

## Kapitel IV

# Nachhaltigkeit und Wettbewerb

---

Kurz gefasst .....	207
Summary .....	208
1 Einleitung .....	209
2 Fokussierung auf Klima- und Umweltziele.....	210
3 Würdigung von Nachhaltigkeit im Rahmen des Kartellrechts .....	211
3.1 Generelle Ausnahmen für Nachhaltigkeitsinitiativen vom Kartellrecht nicht zu empfehlen.....	213
3.2 Nachhaltigkeit sollte im Rahmen der Effizienzvorteile gewürdigt werden.....	215
3.3 Zwischenfazit .....	223
4 Mit zunehmender Fallpraxis ist die Einführung des Effizienzeinwands für Nachhaltigkeit bei Fusionskontrollverfahren im GWB in Erwägung zu ziehen .....	223
5 Mehr wissenschaftliche Expertise zur Bewertung von Nachhaltigkeit im Kartellrecht möglich.....	227
6 Zusammenfassungen der Einschätzungen und Empfehlungen .....	228

---

## Kurz gefasst

Mit dem European Green Deal hat die Europäische Kommission die Transformation zu einer modernen, ressourceneffizienten und wettbewerbsfähigen Wirtschaft angestoßen. Das Kernziel des Green Deals besteht darin, die Wirtschaft der Europäischen Union bis 2050 klimaneutral zu machen. Alle Politikbereiche sollen daraufhin überprüft werden, welchen Beitrag sie dazu leisten können. Somit befasst sich auch die Wettbewerbspolitik damit, **wie Klimaschutz und andere Nachhaltigkeitsziele im Kartellrecht besser berücksichtigt werden können.**

Hierzu hat die Europäische Kommission im März 2022 einen Entwurf der Horizontalleitlinien zu Art. 101 AEUV vorgelegt, in dem sie darlegt, wie Wettbewerbsschutz und Nachhaltigkeitsaspekte abgewogen werden können. Der Entwurf dient als guter Ausgangspunkt für die Diskussion über die kartellrechtliche Berücksichtigung von Nachhaltigkeitszielen. Bislang fehlt es jedoch weitgehend an relevanter Fallpraxis. Um die vielfältigen Nachhaltigkeitsziele im Kartellrecht zu operationalisieren, erscheint eine **Eingrenzung des Begriffs zunächst entlang der beiden ökologischen Dimensionen Klima- und Umweltschutz sinnvoll**, da Klima- und Umweltziele bereits heute klarer definiert sind als andere Nachhaltigkeitsziele. Wenn hinreichende Erfahrungen mit der quantitativen Bewertung der ökologischen Ziele bestehen, sollte die Betrachtung auch auf die anderen Nachhaltigkeitsziele ausgeweitet werden.

**In vielen Fällen wird es keinen Zielkonflikt zwischen dem Schutz des Wettbewerbs und dem Erreichen von Nachhaltigkeitszielen geben.** Verbraucherinnen und Verbraucher präferieren in einem zunehmenden Maße nachhaltige oder nachhaltig produzierte Produkte. Im Wettbewerb konkurrieren die Unternehmen dann darum, innovative und zugleich nachhaltige Produkte und Technologien in die Märkte einzuführen. Daneben kann es Konstellationen geben, in denen es einem Unternehmen nicht möglich ist, allein ein nachhaltiges oder nachhaltig produziertes Produkt einzuführen. Können beispielsweise Verbraucherinnen und Verbraucher den Beitrag eines Produktes zur Nachhaltigkeit nicht genau einschätzen, könnten Unternehmen Schwierigkeiten haben, nachhaltige Produkte und Technologien die über gesetzliche Mindeststandards hinausgehen, alleine am Markt durchzusetzen.

Die mit solchen Kooperationen verbundenen Wettbewerbseinschränkungen müssen sich auch am Kartellrecht messen lassen. **Eine generelle Ausnahme von Nachhaltigkeitsinitiativen vom Kartellrecht ist nicht zu empfehlen.** In vielen Fällen kann eine **Abwägung von Wettbewerbsschutz und Nachhaltigkeitszielen im Rahmen der ökonomischen Effizienzen** erfolgen. In der Literatur werden dabei Ansätze diskutiert, wie Externalitäten, vor allem im Bereich des Klimaschutzes, in der Effizienzabwägung Berücksichtigung finden können.

Bislang wird die Debatte, welchen Beitrag die Wettbewerbspolitik leisten kann, nachhaltige Produkte und Produktionsverfahren zu ermöglichen, überwiegend im Kontext der kartellrechtlichen Beurteilung von Kooperationen geführt. In der Kartellrechtspraxis sind Unternehmenszusammenschlüssen, deren Notwendigkeit mit dem Erreichen von Nachhaltigkeitszielen begründet wird, noch die Ausnahme. Eine Möglichkeit, **Nachhaltigkeitsaspekte bei der fusionskontrollrechtlichen Prüfung von Zusammenschlüssen zu berücksichtigen, ist auch hier, dies im Rahmen der Effizienzabwägung** zu tun. Anders als im europäischen Wettbewerbsrecht ist die Abwägung von Effizienzvorteilen mit Wettbewerbsnachteilen im deutschen Recht nicht ausdrücklich vorgesehen. Sollten zukünftig Nachhaltigkeitsaspekte vermehrt auch im Rahmen der Prüfung von Zusammenschlussvorhaben vorgebracht werden, sollte zur Erhöhung der Rechtssicherheit der Effizienzeinwand, nach dem Vorbild des Erwägungsgrunds 29 der europäischen Fusionskontrollverordnung, ausdrücklich im GWB verankert werden. Dadurch wäre gewährleistet, dass **Effizienzvorteile im Bereich der Nachhaltigkeit innerhalb der deutschen Fusionskontrolle systematisch und einheitlich geprüft werden.** Gegenwärtig sieht die Monopolkommission für eine solche Gesetzesanpassung jedoch noch keinen Anlass.

Die Wettbewerbspolitik kann somit auch einen Beitrag dazu leisten, die Transformation zu einer klimaneutralen europäischen Wirtschaft voranzubringen. Ein größerer Beitrag wird jedoch sicher durch Instrumente außerhalb der Wettbewerbspolitik zu leisten sein, z. B. durch Regulierung und gesetzgeberische Vorgaben von Mindeststandards.

## Summary

With the European Green Deal, the European Commission started the transition to a modern, resource-efficient and competitive economy. The core objective of the Green Deal is carbon-neutrality of the European Union's economy by 2050. In order to do so, all policy areas have to be reviewed to see how they can contribute. Thus, it is widely discussed among competition policy experts **how climate protection and other sustainability objectives can be better taken into account in antitrust law.**

In March 2022, the European Commission published a draft version of the amended Horizontal Guidelines on Article 101 TFEU, in which it sets out how to balance the protection of competition against sustainability aspects. The draft is a good starting point to discuss how to deal with sustainability aspects in an antitrust context. Yet, relevant case practice is rare so far. In order to operationalise the many different sustainability objectives in antitrust law, **it appears feasible to narrow down the term initially along the two ecological dimensions of climate and environmental protection**, as these terms are fairly clearly defined in comparison to other sustainability goals. Once, there is sufficient experience with the quantitative assessment of the ecological goals, other sustainability objectives should also be considered.

**In many cases, there will be no trade-off between protecting competition and achieving sustainability objectives.** Consumers increasingly prefer sustainable products and, therefore, companies compete to introduce innovative and sustainable products and technologies. Yet, there may be situations, where it is impossible for a company to introduce a sustainable or sustainably produced product independently. If, for example, consumers cannot accurately assess the positive impact of a product on sustainability, companies may have difficulties in introducing sustainable products and technologies that go above the legal minimum requirements.

Cooperations, which are restraining competition, must also be measured against antitrust law. **It does not recommend a general exemption of sustainability initiatives from antitrust law. In many cases, sustainability objectives can be viewed as economic efficiencies.** Academic literature already discusses how externalities, especially in the area of climate protection, can be taken into account in an efficiency assessment.

For the time being, the debate around sustainability and competition mainly focuses on the assessment of cooperations under antitrust law. In practice, there have been no mergers yet that justified a lessening in competition in order to achieve sustainability objectives. However, one option to **consider sustainability aspects in the context of merger control is by assessing efficiencies.** In German competition law, the possibility of making an efficiency defence argument by the merging parties, which the competition authority weighs against competition concerns, is not officially recognised, as it is in European competition law. If merging parties increasingly raise efficiency arguments relating to sustainability aspects in the future, the possibility of an efficiency defence should be incorporated in the German Act against Restraints of Competition (GWB) to increase legal certainty. It should be in line with recital 29 of the European Union's Merger Regulation. This ensures that competition enforcers are able to **systematically and uniformly examine sustainable efficiencies within German merger control.** However, the Monopolies Commission does not consider such an amendment to the law necessary as of yet.

Therefore, Competition policy can also contribute to making the European economy carbon-neutral. However, a greater contribution is certainly expected from instruments outside of competition policy, e.g., such as by regulation and statutory requirements of minimum standards.

## 1 Einleitung

**399.** Die Europäische Kommission hat mit dem European Green Deal einen Maßnahmenkatalog vorgelegt, den Netto-Treibhausgas-Ausstoß bis zum Jahr 2050 auf Null zu senken.<sup>1</sup> Auch die Bundesregierung hat den Klimaschutz zur Querschnittsaufgabe erklärt.<sup>2</sup> Alle Politikbereiche sollen daraufhin überprüft werden, welchen Beitrag sie zum Klimaschutz leisten können. Somit muss sich auch die Wettbewerbspolitik damit befassen. Diese Frage wird bereits seit Längerem auf akademischer Ebene<sup>3</sup> und aufseiten der nationalen und der europäischen Wettbewerbsbehörden<sup>4</sup> diskutiert.

**400.** In vielen Fällen dürfte eine Zielkomplementarität zwischen dem Wettbewerbs- und dem Klimaschutz bestehen. Anstrengungen von Unternehmen zum Klimaschutz können regelmäßig als Wettbewerbsparameter angesehen werden, insbesondere, wenn institutionelle Rahmenbedingungen z. B. in Form von CO<sub>2</sub>-Preisen gegeben sind. Genauso dürften sich die meisten anderen Nachhaltigkeitsziele gerade nicht außerhalb des Wettbewerbs, sondern nur im Wettbewerb erreichen lassen. Dies gilt vor allem unter der Voraussetzung, dass ein wachsender Teil der Konsumentinnen und Konsumenten Nachhaltigkeit wertschätzt.

