGH, 21.9.1999, Rs. C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430, Rz. 59 – Albany.

Auch dieses Verfahren zeigt das Spannungsverhältnis zwischen Wettbewerb und Gemeinwohlbelangen, hier der Sozialpolitik.[175] Anders als in *Wouters* stützt sich der EuGH in *Albany* ausdrücklich auf die in den Verträgen normierten Unionsziele. Beiden Verfahren ist gemein, dass das Verbot nach Art. 101 Abs. 1 AEUV mit Blick auf andere Ziele als den Wettbewerbsschutz für nicht anwendbar erklärt wurde.

(3) Sonderkonstellation oder verallgemeinerungsfähig?

Eine Tatbestandsreduktion zugunsten des Umweltschutzes hat der EuGH bislang in keinem Verfahren angenommen, allerdings war er mit einem solchen Fall bislang auch nicht befasst.

Als Vorüberlegung dafür, ob der Gedanke der Entscheidungen auf Nachhaltigkeitsinitiativen übertragen werden kann, ist wichtig zu erörtern, wie *Wouters* und *Albany* zu verstehen sind.[176] Über ihre Interpretation wird auch zwei Jahrzehnte nach ihrer Verkündung trotz einiger Folgeentscheidungen noch gestritten. Gemein ist beiden Entscheidungen, dass der EuGH trotz Vorliegens einer formalen Wettbewerbsbeschränkung einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verneint hat. Umstritten ist, auf welcher Grundlage die Ausnahme gewährt wird.

(a) Weite Auffassung: Tatbestandsrestriktion zugunsten eines legitimen Ziels

Eine Strömung in der Wissenschaft geht davon aus, dass der EuGH mit der Entscheidung ein System geschaffen hat, mit dem Zielkonflikte zwischen dem Wettbewerbsschutz und anderen legitimen Zielen aufgelöst werden können. Bereits die Verfolgung eines wichtigen Allgemeininteresses bzw. Unionsziels reiche als Rechtfertigungsgrund für die Wettbewerbsbeschränkung aus, so dass die Entscheidungen auf andere Allgemeinwohlbelange übertragen werden können.[177]

[175] Latzel-Serr, EuZW 2014, 410, 411.
[176] Siehe dazu auch Heermann, WuW 2022, 308; Becker, NZKart 2022, 379; Mürtz, Meca-Medina-Test des EuGH, 2023, S. 129 ff.
[177] In diesem Sinne Monti, Common Market Law Review 2002, S. 1057, 1088 f.; Roth in: FS Mestmäcker, 2006, S. 429; Roth/Ackermann in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Band 2, 2009, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG Rn. 360; Dolmans in: Holmes/Middelschulte/Snoep, Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability, 2021, S. 28 ff.; Inderst/Thomas, Legal Design in Sustainable Antitrust, 2022, S. 7.

Der EuGH nähere die Rechtsprechung zum Kartellverbot derjenigen zu den Grundfreiheiten nach Art. 34 ff. AEUV an, wo für staatliche Eingriffe in den Binnenmarkt schließlich auch Allgemeinwohlbelange ausreichen.[178] Dafür spricht insbesondere, dass der EuGH sich in *Wouters* auf seine Entscheidung *Reisebüro Broede*[179] zur Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 AEUV (Art. 49 EGV a.F.) bezieht.[180] Während die Grundfreiheiten den Binnenmarkt vor Beeinträchtigungen durch den Staat schützen, sollen die Art. 101, 102 AEUV den Binnenmarkt vor schädlichem Verhalten Privater schützen.[181] Sind die Grundfreiheiten aus verschiedenen Gründen einschränkbar, spreche dies dafür, auch die Wettbewerbsvorschriften als einer Abwägung mit anderen Zielen zugänglich zu sehen. Die Rechtfertigungsprüfung im *Cassis-de-Dijon*[182]-Stil sei vom EuGH daher auf Art. 101 Abs. 1 AEUV übertragen worden, um widersprüchliche Ergebnisse zu vermeiden.[183]

Zudem sei die *Wouters*-Rechtsprechung nicht auf Fälle beschränkt, in denen originär staatliche Rechtsetzungsaufgaben an private Selbstregulierungsorganisationen delegiert werden.[184] Dafür spreche insbesondere auch die Folgeentscheidung in Sachen *Meca-Medina*[185]: Gegenstand dieses Verfahrens war die kartellrechtliche Zulässigkeit von Anti-Doping-Regelungen in den Regelwerken von Sportverbänden. Der EuGH stellte trotz wettbewerbsbeschränkender Wirkung der Anti-Doping Vorschriften und entsprechender Sanktionen keinen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV fest, da die Vorschriften für das Funktionieren eines sportlichen Wettkampfs notwendig und verhältnismäßig seien.[186] Für diese Argumentation verwies der EuGH auf die *Wouters*-Rechtsprechung.[187] Dies zeige, dass ausschlaggebend für die Tatbestandsrestriktion

[178] Monti, Common Market Law Review 2002, S. 1057, 1088 f.; Reymann, Immanente Schranken des europäischen Kartellverbots, 2004, S. 279 f.; Komninos, Non-competition Concerns: Resolution of Conflicts in the Integrated Article 81 EC, 2005, S. 13; Roth in: FS Mestmäcker, 2006, S. 429; Ackermann, WuW 2022, 122, 125. Ein Überblick zur Rechtfertigung bei Eingriffen in die Grundfreiheiten findet sich bei Kingreen in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 2022, Art. 36 AEUV Rn. 76 ff.

[179] EuGH, 12.12.1996, Rs. C-3/95, ECLI:EU:C:1996:487 – Reisebüro Broede.

[180] Monti, Common Market Law Review 2002, S. 1057, 1087; Reymann, Immanente Schranken des europäischen Kartellverbots, 2004, S. 279 f.; Breuer, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, 2012, S. 554.

[181] Gerbrandy/Janssen/Thomsin, Utrecht Law Review 2019, S. 32, 36.

[182] EuGH, 20.2.1979, Rs. 120/78, ECLI:EU:C:1979:42 – Cassis-de-Dijon. Vgl. zur Übersicht Leible/T. Streinz in: Das Recht der Europäischen Union, 2022, Art. 34 AEUV Rn. 107 ff.

[183] Monti, Common Market Law Review 2002, S. 1057, 1088.

[184] Vgl. Breuer, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, 2012, S. 566.

[185] EuGH, 18.7.2006, Rs. C-519/04, ECLI:EU:C:2006:492 – Meca-Medina.

[186] Zur Deutung des Urteils siehe auch Bien/Becker, ZWeR 2021, 565; Podszun, NZKart 2021, 138.

[187] EuGH, 18.7.2006, Rs. C-519/04, ECLI:EU:C:2006:492, Rz. 42 – Meca-Medina.

in Wouters nicht der Umstand war, dass die Rechtsanwaltskammer eine an sich hoheitliche Aufgabe übertragen bekommen hat.[188]

(b) Engere Auffassung: Sonderkonstellationen

Andere Stimmen sehen in den Entscheidungen aus verschiedensten Gründen nicht-verallgemeinerungsfähige Sonderkonstellationen.[189]

Teilweise wird vertreten, dass es in *Wouters* bei dem streitigen Verbot von gemischten Sozietäten aus Rechtsanwälten und Wirtschaftsprüfern, genau wie bei den darauf verweisenden Entscheidungen *API*[190] *OTOC*[191] und *consiglio nazionale di geologi*[192], um die Delegation von typischen staatlichen Rechtsetzungsbefugnissen auf besonders anerkannte Standesorganisationen ginge.[193] Dafür spreche, dass der EuGH in der Entscheidung immer wieder auf die öffentlich-rechtliche Ausgestaltung des Standesrechts in den Niederlanden verweist.[194] Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus dem Verfahren *Meca-Medina*[195], bei dem auf den ersten Blick keine Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen vorliegt. Der EuGH bezog sich zwar auf die *Wouters*-Kriterien, in der Sache habe er aber eigentlich eine Argumentation herangezogen, die mit der Immanenztheorie vergleichbar sei.[196] Rechtfertigungsgrund für die Zulässigkeit von Anti-Doping Vorschriften im Profisport sei nicht für sich genommen die Verfolgung eines vernünftigen Grundes, sondern dass solche Vorschriften für das Funktionieren des Sportmarktes notwendig – oder diesem immanent

---

[188] Breuer, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, 2012, S. 566.
[189] Zimmer in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1, 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 166 f.; Loozen, Common Market Law Review 2019, S. 1256, 1290; van den Brink/Ellison in: Holmes/Middelschulte/Snoep, Competiton Law, Climate Change & Environmental Sustainability, 2021, S. 42; Hertfelder in: FS Bechtold, 2021, S. 105, 107; Bien/Becker, ZWeR 2021, 565, 574. Vgl. auch Reymann, Immanente Schranken des europäischen Kartellverbots, 2004, S. 281; Loozen, European Law Review 2006, S. 28, 47.
[190] EuGH, 4.9.2014, Rs. C-184/13 u.a., ECLI:EU:C:2014:2147 – API.
[191] EuGH, 28.2.2013, Rs. C-1/12, ECLI:EU:C:2013:127 – OTOC.
[192] EuGH, 18.7.2013, Rs. C-136/12, ECLI:EU:C:2013:489 – Consiglio nazionale dei geologi.
[193] Zimmer in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1, 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 166. Vgl. dazu auch Schmid, European Review of Private Law 2000, S. 155, 166 f., der die Übernahme einer hoheitlichen Tätigkeit durch Private verlangt.
[194] Loozen, Common Market Law Review 2019, S. 1256, 1290. Vgl. auch Janssen/Kloosterhuis, European Competition Law Review 2016, S. 335, 338.
[195] EuGH, 18.7.2006, Rs. C-519/04, ECLI:EU:C:2006:492 – Meca-Medina.
[196] Schweitzer in: Monopolkommission, Politischer Einfluss auf Wettbewerbsentscheidungen, 2015, S. 36.

– seien.[197] Dass der EuGH auf die *Wouters*-Rechtsprechung verwiesen hat, sei daher überflüssig und ein Fehler gewesen, der zu Missinterpretationen einlade.[198]

Andere Stimmen sehen den wesentlichen Punkt von *Wouters* nicht in einer Delegation von staatlichen Rechtssetzungsbefugnissen, sondern generell in einer ausnahmsweise zulässigen privaten Selbstregulierung, die sich jedoch auch aus der Rechtsordnung ergeben müsse.[199] Nach dieser Auffassung passt *Meca-Medina* zur *Wouters*-Doktrin, da dort ebenfalls eine zulässige Selbstregulierung der Sportverbände aufgrund ihrer Grundrechte (Art. 11 Abs. 1 EMKR, Art. 12 GrCh) gegeben sei.[200] Dafür spreche z.B. auch der häufige Gebrauch von Begriffen wie „Regelwerk", die für sich selbst regulierende Organisationen typisch seien.[201] Im *ISU*-Verfahren aus 2020 hat das EuG zudem sehr deutlich auf die Regelungsgewalt eines Sportverbands verwiesen.[202] Wieder andere sehen den Grund für die Tatbestandsausnahme in der Korrektur eines Marktversagens.[203] Dies könne nicht auf jede Absprache zwischen Wettbewerbern übertragen werden, die ein vermeintlich legitimes Ziel verfolgt.[204]

Ähnliche Bedenken werden auch zum Fall *Albany* vorgetragen. Für die Tatbestandsausnahme reiche nicht aus, dass die Vereinbarung einem Unionsziel dient. Es sei nicht zu vernachlässigende Voraussetzung, dass die europäischen Verträge die Zuständigkeit für die Festlegung der Arbeitsbedingungen den Tarifvertragsparteien überlassen haben.[205] Mit anderen Worten setzt eine Tatbestandsrestriktion im Sinne der *Albany*-Entscheidung voraus, dass das europäische Primärrecht ausdrücklich eine Handlung Privater billigt (bei *Albany*: Abschluss von Tarifverträgen über bestimmte Vertragskonditionen).[206] Dies wird auch in der *Pavlov*-Entscheidung[207] deutlich: Der

[197] Schweitzer in: Monopolkommission, Politischer Einfluss auf Wettbewerbsentscheidungen, 2015, S. 36; Loozen, Common Market Law Review 2019, S. 1256, 1292.
[198] Loozen, Common Market Law Review 2019, S. 1256, 1292 f.
[199] Hertfelder in: FS Bechtold, 2021, S. 107. Vgl. auch Schiedsgericht DFL, Schiedsspruch vom 25.8.2011, SpuRt 2011, 259, 263.
[200] Bien/Becker, ZWeR 2021, 565, 572.
[201] Bien/Becker, ZWeR 2021, 565, 573.
[202] EuG, 16.12.2020, Rs. T-93/18, ECLI:EU:T:2020:610, Rz. 71 – ISU.
[203] Janssen/Kloosterhuis, European Competition Law Review 2016, S. 335, 336 f.
[204] Vgl. Schweitzer in: Monopolkommission, Politischer Einfluss auf Wettbewerbsentscheidungen, 2015, S. 36; Hertfelder in: FS Bechtold, 2021, S. 107 f.
[205] Schweitzer in: Monopolkommission, Politischer Einfluss auf Wettbewerbsentscheidungen, 2015, S. 33 f.
[206] Breuer, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, 2012, S. 617; Latzel/Serr, EuZW 2014, 410, 412; Inderst/Thomas, Legal Design in Sustainable Antitrust, 2022.
[207] EuGH, 12.9.2000, Rs. C-180/98, ECLI:EU:C:2000:428, Rz. 69 – Pavlov.

EuGH stellte fest, dass eine Tatbestandsrestriktion nicht in Betracht komme, da das Primärrecht keine Kollektivvereinbarungen von Angehörigen freier Berufe billige.

Insgesamt könne daher nicht angenommen werden, dass der EuGH generell bereit sei, das Kartellverbot zugunsten anderer Ziele zu relativieren.[208] Das Kartellverbot habe lediglich den Zweck, den Wettbewerb zu schützen.[209]

(c) Zusammenfassung

Insgesamt lässt sich sagen, dass die Rechtsprechungslinie des EuGH in Sachen *Albany* und *Wouters* unklar ist. Sie bietet, abseits der bereits konkret entschiedenen Konstellationen, keine Sicherheit hinsichtlich der Verfolgung außerwettbewerblicher Ziele durch wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen.[210]

Zur Klärung dieser Fragen müsste der EuGH über Absprachen zwischen Wettbewerbern entscheiden, die die Förderung von Nachhaltigkeitsbelangen zum Ziel haben. Dies würde zum einen deutlich machen, welche anderen legitimen Ziele eine Ausnahme von Art. 101 Abs. 1 AEUV rechtfertigen können. Zum anderen würde die Frage beantwortet, ob eine Tatbestandsausnahme nach der *Wouters*-Rechtsprechungslinie weitere Voraussetzungen hat, die über die Verfolgung eines legitimen Ziels und der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit zur Zielerreichung hinausgehen. Dafür müsste die Europäische Kommission ein Verfahren gegen Unternehmen führen, die an einer Nachhaltigkeitskooperation beteiligt sind oder es müssten zivilrechtliche Klagen gegen Nachhaltigkeitskooperationen erhoben werden.

cc) Leitlinienentwurf der Kommission

Im Entwurf der neuen Horizontalleitlinien kommt eine eher ablehnende Haltung der Europäischen Kommission zum Thema Tatbestandsrestriktionen aus außerwettbewerblichen Gründen zum Ausdruck. Im Abschnitt, der Nachhaltigkeitsinitiativen gewidmet ist, wird festgestellt, dass eine

---

[208] Zimmer in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1, 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 166; Bien/Becker, ZWeR 2021, 565, 576.

[209] Loozen, European Law Review 2006, S. 28, 46.

[210] Janssen/Kloosterhuis, European Competition Law Review 2016, S. 335; Monti/Mulder, European Law Review 2017, S. 635, 646; Bien/Becker, ZWeR 2021, 565, 572; van den Brink/Ellison in: Holmes/Middelschulte/Snoep, Competiton Law, Climate Change & Environmental Sustainability, 2021, S. 42. Vgl. auch Semmelmann, Social Policy Goals in the Interpretation of Article 81 EC, 2008, S. 106.

Ausnahme von Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht alleine damit begründet werden könne, dass die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung ein Nachhaltigkeitsziel verfolgt.[211] In einer Fußnote verweist Sie nur auf die in den Europäischen Verträgen ausdrücklich angeordneten Bereichsausnahmen vom Kartellverbot.[212] In der selben Fußnote wird außerdem lediglich kursorisch auf die Entscheidungen *Wouters* und *Meca-Medina* hingewiesen und dies mit der Feststellung verbunden, dass es sich um Ausnahmen zugunsten bestimmter Berufsstände handelte.[213] Eine Anwendung dieser Rechtsprechungslinie auf Nachhaltigkeitsziele wird nicht diskutiert.

dd) Option WB 5: Tatbestandsausnahmen zugunsten eines legitimen Ziels

Tatbestandsrestriktionen aus außerwettbewerblichen Gründen im Sinne der *Albany*- und *Wouters*-Entscheidungen sind eine der wesentlich diskutierten Lösungsansätze zur Berücksichtigung von Nachhaltigkeitszielen im Kartellverbot.[214] Dies wird insbesondere auch von der griechischen Wettbewerbsbehörde vertreten.[215] Bei der Bewertung dieses Vorschlags muss aufgrund der oben aufgezeigten Unterschiede zwischen *Albany* und *Wouters* differenziert werden.

(1) Albany nicht übertragbar

Die *Albany*-Entscheidung lässt sich nicht für Nachhaltigkeitsinitiativen fruchtbar machen.[216] Die dort anerkannte Tatbestandsausnahme setzt nicht lediglich voraus, dass die Parteien mit der Verbesserung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen ein legitimes Ziel verfolgen. Die Tatbestandsausnahme setzt zwingend voraus, dass das europäische Primärrecht nicht nur das Ziel der Vereinbarung für schützenswert hält, sondern gerade auch die Tarifvereinbarung als Mittel zur Erreichung dieses Ziels.[217] Nur dies rechtfertige es, anders als bei *Wouters*, ohne Prüfung der

[211] Europäische Kommission, Draft Horizontal Guidelines, 2022, Rz. 548.
[212] Europäische Kommission, Draft Horizontal Guidelines, 2022, Rz. 548, Fn. 315.
[213] Europäische Kommission, Draft Horizontal Guidelines, 2022, Rz. 548, Fn. 315.
[214] So Monti, Common Market Law Review 2002, S. 1057, 1090; Holmes, Journal of Antitrust Enforcement 2020, S. 371; Monti/Mulder, European Law Review 2017, S. 635, 646.
[215] Hellenic Competition Authority, Draft Staff Discussion Paper on Sustainability Issues and Competition Law, 2020, Rz. 56 f. Die österreichische Wettbewerbsbehörde äußert sich in ihrem Leitlinienentwurf für Nachhaltigkeitskooperationen zurückhaltend bzgl. der Anwendung der *Wouters*-Kriterien und sagt lediglich, dase eine Einzelfallprüfung erforderlich sei, vgl. Bundeswettbewerbsbehörde, Leitlinien für Unternehmen zu Nachhaltigkeitskooperationen, 2022, Rz. 41.
[216] So auch Breuer, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, 2012, S. 620; Gassler, Journal of European Competition Law & Practice 2021, S. 430, 433.
[217] Breuer, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, 2012, S. 617; Latzel/Serr, EuZW 2014, 410, 412; Schweitzer in: Monopolkommission, Politischer Einfluss auf Wettbewerbsentscheidungen, 2015, S. 33 f.; Inderst/Thomas, Legal Design in Sustainable Antitrust, 2022, S. 8.

Unerlässlichkeit eine Ausnahme vom Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV anzunehmen. Dass das Kartellverbot ein Verhalten nicht verbieten kann, die das Primärrecht an anderer Stelle billigt und sogar unterstützt, liegt auf der Hand.[218]

An dieser Stelle wird die Schwierigkeit bei der Anwendung auf Nachhaltigkeitsinitiativen deutlich. Zwar ist der Umweltschutz als Unionsziel nach Art. 3 Abs. 3 S. 2 EUV eine legitime Zielrichtung einer Vereinbarung. Im Primärrecht sind jedoch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Umweltschutz gerade durch Unternehmenskooperationen erreicht werden soll. Freilich könnten solche gesetzlichen Anordnungen getroffen werden. Dies würde jedoch eine Änderung des Primärrechts erfordern, was sehr hohen Anforderungen unterliegt.

(2) Die Wouters Rechtsprechung als Lösungsansatz

Im Gegensatz dazu ist die *Wouters*-Rechtsprechungslinie ein gangbarer Weg zur besseren Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten im Kartellverbot nach Art. 101 Abs. 1 AEUV.

(a) Konzept

Im Ausgangspunkt würde dies bedeuten, dass wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zwischen Unternehmen vom Kartellverbot nach Art. 101 Abs. 1 AEUV ausgenommen sind, sofern zwei Kriterien kumulativ erfüllt sind. Die Vereinbarung muss einem legitimen Zweck dienen und zur Erreichung dieses Zwecks erforderlich bzw. unerlässlich sein.

Ein Lösungsansatz auf Tatbestandsebene bietet den Vorteil, dass die mittlerweile etablierte Praxis zur Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht angetastet werden muss. Diese bislang auf den consumer-welfare-Standard gerichtete Lesart bliebe intakt. Gleichzeitig ist eine Tatbestandslösung auch von weniger Voraussetzungen abhängig als die Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV. Dort müssen die Nachteile durch die Wettbewerbsbeschränkung durch Effizienzvorteile mindestens ausgeglichen werden. Dies ist bei der vorliegenden Tatbestandsrestriktion nicht notwendig. Der Flaschenhals ist hier die Prüfung der Erforderlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung für die Zielerreichung. Dass z.B. höhere Preise durch bestimmte Vorteile ausgeglichen werden, ist nicht erforderlich.

[218] Vgl. zum parallelen Problem im deutschen Kartellrecht Büdenbender, Anmerkung zu EuGH, 21.9.1999, Rs. C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 – Albany, ZIP 2000, 44, 45.

An der hiesigen Lösung über Tatbestandsrestriktionen lässt sich kritisieren, dass dann, wenn die *Wouters*-Kriterien erfüllt sind, einem Gemeinwohlbelang der Vorrang gegenüber dem Wettbewerbsschutz eingeräumt wird.[219] Dies ist der wesentliche Unterschied zum Abwägungsvorgang, der unten als Option FS 3 dargestellt wird. Allerdings sind die Gemeinwohlziele hier durch den Gesetzgeber vorgezeichnet. Dieser wäre auch in der Lage, die Zusammenarbeit von Unternehmen zu bestimmten Zwecken gesetzlich anzuordnen. Auch dann müsste der Wettbewerbsschutz hinter das andere Ziel zurücktreten. Es erscheint daher angemessen, einen Vorrang anderer Ziele vor dem Wettbewerbsschutz zuzulassen, wenn, wie hier erörtert, eine legislative Konkretisierung vorliegt und die Absprache zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist. Eine Limitation des Ansatzes ergibt sich zudem für Nachhaltigkeitsziele, für die keine legislative Konkretisierung vorliegt. Nachhaltigkeitskooperationen zu solchen Zielen könnten sich nicht auf die Tatbestandsrestriktion nach *Wouters* stützen und wären weiterhin auf die Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV angewiesen.

Gegen die Anwendung auf andere Gemeinwohlziele außerhalb der etablierten Fallpraxis werden einige Bedenken vorgetragen. Die *Wouters*-Rechtsprechung (und die daran anknüpfende *Meca-Medina*-Rechtsprechung im Bereich des Sports)[220] werden gerade darauf zurückgeführt, dass eine Organisation (im Fall *Wouters* die niederländische Rechtsanwaltskammer) eine ihr zugestandene Regelungsbefugnis ausübt. Innerhalb dieses eigenständigen Ordnungsrahmens der Kammer oder des Verbands sind deren eigene Angelegenheiten unter bestimmten Umständen privilegiert. Es besteht die nicht ohne Weiteres von der Hand zu weisende Gefahr, dass Unternehmen sehr viele Wettbewerbsbeschränkungen auf (vermeintlich) legitime Ziele stützen wollen, um so dem Kartellverbot zu entgehen. Schließlich lässt sich für die allermeisten Wettbewerbsbeschränkungen irgendein legitimer Zweck finden oder zumindest in diesem Sinne argumentieren. Auch die von der Literatur gesehene Annäherung an die Grundfreiheiten sei kritisch zu sehen. Zwar erinnerten die *Wouters*-Kriterien an die *Cassis-de-Dijon*-Rechtsprechung zur Einschränkung der europäischen Grundfreiheiten, staatliche Beeinträchtigungen des Binnenmarktes seien aber immerhin demokratisch legitimiert.[221] Da privaten Unternehmen nicht die gleiche Befugnis zur Beeinträchtigung

[219] Kritisch auch Schmid, European Review of Private Law 2000, S. 155, 167.
[220] EuGH, 18.7.2006, Rs. C-519/04 P, ECLI:EU:C:2006:492 – Meca-Medina.
[221] Vgl. dazu Schmid, European Review of Private Law 2000, S. 155, 166.

des Binnenmarktes eingeräumt werden könne, müsse die Legitimation einen anderen Ursprung haben.[222] Notwendig für eine Verfolgung dieses Ansatzes wäre daher eine Eingrenzung der legitimen Ziele. Hier erscheinen die Vorschläge von *Inderst*/*Thomas* ein sinnvoller Weg zu sein.

(b) Vorschlag von Inderst/Thomas

Inderst und *Thomas* haben ein Konzept für Tatbestandsrestriktionen zugunsten von Nachhaltigkeitsinitiativen vorgestellt.[223] Sie sprechen dabei, aus Gründen der Vereinfachung, von der Anwendung der ancillary restrainst-Doktrin, wenden in der Sache aber im Wesentlichen die *Wouters*-Rechtsprechungslinie an. Als gemeinsames Element beider „Rechtsquellen" wird herausgestellt, dass keine Abwägung zwischen wettbewerbsschädlichen Auswirkungen auf der einen Seite und positiven Wirkungen für andere Ziele vorzunehmen sei. Dies soll auch gerade der Vorteil dieser Herangehensweise gegenüber Lösungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV sein, wo stets eine einzelfallbezogene Prüfung der konkreten und messbaren Auswirkungen erforderlich sei.[224]

Die Autoren stellen zwei Kriterien für eine Ausnahme vom Kartellverbot nach Art. 101 Abs. 1 AEUV heraus: Die Vereinbarung muss ein legitimes Ziel verfolgen und die Vereinbarung muss zur Erreichung dieses Ziels erforderlich bzw. unerlässlich sein.[225] Dass es sich um ein legitimes Ziel handelt, müsse sich dabei aus dem europäischen Recht selbst ergeben und kann nicht von den beteiligten Unternehmen bestimmt werden.[226] Hier kann insbesondere auf die Unionsziele (Art. 3 EUV) und Querschnittsklauseln (Art. 7 ff. AEUV) zurückgegriffen werden.[227]

Allerdings soll nicht genügen, dass sich das Ziel einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung unter die weit formulierten Ziele der Europäischen Union subsumieren lasse. Vielmehr sei zusätzlich erforderlich, dass der jeweilige nationale Gesetzgeber diese legitimen Ziele konkretisiert habe.[228] Damit würde nicht genügen, dass eine Vereinbarung abstrakt dem Umweltschutz dienen

---

[222] Vgl. Schmid, European Review of Private Law 2000, S. 155, 166 f.
[223] Inderst/Thomas, Legal Design in Sustainable Antitrust, 2022.
[224] Inderst/Thomas, Legal Design in Sustainable Antitrust, 2022, S. 4 f.
[225] Inderst/Thomas, Legal Design in Sustainable Antitrust, 2022, S. 9.
[226] Inderst/Thomas, Legal Design in Sustainable Antitrust, 2022, S. 10.
[227] Inderst/Thomas, Legal Design in Sustainable Antitrust, 2022, S. 14 ff.
[228] Inderst/Thomas, Legal Design in Sustainable Antitrust, 2022, S. 17. In diesem Sinne auch Janssen/Kloosterhuis, European Competition Law Review 2016, S. 335, 338; Hellenic Competition Authority, Draft Staff Discussion Paper on Sustainability Issues and Competition Law, 2020, Rz. 57.

soll. Wie eine solche Konkretisierung aussehen müsste, zeigen *Inderst* und *Thomas* anhand von drei Fallgruppen.

Die erste betrifft Nachhaltigkeitsziele, die der nationale Gesetzgeber in konkreter Regulierung festgelegt hat. Als Beispiel werden gesetzliche Sorgfaltspflichten im Rahmen von Lieferketten genannt, wie diese auch der deutsche Gesetzgeber im Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz geregelt hat. Die dort vorgesehene Verpflichtung zur Einhaltung bestimmter ethischer Standards in der eigenen Lieferkette trifft jedes Unternehmen individuell. Durch die gesetzliche Normierung hat die nationale Rechtsordnung das abstrakte Unionsziel, Menschenrechte einzuhalten, konkretisiert. Aus diesem Grunde könne die Einhaltung der Menschenrechte in der konkreten Ausgestaltung des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes als legitimes Ziel i.S.d. *Wouters*-Rechtsprechung angesehen werden.[229] Das eröffne den Weg zu einer Legalisierung von Absprachen, sofern diese für die Einhaltung des konkretisierten Ziels unerlässlich seien.[230] Dies könne z.B. der Fall sein, wenn Unternehmen gemeinsame Standards zur Beachtung der Sorgfaltspflichten entwickeln, um das Risiko von Verstößen zu minimieren.[231]

Als zweite Fallgruppe werden hoheitliche Mandate zur Entwicklung gemeinsamer Standards genannt. So könne der Gesetzgeber die Zielvorgabe machen, dass bei 80 % der geschlachteten Tiere bestimmte Tierwohlkriterien erfüllt sein müssen, die konkrete Ausgestaltung könne er aber der Industrie überlassen. Es ist denkbar, dass eine einheitliche Festlegung durch die Industrie zu kostengünstigeren Lösungen führen kann. In solch einem Fall könnten Absprachen über die *Wouters*-Kriterien gerechtfertigt werden, da der Gesetzgeber mit dem Mandat zur gemeinsamen Standardentwickelt ausdrücklich eine bestimmte Handlungsform gebilligt hat.[232] Damit kommen die Autoren der *Albany*-Rechtsprechung recht nahe.[233]

In der dritten Fallgruppe geht es um Nachhaltigkeitsziele, die der Gesetzgeber nicht, wie in der ersten Fallgruppe, durch Pflichten für bestimmte Unternehmen konkretisiert hat, sondern durch nationale, abstraktere Zielvorgaben. Zu nennen ist dabei insbesondere das Ziel, CO_2-Emissionen

[229] Vgl. Inderst/Thomas, Legal Design in Sustainable Antitrust, 2022, S. 18 ff.
[230] Vgl. Inderst/Thomas, Legal Design in Sustainable Antitrust, 2022, S. 19 f.
[231] Inderst/Thomas, Legal Design in Sustainable Antitrust, 2022, S. 19.
[232] Inderst/Thomas, Legal Design in Sustainable Antitrust, 2022, S. 20 f.
[233] Vgl. Inderst/Thomas, Legal Design in Sustainable Antitrust, 2022, S. 10 f.

zu reduzieren, dem sich die Mitgliedsstaaten der EU durch das Pariser Klimaschutzabkommen unterworfen haben und das z.B. in Deutschland durch das Klimaschutzgesetz weiter konkretisiert wurde.[234] Auch beim Klimaschutz handelt es sich um ein Ziel der Europäischen Union. Durch die gesetzliche Konkretisierung liege ein Ziel vor, das zulässigerweise nach den *Wouters*-Kriterien verfolgt werden könne.[235] Das Anknüpfen an eine abstraktere legislative Zielvorgabe als Rechtfertigungsgrund für Nachhaltigkeitsinitiativen wird in ähnlicher Weise auch von der niederländischen ACM in ihrem Leitlinienentwurf befürwortet, dort allerdings bei der Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV.[236] Unternehmen können sich nicht auf jegliche legitimen Ziele berufen, die sich aus der europäischen oder den nationalen Rechtsordnungen ergeben, sondern nur auf solche, die eine Konkretisierung durch den nationalen (oder, wie hier vertreten, den europäischen) Gesetzgeber erfahren haben. Der Gesetzgeber muss den beteiligten Unternehmen entweder schon konkrete Verpflichtungen zur Erreichung eines legitimen Ziels (z.B. dem Umweltschutz) auferlegt haben, bei denen die Unternehmen dann beweisen können, dass nur eine gemeinsame Verwirklichung möglich ist. Auch ohne konkrete Verpflichtungen einzelner Unternehmen kann eine legislative Konkretisierung auch durch Vorgabe eines nationalen Zielniveaus erfolgen. Wenn durch das deutsche Klimaschutzgesetz bestimmte CO_2-Budgets festgelegt werden und Unternehmen beweisen können, dass sie durch ihr wettbewerbsbeschränkendes Verhalten etwas zu diesem Ziel auf eine Weise beitragen können, die alleine nicht möglich ist, wäre eine Tatbestandsrestriktion möglich. Die Notwendigkeit der Maßnahme dürfte dabei nicht in dem Sinne verstanden werden, dass eine Zielerreichung nicht auch auf andere Weise möglich wäre.[237] Schließlich sind bei solchen Zielsetzungen immer auch andere Wege möglich. Es dürfte dann nur darauf geschaut werden, ob das Ziel auch alleine von den Unternehmen erreicht werden kann. Zudem dürften nicht zu strenge Anforderungen an die Konkretisierung gestellt werden, schließlich verschwimmt sonst die Grenze zur Regulierung.

Bei der Prüfung der Unerlässlichkeit dürfe dann insbesondere nicht schlicht eingewendet werden, dass eine Reduktion der Emissionen auch auf völlig andere Weise erreicht werden kann, als durch die fragliche unternehmerische Vereinbarung. Schließlich könne ein solch generelles Ziel stets

[234] Inderst/Thomas, Legal Design in Sustainable Antitrust, 2022, S. 21 ff.
[235] Inderst/Thomas, Legal Design in Sustainable Antitrust, 2022, S. 22.
[236] Autoriteit Consument & Markt, Guidelines on Sustainability Agreements, 2021, Rz. 38.
[237] Vgl. Inderst/Thomas, Legal Design in Sustainable Antritrust, 2022, S. 23 f.

auch durch andere Maßnahmen privater oder staatlicher Art erreicht werden. Richtigerweise müsse aber gefragt werden, ob die konkret angestrebte Reduktion von CO_2 (z.B. durch den Einbau besserer Filteranlagen) auch ohne Absprache erreicht werden könne.[238]

(c) Vorzüge dieser Tatbestandslösung

Der Ansatz von *Inderst/Thomas* hat mehrere Vorzüge. Die Autoren räumen die Unklarheiten der *Wouters*-Rechtsprechungslinie hinsichtlich der Frage aus, welche Ziele eine Tatbestandsrestriktion rechtfertigen können. Es ist nachvollziehbar, nur solche Ziele zuzulassen, die der Gesetzgeber entweder in konkrete Verpflichtungen gemünzt hat, oder bei denen eine allgemeine Zielvorgabe besteht. Diese Konkretisierung eines Nachhaltigkeitsziels kann es rechtfertigen, eine gegenüber Art. 101 Abs. 3 AEUV abgemilderte Rechtfertigungsprüfung vorzunehmen, andernfalls fehlt es ggf. an einer ausreichenden Legitimation für den privaten Eingriff in den Marktmechanismus.[239] Ob der EuGH tatsächlich eine Konkretisierung durch den Gesetzgeber für erforderlich hält, ist jedoch unklar. Zwar lässt sich die *Wouters*-Entscheidung so deuten, die Entscheidung *Meca-Medina* lässt dafür jedoch nichts erkennen.[240]

Das Erfordernis der gesetzgeberischen Konkretisierung bietet zwei Vorteile: Zum einen wird so eine nachvollziehbare Verbindung zur bisherigen Fallpraxis zu Tatbestandsrestriktionen hergestellt, die sich auf diese Weise erklären lassen. Außerdem wird so dem Problem fehlender demokratischer Legitimation vorgebeugt, das sich teilweise bei der Frage nach der Berücksichtigung außerwettbewerblicher Belange im Kartellrecht stellt.[241] Es kann als problematisch angesehen werden, wenn Unternehmen, Wettbewerbsbehörden und zuletzt Gerichte abstrakte Abwägungen zwischen dem Wettbewerb und anderen legitimen Zielen vornehmen wollen. Dass diese z.B. in den europäischen Verträgen niedergelegt sind, bedeutet nicht ohne Weiteres, dass die notwendige Abwägung von einem Gericht der Mitgliedsstaaten oder dem EuGH vorgenommen werden kann. Vielmehr müssen gewisse Abwägungsfragen dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber

[238] Vgl. Inderst/Thomas, Legal Design in Sustainable Antitrust, 2022, S. 22 f. Siehe auch zur Freistellung van Dijk in: Holmes/Middelschulte/Snoep, Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability, 2021, S. 61.
[239] Vgl. zu diesem Punkt Semmelmann, Social Policy Goals in the Interpretation of Article 81 EC, 2008, S. 107 f.; Janssen/Kloosterhuis, European Competition Law Review 2016, S. 335, 339.
[240] Semmelmann, Social Policy Goals in the Interpretation of Article 81 EC, 2008, S. 106.
[241] Vgl. Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2014, § 14 Rn. 86.

vorbehalten sein. Der Vorschlag von *Inderst*/*Thomas* bietet hier eine angemessene Kompromisslösung: Der Gesetzgeber definiert ein konkretes Ziel und nimmt damit einen großen Teil der Abwägung bereits vorweg. Die Prüfung im Einzelfall kann dann bei den Wettbewerbsbehörden und Gerichten verbleiben. Dabei sollte auch eine Konkretisierung durch den europäischen Gesetzgeber sollte genügen.

Das Konzept lässt die bisherige Ausrichtung des Art. 101 Abs. 3 AEUV auf den consumer-welfare-Standard unberührt, für den mittlerweile eine einigermaßen gefestigte Praxis existiert. Eine Lösung über den Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV würde es erlauben, das Kartellverbot und die Freistellung weiterhin nur einer wettbewerblichen Logik zu unterwerfen.

(d) Verfahrensrechtliche Dimension

Ebenso wie bei einer normativen Lösung im Rahmen der Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV stellt sich bei der hier erörterten Tatbestandsrestriktion die Frage, ob neben der materiellrechtlichen Auslegung auch etwas am Verfahren geändert werden müsste. Das kann hier verneint werden. Nach dem Lösungsansatz von *Thomas*/*Inderst* trifft der Gesetzgeber die Grundsatzentscheidung, welche Nachhaltigkeitsziele verfolgt werden sollen. Danach verbleibt für den Einzelfall im Wesentlichen die Prüfung der Erforderlichkeit, die den Unternehmen bei Art. 101 Abs. 3 AEUV ebenfalls zugemutet wird. Daher erscheint es nicht notwendig, die Tatbestandsausnahme von der Entscheidung einer Behörde abhängig zu machen. Darüber hinaus ist zweifelhaft, ob es primärrechtlich zulässig wäre, der Europäischen Kommission oder einer anderen Behörde das Recht zu geben, Ausnahmen vom Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV zu erteilen. Der Wortlaut der Norm beinhaltet ein unmittelbar anwendbares gesetzliches Verbot. Die behördliche Freistellungsmöglichkeit ist in Art. 101 Abs. 3 AEUV vorgesehen. Daher dürfte es unzulässig sein, Tatbestandsausnahmen von einer konstitutiven behördlichen Entscheidung abhängig zu machen. Zulässig wären informelle Einschätzungen der Kartellbehörden, ob die Voraussetzungen für eine Tatbestandsausnahme erfüllt sind. Hierzu könnte die Kommission vermehrt auf die Nichtanwendbarkeitsentscheidung nach Art. 10 VO (EG) 1/2003 zurückgreifen, womit die Kommission durch Beschluss feststellen kann, dass kein Verstoß gegen Art. 101 AEUV gegeben ist.

(e) Illustration

Die *Wouters*-Tatbestandsrestriktion lässt sich prinzipiell auf die drei Beispielsthemen CO_2-Reduktion, faire Löhne und Tierwohl anwenden. Alle drei Ziele lassen sich unter dem Unionsrecht als legitime Ziele betrachten. Allerdings bestehen entscheidende Unterschiede zwischen den Beispielen, was die legislative Konkretisierung angeht.

Bei Beispielthema 1 liegen für die CO_2-Reduktionen ggf. konkrete gesetzliche Verpflichtungen der Unternehmen vor, z.B. bestimmte Grenzwerte in Produktionsverfahren nicht zu überschreiten. Sofern insoweit durch Kooperation Effizienzen gehoben werden können oder die Verpflichtung andernfalls gar nicht eingehalten werden kann, könnten diese Kooperationen die *Wouters*-Kriterien in der hier vorgestellten Form erfüllen. Relevanter ist jedoch die legislative Konkretisierung durch ein abstraktes Zielniveau. Ein solches liegt durch das europäische oder deutsche Klimaschutzgesetz vor.

Bei Beispielthema 2 liegt der Unterschied darin, dass sich gesetzliche Verpflichtungen der Unternehmen wohl allenfalls aus dem Lieferkettensorgfaltspflichtgesetz ergeben können. Ob die Löhne, die im Bananensektor üblicherweise gezahlt werden, so schlecht sind, dass diese einen Verstoß gegen dieses Gesetz begründen könnten, ist jedoch fraglich. Jedenfalls liegt keine gesetzliche Zielvorgabe für ein bestimmtes Lohnniveau der Bauern vor. Daher dürften sich Vereinbarungen über die Entlohnungen der Bananenbauern nur schwerlich über die *Wouters*-Kriterien rechtfertigen lassen.

Bei Beispielthema 3 wird eine Rechtfertigung über die *Wouters*-Kriterien noch schwieriger. Zwar ist das Tierwohl nach Art. 20a GG und nach Art. 13 AEUV im europäischen Recht ein legitimes Ziel. Weiterhin gibt es auch eine Reihe von gesetzlichen Vorgaben über die Haltebedingungen. Für ein Hinausgehen über den konkreten gesetzlichen Standard hinaus fehlt es jedoch an einer legislativen Grundlage. Es existiert keine nationale Verpflichtung, landesweit bis 2025 bestimmte Tierwohlstandards einzuhalten, was mit der Situation in Beispielthema 1 vergleichbar wäre. Vereinbarungen über höhere Tierwohlstandards lassen sich daher, sofern sie überhaupt wettbewerbsbeschränkend sind, wohl nicht über Tatbestandsrestriktionen rechtfertigen.

C. Freistellung

Die aktuelle Diskussion zur Berücksichtigung von Nachhaltigkeitszielen dreht sich vor allem um die Freistellung wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV/§ 2 GWB.[242]

I. Effizienzvorteile und angemessene Verbraucherbeteiligung

Nach Art. 101 Abs. 3 AEUV und § 2 Abs. 1 GWB setzt die Freistellung eine Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder eine Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts voraus. Die Verbraucher müssen angemessen an den entstehenden Gewinnen beteiligt werden.

1. Grundlagen

Diese Rechtsbegriffe werden von der Europäischen Kommission in ihren Leitlinien zur Anwendung der Freistellung von 2004 ökonomisch ausgelegt.[243] Zwar werden auch qualitative Effizienzgewinne anerkannt, Verbesserungen im Sinne einer gesteigerten Nachhaltigkeit klingen aber in den Leitlinien 2004 nicht als Effizienzvorteile an. Die Kommission und auch die europäischen Gerichte haben die Effizienzvorteile jedoch nicht immer in einem eng verstandenen ökonomischen Sinn gehandhabt. Die Entscheidungspraxis wird sogleich abgebildet.

Der Verbraucherbegriff ist weit zu verstehen und umfasst jeden Abnehmer der jeweiligen Leistung.[244] Dabei ist jedoch nicht auf Einzelpersonen abzustellen, sondern auf die Gruppe. Auch kann ein gewisser Zeitraum zwischen den negativen Wirkungen und der Realisierung der Effizienzen liegen.[245] Nach den Leitlinien der Kommission muss die Weitergabe der Vorteile die negativen Wirkungen mindestens ausgleichen.[246] Grundsätzlich müssen, so jedenfalls die Kommission in den Leitlinien von 2004, die Vorteile den gleichen Verbraucher*innen zugutekommen, auf die

[242] Allgemein zum Regel-Ausnahme-Verhältnis von Art. 101 Abs. 1 und Abs. 3 siehe Kaeding, Ungeschriebene Ausnahmen vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Verhaltenskoordinierungen?, 2017. Speziell zur „Unerlässlichkeit" siehe Shamsi/Rosenboom, Concurrences N° 1-2023, 36.
[243] Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EGV, ABl. 2004 C 101/97, Rz. 48 ff.
[244] Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EGV, ABl. 2004 C 101/97, Rz. 84.
[245] Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EGV, ABl. 2004 C 101/97, Rz. 86; Ehle, Die Einbeziehung des Umweltschutzes in das Europäische Kartellrecht, 1996, S. 157.
[246] Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EGV, ABl. 2004 C 101/97, Rz. 85.

auch die negativen Wirkungen der Wettbewerbsbeschränkung entfallen.[247] Die Frage, ob Effizienzen auch berücksichtigt werden können, wenn sie bei Verbraucher*innen außerhalb des relevanten Markts eintreten („out-of-market-efficiencies"), ist umstritten.[248] Die teils widersprüchliche Fallpraxis von Kommission und nationalen Kartellbehörden wird sogleich unten behandelt.

Für die Freistellung nach § 2 GWB gelten diese Grundsätze und Fragestellungen entsprechend.[249]

2. Entscheidungen

Vor der Jahrtausendwende hat die Kommission in mehreren Fällen explizit Nachhaltigkeitserwägungen angestellt, insbesondere im Bereich des Umweltschutzes, wobei Nachhaltigkeitserwägungen häufig nur ein Nebenaspekt der Entscheidungen waren und das Ergebnis ohne sie möglicherweise gleich ausgefallen wäre.[250] Seit Erlass der KartellverfahrensVO (EG) 1/2003 und dem Wegfall des Freistellungsmonopols der Kommission sind keine weiteren derartigen Fälle auf europäischer Ebene bekannt geworden. Erst in den letzten Jahren hat das Thema wieder an Bedeutung gewonnen, u.a. durch Entscheidungen der niederländischen Wettbewerbsbehörde.

a) CECED

In der Freistellungsentscheidung in der Sache *CECED* 1999 berücksichtigte die Kommission gesamtgesellschaftliche Vorteile im Rahmen der Freistellung.[251] Demnach können die gesamtgesellschaftlichen Vorteile von Nachhaltigkeitsinitiativen zum Ausgleich der Wirkungen der Wettbewerbsbeschränkung genügen, ohne dass die Effizienzvorteile unmittelbar den negativ betroffenen Verbraucher*innen zugutekommen.[252] Die Kommission stellte die Vereinbarung von Waschmaschinenherstellern frei, bestimmte im Hinblick auf den Energieverbrauch besonders ineffiziente Waschmaschinen nicht mehr herzustellen oder einzuführen. Durch geringeren Energiever-

[247] Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EGV, ABl. 2004 C 101/97, Rz. 86.
[248] Siehe z.B. Monti, Journal of European Competition Law & Practice 2020, S. 124, 129; Hertfelder/Drixler, NZKart 2020, 631, 635; Nordemann/Nyberg in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, 2020, Art. 101 Abs. 3 AEUV Rn. 36 m.w.N.
[249] Vgl. Ellger/Fuchs in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2, 2020, § 2 GWB Rn. 33 ff.
[250] Kersting/Walzel in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Band 3, 2016, Art. 101 AEUV Rn. 696; Kingston, Concurrences N° 1-2023, 4.
[251] Europäische Kommission, 24.1.1999, Az. IV.F.1/36.718, ABl. 2000 L 187/47 – CECED.
[252] Europäische Kommission, 24.1.1999, Az. IV.F.1/36.718, ABl. 2000 L 187/47, Rz. 48 – CECED.

brauch und Emissionen spare die Gesellschaft insgesamt mehr Kosten, als die höheren Anschaffungskosten zunächst beim einzelnen Käufer verursachen würden.[253] Es müssten keine Vorteile unmittelbar bei den Verbraucher*innen entstehen, die die Waschmaschine kaufen; gesamtgesellschaftliche Vorteile reichten für die Kompensation der Wettbewerbsbeschränkung aus.[254] Die Kommission beziffert in *CECED* die eingesparten Tonnen CO_2 und die dadurch vermiedenen gesamtgesellschaftlichen Kosten.[255]

Die Entscheidung aus dem Jahr 1999 ist ein Beispiel dafür, wie weitgehend die frühere Praxis der Kommission war, im Rahmen der Freistellung auch gesamtgesellschaftliche Vorteile zu berücksichtigen.[256] Zwar erklärt die Kommission in den Horizontalleitlinien von 2004, dass sie die Vereinbarung noch immer für zulässig hält, stützt sich dafür jedoch nicht mehr auf diese sog. out-of-market-efficiencies[257], sondern im Wesentlichen auf die geringeren Betriebskosten neuerer Maschinen.[258]

Der EuGH hat im *Mastercard*[259]-Verfahren 2014 die enge Sichtweise vertreten, der sich die Kommission angeschlossen hat: Die Effizienzvorteile müssen zumindest auch auf dem beeinträchtigten Markt, also bei den unmittelbar betroffenen Verbraucher*innen eintreten.[260]

b) DSD

Eine prominente Entscheidung der Kommission aus dem Jahr 2001 betrifft das Duale System Deutschland.[261] Die Kommission hielt fest, dass eine Vereinbarung, mit deren Hilfe gesetzliche

[253] Europäische Kommission, 24.1.1999, Az. IV.F.1/36.718, ABl. 2000 L 187/47, Rz. 56 – CECED; Dolmans, Sustainability agreements and antitrust – three criteria to distinguish beneficial cooperation from greenwashing, 2021.
[254] Europäische Kommission, 24.1.1999, Az. IV.F.1/36.718, ABl. 2000 L 187/47, Rz. 56 – CECED; Ehle, Die Einbeziehung des Umweltschutzes in das Europäische Kartellrecht, 1996, S. 133 f; Lapenta/Giangaspero, Journal of European Competition Law and Practice 2021, S. 758, 763; Monti, Journal of European Competition Law and Practice 2020, S. 124, 125.
[255] Europäische Kommission, 24.1.1999, Az. IV.F.1/36.718, ABl. 2000 L 187/47, Rz. 56 – CECED.
[256] Kritisch daher auch Ellger in: Kloeper, Umweltschutz als Rechtsprivileg, 2014. S. 155.
[257] Buhart/Henry, World Competition 2021, S. 147, 153.
[258] Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1, Rz. 329.
[259] EuGH, 11.9.2014, Rs. C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201 – Mastercard.
[260] EuGH, 11.9.2014, Rs. C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, Rz. 242 f. – Mastercard.
[261] Europäische Kommission, 17.9.2001, Az. COMP/34493, ABl. 2001 L 319/1 – DSD.

Vorschriften zum Umweltschutz umgesetzt werden, eine Verbesserung der Warenerzeugung und -verteilung bewirken kann.[262]

Das Duale System Deutschland (DSD) ist ein bundesweit tätiges Gemeinschaftsunternehmen im Bereich der Sammlung und Verwertung von verbrauchten Verkaufsverpackungen.[263] Das Zusammenwirken der Gesellschafter des Gemeinschaftsunternehmens zur Erfüllung von Vorgaben der deutschen Verpackungsverordnung stellte die Kommission frei, da diese der Umsetzung der deutschen und europäischen Regularien dient. Die Verbraucher, so die Kommission, profitierten durch eine Steigerung der „Umweltqualität", da weniger Abfall im Umlauf bleibe.[264] Die Abfallentsorgung werde planbar und gewinne durch positive Netzwerkeffekte, die eine exklusive Bindung an die Leistungen des DSD rechtfertigten.[265] Der Zugang von Wettbewerbern zu Sammeleinrichtungen ist durch Zusagen und Auflagen abgesichert.[266]

Die Entscheidung *DSD* zeichnet sich dadurch aus, dass eine bessere Umweltleistung als Effizienzvorteil angesehen wird, der für Verbraucher relevant ist, auch wenn damit keine konkreten Kostenvorteile einhergehen. Die Einschätzung wurde ohne Rückkopplung zu den tatsächlichen Präferenzen der Verbraucher getroffen.

c) Philips/Osram

Im Fall *Philips*/*Osram* wurde eine geringere Luftverschmutzung als einer von mehreren Effizienzvorteilen angesehen.[267]

Die Entscheidung betrifft die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens durch die Leuchtmittelhersteller Philips und Osram. In einem gemeinsamen Werk sollten Bleigläser für beide Unternehmen produziert werden. Wettbewerbsbeschränkend war dabei neben einem Wettbewerbsverbot die Vereinbarung, dass Philips und Osram mindestens 80 % ihres Bedarfs an Bleigläsern von dem Gemeinschaftsunternehmen beziehen mussten. Die Kommission erteilte die begehrte

[262] Europäische Kommission, 17.9.2001, Az. COMP/34493, ABl. 2001 L 319/1, Rz. 143 – DSD.
[263] Europäische Kommission, 17.9.2001, Az. COMP/34493, ABl. 2001 L 319/1, Rz. 1 – DSD.
[264] Europäische Kommission, 17.9.2001, Az. COMP/34493, ABl. 2001 L 319/1, Rz. 148 – DSD.
[265] Europäische Kommission, 17.9.2001, Az. COMP/34493, ABl. 2001 L 319/1, Rz. 145 – DSD.
[266] Europäische Kommission, 17.9.2001, Az. COMP/34493, ABl. 2001 L 319/1, Rz. 69 ff., 164 ff. – DSD, eine Klage vor dem Europäischen Gericht gegen die Auflagen blieb ohne Erfolg, EuG, 24.5.2007, Rs. T-289/01, ECLI:EU:T:2007:155.
[267] Europäische Kommission, 21.12.1994, Az. IV/34.252, ABl. 1994 L 378/37, Rz. 27 – Philips/Osram.

Freistellung u.a. mit Blick auf sauberere Luft als Effizienzvorteil, der Verbraucherinnen und Verbraucher*innen zugutekomme.

d) SER Energieakkord

In der Entscheidung der niederländischen Wettbewerbsbehörde ACM in der Sache *SER Energieakkord* (2013) wurden geringere Emissionen als quantifizierbare Effizienzvorteile angesehen.[268] Zu quantifizieren seien die Emissionen anhand der gesamtgesellschaftlichen Einsparungen durch den geringeren Ausstoß bzw. durch den vermiedenen gesamtgesellschaftlichen Schaden.[269]

Die Vereinbarung betraf die vorzeitige Stilllegung von fünf Kohlekraftwerken verschiedener Energieunternehmen in den Niederlanden im Zeitraum von 2016-2017. Die Vereinbarung wurde für kartellrechtlich unzulässig erklärt. Obwohl die Stilllegung aus Umweltschutzperspektive begrüßenswert sei, führe sie aller Wahrscheinlichkeit nach lediglich dazu, dass die freiwerdenden CO_2-Zertifikate von anderen Unternehmen gekauft würden, so dass insgesamt nahezu kein CO_2 eingespart werde. Daher könne als Effizienzvorteil nur der geringere Ausstoß von Stickstoff, Schwefeloxid und Partikeln berücksichtigt werden, welche auf 180 Millionen Euro im relevanten Zeitraum zu bemessen seien.[270] Da die Stilllegungen aber zu höheren Stromkosten von etwa 450 Millionen Euro führe, sei die Vereinbarung nicht freigestellt.[271]

Die niederländische Wettbewerbsbehörde hat hier, wie die Europäische Kommission in *CECED*, einen geringeren Ausstoß von Emissionen zum einen quantifiziert und zum anderen als Verbrauchervorteil angesehen, auch wenn die Vorteile nicht bei den konkret betroffenen Verbraucher*innen, sondern bei der Gesellschaft insgesamt eintreten sollten. Ob diese sogenannten out-of-market-efficiencies für eine Freistellung ausreichen, ist einer der am stärksten diskutierten Punkte bei Nachhaltigkeitsinitiativen, die ökologische Aspekte betreffen. Zugleich zeigt die Entscheidung die Grenzen der Quantifizierung, wenn – wie hier – Einsparvolumina konkret mit anderen Kosten gegengerechnet werden.

---

[268] Autoriteit Consument & Markt, Pressemitteilung v. 26.9.2013, S. 4; Dolmans, Sustainability agreements and antitrust – three criteria to distinguish beneficial cooperation from greenwashing, 2021.
[269] Autoriteit Consument & Markt, Pressemitteilung v. 26.9.2013, S. 4 f.
[270] Autoriteit Consument & Markt, Pressemitteilung v. 26.9.2013, abrufbar unter: https://www.acm.nl/en/publications/publication/12082/ACM-analysis-of-closing-down-5-coal-power-plants-as-part-of-SER-Energieakkoord, S. 4 f.
[271] Autoriteit Consument & Markt, Pressemitteilung v. 26.9.2013, abrufbar unter: https://www.acm.nl/en/publications/publication/12082/ACM-analysis-of-closing-down-5-coal-power-plants-as-part-of-SER-Energieakkoord, S. 5.

e) Chicken of Tomorrow

2015 setzte die niederländische ACM ihr Bestreben fort, Nachhaltigkeitsaspekte zu quantifizieren. Im konkreten Fall einer Kooperation von Supermärkten zum Einkauf von Hühnerfleisch aus artfreundlicherer Haltung ("Chicken of Tomorrow") wurde die Steigerung des Tierwohls als Effizienzvorteil anerkannt, soweit Verbraucher ihr einen wirtschaftlichen Wert beimessen.[272] Dies soll durch die Zahlungsbereitschaft („willingness to pay“) für bessere Haltebedingungen von Tieren ermittelt werden, die mittels Befragungen der Verbraucherinnen und Verbraucher festgestellt werden sollte. Die erhöhte Zahlungsbereitschaft wurde den steigenden Preisen gegenübergestellt.[273] Eine Freistellung käme demnach in Betracht, wenn das derart monetär quantifizierte Verbraucherinteresse die gestiegenen Kosten für besseren Haltebedingungen übersteigt.[274]

Die niederländische Wettbewerbsbehörde ermittelte, dass den Verbraucher*innen die besseren Haltebedingungen 0,68 € pro Kilo wert sind, während die Preise um 1,46 € pro Kilo steigen. Daher sei die Vereinbarung im vorliegenden Fall nicht freigestellt.

Chicken of Tomorrow ist signifikant als Versuch, auch solche Nachhaltigkeitsziele zu quantifizieren, die keinen direkten Marktpreis haben. Die Entscheidung ist in ihrem Quantifizierungsbemühen einem engen Verständnis des sog. „more economic approach“ im Kartellrecht und seines Ziels der Analyse von Auswirkungen für die Verbraucherwohlfahrt verhaftet. Deutlich werden wiederum die Grenzen dieses Ansatzes bei Nachhaltigkeitszielen.[275] Ein großes Problem bei dieser Art der Erhebung ist unter anderem, dass Konsumenten befragt werden und nicht das tatsächliche Verhalten beobachtet wird. Verschiedene Verzerrungen können unter diesen Bedingungen zu falschen Ergebnissen führen. Das ist beispielsweise die Verzerrung der sozialen Erwünschtheit, durch die Konsumenten eher bereit sind anzugeben, mehr Geld für bessere Haltebedingungen auszugeben, weil dies als sozial erwünscht angesehen wird. Ob die Konsumenten aber tatsächlich bereit sind, mehr für Hühnerfleisch unter besseren Haltebedingungen zu bezahlen, kann mit dieser Art der Erhebung nicht gezeigt werden. Weitere Verzerrungen können durch

[272] Autoriteit Consument & Markt, Pressemitteilung v. 26.1.2015, S. 5.
[273] Vgl. Inderst/Thomas, Measuring Consumer Sustainability Benefits, 2021.
[274] Autoriteit Consument & Markt, Pressemitteilung v. 26.1.2015, S. 5.
[275] Vgl. Loozen, Common Market Law Review 2019, S. 1265, 1281 ff.

die hypothetische Situation, Wunschdenken oder durch Erfahrungen entstehen.[276] Die Befragungen können entsprechend nur behauptetes oder hypothetisches Verhalten widerspiegeln. Ein weiteres Problem ist das Selektionsproblem. Konsumenten, die daran interessiert sind, dass Hühner bessere Haltungsbedingungen haben, sind zum Teil gar keine Konsumenten von Hühnerfleisch. Auch im Ergebnis zeigt die Entscheidung die Defizite dieses Ansatzes: Das ökologisch erwünschte Nachhaltigkeitsziel scheitert an der mangelnden Zahlungsbereitschaft der Verbraucherinnen und Verbraucher für ökologisch sinnvolle Vorhaben.

f) Weitere Entscheidungen

Neben diesen wegweisenden Entscheidungen finden sich weitere, in denen Nachhaltigkeitsaspekte im Rahmen der Effizienzvorteile und der angemessenen Verbraucherbeteiligung Berücksichtigung fanden. Die folgende Tabelle liefert einen Überblick über die wichtigsten Entscheidungen und ihre Kernaussagen.

Name	**Fundstelle**	**Kernaussage**
Carbon Gas Technologie	KOM, 8.12.1983, 83/669/EWG	Stabile Energieversorgung angesichts des politischen Wunsches nach mehr Unabhängigkeit europäischer Energieunternehmen als Effizienzvorteil (S. 19 f.)
ANSAC	KOM, 15.6.1991, 91/301/EEC	Geringere Umweltbelastung als Effizienzvorteil denkbar (Rn. 23)
Ford/Volkswagen	KOM, 28.1.1993, 93/49/EEC	Geringere Emissionen, geringerer Kraftstoffverbrauch und weniger schädliche Produktionsstoffe als Effizienzvorteil (Rn. 26)
Matra Hachette	EuG, 15.7.1994, Rs. T-17/93, E-CLI:EU:T:1994:89	Erhalt von Arbeitsplätzen als wirtschaftlicher/technischer Fortschritt (Rz. 96), wird vom Gericht nicht geprüft (Rz. 107)

[276] Lopez-Beccerra/Alcon, Ecological Economics, 2021, S. 3.

ARGEV, ARO	KOM, 16.10.2003, 2004/208/EG	Erreichung der Vorgaben aus RL/nationalen Gesetzen zum Umweltschutz können als Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts eine Wettbewerbsbeschränkung rechtfertigen (Rn. 220 ff.)
Montecatini	EuGH, 8.7.1999, Rs. 235/92 P, ECLI:EU:C:1999:362	Erhalt von Arbeitsplätzen als Vorteil i.S.v. Art. 101 Abs. 3 AEUV (Rn. 51)
Metro/Kommission	EuGH, 25.10.1977, Rs. 26/76, E-CLI:EU:C:1977:167	Das Ziel der Aufrechterhaltung wirksamen Wettbewerbs kann nach Art. 101 Abs. 3 AEUV mit anderen Zielen in Einklang gebracht werden; kein Nachhaltigkeitsbezug (Rn. 43)
Remia	EuGH, 11.7.1985, Rs. C-42/84, E-CLI:EU:C:1985:327	Sicherung von Arbeitsplätzen als möglicher Effizienzvorteil (Rn. 42)
STIM	EuG, 12.4.2013, Rs. T-451/08, E-CLI:EU:T:2013:178	Kulturelle Diversität als Unionsziel muss bei der Auslegung des Art. 101 Abs. 3 AEUV berücksichtigt werden (Rn. 103 ff.)
Compangie générale maritime	EuG, 28.2.2002, Rs. T-86/95, E-CLI:EU:T:2002:50	Effizienzvorteile sind auch dann berücksichtigungsfähig, wenn sie auf einem anderen Markt eintreten als auf dem, auf dem die Wettbewerbsbeschränkung stattfindet (Rn. 343).
Altglas	BKartA, 31.5.2007, B4 – 1006/06	Schonung natürlicher Ressourcen als Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung, Förderung des technischen oder wirtschaftlichen

		Fortschritts (im konkreten Fall nicht unerlässlich) (Rn. 107 ff., 187 ff.)
BBC/Brown Boveri	KOM, 11.10.1988, 88/541 /EWG	Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts durch Entwicklung von Hochleistungsbatterien als umweltschonende Alternative zum Verbrennungsmotor (Rn. 23)
StichtingBaksteen	KOM, 29.4.1994, 94/296/EG	Soziale Bedingungen und Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten als Verbesserung der Warenerzeugung und zur Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts (Rn. 27 f.)
EACEM	KOM, 16.1.1998, 98/C 12/02	Freistellung einer Vereinbarung von Fernseher-Herstellern, den Standby-Stromverbrauch ihrer Geräte auf bestimmte Grenzwerte zu senken, da die verbesserte Energieeffizienz auch den Verbrauchern zugutekommt (Rn. 11)
Exxon/Shell	KOM, 18.5.1994, 94/322/EG	Verbraucher legen zunehmend Wert auf Umweltschutz, sodass geringerer Rohstoffverbrauch, Energieeinsparungen und Abfallvermeidung als positive Aspekte der Vereinbarung angesehen werden können, die den Verbrauchern zugutekommen (Rn. 71)
KSB/Goulds/Lowara/ITT	KOM, 12.12.1990, 91/38/EWG	Verbesserter Umweltschutz als Argument für Verbraucherbeteiligung (Rn. 27)
Assurpol	KOM, 14.1.1992, 92/96/EEC	Versicherbarkeit von Umweltschäden als Verbrauchervorteil (Rn. 39)

Scottish Nuclear	KOM, 30.4.1991, 91/329/EEC	Verbesserung der Stromerzeugung und -verteilung (Rn. 33 ff.)
Pasteur Mérieux-Merck	KOM, 6.10.1994, 94/770/EG.	Verbesserung der Volksgesundheit durch bessere Impfstoffe als Verbrauchervorteil (Rn. 89 f.)

