

„Grüne Kartelle“

– Nachhaltigkeitsvereinbarungen im EU-Kartellrecht

Sarah Legner

A. Einleitung

Als Spross des Neoliberalismus zielt das europäische Kartellrecht in erster Linie auf den Schutz des Wettbewerbs als Institution. Damit untrennbar verbunden ist die unternehmerische Handlungsfreiheit, die – wie einst *Fikentscher* den Wettbewerb umschrieb – „*rivalisierendes Streben zwischen Konkurrenten um Geschäftsbindungen mit Dritten*“¹ erst ermöglicht. Während Wettbewerbstheorien des frühen 20. Jahrhunderts den vollständigen Wettbewerb als das anzustrebende – wenn auch unerreichbare – Ideal betrachteten, erlangten spätestens in den 1960er Jahren Konzepte des funktionsfähigen Wettbewerbs auch in Europa Beachtung.² Es ist vor allem der Verdienst des Ökonomen *Kantzenbach*, dass für die Schutzwürdigkeit des Wettbewerbs fortan auch die zahlreichen Funktionen, die er in der Lage ist zu erfüllen, ins Feld geführt wurden.³ Die Theorie betont, dass Wettbewerb unter anderem zu leistungsgerechter Einkommensverteilung, Konsumentensoeveränität und technischem Fortschritt beitrage.⁴ Bereits diese frühen wettbewerbstheoretischen Erkenntnisse verdeutlichen, dass Wettbewerb und Gemeinwohl dem Grunde nach nicht in Konflikt miteinander stehen.⁵

1 *W. Fikentscher*, in: Kooperation und Gemeinschaftsunternehmen im Lichte des Art. 85 und 86 EWGV, in: Katholieke Universiteit Leuven Faculteit der Rechtsgeleerheid (Hrsg.), *Europees Kartelrecht*, Antwerpen/Utrecht 1969, S. 177 (181).

2 *E. Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 7. Aufl., Stuttgart 2004, S. 246.

3 *E. Kantzenbach*, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. Aufl., Göttingen 1967.

4 *E. Kantzenbach*, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs (Fn. 3), S. 16 f.

5 Bundeskartellamt, Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften – Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis, Arbeitskreis Kartellrecht, 2020, S. 6; *A. Kersten*, Die Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe, VVDStRL (69) 2010, 288 (291 ff.); *J. Kühling*, Wettbewerb contra Gemeinwohl?, in: J. Mohr (Hrsg.), *Energierrecht im Wandel*, Kolloquium zu Ehren des 75. Geburtstags von Franz Jürgen Säcker, Baden-Baden 2018, S. 93 (97).

Dies gilt auch für Nachhaltigkeit als das aktuell wohl am meisten diskutierte Gemeinwohlbelang.⁶ Angesichts des Klimawandels hat sich die Europäische Union mit dem im Jahr 2019 präsentierten *European Green Deal* das Ziel gesetzt, bis zum Jahr 2050 eine CO₂-neutrale Volkswirtschaft zu werden.⁷ In Anbetracht der Folgen der drohenden Erderwärmung sollen nicht zuletzt erneuerbare Energien verstärkt zum Einsatz kommen, Mobilität umweltfreundlicher gestaltet und nach neuen Technologien zur Emissionsreduktion geforscht werden. Das europäische Kartellrecht im Allgemeinen und das Kartellverbot aus Art. 101 AEUV im Besonderen stehen der Förderung von Nachhaltigkeit im Grundsatz nicht entgegen. Auf der einen Seite bestehen keine Bedenken, wenn Unternehmenskooperationen infolge Kartellverstößes bebußt werden, die nur scheinbar Umweltbelange verfolgen, tatsächlich aber *green washing* betreiben, also lediglich aus Marketinggründen Nachhaltigkeit betonen. Auf der anderen Seite beschränkt nicht jedwede unternehmerische Zusammenarbeit zu Zwecken der Nachhaltigkeit den Wettbewerb. Beispielsweise hatten die japanische und die koreanische Vereinigung von Automobilherstellern (jeweils) Vereinbarungen zur Emissionsreduktion getroffen. Da die Absprachen keinerlei Verpflichtung enthielten, dieses Ziel mit spezifischen Methoden zu erreichen, bewertete die Kommission sie als wettbewerbsrechtlich unbedenklich.⁸

Als „grüne Kartelle“ sollen im Folgenden daher solche Unternehmenskooperationen betrachtet werden, die Konflikte zwischen Wettbewerbsschutz und Nachhaltigkeit bergen. Dabei wird der Fokus auf dem Umweltschutz liegen. Es gilt zu analysieren, wann es zu Spannungen zwischen Wettbewerb und Nachhaltigkeit kommt und wie solche Konflikte überzeugend aufgelöst werden können. Dem soll aus der Perspektive des geltenden Rechts nachgegangen werden. Klargestellt sei, dass in erster Linie der Gesetzgeber dazu berufen ist, Konflikte zwischen Wettbewerb und Nachhaltigkeit durch die Verabschiedung entsprechender Gesetze zu lösen.⁹ Dennoch können private Kooperationen staatliche Regulierung ergänzen.¹⁰

6 M. Kloepper, Kartellrechtsfragen zum Umweltschutz, JZ 1980, 781 (781).

7 https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_de (zuletzt abgerufen am 25.10.2023).

8 Kommission, XXIX. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1999, S.180: JAMA and KAMA JAMA (Sache Nr. IV/F2/37.634) und KAMA (Sache Nr. IV/F2/37.611).

9 A. Heinemann, Nachhaltigkeitsvereinbarungen, sic! 2021, 213 (216). Dazu auch unten D. III. c).

10 R. Inderst/E. Sartzetakis/A. Xepapadeas, Technical Report on Sustainability and Competition, 2021, S. 43, abrufbar unter: <https://www.acm.nl/sites/default/files/>

Selbstregulierende Maßnahmen können ggfs. schneller implementiert werden. Zudem können private Akteure überlegenes Know-how einbringen. Hinzu kommt, dass international agierende Unternehmen durch übergreifende Maßnahmen zu einer gewissen Einheitlichkeit des Schutzstandards beitragen können.

Nachfolgend werden zunächst zentrale Ursachen für Konflikte zwischen Wettbewerbs- und Umweltschutz betrachtet (dazu B.). Sodann wird erläutert, weshalb Nachhaltigkeitsbelange dem Grunde nach bei Anwendung des europäischen Kartellverbots berücksichtigt werden müssen (dazu C.). Der Fokus wird schließlich auf der Frage liegen, wie Nachhaltigkeitserwägungen in die Freistellungsvoraussetzungen des Kartellverbots integriert werden können (dazu D.)

