

Per E-Mail:

COMP-GREEN-DEAL@ec.europa.eu
European Commission
Directorate-General for Competition
1049 Brussels
Belgium

STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

www.studienvereinigung-kartellrecht.de

Feldmühleplatz 1
40545 Düsseldorf | Deutschland

Postfach 10 17 43
40008 Düsseldorf | Deutschland

Büroanschrift des Vorsitzenden:
Karl-Scharnagl-Ring 6
80539 München | Deutschland

Tel: +49 89 21667 0

Fax: +49 89 21667 111

ingo.brinker@gleisslutz.com

20. November 2020

Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht e.V. im Rahmen der Öffentliche Konsultation der Europäischen Kommission über „Wettbewerbspolitik des Grünen Deals“

A. Einleitung

Die Studienvereinigung Kartellrecht (im Folg.: Studienvereinigung) ist ein eingetragener Verein deutschen Rechts, dessen Zweck die Förderung von Wissenschaft und Forschung auf dem Gebiet des nationalen, europäischen und internationalen Kartellrechts ist und der mehr als 1.300 Rechtsanwälte/-innen sowie Wettbewerbsökonom/-innen aus Deutschland, Österreich und der Schweiz zu seinen Mitgliedern zählt. Die Mitglieder der Studienvereinigung beraten regelmäßig Unternehmen und natürliche Personen betreffend alle Bereiche des Kartellrechts und vertreten in Verfahren vor nationalen Wettbewerbsbehörden, der Europäischen Kommission sowie in Zivilrechtsstreitigkeiten innerhalb Europas. Sie verfügen deshalb in besonderem Maße über Erfahrung in der Anwendung der Vorschriften zum Kartellrecht auf europäischer und nationaler Ebene. Die Studienvereinigung bedankt sich daher für die Gelegenheit, an der Konsultation der Europäischen Kommission über „Wettbewerbspolitik des Grünen Deals“, in concreto zu den Fragen in Punkt 2 (Kartellrecht) und Punkt 3 (Fusionskontrolle), teilzunehmen.

B. Vorbemerkung

Bereits 2015 wurde mit dem Pariser Klimaabkommen in Nachfolge des Kyoto-Protokolls ein wichtiges Übereinkommen über den Klimaschutz getroffen. Nicht zuletzt die „Fridays-for-Future“-Bewegung brachte 2019 die mit dem Klimawandel einhergehende Bedrohungslage ins Bewusstsein weiterer Teile der Bevölkerung. Der von diesen Teilen der Bevölkerung getragene Wunsch nach einem sorgsameren Umgang mit den endlichen natürlichen Ressourcen fand daraufhin Eingang in weiteren transnationalen politischen Vereinbarungen und Zielsetzungen – etwa jüngst dem Grünen Deal, mit dem die Europäische Kommission („EK“) ein klimaneutrales Europa bis 2050 fordert. Dieses Ziel wird nur dann zu erreichen sein, wenn diese gigantische Herausforderung als gesamtgesellschaftliche Aufgabe verfolgt wird und die erforderlichen Voraussetzungen geschaffen werden. Zu diesen Voraussetzungen zählt, dass der gesamte europäische Rechtsrahmen - *acquis communautaire* – umfassend und integrativ mit Blick auf diese prioritäre Zielsetzung überprüft und angepasst wird. Im Rahmen eines „fitness check“ ist insbesondere das europäische Wettbewerbsrecht mit einer geeigneten „tool box“ auszustatten, die den Grünen Deal unterstützt. Vor diesem Hintergrund sowie dem Wunsch nach einer unionsweit möglichst einheitlichen Auslegung der wettbewerblichen Rahmenbedingungen erscheint die vorliegende Aufforderung zur Einreichung von Beiträgen besonders begrüßenswert.

C. Teil 2: Kartellrecht

- 1. Bitte nennen Sie konkrete oder theoretische Beispiele für eine wünschenswerte Zusammenarbeit zwischen Unternehmen zur Unterstützung der Ziele des Grünen Deals, die aufgrund von EU-kartellrechtlichen Bedenken nicht umgesetzt werden konnten bzw. könnten. Bitte beschreiben Sie insbesondere die Situationen, in denen die Zusammenarbeit - und nicht der Wettbewerb - zwischen Unternehmen zu umweltfreundlicheren Ergebnissen führen würde (z. B. umweltfreundlichere Produkte oder Produktionsverfahren).**

1.1. Einleitung

Seit dem mit der VO 1/2003 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln¹ („VO 1/2003“) eingeführten Systemwechsel zur Selbstveranlagung hat die Frage, ob Nachhaltigkeitsinitiativen mit dem Kartellrecht vereinbar sind, in der Beratungspraxis laufend an Relevanz gewonnen. Im Zentrum steht dabei Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. insbesondere die Legalausnahme des Art. 101 Abs. 3 AEUV. In der Entscheidungspraxis der Unionsgerichte² wie auch der EK³ gibt es zwar mehrfach Hinweise, wonach dem Art. 101 Abs. 3 AEUV auch Vorteile für die Umwelt

¹ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABI L vom 4.1.2003, S. 1–25.

² EuG 11.07.1996, T-528/93, *Métropole Télévision*, ECLI:EU:T:1996:99, Rn118 („[Die] Kommission [kann sich], wenn sie eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages gewähren will, im Rahmen einer Gesamtwürdigung auf Erwägungen im Zusammenhang mit der Verfolgung eines öffentlichen Interesses berufen“); weitere Hinweise bei *Brook*, Priority-Setting As a Double-Edged Sword: How Modernisation Strengthened the Role of Public Policy, JCL&E 2020.

³ Kommission 17.09.2001, 2001/837/EG, *DSD*, Rn143-144; 24.01.1999, 2000/475/EC, *CECED*, Rn 51 und 55 bis 57; 21.12.1994, 94/986/EC, *Philips-Osram*, Rn 26; 18.05.1994, 94/322/EG, *Exxon/Shell*, Rn 71; weitere Nachweise bei *Brook* aaO.

oder andere nicht genuin wirtschaftliche Interessen subsumiert werden können – tatsächliche Rechtssicherheit in Form klarer Rechtssätze und Behördenkommunikationen im Hinblick auf die Durchsetzung dieser Regeln gibt es für Unternehmen allerdings nicht. Obwohl die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten bei der Vollziehung des Wettbewerbsrechts primärrechtlich abgesichert scheint (vgl. Art. 11 AEUV), engen die aktuell gültigen Leitlinien der Kommission zu Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV („**Leitlinien zu Art. 101 Abs. 3**“) den Spielraum für eine Berücksichtigung nicht-wirtschaftlicher Ziele erheblich ein. Ein nachhaltigeres Wirtschaften oder die Entwicklung neuer, nachhaltigerer Technologien ist oftmals – jedenfalls kurz- und mittelfristig – mit Kostensteigerungen und Risiken verbunden, die Unternehmen davon abhalten können, entsprechende Maßnahmen umzusetzen. Um dennoch auf die dargestellten Entwicklungen zu reagieren und die damit verbundenen Risiken zu reduzieren, können Kooperationen zwischen Unternehmen notwendig sein. Wettbewerbsbehörden in den Mitgliedstaaten sehen sich deshalb mit einer zunehmenden Zahl an Fragen betreffend die kartellrechtliche Beurteilung von Nachhaltigkeitsinitiativen konfrontiert. Gleichzeitig ist das Thema in den Fokus der Wissenschaft gerückt. Manche mitgliedstaatliche Wettbewerbsbehörden reagieren auf diese Entwicklung bereits mit Konsultationen zu „soft law-Instrumenten“ oder legislativen Änderungen.

Die niederländische Wettbewerbsbehörde hat erst kürzlich Draft Guidelines veröffentlicht, um klarzustellen, wie die Behörde künftig mit Vereinbarungen umgehen will, die Nachhaltigkeit fördern und dabei möglicherweise den Wettbewerb beschränken.⁴ Beweggrund dazu waren wohl insbesondere die niederländischen Fälle *SER Energieakkoord*⁵ und *Chicken of Tomorrow*.⁶ Im Jahr 2015 wurde eine Geflügel-Initiative der niederländischen Lebensmittelbranche, die die Einführung eines industrieweiten Mindeststandards für die nachhaltige Produktion von Hühnerfleisch zum Ziel hatte, als kartellrechtswidrig gestoppt. 2013 erachtete die Behörde die Vereinbarung, fünf Kohlekraftwerke abzuschalten, als nicht vereinbar mit dem Kartellverbot. Sie beschied, dass die erwarteten Nachteile der Vereinbarung für die Verbraucher höher sind als die positiven Auswirkungen, da die Abschaltung der Kohlekraftwerke keinen Nettoeffekt auf den Ausstoß von Kohlendioxid habe. Die Durchsetzung beider Initiativen wäre hinsichtlich der Ziele des Grünen Deals der Europäischen Union wohl erstrebenswert gewesen. Einen anderen Weg ging das deutsche Bundeskartellamt („**BKartA**“). Es beschäftigte sich erst kürzlich mit Nachhaltigkeitsinitiativen aus dem Konsumgüterbereich wie dem *Fairtrade Labelling Organizations International e. V.* („**Fairtrade**“). Fairtrade verbietet – kurz gesagt – im Rahmen seines Zertifizierungssystems das Unterschreiten eines vereinbarten Mindestpreises. Obwohl dies eine Kartellrechtswidrigkeit impliziert, entschloss sich das

⁴ Siehe <https://www.acm.nl/en/publications/draft-guidelines-sustainability-agreements> [zuletzt abgerufen am 16.11.2020].

⁵ Vgl. <https://www.acm.nl/en/publications/publication/12082/ACM-analysis-of-closing-down-5-coal-power-plants-as-part-of-SER-Energieakkoord> [zuletzt abgerufen am 16.11.2020].

⁶ Vgl. dazu den „*Chicken of Tomorrow*“-Fall der niederländischen Wettbewerbsbehörde (Fallbericht abrufbar unter <https://www.acm.nl/en/publications/publication/13761/Industry-wide-arrangements-for-the-so-called-Chicken-of-Tomorrow-restrict-competition> [zuletzt abgerufen am 16.11.2020]) sowie die Fallbesprechung bei *van der Veer*, Valuing Sustainability? The ACM's analysis of „Chicken for Tomorrow“ unter Art. 101(3), Kluwer Competition Law Blog 18.02.2015, abrufbar unter http://competitionlawblog.kluwercompetition-law.com/2015/02/18/valuing-sustainability-the-acms-analysis-of-chicken-for-tomorrow-under-art-1013/?doing_wp_cron=1592854613.2140469551086425781250 [zuletzt abgerufen am 16.11.2020].

BKartA in Ausübung seines Aufgreifermessens dazu, das Fairtrade-System nicht zum Gegenstand eines Ermittlungsverfahrens zu machen.⁷ Der stark divergierende nationale Umgang mit Problematiken wie diesen zeigt deutlich auf, dass hier Vereinheitlichungsbedarf besteht – dies gilt insbesondere dann wenn wie im Fall Fairtrade die Lösung allein in der behördlichen Ermessensausübung liegt. Vor dem Hintergrund der Selbstveranlagung sind die mit derartigen Nachhaltigkeitsinitiativen verbundenen Risiken für Unternehmer schwer vorhersehbar. Der aktuelle Zustand wirkt daher investitions- und innovationshemmend. Daher ist die vorliegende Aufforderung zur Einreichung von Beiträgen auch im Hinblick auf den Wunsch nach einer unionsweit möglichst einheitlichen Auslegung der wettbewerblichen Rahmenbedingungen besonders begrüßenswert.