3. Zwischenfazit

Die vorgestellten Entscheidungen zeigen, dass die Maßstäbe für die Verfolgung von Nachhaltigkeitsaspekten als Freistellungsgrund derzeit unklar sind. Die Leitlinien zur Freistellung von 2004 und zur horizontalen Zusammenarbeit von 2011 behandeln das Thema nicht ausreichend. Die weitgehende Anerkennung, die Nachhaltigkeitserwägungen und ähnliche gesamtgesellschaftliche Vorteile 1999 in *CECED* fanden, wurde zurückgedreht. In jüngerer Zeit wurden in der Praxis Effizienzvorteile überwiegend wirtschaftlich definiert und als monetär quantifizierbare Punkte angesetzt. Diesen Ansatz hat die niederländische Wettbewerbsbehörde in *Chicken of Tomorrow* besonders deutlich exemplifiziert. Außerwettbewerbliche Nachhaltigkeitsziele können so nur schlecht berücksichtigt werden. Diese Wahrnehmung entspricht auch der überwiegenden Auffassung im Schrifttum.[277]

Das Tatbestandsmerkmal der Verbraucherbeteiligung ist eine Schlüsselfrage für Nachhaltigkeitsinitiativen mit Gemeinwohlbezug: Die Vorteile kommen in der Regel der Allgemeinheit oder anderen Gruppen (z.B. Arbeitnehmern in Drittländern) zugute, aber nicht zwingend den von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Verbraucher*innen.[278] Die Kommission hat in früheren

[277] Baldi, Die Freistellung vom EWG-Kartellverbot, 1972, S. 274; Brook, Journal of Competition Law & Economics 2020, S. 435, 486; Komninos, Non-competition Concerns - Resolution of Conflicts in the Integrated Article 81 EC, 2005, S. 10; Müller-Graff, EuR 1992, 1, 19 ff.; Monti, Journal of European Competition Law and Practice 2021, S. 758, 763; Monti, Journal of Competition Law & Economics 2020, S. 124, 125; Quellmalz, WRP 2004, 461, 467 ff.; kritisch Bourgeois/Bocken, 32 Legal Issues of Economic Integration 2005, S. 111, 119 f.; Fuchs, ZWeR 2005, 1, 17; Kersting/Walzel in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Band 3, 2016, Art. 101 AEUV Rn. 697 f.; Ellger in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1, 2019, Art. 101 Abs. 3 AEUV Rn. 325 ff.; Nordemann/Nyberg in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, 2020, Art. 101 Abs. 3 AEUV Rn. 56 ff.

[278] Schley/Symann, WuW 2022, S. 2, 5; Veljanovski, Collusion as Environmental Protection – An economic assessment, 2020, S. 4 f.

Entscheidungen solche out-of-market-efficiencies ausreichen lassen, nach den Leitlinien von 2004 ist dies jedoch nicht möglich.[279]

4. Aktuelle rechtspolitische Entwicklungen

Mit dem Entwurf der Europäischen Kommission zu neuen Horizontalleitlinien, dem Entwurf der niederländischen ACM zu Sustainability Guidelines und der gesetzlichen Freistellung im österreichischen Recht existieren aktuelle rechtspolitische Entwicklungen.[280]

a) Leitlinienentwurf der Kommission

Im Entwurf der Europäischen Kommission zu den neuen Horizontalleitlinien 2022 nimmt die Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV innerhalb des Kapitels zu Sustainability Agreements großen Raum ein.[281] Die Kommission stellt darin die Besonderheiten solcher Kooperationen gegenüber anderen wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen heraus. Die Entwurfsfassung bleibt jedoch hinter Standards zurück, die früher gesetzt wurden.[282]

aa) Effizienzvorteile

Bei der Freistellungsfähigkeit einer Nachhaltigkeitsinitiative muss zunächst festgestellt werden, inwiefern die Verfolgung von Nachhaltigkeitszielen Effizienzvorteile i.S.d. Art. 101 Abs. 3 AEUV hervorrufen kann. Die Kommission geht von einem grundsätzlich weiten Begriff aus, verlangt aber objektive Vorteile. Genannt werden die Reduktion von Kosten, die Vergrößerung der Produktvielfalt, Qualitätssteigerungen, Verbesserungen beim Produktionsprozess oder Innovationen. Gemünzt auf Nachhaltigkeitsinitiativen kommen also sauberere Produktions- oder Vertriebsverfahren, geringere Emissionen, gesteigerte Produktqualität und höhere Transparenz für Verbraucher in Betracht. Ausdrücklich genannt wird auch die Gewährleistung stabilerer Produktionsketten, was deutlich macht, dass die Kommission von einem sehr weiten Nachhaltigkeitsbegriff ausgeht. Gleichwohl sind die Beispiele an dieser und auch anderer Stelle des Kapitels stark auf die ökologische Nachhaltigkeit, also Umweltschutzkooperationen gemünzt. An späterer Stelle thematisiert die Kommission ausdrücklich das Verbraucherinteresse an erhöhtem Tierwohl als Effizi-

[279] Kritisch Monti, Journal of European Competition Law and Practice 2021, S. 758, 763.
[280] Vgl. Burnside/De Backer/Strohl, Concurrences N° 1-2023, 10, 11 ff.
[281] Europäische Kommission, Draft Horizontal Guidelines, 2022, Rz. 576 ff.
[282] Vgl. Higer, NZKart 2022, 547, 555.

enzgewinn. Für die Anwendung auf andere Nachhaltigkeitsziele ist mitunter eine große Transferleistung nötig, was den praktischen Nutzen des Leitlinienentwurfs einschränkt und eine Verkürzung des Nachhaltigkeitsbegriffs bedeutet.

Dennoch kann der Effizienzbegriff im Leitlinienentwurf 2022 als Weiterentwicklung der Praxis der letzten zwei Jahrzehnte gesehen werden, der häufig ein engeres Verständnis zugrunde lag. Danach waren die notwendigen Effizienzvorteile in qualitativen oder quantitativen Verbesserungen eines Produkts oder eines Produktionsprozesses zu suchen, nicht aber in der Förderung von Nachhaltigkeitszielen wie einem erhöhten Tierwohl. Insoweit lässt sich vorsichtig sagen, dass die Kommission zumindest den Begriff der Effizienzvorteile auf einer normativen Grundlage erweitert hat. Dies wird jedoch durch ein nach wie vor enges Verständnis der „angemessenen Verbraucherbeteiligung" relativiert.

bb) Angemessene Verbraucherbeteiligung

Der Kern der bisherigen Diskussion um die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitszielen hat beim Prüfungspunkt der angemessenen Verbraucherbeteiligung stattgefunden und wird auch von der Europäischen Kommission auf einigen Seiten abgebildet.[283] Die Kommission schlägt in diesen Ausführungen in wesentlichen Punkten bekannte Pfade ein und erteilt damit weitergehenden Ansätzen in der Literatur eine Absage.

(1) Keine echten out-of-market-efficiencies

Die Grundsatzfrage ist, ob das Tatbestandsmerkmal der „angemessenen Beteiligung der Verbraucher am entstehenden Gewinn" so zu lesen ist, dass die von einer Wettbewerbsbeschränkung negativ betroffenen Verbraucher für diese Nachteile vollständig kompensiert werden müssen (z.B. indem höhere Preise durch eine höhere Produktqualität ausgeglichen werden). Die Kommission bleibt bei ihrer bisherigen Haltung und bejaht dies. Sie beruft sich dafür auf die ständige Rechtsprechung des EuGH.[284] Damit werden sog. out-of-market-efficiencies im Wesentlichen aus der Freistellungsprüfung ausgeklammert. Solche Vorteile werden von der Kommission zwar unter dem Stichwort „kollektive Vorteile" erwähnt und für berücksichtigungsfähig erklärt, sofern die

[283] Europäische Kommission, Draft Horizontal Guidelines, 2022, Rz. 588 ff.
[284] EuGH, 11.9.2014, Rs. C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201 – Mastercard.

negativ betroffenen Verbraucher auch Teil der profitierenden größeren Gruppe sind.[285] Auch bei diesen betont die Kommission aber, dass die „kollektiven Vorteile“ so groß sein müssen, dass den unmittelbar betroffenen Verbraucher*innen ihre Nachteile ausgeglichen werden müssen.[286] Dadurch wird die Anerkennung von out-of-market-efficiencies stark eingeschränkt. Kommen die Vorteile einer Wettbewerbsbeschränkung anderen Marktteilnehmern zugute, entfällt die Freistellungsfähigkeit.

Müssen die Kund*innen in der EU für Importprodukte höhere Preise zahlen, weil die Hersteller im Produktionsland Umweltschädigungen bei der Produktion gedrosselt haben, handelt es sich streng genommen um out-of-market-efficiencies. Eine wettbewerbsbeschränkende Absprache der Hersteller könnte für europäische Nachfrager dadurch nicht aufgewogen werden.

Damit bricht die Kommission gerade nicht mit der bisherigen Praxis, eine angemessene Verbraucherbeteiligung auch ohne (vollständige) Kompensation der negativ betroffenen Verbraucher anzunehmen.[287] Das wäre nur der Fall, wenn die Kommission abweichend von ihrer bisherigen Praxis die „ausreichende“ Kompensation der Verbraucher durch kollektive Vorteile normativ versteht. Dafür finden sich im Leitlinienentwurf aber keine Anhaltspunkte.[288] Daher ist der Abschnitt zu den „kollektiven Vorteilen“ wohl nur als Klarstellung zu verstehen, dass Vorteile, die der Allgemeinheit zugutekommen, überhaupt auch Verbrauchervorteile darstellen können, nicht aber, dass die außerwettbewerblichen Vorteile vollständig in die Berechnung einbezogen werden.

(2) Individuelle nutzungsabhängige und nutzungsunabhängige Vorteile

Außerhalb der kollektiven Vorteile können nach der Europäischen Kommission Nachhaltigkeitsinitiativen auch Effizienzvorteile für die konkret betroffenen Verbraucher hervorrufen. Die Kommission unterscheidet zwischen "individuellen nutzungsabhängigen" und "individuellen nutzungsunabhängigen Vorteilen".[289] Unter erstere fallen quantitative und qualitative Verbesserun-

[285] Europäische Kommission, Draft Horizontal Guidelines, 2022, Rz. 601.
[286] Europäische Kommission, Draft Horizontal Guidelines, 2022, Rz. 603 f.
[287] Vgl. Offergeld in: Kirk/Offergeld/Rohner, Kartellrecht in der Zeitenwende, 2023, S. 187, 200.
[288] Vgl. Snoep, Journal of Antitrust Enforcement 2023, S. 1, 3; Higer, NZKart 2022, 547, 554.
[289] Siehe dazu auch Inderst, Incorporating Sustainability into an Effects-Analysis of Horizontal Agreements, 2022, S. 18.

gen, die dem Verbraucher unmittelbar zugutekommen, z.B. durch geringere Preise oder langlebigere Produkte.[290] Solche Vorteile von Nachhaltigkeitsinitiativen fielen bislang schon problemlos unter den Freistellungstatbestand.

Bemerkenswert sind dagegen die Ausführungen zu den sog. nutzungsunabhängigen Vorteilen. Damit sind Verbesserungen erfasst, die zwar keinen objektiven Nutzen für Verbraucherinnen und Verbraucher haben, aber aufgrund ihrer persönlichen Wertschätzung zum Qualitätsmerkmal werden.[291] Plakatives Beispiel dafür kann ein gesteigertes Tierwohlniveau sein: Sofern artgerechtere Haltebedingungen nicht schon zu qualitativ besseren tierischen Produkten führen, können die besseren Haltebedingungen als den Verbraucher*innen zukommender Effizienzvorteil angesehen werden, soweit sie diesen wertschätzen.[292] Damit wird letztlich die Analyse der Zahlungsbereitschaft (willingness to pay) integriert.

Höhere Preise durch nachhaltigere Produktionsbedingungen können also gerechtfertigt werden, wenn den Verbraucher*innen die nachhaltigeren Produktionsbedingungen mindestens so viel wert sind, wie das Produkt teurer wird. Dabei ist auf einen durchschnittlichen Verbraucher im jeweiligen Markt abzustellen.[293] Wieviel den Verbraucher*innen die nachhaltigere Produktion wert ist, muss empirisch untersucht werden, z.B. durch Befragungen.[294] Die Kommission weist dabei auf Probleme bei der Erhebung hin, insbesondere durch Abweichungen zwischen den angegebenen und tatsächlichen Präferenzen (sog. attitude-behavior-gap).[295]

Die Ausführungen der Kommission ähneln der Praxis der niederländischen Wettbewerbsbehörde ACM im Fall *Chicken of Tomorrow*. Vorteil dieser Methode ist, dass sie ohne Weiteres für jedes Nachhaltigkeitsziel genutzt werden kann. Schließlich ist Ansatzpunkt und Voraussetzung die Wertschätzung der Verbraucher. Dass diese Analyse methodisch mit großen Schwierigkeiten behaftet ist, wurde bereits dargestellt.

[290] Europäische Kommission, Draft Horizontal Guidelines, 2022, Rz. 590 ff.
[291] Europäische Kommission, Draft Horizontal Guidelines, 2022, Rz. 594 ff.
[292] Europäische Kommission, Draft Horizontal Guidelines, 2022, Rz. 594 ff.
[293] Europäische Kommission, Draft Horizontal Guidelines, 2022, Rz. 600.
[294] Europäische Kommission, Draft Horizontal Guidelines, 2022, Rz. 597.
[295] Europäische Kommission, Draft Horizontal Guidelines, 2022, Rz. 598.

cc) Unerlässlichkeit

Die Kommission bekennt sich dazu, dass Kooperationen zwischen Unternehmen zur Erreichung von Nachhaltigkeitszielen erforderlich sein können.[296] Sie stellt klar, dass grundsätzlich jedes Unternehmen selbständig darüber entscheiden sollte, inwiefern es nachhaltig wirtschaften will. Soweit Verbraucherinnen und Verbraucher Nachhaltigkeitsaspekte ihrer Konsumprodukte wertschätzen, ist schließlich von einem funktionierenden Marktmechanismus auszugehen, der nachhaltige Produkte hervorbringt. Nachhaltigkeitskooperationen seien also zur Erreichung der Nachhaltigkeitsziele an sich insoweit nicht erforderlich, wie eine Nachfrage für solche Produkte besteht.[297] Allerdings können sie erforderlich sein, um die Ziele möglichst kostengünstig zu erreichen. Zu denken sei insbesondere an Fälle, in denen bereits regulatorische Vorgaben zur Erreichung von Nachhaltigkeitszielen bestehen. Hier sollen die Unternehmen die Ziele grundsätzlich selbständig erreichen. Etwas anderes kann dann nur gelten, wenn sich die Ziele durch eine Zusammenarbeit effizienter erreichen lassen.

Als weiteres Beispiel für unerlässliche Kooperationen werden Fälle genannt, in denen ein „First-Mover-Disadvantage“ greifen soll, also Situationen, in denen ein Unternehmen, das Vorreiter bei der Einführung eines höheren Nachhaltigkeitsniveaus ist, dadurch im Wettbewerb benachteiligt wird.[298] Hierunter fallen Trittbretterfahrer-Probleme, z.B. wenn ein Unternehmen große finanzielle Aufwendungen auf sich nimmt, um Verbraucher*innen über Nachhaltigkeitsaspekte aufzuklären. Davon würden andere Unternehmen ebenfalls profitieren, ohne an den Kosten beteiligt zu sein (sog. positive externe Effekte). Auch sollen Kooperationen sinnvoll oder sogar notwendig sein, um Skaleneffekte zu erzielen, oder wenn verhaltensökonomische Fehlentscheidungen von Verbraucher*innen auftreten.[299]

Kooperationen können allerdings einen höheren Zielerreichungsgrad auch verhindern und dennoch als unerlässlich gelten. Diese Gefahr stellt sich, wenn durch eine Vereinbarung individuelle Initiativen, die ambitionierter sind, kooperativ "eingebremst" werden. Will beispielsweise ein starker Lebensmitteleinzelhändler sehr hohe Tierwohlstandards bei seinen Lieferanten durchsetzen,

[296] Europäische Kommission, Draft Horizontal Guidelines, 2022, Rz. 580 ff.
[297] Europäische Kommission, Draft Horizontal Guidelines, 2022, Rz. 582.
[298] Europäische Kommission, Draft Horizontal Guidelines, 2022, Rz. 584.
[299] Europäische Kommission, Draft Horizontal Guidelines, 2022, Rz. 586.

könnte eine Brancheninitiative, die sich nur auf mittlere Tierwohlstandards verständigt, diesen Vorstoß ausbremsen, wenn der Lebensmitteleinzelhändler entscheidet, sein individuelles Risiko durch die Zusammenarbeit zu mindern. Zwar legt die Kommission fest, dass Standardsetzungen nur Mindeststandards vorgeben dürfen.[300] Nach oben hin sind damit keine Grenzen gesetzt. Standardsetzung kann aber Anreize setzen, einen niedrigeren Standard zu setzen, als es einzelnen möglich wäre. Dann wirkt eine Vereinbarung möglicherweise nach außen und für einzelne Unternehmen "unerlässlich", obwohl sie einen ambivalenten Charakter hat: Sie zieht einzelne mit, bremst aber andere aus. Diesem Problem, das im Leitlinienentwurf nicht angesprochen wird, wäre durch eine detaillierte Analyse der Nachhaltigkeitswirkungen Rechnung zu tragen.

dd) Keine Ausschaltung des Wettbewerbs

Nach der letzten Voraussetzung von Art. 101 Abs. 3 AEUV kann eine Freistellung nur erfolgen, wenn sichergestellt ist, dass noch ein wirksamer Restwettbewerb auf dem betroffenen Markt verbleibt. Die Europäische Kommission hält in ihrem Leitlinienentwurf selbst Absprachen zwischen allen Unternehmen auf einem Markt für freistellungsfähig, wenn diese sich weiterhin über andere wesentliche Aspekte Wettbewerb machen.[301] Die Kommission hält eine Absprache über ein Qualitätsmerkmal insofern für möglich, als weiterhin wesentlicher Wettbewerb beim Preis besteht. Anzustreben seien zudem zeitlich begrenzte Absprachen, nach denen wieder unbeschränkter Wettbewerb zwischen den Unternehmen herrscht.

Dass Absprachen zwischen allen Wettbewerbern nicht prinzipiell von einer Freistellung ausgeschlossen sind, ist für Nachhaltigkeitskooperationen besonders wichtig, da diese in einigen Fällen überhaupt nur bei Teilnahme aller Unternehmen funktionieren können. In anderen Fällen ist eine Teilnahme aller Unternehmen zwar nicht notwendig, würde aber den größten Effekt haben.

b) Draft Sustainability Guidelines der niederländischen ACM

Die niederländische Wettbewerbsbehörde Autoriteit Consument & Markt (ACM) hat in ihren Draft Sustainability Guidelines Vorschläge zur Freistellungsfähigkeit von Nachhaltigkeitskooperationen gemacht.[302]

---

[300] Europäische Kommission, Draft Horizontal Guidelines, 2022, Rz. 585.
[301] Europäische Kommission, Draft Horizontal Guidelines, 2022, Rz. 611.
[302] Autoriteit Consument & Markt, Guidelines on Sustainability Agreements, 2021.

aa) Besondere Behandlung von Umweltschutzvereinbarungen

Klargestellt wird zunächst, dass Effizienzvorteile durch Nachhaltigkeitsinitiativen hervorgebracht werden können. Diese würden insbesondere eintreten, wenn negative externe Effekte reduziert werden.[303] Solche Reduktionen sollten nach Möglichkeit mit ökonomischen Methoden quantifiziert werden. Sollten keine ausreichenden Datenquellen aufgrund der Natur der Effizienzvorteile zur Verfügung stehen, müsse auf eine Quantifizierung verzichtet werden. An die Stelle trete eine möglichst spezifische Beschreibung. Die ACM nennt insbesondere Tierwohlaspekte.

Bemerkenswert sind die Ausführungen zum Prüfungspunkt der angemessenen Verbraucherbeteiligung. Die ACM hält unter bestimmten Voraussetzungen eine Abweichung vom Grundsatz für berechtigt, dass die Verbraucher für die Nachteile der Wettbewerbsbeschränkung vollständig kompensiert werden müssen.[304] Besonders behandelt werden sollen jedoch nur sog. „environmental-damage agreements“: Vereinbarungen, die auf die Verbesserung von Produktionsprozessen gerichtet sind, bei denen andernfalls Schäden an Menschen oder der Umwelt entstehen. Bei solchen Vereinbarungen soll eine vollständige Kompensation der betroffenen Verbraucher nicht nötig sein, wenn zwei Bedingungen erfüllt sind:[305]

> a) die Vereinbarung zielt darauf ab, offensichtliche Schäden für die Umwelt zu verhindern oder zu begrenzen,
>
> b) die Vereinbarung hilft, in effizienter Weise, internationale oder nationale Standards zur Verhinderung von Umweltschäden zu erfüllen, an die die Regierung gebunden ist.

Die zweite Bedingung erinnert an den Vorschlag von *Inderst*/*Thomas*, die ähnliches für eine Tatbestandsrestriktion nach *Wouters* verlangen. Liegen beide Bedingungen vor, sei eine vollständige Kompensation nicht erforderlich, da die betroffenen Verbraucher durch ihren Konsum das gesellschaftliche Problem der Umweltschädigung erst verursachten.[306] Damit fordert die ACM letztlich eine Anerkennung von gesamtgesellschaftlichen Vorteilen, wie dies auch unten in Option FS 2 vorgeschlagen wird.

---

[303] Autoriteit Consument & Markt, Guidelines on Sustainability Agreements, 2021, Rz. 30.
[304] Autoriteit Consument & Markt, Guidelines on Sustainability Agreements, 2021, Rz. 38 ff.
[305] Autoriteit Consument & Markt, Guidelines on Sustainability Agreements, 2021, Rz. 38.
[306] Autoriteit Consument & Markt, Guidelines on Sustainability Agreements, 2021, Rz. 41.

Die ACM hat kürzlich in einer Pressemitteilung bekanntgegeben, dass sie eine Kooperation von Unternehmen aus dem Energiesektor positiv beschieden hat, die sich auf die Internalisierung von externen Kosten durch CO_2-Emissionen geeinigt haben.[307] Die Unternehmen wollen zukünftig einen Preis von 100 € pro Tonne CO_2 bei ihren Kaufentscheidungen zugrunde legen. Durch diese Vereinbarung wird es attraktiver, auf nachhaltigere Energiequellen zu setzen. Die ACM wendete dabei ihren Leitlinienentwurf an und kam zum Ergebnis, dass die zu erwartenden Preiserhöhungen durch die geringere Umweltbelastung aufgewogen werde.

bb) Verzicht auf Quantifizierung

Die ACM geht noch einen Schritt weiter und hält eine aufwändige und teure Quantifizierung der Effizienzvorteile für verzichtbar, wenn folgende Bedingungen erfüllt sind:

> a) die beteiligten Unternehmen haben einen gemeinsamen Marktanteil von nicht mehr als 30 %,
>
> b) die beteiligten Unternehmen weisen nach, dass ihre Vereinbarung spezifisch auf die Erzielung von Nachhaltigkeitszielen gerichtet ist,
>
> c) die beteiligten Unternehmen weisen nach, dass echte Vorteile zu erwarten sind und
>
> d) dass die Vorteile offensichtlich größer sind, als die zu erwartenden Nachteile.

Den Nachweis der Effizienzvorteile zu vereinfachen, wenn offensichtlich ist, dass die Vereinbarung letztlich freigestellt werden kann, ist begrüßenswert. Durch die Höchstgrenze von 30 % Marktanteil werden zudem branchenweite Vereinbarungen, die erhebliche Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, weiterhin einer ordentlichen Prüfung unterworfen. Da viele Nachhaltigkeitsinitiativen nur funktionieren oder zumindest besonders wirksam sind, wenn der größte Teil eines Marktes davon betroffen ist, werden auch weiterhin viele Initiativen normal geprüft werden müssen.

[307] Autoriteit Consument & Markt, Pressemitteilung vom 28.2.2022, ACM positief over samenwerking bedrijven om duurzaamheid in energiesector te bevorderen, https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-positief-over-samenwerking-bedrijven-om-duurzaamheid-energiesector-te-bevorderen.

c) Die gesetzliche Freistellung im österreichischen Recht

Das österreichische Kartellgesetz, das bis dahin eine Freistellung nahezu wortgleich zu Art. 101 Abs. 3 AEUV vorsah, wurde um folgenden Passus ergänzt[308]:

> „Die Verbraucher sind auch dann angemessen beteiligt, wenn der Gewinn, der aus der Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder der Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts entsteht, zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft wesentlich beiträgt."

In der Gesetzesbegründung wird weiter ausgeführt, was unter „ökologischer Nachhaltigkeit" und Klimaneutralität zu verstehen ist.[309] Die Klarstellung ist auf ökologische Nachhaltigkeitsziele begrenzt und umfasst insbesondere keine sozialen Nachhaltigkeitsziele.[310] Zudem macht die Gesetzesbegründung klar, dass nur solche Verbesserungen der Nachhaltigkeit oder Klimaneutralität erfasst sind, die durch eine Innovation erreicht werden. Nicht ausreichend sei daher etwa eine Verbesserung des Umweltschutzniveaus durch Gebietsabsprachen, was ggf. auch denkbar wäre.[311]

Obwohl der geänderte Gesetzeswortlaut nur das Tatbestandsmerkmal der „angemessenen Verbraucherbeteiligung" betrifft, hat er indirekt auch Auswirkungen auf den Begriff der Effizienzvorteile.[312] Wenn ein Beitrag zum Klimaschutz die Verbraucher angemessen beteiligt, muss denklogisch ein solcher Beitrag auch einen Effizienzvorteil begründen.[313]

---

[308] Siehe zum Gesetzgebungsverfahren die Zusammenfassung bei Strasser, WuW 2022, 68, 69. Siehe auch Huber, European Competition Law Review 2022, S. N47; Studienvereinigung Kartellrecht, Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht zum Begutachtungsentwurf vom 23. April 2021 für das KaWeRÄG 2021, 2021, S. 2; Hartl/Koprivnikar/Taschke, Concurrences N° 1-2023, 25; Tokić, Wirtschaftsrechtliche Blätter 2022, 301.

[309] KaWeRÄG 2021, 951 der Beilagen XXVII. GP – Regierungsvorlage – Erläuterungen, abrufbar unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/I/I_00951/fname_983231.pdf.

[310] Strasser, WuW 2022, 68, 69.

[311] Strasser, WuW 2022, 68, 70.

[312] KaWeRÄG 2021, 951 der Beilagen XXVII. GP – Regierungsvorlage – Erläuterungen, abrufbar unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/I/I_00951/fname_983231.pdf, S. 10; Strasser, WuW 2022, 68, 70; Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten Wettbewerb 2022, Rn 428.

[313] KaWeRÄG 2021, 951 der Beilagen XXVII. GP – Regierungsvorlage – Erläuterungen, abrufbar unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/I/I_00951/fname_983231.pdf, S. 9; Strasser, WuW 2022, 68, 70.

Die gesetzliche Änderung des österreichischen Kartellgesetzes knüpft an den Streit um die Berücksichtigung von gesamtgesellschaftlichen Vorteilen bzw. out-of-market-efficiencies an. Während es nach geltender Rechtslage, im österreichischen wie im europäischen Recht, umstritten ist, ob gesamtgesellschaftliche Vorteile erfasst sind, hat der österreichische Gesetzgeber dies nun positiv entschieden. Aus dem Wortlaut geht hingegen nicht klar hervor, wann ein *erheblicher* Beitrag vorliegt. Hier sind zwei Wege denkbar: Eine konkrete, ökonomische Abwägung der Nachteile der Wettbewerbsbeschränkung (z.B. Preiserhöhungen) mit den ökologischen Vorteilen (z.B. vermiedene Umweltkosten), oder eine normative Abwägung. Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich jedoch, wie auch im Leitlinienentwurf der österreichischen Bundeswettbewerbsbehörde zu Nachhaltigkeitskooperationen abgebildet,[314] dass die erste Variante der Änderung zugrunde liegt.[315] Nachhaltigkeitskooperationen können nur dann von der Gesetzesänderung profitieren, wenn die Nachteile der Wettbewerbsbeschränkung durch ökologische Vorteile der Kooperation aufgewogen werden.[316] Dies muss grundsätzlich ökonomisch, d.h. quantifiziert nachgewiesen werden; darauf kann nur verzichtet werden, wenn die Vorteile offensichtlich überwiegen.[317] Das österreichische Kartellgesetz bleibt so in den bisherigen Bahnen des Freistellungstatbestands. Damit entspricht die österreichische Lösung im Wesentlichen der hier vorgestellten Option FS 2.

d) Zwischenfazit

Die Leitlinienentwürfe der Europäischen Kommission und der niederländischen Wettbewerbsbehörde sowie die Gesetzesänderung in Österreich zeigen eindrücklich die parallele, aber dennoch unterschiedliche rechtspolitische Entwicklung zu den inhaltlich im Grunde gleichen Fragestellungen. Die Kommission bleibt in ihrem Leitlinienentwurf weiterhin vergleichsweise konservativ und hält insbesondere an dem Grundsatz fest, dass out-of-market-efficiencies nur ganz eingeschränkt berücksichtigt werden können. Der österreichische Gesetzgeber hat dies dagegen gänzlich anders entschieden und klargestellt, dass diese Vorteile erfasst sind. In den Niederlanden versucht die Autoriteit Consument & Markt, ein ähnliches Ergebnis ohne Gesetzesänderung herbeizuführen.

---

[314] Bundeswettbewerbsbehörde, Leitlinienentwurf für Unternehmen zu Nachhaltigkeitskooperationen, 2022, Rz. 81 ff.

[315] KaWeRÄG 2021, 951 der Beilagen XXVII. GP – Regierungsvorlage – Erläuterungen, abrufbar unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/I/I_00951/fname_983231.pdf, S. 9.

[316] Bundeswettbewerbsbehörde, Leitlinienentwurf für Unternehmen zu Nachhaltigkeitskooperationen, 2022, Rz. 81 ff.

[317] Bundeswettbewerbsbehörde, Leitlinienentwurf für Unternehmen zu Nachhaltigkeitskooperationen, 2022, Rz. 89.

Wenngleich das Sammeln von Erfahrungen bei unterschiedlichen Ansätzen hilfreich ist, besteht auch die Gefahr einer zunehmenden Rechtszersplitterung. Wenn die Mitgliedsstaaten abweichende Rechtspraktiken entwickeln, wird die eigentlich gewünschte einheitliche Kartellrechtspraxis gefährdet. Da das nationale Kartellrecht nach Art. 3 Abs. 1, 2 VO (EG) 1/2003 zudem vom europäischen Recht nur soweit abweichen darf, wie der zwischenstaatliche Handel i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht berührt wird, kommt für die Unternehmen bei allem Entgegenkommen durch die Mitgliedsstaaten eine weitere Dimension der Rechtsunsicherheit hinzu. Sobald ihre Nachhaltigkeitskooperation so bedeutend wird, dass die Zwischenstaatlichkeitsklausel erfüllt ist, könnte ihre Kooperation auf einmal unzulässig werden. Aus diesem Grund wäre eine einheitliche europäische Lösung wünschenswert.

II. Optionen

Nachfolgend wird aufgezeigt, welche Optionen zur Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten im Rahmen der Prüfungspunkte der Effizienzvorteile und der angemessenen Verbraucherbeteiligung denkbar sind.

1. Option FS 1: (Modifizierte) Willingness to Pay-Analyse

Eine Option zur besseren Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten im Rahmen der Freistellung ist die Weiterentwicklung der Willingness to Pay-Analyse. Die niederländische ACM versuchte bereits in *Chicken of Tomorrow* über eine Willingness to Pay-Analyse Nachhaltigkeitsaspekte mit dem Consumer Welfare-Approach zu vereinen. Dies ist auch ein Ansatz der Europäischen Kommission in den neuen Horizontalleitlinien. Dort wird die Thematik unter individuellen nutzungsunabhängigen Vorteilen behandelt. Dieser Ansatz hat jedoch praktische Probleme und Limitationen. Schwierigkeiten können sich, wie die Kommission schon selbst angibt, bei der Ermittlung der Wertschätzung der Verbraucher ergeben. Zur Bestimmung, welchen Wert ein Nachhaltigkeitsaspekt für die Verbraucher hat, wird maßgeblich auf Befragungen zurückgegriffen werden müssen. Die durch solche Befragungen ermittelten Werte werden jedoch häufig nicht die wahre Zahlungsbereitschaft der Verbraucher widerspiegeln.[318]

[318] Siehe auch Inderst, Incorporating Sustainability into an Effects-Analysis of Horizontal Agreements, 2022, S. 18 f.

Der Vorteil dieser auf den Verbraucherwillen ausgerichteten Methode ist untrennbar mit einer Begrenzung dieses Ansatzes verbunden. Da Nachhaltigkeitsaspekte nur insoweit anerkannt werden, wie die Verbraucher sie wertschätzen, vermag dieser Ansatz nicht dabei zu helfen, nichtnachhaltiges Verbraucherverhalten abzustellen. Die Freistellung einer Vereinbarung ist ausgeschlossen, wenn sie darauf abzielt, gegen den Willen der Verbraucher Nachhaltigkeitsaspekte zu fördern, die von Verbraucher*innen nicht wertgeschätzt werden. Ob solche Nachhaltigkeitsinitiativen dennoch gewünscht sind, ist Wertungsfrage.

Inderst und *Thomas* schlagen vor, den Willingness to Pay-Ansatz beizubehalten, jedoch im Einzelnen zu korrigieren, um die Besonderheiten von Nachhaltigkeitsüberlegungen in die Analyse zu integrieren.[319] Ausgangspunkt der Überlegungen ist, dass sich die Zahlungsbereitschaft auf verschiedene Arten ermitteln lässt und daraus verschiedene Ergebnisse resultieren können, ohne dass eines dieser Ergebnisse richtig oder falsch ist.[320] Um die Bedeutung der Nachhaltigkeitsziele angemessen abzubilden, könnte nach *Inderst* und *Thomas* eine sog. reflective Willingness to Pay-Analyse durchgeführt werden.[321] Diese stützt sich gerade nicht (nur) auf tatsächlich stattgefundene Verkäufe. Stattdessen berücksichtigt sie Informationsdefizite und die Zeit, um eine Kaufentscheidung zu treffen, sowie den Kontext der Entscheidung. Nachhaltigkeitspräferenzen würden demnach eher zu Tage treten, wenn den Verbaucher*innen in sog. hypothetical choice experiments eine bessere Tatsachengrundlage zur Verfügung gestellt wird und die Entscheidung in unterschiedliche Kontexte gesetzt wird.[322] So könnten für die Entscheidung, ob und welches Fleisch konsumiert wird, zusätzliche Informationen zu den Lebensbedingungen und der Schlachtung der Tiere bereitgestellt werden.[323]

Der Vorteil einer solchen modifizierten Willingness to Pay-Analyse ist, dass diese sich in den bestehenden Ansatz zur Ermittlung der Konsumentenwohlfahrt integrieren lässt[324] und damit keine Gesetzesänderung oder Anpassung des Maßstabes nötig wäre.

[319] Inderst/Thomas, Journal of Competition Law and Economics 2021, S. 848.
[320] Inderst/Thomas, Journal of Competition Law and Economics 2021, S. 848, 857 f.
[321] Inderst/Thomas, Journal of Competition Law and Economics 2021, S. 848, 866 ff.
[322] Inderst/Thomas, Journal of Competition Law and Economics 2021, S. 848, 859 ff.
[323] Vgl. Inderst/Thomas, Journal of Competition Law and Economics 2021, S. 848, 861 ff.
[324] Inderst/Thomas, Journal of Competition Law and Economics 2021, S. 848, 858, 866 ff.

Allerdings stellen sich viele Folgefragen, wie eine solche Analyse konkret durchzuführen wäre.[325] Gleichzeitig ist sie mit einem erhöhten Aufwand für die Wettbewerbsbehörden, Privatkläger und Gerichte verbunden.[326] *Inderst* und *Thomas* selbst sehen die Anwendung dieser Analyse auf Externalitäten (insb. nicht-klimabezogene Externalitäten) kritisch.[327] Deren Berücksichtigung würde dazu führen, dass die Willingness to Pay für das Verhalten anderer Verbraucher*innen gemessen wird. Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn einzelne Verbraucher dem Umstand einen Wert beimessen, dass auch andere Verbraucher kein Fleisch konsumieren können.[328] Dies würde zu Verteilungsproblemen führen, wenn die positiven Effekte einer Maßnahme alleine bei diesen Verbraucher*innen eintreten. Außerdem würde die Freiheitseinschränkung des einen Teils der Verbraucher*innen mit den Präferenzen anderer Verbraucher begründet werden.[329]

Die Berücksichtigung der obigen Erkenntnisse müsste sich in der behördlichen Praxis niederschlagen. Sie sollte sogar gerade nicht gesetzlich festgeschrieben werden, da zu erwarten ist, dass sich die Methoden im Laufe der Zeit schnell anhand des aktuellen wissenschaftlichen Stands ändern werden. In den Leitlinien der Europäischen Kommission und des Bundeskartellamts könnten Ausführungen dazu gemacht werden, wie die Zahlungsbereitschaft unter Berücksichtigung der bekannten Probleme konkret zu ermitteln ist, sofern sich die Unternehmen für die Freistellungsfähigkeit ihrer Vereinbarung auf diesen Ansatz stützen wollen.

2. Option FS 2: Anerkennung von gesamtgesellschaftlichen Vorteilen

Denkbar ist eine Anerkennung von gesamtgesellschaftlichen Vorteilen als Grund für eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV.[330] Freigestellt werden könnten damit Vereinbarungen, die zu

[325] Vgl. hierzu Inderst/Thomas, Measuring Consumer Sustainability Benefits, 2021.
[326] Vgl. Inderst/Thomas, Journal of Competition Law and Economics 2021, S. 848, 870.
[327] Inderst/Thomas, The Scope and Limitations of Incorporating Externalities in Competition Analysis within a Consumer Welfare Approach, 2021.
[328] Inderst/Thomas, Measuring Consumer Sustainability Benefits, 2021, S. 9.
[329] Inderst/Thomas, Measuring Consumer Sustainability Benefits, 2021, S. 9.
[330] Buhart, World Competition 2021, S. 147, 160; Schley, WuW 2021, Online-Zusatzbeitrag, S. 8; Dolmans in: Holmes/Middelschulte/Snoep, Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability, 2021, S. 31; van den Brink/Ellison in: Holmes/Middelschulte/Snoep, Competiton Law, Climate Change & Environmental Sustainability, 2021, S. 47; Macharis, European Competition Law Review 2022, S. 170, 181. Siehe auch Gassler, Journal of European Competition Law & Practice 2021, S. 430, 438. Siehe auch Wiese, D-Kart Agenda 2025: Roadmap to Sustainability, 2022; Hauser, D-Kart Agenda 2025: Nachhaltigkeitskooperationen und Private Enforcement, 2022; Whish/Bailey, Horizontal Guidelines on purchasing agreements: Delineation between by object and by effect restrictions, 2022, Rz. 2.46 f.

Preiserhöhungen führen, sofern die Preiserhöhung geringer ist als die insgesamte Einsparung für die Gesellschaft aufgrund geringerer negativer externer Effekte.[331]

Umgesetzt werden könnte dies durch eine Änderung der Behördenpraxis der Kartellbehörden, idealerweise der Europäischen Kommission. Hier wären insbesondere neue Leitlinien von Nöten. Zwar könnte auch das Bundeskartellamt die Rechtspraxis für das deutsche Kartellrecht anpassen. Sobald jedoch die sog. Zwischenstaatlichkeitsklausel in Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllt ist, ist eine Abweichung durch das nationale Kartellrecht nicht mehr möglich, Art. 3 Abs. 1, Abs. 2 VO (EG) 1/2003.

a) Konzept

Die Anerkennung gesamtgesellschaftlicher Vorteile konfligiert mit der traditionellen Sichtweise, die auf einen consumer welfare-Standard ausgerichtet.[332] Schon ein total welfare-Standard ist konzeptionell eher mit der Anerkennung solcher Vorteile vereinbar, da eine gesamtgesellschaftliche Wohlstandssteigerung genügt. Die Wahl zwischen derartigen verschiedenen Paradigmen ist daher eine Weichenstellung für die Interpretation des Freistellungstatbestands.[333] Hier wird der Konflikt von Kartellverbot und Nachhaltigkeitszielen besonders deutlich: Werden lediglich die Endpreise für Verbraucher in den Blick genommen, spielen negative externe Effekte keine Rolle. Sie können bei der Analyse völlig unberücksichtigt bleiben und eine Freistellung kann dennoch erfolgen, sofern der Verbraucher letztlich einen geringeren Preis zahlt oder ein funktional besseres Produkt erhält. Zugespitzt wäre es im Interesse der Endverbraucher, ein umweltfreundliches Herstellungsverfahren durch ein günstigeres, aber stark umweltschädliches Verfahren zu ersetzen. Das ist bei Zugrundelegung eines normativeren Konzepts (dazu unten) und auch des total welfare-Standards anders, da auch negative externe Effekte berücksichtigungsfähig wären. Eine echte Berücksichtigung von out-of-market-efficiencies würde so aussehen, dass externe Effekte auch bei der Prüfung der angemessenen Verbraucherbeteiligung analysiert werden müssten. Dann könnte eine durch teurere Produktionsverfahren bedingte Preissteigerung um 3 € dadurch

[331] Dolmans in: Holmes/Middelschulte/Snoep, Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability, 2021, S. 31 f.; van den Brink/Ellison in: Holmes/Middelschulte/Snoep, Competiton Law, Climate Change & Environmental Sustainability, 2021, S. 44.

[332] Vgl. Inderst/Thomas, The Scope and Limitations of Incorporating Externalities in Competition Analysis within a Consumer Welfare Approach, 2021, S. 4.

[333] Zur Unsicherheit über das Verständnis des Art. 101 Abs. 3 AEUV siehe Whish/Bailey, Competition Law, 2021, S. 165.

gerechtfertigt werden, dass durch geringere Emissionen negative externe Kosten in Höhe von 30 € vermieden werden. Bei enger Anwendung eines consumer welfare-Standards würde der Verbraucher, der 3 € mehr zahlen muss, von den 30 € gesamtgesellschaftlichen Vorteilen nur bruchteilsmäßig profitieren, so dass die höheren Preise in Höhe von 3 € bei ihm selbst nicht kompensiert werden.[334]

Die Kommission bleibt in ihrem Leitlinienentwurf beim consumer welfare-Standard, obwohl dieser jedenfalls nicht zwingend rechtlich vorgeschrieben ist.

b) Pro und Contra

Tatsächlich spricht aus ökonomischen Gründen viel für eine Anerkennung von gesamtgesellschaftlichen Vorteilen als Freistellungsgrund.[335] Die enge Interpretation des Freistellungstatbestands nach Art. 101 Abs. 3 AEUV perpetuiert das Marktversagen aufgrund negativer externer Effekte.[336] Dass die Kommission diesen Weg geht, überrascht angesichts der ebenfalls im Leitlinienentwurf genannten Notwendigkeit zur Internalisierung externer Effekte durch Nachhaltigkeitskooperationen.[337] Tatsächlich sind gesamtgesellschaftliche Vorteile aber echte, messbare Vorteile der Verbraucher, sie sind nur weniger unmittelbar.[338] Daher lässt sich gut vertreten, dass eine Vereinbarung freizustellen ist, die zwar für höhere Preise sorgt, dafür aber soziale Kosten in mindestens der gleichen Höhe verringern.[339]

Der Lösungsansatz hat den Vorteil, dass es sich noch immer um eine ökonomische Betrachtung handelt, die die Kommission seit der Jahrtausendwende im Rahmen der Freistellung praktiziert. Der Ansatz würde lediglich weiterentwickelt, aber nicht völlig verworfen werden. Zudem führt

[334] Vgl. van den Brink/Ellison in: Holmes/Middelschulte/Snoep, Competiton Law, Climate Change & Environmental Sustainability, 2021, S. 43.
[335] Eher kritisch Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten Wettbewerb 2022, Rn 445 ff.
[336] American Bar Association, Sustainability and Competition Law – Report of the International Developments and Comments Task Force, 2021, S. 17.
[337] Europäische Kommission, Draft Horizontal Guidelines, 2022, Rz. 601.
[338] Dolmans in: Holmes/Middelschulte/Snoep, Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability, 2021, S. 31.
[339] Dolmans in: Holmes/Middelschulte/Snoep, Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability, 2021, S. 31 f.

dieser Lösungsansatz zu Einzelfallprüfungen, die vergleichsweise wenig offen für Wertungsfragen sind.[340] Höhere Preise auf der einen Seite und niedrigere gesamtgesellschaftliche Kosten lassen sich mit ökonomischen Methoden mit einer gewissen Sicherheit kalkulieren. Dies ist der Vorteil gegenüber normativeren Abwägungsmethoden, wie sie hier in Option FS 3 vorgestellt werden. Damit verbunden ist eine höhere Rechtssicherheit für Unternehmen.[341]

Es gibt jedoch auch kritische Stimmen gegen die Berücksichtigung von gesamtgesellschaftlichen Vorteilen. So wird eingewendet, dass die Idee der Internalisierung externer Effekte konzeptionell nicht nur auf Fälle ökologischer Nachhaltigkeit beschränkt sein dürfte, sondern letztlich auf alle Nachhaltigkeitsaspekte angewendet werden könnte.[342] Das allerdings würde an Grenzen führen: Was als negativer externer Effekt "eingepreist" werde, sei dann willkürlich.[343] Dass Grenzziehungen immer schwierig sind und sich stets Gegenbeispiele konstruieren lassen, ist jedoch hinlänglich bekannt. Objektive, "technische", messbare Vorteile könnten jedenfalls bruchlos in das bestehende Konzept eingefügt werden. Dass die Quantifizierung von Vorteilen schwierig ist,[344] ist zutreffend. Hierzu sei auf die Ausführungen in Teil 3.C. verwiesen. Dies ist aber auch der Preis der ökonomischen Ausrichtung des Freistellungstatbestands nach bisheriger Lesart.

c) Vereinbarkeit mit Art. 101 AEUV

Die hier vorgestellte Lösungsoption ist nur umsetzbar, wenn sie auch mit der gesetzlichen Fassung des Freistellungstatbestands vereinbar ist.[345] Nach Art. 101 Abs. 3 AEUV muss eine „angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn“ vorliegen. Zu trennen ist hier erstens zwischen der Frage, welche Personengruppen als „Verbraucher“ anzusehen sind und zweitens, wann diese angemessen beteiligt sind.

---

[340] Vgl. van den Brink/Ellison in: Holmes/Middelschulte/Snoep, Competiton Law, Climate Change & Environmental Sustainability, 2021, S. 47; Thomas in: FS Säcker, 2021, S. 336.
[341] van den Brink/Ellison in: Holmes/Middelschulte/Snoep, Competiton Law, Climate Change & Environmental Sustainability, 2021, S. 47.
[342] Schinkel/Treuren in: Holmes/Middelschulte/Snoep, Competiton Law, Climate Change & Environmental Sustainability, 2021, S. 85.
[343] Schinkel/Treuren in: Holmes/Middelschulte/Snoep, Competiton Law, Climate Change & Environmental Sustainability, 2021, S. 85.
[344] Basaran, European Competition Law Review 2006, S. 479, 480.
[345] Kritisch von Kalben, ZWeR 2022, 468, 487.

Nach der jüngeren Rechtspraxis sollen nur Vorteile auf dem jeweils relevanten Markt in die Betrachtung einbezogen werden können, also nur bei den jeweils betroffenen Verbrauchern.[346] Das sind regelmäßig die tatsächlichen Endabnehmer der Produkte. Tatsächlich deutet die Formulierung des Art. 101 Abs. 3 AEUV darauf hin, dass mit „den Verbrauchern" diejenigen gemeint sind, die durch die Wettbewerbsbeschränkung benachteiligt sind. Die in gleicher Weise verbindliche englischsprachige Fassung der Verträge ist dagegen etwas offener formuliert: „while allowing consumers a fair share of the resulting benefit". Dies kann auch so verstanden werden, dass die Effizienzvorteile den Verbrauchern als gesellschaftliche Gruppe zugutekommen müssen. Dies spricht zunächst schon einmal dafür, dass der Verbraucherbegriff auch weit verstanden werden kann.[347] Auch das EuG stellte im Jahr 2002 fest, dass „selbstverständlich" alle positiven Effekte einer Vereinbarung berücksichtigt werden müssten und dass keine spezifische Beziehung zum jeweiligen Markt vorliegen müsse.[348]

Die Problematik setzt sich bei der Formulierung der „angemessenen Beteiligung" fort. Nach der aktuellen Rechtspraxis ist die Beteiligung der Verbraucher am entstehenden Gewinn nur dann angemessen, wenn die Nachteile durch die Wettbewerbsbeschränkung mindestens ausgeglichen werden.[349]

Dass die Beteiligung jedenfalls angemessen ist, wenn die Verbraucher*innen durch die Vereinbarung insgesamt neutral oder sogar bessergestellt werden, ist ohne Weiteres nachvollziehbar. Allerdings ist der Wortlaut auch offen genug formuliert, eine „angemessene Beteiligung" (*fair share*) auch ohne vollständige Kompensation anzunehmen.[350] Klar wird durch die Formulierung lediglich, dass es Effizienzvorteile geben muss, von denen Verbraucher*innen profitieren. Bei Nachhaltigkeitsinitiativen könnte eine angemessene Verbraucherbeteiligung auch ohne vollständige Kompensation angenommen werden. Eine angemessene Beteiligung sollte dann keine voll-

[346] EuGH, 11.9.2014, Rs. C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, Rz. 242 – Mastercard.
[347] Offergeld in: Kirk/Offergeld/Rohner, Kartellrecht in der Zeitenwende, 2023, S. 187, 197.
[348] EuG, 28.2.2002, Rs. T-86/95, ECLI:EU:T:2002:50, Rz. 343 – Compagnie générale maritime u.a./Kommission.
[349] Vgl. Ellger in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1, 2019, Art. 101 Abs. 3 AEUV Rn. 235 ff.
[350] Dolmans in: Holmes/Middelschulte/Snoep, Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability, 2021, S. 31; van den Brink/Ellison in: Holmes/Middelschulte/Snoep, Competiton Law, Climate Change & Environmental Sustainability, 2021, S. 45; Macharis, European Competition Law Review 2022, S. 170, 178; Offergeld in: Kirk/Offergeld/Rohner, Kartellrecht in der Zeitenwende, 2023, S. 187, 201.

ständige Kompensation bei den betroffenen Verbraucher*innen voraussetzen, wenn der Marktpreis aufgrund negativer externer Kosten andernfalls zu niedrig ist und die konkreten Verbraucherinnen und Verbraucher davon zulasten der Allgemeinheit profitieren würden.[351] Unangemessen wäre es dann, wenn Verbraucher*innen zulasten der Allgemeinheit externe Kosten verursachen können, nur weil diese Arten von Kosten nicht eingepreist sind.[352] Diesen Zustand zu reduzieren, ist ökonomisch und sozial wünschenswert.

In diesem Fall könnte eine angemessene Verbraucherbeteiligung auch dann angenommen werden, wenn die durch die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung betroffenen Verbraucher*innen auch Teil der größeren Gruppe sind, die von den Effizienzvorteilen (z.B. geringere Treibhausgas-Emissionen) profitieren. Zudem ist daran zu erinnern, dass „angemessen" („fair") ein normativer Rechtsbegriff ist. Es ist jedenfalls nicht zwingend, dass dieser im Sinne einer mathematischen Aufrechnung zu verstehen ist.[353] Eine vollständige Kompensation sollte richtigerweise verlangt werden, wenn die Effizienzvorteile bei den Unternehmen selbst entstehen, da dies nicht zulasten der Verbraucher*innen gehen sollte. Sofern es wie hier aber um eine Verteilung von Effizienzen zwischen Verbraucher*innen und der Gesellschaft geht, erscheint es nicht sachgerecht, eine vollständige Kompensation der Verbraucher zu verlangen.[354]

Dass Vereinbarungen, die auf die Internalisierung von externen Effekten gerichtet sind, vom europäischen Recht befürwortet werden, zeigt die explizite Niederlegung des sog. Verursachungsprinzips in Art. 191 Abs. 2 AEUV. Das Verursachungsprinzip besagt, dass die Kosten einer Umweltschädigung von deren Verursachern zu tragen sind. Dass eine Vereinbarung, die dies sicherstellt, einen Verstoß gegen Art. 101 AEUV darstellen soll, ist zumindest prima facie ein Wertungswiderspruch.[355]

---

[351] Vgl. Zimmer/Schäfer, JZ 2022, 870, 875. Ähnlich Autoriteit Consument & Markt, Guidelines on Sustainability Agreements, 2021, Rz. 41; Dolmans in: Holmes/Middelschulte/Snoep, Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability, 2021, S. 35. Siehe auch Wiese, D-Kart Agenda 2025: Roadmap to Sustainability, 2022.

[352] van den Brink/Ellison in: Holmes/Middelschulte/Snoep, Competiton Law, Climate Change & Environmental Sustainability, 2021, S. 46 f.

[353] Dolmans in: Holmes/Middelschulte/Snoep, Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability, 2021, S. 35.

[354] Vgl. van den Brink/Ellison in: Holmes/Middelschulte/Snoep, Competiton Law, Climate Change & Environmental Sustainability, 2021, S. 46.

[355] Vgl. Dolmans in: Holmes/Middelschulte/Snoep, Competiton Law, Climate Change & Environmental Sustainability, 2021, S. 26 ff.

d) Anwendbarkeit auf unterschiedliche Nachhaltigkeitsthemen

Bei dieser Option ist hervorzuheben, dass sie nicht für alle Nachhaltigkeitsziele geeignet ist.[356] Sie bietet sich insbesondere für Umwelt- und Klimaschutzkooperationen an (etwa zur Senkung der Treibhausgas-Emissionen), da dort das Problem negativer externer Effekte regelmäßig besonders schwerwiegend, aber umweltökonomisch auch bereits erfasst ist. Hier können durch die Reduktion dieser externen Effekte besonders wirksam gesamtgesellschaftliche Effizienzvorteile erzeugt werden.

Dies ist nicht in gleicher Weise bei anderen Nachhaltigkeitszielen (etwa Tierwohl oder fairer Entlohnung der Bananen-Arbeiter) möglich, da es dort weniger um externe Effekte geht, sondern primär um ethische oder verteilungspolitische Erwägungen.[357]

3. Option FS 3: Normative Abwägung

Neben den bisher vorgestellten Optionen, die alle innerhalb einer ökonomischen Betrachtung verbleiben, ist auch ein normativer Lösungsansatz denkbar. Im Rahmen der Freistellung wären dafür qualitative Vorteile (also Gemeinwohlerwägungen) abzuwägen, die in mehr oder weniger starkem Bezug zum Wettbewerb stehen.

Eine Freistellung könnte dann erfolgen, wenn die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen aufgrund von überwiegenden Gemeinwohlerwägungen gerechtfertigt sind. Diese Abwägung wäre eine Wertungsfrage und würde sich von der ökonomischen Betrachtung lösen, die derzeit im Rahmen des Art. 101 Abs. 3 AEUV praktiziert wird. Zugleich würde dadurch dem Gemeinwohlbelang im Einzelfall teilweise der Vorrang gegenüber dem Wettbewerbsschutz eingeräumt werden.

Lösungsansätze für Zielkonflikte hat die Europäische Kommission bereits in ähnlicher Weise in den Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022[358] versucht. Grundsätzlich sind Beihilfen im europäischen Recht gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV aus wettbewerblichen Gründen verboten. Sie können jedoch im Rahmen des Art. 107 Abs. 3 Buchst. c freigestellt werden. Die Leitlinien spezifizieren, vor dem Hintergrund des European Green Deals, was für Klima-

[356] Thomas in: FS Säcker, 2021, S. 340. Vgl. auch O'Keeffe, Concurrences N° 1-2023, 17, 19.
[357] Zimmer/Schäfer, JZ 2022, 870, 876.
[358] Europäische Kommission, Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen, ABl. 2022 C 80/1.

, Umweltschutz- und Energiebeihilfen gilt. Die Leitlinien erfassen zahlreiche Gruppen von Beihilfen,[359] etwa solche für die Verringerung von Treibhausgasemissionen, zum Aufbau einer Ladeinfrastruktur für saubere Fahrzeuge oder für die Unterstützung des Übergangs zu einer Kreislaufwirtschaft. Ausgeführt werden jeweils Definitionen und Begründungen zu den Beihilfen und Spezifikationen des Prüfrasters. Kernpunkte sind die positive Voraussetzung, dass die Beihilfe die Entwicklung eines Wirtschaftszweigs fördern muss, sowie die negative Voraussetzung, dass die Beihilfe keine Veränderung der Handelsbedingungen mit sich bringen darf, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft.

Das Modell der Prüfung klimaschützender Beihilfen wird in diesem Kontext als Modell erwähnt, wie bereits jetzt auf europäischer Ebene Wettbewerb und Nachhaltigkeitsziele in Ausgleich gebracht werden. Dabei werden die außerwettbewerblichen Ziele politisch gesetzt, definiert und geprüft. Sodann werden positive und negative Voraussetzungen definiert, um ein Minimum an wettbewerblicher Verträglichkeit zu sichern. Ein solcher Kriterienkatalog könnte auch im Rahmen der Freistellung angedacht werden.

a) Verfahrensrechtliche Ausgestaltung

Bei diesem Lösungsansatz muss ein besonderes Augenmerk auf die verfahrensrechtliche Ausgestaltung gelegt werden.[360] Von den Unternehmen kann in derartigen Fällen nicht verlangt werden, die Freistellungsfähigkeit ihrer Kooperation im Rahmen der sog. Selbstveranlagung selbst zu prüfen, wie dies derzeit nach Art. 1 Abs. 2 VO (EG) 1/2003 vorgesehen ist.[361] Die Unternehmen sind nicht in der Lage, Gemeinwohlvorteile ihres Handelns einzuschätzen. Ihnen kann nicht das Risiko zugemutet werden, dass Behörden und Gerichte zu einem anderen Ergebnis kommen.

Für eine Freistellung aus normativen Gründen wäre daher ein konstitutives Freistellungsverfahren vor einer Wettbewerbsbehörde notwendig, wobei ggf. die Kompetenzen zwischen Europäischer Kommission und nationalen Kartellbehörden abzugrenzen wären. Damit wäre die demokratische

[359] Siehe Europäische Kommission, Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen, ABl. 2022 C 80/1, Rz. 16.
[360] Vgl. Offergeld in: Kirk/Offergeld/Rohner, Kartellrecht in der Zeitenwende, 2023, S. 187, 202. Siehe auch die parallele Diskussion zur Ministererlaubnis, vgl. Podszun, NJW 2016, 617; Podszun/Kreifels/Schmieder, WuW 2017, 114; Konrad, Das Gemeinwohl, die öffentliche Meinung und die fusionsrechtliche Ministererlaubnis, 2019.
[361] Mayer, WuW 2021, 258, 260.

Legitimation der Abwägung durch eine gesetzliche Grundlage gesichert.[362] Auch ließen sich damit Argumente entkräften, die bei einer Berücksichtigung von außerwettbewerblichen Aspekten im Kartellrecht die Gefahr der Rechtszersplitterung in der Union sehen.[363] Durch eine zentrale Stelle und ggf. Vorlagen an den EuGH würde eine einheitliche Anwendung des Freistellungstatbestands auch in solchen Fällen sichergestellt. Den Unternehmen würde eine solche Freistellung Rechtssicherheit bieten, die sonst bei Nachhaltigkeitsinitiativen als fehlend moniert wird.[364]

Für die Kartellbehörden wäre eine solche Freistellung Neuland, da sie Gemeinwohlvorteile einschätzen müssten, was bislang nicht Teil des Prüfungsprogramms ist. Dieses Problem würde gelöst, wenn sachnähere Behörden eingebunden würden. So könnten für ökologische Freistellungsinitiativen die Generaldirektionen der Kommission für Umwelt- oder Klimaschutz eingeschaltet werden (oder auf nationaler Ebene das Umweltbundesamt). Im Verfahren könnten auch Wettbewerber und sachnahe Verbände Beteiligungsrechte erhalten. Der hier nur ansatzweise skizzierte Verfahrensaufwand lässt bereits erahnen, dass diese Option nur für bedeutsame Leuchtturm-Kooperationen in Betracht kommen kann. Es handelt sich in gewisser Weise um ein Äquivalent zur Ministererlaubnis bei Fusionsuntersagungen für Kooperationen. Bei der hier angedachten Ausgestaltung würde das Verfahren aber nicht der politischen Sphäre überantwortet, sondern im Bereich des Kartellrechts bleiben.

b) Vereinbarkeit mit Art. 101 AEUV

Bei einer solch fundamentalen Umgestaltung des Freistellungssystems stellt sich die Frage nach der Vereinbarkeit mit Art. 101 Abs. 3 AEUV. Zwar ist der Rat der Europäischen Union nach Art. 103 AEUV befugt, „die zweckdienlichen Verordnungen oder Richtlinien zur Verwirklichung der in den Artikeln 101 und 102 niedergelegten Grundsätze“ zu erlassen, dabei darf es sich allerdings nur um Durchführungsbestimmungen handeln, also können insbesondere verfahrensrechtliche Regeln getroffen werden. Konkreter erlaubt Art. 103 Abs. 2 lit. b AEUV nur die Regelung der „Einzelheiten der Anwendung des Artikel 101 Abs. 3“. Daraus ergibt sich, dass der Sekundärrechtsgeber keine materiellen Änderungen an der Auslegung des Art. 101 Abs. 3 AEUV selbst

[362] Dazu siehe Thomas in: FS Säcker, 2021, S. 338.
[363] Zu diesem Argument siehe Basaran, European Competition Law Review 2006, S. 479, 482; Whish/Bailey, Competition Law, 2021, S. 165.
[364] Dahlbender, WuW 2021, 392; van den Brink/Ellison in: Holmes/Middelschulte/Snoep, Competiton Law, Climate Change & Environmental Sustainability, 2021, S. 40 f.

bewirken kann.[365] Durch eine Änderung der KartellverfahrensVO lässt sich daher nur festlegen, wer über die Freistellung entscheidet, nicht aber, wie die Freistellungsvoraussetzungen materiell auszulegen sind.

Daher müsste Art. 101 Abs. 3 AEUV so ausgelegt werden können, dass eine normative Abwägung möglich ist. Hierbei ist zunächst festzustellen, dass die derzeitige stark ökonomische Handhabung des Freistellungstatbestands nicht zwingend ist. Voraussetzung ist lediglich eine Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung, die grundsätzlich auch ohne wirtschaftlichen Bezug angenommen werden könnte. Eine Warenerzeugung könnte auch als „besser" angesehen werden, wenn sie weniger umweltschädlich ist, das Tierwohl fördert oder eine fairere Entlohnung in Entwicklungsländern bewirkt. Sofern sich Nachhaltigkeitsaspekte im europäischen Primärrecht wiederfinden lassen, erscheint es nicht problematisch, von einer „Verbesserung der Warenerzeugung" zu sprechen.[366] Zudem sind die Unionsorgane nach den sog. Querschnittsklauseln in Art. 7 ff. EUV zur Berücksichtigung von bestimmten Gemeinwohlzielen bei der Anwendung des europäischen Rechts verpflichtet. Dadurch wird deutlich, dass der Wettbewerbsschutz keinen absoluten Vorrang vor anderen Unionszielen haben kann.

c) Rechtspolitische Erwägung

Damit ist freilich nicht gesagt, dass das Problem bei der Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV richtig verortet ist. Dass sowohl der Kartellverbotstatbestand in Art. 101 Abs. 1 AEUV als auch die Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV auf eine effiziente Güterverteilung gerichtet sind,[367] spricht dafür, dass innerhalb des wettbewerblichen Systems der beiden Absätze kein Platz für außerwettbewerbliche Belange ist. Ob das wettbewerbliche System insoweit für außerwettbewerbliche Themen stärker geöffnet werden sollte, ist eine politische Entscheidung. Institutionell spricht dafür, dass bei einer Befassung der Kartellbehörden die wettbewerblichen Kerninteressen

[365] Vgl. EuGH, 30.6.1966, Rs. 56-65, ECLI:EU:C:1966:38, S. 302 – LTM/MBU; Zimmer, WuW 2007, 1198, 1204; Jung in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 2016, Art. 103 AEUV Rn. 24.