**401.** In einigen Fällen hingegen kann es zu Zielkonflikten kommen, die eine Abwägung zwischen Nachhaltigkeitsaspekten und Wettbewerbsschutz erforderlich machen. Koordinieren sich Unternehmen im Markt darauf, günstige und umweltschädliche Produkte kollektiv vom Markt zu nehmen und durch teurere, aber umweltfreundlichere Produkte zu ersetzen, scheint dies aus der Perspektive der Nachhaltigkeit wünschenswert. Dennoch ist eine solche Koordination kartellrechtlich nicht unbedenklich. Ob eine Abwägung zwischen Wettbewerbsschutz und Nachhaltigkeit im bestehenden Kartellrechtsrahmen erfolgen kann oder ob eine Änderung des Rahmens notwendig ist, wird in der Literatur und der Anwendungspraxis diskutiert. Die Monopolkommission macht hierzu in diesem Gutachten einige Vorschläge.

**402.** Auch ökonomisch sind solche Abwägungsfragen nicht einfach zu beurteilen. Wie bei jeder anderen Koordination über Wettbewerbsparameter kann die Gefahr bestehen, dass der Wettbewerb und damit auch der Innovationswettbewerb um nachhaltige Produkte und Technologien geschwächt werden. Ein viel beachtetes Beispiel dafür ist die technische Zusammenarbeit deutscher Automobilhersteller im Bereich der „AdBlue“-Technologie zur Beseitigung von klimaschädlichen Stickoxidemissionen. Diese hat nach Ansicht der Europäischen Kommission Innovationen im Bereich der Abgasreinigung verhindert.<sup>5</sup> In anderen Fällen hingegen könnten die freien Marktkräfte gerade einer wünschenswerten Transformation hin zu einer nachhaltigen Wirtschaft und Gesellschaft entgegenstehen, wenn Unternehmen Schwierigkeiten haben, unilateral nachhaltige Produkte und Technologien einzuführen. Das kann beispielsweise der Fall sein, falls Konsumentinnen und Konsumenten den Wert nachhaltiger Produkte nicht genau einschätzen können. Dann kann eine Koordination der Unternehmen dabei helfen, Marktineffizienzen zu überwinden.

**403.** Insofern sind im Bereich der Nachhaltigkeit komplexe ökonomische und rechtliche Fragen zu beantworten. Dieses Gutachten fokussiert sich dabei auf ausgewählte Fragestellungen, die für das Kartellrecht relevant sind. Wie können Nachhaltigkeitsaspekte (z. B. Klimaschutz) gegen Wettbewerbseffekte (z. B. höhere Preise) abgewogen

---

<sup>1</sup> Europäische Kommission, Der europäische grüne Deal, [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) [abgerufen am 3. Februar 2022].

<sup>2</sup> Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit. Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, S. 55.

<sup>3</sup> Inderst, R., Thomas, S., Nachhaltigkeit und Wettbewerb: Zu einer Reform des Wettbewerbsrechts für die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen, SAFE Policy Letter 94, 2022; Holmes, S., Climate change, sustainability, and competition law, *Journal of Antitrust Enforcement* 8, 2020, 354.

<sup>4</sup> ACM Netherlands Authority for Consumers and Markets, Guidelines: Sustainability Agreements - Opportunities within Competition Law, 2022; Bundeskartellamt, Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften - Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis, 2020.

<sup>5</sup> [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip\\_21\\_3581](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_21_3581) [abgerufen am 30. März 2022].

werden? Auf welcher rechtlichen Grundlage kann entschieden werden, wie diese Abwägung stattfinden soll? Sollte eine solche Abwägung innerhalb oder außerhalb des Kartellrechts stattfinden?

## 2 Fokussierung auf Klima- und Umweltziele

**404.** Der Begriff der Nachhaltigkeit bezieht sich auf ein breites Spektrum gesellschaftlicher Ziele. Die Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen haben sich im Jahr 2015 in ihrer Agenda 2030 auf 17 Nachhaltigkeitsziele (Sustainable Development Goals, SDGs) geeinigt. Diese SDGs umfassen ökologische, ökonomische und soziale Aspekte und beinhalten insgesamt 169 einzelne Zielvorgaben. An diesen globalen Zielen orientiert sich auch die Deutsche Nachhaltigkeitsstrategie. Deutschland legt dabei einen Schwerpunkt auf den Klimaschutz. Die Bundesregierung hat hierzu 2019 ein Klimaschutzgesetz verabschiedet und diesen zur Querschnittsaufgabe erklärt, wonach alle Politikbereiche am Klimaschutz ausgerichtet werden sollen.<sup>6</sup> Auf Unionsebene verpflichtet die umweltspezifische Querschnittsklausel gemäß Art. 11 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) zudem dazu, Umweltschutzaspekte bei der Festlegung und Durchführung der Unionspolitiken und -maßnahmen einzubeziehen. Die Umweltziele werden in Art. 9 der Taxonomie-Verordnung weiter konkretisiert. Hierzu zählen a) Klimaschutz; b) Anpassung an den Klimawandel; c) die nachhaltige Nutzung und Schutz von Wasser- und Meeresressourcen; d) der Übergang zu einer Kreislaufwirtschaft; e) Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung; f) der Schutz und Wiederherstellung der Biodiversität und der Ökosysteme.<sup>7</sup>

**405.** Um Nachhaltigkeit im kartellrechtlichen Kontext berücksichtigen zu können, muss der Begriff in der Fallpraxis anwendbar sein. Das bedeutet, dass die Ziele klar definiert und deren Erreichung möglichst auch empirisch nachgewiesen werden müssen, um in der Praxis gegen Wettbewerbsziele abgewogen werden zu können. Eine solche Abwägung kann nur dann objektiv erfolgen, wenn dabei möglichst systematisch und einheitlich vorgegangen wird. Sowohl in den Horizontalleitlinien zu Art. 101 Abs. 1 AEUV als auch in den Horizontalleitlinien zur Verordnung 139/2004 (Fusionskontrollverordnung, FKVO) wird festgestellt, dass eine Wettbewerbsbeschränkung freigegeben werden kann, wenn die Effizienzvorteile die wettbewerblichen Nachteile mindestens ausgleichen.<sup>8</sup> Inwiefern auch Nachhaltigkeitsaspekte unter den Begriff der Effizienzvorteile subsumiert werden können, wird gegenwärtig in der Literatur diskutiert.<sup>9</sup> Die Europäische Kommission hat im März 2022 einen Entwurf der überarbeiteten Leitlinien für horizontale Kooperationsvereinbarungen veröffentlicht, der ein separates Kapitel zur Würdigung von Nachhaltigkeits-Effizienzen enthält.<sup>10</sup> Dort wird klargestellt, dass auch Nachhaltigkeitsaspekte als Effizienzvorteile berücksichtigt werden können.

**406.** Um erste Erfahrungen mit der Bewertung solcher Effizienzvorteile im Bereich der Nachhaltigkeit zu sammeln, erscheint eine Eingrenzung des Begriffs zunächst entlang der beiden ökologischen Dimensionen Klima- und Umweltschutz sinnvoll. Klima- und Umweltziele lassen sich aus ökonomischer Sicht klarer definieren als andere Nachhaltigkeitsziele. Die Ökonomie besitzt bereits einige Instrumente zur Bewertung von Effizienzen in diesen Bereichen. So verfügt die Klima- und Umweltökonomie über umfassende Erfahrung mit der Quantifizierung von Klima- und Umweltschäden. Insbesondere durch das Instrument des EU-Emissions-Zertifikatehandels können negative Externalitäten auf das Klima mit einem Preis versehen und so ökonomisch handhabbar gemacht werden. Diese

<sup>6</sup> Bundes-Klimaschutzgesetz vom 12. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2513), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 18. August 2021 (BGBl. I S. 3905) geändert worden ist.

<sup>7</sup> Verordnung (EU) 2020/852 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2020 über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen und zur Änderung der Verordnung (EU) 2019/2088.

<sup>8</sup> Amtsblatt der Europäischen Union, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, 2004/C 31/03, 5. Februar 2004, Tz. 76; Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, 2004/C 101/08, 27. April 2004, Tz. 85.

<sup>9</sup> Holmes, S., Climate change, sustainability, and competition law, a. a. O.; Schley, O., Symann, M., Art. 101 Abs. 3 AEUV goes green, *Wirtschaft und Wettbewerb* 01, 2022, 2.

<sup>10</sup> Europäische Kommission, Approval of the content of a draft for a Communication for the Commission: Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, 1. März 2022.

(monetäre) Bewertung erscheint bei anderen, sozialen Nachhaltigkeitszielen ungleich schwieriger und ist zudem mit normativen Abwägungen verbunden. Hier wären zunächst Klarstellungen notwendig, inwiefern andere Ziele als Effizienz im Sinne einer kartellrechtlichen Beurteilung abgewogen werden können. Auf nationaler Ebene und Unionsebene hat der Gesetzgeber bereits die Bedeutung des Klima- und Umweltschutzes hervorgehoben.

**407.** Daher konzentriert sich die Monopolkommission in diesem Gutachten zunächst auf die Abwägung zwischen Wettbewerbsaspekten einerseits und Klima- sowie Umweltschutzaspekten andererseits. Nachhaltigkeit wird daher in diesem Gutachten, wenn nicht anders angegeben, synonym mit Klima- und Umweltschutz verwendet.<sup>11</sup> Wenn hinreichende Erfahrung mit der Bewertung von ökologischen Nachhaltigkeitsaspekten im Kartellrecht vorliegen, sollte die Untersuchung auch auf die anderen Zieldimensionen der Nachhaltigkeit ausgeweitet werden, welche in der Agenda 2030 gleichberechtigt neben den ökologischen Zielen stehen. Eine Eingrenzung des Nachhaltigkeitsbegriffs auf Klima- und Umweltschutz erleichtert den Zugang zu diesem Thema und ermöglicht es der Monopolkommission, erste Handlungsempfehlungen zu entwickeln.

