



Bundeskartellamt



Offene Märkte | Fairer Wettbewerb

# **Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften – Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis**

Virtuelle Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht

1. Oktober 2020

Hintergrundpapier

Bundeskartellamt

Kaiser-Friedrich-Straße 16

53113 Bonn

## Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung.....	5
B.	Gemeinwohlziele und Wettbewerbsschutz .....	8
I.	Ursachen für Marktversagen.....	10
II.	Legislative Maßnahmen und private Selbstregulierung .....	13
1.	Ökonomische Perspektive .....	13
2.	Kompetenzverteilung zwischen verschiedenen Akteuren .....	13
C.	Gemeinwohlaspekte bei Entscheidungen nach Art. 101 AEUV .....	15
I.	Art. 101 Abs. 1 AEUV .....	16
1.	Gemeinwohlkriterien als technische Normen .....	16
2.	Rechtsprechung zu berufsständischer Selbstregulierung .....	18
3.	Bereichsausnahme für notwendig wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen? .....	19
4.	Weitere Überlegungen .....	20
II.	Art. 101 Abs. 3 AEUV .....	21
1.	Nachhaltigkeitsverbesserungen als Effizienzgewinne .....	22
2.	Angemessene Verbraucherbeteiligung.....	26
III.	Zwischenfazit .....	28
D.	Praxis europäischer Wettbewerbsbehörden .....	29
I.	Bundeskartellamt .....	30
1.	Rücknahmesysteme .....	30
a.	Duales System Deutschland – DSD.....	30
b.	Gesellschaft für Glasrecycling und Abfallvermeidung – GGA .....	31
2.	Jüngere Praxis .....	32
a.	Fairtrade .....	32
b.	Initiative Tierwohl.....	33
II.	ACM .....	35
1.	Energieabkommen für nachhaltiges Wachstum.....	35
2.	„Chicken of Tomorrow“ Initiative .....	36
3.	Entwurf der Leitlinien für Nachhaltigkeitsvereinbarungen (2020).....	37

III.	Weitere europäische Wettbewerbsbehörden .....	39
IV.	Zwischenfazit .....	40
E.	Gemeinwohlaspekte bei Fusionskontrollentscheidungen.....	40
I.	Deutsche Fusionskontrolle .....	42
II.	Europäische Fusionskontrolle.....	42
III.	Zwischenfazit .....	43
F.	Fazit .....	44

## A. Einleitung

Soziale und ökologische Aspekte finden in der gesellschaftlichen und politischen Debatte immer größeren Anklang. Der nachhaltige Umgang mit den zur Verfügung stehenden Ressourcen wird für Verbraucher, Politik und Unternehmen immer wichtiger. Die Bundesregierung hat bereits 2018 die *Agenda 2030 für Nachhaltige Entwicklung der Vereinten Nationen* zur Richtschnur deutscher Politik erklärt und sich deren insgesamt 17 Nachhaltigkeitszielen verschrieben.<sup>1</sup> Von Unternehmen fordert die Bundesregierung, den Menschenrechtsschutz und soziale Standards in Liefer- und Wertschöpfungsketten sicherzustellen.<sup>2</sup> Die Europäische Kommission hat Ende 2019 den *European Green Deal* vorgestellt, den sie selbst als Fahrplan für eine nachhaltige EU-Wirtschaft bezeichnet und mit dem sie die EU-weiten Netto-Treibhausgasemissionen bis zum Jahr 2050 auf null senken will.<sup>3</sup> Insbesondere bei großen Unternehmen finden spezifische Nachhaltigkeitsthemen auch durch den Kapitalmarkt Berücksichtigung: Die überwiegende Zahl deutscher Großinvestoren legen ihren Investitionsentscheidungen neben wirtschaftlichen Kriterien auch Nachhaltigkeitskriterien zu Grunde.<sup>4</sup> Auch einige internationale Großinvestoren wie etwa der Norwegische Rentenfonds berücksichtigen spezifische Nachhaltigkeitskriterien.<sup>5</sup> Vor diesem Hintergrund haben sich eigene Börsenindizes etabliert, wie etwa die Dow Jones Sustainability Indizes (DJSI) oder FTSE4Good, die spezielle Nachhaltigkeitsanforderungen an die gelisteten Unternehmen stellen.<sup>6</sup> Auch die Deutsche Börse hat Anfang März 2020 mit dem DAX 50 ESG

---

<sup>1</sup> Vgl. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD – 19. Legislaturperiode, S. 18. Die Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung wurde 2015 auf einem Gipfel der Vereinten Nationen von allen Mitgliedsstaaten verabschiedet. Kernstück der Agenda bildet ein Katalog mit 17 Zielen für nachhaltige Entwicklung. Zielsetzung der Agenda 2020 ist die globale Entwicklung sozial, ökologisch und wirtschaftlich nachhaltig zu gestalten. Die 2030-Agenda ist abrufbar unter <https://www.un.org/Depts/german/gv-70/band1/ar70001.pdf>.

<sup>2</sup> Vgl. *Bundesregierung*, Nationaler Aktionsplan der Bundesregierung zur Umsetzung der VN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte, 2016-2020, S. 19 f., abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/publikationen/nationaler-aktionsplan-wirtschaft-und-menschenrechte-735164>.

<sup>3</sup> Vgl. *Europäische Kommission*, Ein europäischer Grüner Deal, abrufbar unter [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal\\_de](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_de).

<sup>4</sup> Nach einer 2019 veröffentlichten Studie der Union Investment berücksichtigen 92 Prozent der befragten Kapitalverwaltungsgesellschaften sowie 86 Prozent der kirchlichen Anleger in Deutschland Nachhaltigkeitskriterien bei der Kapitalanlage. Vgl. *Union Investment*, Ergebnisbericht zur Nachhaltigkeitsstudie 2019, abrufbar unter <https://unternehmen.union-investment.de/startseite-unternehmen/presseservice/pressemitteilungen/alle-pressemitteilungen/2019/Zahl-nachhaltig-anlegender-Investoren-erreicht-Rekordstand.html>.

<sup>5</sup> Neben anderen Kriterien bilden auch Nachhaltigkeitsaspekte die Grundlage für die Investitionsentscheidungen des Norwegischen Rentenfonds. Zudem wird jährliche eine Bewertung der Umweltperformance des Unternehmensportfolios anhand des Global Real Estate Sustainability Benchmark vorgenommen. Vgl.: *Norwegische Zentralbank*, Government Pension Fund Global Annual Report 2019, S. 73 ff., abrufbar unter <https://www.nbim.no/en/the-fund/how-we-invest/>.

<sup>6</sup> Die DJSI zählen zu den bekanntesten Aktienindizes, die neben ökonomischen auch ökologische und soziale Kriterien berücksichtigen. Vgl. *Hoffknecht*, Messlatten für Anlagen mit Moral, Handelsblatt.com, 11. November 2006, abrufbar unter <https://www.handelsblatt.com/finanzen/maerkte/anlegerakademie/nachhaltigkeitsindizes-messlatten-fuer-anlagen-mit-moral/2731684.html>. Die FTSE4GOOD Indizes nehmen Unternehmen auf, die sich besonders im

Index einen Nachhaltigkeitsindex vorgestellt, der nur Unternehmen aufnimmt, die bestimmte Anforderungen erfüllen.<sup>7</sup> Die hierfür benötigten Daten werden von Ratingagenturen bereitgestellt, die sich auf die Analyse von Nachhaltigkeitsanstrengungen von Unternehmen spezialisiert haben.<sup>8</sup> Daneben kündigte die Europäische Zentralbank im Juni 2020 an, die Arbeit der Europäischen Kommission zur Entwicklung einer Strategie für ein nachhaltiges Finanzwesen zu unterstützen.<sup>9</sup> Schließlich zeichnet sich auch unter deutschen Verbrauchern ein gesteigertes Bewusstsein für Nachhaltigkeitsthemen ab.<sup>10</sup>

Für viele Unternehmen besteht daher ein gewisser Anreiz, ihr unternehmerisches Handeln über die geltenden gesetzlichen Vorgaben hinaus auch an Nachhaltigkeits- bzw. Gemeinwohlzielen auszurichten. Das gestiegene gesellschaftliche Interesse an sozialen und ökologischen Standards nimmt damit Einfluss auf etablierte Wirtschaftsstrukturen; Nachhaltigkeit wird zum Wettbewerbsparameter. Wenn Unternehmen etwa ihre Produktions- und Einkaufspolitik auch an bestimmten Gemeinwohlaspekten ausrichten, so schlägt sich dies zwangsläufig nieder, z.B. in der Beschaffungs- (kein Einkauf nicht nachhaltig erzeugter Vorprodukte) und Preispolitik (Einpreisung von höheren Produktions- und Beschaffungskosten).<sup>11</sup>

Dabei ist zunächst festzustellen, dass zwischen Gemeinwohlzielen und dem Ziel des Wettbewerbsschutzes kein grundsätzlicher Widerspruch besteht. Regelmäßig wird die Sicherung des Wettbewerbs dazu führen, dass auch Gemeinwohlziele erreicht werden, insbesondere wenn ihre Erreichung von Nachfragern erwartet wird. Man kann folglich von einer gewissen Zielkomplementarität zwischen Wettbewerbsschutz und Gemeinwohlzielen

---

Bereich der Corporate Social Responsibility engagieren. Die Lizenzeinnahmen und andere Einnahmen im Zusammenhang mit dem FTSE4GOOD werden an UNICEF gespendet. Vgl. Datenbank Nachhaltiges Investment: FTSE4GOOD, abrufbar unter <https://www.nachhaltiges-investment.org/Indizes/Datenbank/Indexbildung.aspx?idIndex=6#:~:text=FTSE4GOOD%20ist%20eine%20Familie%20von,FTSE4GOOD%20werden%20an%20UNICEF%20gespendet.>

<sup>7</sup> ESG steht für Environmental, Social, Governance. Vgl. *Deutsche Börse*, Pressemitteilung vom 4. März 2020, abrufbar unter <https://www.deutsche-boerse.com/dbg-de/media/pressemitteilungen/Neuer-DAX-setzt-auf-Nachhaltigkeit-1786626>.

<sup>8</sup> Für den DAX 50 ESG Index werden die Daten von der Ratingagentur Sustainalytics bereitgestellt, die sich auf solche Bewertungen spezialisiert hat. Vgl. *Willmroth*, Ein grüner Dax für den Aktienmarkt, *Sueddeutsche.de*, 5. März 2020, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/dax-50-esg-geldanlage-1.4832576>.

<sup>9</sup> Vgl. *EZB*, Eurosystems reply to the European Commission's public consultations on the Renewed Sustainable Finance Strategy and the revision of the Non-Financial Reporting Directive, 6. August 2020, abrufbar unter [https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ecb.eurosystemreplyeuropeancommissionpublicconsultations\\_20200608~cf01a984aa.en.pdf](https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ecb.eurosystemreplyeuropeancommissionpublicconsultations_20200608~cf01a984aa.en.pdf). Auch EZB-Präsidentin Christine Lagarde betonte kürzlich in einem Interview, dass der Klimawandel Einfluss auf die Preisstabilität habe und daher von der EZB mitberücksichtigt werden müsse. Vgl. das Transkript des Video-Interviews mit der *Financial Times* vom 7. Juli 2020, abrufbar unter <https://www.ecb.europa.eu/press/inter/date/2020/html/ecb.in200708~8418847210.en.html>.

<sup>10</sup> Vgl. etwa: *GroupM-Forschungseinheit M Science*, Umfrage „Spotlight: Nachhaltiger Konsum“, durchgeführt vom 25. April bis 6. Mai 2019, abrufbar unter <https://campus.groupm.de/artikel/spotlight-nachhaltiger-konsum-wirkt-der-greta-effekt-2/>.

<sup>11</sup> Vgl. *Lübbig*, Nachhaltigkeit als Kartellthematik, *WuW* 2012, S. 1146.

sprechen. In bestimmten Konstellationen können zwischen Wettbewerbsschutz und Gemeinwohlbelangen Zielkonflikte bestehen. Ursächlich hierfür sind in der Regel ein Marktversagen oder Verteilungsprobleme.<sup>12</sup> Als Lösungsmechanismus werden in der öffentlichen Debatte neben staatlichen Regulierungsansätzen, die Gemeinwohlziele in Form verpflichtender Vorgaben oder entsprechender Anreizsetzung verfolgen, vermehrt auch Kooperationsformen privater Selbstregulierung angesehen, die über Preis und Qualität hinaus Gemeinwohlziele in den Vordergrund stellen.

Während die unilaterale Verfolgung von Gemeinwohlzielen durch Unternehmen kartellrechtlich regelmäßig unproblematisch ist, sind Kooperationsformen privater Selbstregulierung zwischen Unternehmen zur Erreichung von Gemeinwohlzielen – wie z.B. sog. Nachhaltigkeitsinitiativen – am Kartellrecht zu messen.<sup>13</sup> Die reine Befolgung staatlicher Vorgaben führt dabei regelmäßig nicht zu einem Konflikt mit dem Kartellrecht: Die bloße Bekräftigung von Rechtsgehorsam beinhaltet auch dann keine Wettbewerbsbeschränkung, wenn sie von mehreren Unternehmen gemeinsam in einem Code of Conduct ausgesprochen wird, der sich auf dieses Versprechen beschränkt. Erst Vereinbarungen, die freiwillige zusätzliche Verpflichtungen in Bezug auf Gemeinwohlinteressen beinhalten, können das Kartellrecht auf den Plan rufen.<sup>14</sup> Die kartellrechtliche Bewertung solcher Kooperationsformen, die über gesetzliche Vorgaben hinausgehen, ist indes noch in weiten Teilen offen und Gegenstand einer laufenden Debatte.

Dies ist Grund genug, die Fragen und Herausforderungen zu beleuchten, vor die sog. Nachhaltigkeitsinitiativen und andere Kooperationsformen privater Selbstregulierung die Kartellrechtspraxis stellen.

Besondere Relevanz erhalten diese Fragen vor dem Hintergrund der drängenden Problematik der globalen Erwärmung. Von anderen Quellen struktureller Veränderungen unterscheidet sie sich im Ausmaß, in der Irreversibilität und der Nichtlinearität sowie ihrer erheblichen – auch sozialen – Auswirkungen. Eine zusätzliche Rolle spielt die langfristige Abhängigkeit der weiteren Entwicklung des Klimawandels von kurzfristig zu ergreifenden politischen Maßnahmen.

Die Eindämmung des Klimawandels ist in erster Linie eine Aufgabe demokratisch legitimer politischer Entscheidungsträger. Struktur und Ausmaß dieser Problematik erfordern allerdings

---

<sup>12</sup> Vgl. *Schwalbe*, in: Politischer Einfluss auf Wettbewerbsentscheidungen: Fusionskontrolle und Industriepolitik, Baden-Baden 2015, S. 48 – 56.

<sup>13</sup> *Engelsing*, in: Der Betrieb 2020 (Nr. 10), M4.

<sup>14</sup> *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 101 AEUV, Rn. 115; *Ackermann*, in: CSR und Fairness im Wettbewerb: Corporate Social Responsibility und Kartellrecht, 2014, S. 147 – 157.

Verhaltensänderungen eines breiteren Spektrums an Akteuren, Verbrauchern, insbesondere aber auch von global agierenden Konzernen.

Kann Kartellrecht hier Kooperationen entgegenstehen, die bspw. das Ziel einer Reduktion des Ausstoßes von Treibhausgasen verfolgen, wenn damit zugleich notwendig eine Wettbewerbsbeschränkung verbunden ist? Auf welcher Grundlage können Wettbewerbsbehörden entscheiden, welche Gemeinwohlziele legitimer Weise auch mit wettbewerbsbeschränkenden Mitteln verfolgt werden sollen? Wie kann sichergestellt werden, dass die Vereinbarung wirklich der Verfolgung von Klimazielen dient und nicht hauptsächlich bspw. für einheitliche Preiserhöhungen genutzt wird? Diese und auch andere Gemeinwohlziele betreffende Fragestellungen erörtert das vorliegende Papier.

Teil B identifiziert zunächst aus ökonomischer Perspektive Ursachen für Zielkonflikte zwischen Wettbewerbsschutz und Gemeinwohlzielen und geht der Frage nach, unter welchen Umständen ein Eingriff in das Marktgeschehen sinnvoll sein könnte. Teil C beschäftigt sich mit der kartellrechtlichen Bewertung von Kooperationsformen privater Selbstregulierung im Rahmen des Kartellverbots. Teil D gibt einen Überblick zum bisherigen Umgang des Bundeskartellamtes mit Nachhaltigkeitsinitiativen und vergleicht das Vorgehen mit dem anderer europäischer Wettbewerbsbehörden. Teil E behandelt danach die Berücksichtigungsfähigkeit von Gemeinwohlzielen im Rahmen von Fusionskontrollentscheidungen.

## **B. Gemeinwohlziele und Wettbewerbsschutz**

Zunächst ist festzuhalten, dass die durch den Wettbewerbsschutz geförderten Ziele, wie die Optimierung der Ressourcenallokation, der technische Fortschritt bzw. ganz allgemein der entstehende Wohlstand selbst Gemeinwohlziele darstellen. Die Durchsetzung des Kartellrechts wirkt sich darüber hinaus regelmäßig – unmittelbar oder mittelbar – auch zu Gunsten von anderen Gemeinwohlzielen aus. So dürfte das Gemeinwohlziel der Erreichung eines hohen Beschäftigungsniveaus am ehesten dann zu erreichen sein, wenn Unternehmen sich im Wettbewerb – auch gegen Konkurrenz aus dem Ausland – als erfolgreich erweisen, indem sie Produkte und Dienstleistungen in höherer Qualität anbieten können.<sup>15</sup> Ebenso offenkundig dürfte das industriepolitische Ziel der Wettbewerbsfähigkeit der Industrie (vgl. z.B. Art. 173 Abs. 1 AEUV) am besten durch ein System offener Märkte mit unverfälschtem Wettbewerb zu verwirklichen sein.<sup>16</sup> Kartelle können den Anreiz für Innovationen senken oder

---

<sup>15</sup> *Schwalbe*, in: Politischer Einfluss auf Wettbewerbsentscheidungen: Fusionskontrolle und Industriepolitik, Baden-Baden 2015, S. 50 f.