[366] Vgl. Dolmans in: Holmes/Middelschulte/Snoep, Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability, 2021, S. 31.

[367] Wolf in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 1, 2020, Art. 101 AEUV Rn. 997. Vgl. auch Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. 2004 C 101/97, Rz. 33; Brömmelmeyer in: FK-EUV/GrC/AEUV, Band 3, 2017, Art. 101 AEUV Rn. 108; Kjølbye, European Competition Law Review 2004, S. 566; Weiß in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 2016, Art. 101 AEUV Rn. 156; Pohlmann in: FK-Kartellrecht, Band II, 2020, Art. 81 Abs. 3 EG Grundfragen Rn. 217; Schuhmacher in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Band 1, 2021, Art. 101 AEUV Rn. 268.

weiterwirken und mit ihrer Berücksichtigung zu rechnen ist. Dagegen spricht, dass der Wettbewerbsschutz innerhalb des Wettbewerbssystems verwässert wird und Wettbewerbsbehörden zu Entscheidungen ermächtigt werden, die außerhalb ihres eigentlichen Kompetenzbereichs liegen. Dahinter steht zudem die Überzeugungsfrage, ob Nachhaltigkeit grundsätzlich zum wirtschaftlichen Wettbewerb gehört oder nicht.

4. Option FS 4: Einzelfreistellung von Modellkooperationen

Für einzelne Nachhaltigkeitsinitiativen könnte ein Anmelde- und Freistellungssystem geöffnet werden. Eine derartige Befassung von Behörden mit einzelnen Initiativen ist bereits für die normative Abwägung in FS 3 angedacht worden.

Das Spannungsfeld besteht darin, dass eine Rückkehr zum vor 2004 geltenden Modell der behördlichen Freistellung insgesamt nicht geleistet werden kann und auch nicht sinnvoll erscheint. Will man gleichwohl für einzelne Kooperationen einen solchen Pfad der Rechtssicherheit eröffnen, stellt sich die Frage, welche Fälle dafür in Betracht kommen. Hier ist an Modellkooperationen zu denken, die auf größtmögliche Wirkung angelegt sind. Ein Notifizierungssystem müsste, selbstverständlich, mit engen Fristen für die behördliche Entscheidung verbunden werden.

In Betracht kämen Absprachen, die transparent sind und die für alle Marktteilnehmer geöffnet sind. Club-Lösungen einzelner Unternehmen kämen nicht in Betracht. Für die Erreichung von Nachhaltigkeitswirkungen müsste eine Erheblichkeitsschwelle vorliegen – es müsste ein derart weitreichender Fortschritt durch die Absprache erzielbar sein, dass nicht nur die Wettbewerbsbeschränkung aufgewogen wird, sondern auch die behördliche Befassung gerechtfertigt ist. Eine bloße Übererfüllung gesetzlicher Anforderungen würde dazu nicht genügen, vielmehr müsste eine qualitativ oder quantitativ neue Dimension erreicht werden. Verbunden werden könnte die Initiative mit einer Befristung und einem Monitoring. Denkbar wäre eine Beschränkung auf solche Initiativen, die den Weg zu neuen verbindlichen Rechtsakten ebnen sollen. Darin läge der Modellcharakter der Absprache: Die Unternehmen erproben Wege zur Verbindlichmachung neuer Meilensteine nachhaltiger Entwicklung. Die Ergebnisse dieses "Reallabors" können sodann Grundlage der Gesetzgebung werden. Damit zeichnen sich Initiativabsprache dadurch aus, dass sie zu einem späteren Zeitpunkt vom Gesetzgeber in einem Rechtsakt verbindlich für alle Marktteilnehmer festgeschrieben werden können (ggf. in angepasster Form). Durch Initiativabsprachen können

Unternehmen damit eine gesetzliche Regelung anregen. Das Initiativrecht der Legislative wird nicht angetastet.

5. Option FS 5: Gesetzliche Ausnahme

Da nach wie vor umstritten ist, ob und wieweit im Rahmen von Art. 101 Abs. 3 AEUV Nachhaltigkeitserwägungen einen Platz haben können, wäre eine gesetzliche Klarstellung möglich. Eine Gesetzesänderung würde die bestehende Unklarheit für Behörden und Gerichte beseitigen. Zwar könnten die Behörden auch schlicht ihre Praxis ändern, dabei besteht jedoch die Gefahr, dass Gerichte und insbesondere der EuGH dies nicht mittragen. Hierin liegt auch der Vorteil gegenüber dem bloßen Erlass von neuen Gruppenfreistellungsverordnungen. Diese sekundärrechtlichen Vorschriften müssen sich inhaltlich vollständig innerhalb der primärrechtlichen Grenzen des Art. 101 Abs. 3 AEUV bewegen.

a) Inhaltliche Ausgestaltung

Eine gesetzliche Klarstellung könnte auf verschiedene Weisen erfolgen.

Angelehnt an die österreichische Lösung könnte eine Klarstellung erfolgen, dass gesamtgesellschaftliche Vorteile eine Freistellung rechtfertigen können. Dadurch würden einige Arten von Nachhaltigkeitskooperationen einen vergleichsweise gesicherten Prüfungsmaßstab für ihre Kooperation erhalten. Die inhaltlichen Vor- und Nachteile der Anerkennung gesamtgesellschaftlicher Vorteile sind bei Option FS 2 dargestellt. Sofern man die Anerkennung von gesamtgesellschaftlichen Vorteilen befürwortet, wäre es wünschenswert, dies auch im Gesetz klar zu verankern. Erwähnt sei hier nur, dass die Option FS 2 wohl vor allem für Fälle ökologischer Nachhaltigkeit funktionieren würde, da nur bei dieser die notwendige Quantifizierbarkeit gegeben ist. Nachhaltigkeitsinitiativen zu Tierwohlaspekten oder zu faireren Löhnen im Bananensektor könnten damit bspw. nicht erfasst werden.

Freilich könnte eine Gesetzesänderung auch völlig anders ausgestaltet sein. Gesetzlich festgeschrieben werden könnte auch ein normatives bzw. politisches Abwägungsverfahren, wie dies auch bei Option FS 3 vorgeschlagen wird.

b) Umsetzbarkeit

Eine solche Klarstellung wäre im deutschen Recht – in Anlehnung an die österreichische Regelung – etwa durch Änderung des § 2 GWB möglich. Eine Änderung des deutschen Kartellrechts hätte allerdings nur eingeschränkte Wirkung, da nur rein innerdeutsche Sachverhalte erfasst werden könnten. Sobald eine Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels gegeben ist, ist nach Art. 3 Abs. 1, 2 VO (EG) 1/2003 europäisches Recht vorrangig.

Eine Anpassung von Art. 101 AEUV hätte größeres Potenzial, ist aber deutlich schwieriger zu erreichen. Als Teil des europäischen Primärrechts ist dafür eine Anpassung der europäischen Verträge nur nach Maßgabe des Art. 48 EUV möglich, die eine Zustimmung aller Mitgliedsstaaten nach ihren jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorgaben bedarf. Denkbar wäre möglicherweise eine Gruppenfreistellungsverordnung (siehe dazu sogleich unten).

Bei einer Gesetzesänderung liegt eine Herausforderung jedoch auch darin, die Problematik richtig zu umreißen, so dass die gewünschten Vereinbarungen privilegiert werden, ohne über das Ziel hinauszuschießen und zu viele Wettbewerbsbeschränkungen zuzulassen. Freilich ist die Rechtslage derzeit bereits so unklar, dass jede gesetzliche Initiative zumindest ein wenig zu einer größeren Rechtssicherheit beitragen kann. Zudem kann die Gesetzesänderung durch ausführliche Erläuterungen begleitet werden, die, zusammen mit neuen behördlichen Leitlinien, eine ausreichende Klarheit schafft.

c) KMU-Freistellung

In § 3 GWB, der das sog. "Mittelstandskartell" regelt, wird in begrenztem Umfang die Rationalisierung als Maßnahme kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU) ermöglicht, um diesen bessere Wettbewerbschancen gegenüber größeren Wettbewerbern einzuräumen. Eine gesetzliche Freistellung könnte auch hieran anknüpfen. So könnte die Zusammenarbeit von KMU auch dann für freigestellt erklärt werden, wenn sie gemeinsame Anstrengungen unternehmen, um ihre Unternehmen auf ökologische oder soziale Nachhaltigkeit umzustellen.

Dafür spricht, dass gerade für KMU die Kosten einer notwendigen Umstellung auf Nachhaltigkeit eine Herausforderung darstellen können. Sie würden Rechtssicherheit gewinnen. Das ist auch wettbewerblich sinnvoll, wenn sie dadurch in die Lage versetzt werden, besser mit den großen

Akteuren mitzuhalten. Es bliebe allerdings bei einer Begrenzung auf rein nationale Fälle. Es käme zu einer gesetzlich normierten Ausdehnung einer Freistellungsvorschrift, ohne dass eine Prüfung im Einzelfall noch möglich wäre. Absprachen könnten auch missbraucht werden, um überschießend Wettbewerbsbeschränkungen zu vereinbaren. Das ist das Risiko einer derartigen Anpassung.

6. Option FS 6: Nachhaltigkeits-GVO

Will man Nachhaltigkeitsinitiativen freistellen, könnte mit einer Gruppenfreistellung für Nachhaltigkeitsvereinbarungen große Rechtssicherheit für Unternehmen erzielt werden. Die Freistellung in Form einer Gruppenfreistellungsverordnung (GVO) könnte die gesetzgeberischen Spielräume im Rahmen des Art. 101 Abs. 3 AEUV besser ausreizen als eine Festlegung in Leitlinien.[368] Eine solche GVO müsste Folgendes leisten:

- Definition der Nachhaltigkeitskooperationen, die in den Anwendungsbereich fallen,
- grundsätzliche Freistellung solcher Kooperationen,
- Festlegung einer Marktanteilsschwelle, bei der der Vorteil der Gruppenfreistellung entfällt,
- Festlegung der Kernbeschränkungen und sonstigen Beschränkungen.

Alternativ könnten Sektoren einzelne Gruppenfreistellungsverordnungen erhalten, in denen spezifische, typische Kooperationen freigestellt werden. Modelle dafür bieten die sektorspezifischen GVO.[369] Allerdings sind solche sektorspezifischen GVO schon kartellrechtlich eher ein Auslaufmodell. An anderer Stelle wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Nachhaltigkeitsziele gerade sektorübergreifende Anstrengungen erfordern.

Das Schlüsselproblem ist die Frage des Marktanteils: Nachhaltigkeitsinitiativen können gerade dann einen großen Impact für die Erreichung von SDG haben, wenn die großen Marktakteure eingebunden werden. Deren Beteiligung stellt zugleich wettbewerblich ein größeres Risiko dar,

[368] Vgl. Hengst in: Bunte, Kartellrecht, Band 2, 2021, Art. 101 AEUV Rn. 440 ff. Zur Diskussion siehe Vogel in: Loewenheim et al., Kartellrecht, 2020, Gruppenfreistellungsverordnungen - Allgemeines, Rn. 13 ff. Siehe auch Wiese, D-Kart Agenda 2025: Roadmap to Sustainability, 2022.

[369] VO (EG) Nr. 169/2009 über die Anwendung von Wettbewerbsregeln auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs; VO (EU) Nr. 267/2010 für den Versicherungssektor; VO (EU) Nr. 261/2010 für den Kfz-Sektor.

weshalb der Vorteil der Gruppenfreistellung ihnen grundsätzlich nicht zugutekommen soll.[370] Dies ist bei anderen Gruppenfreistellungsverordnungen so gehandhabt worden.

Dieses Dilemma kann in zweierlei Hinsicht aufgelöst werden:

Erstens könnten die Marktanteilsgrenzen analog zu den bestehenden GVO beibehalten werden. Dann würde der Vorteil der Gruppenfreistellung insbesondere Unternehmen zugutekommen, die keine hohen Marktanteile haben. Die Nachhaltigkeits-GVO würde damit Anreize für die Zusammenarbeit kleinerer und mittlerer Marktakteure setzen.

Zweitens könnte abweichend vom bisherigen Modell auch marktanteilsstärkeren Unternehmen die Beteiligung gestattet werden, wenn die Vorteile für den *nachhaltigen* Wettbewerb so groß, dass die übrige Wettbewerbsgefährdung kompensiert wird. Die Freistellung könnte dann abgestuft nach Marktanteilen erfolgen. Bei einem solchen Modell wären die verbotenen Klauseln ggf. auszuweiten.

Für die Festlegung der zu erreichenden Nachhaltigkeitsziele könnte beispielhaft auf die Taxonomie verwiesen werden, die dies für einige ökologische Nachhaltigkeitsziele definiert.[371] Für den Ausgleich mit den Wettbewerbszielen könnten die Leitlinien zu Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen Pate stehen. Die Modelle sind ähnlich, da sie ebenfalls mit dem Mechanismus von Ausnahmen und Kernbeschränkungen arbeiten. An beiden Modellen wird auch eine Priorisierung erkennbar: Taxonomie und Leitlinien greifen nur bestimmte Nachhaltigkeitsziele heraus. So sehr ein umfassender Ansatz zur Erreichung von SDG erstrebenswert ist, so wenig geeignet ist das breite Spektrum von Nachhaltigkeitszielen, um in einer GVO verordnet zu werden.

Denkt man Taxonomie und die Beihilfe-Leitlinien unter den Vorzeichen des Kartellrechts zusammen, könnte daraus eine Nachhaltigkeits-GVO entspringen, die für einige der Nachhaltigkeitsziele Wettbewerb und Gemeinwohl in Einklang bringt. Vorangehen müsste die Einschätzung, dass diese Nachhaltigkeitsziele tatsächlich Bestandteil des Wettbewerbsschutzes sind, so wie es die Förderung von Forschung und Entwicklung oder die Förderung des Technologie-Transfers sind (die auch jeweils durch eigene GVO gefördert werden.) Tragfähig ist das nur, wenn Wettbewerb

[370] Vgl. Erwägungsgründe 6-9 der Vertikal-GVO, VO (EU) Nr. 2022/720.
[371] Hierzu ausführlicher Teil 3.A.II.2.

als nachhaltiger Wettbewerb definiert wird, zu dessen originärer Funktionsbedingung die Erreichung der durch die GVO privilegierten Nachhaltigkeitsziele zählt. Sieht man die Nachhaltigkeitsziele als außerwettbewerbliche Ziele, würden die Kriterien in Art. 101 Abs. 3 AEUV nur erfüllt sein, wenn man – wie bereits diskutiert – auch außerwettbewerbliche Ziele im Rahmen von Art. 101 Abs. 3 AEUV für berücksichtigungsfähig hält.

Eine Nachhaltigkeits-GVO würde das praktische Problem der Selbstveranlagung von Unternehmen adressieren, indem höhere Rechtssicherheit gewährt würde. Eine GVO müsste sich aber dazu positionieren, welche Nachhaltigkeitsziele prioritär sind, wie mit marktmächtigen Unternehmen umzugehen ist und inwiefern Nachhaltigkeitswirkungen wettbewerbliche Beschränkungen kompensieren können.

D. Missbrauchsverbot

Das Missbrauchsverbot nach Art. 102 AEUV und §§ 19-20 GWB dient der Erfassung von Behinderungs- und Ausbeutungsstrategien durch einseitige Handlungen von marktmächtigen Unternehmen. In der Diskussion um die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitszielen spielt das Missbrauchsverbot bisher eine untergeordnete Rolle.[372] Nur einzelne Beiträge zeigen Möglichkeiten hierfür auf.[373] Initiativen von Wettbewerbsbehörden oder den nationalen sowie europäischen Gesetzgebern sind für diesen Bereich des Kartellrechts nicht bekannt. Verfahren, in denen Nachhaltigkeitsziele eine tragende Rolle gespielt haben, sind nicht bekannt. Allerdings stellt das Missbrauchsverbot ein starkes Instrumentarium bereit, um die Verhaltensweisen von Unternehmen mit einer "besonderen Verantwortung"[374] zu kontrollieren.

I. Marktbeherrschung

Voraussetzung für die Anwendung des Missbrauchsverbots nach Art. 102 AEUV und § 19 GWB ist die marktbeherrschende Stellung des adressierten Unternehmens. Bei § 20 GWB genügt relative oder überlegene Marktmacht.

1. Rechtslage

Nachhaltigkeitsaspekte spielen weder bei der klassischen Marktanteilsermittlung noch im Rahmen der in § 18 Abs. 3 und Abs. 3a GWB normierten Marktmachtfaktoren eine Rolle.

Der Nachhaltigkeitsbezug kann allerdings indirekt eine Rolle spielen. Dies ist etwa der Fall, wenn Marktzutrittsschranken zu Märkten bestehen, die unmittelbar für einzelne SDG relevant sind, etwa der Markt für Abfallentsorgung oder für CO_2-Zertifikatehandel. Die Berücksichtigung dieser

[372] Holmes in: Holmes/Middelschulte/Snoep, Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability, 2021, S. 8.

[373] Vgl. Holmes in: Holmes/Middelschulte/Snoep, Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability, 2021, S. 3; Holmes, Journal of Antitrust Enforcement 2020, S. 354; Iacovides/Vrettos in: Holmes/Middelschulte/Snoep, Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability, 2021, S. 91; Iacovides/Vrettos, Journal of Antitrust Enforcement 2021, S. 32; Thomas in: Holmes/Middelschulte/Snoep, Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability, 2021, S. 105; Nowag, Competition Law's Sustainability Gap? Tools for an Examination and a Brief Overview, Lund University Legal Research Paper Series 3/2019, S. 6; Kingston, Greening EU Competition Law and Policy, 2011, Chapter 9.

[374] EuGH in ständiger Rechtsprechung, z.B. 9.11.1983, Rs. 322/81, ECLI:EU:C:1983:313, Rn. 57 - Michelin I; 6.9.2017, Rs. C-413/14 P, EU:C:2017:632, Rn. 135 - Intel.

Marktzutrittsschranken entspricht aber lediglich der Erfassung der wirtschaftlichen Verhältnisse auf dem relevanten Markt unter Anwendung der geltenden Rechtslage.

2. Option MB 1: Erfassung gewandelter Präferenzen bei der Marktabgrenzung

Im Rahmen der Marktabgrenzung können Nachhaltigkeitsaspekte schon jetzt eine Rolle spielen, wenn separate Produktmärkte für nachhaltige Produkte und Dienstleistungen definiert werden. Dies wurde etwa für fair gehandelten Kaffee im Vergleich zu konventionell gehandeltem Kaffee von der Europäischen Kommission diskutiert.[375] Damit wird lediglich eine ökonomische Realität abgebildet. Je stärker Nachhaltigkeitsaspekte die für die Marktabgrenzung relevanten Produkteigenschaften oder das Nachfrageverhalten beeinflussen, desto häufiger werden eigenständige Märkte anhand solcher Kriterien abzugrenzen sein. Die Europäische Kommission erkennt dies in der Evaluierung ihrer Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft an.[376]

Eine rechtliche Neuerung ist dies nicht, sondern lediglich eine konsequente Anwendung der bisherigen Grundsätze: Bei der Marktabgrenzung geht es um die korrekte Erfassung der tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse. Allerdings wird eine solche Abgrenzung nur dann erfolgen, wenn Wettbewerbsbehörden, Gerichte und private Kläger bei der Marktabgrenzung auf den möglichen Präferenzwandel aufmerksam werden und gezielt diese Präferenzen ermitteln. Ein derartiges Vorgehen wird auch der Erkenntnis gerecht, dass die Nachfrage immer "granularer" bedient wird.

Beispiel Bananen:

Die Präferenzen einer Vielzahl von Verbraucher*innen könnten sich so geändert haben, dass Bananen aus nachhaltiger Produktion (faire Löhne) nicht mehr als austauschbar mit Bananen aus einer Produktion angesehen werden, die diese Standards nicht einhält. Ein Anstieg im Preis bei den „fairen“ Bananen würde bei diesen Verbraucher*innen nicht zu einem Wechsel auf die nicht nachhaltigen Bananen führen.

[375] Europäische Kommission, 5.5.2015, Az. M.7292 – DEMB/Mondelez/Charger OPCO, Rn. 55, i.E. offengelassen; s. auch Seeliger/Gürer, DB 2021, Beil. 2, S. 39, 40.

[376] https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2021-07/evaluation_market-definition-notice_en.pdf, S. 8, S. 31

Folgen einer solchen Marktabgrenzung sind, dass wegen der engeren Marktdefinition schneller ein Unternehmen marktbeherrschend ist.[377] Damit wird der Marktversagenstatbestand der Monopolisierung auf dem relevanten Markt schneller adressiert. Dies gilt sowohl für den nachhaltigen als auch für den dann abzugrenzenden nicht-nachhaltigen Markt. Dies kann zu einem stärkeren Schutz des Wettbewerbs auf beiden Märkten führen, da leichter gegen missbräuchliche Verhaltensweisen vorgegangen werden kann. Dies fördert auch die Nachhaltigkeit. Auf dem nachhaltigen Markt kann die Verfestigung und Ausweitung beherrschender Stellungen verhindert und damit die Funktionsweise des Wettbewerbs geschützt werden, sodass beispielsweise Innovationsanreize erhalten bleiben, um noch nachhaltigere Produkte anzubieten.

Gesetzesänderungen sind nicht nötig. Denkbar ist jedoch eine Klarstellung, dass stets geprüft werden sollte, ob Präferenzen für nachhaltige Produkte oder Dienstleistungen bereits derart ausgeprägt sind, dass eigene Märkte entstehen. Das Vorgehen bei solchen Ermittlungen sollte transparent gemacht werden.

3. Option MB 2: Neue Marktmachtfaktoren

Die Faktoren, anhand derer Marktmacht bestimmt wird, könnten um Aspekte erweitert werden, die den Zusammenhang zwischen Machstellungen in Märkten und (fehlender) Nachhaltigkeit verdeutlichen. Der deutsche Gesetzgeber könnte durch die Aufnahme entsprechender Parameter in § 18 Abs. 3 und 3a GWB den Blick für den Zusammenhang von Marktmacht und Nachhaltigkeit schärfen. Im europäischen Recht gibt es eine ähnliche Aufzählung bedeutender Marktmachtfaktoren in Art. 2 Abs. 1 FKVO.

a) Möglichkeit zur Externalisierung

Die Externalisierung von Kosten ist, wie gesehen, ein für Nachhaltigkeitsziele besonders relevanter Marktversagenstatbestand. Die Externalisierung verhindert, dass über Marktmechanismen effiziente Ergebnisse erzielt werden. Ein Unternehmen, das von Externalisierung besonders profitieren kann, kann möglicherweise geringere Kosten ansetzen als ein Unternehmen, das auf Externalisierung verzichtet oder verzichten muss. Die weitgehende Externalisierung (oder auch nur die

[377] Kritisch Carrier, Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property, S. 513, 514

Möglichkeit hierzu) könnte als Marktmachtfaktor angesehen werden. Danach wäre beispielsweise ein Unternehmen eher als marktbeherrschend anzusehen, wenn es emittieren kann, ohne Vorkehrungen zum Umweltschutz treffen zu müssen. Eine solche Situation kann sich etwa ergeben, wenn ein Unternehmen (z.B. aus einer anderen Jurisdiktion) weniger strengen Regularien unterworfen ist als ein anderes. Dass die Externalisierung ggf. legal ist, ändert nichts an den tatsächlichen Vorteilen im Markt, um die es bei der Erfassung von Marktmacht geht. Dies würde – im Sinne eines *level playing fields* – einen Ansatzpunkt für die Erfassung von Unternehmen aus anderen Jurisdiktionen geben, die an weniger strenge Umweltvorschriften gebunden sind.[378] Diese Unternehmen würden zwar nicht an die Einhaltung der strengeren Umweltschutzvorschriften gebunden, aber es würden zumindest die Vorteile, die aus dem geringeren Schutzniveau anderer Jurisdiktionen resultieren, in die Beurteilung einfließen können.

Werden die Externalitäten illegal erzielt, sind die Effekte stärker und wettbewerblich relevanter, da Wettbewerber von der Externalisierung keinen Gebrauch machen können und die illegale Externalisierung als gesellschaftlich besonders unerwünscht angesehen wird. Insofern ist es hierfür auch unerheblich, dass der Marktversagenstatbestand bereits vom Gesetzgeber adressiert wurde, da hier die spezifisch wettbewerblichen Auswirkungen des Verstoßes in den Blick genommen werden.

Möglich wäre auch, die Internalisierung von legalen externen Effekten als Minus-Faktor heranzuziehen. Es würde gegen die Marktbeherrschung sprechen, wenn ein Unternehmen die Möglichkeit zur Externalisierung nicht wahrnimmt. Dies wäre bspw. dann der Fall, wenn ein Unternehmen die Abluft reinigen würde, obwohl auch die ungefilterte Ableitung rechtlich zulässig wäre. Damit verhält sich das Unternehmen überobligatorisch und nimmt mehr Nachteile auf sich, um die Allgemeinheit zu schützen, obwohl es nicht dazu verpflichtet ist. Dies kann zu einem wettbewerblichen Nachteil führen.

Die Berücksichtigung der (möglichen) Externalisierung hätte positive Folgen für die Nachhaltigkeitsbelange, da ein Anreiz für nachhaltiges Verhaltens gesetzt wird. Gleichzeitig werden nichtnachhaltige Unternehmen schneller der Missbrauchsaufsicht unterworfen, sodass ihr Verhalten

[378] Vgl. Käseberg, A new EU level playing field instrument: Potential goals and design, 15.1.2020, https://voxeu.org/article/new-eu-level-playing-field-instrument.

kontrolliert werden kann und ihre Marktmacht – und damit auch das Ausmaß der Externalisierung – begrenzt werden können.

Im deutschen Kartellrecht könnte ein entsprechender Marktmachtfaktor in § 18 GWB integriert werden. Die Aufzählung in § 18 GWB ist allerdings ohnehin nicht abschließend. Im europäischen Kartellrecht würde eine Anpassung der Anwendungspraxis genügen.

b) Fehlende Nachhaltigkeit als Indikator für Marktmacht?

Ein Mangel an nachhaltigem Wirtschaften könnte als Indikator für Marktmacht angesehen werden. *Iacovides*/*Vrettos* argumentieren, dass Nachhaltigkeit zunehmend zu einem Wettbewerbsfaktor geworden ist und deswegen Unternehmen bestrebt sein müssen, nachhaltig zu produzieren oder anzubieten. Unternehmen, die dennoch nicht-nachhaltiges Verhalten zeigen, können sich, so die Argumentation, unabhängig vom Wettbewerbsparameter Nachhaltigkeit verhalten. Ihr nicht-nachhaltiges Verhalten sei daher ein Indiz für ihre Marktbeherrschung.[379]

Der von *Iacovides*/*Vrettos* behauptete Zusammenhang ist allerdings nicht nachgewiesen. Dass nur Unternehmen mit Marktmacht wegen der Reaktion von Abnehmern oder Wettbewerbern derzeit nicht die SDG verletzen, liegt jedenfalls nicht auf der Hand. Damit steht die ökonomische Rechtfertigung für den Markteingriff in Frage. Solange dieser Zusammenhang nicht allgemein vermutet oder zumindest im Einzelfall belegt werden kann, fehlt es diesem Kriterium damit an einem Wettbewerbsbezug. Die Einführung würde dazu führen, dass die Kartellrechtsanwendung schlicht um Nachhaltigkeitserwägungen ergänzt wird.

Würde man dennoch eine entsprechende Vermutung einführen, wäre dies mit höherrangigem Recht kompatibel. Eine nicht-nachhaltigen Verhaltensweise würde dann die Vermutung der Marktbeherrschung auslösen, die durch das betroffene Unternehmen widerlegt werden müsste. Dazu könnte nachgewiesen werden, dass Nachhaltigkeitserwägungen noch kein bestimmender Wettbewerbsfaktor sind. Die Vermutung würde dennoch den Anreiz setzen, das eigene Verhalten

[379] Iacovides/Vrettos, Journal of Antitrust Enforcement 2021, S. 36; siehe auch OECD, Techniques and Evidentiary Issues in Proving Dominance/Monopoly Power' DAF/COMP(2006)35 (October 2008), 42-44.

nachhaltiger auszugestalten, da sonst eigenständig die Vermutung der Marktbeherrschung widerlegt werden müsste und das Unternehmen sich dem Risiko aussetzt, in den Anwendungsbereich der Missbrauchsaufsicht zu fallen.

Dies bringt erhöhte Regulierungskosten mit sich, da sowohl Behörden und Gerichte als auch Unternehmen stärker die Auswirkungen des Verhaltens auf die Nachhaltigkeitsziele ermitteln müssten.

II. Interessensabwägung und Rechtfertigung

Insbesondere im deutschen Kartellrecht liegt der Beurteilung der Missbräuchlichkeit mit dem Merkmal der „Unbilligkeit" eine umfassende Interessensabwägung zu Grunde. Dieses bietet ein Einfallstor für die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitszielen und den Ausschluss nicht-schutzwürdiger Interessen.

1. Rechtslage

Im deutschen Recht fußt die Feststellung der Unbilligkeit auf einer umfassenden Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB.[380] Dies ist seit langem ständige Praxis der Rechtsprechung und des Bundeskartellamts zu den Missbrauchstatbeständen des GWB.[381] Anhand der Abwägung wird über das Verhalten der marktbeherrschenden Unternehmen ein Werturteil gefällt. Die Interessensabwägung muss sich am Zweck der Vorschriften orientieren und setzt deswegen ein wettbewerbsschädliches Verhalten voraus.

Im europäischen Recht würdigt der EuGH die Gesamtumstände des Einzelfalls und insbesondere die Auswirkungen der Verhaltensweisen auf den Wettbewerb und die Verbraucher.[382] Der EuGH

[380] Ständige Rechtsprechung, statt aller: BGH, 23.1.2018, Az. KZR 48/15, NZKart 2018, 191, 193 – Jaguar-Vertragswerkstatt II; BGH, 23.1.2018, Az. KVR 3/17, NZKart 2018, 136, 137 – Hochzeitsrabatte; BGH, 24.1.2017, Az. KZR 2/15, NZKart 2017, 198, 200 – Kabelkanalanlagen.

[381] Vgl. BGH, 9.11.1982, Az. KVR 9/81, NJW 1984, 1116 – Gemeinsamer Anzeigenteil; Bechtold/Bosch, GWB, 2021, § 19 GWB Rn. 77 ff.; Fuchs in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2, 2020, § 19 GWB Rn. 33 ff.; Loewenheim in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, 2020, § 19 GWB Rn. 18 ff.

[382] EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Rz. 91 – Hoffmann-La Roche. Siehe auch Fuchs in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1, 2019, Art. 102 AEUV Rn. 125 ff., 201.

ermöglicht die Rechtfertigung prima facie missbräuchlichen Verhaltens bei objektiver Notwendigkeit des Verhaltens[383], berechtigten wirtschaftlichen Interessen[384] und bei Effizienzgewinnen.[385] Die Europäische Kommission führt in ihren Entscheidungen an, dass eine Rechtfertigung möglich ist, wenn die Verhaltensweise erforderlich ist, um Effizienzen erzeugen zu können, die die negativen Auswirkungen der Verhaltensweise aufwiegen[386] und den effektiven Wettbewerb nicht ausschalten.[387]

Bisher ist nicht ersichtlich, dass die Gerichte oder Kartellbehörden auf Stufe der Abwägung oder Rechtfertigung Nachhaltigkeitsbelange im Sinne der SDG eingestellt haben. Nach der aktuellen Praxis wäre dies aber denkbar, soweit positive Nachhaltigkeitsaspekte (z.B. geringere Treibhausgas-Emissionen) als Effizienzen oder als legitimes Ziel im Rahmen einer wettbewerblichen Prüfung angesehen werden können.[388] Insoweit ist auf die Diskussion zu Art. 101 Abs. 3 AEUV zu verweisen.

2. Option MB 3: Nachhaltigkeit als Faktor für Abwägung und Rechtfertigung

Nachhaltigkeitsbelange könnten künftig in der Abwägung bzw. als Rechtfertigung eine größere Rolle spielen.

Holmes nennt folgende Beispiele, in denen nach seiner Auffassung Nachhaltigkeitserwägungen zur Rechtfertigung missbräuchlichen Verhaltens führen können:[389]

- Ein Unternehmen verlangt im Vergleich sehr hohe Preise, die sich aber dadurch erklären lassen, dass diese die Auswirkungen auf die Umwelt einpreisen.

---

[383] EuGH, 29.4.2004, Rs. C-418/01, ECLI:EU:C:2004:257, Rz. 51 – IMS Health.
[384] EuGH, 14.2.1978, Rs. 27/76, ECLI:EU:C:1978:22, Rz. 189 f. – United Brands.
[385] EuGH, 15.3.2007, Rs. C-95/04 P, ECLI:EU:C:2007:166, Rz. 69 – British Airways/Kommission.
[386] Europäische Kommission, 13.5.2009, Az. COMP/C-3/37.990, Rz. 925, 1624 – Intel; Europäische Kommission, 22.6.2011, Az. COMP/39.525, Rz. 873 – Telekomunikacja Polska; Europäische Kommission, 20.9.2016, Az. AT.39759, Rz. 114 – ARA Foreclosure.
[387] Europäische Kommission, 24.1.2018, Az. AT.40220, Rz. 387 – Qualcomm (Exclusivity payments), Europäische Kommission, 18.7.2018, Az. AT.40099, Rz. 736 – Google Android.
[388] Vgl. Holmes, Climate Change, Sustainability and Competition Law, 2020, S. 37; Nowag, Competition Law's Sustainability Gap? Tools for an Examination and a Brief Overview, Lund University Legal Research Paper Series 3/2019, S. 6; Thomas in: Holmes/Middelschulte/Snoep, Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability, 2021, 111.
[389] Holmes, Climate Change, Sustainability and Competition Law, 2020, 37 f., mit weitergehenden Beispielen Iacovides/Mauboussin, Sustainability Considerations in the Application of Article 102 TFEU: State of the Art and Proposals for a More Sustainable Competition Law, 2023, 15 ff.

- Ein Unternehmen verlangt höhere Preise von Abnehmern, die das Produkt in umweltschädlicher Weise verwenden.[390]
- Ein Unternehmen koppelt die Abnahme eines Produktes an die Abnahme eines umweltfreundlichen Produkts.
- Ein Unternehmen verweigert die Lieferung von Waren oder den Zugang zu einer Einrichtung, da die Abnehmer sie in einer umweltschädigenden Weise verwenden möchten.

Umgekehrt müsste man erschwerend für das marktmächtige Unternehmen in die Betrachtung einstellen, wenn dieses gerade solche Unternehmen diskriminiert, die in umweltschonender Weise produzieren. Wenn sich missbräuchliche Verhaltensweisen gerade gegen solche Unternehmen richten, die sich um ökologische oder soziale Nachhaltigkeit bemühen, wäre auch dies erschwerend zu würdigen.

Noch weitergehend könnte der Kreis derjenigen, deren Interessen für Abwägung oder Rechtfertigung berücksichtigt werden, erweitert werden. Bisher ist dieser Kreis auf die Marktteilnehmer begrenzt.[391] Würde man indirekt Betroffene oder die Allgemeinheit einbeziehen, könnten weitere Nachhaltigkeitsbelange berücksichtigt werden. So könnten bei negativen externen Effekten von Verhaltensweisen nicht nur die Interessen der Wettbewerber, welche die negativen Folgen nicht selbst tragen müssen, berücksichtigt werden, sondern auch die Interessen der betroffenen Gruppen (beispielsweise der Bananen-Arbeiter in Ecuador) oder die der Allgemeinheit (beispielsweise bei ökologischen Schäden).

Aus Sicht von *Holmes* ist im europäischen Recht für entsprechende Rechtfertigungen wegen Art. 3 EUV und Art. 11 AEUV Raum. Parallel ließe sich für das deutsche Recht mit Art. 20a GG oder Grundrechten argumentieren. Die Bedeutung des Verfassungsrechts für die Abwägung in Missbrauchsfällen hat der BGH eindeutig klargestellt.[392]

Aus dogmatischer Sicht des Wettbewerbsrechts kann jedoch auch in ähnlicher Weise differenziert werden wie schon bei der Anerkennung von Effizienzen im Rahmen von

[390] Vgl. hierzu weiterführend Picht, Concurrences N°1 2023, 48.
[391] Loewenheim in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, 2020, § 19 GWB Rn. 19.
[392] BGH, 23.6.2020, Az. KVR 69/19, GRUR 2020, 1318, 1328 – Facebook; BGH, 7.6.2016, Az. KZR 6/15, NJW 2016, 2266, 2271 – Pechstein.

Art. 101 Abs. 3 AEUV: Ist nach klassischer Lehre ein eindeutiger Wettbewerbsbezug der anzuerkennenden Interessen herzustellen, sind diese ohnehin zu berücksichtigen. Sie wären zu berücksichtigen, wenn man nach einem erweiterten Verständnis Wettbewerb als nachhaltigen Wettbewerb definiert. Dann ergibt sich auch kein Zielkonflikt zu bereits anderweitig ergriffenen gesetzgeberischen Maßnahmen, da der Wettbewerb gerade auch als Mittel zur Erreichung derer angesehen werden kann. Problematischer ist dies, wenn der Gesetzgeber noch keine Maßnahmen ergriffen hat. Dann würde das Konzept des nachhaltigen Wettbewerbs herangezogen, um weitergehende Nachhaltigkeitsziele zu erreichen.

Schließt man sich einem solchen erweiterten Verständnis nicht an, wären die Interessen außerwettbewerblich. Ihre Berücksichtigung ist dann nur denkbar, wenn das Kartellrecht dafür geöffnet wird. In diesem Fall würde sich wiederum die Frage stellen, warum gerade das Kartellrecht zur Durchsetzung dieser Ziele herangezogen werden sollte.

An dieser Art der Eingruppierung entscheidet sich auch der gesetzgeberische Handlungsbedarf, wenn man Nachhaltigkeit als Faktor in der Interessenabwägung oder Rechtfertigung stärken will. Eindeutig wäre nur eine entsprechende Klarstellung im Missbrauchsrecht. Im Übrigen müsste auf Richterrecht vertraut werden, was wiederum einen geeigneten Fall voraussetzen würde. Eine Anpassung allein im deutschen Recht wäre mit Blick auf Art. 3 Abs. 3 S. 2 VO (EG) 1/2003 mit höherrangigem Recht kompatibel.

III. Missbrauch durch Rechtsbruch

Unternehmen, die sich nicht rechtstreu verhalten, können dadurch Vorteile im Wettbewerb erringen. Dies kann lauterkeitsrechtlich und möglicherweise auch kartellrechtlich relevant sein.

1. Rechtslage im UWG

Im deutschen Lauterkeitsrecht ist der Fall des "Vorsprungs durch Rechtsbruch" seit Langem etabliert und in § 3a UWG normiert.[393] Wenn Unternehmen, auch solche unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle, durch eine geschäftliche Handlung eine Marktverhaltensregelung verletzen, liegt ein abmahnfähiger Verstoß gegen das UWG vor. Eine Marktverhaltensregelung liegt vor,

[393] Ohly in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 3a UWG Rn. 1 ff.

wenn die gesetzliche Vorschrift auch dazu dient, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. So werden Gesetzesverstöße außerhalb des UWG in das als effizient geltende Durchsetzungsregime des UWG hineingezogen. Erforderlich ist aber, dass die verletzte Norm zumindest sekundär auch den Wettbewerbsschutz anstrebt.[394] Nur dann ist der Verstoß auch wettbewerbsrechtlich unlauter.

Der Kreis der Vorschriften, die als Marktverhaltensregeln im UWG gelten, ist unüberschaubar und unterliegt steter richterrechtlicher Dynamik. Einige der Vorschriften, die mit dem Hebel des § 3a UWG durchgesetzt werden, sind auch Nachhaltigkeitsthemen verpflichtet, z.B. wenn Vorschriften über Öko- und Bio-Kennzeichen, Energieverbrauchskennzeichnungen, aus dem Pflanzenschutzrecht oder dem Verpackungsgesetz über § 3a UWG geschützt werden.[395]

Umweltschutzvorschriften werden dennoch traditionell nicht zu den Marktverhaltensregeln gezählt, sie sollen über die spezifischen Sanktionsmechanismen des Umweltrechts durchgesetzt werden und dienten – so heißt es – nicht der Regelung des Marktverhaltens.[396] Vorschriften zu Produktionsmodalitäten seien dem Marktverhalten vorgelagert. Diese Interpretation versteht das UWG als Gesetz, das lediglich Endverbrauchermärkte betrifft. Der BGH hielt in der bis heute leitenden Entscheidung *Abgasemission* 2000 (zur damaligen vergleichbaren Rechtslage) fest:

> "Im Hinblick auf die Zielsetzung des § 1 UWG, die Lauterkeit des Wettbewerbs zu schützen, ist der darin enthaltene Begriff der Sittenwidrigkeit wettbewerbsbezogen auszulegen. Demgemäß ist ein Marktverhalten grundsätzlich nicht schon dann wettbewerbsrechtlich unlauter, wenn es Vorteile aus einem Verstoß gegen ein Gesetz ausnutzt, das – selbst wenn es wertbezogen ist – keinen auch nur sekundären Marktbezug aufweist. Dies gilt auch bei einem Verstoß gegen die Immissionsschutzvorschriften der 13. BImSchV, die nicht dazu bestimmt sind, die Gegebenheiten auf bestimmten Produktmärkten festzulegen und so gleiche rechtliche Voraussetzungen für die auf diesem Markt tätigen Wettbewerber zu schaffen, und denen daher keine, auch keine sekundäre Schutzfunktion zugunsten der Mitbewerber zukommt."[397]

[394] Jagow in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2022, § 3a UWG Rn. 22.
[395] Vgl. Jagow in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2022, § 3a UWG Rn. 90g, 95, 100, 126.
[396] Vgl. Jagow in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2022, § 3a UWG Rn. 34. Umfassend zur früheren Rechtslage Ziegler, Der Vorsprung durch Rechtsbruch von Umweltschutzvorschriften, 1998.
[397] BGH, 11.5.2000, Az. I ZR 28/98, NJW 2000, 3351, 2. Leitsatz – Abgasemission.

Ob diese Entscheidung heute genauso getroffen würde, sei dahingestellt. Allerdings ist anzuerkennen, dass die Kontrolle von "Produktionsmodalitäten" durch ein deutsches Gericht in einem UWG-Verfahren schwierig wäre. Sollte über § 3a UWG durchgesetzt werden, dass ein Unternehmen in Ecuador nicht den Mindestlohn für die Bananen-Ernte zahlt und dadurch in Deutschland einen Vorsprung im Wettbewerb hat?

Im Lauterkeitsrecht besteht jedenfalls ein großes Potenzial, das teilweise auch schon genutzt wird, um die wettbewerblichen Vorteile, die aus einem Rechtsbruch erwachsen, zu unterbinden. Es kommt damit zu einer Verknüpfung von Wettbewerb und Nachhaltigkeit. Die Nachhaltigkeitsthemen werden als wettbewerbsrelevant anerkannt und in einem auf Wettbewerbsschutz ausgerichteten Durchsetzungssystem verfolgt. Das hat den Vorteil, dass die Marktwirkungen sichtbar werden und eine wettbewerbliche Betrachtung eingebracht werden kann.

Das Lauterkeitsrecht kennt derzeit allerdings fast ausschließlich die private Rechtsdurchsetzung, keine behördliche Rechtsdurchsetzung.[398] Diese ist, gerade bei einem Leitentscheid wie *Abgasemission*, mit der Durchsetzung von Nachhaltigkeitsstandards über diesen Hebel tendenziell zurückhaltend. Eine behördliche Rechtsdurchsetzung durch eine Behörde wie das Bundeskartellamt könnte hier aktiver vorgehen.

Allerdings darf auch nicht übersehen werden, dass die Mechanik des UWG letztlich vor Schäden im Wettbewerb schützen soll und nicht ein allgemeines Durchsetzungsinstrument für solche Vorschriften sein soll, die nicht schlagkräftig im jeweils eigenen Rechtsbereich durchgesetzt werden.

2. Rechtslage im Kartellrecht

Im deutschen Kartellrecht gibt es bloß in einigen Fällen Ansätze für eine Fallgruppe des wettbewerblichen Vorsprungs durch die Verletzung außerwettbewerblicher Normen im Rahmen von § 19 GWB. Das bedeutendste Beispiel aus jüngerer Zeit ist der (noch gerichtlich anhängige) Fall *Facebook*.[399] Diese Fallgruppe ließe sich ausbauen und auf Nachhaltigkeitsziele anwenden.

[398] Zu Optionen dafür vgl. Podszun/Busch/Henning-Bodewig, GRUR 2018, 1004; Podszun in: Brönneke/Willburger/Bietz, Verbraucherrechtsvollzug, 2020, S. 263.
[399] BGH, 23.6.2020, Az. KVR 69/19, GRUR 2020, 1318 – Facebook

Der Rechtsbruch durch ein marktbeherrschendes Unternehmen kann sowohl einen Behinderungsmissbrauch als auch einen Ausbeutungsmissbrauch darstellen.[400] Im deutschen Recht ist vor allem der Ausbeutungsmissbrauch relevant.[401] Die Ahndung im Rahmen des Missbrauchsrechts wird damit begründet, dass das marktbeherrschende Unternehmen das „level playing field" verlässt, indem es sich nicht an Vorschriften hält.[402] Es verlässt das durch den gesetzlichen Rahmen gesteckte Spielfeld und erlangt damit Vorteile gegenüber Konkurrenten.[403] Bei marktbeherrschenden Unternehmen kann der Verstoß gegen eine Rechtsnorm aufgrund der Marktmacht besonders schwerwiegend sein.[404] Dies ist allerdings nicht zwingend.

Ein einfacher Rechtsbruch durch ein marktbeherrschendes Unternehmen kann nicht automatisch auch einen Missbrauchstatbestand verwirklichen. Dann würde das Kartellrecht zum Durchsetzungsinstrument für alle möglichen Rechtsverstöße marktbeherrschender Unternehmen. Diese Gefahr wurde bereits für das Lauterkeitsrecht benannt. Aus der Wettbewerbslogik heraus bedarf es zusätzlicher Kriterien zur Eingrenzung der Fälle, die einen Missbrauch von Marktmacht darstellen. Entscheidend ist dafür der Wettbewerbsbezug. Im deutschen Kartellrecht wird die Eingrenzung vor allem über das Kriterium der Marktmacht hergestellt. Es ist danach zu fragen, ob der Gesetzesverstoß gerade durch ein marktbeherrschendes Unternehmen besonders gravierende Auswirkungen hat und so zu einer weiteren Schädigung des Wettbewerbs führt.[405] Wenn der Rechtsverstoß in einem Wettbewerbsvorsprung resultiert, der die marktbeherrschende Stellung absichert und so den Wettbewerb auf dem betroffenen Markt weiter schädigt, ist ein ausreichender Wettbewerbsbezug gegeben. Der Verstoß muss allerdings nicht unmittelbar Ausfluss der Marktmacht sein. Aufgrund des weiten Kausalitätsverständnisses muss die Verhaltensweise nicht erst deswegen möglich gewesen sein, weil das Unternehmen marktbeherrschend ist. Gleich-

[400] Wolf in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 2, 2020, § 19 GWB Rn. 35d.
[401] BGH, 6.11.2013, Az. KZR 61/11, BeckRS 2013, 20508 – VBL Gegenwert I; BGH, 20.1.2017, Az. KZR 47/14, NZKart 2017, 242 – VBL Gegenwert II.
[402] Wolf in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 2, 2020, § 19 GWB Rn. 35d.
[403] Körber, NZKart 2016, 348, 352 ff.; Wolf in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 2, 2020, § 19 GWB Rn. 35d.
[404] Wolf in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 2, 2020, § 19 GWB Rn. 35e.
[405] Vgl. Lettl, WuW 2016, 214 ff.; weitergehend Glöckner, GRUR 2008, 960, 965; Sack, WRP 2004, 1307, 1315 f.; Sack, WRP 2005, 531, 539.

wohl bleibt die Schlüsselfrage derartiger Fälle, ob ein ausreichender Wettbewerbsschaden nachgewiesen werden kann. Dass die Hürde im UWG geringer ist, liegt auch daran, dass die Sanktionen des UWG milder ausfallen als die des Kartellrechts.

Über den Wettbewerbsbezug hinaus werden weitere Voraussetzungen diskutiert: Gefordert wird, es müsse sich um zwingende Rechtsnormen handeln.[406] Umstritten ist, ob der Verstoß im Ausland stattfinden darf (als Verstoß gegen Normen anderer Staaten). Mit Blick auf das Auswirkungsprinzip, § 185 Abs. 2 GWB, wird dies aber für möglich gehalten.[407]

***Facebook*: Verstoß gegen außerwettbewerbliche Vorschriften im Missbrauchsrecht**

Im Verfahren *Facebook* hat das Bundeskartellamt den Verstoß gegen eine außerwettbewerbliche Norm (hier die DSGVO) als Maßstab herangezogen, um einen Ausbeutungsmissbrauch zu konturieren.[408] Das OLG Düsseldorf hat diesen Ansatz verworfen.[409] Der BGH hat in einer Eilentscheidung den sehr direkten Bezug des BKartA zur Verletzung der DSGVO abgeschwächt.[410]

Für den Kartellsenat des BGH ergab sich der Verstoß nicht unmittelbar aus einer DSGVO-Verletzung. Im Rahmen der Abwägung zur Missbräuchlichkeit zog der Senat aber die DSGVO-Verletzung und den Verstoß gegen das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung heran. Die außerwettbewerblichen Gemeinwohlinteresse wurden so zu einem mitentscheidenden Kriterium für den Verstoß gegen § 19 GWB.[411]

Eine Fallgruppe des Verstoßes gegen Rechtsnormen öffnet eine neue Perspektive für die Diskussion um die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitserwägungen. Kartellrecht würde damit eingesetzt, um die nachhaltigkeitsschädlichen Verhaltensweisen von Unternehmen zu stoppen. Wesentlich ist dabei aber, dass nicht der Verstoß gegen die außerwettbewerbliche Norm als solches,

[406] Wolf in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 2, 2020, § 19 GWB Rn. 35f.
[407] Wolf in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 2, 2020, § 19 GWB Rn. 35f.
[408] BKartA, 6.2.2019, Az. B6-22/16, Rz. 573 ff. – Facebook.
[409] OLG Düsseldorf, 24.3.2021, Az. Kart 2/19 (V), NZKart 2021, 306 – Facebook.
[410] BGH, 23.6.2020, Az. KVR 69/19, GRUR 2020, 1318, 1323 – Facebook
[411] BGH, 23.6.2020, Az. KVR 69/19, GRUR 2020, 1318, 1328 – Facebook

sondern erst der Bezug zum Wettbewerb das Kartellrecht (oder Lauterkeitsrecht) eröffnet. Zwischen Wettbewerbs- und Nachhaltigkeitsschutz kommt es dann zu einem Gleichlauf, der das Instrumentarium zur Rechtsdurchsetzung von Nachhaltigkeitszielen faktisch erweitert.

3. Option MB 4: Rechtsbruch und Nachhaltigkeitsziele

Der Vorsprung durch Rechtsbruch könnte im UWG oder im Kartellrecht erweitert werden. Will man dazu nicht auf eine sich zaghaft entwickelnde Fallpraxis vertrauen, müsste eine Klarstellung in Gesetz oder Leitlinien vorgenommen werden, dass der Verstoß gegen Nachhaltigkeitsvorschriften auch mit den Mitteln des Wettbewerbsrechts verfolgt werden kann, wenn ein ausreichender Wettbewerbsbezug vorliegt.

Beispiel: Ein marktbeherrschendes Unternehmen verstößt gegen Umweltschutzbestimmungen und spart deswegen Produktionskosten. In der Folge kann es Produkte günstiger anbieten und den eigenen Marktanteil gegenüber den rechtstreuen Wettbewerbern ausbauen.

Der Vorteil dieser Fallgruppe liegt darin, dass Nachhaltigkeitserwägungen im Rahmen einer wettbewerblichen Missbrauchsprüfung berücksichtigt werden können, ohne dass das wettbewerbliche Prüfsystem komplett aus den Angeln gehoben wird. Die bislang in Fällen wie *Facebook* entwickelten Grundsätze können ausgebaut und übertragen werden.

Das europäische Recht steht wegen Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO (EG) 1/2003 nicht im Weg.

Mit der Entscheidung in der Sache *AstraZeneca* finden sich Ansätze für eine Übertragung in das europäische Recht.[412] In der Entscheidung, bestätigt durch die europäischen Gerichte, sah die Europäische Kommission einen Missbrauch darin, dass das Pharmaunternehmen durch rechtswidrige irreführende Angaben gegenüber Patentämtern ergänzende Schutzzertifikate erlangte.

Die Fallgruppe bietet einen rechtssicheren Ansatz, um dem zuvor identifizierten Marktversagenstatbestand der fehlenden Internalisierung externer Effekte zu begegnen. Es ist schwerer zu rechtfertigen, jegliche Externalisierung zu unterbinden, wenn diese nicht gesetzlich verboten ist. Wenn aber die Externalisierung gerade über den Verstoß gegen Rechtsnormen erfolgt, liegt dem

[412] EuGH, 6.12.2012, Rs. C-457/10 P, ECLI:EU:C:2012:770 – AstraZeneca. Vgl. Podszun, Common Market Law Review 2014, S. 281.

die klare Wertung zu Grunde, dass diese Externalisierung nicht zu erfolgen hat und damit nicht schutzwürdig ist. Das marktbeherrschende Unternehmen kann sich gerade nicht auf seine unternehmerische Freiheit berufen. Gleichzeitig geben die Rechtsnormen einen Maßstab vor, der ansonsten von den Wettbewerbsbehörden oder Gerichten entwickelt werden müsste. Für Vertreter*innen des Ansatzes, dass Wettbewerb als nachhaltiger Wettbewerb definiert werden muss, bietet diese Fallgruppe einen herausragenden Ansatzpunkt.

Gleichzeitig verbleiben Herausforderungen. Es stellt sich die Frage, ob die Wettbewerbsbehörden selbst eine Prüfungskompetenz hinsichtlich umweltschützender Vorschriften haben. Teilweise wird dies bejaht und bei Gerichten ohnehin vorausgesetzt.[413] Die UWG-Gerichte prüfen selbstständig den Verstoß gegen die Marktverhaltensregelung im Rahmen eines § 3a-Verfahrens. Dennoch scheint es ratsam, ein Verfahren zu entwickeln, damit der Verstoß gegen eine andere Norm geprüft werden kann. Die Prüfung fremder Rechtsmaterien durch die Wettbewerbsbehörden sowie durch die betroffenen Unternehmen führt zu einem Anstieg der Regulierungskosten.

Das Konzept wird von "Puristen" des Wettbewerbsschutzes kritisch betrachtet, da das kartellrechtliche Instrumentarium ausgreift, um außerwettbewerbliche Themen zu adressieren. Dieser Einwand ist nicht von der Hand zu weisen. Entscheidend bleibt daher das Herausarbeiten der wettbewerblichen Wirkungen im Einzelfall. Insofern wird das Kartellrecht gerade eingesetzt, um die wettbewerblichen Wirkungen des Rechtsverstoßes aufzufangen. Der Gesetzgeber hat mit der Rechtsnorm, gegen die verstoßen wird, bereits eine Maßnahme gegen das Verhalten getroffen und evtl. auch ein Sanktionsregime geschaffen. Das Kartellrecht erschöpft sich aber nicht darin, diesen Verstoß zu ahnden, sondern geht darüber hinaus und greift die besondere Bedeutung und wettbewerblichen Auswirkungen des Verstoßes heraus.

Den "Puristen" ist auch zu entgegnen, dass Wettbewerbsschutz nicht in einem normativen Vakuum stattfindet. Die angestrebte "Reinhaltung" des Kartellrechts wird der rechtlichen Verankerung anderer Schutzziele im europäischen und nationalen Recht nicht gerecht. Zudem besteht die Gefahr, dass ggf. an anderer Stelle und ohne Wettbewerbsorientierung erhebliche neue Vorgaben für unternehmerisches Handeln gemacht werden.

[413] Wolf in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 2, 2020, § 19 GWB Rn. 35f.

IV. Ausbeutungsmissbrauch

Der Ausbeutungsmissbrauch (vgl. Art. 102 lit. a) AEUV, § 19 Abs. 2 Nr. 2 und 5 GWB) erfasst Fälle, in denen der Marktbeherrscher der Marktgegenseite unangemessen hohe Preise oder unangemessen ungünstige Geschäftsbedingungen abverlangt.

1. Rechtslage

Das Kartellrecht unterwirft mit dem Institut des Ausbeutungsmissbrauchs marktbeherrschende Unternehmen einer Preis- und Konditionenkontrolle. Maßstab für diese Kontrolle ist der Zustand bei wirksamem Wettbewerb (siehe § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB). Es ergeben sich erhebliche Schwierigkeiten bei der Bestimmung dieses Zustands.[414]

Der Ausbeutungsmissbrauch schützt die vor- und nachgelagerten Wirtschaftsstufen.[415] Ausbeutung meint deswegen gerade nicht die unmittelbare Ausbeutung natürlicher Ressourcen. Allerdings ist auch die Ausbeutung der Marktgegenseite für sich genommen nicht nachhaltig; eine Geschäftsbeziehung, die auf Ausbeutung fußt, ist keine faire und stabile Geschäftsbeziehung, sondern benachteiligt einseitig.

2. Option MB 5: Nicht-nachhaltiges Verhaltens als Ausbeutung

Jede Form der Ausbeutung ist per se nicht nachhaltig. Eine stärkere Durchsetzung des Ausbeutungsmissbrauchs ist grundsätzlich nachhaltigkeitsfreundlich. So schlägt *Holmes* vor, zu geringe Einkaufpreise als missbräuchlich anzusehen, wenn diese nicht zumindest die Kosten der Produktion beinhalten oder es dem Verkäufer nicht ermöglichen einen Gewinn zu erwirtschaften.[416] Als Beispiel hierfür kann ein Unternehmen dienen, das Bananen nur zu so geringen Preisen abnimmt, dass den Produzierenden kein angemessener Lohn bezahlt werden kann und diese damit ihren Lebensunterhalt nicht bestreiten können. Die von *Holmes* thematisierte Art des Ausbeutungsmissbrauchs betrifft vor allem die soziale und die ökonomische Dimension der Nachhaltigkeit. Normativ begründet er diese für sein Beispiel mit Art. 39 AEUV, nach dessen Wortlaut die angemessene Lebenshaltung der in der Landwirtschaft tätigen Personen Ziel der europäischen Agrarpolitik

[414] Fuchs in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1, 2019, Art. 102 AEUV Rn 170 ff.
[415] Fuchs in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1, 2019, Art. 102 AEUV Rn 168 ff.
[416] Holmes, Climate Change, Sustainability and Competition Law, 2020, S. 34.

ist. Dies kann aber auch auf andere Nachhaltigkeitsziele übertragen werden. So wäre es mit ähnlicher Argumentation als missbräuchlich anzusehen, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen seinen Zulieferern nur so geringe Preise zahlt, dass es diesen nicht möglich ist, die eigenen externen Effekte zu internalisieren oder ganz zu vermeiden. Hier könnte ein Parallele zum Missbrauch durch Rechtsbruch gezogen werden, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen zwar nicht selbst den Rechtsbruch begeht, aber Konditionen verlangt, die die Marktgegenseite nur unter Bruch von Umweltschutzvorschriften erbringen kann. Maßstab für die Missbräuchlichkeit der Konditionen wäre deren Rechtswidrigkeit nach anderen Vorschriften.[417]

Der Ausbeutungsmissbrauch begegnet einem klassischen Marktversagenstatbestand, da er aufgrund von Monopolisierung verzerrte Marktergebnisse korrigiert. Er nimmt, trotz seiner Verankerung im Wortlaut von Art. 102 AEUV und der hervorgehobenen Bedeutung in der Entstehungsgeschichte der Norm, in der Praxis eine untergeordnete Rolle ein. In den (wenigen) Entscheidungen stehen oft missbräuchlich überhöhte Preise im Mittelpunkt. Auf den ersten Blick wäre es ein Bruch, Sachverhalte unter den Tatbestand zu subsumieren, in denen Unternehmen zu geringe Preise zahlen. Allerdings ist dies nur eine scheinbare Umkehr. In den hier geschilderten Konstellationen ist das marktbeherrschende Unternehmen Abnehmer, während es in den „klassischen" Sachverhalten Lieferant ist. Die missbräuchlichen Geschäftsbedingungen können sich in der Position als Abnehmer gerade in einem zu niedrigen Preis zeigen. Aus der bisherigen Praxis ergibt sich auch keine Einschränkung der Anwendung nur auf Lieferanten. Vielmehr darf es keinen Unterschied machen, in welcher Rolle sich das marktbeherrschende Unternehmen befindet. Dies wird auch im Wortlaut von Art. 102 AEUV deutlich. Dort ist in lit. a) ausdrücklich die Rede von „unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen". Eine Gesetzesänderung wäre folglich nicht nötig.

Dieser Vorschlag adressiert eines der Grundanliegen des Kartellrechts: Die Machtkonzentration bei einzelnen Unternehmen und deren Auswirkungen werden direkt bekämpft. Daran zeigt sich besonders deutlich, dass Wettbewerbs- und Nachhaltigkeitsschutz Hand in Hand gehen können und nicht als Wiedersprüche wahrgenommen werden müssen. Insofern stellt sich hier auch nicht das Problem, dass das Kartellrecht zur Durchsetzung anderer Schutzzwecke herangezogen wird.

[417] So auch die Argumentation des Bundeskartellamts im Fall Facebook, 6.9.2019, Az. B6-22/16, Rz. 525 ff.

Es kann sein, dass in dieser Konstellation de facto auch Umwelt- oder Arbeitsschutzvorschriften durchgesetzt werden. Allerdings kommt es nicht darauf an, ob der Gesetzgeber hier schon Maßnahmen ergriffen hat oder nicht. Die Missbräuchlichkeit leitet sich nämlich aus der Machtkonzentration beim marktbeherrschenden Unternehmen ab und nicht aus dem Verstoß gegen andere Vorschriften.

Gleichzeitig stellen sich ähnliche Probleme wie in den herkömmlichen Konstellationen des Ausbeutungsmissbrauchs. Wettbewerbsbehörden und Gerichte müssen in ihren Entscheidungen bestimmen, was ein angemessener Preis ist. Dies ist grundsätzlich problematisch, da der Preis und die Geschäftsbedingungen entsprechend der wirtschaftlichen Grundentscheidungen eigentlich im Wettbewerb auf dem Markt gefunden werden sollten. Nach der bisherigen Praxis ist deswegen der Preis angemessen, der unter gewöhnlichen Wettbewerbsbedingungen entstanden wäre. Diesen zu ermitteln, setzt aber die Anmaßung voraus, das Ergebnis des Wettbewerbs vorhersagen zu können. Eine Behelfslösung ist der Vergleich mit ähnlichen Märkten, auf denen Wettbewerb ohne die verzerrende Anwesenheit von marktbeherrschenden Unternehmen gegeben ist. Der Vorschlag von *Holmes* weicht hiervon ab und setzt als Maßstab einen Preis, der zumindest die Kosten der Produktion beinhaltet und es dem Verkäufer ermöglicht einen Gewinn zu erwirtschaften. Dieser kann im Einzelfall leichter zu ermitteln sein, da keine Wettbewerbsbedingungen simuliert werden müssen. Fraglich bleibt, ob sich der so ermittelte Preis mit dem „Wettbewerbspreis" deckt. Der EuGH hat mit dem Konzept der Kosten-Preis-Analyse ein ähnliches Konzept in der Entscheidung *United Brands* bereits anerkannt.[418]

3. Option MB 6: Ausbeutung von öffentlichen Gütern

Ein neuer Ansatz ist die Ausweitung des Ausbeutungsmissbrauchs auf die Ausbeutung von öffentlichen Gütern.[419]

Nach der allgemeinen Definition des Ausbeutungsmissbrauchs führt das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens zur unangemessenen Schädigung der Marktgegenseite, die sich mangels Wettbewerbs nicht wehren kann. So wie in anderen Fällen, etwa bei Art. 101 Abs. 3

[418] EuGH, 14.2.1978, Rs. 27/76, ECLI:EU:C:1978:22, Rz. 241 ff. - *United Brands*.
[419] Siehe zum ähnlichen Konzept eines Externalisierungsverbots Friedrich-Ebert-Stiftung, Nachhaltigkeit im Wettbewerb verankern, 2015.