### 3 Würdigung von Nachhaltigkeit im Rahmen des Kartellrechts

**408.** Grundsätzlich ist zu klären, ob und wie Nachhaltigkeitsziele mit dem Wettbewerbsschutz abgewogen werden können. Dabei ist zunächst zu untersuchen, ob es ökonomische Gründe gibt, die bestimmte Wettbewerbseinschränkungen zur Erreichung von Nachhaltigkeitszielen rechtfertigen. Das wird in Kapitel 3 untersucht. Ist dies der Fall, ist weiterhin zu diskutieren, wie Nachhaltigkeitsaspekte im Kartellrecht gewürdigt werden können. Das ist Gegenstand von Kapitel 3.1. In diesem Gutachten findet die Untersuchung vorwiegend vor dem Hintergrund horizontaler Kooperationen statt, da es hierzu bereits einige wenige Entscheidungen nationaler Kartellbehörden gibt.<sup>12</sup>

**409.** In vielen Fällen dürfte eine Zielkomplementarität zwischen Wettbewerb und Nachhaltigkeitszielen bestehen. Anstrengungen der Unternehmen, nachhaltigere Produkte einzuführen oder nachhaltiger zu produzieren, können regelmäßig als Wettbewerbsparameter angesehen werden. Haben Konsumentinnen und Konsumenten eine Präferenz für nachhaltige Produkte, z. B. für nachhaltig produzierte Lebensmittel, werden Unternehmen ihre Produkte und Dienstleistungen in den Märkten an diesen Präferenzen ausrichten, um im Wettbewerb zu bestehen.<sup>13</sup> Nachhaltigkeit kann in diesen Fällen somit häufig als ein Qualitätsmerkmal verstanden werden, das bei der Konsumententscheidung für Kundinnen und Kunden relevant ist.<sup>14</sup>

**410.** Oftmals wird somit gerade der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren Anreize schaffen, in nachhaltige Technologien zu investieren.<sup>15</sup> Wettbewerbseinschränkungen, z. B. in Form von Zusammenschlüssen oder Kooperationen, hingegen könnten zu einer Beschränkung des Innovationswettbewerbs führen und dafür sorgen, dass die Potenziale nachhaltiger Technologien nicht umfänglich ausgenutzt werden. Die Europäische Kommission hat in einem solchen Fall im Jahr 2021 entschieden, dass eine technische Zusammenarbeit deutscher Automobilhersteller im Bereich der „AdBlue“-Technologie zur Beseitigung von klimaschädlichen Stickoxidemissionen verhindert

<sup>11</sup> Das Bundeskartellamt hat sich auch mit anderen Nachhaltigkeitsinitiativen außerhalb des Klimaschutzes auseinandergesetzt, s. [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2022/18\\_01\\_2022\\_Nachhaltigkeit.html?jsessionid=AB783C3590E0E2159721A8FD45C81F09.1\\_cid387?nn=3591286](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2022/18_01_2022_Nachhaltigkeit.html?jsessionid=AB783C3590E0E2159721A8FD45C81F09.1_cid387?nn=3591286) [abgerufen am 28. Februar 2022].

<sup>12</sup> Autoriteit Consument & Markt, Pressemitteilung v. 26. September 2013, abrufbar unter: <https://www.acm.nl/en/publications/publication/12082/ACM-analysis-of-closing-down-5-coal-power-plants-as-part-of-SER-Energieakkoord>; Autoriteit Consument & Markt, Pressemitteilung v. 26. Januar 2015, abrufbar unter: <https://www.acm.nl/en/publications/publication/13789/ACMs-analysis-of-the-sustainability-arrangements-concerning-the-Chicken-of-Tomorrow>.

<sup>13</sup> M. Kitzmueller, J. Shimshack, Economic Perspectives on Corporate Social Responsibility, *Journal of Economic Literature* (2)50, 2012, 51.

<sup>14</sup> Vertieft Tz. 439 ff.

<sup>15</sup> Aghion, P., Bénabou, R., Martin, R., Roulet, Alexandra, Environmental Preferences and Technological Choices: Is Market Competition Clean or Dirty?, *National Bureau of Economic Research* (26921), 2020; Schinkel, M. P., Spiegel, Y., Can collusion promote sustainable consumption and production?, *International Journal of Industrial Organization* 53, 2017, 371.

habe, dass eine über die gesetzlichen Vorgaben hinausgehende und somit noch emissionsreduzierendere Abgasreinigung entwickelt wurde, und wertet dies als kartellrechtswidrige Einschränkung des Innovationswettbewerbs. Dieses Beispiel zeigt laut Wettbewerbskommissarin Vestager, dass eine eigentlich legitime technische Zusammenarbeit in bestimmten Bereichen den Wettbewerb mittels Innovationen zur Minderung von Umweltbelastungen beschränken könne.<sup>16</sup> Dieses deckt sich mit Beobachtungen aus ökonomischen Arbeiten, dass bei legitimen Absprachen zwischen Unternehmen (z. B. über Aspekte der Nachhaltigkeit) immer auch die Gefahr besteht, dass sie diese Absprachen auf wettbewerbsbeschränkende Aspekte (z. B. Preise) ausweiten.<sup>17</sup>

**411.** Allerdings kann es in einigen Fällen auch zu Effizienzvorteilen kommen, wenn Unternehmen zusammenarbeiten, um beispielsweise Neuerungen gemeinschaftlich zu entwickeln. Die Vorteile einer Zusammenarbeit können darin liegen, dass Technologien im Hinblick auf das Erreichen von Nachhaltigkeitszielen schneller und womöglich auch besser entwickelt werden können, wenn Unternehmen ihr Know-How und ihre Ressourcen zusammenlegen oder sich auf gemeinsame Standards einigen. Kooperationen oder Zusammenschlüsse können auch aus Kostengründen notwendig sein, um Maßnahmen zur Nachhaltigkeit im Markt umzusetzen, etwa, wenn Skalenvorteile nur bei einer gemeinschaftlichen Produktion gehoben werden. Da sich solche potenziellen Effizienzvorteile im Bereich der Nachhaltigkeit nicht von anderen Effizienzvorteilen in anderen Bereichen unterscheiden, können diese auch bereits unter den geltenden Regeln freigegeben werden, so dass es hier keiner Anpassung der bestehenden Regelungen bedarf.

**412.** Neben den bereits in den Leitlinien zu horizontalen Kooperationen und Zusammenschlüssen dargestellten, allgemein berücksichtigungsfähigen Effizienzvorteilen, ist zu diskutieren, ob es im Bereich der Nachhaltigkeit darüber hinaus spezifische Effizienzen gibt, die Wettbewerbseinschränkungen rechtfertigen können und ob es für deren Berücksichtigung Anpassungen der bestehenden Regelungen bedarf. Solche spezifischen Gründe werden vor allem unter den ökonomischen Marktversagenstatbeständen der Externalitäten und der Informationsdefizite und -asymmetrien diskutiert. Externalitäten liegen vor, wenn Marktteilnehmende den Einfluss ihrer Entscheidung auf Dritte nicht umfänglich berücksichtigen. Negative Externalitäten können im Bereich der Nachhaltigkeit besonders relevant sein, falls Verbraucherinnen und Verbraucher bei ihrer Konsumententscheidung den Einfluss z. B. auf das Klima oder die Umwelt nicht hinreichend beachten. Ein weiterer Grund kann in der mangelnden oder komplexen Information über die Produkteigenschaften (z. B. den Beitrag zur Nachhaltigkeit) liegen, die im Einkaufskontext nicht alle hinreichend reflektiert werden können.<sup>18</sup> Verbraucherinnen und Verbraucher haben in der Regel schlechtere Informationen über den Beitrag von Produkten und Dienstleistungen zur Nachhaltigkeit als die Unternehmen (Informationsasymmetrien). Ist das der Fall, greifen Verbraucherinnen und Verbraucher wohlmöglich auf günstige und weniger nachhaltige Varianten zurück, da sie den Wert der teureren, nachhaltigen Varianten nicht genau einschätzen können. Zudem ist aus der Verhaltensökonomie bekannt, dass sich Verbraucherinnen und Verbraucher in Situationen, in denen verschiedene, komplexe Informationen verarbeitet werden müssen, häufig auf den Preis als leichtestes zu verarbeitendes Entscheidungsmerkmal stützen.<sup>19</sup>

**413.** In diesen Fällen können Unternehmen Schwierigkeiten haben, nachhaltige Produkte und Dienstleistungen am Markt durchzusetzen. Internalisieren einzelne Unternehmen nun die Externalitäten und produzieren mit einer nachhaltigeren Technologie oder bieten nachhaltigere Varianten der Produkte an, geschieht dieses in der Regel zu höheren Kosten als bei den Wettbewerbern. Aus den oben genannten Gründen könnten Verbraucherinnen und Verbraucher jedoch oftmals auf günstigere, aber weniger nachhaltige Varianten zurückgreifen. Aufgrund dieses

<sup>16</sup> [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip\\_21\\_3581](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_21_3581) [abgerufen am 30. März 2022].

<sup>17</sup> Awaya, Y., Krishna, V., On Communication and Collusion, *American Economic Review* (2)106, 2016, 285; Fonseca, M., Normann, H.-T., Explicit vs. tacit collusion—The impact of communication in oligopoly experiments, *European Economic Review* (8)56, 2012, 1759.

<sup>18</sup> Inderst, R., Thomas, S., Reflective willingness to pay: Preferences for sustainable consumption in a consumer welfare analysis, *Journal of Competition Law & Economics* (4)17, 2021, 848.

<sup>19</sup> Spiegler, R., *Bounded Rationality and Industrial Organization*, New York 2011.

Wettbewerbsnachteils („First-Mover-Disadvantage“) schrecken Unternehmen oftmals davor zurück, nachhaltige Produktionsverfahren und nachhaltige Produkte unilateral einzuführen. Um sicherzustellen, dass die mit dem Einsatz klimafreundlicher Technologie verbundenen Vorteile zustande kommen, kann eine Vereinbarung beispielsweise über die schrittweise Abschaffung der umweltschädlichen Technologie und den Einsatz von nachhaltigen Rohstoffen erforderlich sein.

**414.** Mit der VO (EG) Nr. 1/2003<sup>20</sup> und der 7. GWB-Novelle wurde das bis dahin bestehende Anmeldesystem für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen durch das System der Legalausnahme und Selbsteinschätzung ersetzt. Seitdem müssen die beteiligten Unternehmen selbst prüfen bzw. prüfen lassen, ob eine beabsichtigte Kooperation mit Wettbewerbern kartellrechtskonform ist, und tragen das hiermit verbundene rechtliche Risiko.<sup>21</sup> Aufgrund dieses Risikos könnten Unternehmen bislang von einigen wünschenswerten Nachhaltigkeitsinitiativen abgehalten worden sein.