B. Konflikte zwischen Nachhaltigkeit und Wettbewerb

Konflikte zwischen Nachhaltigkeit und Wettbewerb können auf negativen externen Effekten beruhen.¹¹ In diesen Fällen haben unternehmerische Entscheidungen Auswirkungen auf unbeteiligte Dritte, die sich nicht im Marktpreis niederschlagen.¹² Als Beispiel diene ein Unternehmen, das bei seiner Stahlproduktion schädliche Emissionen ausstößt und zur Luftverschmutzung beiträgt. Dies mag den in der Nähe der Produktionsstätte lebenden Menschen schaden. Sind diese indes nicht zugleich Käufer der Stahlerzeugnisse, so besteht keine Vertragsbeziehung zwischen den Geschädigten und dem Verursacher.¹³ Wettbewerb wird in solchen Fällen nicht dazu führen, dass das Unternehmen Gemeinwohlbelange berücksichtigt.¹⁴ Vielmehr würde ein emissionsärmeres Produktionsverfahren, sofern es mit höheren Ausgaben verbunden ist, zu wettbewerbslichen Nachteilen führen.

documents/technical-report-sustainability-and-competition_0.pdf (zuletzt abgerufen am 25.10.2023).

11 Bundeskartellamt, Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften (Fn. 5), S. 9; M. Schmidt-Preuß, Rechtliche Rahmenbedingungen selbstregulativer Gemeinwohlverwirklichung, in: P. Kirchhof (Hrsg.), Gemeinwohl und Wettbewerb, Heidelberg 2005, S. 19 (24).

12 Heinemann, Nachhaltigkeitsvereinbarungen (Fn. 9), 215.

13 Bundeskartellamt, Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften (Fn. 5), S. 10.

14 Kloepper, Kartellrechtsfragen zum Umweltschutz (Fn. 6), 781.

Das auf die Umwelt bedachte Unternehmen würde an Gewinnen einbüßen.¹⁵

Dies gilt umso mehr, als eine umweltfreundliche Produktion nicht zwingend qualitativ höherwertige Erzeugnisse hervorbringt.¹⁶ Wissen die Käufer daher nicht um die positiven Umweltauswirkungen des Herstellungsprozesses oder wertschätzen sie Umweltschutz nicht, werden sie nicht bereit sein, einen höheren Preis für klimafreundlich produzierte Erzeugnisse zu bezahlen.¹⁷ Dies verdeutlicht, dass Unternehmen, die selbständig – also ohne Absprachen mit Wettbewerbern – Investitionen zum Schutz der Umwelt vornehmen, einen sog. First-Mover-Nachteil erleiden können.¹⁸ Ähnlich nachteilige Folgen können umweltschützende Investitionen haben, wenn im Anschluss daran die Verbraucherwertschätzung für Umweltbelange erheblich wächst.¹⁹ Wettbewerber, die erst zu einem späteren Zeitpunkt ihre Produktion umstellen, können in diesem Fall unmittelbar ihre Preise anheben, da Verbraucher nunmehr bereit sind, für klimaneutral produzierte Produkte mehr zu bezahlen.²⁰

Angesichts dessen haben Unternehmen in der Vergangenheit Absprachen getroffen, um gemeinsam umweltschützende Maßnahmen zu entwickeln. Eine solche Vereinbarung waren im Jahr 2019 beispielsweise fünf Automobilhersteller eingegangen. Ihr Ziel war es, eine Abgasreinigungstechnologie zur Reduktion schädlicher Emissionen zu entwickeln und einzusetzen. Die Kommission bewertete die Absprache indes als Kartellrechtsverstoß. Sie belegte die Unternehmen im Jahr 2021 mit einer Geldbuße von 875 Millionen EUR.²¹ In ihrer Entscheidung betonte sie, dass das

15 Monopolkommission, Wettbewerb 2022 – XXIV. Hauptgutachten, Bonn, 2022, Rn. 413.

16 Bundeskartellamt, Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften (Fn. 5), S. 10.

17 Dazu im Detail unten D. III. 2.

18 J. Hertfelder/D. Drixler, Nachhaltigkeitsvereinbarungen im Kartellrecht im Spannungsfeld zwischen Wettbewerbsbeschränkung und Verbrauchernutzen, BB 2022, 1218 (1222); R. Inderst/F. Rhiel/S. Thomas, Sustainability Agreements and Social Norms, ZWeR 2022, 225 (235).

19 F. Riehl/ F. Schlütter, Less Competition for more Sustainability?, in A. Kirk, P. Offergeld, T. Rohner (Hrsg.), Kartellrecht in der Zeitenwende, Baden-Baden, 2023, S. 313 (324).

20 J. Haucap/R. Podszun/H. Rüdiger/C. Kreuter-Kirchhof/T. Rohner/A. Rösner/P. Offergeld/A. May, Wettbewerb und Nachhaltigkeit in Deutschland und der EU, Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz, Düsseldorf 2023, S. 30.

21 Pressemitteilung v. 8.7.2021, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_21_3581 (zuletzt abgerufen am 25.10.2023).

Kartellrecht auch den Wettbewerb um Technologien und Innovationen schütze.²² Die niederländische Wettbewerbsbehörde kam in ihrem *Chicken of tomorrow*-Fall zu einem vergleichbaren Ergebnis:²³ Sie bewertete Vereinbarungen zwischen Unternehmen des niederländischen Geflügelsektors und niederländischer Supermarktketten zur Verbesserung des Tierschutzes – man wollte eine nachhaltigere Produktion von Hühnerfleisch erreichen – ebenfalls als kartellrechtswidrig.

C. Relevanz von Nachhaltigkeitsbelangen für das EU-Kartellrecht

Es gilt in einem ersten Schritt zu betrachten, ob Nachhaltigkeitsbelange grundsätzlich bei Anwendung des geltenden Kartellrechts Berücksichtigung finden. Dazu sollen die Ziele der europäischen Verträge in den Blick genommen werden, die für die Auslegung des Unionsrechts bedeutsam sind.²⁴ Zu diesen Zielen gehört gem. Art. 191-193 AEUV auch der Umweltschutz. Danach soll die Europäische Union unter anderem zur umsichtigen und rationellen Verwendung der natürlichen Ressourcen beitragen und Maßnahmen zur Bekämpfung des Klimawandels fördern. Es ist ferner unbestrittene Aufgabe der Union, ein System des unverfälschten Wettbewerbs zu errichten. So ist es seit dem Jahr 2009 in Protokoll Nr. 27 des Vertrags von Lissabon niedergelegt.