<sup>16</sup> *Breuer*, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, Baden-Baden 2013, S. 121 ff. m.w.N.

die Anwendung von Innovationen unterbinden, wovon auch andere Gemeinwohlziele – wie z.B. der Klimaschutz – betroffen sein können.<sup>17</sup>

In anderen Konstellationen können jedoch Zielkonflikte zwischen Wettbewerbsschutz und Gemeinwohlbelangen bestehen.<sup>18</sup> Dies kann etwa der Fall sein, wenn Marktteilnehmer in ihrem Entscheidungskalkül gemeinwohlspezifischen Aspekten, die Auswirkungen auf Dritte haben, wie bspw. dem Umweltschutz, nicht oder nur unvollständig Rechnung tragen. Treten solche Zielkonflikte auf, handelt es sich hierbei in der Regel um Fälle eines Marktversagens.<sup>19</sup> Ein Marktversagen liegt vor, wenn der Marktmechanismus aus Angebot und Nachfrage nicht zu den volkswirtschaftlich wünschenswerten Ergebnissen führt und die Produktionsfaktoren nicht so verwendet werden, dass sie den größtmöglichen Ertrag für die Gesamtwirtschaft erbringen.<sup>20</sup> Eine der zentralen Ursachen für ein Marktversagen sind externe Effekte. Daneben können auch Informationsasymmetrien sowie kognitive Verzerrungen der Konsumenten, wie sie aus der Verhaltensökonomie bekannt sind, Einfluss auf das Marktergebnis nehmen und so zu einem Marktversagen führen (hierzu I.).<sup>21</sup>

Ein Eingriff in den Marktprozess bedarf aus ökonomischer Sicht immer einer besonderen Rechtfertigung. Er sollte nur erfolgen, wenn damit tatsächlich eine Wohlfahrtssteigerung erreicht werden kann. Hierfür muss die Frage beantwortet werden, welche Abhilfemaßnahme und welcher Akteur am besten zur Beseitigung etwaiger Ineffizienzen geeignet ist. Auch aus politischer und verfassungsrechtlicher Sicht stellt sich die Frage, welcher Akteur zur Abwägung gegenläufiger Wettbewerbs- und Gemeinwohlinteressen befugt bzw. am besten geeignet ist (hierzu II.).

---

<sup>17</sup> Ein Beispiel hierfür ist das von der Europäischen Kommission geführte Verfahren wegen Beschränkungen des Wettbewerbs im Bereich Abgasreinigungstechnologie für neue Diesel- und Benzin-PKW, siehe die Pressemitteilung vom 5. April 2019 zur Mitteilung der Beschwerdepunkte, abrufbar unter [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP\\_19\\_2008](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_19_2008).

<sup>18</sup> Zu betonen ist in diesem Zusammenhang, dass auch zwischen einzelnen Gemeinwohlzielen Zielkonflikte bestehen können. Beispielsweise stehen regelmäßig Umwelt- und Sozialziele miteinander in Konflikt: So wird ein höheres Maß an Tierwohl kaum ohne höhere Fleischpreise zu erreichen sein, welche wiederum problematisch für die ärmeren Bevölkerungsteile sein können.

<sup>19</sup> Ursächlich für einen Zielkonflikte können auch Verteilungsfragen sein. Da die Effizienz von Allokationen in der Wirtschaftstheorie in der Regel mit dem Pareto-Kriterium bewertet wird, welches bewusst so konzipiert ist, dass Verteilungsfragen ausgeklammert werden, kann es auch hier zu einem Zielkonflikt zwischen Gemeinwohlzielen und Wettbewerbsschutz kommen. Vgl. *Schwalbe*, in: Politischer Einfluss auf Wettbewerbsentscheidungen: Fusionskontrolle und Industriepolitik, Baden-Baden 2015, S. 51 f.

<sup>20</sup> Vgl. *Bundeszentrale für politische Bildung*, Marktversagen, abrufbar unter <https://www.bpb.de/nachschlagen/lexika/lexikon-der-wirtschaft/20088/marktversagen>. Für eine ausführliche Analyse der möglichen Ursachen für eine mangelnde Funktionsfähigkeit des Marktes siehe *Fritsch* u.a., Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 7. Auflage, 2007.

<sup>21</sup> Als weitere Ursachen für ein Marktversagen gelten ausgeprägte steigende Skalenerträge (natürliche Monopole). In diesem Zusammenhang wird auch von einem Marktversagen infolge von Unteilbarkeit gesprochen. Vgl. hierzu *Fritsch* u.a., Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 7. Auflage, 2007, S. 185 ff.

## I. Ursachen für Marktversagen

Externe Effekte können zu einem Marktversagen führen. Wesentliches Merkmal externer Effekte ist, dass diese keine Auswirkungen für den Verursacher haben, weil zwischen ihm und den Betroffenen keine über den Preis- bzw. Marktmechanismus vermittelte Beziehung und auch keine anders geartete Vertragsbeziehung besteht.<sup>22</sup> Da der Verursacher eines externen Effektes die Folgen seines Verhaltens für andere nicht in sein Entscheidungskalkül mit einbezieht, führt dies zu einer Fehlallokation der Ressourcen im Markt. Durch die Internalisierung der mit externen Effekten verbundenen Nutzenverluste oder -gewinne kann diese Fehlallokation in der Theorie vollständig beseitigt werden. Diese Internalisierung kann auf verschiedenen Wegen erfolgen: Es kommen sowohl private Internalisierungsansätze (vertragliche Regelungen) als auch staatliche Internalisierungsansätze (Steuern, Zertifikate, Vorschriften) in Betracht. Die Internalisierung externer Effekte erfordert hierbei immer eine Monetarisierung der externen Effekte bzw. der damit verbundenen Gemeinwohlaspekte. Die Monetarisierung von externen Effekten ist allerdings mit einer Vielzahl praktischer wie normativer Probleme verbunden, auf die in Abschnitt C II. 1. näher eingegangen wird.

Auch Informationsasymmetrien führen häufig zu Fehlallokationen und damit zu einem Marktversagen. Dies gilt insbesondere auch für die bei Herstellungsprozessen herrschenden Bedingungen im Hinblick etwa auf Umwelt-, Arbeits- oder auch Tierschutzstandards. Solche Aspekte lassen sich oftmals nicht am Endprodukt selbst ablesen, dürften aber für die Kaufentscheidung von zahlreichen Verbrauchern relevant sein. Die für den Käufer relevanten Eigenschaften eines Produktes können drei Kategorien zugeordnet werden.<sup>23</sup> Zum einen gibt es Sucheigenschaften, welche die Konsumenten unmittelbar vor der Kaufentscheidung beurteilen können (z.B. Beschaffenheit der Oberfläche). Daneben gibt es Erfahrungseigenschaften, die die Konsumenten erst während des Gebrauchs und damit nach der Kaufentscheidung beurteilen können (z.B. Abnutzungseigenschaften). Und schließlich gibt es noch Vertrauenseigenschaften<sup>24</sup>, die weder vor noch nach der Kaufentscheidung am Produkt selbst erkennbar sind und damit nicht vom Konsumenten beurteilt werden können (z.B. die Einhaltung entsprechender Standards bei der Erzeugung von sog. Bio-Produkten). Garantien und Gütesiegel können die mit Informationsasymmetrien verbundene Fehlallokation teilweise abstellen und in Bezug auf die Erfahrungseigenschaften eines Produktes zu einer Verbesserung des Marktergebnisses führen, da der Konsument das

---

<sup>22</sup> Vgl. Springer Gabler Verlag (Hrsg.), Gabler Wirtschaftslexikon, Stichwort: Externe Effekte, abrufbar unter <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/externer-effekt-34801/version-372602> (Stand: 2. Dezember 2019).

<sup>23</sup> Vgl. Kirchgeorg, in: Gabler Wirtschaftslexikon: Gütertypologie, abrufbar unter <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/guetertypologie-34393/version-257896>.

<sup>24</sup> Begriffsbildend: *Darbi und Karni* (1973), Free competition and the optimal amount of fraud. *Journal of Law and Economics*, Vol. 16, S. 67 – 88.

Vorhandensein der versprochenen Erfahrungseigenschaft zwar erst nach der Kaufentscheidung, aber während des Gebrauchs überprüfen kann. Bei Vertrauenseigenschaften haben Garantien hingegen keinen Nutzen und der Nutzen privater Gütesiegel ist sehr begrenzt: Während der Garantiefall bei Vertrauenseigenschaften schlicht nicht festgestellt werden kann, verschieben private Gütesiegel das Problem der Informationsasymmetrie nur auf eine andere Ebene. Die Konsumenten müssten dazu befähigt sein, die Zuverlässigkeit des privaten Gütesiegels zu erkennen. Da sie aber keinen umfassenden Einblick in die Vergabe und Umsetzung privater Gütesiegel besitzen, ist ihnen das Erkennen der Zuverlässigkeit nicht oder nur eingeschränkt möglich. Hier kommt es sehr auf die Ausgestaltung und Transparenz sowie die Überprüfbarkeit der Umsetzung des Gütesiegels (durch Dritte) im Einzelfall an. Am besten kann ein Marktversagen bei Vertrauenseigenschaften daher wohl durch gesetzliche Regelungen zur Kennzeichnung und Überwachung vollständig überwunden werden.

Ein Marktversagen kann aber auch auf ein nicht vollständig rationales Verhalten von Verbrauchern zurückgehen.<sup>25</sup> Die Verhaltensökonomik hat mittlerweile eine Reihe von Beurteilungsfehlern herausgearbeitet, denen Menschen typischerweise unterliegen. Die Ursachen der eingeschränkten Rationalität von Verbrauchern<sup>26</sup> werden in der ökonomischen Literatur auf verschiedene Arten beschrieben. Zu den Abweichungen von der Standardannahme des *Homo oeconomicus*, die insbesondere bei der Bewertung von Nachhaltigkeits- und Gemeinwohlaspekten zum Tragen kommen, zählen u.a. hyperbolische Diskontierung und Heuristik.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> Siehe hierzu auch *Volpin* (2020), Sustainability as a Quality Dimension of Competition: Protecting our Future (Selves), CPI Antitrust Chronicle, Vol. 1 (2), S. 9 – 19.

<sup>26</sup> Eingeschränkte Rationalität ist grundsätzlich nicht nur auf Verbraucherebene, sondern auch auf Seite der Unternehmen vorstellbar, so etwa *Armstrong und Huck* (2015), Behavioral Economics and Antitrust, in: The Oxford Handbook of International Antitrust Economics, Vol. 1, Kapitel 9, Oxford University Press. *Haucap* (2014), Implikationen der Verhaltensökonomik für die Wettbewerbspolitik, DICE Ordnungspolitische Perspektiven Nr. 65, wendet die Theorie der eingeschränkten Rationalität auch auf Regulierungsbehörden an. In den meisten Modellansätzen der Verhaltensökonomik wird jedoch angenommen, dass ausschließlich Kunden von den Annahmen der ökonomischen Standardmodelle abweichen, während die im Modell abgebildeten Unternehmen in der Regel rationale Akteure sind, die ihren erwarteten (langfristigen) Gesamtgewinn maximieren. Hintergrund ist u.a., dass Unternehmen typischerweise hinreichend viele Ressourcen auf ein rationales Verhalten im relevanten Markt verwenden können, während Konsumenten nur einen Teil ihrer Aufmerksamkeit einem bestimmten Markt widmen werden, vgl. *Spiegler* (2011), Bounded Rationality and Industrial Organization, Oxford University Press.

<sup>27</sup> Vgl. etwa *Spiegler* (2011), Bounded Rationality and Industrial Organization, Oxford University Press; sowie *Grubb* (2015), Behavioral Consumers in Industrial Organization: An Overview, Review of Industrial Organization, 47(3), S. 247 – 258. Über die hier genannten Aspekte der eingeschränkten Rationalität hinaus sind weitere Abweichungen von der Standardannahme des *Homo Oeconomicus* Gegenstand von Literatur und Forschung. Ein Beispiel sind Altruismus, Reziprozität und Fairnessgedanke. In diesen Fällen sind die Nutzen von verschiedenen Konsumenten voneinander abhängig. Vgl. hierzu *Fehr und Schmidt* (2006), The Economics of Fairness, Reciprocity and Altruism – Experimental Evidence and New Theories, Handbook of the Economics of Giving, Altruism and Reciprocity, Volume 1, S. 615 – 691.

Das Konzept der hyperbolischen Diskontierung beschreibt zeitliche Aspekte eingeschränkter Rationalität.<sup>28</sup> Die wichtigste Konsequenz der hyperbolischen Diskontierung ist, dass sie Präferenzen für kleine, früher eintretende gegenüber größeren, späteren Belohnungen schafft.<sup>29</sup> Viele Menschen zeigen daher eine starke Tendenz, Entscheidungen zu treffen, die im Laufe der Zeit inkonsistent sind – sie treffen heute Entscheidungen (z.B. Ablehnen einer globalen CO<sub>2</sub>-Abgabe heute), die ihr zukünftiges Selbst lieber nicht getroffen hätte, obwohl sie die gleichen Informationen kennen (zukünftige Konsequenzen für das Klima).

Eine weitere Abweichung von der Standardannahme des *Homo oeconomicus*, die insbesondere bei der Bewertung von Nachhaltigkeits- und Gemeinwohlaspekten zum Tragen kommt, ist die Heuristik. Während vom *Homo oeconomicus* angenommen wird, dass er die für seine Entscheidungen relevanten und verfügbaren Informationen kennt und berücksichtigt, fällen reale, eingeschränkt rationale Konsumenten ihre Entscheidungen teilweise ohne Berücksichtigung aller ihnen bekannter oder zumindest leicht zugänglicher Informationen. Anstelle einer systematischen Analyse der zur Verfügung stehenden Möglichkeiten treffen sie eine mehr oder minder intuitive Entscheidung („Daumenregel“). Heuristik kann zwar eine nützliche Abkürzung für schnelle Entscheidungen sein und ist unter den gegebenen Umständen oft rational, kann aber auch zu suboptimalen Ergebnissen führen. Bei der Beurteilung von Preisen und Produkteigenschaften können Verbraucher Fehler machen, die wiederum von Anbietern durch die Gestaltung und den Inhalt der bereitgestellten Informationen ausgenutzt werden können. Verschärft wird das Problem im Kontext von Nachhaltigkeits- und Umweltschutzaspekten dadurch, dass Verbraucher sich über eine Vielzahl von Aspekten gleichzeitig informieren müssen. So kann bspw. eine erhebliche Heterogenität zwischen der Umweltfreundlichkeit des Produktes selbst und seiner Verpackungs-, Vertriebs- und Transportprozesse bestehen (z.B. in Plastikfolie eingepacktes Holzbesteck). Auch sind die komplexen Wirkmechanismen einer globalen Produktionskette mit naturwissenschaftlichen Wechselwirkungen für den einzelnen Verbraucher kaum zu überblicken.

---

<sup>28</sup> Vgl. *Laibson* (1997). Golden eggs and hyperbolic discounting. *The Quarterly Journal of Economics*, 112(2), S. 443 – 478.

<sup>29</sup> Diese dynamische Inkonsistenz entsteht, da bei hyperbolischer Diskontierung der Nutzen für kurze Verzögerungsperioden schnell, für längere Verzögerungsperioden hingegen langsamer sinkt. Anders ausgedrückt, hyperbolische Diskontierung führt dazu, dass Menschen kurzfristig ungeduldiger als langfristig sind. Sie ziehen bspw. zwei Äpfel in 101 Tagen einem Apfel in 100 Tagen vor, sind allerdings heute nicht bereit, auf einen Apfel zu verzichten, um dafür morgen zwei zu erhalten.

## II. Legislative Maßnahmen und private Selbstregulierung

### 1. Ökonomische Perspektive

Aus ökonomischer Sicht können Eingriffe in den Marktprozess dann begründet sein, wenn Märkte in ihrer Funktionsweise beeinträchtigt sind. Ein Eingriff in das Marktgeschehen sollte der ökonomischen Theorie zufolge jedoch nur dann vorgenommen werden, wenn damit tatsächlich Wohlfahrtssteigerungen erreicht werden können. Denn nicht immer führt ein Markteingriff auch zu einer Verbesserung des Marktergebnisses. Mitunter fehlen Entscheidungsträgern relevante Informationen, um ein Marktergebnis zu verbessern.<sup>30</sup>

Kann ein Markteingriff das Marktergebnis verbessern, stellt sich im nächsten Schritt die Frage nach einem geeigneten Instrument. Je nach Art des Marktversagens stehen in der Regel verschiedene Lösungsmöglichkeiten zur Auswahl. Neben verschiedenen staatlichen Maßnahmen, wie Verboten, Subventionen und Steuern, können auch Kooperationsformen privater Selbstregulierung und andere Maßnahmen privater Akteure zur Minderung von externen Effekten beitragen.

Die Frage, welche Eingriffsmaßnahmen durch welchen Akteur zur Verbesserung des Marktergebnisses am besten geeignet sind, lässt sich anhand der ökonomischen Literatur kaum pauschal beantworten und ist im Einzelfall zu prüfen. So kann in bestimmten Fällen eine Selbstkorrektur des Marktes gegenüber staatlichen Maßnahmen vorzugswürdig sein: *Ronald H. Coase* hat darauf hingewiesen, dass im Falle von externen Effekten ein staatlicher Eingriff in das Marktgeschehen nicht zwingend notwendig ist, da der Verursacher eines externen Effekts und der von ihm Betroffene möglicherweise auf dem Verhandlungsweg selber für eine Internalisierung sorgen können.<sup>31</sup> Die Selbstkorrekturmöglichkeiten des Marktes sind ihrerseits wiederum begrenzt. So stoßen Verhandlungen im Sinne von *Coase* an ihre Grenzen, wenn die Transaktionskosten hoch sind oder Informationsasymmetrien zwischen den Verhandlungspartnern bestehen. Eine private Verhandlungslösung ist aber auch dann ausgeschlossen, wenn die von einem externen Effekt Betroffenen heute bspw. noch gar nicht geboren sind.

### 2. Kompetenzverteilung zwischen verschiedenen Akteuren

Aus politischer Sicht ist die Frage, welcher Akteur – namentlich der Gesetzgeber, Unternehmen oder Kartellbehörden – zur Durchsetzung, Konkretisierung und Gewichtung von Gemeinwohlinteressen gegenüber Wettbewerbsinteressen am besten geeignet ist, eindeutig zu beantworten. Grundsätzlich sollte hierfür der Gesetzgeber zuständig sein. Er verfügt über die stärkste demokratische Legitimation, um gegenläufige gesellschaftliche Interessen

---

<sup>30</sup> Vgl. *Fritsch u.a.*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 7. Aufl., 2007, S. 83 f.