AEUV, darüber diskutiert wird, out-of-market-efficiencies anzuerkennen, also die Betrachtung über die unmittelbar betroffenen Marktakteure auszudehnen, ließe sich auch im Missbrauchsrecht der Blick erweitern. Wenn öffentliche Güter, also solche, die der Allgemeinheit zugewiesen sind, ausgebeutet werden, könnte dies möglicherweise auch ein kartellrechtliches Problem darstellen. Als Beispiel kann das marktbeherrschende Unternehmen dienen, das umweltschädlich produziert. Die Nachteile treffen nicht direkt die Abnehmer oder Geschäftspartner des Unternehmens. Die Verschmutzung geht zu Lasten des öffentlichen Gutes (Umwelt, Luftqualität) und damit zu Lasten der Allgemeinheit.[420]

Die Anerkennung eines Ausbeutungsmissbrauchs in diesem Fall wäre eine fundamentale Erweiterung des bestehenden Verständnisses. Es lässt sich jedoch mit einem erweiterten Wettbewerbsverständnis begründen, wenn man ein solches anerkennen will. Im Mittelpunkt steht die Frage, ob nicht nur die Marktgegenseite vor Ausbeutung geschützt werden soll, sondern auch die Allgemeinheit. Legt man die ökonomischen Wettbewerbsfunktionen zu Grunde, so soll der Wettbewerb zu einer effizienten Ressourcenallokation führen. Es sollen die Marktteilnehmer die knappen Ressourcen nutzen dürfen, die dies besonders effizient können. Dieses Prinzip gerät bei öffentlichen Gütern an seine Grenzen. Die negativen externen Effekte können dem Unternehmen nicht zugewiesen werden und deswegen fehlt es an dem wettbewerblichen Anreiz mit diesen besonders effizient umzugehen. Dass bei öffentlichen Gütern ein Marktversagen droht, ist hinlänglich anerkannt. Der hier vorgestellte Ansatz könnte dieses Defizit, das durch den Wettbewerb der Unternehmen verschärft wird, ausgleichen. Die Missbrauchsaufsicht wäre das Instrument, das zumindest marktbeherrschenden Unternehmen die jeweiligen negativen externen Effekte zuweisen kann und damit Wettbewerbsbedingungen auch bei öffentlichen Gütern herstellen kann. Diese Art des Ausbeutungsmissbrauchs löst damit klassische Marktversagenstatbestände und adressiert gleichzeitig Nachhaltigkeitsbelange. Die Begrenzung auf marktbeherrschende Unternehmen ließe sich mit deren besonderer Verantwortung für den Wettbewerb und der regelmäßig besonders gravierenden Auswirkungen bei besonders marktstarken Unternehmen rechtfertigen. Die besondere Verantwortung für den Wettbewerb würde es dann umfassen, öffentliche Güter

[420] Vgl. Lindenberg, ZWeR 2022, S. 329 f.

nicht zum eigenen Wettbewerbsvorteil und zu Lasten aller übrigen Marktteilnehmer auszunutzen.

Es stellt sich gleichwohl die Frage nach dem richtigen Maßstab. Sind alle negativen externen Effekte und Auswirkungen auf öffentliche Güter schon missbräuchlich? Eine Anknüpfung an gesetzliche Vorschriften könnte erfolgen, wenn diese nicht ohnehin durch eine eigene Rechtsbruch-Fallgruppe erfasst werden. In der hier diskutierten Konstellation wäre möglicherweise ein ökonomischer Ansatz hilfreicher, der zum einen den Bezug von Marktmacht und Schädigung der öffentlichen Güter darstellt und zum anderen eine Erheblichkeitsschwelle für die Schädigung der Allgemeinheit definiert. Ggf. könnten auch Branchenstandards, Resolutionen und weiteres "soft law" herangezogen werden.

V. Behinderungsmissbrauch

Behinderungsmissbräuche (vgl. Art. 102 lit. b) und d) AEUV, § 19 Abs. 2 Nr. 1 und 4 GWB) betreffen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen gegenüber Wettbewerbern auf dem beherrschten Markt oder auf benachbarten Märkten.[421] Beim Behinderungsmissbrauch wird Marktmacht zu Lasten von Wettbewerbern ausgeübt, die dadurch im Wettbewerb ins Hintertreffen geraten – und zwar nicht wegen der guten Leistungen, sondern allein wegen der Überlegenheit des Marktbeherrschers.[422]

1. Rechtslage

Während keine Verfahren ersichtlich sind, in denen konkret Nachhaltigkeitserwägungen angestellt werden, wird anhand der Entscheidung *ARA* deutlich, wie Nachhaltigkeitsbelange von der Missbrauchsaufsicht betroffen sind. Die Entscheidung der Kommission behandelt eine Zugangsverweigerung zur Haushaltssammelinfrastruktur für Abfälle in Österreich.[423] Die Kommission stufte die fahrlässige Weigerung ARAs, anderen Unternehmen Zugang zu ihrer Sammelinfrastruktur zu gewähren als missbräuchliche Lieferverweigerung ein. Die Infrastruktur ARAs war unabdingbar für den Markteintritt. Eine Duplizierung war mit erheblichen rechtlichen, praktischen und wirtschaftlichen Hürden verbunden und widersprach dem öffentlichen Interesse.[424]

[421] Fuchs in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1, 2019, Art. 102 AEUV Rn 199.
[422] EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Rz. 6 – Hoffmann-La Roche.
[423] Europäische Kommission, 20.9.2016, Az. AT.39759, Rz. 77 ff. – ARA Foreclosure.
[424] Europäische Kommission, 20.9.2016, Az. AT.39759, Rz. 78 f. – ARA Foreclosure.

Das öffentliche Interesse ergab sich daraus, dass eine Duplizierung mit Landschaftsbeeinträchtigungen, höheren Müllabfuhraufkommen, steigenden Gesamtkosten und einem erhöhten Aufwand für Haushalte einhergeht.[425] ARA kooperierte mit der Kommission und versuchte deshalb auch nicht das eigene Verhalten zu rechtfertigen.[426]

Durch das Verfahren wurde der Markteintritt von Wettbewerbern ermöglicht, was Innovationsanreize und Effizienzen in diesem unmittelbar nachhaltigkeitsrelevanten Markt schützt. Ohne behördliches Eingreifen hätten zudem erhöhte Anreize bestanden, die Infrastruktur von ARA zu duplizieren, was mit negativen Auswirkungen auf die Nachhaltigkeit einherginge.

2. Option MB 7: Behinderung durch Nachhaltigkeitsverstöße

Neben dem schon beschriebenen Missbrauch durch Rechtsbruch, der auch Behinderungsmissbräuche umfassen würde, sind weitere Fallgruppen denkbar, die die Behinderung anderer Unternehmen zum Gegenstand haben. Die Generalklauseln des Missbrauchsverbots sind für neue Auslegungen offen.[427]

a) Behinderung durch Nachhaltigkeitsschädigung

Iacovides und *Vrettos* schlagen vor, nicht-nachhaltige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen als neue Kategorien missbräuchlichen Verhaltens zu behandeln. Voraussetzung sei, dass sich diese Verhaltensweisen nachteilig auf Schutzgüter des Missbrauchsverbots auswirken. Diese sind nach *Iacovides* und *Vrettos* nicht nur Wohlfahrtsüberlegungen, sondern eine Vielzahl von Zielen, die den Europäischen Verträgen innewohnen, wie beispielsweise der Umweltschutz, Gleichberechtigung und der Schutz der Arbeitnehmer.[428] Diese Vorgehensweise kann nur überzeugen, wenn diese Ziele zumindest neben den Wettbewerbsschutz treten. Werden die Regelungen des Kartellrechts für die Ahndung von unerwünschten Verhaltensweisen herangezogen, die keinen Wettbewerbsbezug aufweisen, ist dies lediglich eine Ausnutzung des effektiven Sanktionsregimes ohne den Bezug zum eigentlichen materiellen Inhalt der Bestimmungen.

[425] Europäische Kommission, 20.9.2016, Az. AT.39759, Rz. 86 ff. – ARA Foreclosure.
[426] Europäische Kommission, 20.9.2016, Az. AT.39759, Rz. 115 – ARA Foreclosure.
[427] Bulst in: Bunte, Kartellrecht, Band 2, 2021, Art. 102 AEUV Rn. 251.
[428] Iacovides/Vrettos in: Holmes/Middelschulte/Snoep, Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability, 2021, S. 98.

Für die Konstruktion neuer Fälle nach der Generalklausel besteht eine hohe faktische Hürde. Es muss zunächst eine überzeugende „theory of harm" gebildet werden, die sich im Rahmen des Art. 102 AEUV hält und eindeutig wettbewerbliche Überlegungen in den Fokus rückt.

b) Nachhaltigkeitsbezüge in bestehenden Fallgruppen

Naheliegender als die Schaffung neuer Behinderungstatbestände, die allein auf Nachhaltigkeitsschutz ausgerichtet sind, ist die nachhaltigkeitsbezogene Modifikation bestehender Fallgruppen. Sie hat den Vorteil, dass der Wettbewerbsbezug bestehen bleibt und eine graduelle Entwicklung des Rechts ohne große Brüche erfolgt. Gleichzeitig setzen auch diese Änderungen voraus, dass innerhalb des Kartellrechts Nachhaltigkeitserwägungen stärker als wettbewerbsrelevant berücksichtigt werden.

Beispielhaft können folgende Konstellationen genannt werden, in denen Wettbewerbsschutz und Nachhaltigkeit zusammenfließen können:

- Missbräuchliche Liefer- oder Geschäftsverweigerung: Wird durch eine Liefer- oder Geschäftsverweigerung ein nachhaltiges Unternehmen getroffen oder eine nachhaltige Innovation verhindert, kann darin eine Wettbewerbsbehinderung liegen.
- Missbräuchliches Zurückhalten von nachhaltigen Innovationen: Dies umfasst Sachverhalte, in denen das marktbeherrschende Unternehmen selbst die Innovation hervorbringen könnte. Wenn es die Innovation dennoch zurückhält, hat dies schädliche Auswirkungen sowohl auf den Innovationswettbewerb, der dadurch stagniert, als auch auf Nachhaltigkeitsbelange.
- Missbräuchlicher Einsatz von Schutzrechten durch marktbeherrschende Unternehmen: Zur missbräuchlichen Ausnutzung von Schutzrechten existiert eine komplexe Entscheidungspraxis.[429] Die Zugangskriterien können mit Nachhaltigkeitserwägungen aufgeladen und durch diese modifiziert werden. Der EuGH verlangt in den Fällen der Zugangsverweigerung bisher u.a. die Beschränkung der Produktion, der Märkte oder der technischen

[429] Siehe nur EuGH, 29.4.2004, Rs. C-418/01, ECLI:EU:C:2004:257 – IMS Health; EuGH, 16.7.2015, Rs. C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477 – Huawei.

Entwicklung bei bestehender Nachfrage der Verbraucher*innen.[430] Dabei könnte jegliche Steigerung der Nachhaltigkeit in der Produktion als Vorteil angesehen wird.

- Missbräuchliche Diskriminierung von nachhaltigen Unternehmen: Werden Unternehmen diskriminiert, weil sie bestimmte Nachhaltigkeitsvorstellungen verfolgen, könnte dafür keine sachliche Rechtfertigung angeführt werden.
- Missbräuchliche Zugangsverweigerung zu wesentlichen Einrichtungen: Verweigert ein Unternehmen einem anderen Unternehmen den Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung *(essential facility)*, ist dies nach geltendem Recht typischerweise nur dann missbräuchlich, wenn der eigenen Schaffung einer solchen Einrichtung technische, rechtliche oder auch ökonomische Hindernissen entgegenstehen.[431] Hier scheint es sinnvoll, auch ökologische Hindernisse anzuerkennen: Ist es ökologisch nicht vertretbar, eine weitere Anlage oder ein weiteres System aufzubauen, wäre eine *essential facility* gegeben.

Weitere Beispiele sind denkbar. Entscheidend ist die Erkenntnis, dass Maßnahmen im Wettbewerb zugleich die Erreichung der SDG gefährden kann und damit wiederum der Weg zu einem nachhaltigen Wettbewerb versperrt wird.

VI. Verpflichtungszusagen

Verpflichtungszusagen nach Art. 9 Abs. 1 VO (EG) 1/2003 stehen als Alternative zu einer Untersagung missbräuchlicher Verhaltensweisen bereit. Sie zeichnen sich durch Spielräume für die vorschlagenden Unternehmen ebenso wie für die Kartellbehörde aus.

Verpflichtungszusagen können dafür genutzt werden, um Nachhaltigkeitserwägungen zu berücksichtigen. Ein Beispiel dafür liefert der Fall *DE/DK Interconnector*[432].

Nachhaltigkeitsorientierte Zusage im Fall *DE/DK Interconnector*

Die Kommission akzeptierte im Fall *DE/DK Interconnector* eine Zusage, nach der sich das betroffene Unternehmen TenneT verpflichtete, eine Kapazitätsuntergrenze für den Interconnector

[430] Vgl. EuGH, 29.4.2004, Rs. C-418/01, ECLI:EU:C:2004:257, Rz. 52 – IMS Health.
[431] Vgl. EuGH, 26.11.1998, Rs. C-7/97, ECLI:EU:C:1998:569, Rz. 44 – Oscar Bronner.
[432] Europäische Kommission, 12.11.2018, Az. COMP/AT.40461 – DE/DK Interconnector.

zwischen Deutschland und Dänemark einzuhalten, die über den gesetzlichen Anforderungen liegt.[433]

TenneT betreibt 40 % des Hochspannungsnetzes in Deutschland und auch die Verbindungsstelle zum Netz in Dänemark. Dieser „Interconnector" zu Dänemark ist besonders wichtig für den internationalen Energiehandel, da auf diesen 40 % des Handels zwischen den nordischen Ländern und dem Rest Kontinentaleuropas entfällt.[434] Die Kommission warf TenneT den Missbrauch seiner marktbeherrschenden Stellung vor, da es die Kapazität der Verbindungsstelle systematisch limitierte und damit den europäischen Energiemarkt aufteilte.[435] Die Kommission nahm die von TenneT angebotenen Verpflichtungen an. Die Verpflichtungen zeichneten sich dadurch aus, dass diese eine Kapazitätsuntergrenze enthielten, die inhaltlich den Regelungen des sog. „Clean Energy Package" und der neugefassten VO (EU) 2019/943 entsprachen, die zu dieser Zeit jedoch lediglich als Entwürfe im Gesetzgebungsverfahren vorlagen.[436]

Die TenneT-Verpflichtungszusage kann als Beispiel gesehen werden, dass im Rahmen eines Kartellverfahrens überobligatorische Anstrengungen von Unternehmen verbindlich gemacht werden, die außerwettbewerblichen Zielen der EU dienen (hier der sauberen Energieversorgung).

Solange die Unternehmen die Vorschläge unterbreiten, kann die Wettbewerbsbehörde diese auch akzeptieren, selbst wenn sie über das wettbewerblich erforderliche Maß hinausgehen.[437] Allerdings ist umstritten, wie weitreichend nicht-wettbewerbliche Erwägungen im Rahmen von Abhilfemaßnahmen durchgesetzt werden können.[438] Das Kartellrecht soll grundsätzlich nicht dazu dienen, außerwettbewerbliche Ziele zu erreichen, für die kein anderer Durchsetzungshebel besteht.

[433] Europäische Kommission, 12.11.2018, Az. COMP/AT.40461 – DE/DK Interconnector.
[434] Europäische Kommission, 12.11.2018, Az. COMP/AT.40461, Rz. 17 – DE/DK Interconnector.
[435] Europäische Kommission, 12.11.2018, Az. COMP/AT.40461, Rz. 31 ff., 74 – DE/DK Interconnector.
[436] Daimantopoulou in: Holmes/Middelschulte/Snoep, Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability, 2021, S. 313.
[437] Anweiler in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, 2020, Art. 9 VerfVO Rn. 11.
[438] Vgl. Vasconcelos, Market and Competition Law Review 2017, S. 195 ff; Paemen/Baltrusch, Journal of European Competition Law & Practice 2017, S. 99 f.

In zeitlicher Nähe zu der Entscheidung *DE/DK Interconnector* erklärte die Kommission in der Entscheidung *Greek Lignite*[439] Verpflichtungszusagen als verbindlich, die den Entwürfen des „Clean Energy Package" widersprachen und teilweise als umweltschädlich eingestuft werden.[440]

VII. Zusammenfassung

Das Verbot des Missbrauchs von Marktmacht ist zunächst selbst Ausdruck eines nachhaltigen Wirtschaftsverständnisses, da Ausbeutungs- und Behinderungsstrategien keine nachhaltigen Partnerschaften zulassen. Im Kontext der Nachhaltigkeitsziele werden die Verbote in Art. 102 AEUV und §§ 19, 20 GWB bislang jedoch so gut wie nicht thematisiert. Dabei ergeben sich durchaus Anknüpfungspunkte: Die Durchsetzung des Missbrauchsverbots kann zu einem höheren Zielerreichungsgrad der SDG führen, wenn Nachhaltigkeitsaspekte bei den Tatbestandsmerkmalen (Marktbeherrschung, Missbrauch, Interessenabwägung/Rechtfertigung) oder auf Sanktionsebene (Verpflichtungszusagen) berücksichtigt würden.

Dies würde erst recht gelten, wenn das Instrument bei Vorliegen zumindest sekundärer wettbewerblicher Schutzzwecke auch zur Durchsetzung außerwettbewerblicher Ziele, ähnlich wie in § 3a UWG, eingesetzt würde. Denkbar ist aber auch, dass missbräuchliche Verhaltensweisen auf der Stufe der Rechtfertigung mit Blick auf Nachhaltigkeitsziele gerechtfertigt werden. Im Rahmen von Verpflichtungszusagen oder Abhilfemaßnahmen kann in gewissen Grenzen die nachhaltige Entwicklung berücksichtigt werden – bislang allerdings vor allem implizit.

Der Grad der Berücksichtigungsfähigkeit von Nachhaltigkeitsaspekten im Missbrauchsrecht hängt von der wettbewerbspolitischen Weichenstellung ab, wie weitgehend das Kartellrecht geöffnet werden soll: In einigen Fällen sind die Verbindungen zwischen Wettbewerb und Nachhaltigkeit unmittelbar greifbar. In diesen Fällen bedarf es ggf. nur einer Klarstellung. In anderen Fällen sind Nachhaltigkeitsziele nur dann berücksichtigungsfähig, wenn Wettbewerb als nachhaltiger Wettbewerb definiert wird – und dem Kartellrecht eine entsprechende Schutzfunktion zugeschrieben wird. Im Übrigen bleiben außerwettbewerbliche Interessen, die ggf. ins Verfahren integriert werden müssten.

[439] Europäische Kommission, 17.04.2018, Az. AT.38700 – Greek Lignite.
[440] Daimantopoulou in: Holmes/Middelschulte/Snoep, Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability, 2021, S. 313.

Der offene Begriff des Missbrauchs macht es nötig, aber auch möglich, zwischen Wettbewerbsbezug und außerwettbewerblichem Interesse zu differenzieren. Der Blick auf § 3a UWG zeigt, dass das Potenzial der effektiven Durchsetzungsmechanismen im Wettbewerbsrecht ein griffiger Hebel sein kann, um Normen durchzusetzen, die außerhalb des Wettbewerbs stehen. Diese haben, jedenfalls wenn man die *Facebook*-Rechtsprechung des BGH übertragen mag, häufiger einen Wettbewerbsbezug als es die klassische Lehre annehmen würde. Daher sprechen einige gute Gründe dafür, auch Art. 102 AEUV und §§ 19, 20 GWB verstärkt in der Debatte um Kartellrecht und Nachhaltigkeit zu aktivieren.

E. Fusionskontrolle

Mit der Zusammenschlusskontrolle prüfen die Wettbewerbsbehörden vor Vollzug Fusionen, Übernahmen und Gründungen von Gemeinschaftsunternehmen.

Die Leitentscheidung zur Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten in der Fusionskontrolle ist die Übernahme von Monsanto durch Bayer.[441] Wettbewerbskommissarin *Vestager* hatte den zahlreichen Petenten und NGOs, die eine Untersagung des Zusammenschlusses wegen negativer Auswirkungen auf Gesundheit, Umwelt, Biodiversität, Klima u.a. Ziele gefordert hatten, geantwortet:

> „Many of you warn about potential negative effects linked to Monsanto's and Bayer's products, including risks for human health, food safety, consumer protection, the environment and the climate. (...) While these concerns are of great importance they do not form a basis for a merger assessment."[442]

Damit stellte sie klar, dass die Kommission im geltenden Recht allein wettbewerbliche Wirkungen in der Fusionskontrollprüfung berücksichtigt.

I. Vorüberlegungen

Bei der Fusionskontrolle geht es um die Prüfung eines Wechsels in der Kontrolle eines Unternehmens. Der Wechsel der Inhaberschaft eines Unternehmens ist also der regulatorische Anknüpfungspunkt. Insoweit sind zwei Arten von Wirkungen denkbar, die einen Bezug zur Nachhaltigkeit haben: Zum einen verändern Zusammenschlüsse in Sektoren, die einen besonderen Bezug zur Nachhaltigkeitsthematik haben (z.B. Agrochemie-, Entsorgungs- oder Energiewirtschaft), die Marktstruktur. Das kann zu Veränderungen führen, etwa zu einer Konzentration.

Zum anderen kann der Zusammenschluss mit einem anderen Unternehmen die Beteiligten verändern: Ein Zusammenschluss kann einem Unternehmen den Eintritt in einen bisher schwer zugänglichen Markt eröffnen; Unternehmen können ihre Produktion zusammenlegen; Unternehmenskulturen verändern sich. In beiden Fällen ist denkbar, dass der Wechsel der Kontrolle über

[441] Europäische Kommission, 21.3.2018, Fall M.8084 - Bayer/Monsanto.
[442] Brief von Margrethe Vestager an die Petenten v. 22.8.2017, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/additional_data/m8084_4719_6.pdf.

das Unternehmen Rückwirkungen auf die Nachhaltigkeit haben kann. Diese Rückwirkungen dürften allerdings regelmäßig eher mittelbar sein. Der kausale Nachweis positiver oder negativer Nachhaltigkeitswirkungen dürfte schwerfallen.

Ziel der Fusionskontrolle ist die Verhinderung der Konzentration in Märkten durch externes Wachstum. Auch damit wirkt das Kartellrecht ökonomisch nachhaltig: Die Abwehr von hoher Konzentration in Märkten ist ein Beitrag zu einer nachhaltigen Wirtschaftsentwicklung.

Drei Arten von Zusammenschlüssen können in den Blick genommen werden:

- Zusammenschlüsse von Unternehmen können Marktbedingungen auf Märkten verändern, die eine besonders hohe Relevanz für einzelne Nachhaltigkeitsziele haben.
- Zusammenschlüsse von Unternehmen können positiv auf die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen wirken (sog. green deals).
- Zusammenschlüsse von Unternehmen können negativ auf die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen wirken (sog. dirty deals).[443]

Die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten könnte also als Schild für unternehmerisches Handeln (Schutz von green deals) oder als Schwert wirken (Schutz der Nachhaltigkeit durch Untersagung von dirty deals). Wenn es zwischen den wettbewerblichen Wirkungen und der Erreichung der SDG keinen Zielkonflikt gibt (green deals ohne Tendenz zur Wettbewerbsbeschränkung oder dirty deals mit entsprechender Tendenz), stellen sich keine Probleme. Allerdings ist die Zusammenschlusskontrolle gegenüber Wirkungen auf die Nachhaltigkeit grundsätzlich im geltenden Recht sowohl in den gesetzlichen Vorgaben als auch in der Anwendungspraxis neutral.

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz hat sich bereits dafür ausgesprochen, die Europäische Fusionskontrollverordnung zu überarbeiten. Im Zuge dessen könnten auch Nachhaltigkeitserwägungen in der Zusammenschlusskontrolle implementiert werden. Dies gilt erst recht für eine Rechtsänderung auf nationaler Ebene.

[443] Die Terminologie „green deals“ und „dirty deals“ folgt Kar/Cochrane/Spring in: Holmes/Middelschulte/Snoep, Competition Law, Climate Change and Environmental Sustainability, 2021, S. 117, 126 ff.

II. Aufgreifkriterien

Unterschieden werden Aufgreifkriterien, die die Prüfungsmöglichkeit überhaupt erst eröffnen, und Eingreifkriterien für die materielle Prüfung.

1. Rechtslage

Zentrales Merkmal für die Eröffnung der Prüfung sind grundsätzlich quantitativ festgelegte Schwellenwerte (Umsatz gem. § 35 Abs. 1 GWB, Art. 1 Abs. 2 und 3 FKVO, Kaufpreis gem. § 35 Abs. 1a GWB). Die Wettbewerbsbehörden haben hinsichtlich des Aufgreifens – anders als bei Anwendung von Art. 101 und 102 AEUV und entsprechenden nationalen Vorschriften – kein Ermessen. Bei diesen quantitativen Schwellen ist im geltenden Recht kein Spielraum für Überlegungen zur Nachhaltigkeit.

Im deutschen Recht ist mit § 39a GWB die Möglichkeit gegeben, bestimmten Unternehmen eine zusätzliche Anmeldepflicht aufzuerlegen. Der erste Fall, in dem eine Sonderpflicht nach § 39a GWB geprüft wird, betrifft die Rethmann-Gruppe, die mit dem Unternehmen Remondis in der Entsorgungswirtschaft tätig ist. In der Pressemitteilung des Bundeskartellamts zur Sektoruntersuchung wird allein auf wettbewerbliche Konzentration abgestellt.[444] Nachhaltigkeitsaspekte der Branche werden nicht thematisiert. Auch in der Gesetzesbegründung zur Einführung von § 39a GWB im Jahr 2021 findet sich kein Hinweis, dass mit dieser Vorschrift solche Fälle erfasst werden sollen, die wegen ihrer Nachhaltigkeitswirkungen besonders wichtig sind.[445]

Die Europäische Kommission hat 2021 die Aufgreifkriterien durch eine veränderte Lesart von Art. 22 FKVO aufgeweicht.[446] Nunmehr können auch Zusammenschlüsse, die in Mitgliedsstaaten nicht anmeldepflichtig sind, an die Kommission, bei der sie gleichermaßen nicht anmeldepflichtig sind, zur Prüfung verwiesen werden. Diese Verweisung soll dann eine Prüfungsmöglichkeit eröffnen. Neben den wettbewerblichen Kriterien werden von der Kommission „sonstige Kriterien" angeführt, die für eine solche Verweisung sprechen. Demnach sollen u.a. auch solche Fälle an die

[444] Bundeskartellamt, Pressemitteilung v. 19.1.2022, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2022/19_01_2022_Remondis_39a.html.
[445] Vgl. BT-Drs. 19/23942, S. 95.
[446] Mitteilung der Kommission, Leitfaden zur Anwendung des Verweisungssystems nach Artikel 22 der Fusionskontrollverordnung auf bestimmte Kategorien von Vorhaben, ABl. 2021 C 113/1. Kritisch von Schreitter/Urban, WuW 2021, 674; Apel/Polley, ZWeR 2021, 273. Die gerichtliche Überprüfung dieses Vorgehens war zum Zeitpunkt des Abschlusses dieser Studie noch nicht abgeschlossen (Rs. T-227/21 - Illumina/Grail).

Kommission verwiesen werden, in denen die beteiligten Unternehmen wichtige Forschung leisten oder Zugriff auf wichtige Rohstoffe haben. In erster Linie ist an Fälle aus der Digitalwirtschaft und der Pharmaindustrie gedacht. Fälle, die mit Blick auf die SDG als besonders wichtig eingestuft werden, könnten ebenfalls über diese Vorschrift in den Zugriff der Fusionskontrolle geraten.

Die bisherige Praxis bietet jedoch auch für die neuartigen Aufgreifnormen keine Anhaltspunkte, dass Zusammenschlüsse mit spezifischen Nachhaltigkeitswirkungen bevorzugt aufgegriffen werden sollen.

2. Option FK 1: Nachhaltigkeitsrelevante Zusammenschlüsse

Zu erwägen ist, die Aufgreifkriterien so zu ändern, dass Zusammenschlüsse anmeldepflichtig werden, die bislang nicht anmeldepflichtig, aber in besonderem Maße nachhaltigkeitsrelevant sind. Für Zusammenschlüsse in nachhaltigkeitsrelevanten Sektoren könnten gesonderte Aufgreifkriterien entwickelt werden, sodass weitere Zusammenschlussvorhaben erfasst werden.

Dies könnte auf verschiedenen Wegen erreicht werden:

- Bestimmung von Unternehmen, die für Nachhaltigkeitsziele besonders relevant sind, in analoger Form zu § 39a GWB bzw. Auferlegung einer Anzeigepflicht für alle Zusammenschlüsse analog zu Art. 14 Digital Markets Act; besondere Berücksichtigung solcher Unternehmen bei Verweisungen nach Art. 22 FKVO;
- Einführung eines ergänzenden quantitativen Schwellenwerts, der an CO_2-Emissionsmengen ansetzt; bei Überschreiten dieser Schwellen könnten abgesenkte Umsatzschwellen greifen, sodass besonders stark emittierende Unternehmen besonders strengen Aufgreifkriterien unterliegen;
- Aufgreifmöglichkeit für die Kartellbehörde für nicht-anmeldepflichtige Zusammenschlüsse, wenn dies von bestimmten Akteuren (z.B. spezifisch vorgesehenen NGOs oder einer Vielzahl von Petenten) gefordert wird.

Die zwei zunächst genannten Wege sind so gestaltet, dass ein hohes Maß an Rechtssicherheit gewährt bleibt, sodass Unternehmen ex ante wissen, welche Zusammenschlussvorhaben notifiziert werden müssen. Das ist einer der wichtigen Aspekte im deutschen Verständnis des Fusionskontrollrechts. Das Instrument eines Aufgreifens auf Bitten Dritter weicht davon deutlich ab und

würde eine erhebliche Neuerung darstellen. In anderen Jurisdiktionen und durch die (derzeit noch nicht gerichtlich bestätigte) Neuinterpretation von Art. 22 FKVO ist ein Aufgreifen von nicht angemeldeten Fällen jedoch nicht gänzlich unüblich.

In der Literatur werden, soweit ersichtlich, die Aufgreifschwellen bislang nicht als Thema im Nachhaltigkeitsdiskurs genannt. Es ist derzeit auch nicht ersichtlich, dass es relevante Zusammenschlüsse gibt, die den Kartellbehörden nicht zu notifizieren sind. Insofern besteht nach derzeitigem Erkenntnisstand für eine Änderung der Aufgreifkriterien kein überragendes Bedürfnis. Die Transparenz für nachhaltigkeitsrelevante Fälle würde allerdings möglicherweise erhöht. Mit einer verstärkten Anmeldepflicht bzw. Kontrolle wären für Unternehmen und Behörden erhöhte Kosten verbunden.

III. Eingreifkriterien

Das Untersagungskriterium der europäischen Fusionskontrolle ist in Art. 2 Abs. 2 FKVO, § 36 Abs. 1 GWB definiert. Demnach ist ein Zusammenschlussvorhaben problematisch, wenn es wirksamen Wettbewerb erheblich behindern würde („significant impediment of effective competition" = SIEC-Test). Für die in diesem Rahmen erforderliche Marktabgrenzung kann auf die Ausführungen zum Missbrauchsverbot verwiesen werden.

1. Rechtslage

Verstärkt ein Zusammenschluss die Möglichkeiten eines Unternehmens, Druck auf Zulieferer auszuüben und diese auszubeuten, ist das eine Behinderung des Wettbewerbs, die zugleich eine Gefahr für ökonomische und soziale Nachhaltigkeitsziele mit sich bringt. Darüber hinaus ist die Berücksichtigung von Sustainability Goals in der Fusionskontrolle allerdings kaum entwickelt.

a) Keine Berücksichtigung außerwettbewerblicher Interessen

Für die Ausfüllung des SIEC-Kriteriums sind allein wettbewerbliche Wirkungen des Zusammenschlussvorhabens berücksichtigungsfähig.[447] Außerwettbewerbliche Wirkungen, z.B. Umweltschutz oder Arbeitsplatzsicherung, werden nach geltendem Recht nicht berücksichtigt. Das ergibt

[447] Vgl. Käseberg in: Bunte, Kartellrecht, Band 2, 2021, Art. 2 FKVO Rn. 98 ff.; Simon in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, 2016, FKVO Einf. Rn. 37; Schroeder, WuW 2011, 1216, 1222; v. Wallenberg in: FS Windbichler 2020, S. 1461. Siehe auch Lettl, Rechtsgutachten zu kartellrechtlichen Fragen der Marktkonzentration, o.J. [2017], S. 18, abrufbar unter https://www.oxfam.de/system/files/rechtsgutachten_von_prof._dr._tobias_lettl.pdf; Körber in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 3, 2020, Art. 2 FKVO Rz. 214.

sich aus dem Wortlaut der Vorschriften, die auf die Behinderung des Wettbewerbs abstellen, den Erwägungsgründen und der Gesetzgebungsgeschichte der FKVO.[448] Im deutschen Recht belegt die Ministererlaubnis (§ 42 GWB), dass systematisch zwischen wettbewerblichen Aspekten und sonstigen Gemeinwohlinteressen zu trennen ist.[449] Für die strikte Fokussierung auf wettbewerbliche Wirkungen gibt es auch einen breiten internationalen Konsens.[450]

Paal sowie *Lianos* haben in Auftragsgutachten angeregt, über die Einbeziehung verschiedener anderer Interessen im Rahmen des SIEC-Tests nachzudenken.[451]

b) Kein Ausgleich mit anderen Unionszielen

In der Anwendungspraxis werden auch solche Ziele nicht berücksichtigt, die in anderen Vorschriften geregelt sind, selbst wenn diese auf normhierarchisch gleicher oder übergeordneter Ebene zu finden sind. Mit den allgemein gehaltenen Unionszielen und den Grundrechten sowie Grundfreiheiten ergeben sich regelmäßig schon keine Konflikte bei der Kartellrechtsanwendung. Etwas anderes könnte für die Querschnittsklauseln gelten, etwa zum Umweltschutz (Art. 11 AEUV).[452] Die Querschnittsklauseln bestimmen allerdings nur allgemein und in Vielzahl Politikziele und Prinzipien, sie sind also anders als Art. 101 und Art. 102 AEUV und die aus diesen Normen abgeleitete FKVO nicht als handlungsanweisende Befugnisnormen mit Tatbestand-Rechtsfolge-Struktur ausgestaltet.[453] Damit stehen sie zwar abstrakt auf gleichgeordneter Ebene, konkret können sie aber nicht denselben Handlungsdruck erzeugen. Der EuGH hat (stets außerhalb der Fusionskontrolle)

---

[448] Siehe Erw.Gr. 2-7, 24 FKVO. Zur Gesetzgebungsgeschichte Körber in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, 2012, FKVO Einleitung Rn. 30 ff. m.w.N.

[449] Vgl. Thomas in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 3, 2020, § 42 GWB Rn. 1.

[450] Vgl. International Competition Network, ICN Recommended Practices for Merger Analysis, 2008, I.A.Comment 1.

[451] Vgl. Lianos, Merger Activity in the Factors of Production Segments of the Food Value Chain: - A Critical Assessment of the Bayer/Monsanto merger, UCL Centre for Law, Economics and Society, Policy Paper Series 2017/1; Paal, Gutachten zu Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Berücksichtigung(sfähigkeit) von außer-ökonomischen Zielen auf der Grundlage und am Maßstab der europäischen Fusionskontrollverordnung, 23.4.2017. Siehe auch Künstner, Stellungnahme im Deutschen Bundestag, Ausschuss für Wirtschaft und Energie, Ausschussdrucksache 19(9)87, Rz. 19 f.

[452] Eine stärkere Berücksichtigung fordern Kokott/Dittert in: Monopolkommission, Politischer Einfluss auf Wettbewerbsentscheidungen, 2015, S. 15 ff.; Kahl in: Streinz, EUV/AEUV, 2012, Art. 11 AEUV Rz. 29 ff.; Rittner/Dreher, Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht, 2008, § 5 Rz. 10. Umfassend Gasse, Die Bedeutung der Querschnittsklausel für die Anwendung des Gemeinschaftskartellrechts, 2000.

[453] Wegener in: ders., Europäische Querschnittpolitiken, 2014, § 1 Rz. 7.

nur in solchen Konstellationen eine Berücksichtigung dieser Programmsätze angemahnt, in denen eine komplette Aushöhlung des jeweiligen Ziels drohte.

Die in sonstigen Unionszielen allgemein formulierten Begriffe müssten praktikabel und justitiabel innerhalb der Fusionskontrolle angewendet werden können. Dafür gibt es bislang in Rechtsprechung und Literatur keine Maßstäbe. So passt beispielsweise das Konzept der Herstellung eines schonenden Ausgleichs im Sinne praktischer Konkordanz[454] zwar für kollidierende Grundrechte Einzelner, nicht aber für die Integration allgemeiner Politikziele in eine wirtschaftsrechtliche Einzelfallprüfung. Eine Operationalisierung im Rahmen der Fusionskontrolle scheidet damit aus.[455] Dem stehen schließlich auch Art. 21 FKVO und Art. 2 Abs.1 FKVO entgegen. Gemäß dieser Vorschriften sind sonstige berechtigte Interessen nicht innerhalb der europäischen Fusionskontrolle zu berücksichtigen.[456]

c) Entscheidungen

Nachhaltigkeitsaspekte wurden insbesondere mit Blick auf den Zusammenschluss *Bayer/Monsanto* diskutiert. Dieser steht in einer Reihe mit den weiteren Agrochemie-Fusionsfällen *Dow/Dupont* und *ChemChina/Syngenta*.[457]

Die Kommission hat sich in *Bayer/Monsanto* ausführlich damit auseinandergesetzt, welche nichtwettbewerblichen Kriterien berücksichtigungsfähig sind. Sie war aufgerufen, sich mit Umweltbelangen, Lebensmittelsicherheit, nachhaltiger Entwicklung, öffentlicher Gesundheit und Zielen des Agrarsektors auseinanderzusetzen.[458] Insbesondere solle der Verlust an Biodiversität bei Saatgut als Umweltschaden Eingang in die wettbewerbliche Würdigung finden. Bei der Würdigung der

[454] Paal, Gutachten zu Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Berücksichtigung(sfähigkeit) von außer-ökonomischen Zielen auf der Grundlage und am Maßstab der europäischen Fusionskontrollverordnung, 23.4.2017, S. 20.
[455] Vgl. Schweitzer in: Monopolkommission, Politischer Einfluss auf Wettbewerbsentscheidungen, 2015, S. 21, 26 f.; Kirchhoff in: Monopolkommission, Politischer Einfluss auf Wettbewerbsentscheidungen, 2015, S. 11, 12, der weitergehenden Überlegungen – z.B. mit Blick auf eine Einschränkung schon des Tatbestandes des Art. 101 Abs. 1 AEUV – eine Absage erteilt (S. 13).
[456] Schweitzer in: Monopolkommission, Politischer Einfluss auf Wettbewerbsentscheidungen, 2015, S. 21, 25.
[457] Europäische Kommission, 21.3.2018, Az. M.8084 – Bayer/Monsanto; Europäische Kommission, 5.4.2017, Az. M.7962 – ChemChina/Syngenta; Europäische Kommission, 27.3.2017, Az. M.7932 – Dow/Dupont.
[458] Europäische Kommission, 21.3.2018, Az. M.8084, Rn. 3006 – Bayer/Monsanto.

dynamischen Effizienzen müsse auf qualitativ hochwertige Innovationen abgestellt werden, wobei die Qualität am Beitrag zur Lebensmittelsicherheit und öffentlichen Gesundheit zu messen sei.[459]

Die Kommission verwies zum einen auf ihre in den Agrochemie-Fällen neuartige und tiefgehende Prüfung von Innovationen und die darauf gerichteten Abhilfemaßnahmen. Die Schadenstheorie („theory of harm") in den Agrochemie-Fällen ist wesentlich stärker als bis dahin üblich auf die Sicherung von Innovationen in Zukunft gerichtet. Der Ansatz bedeutet eine Abkehr vom stark auf produktive Effizienzen (Steigerung des Outputs, Senkung des Preises) ausgerichteten Wettbewerbsverständnis der früheren Jahre.[460] Geschützt werden *diverse* Entwicklungspfade, die von Unternehmen genommen werden können.[461] Sieht man dies als bedeutsam für die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen an, ist darin ein wesentlicher Fortschritt festzustellen.

Zum anderen stellte die Kommission fest, dass sie zwar die Querschnittsziele und Politiken der Union zu berücksichtigen habe, dass sie aber nur im Rahmen ihrer spezifischen Befugnisse handeln könne (Art. 5 Abs. 1, 2 EUV: Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung).[462] Die Befugnis zur Fusionskontrolle sei eine solche Ermächtigung, die sich dann aber auch nur auf den spezifischen Befugniskreis erstrecke. Für andere Politikziele gebe es andere Befugnisse. Ein Eingreife

Auch einen Konflikt mit den Agrarvorschriften in Art. 39, 42 AEUV vermochte die Kommission nicht zu erkennen. Hier gibt es zwar eine Regelung, die ausdrücklich Vorrang vor dem Wettbewerbsrecht beanspruchen kann. Die Kommission hält fest, dass ihr nicht klar sei, welches der vielen Ziele in Art. 39 AEUV dazu führen könnte, dass der Zusammenschluss zwischen Bayer und Monsanto zu untersagen sei.[463]

---

[459] Europäische Kommission, 21.3.2018, Az. M.8084, Rn. 3007 – Bayer/Monsanto.

[460] Europäische Kommission, 27.3.2017, Az. M.7932, Rz. 1990 ff. – Dow/Dupont. Kritisch: Lofaro/Lewis/Abecasis, An Innovation in Merger Assessment? The European Commission's Novel Theory of Harm in the Dow/Dupont Merger, Antitrust, Fall 2017, S. 100 ff.; Petit, Significant Impediment to Industry Innovation: A Novel Theory of Harm in EU Merger Control?, International Center for Law & Economics, Antitrust & Consumer Protection Research Program White Paper, 2017.

[461] Vgl. Kerber in: Drexl/Kerber/Podszun, Competition Policy and the Economic Approach – Foundations and Limitations, 2011, S. 173 ff.

[462] Europäische Kommission, 21.3.2018, Az. M.8084, Rn. 3015 – Bayer/Monsanto.

[463] Europäische Kommission, 21.3.2018, Az. M.8084, Rn. 3023 – Bayer/Monsanto. A.A. Künstner, Stellungnahme im Deutschen Bundestag, Ausschuss für Wirtschaft und Energie, Ausschussdrucksache 19(9)87, Rz. 8 ff.

Das Bundeskartellamt hält in einem Arbeitspapier fest:

> „Sieht man etwa aus Umweltschutzgründen Risiken in den gentechnisch veränderten Produkten von Monsanto, so sind diese Produkte ggf. auf umweltrechtlicher Grundlage zu verbieten, oder sonstige umweltpolitische Maßnahmen sind zu treffen. Der Umwelt wäre dagegen wenig geholfen, wenn solche Risiken nur deshalb angegangen werden, weil es – insoweit gewissermaßen zufällig – zur Fusion mit einem anderen Unternehmen kommt."[464]

Damit wird noch einmal verdeutlicht, dass Ansatzpunkt der Fusionskontrolle der Wechsel der Unternehmensinhaberschaft ist, die typischerweise bestenfalls sehr mittelbar Nachhaltigkeitswirkungen mit sich bringt und, dass nach geltendem Recht allein wettbewerbliche Wirkungen eine Rolle spielen dürfen.

2. Option FK 2: Berücksichtigung im SIEC-Test

Vorgeschlagen wird, im Rahmen des SIEC-Tests Nachhaltigkeitsaspekte stärker zu berücksichtigen. Dies kann im Rahmen einer engen preisorientierten Auslegung des Kriteriums erfolgen oder durch eine stärkere Integration anderer normativer Ziele.

a) Consumer welfare-Test

Die Analyse möglicher Wettbewerbsbehinderungen setzt nach ökonomischer Lesart an der Konsumentenwohlfahrt an. Sie wird auf Berechnungen gestützt, welche analysieren, ob die neu entstehenden Einheiten aufgrund ihrer Marktmacht die Möglichkeit haben, Preise zu erhöhen oder Qualität/Innovation zu senken. *Dolmans* schreibt:

> "This consumer welfare analysis should include whether the concentration can be expected to raise or lower the environmental price that consumers pay, which is not reflected in the market price in monetary terms or in quality."[465]

Damit würden Externalitäten in die Betrachtung einbezogen, die sich nicht im Preis niederschlagen.

---

[464] BKartA, Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften, Hintergrundpapier – Arbeitskreis Kartellrecht, 1.10.2020, S. 43.

[465] Dolmans, CLPD Competition Law and Policy Debate Vol 5, Issue 4 and Vol 6 issue 1 March 2020 (SSRN 3608023), S. 12. Vgl. auch Thomas, Normative Goals in Merger Control, 2021.

Weitergehend wäre der Ansatz, in die Prüfung einzubeziehen, ob durch die Konzentration Marktmacht für einen weniger nachhaltigen Marktakteur entsteht, die durch nachhaltig agierende Wettbewerber nicht kontrolliert werden kann.[466] Zu berücksichtigen könnte sein, dass ein Wettbewerber gerade in umweltfreundliche Technologien investiert hat und dadurch gegenüber der neuen Einheit ins Hintertreffen gerät.[467]

Spiegelbildlich könnte ein Zusammenschluss erlaubt werden, wenn beispielsweise Umweltkosten gesenkt werden, etwa wenn ein Wettbewerber übernommen wird, der eine umweltfreundlichere Technologie anwendet, die der Erwerber für sich ausrollen will.[468]

Dem Ansatz der Konsumentenwohlfahrt würden auch Modelle entsprechen, die die hypothetische Zahlungsbereitschaft von Verbrauchern ermitteln und diese in die Betrachtung einbringen.[469]

Mit Hilfe dieses Ansatzes können die Defizite der aktuellen Praxis adressiert werden, ohne dass es zu einem Systembruch kommt. Externe Effekte sind ein Marktversagenstatbestand und können bisher nicht berücksichtigt werden. Die Integration in die fusionskontrollrechtliche Prüfung würde die tatsächlichen Auswirkungen des Zusammenschlusses abbilden. Dies gilt sowohl für externe Effekte mit Marktbezug als auch für externe Effekte außerhalb des Marktes. Allerdings stellt sich wiederum die Frage, ob die Auswirkungen außerhalb eines Marktes noch vom Kartellrecht erfasst werden sollen.[470]

b) Erweiterte Interpretation des SIEC-Tests

Denkbar wäre auch, die Begrifflichkeiten des SIEC-Tests neu zu interpretieren. Ohnehin gibt es weder in der europäischen, noch in der deutschen Fusionskontrolle eine strenge Reduktion auf

[466] Dolmans, CLPD Competition Law and Policy Debate Vol 5, Issue 4 and Vol 6 issue 1 March 2020 (SSRN 3608023), S. 12.
[467] Dolmans, CLPD Competition Law and Policy Debate Vol 5, Issue 4 and Vol 6 issue 1 March 2020 (SSRN 3608023), S. 12.
[468] Dolmans, CLPD Competition Law and Policy Debate Vol 5, Issue 4 and Vol 6 issue 1 March 2020 (SSRN 3608023), S. 12.
[469] Inderst/Thomas, Journal of European Competition Law & Economics 2021, S. 848. Siehe dazu schon Teil 2.C.II.2.
[470] Siehe dazu schon Teil 2.C.II.2.

eine ökonomische Analyse der Konsumentenwohlfahrt zur Interpretation des SIEC-Tests. Eine erweiterte Auslegung des SIEC-Tests könnte etwa folgende Punkte umfassen:

- Berücksichtigung langfristiger Kundenpräferenzen statt Fokussierung auf kurzfristige monetäre Effekte; solche langfristigen Abnehmerinteressen könnten z.B. den Respekt vor den planetaren Grenzen umfassen;
- Definition des im SIEC-Test geschützten Wettbewerbs als "nachhaltiger Wettbewerb";
- Prüfung von nachhaltigen Innovationswirkungen, z.B. wenn umweltfreundliche Technologien oder die Forschung nach nachhaltigen Lösungen nach einer Übernahme auslaufen sollen.[471]
- Stärkere Berücksichtigung struktureller Wirkungen wie bspw. die Reduzierung der Zahl potentiell innovativer Unternehmen und des potentiellen Innovationswettbewerbs.[472]

Beide unter dieser Option FK 2 genannten Modelle setzen keine gesetzgeberische Änderung voraus. Sie müssten allerdings in der Praxis implementiert werden. Das würde Leitlinien der Behörden voraussetzen, die solche Ansätze spezifizieren, weitere Beispiele nennen und weitere Kriterien für eines der Modelle entwickeln. Das würde allerdings noch nicht garantieren, dass eine entsprechende Fortentwicklung durch die Gerichte mitgetragen würde.

Ob für eine solche Weiterentwicklung des SIEC-Tests ein Bedürfnis besteht, ist ungeklärt. In jedem Fall gehen sie mit erhöhten Regulierungskosten einher, die durch die positiven Nachhaltigkeitswirkungen zumindest aufgewogen werden müssten.

c) Gesetzgeberische Weiterentwicklung des Eingriffstatbestands

Will man sicherstellen, dass eine neue Auslegung des Eingriffstatbestands durch die Gerichte mitgetragen wird, ist eine Gesetzesänderung erforderlich. Diese Forderung ist in der kartellrechtlichen Literatur, soweit ersichtlich, bislang nicht ausdrücklich erhoben worden. Ein solcher Eingriffstatbestand müsste sich darauf beziehen, gerade die Nachhaltigkeitswirkungen zu erfassen, die zusammenschlussbedingt entstehen, also durch die gesellschaftsrechtliche Vereinigung. So

[471] Vgl. Deutscher/Makris, Journal of Antitrust Enforcement 2022, 13 ff., 33 ff., Dolmans, CLPD Competition Law and Policy Debate Vol 5, Issue 4 and Vol 6 issue 1 March 2020, S. 12; Costa-Cabral, Paper SSRN 3778154, S. 2, 8. Kritisch Thomas, Normative Goals in Merger Control, 2021.
[472] Deutscher/Makris, Journal of Antitrust Enforcement 2022, 35 ff., 41 ff.

wäre eine Formulierung denkbar, nach der eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs auch vorliegt, wenn durch den Zusammenschluss der ökologisch und sozial nachhaltige Wettbewerb beeinträchtigt wird.

Alternativ oder ergänzend könnten in die Liste in Art. 2 (1) (b) FKVO (und entsprechend in § 18 Abs. 3 GWB) Bezüge zur nachhaltigen Entwicklung aufgenommen werden.

Der ökologisch und sozial nachhaltige Wettbewerb ist bislang nicht ausdrücklich Schutzgut des Kartellrechts. Allerdings ist die häufige Bezugnahme auf „Leistungswettbewerb" bereits eine normative Aufladung des Wettbewerbsbegriffs. Vom Begriff des Leistungswettbewerbs (competition on the merits) lässt sich durchaus eine Verbindung zu ökologisch und sozial nachhaltigem Wettbewerb ziehen.

Es müsste jedoch (ggf. in Leitlinien oder durch die Gesetzgeber) näher definiert werden, was „ökologisch und sozial nachhaltiger Wettbewerb" ist und in welchen Szenarien es zusammenschlussbedingt zu Einschränkungen kommt. Dazu könnten die Präzisierungen der SDG herangezogen werden. Kennzeichen dieser Option ist, dass der Wettbewerbsorientierung treu geblieben wird, aber eine normative Erweiterung des wettbewerblichen Leitbilds vorgenommen wird.

3. Option FK 3: Berücksichtigung außerwettbewerblicher Ziele

Noch weitergehend könnten außerwettbewerbliche Ziele in die fusionskontrollrechtliche Würdigung aufgenommen werden.[473] Für das deutsche Fusionskontrollrecht würde dies freilich eine Kompatibilitätsprüfung mit Art. 21 FKVO erforderlich machen.

So ließe sich als Eingriffstatbestand etwa eine Vorschrift formulieren, die – ohne Rückgriff auf Wettbewerbsziele – andere normative Ziele zum Gegenstand der Prüfung macht. Es könnte etwa verlangt werden, dass ein Zusammenschluss die Erreichung der UN SDG nicht erschweren dürfe, dass Biodiversität gesichert werden müsse,[474] oder dass keine schädlichen Klimawirkungen mit einem Zusammenschluss verbunden sein dürften. Umgekehrt könnten solche Zusammenschlüsse, die sich positiv auf die Erreichung von SDG auswirken, privilegiert werden.

[473] Dagegen insbesondere Thomas, Normative Goals in Merger Control, 2021.
[474] Zu diesem Beispiel bejahend Zenger, European Competition Law Review 2018, S. 336 ff.

Ein derartiges Modell wird in den Leitlinien der Kommission für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022[475] niedergelegt. Dies ist auch für Zusammenschlussvorhaben denkbar, die eine entsprechende Zielrichtung verfolgen. So könnten etwa Zusammenschlüsse, die einen erheblichen Beitrag zum Klimaschutz leisten sollen (z.B. durch Übernahme und Ausrollen einer klimafreundlichen Technologie oder durch eine Konzentration in der Ladesäulen-Infrastruktur), privilegiert werden, soweit bestimmte wettbewerbliche Mindestanforderungen eingehalten werden.

Die Anforderungen an die positiven Wirkungen für die Nachhaltigkeit müssten konkretisiert werden. Dafür bieten die Leitlinien des Beihilferechts eine Orientierung. Fraglich ist allerdings, inwieweit die Generaldirektion Wettbewerb in Fusionsfällen zur Prüfung von Nachhaltigkeitsbelangen legitimiert sein kann und wie rechtssichere Maßstäbe formuliert werden können.[476]

Fraglich ist insbesondere auch, inwieweit es Fälle gibt, in denen gerade der Zusammenschluss der Unternehmen erforderlich ist, um entsprechende Ziele zu erreichen. Im Zweifel dürfte eine vertragliche Kooperation genügen.

Etwas anderes kann aber gelten, wenn ohne eine Übernahme ein Unternehmen gefährdet ist. In der Literatur wird dazu der Fall skizziert, dass ein Unternehmen – möglicherweise wegen des umweltpolitischen Drucks – in einer absterbenden Branche tätig ist oder konsolidiert werden muss, aber noch eine Brückentechnologie zur Verfügung stellt, die für die grüne Transformation erforderlich ist.[477] Fraglich wäre schon, ob dann überhaupt ein SIEC vorliegt und ob nicht die vorhandenen Instrumente wie Sanierungsfusion[478] und Ministererlaubnis Ausnahmen ermöglichen.

---

[475] Europäische Kommission, Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen, ABl. 2022 C 80/1.
[476] Zur Legitimationsfrage siehe Teil 3.D.
[477] Karl/Pichler in: FS Bechtold, 2021, S. 123, 141 f.
[478] Vgl. Europäische Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2004 C 31/5, Rz. 89 ff. Im deutschen Recht ist in 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 GWB eine pressespezifische Sanierungsfusion normiert. Die Möglichkeit der Sanierungsfusion ist durchaus ein Nachhaltigkeitsthema: Darin kommt der Gedanke zum Tragen, dass volkswirtschaftliche Werte nicht um jeden Preis vernichtet werden sollen, wenn ein Marktaustritt ansteht. Dieser Gedanke kann durchaus mit dem Stichwort „Nachhaltigkeit“ assoziiert werden.

IV. Effizienzeinrede

Sowohl im europäischen (vgl. Erwägungsgrund 29 FKVO) als auch im deutschen Recht (vgl. § 36 Abs. 1 Nr. 1 GWB) wird anerkannt, dass Zusammenschlüsse auch eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen herbeiführen und volkswirtschaftlich erwünschte Effizienzen generieren können. Für die Ausfüllung dieses Begriffs gilt in der Fusionskontrolle, was zu Art. 101 Abs. 3 AEUV festgestellt wurde: Der Begriff der Effizienzen ist ökonomisch zu verstehen, hier kann es zu einem Gleichlauf von Ökonomie und Nachhaltigkeitsinteressen kommen.[479]

1. Rechtslage

Den Unternehmen steht es frei, Effizienzen vorzutragen, die durch Zusammenschlüsse bewirkt werden und die wettbewerblichen Bedenken aufwiegen. Hier ist grundsätzlich eine Anerkennung positiver Nachhaltigkeitswirkungen in weiterem Rahmen als bislang denkbar. Bislang ist die sog. „efficiency defence" allerdings an erhebliche Nachweisanforderungen geknüpft. Gerade langfristige positive Wirkungen für die Nachhaltigkeit, die sich nicht in kurzfristigen Preissenkungen für Verbraucher*innen niederschlagen, werden selten anerkannt.[480]

2. Option FK 4: Erweiterte Anerkennung von Effizienzen

Sollen positive Wirkungen für die Nachhaltigkeit in stärkerem Maße als bislang anerkannt werden können, um Zusammenschlüsse durchführen zu können, die andernfalls untersagt werden, könnte dies klargestellt werden. Die Monopolkommission empfiehlt, die Einführung eines solchen Nachhaltigkeitseinwandes zu erwägen, wenn eine größere praktischer Relevanz hierfür besteht und die Fallpraxis hierzu zunimmt.[481]

Dazu wäre zum einen denkbar, dass die Formulierung der Effizienzeinrede in den gesetzlichen Fassungen erweitert wird. In § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GWB bzw. Erwägungsgrund 29 der FKVO wäre dann eine Formulierung anzufügen, dass als Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen auch solche Verbesserungen gelten, die zu einer Stärkung der Nachhaltigkeit führen. Dies könnte noch näher eingegrenzt werden und in Leitlinien konkretisiert werden. Die Diskussion entspricht

[479] Vgl. Dreyer/Ahlenstiel, WuW 2021, 76, 77: „etwaige Umweltgewinne konkret als fusionsspezifische und nachprüfbare Effizienzvorteile für Verbraucher".
[480] Kuhn/Caroppo, European Competition Law Review 2020, S. 596, 599.
[481] Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten Wettbewerb 2022, Rn 452 ff.

teilweise derjenigen zu Art. 101 Abs. 3 AEUV, allerdings ist schon jetzt das Ausgangskriterium im Gesetz anders gefasst als beim Kartellverbot.

Zum anderen könnte es auch genügen, wenn in Leitlinien zur Auslegung der Effizienzeinrede auf Nachhaltigkeitswirkungen hin angepasst wird. Dazu müssten die Nachhaltigkeitswirkungen in das ökonomische Schema der Effizienzprüfung eingefasst werden. Die Leitlinien könnten an den Leitlinien zu Klima-, Umwelt- und Energiebeihilfen Maß nehmen.

Die Effizienzen müssen allerdings stets zusammenschlussspezifisch sein.[482] Andernfalls ist die Fusionskontrolle nicht der richtige Prüfungsort für derartige Fälle.

V. Abhilfemaßnahmen

In der Praxis wird die ganz überwiegende Zahl aller angemeldeten Zusammenschlüsse freigegeben. In Fällen, in denen wettbewerbliche Bedenken identifiziert werden, können Abhilfemaßnahmen („remedies“) eine Untersagung abwenden.

1. Grundlagen

Typische Auflagen sind der Verkauf einzelner Unternehmensteile oder die Eröffnung von Zugang zu Technologien. Die Auflagen müssen die wettbewerblichen Bedenken ausräumen und verhältnismäßig sein.[483] Die Wettbewerbsbehörde kann den Unternehmen keine Verpflichtungen auferlegen, die nicht unmittelbar dazu dienen, Wettbewerbsbeschränkungen auszuräumen.[484] Allerdings werden Abhilfemaßnahmen, gerade in frühen Phasen der Fusion,[485] ausgehandelt. Dabei haben Unternehmen und Behörden eine gewisse Flexibilität. Fraglich ist, ob bei Prüfung der Zusagen, die fusionswillige Unternehmen anbieten, Nachhaltigkeitsaspekte berücksichtigt werden können, oder ob Zusagenangebote, die grundsätzlich wettbewerblich geeignet wären, auf Basis von Nachhaltigkeitsbedenken zurückgewiesen werden können.

[482] Vgl. Holmes, Journal of Antitrust Enforcement 2020, S. 354, 392.
[483] Vgl. Zusagen-Bekanntmachung der Kommission, ABl. 2008 C 267/1. Ebenso: Bundeskartellamt, Leitfaden Zusagen in der Fusionskontrolle, 2017. Zu den Anforderungen im Einzelnen siehe Käseberg in: Bunte, Kartellrecht, Band 2, 2021, Art. 8 FKVO Rn. 20 ff.
[484] Siehe Kommission, Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen, ABl. 2008 C 267/1, Rz. 9.
[485] Vgl. Holmes, Journal of Antitrust Enforcement 2020, S. 354, 394 f.

2. Entscheidungen

In allen drei großen Agrochemie-Fusionsfällen hat die Europäische Kommission die Freigabe nur mit tiefgreifenden Nebenbestimmungen erteilt. Im Fall *Bayer/Monsanto* wurden u.a. sämtliche Überschneidungen bei Saatgut und Pestiziden durch Abgabe des Bayer-Portfolios beseitigt; Bayer hat seine weltweite Forschungs- und Entwicklungsabteilung für Saatgut und agronomische Merkmale (Bioscience) abgeben müssen ebenso wie die Forschungsaktivitäten in Konkurrenz zu Monsantos Glyphosat.[486] Zudem war eine Lizenz mit Zugang zu den Aktivitäten von Bayer im Bereich digitale Agrarwirtschaft zu erteilen. Die Prüfung beschränkte sich auf rein wettbewerbliche Aspekte. Ob darüber hinaus tatsächlich auch die Umweltwirkungen eine Rolle gespielt haben, lässt sich jedenfalls der Entscheidung nicht entnehmen.

Im Fall *Veolia/Suez* hat die Kommission einen Zusammenschluss in den Bereichen Wasseraufbereitung und Abfallwirtschaft geprüft und mit strukturellen Auflagen freigegeben.[487] Vizepräsidentin *Vestager* erklärte in der Pressemitteilung:

> „Mit diesem Beschluss stellt die Kommission sicher, dass der Zusammenschluss sich nicht nachteilig auf den Wettbewerb auf den Wasser- und Abfallmärkten auswirkt, die für den „Green Deal“ für Europa und die Zirkularwirtschaft von entscheidender Bedeutung sind.“[488]

Mit dieser Äußerung wird erneut deutlich, dass die wettbewerbliche Prüfung ausschlaggebend ist, Wirkungen von Fusionen und Abhilfemaßnahmen für die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen jedoch nicht zu unterschätzen sind.

3. Option FK 5: Stärkung nachhaltiger Abhilfemaßnahmen

Künftig könnten Abhilfemaßnahmen mit Nachhaltigkeitseffekten stärker als bislang berücksichtigt werden und möglicherweise zu einem „Bonus“ für die Unternehmen führen. Diese Möglichkeit ist eröffnet, da das Angebot von Abhilfemaßnahmen von den Unternehmen ausgeht und es sich insofern um freiwillige Maßnahmen handelt. Zudem gibt es seitens der Wettbewerbsbe-

[486] Europäische Kommission, 21.3.2018, Az. M. 8084 – Bayer/Monsanto, Annex 3.
[487] Europäische Kommission, 14.12.2021, Az. M.9969 – Veolia/Suez (unveröffentlicht).
[488] Europäische Kommission, 14.12.2021, Pressemitteilung zum Fall Veolia/Suez, abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_21_6885.

hörde – insbesondere im frühen Verfahrensstadium – keinen mathematisch berechenbaren Konnex zwischen Wettbewerbsbeschränkung und Abhilfemaßnahme: Nicht immer können sich Wettbewerbsbeschränkung und Abhilfemaßnahme eins zu eins entsprechen, sodass es auch Entscheidungsspielräume der Wettbewerbsbehörde gibt. Einen Gleichklang zwischen Nachhaltigkeitszielen und Wettbewerbsöffnung gibt es beispielsweise, wenn ein Unternehmen verpflichtet wird, eine Lizenz für die Nutzung einer umweltfreundlichen Technologie an Wettbewerber zu erteilen.[489] Hier gibt es keinen Konflikt.

Ein weitergehendes Beispiel, das die Ausdehnung des bisherigen Prüfkonzepts beinhalten würde, wäre folgendes: Häufig wird angeordnet, dass bestimmte Unternehmensteile veräußert werden müssen. An die Geeignetheit des Erwerbers werden typischerweise Anforderungen gestellt.[490] Bislang spielt dabei die Nachhaltigkeitsorientierung des Erwerbers keine explizite Rolle. So wird beispielsweise bislang nicht gefordert, dass der Erwerber mit einer klimaneutralen Technologie produziert. Dies als Kriterium aufzunehmen, wäre weitgehend. Allerdings ließe sich ein solches Erfordernis möglicherweise schon in die bisherigen Anforderungen lesen. Die Kommission verlangt in ihren Leitlinien:

> „[…] der Erwerber muss über die finanziellen Mittel, die ausgewiesenen Fachkenntnisse und das Interesse und die Fähigkeit verfügen, die notwendig sind, um das zu veräußernde Geschäft als lebensfähigen, aktiven Wettbewerber in Konkurrenz zu den beteiligten Unternehmen und den anderen Mitbewerbern weiterzuführen und auszubauen, […]“[491].