Für das Verhältnis der Unionsziele zueinander betont Art. 7 AEUV, dass auf Kohärenz zu achten ist. Als Rechtsbegriff ist Kohärenz eine Schöpfung des EU-Rechts. Seinem Wortlaut nach meint er eine Ausrichtung auf den „Zusammenhang von Dingen.“²⁵ Es geht also um eine Beachtung von

22 Kommission v. 8.7.2021, AT.40178 – PKW-Emission.

23 Authority for Consumers & Markets, ACM's analysis of the sustainability arrangements concerning the 'Chicken of Tomorrow'; 26.1.2015, abrufbar unter: <https://www.acm.nl/en/publications/publication/13761/Industry-widearrangements-for-the-so-called-Chicken-of-Tomorrow-restrict-competition> (zuletzt abgerufen am 25.10.2023).

24 H. Schweitzer, Die Bedeutung nicht-wettbewerblicher Aspekte für die Auslegung von Art. 101 AEUV im Lichte der Querschnittsklauseln, in: Monopolkommission (Hrsg.), Politischer Einfluss auf Wettbewerbsentscheidungen, Wissenschaftliches Symposium anlässlich des 40-jährigen Bestehens der Monopolkommission, Baden-Baden 2015, S. 21 (22).

25 F. Schorkopf, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Bd. I, 76. EL, München 2022, Art. 7 AEUV Rn. 11.

Zusammenhängen, um letztlich ein „*harmonisches Ganzes*“²⁶ zu schaffen. Vollständige Widerspruchsfreiheit wird dagegen nicht verlangt. Denn dies ergibt sich weder aus dem Wortlaut noch wäre es praktisch realisierbar.²⁷ Ferner enthält das Kohärenzgebot keine materiellen Vorgaben dafür, wie ein Ausgleich zwischen den Politikzielen erfolgen soll. Dem Gebot kann kein irgendwie gearteter Vorrang einzelner Ziele, etwa dem Ziel des Umweltschutzes vor dem des Wettbewerbsschutzes, entnommen werden.²⁸ Es wird lediglich gefordert, den „*Zielen in ihrer Gesamtheit Rechnung*“²⁹ zu tragen. In diese Grundsätze fügt sich die Querschnittsklausel aus Art. 11 AEUV ein. Danach „müssen“ die Erfordernisse des Umweltschutzes „bei der Festlegung und Durchführung der Unionspolitiken [...] einbezogen werden.“ Auch wenn sich Querschnittsklauseln in erster Linie an den Unionsgesetzgeber richten mögen,³⁰ sind sie ebenfalls für die Auslegung des geltenden Rechts relevant.³¹

Die Frage nach dem „Ob“ der Berücksichtigung von Umweltbelangen kann daher vergleichsweise schnell beantwortet werden: Die europäischen Verträge statuieren im Grundsatz die Pflicht, Umweltbelange zu berücksichtigen.³² Demnach müssen sie auch im Rahmen des Kartellverbots Berücksichtigung finden. Die Klauseln beinhalten indes keine Kompetenzerweiterung bzw. -einkürzung.³³ Die Kommission und nationalen Behörden dürfen bei der Durchsetzung des EU-Kartellrechts den Umweltschutz da-

26 M. Ruffert, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), *Das Verfassungsrecht der Europäischen Union*, 6. Aufl., München 2022, Art. 7 AEUV Rn. 2.

27 O. Andriychuk, *The Concept of Sustainability in EU Competition Law: A Legal Realist Perspective*, *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 14 (23), 2021, S. 11 (14 f.); Schorkopf (Fn. 25), Art. 7 AEUV Rn. 11.

28 H. Ullrich, *Klimawandel im EU-Kartellrecht*, in: T. Jaeger/R. Palmstorfer (Hrsg.), *Kartellrecht im Wandel*, Wien, 2022, S. 13 (18 f.).

29 Schorkopf (Fn. 25), Art. 7 AEUV Rn. 17.

30 Bundeskartellamt, *Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften* (Fn. 5), S. 20.

31 M. Nettesheim, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Bd. I, 76. EL, München 2022, Art. 11 AEUV Rn. 31; Ullrich, *Klimawandel im Kartellrecht* (Fn. 28), S. 17.

32 Andriychuk, *The Concept of Sustainability in EU Competition Law* (Fn. 27), 15; Schweitzer, *Die Bedeutung nicht-wettbewerblicher Aspekte für die Auslegung von Art. 101 AEUV* (Fn. 24), S. 22.

33 Ullrich, *Klimawandel im Kartellrecht* (Fn. 28), S. 17.

her nicht als gleichrangiges Ziel neben dem Wettbewerbsschutz anerkennen.³⁴ Dies zu ändern, obliegt allein dem Gesetzgeber.³⁵

D. Freistellung vom Kartellverbot infolge Nachhaltigkeitsförderung?

I. Aufbau des Kartellverbots

In einem zweiten Schritt ist zu erörtern, *wie* die Integration von Nachhaltigkeitserwägungen gelingen kann. Weder das Kohärenzgebot noch die Querschnittsklausel enthalten hierzu Vorgaben.³⁶ Ausgangspunkt ist, dass die gesetzgeberischen Entscheidungen zu den Zielen und der Systematik des Kartellrechts anerkannt werden müssen. Um systemkonforme Ansätze auszumachen, soll daher vorab der Aufbau des Kartellverbots aus Art. 101 AEUV skizziert werden.