**415.** Allerdings müssen sich solche Vereinbarungen zur Erreichung von Nachhaltigkeitszielen auch am Kartellrecht messen lassen. Schränken diese den Wettbewerb ein, kann das Wohlfahrtsoptimum ebenso verfehlt werden, wenn die ökonomischen Ressourcen nicht mehr optimal eingesetzt werden oder der Wettbewerb langfristig geschädigt wird. Wettbewerbseinschränkungen können dazu führen, dass Innovationen auch im Bereich der Nachhaltigkeit nicht in dem Maße stattfinden, wie es unter funktionsfähigem Wettbewerb zu erwarten wäre.<sup>22</sup>

### **3.1 Generelle Ausnahmen für Nachhaltigkeitsinitiativen vom Kartellrecht nicht zu empfehlen**

**416.** Soweit Verbraucherinnen und Verbraucher Nachhaltigkeit wertschätzen, sollten Unternehmen eigenständig entscheiden, wie sie dieses für sich nutzen. Dort, wo es eine Nachfrage nach nachhaltigen Produkten gibt, dürften Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des Kartellrechts somit kaum unerlässlich zur Erreichung von Nachhaltigkeitszielen sein. Zudem wird im Entwurf der neuen Horizontalleitlinien zu Art. 101 AEUV betont, dass auch dort, wo nationales oder europäisches Recht die Unternehmen zur Einhaltung von Nachhaltigkeitszielen zwingt, Wettbewerbseinschränkungen nicht als unerlässlich erachtet werden können, um die Vorgaben einzuhalten. Der Grund dafür sei, dass der Gesetzgeber bereits entschieden habe, dass jedes Unternehmen für sich allein das Ziel erreichen müsse.<sup>23</sup>

**417.** In anderen Konstellationen könnten Wettbewerbseinschränkungen jedoch auch hilfreich sein, um Nachhaltigkeitsziele zu erreichen.<sup>24</sup> Zu diskutieren ist dann, wie und ob Nachhaltigkeitsziele mit möglichen Wettbewerbschädigungen abgewogen werden können. Dazu hat die Europäische Kommission Vorschläge in den überarbeiteten Leitlinien für horizontale Kooperationsvereinbarungen gemacht, die derzeit konsultiert werden.

**418.** Einerseits könnten bestimmte Kooperationen direkt vom Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB freigestellt werden, wenn man per se davon ausgeht, dass bestimmte Arten von Vereinbarungen kartell-

---

<sup>20</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, ABl. EG Nr. L 1 vom 4. Januar 2003.

<sup>21</sup> Monopolkommission, Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle. Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB., 2004, Tz. 11.

<sup>22</sup> Aghion, P., Bénabou, R., Martin, R., Roulet, Alexandra, Environmental Preferences and Technological Choices: Is Market Competition Clean or Dirty?, a. a. O.; Schinkel, M. P./Spiegel, Y., Can collusion promote sustainable consumption and production?, a. a. O.

<sup>23</sup> Europäische Kommission, Approval of the content of a draft for a Communication for the Commission: Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, a. a. O., Tz. 332.

<sup>24</sup> Ebenda, R. 586.

rechtlich weniger bedenklich sind.<sup>25</sup> Andererseits könnte eine Ausnahme vom Kooperationsverbot gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 GWB in Betracht kommen, bei der mittels einer kartellrechtlichen Abwägung im Einzelfall geprüft wird, ob Nachhaltigkeitsinteressen einen etwaigen Wettbewerbschaden überwiegen.

**419.** Nicht in allen Fällen werden Kooperationen, die mit einer potenziellen Wettbewerbsbeschränkung verbunden sind, vom Kartellrecht erfasst.<sup>26</sup> Beispielsweise sind bestimmte Kooperationen zur Schaffung von Normen und Standards vom Anwendungsbereich des Kartellverbots des Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB ausgenommen.<sup>27</sup> Hierzu zählen auch Vereinbarungen, in denen Normen und Standards für die Umweltleistung von Produkten oder Herstellungsverfahren festgelegt sind. Vereinbarungen über Normen und Standards bezwecken gemäß der derzeit geltenden Horizontalleitlinien im Wesentlichen die Festlegung technischer oder qualitätsbezogener Anforderungen an bestehende oder zukünftige Produkte, Herstellungsverfahren, Dienstleistungen und Methoden.

**420.** Der Entwurf der Horizontalleitlinien betont darüber hinaus, dass auch Standards zur Erreichung von Nachhaltigkeitszielen vom Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV ausgenommen werden können, wenn folgende Kriterien kumulativ erfüllt sind. (1) Das Verfahren zur Entwicklung des Nachhaltigkeitsstandards muss transparent und für alle interessierten Wettbewerber zugänglich sein. (2) Der Standard darf nicht exklusiv und verpflichtend sein und zu keiner Einschränkung der Auswahlfreiheit der Verbraucherinnen und Verbraucher führen. (3) Den teilnehmenden Unternehmen sollte es freistehen, für sich selbst einen höheren Nachhaltigkeitsstandard festzulegen als den, der mit den anderen Parteien der Vereinbarung vereinbart wurde. (4) Die Parteien des Nachhaltigkeitsstandards dürfen keine kommerziell sensiblen Informationen austauschen, die nicht für die Entwicklung, Annahme oder Änderung des Standards notwendig sind. (5) Es sollte ein effektiver und diskriminierungsfreier Zugang zu den Ergebnissen des Verfahrens auch für Unternehmen, die nicht an der Entwicklung des Standards oder der Norm beteiligt waren, gewährleistet werden. (6) Der Nachhaltigkeitsstandard sollte nicht zu einem erheblichen Preisanstieg oder zu einer erheblichen Einschränkung der Auswahl an auf dem Markt erhältlichen Produkten führen. (7) Es sollte einen Mechanismus oder ein Überwachungssystem geben, um sicherzustellen, dass Unternehmen, die den Nachhaltigkeitsstandard anwenden, die Anforderungen des Standards erfüllen.<sup>28</sup>

**421.** Sind diese Voraussetzungen kumulativ erfüllt, geht der Entwurf der Horizontalleitlinien davon aus, dass negative Effekte eines Nachhaltigkeitsstandards auf den Wettbewerb unwahrscheinlich sind. Die Nichterfüllung einer oder mehrerer dieser Voraussetzungen begründe zwar keine Vermutung, dass die Vereinbarung den Wettbewerb im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV einschränke. Wenn jedoch einige dieser Voraussetzungen nicht erfüllt seien, müsse insbesondere geprüft werden, ob und inwieweit die Vereinbarung voraussichtlich – oder tatsächlich – zu einer spürbaren Beeinträchtigung des Wettbewerbs führe.<sup>29</sup>

**422.** Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) können wettbewerbsbeschränkende Kooperationsformen privater Selbstregulierung aufgrund von außerwettbewerblichen Zielen vom Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV ausgenommen sein. In der Wouters-Entscheidung kam der EuGH zum Ergebnis, dass eine von der niederländischen Rechtsanwaltskammer erlassene Verordnung, die eine Trennung von Rechtsan-

---

<sup>25</sup> Eine solche Ausnahme vom Art. 101 AEUV bildet Art. 210a der Verordnung über eine gemeinsame Marktorganisation für landwirtschaftliche Erzeugnisse (GMO). Hiernach sind kartellrechtliche Ausnahmen für Nachhaltigkeitsinitiativen im Bereich des Umweltschutzes, der Tiergesundheit und des Tierwohls oder der Verringerung des Einsatzes von Pestiziden grundsätzlich möglich.

<sup>26</sup> In dem Entwurf der Leitlinien der niederländischen Wettbewerbsbehörde (ACM) finden sich Beispiele für Kooperationen im Bereich der Nachhaltigkeit, die nicht von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst werden könnten, ACM Netherlands Authority for Consumers and Markets, Guidelines: Sustainability Agreements - Opportunities within Competition Law, a. a. O.

<sup>27</sup> Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, C11/1, 14. Januar 2011, Tz. 257 ff.

<sup>28</sup> Europäische Kommission, Approval of the content of a draft for a Communication for the Commission: Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, a. a. O., Tz. 572.

<sup>29</sup> Ebenda, Tz. 574.

walts- und Wirtschaftsprüfungssozietäten vorsah, nicht gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstößt.<sup>30</sup> Das Sozietätsverbot beschränke zwar den Wettbewerb, sei jedoch notwendig, um die ordnungsgemäße Ausübung des Rechtsanwaltsberufs zu gewährleisten. In einer weiteren Entscheidung stellte das Gericht fest, dass Anti-Doping-Regelungen mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf eines sportlichen Wettkampfs untrennbar verbunden sind. Tragen diese Regelungen zur Sicherstellung eines fairen Wettkampfs bei, fallen sie nicht unter das Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV, sofern sie auf das zum ordnungsgemäßen Funktionieren des sportlichen Wettkampfs Notwendige begrenzt sind.<sup>31</sup> EuGH-Rechtsprechung, die eine vergleichbare Ausnahme vom Kartellverbot für Kooperationen zur Selbstregulierung im Bereich des Klima- und Umweltschutzes anerkennt, liegt bislang nicht vor.

**423.** Nicht vom Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst sind auch sog. notwendige Nebenabreden. Hierunter fallen wettbewerbsbeschränkende Nebenabreden, welche die Durchführung eines – kartellrechtsneutralen – Hauptvertrags überhaupt erst möglich machen. Voraussetzung ist, dass die Nebenabrede für die Durchführung der Hauptmaßnahme objektiv notwendig und verhältnismäßig ist. In der Literatur wird diskutiert, ob Wettbewerbsbeschränkungen, die einen Beitrag zur Nachhaltigkeit leisten, die Voraussetzungen einer solchen notwendigen Nebenabrede erfüllen könnten.<sup>32</sup>

**424.** Ob und inwieweit Kooperationen im Bereich des Klima- und Umweltschutzes die Anforderungen an Vereinbarungen über Normen erfüllen, die nicht von Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB erfasst werden, hängt von Inhalt, Form und Entstehungsgeschichte der jeweiligen Kooperation ab. Die weitere Entwicklung der EuGH-Rechtsprechung im Hinblick auf Kooperationen mit dem Ziel des Klima- und Umweltschutzes bleibt abzuwarten. Mit Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 GWB existiert allerdings eine gesetzliche Ausnahmeregelung mit klar umrissenen Voraussetzungen. Daher erscheint es insbesondere im Hinblick auf die notwendige Rechtssicherheit nicht sinnvoll, diese Voraussetzungen bei Kooperationen mit Klima- und Umweltschutzziele durch eine ungeschriebene Ausnahme zu umgehen. Nach Ansicht der Monopolkommission ist es zielführender, die bestehende Ausnahmeregelung – soweit erforderlich – weiterzuentwickeln. Diesen Ansatz verfolgt auch die Europäische Kommission im vorgelegten Entwurf der Horizontalleitlinien. Hiernach können Vereinbarungen nicht allein deshalb dem Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV entgehen, weil sie für die Verfolgung eines Nachhaltigkeitsziels notwendig sind.<sup>33</sup>

### 3.2 Nachhaltigkeit sollte im Rahmen der Effizienzvorteile gewürdigt werden

**425.** Im Falle einer potenziellen Wettbewerbsbeschränkung kann die Abwägung zwischen Wettbewerbs- und Nachhaltigkeitsaspekten als Teil der Prüfung von Effizienzvorteilen erfolgen. Bei Kooperationen erfolgt dies auf der Grundlage der Kriterien für Freistellungen nach Artikel 101 Abs. 3 AEUV, § 2 GWB. Demnach können Kooperationen, die wettbewerbsbeschränkende Effekte aufweisen, freigestellt werden, wenn sie folgende Voraussetzungen erfüllen, die kumulativ vorliegen müssen.<sup>34</sup> Die Vereinbarung muss (1) zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen; die Verbraucherinnen und Verbraucher müssen (2) angemessen am so entstehenden Gewinn beteiligt werden; den beteiligten Unternehmen dürfen (3) keine Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung der genannten Ziele nicht unerlässlich sind; den beteiligten Unternehmen darf (4) nicht die Möglichkeit eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten. Sind diese vier Voraussetzungen erfüllt, stärkt die Vereinbarung gemäß der derzeit geltenden Horizontalleitlinien den Wettbewerb auf dem relevanten Markt, „weil (sie) die beteiligten Unternehmen veranlasst, den Verbrauchern billigere oder bessere Produkte

<sup>30</sup> EuGH, 19. Februar 2002, C-309/99, Wouters.