Wie man an den folgenden praktischen Beispielen erkennen kann, sind Nachhaltigkeitskooperationen, die den Zielen des Grünen Deals entsprechen, in den verschiedensten Industriesparten denkbar – z.B. in der Energieerzeugung, in der Textilindustrie, im Lebensmittelsektor oder in der Automobilindustrie. Überall dort, wo die Zusammenarbeit zwischen den Erzeugern nötig ist, um die Herstellung umweltfreundlicher Erzeugnisse oder die Einführung von Umweltstandards oder Kontrollsystemen zu ermöglichen. Unternehmen reagieren dabei sowohl auf regulatorische Vorgaben als auch auf den Druck privater Kampagnen sowie auf ein sich änderndes Nachfrageverhalten ihrer (potenziellen) Abnehmer nach nachhaltigeren, umweltschonenderen und ethischer erzeugten Produkten und angebotenen Leistungen.

1.2. Beispiele für umweltfreundliche Kooperationen

Die Studienvereinigung Kartellrecht hat eine Vielzahl von wünschenswerten Unternehmenskooperationen aufgefunden, deren Zusammenarbeit zwar die Ziele des Grünen Deals unterstützt, die aber aufgrund von EU-kartellrechtlichen Bedenken nicht umgesetzt werden konnten bzw. könnten oder die zwar geduldet wurden, bei denen allerdings unsicher ist, ob sie mit den Kriterien des Art. 101 Abs. 3 AEUV tatsächlich vereinbar sind.

Als praktisches Beispiel aus Deutschland wurde ein Textilhersteller genannt, der in den Werken seiner Lieferanten regelmäßig Audits durchführte, um die Einhaltung der Arbeits- und Sicherheitsstandards zu bewerten. Der Textilhersteller plante hier mit Wettbewerbern, die ähnliche Audits durchführten, die Ergebnisse dieser Audits auszutauschen und gemeinsame Pläne für die verantwortungsvolle Beschaffung von Textilien zu entwickeln. Diese Initiative zielte darauf ab, die Leistung bei der Einhaltung sozialer Standards entlang der Lieferkette zu verbessern, gleichzeitig den Prüfungsaufwand zu minimieren und die Bewertungseffizienz durch den Austausch von Informationen über die Einhaltung von Vorschriften in der Fabrik zu steigern. Diese Zusammenarbeit ist unter dem Gesichtspunkt des europäischen Kartellrechts aufgrund unzulässigen Informationsaustausches wohl nicht zulässig.

Ein weiteres Beispiel aus der Textilindustrie, welches sich in ähnlicher Ausgestaltung auch in anderen Branchen wie z.B. dem Lebensmitteleinzelhandel („LEH“) wiederfindet, betrifft die Pluralität von ökologischen Herstellerzertifikaten. Diese führen in der Zulieferindustrie häufig zu einem erhöhten Aufwand, da jedes Zertifikat unterschiedliche

⁷ Engelsing und Jakobs (2019), Nachhaltigkeit und Wettbewerb, WuW, Nr.1, S.20.

Vorgaben bei der Verwendung von Chemikalien, Pestiziden und Ähnlichem macht. Vor diesem Hintergrund stellt sich für Unternehmen der Zulieferindustrien die Frage, inwieweit eine Zusammenarbeit zulässig ist, um von der Zulieferindustrie definierte einheitliche Zertifikate und Standards zu etablieren und die Vielzahl unterschiedlicher Ökosiegel zu ersetzen.

Dazu passen auch die vielfältigen Fallgestaltungen und Problematiken, die sich im Zusammenhang mit der Bindung von Abnehmern oder Zulieferern ergeben: so stellt sich beispielsweise für Hersteller von nachhaltigen Erzeugnissen die Frage, inwieweit Händler darin beschränkt werden können, nur bestimmte, ebenfalls nachhaltige Waren neben der eigenen Ware zu vertreiben bzw. ob im Hinblick auf den Nachhaltigkeitsaspekt dem Händler (im Rahmen eines Selektivvertriebs) noch weitere Verhaltenspflichten auferlegt werden können. Auf der anderen Seite wünschen sich Hersteller nachhaltiger Produkte, bestimmte Vorgaben über sämtliche Vorproduktionsebenen vereinbaren und weitergeben zu können. Klarstellungen über die Einordnung und Behandlung von Beschränkungen im Vertikalverhältnis zur Erreichung von Nachhaltigkeitszielen wären daher aus Sicht der Unternehmen sehr wünschenswert.

Ein anderes Beispiel findet sich im Bereich kollektiver Entsorgungssysteme. Hier wurde in Österreich lange diskutiert, ob Unternehmen, die gesammelte Altbatterien als Rohstoff benutzen, ein gemeinsames Erfassungssystem einrichten sollen. Das hätte zu der Schaffung eines autorisierten Netzes von Sekundärrohstoffhändlern geführt, über das die gebrauchten Batterien von den Verbrauchern zurückgenommen und zu bestimmten Preisen entsprechend bestimmten Quoten an die Unternehmen geliefert werden. Das Ziel dieses Systems wäre gewesen, die Kosten der Logistik (wo auch Umweltaspekte eine Rolle spielen; z.B. möglichst wenige Leerfahrten) und den Ankaufspreis für die Batterien so gering zu halten, wie das mit dem übergeordneten Ziel einer möglichst hohen Recyclingquote vereinbar ist. Das wettbewerbsrechtliche Problem einer derartigen Kooperation liegt darin, dass die Beschaffungskosten für Altbatterien einen hohen Anteil der Gesamtkosten einer neuen Batterie ausmachen, sodass es durch die Kooperation absehbar zu einer Preisangleichung bei den Neubatterien gekommen wäre.

Ein ähnliches, aktuelles Beispiel betrifft die derzeit laufende „Nachhaltigkeitsagenda“ österreichischer Hersteller von PET-Gebinden. Initiiert von der gesetzlichen Interessensvertretung der österreichischen Arbeitgeber (WKÖ) haben die heimischen Hersteller von Verpackungsmaterial für Getränke, Abfüller und LEH-Unternehmen schon im Jahr 2004 eine „Nachhaltigkeitsagenda“ ins Leben gerufen.⁸ Ein Ziel dieser Initiative war und ist es, die Recyclingquote bei PET-Gebinden zu erhöhen. Zu diesem Zweck enthält die Nachhaltigkeitsagenda eine Selbstverpflichtung der Abfüller, einen bestimmten Prozentsatz des Rohmaterials für die Herstellung von Granulaten, aus denen Flaschen geblasen werden, aus „recycled PET“ (anstelle von „virgin PET“) zu decken. In Zeiten niedriger Ölpreise führt diese Selbstverpflichtung dazu, dass sich der Preis der Verpackungen und damit letztlich der Preis für die Getränke, der von den Konsumenten zu bezahlen ist, gegenüber einem Referenzszenario ohne Nachhaltigkeitsverpflichtung erhöht. Die umweltpolitisch bedeutsame Einsparung von CO₂-Ressourcen wird somit gegen höhere Verbraucherpreise abgetauscht. Streng genommen ist die Selbstverpflichtung gemäß

⁸ Vgl <https://www.wko.at/service/netzwerke/ARGE-Nachhaltigkeitsagenda-fuer-Getraenkeverpackungen.html> [zuletzt abgerufen am 16.11.2020].

der Nachhaltigkeitsagenda wohl mit den Kriterien in den Leitlinien zu Art. 101 Abs. 3 AEUV unvereinbar.

Ähnliche Diskussionen finden häufig, oftmals getrieben vom für Landwirtschaft zuständigen österreichischen Bundesministerium, statt, wenn es um hochqualitative Nahrungsmittel geht. Das betrifft zum Beispiel die Frage, ob eine Selbstverpflichtung des österreichischen LEH statthaft wäre, wonach Lieferanten, die ausschließlich Eier aus Freilandhaltung verkaufen, ein bestimmter Mehrbetrag bezahlt wird. Auch das wäre streng genommen im geltenden Gebäude des europäischen Kartellrechts wohl nicht zulässig, weil das Tierwohl kein einer Abwägungsentscheidung nach Art. 101 Abs 3 AEUV zugänglicher Faktor ist.

Eine andere Nachhaltigkeitsvereinbarung, die vor etlichen Jahren mit der österreichischen Bundeswettbewerbsbehörde („BWB“) diskutiert wurde, betraf die sogenannte Kesseltauschaktion der österreichischen Mineralölindustrie und des Mineralölhandels. Diese Unternehmen wollten Verbrauchern Förderungen auszahlen, wenn sie einen alten Heizkessel durch einen neuen Kessel in moderner Brennwertechnologie ersetzen. Der betreffende Haushalt würde danach zwar weiterhin mit fossilen Energieträgern heizen, aber massiv weniger Brennstoff benötigen. Die Mittel für diese Förderungen sollten durch einen Beitrag aufgebracht werden, den die Mineralöllieferanten pro Liter Heizöl an eine gemeinsame Verrechnungsstelle leisten. Die BWB hat diese Aktion (die zwischenzeitlich ausgelaufen ist, weil in Österreich mittlerweile der Einbau von Heizkesseln nahezu verboten ist) nach langen Diskussionen geduldet. Ausschlaggebend dafür war, dass die beteiligten Unternehmen nachweisen konnten, dass aus Sicht der Verbraucher (nicht individuell, sondern in ihrer Gesamtheit betrachtet) die finanziellen Ersparnisse durch die Verwendung moderner Brennwerteessel höher waren als der Aufwand für den Finanzierungsbeitrag. Wäre dies nicht der Fall gewesen und hätte man damals „bloß“ ein hohes Maß an CO₂-Einsparung darlegen können, wäre diese Aktion wohl untersagt worden.

2012 verhängte die rumänische Kartellbehörde gegen sechs in Rumänien aktive Mineralölfirmer hohe Bußgelder, da diese in abgestimmter Weise einen gesundheitsschädlichen Treibstoff vom Tankstellenmarkt genommen hatten. Hintergrund war eine EU-Verordnung, aufgrund der dieses Benzin (das weitaus billiger war als unverbleites Benzin) zu einem bestimmten Zeitpunkt vom Markt genommen hätte werden müssen. Die rumänischen Mineralölfirmer einigten sich bloß, den Treibstoff bereits vor dem von der EU vorgeschriebenen Zeitpunkt nicht mehr anzubieten.⁹ Eine Abwägung der gesundheitsfördernden Aspekte dieser Vorgehensweise mit den preistreibenden Aspekten wurde von der lokalen Wettbewerbsbehörde nicht vorgenommen; die Behörde betrachtete die Abstimmung als eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung, bei der Abwägungsfragen dieser Art keine Rolle spielen. Der Versuch der betroffenen Unternehmen, die EK zu einer Intervention auf Grundlage von Art. 11 Abs. 6 VO 1/2003 zu bewegen, scheiterte.

⁹ Vgl. <https://adz.ro/artikel/artikel/kartellamt-verhaengt-rekordstrafe-gegen-mineraloelkonzerne-in-rumaenien> [zuletzt abgerufen am 16.11.2020].

2. **Sollten weitere Klarstellungen und Zusicherungen bezüglich der Merkmale von Vereinbarungen, die den Zielen des Grünen Deals dienen, ohne den Wettbewerb einzuschränken, zur Verfügung gestellt werden? Wenn ja, in welcher Form sollten solche Klarstellungen vorgenommen werden (Leitlinien, Einzelfallbewertung, Mitteilung über die Prioritäten bei der Durchsetzung...)?**

2.1 Einleitung

Die Studienvereinigung begrüßt die Bestrebungen der Kommission, auf verschiedenen legislativen Ebenen Klarstellungen für Vereinbarungen, die den Zielen des Grünen Deals entsprechen, ohne den Wettbewerb einzuschränken, anzubieten. Generell sind dabei Änderungen in Soft Law und Klarstellungen durch Empfehlungen der Kommission und/oder der nationalen Wettbewerbsbehörden leichter umzusetzen als eine Änderung der Verträge. Dabei sollte jedoch im ganzheitlichen Kontext über einen „new environmental approach“ nachgedacht werden.