Der Verbotstatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV verbietet im Wesentlichen Vereinbarungen zwischen Unternehmen, welche geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen, und dabei eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Den Tatbestand prägt eine strukturbezogene Sicht auf den Wettbewerb. Es soll jedwede Abstimmung verboten werden, die – so die ständige Rechtsprechung – *„bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt.“*³⁷ Neben Hardcore-Kartellen, bei welchen konkurrierende Unternehmen Wettbewerbsparameter – etwa den Preis oder die Menge – unmittelbar kartellieren, kann beispielweise auch eine Vereinbarung zwischen Unternehmen, gemeinsam eine Produktionstechnologie zu entwickeln, die den Energieverbrauch des Endprodukts senkt, den Wettbewerb beschränken. Selbiges gilt für Produktions- oder Einkaufsvereinbarungen mit dem Ziel, den ökologischen Fußabdruck der Produktion bzw. ihres Inputs zu verringern. Auch Standardi-

34 Vgl. S. Thomas, Der Verbraucher und die Nachhaltigkeit im Kartellrecht, in: D. Joost/H. Oetker/M. Paschke (Hrsg.), Selbstverantwortete Freiheit und Recht, Festschrift für Franz Jürgen Säcker zum 80. Geburtstag, München, 2021, S. 331 (337).

35 Ebenso Bundeskartellamt, Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften (Fn. 5), S. 20; Schweitzer, Die Bedeutung nicht-wettbewerbllicher Aspekte für die Auslegung von Art. 101 AEUV (Fn. 24), S. 24.

36 Ullrich, Klimawandel im Kartellrecht (Fn. 28), S. 24.

37 Siehe EuGH v. 4.6.2009, C-8/08 – T-Mobile Netherlands, ECLI:EU:C:2009:343, Rn. 26.

sierungsvereinbarungen, mit denen Wettbewerber Verpackungsmaterialien normen, können den Wettbewerb beschränken.³⁸

Ist eine Absprache mit Art. 101 Abs. 1 AEUV unvereinbar, so besteht die Möglichkeit, dass sie von einer Freistellung aus Art. 101 Abs. 3 AEUV profitiert und im Ergebnis kartellrechtskonform ist. Die Legalausnahme greift, wenn die Absprache zum einen zur Verbesserung der Warenerzeugung und -verteilung oder zur Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts beiträgt und zum anderen die Verbraucher an dem dadurch entstandenen Gewinn angemessen beteiligt. Im Kern geht es darum, dass Absprachen, bei welchen die positiven Auswirkungen auf die Marktgegen-seite die wettbewerbslichen Nachteile überwiegen, nicht untersagt werden sollen. Der Freistellungstatbestand fokussiert damit die *Auswirkungen* der Wettbewerbsbeschränkung.

Das Kartellverbot bietet im Wesentlichen zwei Ansätze,³⁹ welche auf ihre Eignung zur Integration von Nachhaltigkeitsaspekten untersucht werden können. Der erste Ansatz betrifft den Verbotstatbestand in Art. 101 Abs. 1 AEUV. Insoweit wird überlegt, ob die Förderung von Nachhaltigkeitsbelangen Anlass dazu gibt, den Verbotstatbestand teleologisch zu reduzieren.⁴⁰ Nachfolgend soll der zweite Ansatz näher betrachtet werden, der in der bisherigen Diskussion um Nachhaltigkeitsbelange im Kartellrecht im Fokus gestanden hat. Er knüpft an die Freistellungs Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV an.

38 Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2023 Nr. C 259/1, Rn. 538.

39 Zu weiteren Ansätzen – auch im Missbrauchsrecht und der Fusionskontrolle – siehe *Haucap/Podszun/Rüdiger/Kreuter-Kirchhof/Rohner/Rösner/Offergeld/May*, Wettbewerb und Nachhaltigkeit in Deutschland und der EU (Fn. 20).

40 Hierzu *Haucap/Podszun/Rüdiger/Kreuter-Kirchhof/Rohner/Rösner/Offergeld/May*, Wettbewerb und Nachhaltigkeit in Deutschland und der EU (Fn. 20), S. 68-92; R. Inderst/S. Thomas, Legal Design in Sustainable Antitrust, ZBW – Leibniz Information Centre for Economics, 2022, abrufbar unter: <https://www.econstor.eu/handle/10419/253671> (zuletzt abgerufen am 25.10.2023); J. Kokott/D. Dittert, Die Pflicht zur Berücksichtigung außerwettbewerblicher Belange im Rahmen von Art. 101 AEUV und ihre praktische Umsetzung, in: Monopolkommission (Hrsg.), Politischer Einfluss auf Wettbewerbsentscheidungen, Wissenschaftliches Symposium anlässlich des 40-jährigen Bestehens der Monopolkommission, Baden-Baden 2015, S. 15 (19); N. Nowag, Competition Law's Sustainability Gap? Tools for an Examination and a Brief Overview, LundLawCompWP 3/2019, Lund University Legal Research Paper Series, 2019, S. 8.

II. Auslegung der Freistellungsvoraussetzungen

Es gilt zu überlegen, ob Umweltbelange eine Freistellung vom Kartellverbot ermöglichen. Hierzu soll zunächst das vorherrschende Verständnis der Freistellungsvoraussetzungen aus Art. 101 Abs. 3 AEUV umrissen werden.

Die Freistellungsvoraussetzungen sind nach der Leseart der europäischen Kartellrechtspraxis auf die Verbraucherwohlfahrt bezogen.⁴¹ In statischer Perspektive kann die Wohlfahrt der Verbraucher anhand der Konsumentenrente berechnet werden. Dabei ist die Differenz zwischen dem Preis, den der Verbraucher maximal bereit wäre, für das Produkt zu zahlen (sog. Reservationspreis), und dem Preis, den er tatsächlich für den Erwerb zahlen musste, zu ermitteln.⁴² Zwischen Wettbewerb und Verbraucherwohlfahrt besteht grundsätzlich Zielkonvergenz, da Wettbewerb in der Regel zu niedrigeren Preisen führt.⁴³ Wettbewerbsbeschränkende Absprachen können aber ebenfalls Vorteile für die Marktgegenseite mit sich bringen. Das ist etwa der Fall, wenn Kartellanten durch Skalen- oder Verbundeffekte Einsparungen erzielen und diese in Form von Preissenkungen an die Verbraucher weiterreichen.⁴⁴ Im Konzept der Verbraucherwohlfahrt können darüber hinaus qualitative Effizienzgewinne Berücksichtigung finden. Solche ergeben sich z.B. aus einer verbesserten Produktqualität.⁴⁵

Effizienzgewinne sind noch nicht hinreichend für eine Freistellung vom Kartellverbot. Es bedarf zudem einer angemessenen Beteiligung der Verbraucher daran. Dies bedeutet, dass die weitergegebenen Vorteile die negativen Auswirkungen der Wettbewerbsbeschränkung für Verbraucher zumindest ausgleichen müssen.⁴⁶ Führt eine wettbewerbsbeschränkende Absprache beispielsweise zu einer Preiserhöhung, so kommt eine Freistellung nur in Betracht, wenn die gestiegene Zahlungsbereitschaft – z.B. infolge

41 EuGH v. 11.9.2014, Rs. C-382/12 P – MasterCard, ECLI:EU:C:2014:2201; EuGH v. 23.11.2006, Rs. C-238/05 – ASNEF-EQUIFAX, ECLI:EU:C:2006:734; R. Inderst/S. Thomas, Reflective Willingness To Pay, *Journal of Competition Law & Economics* 2021, 17(4), 848 (868).