<sup>31</sup> Vgl. *Coase* (1960), The Problem of Social Cost, *Journal of Law and Economics*, Vol. 3, S. 1 – 44.

gegeneinander abzuwägen. Zudem kann er einzelne Gemeinwohlziele schnell und verbindlich umsetzen (z.B. Mindestanforderungen in der Tierhaltung, Verbot umweltschädlicher Produktionstechniken). In den letzten Jahren ist jedoch vermehrt festzustellen, dass die Politik auch auf unternehmensseitige Initiativen für bestimmte Branchen setzt. Beispiele sind etwa der Tierschutz in der Fleischproduktion oder die extraterritoriale Einhaltung von Menschenrechtsstandards in bestimmten Lieferketten, etwa im Textilbereich. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass in bestimmten Bereichen auch wieder ein Umschwenken zu mehr staatlichen Vorgaben zu erkennen ist. So hat das Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft (BMEL) die Einführung eines staatlichen Tierwohl-Labels vorgeschlagen.<sup>32</sup> Auch unabhängig von staatlichen Anregungen werden aber in immer mehr Branchen Nachhaltigkeitsstandards oder andere Standards, die Gemeinwohlziele verfolgen, durch private Unternehmenskooperationen gesetzt.

Dabei stellt sich jedoch immer die Frage, ob Kooperationen privater Unternehmen, die stets auch eigennützig handeln, ein adäquates Substitut für den demokratisch legitimierten Gesetzgeber und die prozeduralen Anforderungen des Gesetzgebungsverfahrens sind.<sup>33</sup> Zwar steht es Unternehmen in der Regel frei, für sich unilateral soziale oder umweltspezifische Standards festzulegen, die über die gesetzlichen Vorgaben hinausgehen. Private Unternehmen verfügen jedoch nicht über die demokratische Legitimation, gemeinschaftlich eine Übererfüllung staatlich gesetzter Vorgaben zu Lasten der Verbraucher durchzusetzen. Ebenso wenig können kartellbehördliche und kartellgerichtliche Entscheidungen eine gesetzgeberische Abwägungsentscheidung zwischen gegenläufigen Gemeinwohlzielen und Wettbewerbsinteressen ersetzen.

Wird die Abwägungsentscheidung zwischen gegenläufigen gesellschaftlichen Interessen durch den Gesetzgeber getroffen und damit die aus dogmatischer Sicht wünschenswerte Rollenverteilung eingehalten, dürften Konflikte zwischen dem Kartellrecht und Gemeinwohlzielen nahezu ausgeschlossen sein. Denn die Kartellbehörden nehmen dann die außerwettbewerblichen gesetzlichen Vorschriften schlicht hin und befassen sich nur mit etwaigen überschießenden Wettbewerbsbeschränkungen, die nicht für die Erfüllung dieser Vorgaben bzw. für die Erreichung dieser Gemeinwohlziele nötig wären.

---

<sup>32</sup> Vgl. hierzu *BMEL*, Tierschutzlabel, abrufbar unter [https://www.bmel.de/DE/themen/tiere/tierschutz/tierwohl-kennzeichen/tierwohl-kennzeichen\\_node.html](https://www.bmel.de/DE/themen/tiere/tierschutz/tierwohl-kennzeichen/tierwohl-kennzeichen_node.html). Zudem wurden die Eckpunkte eines Lieferkettengesetzes erarbeitet. Vgl. *Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (BMZ)*, Faire globale Liefer- und Wertschöpfungsketten, abrufbar unter <https://www.bmz.de/de/themen/lieferketten/index.html>.

<sup>33</sup> Vgl. *Schweitzer*, in: Politischer Einfluss auf Wettbewerbsentscheidungen: Die Bedeutung nicht-wettbewerblicher Aspekte für die Auslegung von Art. 101 AEUV im Licht der Querschnittsklauseln, Baden-Baden 2015, S. 22.

Ein Beispiel, wie ökologische Ziele erreicht und gegenüber wettbewerblichen Zielsetzungen gewichtet werden können und gleichzeitig die Rollenverteilung zwischen Unternehmen, Gesetzgeber und Kartellbehörde gewahrt werden kann, bieten mehrere Verfahren des Bundeskartellamtes zu verschiedenen Rücknahmesystemen für Verpackungen (Duales System Deutschland – DSD), Elektroschrott, Batterien oder das Flaschenpfand. In diesen Verfahren kam es durch gesetzgeberische Maßnahmen dazu, dass neue Marktbeziehungen bzw. neue Märkte in Form von Rücknahmesystemen geschaffen wurden. Soweit mit der Organisation dieser Rücknahmesysteme eine notwendige Kooperation von Wettbewerbern verbunden war, konnte das Bundeskartellamt darauf hinwirken, dass diese Kooperation auf das erforderliche Maß beschränkt wurde und die neu entstehenden Marktbeziehungen möglichst wettbewerblich ausgestaltet wurden. So hat das Bundeskartellamt etwa die Entwicklung des DSD umfassend begleitet, um sicherzustellen, dass durch die Zusammenarbeit der beteiligten Unternehmen keine Wettbewerbsbeschränkungen entstehen, die zur Durchführung des Rücknahmesystems nicht unabdingbar sind.

Nur in Ausnahmefällen – d.h. dann, wenn eine Kooperationsform privater Selbstregulierung tatsächlich die am besten geeignete Vorgehensweise zur Erreichung des jeweiligen Gemeinwohlziels darstellt – sollte der Gesetzgeber auf eigene gesetzgeberische Maßnahmen zugunsten von Kooperationsformen privater Selbstregulierung verzichten.<sup>34</sup> Gehen Unternehmen solche Kooperationsformen privater Selbstregulierung zur Erreichung von Gemeinwohlzielen ein, sind diese am Kartellrecht zu messen. Die hieran anschließenden Fragen zur Berücksichtigungsfähigkeit von Gemeinwohlinteressen im Rahmen des Kartellverbots werden im nächsten Abschnitt behandelt.

### **C. Gemeinwohlaspekte bei Entscheidungen nach Art. 101 AEUV**

Wenn die Bedeutung von Gemeinwohlzielen im Zusammenhang mit Art. 101 AEUV thematisiert wird, geht es darum, ob Unternehmen dazu befugt sind, Gemeinwohlziele dort (gemeinschaftlich) zu konkretisieren, durchzusetzen und im Verhältnis zu anderen Zielen zu gewichten, wo der demokratisch legitimierte Gesetzgeber auf die Verabschiedung entsprechender Vorgaben verzichtet hat. Es stellt sich somit die Frage, ob Unternehmen aus Gemeinwohlüberlegungen heraus Vereinbarungen treffen dürfen, mit denen sie den Wettbewerb beschränken oder sogar gänzlich ausschließen.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> Das könnte bspw. der Fall sein, wenn Kooperationsformen privater Selbstregulierung schneller als staatliche Maßnahmen implementiert werden können. Entsprechendes könnte in Situationen gelten, in denen es um globale Problemstellungen geht, aber keine supranationalen gesetzgeberischen Kompetenzen bestehen.

<sup>35</sup> Vgl. *Schweitzer*, in: Politischer Einfluss auf Wettbewerbsentscheidungen: Die Bedeutung nicht-wettbewerblicher Aspekte für die Auslegung von Art. 101 AEUV im Licht der Querschnittsklauseln, Baden-Baden 2015, S. 21.

Es ist zunächst festzuhalten, dass Kooperationen bzw. Formen privater Selbstregulierung, die Gemeinwohlziele verfolgen, oftmals zu keiner Wettbewerbsbeschränkung führen und damit schon nicht in den Anwendungsbereich des Kartellverbots fallen. Beispielsweise ist mit Kooperationen zur Schaffung von Labels, die nicht verpflichtend bzw. exklusiv sind und somit auch die parallele Produktion und den Vertrieb von „konventionellen“ Produkten erlauben, in der Regel eine Erweiterung der Auswahlmöglichkeiten für die Verbraucher und damit keine Wettbewerbsbeschränkung verbunden. Sind Kooperationen privater Selbstregulierung hingegen mit Einschränkungen verbunden, weil sie etwa den parallelen Vertrieb „konventioneller“ und eventuell günstigerer Produkte ausschließen oder mit Absprachen bspw. über Preisbestandteile verbunden sind, stellt sich die Frage der Berücksichtigungsfähigkeit von Gemeinwohlzielen im Rahmen des Art. 101 AEUV.

Diese Frage lässt sich unabhängig vom konkreten Fall in zwei Teilfragen unterteilen: Erstens stellt sich die Frage, ob eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV vorliegt und wie die Verfolgung von Gemeinwohlzielen hierbei ggf. zu berücksichtigen ist (hierzu I.). Zudem stellt sich die Frage, inwieweit Gemeinwohlziele eine Ausnahme vom Verbot der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV rechtfertigen können und somit eine solche Ausnahme für Kooperationsformen privater Selbstregulierung in Betracht kommt (hierzu II.).

## **I. Art. 101 Abs. 1 AEUV**

Der erste mögliche Anknüpfungspunkt für die Berücksichtigung von Gemeinwohlzielen ist die Entscheidung über den Anwendungsbereich des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen. Zur Berücksichtigung von Gemeinwohlzielen im Rahmen des Art. 101 Abs. 1 AEUV finden sich im Schrifttum verschiedene Überlegungen, deren Grundlage und Inhalt nachfolgend näher erläutert wird.

### **1. Gemeinwohlkriterien als technische Normen**

Kooperationen, in denen Anforderungen in Bezug auf Gemeinwohlziele definiert werden, können als technische Normen bzw. Gütezeichen betrachtet werden, die unter bestimmten Voraussetzungen vom Anwendungsbereich des Kartellverbots ausgenommen sind.<sup>36</sup>

Mit technischen Normen werden technische oder qualitative Anforderungen an Produkte und Produktionsverfahren festgelegt. Entsprechend bezwecken Vereinbarungen über Normen gemäß den Leitlinien zur horizontalen Zusammenarbeit der Europäischen Kommission („Horizontalleitlinien“) im Wesentlichen die Festlegung technischer oder qualitätsbezogener Anforderungen an bestehende oder zukünftige Produkte, Herstellungsverfahren,

---

<sup>36</sup> Vgl. *Engelsing und Jakobs* (2019), Nachhaltigkeit und Wettbewerb, WuW, Nr. 1, S. 16, 18 f. Die dortigen Überlegungen beziehen sich unmittelbar auf Nachhaltigkeitskriterien.

Dienstleistungen und Methoden durch anerkannte Normenorganisationen, Konsortien, Foren oder Vereinbarungen zwischen einzelnen Unternehmen. Auch Vereinbarungen über Normen für die Umweltschutzleistung von Produkten oder Herstellungsverfahren werden von den Horizontalleitlinien erfasst. Ferner können auch die Bedingungen des Zugangs zu einem bestimmten Gütezeichen eine Norm darstellen.<sup>37</sup>

Die Horizontalleitlinien der Europäischen Kommission enthalten Grundsätze zur kartellrechtlichen Prüfung von Normenvereinbarungen und Gütezeichengemeinschaften. Unter anderem wird auf die potentielle wettbewerbsbeschränkende Wirkung von Normen hingewiesen.<sup>38</sup> Unter bestimmten Voraussetzungen liegt allerdings keine Wettbewerbsbeschränkung gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV vor.<sup>39</sup>

Inwieweit die Überlegungen zu gemeinsam erarbeiteten technischen Spezifikationen und Gütezeichen auch auf Standards, die Gemeinwohlaspekte betreffen, Anwendung finden können, wird von der Ausgestaltung der Kooperationsform und den konkret betroffenen Gemeinwohlaspekt abhängen. Insbesondere für nicht bindende Standards in Bezug zu Umweltschutzaspekten dürfte dies zu bejahen sein, da die genannten Ausführungen zu Normvereinbarungen explizit auch für Vereinbarungen gelten, in denen Normen für die Umweltschutzleistung von Produkten oder Herstellungsverfahren festgelegt sind.<sup>40</sup>

Gemeinwohlaspekte, wie bspw. die Arbeitsbedingungen in Entwicklungsländern, beziehen sich technisch gesehen nicht direkt auf die Qualität des Produktes, da bessere Arbeitsbedingungen nicht zwingend zu einer höheren Produktqualität führen. Was als Qualitätsmerkmal eines Produktes angesehen werden kann, ist jedoch maßgeblich aus Verbrauchersicht zu bestimmen. So ist in der Rechtsprechung zu selektiven Vertriebssystemen anerkannt, dass die für den Verbraucher bestehende „Aura des Luxus“ eines Produktes ein Qualitätsmerkmal sein kann, auch wenn sich das Produkt inhaltlich oder technisch gesehen nicht von anderen unterscheidet, denen diese Produkteigenschaft nicht zugeschrieben wird.<sup>41</sup> Demnach ist denkbar, dass auch bestimmte Vorgaben zu Gemeinwohlaspekten, die „nur“ aus Verbrauchersicht zu einer Qualitätsverbesserung führen, als Gütezeichen klassifiziert werden können.

Auch die Horizontalleitlinien halten Normenvereinbarungen nur insoweit für regelmäßig unbedenklich, wie diese keine Verpflichtung zur Einhaltung der Norm beinhalten. Die

---

<sup>37</sup> Vgl. *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl (EU) C11/1 v. 14. Januar 2011, Rn. 257.

<sup>38</sup> Vgl. ebd., Rn. 264.

<sup>39</sup> Vgl. ebd., Rn. 280.

<sup>40</sup> Vgl. ebd., Rn. 257.

<sup>41</sup> Vgl. *Krauß*, in: Langen/Bunte, *GWB*, 13. Aufl., § 1 *GWB*, Rn. 262.

kartellrechtlich problematischen Konstellationen etwa bei Mindeststandards und entsprechenden Labels sind demnach regelmäßig solche, in denen die beteiligten Unternehmen sich verpflichten, nur noch solche Waren zu produzieren oder anzubieten, die die Norm erfüllen.<sup>42</sup>

## 2. Rechtsprechung zu berufsständischer Selbstregulierung

Daneben könnten wettbewerbsbeschränkende Kooperationsformen privater Selbstregulierung der Argumentation des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in der *Wouters*-Entscheidung<sup>43</sup> folgend nicht dem Kartellverbot unterfallen, wenn es sich bei ihnen um wettbewerbsbeschränkende (Haupt-)Vereinbarungen handelt, die für die Erfüllung einer Regulierungs- oder Steuerungsaufgabe erforderlich sind. In der *Wouters*-Entscheidung beurteilte der EuGH die Vereinbarkeit einer von der niederländischen Rechtsanwaltskammer erlassenen Verordnung mit Art. 101 Abs. 1 AEUV, welche zur Gewährleistung der Unabhängigkeit der Rechtsberatung und zur Vermeidung von Interessenkonflikten die Bildung von multidisziplinären Sozietäten zwischen Rechtsanwälten und Wirtschaftsprüfern verbot. Der EuGH kam zu dem Ergebnis, dass die Verordnung nicht gegen 101 Abs. 1 AEUV verstoße, da die Anwaltskammer vernünftigerweise davon ausgehen konnte, dass das in der Vereinbarung enthaltene Sozietätsverbot zwar die wettbewerbliche Handlungsfreiheit der Rechtsanwälte beschränke, das Verbot aber für die ordnungsmäße Ausübung des Rechtsanwaltsberufs erforderlich sei.<sup>44</sup> Der EuGH stellte in der Urteilsbegründung fest, dass nicht jede Vereinbarung zwischen Unternehmen, durch die die Handlungsfreiheit der Parteien eingeschränkt wird, automatisch unter das Verbot des Artikels 101 Abs. 1 AEUV falle:

„Bei der Anwendung dieser Vorschrift im Einzelfall sind nämlich der Gesamtzusammenhang, in dem der fragliche Beschluss zustande gekommen ist oder seine Wirkungen entfaltet, und insbesondere dessen Zielsetzung zu würdigen, die hiermit der Notwendigkeit der Schaffung von Vorschriften über Organisation, Befähigung, Standespflichten, Kontrolle und Verantwortlichkeit, die den Empfängern juristischer Dienstleistungen die erforderliche Gewähr für Integrität und Erfahrung bieten [...] Es ist weiter zu prüfen, ob die mit dem Beschluss verbundenen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen notwendig mit der Verfolgung der genannten Ziele zusammenhängen.“

Dem Urteil des EuGH folgend, können demzufolge deontologische Zielsetzungen den Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV verengen. Auf welchem dogmatischen Fundament diese vom Gerichtshof vertretene Ansicht gründet, ist nur schwer zu bestimmen

---

<sup>42</sup> Diese Fälle sehen die Horizontalleitlinien kritisch, siehe Rn. 280, 293.

<sup>43</sup> EuGH, Urt. v. 19. Februar 2002, Rs. C-309/99 – *Wouters*.

<sup>44</sup> EuGH, Urt. v. 19. Februar 2002, Rs. C-309/99, Rn. 110 – *Wouters*.

und Gegenstand einer andauernden Debatte.<sup>45</sup> Es ist insbesondere unklar, ob die Argumentation der Wouters-Entscheidung nur angewendet werden kann, wenn entweder eine staatliche Delegation von Rechtsdurchsetzungsbefugnissen an Unternehmen bzw. deren Verbände vorliegt oder ebendiese über Autonomie-Rechte verfügen. Zudem ist unklar, wodurch solche Autonomie-Rechte begründet werden können.

Der EuGH hat in mehreren nachfolgenden Entscheidungen außerwettbewerbliche Ziele im Rahmen des Art. 101 Abs. 1 AEUV berücksichtigt und hierbei Bezug auf die *Wouters*-Entscheidung genommen. So entschied der EuGH, dass Art. 101 Abs. 1 AEUV u.a. nicht anwendbar sei auf wettbewerbsbeschränkende Praktiken, die die Integrität des Sports sicherstellen (Anti-Doping Regeln in *Meca-Medina*<sup>46</sup>), die die Qualität von Buchhalterdienstleistungen sichern (Beschränkung des Zugangs zum Markt für die Berufsausbildung in *OTO*<sup>47</sup>) oder die Garantien für die Verbraucher einer Dienstleistung bereitstellen (Preiskontrolle einer Geologenvereinigung in *Consiglio nazionale di geologi*<sup>48</sup>).<sup>49</sup>

### 3. Bereichsausnahme für notwendig wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen?

Ferner stellt sich die Frage, ob für Nachhaltigkeitsinitiativen eine vollständige Bereichsausnahme vom Kartellverbot in Frage kommt. Grundlage für eine solche Argumentation könnte die *Albany*-Entscheidung des EuGH bilden.<sup>50</sup> Hier hatte der EuGH über die kartellrechtliche Zulässigkeit eines verpflichtenden Tarifvertrags für die niederländische Textilindustrie zu befinden, über den ein Rentenfonds eingerichtet wurde.<sup>51</sup> Der EuGH kam zu dem Ergebnis, dass der dem Sachverhalt zugrunde liegende Tarifvertrag vom Anwendungsbereich des Kartellverbots ausgenommen sei, da er nach Erkenntnis des Gerichtshofs zur Verbesserung einer der Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer – nämlich der Entlohnung – beitrage.<sup>52</sup> Der EuGH verzichtete in seiner Urteilsbegründung auf jegliche Verhältnismäßigkeitsprüfung, sodass keine Abwägung der sozialpolitischen Ziele

---

<sup>45</sup> Hierzu ausführlich *Breuer*, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, Baden-Baden 2013, S. 548 ff.