Die Studienvereinigung ist der Meinung, dass eine Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten vorrangig unter den Einzelfreistellungsvoraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV möglich ist. Dabei wäre jedoch eine Klarstellung notwendig, dass bei Anwendung dieser Ausnahmebestimmungen nicht nur eng verstandene wirtschaftliche Zielsetzungen berücksichtigt werden können. Hier stellt sich die Frage, wie weit man die Grenze ziehen will: Werden an dieser Stelle Fragen des Umweltschutzes berücksichtigt, so könnten andere – auch unter den Nachhaltigkeitsbegriff im weiteren Sinne fallende – Aspekte wie bspw. Vollbeschäftigung und sozialer Fortschritt, die ebenfalls in Art. 3 EUV Erwähnung finden, gleichermaßen einen Geltungsanspruch haben. Es stellt sich hierbei also die Frage, inwiefern Umweltbedenken in diesem Zusammenhang vorrangig zu behandeln sind. In der Folge werden aufgrund der gegenständlichen Fragestellung bezüglich des Grünen Deals nur umweltspezifische Nachhaltigkeitsaspekte behandelt.

Die Studienvereinigung wird im Folgenden in Anlehnung an die Beantwortung von Frage 1 Empfehlungen für Klarstellungen bzgl. der Ziele des Grünen Deals auflisten:

2.2 **Klarstellungen in den Leitlinien zur horizontalen Zusammenarbeit und Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 bzgl. Freistellung unter Art. 101 Abs. 3 AEUV notwendig:**

Die Studienvereinigung sieht in der Beachtung von Nachhaltigkeitsaspekten primär Änderungsbedarf in den Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit¹⁰ („**Leitlinien zur horizontalen Zusammenarbeit**“) sowie den Leitlinien zu Art. 101 Abs. 3. Beide Leitlinien sollten im Lichte der massiv gestiegenen Bedeutung von Nachhaltigkeitsvereinbarungen überarbeitet und dabei konkrete Voraussetzungen und Rahmenbedingungen formuliert werden, unter denen Unternehmen in Bezug auf Nachhaltigkeitsprojekte kooperieren können bzw. anhand derer Kooperationsvorhaben rechtsicher geprüft werden können.

¹⁰ Bekanntmachung der Kommission – Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrags (ABl. C 101 vom 27.4.2004, S. 97-118).

Ein Grundproblem ergibt sich hierbei aus der sehr engen Interpretation beider Leitlinien des ersten Kriteriums des Freistellungstatbestands, sprich was als „Verbesserung der Warenerzeugung und -verteilung“ anzusehen ist. Wird hier zu stark auf die Quantifizierung der Vorteile und Kosteneinsparungen abgestellt, werden nicht hinreichend quantifizierbare Nachhaltigkeitsziele, die sich auf andere Weise positiv für Verbraucher und auf den Wettbewerb auswirken, eventuell nicht berücksichtigt. Die Studienvereinigung ist der Ansicht, dass diese enge Sichtweise unionsrechtlich nicht zwingend ist und auch nicht der Kommissionspraxis aus der Zeit entspricht, in der die Kommission noch das Freistellungsmonopol innehatte. Diese Haltung müsste im Rahmen einer „Nachhaltigkeitsreform“ aufgegeben werden.

Ferner wären aus Sicht der Studienvereinigung die Leitlinien zu Art. 101 Abs. 3 AEUV zu überarbeiten, um Unternehmen Anhaltspunkte dafür zu geben, unter welchen Voraussetzungen Nachhaltigkeitskooperationen einer Einzelfreistellung zugänglich sind.

Hierfür wäre zunächst das Verständnis der „Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung“ und der „Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts“ durch die EK ausdrücklich auf „Nachhaltigkeitsaspekte in der Erzeugung von Gütern oder Erbringung von Leistungen“ auszudehnen, obwohl es sich hierbei nicht stets um genuin wirtschaftliche Effizienzen handeln dürfte. Insbesondere wäre zu erwägen, auch Maßnahmen zur Verfolgung sozialer oder ethischer Ziele (z.B. „Fair Trade“, Maßnahmen zur Sicherung gewisser Grundbedürfnisse von Nutztieren) dem Begriff „Nachhaltigkeit“ zu subsumieren.

Zu beachten wäre dabei, dass nachhaltig erzeugte Güter oder deren Einsatz (z.B. die Verwendung organischer Baumwolle in der Textilindustrie) unter Umständen keine objektiv messbare Qualitätssteigerung eines Guts oder einer Leistung bewirken, die ihrem Abnehmer unmittelbar zugutekommen, und auch keine Kostenvorteile für den Abnehmer mit sich bringen. Jedoch bringt der Einsatz solcher Mittel etwa Vorteile in Gestalt der Reduktion negativer Externalitäten mit sich. Dass solche Vorteile nicht direkt auf den Abnehmer übergehen, da es dem Wesen von externen Kosten entspricht, dass sie nicht direkt vom Abnehmer getragen werden, schließt nach der hier vertretenen Ansicht jedoch nicht grundsätzlich die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV aus.

Zugestanden wird freilich, dass die Messbarkeit solcher Vorteile mit praktischen Schwierigkeiten verbunden ist. In der Literatur und teils auch in der Entscheidungspraxis von Wettbewerbsbehörden finden sich jedoch verschiedene Vorschläge für eine mathematische Annäherung.¹¹ Sie sollten aufgegriffen und vertieft werden.¹²

¹¹ *van der Veer*, Valuing Sustainability? The ACM's analysis of „Chicken for Tomorrow“ under Art. 101(3), Kluwer Competition Law Blog 18.02.2015, abrufbar unter http://competitionlawblog.kluwercompetition-law.com/2015/02/18/valuing-sustainability-the-acms-analysis-of-chicken-for-tomorrow-under-art-1013/?doing_wp_cron=1592854613.2140469551086425781250 [zuletzt abgerufen am 16.11.2020]; *Wambach*, Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis, Vortrag am 01.10.2020; die Vortragsunterlagen sind abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2020_Wambach.html?nn=3591568 [zuletzt abgerufen am 16.11.2020].

¹² Eine eingehendere und begrüßenswerte Auseinandersetzung mit diesem Fragenkomplex findet durch die niederländische Wettbewerbsbehörde in ihren Draft Guidelines statt (Rn 49 ff).

Letztlich würde eine umfassendere Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten auch eine Abkehr von der Berücksichtigung nur jener Vorteile erforderlich machen, die auf jenem Markt eintreten, auf den sich die Wettbewerbsbeschränkung auswirkt. Ein solches Verständnis erscheint durch das Primärrecht nicht ausgeschlossen, wenngleich die restriktive Handhabe der EK in der Entscheidungspraxis des EuGH eine Stütze finden dürfte.¹³

Eine weitere Unsicherheit besteht beim Kriterium der angemessenen Beteiligung der Verbraucher. Auf den Umweltschutz gerichtete Maßnahmen können sich auf anderen sachlichen oder geographischen Märkten als dem grundsätzlich beschränkten Markt oder sich grundsätzlich positiv für die breite Öffentlichkeit auswirken. Diese Vorteile zeigen sich jedoch für den einzelnen Verbraucher nur indirekt und erst nach einer gewissen Zeit. Ein Beispiel dafür wären gesundheitliche Vorteile durch den Verzehr von biologischen Lebensmitteln oder durch die Einschränkung von CO₂-Ausstößen. Nachhaltigkeitsmaßnahmen sind möglicherweise auch nicht unmittelbar im Verbraucherinteresse im Sinne einer Kostenreduzierung, jedoch langfristig objektiv sinnvoll und notwendig.

Würden hier der breitere Adressatenkreis, der schlussendlich an den Effizienzgewinnen beteiligt werden muss, beispielsweise durch die Leitlinien bestätigt werden, würden sowohl die Rechtsanwender als auch die kooperierenden Unternehmen einen weiteren Spielraum in der Implementierung von nachhaltigen Kooperationen, die den Zielen des Grünen Deals folgen, nützen können. Dass dies in der Kartellrechtspraxis teilweise bisher schon gelebt wird, zeigt das auf S. 7 beschriebene Beispiel der „Kesseltauschaktion“ (wobei dort die Vorteile der unternehmerischen Zusammenarbeit innerhalb desselben sachlich und räumlich relevanten Marktes auftraten wie deren wettbewerbliche Nachteile, was bei Nachhaltigkeitsinitiativen oft nicht der Fall ist). Es wäre daher zu begrüßen, wenn die Kommission ein konkretes Gerüst für die Abwägung der Güter und der zu berücksichtigenden Effekte aufstellen würde, einschließlich wie die jeweiligen Effekte zu quanti- und qualifizieren sind.

Besonderen Handlungsbedarf sieht die Studienvereinigung darüber hinaus beim Thema „Informationsaustausch“: Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht bestehen hier Risiken bei der Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV, weil oftmals keine Gruppenfreistellungsverordnungen Anwendung finden können. Daher stellen sich verschiedene Fragen zu den Fällen, in denen ein Informationsaustausch zwischen den Marktteilnehmern erlaubt ist.

Vor allem im Rahmen von Infrastruktur-Transformationen ist reger Austausch innerhalb der Branche notwendig. Um ein Beispiel zu nennen: Pipeline-Projekte für den Transport von Wasserstoff zwischen dem Ort der Produktion und dem Ort der Nutzung, die teilweise durch staatliche Beihilfemaßnahmen unterstützt werden, erfordern die Beteiligung und den Informationsbeitrag der Industrie. Bei öffentlichen Konsultationen zu Infrastrukturprojekten, z.B. Projekte, die den Transport von Wasserstoff von einem Produktionsstandort an der Küste zu einem industriellen Verbraucher im Landesinneren ermöglichen sollen, sind Informationen und Daten vorzulegen, die die individuelle Planung jedes Unternehmens enthalten, da Infrastrukturprojekte auf den zukünftigen Verbrauch

¹³ Die in der Rs *Master Card Inc.* (Fn 31, Rn 237) allenfalls erfolgte Aufweichung des auch von der EK eingenommenen Standpunkts, wonach die Vorteile einer Maßnahme grundsätzlich in jenem Markt eintreten müssen, in dem die Beschränkung festgestellt wurde, erscheint noch nicht ausreichend, um eine Freistellungsmöglichkeit für Maßnahmen zur Beförderung von Nachhaltigkeitsaspekten im beschriebenen Sinn zu eröffnen.

und die Bedürfnisse der Kunden ausgerichtet sein müssen. Die Planung der jeweiligen Transportnetze kann nicht unternehmensindividuell erfolgen und eine Abstimmung der einzelnen Verbrauchsmengen ist notwendig. Das überarbeitete Rahmenwerk der Kommission sollte einen solchen Informationsaustausch auf der Grundlage einer klaren Anleitung ermöglichen.

Diese Einbindung beinhaltet die Veröffentlichung von Daten, die für die Produktion und deren Planung benötigt werden. Darüber hinaus gibt es Zeitpläne für Anlagenumrüstungen oder Inbetriebnahmen und Investitionsdaten, die veröffentlicht werden müssen. Da für die gesamte Transformation Finanzmittel benötigt werden, ist es auch wichtig, den Geldgebern mitteilen zu können, welche Dimension die Transformation hat und welche Mittel wann zur Erreichung der Klimaziele benötigt werden. Gleichzeitig lassen solche Daten Rückschlüsse auf die individuell geplante Produktionskapazität für die nächsten Jahrzehnte zu. Die Daten, die veröffentlicht werden müssen, können den erwarteten Bedarf an Wasserstoff oder Erdgas sowie die Menge an Kohlendioxid für die Endlagerung enthalten. Darüber hinaus kann die Veröffentlichung des Zeitplans für Anlagenmodifikationen oder Inbetriebnahmen und Investitionen erforderlich sein. Alle beteiligten Industrieunternehmen, von denen einige auch Wettbewerber sind, haben im Rahmen dieser Projekte Zugang zu den Daten.