Argumentieren ließe sich, dass ein lebensfähiger, aktiver Wettbewerber in Konkurrenz nur entsteht, wenn dieser nachhaltig ausgerichtet ist und nicht auf auslaufende Technologien vertraut oder wegen erheblicher Compliance-Schwierigkeiten in der Lieferkette hohen Risken ausgesetzt ist. Dies wäre eine bislang so zwar nicht vertretene, durchaus aber noch wettbewerbsorientierte Auslegung.

[489] Vgl. Kuhn/Caroppo, European Competition Law Review 2020, S. 596, 599.
[490] Kommission, Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen, ABl. 2008 C 267/1, Rz. 48.
[491] Kommission, Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen, ABl. 2008 C 267/1, Rz. 48.

VI. Ministererlaubnis

Im deutschen Recht kann mit Hilfe einer Ministererlaubnis (§ 42 GWB) wegen gesamtwirtschaftlicher Vorteile oder eines überragenden Interesses der Allgemeinheit ein vom Bundeskartellamt untersagter Zusammenschluss durch den/die Bundeswirtschaftsminister*in erlaubt werden. Diese Möglichkeit hat auf europäischer Ebene keine Entsprechung.

Die Formulierung im deutschen Recht ist weit genug, um auch Nachhaltigkeitsbelange in die Erwägungen einzustellen. Umweltschutzbelange können Gemeinwohlgründe i.S.d. § 42 GWB sein. Es muss sich bei den positiven Wirkungen des Zusammenschlusses um solche handeln, die dauerhaft wirken und kausal auf den Zusammenschluss zurückzuführen sind.[492] Wie die Gemeinwohlgründe zu prüfen, ggf. zu quantifizieren und mit der Wettbewerbsbeschränkung abzuwägen sind, ist ein gravierendes Problem.[493]

1. Entscheidung

Umweltpolitische Aspekte waren im Ministererlaubnisverfahren *Miba/Zollern* ausschlaggebend. Der Bundeswirtschaftsminister erteilte die Erlaubnis auf Basis des Gemeinwohlgrunds „Know-how und Innovationspotential für Energiewende und Nachhaltigkeit".[494] Verbunden wurde die Erlaubnis mit der Auflage, Investitionen in Höhe von 50 Mio. Euro in Deutschland zur Verwirklichung dieses Gemeinwohlgrunds innerhalb des Prognosezeitraums zu tätigen. Die von den Fusionsparteien hergestellten Gleitlager kommen u.a. in Windrädern zum Einsatz. Umweltpolitische Ziele wurden ausdrücklich als überragendes Interesse der Allgemeinheit anerkannt, insbesondere auch unter Berufung auf die Nachhaltigkeitsstrategie der Bundesregierung sowie auf die internationalen Klima-Verpflichtungen der Bundesregierung, das UN SDG 7 und Art. 20a GG.[495]

[492] Kallfaß in: Bunte, Kartellrecht, Band 1, 2021, § 42 GWB Rn. 5.
[493] Vgl. Konrad, Das Gemeinwohl, die öffentliche Meinung und die fusionsrechtliche Ministererlaubnis, 2019.
[494] BMWi, 19.8.2019, Az. IB2-20302/14-02, Rz. 167.
[495] BMWi, 19.8.2019, Az. IB2-20302/14-02, Rz. 172 ff., 251.

Die Monopolkommission riet dazu, die Ministererlaubnis nicht zu erteilen.[496] Der umweltpolitische Gemeinwohlgrund sei nur anzuerkennen, „wenn auch Dritte von diesen Auswirkungen profitieren könnten, ohne dass dies am Markt vergütet würde."[497] Damit werden Nachhaltigkeitsaspekte als Externalitäten gewürdigt.

Der Wirtschaftsminister stellte demgegenüber fest:

> „Dieser externe Effekt ist vorliegend dadurch erfüllt, dass es durch das Gemeinschaftsunternehmen zu einer schnelleren Eröffnung neuer Zukunftsanwendungen für Gleitlager kommt, die im Rahmen der Energiewende von Bedeutung sind, und dass das Gemeinschaftsunternehmen durch seine F&E anwendungsübergreifend und schneller zur Reduktion des Kraftstoffverbrauchs bei Motoren und zur Entwicklung neuer (umweltschonenderer) Werkstoffe beitragen und so das Leitprinzip der Nachhaltigkeit umsetzen kann."[498]

Die rasche Erzielung dieses externen Effekts werde durch die Investitionsauflage abgesichert.

Der Minister nahm damit eine qualitative, keine quantitative Prüfung vor. Hingenommen wurde dabei, dass die Gemeinwohlvorteile „eher mittel- bis langfristig bewirkt" werden.[499] Dennoch wurde ein Überwiegen dieser Vorteile gegenüber den wettbewerblichen Bedenken des Bundeskartellamts festgestellt. Die konkreten Voraussetzungen für den Eintritt der Allgemeininteressen seien ermittelt und abgesichert worden.

Die Entscheidung stieß auf Kritik.[500] Es wird allerdings nicht bestritten, dass Nachhaltigkeitsaspekte Gemeinwohlgründe darstellen können, die im Rahmen der Ministererlaubnis berücksichtigungsfähig sind.

---

[496] Monopolkommission, Sondergutachten 81: Zusammenschlussvorhaben der Miba AG mit der Zollern GmbH & Co. KG, 2019.
[497] Monopolkommission, Stellungnahme zu den beabsichtigten Nebenbestimmungen im Ministererlaubnisverfahren Miba/Zollern, 19.8.2019, S. 2.
[498] BMWi, 19.8.2019, Az. IB2-20302/14-02, Rz. 185.
[499] BMWi, 19.8.2019, Az. IB2-20302/14-02, Rz. 258.
[500] Konrad, WuW 2020, 244; s. auch Budzinski/Stöhr, ZWeR 2020, 437.

2. Exkurs: Industriepolitische Debatte

Die Öffnung des europäischen Prüfrasters in der Fusionskontrolle für außerwettbewerbliche Aspekte, ähnlich wie mit der Ministererlaubnis in Deutschland, wird nicht nur aus Nachhaltigkeitsperspektive gefordert. Eine Vielzahl von nicht-wettbewerblichen Interessen ist denkbar, die den Prüfungsmaßstab verändern könnten. In den vergangenen Jahren wurde mit Blick auf die Untersagung der Fusion *Siemens/Alstom* prominent gefordert, die europäische Fusionskontrolle für industriepolitische Erwägungen zu öffnen (Stichwort: European champions).[501] Dies ist in der Wissenschaft einhellig auf Ablehnung gestoßen.[502]

3. Option FK 6: Korrektur der Fusionskontrollentscheidung

Bleibt die Zusammenschlusskontrolle im Wesentlichen bei einer wettbewerbsorientierten Prüfung, so wie es naheliegt und in dem Instrument selbst auch angelegt ist, stellt sich die Frage, ob außerhalb der Fusionskontrolle als „Trumpfkarte" mit Gemeinwohlerwägungen das Ergebnis der behördlichen Prüfung korrigiert werden kann. Dies kann in zwei Richtungen geschehen:

- Mit einem Instrument wie der deutschen Ministererlaubnis (§ 42 GWB) werden Fusionen ermöglicht, die aus wettbewerblichen Gründen untersagt wurden.
- Umgekehrt könnte auch ein politisches Veto gegen solche Fusionen ausgesprochen werden, die zwar wettbewerblich unbedenklich sind, aber aus Gemeinwohlgründen untersagt werden sollen.

Am Instrument der Ministererlaubnis wird starke Kritik geübt.[503] Hervorgehoben wird von Befürwortern aber, dass es sinnvoll ist, ein Ventil für außerwettbewerbliche Erwägungen zu haben, die an eine Fusionskontrollprüfung angeknüpft werden können.[504] Das deutsche Modell hat den Vorteil, Transparenz herzustellen, sodass weiterhin klar zwischen wettbewerblichen Erwägungen und Gemeinwohlerwägungen differenziert wird. Nachhaltigkeitserwägungen können – wie bei

[501] Vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) und MINEFI – französisches Wirtschafts- und Finanzministerium (Ministère de l'Économie et des Finances) (2019), A Franco-German Manifesto for a European industrial policy fit for the 21st Century, 19. Februar 2019.

[502] Statt aller Motta/Peitz, Europa braucht mehr, nicht weniger Wettbewerb, 15.2.2019, Manifest, abrufbar https://www.d-kart.de/blog/2019/02/15/europa-braucht-mehr-nicht-weniger-wettbewerb/.

[503] Vgl. Podszun, NJW 2016, 617; Konrad, Das Gemeinwohl, die öffentliche Meinung und die fusionsrechtliche Ministererlaubnis, 2019.

[504] Siehe nur Bien, NZKart 2016, 445, 446 mit weiteren Beispielen ähnlicher Regelungen aus dem Ausland.

Miba/Zollern gesehen – in diesem Rahmen berücksichtigt werden.[505] Insofern besteht für Deutschland kein Bedarf, ein derartiges Instrument einzuführen.

Im Rahmen der europäischen Fusionskontrolle können politische Erwägungen im Gremium der Kommissare ausschlaggebend sein. Das wird allerdings kaum transparent. Die dafür zitierten Fälle dürften absolute Ausreißer sein. Ein echter Bedarf für eine transparent ausgestaltete Gemeinwohlprüfung scheint auf europäischer Ebene bislang auch nicht gesehen zu werden. Angesichts der in der EU noch stärker als auf nationaler Ebene divergierenden Vorstellungen, was eine Gemeinwohlerwägung ist, scheint eine politische Öffnung des Fusionskontrollrechts noch problematischer als schon auf nationaler Ebene.

Auch für den umgekehrten Fall, das Verbot einer erlaubten Fusion aus Nachhaltigkeitsgründen, scheint es kaum Anknüpfungspunkte zu geben. Die politische Untersagung müsste zusammenschlussspezifisch sein. Abgesehen davon, dass eine solche Untersagung auch rechtlich viele Probleme aufwirft (etwa mit Blick auf die Vereinbarkeit mit Art. 21 FKVO, den Grundfreiheiten und Welthandelsrecht), scheinen kaum Fälle denkbar, in denen gerade durch einen Zusammenschluss erhebliche Nachhaltigkeitsstörungen entstehen, die nicht in irgendeiner Form in der Konzentration selbst begründet sind und also Gegenstand der Zusammenschlusskontrolle sein können. Wenn Unternehmen nicht-nachhaltige Geschäftsmodelle betreiben, kann dies möglicherweise politisch untersagt werden. Es handelt sich dann aber nicht um ein Thema der Fusionskontrolle.

Wird eine politische Trumpfkarte im Anschluss an die Fusionskontrolle gezogen, stellt sich die Frage, welche Erwägungen berücksichtigungsfähig sein sollten. Hierbei ist auf deutscher Ebene auf Art. 20a GG und auf europäischer Ebene auf die anderen Unionsziele abzustellen. Es wird dann aber das Feld des Wettbewerbsrechts verlassen.

VII. Zusammenfassung

Der Ausgangsbefund aus *Bayer/Monsanto*, dass das machtvolle Instrumentarium der Fusionskontrolle mit Nachhaltigkeitsfragen nichts zu tun hat, ist so nicht richtig: Schon jetzt gibt es Anknüpfungspunkte für die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsthemen in der Fusionskontrolle. Eine

[505] Vgl. auch Karl/Pichler in: FS Bechtold, 2021, S. 123, 137 mit Hinweis auf Art. 20a GG und die Investitionsauflage im Fall Miba/Zollern.

Verstärkung kommt insbesondere in Betracht, wenn – wie bei Art. 101 AEUV – der Blick für den Zusammenhang von Konzentration und Nachhaltigkeit geschärft wird oder Wettbewerb stärker als nachhaltiger Wettbewerb aufgefasst wird. Im Rahmen der Effizienzeinrede und bei Abhilfemaßnahmen ist eine erweiterte Anerkennung von Sustainability-Bezügen denkbar. Eine stärkere Berücksichtigung außerwettbewerblicher Ziele gefährdet jedoch die klassische Wettbewerbsorientierung und würde ein Einfallstor für verschiedene außerwettbewerbliche Ziele. Das kann – wenn überhaupt – nur in äußerst engen Grenzen erfolgen, wenn man nicht den Kern des Fusionskontrollrechts aushöhlen will. Wo ein Zusammenhang zwischen Konzentration und Nachhaltigkeitswirkungen nachgewiesen werden kann, ist es besonders sinnvoll, Konzentration zu bekämpfen. Wo ein solcher Zusammenhang fehlt, ist das Instrument grundsätzlich unpassend. Steht das Fusionskontrollrecht einmal Konzentrationen im Weg, die für die Nachhaltigkeit förderlich sind, ist eher über politische Ausnahmen außerhalb des eigentlichen Verfahrens nachzudenken.

F. Verfahren und Sanktionen

Eine Berücksichtigung von Nachhaltigkeitserwägungen ist auch im Rahmen des Verfahrens- und Sanktionsrechts möglich.

I. Aufgreifermessen

Sowohl die Europäische Kommission[506] als auch das BKartA[507] können im Rahmen ihres Ermessens entscheiden, ob sie ein Verfahren wegen Verstoßes gegen das Kartell- oder Missbrauchsverbot eröffnen. Die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitszielen ist hier nicht von vornherein ausgeschlossen.[508]

1. Grundlagen

Die Wettbewerbsbehörden müssen entscheiden, wie sie ihre Ressourcen bei der Verfolgung von Verstößen gegen das Kartell- und Missbrauchsverbot einsetzen. Deswegen können die Kartellbehörden von der Verfolgung von Verstößen absehen oder bestimmte Verstöße besonders intensiv verfolgen. Rechtliche Maßstäbe dafür gibt es so gut wie nicht. Für die Europäische Kommission kommt eine Überprüfung des Aufgreifermessens nur im Wege des Beschwerdeverfahrens nach Kapitel IV der VO (EG) 773/04 in Frage. Dem Bundeskartellamt kommt ebenfalls ein Aufgreifermessen zu.

Wie das Aufgreifermessen ausgeübt wird, ist praktisch von enormer Bedeutung: Entscheidet die Behörde, einen Fall zu analysieren, können daraus gewichtige kartellrechtliche Folgen entstehen, von Verhaltensvorgaben bis zu Bußgeldern. Sieht die Behörde davon ab, ist der Spielraum der betroffenen Unternehmen wesentlich größer. Dann droht im Wesentlichen „nur“ die private Rechtsdurchsetzung.

Die Generaldirektion Wettbewerb hat in ihrem „Strategic Plan 2020-2024“ angekündigt, ihre Kartellrechtsdurchsetzung im Einzelfall so auszuüben, dass der European New Green Deal gestützt

[506] Kreifels, Die Prioritätensetzung der Europäischen Kommission beim Aufgreifen kartellrechtlicher Fälle, 2019, S. 40 f.
[507] § 54 Abs. 1 S. 2 GWB.
[508] Whish/Bailey, Competition Law, 2021, S. 166.

wird.[509] Es ist kaum nachzuvollziehen, inwieweit diese Ankündigung das Aufgreifermessen tatsächlich beeinflusst. Auch aus den Abweisungsentscheidungen lassen sich insoweit keine Rückschlüsse für eine besondere Berücksichtigung von Nachhaltigkeitszielen ziehen.[510]

Das BKartA hat in drei Fällen von nachhaltigkeitsorientierten Kooperationen von der Verfahrenseinleitung abgesehen.

a) Fairtrade

Im Tätigkeitsbericht 2017/2018 erklärte das BKartA, es habe kein Verfahren gegen das Fairtrade-System eingeleitet und dahingehend sein Aufgreifermessen ausgeübt. Es handle sich um ein freiwilliges, nicht exklusives System mit geringem Marktanteil und hoher Transparenz.

Das Fairtrade-System betrifft den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen aus Drittstaaten. Für diesen definiert es Standards, auf deren Grundlage das Fairtrade-Siegel verliehen wird. Teile der Standards sind organisatorische und produktbezogene Kriterien. Hinzu kommen Preiselemente, die einen Mindestpreis für bestimmte Produktgruppen und die Zahlung einer Fairtradeprämie vorschreiben. Trotz dieser – wettbewerblich nicht unbedenklichen – Preiselemente sah das BKartA von einem Einschreiten ab.[511]

b) Initiative Tierwohl

Die Initiative Tierwohl ist ein Branchenbündnis aus Landwirtschaft, Fleischwirtschaft und Lebensmitteleinzelhandel, welches das Bundeskartellamt seit 2015 immer wieder beschäftigt.[512]

Die Initiative Tierwohl ist eine Nachhaltigkeitsinitiative, die im Wesentlichen von den vier großen Einzelhandelsunternehmen in Deutschland finanziert wird. Dazu werden seit 2015 pro verkauftem Kilogramm Schweine- und Geflügelfleisch wenige Cent an die Initiative abgeführt.[513] Mit diesem Geld werden Tierhalter für die Umsetzung von Tierwohlmaßnahmen, wie insbesondere mehr Platz in Ställen, honoriert. Produzenten können der Initiative beitreten und deren Kenn-

[509] DG Competition, Strategic Plan 2020-2024, Ref. Ares (2020)5180558 - 02/10/2020, S. 13.
[510] Kreifels, Die Prioritätensetzung der Europäischen Kommission beim Aufgreifen kartellrechtlicher Fälle, 2019, S. 134 ff.; Brook/Cseres, Priority setting in EU and national competition law enforcement, 2021, S. 43 ff.
[511] BKartA, Tätigkeitsbericht 2017/2018, 2019, S. 52.
[512] BKartA, Tätigkeitsbericht 2017/2018, 2019, S. 52; BKartA, Pressemitteilung v. 28.9.2017.
[513] BKartA, Pressemitteilung v. 28.9.2017, 2017.

zeichnung verwenden, die die Haltebedingungen des jeweiligen Tieres in die Stufen 1-4 einordnet.[514] Das Bundeskartellamt berücksichtigte 2022 bei Ausübung des Aufgreifermessens Nachhaltigkeitsbelange, indem es trotz kartellrechtlicher Bedenken vorerst kein Verfahren eingeleitet hat.[515] Angestrebt wird ausdrücklich, „in einer Übergangsphase" eine kartellrechtskonforme Ausgestaltung zu entwickeln, so beispielsweise bei der Ausweitung der Initiative auf die Rindermast.[516] Ein einheitlicher Aufpreis soll in Zukunft nicht mehr geduldet werden, stattdessen sollen mehr wettbewerbliche Elemente genutzt werden.[517] Gemeinsame Label für Tierwohlkriterien und die Abführung einer geringen Summe als Ausgleich für bessere Haltebedingungen seien mit dem Kartellverbot vereinbar, da sie die Transparenz für Verbraucher bei der Auswahl des Fleischs nach Tierwohlkriterien erhöhen.

Die zurückhaltende Ausübung des Aufgreifermessens wurde hier mit der kontinuierlichen Begleitung der Nachhaltigkeitsinitiative kombiniert.

c) Living Wages im Bananensektor

2022 beschäftigte sich das Bundeskartellamt mit einer weiteren freiwilligen Selbstverpflichtung des Lebensmitteleinzelhandels.[518] Die GIZ und der deutsche Lebensmitteleinzelhandel vereinbarten gemeinsame Standards entlang der Lieferketten für Eigenmarkenbananen. Ziel war ein Monitoring von Löhnen und eine stärkere Nachhaltigkeit der Beschaffungspraktiken. Außerdem soll das Absatzvolumen der diesen Standards entsprechenden Bananen schrittweise erhöht werden. Das BKartA sah keinen Grund zur Eröffnung des Verfahrens, da kein Austausch zu Preisen oder Kosten stattfindet und keine verbindlichen Mindestpreise oder Preisaufschläge Teil der Initiative sind.

[514] Für Details siehe https://initiative-tierwohl.de.
[515] BKartA, Pressemitteilung v. 18.1.2022, Nachhaltigkeit im Wettbewerb erreichen – Bundeskartellamt schließt Prüfung von Brancheninitiativen ab, 2022.
[516] BKartA, Pressemitteilung v. 18.1.2022, Nachhaltigkeit im Wettbewerb erreichen – Bundeskartellamt schließt Prüfung von Brancheninitiativen ab, 2022.
[517] BKartA, Pressemitteilung v. 18.1.2022, Nachhaltigkeit im Wettbewerb erreichen – Bundeskartellamt schließt Prüfung von Brancheninitiativen ab, 2022.
[518] BKartA, Pressemitteilung v. 18.1.2022, Nachhaltigkeit im Wettbewerb erreichen – Bundeskartellamt schließt Prüfung von Brancheninitiativen ab, 2022.

2. Nachhaltigkeitsbezug

Das Aufgreifermessen kann in verschiedene Richtungen ausgeübt werden. Die Kartellbehörden können Absprachen dann nicht verfolgen, wenn diese Nachhaltigkeitsinitiativen zum Gegenstand haben. Damit können die Behörden den Unternehmen erweiterte Spielräume lassen, wenn es um die Ausgestaltung von Nachhaltigkeitsinitiativen geht und Anreize setzen, sodass Unternehmen diese Spielräume austesten.

Die aktive Begleitung von Nachhaltigkeitsinitiativen bietet demgegenüber eine Chance, mit der Kartellbehörde eine möglichst rechtssichere Ausgestaltung zu finden. Das Kartellamt wird „beratend" tätig und prüft nur informell.

Dem entgegengesetzt können die Wettbewerbsbehörden aber auch die Verfolgung von Absprachen oder Missbräuchen priorisieren, die potentiell nachhaltigkeitsschädlich sind.

3. Option VS 1: Nachhaltigkeitsorientierte Ausübung des Aufgreifermessens

Eine Ermessensausübung mit Bezug zur Nachhaltigkeit ist bereits jetzt und ohne Änderung der Rechtslage möglich. Ungeklärt ist die Frage, anhand welcher Kriterien die Kartellbehörden unterscheiden sollten, welche Nachhaltigkeitsinitiativen sie nicht aufgreifen wollen, wo sie informell beratend tätig werden sollen und welche möglicherweise nachhaltigkeitsschädlichen Praktiken sie priorisiert verfolgen wollen.

Die Kartellbehörden könnten, noch stärker als bislang, Nachhaltigkeitsaspekte bei der Ausübung des Aufgreifermessens berücksichtigen. Insbesondere sollten – ergebnisoffen – Fälle verstärkt aufgegriffen werden, bei denen eine besondere Nachhaltigkeitswirkung zu vermuten ist. Für eine stärkere Berücksichtigung spricht die Bedeutung der SDG, auch im internationalen Diskurs. Zudem könnte durch eine erhöhte Zahl an Fällen mit Nachhaltigkeitsbezug der Zusammenhang von Wettbewerb und Nachhaltigkeit stärker durchleuchtet werden.

Die Kartellbehörden können dies schon jetzt selbst steuern und gehen, wie gesehen, auch in diese Richtung. Eine gesetzgeberische Festlegung zum Aufgreifermessen ist nicht ratsam. Hier sollte

die marktnahe Behörde selbst einschätzen, was zu tun ist, schon mit Blick auf ihre Unabhängigkeit. Problematisch ist an der recht intransparenten Praxis jedoch, dass es die Unternehmen quasi dazu zwingt, stets auf das Bundeskartellamt zuzugehen.[519]

Denkbar wäre eine stärkere Selbstbindung der Kartellbehörden, etwa durch die Festlegung von Prioritäten jeweils zu Jahresbeginn oder durch Verwaltungsgrundsätze zur Ermessensausübung, wie sie in § 32c Abs. 3 GWB vorgesehen sind. Dafür spricht, dass mit Verwaltungsgrundsätzen zum Aufgreifermessen eine bessere Orientierung, möglicherweise sogar eine gewisse Rechtssicherheit für die Unternehmen entsteht.[520] Dagegen spricht, dass es schwierig sein wird, schon auf Stufe des Aufgreifermessens allgemeine, abstrakte Kriterien zu formulieren, welche Fälle vorrangig betrachtet oder nicht betrachtet werden. Dazu ist das Verständnis von Nachhaltigkeit möglicherweise zu weit. Zudem sind es gerade die Flexibilität und das Überraschungsmoment, die das Einschreiten der Kartellbehörde wirksam machen. Denkbar ist auch, dass es zu anderen Zeitpunkten auch andere Themen oder Fälle gibt, die besonders dringlich erscheinen. Der politische Appell an die Kartellbehörden, in diesem Feld noch aktiver zu werden, ist also willkommen, bedarf aber wohl derzeit keiner weitergehenden Verrechtlichung.

Dass das Aufgreifen oder Nicht-Aufgreifen von Fällen eine sehr bedeutsame Weichenstellung für die gesamte Durchdringung ist, sollte den Behörden im Sinne einer Sustainability Awareness sehr bewusst sein: Von dieser ersten Entscheidung hängt es ab, ob eine Verhaltensweise einer genauen wettbewerblichen Prüfung unterzogen wird oder nicht.

II. Kartellbehördliche Begleitung von Nachhaltigkeitsinitiativen

In der Praxis der Kartellbehörden gibt es informelle Vorabklärungen von Sachverhalten, die unterschiedliche Bindungswirkungen entfalten.[521]

1. Rechtslage

Das Spektrum reicht von informellen Diskussionen ohne jede Bindungswirkung über Stellungnahmen bis zu Entscheidungen nach § 32c GWB oder Art. 10 VO (EG) 1/2003. In der deutschen

[519] Higer, NZKart 2022, 547, 551.
[520] Vgl. die Gesetzesbegründung zu § 32c Abs. 3 GWB, BT-Drucks. 19/23492, S. 87.
[521] Vgl. auch Provost, Concurrences N° 1-2023, 31, 34 f.

Praxis haben sich sog. „Vorsitzendenschreiben“ als wichtige Instrumente etabliert, mit denen Unternehmen eine gewisse Orientierung erhalten. Diese Schreiben erläutern die Anwendungspraxis aus Sicht der Kartellbehörde; vielfach wird der Begriff mit der Mitteilung nach § 32c Abs. 2 GWB in Verbindung gebracht, dass die Behörde von ihrem Aufgreifermessen keinen Gebrauch macht. In diesen Schreiben wird keine Verfügung getroffen. Die Kartellbehörde begründet durch diese Schreiben zumindest einen gewissen Vertrauensschutz.[522] Gerichte werden in keiner Weise gebunden, gleichwohl entfalten die Schreiben eine gewisse Überzeugungswirkung auch für die private Rechtsdurchsetzung.[523]

In § 32c Abs. 1 GWB ist geregelt, dass das Bundeskartellamt entscheiden kann, dass aus seiner Sicht kein Anlass zum Tätigwerden besteht, da kein Rechtsverstoß vorliegt. In § 32c Abs. 2 GWB ist geregelt, dass die Kartellbehörde auch mitteilen kann, dass sie ihr Aufgreifermessen dahingehend ausübt, einen Sachverhalt nicht aufzugreifen. Nach § 32c Abs. 4 GWB haben Unternehmen auf Antrag einen Anspruch auf eine Entscheidung nach Absatz 1, wenn "ein erhebliches rechtliches und wirtschaftliches Interesse an einer solchen Entscheidung besteht". Diese Ergänzung sollte nach dem Willen des Gesetzgebers "zu einem deutlichen Anstieg von informellen Prüfungen" führen und so die Rechtssicherheit für Unternehmen erhöhen.[524] Ein deutlicher Anstieg der Verfahren nach diesem Modell ist allerdings, soweit ersichtlich, nicht eingetreten.

Die Europäische Kommission hat gem. Art. 10 VO (EG) 1/2003 die Befugnis, mit bindender Wirkung festzustellen, dass ein Verhalten nicht gegen Art. 101 Abs. 1 und Art. 102 AEUV verstößt oder gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt ist. Eine solche Feststellung soll getroffen werden, wenn dies "aus Gründen des öffentlichen Interesses (...) erforderlich" ist. Die Kommission hat, soweit ersichtlich, bislang keine Entscheidung nach Art. 10 VO (EG) 1/2003 getroffen.

2. Option VS 2: Anspruch auf sog. Vorsitzendenschreiben

Eine Erweiterung und vor allem eine erweiterte Anwendung dieser Möglichkeiten der Behörden würde die Schwierigkeiten der Selbstveranlagung teilweise überwinden und größere Klarheit für

[522] Bornkamm/Tolkmitt in: Bunte, Kartellrecht, Band 1, 2021, § 32c GWB Rn. 21.
[523] Vgl. zu den Wirkungen Bornkamm/Tolkmitt in: Bunte, Kartellrecht, Band 1, 2021, § 32c GWB Rn. 13 ff.
[524] Gesetzesbegründung zur 10. GWB-Novelle, BT-Drucks. 19/23492, S. 59, 61, 87.

das Kartellrecht insgesamt bieten.[525] Die Vorsitzendenschreiben erinnern an die "comfort letters", die vor Erlass der VO (EG) 1/2003 im europäischen Kartellrecht üblich waren (damals Art. 2 VO 17/62).

Im deutschen Recht könnte der Anspruch auf entsprechende Schreiben gestärkt werden, indem die Beschränkung auf die Zusammenarbeit mit Wettbewerbern in § 32c Abs. 4 GWB fallengelassen wird. Zudem könnte vorgesehen werden, dass als erhebliches rechtliches und wirtschaftliches Interesse auch gilt, dass das in Frage stehende Verhalten für die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen bedeutsam ist. Dazu müssten die Unternehmen entsprechend vortragen. Die Formulierung muss nicht präziser ausfallen, da ein Missbrauch der Vorschrift nicht zu erwarten ist. Ein solcher könnte ggf. durch die Weigerung der Behörde und sodann durch die Gerichte geklärt werden.

Im europäischen Recht müssten die Hürden für ein Beratungsschreiben abgesenkt werden. Art. 10 VO (EG) 1/2003 ist insofern zu eng und wird zum Teil sogar als Ausschluss für die Berücksichtigung nicht-wettbewerblicher Aspekte gelesen.[526] In einer Neufassung der Kartellverfahrensverordnung könnte eine Möglichkeit vorgesehen werden, unterhalb der Schwelle einer Entscheidung nach Art. 10 VO (EG) 1/2003 für Nachhaltigkeitsinitiativen eine informelle Beratung mit der Kommission vorzusehen, die mit einer schriftlichen Stellungnahme abgeschlossen wird, die keine Bindungswirkung entfaltet.[527]

Für die informelle Guidance, die damit geleistet wird, sind zwei weitere Aspekte von Bedeutung: Erstens ist zu klären, inwieweit die Behörde Dritte an dem Prozedere beteiligen sollte.[528] Eine rechtliche Verpflichtung besteht dazu nicht. Angesichts der zuweilen erheblichen faktischen Wirkungen sollten aber diejenigen angehört werden, die betroffen sind. Dabei könnten in Nachhaltigkeitsfällen auch diejenigen Gehör finden, die die Nachhaltigkeitsinteressen vertreten.

Um die erforderliche Wirkung in Märkten zu erzielen, sollten alle Entscheidungen der Kartellbehörde, auch die nach § 32c GWB, zwingend veröffentlicht werden (anders als in § 61 Abs. 3 S. 2

[525] Befürwortend auch American Bar Association, Sustainability and Competition Law – Report of the International Developments and Comments Task Force, 2021, S. 20.
[526] Vgl. Sura in: Bunte, Kartellrecht, Band 2, 2021, Art. 10 VO 1/2003 Rn. 3.
[527] So schon Competition Law Forum, Reform of Regulation 1/2003: Correcting the Current Lack of Effective Communication, 2008, S. 3 ff.
[528] Vgl. Brinker in: FS Wiedemann, 2020, S. 737.

GWB vorgesehen). Auch sonstige, noch informellere Guidance sollte von den Kartellbehörden publik gemacht werden. Es gibt keinen Grund, derartige Schreiben, die nach § 1 Abs. 1 S. 1 IFG ohnehin herauszugeben wären, nicht zu veröffentlichen. Nachhaltigkeitsinitiativen sollen zur Nachahmung anregen. Schon das spricht für eine Veröffentlichung. Zudem sind sonst gerade kleinere Marktteilnehmer am ehesten von wesentlichen Unternehmen abgeschnitten.

3. Option VS 3: Sustainability Sandbox

Erwogen werden könnte die Einführung einer Sustainability & Competition-Sandbox nach dem von der griechischen Wettbewerbsbehörde vorgeschlagenen Modell.[529] Dies würde eine engere Begleitung von Nachhaltigkeitsinitiativen durch die Kartellbehörden implizieren.

Sandboxes sind regulatorische „safe spaces", in denen innovative Verhaltensweisen und Geschäftsmodelle unter Aufsicht und Evaluation implementiert werden.[530] Unternehmen können, ohne regulatorische Eingriffe fürchten zu müssen, Kooperationen zeitlich begrenzt ausprobieren. Bei positiver Evaluation kann das Vorgehen dauerhaft im Markt etabliert werden. Die griechische Wettbewerbsbehörde spricht insofern von einem „supervised space for experimentation (...) for the promotion of innovative business initiatives in favour of sustainable development."[531] Nach Einreichung eines Vorschlags soll die Wettbewerbsbehörde grünes Licht geben durch ein "no-enforcement action letter". Auf dieser Basis soll das konkrete Projekt umgesetzt werden, es unterliegt aber einem Monitoring der Wettbewerbsbehörde. Die Analyse schließt nicht nur die wettbewerblichen Folgen ein, sondern auch die Erreichung von Key Performance Indicators (KPI) für Nachhaltigkeit. In einem „Technical Report" will die griechische Wettbewerbsbehörde diese KPI definieren.[532]

Das Modell der Sustainability Sandbox knüpft an andere regulatorische Sandboxes an, die zum Ziel haben, Unternehmen Spielräume zu eröffnen und diese zum Austesten innovativer Lösungen

[529] Siehe www.epant.gr/en/enimerosi/sandbox.html; OECD, Note by Greece, Environmental Considerations in Competition Enforcement, 2021, DAF/COMP/WD(2021)48.
[530] OECD, Note by Greece, Environmental Considerations in Competition Enforcement, 2021, DAF/COMP/WD(2021)48, Rz. 20.
[531] OECD, Note by Greece, Environmental Considerations in Competition Enforcement, 2021, DAF/COMP/WD(2021)48, Rz. 30.
[532] Dies ist bislang offenbar nicht geschehen.

zu ermuntern. Der Unterschied zur Beratungspraxis, die sich dann beispielsweise in „Vorsitzendenschreiben" niederschlägt, ist das strukturierte Vorgehen. Die Unternehmen können – mindestens aus Gründen der Selbstbindung der Behörde – einen Anspruch auf eine Behandlung im Sandbox-Verfahren stellen. Noch zugkräftiger werden Sandbox-Modelle, wenn damit ein Dispens von regulatorischen Beschränkungen einhergeht. Würde beispielsweise eine Verhaltensweise für fünf Jahre vom Kartellrecht freigestellt (inklusive einer entsprechenden Wirkung auch in der privaten Rechtsdurchsetzung), würde dies den Anreiz für Unternehmen erhöhen. Zugleich würde eine hohe Transparenz geboten.

Gleichwohl bleibt die Frage, was nach Ablauf der Testphase geschieht. Größere Investitionen werden bei einem Zeitrahmen von ca. 5 Jahren möglicherweise nicht getätigt, wenn nicht die Rechtssicherheit gegeben ist, dass die Investition länger als 5 Jahre betrieben werden kann.

Eine echte Freistellung vom Kartellverbot müsste mit höherrangigem Recht in Einklang stehen. Nationale Lösungen greifen hier nur begrenzt. Es wäre insofern eine europäische Initiative für eine Sandbox erforderlich.

III. Sektoruntersuchung

Mit dem Instrument der Sektoruntersuchung nach § 32e GWB bzw. Art. 17 VO (EG) 1/2003 haben die Wettbewerbsbehörden eine wichtige Ermittlungsmöglichkeit, um Märkte systematisch zu erfassen.

1. Rechtslage

Die Anforderungen für die Einleitung sind nicht hoch, zumal das Bundeskartellamt eine Sektoruntersuchung auch auf vermutete Verbraucherrechtsverstöße stützen kann (§ 32e Abs. 5 GWB). Die Hürden für die Einleitung von Sektoruntersuchungen in § 32e Abs. 1 und 5 GWB und Art. 17 VO (EG) 1/2003 sind zwar nicht hoch. Gleichwohl sind sie auf Preisentwicklungen und Wettbewerbs- resp. Verbraucherthemen (bei § 32e Abs. 5 GWB) ausgerichtet. Bisherige Sektoruntersuchungen

waren mehrfach Themen mit hohem Nachhaltigkeitsbezug gewidmet, etwa der Energiewirtschaft, der Ladesäulen-Infrastruktur oder der Abfallwirtschaft.[533] Es ist denkbar, dass das Bundeskartellamt oder die Kommission noch stärker als bisher im Rahmen derartiger Sektoruntersuchungen das Verhältnis von Nachhaltigkeit und Wettbewerb ausloten.

2. Option VS 4: Sektoruntersuchungen zu Nachhaltigkeit und Wettbewerb

Durch eine weitere Formulierung könnten Sektoruntersuchungen für das Zusammenspiel von Wettbewerb und Nachhaltigkeit ermöglicht werden, ohne dass die abstrakte Gefahr von Wettbewerbsverstößen überhaupt im Raum steht. So wäre etwa eine Formulierung denkbar, dass die Behörden auch Sektoruntersuchungen vornehmen können, um die Wirkung von Marktaktivitäten und Wettbewerb auf die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen zu untersuchen. Das würde den bislang zumindest abstrakt notwendigen Konnex zu potentiellen Rechtsverstößen auflösen. Die auf dieser Basis gesammelten Erkenntnisse wären für die weitere wettbewerbsorientierte Gestaltung des Nachhaltigkeitspfads hilfreich und wären im Bereich der Competition Advocacy einzuordnen. Allerdings würde damit auch eine Belastung der Unternehmen einhergehen, die zu Auskünften verpflichtet wären. Von einer Durchsuchungsmöglichkeit wäre in diesem Fall abzusehen.

IV. Drittbeteiligung und Behördenkooperation

Kartellbehörden bzw. -gerichte und unmittelbar betroffene Unternehmen sind nicht die einzigen Akteure in kartellrechtlichen Verfahren. Gemäß Art. 27 Abs. 3 (EG) VO 1/2003 können Dritte an Kartellverfahren beteiligt werden, die ein „ausreichendes Interesse glaubhaft machen“. Gemäß Art. 18 Abs. 4 FKVO können Dritte in Fusionskontrollverfahren angehört werden. Erforderlich ist ein „hinreichendes Interesse“. Eine Einbindung Dritter ist auch im frühen Verfahrensstadium bereits möglich.[534] Zudem sind für die Wettbewerbsbehörden Kooperationsmöglichkeiten und -pflichten mit anderen hoheitlichen Stellen vorgesehen: Die Generaldirektion Wettbewerb stimmt sich innerhalb der Kommission beispielsweise mit dem Juristischen Dienst ab. § 50f GWB sieht für das deutsche Kartellrecht Kooperationen verschiedener Behörden vor.

[533] Siehe https://www.bundeskartellamt.de/DE/UeberUns/Publikationen/Sektoruntersuchungen/sektoruntersuchungen_node.html.
[534] Maass in: Bunte, Kartellrecht, Band 2, 2021, Art. 18 FKVO Rn. 38.

1. Rechtslage

Im Verfahren *Bayer/Monsanto* gab die Kommission mehreren Nichtregierungsorganisationen aus dem Agrar- und Umweltbereich in Phase II den Status von Beteiligten.[535] Als hinreichendes Interesse genügten Interessen nicht-wettbewerblicher Art. Die Auffassungen dieser NGOs werden in der Entscheidung wiedergegeben und gewürdigt.[536] Sie haben damit die Chance erhalten, die Kommission in ihrer Auffassung offiziell zu beeinflussen. Mit ihren Eingaben haben sie die Kommission veranlasst, in der Entscheidung auf den Vortrag einzugehen, auch wenn nicht-wettbewerbliche Aspekte für die Entscheidung keine Berücksichtigung finden können.

2. Option VS 5: Stärkung von Rechten Dritter

Die Rolle von Beteiligten, die nachhaltigkeitsbezogene Aspekte in Verfahren einbringen, könnte gestärkt werden. Zu denken ist beispielsweise an NGOs, die sich für die Erreichung von SDG einsetzen. Die Voraussetzungen für eine Beteiligung liegen derzeit schon vor, könnten aber abgesichert werden (z.B. durch eine gesetzliche Formulierung, dass jedes Interesse am Fall genügt und nicht zwingend ein kartellrechtliches Interesse gegeben sein muss.) Mit der Beteiligung müsste gesichert werden, dass die Parteien erweiterten Informationszugang haben und im Verfahren gehört werden müssen. Im Fall *Bayer/Monsanto* haben NGOs wesentliche Beiträge geleistet, die den Blick auf kartellrechtliche Fragen erweitert haben.

Das Recht der Verfahrensbeteiligung ist derzeit nur rudimentär geregelt, sodass Sonderregelungen für Sustainability NGOs eine systematische Neuerung wären. Vor diesem Hintergrund sollte insbesondere bei einer umfassenden Änderung des Rechts der Verfahrensbeteiligung, etwa im Zuge der Reform der VO (EG) 1/2003, auf die Berücksichtigung der Rolle von NGOs geachtet werden.

3. Option VS 6: Kooperation mit anderen Behörden

Die institutionellen und rechtlichen Begrenzungen von Kartellbehörden können durch eine stärkere Kooperation mit anderen fachlich einschlägigen Behörden abgemildert werden. Dazu könnte § 50f GWB um Behörden aus dem Bereich des Nachhaltigkeitsschutzes erweitert werden. Die Europäische Kommission ist bereits eine einheitliche Regulierungsbehörde. In die Verfahren der

[535] Europäische Kommission, 21.3.2018, Az. M.8084, Rz. 27 – Bayer/Monsanto.
[536] Europäische Kommission, 21.3.2018, Az. M.8084, z.B. Rz. 3005 ff. – Bayer/Monsanto.

Generaldirektion Wettbewerb werden jedoch andere Fachdirektionen regelmäßig nicht eingeschaltet. Hier besteht ein Potenzial. Eine enge Zusammenarbeit wird die Generaldirektion Wettbewerb künftig im Digitalbereich im Rahmen des Digital Markets Act mit der Generaldirektion CONNECT pflegen. Dies könnte auch eine Blaupause für ähnliche Kooperationen, z.B. mit der Generaldirektion Klimaschutz oder der Generaldirektion Umwelt werden.

Solche Kooperationen könnten den notwendigen Sachverstand, etwa für die Bewertung von Nachhaltigkeitsinitiativen, beibringen und das Legitimationsproblem abmildern. Kooperationen sind allerdings immer auch mit Effizienzverlusten und erhöhten Regulierungskosten verbunden.

V. Transparenz als Nebenzweck

Kartell- und Fusionskontrollverfahren sollen den Wettbewerb schützen. Daneben tritt das Ziel, Transparenz über die Entwicklung von Unternehmen und Märkten herzustellen. Dieser Nebenzweck des Kartellrechts, der für die Unternehmen kaum mit Belastungen einhergeht, eröffnet die Möglichkeit, Transparenz auch mit Blick auf Nachhaltigkeitsfolgen zu stärken.

1. Rechtslage

Die öffentliche Untersuchung von Wettbewerbsverstößen und die Annoncierung von Zusammenschlussvorhaben eröffnen einen Blick auf das wirtschaftliche Geschehen. Bislang werden aber weder im Verfahren noch ex post systematisch Zusammenhänge mit Nachhaltigkeitszielen untersucht.

2. Option VS 7: Nachhaltigkeits-Assessment, Klima-Check und ex post-Evaluation

Die kartellrechtlichen Verfahren könnten als Anknüpfungspunkt genutzt werden, um die Transparenz für Nachhaltigkeitsfragen zu erhöhen.

Denkbar ist, dass mit einer Fusionskontrollentscheidung oder auch in Kartell- und Missbrauchsfällen ein Sustainability Assessment veröffentlicht wird. Die US-amerikanische Federal Communications Commission (FCC) führt bei Fusionen im Telekommunikationsbereich einen „Public interest, convenience and necessity"-Test durch.[537] Es kommt zu einer umfassenden Bewertung an-

[537] Siehe die Darstellungen bei Barkow/Huber, A Tale of Two Agencies, University of Chicago Legal Forum, Vol. 2000, Issue 1, Article 4; Weiss/Stern, Serving Two Masters, COMMLAW Conspectus, 1998, S. 195.

hand außerwettbewerblicher Standards. So wenig dieses Modell für die Rechtsdurchsetzung geeignet scheint, so ist es doch denkbar, dass – ohne rechtliche Wirkung – Entscheidungen ein Nachhaltigkeitsbericht beigefügt wird. So könnte dargestellt werden, inwieweit die am Verfahren beteiligten Unternehmen in bestimmten Bereichen die Entwicklung der SDG behindern oder fördern und inwieweit dies durch den Zusammenschluss verändert wird. Zu entscheiden bliebe, ob für dieses Assessment auch eigene Ermittlungen angestellt werden dürfen und wer für einen solchen Bericht zuständig wäre (die Unternehmen selbst, die Wettbewerbsbehörde, andere hoheitliche Stellen, staatlich beauftragte Verbände).

Ein solches Assessment könnte auf Klimaschutz-Fragen (als dem möglicherweise drängendsten aktuellen Thema) begrenzt sein. Jedes Handeln der Kartellbehörde könnte darauf zu überprüfen sein, welche Klimawirkungen davon ausgehen (Klima-Check für Behörden). Genauso könnten unternehmerische Aktivitäten entsprechend analysiert werden (Klima-Check für Unternehmen). Der Klima-Check müsste eine Art „Footprint" für das jeweilige Vorgehen – sei es eine behördliche Entscheidung oder eine unternehmerische Verhaltensweise (z.B. eine zu prüfende Vereinbarung oder Fusion) – ergeben.

Ein solches Reporting wäre auch ein Benchmark für spätere ex post-Evaluationen von wettbewerblichen Entscheidungen. Wie hat sich der Ausstoß von Emissionen fünf Jahre nach dem Zusammenschluss/nach der Zulassung der Vereinbarung entwickelt und inwieweit ist die Entwicklung durch die kartellbehördliche Entscheidung bedingt? Das wäre – beispielhaft – eine Frage, die geprüft werden könnte. Die Ex post-Evaluation sollte ohnehin gestärkt werden, um Lerneffekte zu ermöglichen.[538] Das scheint für neuartige Fragen wie die Integration von Nachhaltigkeit ins Prüfungsraster besonders wichtig.

Das kartellrechtliche Verfahren wäre lediglich Anlass, um eine erhöhte Transparenz herzustellen. Das Ziel wäre, den Zusammenhang von Wettbewerb und Nachhaltigkeit zu erhellen. Solche Maßnahmen kämen vor allem als Pflicht in einzelnen Sektoren oder als Option in herausragenden Fällen in Betracht. Regulierungskosten würden damit steigen.

[538] Vgl. beispielhaft für den Energiesektor Duso/Seldeslachts/Szucs, The Energy Journal 2019, S. 97; Budzinski, Empirische Ex-Post Evaluation von wettbewerbspolitischen Entscheidungen, 2012, Ilmenau Economics Discussion Papers, No. 69.

VI. Sanktionsrecht

Bei Verstößen gegen Kartellrecht drohen neben der Untersagung insbesondere Bußgelder und Schadensersatzforderungen. Die zum Teil erheblichen Bußgelder und die zum Teil hohen Schadensersatzforderungen (samt dazugehöriger Verfahren) können erhebliche Abschreckungswirkung in Bereichen entfalten, in denen ein „Ausprobieren" innovativer Lösungen hilfreich wäre. Der Anreiz für Unternehmen, in rechtlichen Grauzonen Nachhaltigkeitsaktivitäten zu entfalten, wird dadurch vermindert – insbesondere wenn es für die Aktivität keine rechtssichere Ausnahme gibt. Entsprechend könnten die Sanktionen angepasst werden.

1. Option VS 8: Nachhaltigkeitswirkungen in der Bußgeldbemessung

Die Bemessung von Geldbußen richtet sich nach der „Schwere der Zuwiderhandlung" (Art. 23 Abs. 3 VO (EG) 1/2003 bzw. § 81d Abs. 1 S. 1 GWB). Diese Schwere wird „unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände"[539] resp. in einer „umfassenden Gesamtabwägung"[540] ermittelt. Dabei könnte in geeigneten Fällen erschwerend berücksichtigt werden, inwieweit die nachhaltige Entwicklung geschädigt wurde.[541] Genauso wäre es denkbar, einen mildernden Faktor darin zu sehen, dass die Unternehmen mit einer wettbewerbswidrigen Absprache nachhaltigkeitsfördernde Ziele verfolgen.[542] Tatfolgen (und ggf. das Bemühen um die Begrenzung negativer Folgen) können – wie im niederländischen Modell – grundsätzlich Berücksichtigung finden.

Im Leitlinienentwurf der niederländischen ACM sieht die Kartellbehörde eine Privilegierung von Kartellverstößen durch Nachhaltigkeitsinitiativen vor.[543] Sofern Unternehmen in „good faith" versucht haben, die Leitlinien zu beachten, oder sogar eine positive Rückmeldung der ACM erhalten haben, soll bei einem dann doch festzustellenden Kartellverstoß kein Bußgeld verhängt werden.

Allerdings muss die Geldbuße den gesetzlich normierten Unrechtsgehalt spiegeln. Auswirkungen, die nichts mit Wettbewerb zu tun haben, dürften daher nicht berücksichtigt werden, da sie vom

[539] Europäische Kommission, Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, 2006, Ziff. 20.
[540] BKartA, Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren, 2021, S. 4.
[541] Im Fall PKW-Emissionen thematisierte die Kommission bei der Bußgeldbemessung den Aspekt der Umweltschädigung nicht, vgl. Europäische Kommission, 08.7.2021, Az. AT.40178, Rn. 233 – PKW-Emissionen.
[542] Dolmans, Sustainability agreements and antitrust – three criteria to distinguish beneficial cooperation from greenwashing, 2021.
[543] Autoriteit Consument & Markt, Guidelines on Sustainability Agreements, 2021, Rz. 72.

Schutzzweck der Norm (nach geltendem Recht) nicht erfasst werden. (Sollte sich dies in dem Sinne ändern, dass gerade der nachhaltige Wettbewerb das Schutzgut des Kartellrechts ist, wäre eine unmittelbare Berücksichtigung möglich.) Solche Nachhaltigkeitsfolgen, die aber in engem Zusammenhang mit den Marktgeschehnissen stehen, könnten als Zumessungsfaktor Berücksichtigung finden. Dies müsste allerdings in den Bußgeld-Leitlinien der Wettbewerbsbehörden geklärt werden.

2. Option VS 9: Erhöhung oder Begrenzung des Schadensersatzrisikos

Erwogen werden könnte auch, das Schadensersatzrisiko zu justieren. In Fällen, in denen eine besondere Schädigung von Nachhaltigkeitszielen durch ein wettbewerbswidriges Verhalten eingetreten ist, könnte der Kartellrechtsverstoß auch der Anknüpfungspunkt für Schadensersatzforderungen sein, die außerhalb des Wettbewerbsgeschehens eingetreten sind. Damit würden freilich zwei schon für sich genommen extrem schwierige Aspekte des privaten Schadensersatzes miteinander verknüpft – die kartellrechtliche Schadensersatzhaftung und die Haftung für weitergehende Folgen an öffentlichen Gütern.

Umgekehrt könnte erwogen werden, Unternehmen vor Schadensersatzansprüchen zu schützen, wenn sie in guter Absicht Nachhaltigkeitsziele verfolgt haben, es dadurch aber zu einer Wettbewerbsbeschränkung gekommen ist. Eine solche Begrenzung der privaten Ansprüche Dritter dürfte allerdings nur in äußerst wenigen Fällen gerechtfertigt sein. Zudem ist zweifelhaft, ob eine entsprechende Regelung dogmatisch haltbar und mit europäischem Recht vereinbar wäre.

Insgesamt ist eine Berücksichtigung der Nachhaltigkeitsziele auf Ebene des Schadensersatzrechts aktuell noch eher fernliegend.

G. Abschließende Bemerkungen

I. Grundannahmen des Forschungsgutachtens

In Politik, Wirtschaft und Gesellschaft ist Nachhaltigkeit zu einem Schlüsselbegriff geworden, der allerdings keinen rechtlich klar definierten Tatbestand, sondern 17 globale Ziele beschreibt. Diese hinter diesem Begriff stehenden Zielsetzungen sind drängend und unbestritten: Der Schutz des Klimasystems der Erde, der Erhalt der Biodiversität, der Kampf gegen Hunger und Armut – diese Forderungen und die weiteren SDG sind rechtlich und politisch zentral und weltweit anerkannt. Immer deutlicher wird von Vertreter*innen der jungen Generation, von politischen Entscheidungsträger*innen – etwa in der Wettbewerbspolitischen Agenda des BMWK –, aber auch von Vertreter*innen der Wirtschaft artikuliert, dass Nachhaltigkeit ein wesentlicher Bestandteil des unternehmerischen Handelns sein muss und für viele Unternehmen bereits ist. Rechtlich ist dies im Multi-Stakeholder-Ansatz der Weltentwicklungsziele verankert. Auch auf den Märkten wird Nachhaltigkeit immer stärker honoriert, sei es bei Konsumentscheidungen von Verbraucher*innen oder Anlageentscheidungen auf Finanzmärkten.

Das vorliegende Forschungsgutachten zeigt die Bezüge des Ringens um mehr Nachhaltigkeit zum Wettbewerbsrecht auf. Wettbewerb ist in der Marktwirtschaft der zentrale Treiber des Geschehens auf Märkten, seine Sicherung ist eine fundamentale Aufgabe des Wirtschaftsrechts. Mit dem Kartellrecht und den Durchsetzungsmöglichkeiten, ob behördlich oder privat, stehen machtvolle Instrumente zur Verfügung, um unternehmerische Verhaltensweisen zu kanalisieren und unerwünschtes Verhalten zu sanktionieren.

Das wirft erstens die Frage auf, ob das Kartellrecht Maßnahmen von Unternehmen zum Erreichen der Nachhaltigkeitsziele behindert. Zweitens steht die Frage im Raum, ob und wie die starken Instrumente des Wettbewerbsrechts eingesetzt werden können und sollten, um Nachhaltigkeitsziele besser zu erreichen.

Kartellrecht ist bei weitem jedoch nicht die einzige Steuerungsmöglichkeit hoheitlicher Wirtschaftspolitik. Andere hoheitliche Maßnahmen sind für die Nachhaltigkeitsziele von wesentlich größerer Bedeutung als kartellrechtliche Eingriffe. Der besondere Charme des Wettbewerbs ist jedoch, dass es auf die freien Marktkräfte und die Kreativität der Unternehmer*innen vertraut. Kartellrecht setzt den Rahmen, in dem sich diese unternehmerischen Initiativen entfalten können.

Möglicherweise verhindert es gelegentlich auch solche Verhaltensweisen, die nachhaltigkeitsfördernd sind, da das Ziel des Wettbewerbsschutzes zwar oft, aber nicht zwangsläufig immer mit dem Nachhaltigkeitsschutz kompatibel ist.

Untersucht man das Verhältnis von Kartellrecht und Nachhaltigkeit, liegt schon im Zusammenführen dieser beiden Themen eine bedeutende Grundannahme: Unternehmen sind für die Erreichung dieser Ziele zentral. Es gilt, ihre Kraft und damit die Möglichkeiten unternehmerischer Kreativität und Innovation sowie des Marktmechanismus zu nutzen, um den "Green Deal" und die Ziele nachhaltiger Entwicklung voranzubringen.

Diese Erkenntnis trifft sich mit einer wesentlichen Aussage der Nachhaltigkeitsforschung: Unternehmen sind Akteure der nachhaltigen Entwicklung und können (wie andere gesellschaftliche Akteure auch) sowohl hemmend als auch fördernd auf Nachhaltigkeitsziele wirken. Die Konstruktion eines grundlegenden Gegensatzes von unternehmerischen Interessen auf der einen Seite und Interessen an nachhaltiger Entwicklung auf der anderen Seite ist verfehlt, entspräche auch nicht den SDG.

Dem Forschungsgutachten liegt damit die Annahme zugrunde, dass Nachhaltigkeitsziele auch im Rahmen von Marktmechanismen und Wettbewerb erreicht werden können und daher diese Mechanismen nicht ausgehebelt werden sollten. Wettbewerb bleibt der zentrale Mechanismus der Wirtschaft. Die Fortentwicklung des Wirtschaftsmodells hin zu einer ökologisch-sozialen Marktwirtschaft zielt auf die Verzahnung von Markt und Nachhaltigkeit. In diesem Gutachten wird daher davon ausgegangen, dass der Marktmechanismus nicht ausgehöhlt werden soll. Vielmehr soll der Wettbewerb auf Märkten auch weiter geschützt werden, um einen effizienten Einsatz von Ressourcen auf Märkten zu belohnen und Anreize für Innovationen zu bieten.

II. Operationalisierung des Nachhaltigkeitsbegriffs

Nachhaltiges Wirtschaften ist auf intra- und intergenerationelle Gerechtigkeit ausgerichtet. Das Bundesverfassungsgericht stützt seinen Klimaschutzbeschluss im Jahr 2021 auf die intertemporale Wirkung der Freiheitsgrundrechte, verdeutlicht dadurch ein wesentliches Anliegen der Nachhaltigkeit. Die Sustainable Development Goals (SDG) der Vereinten Nationen mit den Unterzielen und Indikatoren konturieren den Begriff der Nachhaltigkeit und brechen diesen auf konkretere

Ziele herunter. Eine Berücksichtigung von Nachhaltigkeitswirkungen in der Kartellrechtsanwendung setzt voraus, dass der Begriff definiert und für die Praxis operationalisiert wird. Das wird teilweise durch die SDG geleistet. Die konkrete Messung und Bewertung von geschäftlichen Aktivitäten mit Blick auf die Nachhaltigkeit stoßen jedoch an Grenzen. Alle hier vorgestellten Methoden haben Begrenzungen. Gleichwohl ist eine Bewertung oftmals in einem gewissen Umfang möglich – wenn auch eine letzte Sicherheit fehlen mag und die Qualität der Messungen und Bewertungen sich in Bezug auf die unterschiedlichen Nachhaltigkeitsziele durchaus unterscheidet. Allerdings gilt dies freilich auch bei der „Berechnung" unterschiedlicher Wettbewerbswirkungen oftmals.

Die Vielzahl und Offenheit der SDG öffnen den Parteien in wettbewerbsrechtlichen Verfahren jedoch Tür und Tor für ihren Vortrag. Das macht Wertungen erforderlich. Damit stellen sich für Kartellbehörden und Kartellrecht Kompetenz- und Legitimationsprobleme. Schon deshalb sind gesetzgeberische Schritte erforderlich. Wesentliche Abwägungsentscheidungen zwischen Wettbewerb und Zielen nachhaltiger Entwicklung muss der Gesetzgeber treffen.

Ein Weg zur stärkeren Operationalisierung des Nachhaltigkeitsbegriffs wäre eine inhaltliche Schwerpunktsetzung: Statt eines umfassenden Ansatzes könnte die Priorität z.B. auf Klimaschutz gelegt werden. Der Nachhaltigkeitsbegriff würde dann nicht horizontal verstanden, sondern jeweils zielbezogen ausdifferenziert. So sollen nach den Vorschlägen der Europäischen Kommission im „European Green Deal" die Klimaschutzziele der Union bis zum Jahr 2030 durch konkrete Maßnahmen der Union und der Mitgliedsstaaten umgesetzt werden. Mit der Taxonomie-Verordnung, mit der nachhaltige Investitionen gefördert werden sollen, wurde ein Raster für konkrete Maßnahme vorgelegt.[544] Auch wenn die Anwendung aktuell politisch umstritten ist, ist zumindest die Regelungstechnik für einige wenige ökologische Nachhaltigkeitsziele vorbildhaft: Es muss bestimmte positive Wirkungen für klar definierte Bezugspunkte geben, es sind Kernbeschränkungen vorgesehen, die keinesfalls vereinbart werden dürfen, es gibt technische Vorgaben, die einzuhalten sind.

[544] Hierzu ausführlicher Teil 3.A.II.2.

Eine solche Prioritätensetzung wird aber kritisch betrachtet: Die Nachhaltigkeitsziele sind eng verflochten und stehen in zahlreichen Wechselwirkungen. Warum sollte Klimaschutz gegenüber dem Thema Biodiversität oder dem Erreichen der planetaren Grenzen oder sozialen Nachhaltigkeitszielen wie der Verhinderung von Kinderarbeit vorrangig behandelt werden?

Das macht die Aufgabe komplex. Der Anspruch, den Rahmen für die Marktwirtschaft ökologisch und sozial zu setzen (im Prinzip eine Rückbesinnung auf ordoliberale Konzepte), macht es dann erforderlich, auch das Kartellrecht komplett auf seine Nachhaltigkeitswirkungen hin durchzumustern.

III. Wettbewerbliche Bewertung hoheitlicher Steuerungsmaßnahmen

Um Nachhaltigkeitsziele zu erreichen, werden heute zahlreiche staatliche Steuerungsmaßnahmen genutzt. Ganz grob können diese in ordnungsrechtliche Maßnahmen und preisliche Maßnahmen unterteilt werden. Beide Arten von staatlichen Markteingriffen dienen dazu, den Wettbewerb in solche Bahnen zu lenken, dass kein Konflikt zu Gemeinwohlzielen entsteht. Prinzipiell können diese Maßnahmen auch wettbewerbsneutral in dem Sinne angelegt sein, dass zwischen den Marktakteuren keine Wettbewerbsverzerrungen entstehen.

Die Anwendung des Kartellrechts im engeren Sinne, also von Kartellverbot, Missbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle, wird durch hoheitliche Maßnahmen in aller Regel nicht tangiert. Allerdings gibt es durchaus Gründe, warum hoheitliche Maßnahmen wie Verbote, Regulierungen, Mindeststandards, Steuern, nicht immer ausreichen mögen, um staatlich gesteckte Nachhaltigkeitsziele zu erreichen. In solchen Fällen können auch Kooperationen zwischen Unternehmen dem Gemeinwohl dienen und die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen befördern. Identifiziert wurden hier zwei Konstellationen:

Erstens kann sog. „Politikversagen“ dazu führen, dass kurzfristige Kosten, etwa Investitionen in Nachhaltigkeitsmaßnahmen, zu sehr und langfristige Vorteile zu wenig berücksichtigt werden, sodass die hoheitliche Markteingriffe allein nicht ausreichen mögen, um selbst definierte Nachhaltigkeitsziele zu erreichen.

Zweitens mögen zumindest einige Verbraucher*innen selbst an höheren Nachhaltigkeitsstandards interessiert sein als in vorgegebenen Regeln vorgesehen. Dies kann insbesondere dann eine

Kooperation zwischen Unternehmen sinnvoll machen, wenn das Angebot höherer Nachhaltigkeitsstandards mit Skalenvorteilen verbunden ist und eine kritische Menge erreicht werden muss, um die Produkte mit höheren Nachhaltigkeitsstandards für Verbraucher*innen zu akzeptablen Kosten anbieten zu können.

Sofern also Größen- und Verbundvorteile und ggf. auch Netzeffekte dazu führen, dass einzelne Unternehmen bestimmte Nachhaltigkeitsmaßnahmen allein nicht verlustfrei umsetzen können, kann eine Kooperation zwischen Unternehmen im Einzelfall förderlich für Nachhaltigkeit, Gemeinwohl und Effizienz sein.

Auch aus ökonomischer Perspektive ist daher zu erwägen, im Kartellrecht gewisse Möglichkeiten zu schaffen, Nachhaltigkeitskooperationen zu ermöglichen. Gleichwohl darf dies kein „Blankoscheck“ sein, jedwedes Kartell als Nachhaltigkeitsmaßnahme zu „verkleiden“ und sog. Greenwashing zu betreiben.

Die Kartellbehörden stoßen bei der zunehmenden Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten, ob bei Kooperationen, in Missbrauchsverfahren oder bei Fusionen, an die Grenzen ihrer fachlichen Fähigkeiten, ihrer rechtlichen Kompetenzen und ihrer institutionellen Legitimation. Kartellbehörden und das Kartellrecht sind nicht dazu da, Nachhaltigkeitsziele (außerhalb der ökonomischen Nachhaltigkeit) durchzusetzen. Die Kartellbehörden können ökologische und soziale Ziele bestenfalls in ihrem originären Tätigkeitsfeld berücksichtigen, wenn ein Wettbewerbsbezug vorliegt. Das Kartellrecht kann stärker in Richtung einer ökosozialen Marktwirtschaft geprägt werden, sein Kern bleibt aber der Schutz des Wettbewerbs.