<sup>46</sup> EuGH, Urt. v. 18. Juli 2006, Rs. C-519/04P – *Meca-Medina*.

<sup>47</sup> EuGH, Urt. v. 28. Februar 2013, Rs. C-1/12 – *OTO*. Der EuGH kam jedoch in diesem Fall zu dem Ergebnis, dass die mit der Vereinbarung verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen über das hinausgehen scheinen, was zur Sicherstellung der Qualität der von den geprüften Buchhaltern angebotenen Dienstleistungen notwendig ist. Vgl. EuGH, Urt. v. 28. Februar 2013, Rs. C-1/12, Rn. 93-100.

<sup>48</sup> EuGH, Urt. v. 18. Juli 2013, Rs. C-136/12 – *Consiglio nazionale di geologi*.

<sup>49</sup> Vgl. hierzu auch *Monti* und *Mulder*, Escaping the Clutches of EU Competition Law Pathways to Assess Private Sustainability Initiatives, *European Law Review*, 2017 (5), S. 646 f.

<sup>50</sup> EuGH, Urt. v. 21. September 1999, Rs. C-67/96 – *Albany*.

<sup>51</sup> Das niederländische Rentensystem sieht neben der vom Staat garantierten Rente eine „Zweite Säule“ in Form einer betrieblichen Zusatzrente vor. Die Arbeitgeber können zwar grundsätzlich frei entscheiden, ob sie ihren Arbeitnehmern eine Zusatzrente gewähren wollen. In der Praxis sind jedoch regelmäßig durch Tarifverträge branchenspezifische Rentenfonds eingerichtet worden, für die mittels einer Verordnung des Sozialministers eine Zwangsmemberschaft für alle Personengruppen der betreffenden Branche besteht.

<sup>52</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 21. September 1999, Rs. C-67/96, Rn. 59-64 – *Albany*.

(Verbesserung der Arbeitsbedingungen) mit den zu erwartenden Wohlfahrtsverlusten stattfand, was die Einordnung als Bereichsausnahme naheliegend erscheinen lässt.

Die „*Albany*“-Ausnahme ist vom EuGH für einen Fundamentalkonflikt zwischen der primärrechtlich anerkannten Tarifvertragseinheit und dem Wettbewerbsrecht entwickelt worden. Tarifverträge beschränken ihrer Natur nach zwingend den Wettbewerb, nämlich den Preiswettbewerb zwischen Arbeitnehmern. Demnach kann das Verbot der Wettbewerbsbeschränkung insoweit vollständig zurücktreten, wenn eine private Verhaltensweise ihrer Natur nach zu Wettbewerbsbeschränkungen führt und dennoch vom europäischen Primärrecht ausdrücklich anerkannt wird.<sup>53</sup>

Es ist fraglich, inwieweit Kooperationsformen privater Selbstregulierung, die Gemeinwohlziele verfolgen, diese Voraussetzungen erfüllen können. Die umweltschutzspezifischen Querschnittsklauseln des europäischen Primärrechts (Art. 11 und Art. 191 AEUV) richten sich – wie auch die anderen Querschnittsklauseln – in erster Linie an die Organe der Europäischen Union und damit an den Gesetzgeber und nicht an private Personen oder Unternehmen.<sup>54</sup> Eine wettbewerbsbeschränkende Handlung Privater ist hiermit also weder automatisch verbunden, noch wird sie ausdrücklich gebilligt. Die umweltspezifischen Querschnittsklauseln können daher wohl eher nicht als Rechtfertigung für eine vollständige Bereichsausnahme vom Kartellverbot für Kooperationsformen privater Selbstregulierung auf Grundlage der *Albany*-Doktrin dienen. Der Gedanke einer von Abwägungen befreiten Bereichsausnahme hat auch in Bezug auf andere Gemeinwohlaspekte bislang keine relevante Unterstützung erfahren.<sup>55</sup>

#### 4. Weitere Überlegungen

Überdies wäre zu überlegen, ob die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen privater Selbstregulierung einen Anwendungsfall der Figur der notwendigen Nebenabrede bzw. der Immanenztheorie darstellen könnten. Diese Doktrinen beruhen auf folgender Annahme: Soweit die Beteiligten mit der Vereinbarung einen kartellrechtsneutralen Hauptzweck verfolgen, fällt eine Beschränkung der geschäftlichen Selbständigkeit eines oder mehrerer an dieser Maßnahme Beteiligten nicht unter das Kartellverbot, wenn die Beschränkung für die Erreichung des Hauptzwecks der Maßnahme objektiv notwendig und verhältnismäßig ist.<sup>56</sup> Wichtigste Beispiele sind auf einen kartellrechtsneutralen Zweck gerichtete

---

<sup>53</sup> Vgl. *Breuer*, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, Baden-Baden 2013, S. 616 ff.

<sup>54</sup> Vgl. hierzu *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Simon*, Das Recht der EU, 69. EL Februar 2020, AEUV Art. 147, Rn. 6 – 10.

<sup>55</sup> Zu den Feldern, für die eine der *Albany*-Doktrin entsprechende Bereichsausnahme erwogen wurde, zählen der Sport (*Meca-Medina*) und die Regeln, die von Standesvertretungen freier Berufe beschlossen werden (*Wouters*). Sportverbände und berufsständische Vertretungen beriefen sich auf ihre Verbands- bzw. Selbstverwaltungsautonomie. Dieser Aspekt knüpft unmittelbar an die erste der beiden grundlegenden Voraussetzungen der *Albany*-Doktrin an. Jedoch erfüllen beide Autonomiebereiche nicht die Bedingung, dass sie ihrem Zweck oder ihrer Natur nach auf Wettbewerbsbeschränkungen gerichtet sind.

<sup>56</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 11. September 2014, C-382/12 P, juris Tz. 89 – MasterCard u. a./Kommission m.w.N.

Gesellschaftsverträge und Unternehmenskaufverträge sowie Kaufverträge über Gesellschaftsbeteiligungen mit Wettbewerbsverbot.<sup>57</sup> Die Anwendung der Figur der Nebenabrede bzw. der Immanenztheorie auf umweltschutzspezifische Vereinbarungen wurde bisher nicht gerichtlich überprüft, was teilweise allerdings auch als Chance angesehen wird.<sup>58</sup> Ob sich die Wettbewerbsbeschränkung dann wirklich als Nebenabrede eines kartellrechtsneutralen Hauptvertrags darstellen kann, dürfte aber zumindest kritisch zu hinterfragen sein.

Denkbar wäre ferner, dass Kooperationsformen privater Selbstregulierung vom Arbeitsgemeinschaftsgedanken profitieren könnten. Wenn sich mehrere Unternehmen für die Erfüllung eines meist größeren Auftrags zusammenschließen (sog. Arbeitsgemeinschaft) und vereinbaren, dass sie keine eigenständigen Angebote abgeben und nicht mit anderen Unternehmen zusammenarbeiten, kann hierdurch der Wettbewerb beschränkt werden, insbesondere wenn die beteiligten Unternehmen derselben Branche angehören. Dies stellt in der Regel eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB dar. Allerdings kann dann eine Ausnahme gelten, wenn sich die Zusammenarbeit nur auf solche Produkte oder Dienstleistungen erstreckt, die von den Beteiligten nicht jeweils allein produziert oder erbracht werden können.<sup>59</sup> Die an Nachhaltigkeitsinitiativen beteiligten Unternehmen treten allerdings regelmäßig weiter eigenständig am Markt auf.

## II. Art. 101 Abs. 3 AEUV

Der zweite Anknüpfungspunkt zur Berücksichtigung von Gemeinwohlzielen in der Kartellrechtsanwendung ist ihre Würdigung im Rahmen des Art. 101 Abs. 3 AEUV. Hierfür müssen vier Bedingungen erfüllt sein: Eine Vereinbarung muss (i) zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, (ii) die Verbraucher müssen eine angemessene Beteiligung an den entstehenden Effizienzgewinnen erhalten, (iii) sie darf keine Beschränkung enthalten, die für die Verwirklichung der ersten beiden Ziele nicht unerlässlich ist, und (iv) sie darf es den beteiligten Parteien nicht ermöglichen, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren (oder Dienstleistungen) den Wettbewerb auszuschalten. Für eine Freistellung vom Kartellverbot ist also primär zu prüfen, ob die betreffende Nachhaltigkeitsvereinbarung zu erheblichen Effizienzgewinnen führt (hierzu 1.). Daneben ist die Frage der angemessenen Beteiligung der Verbraucher von besonderer Bedeutung (hierzu 2.).<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> Vgl. *Krauß* in: Langen/Bunte, GWB, 13. Aufl., § 1 GWB, Rn. 151.

<sup>58</sup> Vgl. *Holmes*, Climate Change, sustainability, and competition law, *Journal of Antitrust Enforcement*, 2020 (8), S. 370 f.

<sup>59</sup> Vgl. *Brauß* in: Langen/Bunte, Europäisches Kartellrecht, 13. Aufl., Nach Art. 101 AEUV, Rn. 76.

<sup>60</sup> Sowohl die Frage der Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkungen als auch die Frage einer möglichen Ausschaltung des Wettbewerbs können auch im Kontext von nachhaltigkeits- bzw. gemeinwohlspezifischen

## 1. Nachhaltigkeitsverbesserungen als Effizienzgewinne

Erste Voraussetzung für die Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV ist ein Beitrag zur „Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung“ oder zur „Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts“. Ungeklärt ist bislang, inwieweit die durch Kooperationsformen privater Selbstregulierung erreichten Gemeinwohlziele (wie Umweltschutz, Tierschutz oder Verbesserung der Lebensbedingungen in Entwicklungsländern) als Effizienzgewinne im Sinne der ersten Bedingung des Art. 101 Abs. 3 AEUV qualifiziert werden können.

Vor dem Inkrafttreten der VO 1/2003<sup>61</sup> vertrat die Europäische Kommission eine breitere Auffassung über die Art von Faktoren, die als Effizienzgewinne in Betracht gezogen werden können. So hat die Europäische Kommission in ihrer CECED-Entscheidung aus dem Jahr 2000 eine Vereinbarung zur schrittweisen Abschaffung energieineffizienter Waschmaschinen mit der Begründung freigestellt, dass diese u.a. zur Senkung des Energieverbrauchs und damit zur Verringerung der Umweltauswirkungen der Produkte beitrage.<sup>62</sup> Dabei hat die Europäische Kommission insbesondere auch die kollektiven Umweltvorteile, die sich aus der Vereinbarung in Form eines geringeren Energieverbrauchs ergeben würden, berücksichtigt. Die 2004 veröffentlichten Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 EG-Vertrag („2004er Leitlinien“) grenzen den zuvor verfolgten Ansatz jedoch ein. Nach diesen können außerwettbewerbliche Ziele, die mit anderen Bestimmungen der europäischen Verträge angestrebt werden, nur berücksichtigt werden, wenn sie unter die vier Bedingungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV subsumiert werden können.<sup>63</sup> Die neue Linie der Europäischen Kommission schlug sich auch in der Bewertung der CECED-Entscheidung nieder: Die aktuelle Fassung der Horizontalleitlinien aus dem Jahr 2011 nennt in Bezug auf ein Fallbeispiel, welches auf den Gegebenheiten der CECED-Entscheidung basiert, als von der Vereinbarung bewirkte Effizienzgewinne nur die auf dem Markt herbeigeführte technische Innovation und die für den

---

Kooperationen relevant werden. Die dabei aufgeworfenen Fragen sind allerdings weniger nachhaltigkeitspezifisch und werden daher nicht separat behandelt. Nichtsdestotrotz können diese Bedingungen eine erhebliche Hürde für Kooperationsformen privater Selbstregulierung darstellen. Dies zeigt sich bspw. für die Bedingung der Unerlässlichkeit in zwei Verfahren des Bundeskartellamtes zu Rücknahmesystemen (siehe hierzu Abschnitt D. I. 1). Zudem kann insbesondere für branchenweite Kooperationsformen privater Selbstregulierung die Bedingung der Nicht-Ausschaltung des Wettbewerbs eine relevante Hürde darstellen.

<sup>61</sup> Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln.

<sup>62</sup> *Europäische Kommission*, Entscheidung v. 24. Januar 1999, Az. IV. F. 1/36.178, Rn. 55-57 – *CECED*. Weitere Beispiele in *Nistor*, *Public Services and the European Union*, Springer Science & Business Media, 2011, S. 206.

<sup>63</sup> *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABI (EU) C101/97 v. 27. April 2004, Rn. 42. Hintergrund dieser Klarstellung war möglicherweise auch der in die gleiche Zeit fallende Übergang zur dezentralen Anwendung des EU-Kartellrechts und zum Legalausnahmesystem, vgl. *Lugard und Hancher* (2004), *Honey, I Shrunk the Article!*, *European Competition Law Review*, 7, S. 410 – 420.

Einzelnen erzielbaren Kostenersparnisse, ohne auf die Auswirkungen auf den Umweltschutz als solche einzugehen.<sup>64</sup>

Nach den weiterhin geltenden 2004er Leitlinien können als Effizienzen im Sinne der ersten Bedingung des Art. 101 Abs. 3 AEUV insbesondere solche Gemeinwohlziele in Betracht kommen, die mit anderen Bestimmungen der europäischen Verträge angestrebt werden.<sup>65</sup> Diese decken ein breites Themenspektrum ab, von der Umwelt (Art. 11 AEUV, Art. 37 Grundrechtecharta) über die Kultur (Art. 167 Abs. 1 und 4 AEUV) bis hin zu gesundheits- und sozialpolitischen Anliegen (Art. 168 Abs. 1, Art. 9, Art. 10 AEUV).

Neben Kosteneinsparungen erkennen die 2004er Leitlinien auch sog. „qualitative Effizienzgewinne“ an<sup>66</sup>, die einen Mehrwert in Form eines neuen oder verbesserten Produktes bzw. einer größeren Produktvielfalt erbringen. Dies eröffnet Spielräume für die Einbeziehung von Gemeinwohlzielen.<sup>67</sup> Es sei es aber stets erforderlich, den Wert dieser Effizienzen zu ermitteln.<sup>68</sup>

Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, die sich auf bestimmte Gemeinwohlaspekte positiv auswirken, können auch klassische Effizienzgewinne (in Form von Preissenkungen oder Qualitätsverbesserungen) auslösen. Zu denken wäre hier etwa an Produktionsverfahren, die umweltschädliche Stoffe effizienter verwenden, wodurch aber zugleich auch die Produktionskosten gesenkt werden. Daneben sind Fälle denkbar, in denen sich die Vereinbarung allein auf Gemeinwohlaspekte positiv auswirkt. Während die Bewertung klassischer Effizienzgewinne (Senkung der Produktionskosten) in der Regel keine besonderen Probleme aufwirft, kann die Bewertung von gemeinwohlspezifischen Verbesserungen für den Rechtsanwender eine Herausforderung darstellen.

Insbesondere die Quantifizierung solcher gemeinwohlspezifischer Verbesserungen bereitet in der Praxis Schwierigkeiten. Die Gründe dafür reichen vom Praktischen bis hin zum Normativen. So existiert für viele Verbesserungen, die durch Kooperationsformen privater

---

<sup>64</sup> Vgl. *Europäische Kommission*, Mitteilung über Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABI. (EU) C 11/01 v. 14. Januar 2011, Rn. 329. In der 2001 veröffentlichten Version der Leitlinie wurde zu diesem Fallbeispiel hingegen noch konstatiert, dass der Nettobeitrag zum Umweltschutz insgesamt schwerer wiege als die Kostensteigerung; siehe *Europäische Kommission*, Bekanntmachung über Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABI. (EG) C 3/02 v. 6. Januar 2001, Rn. 198.

<sup>65</sup> Vgl. *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABI (EU) C101/97 v. 27. April 2004, Rn. 42.

<sup>66</sup> Vgl. ebd., Rn. 69 ff.

<sup>67</sup> Vgl. *Schweitzer*, in: Politischer Einfluss auf Wettbewerbsentscheidungen: Die Bedeutung nicht-wettbewerblicher Aspekte für die Auslegung von Art. 101 AEUV im Licht der Querschnittsklauseln, Baden-Baden 2015, S. 27.

<sup>68</sup> Vgl. *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABI (EU) C101/97 v. 27. April 2004, Rn. 55.

Selbstregulierung erreicht werden können, kein konkreter „Marktpreis“. Beispiele hierfür sind Umweltschutzbemühungen, Verbesserung in der Tierhaltung oder Verbesserungen der Arbeitsbedingungen in Entwicklungsländern.

Eine theoretische Grundlage für die Monetarisierung bildet die Hicksian Compensating Variation (Kompensierende Variation, CV).<sup>69</sup> Sie beschreibt den Geldbetrag, der einer Person gegeben oder genommen werden müsste, damit diese bei einer Veränderung der relativen Preise – d.h. der Preise verschiedener Güter – ihr ursprüngliches Nutzenniveau wieder erreicht. Die kompensierende Einkommensveränderung ist der (Mindest-) Betrag, den man einer Person zahlen müsste, damit sie eine negative Nutzenänderung freiwillig akzeptiert (z.B. Verkehrslärm und Luftverschmutzung), bzw. der (Höchst-) Betrag, den Sie für eine positive Nutzenänderung zu zahlen bereit wäre (z.B. mehr Tierwohl). Der erstgenannte Betrag ist die Annahmefähigkeit einer Person (Willingness to accept, WTA) und der zweitgenannte Betrag die Zahlungsbereitschaft der Person (Willingness to Pay, WTP). Für die Bestimmung der WTP und WTA stehen verschiedene ökonomische Bewertungsmethoden zur Verfügung, die sich in direkte und indirekte Bewertungsmethoden einteilen lassen.

Indirekte Bewertungsmethoden leiten den Wert eines nicht bepreisten Gutes von dem Wert eines anderen Gutes ab, für welches ein Marktpreis existiert. Ihre Ergebnisse beruhen somit auf realen Entscheidungssituationen, wenngleich diese sich nicht direkt auf das nicht bepreiste Gut beziehen. Ein Beispiel hierfür ist die Reisekostenmethode (auch Clawson Methode<sup>70</sup>), die den Wert eines nicht bepreisten Gutes, wie bspw. einem Nationalpark, daran bemisst, welche Reisekosten Verbraucher auf sich nehmen, um den Park zu besuchen. Sie wird am häufigsten bei der Bewertung des Freizeit- und Erholungsnutzens von öffentlichen Gütern eingesetzt.

Während der Vorteil indirekter Bewertungsmethoden darin besteht, dass sie auf realen Entscheidungssituationen beruhen, ist ihr Nachteil, dass sie nur Anwendung finden können, wenn zwischen der Nachfrage nach dem nicht bepreisten Gut und der Nachfrage nach einem bepreisten Gut ein direkter Zusammenhang besteht.