Der Austausch dieser Art von Informationen ist aus verschiedenen Gründen (öffentliche Finanzierung / staatliche Beihilfen / multilaterale Projekte) notwendig.

Ein solcher Informationsaustausch kann als Einschränkung des Wettbewerbs auf der Nachfrageseite angesehen werden. So fällt laut Rn. 55 der Leitlinien zur horizontalen Zusammenarbeit auch ein indirekter Informationsaustausch unter das Wettbewerbsrecht.

In der Rechtsanwendung besteht dabei Unsicherheit, dass ein indirekter Informationsaustausch, wie oben beschrieben, direkte Rückschlüsse auf die Marktstrategie auf dem Beschaffungsmarkt zulässt und daher iSd Rn. 58 der Leitlinien zur horizontalen Zusammenarbeit wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen zu befürchten sind. Gerade auf Märkten in solchen Infrastrukturprojekten ist eine hohe Marktkonzentration gegeben, und Transparenz und Stabilität sind für alle Marktteilnehmer sichtbar.

2.3 Stellungnahmen durch die Wettbewerbsbehörden

Die Studienvereinigung ist der Meinung, dass auch auf einer weniger formalen Ebene Klarstellungen erzielt werden könnten. Stellungnahmen und Standpunkte der Wettbewerbsbehörden sind in der Praxis ebenfalls nützliche Hilfsmittel zur Einschätzung von Kooperationen. In diesem Zusammenhang ist wieder wie in Frage 1 auf die Draft Guidelines der niederländischen Wettbewerbsbehörde zu verweisen.¹⁴

Im Rahmen einer gesamteuropäischen Lösung würde es sich dabei empfehlen, wenn es eine zentrale Stellungnahme der Kommission oder eine gemeinsame Verlautbarung aller europäischen Wettbewerbsbehörden im Rahmen des ECN gebe. Andernfalls ist ein Auseinanderdriften der wettbewerbsrechtlichen Praxis in Europa in dieser entscheidenden Thematik zu befürchten.

¹⁴ Siehe Fn 4.

2.4 Zusammenfassung

Die Studienvereinigung ist grundsätzlich der Meinung, dass die bestehenden Regeln des europäischen Wettbewerbsrechts dafür geeignet sind, die Ziele des Grünen Deals insbesondere im Hinblick auf die Bewertung von Kooperationen zu verfolgen. Begrüßenswert wären aber insbesondere Klarstellungen in den Leitlinien zu Art. 101 Abs. 3 AEUV sowie – wahlweise europaweit koordinierte – Stellungnahmen der Wettbewerbsbehörden inklusive der EK. Weitergehende mögliche legislative Änderungen werden darüber hinaus in der Beantwortung von Frage 3 diskutiert.

3. a.) Gibt es Umstände, unter denen wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen durch die Verfolgung der Ziele des Grünen Deals gerechtfertigt wären, die über die derzeitige Rechtsanwendung hinausgehen?

Steigende Anfragen bei nationalen Behörden sowie Vorstöße einzelner Behörden, die darauf abzielen, Unternehmen mehr Klarheit bei der Beurteilung von „Nachhaltigkeitskooperationen“ zu geben,¹⁵ liefern ein eindrückliches Zeugnis von Unsicherheiten, mit denen Unternehmen im Zusammenhang mit der wettbewerbsrechtlichen Einordnung ihrer diesbezüglichen Verhaltensweisen konfrontiert sind. Im Zuge des zu den EU-Wettbewerbsregeln für horizontale Vereinbarungen geführten Konsultationsverfahrens identifizierten Unternehmen die Nachfrage nach umweltfreundlicheren und nachhaltigeren Leistungen – noch vor der Digitalisierung – als wesentlichsten Trend, der die Anwendung besagter Vorschriften berührt.¹⁶ Viele Stakeholder wünschen sich deshalb gerade für jenen Bereich mehr Klarheit durch entsprechende Regelungsinstrumente.¹⁷

Die aktuellen Leitlinien und (Gruppenfreistellungs-)Verordnungen der EK für horizontale Vereinbarungen enthalten – anders als noch die Leitlinien zur horizontalen Zusammenarbeit aus 2001¹⁸ – in der Tat wenige Anhaltspunkte dazu, wann eine Vereinbarung, die primär der Verfolgung von Nachhaltigkeitszielen dient, nicht unter das Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV fällt.

Doch auch den Leitlinien zur horizontalen Zusammenarbeit aus 2001 mangelte es stellenweise an Klarheit, das einschlägige Kapitel beschränkte sich auf die Beurteilung von Umweltschutzvereinbarungen. Maßnahmen zur ethischeren Erzeugung von Gütern oder dem Anbot von Leistungen (etwa Maßnahmen zur „fairen“ Entlohnung von Zulieferern oder deren Arbeitern oder Maßnahmen zur Sicherstellung gewisser tierethischer Mindeststandards) wurden nicht explizit behandelt.

Ist eine Nachhaltigkeitskooperation vom Kartellverbot erfasst, engen die gültigen Leitlinien zu Art. 101 Abs. 3 AEUV den Spielraum für eine Berücksichtigung nicht-wirtschaftlicher Ziele erheblich ein. Denn sie sehen eine Freistellungsmöglichkeit zunächst nur für

¹⁵ Vgl Fn. 4.

¹⁶ Konsultationsergebnis (Zusammenfassung), 16 (abrufbar unter <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/11886-Evaluation-of-EU-competition-rules-on-horizontal-agreements/public-consultation> [zuletzt abgerufen am 16.11.2020]).

¹⁷ Konsultationsergebnis (Zusammenfassung), 5 (abrufbar unter <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/11886-Evaluation-of-EU-competition-rules-on-horizontal-agreements/public-consultation> [zuletzt abgerufen am 16.11.2020]).

¹⁸ ABI 2001, C 3, 2.

„wirtschaftliche Effizienzgewinne“ vor.¹⁹ Diese müssten quantifizierbar²⁰ oder zumindest objektivierbar sein²¹, wobei die Anforderungen für erst auf lange Sicht erreichte Vorteile nochmals höher liegen;²² indirekte Vorteile wären in der Regel nicht zu berücksichtigen.²³ Ferner kämen als Vorteile auch grundsätzlich nur solche in Betracht, die innerhalb des relevanten Marktes, auf den sich die Vereinbarung bezieht,²⁴ oder einem damit zumindest zusammenhängenden Markt²⁵ entstehen.

Diesen Standpunkt unterstrich die EK auch in einer Stellungnahme zum Reformvorschlag des niederländischen Wettbewerbsgesetzes, der die stärkere Berücksichtigung von Nachhaltigkeitserwägungen vorsah. So führte die EK dort aus, dass es nicht in die Kompetenz der Wettbewerbsbehörden falle, bei Beurteilung unternehmerischer Verhaltensweisen teils widersprüchliche öffentliche Interessen gegeneinander abzuwägen. Ferner ließe das EU-Wettbewerbsrecht eine Berücksichtigung von Effizienzen nur dann zu, wenn sie den Verbrauchern in den von der Verhaltensweise betroffenen Märkten zugutekämen; ein Vorteil für die Gesellschaft insgesamt sei hingegen kein relevantes Kriterium.²⁶

An diesem Standard gemessen dürfte eine Rechtfertigung wettbewerbsbeschränkender Abreden aufgrund von Vorteilen für die Umwelt oftmals nicht in Betracht kommen. Die positiven Auswirkungen von Umweltschutzmaßnahmen wurden zumindest in der Vergangenheit in ihrer unmittelbaren Wirkung häufig als nicht-wirtschaftliche Effizienzen eingeordnet, wenngleich sie von Unternehmen vermutlich gerade vor dem Hintergrund wirtschaftlicher Überlegungen (etwa Marketingstrategien, Eingehen auf ein sich änderndes Nachfrageverhalten von Abnehmern) gesetzt werden. Die Quantifizierung solcher Effizienzen ist zudem mit Unsicherheiten verbunden,²⁷ unterschiedliche politische Präferenzen wie auch ein unsicherer wissenschaftlicher Erkenntnisstand hinsichtlich einzelner Vorhaben können einer Objektivierung etwaiger Vorteile (in welchem Bereich diese auch immer eintreten) entgegenstehen. So bedeutsam der Beitrag einzelner Marktteilnehmer oder Branchen zur Erreichung von Nachhaltigkeitszielen auch sein mag, so gering könnten – isoliert betrachtet – ihre tatsächlichen (schätz- oder messbaren) Auswirkungen sein. Auch treten die positiven Effekte möglicherweise in anderen sachlichen, räumlichen oder eben gar keinen ökonomisch fassbaren Märkten ein.

¹⁹ Vgl LL Rn 59.

²⁰ Vgl LL Rn 56.

²¹ Vgl LL Rn 57.

²² Vgl LL Rn 87.

²³ Vgl LL Rn 54.

²⁴ Vgl LL Rn 57.

²⁵ So, entgegen den Leitlinien, s EuGH 11.09.2014, C-382/12P, *Master Card Inc.*, ECLI:EU:C:2014:2201, Rn 240.

²⁶ Die Stellungnahme ist hier abrufbar: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-775505.html> [zuletzt abgerufen am 16.11.2020].

²⁷ Wenngleich bereits verschiedene Modelle zu ihrer „Bepreisung“ vorgeschlagen wurden und die Bestimmung sonstiger „qualitativer Effizienzgewinne“ ebenso Herausforderungen mit sich bringt, vgl etwa die Stellungnahme der Kommission zum OECD-Roundtable on the Role and Measurement of Quality in Competition Analysis, DAF/COMP/WD(2013)32. Vgl auch *Wambach*, Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis, Vortrag am 01.10.2020; die Vortragsunterlagen sind abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2020_Wambach.html?nn=3591568 [zuletzt abgerufen am 16.11.2020].

Angesichts dieser Umstände sind Unternehmen, die Nachhaltigkeitskooperationen initiieren oder sich solchen anschließen, derzeit mit rechtlichen Unsicherheiten konfrontiert, die sie davon abhalten könnten, derartige Maßnahmen umzusetzen.

b.) Falls ja, erläutern Sie bitte, wie die derzeitige Rechtsanwendung weiterentwickelt werden könnte, um solchen Vereinbarungen Rechnung zu tragen, d.h. welche Ziele des Grünen Deals könnten eine besondere Behandlung wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen rechtfertigen?

Anders als die Leitlinien zur horizontalen Zusammenarbeit aus 2001 enthalten die aktuellen Leitlinien zur horizontalen Zusammenarbeit kein spezifisches Kapitel zu Nachhaltigkeitskooperationen. Die von der EK erhaltenen Rückmeldungen im Rahmen des Konsultationsverfahrens zeigen, dass eine nähere Darstellung der aus Sicht der EK bestehenden rechtlichen Rahmenbedingungen von zahlreichen Stakeholdern gewünscht wird. Auch die Studienvereinigung Kartellrecht würde entsprechende Klarstellungen begrüßen.