42 S. Legner, *Schadenstheorien bei Nachfragemacht*, Tübingen 2019, S. 16.

43 Glöckner, *Kartellrecht – Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, 3. Aufl., Stuttgart 2021, Rn. 106.

44 Kommission, *Leitlinien zur Anwendung Art. 81 Abs. 3 EGV*, ABl. EG 2004 Nr. C 101/97, 106 Rn. 64 ff.

45 R. Ellger, in: U. Immenga/E. Mestmäcker (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht*, 6. Aufl., München 2019, Art. 101 Abs. 3 AEUV Rn. 153.

46 Ellger (Fn. 45) Art. 101 Abs. 3 AEUV Rn. 254.

verbesserter Qualität der Produkte – die kartellbedingte Preiserhöhung übersteigt.

III. Vorgehen bei der Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsbelangen

1. Unmittelbare Vorteile

Das vorherrschende Verständnis der Freistellungs Voraussetzungen lässt Rückschlüsse darauf zu, welche Nachhaltigkeitsbelange im Rahmen des Art. 101 Abs. 3 AEUV berücksichtigt werden können. Als erste Kategorie können solche Belange benannt werden, die unmittelbare Vorteile für die Verbraucher mit sich bringen. Zu denken ist an die Verwendung längerlebiger Materialien bei der Herstellung, wodurch auch die Haltbarkeit der Produkte verlängert wird.⁴⁷ Ein weiteres Beispiel bietet pestizidfreies Gemüse, das besser schmeckt oder größere Gesundheitsvorteile bietet.⁴⁸ Der Umweltvorteil ist für Konsumierende in diesen Fällen direkt erfahrbar und kann in einen Effizienzgewinn übersetzt werden.⁴⁹ Die Kommission bezeichnet sie daher als „*individuelle nutzungsabhängige Vorteile*“.⁵⁰

Infolge des direkten, nutzungsabhängigen Vorteils ist der Verbraucher bereit, für die aus der wettbewerbsbeschränkenden Absprache hervorgehenden nachhaltigeren – aber teureren – Produkte, mehr zu bezahlen. Die Konsumentenrente wird durch eine kartellbedingte Preiserhöhung in diesen Fällen nicht verringert, solange sie nicht die gestiegene Zahlungsbereitschaft der Verbraucher übertrifft. Nachhaltigkeitsbelange, die zu unmittelbaren Verbrauchervorteilen führen, sind bei Prüfung der Freistellung daher zu berücksichtigen.

47 Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2023 Nr. C 259/1, Rn. 572.

48 Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2023 Nr. C 259/1, Rn. 571.

49 E. Malinauskaitė, Competition Law and Sustainability: EU and National Perspectives, Journal of European Competition Law & Practice 2022, 13(5), 336 (341).

50 Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2023 Nr. C 259/1, Rn. 571.

2. Mittelbare Vorteile

a) Befund

Andere Umweltbelange sind für Verbraucher jedoch nicht direkt erfahrbar. Um zu klären, ob auch sie zur Freistellung führen können, ist es zweckmäßig, zwischen zwei Gruppen von Umweltauswirkungen zu unterscheiden; nämlich solchen, die mittelbare Vorteile für die Marktgegenseite mit sich bringen, und solchen, die kollektive Vorteile generieren.

Einige Umweltbelange bieten Verbrauchern mittelbar einen Nutzen, *so weit* die Förderung von Nachhaltigkeit für den individuellen Verbraucher ein persönliches Anliegen ist.⁵¹ So kann ein Verbraucher auch dann bereit sein, pestizidfrei angebautes, aber teureres Gemüse zu kaufen, obwohl es nicht besser und keine größeren Gesundheitsvorteile bietet. Voraussetzung dafür ist aber, dass es ihm ein persönliches Anliegen ist, durch seine Konsumentscheidungen die Umwelt zu schützen. Die Kommission bezeichnet solche Umweltbelange daher als „*individuelle nutzungsunabhängige Vorteile*“.⁵²

Die Kartellrechtspraxis steht bei mittelbaren Vorteilen vor der Herausforderung, deren Verbraucherwertschätzung zuverlässig zu ermitteln. Die Beobachtung der tatsächlichen Konsumentscheidungen von Verbrauchern ist dafür nicht unbedingt geeignet. Denn sie können sowohl von Informationsdefiziten als auch von kognitiven Verzerrungen beeinflusst werden. Für den unter Zeitdruck im Supermarkt einkaufenden Verbraucher ist auf die Schnelle häufig nicht erkennbar, welche Produktvariante umweltverträglicher hergestellt wurde oder welche Auswirkungen seine Konsumentscheidung in zehn Jahren auf die Umwelt haben wird. Wüsste er hingegen um den positiven Umwelteinfluss der teureren Produktvariante, würde seine Kaufentscheidung mitunter anders ausfallen.⁵³

51 Hertfelder/Drixler, Nachhaltigkeitsvereinbarungen im Kartellrecht (Fn.18), 1223; N. Nowag, Sustainability & Competition Law and Policy, Background Note, OECD (DAF/COMP(2020)3, 2020, S.18.

52 Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2023 Nr. C 259/1, Rn. 575.

53 R. Inderst/S. Thomas, Nachhaltigkeit und Wettbewerb: Zu einer Reform des Wettbewerbsrechts für die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen, SAFE Policy Letter No. 94, 2022, S. 15. Vgl. auch I. Lianos, Polycentric Competition Law, Current Legal Problems 2016, 71(1), 161 (197).