Bei direkten Bewertungsmethoden besteht diese Anwendungsbeschränkung zwar nicht, hier bestehen jedoch andere Defizite. Zu den direkten Bewertungsmethoden zählen Techniken, bei denen die Verbraucher direkt befragt werden, welchen Wert sie einem bestimmten Gut zumessen. Hierzu zählt die Contingent Valuation Methode (CVM), die den Wert eines nicht

---

<sup>69</sup> Vgl. *Kloosterhuis und Mulder (2015)*, Competition Law Environmental Protection: The Dutch Agreement on Coal-fired Powerplants, *Journal of Competition Law & Economics*, 11 (4), S. 855 – 880.

<sup>70</sup> Vgl. etwa *Smith (1971)*, The evaluation of recreation benefits: the Clawson method in practice. *Urban Studies*, 8 (2), 89 – 102.

bepreisten Gutes mithilfe von Befragungen ermittelt, sowie Auswahlexperimente (Choice-based Conjoint Method, CBC). Auswahlexperimente ermitteln den Wert eines nicht bepreisten Gutes, indem sie Experimentteilnehmer verschiedene Optionen zur Wahl stellen, die sich in mehreren Umwelteigenschaften sowie in der Zahlung (d.h. dem zu zahlenden Preis) unterscheiden.

Vorteil dieser direkten Befragungstechniken ist, dass hiermit auch Güter untersucht werden können, die sich sonst einer Beurteilung entziehen würden (wie bspw. immaterielle Güter). Zentraler Nachteil der direkten Befragungstechniken ist, dass bei der Befragung keine echte Güterabwägung stattfindet und ihre Ergebnisse stark durch das Befragungsdesign beeinflusst werden können. So kann der Wortlaut von Fragen (sog. „Framing-Effekt“)<sup>71</sup> sowie der gewählte Ansatz (Zahlungsbereitschaft oder Verkaufsbereitschaft) Einfluss auf die Antworten der Befragten nehmen. Daneben haben Studien gezeigt, dass die geäußerte Zahlungsbereitschaft oftmals von der tatsächlichen Zahlungsbereitschaft abweicht.<sup>72</sup>

Eine weitere Bewertungsmethode, die insbesondere für die Bewertung von Umweltverschlechterungen herangezogen werden kann, ist der Vermeidungskostenansatz, welcher den Wert eines nicht bepreisten Gutes, wie bspw. den Wert eines Umweltschadens, anhand der Kosten seiner Vermeidung bestimmt.<sup>73</sup> Dieser Ansatz bietet den Vorteil, dass die Vermeidungskosten in der Regel wesentlich besser erfassbar sind als die Schadenskosten. Nachteil des Vermeidungskostenansatzes ist allerdings, dass die Verbindung zwischen Vermeidungskosten und den durch externe Effekte verursachten Nutzenverlusten relativ schwach ist. Die tatsächlich verursachten Schäden können von den Vermeidungskosten stark abweichen. Zudem sind Vermeidungskosten technologieabhängig, weshalb es schwierig ist, ihre Entwicklung für abweichende Rahmenbedingungen und längere Zeitpunkte zu prognostizieren.<sup>74</sup>

Schon diese Pluralität der Bewertungsmethoden stellt für die ökonomische Bewertung von außerwettbewerblichen Zielen ein praktisches Problem dar. Oftmals kommen die

---

<sup>71</sup> Vgl. etwa *Malenka et al. (1993)*, The framing effect of relative and absolute risk, *Journal of General Internal Medicine*, 8, S. 543 – 548.

<sup>72</sup> Dies zeigt sich bspw. daran, dass Verbraucher in Umfragen eine höhere Zahlungsbereitschaft für Nachhaltigkeitsstandards äußern, als ihr tatsächliches Kaufverhalten offenbart. Dieses Phänomen wird auch als „Sustainability Paradoxon“ bezeichnet. Vgl. *White, Hardisty und Habib (2019)*, The Elusive Green Consumer, *Harvard Business Review*, Issue July-August, abrufbar unter <https://hbr.org/2019/07/the-elusive-green-consumer>.

<sup>73</sup> Ein Beispiel für ein Verfahren zur Ermittlung von Vermeidungskosten ist der europäische Emissionszertifikatehandel. Der Preis der Zertifikate entspricht den Grenzkosten der Vermeidung der am Handel beteiligten Unternehmen, wenn ein bestimmtes Emissionsmaximum erreicht werden soll.

<sup>74</sup> Vgl. *Puls (2009)*, Externe Kosten am Beispiel des deutschen Straßenverkehrs, Forschungsbericht aus dem Institut der deutschen Wirtschaft Köln, Nr. 53, S. 27 f.

unterschiedlichen Methoden nämlich zu verschiedenen Ergebnissen.<sup>75</sup> Gründe hierfür liegen u.a. in den oben genannten Schwächen der jeweiligen Bewertungsmethoden. Zudem kommen für verschiedene gemeinwohlspezifische Verbesserungen unterschiedliche Bewertungsmethoden in Frage, sodass auch hierdurch Schwankungen in der Bewertung entstehen können. Die Monetarisierung gemeinwohlspezifischer Verbesserungen ist damit stets mit großen Unsicherheiten behaftet, weil die anzusetzenden Preise erheblich von den ausgewählten Ableitungsverfahren abhängen.

Neben praktischen bestehen bei der Monetarisierung bzw. Quantifizierung außerwettbewerblicher Ziele auch normative Probleme. So lassen sich nicht sämtliche Nachhaltigkeitsaspekte innerhalb eines ökonomischen, auf Geldwerten basierenden Systems, bewerten. Beispielhaft hierfür sind Ziele wie die Verhinderung von Kinderarbeit in Entwicklungsländern oder die Vermeidung von Gesundheitsschäden durch Umweltschutzmaßnahmen. Wünschenswerte Verbesserungen in diesen Bereichen dürften sich aus ethischen wie aus verfassungsrechtlichen Gründen einer monetären Bewertung per se entziehen.<sup>76</sup>

Die genannten praktischen und normativen Probleme verdeutlichen, dass die Quantifizierung von gemeinwohlspezifischen Verbesserungen aufgrund der beschriebenen Unsicherheiten am Ende immer auch eine politische Entscheidung bleibt.<sup>77</sup>

## 2. Angemessene Verbraucherbeteiligung

Die zweite Bedingung für eine Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV erfordert, dass die Verbraucher eine angemessene Beteiligung an den entstehenden Effizienzgewinnen erhalten.<sup>78</sup> Dies erfordert nach den 2004er Leitlinien, dass die Nettowirkung der Vereinbarung aus Sicht der unmittelbar oder wahrscheinlich betroffenen Verbraucher mindestens neutral

---

<sup>75</sup> So zeigten sich auch in der von der niederländischen Wettbewerbsbehörde ACM im „Chicken of Tomorrow“-Fall durchgeführten Analyse abweichende Ergebnisse zwischen verschiedenen Bewertungsmethoden. Die von der ACM genutzten ökonomischen Bewertungsmethoden zur Bewertung der Zahlungsbereitschaft der Verbraucher (CBC und CVM) kamen im Ergebnis zwar zur selben negativen Gesamtbewertung der Initiative, wichen in absoluten Zahlen jedoch erheblich voneinander ab. Vgl. im Einzelnen ACM, Economische effecten van „Kip van Morgen“, Tabelle 17 abrufbar (in Niederländisch) unter: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13759/Onderzoek-ACM-naar-de-economische-effecten-van-de-Kip-van-Morgen>.

<sup>76</sup> Zur Inkommensurabilität des menschlichen Lebens und zum Umgang von Regierungen und staatlichen Institutionen in Entscheidungssituationen mit diesem Gut siehe *Chang*, *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Cambridge 1997, S. 191 ff.

<sup>77</sup> Ähnlich zur Bestimmung externer Kosten: *Puls (2009)*, Externe Kosten am Beispiel des deutschen Straßenverkehrs, Forschungsbericht aus dem Institut der deutschen Wirtschaft Köln, Nr. 53, S. 7 f.

<sup>78</sup> Zu berücksichtigen sind hierbei nur solche Effizienzgewinne, die die Unerlässlichkeitsbedingung des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen. Vgl. *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABI (EU) C101/97 v. 27. April 2004, Rn. 39.

ist.<sup>79</sup> Unter dem Begriff der Verbraucher sollen in diesem Zusammenhang alle direkten und indirekten Konsumenten der Dienstleistung oder des Produktes zu verstehen sein, auf die oder das sich die Vereinbarung bezieht.<sup>80</sup> Negative Effekte für Verbraucher auf einem räumlichen oder sachlichen relevanten Markt können normalerweise nicht durch positive Auswirkungen auf anderen Märkten ausgeglichen werden. Sind zwei Märkte jedoch miteinander verknüpft, können auf verschiedenen Märkten erzielte Effizienzgewinne berücksichtigt werden, sofern im Wesentlichen die gleiche Verbrauchergruppe von der Einschränkung betroffen ist wie die, die von den Effizienzgewinnen profitiert.<sup>81</sup> Auch in der Zukunft liegende positive Effekte für die Verbraucher können berücksichtigt werden, müssen jedoch entsprechend dem Zeitverzug diskontiert werden.<sup>82</sup>

Problemfelder liegen insbesondere in der Bewertung solcher Effizienzen, die ihre positive Wirkung in anderen Bereichen und nicht auf den relevanten Märkten bzw. nicht für die Verbraucher im Sinne des Art. 101 Abs. 3 AEUV entfalten. Beispiele hierfür könnten die Einführung von Mindestlöhnen in Entwicklungsländern oder ein Nutzungsverbot für gesundheitsschädliche Chemikalien in der Produktion sein. Hierbei kann es sich um anerkannte Gemeinwohlziele handeln, deren positive Wirkung sich jedoch nicht oder nicht vollständig im betroffenen Produkt widerspiegelt – jedenfalls nicht materiell. Bei diesen positiven „Außenwirkungen“ handelt es sich somit um externe Effekte.

Es ist fraglich, inwieweit externe Effekte im Rahmen des Art. 101 Abs. 3 AEUV überhaupt berücksichtigt werden können. Der Wortlaut des Art. 101 Abs. 3. AEUV und vor allem die geltenden Horizontalleitlinien der Kommission sprechen für eine restriktive Auslegung. Zudem stellt die Quantifizierung dieser externen Effekte Wettbewerbsbehörden vor die o.g. Probleme. Eine objektivierbare Quantifizierung wird bei externen Effekten kaum möglich sein. Allerdings führen die Horizontalleitlinien nur zu einer Selbstbindung der Europäischen Kommission<sup>83</sup> und binden nicht den EuGH oder die nationalen Gerichte. Der EuGH hat in der Rechtssache *Expedia* zudem klargestellt, dass diese Bindungswirkung sich nicht auf nationale Kartellbehörden erstreckt.<sup>84</sup> Insofern könnten nationale Wettbewerbsbehörden auch flexiblere Ansätze bei der Auslegung der Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV verfolgen.<sup>85</sup>

---

<sup>79</sup> Vgl. *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABI (EU) C101/97 v. 27. April 2004, Rn. 85.

<sup>80</sup> Vgl. ebd., Rn. 84.

<sup>81</sup> Vgl. ebd., Rn. 43.

<sup>82</sup> Vgl. ebd., Rn. 88.

<sup>83</sup> Vgl. *Bunte* in Langen/Bunte, *Europäisches Kartellrecht*, 13. Auflage, Einleitung zum EU-Kartellrecht, Rn. 23-24.

<sup>84</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 13. Dezember 2012, Rechtssache C-226/11, Rn. 30-31.

<sup>85</sup> Siehe hierzu insbesondere den Entwurf der Leitlinien der ACM zum Umgang mit Nachhaltigkeitsvereinbarungen im Abschnitt D. II. 3.

### III. Zwischenfazit

Kooperationsformen privater Selbstregulierung, die Klimaschutz- und andere Gemeinwohlziele verfolgen und zu keiner Wettbewerbsbeschränkung führen, fallen schon nicht in den Anwendungsbereich des Kartellverbots. Hierzu zählen insbesondere nicht bindende Vereinbarungen, die in einem offenen und transparenten Verfahren Standards in Bezug auf bestimmte Gemeinwohlziele definieren, oder auch Vereinbarungen, bei denen sich die beteiligten Unternehmen gemeinsam in einem Code of Conduct allein dazu verpflichten, ohnehin rechtlich verbindliche Vorgaben einzuhalten. Sind Kooperationen privater Selbstregulierung hingegen mit einer Beschränkung des Wettbewerbs verbunden, weil sie bspw. den parallelen Vertrieb „konventioneller“ und eventuell günstigerer Produkte verbieten, stellt sich die Frage der Berücksichtigungsfähigkeit von Gemeinwohlzielen im Rahmen des Art. 101 AEUV.

Insbesondere Gemeinwohlziele, die mit anderen Bestimmungen des europäischen Primärrechts angestrebt werden, können im Rahmen des Kartellverbots Berücksichtigung finden; ihrer Berücksichtigungsfähigkeit sind allerdings Grenzen gesetzt: Eine Einschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 101 Abs. 1 AEUV dürfte für Kooperationsformen privater Selbstregulierung nur in Ausnahmefällen in Frage kommen. Dies gilt vornehmlich für den Fall, dass die kooperierenden Unternehmen über staatliche delegierte Rechtsdurchsetzungsbefugnisse oder Autonomie-Rechte verfügen. Andernfalls kommt eine Berücksichtigung im Rahmen des Art. 101 Abs. 3 AEUV in Frage. Auf den Schutz abstrakter Gemeinwohlziele können sich die kooperierenden Unternehmen hierbei allerdings nicht berufen. Sie müssen stattdessen den Nachweis erbringen, dass die nachteilig betroffenen Verbraucher auf dem relevanten Markt auch von den Vorteilen der Vereinbarung profitieren und insgesamt durch die Vereinbarung nicht schlechter gestellt werden.<sup>86</sup> Durch die Bedingung der angemessenen Beteiligung der Verbraucher dürfte die Berücksichtigungsfähigkeit von gemeinwohlspezifischen Vorteilen stark eingeschränkt sein, da diese oftmals nicht nur den Verbrauchern auf dem relevanten Markt, sondern überwiegend der gesamten Gesellschaft zu Gute kommen. Diese Problematik hat die niederländische Wettbewerbsbehörde dazu veranlasst, für bestimmte Nachhaltigkeitsinitiativen eine Flexibilisierung der Bedingung der angemessenen Beteiligung der Verbraucher vorzuschlagen (siehe Abschnitt D).

---

<sup>86</sup> So auch *Schweitzer*, in: Politischer Einfluss auf Wettbewerbsentscheidungen: Die Bedeutung nicht-wettbewerbslicher Aspekte für die Auslegung von Art. 101 AEUV im Licht der Querschnittsklauseln, Baden-Baden 2015, S. 38.

#### D. Praxis europäischer Wettbewerbsbehörden

Die Frage nach der Berücksichtigungsfähigkeit von Gemeinwohlzielen wurde in der jüngeren Praxis des Bundeskartellamtes vermehrt aufgeworfen; sie ist jedoch keineswegs gänzlich neu: Bereits seit der Jahrtausendwende hat sich das Bundeskartellamt mit der Berücksichtigungsfähigkeit von Umweltschutzbelangen im Rahmen des Kartellverbots befasst. Anlass waren gesetzgeberische Maßnahmen, die zur Entstehung verschiedener Rücknahmesysteme geführt haben, wie dem „Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland AG“ (DSD).<sup>87</sup>

Zudem hatte der Gesetzgeber im Rahmen der 6. GWB-Novelle 1999 einen neuen Freistellungstatbestand in § 7 GWB aufgenommen, der sich ausdrücklich auf Kooperationen zur Verwirklichung umweltrechtlicher Rücknahme- und Verwertungspflichten bezog.<sup>88</sup> Bereits vor der 6. GWB-Novelle wurden Ausnahmereiche vom Kartellverbot für den Umweltsektor diskutiert. Der Entwurf eines Umweltgesetzbuches (UGB) aus dem Jahr 1997 sah eine Regelung vor, die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zum Zwecke des Umweltschutzes vom Kartellverbot des § 1 GWB ausnimmt und der Kartellbehörde lediglich die Möglichkeit einräumte, im Einvernehmen mit der Umweltbehörde zu widersprechen, falls die Freistellungsvoraussetzungen im Einzelfall nicht vorlagen.<sup>89</sup> Ein spezifischer kartellrechtlicher Ausnahmetatbestand für den Umweltsektor wurde schlussendlich aber weder im deutschen noch im europäischen Kartellrecht eingeführt.

Nachfolgend soll auf zwei Verfahren des Bundeskartellamtes im Zusammenhang mit Rücknahmesystemen sowie auf die jüngere Praxis des Bundeskartellamtes im Umgang mit Kooperationen privater Selbstregulierung, die Gemeinwohlziele verfolgen, eingegangen werden (hierzu I.). Anschließend wird auf die bisherige Praxis der niederländischen

---

<sup>87</sup> Vgl. *Bundeskartellamt*, Pressemitteilung vom 23. August 2002, Bundeskartellamt prüft Vereinbarkeit des DSD mit dem Kartellgesetz, abrufbar unter [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2002/23\\_08\\_2002\\_DSD.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2002/23_08_2002_DSD.html).

<sup>88</sup> §7 wurde mit der 7. GWB-Novelle am 30.06.2005 wieder abgeschafft. Danach konnten Vereinbarungen und Beschlüsse, die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zu einer Verbesserung der Rücknahme oder Entsorgung von Waren beitragen, vom Verbot des § 1 GWB freigestellt werden, wenn die Verbesserung von den beteiligten Unternehmen auf andere Weise nicht erreicht werden kann, in einem angemessenen Verhältnis zu der damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkung steht und die Wettbewerbsbeschränkung nicht zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt.

<sup>89</sup> Vgl. *Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit* (Hrsg.), *Umweltgesetzbuch (UGB-KomE)*, 1998, S. 122. 2009 erklärte der damalige Bundesumweltminister Sigmar Gabriel das Umweltgesetzbuch für gescheitert. Vgl. *BMU*, Pressemitteilung vom 1. Februar 2009, Umweltgesetzbuch ist am Widerstand Bayerns und der Union gescheitert, abrufbar unter <https://www.bmu.de/pressemitteilung/umweltgesetzbuch-ist-am-widerstand-bayerns-und-der-union-gescheitert/>.

Wettbewerbsbehörde (hierzu II.) sowie anderer europäischer Wettbewerbsbehörden einschließlich der Europäischen Kommission eingegangen (hierzu III.).