Im Zusammenhang mit der bevorstehenden Überarbeitung der Leitlinien zur horizontalen Zusammenarbeit wäre daher wünschenswert, Nachhaltigkeitsinitiativen ein eigenes Kapitel zu widmen, das einschlägige Fragen behandelt. In diesem Zusammenhang sollte erwogen werden, dem Begriff der Nachhaltigkeit ein weites Verständnis zugrunde zu legen, welches auch einen nachhaltigen sowie ethisch rücksichtsvollen Umgang mit menschlichen und tierischen Ressourcen mitumfasst. Ein Beispiel für ein dementsprechendes Verständnis findet sich in Rn. 6 der Draft Guidelines der niederländischen Wettbewerbsbehörde.²⁸

Einer Klarstellung bedarf dabei insbesondere die Frage, unter welchen Voraussetzungen Nachhaltigkeitskooperationen gar nicht erst von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst sind. So finden sich etwa in den Entwürfen der niederländischen (Rn. 14 ff) und griechischen (Rn. 46) Wettbewerbsbehörde²⁹ mehrere Beispiele für unterschiedliche Fallgruppen, in denen mit der bisherigen Entscheidungspraxis auch der Unionsgerichte davon ausgegangen werden kann, dass kein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV vorliegt. Vor allem die von den Unionsgerichten im Grundsatz etablierte Doktrin objektiver erforderlicher Nebenabreden könnte dabei mit Blick auf die hier interessierenden Arten von Vereinbarungen weiter elaboriert werden.³⁰ Derartige Nebenabreden gelten insoweit als zulässig, als mit der Hauptabrede legitime Zwecke verfolgt werden, die mit der Hauptabrede verbundenen wettbewerbsbeschränkenden Nebenabreden objektiv erforderlich sind und sie in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Ziel stehen.³¹ In der Tat dienen Nachhaltigkeits-, Fair Trade- oder Tierwohliniitiativen legitimen (wettbewerbsneutralen) Zielen. Mit ihrer Umsetzung können Nebenabreden verbunden sein, die von Vornherein von der Anwendung des Art. 101 Abs. 1 AEUV ausgenommen sein sollten. Die

²⁸ Vgl Rn. 1.

²⁹ Vgl Rn. 4.

³⁰ In diesem Sinne auch das Hintergrundpapier des Arbeitskreises Kartellrecht des BKartA, 20 f, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2020_Hintergrundpapier.pdf?__blob=publicationFile&v=2 [zuletzt abgerufen am 16.11.2020].

³¹ Siehe zB EuGH 23.01.2018, C-179/16, *Hoffmann-La Roche*, ECLI:EU:C:2018:25, Rn 69; EuGH 11.09.2014, C-382/12 P, *Master Card Inc.*, EU:C:2014:2201, Rn 89 mwN.

Studienvereinigung regt hier auch an, eine Sonderregelung für Gemeinschaftsunternehmen im Umweltsektor oder solche, die einen Beitrag zum Umweltschutz leisten, zu schaffen. Solchen Gemeinschaftsunternehmen könnte im Rahmen der Würdigung nach Art. 101 AEUV eine Vorzugsbehandlung gewährt werden.³²

Besonderes Augenmerk verdienen in diesem Zusammenhang auch Maßnahmen zur Finanzierung solcher Initiativen: Zahlreiche Maßnahmen zur Beförderung von Nachhaltigkeitszielen sind mit erheblichen Kosten verbunden (etwa die Erzeugung von „Bio-Produkten“), die nicht zur Gänze direkt an Abnehmer weitergegeben werden können, ohne die Produktplatzierung und -etablierung zu gefährden. Abhilfe können hier entweder Subventionen in Form staatlicher Beihilfen schaffen, wie dies in vielen Mitgliedstaaten etwa im Zusammenhang mit Strom aus erneuerbaren Energien geschieht, oder aber Übereinkünfte unter den Kooperationspartnern zur (freilich zweckgebundenen) Mittelgewinnung und Verteilung. So hatte sich das BKartA mit einem Branchenbündnis aus Landwirtschaft, Fleischwirtschaft und LEH zu befassen, das Tierhalter für die Umsetzung von Tierwohlmaßnahmen honorieren (subventionieren) sollte. Die hierfür erforderliche Mittelaufbringung erfolgt hauptsächlich durch die großen LEH-Unternehmen, die gemäß einer Vereinbarung pro verkauftem Kilogramm Fleisch einen bestimmten Betrag an eine Organisation abführen, welcher die Verteilung der Mittel an die betreffenden Tierhalter obliegt.³³ Angesichts des Zusammenhangs, in dem die Regelung über die Finanzierung der Nachhaltigkeitsinitiative steht, erschiene es nicht sachgerecht, aufgrund der Einigung über einen einheitlichen Preisaufschlag von einer Vereinbarung auszugehen, die eine Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt. Vielmehr wäre auch in diesem Zusammenhang das Vorliegen einer objektiv erforderlichen Nebenabrede zu prüfen.

Ferner kommt als weiteres Regelungsinstrument zur Schaffung von Rechtssicherheit eine (allenfalls zeitlich befristete) Gruppenfreistellungsverordnung in Betracht, die im Anschluss an eine "Probephase" unter Einbindung der Stakeholder evaluiert werden sollte. Zu überlegen wäre, ob, anders als in den meisten Gruppenfreistellungsverordnungen der Fall, auf Marktanteilschwellenwerte, bei deren Überschreiten eine Freistellung nicht mehr in Frage kommt, zu verzichten. Gerade mit Blick auf im gegebenen Kontext praktisch besonders relevante Standardisierungsvereinbarungen erscheint leicht denkbar, dass die Marktanteile der beteiligten Unternehmen die Bandbreite üblicher Schwellenwerte in den derzeit geltenden (horizontalen) Gruppenfreistellungsverordnungen überschreiten.

Zwecks Unterstützung der EK bei der möglichen Konzeption und Umsetzung zukünftig angedachter Maßnahmen, könnte außerdem eine spezialisierte Einheit innerhalb der EK für das Thema Nachhaltigkeit/Umweltschutz eingerichtet werden, um die Zusammenhänge zwischen Kartellrecht und dem Grünen Deal besser zu erfassen.³⁴

³² Siehe ausführlich unten Teil 2 Punkt 2.12.

³³ BKartA, B2-72/14, *Initiative Tierwohl*.

³⁴ Siehe ausführlich unten Teil 2 Punkt 2.12.

c.) Wie lässt sich die Verfolgung der Ziele des Grünen Deals von anderen wichtigen politischen Zielen wie der Schaffung von Arbeitsplätzen oder anderen sozialen Zielen unterscheiden?

Aus Sicht der Studienvereinigung ist die der Frage innewohnende Annahme, wonach das Wettbewerbsrecht derzeit keine politischen oder sozialen Ziele verfolgen würde, unrichtig. Neben der Verbraucherwohlfahrt dient gerade das EU-Wettbewerbsrecht der Verfolgung weiterer politischer Ziele (z.B. der Schaffung und Aufrechterhaltung des Binnenmarkts³⁵).³⁶

Darüber hinaus finden sich sowohl in der Entscheidungspraxis der Unionsgerichte³⁷ als auch der EK³⁸ mehrfach Hinweise, wonach im Zuge der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Sachverhalten „außerwettbewerbliche“ Aspekte Berücksichtigung finden können – jedenfalls dann, wenn diese Interessen mit den Zielen der Union übereinstimmen.³⁹

Wollte man eine Unterscheidung dennoch treffen, könnte Folgendes berücksichtigt werden: Der Umweltschutz ist in Art. 3 Abs 3 EUV ausdrücklich als Ziel der Union normiert. Nach Art. 11 AEUV müssen außerdem „die Erfordernisse des Umweltschutzes [...] bei der Festlegung und Durchführung der Unionspolitiken und -maßnahmen [...] einbezogen werden“.⁴⁰ Demgegenüber ist etwa für das angesprochene Ziel der Schaffung von Arbeitsplätzen in Art. 147 Abs. 2 AEUV lediglich vorgesehen, dass das „Ziel eines hohen Beschäftigungsniveaus [...] bei der Festlegung und Durchführung der Unionspolitiken und Maßnahmen berücksichtigt [wird]“. Die letztgenannte Bestimmung stellt damit geringere Anforderungen an die Unionsorgane,⁴¹ was eine abgestufte Berücksichtigung derartiger Politiken rechtfertigen könnte.

Allerdings ist aus Sicht der Studienvereinigung nicht zu sehen, weshalb eine Differenzierung hinsichtlich verschiedener Ziele der EU im gegebenen Zusammenhang überhaupt angezeigt sein sollte.

³⁵ Grundlegend EuGH 13.07.1966, C-56/64, *Consten und Grundig*, ECLI:EU:C:1966:41.

³⁶ Zu weiteren politischen Zielsetzungen, die in der Vergangenheit (auch) durch Einsatz des Wettbewerbsrechts verfolgt wurden siehe *Dunne*, Public Interest and EU Competition Law, The Antitrust Bulletin 2020, 256.

³⁷ EuG 11.07.1996, T-528/93, *Métropole Télévision*, ECLI:EU:T:1996:99, Rn118 („[Die] Kommission [kann sich], wenn sie eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages gewähren will, im Rahmen einer Gesamtwürdigung auf Erwägungen im Zusammenhang mit der Verfolgung eines öffentlichen Interesses berufen.“); weitere Hinweise bei *Brook*, Priority-Setting As a Double-Edged Sword: How Modernisation Strengthened the Role of Public Policy, JCL&E 2020.

³⁸ Kommission 17.09.2001, 2001/837/EG, DSD, Rn143-144; 24.01.1999, 2000/475/EC, *CECED*, Rn 51 und 55 bis 57; 21.12.1994, 94/986/EC, *Philips-Osram*, Rn 26; 18.05.1994, 94/322/EG, *Exxon/Shell*, Rn71; weitere Nachweise bei *Brook* aaO.

³⁹ Für eine detailliertere Analyse der Entscheidungspraxis siehe etwa *Monti*, Article 81 EC and Public Policy, CMLR 2002, 1057; *Petit*, The Guidelines on the Application of Article 81(3) EC: A Critical Review, IEJE Working Paper 4/2009; *Townley*, Which Goals Count in Article 101 TFEU?: Public Policy and Its discontents, ECLR 2011, 441; *Brook* aaO.

⁴⁰ Die Bestimmung verlangt eine „umweltfreundliche“ Auslegung des gesamten Unionsrechts und soll insbesondere auch bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts Berücksichtigung finden, vgl dazu die Nachweise bei *Kahl* in *Streinz* (Hrsg.) EUV/AEUV³ (2018), Art. 11 AEUV, Rn 32 bzw FN 119.

⁴¹ *Niedobitek* in *Streinz* (Hrsg.) EUV/AEUV³ (2018) Art 147 AEUV, Rn 6.

B. Teil 3: Fusionskontrolle

Um die ehrgeizigen Nachhaltigkeits- und Klimaschutzziele der Europäischen Union im gesamten Bereich des Kartellrechts zu reflektieren, bedarf es nicht nur der Entwicklung von Bewertungsleitlinien für Nachhaltigkeitsinitiativen im Rahmen von Art. 101 AEUV. Die Studienvereinigung rät dazu, auch im Rahmen der Fusionskontrolle Nachhaltigkeits-erwägungen zu berücksichtigen, soweit sich diese in den etablierten Prüfungsumfang der Fusionskontrollverordnung⁴² („FKVO“) einordnen lassen.