Zugleich ist festzustellen, dass derartige Bedenken im Lauterkeitsrecht kaum aufkommen, wenn dort über § 3a UWG von den Wettbewerbsgerichten Normen außerhalb des UWG im großen Stil durchgesetzt werden. Zwar muss es sich stets um Marktverhaltensregeln handeln, dieser Begriff ist jedoch weitgefasst; die lauterkeitsrechtliche Einkleidung ist häufig dürftig.

Hinzu kommt, dass es weltweit eine Tendenz gibt, "Marktordnungsbehörden" zu schaffen – auch das Bundeskartellamt ist auf dem Weg, eine solche zu werden.[545] Solche Behörden regeln unter

[545] Vgl. Podszun, WuW 2017, 266.

einem Dach verschiedene Aspekte des Marktverhaltens von Unternehmen. Das Bundeskartellamt hat neben der Kartellrechtsdurchsetzung auch Kompetenzen im Vergaberecht, im Verbraucherrecht oder zur Führung des Wettbewerbsregisters und der Markttransparenzstellen. Selbstverständlich liegen jeweils die erforderlichen Befugnisnormen vor. Aus wettbewerbspolitischer Perspektive hat eine Integration anderer Regelungsthemen in diesen institutionellen Kosmos den Charme, dass marktwirtschaftliche Paradigmen stärker im Fokus stehen und bürokratische Lösungen ohne Verständnis für den Wettbewerb eher abgewendet werden können.

IV. Offenheit des geltenden Kartellrechts

Die Analyse der Rechtslage und Fallpraxis im geltenden Kartellrecht hat gezeigt, dass dieses schon jetzt in vielfacher Weise Nachhaltigkeitsaspekte aufgreift.

Bislang wenig diskutiert werden die Folgen der Kartellrechtsanwendung auf Nachhaltigkeitsaspekte in Fällen, in denen der Nachhaltigkeitsbezug auf der Hand liegt, etwa in der Energie- oder Abfallwirtschaft. Fälle aus diesen Bereichen haben regelmäßig mindestens mittelbare Wirkungen für Nachhaltigkeitsziele, etwa wenn Marktabschottungen aufgebrochen oder Fusionen nur mit bestimmten Zusagen ermöglicht werden. In der Kartellrechtsanwendung ist eine diesbezügliche Folgenberücksichtigung nicht vorgesehen.

Nachhaltigkeitsthemen waren jüngst im Agrarsektor in der Gemeinsamen Marktorganisation Anlass für eigenständige Regelungen. Auch in anderen Bereichen gibt es gesetzgeberische Eingriffe in die universelle Anwendung des allgemeinen Kartellrechts vor dem Hintergrund von Nachhaltigkeitsaspekten.

In der Anwendung des allgemeinen Kartellrechts ist festzuhalten, dass die Querschnittsthemen der EU-Verträge bislang kaum praktische Auswirkungen gehabt haben. Darin liegt – mit Blick auf die Weite bisheriger Formulierungen – kein Schlüssel für die verstärkte Berücksichtigung von Nachhaltigkeitszielen in der Kartellrechtsanwendung. Die Querschnittsklauseln und Zielbestimmungen der Verträge sowie die Grundrechte führen bislang nicht zu Abwägungsentscheidungen dieser Ziele mit kartellrechtlichen Zielen.

Auch aus der *Wouters*-Rechtsprechung ergibt sich nichts anderes. Die entsprechenden Fälle machen deutlich, dass es sich um Sonderkonstellationen im Rahmen von übertragenen Kompetenzen

handelt. Eine allgemeine Einschränkung des Kartellverbots zu Gemeinwohlzwecken folgt daraus nicht. Bestenfalls lässt sich aus den Fällen dieser Doktrin herauslesen, dass nur bei einem kompletten Unterlaufen der jeweiligen Wertungen eine Ausnahme vom Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV in Betracht kommt.

Die Bewertung kooperativer Nachhaltigkeitsinitiativen fällt vorrangig in den Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 3 AEUV. Die durchaus hohen Anforderungen dafür können aber durch viele Nachhaltigkeitsinitiativen erfüllt sein. Eine ältere Linie der Praxis lässt dies erkennen. Im Zuge von Legalausnahmen und „more economic approach" werden entsprechende Überlegungen allerdings weniger sichtbar, sodass neuere Entscheidungen umwälzender wirken als sie mit Blick auf diese Historie in Wirklichkeit sind.

Die wesentlichen Anforderungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV – Vorteile der Warenerzeugung oder -verteilung, angemessene Verbraucherbeteiligung – sind jedenfalls im Einzelfall erfüllbar. Es ist zumindest nicht ausgeschlossen, dass Nachhaltigkeitsaspekte als Vorteile anerkannt werden und dass eine Verbraucherbeteiligung bejaht wird, selbst wenn die Vorteile außerhalb des betroffenen Marktes erzielt werden. Damit wird das Konzept intra- und intergenerationeller Gerechtigkeit im Kartellrecht anerkannt. Der Leitlinien-Entwurf der Europäischen Kommission bleibt allerdings hinter den Erwartungen zurück.

Die Selbsteinschätzung bleibt für Unternehmen mit großen Unsicherheiten behaftet, die insbesondere dann zu sog. Hold-up-Problemen führen können, wenn nicht unerhebliche spezifische Investitionen erforderlich sind, d.h. Investitionen, deren Wert bei alternativer Verwendung als ursprünglich geplant deutlich reduziert oder im Extremfall sogar gleich null ist. Einige Nachhaltigkeitsinitiativen werden sich gerade dadurch auszeichnen, dass die Unternehmen zumindest keinen unmittelbaren Profit aus der Initiative ziehen. Wenn die Unternehmen nicht einmal eine erhebliche Gewinnaussicht haben, ist das Risiko, eine falsche Selbsteinschätzung vorzunehmen, zu groß.[546]

[546] Vgl. van den Brink/Ellison in: Holmes/Middelschulte/Snoep, Competiton Law, Climate Change & Environmental Sustainability, 2021, S. 40.

Größere Klarheit, ein „sicherer Hafen“ und Guidance durch die Wettbewerbsbehörden wären hilfreich. Dabei muss der geltende Rahmen eher konsolidiert als fortentwickelt werden.

In anderen Feldern des Kartellrechts, bei der Missbrauchsverfolgung und in der Fusionskontrolle, gibt es bislang nur eine gering ausgeprägte Sensibilität für Nachhaltigkeitsaspekte. Dabei drängen sich auch hier zahlreiche Bezüge auf. Der Wettbewerbsbegriff, auf den beispielsweise im Rahmen des SIEC-Tests der Fusionskontrolle abgestellt wird, ist grundsätzlich auslegungsoffen und könnte einen normativ aufgeladenen Begriff umfassen (z.B. ökologisch nachhaltiger Wettbewerb). Bei der Verfolgung von Missbräuchen hat es in der jüngeren Vergangenheit Fälle gegeben, in denen außerwettbewerbliche Vorschriften eine tragende Rolle für die Feststellung eines Missbrauchs hatten. Dies hat etwa der *Facebook*-Fall in der Auslegung durch das Bundeskartellamt exemplarisch gezeigt. Der Wettbewerbsverstoß wurde mit Hilfe eines Verstoßes gegen Datenschutzrecht konturiert. Ein Vorsprung im Wettbewerb durch den Bruch anderer Vorschriften, z.B. solcher des Umweltrechts, könnte eine eigenständige Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht nach sich ziehen. Bislang ist weder anerkannt, dass die Erzeugung negativer Externalitäten durch ein marktbeherrschendes Unternehmen einen Missbrauch darstellt noch dass die Vermeidung negativer Externalitäten eine mögliche sachliche Rechtfertigung für ansonsten missbräuchliches Verhalten wäre.

Die deutsche Ministererlaubnis stellt einen besonders plastischen, aber auch umstrittenen Fall der Eingriffe in die Kartellrechtsanwendung zugunsten von Gemeinwohlerwägungen dar. In diesem Rahmen wurden – im Fall *Miba/Zollern* – bereits Nachhaltigkeitsaspekte thematisiert.

Es wäre denkbar, Nachhaltigkeitsaspekte bei der Gestaltung von Abhilfemaßnahmen oder bei der Bemessung eines Bußgelds zu berücksichtigen. Angesichts weniger Vorerfahrungen damit wäre bei der Einführung allerdings aus Gründen der Verhältnis- wie der Rechtmäßigkeit Zurückhaltung angemahnt.

Die Kartellbehörden könnten auch im Rahmen ihres Aufgreifermessens Nachhaltigkeitsaspekte stärker berücksichtigen, soweit es noch einen Konnex zum Wettbewerbsschutz gibt. Eine Priorisierung von kartellrechtlichen Fällen mit hoher Bedeutung für Nachhaltigkeitsziele ist denkbar.

Bei der Beteiligung Dritter an Verfahren ist festzustellen, dass die Geltendmachung eines berechtigten Interesses genügt. Dieses Interesse muss nicht zwingend ökonomisch-wettbewerblicher Natur sein. So können Nachhaltigkeitsaspekte von Dritten in Verfahren eingebracht werden. Selbst wenn es an einer Entscheidungserheblichkeit im Zweifel fehlen mag, wird so doch eine gewisse Öffentlichkeit hergestellt und eine Verbreiterung der Informationsbasis der Behörden erzielt. Je stärker Nachhaltigkeitsaspekte zu prüfen sind, desto wichtiger wird die Kooperation mit anderen Behörden.

In Summe ist festzuhalten: Das Kartellrecht ist nach derzeitigem Verständnis zwar nicht unmittelbar darauf ausgerichtet, Nachhaltigkeitsaspekte zu prüfen und zu verwirklichen. Der materielle Prüfungsmaßstab bleibt allein wettbewerblich und sollte auch in Zukunft nicht vollständig entgrenzt werden. Jedoch treten vielfach Nachhaltigkeitswirkungen auf, die bewusster als bislang berücksichtigt werden können. Konzeptionell kann der Wettbewerbsbegriff in Richtung eines sozial und ökologisch nachhaltigen Leistungswettbewerbs weiterentwickelt werden. In zahlreichen Prüfungsschritten lassen sich schon im geltenden Recht Nachhaltigkeitsaspekte berücksichtigen. Das Kartellrecht ist damit zwar nicht der große Hebel, um Nachhaltigkeitsziele zu erreichen. Es lässt sich aber so formen, dass es der Erreichung solcher Ziele durch unternehmerische Initiative nicht im Weg steht und möglicherweise sogar Anreize für nicht-nachhaltiges Verhalten setzt.

V. Verantwortungsvolle Handlungsoptionen

In diesem Gutachten wurden zahlreiche Optionen zur Weiterentwicklung des Kartellrechts erläutert. Dabei bleibt der Schutz des Wettbewerbs der Bezugspunkt.

Ein erstes Set von Optionen soll lediglich das Verständnis für die Rolle des Kartellrechts für die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen schärfen (*Sustainability Awareness*). Wo es Handlungsspielräume gibt, die rechtlich relativ frei genutzt werden können, etwa beim Aufgreifermessen, ist in der Folge zu einer Bewusstseinsschärfung zu erwarten, dass wettbewerbsbezogene Nachhaltigkeitsthemen stärker in den Blick rücken. In diese Gruppe fallen insbesondere die Vorschläge zum Aufgreifermessen, zur Berechnung der Zahlungsbereitschaften (willingness to pay), der Marktabgrenzung mit Nachhaltigkeitsbezug und der verstärkten Beteiligung Dritter.

Ein zweites Set von Optionen bleibt der wettbewerblichen Logik treu und erweitert lediglich durch gesetzgeberische Klarstellungen und Akzentsetzungen den Raum für Nachhaltigkeitserwägungen. Hier werden insbesondere solche Nachhaltigkeitsziele stärker gefördert, bei denen ein enger Zusammenhang zum Wettbewerb besteht (*Sustainability Boost*). Zu diesen Optionen zählen Vorschläge zu gesetzlichen Klarstellungen im Rahmen der Freistellung, zu Abhilfemaßnahmen und Bußgeldern.

Ein drittes Set von Optionen ist konzeptionell wesentlich anspruchsvoller, da es – jedenfalls aus bisheriger kartellrechtlicher Sicht – eine erhebliche Weiterentwicklung des Wettbewerbsbegriffs zum Inhalt hat. Das Schutzgut des Kartellrechts soll demnach der ökologisch und sozial *nachhaltige Wettbewerb* sein. Nur solche unternehmerischen Aktivitäten, die auf nachhaltiges Wirtschaften angelegt sind, wären demnach schutzwürdig (*competition as sustainable competition*). Das Wettbewerbsleitbild ändert sich und verabschiedet sich insbesondere von der engen Effizienzorientierung des consumer welfare-Ansatzes. So wie, um eine Anleihe beim *Facebook*-Verfahren zu nehmen, in der Digitalwirtschaft der Umgang mit Daten ein Faktor im Wettbewerb ist, kann in einer sozial-ökologischen Marktwirtschaft der Umgang mit dem Planeten, mit anderen Menschen oder mit Tieren ein wettbewerbsrelevanter Faktor sein. Zuzugeben ist, dass dies allerdings sowohl eine Transformation der Wirtschaft als auch eine Neuausrichtung des Kartellrechts impliziert. Optionen, die in diese Kategorie passen, sind etwa die Anerkennung gesamtgesellschaftlicher Vorteile bei der Freistellung oder Nachhaltigkeit als Abwägungsfaktor im Rahmen des Missbrauchsverbots.

Ein letztes Set an Optionen lässt die kartellrechtlichen Wertungen unangetastet im bisherigen System, erkennt aber außerwettbewerbliche Interessen an. Wettbewerbliche und außerwettbewerbliche Interessen werden gleichgeordnet (*Levelling Approach*). Dieser Ansatz kann entweder dazu führen, Ausnahmebereiche vom Kartellrecht zu schaffen oder anzuerkennen, dass außerwettbewerbliche Interessen in kartellrechtlichen Verfahren als solche den kartellrechtlichen Wertungen gegenüberzustellen sind. Beispiele für derartige Optionen sind Vorschläge zur Schaffung von Ausnahmebereichen, Tatbestandsrestriktionen im Rahmen von Art. 101 Abs. 1 AEUV oder die Ministererlaubnis in der Fusionskontrolle.

Die Vielzahl der Optionen und ihre ganz unterschiedliche Intensität – mal wird das Kartellrecht nur klarstellend weiterentwickelt, mal kommt es zu innovativen Wertungen und Verfahren – lässt bereits die Spielräume für den deutschen und vor allem den europäischen Gesetzgeber bei dieser Thematik erkennen. Wie diese Spielräume genutzt werden, liegt in der Verantwortung der Politik. Mit steigenden Erwartungen an Unternehmen, die größere Verantwortung für die Erreichung der Sustainable Development Goals übernehmen sollen, scheint es angemessen, den Rechtsrahmen im Wirtschaftsrecht weiterzuentwickeln. Zugleich sollten zwei Einschränkungen mitbedacht werden: Zum einen ist das Kartellrecht nicht das wichtigste Rechtsgebiet, um Nachhaltigkeitsziele zu erreichen. Es kann die Zielerreichung vor allem erleichtern oder flankieren und darauf achten, dass marktwirtschaftliche Funktionsbedingungen nicht gänzlich ausgehebelt werden. Zum anderen gibt es auch im Kartellrecht Probleme, die – unabhängig von der Nachhaltigkeitsdebatte – zu lösen sind: die noch immer mangelnde internationale Verzahnung über die EU hinaus, die zum Teil überkomplexen und langwierigen Verfahren, die gelegentlich überspannt erscheinenden Beweisanforderungen oder die ausbaufähige Einbindung der privaten Rechtsdurchsetzung seien hier beispielhaft genannt. Ein Kartellrecht, das weitergehende Aufgaben übernehmen soll, muss „fit for purpose“ sein – das sollte bei aller Begeisterung für die kartellrechtlichen Instrumente nicht übersehen werden.

Hans Jonas hat als Imperativ der Nachhaltigkeit das "Prinzip Verantwortung" schon 1979 so formuliert: „Handle so, dass die Wirkungen deiner Handlung verträglich sind mit der Permanenz echten menschlichen Lebens auf Erden.“ Dieser Imperativ gilt auch für Unternehmer*innen und Entscheidungsträger*innen im Wettbewerb.

Teil 3: Problemkreise

Übergreifende Fragestellungen

A. Definition von Nachhaltigkeitszielen

Zunächst ist die Frage zu beantworten: Was bedeutet „Nachhaltigkeit“?

I. Grundlegendes Begriffsverständnis

Der Begriff der nachhaltigen Entwicklung hat seine historischen Wurzeln im 18. Jahrhundert in dem Gedanken der dauerhaften Erhaltung ökologischer Güter für wirtschaftliche Zwecke. Nach *von Carlowitz* ist Holz so anzubauen, dass es „es eine *kontinuierliche* beständige und nachhaltende Nutzung gebe“.[547] Nachhaltigkeit dient demnach der wirtschaftlichen, *generationenübergreifenden* Nutzung. Im Prinzip der Nachhaltigkeit ergänzen ökologische und ökonomische Belange einander. Nachhaltigkeit ist auf Langfristigkeit und Beständigkeit ausgerichtet.

1. Die WCED-Definition

Dies greift das moderne Begriffsverständnis auf. Eine nachhaltige Entwicklung ist eine Entwicklung, die den Bedürfnissen der heute lebenden Menschen und zugleich den Belangen künftiger Generationen entspricht. Hiernach handelt es sich bei nachhaltiger Entwicklung um ein anthropozentrisches Konzept, das ökologische, ökonomische und soziale Ziele vereint.[548] So forderte bereits die „Erklärung von Stockholm“ der Vereinten Nationen im Jahr 1972, die Umwelt „für heutige und künftige Generationen“ zu schützen.[549] Die Weltkommission für Umwelt und Entwicklung (WCED; die sogenannte Brundtland-Kommission) definierte 1987 zum ersten Mal den Begriff der Nachhaltigkeit. Nachhaltig sei eine Entwicklung, „die den Bedürfnissen der heutigen Generation entspricht, ohne die Möglichkeiten künftiger Generationen zu gefährden, ihre eigenen Bedürfnisse zu befriedigen und ihren Lebensstil zu wählen.“[550]

Diese weit gefasste Charakterisierung deckt die beiden Hauptpfeiler ab, auf denen das moderne Verständnis von nachhaltiger Entwicklung ruht: Intra- und intergenerationelle Gerechtigkeit.

---

[547] Von Carlowitz, Sylvicultura oeconomica oder Haußwirthliche Nachricht und Naturmäßige Anweisung zur Wilden Baum-Zucht, 1713, S. 105 f.
[548] Proelß in: ders., Internationales Umweltrecht, 2017, 3. Abschnitt Rn. 51 f.
[549] United Nations, Report of the United Nations Conference on the Human Environment, 1972, S. 4, Principles 1, 2.
[550] World Commission on Environment and Development, Report: Our Common Future, 1987, S. 42.

Intragenerationelle Gerechtigkeit zielt drauf ab, die gegenwärtigen Bedürfnisse (d. h. innerhalb der heutigen Generation) weltweit zu befriedigen. Dieser Gedanke der intragenerationellen Gerechtigkeit insbesondere mit Ländern des globalen Südens ist in vielen Diskussionen über nachhaltige Entwicklung oft weniger präsent, obwohl er ein zentrales Konzept im WCED-Bericht ist. Demnach ist eine nachhaltige Entwicklung nicht ohne die Befriedigung der Bedürfnisse ärmerer Bevölkerungsgruppen, zum Beispiel in Form von ausreichender Ernährung, sauberem Trinkwasser, sanitären Einrichtungen oder einem Mindestmaß an sozialer Sicherheit möglich.

Durch den Gedanken der *intergenerationellen* Gerechtigkeit gewinnen gleichzeitig die Bedürfnisse künftiger Generationen Gewicht: Gesellschaftliche und ökologische Systeme sind in einer Weise zu erhalten, die künftige Generationen nicht in ihrer Entwicklung behindert.

2. Schwaches, starkes und kritisches Verständnis

Zwar ist die WCED-Definition weit verbreitet und anerkannt, jedoch bietet sie aufgrund ihrer Allgemeingültigkeit großen Interpretationsspielraum in Bezug darauf, wie Nachhaltigkeit erreicht werden kann.[551] Das Hauptziel eines „schwachen" Verständnisses von Nachhaltigkeit besteht darin, zumindest die Gesamtsumme aus anthropogenem (d. h. vom Menschen geschaffenen) Kapital und Naturkapital konstant zu halten. Demzufolge kann Naturkapital grundsätzlich durch anthropogenes Kapital ersetzt werden. Natürliche Ressourcen können unbegrenzt genutzt werden, wenn der Nutzwert der produzierten Güter und Dienstleistungen den Verlust an Naturkapital ausgleicht. Der Nachteil dieses Konzepts der Nachhaltigkeit besteht darin, dass eine vollständige Substituierbarkeit von natürlichem Kapital durch von Menschen geschaffenes Kapital aufgrund technischer Grenzen und Naturgesetze wahrscheinlich unmöglich ist. Wenn alle nicht erneuerbaren Ressourcen, die biologische Vielfalt und die Biokapazität der Erde erschöpft sind, ist es unwahrscheinlich, dass die Menschheit noch auf demselben Wohlstandsniveau wie zuvor überleben wird.

Das Gegenstück ist ein „starkes" Verständnis von Nachhaltigkeit. Grundgedanke ist es, nur von den „Zinsen" des Naturkapitals zu leben, d. h. nur die natürlichen Güter und Dienstleistungen zu

[551] Ayres, Ecological Economics 2007, S. 115; Neumayer, Weak versus strong sustainability: Exploring the limits of two opposing paradigms, 2013.

nutzen, die kontinuierlich hinzukommen, ohne den natürlichen Kapitalstock zu schmälern. Demnach dürfen nicht-erneuerbare Ressourcen nicht genutzt werden (weil sie sich per Definition nicht in für die Menschheit relevanten Zeiträumen erneuern und daher keine „Zinsen" generieren), während erneuerbare Ressourcen nur innerhalb ihrer Regenerationsfähigkeit genutzt werden dürfen. Der Nachteil dieses Konzepts der Nachhaltigkeit besteht darin, dass es einen eher metaphorischen Charakter hat. Ein vollständiger Verzicht auf jegliche Nutzung nicht-erneuerbarer Ressourcen scheint nicht realisierbar und würde auch bedeuten, dass intragenerationelle Gerechtigkeit nur durch eine sehr drastische (und damit wahrscheinlich unrealistische) Umverteilung des weltweiten Reichtums möglich wäre.

Einen Mittelwert nimmt ein Verständnis von „quasi", „kritischer" oder „ökologischer" Nachhaltigkeit ein. Sie beruht auf dem Vorsichtsprinzip und dem Nichtüberschreiten kritischer Grenzen.[552] Ein Beispiel für eine solche kritische Grenze ist das Ziel, die globale Erwärmung möglichst auf 1,5°C gegenüber der vorindustriellen Zeit zu begrenzen. Eine Begründung für diese Grenze ist, dass ein Anstieg der Erdtemperatur über 1,5°C hinaus zu verschiedenen sog. „Kipp-Punkten" führen wird, die das Klima auf der Erde irreversibel ändern könnten.[553]

3. Weitere Ansätze

Verschiedene weitere Ansätze versuchen nachhaltige Entwicklung in Teilaspekten zu konkretisieren. Ein weit verbreiteter Ansatz zur Reduzierung der Komplexität und zur Veranschaulichung verschiedener Optionen zur Verbesserung der intergenerationellen Gerechtigkeit ist die so genannte „IPAT-Formel".[554] Die Gleichung veranschaulicht den Einfluss des Menschen auf ökologische Systeme durch die Gleichung: Einfluss = Bevölkerung x Wohlstand x Technologie. Der menschliche „Einfluss" bezieht sich auf den ökologischen Fußabdruck. Die „Bevölkerung" umfasst die Anzahl der Menschen, die einen ökologischen Fußabdruck hinterlassen. „Wohlstand" wird durch das Niveau des individuellen Konsums bestimmt, also die Auswirkungen, die im Zusammenhang mit unserem Lebensstil und dem damit verbundenen Material- und Energieverbrauch

[552] Steffen et al, 347 Science 2015, S. 736.
[553] Lenton et al, 575 Nature 2019, S. 592.
[554] Meadows/Randers/Meadows, Limits to growth: The 30-year update, 2014, S. 124 ff. Die Abkürzung IPAT steht für Impact = Population x Affluence x Technology.

sowie Emissionen entstehen. Der Faktor „Technologie“ beschreibt die Auswirkungen pro Verbrauchseinheit. Sie bezieht sich auf die Schäden, die durch die zur Unterstützung unseres Wohlstandsniveaus gewählten Technologien verursacht werden, und damit auf die Energie, die zur Herstellung und Lieferung von Materialströmen benötigt wird, multipliziert mit der Umweltbelastung pro Energieeinheit.

Ein anderer, gerade im wirtschaftswissenschaftlichen Kontext häufig verfolgter Ansatz, um nachhaltige Entwicklung fassbarer zu machen, ist der sogenannte Triple Bottom Line- (bzw. Drei Säulen-)Ansatz.[555] Unter der wirtschaftlichen Säule wird in der Regel die Verantwortung eines Unternehmens verstanden, Gewinne zu erwirtschaften, um dauerhaft wirtschaftlich tätig sein zu können. Darüber hinaus werden hier Aspekte wie wirtschaftlicher Wohlstand und Entwicklung genannt. Im Hinblick auf die ökologische Säule werden Themen wie Umweltschutz, Ressourcenschonung und unternehmerische Maßnahmen zur Erreichung dieser Ziele diskutiert. Die soziale Dimension umfasst Themen wie soziale Gerechtigkeit und Chancengleichheit und bezieht sich oft auf Mitarbeitende und Zuliefer-Unternehmen und deren faire Entlohnung, Diversität, Arbeitsbedingungen und Work-Life-Balance.

II. Der Begriff nachhaltiger Entwicklung im Recht

Unabhängig von der spezifischen Interpretation hat sich der Gedanke der Nachhaltigkeit in den Rechtswissenschaften seit langem verfestigt.

1. Völkerrecht

Das Völkerrecht bezieht sich in einer Vielzahl von Verträgen auf das Prinzip der Nachhaltigkeit. So beruhen unter anderem die Klimarahmenkonvention, das Pariser Klimaschutzabkommen und die Konvention über die Biologische Vielfalt auf dem Grundsatz nachhaltiger Entwicklung. Dieses Leitprinzip bildete bereits die Grundlage der Erklärung von Rio der Vereinten Nationen im Jahr 1992. Umwelt und Entwicklung sind hiernach untrennbar miteinander verbunden.[556]

Die Staatengemeinschaft konkretisierte im Jahr 2015 das Prinzip nachhaltiger Entwicklung in siebzehn Zielen nachhaltiger Entwicklung (Sustainable Development Goals, SDG) in der Agenda

[555] Elkington, Cannibals with forks: The triple bottom line of 21st century business, 1999.
[556] Konferenz der Vereinten Nationen über Umwelt und Entwicklung, Rio-Erklärung über Umwelt und Entwicklung, 1992, (Agenda 21).

2030.[557] Diese Weltentwicklungsziele untergliedern sich in 169 Unterziele. Sie sollen bis zum Jahr 2030 erreicht werden. Den Weltentwicklungszielen liegt ein umfassendes Verständnis nachhaltiger Entwicklung zu Grunde, das an alle Staaten der Welt und an den privaten Sektor gerichtet ist. Die Weltentwicklungsziele verfolgen integriert soziale, ökologische und ökonomische Belange. Der Begriff der Nachhaltigkeit ist dabei kein justiziabler Rechtstatbestand, sondern ein Leitprinzip des Umwelt- und Entwicklungsvölkerrechts.

Die folgende Abbildung der Vereinten Nationen bringt die 17 SDG ikonographisch auf den Punkt:

Grafik: Die 17 UN Sustainable Development Goals (https://www.un.org/sustainabledevelopment/)

Ob die 17 Ziele erreicht werden, wird anhand von 231 Indikatoren überprüft.[558] Der Generalsekretär der Vereinten Nationalen legt jährlich einen Bericht zur Umsetzung der SDG vor.[559] Der SDG-Bericht 2021 zeigt, dass die COVID-19 Pandemie das Erreichen der Weltentwicklungsziele wesentlich erschwert. Dies zeigen beispielhaft folgende Entwicklungen:[560]

---

[558] Die Vereinten Nationen legen 247 Indikatoren fest (vgl. dazu den Beschluss A/Res/71/313). Einige Indikatoren werden in dieser Liste aber doppelt aufgeführt. Siehe https://unstats.un.org/SDG/indicators/indicators-list/.
[559] Diese Berichte sind zu finden unter: https://unric.org/de/17ziele/.
[560] United Nations, Ziele für nachhaltige Entwicklung, Bericht 2021.

- Seit 20 Jahren stieg zum ersten Mal die Zahl der Menschen, die in extremer Armut leben. So wurden im Jahr 2020 zusätzlich 119 bis 124 Millionen Menschen in extreme Armut gedrängt. Dies macht die seit 2016 erzielen Fortschritte bei der Bekämpfung extremer Armut wieder zunichte.[561]
- Die Pandemie führte zudem wohl dazu, dass im Jahr 2020 weltweit 70 bis 161 Millionen Menschen zusätzlich Hunger litten.[562] 2,37 Milliarden Menschen haben nichts zu essen oder sind außerstande, sich regelmäßig gesund und ausgewogen zu ernähren.
- COVID-19 hat zudem den Fortschritt der letzten 20 Jahre im Bereich der Bildung aufgehoben: Zusätzlich 101 Millionen Kinder (d.h. 9 Prozent) erreichen die Mindestkompetenzen im Lesen nicht.[563]

Im September 2019 stellten die Staats- und Regierungschefs anlässlich ihres Gipfeltreffens zu den Weltentwicklungszielen in New York fest, dass die Ziele nachhaltiger Entwicklung (SDG) bis zum Jahr 2030 nicht erreicht werden, wenn sich der aktuelle Trend fortsetzt. Sie riefen deshalb das gegenwärtige Jahrzehnt als Aktionsdekade für die Umsetzung der Agenda 2030 aus.[564]

2. Europarecht

Auch die Europäische Union und ihre Mitgliedstaaten sind den Weltentwicklungszielen und dem Leitprinzip nachhaltiger Entwicklung verpflichtet. Dies fordert das europäische Primärrecht: Die Europäische Union wirkt auf die nachhaltige Entwicklung Europas hin (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV) und leistet einen Beitrag zu globaler nachhaltiger Entwicklung (Art. 3 Abs. 5 Satz 2 EUV). Gemäß Art. 11 AEUV sind die Erfordernisse des Umweltschutzes bei der Festlegung und Durchführung der Unionspolitiken und -maßnahmen insbesondere zur Förderung einer nachhaltigen Entwicklung einzubeziehen. Nach dem Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung sind ein hohes Umweltschutzniveau und die Verbesserung der Umweltqualität sicherzustellen (Art. 37 Charta der Grundrechte der EU).

[561] United Nations, Ziele für nachhaltige Entwicklung, 2021, SDG 1., S. 26 f.
[562] United Nations, Ziele für nachhaltige Entwicklung, 2021, SDG 2., S. 28 f.
[563] United Nations, Ziele für nachhaltige Entwicklung, 2021, SDG 4., S. 34 f.
[564] General Assembly, Gearing up for a Decade of Action and Delivery for Sustainable Development: Political Declaration of the SDG Summit, 21.102019, A/Res/74/4.

Zur Umsetzung der Agenda 2030 legte die Europäische Kommission im Dezember 2019 den Europäischen Green Deal vor.[565] Durch diese Strategie soll Europa „zu einer fairen und wohlhabenden Gesellschaft mit einer modernen, ressourceneffizienten und wettbewerbsfähigen Wirtschaft werden". Europa soll zum ersten klimaneutralen Kontinent werden; bis zum Jahr 2050 sollen netto keine Treibhausgase mehr emittiert werden.[566] Im November 2020 folgte ein umfassender Ansatz der Kommission zur Umsetzung der Weltentwicklungsziele. Dieser umfasst sechs Kernbereiche, zu denen der Green Deal gehört.[567] Näher bestimmt wird der Begriff der Nachhaltigkeit in der Taxonomie-Verordnung, die gegenwärtig weiter ausdifferenziert wird.[568] Sie begründet Kriterien, nach denen eingestuft wird, inwieweit eine Investition zunächst als ökologisch nachhaltig (vor allem in Bezug auf den Klimawandel) anzusehen ist. Die Verordnung leistet so einen Beitrag zur Operationalisierung des Begriffs der Nachhaltigkeit, insbesondere für den Finanzsektor. Ziel ist es, den Grad ökologischer Nachhaltigkeit einer Investition zu ermitteln, um so private nachhaltige Investitionen zu fördern.[569]

Mechanismus der Taxonomie-Verordnung (VO (EU) 2020/852)

Art. 3 der Taxonomie-Verordnung gibt vier allgemeine Kriterien für ökologisch nachhaltige Wirtschaftstätigkeiten vor:

Erstens muss die Wirtschaftstätigkeit zunächst einen wesentlichen Beitrag zur Verwirklichung eines Umweltziels leisten.
Die Umweltziele sind in Art. 9 wie folgt bestimmt:

a) Klimaschutz;
b) Anpassung an den Klimawandel;
c) die nachhaltige Nutzung und Schutz von Wasser- und Meeresressourcen;
d) der Übergang zu einer Kreislaufwirtschaft;

[565] Europäischen Kommission, Mitteilung der Kommission – Der europäische Grüne Deal, 11.12.2019, COM (2019) 640 final. Siehe bereits Mitteilung der Europäischen Kommission, Auf dem Weg in eine nachhaltige Zukunft, 22.11.2016, COM (2016) 739 final.
[566] Europäischen Kommission, Mitteilung der Kommission – Der europäische Grüne Deal, 11.12.2019, COM (2019) 640 final.
[567] European Commission, Delivering on the UN's Sustainable Development Goals: A comprehensive approach, 18.11.2020, SWD (2020) 400 final.
[568] Verordnung (EU) 2020/852 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18.6.2020 über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen und zur Änderung der Verordnung (EU) 2019/2088, ABl. 2019 L 198/13.
[569] Art. 1 der Verordnung (EU) 2020/852 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18.6.2020 über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen und zur Änderung der Verordnung (EU) 2019/2088, ABl. 2019 L 198/13.

e) Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung;
f) der Schutz und Wiederherstellung der Biodiversität und der Ökosysteme.

Was ein wesentlicher Beitrag ist, wird in Art. 10-16 anhand konkreterer Vorgaben für jedes einzelne der genannten Umweltziele definiert.

Zweitens darf es nicht zu einer erheblichen Beeinträchtigung eines solchen Umweltziels kommen. Was als erhebliche Beeinträchtigung gilt, ist in Art. 17 bestimmt.

Drittens ist in Art. 18 ein Mindestschutz definiert, der nicht unterlaufen werden darf.

Viertens sind Bewertungsvorgaben der Kommission zu beachten, um die Konkretisierungen von wesentlichen Beiträgen und erheblichen Beeinträchtigungen so nachvollziehbar wie möglich zu machen.

Das Ausbalancieren von wirtschaftlichen Aktivitäten mit Nachhaltigkeitszielen funktioniert in der Taxonomie-Verordnung also über die Steuerung von Investitionen anhand von spezifisch ausgewählten Umweltzielen, das Festlegen von Verboten, die Definition eines Mindeststandards und technische Vorgaben.

3. Deutsches Recht

Auch Deutschland ist den 17 Weltentwicklungszielen verpflichtet. Die Bundesregierung und die Rechtsprechung haben das Prinzip nachhaltiger Entwicklung näher bestimmt. Besondere Prominenz hat der Klimaschutzbeschluss des Bundesverfassungsgerichts erlangt, in dem eine intertemporale Freiheitswirkung der Grundrechte angenommen wird:[570] Die Grundrechte in Verbindung mit Art. 20a GG verpflichten den Gesetzgeber, Freiheitschancen vorausschauend in verhältnismäßiger Weise über die Zeit zu verteilen.[571] Maßnahmen, die der Gesetzgeber heute zum Schutz des Klimasystems der Erde ergreift oder unterlässt, entfalten eine eingriffsähnliche Vorwirkung.[572] Art. 20a GG gebietet, die Last, Treibhausgase zu mindern, nicht einseitig in die Zukunft zu verlagern.[573] Der Gesetzgeber muss den Übergang zur Klimaneutralität rechtzeitig einleiten. Diese Rechtsprechung konkretisiert das Prinzip der Nachhaltigkeit in seiner intergenerationellen Dimension für den Klimaschutz in einem generationenübergreifenden Schutzauftrag.[574]

[570] BVerfG, 24.3.2021, Az. 1 BvR 2656/18 u.a., BVerfGE 157, 30, Rz. 1-270.
[571] BVerfG, 24.3.2021, Az. 1 BvR 2656/18 u.a., BVerfGE 157, 30, Leitsatz 4 und Rn. 116 ff.
[572] BVerfG, 24.3.2021, Az. 1 BvR 2656/18 u.a., BVerfGE 157, 30, Rn. 184.
[573] BVerfG, 24.3.2021, Az. 1 BvR 2656/18 u.a., BVerfGE 157, 30, Leitsatz 4 und Rn. 116 ff.
[574] Kreuter-Kirchhof, KlimR 2022, 43, 45 f.

Die Bundesregierung konkretisiert die Agenda 2030 in einer eigenen Nachhaltigkeitsstrategie; diese bildet den wesentlichen Rahmen für die Umsetzung der Agenda 2030 in Deutschland.[575] Hiernach soll eine nachhaltige Entwicklung „gleichermaßen den Bedürfnissen der heutigen sowie künftiger Generationen gerecht […] werden – in Deutschland sowie in allen Teil der Welt – und ihnen ein Leben in voller Entfaltung ihrer Würde […] ermöglichen. Dafür bedarf es einer wirtschaftlich leistungsfähigen, sozial ausgewogenen und ökologisch verträglichen Entwicklung, wobei die planetaren Grenzen zusammen mit der Orientierung an einem Leben in Würde für alle (ein Leben ohne Armut und Hunger; ein Leben, in dem alle Menschen ihr Potenzial in Würde und Gleichheit voll entfalten können […]) die absolute äußere Beschränkung vorgeben."[576] Dieser Nachhaltigkeitsbegriff verknüpft den Begriff der nachhaltigen Entwicklung der Weltentwicklungsziele mit der Würde und Gleichheit des Menschen, verankert damit fundamentale Grund- und Menschenrechte im Leitprinzip nachhaltiger Entwicklung. Zugleich anerkennt die Nachhaltigkeitsstrategie eine äußerste Grenze des Wachstums.

Die Nachhaltigkeitsstrategie der Bundesregierung umfasst verschiedene Prinzipien, die in allen Bereichen und bei allen Entscheidungen angewendet werden sollen. Bei nachhaltiger Entwicklung handelt es sich damit um ein umfassendes Querschnittsprinzip, das beispielsweise auch das Wettbewerbsrecht einbezieht. Deutschland will seine globale Verantwortung wahrnehmen, die natürlichen Lebensgrundlagen erhalten, nachhaltiges Wirtschaften stärken, den sozialen Zusammenhalt in einer offenen Gesellschaft wahren und verbessern und Bildung, Wissenschaft und Innovation als Treiber einer nachhaltigen Entwicklung nutzen.[577]

Nachhaltigkeitsstrategie der Bundesregierung[578]

Die Strategie formuliert 75 Indikatoren und Ziele in 39 Bereichen, die den Stand nachhaltiger Entwicklung in Deutschland bestimmen und damit die Grundlage für die nächsten Schritte bilden. Zur Umsetzung der Agenda 2030 sind aus Sicht der Bundesregierung sechs Transformationsbereiche von besonderer Bedeutung. Diese sind menschliches Wohlbefin-

[575] Bundesregierung, Deutsche Nachhaltigkeitsstrategie, Weiterentwicklung, 2021.
[576] Bundesregierung, Deutsche Nachhaltigkeitsstrategie, Weiterentwicklung, 2021, S. 14.
[577] Bundesregierung, Deutsche Nachhaltigkeitsstrategie, Weiterentwicklung, 2021, S. 15.
[578] Bundesregierung, Deutsche Nachhaltigkeitsstrategie, Weiterentwicklung, 2021, S. 16 ff.

den und Fähigkeiten, soziale Gerechtigkeit (1), Energiewende und Klimaschutz (2), Kreislaufwirtschaft (3), nachhaltiges Bauen und Verkehrswende (4), nachhaltige Agrar- und Ernährungssysteme (5) sowie schadstofffreie Umwelt (6).

Wenn im Folgenden von Nachhaltigkeit die Rede ist, ist damit das Verständnis einer nachhaltigen Entwicklung im Sinne der 17 Weltentwicklungsziele sowie ihrer Konkretisierung in 169 Unterzielen und 231 Indikatoren gemeint. Darauf aufbauend wird das Verständnis einer nachhaltigen Entwicklung im Sinne der Nachhaltigkeitsstrategie der Bundesregierung 2021 zu Grunde gelegt. Diese Maßstäbe sind global akzeptiert und als Prinzipien im Recht anerkannt.

III. Multi-Stakeholder-Ansatz der Weltentwicklungsziele

Die 17 SDG, ihre 169 Unterziele und 231 Indikatoren bilden den weltweit anerkannten Maßstab einer nachhaltigen Entwicklung. Kernpunkte der Nachhaltigkeit sind die intergenerationelle und intragenerationelle Gerechtigkeit: Eine nachhaltige Entwicklung wird gleichermaßen den Bedürfnissen der heutigen sowie künftiger Generationen gerecht und ermöglicht ihnen ein Leben in voller Entfaltung ihrer Würde. Ziel ist eine wirtschaftlich leistungsfähige, sozial ausgewogene und ökologisch verträgliche Entwicklung. Dabei geben die planetaren Grenzen zusammen mit einem Leben in Würde für alle die absolute äußere Beschränkung vor. Somit folgen die SDG einem umfassenden Nachhaltigkeitsansatz. Sie richten sich – anders als die acht Millennium Development Goals (MDGs), die im Jahr 2000 verabschiedet wurden und bis zum Jahr 2015 hätten erreicht werden sollen[579] – an alle Staaten weltweit. Dieses umfassende Konzept nachhaltiger Entwicklung richtet sich aber nicht nur an die Staaten, sondern auch an die Wissenschaft, die Zivilgesellschaft und die Wirtschaft.[580] Unternehmen werden zu zentralen Akteuren einer nachhaltigen Entwicklung.[581] Sie sollen Verantwortung übernehmen, um die Agenda 2030 umzusetzen. Die Staaten „fordern alle Unternehmen auf, ihre Kreativität und Innovationsstärke zugunsten der Lösung der Herausforderungen im Bereich der nachhaltigen Entwicklung einzusetzen".[582] Dieser

[579] Millennium Development Goals, 13.9.2000, A/Res/55/2.
[580] Siehe Vereinte Nationen, Resolution vom 25.9.2015, A/Res/70/1, Nr. 39, 41, 43, 52, 60, 62, 70, 76, 79, 84. Siehe auch Ziel 17.17.
[581] Vereinte Nationen, Resolution vom 25.9.2015, A/Res/70/1, Nr. 41.
[582] Vereinte Nationen, Resolution vom 25.9.2015, A/Res/70/1, Nr. 67.

„Multi-Stakeholder-Ansatz“ erweitert den Kreis der Adressaten der Ziele nachhaltiger Entwicklung. So wie das Prinzip nachhaltiger Entwicklung ökonomische, ökologische und soziale Belange vereint, sollen Unternehmen in ihr Wirtschaften die Ziele nachhaltiger Entwicklung integrieren und durch ihr Wirtschaften zum Erreichen der Weltentwicklungsziele beitragen. Sie sind nicht nur Adressaten staatlicher Regulierung zur Nachhaltigkeit, sondern selbst Akteure der weltweiten Nachhaltigkeit.

Die Weltentwicklungsziele knüpfen damit an globale Initiativen an, die von Unternehmen Sorgfaltspflichten und verantwortliches Handeln fordern. Hierzu gehören die Leitprinzipien der Vereinten Nationen für Wirtschaft und Menschenrechte sowie der Global Compact der Vereinten Nationen. Auch auf nationaler Ebene gibt es in Deutschland eine Reihe von unternehmerischen Initiativen, die sich zu einer nachhaltigen Entwicklung verpflichten.[583] Viele Unternehmen beziehen sich überdies heute individuell auf die SDG, um ihr Engagement für Nachhaltigkeit zum Ausdruck zu bringen und ihre eigenen Fortschritte und Maßnahmen zu veranschaulichen. Dabei nehmen viele Unternehmen zunächst auf die Ziele Bezug, die am besten zu ihrem Geschäftsmodell und ihren Aktivitäten passen.

IV. Beispielthemen

Sowohl die Definition von Nachhaltigkeit als auch die möglichen Markteingriffe und Legitimationsmuster dafür sind breitgefächert. Um die Thematik dieses Gutachtens greifbar zu machen, werden drei Beispielthemen vorgestellt, anhand derer Nachhaltigkeitsaspekte, Probleme, Instrumente zur Lösung, potenzielle Konsequenzen und weitere Folgen demonstriert werden. Diese drei Fälle werden im Folgenden näher erläutert. Sie decken nicht die komplette Bandbreite ab, ermöglichen aber eine vertiefende Illustration der Mechanik von Nachhaltigkeit und Wettbewerbsschutz.

1. Thema 1: CO_2-Reduktion

Problemfeld CO_2

[583] Als Beispiele seien genannt econsense, Chemie hoch drei, die Foren Nachhaltiger Kakao und Nachhaltiges Palmöl sowie das Bündnis für nachhaltige Textilien.

CO_2 ist eine chemische Verbindung aus Kohlenstoff und Wasserstoff, die maßgeblich zum anthropogen bedingten Treibhauseffekt beiträgt. CO_2-Emissionen stammen aus einer Reihe von Quellen, u.a. aus der Verbrennung fossiler Brennstoffe zur Stromerzeugung und in der Industrie, der Wärmegewinnung, der Mobilität und dem LULUCF[584]-Sektor.
Der Anstieg von CO_2 in der Atmosphäre führt zu einem Anstieg der durchschnittlichen Erdtemperatur. Dieser vom Menschen verursachte Treibhausgaseffekt ist bereits heute messbar und wesentlicher Faktor des menschgemachten Klimawandels.[585]

Der Klimaschutz nimmt im Rahmen der Nachhaltigkeit eine zentrale Rolle ein. Eine der größten Herausforderungen im Klimaschutz ist die Reduktion und Vermeidung von CO_2-Emissionen. Um die Erdatmosphäre wirksam zu schützen, müssen Wirtschaft und Gesellschaft bis spätestens zum Jahr 2050 treibhausgasneutral sein. Der Schutz des Klimasystems der Erde ist eine Aufgabe der Staaten sowie der Unternehmen und der Zivilgesellschaft. Dies gilt unabhängig von Wertschöpfungsstufe oder Branche, da unternehmerische Aktivitäten gegenwärtig regelmäßig CO_2-Emissionen verursachen. Aspekte von Klimaschutz oder Klimaresilienz werden dementsprechend sehr umfassend in verschiedenen SDG und den jeweiligen Indikatoren erwähnt,[586] entweder als eigenes Ziel (SDG 13: Maßnahmen zum Klimaschutz) oder als Mittel zur Erreichung anderer Ziele (Ziele 1.5, 2.4, 11.b, 12.a). Maßgeblich ist insbesondere Ziel 7, eine saubere und bezahlbare Energieversorgung für alle Menschen weltweit. Ein im unternehmerischen Kontext unmittelbar relevanter Indikator ist z.B. „13.2.2 Gesamte Treibhausgasemissionen pro Jahr".

2. Thema 2: Faire Entlohnung in der Bananen-Produktion

Living Wages

Die Nachhaltigkeitsinitiative der Deutschen Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH sowie der Arbeitsgruppe des deutschen Einzelhandels zur Förderung existenzsichernder Löhne (Living Wages) und Einkommen im Bananensektor war schon Gegenstand

[584] LULUCF steht für Landnutzung, Landnutzungsänderung und Forstwirtschaft.
[585] Hierzu IPCC, Climate Change 2021, The Physical Science Basis, Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change; IPCC, Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability, Working Group II Contribution to the IPCC Sixth Assessment Report.
[586] Vereinte Nationen, Resolution vom 6.6.2017, A/RES/71/313.

einer Untersuchung des BKartA.[587] Ziel der Zusammenarbeit ist es, existenzsichernde Einkommen und Löhne im Bananensektor entlang der Lieferkette zu erreichen. Dabei ist der Ausgangspunkt der Initiative Ecuador, da es dort zwar einen gesetzlichen Mindestpreis pro Bananenkiste und einen Mindestlohn gibt, diese jedoch zumeist in der Praxis nicht respektiert werden. Mit Blick auf das 2023 in Kraft getretene Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz werden dabei insbesondere vier Ziele verfolgt: verantwortungsvolle Beschaffungspraktiken des Einzelhandels, aktive Arbeitnehmervertretungen im Erzeugerland, die Entwicklung von Prozessen zum Monitoring transparenter Löhne und Arbeitsbedingungen sowie Beschwerdestellen sowie die Zusammenarbeit von Interessenvertretern des Bananensektors und des Lebensmitteleinzelhandels für eine gemeinsame Agenda für existenzsichernde Löhne.[588]

Ein zweites Nachhaltigkeitsthema ist die Entlohnung der Arbeiter in den Anbaugebieten von Bananen. Hierbei geht es um faire Arbeitsbedingungen. Bezogen auf die SDG finden sich unmittelbare Bezüge in SDG 1 (Keine Armut), SDG 2 (Kein Hunger), SDG 3 (Gesundheit und Wohlergehen), SDG 8 (Menschenwürdige Arbeit und Wirtschaftswachstum) sowie SDG 10 (Weniger Ungleichheiten). Die im unternehmerischen Kontext unmittelbar relevanten Indikatoren sind dementsprechend vielfältig, z.B. „2.3.2 Durchschnittliches Einkommen kleiner Nahrungsmittelproduzenten, nach Geschlecht und Zugehörigkeit zu einer indigenen Bevölkerungsgruppe“, „8.5.1 Durchschnittlicher Stundenverdienst von Beschäftigten, nach Geschlecht, Alter, Beruf und Menschen mit Behinderungen“ oder „8.8.2 Grad der nationalen Einhaltung der Arbeitsrechte (Vereinigungsfreiheit und Tarifverhandlungen) basierend auf Textquellen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) und nationalen Gesetzesgrundlagen, nach Geschlecht und Migrationsstatus“.

3. Thema 3: Tierwohl

Initiative Tierwohl

Als deutsche Brancheninitiative von Vertretern aus Land- und Fleischwirtschaft und Lebensmitteleinzelhandel ist das Ziel der Initiative Tierwohl die Verbesserung des Tierwohls in der

[587] BKartA, Entsch. v. 25.11.2021, B2-90/2.
[588] BKartA, Fallbericht B2-90/2 v. 08.03.2022, S.1 f.

Nutztierhaltung u.a. durch Zahlung eines sog. "Tierwohlentgelts" pro verkauftem Kilogramm Schweine- bzw. Geflügelfleisch. Dieser Aufschlag ist ein finanzieller Zuschuss für die teilnehmenden Tierhalter, welche bestimmte Kriterien aus einem vorgegebenen Katalog umsetzen.[589] Diese umfassen beispielsweise Vorgaben zum Tränkwasser, zum Stallklima, zur Fütterung und die Pflicht zur fortlaufenden Fortbildung der Tierhalter.[590]

In Deutschland ist das Tierwohl häufiger Gegenstand von wettbewerbspolitischen Diskussionen. Das Tierwohl kann mit dem Klimaschutzziel verbunden sein, etwa wenn der Ausstoß von Treibhausgasen verringert wird. Andererseits geht es um Fragen der artgerechten Haltung von Tieren als Teil der zu schützenden Fauna, um nachhaltige Landwirtschaft und Biodiversität. Das Thema Tierwohl als solches ist jedoch nicht unmittelbar Ziel der SDG, auch wenn es in der kartellrechtlichen Debatte um Nachhaltigkeit regelmäßig diskutiert und auch im Entwurf der Leitlinien zu horizontalen Gruppenfreistellungen unter das Thema Nachhaltigkeit subsumiert wird.[591] Mittelbar mögen sich einzelne Bezüge in SDG 12 (Nachhaltige/r Konsum und Produktion) sowie SDG 15 (Leben an Land) sowie in Indikatoren mit Bezug zu Biodiversität finden, jedoch in der Regel mit Fokus auf nationalstaatlichen Zielen, die sich nicht unmittelbar im unternehmerischen Kontext anwenden lassen (z.B. 15.9.1.a. Anzahl der Staaten, die nationale Zielvorgaben gemäß oder ähnlich dem Aichi-Biodiversitätsziel 2 des Strategieplans für die biologische Vielfalt 2011-2020 in ihre nationalen Strategien und Aktionspläne zugunsten der biologischen Vielfalt aufgenommen haben). Trotz dieser eigentlich fehlenden Ableitung des Tierwohls aus den SDG kann das Thema ob seiner Prominenz in der kartellrechtlichen Nachhaltigkeitsdebatte dennoch als Beispiel dienen – nicht zuletzt, um die begrifflichen Unklarheiten rund um Nachhaltigkeit zu illustrieren.

[589] BKartA, Fallbericht v. 08.03.2022, B2-72/14.
[590] Weitere Kriterien sind abrufbar unter https://initiative-tierwohl.de/tierhalter/kriterien/.
[591] Draft Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal cooperation agreements, Rn. 543.

B. Hoheitliche Eingriffe in Märkte

Mit dem Kartellrecht werden hoheitliche Eingriffe in Märkte vorgenommen und unternehmerische Verhaltensweisen gesteuert. Im Wirtschaftsrecht gilt vor allem ein potentielles oder tatsächliches Marktversagen als legitimer Grund für einen hoheitlichen Eingriff in die unternehmerische Handlungsfreiheit.

I. Marktversagen als Eingriffsgrund

Die Theorie des Marktversagens ist nicht neu,[592] sondern lange etabliert in der Theorie der allgemeinen Wirtschaftspolitik.[593]

1. Definition von Marktversagen

Aus ökonomischer Perspektive ist das sog. Marktversagen – neben verteilungspolitischen Zielen – ein wesentlicher Grund für staatliche Markteingriffe. Als Marktversagen wird in der ökonomischen Theorie recht umfassend sämtliches Abweichen von effizienten Marktergebnissen verstanden, das nicht durch staatliche Markteingriffe induziert wird. In diesem Sinne ist Marktversagen natürlich nahezu ubiquitär, da vollständige Effizienz in der Praxis eine Illusion sein dürfte. Wirtschaftspolitisch relevant ist Marktversagen daher erst, wenn es ein gewisses Ausmaß erreicht. Der Theorie des Marktversagens folgend sind staatliche Markteingriffe genau dann sinnvoll, wenn (1) ohne Markteingriffe (nicht unerhebliches) Marktversagen droht *und* zugleich (2) die Markteingriffe mit hinreichender Sicherheit zu besseren Ergebnissen führen.[594]

Als klassische Marktversagenstatbestände gelten erhebliche Wettbewerbsprobleme (im Extremfall das natürliche Monopol), negative oder positive externe Effekte (als Spezialfall öffentliche Güter) sowie Informationsdefizite. Verhaltensökonomische Erkenntnisse können zudem auch dann regulatorische Eingriffe rechtfertigen, wenn hinreichend viele Nachfrager (oder ggf. auch Anbieter) unter verzerrten Wahrnehmungen leiden oder systematisch Entscheidungsfehler begehen („biases“), welche sich nachträglich nur schwer korrigieren lassen.

---

[592] Vgl. bereits Bator, Quarterly Journal of Economics 1958, S. 351.

[593] Vgl. etwa Lehrbücher wie Roth, VWL für Einsteiger: Eine anwendungsorientierte Einführung, 2007; Donges/Freytag, Allgemeine Wirtschaftspolitik, 2001; Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, Mikroökonomische Grundlagen staatlichen Handelns, 2007.

[594] Vgl. schon Coase, Journal of Law and Economics 1960, S. 1; Demsetz, Journal of Law and Economics 1969, S. 1.

2. Die einzelnen Marktversagenstatbestände

Das Paradebeispiel für systematische Wettbewerbsprobleme ist das sog. natürliche Monopol, wenn es „natürlicher Weise“ aufgrund subadditiver Kosten (wie sie etwa bei steigenden Skalenerträgen regelmäßig vorliegen) zur Monopolbildung kommt und zudem die Produktions- und Vertriebskosten am geringsten sind, wenn es nur einen einzigen Anbieter am Markt gibt. Klassische Beispiele sind die netzgebundenen Versorgungsbranchen wie die Wasser-, Strom- oder Fernwärmeversorgung, bei denen der Betrieb eines zweiten Netzes jeweils ineffizient wäre. In diesen Fällen ist es effizient, wenn nur ein Anbieter die Marktnachfrage allein bedient. Aufgrund der mangelnden Bestreitbarkeit und der nicht nur temporären Monopolsituation auf diesen Märkten unterliegen diese in der Regel einer staatlichen Regulierung.

Beispiel für Marktversagen 1: Natürliches Monopol bei Netzinfrastrukturen

In Deutschland unterliegen Strom- und Gasnetze, die Eisenbahninfrastruktur (im Wesentlichen das Schienennetz, Bahnstationen und Bahnstromnetz) sowie Teile des Telekommunikationsnetzes und der Post der behördlichen Regulierung, die in weiten Teilen – wenn auch nicht immer ausschließlich – durch die Bundesnetzagentur vorgenommen wird. Die Regulierung dieser Netze verfolgt zwei zusammenhängende Ziele: Zum einen sollen Wettbewerber der Infrastrukturinhaber davor geschützt werden, durch unfaire Praktiken des Marktbeherrschers im Wettbewerb behindert oder gar von ihm ausgeschlossen zu werden. Zum anderen sollen Verbraucher vor überhöhten Preisen oder anderen Formen der Ausbeutung geschützt werden. Die Regulierung sorgt damit für einen sozialen Ausgleich und mag als Beitrag zu einer nachhaltigen Wirtschaft interpretiert werden.

Zweitens kann es bei öffentlichen Gütern zu Marktversagen kommen. In der ökonomischen Theorie werden solche Güter als öffentliche Güter bezeichnet, bei denen (a) die Nutzung durch einen weiteren Nutzer keine weiteren Kosten verursacht und insbesondere die Nutzbarkeit des Gutes für bisherige Nutzer nicht durch die zusätzlichen Nutzer eingeschränkt wird (sog. Nicht-Rivalität im Konsum) und (b) ein Ausschluss von Nutzern, welche für die Nutzung nicht zahlen wollen, mit vertretbaren Mitteln nicht möglich ist (sog. Nicht-Ausschließbarkeit). Aus diesen Bedingungen

folgt das Trittbrettfahrerproblem: Wenn auch Nicht-Beitragswillige nicht von der Nutzung des öffentlichen Gutes ausgeschlossen werden können, ist die marktliche Bereitstellung öffentlicher Güter oft ineffizient gering. Nicht alle öffentlich bereitgestellten Güter sind somit in ökonomischer Terminologie auch öffentliche Güter. Anders ausgedrückt sind nicht alle Leistungen, die staatlich beauftragt oder produziert werden – etwa durch öffentliche Unternehmen –, auch öffentliche Güter. Gleichwohl besteht bei öffentlichen Gütern typischerweise staatlicher Handlungsbedarf, da diese nicht im wünschenswerten Umfang durch den Markt bereitgestellt werden.

Beispiel für Marktversagen 2: Naturschutz als öffentliches Gut

Der Schutz der Natur kann als öffentliches Gut interpretiert werden, da von den Vorteilen einer intakten Umwelt und Natur niemand mit probaten Instrumenten ausgeschlossen werden kann. Zugleich steigen die Kosten des Naturschutzes nicht an, wenn eine weitere Person von den Vorteilen einer intakten Natur profitiert. Ohne staatliche Vorgaben zum Naturschutz dürften Unternehmen und auch Verbraucher*innen zu wenig Rücksicht auf Umwelt und Natur nehmen.

Eng verwandt mit dem Problem der öffentlichen Güter sind spürbare Externalitäten, bei denen es erhebliche positive oder negative Auswirkungen einer Handlung auf unbeteiligte Dritte gibt, ohne dass diese Auswirkungen auf Dritte von den handelnden Parteien hinreichend berücksichtigt werden. Externalitäten werden daher als dritter möglicher Marktversagensgrund genannt. Das klassische Beispiel für negative Externalitäten sind Umweltverschmutzung und Lärm, das für positive Externalitäten Impfungen, durch die nicht nur die Geimpften, sondern auch Dritte vor Infektionen geschützt werden. Marktversagen entsteht hier, weil Einzelne die negativen oder positiven Folgen für Dritte unzureichend in ihrem Entscheidungskalkül berücksichtigen.

Beispiel für Marktversagen 3: Externalitäten des Klimawandels

Ein Beispiel für negative Externalitäten ist der Ausstoß von Treibhausgasen. Ohne regulierende Eingriffe wie etwa CO_2-Preise würden einzelne Unternehmen die gesellschaftlichen

Kosten des Ausstoßes von Treibhausgasen in ihren Produktionsentscheidungen nicht vollumfänglich berücksichtigen. Ebenso würden viele Konsumenten diese Kosten bei ihren Kaufentscheidungen nicht internalisieren. In der Konsequenz kommt es ohne korrigierende Markteingriffe zu einem übermäßigen Ausstoß an Treibhausgasen.

Als vierter Marktversagensgrund sind Informationsasymmetrien zu nennen. Informationsdefizite auf einer Marktseite über die Qualität einer Leistung oder andere für die Marktseite relevante Eigenschaften einer Transaktion können dazu führen, dass eigentlich beiderseits vorteilhafte Transaktionen mangels Vertrauen unterbleiben.

Beispiel für Marktversagen 4: Faire Entlohnung und Informationsasymmetrien

Eine Reihe von Konsumierenden ist durchaus daran interessiert, dass Erzeuger*innen von landwirtschaftlichen Produkten wie etwa Milch, Fleisch oder auch Bananen eine faire Entlohnung erhalten. Über die Entlohnung der Erzeuger*innen durch die direkten Abnehmer haben die Käufer in der Regel jedoch keine Informationen, sodass sie ihrer Präferenz durch ihr Kaufverhalten keinen Ausdruck verleihen können. Die Einführung von Siegeln und Labels kann dazu beitragen, ein etwaiges Marktversagen zu überwinden. Ähnliche Funktionen kann eine Kennzeichnungspflicht über Inhaltsstoffe von Produkten haben. Ohne eine solche Kennzeichnungspflicht könnte es für Verbraucher*innen sehr kostspielig (durch z.B. Such- und Informationskosten) sein, den Inhalt von Produkten festzustellen.

Fünftens gilt eingeschränkt rationales Verhalten von Marktteilnehmern als Marktversagensgrund. Verhaltensfehler können dazu führen, dass manche Marktteilnehmende systematisch Fehlentscheidungen treffen, die nicht in ihrem eigenen Interesse sind, etwa weil sie die Entscheidungssituation nicht richtig erfassen oder weil die Entscheidung für sie zu komplex ist.

Beispiel für Marktversagen 5: Verhaltensfehler und gesunde Ernährung

Ein verbreiteter Verhaltensfehler besteht darin, dass Menschen den kurzfristigen Nutzen einer Handlung systematisch höher einschätzen als die langfristigen Kosten. Ein typisches

Beispiel ist, dass Menschen kurzfristig übermäßig wenig gesunde Nahrungs- und Genussmittel konsumieren, dies selbst aber später bereuen. Durch die Besteuerung (und damit Verteuerung) der entsprechenden Güter (etwa Tabak, Alkohol, Zucker, fetthaltige Nahrungsmittel), Werbeverbote und andere Maßnahmen versuchen Hoheitsträger korrigierend einzugreifen und den Konsum zu reduzieren. Gleiches trifft auf den Konsum von Strom, Wasser oder die Nutzung von Transportmitteln wie Flugzeugen zu. Zu Verhaltensänderungen kommt es trotz Kenntnissen und Lerneffekten nicht immer in konsequenter Weise.

In der Realität kann es auch zu einer Kombination von Marktversagenstatbeständen kommen. So hat bereits *James Buchanan* darauf hingewiesen, dass bei unvollständigem Wettbewerb weniger negative Externalitäten produziert werden als bei vollständigem Wettbewerb.[595] Informationsasymmetrien hingegen können bei fehlendem Wettbewerb - aufgrund mangelnder Vergleichsmöglichkeiten - stärker ausgeprägt sein als bei Wettbewerb. Sofern mehrere Marktversagenstatbestände parallel vorliegen, sind in aller Regel auch mehrere Politikinstrumente notwendig, um die multiplen Marktversagen zu beheben. Das Kartellrecht etwa hat bisher primär das Marktversagen der Wettbewerbsdefizite adressiert, während die Instrumente des Verbraucherschutzrechtes im Wesentlichen Informationsasymmetrien und das Ausnutzen von Verhaltensfehlern bei Verbraucher*innen adressieren. Verschiedene negative Externalitäten werden durch diverse Umwelt-, Natur- und Klimaschutzgesetze adressiert, welche jedoch nicht Wettbewerbsdefizite adressieren.