Hinzu kommen kognitive Verzerrungen. Sie haben zur Folge, dass Verbraucher sich in bestimmten Situationen berechenbar irrational verhalten.⁵⁴ Ein Beispiel bietet die hyperbolische Diskontierung. Hier gewichten Verbraucher Präferenzen für geringe, aber früher eintretende Vorteile stärker als größere, aber erst später realisierbare Vorteile.⁵⁵ Dies kann gerade bei Umweltauswirkungen von Bedeutung sein, da die Vorteile des Erwerbs nachhaltig produzierter Produkte mitunter erst einige Jahrzehnte später erfahrbar werden.

b) Ermittlungsmethoden

Aufgrund der dargelegten Informationsdefizite und kognitiven Verzerrungen sind die Analysemethoden, die in der Kartellpraxis zur Ermittlung der Verbraucherwertschätzung zum Einsatz kommen – z.B. Marktbeobachtungen – nur bedingt geeignet, mittelbare Verbrauchervorteile zu ermitteln.⁵⁶

Die Kommission schlägt in ihren im Juni 2023 veröffentlichten novellierten Horizontal-Leitlinien daher die Erprobung alternativer Methoden zur Ermittlung der Verbraucherwertschätzung vor.⁵⁷ Hierfür wird unter anderem auf die aus der Umweltökonomik bekannten kontingenten Bewertungsmethoden verwiesen.⁵⁸ Hierbei wird auf hypothetische Marktsituationen Bezug genommen. Verbrauchern können verschiedene Produkte mitsamt ihrer unterschiedlichen Umweltauswirkungen in Umfragen präsentiert werden, in welchen sie explizit zu ihrer Zahlungsbereitschaft befragt werden. Hieraus können Rückschlüsse auf die Wertschätzung der Verbraucher für mittelbare Umweltauswirkungen gezogen werden. Auch die aus dem Bereich des Marketing bekannten Conjoint-Analysen werden als geeignet erachtet.⁵⁹ Die Wertungen des Art. II AEUV könnten es sodann

54 Weiterführend *H. Beck*, Behavioral Economics, Heidelberg 2014; *P. Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, Tübingen 2017.

55 Bundeskartellamt, Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften (Fn. 5), S. 12.

56 *R. Inderst/S. Thomas*, Measuring Consumer Sustainability Benefits, working paper, 2021, S. 6.

57 Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2023 Nr. C 259/1, Rn. 579.

58 *Inderst/Thomas*, Measuring Consumer Sustainability Benefits (Fn. 56), S. 4; *S. Kingston*, Competition Law in an Environmental Crisis, Journal of European Competition Law & Practice 2019, 10(9), 517 (518).

59 Bundeskartellamt, Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften (Fn. 5), S. 25.

gebieten, dem Entscheidungsszenario bei Ermittlung der Zahlungsbereitschaft Vorrang zu gewähren, bei welchem Nachhaltigkeitsbelangen die relativ betrachtet größte Wertschätzung entgegengebracht wird.⁶⁰

c) Grenzen

Dem Einsatz alternativer Methoden sind allerdings auch Grenzen gesetzt. Mit der Vorgehensweise, die Verbraucherwertschätzung in hypothetischen Szenarien zu ermitteln, werden einige, aber nicht sämtliche Verzerrungen bereinigt werden können. Verbraucher werden die bereitgestellten Informationen ggfs. nicht vollständig verstehen. Zudem werden Informationen sie mitunter nicht davon abhalten, Risiken weiterhin strukturell falsch zu bewerten. So besteht bspw. anerkanntermaßen die Tendenz, dass konsumierende Nachteile unberücksichtigt lassen, obwohl sie gewichtig sind, aber nur mit einer sehr geringen Wahrscheinlichkeit eintreten werden.⁶¹ Das führt letztlich zu der Frage, ob in nahezu vollständiger Abkehr von der Ermittlung der Verbraucherwertschätzung anhand des tatsächlichen Konsumverhaltens auf einen fiktiven Nachfrager abgestellt werden sollte.

Dies liefe jedoch der Verbrauchersouveränität zuwider und wäre dem Wettbewerbsschutz abträglich.⁶² Alternative Ermittlungsmethoden sollten herangezogen werden, soweit sie dazu verhelfen, die *tatsächliche* Zahlungsbereitschaft zu ermitteln. Die Grenze ist jedoch dort erreicht, wo Verbrauchern vernünftige Entscheidungen aufgedrängt werden. Anders gewendet: Solche Verzerrungen, die auch in alternativen Szenarien fortbestehen, sollten nicht bereinigt werden. Ansonsten ginge es nicht mehr darum, eine Art reflektierte Zahlungsbereitschaft zu ermitteln. Stattdessen würde die Wertschätzung der Verbraucher ersetzt.⁶³ Ob Verbraucher vor Gefahrenlagen geschützt werden sollen, denen sie z.B. infolge falscher Risikoeinschätzung oder fehlender Selbstkontrolle selbst nicht entkommen, sollte nicht privater Selbstregulierung überlassen werden. Vielmehr hat der Gesetzgeber zu ent-

60 R. Inderst/S. Thomas, The Scope and Limitations of Incorporating Externalities in Competition Analysis within a Consumer Welfare Approach, working paper, 2021, S. 7.

61 Allgemein zur Verzerrungen in Bezug auf Wahrscheinlichkeiten Beck, Behavioral Economics (Fn. 54), S. 133 ff.

62 Vgl. Inderst/Thomas, The Scope and Limitations of Incorporating Externalities in Competition Analysis within a Consumer Welfare Approach (Fn. 60), S. 11.

63 Inderst/Thomas, The Scope and Limitations of Incorporating Externalities in Competition Analysis within a Consumer Welfare Approach (Fn. 60), S. 11.

scheiden, ob er den Gefahren durch entsprechende verbraucherschützende Regelungen begegnen will.

3. Kollektive Vorteile

a) Befund

Betreffen Umweltauswirkungen ausschließlich Dritte auf anderen Märkten oder die Gesellschaft als Ganzes, so handelt es sich – mit den Worten der Kommission – um „*kollektive Vorteile*“.⁶⁴ Sie treten unabhängig von der Zahlungsbereitschaft der Verbraucher auf den kartellbetroffenen Märkten auf. Ein kollektiver Vorteil kann sich etwa aus einer wettbewerbsbeschränkenden Absprache ergeben, in der die Wettbewerber vereinbaren, künftig emissionsärmer zu produzieren, dieser Umstand aber keine gestiegene Zahlungsbereitschaft der Verbraucher als Käufer der kartellbefangenen Produkte zur Folge hat.⁶⁵ Heben die Kartellanten kollusiv den Preis dieser Produkte an, so wird die Preiserhöhung nicht durch eine gestiegene Zahlungsbereitschaft der Verbraucher kompensiert. Folglich wird die Konsumentenrente verringert. Eine Freistellung der wettbewerbsbeschränkenden Absprache scheidet grundsätzlich aus.⁶⁶ Es wird folglich relevant, ob *de lege lata* von dem Maßstab der Verbraucherwohlfahrt abgerückt und stattdessen im Rahmen des Art. 101 Abs. 3 AEUV auf die Auswirkungen für die Gesellschaft insgesamt abgestellt werden kann.

b) Ermittlungsmethoden

Dabei stellen sich nicht nur konzeptionelle (dazu sogleich), sondern auch praktische Fragen der Quantifizierbarkeit. Der Ansatz der Verbraucherwohlfahrt gibt vor, wie positive und negative Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen gegeneinander abgewogen werden können. Darauf

64 Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2023 Nr. C 259/1, Rn. 582.