<sup>31</sup> EuGH, 18. Juli 2016, C-519/04P, Meca-Medina.

<sup>32</sup> Holmes, S., Climate change, sustainability, and competition law, a. a. O.

<sup>33</sup> Europäische Kommission, Approval of the content of a draft for a Communication for the Commission: Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, a. a. O., Tz. 548.

<sup>34</sup> Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, a. a. O., Tz. 42.

anzubieten und damit zugunsten des Verbrauchers die nachteiligen Auswirkungen der Wettbewerbsbeschränkung auszugleichen.“<sup>35</sup>

**426.** Auf Unionsebene ist die Abwägung von Effizienzen innerhalb eines Zusammenschlussverfahrens im sog. „Effizienzzeinswand“ im Erwägungsgrund 29 der europäischen Fusionskontrollverordnung (FKVO) verankert. Dieser eröffnet grundsätzlich die Möglichkeit auch Nachhaltigkeitsaspekte als Effizienzverbesserung anzusehen und diese mit den fusionsbedingten Wettbewerbsbeschränkungen abzuwägen.<sup>36</sup>

**427.** In der deutschen Fusionskontrolle ist eine Prüfung von Effizienzen und weiteren Vorteilen nach der Abwägungsklausel (§ 36 Abs. 1 HS 2 GWB) und im Wege der Ministererlaubnis (§ 42 GWB) möglich. Nach der Abwägungsklausel kann ein Zusammenschluss freigegeben werden, wenn dadurch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und diese Verbesserungen die Behinderung des Wettbewerbs überwiegen. Effizienzen könnten im weitesten Sinne als Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen angesehen werden. Nach § 36 Abs. 1 GWB können jedoch nur Effizienzen berücksichtigt werden, die auf anderen Märkten als denen, auf denen eine erhebliche Wettbewerbsbehinderung bewirkt wird, auftreten (d.h. auf Verbesserungsmärkten). Zudem müssen die Verbesserungen struktureller Natur sein. In bisherigen Fusionskontrollverfahren hat das Bundeskartellamt die Frage offengelassen, ob im Rahmen des „SIEC-Testes“ auch Effizienzen innerhalb der wettbewerblichen Würdigung berücksichtigt werden dürfen. Die Vorträge von Zusammenschlussbeteiligten genügten nach seiner Einschätzung, den diesbezüglich von der Europäischen Kommission formulierten Anforderungen bislang nicht.<sup>37</sup> Diese Frage ist in Deutschland auch noch nicht höchstrichterlich geklärt.

**428.** Derzeit werden in der Literatur insbesondere Ansätze diskutiert, ob und wie Nachhaltigkeitsziele als Effizienz im Rahmen der Voraussetzungen (1) und (2) berücksichtigt werden können. Die Prüfung beider Freistellungs Voraussetzungen ist miteinander verwoben, da die Effizienzgewinne (1. Voraussetzung) den Verbraucherinnen und Verbrauchern (2. Voraussetzung) zugutekommen müssen. Die eigentliche Abwägung von Vor- und Nachteilen wird im Rahmen des Begriffs der angemessenen Verbraucherbeteiligung vorgenommen.<sup>38</sup>

### **Kosteneinsparungen und qualitative Effizienzen**

**429.** Dabei werden weder in Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 GWB und in der FKVO noch in den jeweiligen Leitlinien Abwägungskriterien vorgegeben, sondern lediglich mehr oder weniger abstrakte potenzielle Effizienzvorteile benannt. Hierzu zählen Kosteneinsparungen und qualitative Effizienzgewinne, die unter anderem einen Mehrwert in Form neuer oder verbesserter Produkte oder größerer Produktvielfalt erbringen. Es erscheint grundsätzlich möglich, unter diesen beiden Arten von Effizienzgewinnen auch Verbesserungen der Nachhaltigkeit zu subsumieren. So können klimaschützende Maßnahmen zum einen zu direkten Kosteneinsparungen führen, insbesondere dann, wenn der entsprechende Sektor Teil des nationalen oder europäischen Emissionshandels ist, sodass die Unternehmen weniger CO<sub>2</sub>-Zertifikate erwerben müssen. Die Bewertung dieser und anderer kostensenkender Maßnahmen dürfte das Kartellrecht vor keine grundlegend anderen Probleme stellen als bei der Bewertung von Effizienzgewinnen in anderen Bereichen.<sup>39</sup> Gehen die Klimaschutzverbesserungen mit Kosteneinsparungen einher, dürften sich diese quantifizieren lassen, da für CO<sub>2</sub>-Emissionen in vielen Märkten ein Marktpreis existiert. Insofern ist es hier möglich, Vor- und Nachteile der Vereinbarungen in gleichen monetären Einheiten gegenüberzustellen.

<sup>35</sup> Ebenda, Tz. 34.

<sup>36</sup> Der Rat der Europäischen Union, Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, 20. Januar 2004, Tz. 29.

<sup>37</sup> Bundeskartellamt, Beschluss in dem Verwaltungsverfahren B5-29/18, 25. Juni 2018, Tz. 372.

<sup>38</sup> So Pohlmann, P., Grundfragen des Art. 81 Abs. 3 EG, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 2008, Tz. 231 f.

<sup>39</sup> So auch Bundeskartellamt, Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften - Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis, a. a. O., S. 23.

**430.** Zum anderen können Unternehmen auch qualitative Effizienzgewinne geltend machen. Die Warenerzeugung wird auch dann verbessert, wenn neue oder bessere Produkte hergestellt<sup>40</sup> werden oder neue Produkte schneller auf den Markt kommen.<sup>41</sup> Vereinbaren Unternehmen beispielsweise neue und klimafreundlichere Produkte gemeinsam schneller auf den Markt zu bringen, könnte auch das als Effizienzverbesserung gewertet werden. Im Entwurf der Horizontalleitlinien werden solche Effizienzgewinne im Bereich der Nachhaltigkeit nun weiter spezifiziert. Dort wird klargestellt, dass auch der Einsatz von saubereren Produktions- oder Vertriebstechnologien oder weniger Umweltverschmutzung als Effizienzgewinn anerkannt werden kann.<sup>42</sup> Diese Klarstellung dürfte für mehr Rechtssicherheit aufseiten der Unternehmen sorgen, die sich auf solche Effizienzgewinne berufen. Die Monopolkommission begrüßt das.

**431.** Trotz dieser Klarstellungen verbleibt nach wie vor Klärungsbedarf, z. B. welche Klimaschutzziele als relevant erachtet werden, zu deren Erreichung etwaige Effizienzverbesserungen beitragen können. Ist es das 2-Grad-Ziel der internationalen Klimapolitik oder sind es sektorale, nationale oder europäische CO<sub>2</sub>-Einsparziele? Diese Ziele sollten möglichst genau spezifiziert werden, um entsprechende Effizienzen gegen festgestellte Wettbewerbsbeschädigungen abwägen zu können. Denn nach dem Entwurf der Horizontal-Leitlinien ist es stets erforderlich, den Wert der Effizienzen konkret empirisch nachzuweisen, allein die Begründung aus einer ökonomischen Theorie heraus reicht nicht aus.<sup>43</sup> Die Vor- und Nachteile für Verbraucherinnen und Verbraucher müssen also möglichst genau und monetär beziffert werden. Allein deshalb sollte klar sein, welche Klima- und Umweltschutzziele genau betrachtet werden.

**432.** Eine Abwägung mit qualitativen Effizienzgewinnen dürfte mit größeren Herausforderungen einhergehen, weil für bestimmte qualitative Verbesserungen – vor allem im Bereich des Umweltschutzes – kein Marktpreis existiert. Dennoch gibt es auch in solchen Fällen eine Reihe von ökonomischen Bewertungsmethoden, die zur Berechnung herangezogen werden könnten, z. B. sog. Schadensvermeidungskosten-Ansätze.<sup>44</sup> Mittels dieser und anderer Verfahren kann ein monetärer Wert bestimmt werden, den die Verbraucherinnen und Verbraucher bereit sind zu zahlen (z. B. für mehr Biodiversität in Stadtparks), sodass auch hier Kosten und Nutzen der Vereinbarung gegenübergestellt werden könnten. Diese Ansätze gilt es nun für eine kartellrechtliche Bewertung anwendbar zu gestalten und zu vertiefen. Fraglich ist, inwiefern die Kartellbehörden derzeit in der Lage sind, diese Überprüfung vorzunehmen, insbesondere dann, wenn die Güte der verwendeten Daten und die Robustheit der Ansätze variieren.

**433.** Die Abwägung zwischen der Wettbewerbsbeschränkung einerseits und den Effizienzen andererseits muss also im Rahmen der Prüfung der angemessenen Beteiligung der Verbraucherinnen und Verbraucher durchgeführt werden. Kartellrechtlich problematisch werden Wettbewerbsbeschränkungen insbesondere dann, wenn die Auswahlfreiheit der Verbraucherinnen und Verbraucher eingeschränkt wird. Das kann insbesondere im Bereich des Klimaschutzes der Fall sein, wenn günstigere Produkte kollektiv durch teurere, aber klimafreundlichere Produkte

---

<sup>40</sup> Kommission, 11. Oktober 1988, ABl. EG 1988, Nr. L 305, 33, Continental/Michelin, Tz. 23.