## I. Bundeskartellamt

### 1. Rücknahmesysteme

Die zwei nachfolgend dargestellten Verfahren des Bundeskartellamtes betreffen die Verordnung über die Vermeidung und Verwertung von Verpackungsabfällen (Verpackungsverordnung), die mittlerweile durch das Verpackungsgesetz (VerpackG) abgelöst wurde.<sup>90</sup> Ziel der Verpackungsverordnung war zunächst die Reduzierung des Aufkommens von Verpackungsmüll sowie eine Abkehr von der Wegwerfgesellschaft.<sup>91</sup> Um ein effizientes Verwertungssystem zu gewährleisten, schrieb die Verpackungsverordnung vor, dass jedes Unternehmen, das in Deutschland Verpackungen herstellt oder verpackte Produkte in Verkehr bringt, sicherstellen muss, dass es die Rücknahme- und Verwertungspflichten für alle Arten von Verpackungen erfüllt. Um die Rücknahme von Verkaufsverpackungen sicherzustellen, konnten solche Unternehmen eine Vereinbarung mit einem in Deutschland lizenzierten Sammel- und Entsorgungssystem (sog. „Duales System“) abschließen.

#### a. Duales System Deutschland – DSD<sup>92</sup>

Das DSD verfolgte den Zweck, die Vorgaben der Verpackungsverordnung umzusetzen. In der Diskussion über den Umgang mit Verpackungsabfällen vertraten die beteiligten Unternehmen die Position, dass die angestrebten Ziele der Verordnung nur erreicht werden könnten, wenn das Rücknahmesystem von einem einzigen Dienstleister erbracht wird. Es wurde zunächst seitens der betroffenen Branchen befürchtet, dass eine wettbewerbliche Ausgestaltung des Rücknahmesystems negative Auswirkungen auf das Ziel des Umweltschutzes habe, und dass das Rücknahmesystem sogar zusammenbrechen würde. Es fand dann jedoch ein Umdenken statt, das zumindest teilweise durch wettbewerbsrechtliche Verfahren der Europäischen Kommission<sup>93</sup> und des Bundeskartellamtes<sup>94</sup> angestoßen wurde. In einer 2007 rechtskräftig gewordenen Entscheidung hat die Europäische Kommission DSD angewiesen, (potenziell)

---

<sup>90</sup> Siehe hierzu *BMU*, Gesetz über das Inverkehrbringen, die Rücknahme und die hochwertige Verwertung von Verpackung, abrufbar unter <https://www.bmu.de/gesetz/gesetz-ueber-das-inverkehrbringen-die-ruecknahme-und-die-hochwertige-verwertung-von-verpackungen/>.

<sup>91</sup> Vgl. *BMU*, Verordnung über die Vermeidung und Verwertung von Verpackungsabfällen, abrufbar unter <https://www.bmu.de/gesetz/verordnung-ueber-die-vermeidung-und-verwertung-von-verpackungsabfaellen/>.

<sup>92</sup> Siehe hierzu auch *Bundeskartellamt*, Sektoruntersuchung Duale Systeme, abrufbar unter <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung%20Duale%20Systeme%20-%20Abschlussbericht.html>.

<sup>93</sup> Vgl. *Europäische Kommission*, Entscheidung vom 20. April 2004, COMP D3/34493 – *DSD*.

<sup>94</sup> Vgl. *Bundeskartellamt*, Pressemitteilung vom 12. Oktober 2004, abrufbar unter [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2004/12\\_10\\_2004\\_DSD.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2004/12_10_2004_DSD.html).

konkurrierende „duale Systeme“ nicht daran zu hindern, Verträge mit den Entsorgungsunternehmen für Verpackungsabfälle abzuschließen. Das Bundeskartellamt kündigte 2002 an, dass seine Politik der Duldung der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen innerhalb des DSD-Systems im Jahr 2006 enden werde. DSD beschloss daraufhin, die kartellähnliche Struktur des Unternehmens abzubauen. Im Jahr 2003 schieden Unternehmen aus der Entsorgungsbranche aus dem Kreis der stillen Gesellschafter aus. Im Jahr 2005 wurde DSD an einen Finanzinvestor verkauft. Das Verfahren führte schließlich zur Öffnung der Entsorgungsmärkte für den Wettbewerb.

Die weitere Entwicklung hat gezeigt, dass die Befürchtung des Zusammenbruchs des Sammel- und Verwertungssystems für Verkaufsverpackungen unbegründet war. Der Wettbewerb auf den Märkten für die Sammlung und Verwertung der Verkaufsverpackungen hat ganz im Gegenteil zum Vorteil der Verbraucher zugenommen, was sich wiederum in niedrigeren Kosten für die Sammlung und Verwertung von Verkaufsverpackungen zeigte. Auch die umweltspezifischen Vorgaben konnten im Rahmen einer wettbewerblichen Ausgestaltung des Rücknahmesystems ebenso gut erreicht werden.<sup>95</sup>

#### **b. Gesellschaft für Glasrecycling und Abfallvermeidung – GGA**

Ein weiterer Fall betraf die Sammlung und das Recycling von Glas. Das Bundeskartellamt hat diese Zusammenarbeit im Jahr 2007 vertieft geprüft.<sup>96</sup>

Die deutschen Behälterglashersteller hatten 1993 die „Gesellschaft für Glasrecycling und Abfallvermeidung“ (GGA) gegründet, um das gesamte Altglas aus haushaltsnahen Sammlungen gemeinsam aufzukaufen. Die GGA kaufte das gesamte Altglas zentral bei den Entsorgungsunternehmen ein und organisierte dessen Lieferung an spezielle Verwertungsanlagen. Die Behälterglashersteller holten die Mengen nach Bedarf ab und rechneten die Kosten für die Aufbereitung mit den Betreibern der Aufbereitungsanlagen ab. Die GGA gab ihre Einkaufskosten für das Altglas und den Transport an die Mitgliedsunternehmen, allesamt Behälterglashersteller mit Produktionsstandorten in Deutschland, in Form von Tonnage-Standardpreisen weiter.

---

<sup>95</sup> Vgl. *Bundeskartellamt*, Abschlussbericht Dezember 2012 der Sektoruntersuchung Duale System – Zwischenbilanz der Wettbewerbsöffnung, abrufbar unter <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung%20Duale%20Systeme%20-%20Abschlussbericht.html?nn=3591074>.

<sup>96</sup> *Bundeskartellamt*, Entscheidung vom 31. Mai 2007, B 4-1006/06, abrufbar unter <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Kartellverbot/2007/B4-1006-06.html>.

Dieses Einkaufskartell begrenzte den individuellen Bedarf der Behälterglashersteller an Sekundärglasmaterialien und verstieß gegen deutsches und europäisches Recht.<sup>97</sup>

Grund für diese Einschätzung war vor allem die Tatsache, dass der Einsatz von Altglas bei den Glasherstellern zu erheblichen Kosteneinsparungen führt. Daher bestand aus Sicht des Bundeskartellamtes ein wirtschaftlicher Anreiz, bei der Herstellung von Behälterglas Primärrohstoffe weitgehend durch Altglas zu ersetzen. Ferner stellte das Bundeskartellamt fest, dass das Kartell entgegen den Behauptungen der beteiligten Unternehmen nicht notwendig war, um die über 80 Prozent liegenden Verwertungsquoten für Altglas langfristig zu gewährleisten.<sup>98</sup> Das OLG Düsseldorf bestätigte im Eilverfahren die sofortige Vollziehbarkeit der Untersagung; die Behälterglashersteller nahmen daraufhin ihre weitergehenden Rechtsmittel zurück.<sup>99</sup>

## 2. Jüngere Praxis

In den letzten Jahren hat sich das Bundeskartellamt primär mit Nachhaltigkeitsinitiativen aus dem Konsumgüterbereich wie dem Fairtrade Labelling Organizations International e. V., der Initiative Tierwohl, dem Siegel „Grüner Knopf – Bündnis für nachhaltige Textilien“ und der Initiative zur Reduzierung von Fett, Zucker und Salz in Fertigprodukten und Getränken befasst.<sup>100</sup> Insbesondere die zwei erstgenannten Nachhaltigkeitsinitiativen hat das Bundeskartellamt näher untersucht.

### a. Fairtrade

Die Fairtrade Labelling Organizations International e.V. („Fairtrade“) ist eine global agierende, 1997 gegründete Dachorganisation für fairen Handel mit Sitz in Bonn. Das Fairtrade-System, das sich mit dem fairen Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen aus Drittstaaten befasst, definiert Standards, die ein Produkt erfüllen muss, um zertifiziert zu werden und das Fairtrade-Label erhalten zu können. Die Standards umfassen sowohl organisatorische als auch produktbezogene Kriterien. Die Teilnahme an dem Fairtrade-System erfolgt dabei auf freiwilliger sowie nicht-exklusiver Basis. Die Teilnehmer können ihre Produkte auch weiterhin zu konventionellen Bedingungen verkaufen, dürfen dann jedoch nicht das Label für diese

---

<sup>97</sup> Vgl. ebd., S. 43 ff.

<sup>98</sup> Vgl. ebd. S. 73 ff.

<sup>99</sup> Vgl. *Bundeskartellamt*, Tätigkeitsbericht 2007/2008, Deutscher Bundestag – 16. Wahlperiode, Drs. 16/13500, S. 152 f, abrufbar unter [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Taetigkeitsberichte/Bundeskartellamt%20-%20T%C3%A4tigkeitsbericht%202008.pdf;jsessionid=AF9D2597BCDF2A69779596FC951C2637.2\\_cid387?\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Taetigkeitsberichte/Bundeskartellamt%20-%20T%C3%A4tigkeitsbericht%202008.pdf;jsessionid=AF9D2597BCDF2A69779596FC951C2637.2_cid387?_blob=publicationFile&v=3).

<sup>100</sup> Siehe dazu *Engelsing und Jakobs* (2019), Nachhaltigkeit und Wettbewerb, WuW, Nr. 1, S. 17ff. Alle genannten Initiativen wurden im Rahmen des Aufgreifermessens toleriert.

konkreten Produkte verwenden. Der Rückgriff auf konkurrierende Siegel-Initiativen ist ebenso möglich.

Von besonderem kartellrechtlichem Interesse sind die Preiselemente des Zertifizierungssystems, die z.B. ein Unterschreiten eines vereinbarten Mindestpreises untersagt, der für bestimmte Produktgruppen durch Fairtrade vereinbart wird (etwa beim Einkauf von Mangos aus Süd-Asien<sup>101</sup>), sowie die Zahlung einer sog. Fairtrade-Prämie, die immer gezahlt werden muss. Die Prämie wird zusätzlich zum Mindestpreis an die Produzenten bzw. Produzentenorganisationen gezahlt, die dann gemeinsam über die Verwendung dieser Prämie entscheiden.<sup>102</sup> Ein Bezug zu den eigentlichen Produktionskosten besteht für die Fairtrade-Prämie nicht. Es steht den Abnehmern frei, ob und wie sie diese Preiselemente in der Vertriebskette weiterreichen.

Das Bundeskartellamt hat sich in Ausübung seines Aufgreifermessens dazu entschlossen, das Fairtrade-System nicht zum Gegenstand eines Ermittlungsverfahrens zu machen.<sup>103</sup> Dabei hat das Bundeskartellamt u. a. folgende Punkte gewürdigt: Beim Fairtrade-Siegel handelt es sich um eine freiwillige und nicht-exklusive Teilnahmemöglichkeit für jede Produktionsstufe. Das Fairtrade-Siegel verfügte im Berichtszeitraum über eine verhältnismäßig geringe Marktabdeckung innerhalb der Europäischen Union und steht im Wettbewerb zu zahlreichen konkurrierenden Nachhaltigkeitssiegeln in Deutschland. Zudem war für das Bundeskartellamt die Transparenz der Preiselemente und Sozialstandards des Fairtrade-Siegels entscheidend.<sup>104</sup> Der an sich durchaus problematische Aspekt der Vereinheitlichung von Preisbestandteilen im Einkauf, der eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellen kann, stand im Rahmen der Ermessensausübung im Ergebnis hinter diesen Gesichtspunkten zurück.

## **b. Initiative Tierwohl**

Eine weitere Nachhaltigkeitsinitiative, mit der sich das Bundeskartellamt befasst hat, ist die Initiative Tierwohl („ITW“). Im Rahmen der ITW, einem Branchenbündnis aus Landwirtschaft, Fleischwirtschaft und Lebensmitteleinzelhandel, werden Tierhalter für die Umsetzung von Tierwohlmaßnahmen honoriert. Kernelement der ITW ist die Zahlung eines Aufschlages (sog. „Tierwohlgelt“) pro verkauftem Kilogramm Schweinefleisch bzw. Geflügel durch die teilnehmenden LEH-Unternehmen und die Verwendung der Einnahmen als finanzielle

---

<sup>101</sup> Vgl. *Fairtrade*, Fairtrade Minimum Price and Premium Information, abrufbar unter <https://www.fairtrade.net/standard/minimum-price-info> (abgerufen am 10. August 2020).

<sup>102</sup> Vgl. *Fairtrade Deutschland*, Fairtrade-Mindestpreis und -Prämie, abrufbar unter <https://www.fairtrade-deutschland.de/was-ist-fairtrade/fairtrade-standards/mindestpreis-und-praemie.html>.

<sup>103</sup> *Engelsing und Jakobs* (2019), Nachhaltigkeit und Wettbewerb, WuW, Nr.1, S.20.

<sup>104</sup> Vgl. *Bundeskartellamt*, Tätigkeitsbericht 2017/2018, Deutscher Bundestag – 16. Wahlperiode, Drs. 19/10900, S. 52, abrufbar unter [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Taetigkeitsberichte/Bundeskartellamt%20-%20T%C3%A4tigkeitsbericht%202017\\_2018.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=6](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Taetigkeitsberichte/Bundeskartellamt%20-%20T%C3%A4tigkeitsbericht%202017_2018.pdf?__blob=publicationFile&v=6).

Zuschüsse für teilnehmende Tierhalter, die bestimmte Tierwohl-Kriterien aus einem vorgegebenen Katalog umsetzen. Die genaue Ausgestaltung des Finanzierungsmodells der ITW hat sich über die Jahre geändert.

Das Bundeskartellamt wurde erstmals 2012 über die ITW informiert. Ein zentraler Unterschied der ITW bspw. zum Fairtrade-System bestand damals darin, dass es bei der ITW keine Kennzeichnung des nach Tierwohl-Kriterien hergestellten Fleisches gab. Es existierten kein produktbezogenes Label und damit keine Wahlmöglichkeiten für den Verbraucher. Die ITW war vielmehr ein fondsgebundenes Modell, in dem Gelder der Lebensmitteleinzelhandelsunternehmen für Zahlungen an die Landwirte für eine verbesserte Tierhaltung verwendet wurden.

Das Bundeskartellamt hat sich 2014 in Ausübung seines Aufgreifermessens dazu entschlossen, die ITW nicht zum Gegenstand eines Ermittlungsverfahrens zu machen. Das Bundeskartellamt teilte den beteiligten Unternehmen wesentliche Eckpunkte mit, die für eine kartellrechtskonforme Ausgestaltung und Umsetzung der Initiative notwendig seien. Die Eckpunkte betrafen zum einen die Gewährleistung eines diskriminierungsfreien und freiwilligen Zugangs für die betroffenen Unternehmen. Zum anderen musste es jedem landwirtschaftlichen Betrieb frei stehen, den Zertifizierer für die Kontrolle der Umsetzung der Maßnahmen selbst zu wählen. Auch war sicherzustellen, dass zwischen den beteiligten Marktstufen und zwischen den auf einer Marktstufe tätigen Unternehmen keine wettbewerbsrelevanten Informationen ausgetauscht wurden.<sup>105</sup>

In den Folgejahren kam es zu mehreren Anpassungen der ITW: Das Finanzierungsmodell im Bereich Geflügelfleisch wurden angepasst und die sog. Nämlichkeit für Geflügelfleisch wurde eingeführt.<sup>106</sup> Das Bundeskartellamt hat sich dann im Jahr 2018 dazu entschieden, in Ausübung seines Ermessens die ITW im Hinblick auf den Bereich Geflügel (ITW Geflügel) bis zum Jahr 2020 weiter zu dulden. Das Bundeskartellamt regte gegenüber der ITW jedoch an, ein Konzept vorzulegen, wie die Einführung der Nämlichkeit auch bei Schweinefleisch erreicht werden könne und wie die Finanzierung dieser ITW-Schwein von einem vom Handel einheitlich zu zahlenden Betrag, der an der Menge des insgesamt verkauften Fleisches anknüpft, entkoppelt werden könne.<sup>107</sup>

---

<sup>105</sup> Vgl. *Bundeskartellamt*, Tätigkeitsbericht 2013/2014, Deutscher Bundestag – 18. Wahlperiode, Drs. 18/5210, S. 53-54, abrufbar unter [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Taetigkeitsberichte/Bundeskartellamt%20-%20T%C3%A4tigkeitsbericht%202014.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Taetigkeitsberichte/Bundeskartellamt%20-%20T%C3%A4tigkeitsbericht%202014.pdf?__blob=publicationFile&v=2).

<sup>106</sup> Nämlichkeit bedeutet, dass diejenigen Produkte, die nach ITW-Kriterien erzeugt wurden, für die Verbraucher im Handel klar gekennzeichnet sind. Ab 2021 soll auch die Nämlichkeit für Schweinefleisch eingeführt werden.

<sup>107</sup> Vgl. *Bundeskartellamt*, Pressemitteilung vom 28. September 2017 sowie *Engelsing und Jakobs (2019)*, Nachhaltigkeit und Wettbewerb, WuW, Nr. 1, S. 16 – 22.

## II. ACM

Die niederländische Wettbewerbsbehörde ACM hat sich in den letzten Jahren mit zwei Nachhaltigkeitsinitiativen intensiv befasst, der sog. „Chicken of Tomorrow“-Initiative und dem niederländischen Energieabkommen für nachhaltiges Wachstum. Beide Initiativen führten nach Einschätzung der ACM zu einer Beschränkung des Wettbewerbs. Daneben veröffentlichte die ACM als erste europäische Wettbewerbsbehörde bereits 2014 Leitlinien zum Umgang mit Nachhaltigkeitsinitiativen.<sup>108</sup> Seit dem 9. Juli 2020 steht eine überarbeitete Fassung dieser Leitlinien zur öffentlichen Konsultation.<sup>109</sup> Auf beide Initiativen sowie die überarbeitete Fassung der niederländischen Leitlinien wird nachfolgend eingegangen.