Während es zu Kooperationen zwischen Unternehmen einige Präzedenzfälle aus der Entscheidungspraxis der EK zur Integration von Nachhaltigkeitsüberlegungen in die inhaltliche Bewertung der Zusammenarbeit gibt, existiert im Bereich der Fusionskontrolle kaum eine solche Praxis. Zur jüngsten Entscheidung über den Zusammenschluss von *Aurubis* und *Metallo*⁴³ nahm EU-Wettbewerbskommissarin Margarethe Vestager in einer Pressemitteilung allerdings explizit Bezug auf den Europäischen Grünen Deal und erklärte, dass eine gut funktionierende Kreislaufwirtschaft bei der Kupferverwertung wichtig sei, um eine nachhaltige Ressourcennutzung im Rahmen des europäischen Grünen Deals zu gewährleisten. Aus diesem Grund habe man eine gründliche Prüfung des Zusammenschlusses vorgenommen.⁴⁴ Vor dem Hintergrund des Grünen Deals und seiner weitreichenden Auswirkungen auf die Transformation der Wirtschaft ist zu erwarten, dass „grüne“ Zusammenschlüsse in Zukunft eine wichtigere Rolle spielen werden.

Ob die bestehenden Grenzen des Regelungsregimes der FKVO insbesondere im Hinblick auf den in Art. 2 FKVO festgelegten Beurteilungsmaßstab ausgeweitet werden sollen, ist Gegenstand einer politischen Entscheidung. Diese sollte, wenn überhaupt, nur auf der Grundlage einer gründlichen Diskussion und Bewertung getroffen werden, und muss auch die Folgen einer solchen Ausweitung für das europäische Fusionskontrollrecht im Gesamten berücksichtigen. Die Studienvereinigung ist der Ansicht, dass der gegenwärtige Rahmen des europäischen Fusionskontrollregimes genügend Raum für die Integration von Nachhaltigkeitsüberlegungen lässt. Durch eine Weiterentwicklung der gegenwärtigen Anwendungspraxis kann die Fusionskontrolle durchaus zu den Nachhaltigkeitszielen des Grünen Deals sowie zur Erreichung der Pariser Klimaziele beitragen.

Die Studienvereinigung regt an, dass die Art und Weise, wie Nachhaltigkeitsaspekte im Rahmen der Fusionskontrolle berücksichtigt werden können, Gegenstand eines Dialogs zwischen der Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden sein sollte. Nur so kann Einheitlichkeit und Rechtssicherheit in der gesamten EU gewährleistet werden. Dies ist insbesondere deshalb notwendig, weil die nationalen Wettbewerbsbehörden regelmäßig im Rahmen ihrer eigenen Fusionskontrollprüfungen sowohl auf Entscheidungen als auch auf „soft law“ der Kommission zurückgreifen, sich davon aber auch mitunter (insbesondere wenn es um Fragen des „public interest“ geht) bewusst abgrenzen. Es wäre daher zu begrüßen, Gründe und Grenzen der Integration von Nachhaltigkeitsaspekten in die Leitlinien zu horizontalen Zusammenschlüssen aufzunehmen und – im Interesse eines „level playing field“ innerhalb des Binnenmarktes – darauf hinzuwirken,

⁴² Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“), ABl. L 24 vom 29.1.2004, S. 1–22.

⁴³ EK, Entscheidung vom 4. Mai 2020, COMP/M.9409 – *Aurubis/Metallo*.

⁴⁴ Vgl. Pressemitteilung der EK vom 4. Mai 2020, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_801 [zuletzt abgerufen am 16.11.2020].

dass Nachhaltigkeitserwägungen bei Fusionskontrollentscheidungen in den Mitgliedstaaten in ähnlicher Weise Beachtung finden wie auf EU-Ebene.

1. Sehen Sie Situationen, in denen Zusammenschlüsse zwischen Unternehmen für die Verbraucher schädlich sein könnten, weil sie ihre Auswahl an umweltfreundlichen Produkten und/oder Technologien einschränken?

Die Studienvereinigung ist der Auffassung, dass abstrakte industriepolitische und ordnungspolitische Erwägungen kein Kriterium bei der Bewertung eines Zusammenschlusses sein sollten. Es ist nicht Zweck der FKVO, politisch unerwünschte Zusammenschlüsse von Unternehmen zu verhindern. Die Fusionskontrolle hat vielmehr das Ziel, wettbewerbsfähige Marktstrukturen aufrecht zu erhalten und insbesondere die Entstehung von Marktmacht zu verhindern.⁴⁵ Sie ist ein Instrument der Marktstrukturkontrolle und nicht des Marktdesigns. Die Verbraucher profitieren reflexartig von einem wirksamen Wettbewerb, da dieser zu niedrigen Preisen, Produktvielfalt, hoher Qualität und Innovation führt.⁴⁶ Dies gilt für nachhaltige und umweltfreundliche Produkte ebenso wie für jede andere Produktkategorie.

Art. 2 Abs. 1 b) FKVO umfasst, neben weiteren Kriterien, ausdrücklich auch die Wahlmöglichkeiten von Lieferanten und Abnehmern als prüfungsrelevantes Kriterium. Erwägungsgrund 23 der FKVO verweist auf Art. 2 (jetzt Art. 3) des EUV, der wiederum eine nachhaltige Entwicklung und ein hohes Maß an Umweltschutz als Ziele der Europäischen Union definiert. Eine Reduzierung der Auswahl an umweltfreundlichen Produkten oder Technologien für die Verbraucher ist damit bereits heute ein Kriterium, das bei der Anwendung von Art. 2 Abs. 1 FKVO berücksichtigt werden kann und auch muss.

Umweltschutzerwägungen werden auch – wenngleich nur vereinzelt – bereits heute in Fusionskontrollprüfungen durch die EK berücksichtigt, immer aber in den Kategorien der fusionskontrollrechtlichen Prüfung. Neben der bereits oben angesprochenen Entscheidung *Aurubis/Metallo* hat die EK in der Entscheidung *DEMB/Mondolez/Charger OPCO*⁴⁷ geprüft, ob es einen gesonderten Markt für nicht-konventionell angebauten Kaffee gibt. Zurecht abgelehnt hat die EK dagegen eine Berücksichtigung rein politischer Zielsetzungen ohne eine Fundierung in Kategorien der fusionskontrollrechtlichen Prüfung. In einer Antwort auf eine entsprechende Eingabe im Verfahren *Bayer/Monsanto*⁴⁸ wies EU-Wettbewerbskommissarin Margarethe Vestager darauf hin, dass Umweltschutzerwägungen insoweit Eingang in die Fusionskontrolle finden, als sie die Verbraucher „durch einen Rückgang an Wettbewerb“ schädigen; andere Erwägungen unterliegen anderen gesetzlichen Regelungen.⁴⁹

Dieser Bewertung stimmt die Studienvereinigung zu. Wirtschaftliche Steuerung ist eine Aufgabe der Regulierung, nicht der Fusionskontrolle als Marktstrukturkontrolle. Der gegenwärtige Rechtsrahmen erlaubt es der Kommission nicht, politisch motivierte, diskre-

⁴⁵ Vgl. Art. 2 Abs. 2 und 3 FKVO.

⁴⁶ Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse, Rn. 8.

⁴⁷ EK, Entscheidung vom 5. Mai 2015, M.7292 – *DEMB/Mondolez/Charger OPCO*.

⁴⁸ EK, Entscheidung vom 21. März 2018, M.8084 – *Bayer/Monsanto*.

⁴⁹ Siehe: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/additional_data/m8084_4719_6.pdf.

tionäre Entscheidungen über die Vereinbarkeit von Zusammenschlüssen mit dem Gemeinsamen Markt zu treffen, die über die Anwendungskriterien des SIEC-Tests hinausgehen.

2. Sind Sie der Ansicht, dass die Fusionskontrolle besser zum Umweltschutz und den Nachhaltigkeitszielen des Grünen Deals beitragen könnte? Wenn ja, erläutern Sie bitte wie.

2.1 Sachlich relevanter Markt

Die Entscheidungspraxis der Kommission zeigt, dass die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten bei der Definition des sachlich relevanten Marktes möglich ist und erforderlich sein kann.⁵⁰ Nachhaltigkeit und Umweltfreundlichkeit können als Produktmerkmale angesehen werden, die mit einer höheren Produktqualität verbunden sind und damit in den Augen der Verbraucher ein Differenzierungsmerkmal darstellen. Einen ähnlichen Ansatz wählte die portugiesische Wettbewerbsbehörde *Autoridade da Concorrência* bei der Bewertung eines Zusammenschlusses, bei der sie zu dem Schluss kam, dass konventionelles und langsam gezüchtetes Hühnerfleisch nicht gegenseitig austauschbar und daher getrennten sachlich relevanten Märkten zuzuordnen ist.⁵¹

Aufgrund der immer stärkeren Zunahme nachhaltig hergestellter Produkte, wird sich voraussichtlich in Zukunft öfters die Frage stellen, ob solche nachhaltigen Produkte einen eigenständigen Markt darstellen. Aus Sicht der Studienvereinigung besteht ein Risiko, dass eine zu enge Marktdefinition eigentlich pro-kompetitive Zusammenschlüsse erschweren kann. Oftmals werden die nachhaltig produzierenden Unternehmen erst durch einen Zusammenschluss in die Lage versetzt, mit konventionellen Produkten zu konkurrieren. Insoweit werden dadurch nachhaltige Alternativen auf dem übergeordneten Produktmarkt geschaffen. So ist ein regulatives Ziel des Grünen Deal, dass nachhaltige Produkte langfristig konventionelle Produkte ersetzen. Dementsprechend muss ein Wettbewerb zwischen beiden stattfinden. Daher könnte eine zu enge Marktabgrenzung verhindern, dass "grüne" Wettbewerber legitimerweise Größenvorteile und Synergien schaffen, die häufig wichtig sind, um nachhaltige Produkte wettbewerbsfähiger zu machen, insbesondere im Hinblick auf die Preise. Gerade der Eintritt in den Massenmarkt, der bislang immer noch von konventionellen Produkten dominiert wird, erfordert oftmals eine bestimmte Größe, die in vielen Fällen nur durch Zusammenschlüsse erreicht werden kann.

2.2. Räumlich relevanter Markt

Nachhaltigkeitsaspekte können auch bei der Definition des geographischen Marktes eine Rolle spielen. In den letzten Jahren ist ein zunehmendes Bewusstsein für Umweltprobleme und Veränderungen bei den Nachfragegewohnheiten der Verbraucher zu beobachten. Die Verbraucher könnten daher bewusstere Entscheidungen treffen und z.B. ihren Beschaffungsradius eingrenzen, um umweltschädliche Transporte zu verhindern

⁵⁰ Aufruf zur Stellungnahme, S. 5; EK, M.9076 – *Novelis/Aleris*; EK, Entscheidung vom 5. Mai 2015, M.7292-*DEMB/Mondolez/Charger OPCO*, Rn. 55-59.

⁵¹ Entscheidung der Autoridade da Concorrência vom 21. Dezember 2017, Ccent/2017/45 – *Aviagen/Hubbard*.

oder erweitern, um dadurch Zugang zu umweltfreundlichen Produkten zu erlangen. Infolgedessen ist es möglich, dass geografische Märkte zukünftig anders definiert werden müssen. Hier besteht allerdings die Gefahr, dass zu eng definierte Märkte zu einem Indiz für Marktmacht lokaler „Bio-Produzenten“ hochstilisiert werden, obwohl diese Produzenten noch darum kämpfen, ihre nachhaltigen Erzeugnisse gegenüber konventioneller Ware im Bewusstsein der Verbraucher zu verankern.

2.3 Berücksichtigung schädlicher Auswirkungen auf Umweltschutz/Nachhaltigkeitsziele

Wie bereits oben ausgeführt, sollten rein politische Nachhaltigkeitserwägungen, die sich nicht über Kategorien des Wettbewerbsrechts bewerten lassen, keinen Eingang in die Fusionskontrolle finden. Eine solche Prüfung trüge ein großes Risiko in sich, diskretionär auszufallen. Dagegen können und sollten negative Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf Nachhaltigkeitsziele selbstverständlich immer dann Relevanz haben, wenn sie sich in wettbewerblichen Kategorien wie Auswahl für die Verbraucher, Innovation, etc. wiederfinden. In diesem Zusammenhang weist die Studienvereinigung auf die Befassung der EK mit Innovationswettbewerb insbesondere in den Zusammenschlüssen *Dow/DuPont* und *Bayer/Monsanto* hin, die bei der Bewertung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf die Nachhaltigkeitsziele des Grünen Deals eine wichtige Rolle spielen könnte.