<sup>41</sup> Ebenda, Tz. 24.

<sup>42</sup> Europäische Kommission, Approval of the content of a draft for a Communication for the Commission: Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, a. a. O., Tz. 578.

<sup>43</sup> Ebenda, Tz. 579; Amtsblatt der Europäischen Union, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, a. a. O., Tz. 86.

<sup>44</sup> Bundeskartellamt, Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften - Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis, a. a. O., S. 23-26; Schley, O., Symann, M., Art. 101 Abs. 3 AEUV goes green, a. a. O., S. 4; ACM Netherlands Authority for Consumers and Markets, Guidelines: Sustainability Agreements - Opportunities within Competition Law, a. a. O., Tz. 57 ff.; Inderst, R., Sartzetakis, S., Xepapadeas, A., Technical report on sustainability and competition: A report jointly commissioned by the Netherlands Authority for Consumers and Markets (ACM) and the Hellenic Competition Commission (HCC), 2022.

ersetzt werden sollen. Zum einen könnten hier qualitätsverbessernde Effekte durch kostensteigernde Effekte konkurrenzbedingt werden.<sup>45</sup> Zum anderen ist zu beurteilen, ob überhaupt qualitätsverbessernde Effekte vorliegen.<sup>46</sup>

### Effizienzen außerhalb des Marktes

**434.** Wesentlich ist bisher, dass Effizienzen die wettbewerblichen Nachteile für die Verbraucherinnen und Verbraucher mindestens aufwiegen.<sup>47</sup> Die kartellrechtliche Bewertung wird nun jedoch dadurch erschwert, dass sich die Effizienzen insbesondere im Bereich des Klimaschutzes nicht auf relevante Wettbewerbsmärkte begrenzen. Positive Effekte von klimaschützenden Maßnahmen werden sich auch auf anderen sachlichen oder geographischen Märkten einstellen bzw. auf die Gesellschaft als Ganzes wirken. Die wettbewerblichen Nachteile hingegen dürften sich weiterhin auf die Verbraucherinnen und Verbraucher im relevanten Markt auswirken.

**435.** Berücksichtigungsfähig sind derzeit nur Effizienzen, die sich auf dem von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Markt einstellen.<sup>48</sup> Nach überwiegendem Verständnis können negative Effekte auf Verbraucherinnen und Verbraucher in einem Markt nicht durch positive Effekte in anderen Märkten aufgewogen werden.<sup>49</sup> In die Abwägung dürften nur die Vorteile für die Abnehmerinnen und Abnehmer im relevanten Markt einfließen.<sup>50</sup> So hat die Europäische Kommission im Fall BBC/Brown Boveri im Rahmen des technischen Fortschritts durch Elektroautos zwar auch Umweltvorteile für die Allgemeinheit erwähnt, bei der Verbraucherbeteiligung jedoch nicht auf diese, sondern auf die Verfügbarkeit eines neuen Fahrzeugangebots, abgestellt. Die Umweltvorteile hätten nur insoweit Berücksichtigung finden dürfen, sofern auch Fahrer von Elektroautos hiervon profitierten.<sup>51</sup> Effizienzen im Sinne einer Erhöhung der Nachhaltigkeit können somit derzeit nur Berücksichtigung finden, sofern Verbraucherinnen und Verbraucher im relevanten Markt hiervon profitieren. Das kann jedoch aufgrund der über den jeweiligen Markt hinausgehenden Externalität der Effizienzen zu einer deutlichen Untererfassung der Gesamtwirkung der Effizienzen führen.

**436.** Deshalb ist zu klären, ob nur Effizienzen im relevanten Markt berücksichtigt werden sollen oder auch solche, die außerhalb des Marktes, jedoch bedingt durch eine Wettbewerbsbeschränkung im relevanten Markt, entstehen.<sup>52</sup> Grundsätzlich können auch Effizienzen auf verbundenen Märkten berücksichtigt werden, jedoch dürften Effizienzen im Bereich des Klimaschutzes auch in viele unverbundene Märkte hineinwirken.

---

<sup>45</sup> Grundsätzlich ist es nicht erforderlich, dass Verbraucherinnen und Verbraucher an jedem Effizienzvorteil angemessen beteiligt werden, sondern die Beteiligung am Gesamtgewinn muss angemessen sein. Besteht die Wahrscheinlichkeit, dass eine beschränkende Vereinbarung zu höheren Preisen führt, müssen die Verbraucherinnen und Verbraucher einen vollwertigen Ausgleich in Form besserer Qualität oder sonstiger Vorteile erhalten, Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, a. a. O. Leitlinien, Tz. 86.

<sup>46</sup> Siehe bereits Tz. 440 ff.

<sup>47</sup> Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, a. a. O., Tz. 85; Amtsblatt der Europäischen Union, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, a. a. O., Tz. 79.

<sup>48</sup> Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, a. a. O., Tz. 85; Amtsblatt der Europäischen Union, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, a. a. O., Tz. 79.

<sup>49</sup> Bundeskartellamt, Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften - Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis, a. a. O., S. 27. Der EuGH urteilte in der Rechtssache Master Card Inc, dass sich die Vorteile einer Maßnahme grundsätzlich auch in jenem Markt auswirken müssen, in dem die Wettbewerbsbeschränkung stattfindet; EuGH, 19. Dezember 2007, Comp/34.579, Master Card Inc. Anders jedoch hat die Europäische Kommission im Fall hat die Kommission im Fall CEDED auch gesamtgesellschaftliche Effizienzen anerkannt, Europäische Kommission, 24.1.1999, Az. IV.F.1/36.718, ABl. 2000 L 187/47 – CEDED.

<sup>50</sup> Pohlmann, P., Grundfragen des Art. 81 Abs. 3 EG, a. a. O., Tz. 263.

<sup>51</sup> Kommission, 11. Oktober 1988, ABl. EG 1988 Nr. L 301, 68, BBC Brown Boveri.

<sup>52</sup> Dieses war u. a. Gegenstand in der Ministererlaubnis im Zusammenschlussvorhaben der Miba AG mit der Zollern GmbH & Co. KG, Monopolkommission, Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 42 Abs. 5 Satz 1 GWB: Zusammenschlussvorhaben der

### Zeithorizont der Effizienzen

**437.** Eine weitere Frage betrifft die zeitliche Dimension. Denn die positiven Effekte von klimaschützenden Maßnahmen werden sich oft nur indirekt und zeitverzögert für zukünftige Kohorten von Verbraucherinnen und Verbrauchern einstellen, während die Wettbewerbsschädigung unmittelbar für die gegenwärtigen Verbraucherinnen und Verbraucher wirkt. Grundsätzlich sollte es bei der Betrachtung eines dynamischen Wettbewerbs möglich sein, auch zukünftige Verbraucherinnen und Verbraucher zu berücksichtigen.<sup>53</sup> Allerdings können sich die Präferenzen über die Zeit auch ändern, und dieses müsste bei einer heutigen Abwägung zwischen Wettbewerbs- und Nachhaltigkeitszielen bereits mitberücksichtigt werden.<sup>54</sup>

**438.** Um diesen Fragen zu begegnen, werden in der Literatur zwei verschiedene Ansätze diskutiert. In einem ersten Ansatz wird vorgeschlagen, Effizienzen im Bereich des Klimaschutzes als Teil der bisherigen Verbraucherwohlfahrt zu erfassen und dabei auch etwaige Verhaltensverzerrungen mit zu berücksichtigen. Ein zweiter Ansatz schlägt eine Ausdehnung des Verbraucherbegriffs über den relevanten Wettbewerbsmarkt hinaus vor. Demnach sollen auch Effizienzen außerhalb des Marktes mitberücksichtigt werden.<sup>55</sup> Beide Ansätze werden im Entwurf der Horizontalleitlinien aufgegriffen, werfen jedoch Fragen auf.

#### 3.2.1 Ermittlung der Verbraucherwohlfahrt im Rahmen der Nachhaltigkeit für Kartellbehörden herausfordernd

**439.** Eine Abwägung zwischen Nachhaltigkeit und Wettbewerb innerhalb des bisherigen Konzeptes der Verbraucherwohlfahrt im relevanten Wettbewerbsmarkt erscheint möglich, falls Nachhaltigkeitsverbesserungen mit einem höheren Nutzen für die Verbraucherinnen und Verbraucher im relevanten Markt einhergehen. Dieser Nutzenzuwachs kann sowohl direkter als auch indirekter Natur sein, wie im Entwurf der Horizontalleitlinien klargestellt wird.<sup>56</sup> Ein direkter Nutzenzuwachs kann vorliegen, wenn beispielsweise umweltfreundliche Produkte im Auge der Verbraucherinnen und Verbraucher im relevanten Markt mit einer höheren Qualität einhergehen. Indirekte Vorteile können sich dadurch ergeben, dass die Verbraucherinnen und Verbraucher im Markt ein Bewusstsein dafür haben, dass ihr Konsum Auswirkungen auf Dritte hat. Unter diesen Umständen wird die Nutzungserfahrung der Verbraucherinnen und Verbraucher mit dem Produkt zwar nicht direkt verbessert. Jedoch sind sie bereit, einen höheren Preis für ein nachhaltiges Produkt zu zahlen oder ihre Konsummöglichkeiten einzuschränken, damit die Gesellschaft oder künftige Generationen davon profitieren. Auch diese indirekten Vorteile stellen für die Wettbewerbspolitik keine grundlegend neuen Herausforderungen dar. Unabhängig davon, ob die Vorteile direkter oder indirekter Natur sind, gehen sie mit einer höheren Zahlungsbereitschaft einher, sodass beide Vorteile als Qualitätssteigerung angesehen werden dürften.

**440.** Doch dieser empirische Nachweis gestaltet sich bei vielen Nachhaltigkeitsfragen mitunter schwierig und führt teils zu ambivalenten Einschätzungen. Die von Verbraucherinnen und Verbrauchern häufig in Umfragen zum Ausdruck gebrachte Wertschätzung für nachhaltige Produkte weicht zum Teil erheblich von der tatsächlichen Kaufent-

---

Miba AG mit der Zollern GmbH & Co. KG, 2019. Dort wurde u. a. argumentiert, dass eine Wettbewerbseinschränkung im Markt für Gleitlager dazu führe, dass Windräder effizienter betrieben werden und somit ein Beitrag zum Klimaschutz geleistet werden könne. Die Effizienz wirke hier somit außerhalb des relevanten Marktes, wird jedoch durch eine Wettbewerbseinschränkung im relevanten Markt begründet. Die Monopolkommission hat die Ansicht vertreten, dass die Ausstrahlungswirkungen auf etwaige Effizienzen in anderen Märkten zu unbestimmt sind und sich gegen die Ministererlaubnis ausgesprochen.