3. Marktversagen und Nachhaltigkeitsziele

Für eine Reihe von Nachhaltigkeitszielen spielen insbesondere externe Effekte und die Problematik öffentlicher Güter eine bedeutende Rolle. Klimaschutz und eine saubere Umwelt etwa können als öffentliche Güter betrachtet werden, da ein Ausschluss nicht-beitragswilliger Individuen oder auch Staaten insbesondere bei der Klimapolitik nicht möglich ist. Gelingt es etwa, die Erderwärmung auf 1,5 Grad zu begrenzen, kann niemand von diesen Vorteilen ausgeschlossen werden, auch wenn jemand nicht zu einem solchen Erfolg beigetragen hat. Ganz allgemein sind Umwelt-, Natur- und Klimaschutz Politikfelder, bei denen es – aus ökonomischer Perspektive – im Kern

[595] Buchanan, American Economic Review 1969, S. 147.

darum geht, externe Effekte, die hier im Übrigen auch zwischen Generationen entstehen, möglichst gut zu internalisieren.

Auch die Regulierung natürlicher Monopole sowie der Abbau von Wettbewerbsdefiziten mögen als Beitrag zu einer nachhaltigen Wirtschaft interpretiert werden, insofern der soziale Ausgleich als Element einer nachhaltigen Entwicklung angesehen wird.[596] Richtig ist auch, dass mit Bahn und Energiewirtschaft regulierte Netzwirtschaften durch natürliche Monopole geprägt sind, die einen wesentlichen Beitrag zu einer nachhaltigen Wirtschaft leisten können. In der (sektorspezifischen) Regulierung dieser Netze spielen daher insbesondere Klima- und Umweltziele eine nicht unerhebliche Rolle.

Auch Informationsasymmetrien können für Nachhaltigkeitsziele relevant sein, da etwa Konsumierende nicht ohne Weiteres die Produktionsbedingungen für Produkte wie etwa das Einhalten von Umweltstandards, die Behandlung von Arbeitnehmern oder die Entlohnung von Erzeugern erkennen oder überprüfen können, auch wenn den Konsumierenden diese wichtig sind. Durch Labels oder Kennzeichnungspflichten können diese Informationsasymmetrien gemildert werden und zu einer nachhaltigen Wirtschaftsweise beitragen.

II. Gesellschaftliche Zielsetzungen als Markteingriffsgrund

Nicht immer liegt ein klassisches Marktversagen vor, wenn in Märkte hoheitlich eingegriffen wird. Aus politischer Sicht lässt sich ein hoheitlicher Markteingriff in einer Demokratie auch rechtfertigen, wenn eine Mehrheit der Bevölkerung eine solche Maßnahme wünscht, etwa um verteilungspolitische Ziele zu erreichen. Dann besteht ein Spannungsfeld, da ggf. die Freiheit der Minderheit eingeschränkt wird. Markteingriffe dienen dann dazu, verteilungspolitische Ziele zu verfolgen oder bestimmte Gerechtigkeits- bzw. Fairness-Vorstellungen umzusetzen. So ist etwa das Ziel, Erzeugern in bestimmten wirtschaftlich weniger entwickelten Ländern höhere Preise zu zahlen, nicht als Korrektur klassischen Marktversagens zu verstehen. Es ist jedenfalls nicht einfach, diese Problematik unter einen der fünf Marktversagenstatbestände zu subsumieren. Weder geht es um Wettbewerbsdefizite/natürliche Monopole noch um (messbare) Externalitäten und öffentliche Güter noch um Informationsdefizite und Verhaltensfehler von Verbraucher*innen. Vielmehr geht

[596] United Nations, Ziele für nachhaltige Entwicklung, 2021, SDG.

es in diesem Fall darum, als ungerecht empfundene Marktergebnisse zu korrigieren, d.h. aus ökonomischer Sicht um eine Verteilung der Tauschrenten, die nicht mit bestimmten Gerechtigkeitsvorstellungen korrespondiert.

Vereinfacht ausgedrückt geht es in diesen Fällen nicht um das Problem, dass Markt und Wettbewerb keine *effizienten* Ergebnisse hervorbringen, also Marktversagen im ökonomischen Sinne besteht, sondern darum, dass Markt und Wettbewerb keine als *gerecht empfundenen* Ergebnisse produzieren. Diese beiden Probleme – mangelnde Effizienz und mangelnde Gerechtigkeit – können koinzidieren, sie können aber auch getrennt voneinander auftauchen. Ein ineffizientes Marktergebnis kann mit unterschiedlichen Gerechtigkeitsvorstellungen korrespondieren.

Dass effiziente Marktergebnisse nicht immer als gerecht empfunden werden, ist keineswegs eine neue Erkenntnis. Insofern eine als gerecht empfundene Verteilung von Ressourcen Teil einer Definition des Gemeinwohls ist, weichen Marktergebnisse damit regelmäßig von den als gerecht empfundenen Ergebnissen ab. In der Sozialen Marktwirtschaft – und selbst in anderen marktwirtschaftlichen Systemen – werden daher diverse Umverteilungsmechanismen genutzt, vor allem über Steuer- und Transfersysteme auf lokaler, nationaler und teils auch internationaler Ebene. Diese Umverteilungsmechanismen basieren letztlich auf ganz unterschiedlichen Steuern und Transfers, von der Einkommenssteuer über Unternehmenssteuern bis hin zu diversen Verbrauchssteuern (etwa Tabaksteuern, Energiesteuern, etc.), deren Aufkommen in die öffentlichen Haushalte einfließt. Wie wir im folgenden Abschnitt erörtern werden, stehen Steuern und Transfers jedoch prinzipiell nicht im Widerspruch zu Wettbewerb auf Märkten.

Aus ökonomischer Perspektive besteht ein Unterschied auch darin, dass Ineffizienzen (bei Marktversagen) bis zu einem bestimmten Grad messbar und quantifizierbar sind, während es deutlich schwieriger, wenn nicht unmöglich, ist, Abweichungen von Gerechtigkeitsvorstellungen in ähnlicher Weise zu quantifizieren und zu messen.

Für die Wahl des am besten geeigneten Instruments ist somit der Grund für das Eingreifen in den Markt relevant. Daher ist es wichtig, die zu lösende Problematik einem Marktversagensgrund oder einer gesellschaftlichen Zielsetzung zuzuordnen. Der weite Nachhaltigkeitsbegriff, wie er

diesem Gutachten zu Grunde gelegt wird, kann allerdings nicht trennscharf in eine einzige Kategorie eingeordnet werden. Nachhaltigkeitsziele können teilweise an Marktversagenstatbeständen ansetzen, darunter in einem gewissen, aber nicht besonders großem Umfang auch am Marktversagenstatbestand fehlenden Wettbewerbs. Viele Nachhaltigkeitsthemen sind eher mit negativen Externalitäten zu erklären. Teilweise handelt es sich aber um Gerechtigkeitsvorstellungen, die durch hoheitliche Eingriffe durchgesetzt werden.

III. Hoheitliche Eingriffsmöglichkeiten

Für die Abhilfe von Marktversagen oder zur Durchsetzung gesellschaftlicher Zielsetzungen greifen Hoheitsträger in Märkte ein. Diese Eingriffe können in vielfältiger Form erfolgen, etwa durch ordnungsrechtliche Maßnahmen (wie Verbote oder die Vorgabe von Produktions- oder Produktstandards), durch Subventionen oder Steuern auf Verbrauch oder Produktion, durch die Definition und Begrenzung von (handelbaren) Verfügungsrechten wie etwa Emissionsrechten, durch Informationspflichten, durch die Verleihung von Rechtsansprüchen, z.B. aus Produkthaftung. In jüngerer Zeit ist auch die Verpflichtung zur unternehmensinternen Compliance, die insbesondere Dokumentations- und Kontrollpflichten umfasst, üblich geworden. Eine hoheitliche Eingriffsmöglichkeit ist das Kartellrecht, das oben näher dargestellt wurde.

Das Vorliegen von Marktversagen impliziert nicht, dass Markt und Wettbewerb nicht selbst Lösungen entwickeln, um Marktversagen zu überwinden. Insbesondere bei Informationsasymmetrien kann der Markt selbst durch die Entwicklung von Marken mit Wiedererkennungswert oder Qualitätskennzeichen und Gütesiegel das Marktversagen überwinden.

Beispiel für Überwindung von Informationsasymmetrien: Gütesiegel

Gütesiegel oder Qualitätskennzeichen sind Kennzeichen auf oder an einem Produkt, die anzeigen, dass es eine anerkannte Produktnorm/-vorschrift gibt und dass der Hersteller des Produkts die Einhaltung dieser Normen oder Vorschriften überprüft hat. Die Kennzeichen können eine Aussage über bestimmte Produktmerkmale, wie etwa die Qualität, aber auch über eingehaltene Sicherheitsstandards oder Umwelteigenschaften des Produkts machen. In der Regel erfolgen die Kennzeichen auf dem Produkt grafisch per Siegel oder schriftlich mit entsprechenden Ausführungen. Den Verbraucher*innen kann ein Gütesiegel Hinweise

auf die Produktmerkmale geben, aber auch auf die Vertrauenswürdigkeit des Herstellers. Ein Problem kann darin bestehen, dass es in manchen Bereichen bereits einen regelrechten „Siegeldschungel“ gibt und Konsumierende die Qualität und Aussagekraft bestimmter Siegel selbst nicht immer hinreichend beurteilen können.

Im Fall öffentlicher Güter und von externen Effekten, die viele Menschen betreffen, wie etwa eine durch Treibhausgase induzierte Erderwärmung, sind marktimmanente Lösungen ohne ein hoheitliches Eingreifen allerdings illusorisch. Eingriffe wie etwa die Einführung von CO_2-Preisen, sei es durch ein Emissionshandelssystem wie das European Union Emissions Trading System (EU ETS) oder durch CO_2-Steuern, sind aus ökonomischer Perspektive geboten, um effiziente Marktergebnisse zu induzieren.

Beispiel für eine Markteröffnung bei öffentlichen Gütern: EU-Emissionshandelssystem

Das EU-Emissionshandelssystem (European Union Emissions Trading System, EU ETS) wurde 2005 als Eckpfeiler der EU-Politik zur Bekämpfung des Klimawandels eingeführt. Es stellt das wichtigste Instrument zur kosteneffizienten Reduzierung von Treibhausgasemissionen in der EU dar, da es nach dem sogenannten „cap and trade“-Prinzip funktioniert. Das heißt, es wird eine Obergrenze („cap“) für eine Gesamtmenge an auszustoßenden Treibhausgasen festgelegt, die von allen teilnehmenden Anlagen ausgestoßen werden darf. Im Rahmen dieser Obergrenze können Emissionszertifikate gekauft und gehandelt werden („trade“). Durch die künstliche Begrenzung der Zertifikate wird ihr Wert sichergestellt. Zusätzlich wird die Gesamtmenge der Zertifikate im Laufe der Zeit verringert, sodass bestimmte Ziele, wie bspw. Klimaneutralität, erreicht werden können.

Im Allgemeinen können zwei Markteingriffsformen unterschieden werden: ordnungsrechtliche und preisliche Instrumente. Diese werden im weiteren Verlauf zunächst allgemein beschrieben, bevor sich die Diskussion auf Markteingriffe bei Nachhaltigkeitszielen fokussiert.

1. Ordnungsrechtliche Markteingriffe

„Ordnungsrechtliche“ Markteingriffe umfassen Produktvorschriften bis hin zum Verbot bestimmter Produkte und Vorschriften über die Unternehmensführung, z.B. hinsichtlich Produktionsweise, Vertrieb oder Marktverhalten. Eng damit verbunden ist die gesetzliche Auferlegung von Haftungspflichten, etwa bei Schädigungen von Verbraucher*innen. Vorgelagert sind Compliance-Pflichten, wie sie etwa durch das sog. Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz statuiert werden. Eine umfassende und erschöpfende Darstellung ist an dieser Stelle nicht zu leisten. Von Branche zu Branche gibt es zahlreiche unterschiedliche Vorschriften in Bezug auf Produkte und Produktion. Die folgende Tabelle bietet – ohne jeden Anspruch auf Vollständigkeit – einen Überblick über gängige Markteingriffe, die nicht am Preis ansetzen und hier zusammenfassend als „ordnungsrechtliche“ Maßnahmen bezeichnet werden.

Ordnungsrechtliches Instrument	**Beispiele**
Quotenregelungen	Gesetzliche Biokraftstoff-Quote, gesetzliche Recycling-Quoten bei Verpackungen
Verbot von Produkten	„Glühbirnenverbot“, Verbot FCKW-haltiger Produkte
Verbot von Produktionstechnologien	Gesetzlicher Ausstieg aus Kernkraft, Braun- und Steinkohleverstromung
Vorgabe von Mindeststandards bei der Produktion	Vorgaben zur Tierhaltung, Mindeststandard für die Bemessung der Recyclingfähigkeit von systembeteiligungspflichtigen Verpackungen gemäß § 21 Abs. 3 VerpackG
Werbeverbote und -regulierungen	Regulierung von Tabakwerbung, Alkoholwerbung
Marktzutrittsbeschränkungen	Umweltprüfung bei Bauvorhaben, Genehmigungsverfahren bei Kraftwerken
Dokumentationspflichten	Risikobewertung und Dokumentation im Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz
Kennzeichnungspflichten	Energieverbrauchskennzeichnung, Lebensmittelkennzeichnungen (Inhalte)
Öffentliche Kennzeichnungsstandards	Nutri-Score, EU-Bio-Siegel

Für alle Bereiche der Wirtschaft bestehen zahlreiche detaillierte sektorspezifische Regelungen. Im Bereich der Nahrungsmittelwirtschaft etwa verankert das Gesetz zur Stärkung der Organisationen und Lieferketten im Agrarbereich, basierend auf der sog. UTP-Richtlinie, ein Verbot diverser Handelspraktiken in der Lebensmittelkette, welche der Gesetzgeber als unlauter ansieht. Im Finanzbereich hat die EU die Taxonomie zur Beurteilung der ökologischen (insb. klimabezogenen) Nachhaltigkeit von Investitionen vorgelegt.[597] Die Anzahl der Möglichkeiten zur mehr oder minder strikten oder weichen Regulierung von Märkten ist nahezu unüberschaubar[598] und wird von Branche zu Branche unterschiedlich von der Legislative genutzt.

Ob die Legislative in all diesen Fällen das Kurieren eines Marktversagens im ökonomischen Sinne zum Ziel hat oder nicht, soll an dieser Stelle nicht vertieft werden. Bedeutsam ist die Feststellung, dass die Legislative durch zahlreiche unterschiedliche ordnungsrechtliche Maßnahmen regulierend in Märkte eingreift, um Defizite zu beheben, die sich aus Sicht des Gesetzgebers ohne die entsprechenden Eingriffe auf den Märkten ergeben würden.

Die genannten hoheitlichen Maßnahmen sind prinzipiell geeignet, den Wettbewerb zu beschränken, wenn auch in unterschiedlichem Ausmaß. So dürften Marktzutrittsschranken oder Produktverbote den Wettbewerb stärker einschränken als etwa Kennzeichnungspflichten. Allgemein schränken ordnungsrechtliche Maßnahmen den Wettbewerb stets in mindestens einem Wettbewerbsparameter ein, ansonsten wäre eine ordnungsrechtliche Vorschrift überflüssig.

Im Falle von Marktversagenstatbeständen kann jedoch gerade eine (legislative) Beschränkung des unregulierten Wettbewerbs effizient und für das Gemeinwohl förderlich sein, wenn durch diese Maßnahmen Marktversagen überwunden oder zumindest gelindert wird. Insofern ein Ziel des Wettbewerbs auch darin besteht, effiziente Marktergebnisse zu fördern, muss zwischen Wettbewerb und ordnungsrechtlichen Maßnahmen aus ökonomischer Sicht kein Zielkonflikt bestehen. Anders ausgedrückt würde unregulierter bzw. ungezügelter Wettbewerb beim Vorliegen von

[597] Hierzu ausführlicher Teil 3.A.II.2.

[598] Weitere Möglichkeiten der Regulierung sind die Regulierung von Standorten (etwa bei Spielhallen, Supermärkten), Beschränkungen für bestimmte Konsumenten (wie Altersbeschränkungen bei Alkohol, Tabak oder Glücksspiel) oder die Regulierung von Öffnungszeiten, um nur einige zu nennen.

Marktversagen zu Ineffizienzen führen, sodass die legislative Einschränkung des Wettbewerbs wünschenswert ist.

Sofern durch ordnungsrechtliche Vorgaben die Rahmenbedingungen bestimmt werden, innerhalb derer sich Wettbewerb zwischen Unternehmen vollzieht, führen ordnungsrechtliche Markteingriffe nicht unbedingt zu Wettbewerbsverzerrungen, sofern sämtliche Marktteilnehmer bei Vorliegen gleicher Voraussetzungen gleichermaßen von den Maßnahmen betroffen sind.

2. Preisliche Markteingriffe

Neben ordnungsrechtlichen Vorschriften werden zur Korrektur von Marktversagen vor allem Markteingriffe genutzt, die an den relativen Preisen ansetzen, wie etwa Steuern, Subventionen und andere Eingriffe in den Preismechanismus.

Art des Markteingriffs	**Beispiele**
Verbrauchssteuern	Tabaksteuer, Alkoholsteuer, Energiesteuer
Mindestpreise mit Abnahmegarantien	Einspeisetarife nach EEG
Verpflichtungen zum Erwerb von Lizenzen bzw. Rechten gegen Entgelt	Emissionshandelssysteme
Direkte Subventionen (verschiedene Formen: fixer Beitrag, Prämie, Kreditvergünstigungen, …)	Kaufprämien für Elektroautos, Zuschüsse für Energieeffizienzmaßnahmen
Indirekte Subventionen	Steuerliche Vergünstigungen für Elektroautos als Dienstwagen
Pfand- und Rücknahmepflichten	Dosenpfand, Flaschenpfand

Preisliche Eingriffe können prinzipiell so ausgestaltet werden, dass sie wettbewerbsneutral zwischen Unternehmen wirken. Insbesondere bei Abgaben auf den CO_2-Ausstoß – ob in Form einer Steuer oder eines CO_2-Preises, der aus einem Emissionshandelssystem resultiert – gibt es aus wettbewerbsökonomischer Perspektive regelmäßig keine Bedenken, dass diese wettbewerbsverzerrend wirken könnten, sofern nicht einzelne Unternehmen bevorzugt behandelt werden. Richtig ist zwar, dass CO_2-intensive Produktionsweisen im Vergleich zu klimafreundlichen Produktions-

weisen schlechter gestellt werden und diese Technologien somit einen Wettbewerbsnachteil erleiden. Sofern die CO_2-Preise jedoch die externen Kosten des CO_2-Ausstoßes reflektieren, ist dieser Wettbewerbsnachteil gesellschaftlich gerade erwünscht und effizienzfördernd.

Je nach Ausgestaltung können Steuern und Abgaben wettbewerbsverzerrend auf einem Markt wirken, wenn bestimmte Unternehmen selektiv steuerlich anders behandelt werden als ihre Wettbewerber. Zudem können auch die Wettbewerbsbeziehungen zwischen Märkten berührt sein. Im Hinblick auf die wettbewerblichen Auswirkungen preisorientierter Markteingriffe ist festzustellen, dass die ausgelösten Wettbewerbsverzerrungen umso gravierender sind, je enger das Substitutionsverhältnis zwischen den betroffenen Produkten und Dienstleistungen ist. Sind die Substitutionsbeziehungen hinreichend eng, ist kartellrechtlich von einem gemeinsamen Markt auszugehen. Stehen die Produkte hingegen nur in einer schwachen Substitutionsbeziehung (wie vermutlich Mineralwasser, das einer Mehrwertsteuer von 19 % unterliegt, und Leitungswasser, das mit einem Mehrwertsteuersatz von 7 % belegt ist), so dürften die Wettbewerbsverzerrungen tendenziell zu vernachlässigen sein, die Produkte stehen dann nicht auf demselben relevanten Markt in Wettbewerb zueinander. Je größer jedoch die Substitutionsbereitschaft der Nachfrager ist, desto eher wird der Wettbewerb zugunsten der geringer besteuerten Variante verzerrt.

Eine Kooperationsnotwendigkeit zwischen Unternehmen kann sich beispielsweise bei Pfand- und Rücknahmesystemen ergeben. Sofern diese gesetzlich verpflichtend sind, etwa durch Verpackungsverordnung oder Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz (KrW-/AbfG), sind solche Kooperationen schon in der Vergangenheit durch das Bundeskartellamt zugelassen worden. Wie das Bundeskartellamt selbst ausgeführt hat, kam es bei verschiedenen Rücknahmesystemen für Verpackungen

„durch gesetzgeberische Maßnahmen dazu, dass neue Marktbeziehungen bzw. neue Märkte in Form von Rücknahmesystemen geschaffen wurden. Soweit mit der Organisation dieser Rücknahmesysteme eine notwendige Kooperation von Wettbewerbern verbunden war, konnte das Bundeskartellamt darauf hinwirken, dass diese Kooperation auf das erforderliche Maß beschränkt

wurde und die neu entstehenden Marktbeziehungen möglichst wettbewerblich ausgestaltet wurden."[599]

Das Zitat verdeutlicht das Spannungsverhältnis von hoheitlichen Maßnahmen und Wettbewerb und den verbleibenden Eingriffsbereich der kartellrechtlichen Vorschriften.

3. Markteingriffe bei Nachhaltigkeitszielen

Prinzipiell muss kein Spannungsverhältnis zwischen Wettbewerb und Nachhaltigkeitszielen bestehen. In Fällen von Marktversagen oder zur Realisierung von gesellschaftlichen Zielen stehen der Legislative zahlreiche Instrumente zur Verfügung, die keine Wettbewerbsverzerrungen induzieren müssen und weiterhin wirksamen Wettbewerb auf Märkten ermöglichen.

Im Bereich der Nachhaltigkeit finden sich alle oben genannten Instrumente. Ordnungsrechtliche Vorgaben zu Produktionsweisen und zulässigen Produkten werden etwa durch die Öko-Designrichtlinie (2009/125/EG), durch das sog. Glühbirnenverbot, durch Beschränkungen des sog. Flottenverbrauchs von PKW,[600] die verpflichtende Stilllegung von Kohlekraftwerken in Deutschland und viele andere Rechtsvorschriften gemacht.

Auch Subventionen (etwa für die Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien oder für den Kauf von Elektroautos) sind ein gängiges Mittel der Nachhaltigkeitspolitik, ebenso wie Steuern, etwa auf Mineralöl oder besonders ungesunde Nahrungsmittel mit einem hohen Zucker-, Fett- und/oder Salzgehalt. Letztere Steuern existieren außerhalb Deutschlands beispielsweise in Großbritannien, Norwegen oder Frankreich. Ein weiteres Mittel sind Preismechanismen, wie sie etwa durch das europäische Emissionshandelssystem EU ETS auf CO_2 geschaffen werden. Weitere Maßnahmen sind verpflichtende Recyclingquoten, Dosenpfand, Informationspflichten (etwa über Tierhaltungsbedingungen oder über Energieverbrauchsklassen von Produkten). Die Palette der hoheitlichen Markteingriffe zur Korrektur von Marktversagen ist gerade im Bereich der Nachhaltigkeit vielfältig.

---

[599] Bundeskartellamt, Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften - Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis, Hintergrundpapier Arbeitskreis Kartellrecht, 2020, S. 15.

[600] Verordnung (EU) 2019/631 legt fest, dass der Kohlendioxidausstoß von Neuwagen bis 2025 um 15 Prozent und bis 2030 um 37,5 Prozent im Vergleich zu 2021 sinken soll. Dies bedeutet, dass der sog. Flottenausstoß im Jahr 2030 nur noch 59,4 g CO_2/km betragen darf.

a) Spannungsverhältnis zum Wettbewerbsrecht

In Spannung zum Wettbewerbsrecht treten die genannten Maßnahmen am ehesten, wenn Subventionen gewährt werden und deswegen das europäische Beihilferecht eingreift. Auf der Grundlage weit gefasster Ausnahmemöglichkeiten in Art. 107 Abs. 3 AEUV ist das Beihilferecht aber in der Lage, Nachhaltigkeitszielen Rechnung zu tragen. So geben etwa die jüngst reformierten Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfeleitlinien (KUEBLL) einen Rahmen vor, innerhalb dessen eine Subventionierung möglich ist, um Umweltziele zu erreichen.[601] So wird seitens der EU-Kommission versucht, wettbewerbliche Bedenken gegen Beihilfen und die erwünschten Nachhaltigkeitswirkungen auszugleichen. Ähnliche Beihilferichtlinien gibt es für Maßnahmen, die anderen gemeinwohlorientierten Zielen dienen.

Das Kartellrecht im engeren Sinne – also Kartellverbot, Missbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle – wird durch diese Vorgaben nicht tangiert, und es bedarf auch keiner Ausnahmen vom Kartellrecht, damit die betroffenen Produzenten diese Vorschriften einhalten. Das Kartellrecht schützt nur den Wettbewerb im Rahmen bestehender Gesetze, deren verpflichtende Einhaltung für die Unternehmen wettbewerbsneutral wirkt.

Die Vereinbarkeit legislativer Maßnahmen mit dem übergeordneten europäischen Wettbewerbsrecht ist nach Beihilferecht, aber auch nach Art. 106 AEUV sowie Art. 101, 102 AEUV i.V.m. dem effet-utile-Grundsatz zu beurteilen.

b) Tinbergen-Regel

Aus ökonomisch-theoretischer Perspektive ist es im Allgemeinen vorzugswürdig, wenn für jedes eigenständige wirtschaftspolitische Ziel auch ein eigenes Instrument eingesetzt wird (sog. *Tinbergen*-Regel).[602] Wenn hingegen mit einem Instrument zwei Ziele erreicht werden sollen, wird es regelmäßig nicht möglich sein, beide Ziele gleich gut zu erreichen, sodass ein Ziel weniger gut erreicht wird als das andere. Werden für ein Ziel zwei wirtschaftspolitische Instrumente eingesetzt, so besteht zumindest die Gefahr von (kostspieligen) Redundanzen und Ineffizienzen. Allerdings mögen einzelne wirtschaftspolitische Instrumente Schwächen aufweisen, sodass nicht sel-

[601] Europäische Kommission, Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen, ABl. 2022 C 80/1.
[602] Siehe Tinbergen, On the Theory of Economic Policy, 1952.

ten mehrere Instrumente komplementär zur Verfolgung eines Ziels eingesetzt werden. Problematischer ist die Verfolgung mehrerer Ziele mit nur einem Instrument, da in diesem Fall eine unvollständige Zielerreichung im Grunde unvermeidlich ist und den exekutiven Institutionen ein diskretionärer Spielraum zugestanden wird, der leicht zu mehr oder minder willkürlichen Entscheidungen führen kann. Insofern sprechen sich viele Ökonom*innen dafür aus, zur Verfolgung von Nachhaltigkeitszielen eigenständige Instrumente einzusetzen.[603]

Gleichwohl gibt es auch Ökonom*innen und Rechtswissenschaftler*innen, die den sog. „Multiple-Goals"-Ansatz als weniger problematisch erachten. So sind etwa *Inderst/Thomas* deutlich optimistischer, dass sich – gerade auch für den Bereich der Nachhaltigkeit – fallgruppenspezifisch durchaus zielübergreifende, transparente Metriken finden lassen, die etwa im Rahmen eines methodisch erweiterten Konsumentenwohlfahrtsansatzes eine hinreichend robuste „Verrechnung" im Rahmen von Effizienzabwägungen ermöglichen.[604] Dazu bedarf es allerdings der – wie in Teil 3.C beschrieben – nicht trivialen Einschätzung, welchen Wert eine Nachhaltigkeitsmaßnahme für Verbraucherinnen und Verbraucher und ggf. auch andere Menschen (die das betreffende Gut gar nicht konsumieren) hat. *Inderst/Thomas* gehen davon aus, dass dies gelingen kann, auch wenn die damit verbundenen methodischen Probleme bekannt sind.[605]

c) Regulierungsversagen

Hoheitliche Eingriffe sind nicht immer effizient. Sie stellen auch nicht zwingend die beste Lösung dar, um Marktversagen zu korrigieren oder gesellschaftliche Ziele zu erreichen. Vielmehr ist stets das potenzielle Regulierungsversagen dem Marktversagen gegenüberzustellen. Zu Regulierungsversagen kann es aus vielerlei Gründen kommen, z.B. durch Informations- und Erkenntnisdefizite, Einflussnahme von Lobbygruppen, Verharrungstendenzen in der Bürokratie oder eingeschränkt rationales Verhalten in politischen Entscheidungsprozessen.[606] Ein gerade auch für die Verfol-

[603] Vgl. schon Solow, American Economic Review 1974, S. 1; in jüngerer Zeit Schinkel/Spiegel, International Journal of Industrial Organization 2017, S. 371.
[604] Inderst/Thomas, Journal of European Competition Law & Practice 2021, S. 705, 709; Inderst/Thomas, The Scope and Limitations of Incorporating Externalities in Competition Analysis within a Consumer Welfare Approach, 2021.
[605] Für einen kritischen Survey der Methoden zur Ermittlung von unbekannten Wertschätzungen vgl. exemplarisch Kanya/Sanghera/Lewin/Fox-Rushby, Social Science & Medicine 2019, S. 238.
[606] Vgl. Whish/Bailey, Horizontal Guidelines on purchasing agreements: Delineation between by object and by effect restrictions, 2022, Rz. 2.25.

gung von Nachhaltigkeitszielen relevantes Problem ist das Kurzfristdenken bei politischen Entscheidungsträgern. Demnach neigen Politiker*innen – der Theorie der politischen Ökonomie zufolge – dazu, primär den Zeitraum bis zur nächsten Wahl zu betrachten und den Zeitraum nach der Wahl tendenziell zu sehr zu vernachlässigen.[607] Insbesondere Maßnahmen, die kurzfristig Kosten verursachen (etwa durch notwendige Investitionen), aber erst langfristig Nutzen stiften, werden dann vernachlässigt.

Auch der Einfluss bestehender Lobbygruppen kann ein zu langes Festhalten am Status Quo bewirken.[608] Besonders relevant dürfte dieses Problem in Bezug auf solche Maßnahmen sein, bei denen heutige Wählerinnen und Wähler oder auch bestehende Unternehmen die Kosten zu tragen haben, die Vorteile aber auch, oder sogar in besonderem Maße, zukünftigen Generationen zugutekommen. Dies gilt auch, wenn die nachteiligen Auswirkungen weniger die eigenen Wählerinnen und Wähler und stärker Menschen in anderen Staaten etwa im globalen Süden treffen.

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Klimaschutzgesetz vom 24. März 2021 mag zwar keine belastbare Evidenz für die Korrektheit der aufgestellten These darstellen, konsistent mit der Theorie ist die Entscheidung aber gleichwohl. Das Gericht fordert den Gesetzgeber auf, den Gebrauch der Freiheitsrechte auch in der Zeit zu sichern. Die Grundrechte in Verbindung mit Art. 20a GG verpflichten den Gesetzgeber, Freiheitschancen vorausschauend in verhältnismäßiger Weise über die Zeit zu verteilen. Maßnahmen, die der Gesetzgeber heute zum Schutz des Klimasystems der Erde ergreift oder unterlässt, entfalten eingriffsähnliche Vorwirkung. Treibhausgase, die heute emittiert werden, stehen morgen im „Budget“ nicht mehr zur Verfügung. Die intertemporale Freiheitssicherung der Grundrechte gebietet es, die Last, Treibhausgase zu mindern, nicht einseitig in die Zukunft zu verlagern. Diese Klimaschutzverpflichtung ist an den Gesetzgeber gerichtet; sie soll „Regulierungsversagen” verhindern. Das Grundgesetz verpflichtet den Gesetzgeber zu verantwortungsvollem Handeln für den Schutz des Klimasystems der Erde. Auch in anderen Politikbereichen – wie etwa der Rentenpolitik – wird regelmäßig von Experten kritisiert, dass zu große Lasten auf zukünftige Generationen verschoben werden. Insgesamt lässt sich

[607] Vgl. Rogoff, American Economic Review 1990, S. 21; Garrì, Public Choice 2010, S. 197; Gersbach, Public Choice, 2010, S. 197; Persson/Tabellini, Political Economics: Explaining Economics Policy, 2000.
[608] Vgl. Raquel/Rodrik, The American Economic Review 1991, S. 1146; Grossman/Helpman, Special Interest Politics, 2001; Aytimur, Economics of Governance 2014, S. 203; Varone/Ingold/Jourdain, Journal of Public Policy 2017, S. 1; Flöthe, Journal of European Public Policy 2020, S. 528.

somit durchaus anreizbasiert erklären, warum hoheitliche Maßnahmen in Bezug auf Nachhaltigkeitsziele kurzfristig zu wenig umfassend sind.

Ökonomische Bewertung und Quantifizierung

Wie können Gemeinwohl- und Nachhaltigkeitsbelange ökonomisch bewertet und quantifiziert werden?[609] Welche Formen der quantitativen Bewertung gibt es, um den gesellschaftlichen Nutzen heute, aber auch den Nutzen für zukünftige Generationen zu berücksichtigen?

Viele der im Folgenden diskutierten Methoden und Analyseverfahren beziehen sich auf ökologische Nachhaltigkeitsaspekte. Allerdings sind die vorgestellten Konzepte und Instrumente zumindest in Teilen auch auf andere Aspekte der Nachhaltigkeit anwendbar. Ziel ist es, einen Überblick über mögliche Messinstrumente zu geben und ihre Vor- und Nachteile im Hinblick darauf kritisch zu würdigen, dass potenzielle Wettbewerbswirkungen bestimmter wettbewerbsrelevanter Verhaltensweisen mit etwaigen gesellschaftlichen Vorteilen einer größeren Nachhaltigkeit verglichen werden sollen. Zudem werden verschiedene Instrumente auf die drei Beispielthemen des Gutachtens angewendet.

Das Wettbewerbsrecht kann Nachhaltigkeitsbelange in verschiedenen Zusammenhängen berücksichtigen, beispielsweise bei der Bewertung von Fusionen und Übernahmen, dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV) oder Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern (Art. 101 AEUV).

Insbesondere Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern kommt dabei bisher eine besondere Rolle in der Diskussion zu. Eine Vereinbarung kann verschiedene Formen annehmen, wie beispielsweise ein Konsens zwischen den Unternehmen, die sich auf die auslaufende Produktion und den auslaufenden Verkauf einer weniger nachhaltigeren Produktvariante verständigen. Einerseits kann eine solche Vereinbarung dem Gemeinwohl dienen, wenn die Produktion und der Verkauf einer weniger nachhaltigen Produkte eingestellt und damit Umweltkosten vermieden werden. Andererseits werden dadurch die Wahlmöglichkeit der Verbraucher eingeschränkt und möglicherweise höhere Preise erzielt. Andere Vereinbarungen können die effizientere gemeinsame Nutzung von knappen Ressourcen betreffen.

[609] Siehe dazu auch van Dijk in: Holmes/Middelschulte/Snoep, Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability, 2021, S. 61 ff.

Bei der Bewertung der Umweltkosten und -nutzen kann auf verschiedene Methoden zurückgegriffen werden, die sich für die Analyse in unterschiedlichen Situationen eignen. Einige dieser Methoden greifen auf bereits bekannte Ansätze aus der Umweltökonomik zurück. Zugrunde liegt die sog. Wohlfahrtsanalyse. Dabei werden die gesellschaftlichen Vorteile einer Maßnahme gegen mögliche Wettbewerbsbeschränkungen abgewogen, wobei die Art der Beschränkung keine Rolle spielt. Eine grundlegende Annahme der Wohlfahrtsanalyse (und gleichzeitig eine mögliche Limitation) ist, dass sich individuelle Präferenzen zur gesellschaftlichen Wohlfahrt als Ganzes aggregieren lassen

Zur Bewertung der Umweltkosten und -nutzen wird das Konzept des ökonomischen Gesamtwerts (Total Economic Value, TEV) herangezogen. Dieser versucht den gesamten Wohlfahrtsgewinn zu erfassen, der z.B. auf Verbesserungen der Umweltqualität oder anderer Umweltfaktoren zurückzuführen ist, die zum menschlichen Wohlbefinden beitragen. Der TEV beruht auf der Analyse von Gebrauchswerten und Nicht-Gebrauchswerten. Der Gebrauchswert bezieht sich dabei auf die tatsächliche, mögliche oder geplante Nutzung des betreffenden Gutes durch den Verbraucher selbst oder andere. Der Nicht-Gebrauchswert hingegen ist der Wert, der dem Gut zugeschrieben wird, selbst dann wenn es nicht selbst genutzt wird. Anders ausgedrückt ist der Nicht-Gebrauchswert die Zahlungsbereitschaft zur Aufrechterhaltung eines Gutes auch wenn keine tatsächliche, mögliche oder geplante Nutzung erfolgt. Diese Bewertung kann im Klimakontext beispielsweise auf dem ethischen oder religiösen Wunsch basieren, die Natur „um ihrer selbst willen" zu schützen oder für die Nachwelt zu erhalten. Nicht-Gebrauchswerte umfassen Existenzwerte, Vererbungswerte und altruistische Werte.[610]

IV. Methoden zur Bewertung unter Verwendung fallspezifischer Daten

Für die meisten Umweltgüter und -dienstleistungen wird der TEV mithilfe von verschiedenen Bewertungstechniken gemessen. Diese können entweder auf den offenbarten („revealed") oder den geäußerten („stated") Präferenzen beruhen. Beide Konzepte haben verschiedene Vor- und Nachteile, die im weiteren Verlauf erörtert werden.

[610] Pearce/Turner, Economics of natural resources and the environment, 1990.

1. Offenbarte Präferenzen – Methoden basierend auf Marktentscheidungen

Methoden im Zusammenhang mit offenbarten Präferenzen („revealed preferences") stützen sich auf die Analyse von beobachteten Marktdaten. Das kann beispielsweise das Angebot eines Gutes in zwei verschiedenen Varianten sein, wobei es eine mehr und eine weniger umweltverträgliche Variante gibt. Auf Grundlage von realen Kaufdaten können dann die Präferenzen der Kund*innen für das Attribut (hier: die Umweltfreundlichkeit) des Produkts erfasst werden.

Es ergeben sich drei entscheidende Faktoren, die die Wahl dieser Methode nachteilig wirken lassen: Einerseits beziehen sich viele Nachhaltigkeitsanalysen auf Produkte, die bisher noch nicht produziert wurden, etwa bei einer Vereinbarung zwischen Unternehmen, die eine neue Produktvariante mit einem höheren Umweltstandard zum Ziel hat. In solchen Fällen können Konsumierende keine reale Entscheidung treffen, folglich existieren keine realen Kaufdaten und die offenbarten Präferenzen können nicht erfasst werden. Auch die Analyse von Fusionen in Bezug auf das Konsumentenverhalten kann so beispielsweise nur schwer direkt und insbesondere nicht im Vorhinein der Fusion abgeschätzt werden.

Ein weiterer Nachteil tritt dann auf, wenn das betreffende Umweltgut nicht direkt gehandelt wird. Auch dann kann die Nutzung von realen Kaufdaten für die Analyse ausscheiden. Allerdings hinterlässt die Nutzung eines Umweltgutes in der Regel eine Verhaltensspur auf den Märkten für Nicht-Umweltgüter. Es kann entsprechend möglich sein, die Methode der offenbarten Präferenzen auch dann zur Schätzung von Gebrauchswerten zu verwenden, wenn das betreffende Gut selbst nicht gehandelt wird (dazu unten mehr).

Trotz dieser Probleme gibt es entscheidende Vorteile, Methoden zu nutzen, die auf offenbarten Präferenzen beruhen. Durch die Beobachtung des tatsächlichen Verhaltens von Konsumierenden kann unter anderem die „Intentions-Verhaltens-Lücke“ (Intention-Behavior- oder Attitude-Behavior-Gap)[611] verhindert werden. Diese kann bspw. bei Umfragen entstehen, wenn Konsumenten trotz positiver Einstellung zur Nachhaltigkeit nicht dementsprechend handeln und faktisch weniger nachhaltige Produkte kaufen als sie selbst angeben (würden). Für die Messbarkeit der realen Nachfrage sind Methoden, die die offenbarten Präferenzen messen also jenen überlegen, die die

[611] Auger/Devinney, Journal of Business Ethics 2007, S. 361; Park/Lin, Journal of Business Research 2020, S. 623.

geäußerten Präferenzen messen. Nur die tatsächliche Nachfrage zu messen, kann allerdings für Bewertungen von Nachhaltigkeitsaspekten zu kurz gegriffen sein.

Wenn Konsumierende beispielsweise ihre eigenen Handlungen als bedeutungslos im Gesamtkontext wahrnehmen, kann das tatsächliche Kaufverhalten unter Umständen nicht die Präferenzen der Konsumierenden widerspiegeln. Beispielsweise, wenn Konsumierende entscheiden das Flugzeug als Transportmittel zu nutzen, muss das nicht heißen, dass ihnen die Umwelt egal ist – sie also keine Präferenzen für die Umweltqualität des Transportmittels haben. In diesem Fall kann allerdings das eigene Verhalten bedeutungslos im Gesamtkontext aller Flugreisen oder im Hinblick auf einige Akteure, die besonders viel fliegen, erscheinen. Ein weiteres Problem von Methoden, die offenkundige Präferenzen messen, können auch Informationsasymmetrien sein. Wenn Konsumierende zwar prinzipiell Präferenzen für Güter mit höheren Umweltstandards haben, aber nicht wissen oder verstehen, dass ein bestimmtes Produkt dies fördert, wird das tatsächliche Kaufverhalten diese Präferenzen nicht reflektieren. Das können beispielsweise Güter sein, die besonders gefährdete Tierarten schützen, oder Güter, die im Rahmen von Wanderfeldbau angebaut und produziert werden. Obwohl die schwindende Biodiversität eines der dringendsten Probleme ist, sind sich viele Konsumierende dieses Umstands nicht bewusst. Güter, die entsprechende Biodiversität mit Artenschutz oder dem Schutz von Ökosystemen bewerben, werden von Konsumierenden unter Umständen nicht stärker nachgefragt – vor allem dann nicht, wenn die Güter aufgrund dieser Merkmale höhere Preise erfordern als ihre konventionellen Substitute.

Es ist also unabdingbar die Ansätze zur Messung der Präferenzen sehr vorsichtig bei dem zu bewertenden Sachverhalt auszuwählen und anzuwenden, um Fehler bei der Interpretation der Ergebnisse zu minimieren. Weitere praktische Probleme bei der Umsetzung der Ansätze zur Messung von Präferenzen werden in den jeweiligen Methoden diskutiert. Zunächst werden im weiteren Verlauf die Methoden basierend auf tatsächlichen Marktentscheidungen, also offenbarten Präferenzen, diskutiert. Darauffolgend werden auch Methoden sowie Vor- und Nachteile von umfragebasierten Instrumenten diskutiert.

a) Reisekostenmethode (Travel Cost Method)

Die Reisekostenmethode (TCM)[612] wurde entwickelt, um den Nutzen von Nicht-Marktgütern zu evaluieren, insbesondere dann, wenn das Gut selbst keinen Preis hat. Ein Nicht-Marktgut kann im Umweltkontext beispielsweise ein Naturpark in einem Erholungsgebiet sein. Während der Naturpark an sich keinen Preis hat, so haben doch die An- und Abreise, sowie die Unterkunft vor Ort einen Preis bzw. verursachen den Nutzern Kosten. Der TCM-Ansatz erkennt an, dass es verschiedene Inputs für die Produktion eines Gutes gibt, die sich nicht unbedingt im Preis des Gutes widerspiegeln. Der Wert des Gutes kann allerdings aus diesen Faktoren abgeleitet werden. Die TCM geht dabei prinzipiell von einer schwachen Komplementarität zwischen dem Gut und der Konsumausgabe aus. Das bedeutet, dass der Grenznutzen des öffentlichen Gutes (hier: Naturpark) gleich Null ist, wenn die Konsumausgaben gleich Null sind (also dann, wenn die Menschen keine Ausflüge in die Naturgebiets mehr unternehmen). Das heißt, wenn Reisen in Naturgebiete so teuer werden, dass niemand mehr dorthin fährt, sind auch die sozialen Grenzkosten eines Rückgangs der Qualität des Naturgebiets gleich Null. Das kann bedeutende Auswirkungen haben.

Der TCM-Ansatz schätzt nur Gebrauchswerte, nicht aber Nicht-Gebrauchswerte, wie beispielsweise jene, die direkt mit der Existenz des Naturgebietes zusammenhängen.

b) Hedonische Preismethode (Hedonic Price Method)

Die hedonische Preismethode (HPM)[613] schätzt den Wert eines Nicht-Marktgutes durch die Beobachtung des Verhaltens auf dem Markt für ein verwandtes Gut. Es wird also ein Marktgut verwendet, über das das Nicht-Marktgut implizit gehandelt wird. Ausgangspunkt ist dabei, dass der Preis vieler Marktgüter eine Funktion der Bündelung ihrer Merkmale ist. Beispielsweise kann die Attraktivität eines Standorts als eine Funktion seiner Eigenschaften widergespiegelt werden. Auch der Preis anderer Güter, wie beispielsweise der eines Autos, spiegelt seine Eigenschaften wider. Zu den Eigenschaften zählen dann z.B. die Motorleistung, die Kraftstoffeffizienz, die Sicherheit, die Zuverlässigkeit, sowie weitere Faktoren. Die HPM verwendet statistische Verfahren,

[612] Hotelling, Letter of June 18, 1947, in: The Economics of Public Recreation: An Economic Study of the Monetary Evaluation of Recreation in the National Parks, 1949; Clawson/Knetsch, Economics of Outdoor Recreation, 1969; Bockstael/McConnell, Environmental and Resource Valuation with Revealed Preferences, 2007; Parsons, The Travel Cost Model in: Champ/Boyle/Brown, A Primer on Nonmarket Valuation, 2017.
[613] Rosen, Journal of Political Economy 1974, S. 34.

um den impliziten Preis eines jeden Merkmals zu isolieren, das mit nicht-marktbestimmenden Gütern (z.B. lokale Luftqualität) zusammenhängt.

Durch die statistischen Verfahren in der HPM können bei der praktischen Anwendung allerdings verschiedene Probleme auftreten. Diese schließen unter anderem ein: Verzerrung durch ausgelassene Variablen, Multikollinearität, Wahl der funktionalen Form, Marktsegmentierung sowie räumliche Korrelation. Es gilt, die betreffenden Parameter sorgfältig auszuwählen, um ein möglichst fehlerfreies Bild bei der Verwendung dieser Methode aufzuzeigen.

c) Vermeidungsverhalten, Defensivausgaben und Krankheitskosten

Die Bewertung durch verschiedene Kosten, wie Vermeidungskosten, Defensivausgaben oder Krankheitskosten, wird in Fällen angewandt, in denen der Schutz vor einer Zunahme eines Nichtmarktschadens (bspw. vor Umweltschäden) durch den Kauf eines Marktgutes erreicht werden kann.[614] Der Preis des zu kaufenden Marktgutes gilt hier als Ersatz oder Substitut für den Nichtmarktschaden.

Das Vermeidungs- oder Abwendungsverhalten (averting behavior) basiert auf der Idee, dass Individuen sich vor einem Nichtmarktschaden schützen können, indem sie kostspielige Verhaltensweisen zur Vermeidung wählen, die mit dem Kauf von Marktgütern oder der Nutzung anderer Nicht-Marktgüter verbunden sein können. Vermeidungsverhalten erfordert Ausgaben, die nicht getätigt würden, wenn beispielsweise das umweltbedingte Gesundheitsrisiko nicht bestünde. Konkret bedeutet das, dass der Kauf von abgefülltem Wasser oder Wasserfiltern nur dann getätigt wird, wenn das Risiko einer Verunreinigung des Trinkwassers besteht.[615]

Als Defensivausgaben (defense expenditures) werden finanzielle Aufwendungen bezeichnet, deren Wert den implizierten Preis für das betreffende Nicht-Marktgut bzw. für den Schaden darstellt. Beispielsweise kann die Lärmbelästigung an einer Verkehrsstraße als Schaden bezeichnet werden. Haushalte, die an dieser Straße in einer Wohnung oder einem Haus leben, können doppelt verglaste Fenster einbauen, um die Belastung durch den Verkehrslärm zu verringern. Die

[614] Garrod/Willis, Economic Valuation of the Environment, 1999; Dickie in: Champ/Boyle/Brown, A Primeron Nonmarket Valuation, 2017, S. 293.

[615] Blomquist, Self -Protection and Averting Behavior, Values of Statistical Lives, and Benefit Cost Analysis of Environmental Policy, 2004.

Doppelverglasung ist dann das Marktgut, das als Substitut für das Nicht-Marktgut dient, also für die Freiheit vor Lärmbelästigung.

Sogenannte Krankheitskosten (cost of illness) sind den defensiven Kosten oder Defensivausgaben sehr ähnlich. Sie konzentrieren sich allerdings auf Ausgaben für medizinische Dienstleistungen und Produkte, die als Reaktion auf Morbidität und andere gesundheitliche Auswirkungen getätigt werden. Gesundheitliche Auswirkungen der Luftverschmutzung lassen sich bspw. anhand der Ausgaben für Medikamente zur Symptombekämpfung der gesundheitlichen Auswirkungen bewerten. Allerdings ist eine Schwierigkeit, dass die Veränderungen bei dieser Art der Ausgaben oft nicht direkt beobachtbar sind.

d) Dosis-Wirkungs-Methode (Dose-Response)

Die gerade beschriebenen Krankheitskosten können anhand einer Schätzung des Produktionsausfalls ermittelt werden, der der Krankheit zugeschrieben wird. Der Ansatz zur Ermittlung des Produktionsausfalls verwendet den beobachteten oder geschätzten Marktpreis als Wertmaßstab. Als Beispiel kann der Agrarpreis für Veränderungen der landwirtschaftlichen Erträge oder der Lohnsatz für Veränderungen des Arbeitsangebots dienen. Die Berechnungen erfordern genaue Informationen über den Zusammenhang zwischen den Schäden, beispielsweise dem Grad der Luftverschmutzung, und den Gesundheitsauswirkungen. Diese Beziehung wird auch als Dosis- oder Expositions-Wirkungs-Beziehung (dose-/exposure-response relationship) bezeichnet.

Allerdings erfordert die Übersetzung einer physikalischen Auswirkung oft detaillierte Informationen darüber, wie die ökologischen Auswirkungen der geschätzten physikalischen Reaktionen tatsächlich aussehen würde. Bei Gütern wie landwirtschaftlichen Produkten kann die Umrechnung relativ einfach sein, da die Änderungen der Erträge direkte wirtschaftliche Auswirkungen haben. In anderen Situationen, wie etwa bei gesundheitlichen Auswirkungen, ist die Umrechnung möglicherweise weniger offensichtlich und sehr komplex.

2. Geäußerte Präferenzen – Methoden basierend auf hypothetischen Entscheidungen

Methoden zur Ermittlung von geäußerten Präferenzen ("stated preferences") basieren auf hypothetischen Entscheidungen, wie sie etwa in Umfragen ermittelt werden. Sie erheben beabsichtigtes – und in Abgrenzung zu den offenbarten Präferenzen nicht tatsächliches – Verhalten der

Menschen auf konstruierten oder hypothetischen Märkten. Die Methoden dieser Präferenzen benötigen valide und zuverlässige Daten. Das Hauptproblem der Analyse ist, ob der hypothetische Charakter des Marktes selbst zu Verzerrungen führt, wie es beispielsweise bei der bereits beschriebenen Intentions-Verhaltens-Lücke der Fall sein kann. Eine solche Verzerrung kann ein sinnvolles Eingreifen verhindern.

Der hypothetische Charakter dieser Methoden muss allerdings nicht unbedingt ein relativer Nachteil sein. Mithilfe von konstruierten Märkten ist es beispielsweise möglich, Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern zu analysieren, die sich darauf einigen, nachhaltigere Produkte auf den Markt zu bringen. Konsumierende werden dabei vor die hypothetische Wahl einer neuen Produktvariante gestellt, die höhere Umweltstandards erfüllt, aber noch nicht auf dem Markt ist. Das ist ohne den hypothetischen Charakter der Methoden bei geäußerten Präferenzen nicht möglich. Selbst wenn eine Produktvariante mit höheren Umweltstandards bereits auf dem Markt erhältlich wäre, könnte die Ermittlung der offenbarten Präferenzen aus den aktuellen Käufen kein vollständiges Bild ergeben. Das kann verschiedene Gründe haben, beispielswiese eine begrenzte Verfügbarkeit dieser Produktvariante oder Informationsasymmetrien, in Form eines Mangels an Informationen über spezifische Eigenschaften des Produkts. Dass viele oder die meisten Verbraucher*innen auf die umweltfreundlichere Alternative umgestiegen sind, kann sich zudem auch auf die Zahlungsbereitschaft der Verbraucher*innen auswirken, da dies einen neuen Anker für die eigene Bewertung darstellt.

Im Folgenden werden die Methoden zur Ermittlung der geäußerten Präferenzen diskutiert.

a) Kontingente Bewertung (Contingent Valuation Method)

Die am häufigsten genutzt Methode zur Ermittlung geäußerter Präferenzen ist die kontingente Bewertung (CV).[616] Sie ist prinzipiell auf alle nicht-marktbestimmten Güter anwendbar und kann alle Arten von Nutzen aus einem nicht-marktbestimmenden Gut oder einer nicht-marktbestimmenden Dienstleistung erfassen, einschließlich derjenigen, die nicht mit der gegenwärtigen oder zukünftigen Nutzung zusammenhängen (d.h. mit dem Nicht-Gebrauchswert). In diesem Fall können alle Parameter in Zusammenhang mit dem Gut selbst entschieden werden: die Ausgestaltung

[616] Ciriacy-Wantrup, Journal of Farm Economics 1947, S. 1181; Davis, Natural Resources Journal 1963, S. 239.

des Markts, das Gut selbst und seine verschiedenen Eigenschaften, der institutionelle Rahmen, in dem es bereitgestellt wird, und die Art und Weise, wie es finanziert wird. Mittels einer Zufallsstichprobe werden dann Personen ausgewählt und direkt nach ihrer Zahlungsbereitschaft (Willingness to Pay, WTP) befragt. Die Zahlungsbereitschaft gibt dann an, was Kund*innen bereit sind, für eine hypothetische Verbesserung der Umweltqualität zu bezahlen oder umgekehrt, was sie bereit sind zu akzeptieren, um auf diese Verbesserung zu verzichten.

Die Generierung der Daten für diese Art der Bewertung erfolgt mittels eines Fragebogens. Dieser enthält die Beschreibung des Gutes und alle anderen relevanten Rahmenbedingungen. Neben der eigentlichen Erhebung über die Zahlungsbereitschaft findet auch die Abfrage der sozioökonomischen und demografischen Charakteristika der Befragten statt. Diese dienen vor allem der Kontrolle verschiedener Merkmale bei der Analyse der Daten. Um die eigentliche Kernfrage nach der Zahlungsbereitschaft zu stellen, gibt es verschiedene Fragetypen, die sich je nach Situation eher eignen können. Zu diesen zählen offene Fragen, eingeschränkte dichotome Auswahl, zweifach gebundene dichotome Wahlmöglichkeiten und weitere. Die Wahl des richtigen Antwortmodus ist insofern wichtig, als dass sie Probleme bei der Analyse verringern kann, beispielsweise durch die hypothetische Marktverzerrung (z.B. bei der Überschätzung der eigenen WTP).

Bei der Analyse der Daten werden ökonometrische Techniken auf die Umfrageergebnisse angewendet, um die mittlere oder median WTP und ihre wichtigsten Determinanten zu erfassen. Dies kann bei der direkten Abfrage der WTP durch die Schätzung einer Angebotsfunktion erfolgen, die die sozioökonomischen und demografischen Merkmale der Befragten berücksichtigt. Wenn die WTP nicht direkt erhoben wird, kann die WTP-Schätzung sowohl parametrisch als auch nichtparametrisch ermittelt werden. Dabei ist die zugrundeliegende Annahme, dass das Individuum eine Alternative bevorzugen würde, wenn der jeweilige Nutzen höher wäre. Sobald die WTP erfasst ist, kann sie aggregiert werden, um einen Gesamtwert für die Bevölkerung zu generieren. Dazu kann der mittlere oder median Wert mit der Bevölkerungsanzahl multipliziert werden. Es gilt bei der Durchführung der CV-Methode zu beachten, dass sowohl die Grundgesamtheit als auch der Zeitraum sogfältig und in Übereinstimmung mit den Gesamtwerten ausgewählt werden müssen.

Die CV-Methode ist in der Umweltökonomik die am weitesten verbreitete Bewertungstechnik, die auf der Grundlage von geäußerten Präferenzen basiert. Als Reaktion auf die potenziellen Probleme bei der CV-Analyse wurde allerdings ein weiterer Ansatz entwickelt: Diskrete Auswahlexperimente.

b) Diskrete Auswahlexperimente (Discrete Choice Experiments)

Bei diskreten Auswahlexperimenten (DCE)[617] wird den Befragten eine Reihe von Alternativen vorgelegt, die sich hinsichtlich Eigenschaften und Niveau unterscheiden. Die Befragten werden gebeten, ihre bevorzugte Alternative auszuwählen. Konzeptionell wird davon ausgegangen, dass der Nutzen des Gutes für die befragten Verbraucher*innen nach Eigenschaften des Gutes getrennt erfasst werden kann. Damit stehen DCEs – als einzige Wahlmodellierungsmethode – im Einklang mit der Nutzenmaximierungs- und Wohlfahrtstheorie, zumindest dann, wenn es einen Status quo gibt. Steht dieser nicht zur Auswahl, sind Befragte gezwungen, sich für eine Alternative zu entscheiden, was sie möglicherweise gar nicht wünschen.

Der erste Schritt bei der Konstruktion eines DCE ist die Auswahl der Attribute, um zum Beispiel ein Produkt, das mehr oder weniger umweltverträglich ist, zu generieren. Wichtig dabei ist, dass die monetären Kosten in die Liste der Attribute aufgenommen werden müssen. Andernfalls kann die Zahlungsbereitschaft nicht geschätzt werden. Indem Kombinationen von Ebenen und Attributen konstruiert werden, können die Wahlprofile erstellt werden. In der letzten Phase werden die Auswahlsets (choice sets) zur Vorlage bei den befragten Personen ausgewählt. Die Auswahlsets bestehen immer aus zwei oder mehr Varianten (Wahlprofile), aus denen die Befragten ihre bevorzugte Option wählen können.

Anhand der gewonnenen Daten können Wohlfahrtsschätzungen durchgeführt werden, aber auch der Einfluss individueller Merkmale mithilfe von ökonometrischen Methoden geschätzt werden. Im Rahmen der DCE gibt es zwei verschiedene Ausprägungen: einfache Wahlmodellierungen (Choice Modelling, CM) und Verbundanalysen (Conjoint Analysis, CA).[618]

---

[617] Lancaster, Journal of Political Economy 1966, S. 132; Bateman, Economic valuation with stated preference techniques: a manual, 2002, S. 480.

[618] Bateman, Economic valuation with stated preference techniques: a manual, 2002, S. 480.

Die Wahlmodellierung (Choice Modelling) wird in der Regel verwendet, um den Wert der gesamten Veränderung eines mehrdimensionalen Gutes zu ermitteln. Sie kann allerdings auch Veränderungen bewerten, die mehrdimensional sind. Zudem hat die Methode Vorteile bei der Genauigkeit und Zuverlässigkeit der Schätzung, die auf den Auswahlprozess zurückzuführen sind.

Das Ziel der Verbundanalyse (Conjoint Analysis)[619] ist es zu ermitteln, welche Kombination einer begrenzten Anzahl von Merkmalen die Wahl oder die Entscheidungsfindung am meisten beeinflusst. Den Befragten wird dazu ein Satz potenzieller Güter vorgelegt. Durch die Analyse des Entscheidungsverhaltens der Befragten kann die implizite Bewertung (Nutzen oder Teilwert) der einzelnen Merkmale, aus denen das Gut besteht, ermittelt werden.

c) Andere Methoden zur Modellierung von Wahlmöglichkeiten

Darüber hinaus gibt es noch weitere Methoden zur Modellierung von Wahlmöglichkeiten.[620]

Bei Experimenten mit kontingenten Rangfolgen (Contingent Ranking Experiments)[621] werden die Befragten aufgefordert, eine Reihe von Optionen zu bewerten, die durch Unterschiede in zahlreichen Eigenschaften gekennzeichnet sind.

Im Rahmen der Kontingenten Bewertung (Contingent Rating) werden den Befragten Szenarien vorgelegt, die sie einzeln auf einer semantischen oder numerischen Skala bewerten sollen.

Bei einem gepaarten Vergleich (Paired Comparison) werden die Befragten gebeten, aus zwei Möglichkeiten ihre bevorzugte Variante zu wählen und die Stärke ihrer Präferenz auf einer semantischen oder numerischen Skala anzugeben.

d) Vor- und Nachteile der Wahlmodellierung bei geäußerten Präferenzen

Die verschiedenen Wahlmodellierungs-Methoden eignen sich besonders für Situationen, in denen Veränderungen mehrdimensional und Trade-offs zwischen ihnen von besonderem Interesse sind. Diskrete Auswahlexperimente können gerade für Trade-offs informativer sein als Ansätze mit der

[619] Mackenzie, Journal of Leisure Research 1992, S. 171.
[620] Mackenzie, American Journal of Agricultural Economics 1993, S. 593.
[621] Foster/Mourato, Journal of Environmental Economics and Management 2002, S. 309.

Kontingenten Bewertung. Sie eignen sich außerdem besser für Generalisierungen der Ergebnisse und Anpassungen.

Wahlmodellierung vermeidet im Allgemeinen eine explizite Erhebung der WTP und stützt sich stattdessen auf Bewertungen, Rangfolgen und Auswahlmöglichkeiten zwischen alternativen Merkmalen, aus denen die WTP indirekt abgeleitet werden kann. Sie ähnelt eher einer realen Situation, mit der Proband*innen besser vertraut sind. Ein Nachteil des Ansatzes ist die hohe Komplexität der Wahlmöglichkeiten und Rangfolgen von verschiedenen Bündeln, die mit vielen Attributen oder Stufen ausgestattet sind. Studien der Ökonomie,[622] aber auch Psychologie[623] konnten bereits zeigen, dass es natürliche Grenzen dafür gibt, wie viele Informationen die Befragten bei der Entscheidungsfindung sinnvoll verarbeiten können. Des Weiteren erhöht die Komplexität oder Tiefe einer Ranking-Antwort Zufallsfehler oder zumindest die Ungenauigkeit bei den Antworten. Ergebnisse und Wohlfahrtsschätzungen können aber sehr empfindlich auf das Studiendesign reagieren. Deshalb ist die Durchführung von Robustheitsanalysen und damit auch die Analyse verschiedener Studiendesigns anzuraten.

e) Subjektive Bewertung des Wohlbefindens (Subjective Well-Being Valuation)

Die Bewertung des subjektiven Wohlbefindens (SWB) ist eine Messung des persönlichen Wohlbefindens im Verhältnis zu nicht-marktbezogenen Gütern.[624] Prinzipiell kann sie durch Umfragen erhoben werden und umfasst drei Schlüsseldimensionen. Als erste Dimension gibt es das evaluative subjektive Wohlbefinden (oder auch die Lebenszufriedenheit), die eine Selbsteinschätzung des eigenen Lebens nach einem positiven Kriterium darstellt. Die zweite Dimension ist das eudaimonische subjektive Wohlbefinden. In dieser geht es um den Prozess des Erreichens eines blühenden und lebenswerten Lebens, in dem man sein wahres Potenzial verwirklicht. Die letzte Schlüsseldimension stellt das momentane subjektive Wohlbefinden dar. Bei dieser Dimension spielen vor allem Gefühle, Affekte oder Stimmungen zu einem bestimmten Zeitpunkt eine Rolle, sie wird durch aktuelle Ereignisse positiv oder negativ beeinflusst.

[622] Vgl. Jacoby, Journal of Consumer Research 1984, S. 423.
[623] Vgl. Miller, Psychological Review 1956, S. 81.
[624] Diener/Oishi/Tay, Handbook of Well-Being, 2018.