### 1. Energieabkommen für nachhaltiges Wachstum

Die niederländische Regierung ließ in den Jahren 2012 bis 2013 unter Schirmherrschaft des Sozialökonomischen Rates (Sociaal-Economische Raad, SER) – einem nationalen Politikberatungsinstitut – unter über 40 Interessensgruppen ein Energieabkommen für nachhaltiges Wachstum (Energieakkoord voor duurzame groei) ausarbeiten. Die Ergebnisse dieser Verhandlungen betrafen u.a. Energieeinsparungen in Industrie und Landwirtschaft sowie die Ausweitung erneuerbarer Energieerzeugung.

Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht problematisch war ein Teil des Abkommens, der die koordinierte Abschaltung von fünf Kohlekraftwerken vorsah, die aufgrund ihres Alters stärker die Umwelt belasteten als neuere Kohlekraftwerke. Auf Bitte des Branchenverbandes der niederländischen Energiewirtschaft, Energie Nederland (EN), untersuchte die ACM, ob die geplante Vereinbarung über die Stilllegung der Kohlekraftwerke mit Art. 101 AEUV in Einklang gebracht werden kann.

Die ACM kam zu dem Schluss, dass die Stilllegung der Kohlekraftwerke eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 101 AEUV darstellt.<sup>110</sup> Nach Einschätzung der ACM konnte die Stilllegung der Kohlekraftwerke auch nicht auf der Grundlage des Art. 101 Abs. 3 AEUV vom Kartellverbot freigestellt werden. Die ACM führte eine umfassende Kosten-Nutzen-Analyse durch.<sup>111</sup> Der Wert des Nutzens des Abkommens wurde auf der Grundlage der

---

<sup>108</sup> Vgl. ACM, Vision Document on Competition and Sustainability, 9. Mai 2014, abrufbar unter <https://www.acm.nl/en/publications/publication/13077/Vision-document-on-Competition-and-Sustainability>.

<sup>109</sup> Vgl. ACM, Draft Guidelines Sustainability Agreements, abrufbar unter <https://www.acm.nl/en/publications/draft-guidelines-sustainability-agreements>.

<sup>110</sup> Durch die Schließung der Kohlekraftwerke verfügten die beteiligten Unternehmen über weniger Produktionskapazitäten, als sie ohne die Vereinbarung gehabt hätten. Die Produktionskapazität der zu schließenden Kohlekraftwerke entsprach circa 2500 Megawatt, was etwa 10 Prozent der gesamten damaligen niederländischen Stromproduktion entsprach.

<sup>111</sup> Vgl. Kloosterhuis und Mulder (2015), Competition Law and Environmental Protection: The Dutch Agreement on Coal-Fired Power Plants, Journal of Competition Law & Economics, Vol 11. (4), S. 855 – 880.

Kosten anderer (effizienter) Maßnahmen bestimmt, die infolgedessen nicht ergriffen werden müssten (d.h. vermiedene Kosten bzw. Schattenpreise). Der ACM kam zu dem Ergebnis, dass die erwarteten Nachteile der Vereinbarung für die Verbraucher in Bezug auf den Strompreis wesentlich höher sein würden als der geschätzte Wert der positiven Auswirkungen für die Umwelt.<sup>112</sup>

## 2. „Chicken of Tomorrow“-Initiative

Im Jahr 2013 kam ein Großteil der Organisationen und Unternehmen des niederländischen Geflügelsektors sowie der niederländischen Supermarktketten zu Rundtischgesprächen zusammen, um eine nachhaltigere Produktion von Hühnerfleisch zu diskutieren. Ziel der Gespräche war die Einführung eines industrieweiten Mindeststandards für die Produktion von Hühnerfleisch, der über den gesetzlichen Vorgaben liegt. Es wurde eine Absichtserklärung unterzeichnet, wonach ab 2020 nur noch nachhaltiger produziertes Hühnerfleisch angeboten werden sollte.<sup>113</sup>

Die ACM kam auch bei dieser Initiative zu dem Schluss, dass sie eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellt.<sup>114</sup> Sie könne als eine Einschränkung des Wettbewerbs auf dem Einzelhandelsmarkt für Hühnerfleisch qualifiziert werden, da „regulär“ produziertes Hühnerfleisch nach ihrer Umsetzung nicht mehr in niederländischen Supermärkten verkauft werden würde. Die Auswahlmöglichkeiten der Verbraucher würden hierdurch reduziert.

Nach Ansicht der ACM konnte die sog. Chicken of Tomorrow-Initiative auch nicht auf der Grundlage von Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt werden. Hierzu führte die ACM eine Analyse der Zahlungsbereitschaft der Verbraucher („Willingness to Pay“) durch.<sup>115</sup> Die ACM vertrat die Auffassung, dass die Initiative nur dann gemäß Artikel 101 Abs. 3 AEUV vom Kartellverbot

---

<sup>112</sup> Ein Grund für dieses Ergebnis war, dass die wichtigste positive Auswirkung des Energieabkommens die Verringerung der Treibhausgasemissionen der Energieunternehmen betraf. Da dies bedeutete, dass die Unternehmen folglich nicht alle ihnen im Rahmen des Emissionshandelssystems zugeteilten Emissionsrechte nutzen würden, ging die ACM davon aus, dass sie diese Rechte wahrscheinlich für andere Zwecke nutzen oder mit ihnen handeln würden. Folglich habe die Abschaltung der Kohlekraftwerke keinen Nettoeffekt auf den Ausstoß von Kohlendioxid sondern nur Auswirkung auf die Kosten der Emissionsreduzierung. Dies bedeute, dass der (einzige) Nutzen einer durch die Abschaltung der Kohlekraftwerke verursachten Emissionsreduzierung darin bestehe, dass weniger andere emissionsreduzierende Maßnahmen innerhalb des Emissionshandelssystems ergriffen werden müssten. Vgl. ebd., S. 871 ff.

<sup>113</sup> Für eine ausführliche Zusammenfassung der Initiative sowie der Bewertung durch die ACM siehe *Monti und Mulder* (2017), *Escaping the Clutches of EU Competition Law Pathways to Assess Private Sustainability Initiatives*, *European Law Review*, (5), S. 639 f.

<sup>114</sup> Vgl. ACM, *ACM's analysis of the sustainability arrangements concerning the 'Chicken of Tomorrow'*, 26. Januar 2015, abrufbar unter <https://www.acm.nl/en/publications/publication/13761/Industry-wide-arrangements-for-the-so-called-Chicken-of-Tomorrow-restrict-competition>.

<sup>115</sup> Die ökonomische Analyse der ACM ist auf Niederländisch abrufbar unter <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13759/Onderzoek-ACM-naar-de-economische-effecten-van-de-Kip-van-Morgen>.

freigestellt sei, wenn die Initiative insgesamt zu einer höheren Konsumentenrente führt, welche wiederum auf Basis einer Analyse der Zahlungsbereitschaft zu bestimmen sei. Zur Bestimmung der Zahlungsbereitschaft der Verbraucher führte die ACM sowohl Auswahlexperimente (Choice Based Conjoint Methode, CBC)<sup>116</sup> als auch Umfragen (Contingent Valuation Methode, CVM)<sup>117</sup> durch. Die Analyse der ACM kam zu dem Ergebnis, dass die Zahlungsbereitschaft der Verbraucher für das „Chicken of Tomorrow“ nicht ausreichte, um den zu erwartenden Anstieg der Verbraucherpreise zu rechtfertigen.<sup>118</sup>

### 3. Entwurf der Leitlinien für Nachhaltigkeitsvereinbarungen (2020)

Die ACM veröffentlichte am 9. Juli 2020 einen Entwurf ihrer überarbeiteten Leitlinien zum Umgang mit Nachhaltigkeitsvereinbarungen.<sup>119</sup> Die Leitlinien verfolgen laut ACM das Ziel, zu erläutern, welche Nachhaltigkeitsvereinbarungen aus Sicht der ACM zulässig sind und wie die ACM in der Praxis mit Fragen zu Nachhaltigkeitsvereinbarungen umgeht. Die Richtlinien enthalten neben Beispielen und praktischen Ratschlägen für Unternehmen, die diesen eine Selbsteinschätzung ermöglichen sollen, spezielle Vorgaben für sog. „environmental-damage agreements“.

Die ACM versteht unter „environmental-damage agreements“ Vereinbarungen, die das Ziel verfolgen, Produktionsprozesse zu verbessern, die Mensch, Umwelt und/oder die Natur schädigen. Als Beispiele nennt die ACM Vereinbarungen, die darauf abzielen, den Ausstoß von Schadstoffen zu verringern und die Verwendung von umweltschädlichen Rohstoffen in Produkten zu verhindern. Im Falle solcher „environmental-damage agreements“ plant die ACM, das Kriterium der angemessenen Beteiligung der Verbraucher (zweite Bedingung des Art. 101 Abs. 3 AEUV) flexibler zu handhaben als bislang, sofern sie die folgenden zwei kumulativen Bedingungen erfüllen:

- (i) die Vereinbarung zielt darauf ab, offensichtliche Umweltschäden zu verhindern oder zu begrenzen, und

---

<sup>116</sup> Die CBC-Methode dient der dekompositionellen Schätzung von Nutzen- bzw. Präferenzstrukturen und analysiert hierbei diskrete Entscheidungen. Siehe hierzu auch Abschnitt C. II.

<sup>117</sup> Die CV-Methode ist eine Methode geäußerter Präferenzen zur ökonomischen Bewertung nicht-handelbarer Güter, die mit Umfragen arbeitet. Siehe hierzu auch Abschnitt C. II.

<sup>118</sup> Insgesamt würde die Initiative eine negative Auswirkung auf die Konsumentenrente der Verbraucher in Höhe von 0,64 EUR pro Kilogramm Hühnerbrust haben. Vgl. ACM, Onderzoek ACM naar de economische effecten van de Kip van Morgen, S.26, abrufbar unter <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13759/Onderzoek-ACM-naar-de-economische-effecten-van-de-Kip-van-Morgen>.

<sup>119</sup> Unter Nachhaltigkeitsvereinbarungen versteht ACM in Anlehnung an die UN Resolution 66/288 alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen sowie Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen, die auf die Ermittlung, Verhütung, Einschränkung oder Minderung negativer Auswirkungen wirtschaftlicher Tätigkeiten auf Menschen (einschließlich ihrer Arbeitsbedingungen), Tiere, die Umwelt oder die Natur abzielen.

(ii) die Vereinbarung trägt dazu bei, auf effiziente Weise eine internationale oder nationale Norm zur Verhinderung von Umweltschäden zu erfüllen, an die die (niederländische) Regierung gebunden ist.<sup>120</sup>

Die ACM ist der Ansicht, dass im Falle solcher Vereinbarungen auch Vorteile, die nicht die eigentlichen Verbraucher auf dem relevanten Markt betreffen (sondern Dritte), im Rahmen der zweiten Bedingung des Art. 101 Abs. 3 AEUV berücksichtigt werden können. In solchen Situationen kann es aus Sicht der ACM angemessen sein, die Nutzer nicht vollständig für den ihnen durch die Vereinbarung entstehenden Schaden zu entschädigen, weil es gerade ihre Nachfrage nach den fraglichen Produkten ist, die im Wesentlichen die Umweltschäden verursacht, für die die Gesellschaft Lösungen finden muss. Die ACM sieht daher im Fall eines „environmental-damage arrangements“ die Bedingung der angemessenen Beteiligung der Verbraucher bereits als erfüllt an, wenn die gesamten Vorteile der Initiative (inklusive der überwiegend die Gesamtgesellschaft betreffenden Vorteile) die Nachteile für die Verbraucher auf dem relevanten Markt überwiegen. Daher müssen die Verbraucher auf dem relevanten Markt nicht vollständig für die ihnen durch die Initiative entstandenen Nachteile kompensiert werden.<sup>121</sup>

Dem oben skizzierten Quantifizierungsproblem begegnet die ACM auch dadurch, dass sie es unter zwei (alternativen) Voraussetzungen ausreichen lassen will, die Effekte einer Vereinbarung (Vor- und Nachteile) im Rahmen des Art. 101 Abs. 3 AEUV rein qualitativ zu bewerten und auf eine Quantifizierung zu verzichten:

(i) Die an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen haben einen gemeinsamen Marktanteil von unter 30 Prozent

oder

(ii) die mit der Vereinbarung einhergehenden Wettbewerbsnachteile werden eindeutig von den zu erwartenden Effizienzen überwogen.<sup>122</sup>

Dies soll für alle Nachhaltigkeitsvereinbarungen gelten, also sowohl für „environmental-damage agreements“ als auch für andere. In allen anderen Fällen ist aus Sicht der ACM eine Quantifizierung der zu erwartenden Vor- und Nachteile einer Vereinbarung im Rahmen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erforderlich.

---

<sup>120</sup> Vgl. ACM, Draft Guidelines Sustainability Agreements, Rn. 38 - 42, abrufbar unter <https://www.acm.nl/en/publications/draft-guidelines-sustainability-agreements>.

<sup>121</sup> Vgl. ACM, Draft Guidelines Sustainability Agreements, Rn. 50 - 53.

<sup>122</sup> Vgl. ACM, Draft Guidelines Sustainability Agreements, Rn. 46 - 48.

### III. Weitere europäische Wettbewerbsbehörden

Auf europäischer Ebene existiert – soweit ersichtlich – keine breite kartellrechtliche Fallpraxis zu Nachhaltigkeitsinitiativen bzw. zu Kooperationsformen privater Selbstregulierung, die Gemeinwohlziele verfolgen.

Die **Europäische Kommission** stellte vor Einführung der VO 1/2003 und dem damit verbundenen „more economic approach“ einige wenige Vereinbarungen aus Umweltschutzgründen frei: Hierzu zählt u.a. eine Vereinbarung zwischen Herstellern von Unterhaltungselektronik<sup>123</sup>, die das Ziel verfolgte, den Stromverbrauch von TV-Geräten zu reduzieren. Sie wurde von der Europäischen Kommission insbesondere mit der Begründung freigestellt, dass die Vorteile der Energieeinsparung und die umweltspezifischen Vorteile an die Verbraucher weitergegeben würden. Auch die bereits erwähnte Vereinbarung von Waschmaschinenherstellern wurde u.a. aufgrund von Umweltvorteilen von der Europäischen Kommission freigestellt.<sup>124</sup> In jüngerer Zeit sind allerdings keine Fälle bekannt geworden, in denen die Europäische Kommission aufgrund von Umweltbelangen eine Freistellung angenommen hat.

Die **griechische Wettbewerbsbehörde Hellenic Competition Commission (HCC)** veröffentlichte Mitte September 2020 ein Staff Discussion Paper, in dem sie verschiedene Vorschläge diskutiert, wie Nachhaltigkeitsaspekte im Rahmen des Wettbewerbsrechts berücksichtigt werden könnten.<sup>125</sup> Die **französische Wettbewerbsbehörde Autorité de la concurrence** kündigte an, Nachhaltigkeit zu einem Hauptthema ihrer Arbeit im Jahr 2020 zu machen und gemeinsam mit anderen französischen Regulierungsbehörden sowie auf europäischer Ebene die Berücksichtigungsfähigkeit von Nachhaltigkeitsaspekten zu diskutieren.<sup>126</sup> Auch die **britische Wettbewerbsbehörde CMA** kündigte im Zuge der Vorbereitung des EU-Austritts an, weitere Informationen zu ihrem Umgang mit Nachhaltigkeitsinitiativen bereitstellen zu wollen.<sup>127</sup> Daneben haben sich die **nordischen**

---

<sup>123</sup> Europäische Kommission, Entscheidung v. 16. Januar 1998, Az. IV. C-3/36.494 – *EACEM energy saving commitment*.

<sup>124</sup> Europäische Kommission, Entscheidung v. 24. Januar 1999, Az. IV. F. 1/36.178 – *CECED*.

<sup>125</sup> Vgl. HCC, Pressemitteilung vom 17. September 2020, abrufbar unter [https://www.epant.gr/en/enimerosi/press-releases/item/1089-press-release-initiative-competition-law-and-sustainability.html?idU=3&utm\\_source=newsletter\\_155&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=initiative-competition-law-and-sustainability](https://www.epant.gr/en/enimerosi/press-releases/item/1089-press-release-initiative-competition-law-and-sustainability.html?idU=3&utm_source=newsletter_155&utm_medium=email&utm_campaign=initiative-competition-law-and-sustainability). Das Staff Discussion Paper ist abrufbar unter [https://www.epant.gr/en/enimerosi/competition-law-sustainability/item/download/1896\\_9b05dc293adbae88a7bb6cce37d1ea60.html](https://www.epant.gr/en/enimerosi/competition-law-sustainability/item/download/1896_9b05dc293adbae88a7bb6cce37d1ea60.html).

<sup>126</sup> Vgl. Adlc, Priorities 2020, abrufbar unter <https://www.autoritedelaconurrence.fr/en/press-release/autorite-de-la-conurrence-announces-its-priorities-2020>.

<sup>127</sup> Vgl. CMA, Annual Plan 2020 to 2021, S. 17, abrufbar unter [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/873689/Annual\\_Plan\\_2020-21.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/873689/Annual_Plan_2020-21.pdf).

**Wettbewerbsbehörden**<sup>128</sup> bereits 2010 mit dem Thema der Nachhaltigkeit befasst und einen gemeinsamen Report zum Thema „Competition Policy and Green Growth“ veröffentlicht.<sup>129</sup>

#### IV. Zwischenfazit

Trotz der wenig ausgeprägten Fallpraxis europäischer Wettbewerbsbehörden ist zu erkennen, dass das Thema eines nachhaltigeren Umgangs mit den uns zur Verfügung stehenden Ressourcen ins Zentrum der wettbewerbspolitischen Debatte rückt. Vor dem Hintergrund der Singularität der mit dem Klimawandel verbundenen gesellschaftlichen Herausforderungen erkennen immer mehr Wettbewerbsbehörden den Bedarf an, Umweltschutzbelange stärker in der Kartellrechtspraxis zu berücksichtigen. Umgekehrt gibt es von Seiten der Wirtschaft ein Bedürfnis, entsprechende Kooperationen – ähnlich wie es derzeit auch im Digitalbereich gefordert wird – auf eine rechtssichere Grundlage zu stellen und zu diesem Zweck verstärkt kartellrechtliche Guidance zu erhalten.<sup>130</sup>

Das Bundeskartellamt hat in seiner bisherigen Praxis diesen und anderen Gemeinwohlbelangen im Rahmen seines behördlichen Aufgreifermessens Rechnung getragen und den Unternehmen damit primär individuelle Guidance gegeben. Die niederländische Wettbewerbsbehörde hat nun die Notwendigkeit gesehen, abstrakte Guidance in Form von Leitlinien zum Umgang mit Nachhaltigkeitsinitiativen zu entwickeln. Der Entwurf dieser Leitlinien differenziert bei der materiellen Bewertung zwischen Kooperationsformen privater Selbstregulierung, die Umweltschutzziele verfolgen, und sonstigen Nachhaltigkeitsinitiativen. Die ACM trägt damit sehr bewusst der Einzigartigkeit der mit dem Klimawandel verbundenen gesellschaftlichen Herausforderung Rechnung.