2.4 Zusammenschlüsse zwischen etablierten Wettbewerbern

In den beiden jüngsten Entscheidungen *Dow/DuPont* und *Bayer/Monsanto* bediente sich die Kommission einer Schadenstheorie, die sich auf die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb und die Innovation konzentriert. Sie stellte fest, dass ein Zusammenschluss zwischen konkurrierenden Innovationstreibern den Wettbewerb in der Branche verringert und wahrscheinlich zu einer Verringerung des Innovationsanreizes der fusionierenden Parteien führen wird.⁵² Die Kommission versteht Innovation als eine „Input-Aktivität“ („input activity“), sodass ein Zusammenschluss negative Auswirkungen auf den Innovationswettbewerb über Märkte und Produkte hinweg in der gesamten Branche haben kann.⁵³ Während diese Schadenstheorie in der Entscheidung *Dow/DuPont* auf den Marktmerkmalen der Pflanzenschutzindustrie beruhte,⁵⁴ lässt sich der Denkansatz verallgemeinern, dass der Zusammenschluss zu einer Verringerung der Innovation im sich überschneidenden Innovationsraum („innovation space“) der fusionierenden Parteien führt und letztlich den Innovationsanreiz generell verringert.⁵⁵ Indem die Kommission den Innovationsoutput der Parteien misst und sich dabei auf Faktoren wie Patente und Innovationstätigkeit in der Vergangenheit bezieht, kann sie die wichtigsten Innovationstreiber unter den Marktteilnehmern identifizieren.⁵⁶

Diese Prinzipien sind auf Nachhaltigkeitserwägungen übertragbar. Der Übergang zu mehr Nachhaltigkeit ist ein inhärent dynamischer Prozess, der durch die Bewertung der

⁵² EK, Entscheidung vom 27. März 2017, COMP/M.7932, *Dow/DuPont*, Rn. 2002; EK, Entscheidung vom 21. März 2018, COMP/M.8084 – *Bayer/Monsanto*, Rn. 75.

⁵³ EK, Entscheidung vom 27. März 2017, COMP/M.7932, *Dow/DuPont*, Rn. 348.

⁵⁴ Ebenda Rn. 2000.

⁵⁵ Ebenda Rn. 3056.

⁵⁶ Ebenda Rn. 379.

dynamischen Auswirkungen eines Zusammenschlusses und nicht nur durch statische Effekte erklärt werden kann. Wenn ein Zusammenschluss die Anreize für die fusionierenden Parteien und ihre verbleibenden Wettbewerber verringert, innovative nachhaltigere Produkte zu entwickeln, werden den Verbrauchern diese Produkte und Technologien vorenthalten. Darüber hinaus wird die Entwicklung der gesamten Branche hin zu mehr Nachhaltigkeit behindert. Die in *Dow/DuPont* entwickelte und in *Bayer/Monsanto* bestätigte Schadenstheorie erscheint daher ein geeigneter Weg, um Nachhaltigkeitserwägungen in die materiell-rechtliche Fusionskontrollpraxis zu integrieren, und ihre Weiterentwicklung ist wünschenswert. Diese Weiterentwicklung sollte jedoch auch dem Aspekt Rechnung tragen, dass eine Bündelung von Aktivitäten im Innovationsraum auch wettbewerbsfördernde Effekte generieren kann, etwa wenn ein Zusammenschluss zu einer Beschleunigung und Fokussierung der Entwicklung grüner Technologien führt, insbesondere solcher, die mit hohen Entwicklungskosten verbunden sind.

2.5 Zusammenschlüsse unter Beteiligung besonders dynamischer Unternehmen

Eine Beeinträchtigung des Innovationswettbewerbs droht auch dann, wenn ein etabliertes Unternehmen ein im Bereich nachhaltiger Produkte oder Dienstleistungen aufstrebendes oder besonders innovatives Unternehmen übernehmen möchte, das in Zukunft Wettbewerbsdruck auf das etablierte Unternehmen ausüben könnte.⁵⁷ Solche Zusammenschlüsse können negative Auswirkungen auf die Innovationstätigkeit der Unternehmen haben. Angesichts der Schlüsselrolle der Innovation kann sich der Verlust an potenziellem Wettbewerb durch einen „grünen Wettbewerber“ als nachteilig für die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen erweisen und den Verbrauchern wiederum nachhaltigere, bessere Produkte vorenthalten.

Art. 2 Abs. 1 lit. a) FKVO trägt diesen Situationen Rechnung und verpflichtet die Kommission, unter anderem „die Notwendigkeit, im Gemeinsamen Markt wirksamen Wettbewerb aufrechtzuerhalten und zu entwickeln“ im Hinblick auf den „tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerb“ zu berücksichtigen.⁵⁸ Negative Auswirkungen auf den Innovationswettbewerb können (und müssen) somit auch im Bereich nachhaltiger Produkte oder Dienstleistungen bereits im derzeitigen Regelungsrahmen berücksichtigt werden. Eine Fortentwicklung der Bewertungspraxis wird gleichwohl sinnvoll sein, wenn es verstärkt zu Zusammenschlüssen im Nachhaltigkeitsbereich kommen sollte. Insbesondere die von der EK in den Entscheidungen *Dow/DuPont* und *Bayer/Monsanto* entwickelte Systematik zur Bewertung von Innovationswettbewerb kann hier einen sinnvollen Anhaltspunkt bieten.

2.6 Ausgestaltung von Auflagen und Bedingungen

Schließlich könnten Nachhaltigkeitsaspekte bei der Wahl und Gestaltung von Abhilfemaßnahmen der Zusammenschlussparteien eine Rolle spielen, wenn ein Zusammenschluss unter Auflagen genehmigt wird. Im Prinzip kann die Kommission sowohl strukturelle als auch verhaltensbezogene Abhilfemaßnahmen verlangen, wobei sie strukturelle Abhilfemaßnahmen grundsätzlich bevorzugt. Nachhaltigkeitsaspekte bieten jedoch Möglichkeiten für „kreative“ verhaltensbezogene Abhilfemaßnahmen, die das künftige

⁵⁷ Vgl. Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse, Rn. 37 f.

⁵⁸ Vgl. Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse, Rn. 60.

Verhalten des fusionierten Unternehmens regeln. Eine solche Verhaltensauflage könnte zum Beispiel so aussehen, dass sich die Unternehmen verpflichten, eine bestimmte Summe in F&E-Anstrengungen im Zusammenhang mit nachhaltigen und umweltfreundlichen Technologien zu investieren.

Die Studienvereinigung weist jedoch darauf hin, dass Nachhaltigkeitsaspekte nicht unbedingt geeignet sind, Wettbewerbsbedenken auszuräumen, und dass die Forderung nach verhaltensbezogenen Abhilfemaßnahmen dieser Art nicht zu einem Instrument der industriepolitischen Steuerung durch die EK werden dürfen. Gleichwohl können solche verhaltensbezogenen Auflagen unter Umständen geeignet sein, Bedenken etwa im Hinblick auf den Innovationswettbewerb zu begegnen. Von den Zusammenschlussparteien vorgeschlagene Abhilfemaßnahmen dieser Art sollten von der Kommission offen geprüft werden.

2.7 Nachhaltigkeit als berücksichtigungsfähige Effizienzen

Zusammenschlüsse führen häufig zu Effizienzgewinnen, die den negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb entgegenwirken können, so dass der Zusammenschluss den wirksamen Wettbewerb nicht erheblich behindert.⁵⁹ Solche Effizienzgewinne müssen kumulativ den Verbrauchern zugutekommen, fusionsspezifisch und nachprüfbar sein.⁶⁰ Art. 21 Abs. 4 FKVO lässt sehr wenig Raum für die Geltendmachung eines „öffentlichen Interesses“ bei der Beurteilung eines Zusammenschlusses. Die Studienvereinigung ist jedoch Auffassung, dass Nachhaltigkeitsaspekte häufig als relevante wirtschaftliche Effizienzgewinne unter den bestehenden analytischen Rahmen fallen und keine „öffentlichen Interessen“ im Sinne von Art. 21 Abs. 4 FKVO darstellen.

2.8 Vorteil für die Verbraucher

Die Studienvereinigung vertritt den Standpunkt, dass Nachhaltigkeitsvorteile grundsätzlich Vorteile für die Verbraucher darstellen.⁶¹ Tatsächlich definiert die FKVO die relevanten „Effizienzvorteile“ nicht. Art. 2 Abs. 1 lit. b) FKVO fordert die Kommission auf, unter anderem die „Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts“ bei der inhaltlichen Bewertung zu berücksichtigen. Über die Erwähnung in Erwägungsgrund 23 der FKVO sind dabei auch Umweltschutz- und Nachhaltigkeitserwägungen als grundlegende Ziele der EU zu berücksichtigen (siehe dazu bereits oben).

Ein Zusammenschluss kann zu der im Grünen Deal vorgesehenen nachhaltigen Entwicklung beitragen. Beispielsweise können Zusammenschlüsse die Entwicklung nachhaltiger Technologien beschleunigen oder gerade erst ermöglichen. Auch kann ein Zusammenschluss zu erheblichen Synergien führen, die es der fusionierten Einheit ermöglichen, negative externe Effekte im Produktionsprozess zu reduzieren. Erzielbare Vorteile können in vielfältiger Form auftreten, zum durch Einsparungen bei CO₂-Emissionen, einer

⁵⁹ Vgl. Erwägungsgrund 29 der FKVO.

⁶⁰ Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse, Rn. 76-88, Leitlinien für nichthorizontale Zusammenschlüsse, Rn. 53; EK, Entscheidung vom 27. Juni 2007, COMP/M.4439 – *Ryanair/Aer Lingus*, Rn. 1127; EuG, Entscheidung vom 6. Juli 2010, T-342/07 – *Ryanair/Kommission*, Rn. 387.

⁶¹ Vgl. ebenso *Kingston*, *The Role of Environmental Protection in EC Competition Law and Policy*, S. 222 bezüglich Umweltschutzfaktoren.

Verringerung der Verschmutzung der Luft, des Wassers und des Bodens, einem Rückgang an Medikamenteneinsatz in der Viehzucht, etc.

Häufig treten externe Effekte, und damit auch deren Reduzierung durch ein nachhaltigeres Wirtschaften, auf anderen Märkten als den vom Zusammenschluss direkt betroffenen Märkten auf. Es stellt sich dann die Frage, ob solche Effizienzen berücksichtigungsfähig sind. In den Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse⁶² („**Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse**“) heißt es, dass die Effizienzvorteile „den Verbrauchern in den relevanten Märkten zugutekommen [sollten], in denen ansonsten Wettbewerbsbedenken entstehen würden.“⁶³ In der englischen Fassung der Leitlinien ist dies etwas offener formuliert („*should, in principle,...*“).