<sup>53</sup> Jedoch werden hier üblicherweise dynamische Effekte im selben Markt betrachtet.

<sup>54</sup> Inderst, R., Thomas, S., Nachhaltigkeit und Wettbewerb: Zu einer Reform des Wettbewerbsrechts für die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen, a. a. O., S. 15.

<sup>55</sup> Schley, O., Symann, M., Art. 101 Abs. 3 AEUV goes green, a. a. O.

<sup>56</sup> Europäische Kommission, Approval of the content of a draft for a Communication for the Commission: Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, a. a. O., Tz. 594.

scheidung ab.<sup>57</sup> Hierfür werden unterschiedliche Gründe diskutiert.<sup>58</sup> Ein naheliegender Grund ist, dass die offenbarte Zahlungsbereitschaft für nachhaltige Produkte oftmals geringer ist als die in Umfragen angegebene Zahlungsbereitschaft. Ein weiterer Grund kann darin liegen, dass bei Verbraucherinnen und Verbrauchern zwar eine höhere Zahlungsbereitschaft für nachhaltige Produkte besteht, diese jedoch am Markt nicht offenbaren, da sie davon ausgehen, dass ihre individuelle Nachfrage zu keinem nachhaltigeren Angebot führt.

**441.** Ein weiterer Grund kann in der mangelnden oder komplexen Information über die Produkteigenschaften (z. B. der Beitrag zum Klimaschutz) liegen, die im Einkaufskontext nicht alle hinreichend reflektiert werden können.<sup>59</sup> Verbraucherinnen und Verbraucher stützen sich dann anhand einer einfacher Systematik nach dem Konzept der Heuristik häufig auf den Preis als leichtestes zu verarbeitendes Entscheidungsmerkmal.<sup>60</sup> Darüber hinaus werden in der verhaltensökonomischen Literatur verschiedene Verhaltensverzerrungen diskutiert, die insbesondere im Bereich der Nachhaltigkeit von Bedeutung sind. Hierzu zählt vor allem das hyperbolische Diskontieren.<sup>61</sup> Ein relevanter Aspekt des hyperbolischen Diskontierens ist, dass Verbraucherinnen und Verbraucher einen kurzfristigen Vorteil vorziehen, auch wenn er langfristig überproportional geringer ist. Sie treffen also heute Entscheidungen, die sie in Zukunft so nicht treffen würden, obwohl ihnen die Auswirkungen ihres Handelns (beispielsweise auf das Klima) bereits heute bekannt sind.

**442.** Berücksichtigt man nun solche Verhaltensverzerrungen, deutet die Tatsache, dass Verbraucherinnen und Verbraucher ein günstigeres Gut einem teureren Substitut vorziehen, obwohl letzteres nachhaltiger ist, dann nicht zwingend auf eine geringere Zahlungsbereitschaft für nachhaltige Produkte hin. Eine Bestimmung der Konsumentenwohlfaht anhand der offenbarten Präferenzen kann also unter Umständen zu anderen Ergebnissen führen, als wenn verschiedene Verhaltensverzerrungen hinsichtlich Nachhaltigkeitskriterien erfasst werden.

**443.** Für Wettbewerbsbehörden stellt sich dann jedoch die Frage, wie sie solche Verhaltensverzerrungen bei der Analyse der Konsumentenwohlfaht berücksichtigen können.<sup>62</sup> Zum einen können die unterschiedlichen Methoden unterschiedlich robust und die verwendeten Daten unterschiedlich belastbar sein. Zum anderen ist zu klären, auf welcher normativen Grundlage überhaupt entschieden werden kann, dass die offenbarte Zahlungsbereitschaft nicht die eigentlichen Präferenzen der Verbraucherinnen und Verbraucher widerspiegelt. Hierbei kann die Gefahr einer paternalistischen Sichtweise bestehen, bei der Andere einschätzen, die Präferenzordnung der Verbraucherinnen und Verbraucher besser zu kennen als sie selbst.<sup>63</sup> Offen zudem scheint, auf welcher rechtlichen Grundlage eine Prüfung der Verbraucherbeteiligung abseits der offenbarten Präferenzen erfolgen kann.<sup>64</sup> Im Entwurf der

<sup>57</sup> Nach einer Untersuchung von White et al., 2019 haben 65 Prozent der Verbraucherinnen und Verbraucher eine positive Einstellung zu umweltfreundlichen Produkten und Dienstleistungen, aber nur 26 Prozent sind auch bereit hierfür auch zu zahlen; White, K., Hardisty, D., Habib, R., *The elusive green consumer*, Harvard Business Review (July-August), 2019, 124.

<sup>58</sup> Inderst, R., Thomas, S., *Nachhaltigkeit und Wettbewerb: Zu einer Reform des Wettbewerbsrechts für die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen*, a. a. O.

<sup>59</sup> Inderst, R., Thomas, S., *Reflective willingness to pay: Preferences for sustainable consumption in a consumer welfare analysis*, a. a. O..

<sup>60</sup> Spiegler, R., *Bounded Rationality and Industrial Organization*, a. a. O.

<sup>61</sup> Laibson, D., *Golden eggs and hyperbolic discounting*, Quarterly Journal of Economics (2)112, 443.

<sup>62</sup> Inderst, R., Sartzetakis, S., Xepapadeas, A., *Technical report on sustainability and competition: A report jointly commissioned by the Netherlands Authority for Consumers and Markets (ACM) and the Hellenic Competition Commission (HCC)*, a. a. O.

<sup>63</sup> Für eine tiefergehende Diskussion der praktischen Implikationen der Verhaltensökonomie und des „liberalen Paternalismus“ siehe L. Bruttel, F. Stolley, W. Güth, H. Kliemt, S. Bosworth, S. Bartke, J. Schnellenbach, J. Weimann, M. Haupt, L. Funk, *Nudging als politisches Instrument - gute Absicht oder staatlicher Übergriff*, Wirtschaftsdienst (11)94, 767. Haucap diskutiert darüber hinaus, dass auch Wettbewerbsbehörden Verhaltensverzerrungen unterlegen können, siehe J. Haucap, *Implikationen der Verhaltensökonomie für die Wettbewerbspolitik*, DICE Ordnungspolitische Perspektiven 65, 2014.

<sup>64</sup> Inderst und Thomas argumentieren hier beispielsweise, dass sich das rechtliche Postulat einer Berücksichtigung von Verhaltensverzerrungen im Bereich der Nachhaltigkeit aus der Verpflichtung der europäischen Rechtsordnung, Nachhaltigkeitsziele zu verfolgen, ableiten lassen könnte, Inderst, R., Thomas, S., *Reflective willingness to pay: Preferences for sustainable consumption in a consumer welfare analysis*, a. a. O., S. 21.

Horizontalleitlinien wird zudem auf die Gefahr hingewiesen, dass die Unternehmen versuchen könnten, den Verbraucherinnen und Verbrauchern ihre eigenen Präferenzen aufzudrängen.<sup>65</sup> Um diesen Problemen zu begegnen, wird dort klargestellt, dass die Erhebungen zur Messung der Verbraucherpräferenzen in einem „nützlichen und angemessenen Kontext“ stattfinden müssen.<sup>66</sup> Doch die Beurteilung dessen, was nützlich und angemessen ist, erscheint für eine Wettbewerbsbehörde herausfordernd.

**444.** Um den Komplexitätsgrad dieser Abwägungen zu reduzieren, schlägt die niederländische Wettbewerbsbehörde (ACM) vor, von einer Quantifizierung möglicher Effizienzen abzusehen, sofern der gemeinsame Marktanteil der an der Kooperation beteiligten Unternehmen 30 Prozent nicht überschreitet und davon auszugehen ist, dass die geschaffenen Effizienzen eine potenzielle Wettbewerbsschädigung überwiegen. Aufgrund des Selbstveranlagungsgebotes und der zu erwartenden Komplexität der Effizienzabwägung scheint es grundsätzlich angebracht, solche Kriterien zur Freistellung von Kooperationsvorhaben einzuführen, um sowohl die Unternehmen als auch die Wettbewerbsbehörden nicht zu überlasten. Das setzt aber voraus, dass Nachhaltigkeitsaspekte grundsätzlich im Kartellrecht gewürdigt werden. Nach welchen Kriterien sich eine etwaige Freistellung bemessen sollte, bleibt zu diskutieren.

### 3.2.2 Erfassung von Gemeinwohlvorteilen führt zu Verteilungsfragen

**445.** Ein weitgehender Ansatz schlägt vor, das Konzept der Verbraucherbeteiligung über den relevanten Markt hinaus auszudehnen.<sup>67</sup> Auch wenn Verbraucherinnen und Verbraucher im Markt nicht von der Vereinbarung profitieren, so profitieren solche bei Vorliegen von Externalitäten außerhalb des Marktes. Hier stellt sich zum einen die Frage, ob solche Effizienzen außerhalb des relevanten Marktes im Rahmen der Wettbewerbsanalyse berücksichtigt werden sollten. Falls dieses bejaht wird, stellt sich zum Zweiten die Frage, wie weit die Ausdehnung räumlich erfolgen sollte.<sup>68</sup> Das dürfte davon abhängen, ob die EU-Kommission oder nationale Wettbewerbsbehörden den Sachverhalt prüfen. Prüft die EU-Kommission, können Effizienzen innerhalb der Europäischen Union geprüft werden. Prüft das Bundeskartellamt, sollten nach Auffassung der Monopolkommission nur Effizienzen berücksichtigt werden, die sich im Inland auswirken, da der Geltungsbereich des GWB auf Deutschland beschränkt ist. Gegen die Berücksichtigung von Effizienzen außerhalb Deutschlands spricht zudem, dass die Bundesregierung als Verfassungsinstitution allein der deutschen Allgemeinheit verpflichtet ist.<sup>69</sup>

**446.** Der Entwurf der neuen Horizontalleitlinien schlägt einen etwas engeren Ansatz vor. Damit Effizienzen außerhalb des Marktes berücksichtigt werden können, sollten die „Parteien in der Lage sein nachzuweisen, dass sich die Verbraucherinnen und Verbraucher auf dem relevanten Markt im Wesentlichen mit den Begünstigten außerhalb des Marktes überschneiden“. Zudem müssen sie nachweisen, welcher Teil des sog. „kollektiven Vorteils“, der außerhalb des relevanten Marktes entsteht oder entstehen könnte den Verbraucherinnen und Verbrauchern auf dem relevanten Markt zugutekommt.<sup>70</sup> Die Logik des kollektiven Vorteils scheint zu sein, dass Verbraucherinnen und Verbraucher im Markt individuell keine Präferenz für ein umweltfreundlicheres Produkt besitzen, gleichwohl als Bürgerin oder Bürger vom verbesserten Umweltschutz als kollektiver Vorteil – beispielsweise in Form von bes-

<sup>65</sup> Europäische Kommission, Approval of the content of a draft for a Communication for the Commission: Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, a. a. O., Tz. 599.