65 Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2023 Nr. C 259/1, Rn. 582.

66 Schweitzer, Die Bedeutung nicht-wettbewerblicher Aspekte für die Auslegung von Art. 101 AEUV (Fn. 24), S. 32.

kann für kollektive Vorteile nicht zurückgegriffen werden. Einige nationale Wettbewerbsbehörden haben sich mit diesem Problem bereits beschäftigt. Besondere Aufmerksamkeit hat eine Idee der niederländischen Wettbewerbsbehörde erlangt.⁶⁷ Sie schlägt vor, kollektive Auswirkungen von sog. *environmental-damage agreements* – damit sind Vereinbarungen gemeint, welche Umweltschäden betreffen und einen Beitrag dazu leisten, diesbezügliche staatliche Verpflichtungen zu erfüllen⁶⁸ – durch die Berechnung eines sog. Umweltpreises zu quantifizieren.⁶⁹ Übersteige der anhand des Umweltpreises berechnete Nutzen der Kooperation für die Umwelt die zu erwartende Erhöhung des Kaufpreises, spreche dies dafür, dass die Absprache freistellungsfähig sei.⁷⁰

Mit folgendem Beispiel veranschaulicht die niederländische Behörde ihren Ansatz zur Integration kollektiver Vorteile in den Freistellungstatbestand:⁷¹ Fünf Hersteller eines metallischen Halbfertigprodukts, das hauptsächlich in den Niederlanden verkauft wird, vereinbaren, dass sie ihre Prozesse innerhalb von fünf Jahren so umstellen werden, dass sie vollständig kohlenstoffneutral produzieren. Hierfür legen sie zwingende Standards fest. Infolge der Vereinbarung werden die Preise für das Halbfertigprodukt voraussichtlich um 7 % steigen. Zugleich wird die Vereinbarung zur Reduktion der CO²-Emissionen beitragen. Sie ist daher nach dem Begriffsverständnis der niederländischen Behörde ein *environmental-damage agreement*. Die Vereinbarung ergänzt die Maßnahmen der niederländischen Regierung zur Erreichung der Ziele des Pariser Klimaabkommens. Der Umweltpreis der Vereinbarung berechnet sich anhand von Vermeidungskosten. Hiernach ergibt sich zunächst, dass der Umweltpreis die zu erwartende Erhöhung der Verkaufspreise übersteigt.

Es ist sodann aber problematisch, dass im Beispielsfall, in welchem es um die Anwendung des niederländischen Kartellverbots geht, nur 30 % der

67 Authority for Consumers & Markets, Second draft guidelines on 'Sustainability Agreements', 2021, abrufbar unter: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/second-draft-version-guidelines-on-sustainability-agreements-opportunities-with-in-competition-law.pdf> (zuletzt abgerufen am 25.10.2023).

68 Authority for Consumers & Markets, Second draft guidelines on 'Sustainability Agreements' (Fn. 67), Rn. 8.

69 Authority for Consumers & Markets, Second draft guidelines on 'Sustainability Agreements' (Fn. 67), Rn. 58.

70 Authority for Consumers & Markets, Second draft guidelines on 'Sustainability Agreements' (Fn. 67), Rn. 58.

71 Die nachfolgende Falldarstellung orientiert sich an Authority for Consumers & Markets, Second draft guidelines on 'Sustainability Agreements' (Rn. 67), Rn. 58.

niederländischen Bevölkerung Käufer des betroffenen Produkts sind. Sie tragen die gesamte Preiserhöhung. Mit Blick auf den anhand des Umweltpreises quantifizierten Nutzen der Vereinbarung kann den Verbrauchern jedoch nur ein Anteil direkt zugerechnet werden, da die gesamte niederländische Bevölkerung von den Umweltvorteilen profitiert. Der Anteil des Umweltnutzens ist indes nicht ausreichend, um den Anstieg der Verkaufspreise auszugleichen.⁷² Nunmehr vertritt die niederländische Behörde, den Marktbezug aufzugeben. Folglich soll bei der Prüfung, ob die Verbraucher an dem durch die wettbewerbsbeschränkende Absprache entstandenen Gewinn „angemessen beteiligt“ sind, der Vorteil der Absprache für die gesamte niederländische Bevölkerung eingestellt werden.⁷³ Die Verbraucher müssen demnach im Ergebnis nicht vollständig für den Preisanstieg kompensiert werden.⁷⁴

c) Grenzen

Trotz der vorhandenen Ansätze zur Quantifizierung kollektiver Vorteile überzeugt es nicht, sie bei der Subsumtion der Freistellungsvoraussetzungen im geltenden Kartellverbot einzubeziehen.⁷⁵ Vielmehr sollte die Entscheidung, ob kollektive Umweltvorteile die Freistellung ermöglichen, dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben. Denn der Marktbezug der Freistellungsvoraussetzungen überzeugt konzeptionell. Das Kartellverbot dient in erster Linie dem Schutz der Wettbewerbsfreiheit. Die Verbraucherwohlfahrt steht nicht zusammenhangslos neben diesem Schutzziel. Stattdessen besteht im Grundsatz Gleichklang zwischen beiden Zielen, weil funktionsfähiger Wettbewerb die Verbraucherwohlfahrt grundsätzlich vergrößert. Verbrauchern kommt im Wettbewerbsprozess eine wichtige Rolle zu. Sie entscheiden letztlich, worum die Unternehmen wetteifern werden. Der Wettbewerb

72 Authority for Consumers & Markets, Second draft guidelines on 'Sustainability Agreements' (Fn. 67), Rn. 58.

73 Authority for Consumers & Markets, Second draft guidelines on 'Sustainability Agreements' (Fn. 67), Rn. 58.

74 Authority for Consumers & Markets, Second draft guidelines on 'Sustainability Agreements' (Fn. 67), Rn. 48, 60.

75 Andere Ansicht S. Holmes, Climate change, sustainability, and competition law, *Journal of Antitrust Enforcement*, 8(2), 2019, 354 (374 ff.).

als offener Prozess gibt keine Ziele vor.⁷⁶ Es sind die Verbraucher, die entscheiden, was sie für erstrebenswert halten und um welche Ziele die Unternehmen konkurrieren. Wenn kollektive Vorteile eine Freistellung ermöglichen, würde das EU-Kartellrecht den Verbrauchern letztlich vorschreiben, was sie wertzuschätzen haben. Dies ist mit dem Schutz eines freien Wettbewerbsprozesses schwer vereinbar.