Eine Einschränkung der Berücksichtigungsfähigkeit von Effizienzen auf den Markt, auf dem wettbewerbsschädliche Auswirkungen zu befürchten sind, ist weder nach dem gesetzlichen Rahmen des Art. 2 Abs. 1 FKVO noch nach der Entscheidungspraxis der EK zwingend oder gar angezeigt. Gerade, wenn erzielte Effizienzen zur Erreichung von Nachhaltigkeitszielen beitragen, sollte es möglich sein, diese auch dann zu berücksichtigen, wenn sie außerhalb des relevanten Marktes auftreten.⁶⁴ Ein weiter gefasstes Verständnis ist auch nach Art. 2 Abs. 1 FKVO gerechtfertigt, der sich auf „die Struktur aller betroffenen Märkte“ sowie auf den „technischen und wirtschaftlichen Fortschritt“ ohne Beschränkung auf den relevanten Markt bezieht. Schließlich werden Effizienzgewinne gerade deshalb als ausgleichender Faktor akzeptiert, weil sie zur „Anhebung des Lebensstandards in der Gemeinschaft“ führen.⁶⁵

Wenn ein Zusammenschluss das fusionierte Unternehmen in die Lage versetzt, Innovationen im Bereich der Nachhaltigkeit vorzunehmen, können die Verbraucher auch die Vorteile „neuer oder verbesserter Waren oder Dienstleistungen“ in Anspruch nehmen.⁶⁶ Darüber hinaus können durch Zusammenschlüsse Größen- und Verbundvorteile entstehen, die es dem fusionierten Unternehmen ermöglichen, nachhaltige Produkte zu wettbewerbsfähigeren Bedingungen, z.B. zu günstigeren Preisen, anzubieten. Dies scheint besonders wichtig zu sein, da nachhaltige Produkte (derzeit) tendenziell teurer sind als konventionelle Produkte. Zusammenschlüsse können daher die Wettbewerbsfähigkeit nachhaltiger Produkte verbessern und damit dazu beitragen, „konventionelle“ Produkte langfristig durch reguläre Marktmechanismen zu ersetzen, nicht zuletzt, indem Anreize für die Anbieter konventioneller Produkte geschaffen werden, auch ihrerseits in nachhaltige Technologien zu investieren.

⁶² Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen; ABl. C 31 vom 5.2.2004, S. 5–18.

⁶³ Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse, Rn. 79.

⁶⁴ In diese Richtung auch Pierre Régibeau (DG Competition Chief Economist), der im Rahmen einer Konferenz betonte, dass die Berücksichtigung von marktfremden Effizienzvorteilen Sinn ergibt (“would make a lot of sense”), Konferenz “Sustainable development and competition law: Towards a Green Growth regulatory oasis”, veranstaltet von der Hellenic Competition Commission, am 28. September 2020.

⁶⁵ Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse, Rn. 76, Erwägungsgrund 4 der FKVO.

⁶⁶ Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse, Rn. 81.

Die Studienvereinigung geht davon aus, dass die fusionierte Einheit häufig auch den Anreiz haben wird, die Effizienzgewinne an die Verbraucher weiterzugeben.⁶⁷ Dies gilt insbesondere dann, wenn der Zusammenschluss dazu beiträgt, die Produktionskosten eines nachhaltigen Produkts zu senken, da das Unternehmen jeden Anreiz haben wird, auch den Preis des Produkts zu senken, um mit den regelmäßig billigeren konventionellen Produkten zu konkurrieren.

2.9 Fusionspezifität

Effizienzvorteile werden im Rahmen der wettbewerblichen Würdigung nur dann berücksichtigt, wenn sie eine unmittelbare Folge des angemeldeten Zusammenschlusses sind.⁶⁸ Dies erfordert im Wesentlichen eine Notwendigkeitsprüfung, die für alle Arten von Zusammenschlüssen einheitlich anzuwenden ist. Sie stellt eine wichtige Einschränkung bei der Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten dar und verhindert ein „greenwashing“ von Fusionen, bei denen weniger wettbewerbswidrige Alternativen zur Verfügung stehen.

2.10 Nachprüfbarkeit

Die Kommission verlangt, dass die Effizienzgewinne nachprüfbar sind, damit beurteilt werden kann, ob sie „sich einstellen werden“ und „so erheblich [sind], dass sie einer möglichen Benachteiligung der Verbraucher durch den Zusammenschluss entgegenwirken.“⁶⁹ „Nach Möglichkeit“, sollten die Effizienzvorteile daher „mit Zahlenangaben untermauert“, also quantifiziert werden.⁷⁰ Die Studienvereinigung sieht in der Quantifizierung der Effizienzgewinne eine große Herausforderung bei der Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten.

Die wettbewerbliche Würdigung beruht auf ökonomischen Erkenntnissen und bedient sich, wenn möglich, ökonomischer Instrumente, um die Auswirkungen eines Zusammenschlusses zu bewerten. Dies gilt für negative Auswirkungen und muss im Interesse der Rechtssicherheit und der objektiven Anwendung des Kartellrechts auch für positive Auswirkungen gelten. Gleichzeitig stellt die Quantifizierung sicher, dass wirtschaftliche und nicht politische Erwägungen die Grundlage für die Würdigung von Zusammenschlüssen bilden.

Die Studienvereinigung hält daher das Erfordernis der Nachprüfbarkeit und, wo möglich, Quantifizierbarkeit für notwendig. In Bezug auf die Bewertung von Nachhaltigkeitsaspekten sollte die EK aber offen sein für neue ökonomische Theorien, Instrumente und Methoden, um die Auswirkungen eines Zusammenschlusses gründlich zu bewerten. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Zusammenschluss zu einer Verringerung der externen Kosten führt. Wenn solche Nachhaltigkeitsgewinne mit einem breiteren Spektrum ökonomischer Instrumente quantifiziert werden können, besteht keine Notwendigkeit, den gegenwärtigen analytischen Rahmen anzupassen. Da es das Wesen der

⁶⁷ Zu diesem Aspekt: Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse, Rn. 84.

⁶⁸ Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse, Rn. 85.

⁶⁹ Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse, Rn. 86.

⁷⁰ Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse, Rn. 86.

Nachhaltigkeitsvorteile ausmacht, dass sie mittel- und langfristig auftreten, regt die Studienvereinigung an, den Zeitrahmen, innerhalb dessen die Effizienzvorteile zum Tragen kommen müssen, mit einem nachsichtigeren Maßstab anzusetzen.⁷¹

Die Leitlinien zu horizontalen Zusammenschlüssen bieten einen gewissen Spielraum, wenn eine Quantifizierung nicht möglich ist, weil keine Daten verfügbar sind. Die Studienvereinigung regt an, dass Nachhaltigkeitsvorteile, die naturgemäß schwer zu quantifizieren sind, auch durch die Erstellung interner Dokumente, Aussagen des Managements, historischer Beispiele usw. verifiziert werden könnten.⁷² Dies würde einen gewissen Druck von den Parteien nehmen, die möglicherweise nicht über das Fachwissen verfügen, wirtschaftliche Analysen und Modelle vorzulegen, die für eine komplexe Quantifizierung erforderlich sind. Dies ist wichtig, weil die Beweislast für den Nachweis von Effizienzgewinnen bei den Zusammenschlussparteien liegt.⁷³

2.11 Bewertung von Gemeinschaftsunternehmen

Eine wichtige Frage bei Projekten, die zum Umweltschutz beitragen können, ist, ob Unternehmen nur kurzfristig kooperieren oder sich für eine dauerhafte Zusammenarbeit in Form eines Gemeinschaftsunternehmens entscheiden. Insbesondere in dynamischen Bereichen wie den durch den Grünen Deal hervorgehobenen Sektoren spielen Gemeinschaftsunternehmen eine wichtige Rolle. Sie ermöglichen es Unternehmen, ihre Kräfte in bestimmten Bereichen zu bündeln und gleichzeitig ihre wirtschaftliche Freiheit in anderen Bereichen zu wahren. Dies ist in der Regel ein wesentlicher Aspekt für Innovation.

Die Studienvereinigung regt an, eine Sonderregelung für Gemeinschaftsunternehmen im Umweltsektor oder solche, die einen Beitrag zum Umweltschutz leisten, zu schaffen. Solchen Gemeinschaftsunternehmen könnte im Rahmen der Würdigung nach der FKVO bzw. nach Art. 101 AEUV eine Vorzugsbehandlung gewährt werden. Eine solche Sonderregelung könnte in den Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse oder in den Gruppenfreistellungsverordnungen bzw. in den Leitlinien zur horizontalen Zusammenarbeit vorgesehen werden, wenn jeweils bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Auch in diesem Fall müssen Methoden und Instrumente zur Bemessung der Vorteile für die Umwelt oder sonstige Nachhaltigkeitserwägungen entwickelt werden.⁷⁴

Wenn ein bestimmtes Niveau an Umweltschutz erreicht wird, könnte ein Gemeinschaftsunternehmen von einer beschleunigten Freigabe oder der Freistellungsregelung profitieren. Dies würde die Motivation für die beteiligten Unternehmen erhöhen, wenn sie als Zeichen der Förderung des Umweltschutzes in der EU auch für die anderen mit dem Gemeinschaftsunternehmen verbundenen Aspekte eine schnelle Freigabe erhalten könnten, die andernfalls nicht oder nur mit strengen Abhilfemaßnahmen möglich gewesen wäre bzw. viel mehr Zeit in Anspruch genommen hätte. Änderungen in der Definition des Zusammenschlusstatbestandes für Gemeinschaftsunternehmen in Art. 3 Abs. 5 FKVO sollen damit ausdrücklich nicht verbunden sein.

⁷¹ Zu diesem Aspekt vgl. Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse, Rn. 86.

⁷² Vgl. zu einem solchen Vorgehen Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse, Rn. 88.

⁷³ Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse, Rn. 87.

⁷⁴ Siehe auch oben Frage 2, Punkt 3. b.).

2.12 Vorschläge für konkrete Maßnahmen zur Umsetzung einer verstärkten Berücksichtigung von Nachhaltigkeitserwägungen

Eine Ergänzung der FKVO selbst um Nachhaltigkeitsaspekte ist eine politische Entscheidung. Diese sollte, wenn überhaupt, nur auf der Grundlage einer gründlichen Diskussion und Bewertung getroffen werden, und muss auch die Folgen einer solchen Ausweitung für das europäische Fusionskontrollrecht im Gesamten berücksichtigen. Die Studienvereinigung ist der Ansicht, dass, wie in dieser Stellungnahme dargestellt, der gegenwärtige Rahmen des europäischen Fusionskontrollregimes genügend Raum für die Integration von Nachhaltigkeitsüberlegungen lässt.

Die Studienvereinigung regt aber an, die Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse um Umweltschutz- und sonstige Nachhaltigkeitserwägungen zu ergänzen. Insbesondere die Berücksichtigungsfähigkeit von Effizienzen in diesem Bereich sollte gesondert dargestellt werden.

Innerhalb der EK wäre die Einrichtung einer spezialisierten Einheit für das Thema Nachhaltigkeit/Umweltschutz wünschenswert, um die EK bei der möglichen Konzeption und Umsetzung zukünftig angedachter Maßnahmen zu beraten. Diese könnte eine Zuständigkeit für Verstöße gegen Art. 101 und 102 AEUV bzw. Zusammenschlüsse mit einer Berührung zu Nachhaltigkeit/Umweltschutz haben und auch generell der EK dabei helfen, die Zusammenhänge zwischen Kartellrecht und dem Grünen Deal besser zu erfassen. Zudem könnte diese im Rahmen ihres Tätigkeitsschwerpunkts mit anderen Wettbewerbsbehörden in Europa und weltweit zusammenarbeiten.⁷⁵

* * *

An dieser Stellungnahme haben folgende Mitglieder der Studienvereinigung mitgewirkt:

Raoul Hoffer (Koordinator)

Johann Brück, Daniela Drixler, Benedikt Michael Ecker, Sebastian Hack, Johannes Hertfelder, Alexander Hiersche, Miriam Imarhiagbe, Christian Mayer, Anna Reumann, Hanno Wollmann

Die Zusammenarbeit wurde von Axel Reidlinger (Mitglied des Vorstands der Studienvereinigung) koordiniert.

⁷⁵ Siehe auch oben Frage 2, Punkt 3. b.).