Die subjektive Bewertung des Wohlbefindens und Nachhaltigkeit stehen in engem Zusammenhang. So konnte beispielsweise gezeigt werden, dass eine Korrelation zwischen dem Erreichen von Nachhaltigkeitszielen und Messungen des Wohlbefindens auf Basis eigener Angaben besteht. Die allermeisten SDG sind positiv mit dem Wohlbefinden korreliert. Allerdings sind die Ziele „verantwortungsvoller Konsum" und „Klimaschutz" negativ mit Messungen des subjektiven Wohlbefindens korreliert. Das deutet daraufhin, dass die Ergebnisse der Umweltpolitik positiv mit den SWBs korrelieren, auch wenn der Prozess der Erreichung dieser Politiken nicht unbedingt positiv ist.[625]

3. Weitere Messansätze in der Praxis

Alle bislang diskutierten Methoden haben sich bereits in der empirischen und politischen Forschung durchgesetzt. Durch verschiedene Gründe, z.B. Geld-, Zeit- oder Ressourcenmangel, können diese Methoden aber nicht immer angewendet werden.

Wenn die Werte eines Gutes oder einer Dienstleistung bereits an einem Standort, dem ursprünglichen Untersuchungsstandort, geschätzt wurden, können diese als Ersatz für die Werte eines annähernd gleichen Gutes oder einer Dienstleistung an einem anderen Standort verwendet werden. Dazu wurden verschiedene Methoden des Nutzentransfers (Benefit Transfer, BT)[626] entwickelt, die darauf abzielen, die Ergebnisse einer bestimmten Studie auf eine andere Anwendung zu übertragen. Die Anwendung dieser Methode setzt in jedem Fall eine Vergleichbarkeit voraus. Ein Vorteil ist, dass Ressourcen eingespart werden können.

Eine weitere Option ist es, Ergebnisse aus bereits bestehenden integrativen Studien und Datenbanken zu nutzen. Es gibt bereits verschiedene Studien und Datenbanken, in denen die jeweiligen Auswirkungen und sozialen Kosten von bspw. verschiedenen Emissionen zusammengestellt wurden. Eine Quelle kann beispielsweise das Environmental Prices Handbook 2017 von CE Delft (CE Delft 2018)[627] sein.

---

[625] De Neve/Sachs, Sustainable Development and Human Well-Being, in: Helliwell/Layard/Sachs/De Neve, World Happiness Report, 2020.

[626] Rosenberger/Loomis, Benefit transfer of outdoor recreation use values: a Technical Document Supporting the Forest Service Strategic Plan (2000 Revision), 2001.

[627] Online verfügbar unter: https://cedelft.eu/publications/environmental-prices-handbook-2017/.

V. Weitere Aspekte der Methodenwahl

Neben rein methodische Überlegungen treten in der Praxis weitere Aspekte, die die Entscheidung für oder gegen eine Methode beeinflussen.

1. Bewertung durch politische Zielsetzung

Zum Teil kommt es zu einer Beeinflussung der Bewertung durch politische Zielsetzungen.[628] Wenn der ordnungspolitische Rahmen mit marktbasierten Instrumenten zur Erreichung eines umweltpolitischen Ziels eingeführt wird, entsteht automatisch ein Preis oder ein Schattenwert (Kosten) für das Umweltgut. Es entsteht nun da ein Markt, wo vorher keiner existierte. Wenn das Ziel die Wohlfahrtsmaximierung ist, wird der Preis die Umweltexternalität in der Theorie vollständig internalisieren. In der Praxis ist das allerdings unwahrscheinlich, da der Schattenpreis normalerweis nur zu einer teilweisen Internalisierung führt.

Dies kann am Beispiel des Klimawandels durch die Bepreisung von Änderungen der CO_2-Emissionen gezeigt werden. Dabei wird angenommen, dass die Verabschiedung von Umweltzielen Ausdruck gesellschaftlicher Präferenzen ist, unabhängig davon, ob die Präferenzen einen Kompromiss verschiedener Interessen oder eine Abwägung von Kosten und Nutzen für die Bürger*innen eines Landes widerspiegeln. Die Gesamtkosten des Klimawandels in einer Volkswirtschaft werden in der Regel durch eine Schadensfunktion als Anteil am Bruttoinlandsprodukt gemessen. Die Wohlfahrtskosten der Emissionen einer Tonne Kohlenstoff, die in die Atmosphäre gelangt, werden dann durch die sogenannten sozialen Kosten des Kohlenstoffes (Social Cost of Carbon, SCC) ausgedrückt. Diese sind definiert als Gegenwartswert der Kosten für die soziale Wohlfahrt, die durch die Emission einer marginalen Einheit Kohlenstoff in der Atmosphäre verursacht werden. Sie können durch spezielle Bewertungsmodelle (Integrated Assessment Models, IAM) als globale Kosten geschätzt werden. Ein bekanntes Beispiel ist das Dynamic Integrated Climate-Economy-Modell, das die Wohlfahrt zu jedem Zeitpunkt als Nutzen des Pro-Kopf-Verbrauchs multipliziert mit der Bevölkerungszahl definiert.

[628] Vgl. Inderst/Sartzetakis/Xepapadeas, Technical report on sustainability and competition, 2021.

Die sozialen Kosten des Kohlenstoffs (SCC) sind sehr empfindlich gegenüber den gewählten Parametern, wie Zeitraum, sozialer Diskontsatz, Gleichgewichtsklimasensitivität oder Vorhandensein von stochastischen Kippeffekten. Diese Sensitivität für Parameter kann große Divergenz zwischen verschiedenen Modellen verursachen, was wiederum sehr weitreichende Auswirkungen auf die Gesamtbeurteilung der betrachteten Situation haben kann. Daher ist es unabdingbar, dass die Wahl des SSC-Werts ausreichend begründet ist. Ein wichtiger Maßstab ist der beobachtbare (Schatten-)Preis, der sich aus dem umgesetzten Ziel ergeben kann.

Bei der Festlegung von Zielen in Zusammenhang mit dem Klimawandel wurde beispielsweise eine Menge der zulässigen CO_2-Emissionen bestimmt, die innerhalb eines bestimmten Zeitraums maximal ausgestoßen werden darf. Basierend auf diesem Ziel wurde dann das Emissionshandelssystem, EU ETS, eingerichtet. Dieses System führt zu dem Gleichgewichtspreis für CO_2-Emissionen, der für die Bepreisung von Kohlenstoff verwendet werden kann. Das Angebot an Zertifikaten kann so unter Umständen die gesellschaftliche Präferenz in Bezug auf den Klimawandel repräsentieren.

Eine weitere Methode zur Bewertung von politischen Zielen stellt die Kosten-Wirksamkeits-Analyse (Cost-Effectiveness Analysis, CEA)[629] dar. Hierbei werden Programme oder Politiken verglichen, um diejenigen auszuwählen, die das bestimmte Ziel zu den geringsten Kosten oder das Maximum eines Ziels für ein bestimmtes Kostenniveau erreicht. Diese Methode eignet sich für den Vergleich von Programmen oder Maßnahmen, bei denen es schwierig ist, den Wert des Outputs zu bestimmten, bei denen es aber relativ einfach ist, die Kosten für die Bereitstellung des Outputs zu ermitteln. Weiterhin ist die Methode gut geeignet für Fälle, in denen ein festes Ziel vorgegeben ist und die kostengünstigste Möglichkeit zur Erreichung des Ziels gesucht wird. Das knüpft direkt an die CO_2-Diskussion an, bei der, wie beschrieben, SSC-Schätzungen aufgrund der Sensitivität der Modelle schwierig sein können. Innerhalb des Rahmens der CEA können Ziele zur Messung des sozialen Nutzens einer Wettbewerbsbeschränkung angewendet werden. Um ein bestimmtes Ziel nicht zu erreichen, kann bspw. davon ausgegangen werden, dass unter den realistischen Bedingungen Wettbewerbsbeschränkungen so oder so unvermeidbar oder zumindest

[629] Russell u.a., Journal of the American Medical Association 1996, S. 1172.

sehr wahrscheinlich gewesen wären. Es können also Vereinbarungen betrachtet werden, die glaubhaft zu einer Verringerung der jeweiligen Emission und der Konzentration von Feinstaub oder Gasen führen würde, die andernfalls nicht eintreten würde. Der Nutzen der Vereinbarung, bspw. eine gemeinsame Technologie in bestimmten Fahrzeugtypen, kann durch Schätzung der eingesparten Vermeidungskosten, die sich aus ansonsten notwendigen Verkehrsbeschränkungen ergeben, bewertet werden. Im Sinne des CEA-Ansatzes können dann verschiedene Möglichkeiten zur Erreichung des gesetzten Ziels miteinander verglichen werden, einschließlich der geschätzten Kosten der Preiserhöhung in Form von Verlusten der Konsumentenrente.

2. Zeit-Präferenzen

Die bereits angesprochene Diskontierung hat besondere Relevanz für die korrekte Bewertung von Wohlfahrtskosten und -nutzen, zum Beispiel wenn eine Vereinbarung zwischen Wettbewerbern hinsichtlich Nachhaltigkeitsaspekten bewertet werden soll. Der Wohlfahrtsverlust der Verbraucher*innen aufgrund der Preiserhöhung und der Gesamtwohlfahrtsgewinn haben eine zeitliche Dimension. Gewinne und Verluste können zu unterschiedlichen Zeitpunkten entstehen. Um also einen aussagekräftigen Vergleich herstellen zu können, müssen diese Gewinne und Verluste in ihrem Gegenwartswert ausgedrückt werden. Bei der Diskontierung wird den zukünftigen Vorteilen und Kosten einer Verbrauchseinheit weniger Gewicht zugewiesen als gegenwärtigen. Dazu gibt es verschiedene Möglichkeiten, beispielsweise durch den sozialen Diskontsatz (Social Discount Rate), auch Ramsey-Formel genannt. Diese kann durch Risikofaktoren ergänzt werden oder mit sinkenden Diskontsätzen (Declining Discount Rates) ausgestattet werden.

3. Verteilungsaspekte

Neben der zeitlichen Dimension haben Projekte oder Maßnahmen, die sich auf die Umwelt auswirken, zwangsläufig auch Verteilungsfolgen.[630] Umweltpolitische Maßnahmen begünstigen (im Vergleich zum Status quo) die Opfer von Umweltverschmutzung auf Kosten der Verursacher. Darüber hinaus können einige Maßnahmen oder Projekte größere Effizienzen für Verteilungsergebnisse bewirken. Insbesondere ist es möglich, dass Veränderungen der Konsumentenrente aufgrund des Preisanstiegs einer Wettbewerbsbeschränkung (oder erhöhten Kosten für nachhaltige

[630] Inderst/Sartzetakis/Xepapadeas, Technical report on sustainability and competition, 2021.

Ressourcen) und die Veränderung des Umweltnutzens unterschiedlichen Einkommensgruppen zugutekommen. In einem solchen Fall kann es wünschenswert sein, die Gewichtung von Änderungen der Konsumentenrente und Änderungen der Umweltqualität anzupassen.

Tabelle 1 gibt einen Überblick über die diskutierten Methoden, die jeweiligen Attribute und weitere Aspekte. Dabei steht im Fokus, welches Verhalten die Methoden offenbaren, welches konzeptionelle Framework ihnen unterliegt und bei welcher Art der Anwendung die Methode in der Regel genutzt wird.

Methode	Offenbartes Verhalten	Konzeptionelles Framework	Arten der Anwendung
Offenbarte („revealed") Präferenzen			
Reisekostenmethode (Travel Cost Method)	Teilnahme an Freizeitaktivitäten am gewählten Standort	Haushaltsproduktion; komplementäre Güter	Nachfrage nach Freizeitaktivitäten
Hedonische Preismethode (Hedonic Price Method)	Erwerb von Immobilien	Nachfrage nach differenzierten Gütern	Umweltqualität
Vermeidungsverhalten, Defensivausgaben, Krankheitskosten	Zeitkosten, Ausgaben, um Schaden zu entgehen	Haushaltsproduktion; Substitutionsgüter	Gesundheit, v.a. Mortalität und Morbidität
Dosis-Wirkungs-Methode (Dose-Response)	Zusammenhänge zwischen Input und Auswirkung	Schätzung anhand eines Wertmaßstabs	Krankheitskosten, Erträge in Landwirtschaft, Löhne
Geäußerte („stated") Präferenzen			
Kontingente Bewertungen (Contigent Valuation Method)	Zahlungsbereitschaft	Umfrage, Fragebogen	Konsumgüter, Umweltqualität
Diskrete Auswahlexperimente (Discrete Choice Experiments)	Präferenzen für Alternativen	Experimente	Konsumgüter, Umweltqualität
Wahlmodellierung (Choice Modeling) und Verbundanalyse (Conjoint Analysis)	Präferenzen und Entscheidungsverhalten, auch für u.a. einzelne Merkmale eines Produkts	Experimente	Konsumgüter, Qualitätsmerkmale
Subjektive Bewertung des Wohlbefindens (Subjective Well-Being Valuation)	Subjektives Wohlbefinden	Umfragen	Lebenszufriedenheit, Potenzial
Weitere Messansätze und Aspekte			
Nutzentransfer (Benefit Transfer)	Monetäre Werte für Umweltgüter	Vergleichbarkeit von Gütern	Umweltbewertungen bei Notwendigkeit zur Einsparung von Ressourcen
Bestehende integrative Datenbanken	Emissionskosten	Nutzung bestehender Datenbanken	Soziale Kosten verschiedener Emissionen
Soziale Kosten von Kohlenstoff (Social Cost of Carbon)	Soziale Wohlfahrt	Globale Anwendung mithilfe von Integrated Assessment Models	Marginale Kosten einer Tonne CO_2 in der Atmosphäre; globale Kosten
Kosten-Effektivitätsanalyse	Effektivität der Politiken	Vergleich verschiedener Politiken	Gesundheitspolitik, CO_2-Ausstoß
Sozialer Diskontsatz (Social Discount Rate)	Zeitliche Dimension des Wohlfahrtveränderungen	Gewichtung zukünftiger Gewinne und Verluste	Wohlfahrtskosten

Tabelle 1: Übersicht zu den Methoden

VI. Beispiele zur Messbarkeit von Nachhaltigkeitserfolgen

Im Folgenden wird die Bewertung von Nachhaltigkeitsvorteilen an den Beispielthemen CO_2-Reduktion, faire Entlohnung und Tierwohl aufgezeigt. Dabei wird nicht allein auf die ökonomische Messbarkeit, wie soeben erörtert, abgestellt, sondern die Bewertung allgemein.

1. CO_2-Reduktion als Beispiel ökologischer Nachhaltigkeitsbewertung

Die Bewertung ökologischer Nachhaltigkeitsaspekte ist bereits seit vielen Jahren ein relevantes Thema in Forschung und Praxis und dementsprechend weit fortgeschritten. Am einfachsten ist eine Messung i.d.R. bei unmittelbar input- oder outputorientierten Größen wie Wasser- und Energieverbrauch oder Output an Material oder toxischen Substanzen, da hier eine unmittelbare physische Messung in physikalischen Größen möglich ist. Überall dort, wo dies nicht direkt möglich ist, sind zumeist umfangreichere Anstrengungen nötig. Die SDG beschreiben mit Indikator 13.2.2 „Gesamte Treibhausgasemissionen pro Jahr" eine Messgröße, welche sowohl gesamtgesellschaftlich aber auch in Unternehmen oder für Kooperationen relevant sein kann. Ein bekannter Akteur in diesem Bereich ist das CDP (zuvor Carbon Disclosure Project), eine Nichtregierungsorganisation, welche sich seit dem Jahr 2002 der Sammlung und Publikation von klimarelevanten Unternehmensdaten widmet. Im Jahr 2021 haben mehr als 13.000 Unternehmen mit mehr als 60 % der globalen Marktkapitalisierung Daten im Rahmen des CDP veröffentlicht.[631] Weitere verbreitete Initiativen und Beispiele sind die Global Reporting Initiative mit ihren Standards unter anderem zur unternehmerischen Berichterstattung über Emissionen und Energie (GRI 302 und GRI 305), die ISO-Norm 14064 zur Bilanzierung von Treibhausgasen sowie vielfältige Modelle zur Berechnung des CO_2-Fußabdrucks.

Doch auch bereits die Erhebung vermeintlich einfacher Kennzahlen wie CO_2-Emissionen ist oftmals ein komplexes Unterfangen. Anders als zum Beispiel Wasser- oder Energieverbrauch können CO_2-Emissionen nicht unmittelbar gemessen, sondern sie müssen berechnet werden. So setzt die Verbrennung verschiedener Substanzen unterschiedliche Mengen von Treibhausgasen frei. Zudem wird zwar allgemein zumeist von CO_2-Emissionen gesprochen, da dieses Gas insgesamt den größten Einfluss auf den Klimawandel hat. Der Einfluss anderer Treibhausgase auf das Klima wird daher zumeist relativ zum Einfluss von CO_2 gemessen. Die Faktoren für das Erderwärmungspotenzial sind demnach "1" für CO_2, für Methan (CH_4) bis zu 30 (d. h. Methan hat ein Erderwärmungspotenzial, das bis zu 30-mal größer ist als das von CO_2) oder Distickstoffoxid (N_2O) bis zu

[631] CDP, CDP reports record number of disclosures and unveils new strategy to help further tackle climate and ecological emergency, 2021.

300.[632] Neben dieser hier nur angedeuteten Komplexität bei der Berechnung von CO_2-Emissionen besteht zudem die Frage, wo genau entsprechende Emissionen anfallen.

In Anlehnung an das Greenhouse Gas Emissions-Protokoll[633] und aus der Perspektive des betreffenden Unternehmens sind Scope 1-Emissionen direkte Emissionen aus unternehmenseigenen oder unternehmenskontrollierten Tätigkeiten. Dazu gehören zum Beispiel Emissionen aus Produktionsprozessen oder Anlagen (z.B. Fahrzeuge, Öfen oder Kessel). Sowohl Scope 2- als auch Scope 3-Emissionen sind indirekte Emissionen, da sie außerhalb der Grenzen des jeweiligen Unternehmens entstehen. Scope 2-Emissionen stammen aus Strom, Dampf oder anderen Energiequellen, die vom Unternehmen genutzt, aber außerhalb des Unternehmens erzeugt werden. Scope-3-Emissionen schließlich sind alle anderen Arten von indirekten Emissionen, die in der Lieferkette vor- oder nachgelagert sind. Sie sind eine Folge der Tätigkeiten eines anderen Unternehmens, das sich nicht unter der Kontrolle des betreffenden Unternehmens befindet.

Insbesondere die Erfassung von Daten zu Scope-3-Emissionen erfordert umfangreiche und oft sehr komplexe Daten von Akteuren, die in der Lieferkette vor- oder nachgelagert sind, z.B. über Materialien oder Prozesse. Die Beschaffung solcher Daten ist oft schwierig oder mit Unsicherheiten oder Ungenauigkeiten behaftet. Eine Unterscheidung in die genannten Scopes ist dennoch notwendig, um zum Beispiel Doppelzählungen über verschiedene Unternehmen hinweg zu vermeiden oder um wesentliche Hebel zur Verringerung von CO_2-Emissionen zu identifizieren. Die genannten Aspekte illustrieren nur beispielhaft die vielfältigen Herausforderungen der Messbarmachung von Nachhaltigkeitsthemen.

Ergänzend zu physikalischen Messgrößen ist bei bestimmten ökologischen Aspekten auch eine Übersetzung in ökonomische Größen im Sinne einer Monetarisierung denkbar. Hier können die oben genannten Methoden helfen. Im Fall der CO_2-Vermeidung ist dies besonders einfach, weil es für CO_2 Preise gibt, etwa für die im EU ETS gehandelten Zertifikate. Alternativ können auch

[632] IPCC, Climate Change 2021: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, 2021.
[633] WRI, & WBCSD, The greenhouse gas protocol: A corporate accounting and reporting standard, 2004; WRI, & WBCSD, Corporate Value Chain (Scope 3) Accounting and Reporting Standard: Supplement to the GHG Protocol Corporate Accounting and Reporting Standard, 2011.

CO_2-Steuertarife als Wert der CO_2-Vermeidung angesetzt werden. Eine zu lösende Frage ist jedoch, welcher CO_2-Preis auszuwählen ist, wenn es mehrere gibt, etwa im EU ETS und im nationalen Emissionshandel (nEHS).

Entsprechende Ansätze sind jedoch nicht immer möglich. Zum Beispiel kann ein Verlust an Artenvielfalt nur schwer in ökonomische Größen umgesetzt werden. Andere Aspekte ökologischer Nachhaltigkeit sind überdies bereits auf physischer Ebene Messproblematiken unterworfen, wenn die notwendigen naturwissenschaftlich-technischen Kenntnisse oder die Datenlage noch nicht ausreichen.[634]

2. Faire Entlohnung als Beispiel sozialer Nachhaltigkeitsbewertung

Das zweite Leitthema bewegt sich im Bereich sozialer Nachhaltigkeitsaspekte. Im Gegensatz zu etablierten Ansätzen zur Messung der ökonomischen und ökologischen Leistung befindet sich die Bewertung der sozialen Säule der Nachhaltigkeit noch im Entwicklungsstadium.[635] In Bezug auf den konkreten Aspekt fairer Entlohnung finden sich in den SDG-Indikatoren unmittelbare Anknüpfungspunkte z.B. über das „Durchschnittliche Einkommen kleiner Nahrungsmittelproduzenten“ (2.3.2) oder den „Durchschnittlichen Stundenverdienst“ (8.5.1). Entsprechende Aspekte fairer Arbeitsbedingungen sind über monetäre Kennzahlen (Löhne) direkt messbar. Allerdings stellt sich auch hier die Frage, welche Ziele erreicht werden sollen oder wann eine Entlohnung als „fair“ zu bezeichnen ist. Während es keine allgemeingültige Definition und Methode zur Berechnung von existenzsichernden Löhnen gibt, scheint ein Konsens darin zu liegen, dass existenzsichernde Löhne solche sind, welche Arbeitnehmern und ihren Familien ermöglichen, ihre Grundbedürfnisse zu befriedigen.[636] Manche Methoden zur Berechnung von existenzsichernden Löhnen gehen von einer vierköpfigen Familie und Bedürfnissen in den Bereichen Nahrungsmittel, Kleidung, Unterkunft, Gesundheitsversorgung, Transport und weitere Bedürfnisse aus.[637] Andere Methoden

[634] Persson et al., Environmental Science & Technology 2022, S. 1510.
[635] Kühnen/Hahn, Journal of Industrial Ecology 2017, S. 1547.
[636] UN Global Compact, Living wages, 2021, abrufbar unter: https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/our-work/livingwages.
[637] Werner/Lim, Journal of Business Ethics 2016, S. 433.

greifen auf nationale Minimumstandards mit der Ergänzung zurück, dass Löhne ausreichen müssen, um Grundbedürfnisse abzudecken und zusätzlich verfügbares Einkommen zur Verfügung zu stellen.[638]

Jenseits von entsprechend in ökonomischen Größen wie Löhnen ausdrückbaren Aspekten gibt es zumeist größere Herausforderungen bei der Messung sozialer Nachhaltigkeit. Anders als bei ökologischen Aspekten liegen hier keine physikalischen Größen vor, welche z.B. als Output- oder Inputgrößen gemessen werden könnten. Stattdessen muss häufig zumindest ergänzend auf qualitative Informationen zurückgegriffen werden. Qualitative und quantitative Daten können durch standortspezifische Datenerhebung (z.B. standortspezifische Daten über Arbeitszeiten oder Löhne), spezielle Datenbanken oder durch allgemeine Daten (z.B. Durchschnittslöhne in bestimmten Ländern oder Regionen) gewonnen werden. Typische Datenquellen, welche im Unternehmenskontext z.B. im Rahmen von Lebenszyklusanalysen verwendet werden, umfassen allgemeine Risiko- oder Reputationsdaten, Selbsteinschätzungen von Lieferanten, Sozialaudits, Mitarbeiterbefragungen, Fokusgruppen und Interviews oder Beobachtungen. Die Qualität der Daten kann also sehr unterschiedlich sein. Mehr noch als bei ökologischen Aspekten können solche Daten subjektiv sein und beispielsweise auf Berichten von Mitarbeitern über den von ihnen wahrgenommenen Grad der Kontrolle über ihre Arbeitszeiten und ihr Arbeitsumfeld basieren. Trotz ihres subjektiven Charakters können solche Quellen geeignet sein, wenn diese Berichte für die interessierenden sozialen Ergebnisse relevant sind.

Die Herausforderungen der Messung sozialer Nachhaltigkeitsaspekte zeigen sich exemplarisch bei Aspekten fairer Arbeitsbedingungen, welche über Aspekte der Entlohnung hinausgehen. So ist bereits für den SDG-Indikator 8.2.2 „Grad der nationalen Einhaltung der Arbeitsrechte basierend auf Textquellen der Internationalen Arbeitsorganisation und nationalen Gesetzesgrundlagen“ eine unmittelbare Messbarkeit nicht mehr gegeben und muss über qualitative Bewertungen und Vergleichsmaßstäbe geschehen. Darüber hinaus zeigt sich, dass die SDG zwar eine potenzielle normative Grundlage und einen Bezugspunkt für die Erfassung positiver Beiträge zur nachhaltigen Entwicklung bieten, aber nicht als Leistungsmessungssystem zur Bewertung der Beiträge

[638] ETI, Base Code Guidance: Living wage, 2016, abrufbar unter: https://www.ethicaltrade.org/resources/base-code-guidance-livingwage.

auf Organisationsebene konzipiert sind. Jenseits von Fragen der Arbeitsbedingungen gibt es in Konzeptualisierungen und Frameworks für die Messung der sozialen Leistungsfähigkeit keine konsensfähige Bewertungskategorie, welche sich z.B. Nachhaltigkeitsauswirkungen auf gesellschaftlicher Ebene oder auch auf der Ebene lokaler Gemeinschaften widmen.[639]

3. Tierwohl als Beispiel weiterer nachhaltigkeitsbezogener Aspekte

Tierwohl ist, wie gesehen, nicht unmittelbar Teil des Kanons der SDG und wird eher in einem weiten Nachhaltigkeitsverständnis relevant. Wenn man im Kern des Themas tatsächlich das Wohl des Tieres als Lebewesen sieht, so zeigt sich unmittelbar, dass eine direkte Messbarkeit zumindest aktuell nicht gegeben ist. Auch wenn es zynisch anmutet: Das Leid (oder das Wohlergehen) eines Tieres lässt sich nicht unmittelbar in messbare Größen fassen. Hier zeigt sich die Problematik der Messbarkeit: Nur weil etwas nicht messbar oder gar monetarisierbar ist, bedeutet dies nicht gleichzeitig, dass eine Verbesserung der Situation zum einen nicht möglich und zum anderen nicht auch gesellschaftlich erwünscht sein kann.

Ersatzweise können beim Tierwohl messbare Indikatoren gefunden werden, wie zum Beispiel das Stallklima oder die Besatzdichte.[640] Allerdings liegt hier dann ein mittelbarer Zusammenhang vor, da nicht das Tierwohl an sich messbar gemacht wird, sondern vorgelagerte Indikatoren, von denen angenommen wird, dass diese einen positiven Einfluss auf das Tierwohl haben. Wenn Tierwohl wiederum Mittel zum Zweck der Erreichung anderer Nachhaltigkeitsziele ist (zum Beispiel aus dem Bereich Klimaschutz oder Biodiversität), dann gelten die in den vorherigen Abschnitten beschriebenen Zusammenhänge.

[639] Kühnen/Hahn, Journal of Industrial Ecology 2017, S. 1547.
[640] Siehe die Kriterien der Initiative Tierwohl, https://initiative-tierwohl.de/tierhalter/kriterien/.

C. Das Legitimationsproblem und dessen Auflösung

Im Rahmen von kartellrechtlichen Entscheidungen und der dezentralen Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV stellt sich verstärkt die Frage, woher Wettbewerbsbehörden und die zur Selbstveranlagung berufenen Unternehmen die Legitimation nehmen können, einen Ausgleich wettbewerblicher Belange mit außerwettbewerblichen Zielsetzungen vorzunehmen. Dieses Legitimationsproblem gilt es zu lösen, wenn die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsbelangen im Rahmen kartellrechtlicher Entscheidungen gewünscht ist. Dabei ist grundlegend zwischen der Legitimation einer Unternehmensentscheidung und der verbindlichen Verfügung einer Kartellbehörde zu unterscheiden.

I. Entscheidungen der Unternehmen

Unternehmer*innen[641] sind als Grundrechtsberechtigte grundsätzlich frei, die für ihr Unternehmen aus ihrer Sicht richtigen Entscheidungen zu treffen. So können Unternehmen ihr Wirtschaften primär danach ausrichten, Gewinne zu erzielen. Ebenso können sie entscheiden, mit ihrem Unternehmen Nachhaltigkeitsziele zu verfolgen. Während die meisten Unternehmen verschiedene Ziele anstreben und diese unterschiedlich gewichten, gibt es heute auch Unternehmen, die soziale und ökologische Ziele als Kernzweck ihres Unternehmens festlegen.[642] Sinn und Zweck dieser Sozialunternehmen sind soziale oder gesellschaftlich gemeinnützige Ziele.[643] Welche Nachhaltigkeitsziele als Ziele eines Unternehmens festgelegt werden, welche Priorität den einzelnen Unternehmenszwecken zukommt, in welchem Verhältnis diese Ziele zueinanderstehen und inwieweit das Unternehmen die Umsetzung der Ziele überprüft, liegt grundsätzlich im grundrechtlich geschützten Entscheidungsraum des Unternehmers.

Diese Entscheidungsfreiheit findet ihre Grenze im geltenden Recht, insbesondere an der Freiheit der anderen. Es ist eine wesentliche Aufgabe des Gesetzgebers, Gemeinwohlziele verbindlich zu definieren, die notwendigen Schritte für ihr Erreichen festzulegen und ihre Umsetzung zu gewährleisten. So kann die unternehmerische Tätigkeit an Gewinnzielen ausgerichtet werden; dabei

[641] Zum Grundrechtsschutz juristischer Personen Kreuter-Kirchhof, Personales Eigentum im Wandel, 2017, S. 268 ff. m.w.N.

[642] Gesprochen wird von "Sozialunternehmen". Siehe für Social Entrepreneurship Netzwerk Deutschland (SEND), Vierter Social Entrepreneurship Monitor, 2021/2022.

[643] Vgl. Definition der Sozialunternehmen der Europäischen Kommission, Mitteilung Initiative für soziales Unternehmertum, 25.10.2011, KOM (2011) 682 endgültig, S. 2f.

müssen aber die gesetzlichen Vorgaben geachtet werden, die beispielsweise dem Umweltschutz und sozialen Mindeststandards dienen. Inwieweit ein Unternehmen über diese gesetzlichen Vorgaben hinausgeht, um Ziele nachhaltiger Entwicklung zu verfolgen, obliegt der unternehmerischen Entscheidung. Verbindliche gesetzliche Vorgaben allerdings entziehen diese Bereiche der Entscheidungsfreiheit. Der Gesetzgeber kann strenge Umweltschutz- und Sozialstandards definieren. Tut er dies nicht und handelt das Unternehmen im Rahmen der durch Gesetz begrenzten Entscheidungsräume, werden grundrechtliche Freiheit ausgeübt. Es darf dann auf die Legalität des Handelns vertraut werden. Ein Unternehmen kann über die gesetzlichen Vorgaben hinausgehende, strengere Nachhaltigkeitsziele verfolgen, muss dies aber nicht.

Bei der Selbstveranlagung müssen die Unternehmen im Rahmen von Art. 101 Abs. 3 AEUV selbst einschätzen, ob ihre Vereinbarungen freistellungsfähig sind. Die Unternehmen müssten also selbst eine Abwägungsentscheidung treffen, ob die von ihnen verfolgten Ziele nachhaltiger Entwicklung die Einschränkungen des Wettbewerbs aufwiegen. Diese Abwägungsentscheidung der Unternehmen ist keine behördliche Entscheidung. Sie beansprucht keine Rechtsverbindlichkeit, bedarf daher keiner demokratischen Legitimation wie eine verbindliche hoheitliche Entscheidung. Vielmehr ist die Selbstveranlagung Teil der unternehmerischen Entscheidungssphäre. Damit aber tragen die Unternehmen das Risiko einer Fehleinschätzung. Sie können nicht auf eine rechtsverbindliche Feststellung vertrauen, dass die von ihnen getroffene Abwägung dem geltenden Recht entspricht und die Belange des Wettbewerbs in rechtskonformer Weise mit den Zielen nachhaltiger Entwicklung zu einem Ausgleich gebracht worden sind. Diese Unsicherheit könnte Vereinbarungen zum Schutz der Ziele nachhaltiger Entwicklung behindern. Eine gerichtliche oder behördliche Bestätigung auf Antrag der Unternehmen könnte diese Unsicherheit ausräumen und würde den Weg in die Verbindlichkeit des Rechts für unternehmerische Initiativen stärken.

II. Entscheidungen der Kartellbehörden

Die 17 Weltentwicklungsziele können untereinander, aber auch zu anderen Zielsetzungen im Widerstreit stehen. Im Einzelfall ist deshalb ein Ausgleich erforderlich. So kann eine wirksame Klimaschutzmaßnahme (etwa der Bau einer Windenergieanlage) mit Naturschutzbelangen (etwa dem Schutz seltener Vogelarten) im Konflikt stehen. Werden Nachhaltigkeitsziele in kartellrechtliche Entscheidungen integriert, stellt sich die Frage, wer diese Abwägung trifft und damit die verschiedenen Ziele – seien es Nachhaltigkeitsziele oder das Ziel eines wirksamen Wettbewerbs

– zu einem Ausgleich bringt. Angesichts des umfassenden Anspruchs der Nachhaltigkeitsziele müssen im Rahmen dieser Entscheidungen immer wieder grundlegende Abwägungen über Gemeinwohlbelange getroffen werden. Soll der Klimaschutz Vorrang haben oder der Schutz der Biodiversität? Welcher Grad an Versorgungssicherheit ist zu gewährleisten bei zunehmendem Ausbau der erneuerbaren Energie?

Treffen die Wettbewerbsbehörden verbindliche Entscheidungen zum Ausgleich wettbewerblicher Belange mit außerwettbewerblichen Zielsetzungen, sind sie als Teil der öffentlichen Hand an die Grundrechte gebunden. Für sie gilt der Vorbehalt des Gesetzes. Wägen Kartellbehörden Ziele nachhaltiger Entwicklung gegen andere Ziele – Wettbewerbsbelange oder auch andere Nachhaltigkeitsziele – ab, stellt sich die Frage, inwieweit die Kartellbehörden legitimiert sind, als Teil der Exekutive diese Entscheidungen zu treffen und Ziele nachhaltiger Entwicklung in ihre Abwägungsentscheidungen einzubeziehen. Zu klären ist, in welchem Umfang der Gesetzgeber die Maßstäbe dieser Entscheidungen gesetzlich vorstrukturieren muss.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat der Gesetzgeber bei Grundrechtseingriffen alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen.[644] Grundrechtseingriffe werden so durch Entscheidungen des Parlaments demokratisch legitimiert. Alle wesentlichen Entscheidungen sind dem Gesetzgeber vorbehalten (Wesentlichkeitstheorie). Soweit der Vorbehalt des Gesetzes reicht, ist es der vollziehenden Gewalt verboten, ohne eine wirksame gesetzliche Grundlage tätig zu werden.[645] Der Gesetzgeber kann der Verwaltung nur in diesen Grenzen Letztentscheidungsräume übertragen. Insbesondere dürfen Letztentscheidungsräume der Verwaltung einen wirksamen Rechtsschutz nicht aushebeln.

Für die Weiterentwicklung des Kartellrechts bedeutet dies, dass diese Grenze der Wesentlichkeitslehre zu bestimmen ist. Den Kartellbehörden können Abwägungsentscheidungen über Nachhaltigkeitsziele nur in dem Umfang als Entscheidungsraum der Behörde übertragen werden, in dem diese Entscheidungen nicht dem Gesetzgeber vorbehalten sind. Alle wesentlichen Entscheidungen über den Ausgleich von wettbewerblichen Belangen mit außerwettbewerblichen Zielsetzungen hat der Gesetzgeber zu treffen. Dabei können Entscheidungen des Gesetzgebers grundsätzlich auf der Ebene des nationalen Rechts oder des Europarechts getroffen werden.

---

[644] BVerfG, 28.10.1975, Az. 2 BvR 883/73, BVerfGE 40, 237, 248 f.; BVerfG, 8.8.1978, Az. 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89, 126; BVerfG, 20.2.2013, Az. 2 BvR 228/12, BVerfGE 133, 112, 132, Rn. 53 (st. Rspr).

[645] Sachs in: ders., Grundgesetz-Kommentar, 2021, Art. 20 GG Rn. 113.

Hat der Gesetzgeber die wesentlichen Entscheidungen zur Abwägung von Nachhaltigkeitszielen und Wettbewerbsbelangen gesetzlich geregelt, vollziehen die Behörden diese gesetzlichen Regelungen.[646] Diese haben dann am Maßstab des Gesetzes die Abwägungsentscheidungen zwischen Wettbewerbsbelangen und Zielen nachhaltiger Entwicklung zu treffen. Dabei haben die Ziele nachhaltiger Entwicklung eine andere Qualität als die klassischen wettbewerblichen Belange. Der Gesetzgeber ist aufgerufen, Abwägungsmaßstäbe zu entwickeln, die für die Behörden im Einzelfall handhabbar sind. Die Entscheidungen der Behörde unterliegen der vollen gerichtlichen Kontrolle.

III. Internationale Dimension

Das Legitimationsproblem hat auch eine internationale Dimension, die insbesondere bei den global relevanten Fragen der Nachhaltigkeit zum Tragen kommt. Angenommen, das Bundeskartellamt stellt die wettbewerbsbeschränkenden Beschlüsse einer Initiative frei, die sich für bessere Bezahlung der Bananen-Arbeiter in Ecuador oder gegen Kinderarbeit in asiatischen Staaten richten. Der Fall als solcher müsste zunächst nach dem Auswirkungsprinzip in Deutschland bzw. der EU entschieden werden dürfen. Doch mit welcher Legitimation setzt dann eine deutsche oder europäische Behörde oder eine unternehmerische Initiative eine Änderung der Verhältnisse im Ausland durch? So wird beispielsweise für den Fall fairer Entlohnung in Ecuador vorgetragen, dass die Nachhaltigkeitsinitiative für Bananen-Arbeiter ein einseitiger ökonomischer Eingriff in das Lohngefüge in dem Land darstelle, der möglicherweise zu Verwerfungen führen kann – Bananen-Arbeiter werden plötzlich erheblich besser bezahlt, Busfahrer in Ecuador aber nicht. Das könnte als eine Form von neuem "wohlwollendem" Imperialismus gelesen werden.

[646] Denkbar ist, dass unterschiedliche Behörden mit ihrem je eigenen Sachverstand über verschiedene Belange entscheiden. Es bedarf dann eines Koordinierungsverfahrens zwischen den Behörden z.B. könnte die Kartellbehörde das Einvernehmen einer Naturschutzbehörde einholen.

D. Die Gefahr des Greenwashings

Im Nachhaltigkeitsdiskurs wird die Gefahr des "Greenwashings" gesehen. Unternehmen, so die Sorge, könnten den Deckmantel der Nachhaltigkeit nutzen, um Wettbewerbsbeschränkungen durchzusetzen, die nicht erwünscht sind, oder sie könnten sich als nachhaltig am Markt darstellen, obwohl dies tatsächlich nicht der Fall ist.

I. Definition von Greenwashing

Der Begriff „Greenwashing“ ist terminologisch an den Begriff des „Whitewashing“ angelehnt. Whitewashing beschreibt Verhaltensweisen, die durch übertriebene Schönfärberei und die Hervorhebung positiver Eigenschaften über Missstände hinwegtäuschen sollen. Entsprechend unterfällt dem Begriff Greenwashing Schönfärberei, die sich speziell auf Nachhaltigkeitsfaktoren bezieht. *Delmas* und *Burbano* definieren Greenwashing als “the act of misleading consumers regarding the environmental practices of a company (firm level greenwashing) or the environmental benefits of a product or service (product level greenwashing)”.[647] Der Begriff setzt sich dabei zusammen aus der Farbe Grün, mit der regelmäßig Natur und Umwelt assoziiert werden, und dem Wort „Reinwaschen“. Greenwashing bezeichnet also die besondere Hervorhebung von (vermeintlich) positiven Umweltbelangen, um umweltschädliche Verhaltensweisen eines Unternehmens reinzuwaschen bzw. irreführend als nachhaltig darzustellen.

Greenwashing kann jedoch über den ökologischen Bereich hinausgehen und auch weitere irreführende Behauptungen zur Nachhaltigkeit, z.B. zu sozialen Fragen, beinhalten. Seltener werden entsprechende Praktiken auch als Social Washing[648] oder Bluewashing[649] bezeichnet, ein Begriff, der auf die Idee zurückzuführen ist, dass Unternehmen das blaue Logo der Vereinten Nationen nutzen, um durch eine Mitgliedschaft im UN Global Compact fälschlicherweise ihre Solidarität mit Nachhaltigkeitsthemen zu signalisieren. Darüber hinaus kann Greenwashing nicht nur durch die Irreführung von Verbraucher*innen, sondern potenziell auch von anderen Stakeholdern wie staatlichen Akteuren betrieben werden.

[647] Delmas/Burbano, California Management Review 2011, S. 64.
[648] Rizzi et al., Waste Management 2020, S. 291.
[649] Berliner & Prakash, 43 Policy Studies Journal, 2015, S. 115.

II. Greenwashing im Lauterkeitsrecht

Mit dem steigenden Interesse der Bevölkerung an Umweltthemen spielen auch bei der Vermarktung von Waren und Dienstleistungen Umweltaspekte zunehmend eine wichtige Rolle. Im Lauterkeitsrecht werden vom Greenwashing daher Aussagen von Unternehmen erfasst, durch die suggeriert wird, besonders nachhaltig, CO_2-sparend oder umweltverträglich zu handeln oder zu produzieren, obwohl dies unzutreffend oder nicht überprüfbar ist.[650] Insbesondere zu den Irreführungstatbeständen von §§ 5, 5a UWG (die auf Art. 6 und 7 der UGP-Richtlinie 2005/29/EG zurückgehen) besteht eine langjährige Entscheidungspraxis der Rechtsprechung. Die Gerichte haben herausgearbeitet, dass Verbraucher*innen zwar bewusst sei, dass beim Werben mit Nachhaltigkeitsaspekten keine absolute Nachhaltigkeit, d.h. vollständige Klimaneutralität, gemeint sei, sondern lediglich Nachhaltigkeit in Relation zu vergleichbaren Produkten.[651] Entsprechendes gelte für den Begriff „CO_2-neutral".[652] Diese „relative Nachhaltigkeit" müsse jedoch ihrem Inhalt nach wahr, klar, spezifisch, genau und eindeutig kommuniziert werden,[653] sodass für Verbraucher*innen erkennbar ist, in welcher Hinsicht das Produkt nachhaltig ist. Es entstehen für das Unternehmen somit zusätzliche Aufklärungspflichten. Diese sollen im Einzelfall entfallen, wenn ein*e Durchschnittsverbraucher*in den in Frage kommenden Umweltvorteil selbst erkennt.[654] Bestehen zusätzliche Aufklärungspflichten, so müssen diese bereits in der Blickfangwerbung erfüllt werden[655], wobei die zusätzlichen Informationen nicht in derselben Schriftgröße erfolgen müssen.[656] Diese Grundsätze gelten auch für Werbung gegenüber Fachkreisen.[657]

Im Einzelfall wurde bspw. entschieden, dass mit „100 % recycelt" bzw. „recyclingfähig und damit umweltfreundlich" nicht geworben werden darf, wenn die Produkte tatsächlich nicht recycelt

---

[650] Europäische Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, ABl. 2021 C 526/1, 526/72; Bornkamm/Feddersen in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, 2022, § 5 UWG Rn. 5.1 f.; Busche in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Band 1, 2020, § 5 UWG Rn. 635.

[651] BGH, 5.12.1996, Az. I ZR 140/94, GRUR 1997, 666 – Umweltfreundliche Reinigungsmittel; OLG Frankfurt, 13.10.1988, 6 U 144/87, GRUR 1989, 358 – biologisch düngen.

[652] OLG Koblenz, 10.8.2011, 9 U 163/11, WRP 2011, 1499 – CO_2-neutral.

[653] BGH, 20.10.1988, Az. I ZR 219/87, GRUR 1991, 548 – Umweltengel; Europäische Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, ABl. 2021 C 526/1, 526/76

[654] BGH, 5.12.1996, Az. I ZR 140/94, GRUR 1997, 666 – Umweltfreundliche Reinigungsmittel

[655] BGH, 20.10.1988, Az. I ZR 219/87, GRUR 1991, 548 – Umweltengel

[656] BGH, 5.12.1996, Az. I ZR 140/94, GRUR 1997, 666 – Umweltfreundliche Reinigungsmittel

[657] OLG Hamburg, 2.5.2007, Az. 5 U 85/06, MD 2008, 496 – Schnell biologisch abbaubar.

werden.[658] Auch darf Wasser nicht mit dem Zusatz „Bio“ beworben werden, wenn es tatsächlich nachbehandelt wurde.[659] Wenn mit Umweltsiegeln geworben wird, so müssen die Voraussetzungen des entsprechenden Siegels erfüllt sein.[660] Zudem muss dargelegt werden, wofür genau das Siegel verliehen wurde.[661] Besonders umweltschädliche Produkte dürfen nicht mit dem Hinweis auf Nachhaltigkeit oder Umweltfreundlichkeit beworben werden.[662]

Im Vereinigten Königreich können die Aufsichtsbehörden Unternehmen für Verstöße gegen bestimmte Verbrauchergesetze auf der Grundlage des "Green Claims Code" bestrafen. Diesem Kodex zufolge dürfen Unternehmen unter anderem „not omit or hide relevant information“ und sie müssen den „full lifecycle of the product“ berücksichtigen.[663]

Insgesamt ist das lauterkeitsrechtliche Verbot des Greenwashings darauf ausgerichtet, dass Verbraucher*innen zutreffende Informationen über Nachhaltigkeitsaspekte eines Produkts oder eine Leistung erhalten und so gut informierte Entscheidungen treffen können. Das Lauterkeitsrecht schützt damit vor wettbewerblichen Verzerrungen durch Fehlannahmen – gerade auch in Bezug auf Nachhaltigkeitsaspekte.

III. Greenwashing im Kartellrecht

Auch in kartellrechtsrelevanten Sachverhalten kann es zum Greenwashing kommen. Dies geschieht hier nicht durch umweltbezogene Aussagen eines Unternehmens gegenüber Verbraucher*innen, sondern im Rahmen der Kooperation zwischen mehreren Unternehmen: Die Unternehmen können Absprachen, die dem Kartellverbot unterfallen, Behörden und Gerichten gegenüber (wahrheitswidrig oder überspitzt) als umweltschonend und nachhaltig darstellen, um ein behördliches Aufgreifen zu verhindern oder um sich auf eine Freistellung vom Kartellverbot i.S.v. Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 Abs. 1 GWB berufen (soweit eine solche anerkannt wird).

---

[658] OLG Köln, 4.12.1992, Az. 6 U 75/92, GRUR 1993, 690; LG Wiesbaden, 23.12.2011, Az. 12 O 58/11.
[659] OLG Frankfurt, 29.4.2021, Az. 6 U 200/19, GRUR-RR 2021, 394.
[660] BGH, 19.2.2014, Az. I ZR 230/12, GRUR 2014, 578 – Umweltengel für Tragetasche.
[661] BGH, 20.10.1988, Az. I ZR 219/87, GRUR 1991, 548 – Umweltengel
[662] OLG Köln, 4.3.1988, Az. 6 U 194/87, GRUR 1988, 630 – Universal-Kaltreiniger
[663] Competition & Markets Authority, Environmental claims on goods and services, 2021, abrufbar unter: https://www.gov.uk/government/publications/green-claims-code-making-environmental-claims/environmental-claims-on-goods-and-services

Äußern kann sich dies z.B. in Absprachen über die Einführung umweltfreundlicher Produktionsstandards zwischen Unternehmen auf einer einheitlichen Marktstufe, die sich nur geringfügig positiv auf die Umwelt auswirken, jedoch mit erheblichen Preiserhöhungen einhergehen. Preissteigerungen könnten also unter dem Deckmantel der Nachhaltigkeit abgesprochen werden. Denkbar ist auch, dass ein Unternehmen bestimmte Kriterien zur Bedingung für eine Kooperation macht und zur Rechtfertigung Umweltbelange vorschiebt, wobei es vordergründig andere, dem Kartellrecht unzugängliche Interessen verfolgt.[664]

1. Risikoanalyse

Eine Risikoanalyse hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit und Quantität von Greenwashing im Kartellrecht, insbesondere bei Nachhaltigkeitskooperationen, kann schwer allgemein angestellt werden. Es ist lediglich darauf hinzuweisen, dass der ausgeprägte Schutz durch das Lauterkeitsrecht letztlich auch das Risiko von Greenwashing im Kartellrecht verringert: Schließen Unternehmen aus Nachhaltigkeitsgründen Vereinbarungen, besteht in der Regel ohnehin ein Interesse daran, die Nachhaltigkeitsvereinbarung nach außen zu kommunizieren. Für Äußerungen gegenüber Verbraucher*innen und sonstigen Marktteilnehmer*innen greifen die oben dargestellten Grundsätze des Lauterkeitsrechts, in deren Rahmen wiederum die Stichhaltigkeit der Aussagen und der dahinterstehenden Vereinbarungen zu überprüfen ist. Die Durchsetzung der Pflichten aus der UGP-Richtlinie erfolgt allerdings einzelfallbezogen – es gibt (insbesondere in Deutschland mit der nach wie vor dominanten privaten Rechtsdurchsetzung im UWG) kein umfassendes Screening von Nachhaltigkeitsbehauptungen in der Unternehmenskommunikation.

Eine Risikoanalyse muss allerdings ohnehin im Einzelfall, allenfalls hinsichtlich bestimmter Unternehmensgruppen sowie einzelner Branchen erfolgen. Hierzu muss festgestellt werden, welche Kriterien bei der Risikoanalyse eine Rolle spielen und Greenwashing fördern oder entgegenwirken. Greenwashing ist besonders virulent, wenn die Interessengruppen die Glaubwürdigkeit der jeweiligen Behauptungen nicht beurteilen können. Das ist einerseits bei fehlender Expertise der Fall, kann sich andererseits aber auch aus dem Umstand ergeben, dass sich die Nachhaltigkeitsauswirkungen nur unternehmensintern auswirken oder nur vom Unternehmen selbst messbar sind. Bedeutsam ist dafür vor allem, wie transparent die Unternehmen mit der Ausgangslage,

[664] Vgl. auch O'Keeffe, Concurrences N° 1-2023, 14, 23.

dem Gegenstand und der Umsetzung sowie den (nachhaltigen) Auswirkungen der Kooperation umgehen.

Eine große Rolle spielen auch der gesetzgeberische Umgang mit Greenwashing sowie die Erwartungen der Marktgegenseite. Ein laxes und unsicheres regulatorisches Umfeld verringert beispielsweise die mit Greenwashing verbundenen Risiken für ein Unternehmen, während eine steigende Nachfrage verschiedener Stakeholder (Kund*innen, Investor*innen usw.) nach nachhaltigeren Produkten oder Unternehmen die Anreize für Greenwashing erhöht.[665]

Darüber hinaus beeinflussen auch bestimmte Merkmale auf der Organisationsebene die Tendenz zum Greenwashing. Einige Branchen und Unternehmen neigen zum Beispiel eher zu Greenwashing, da sie potenziell größere Vorteile daraus ziehen können, nachhaltiger zu erscheinen, als sie sind (z.B. Konsumgüterunternehmen). Während Greenwashing für ein Unternehmen von Vorteil sein kann, wenn die Stakeholder die falschen oder irreführenden Behauptungen nicht erkennen, birgt es auch gewisse Risiken. Auch das kann mit Branchen- oder Unternehmensmerkmalen zusammenhängen. Manche Unternehmen sind z.B. eher das Ziel von Kampagnen und Medienbeobachtung als andere (auch hier werden z.B. Konsumgüterunternehmen oft hervorgehoben). Wenn beispielsweise ein unabhängiger Dritter, z.B. eine Nicht-Regierungsorganisation, Greenwashing-Aktivitäten aufdeckt und öffentlich anprangert, kann sich dies negativ auf den Ruf des betreffenden Unternehmens auswirken. Fürchtet ein Unternehmen eine solche Offenlegung, wird auch das Risiko für Greenwashing geringer sein. Darüber hinaus kann extensives Greenwashing in einigen Branchen oder für einige Produktgruppen sogar die Glaubwürdigkeit von solchen Unternehmen negativ beeinflussen, die selbst kein Greenwashing betreiben, wenn es zu einer allgemeinen Skepsis gegenüber allen Nachhaltigkeitsaussagen führt.

Zuletzt spielt auch die grundsätzliche Ausrichtung eines Unternehmens samt der internen Compliance-Mechanismen eine Rolle für die Wahrscheinlichkeit von Greenwashing. Unternehmen, die ein ausgeprägtes „ethisches Klima“ haben, deren Geschäftsmodell unmittelbar auf Nachhaltigkeit

[665] Delmas/Burbano, California Management Review 2011, S. 64.

ausgerichtet ist oder die strenge interne rechtliche Kontrollen haben, werden wohl seltener Greenwashing betreiben. Gleichwohl dürfte dies von außen nicht leicht zu beurteilen sein.

Zur Beurteilung des Risikos von Greenwashing im Kartellrecht tragen demnach verschiedene Faktoren bei. Entscheidend sind die Überprüfbarkeit der Nachhaltigkeitsauswirkungen, der regulatorische Umgang mit Nachhaltigkeitsvereinbarungen und -aussagen, die Nachfrage der Marktgegenseite nach nachhaltigen Angeboten sowie die Sichtbarkeit des Unternehmens im wirtschaftlichen Gefüge. Je besser die Auswirkungen überprüft werden können, je strenger der regulatorische Rahmen, je geringer die Nachfrage nach nachhaltigen Angeboten und je höher die Sichtbarkeit eines Unternehmens im Markt ist, desto geringer ist die Wahrscheinlichkeit, dass bei Nachhaltigkeitskooperationen Greenwashing betrieben wird. Eine schlechte Überprüfbarkeit, eine zurückhaltende rechtliche Aufsicht und eine hohe Nachfrage nach nachhaltigen Angeboten steigern hingegen das Risiko für Greenwashing im Rahmen einer Nachhaltigkeitskooperation genauso wie eine geringe Wahrnehmbarkeit des Unternehmens im Markt.

2. Verhindern von Greenwashing im Kartellrecht

Kommt es im Kartellrecht zur stärkeren Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten, stellt sich die Frage, wie das Risiko des Greenwashings reduziert wird. Umweltgründe dürfen nicht unkontrolliert zum Freifahrtschein für ein Nichteingreifen der Kartellbehörden oder eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 Abs. 1 GWB werden. Vielmehr ist im Rahmen der Freistellung zu prüfen, ob tatsächlich ein Umweltvorteil erreicht wird. Es ist also nicht nur zu prüfen, ob durch die Absprachen Nachhaltigkeit erreicht oder Ressourcen geschont werden sollen, sondern auch inwieweit diese erreicht werden. Werden die von den Unternehmen als Begründung angeführten Effizienzen und Vorteile tatsächlich in einem der Umwelt und den Verbraucher*innen zugutekommenden Ausmaß erreicht, oder bringt die kartellrechtlich relevante Absprache lediglich geringe Vorteile, die die durch die Absprache verursachte Wettbewerbsbeschränkung nicht neutralisieren können?

Die in der UWG-Praxis entwickelten Leitlinien können für das Beweismaß und die Auslegung von Begriffen wie "klimaneutral" erste Anhaltspunkte geben. Die Gerichtspraxis im UWG erreicht allerdings regelmäßig nicht die Prüfungstiefe, die für eine Abwägung mit Wettbewerbsbeschränkungen erforderlich ist.

Entscheidung: *Agrardialog Milch*

Das Bundeskartellamt sah ein Negativbeispiel für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen in einem Preiskartell, das unter Berufung auf Nachhaltigkeitsziele gebildet werden sollte.[666]

Vertreter der deutschen Milchwirtschaft baten das Amt um die kartellrechtliche Einschätzung ihrer Initiative, bei der einheitliche Preisaufschläge für Milchbauern vorgesehen waren. Hintergrund war die aus Sicht der Parteien unzureichende Bezahlung der Milchbauern, die unangemessen und nicht kostendeckend sei. Das Bundeskartellamt hielt die Kooperation trotz der vermeintlichen Verfolgung von Nachhaltigkeitszielen für unzulässig. Es sei zu erwarten, dass die erhöhten Kosten an die Endverbraucher*innen weitergegeben werden würden, ohne konkrete Verbesserungen bei der Nachhaltigkeit vorzusehen.

Die Entscheidung zeigt auf, dass nicht jede Vereinbarung, die sich auf vermeintliche Nachhaltigkeitsaspekte stützt, vom Kartellverbot ausgenommen ist.

3. Greenwashing-Test im Rahmen der Freistellung

Im Rahmen der Freistellung von Nachhaltigkeitsvereinbarungen vom Kartellverbot ist beim Merkmal der Unerlässlichkeit der Beschränkung zu prüfen, ob entsprechende Nachhaltigkeitswirkungen entstehen. Dazu muss zunächst geklärt werden, inwieweit die Beschränkung sich zur Umsetzung der Nachhaltigkeitsziele überhaupt eignet bzw. in welchem Maße sie in Umweltbelangen (oder mit Blick auf andere Nachhaltigkeitsziele) Abhilfe schafft. Bei einem solchen „Greenwashing-Test“ kann insbesondere berücksichtigt werden, ob z.B. eingesparte Treibhausgasemissionen durch ohnehin bestehende Emissionsbegrenzungen, ggf. auch in Verbindung mit einem Zertifikatehandel, wieder revidiert werden, weil stattdessen andere Unternehmen aufgrund der erworbenen Zertifikate die eingesparten Emissionen ausstoßen dürfen.[667] Nach der grundsätzlichen Eignung ist die tatsächliche Zielerreichung (ggf. prospektiv) vorzutragen und von der Behörde zu prüfen. Dazu ist möglichst konkret auszuführen, welche Nachhaltigkeitswirkungen zu erwarten sind. Dies erfordert eine fachliche Kenntnis, die bei Kartellbehörden nicht vorausgesetzt

[666] Bundeskartellamt, Pressemitteilung vom 25.1.2022, Preisaufschläge ohne mehr Nachhaltigkeit in der Milchwirtschaft: Bundeskartellamt zeigt kartellrechtliche Grenzen auf.
[667] Heinemann, sic! 2021, 213, 223 f.

werden kann und die auch Legitimationsprobleme aufwirft.[668] Ist festgestellt, dass die Vereinbarung die Nachhaltigkeitsziele erreicht, ist die Erforderlichkeit (Unerlässlichkeit) der Wettbewerbsbeschränkung darzulegen. Dabei ist insbesondere darzulegen, dass die angestrebten Nachhaltigkeitsziele nicht ohne eine Kooperation auch unilateral erreichbar wären.

Festzuhalten ist, dass eine weitergehende Anerkennung von Nachhaltigkeitsinitiativen nur in Betracht kommt, wenn das Risiko des Greenwashings so weit wie möglich reduziert wird. Dazu kann allgemein geprüft werden, welche Anreize für bestimmte Unternehmen und Branchen bestehen, Greenwashing zu betreiben. Davon ausgehend ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine Kooperation in erster Linie zu Marketingzwecken verfolgt wird, oder ob tatsächlich erhebliche Gewinne für die Nachhaltigkeit erzielt werden können. Diese Prüfung muss im Einzelfall erfolgen. Ob die Wettbewerbsbehörde dafür geeignet ist, ist eine diffizile Frage.

[668] Siehe dazu Teil 3.D.

Annex: Kurzdarstellung aller Optionen

Anwendungsbereich des Kartellrechts (AW)

AW 1: Schaffung von Ausnahmebereichen vom Kartellrecht für bestimmte Branchen, bestimmte Arten von Vereinbarungen oder bestimmte Nachhaltigkeitsziele

Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen (WB)

WB 1: Bessere Erfassung von Absprachen über nachhaltigkeitsrelevante Wettbewerbsparameter durch Darstellung entsprechender Fallgruppen in Leitlinien

WB 2: Bejahung der Spürbarkeit bei Wettbewerbsbeschränkungen, die zwar nicht wettbewerblich spürbar sind, aber erhebliche Nachhaltigkeitswirkungen entfalten

WB 3: Ausweitung der Leitlinien zu Normierungsvereinbarungen mit Fokus auf Kriterien für ökologische und soziale Standards

WB 4: Anerkennung einer Tatbestandsrestriktion, wenn die Wettbewerbsbeschränkung nur notwendiger Nebenzweck einer kartellrechtsneutralen Vereinbarung zur Erreichung von Nachhaltigkeitszielen ist oder der Markterschließung dient

WB 5: Ausnahme vom Tatbestand im Sinne der *Wouters*-Rechtsprechung wegen legitimer außerwettbewerblicher Ziele, namentlich der Nachhaltigkeit

Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 GWB (FS)

FS 1: Modifizierte Willingness to pay-Analyse zur Ermittlung von Nachhaltigkeitsvorteilen im Rahmen eines klassischen consumer-welfare-Ansatzes

FS 2: Anerkennung von gesamtgesellschaftlichen Vorteilen innerhalb der Freistellung, auch wenn es sich um out-of-market-efficiencies handelt

FS 3: Abkehr vom Prüfungsraster des Art. 101 Abs. 3 AEUV und Einführung einer normativen Abwägung

FS 4: Einzelfreistellung von Modellkooperationen, die auf erhebliche Nachhaltigkeitswirkungen abzielen und als Vorbild für gesetzliche Regelsetzung dienen

FS 5: Einführung einer gesetzlichen Ausnahmeklausel (nach österreichischem Vorbild) oder einer Freistellung in Anlehnung an § 3 GWB für mittelständische Nachhaltigkeitskooperationen

FS 6: Schaffung einer Gruppenfreistellungsverordnung für Nachhaltigkeitsvereinbarungen

Missbrauchsverbot (MB)

MB 1: Erfassung gewandelter Präferenzen bei der Marktabgrenzung

MB 2: Anerkennung der Möglichkeit zur Externalisierung als Marktmachtfaktor

MB 3: Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsinteressen in der Billigkeitsabwägung bzw. im Rahmen der Rechtfertigung

MB 4: Erweiterung der Fallgruppe Missbrauch durch Rechtsbruch (angelehnt an den Fall *Facebook*) um nachhaltigkeitsbezogene Verstöße

MB 5: Konstruktion nicht-nachhaltiger Verhaltensweisen als Ausbeutungsmissbrauch, insbesondere bei sozialen Nachhaltigkeitszielen (z.B. faire Entlohnung)

MB 6: Ausbeutung öffentlicher Güter als Missbrauch von Marktmacht

MB 7: Anerkennung neuer Fallgruppen des Behinderungsmissbrauchs, die an die Verletzung von SDG anknüpfen

Fusionskontrolle (FK)

FK 1: Änderungen der Aufgreifkriterien, sodass besonders nachhaltigkeitsrelevante Zusammenschlüsse fusionskontrollrechtlich geprüft werden können

FK 2: Weiterentwicklung des SIEC-Tests im Sinne von ökologisch und sozial nachhaltigem Wettbewerb

FK 3: Berücksichtigung außerwettbewerblicher Ziele im Rahmen einer Abwägung

FK 4: Erweiterung der Effizienzeinrede um Vortrag zu Nachhaltigkeitswirkungen

FK 5: Stärkung nachhaltiger Abhilfemaßnahmen

FK 6: Korrektur der behördlichen Fusionskontrollentscheidung im gesonderten Verfahren (z.B. Ministererlaubnis), in dem Nachhaltigkeitserwägungen geprüft werden

Verfahren und Sanktionen (VS)

VS 1: Stärkere Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsinteressen im Rahmen des Aufgreifermessens der Behörden

VS 2: Weitergehender Anspruch auf informelle Beratung (z.B. durch "Vorsitzendenschreiben") in nachhaltigkeitsbezogenen Fällen

VS 3: Einrichtung einer Sustainability Sandbox (nach griechischem Modell), also einem kontrollierten Ausprobieren nachhaltigkeitsfördernder Kooperationen

VS 4: Ermöglichung von Sektoruntersuchungen zu Fragen des ökologisch und sozial nachhaltigen Wettbewerbs

VS 5: Bessere verfahrensrechtliche Einbindung von Akteuren, die nachhaltigkeitsrelevante Aspekte einbringen (z.B. NGOs)

VS 6: Intensivere Kooperation der Kartellbehörden mit anderen Behörden

VS 7: Erhöhte Transparenz von Nachhaltigkeitserwägungen anlässlich von kartellbehördlichen Entscheidungen durch Nachhaltigkeits-Assessments, Klima-Checks oder ex post-Evaluationen

VS 8: Berücksichtigung von Nachhaltigkeitswirkungen als mildernder oder erschwerender Faktor in der Bußgeldbemessung

VS 9: Erhöhung und Begrenzung des privaten Schadensersatzrisikos, wenn der Kartellrechtsverstoß mit Nachhaltigkeitsschäden bzw. in guter Absicht für Nachhaltigkeitsziele begangen wurde