Daneben haben in den letzten Jahren auch vermehrt Fusionskontrollverfahren die Frage nach der Berücksichtigungsfähigkeit von Gemeinwohlbelangen in der Kartellrechtsanwendung aufgeworfen. Hintergrund waren sowohl umweltschutzspezifische als auch industriepolitische Überlegungen, auf die im nachfolgenden Abschnitt näher eingegangen wird.

#### E. Gemeinwohlaspekte bei Fusionskontrollentscheidungen

Auch im Bereich der Zusammenschlusskontrolle sind in den letzten Jahren vermehrt Stimmen laut geworden, die eine Einbeziehung von außerwettbewerblichen Zielen bzw. Gemeinwohlinteressen in die Entscheidungen fordern. Zum einen wird auf politischer Ebene vermehrt der Bedarf gesehen, industriepolitische Überlegungen in fusionskontrollrechtlichen

---

<sup>128</sup> Dänemark, Finnland, Färöer, Grönland, Island, Norwegen und Schweden.

<sup>129</sup> Vgl. *Nordische Wettbewerbsbehörden*, Competition Policy and Green Growth, abrufbar unter <https://www.kkv.fi/globalassets/kkv-suomi/julkaisut/pm-yhteisraportit/competition-policy-and-green-growth.pdf>.

<sup>130</sup> Siehe auch MLEX vom 14. September 2020, „Climate cooperation should get 'comfort' from EU antitrust officials, Guersent says“.

Entscheidungen zu berücksichtigen.<sup>131</sup> Es ist eine intensive Debatte darüber im Gange, wie europäische Unternehmen in Zeiten der Globalisierung wettbewerbsfähig bleiben und sich gegen die außereuropäische Konkurrenz behaupten können. Die Untersagung des Zusammenschlusses zwischen Siemens und Alstom durch die Europäische Kommission hat zeitweise die Wettbewerbspolitik ins Zentrum der Diskussion gerückt. Neben der Einbeziehung nicht näher definierter industriepolitischer Erwägungen bei der Prüfung von Zusammenschlüssen werden auch konkrete Änderungen des europäischen Fusionskontrollrechts diskutiert.<sup>132</sup> Frankreich und Deutschland schlagen dort vor, die aktuellen Fusionsrichtlinien so zu ändern, dass „der Wettbewerb auf globaler Ebene, potenzieller künftiger Wettbewerb und der Zeitrahmen für die Entwicklung von Wettbewerb stärker berücksichtigt werden, um der Europäischen Kommission mehr Flexibilität bei der Beurteilung der relevanten Märkte zu geben.“ Auch ein „right of appeal of the Council“ wird aus industriepolitischen Gründen dort vorgeschlagen. Fünf nordische Wettbewerbsbehörden haben sich demgegenüber für eine strenge, rein wettbewerbliche Fusionskontrolle ausgesprochen.<sup>133</sup> Eine ähnliche Diskussion kann man sich auch unter Nachhaltigkeitsaspekten vorstellen.

Daneben kommt es im Rahmen von Fusionskontrollentscheidungen mit Bezug zu Umweltschutzthemen vermehrt zu Diskussionen, ob Nachhaltigkeitsaspekte und andere Gemeinwohlaspekte die Freigabe oder auch die Untersagung eines Fusionsvorhabens begründen können. Insbesondere die Freigabeentscheidung der Europäischen Kommission im Fall Bayer/Monsanto wurde dahingehend kritisiert, dass außerwettbewerblichen und gemeinwohlorientierten Aspekten, wie der Biodiversität, der Ernährungssouveränität, dem Gesundheitsschutz und der Versorgungssicherheit nicht genügend Rechnung getragen worden sei.<sup>134</sup> Diese hätten aus Sicht der Kritiker gegen die Freigabe des Fusionsvorhabens gesprochen.

---

<sup>131</sup> Vgl. *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) und MINEFI – französisches Wirtschafts- und Finanzministerium (Ministère de l'Économie et des Finances)* (2019), A Franco-German Manifesto for a European industrial policy fit for the 21st Century, 19. Februar 2019, abrufbar unter [https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/F/franco-german-manifesto-for-a-european-industrial-policy.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/F/franco-german-manifesto-for-a-european-industrial-policy.pdf?__blob=publicationFile&v=2).

<sup>132</sup> Vgl. ebd., S. 4. Hierin schlagen Deutschland und Frankreich vor, die aktuellen Fusionsrichtlinien so zu ändern, dass „der Wettbewerb auf globaler Ebene, potenzieller künftiger Wettbewerb und der Zeitrahmen für die Entwicklung von Wettbewerb stärker berücksichtigt werden und somit der Europäischen Kommission mehr Flexibilität bei der Beurteilung der relevanten Märkte zu geben.“

<sup>133</sup> <https://www.en.kfst.dk/nyheder/kfst/english/news/2019/201906278-the-nordic-competition-authorities-support-a-strict-merger-control-regime/>.

<sup>134</sup> Vgl. hierzu etwa *MdB Dröge*, Bayer-Monsanto Anhörung im Bundestag, abrufbar unter <https://katharina-droege.de/artikel/11-07-2018/bayer-monsanto-anhoerung-im-bundestag>; *MdB Dröge*, Baysanto: Schlechte Entscheidung für Wettbewerb und Umwelt, abrufbar unter <https://katharina-droege.de/artikel/21-03-2018/baysanto-schlechte-entscheidung-fuer-wettbewerb-und-umwelt>.

## I. Deutsche Fusionskontrolle

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass Ermessenserwägungen im Rahmen des § 36 GWB – anders als bei der Anwendung des Kartellverbots – ausgeschlossen sind. Der Wortlaut von § 36 GWB ist dahingehend eindeutig formuliert („ein Zusammenschluss ist zu untersagen“). § 36 GWB lässt damit allein aufgrund dieses Unterschieds weniger Raum für die Berücksichtigung und Abwägung von Gemeinwohlbelangen.

In der Fusionskontrolle in Deutschland besteht eine klare Trennung zwischen dem Aufgabenbereich des Bundeskartellamtes und demjenigen der Politik: Das Bundeskartellamt ist ausschließlich dem Wettbewerbsschutz verpflichtet. Übertreffende Interessen des Gemeinwohls, d.h. außerhalb der wettbewerblichen Betrachtung liegende Parameter, werden im Rahmen des Ministererlaubnisverfahrens berücksichtigt. Die Zweistufigkeit von wettbewerblicher Prüfung durch das Bundeskartellamt einerseits und der Prüfung anderer politischer Erwägungen durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie andererseits dient auch dem Ziel, das Bundeskartellamt dem politischen Einfluss zu entziehen.

Im Rahmen der Ministererlaubnis können außerwettbewerbliche Aspekte allerdings nur zur Freigabe einer aus rein wettbewerblichen Gesichtspunkten zu untersagenden Fusion führen. Die Untersagung einer Fusion aufgrund von außerwettbewerblichen Aspekten ist im Rahmen des Ministererlaubnisverfahrens nicht vorgesehen.

## II. Europäische Fusionskontrolle

Die Europäische Kommission hat die Aufgabe, Fusionen und Übernahmen von Unternehmen zu prüfen, deren Umsatz bestimmte Schwellenwerte übersteigt (Art. 1 Fusionskontrollverordnung<sup>135</sup>, FKVO). Materieller Prüfungsmaßstab ist Art. 2 FKVO. Danach sind Zusammenschlüsse zu untersagen, die den wirksamen Wettbewerb im gesamten EWR oder einem wesentlichen Teil des EWR erheblich behindern würden. Die Prüfungsbefugnis der Kommission beschränkt sich auf rein wettbewerbsrechtliche Fragen, eine Berücksichtigung außerwettbewerblicher Belange ist nach dem Wortlaut der FKVO grundsätzlich nicht vorgesehen.<sup>136</sup>

Auch die zuständige EU-Wettbewerbskommissarin Margrethe Vestager hat im August 2017 darauf hingewiesen, dass sich die wettbewerbliche Prüfung im Fusionskontrollverfahren Bayer/Monsanto auf mögliche negative Auswirkungen der Fusion auf Preise, Qualität,

---

<sup>135</sup> Europäische Kommission, Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („Fusionskontrollverordnung“), ABIEU 2004 L 24/1.

<sup>136</sup> Bei Erlass der FKVO war die Aufnahme weiterer, außerwettbewerblicher Ziele in den Kontext der Fusionskontrolle ausdrücklich diskutiert, aber verworfen worden. Vgl. *Körber*, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2020, FKVO Einleitung Rn. 30 ff. m.w.N.

Auswahl an Produkten oder Innovationen stützt, nicht aber auf außerwettbewerbliche Belange:

*„Viele von Ihnen warnen vor möglichen negativen Auswirkungen im Zusammenhang mit den Produkten von Monsanto und Bayer, darunter Risiken für die menschliche Gesundheit, die Lebensmittelsicherheit, den Verbraucherschutz, die Umwelt und das Klima. [...] Auch wenn diese Bedenken sehr wichtig sind, bilden sie nicht die Grundlage für ein Fusionskontrollverfahren.“<sup>137</sup>*

Ergänzend kann noch ausgeführt werden, dass gerade der Fall Bayer/Monsanto auch gezeigt hat, dass die Fusionskontrolle in der Regel auch kein geeignetes Instrument sein wird, um umweltpolitischen Belangen gezielt Rechnung zu tragen. Sieht man etwa aus Umweltschutzgründen Risiken in den gentechnisch veränderten Produkten von Monsanto, so sind diese Produkte ggf. auf umweltrechtlicher Grundlage zu verbieten, oder sonstige umweltpolitische Maßnahmen sind zu treffen. Der Umwelt wäre dagegen wenig geholfen, wenn solche Risiken nur deshalb angegangen werden, weil es – insoweit gewissermaßen zufällig – zur Fusion mit einem anderen Unternehmen kommt. Auch eine Freigabe mit umweltpolitischen Auflagen wäre keine angemessene Lösung, wenn nicht fusionierende Wettbewerber weiterhin ähnliche Produkte anbieten könnten.

### III. Zwischenfazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten: Prüfungsmaßstab der von Europäischer Kommission und Bundeskartellamt ausgeübten Fusionskontrolle ist ausschließlich die „erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ (Art. 2 FKVO, § 36 Abs. 1 GWB). Das deutsche Recht hat jedoch mit der Ministererlaubnis für den Fall vorgesorgt, dass im Einzelfall legitime außerwettbewerbliche Interessen existieren, welche dem Interesse am Schutz wirksamen Wettbewerbs zuwiderlaufen und die Freigabe einer unter rein wettbewerblichen Gesichtspunkten zu untersagenden Fusion rechtfertigen können. Tatsächlich haben Umweltschutzgesichtspunkte in einem jüngeren Ministererlaubnisverfahren eine wesentliche Rolle gespielt, auch wenn aus Sicht der Wissenschaft und der das Verfahren mit einer Stellungnahme begleitenden Monopolkommission<sup>138</sup> nicht hinreichend klar geworden ist, ob diese Gesichtspunkte die Entscheidung im betreffenden Einzelfall auch wirklich tragen

---

<sup>137</sup> Vgl. Brief von Margrethe Vestager an die Petenten vom 22. August 2017, abrufbar unter [https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/additional\\_data/m8084\\_4718\\_7.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/additional_data/m8084_4718_7.pdf).

<sup>138</sup> Die Monopolkommission empfahl, die von Miba und Zollern beantragte Ministererlaubnis nicht zu erteilen. Vgl. *Monopolkommission*, Pressemitteilung vom 18. April 2019, abrufbar unter <https://www.monopolkommission.de/index.php/de/pressemitteilungen/239-zusammenschlussvorhaben-der-miba-ag-und-der-zollern-gmbh-co-kg.html>.

konnten.<sup>139</sup> Auf europäischer Ebene steht hingegen kein vergleichbares Instrument zur Verfügung.

Für eine Berücksichtigung außerwettbewerblichen Gesichtspunkten, die gegen eine Freigabe der Fusion Bayer/Monsanto gesprochen hätten, verfügen hingegen weder das deutsche noch das europäische Recht über geeignete Lösungsmechanismen.

Vor dem Hintergrund der klaren Trennung der Aufgabenbereiche des Bundeskartellamtes und des Bundesministerium für Wirtschaft und Energie im Rahmen des Ministererlaubnisverfahrens wäre die Berücksichtigung außerwettbewerblicher Interessen, die gegen die Freigabe eines Fusionsvorhabens sprechen, im Rahmen der kartellbehördlichen Fusionskontrolle kaum zu rechtfertigen.<sup>140</sup>

## F. Fazit

Zwischen Gemeinwohlzielen und den Zielen des Wettbewerbsrechts bestehen in den meisten Fällen keine Konflikte. Wettbewerbsschutz und Gemeinwohlziele gehen oft Hand in Hand: Arbeitsplätze dürften am ehesten dann gesichert werden können, wenn Unternehmen sich im Wettbewerb als erfolgreich erweisen, indem sie Produkte und Dienstleistungen in höherer Qualität anbieten. So wie Wettbewerb Innovationen in Form von neuen Produkten und verbesserten Prozessen stimulieren kann, kann er ein nachhaltiges Wirtschaften stimulieren. Investieren Unternehmen in Produktionstechniken, die knappe Ressourcen effizienter nutzen, bietet dies den Unternehmen nicht nur wettbewerbliche Vorteile, sondern es liegt auch im Interesse eines nachhaltigeren Umgangs mit den uns zur Verfügung stehenden Ressourcen.

Soweit es zu Zielkonflikten zwischen Wettbewerbsschutz und Gemeinwohlinteressen kommt, ist für die Abwägungsentscheidung primär der demokratisch legitimierte Gesetzgeber zuständig. Er kann bspw. Umweltschutzstandards zwingend vorgeben und sie damit zugleich – im Hinblick auf mögliche Abweichungen nach unten – dem Wettbewerb als Parameter schlicht entziehen. Teilweise ist jedoch zu beobachten, dass in bestimmten Politikbereichen Kooperationsformen privater Selbstregulierung als Alternative zu gesetzgeberischen Maßnahmen zur Erreichung von Gemeinwohlzielen angesehen werden. Der Gesetzgeber sollte allerdings nur dann auf eigene gesetzgeberische Maßnahmen zugunsten von

---

<sup>139</sup> Im Fusionskontrollverfahren Miba/Zollern erteilte Bundeswirtschaftsminister Peter Altmaier eine Ministererlaubnis und begründete diese u.a. mit umweltpolitischen Zielen. Vgl. *BMW*, Pressemitteilung vom 19. August 2019, Altmaier: Ministererlaubnis im Verfahren Miba/Zollern, abrufbar unter <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2019/20190819-altmaier-ministererlaubnis-im-verfahren-miba-zollern.html>.

<sup>140</sup> In diesem Zusammenhang wird auch das Instrument eines Ministerverbotes diskutiert (überragendes Interesse der Allgemeinheit an einem Verbot der Fusion). Vgl. hierzu etwa *Budzinski und Stöhr* (2018), Die Ministererlaubnis als Element der deutschen Wettbewerbsordnung: eine theoretische und empirische Analyse, Diskussionspapier Nr. 114 Technische Universität Ilmenau, abrufbar unter [https://www.db-thueringen.de/servlets/MCRFileNodeServlet/dbt\\_derivate\\_00041312/Diskussionspapier\\_Nr\\_114.pdf](https://www.db-thueringen.de/servlets/MCRFileNodeServlet/dbt_derivate_00041312/Diskussionspapier_Nr_114.pdf).

Kooperationsformen privater Selbstregulierung verzichten, wenn diese tatsächlich die am besten geeignete Vorgehensweise darstellen.

Gehen Unternehmen Kooperationsformen privater Selbstregulierung ein, so sind diese am Kartellrecht zu messen. Dabei ist zunächst festzuhalten, dass diese oftmals zu keiner Wettbewerbsbeschränkung führen. Sie fallen damit nicht in den Anwendungsbereich des Kartellverbots. Sind Kooperationen privater Selbstregulierung hingegen mit einer Beschränkung des Wettbewerbs verbunden, stellt sich die Frage, inwieweit Gemeinwohlziele im Rahmen des Kartellverbots berücksichtigt werden können.

Eine Berücksichtigung im Rahmen des Kartellverbotes kommt insbesondere für solche Gemeinwohlziele in Betracht, die mit anderen Bestimmungen des europäischen Primärrechts angestrebt werden. Dem sind allerdings Grenzen gesetzt: Eine Einschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 101 Abs. 1 AEUV dürfte nur in seltenen Ausnahmefällen in Frage kommen. Eher kommt eine Berücksichtigung von Gemeinwohlinteressen im Rahmen des Art. 101 Abs. 3 AEUV in Betracht. Auf den Schutz abstrakter Gemeinwohlziele können sich die kooperierenden Unternehmen hierbei allerdings nicht berufen. Sie müssen stattdessen den Nachweis erbringen, dass die nachteilig betroffenen Verbraucher durch die Vereinbarung nicht schlechter gestellt werden. Dieser Nachweis und die damit verbundene Quantifizierung der Gemeinwohlziele sind mit einer Vielzahl praktischer und normativer Probleme verbunden.

Vor dem Hintergrund der Singularität der mit dem Klimawandel verbundenen gesellschaftlichen Herausforderungen sehen immer mehr Wettbewerbsbehörden den Bedarf, Umweltschutzbelange stärker in der Kartellrechtspraxis zu berücksichtigen. Das Bundeskartellamt hat in seiner bisherigen Praxis dem Ziel des Klimaschutzes und anderen Gemeinwohlbelangen im Rahmen seines behördlichen Aufgreifermessens Rechnung getragen.<sup>141</sup> Es ist zu jedoch zu erwarten, dass die Debatte um Leitlinien zum Umgang mit Nachhaltigkeitsinitiativen nicht verstummen wird. Auch für das Bundeskartellamt stellt sich damit die Frage, ob es an seiner bisherigen Praxis, außerwettbewerblichen Belangen primär im Rahmen des behördlichen Aufgreifermessens Rechnung zu tragen, festhalten soll.

---

<sup>141</sup> Vgl. etwa *Bundeskartellamt*, Tätigkeitsbericht 2015/2016, Deutscher Bundestag – 18. Wahlperiode, Drs. 18/12760, S. 54, abrufbar unter [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Taetigkeitsberichte/Bundeskartellamt%20-%20T%C3%A4tigkeitsbericht%202015\\_2016.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Taetigkeitsberichte/Bundeskartellamt%20-%20T%C3%A4tigkeitsbericht%202015_2016.pdf?__blob=publicationFile&v=4).