Demnach können positive Auswirkungen auf andere als die kartellbetroffenen Verbraucher nur eingestellt werden, soweit die Verbraucher sie wertschätzen. Ist dies der Fall, handelt es sich nicht um kollektive, sondern um mittelbare Vorteile. Wie dargestellt,⁷⁷ sind mittelbare Vorteile im Rahmen der Freistellung berücksichtigungsfähig, da sie die Zahlungsbereitschaft der Verbraucher beeinflussen. Wie umfassend Umweltauswirkungen zukünftig in der Kartellrechtspraxis beachtet werden, wird daher davon abhängen, welche Methoden zur Ermittlung der Verbraucherwertschätzung zum Einsatz kommen. Dies soll abschließend anhand eines von der Kommission in ihren novellierten Leitlinien erwähnten Beispiels illustriert werden:⁷⁸ Wird Kleidung aus nachhaltiger Baumwolle produziert, so kommt dies der Umwelt unter anderem dadurch zugute, dass weniger Chemikalien beim Anbau der Baumwolle genutzt werden. Dieser Umweltvorteil kann in die kartellrechtliche Bewertung einbezogen werden, soweit die Verbraucher bereit sind, für Kleidung aus nachhaltiger Baumwolle einen höheren Preis zu bezahlen. In diesem Fall liegt ein mittelbarer Verbrauchernutzen vor, der nicht direkt erfahrbar ist. Ergibt die Ermittlung der Verbraucherwertschätzung jedoch, dass Verbraucher nicht bereit sind, für den nachhaltigen Anbau der Baumwolle mehr Geld auszugeben, so handelt es sich um einen kollektiven Vorteil. Dieser kann nach geltendem Recht keine Berücksichtigung im Rahmen der Freistellung finden.

Es ist nach alldem nicht die Aufgabe von Wettbewerbsbehörden, sondern die des Gesetzgebers, zu bestimmen, ob kollektive Vorteile für die wettbewerbsrechtliche Bewertung relevant sein sollen. In Österreich wurde das Kartellverbot in dieser Hinsicht bereits im Jahr 2021 novelliert. Gem. § 2 Abs. 1 S. 2 KartG werden Verbraucher auch dann angemessen am Gewinn

76 D. Higer, Nachhaltigkeitsvereinbarungen im Lichte jüngster Entwicklungen – endlich Rechtssicherheit?, NZKart 2022, 547 (547).

77 Siehe oben D. III. 2.

78 Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABL 2023 Nr. C 259/1, Rn. 585.

beteiligt, wenn dieser „zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft wesentlich beiträgt.“⁷⁹ Um den Vorrang des EU-Kartellverbots gem. Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 zu beachten, kann die österreichische Nachhaltigkeitsausnahme jedoch nur auf solche wettbewerbsbeschränkenden Absprachen Anwendung finden, die den zwischenstaatlichen Handel nicht zu beeinträchtigen geeignet sind.⁸⁰ In diesem Fall greift das europäische Kartellverbot nicht. Demnach werden vor allem regionale Nachhaltigkeitsinitiativen in Österreich von der erweiterten Freistellungsmöglichkeit profitieren.

Eine sektorspezifische Ausnahme auf europäischer Ebene findet sich seit dem Jahr 2021 in Art. 210a GMO-VO.⁸¹ Sie kommt landwirtschaftlichen Erzeugern zugute. Treffen diese vertikale oder horizontale wettbewerbsbeschränkende Initiativen, so findet das europäische Kartellverbot hierauf keine Anwendung, wenn sie darauf zielen, einen höheren Nachhaltigkeitsstandard anzuwenden als er durch das Unionsrecht oder das nationale Recht vorgeschrieben ist. Unter den Begriff des Nachhaltigkeitsstandards fallen gem. Art. 210a Abs. 3 GMO-VO unter anderem der Klimaschutz, die pestizidverringende landwirtschaftliche Erzeugung und das Tierwohl.

E. Schluss

Das europäische Kartellrecht prägt die auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichtete Wirtschaftsordnung der Europäischen Union. Nachhaltigkeit ist kein primäres Ziel der kartellrechtlichen Vorschriften. Insbesondere darf das nur vorgeschobene Interesse am Umweltschutz nicht als Deckmantel für das *green washing* von wettbewerbsschädlichen Kartellen herhalten. Die Europäischen Verträge gebieten es auch nicht, das anerkannte Ziel der Verbraucherwohlfaht aufzugeben und wettbewerbsbeschränkende Absprachen *de lege lata* wegen kollektiver Umweltvorteile freizustellen. Dies ist eine Entscheidung, die dem Gesetzgeber vorbehalten bleibt. Dennoch existiert die Wettbewerbsordnung nicht losgelöst von der europäischen Werteordnung. Es ist daher geboten, Nachhaltigkeit im Rahmen der Freistellungsvoraussetzungen umfassender zu berücksichtigen, insbesondere

79 Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2021, BGBl I 2021, 176. Dazu V. Strasser, Kartellrecht und Green Deal – der österreichische Weg, WuW 2022, 68 (71).

80 Strasser, Kartellrecht, (Fn. 79), 70.

81 Verordnung (EU) 1308/2013 über eine gemeinsame Marktorganisation für landwirtschaftliche Erzeugnisse, ABl. 2013 Nr. L 347/671.

durch die Erprobung neuer Analysemethoden zur Ermittlung der Verbraucherwertschätzung. Dadurch können nutzenunabhängige Verbrauchervorteile in die Abwägung eingestellt werden.