<sup>66</sup> Ebenda, Tz. 598.

<sup>67</sup> Schley, O., Symann, M., Art. 101 Abs. 3 AEUV goes green, a. a. O.

<sup>68</sup> Pohlmann argumentiert, sofern der relevante Markt größer als die EU ist, sollten auch eine Analyse der Verbraucherbeteiligung im gesamten relevanten Markt erfolgen; Pohlmann, P., Grundfragen des Art. 81 Abs. 3 EG, a. a. O., Tz. 264.

<sup>69</sup> So bereits Monopolkommission, Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 42 Abs. 5 Satz 1 GWB: Zusammenschlussvorhaben der Miba AG mit der Zollern GmbH & Co. KG, a. a. O., Tz. 72 f.

<sup>70</sup> Europäische Kommission, Approval of the content of a draft for a Communication for the Commission: Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, a. a. O., Tz. 606.

serer Luftqualität – profitieren könnten. In diesem Fall könnte es eine Überschneidung zwischen den Begünstigten außerhalb des Marktes und den Verbraucherinnen und Verbrauchern im Markt geben.<sup>71</sup> Andererseits verdeutlicht die Europäische Kommission auch, dass es zu keiner Überschneidung kommt, falls eine Kooperation nur zu lokalen Umweltvorteilen außerhalb des Marktes führt, die sich nicht positiv für die Verbraucherinnen und Verbraucher im Markt auswirken.<sup>72</sup>

**447.** Daher verlangt dieser etwas engere Ansatz – im Gegensatz zum weitergehenden Ansatz – nach wie vor eine Beteiligung der Verbraucherinnen und Verbraucher im relevanten Markt. Dennoch lässt auch dieser Ansatz einige Fragen offen. Zunächst dürfte es nicht in allen Fällen überzeugen, dass, wenn, Verbraucherinnen und Verbraucher keine hinreichende Präferenz für Nachhaltigkeit offenbaren, sie als Bürgerin oder Bürger dennoch von einem Zuwachs an Nachhaltigkeit profitieren.

**448.** Doch selbst wenn es solche Überschneidungen geben sollte, bleibt unklar, wie eine Abwägung zwischen Wettbewerbsschaden und Nachhaltigkeit erfolgen kann. Neben den bereits angesprochenen Problemen der Quantifizierung von insbesondere qualitativen Nachhaltigkeitsvorteilen ist offen, in welchem Umfang Verbraucherinnen und Verbraucher durch etwaige Nachhaltigkeitsvorteile kompensiert werden müssen. Laut den bisher geltenden Leitlinien müssen die Vorteile aus den Effizienzen im Rahmen der angemessenen Beteiligung der Verbraucherinnen und Verbraucher die tatsächlichen oder voraussichtlichen negativen Auswirkungen mindestens ausgleichen.<sup>73</sup> In der Literatur wird diskutiert, ob eine solche volle Kompensation weiterhin im Bereich der Nachhaltigkeit angezeigt sei, da die Verbraucherinnen und Verbraucher durch ihren Konsum zu einem Teil des sozialen Schadens beitragen.<sup>74</sup>

**449.** Eine Ausweitung des Verbraucherbegriffs auf Gemeinwohlaspekte führt also unweigerlich zu Verteilungsfragen.<sup>75</sup> Koordinieren sich Unternehmen beispielsweise günstigere aber klima- und umweltschädlichere Produkte durch teurere und klima- und umweltfreundlichere Produkte zu ersetzen, könnten Verbraucherinnen und Verbraucher der klimaschädlicheren Produkte im Markt schlechter gestellt werden, während Verbraucherinnen und Verbraucher außerhalb des Marktes durch einen verbesserten Klima- und Umweltschutz bessergestellt würden. Im Sinne des Kaldor-Hicks-Kriteriums kann die Koordination der Unternehmen zu einem effizienten Ergebnis führen, falls jene Verbraucherinnen und Verbraucher für ihren Nutzenverlust durch Andere entschädigt werden können.<sup>76</sup> Das Kriterium besagt, dass eine Allokation effizient ist, wenn die Wertschätzung für die klimaschützenden Maßnahmen über alle zu betrachtenden Verbraucherinnen und Verbraucher hinweg größer ist als der Nutzenverlust jener Verbraucherinnen und Verbraucher. Wie eine solche Kompensation institutionell umgesetzt werden könnte, bleibt jedoch außerhalb der Wettbewerbspolitik zu beantworten. Die Abwägung zwischen unterschiedlichen Verbrauchergruppen führt somit letztlich wieder zu normativen Fragen, beispielsweise welche Gruppe wie an den Effizienzgewinnen zu beteiligen ist. Das wirft Fragen nach der Legitimität von Durchsetzungsmaßnahmen auf, soweit das Gesetz derzeit Nachhaltigkeit nicht ausdrücklich als Ziel im Kartellrecht verankert.

---

<sup>71</sup> Ebenda, Tz. 604.

<sup>72</sup> Ebenda, Tz. 604.

<sup>73</sup> Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, a. a. O., Tz. 85. Das gilt genauso bei Zusammenschlüssen, Amtsblatt der Europäischen Union, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, a. a. O., Tz. 79.

<sup>74</sup> Holmes, S., Climate change, sustainability, and competition law, a. a. O.; Schley, O., Symann, M., Art. 101 Abs. 3 AEUV goes green, a. a. O.

<sup>75</sup> Das bisher in der Prüfung der Verbraucherbeteiligung angewandte Kriterium der Pareto-Effizienz hingegen vermeidet solche Verteilungsfragen, so auch Wambach, A., Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis, Vortrag zur Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 1. Oktober 2020.

<sup>76</sup> Gemäß dem Kaldor-Hicks-Kriterium reicht es aus, wenn eine solche Kompensation nur theoretisch möglich ist.

### 3.3 Zwischenfazit

**450.** Im Mittelpunkt der Diskussion darüber, wie Nachhaltigkeitsaspekte innerhalb des Kartellrechts zu berücksichtigen sind, steht das Konzept der angemessenen Beteiligung der Verbraucherinnen und Verbraucher. Diskutiert wird, ob Externalitäten im Bereich der Nachhaltigkeit innerhalb des bisherigen Konzeptes der Verbraucherbeteiligung berücksichtigt werden können oder ob eine Ausdehnung des Begriffs der Verbraucherbeteiligung über den relevanten Markt hinaus notwendig ist. Beide Ansätze haben ökonomisch ihre Vorzüge. Eine Erfassung innerhalb des Konzepts der Verbraucherbeteiligung trägt der Tatsache Rechnung, dass Verbraucherinnen und Verbraucher durchaus Verhaltensverzerrungen im Bereich der Nachhaltigkeit unterliegen können, die mittels verhaltensökonomischer Methoden nun unter Umständen besser erfasst werden können. Eine Ausdehnung des Verbraucherbegriffs über den relevanten Markt hinaus berücksichtigt, dass externe Effekte vor allem des Klimaschutzes auch außerhalb des relevanten Marktes wirken.

**451.** Beide Ansätze werfen auf der anderen Seite eine Reihe von normativen und rechtlichen Fragen hinsichtlich der Durchsetzung auf. Der Entwurf der Horizontalleitlinien stellt dabei einen guten ersten Kompromiss der verschiedenen Ansätze dar und ist ein sinnvoller Ausgangspunkt, die Debatte über die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitszielen im Kartellrecht voranzubringen. Im Detail verbleiben zwar auch hier noch offene Fragen, unter anderem bei der Erfassung und Abwägung der kollektiven Vorteile. Diese werden sich jedoch erst durch vermehrte Fallpraxis auflösen lassen.

## 4 Mit zunehmender Fallpraxis ist die Einführung des Effizienzeinwands für Nachhaltigkeit bei Fusionskontrollverfahren im GWB in Erwägung zu ziehen

**452.** Die Diskussion über ein etwaiges Spannungsverhältnis zwischen Wettbewerb und Nachhaltigkeit wird überwiegend im Kontext der kartellrechtlichen Beurteilung von Kooperationen geführt. Zwar gibt es gegenwärtig kaum Fusionskontrollverfahren mit Nachhaltigkeitsbezug, es ist jedoch möglich, dass Nachhaltigkeitsaspekte zukünftig vermehrt auch im Rahmen der Prüfung von Zusammenschlussvorhaben vorgetragen werden.

**453.** In Deutschland ist die Zulässigkeit eines Effizienzeinwands nach dem Muster der europäischen Fusionskontrolle nicht abschließend geklärt (siehe Tz. 426). Für den Fall, dass in Zukunft vermehrt Nachhaltigkeitsaspekte in Zusammenschlussvorhaben vorgetragen werden, könnte der Effizienzeinwand einen geeigneten rechtlichen Rahmen bieten, um Effizienzvorteile im Bereich der Nachhaltigkeit innerhalb der Fusionskontrolle systematisch und einheitlich zu prüfen. Daher wird im Folgenden diskutiert, ob die Möglichkeit eines Effizienzeinwandes für Klima- und Umweltschutzaspekte in die deutsche Fusionskontrolle explizit aufgenommen werden könnte. Die Monopolkommission sieht dafür zum jetzigen Zeitpunkt wegen der fehlenden Fallpraxis keinen Anlass. Wenn das Bundeskartellamt in Zukunft jedoch vermehrt Effizienz-Vorträge mit Nachhaltigkeitsbezug in Fusionskontrollverfahren erhalten sollte, könnte die Verankerung des Effizienzeinwands im deutschen Wettbewerbsrecht eine systemkonforme Lösung darstellen, die mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

**454.** Die Europäische Kommission kann gem. Erwägungsgrund 29 der europäischen FKVO grundsätzlich Nachhaltigkeitsaspekte als Effizienzverbesserung prüfen und diese mit den fusionsbedingten Wettbewerbsbeschränkungen abwägen. Dabei deckt sich die Voraussetzung, dass die Effizienzvorteile den Verbraucherinnen und Verbrauchern zugutekommen müssen, mit den ersten beiden Voraussetzungen für die Freistellung einer Kooperation nach Art. 101 Abs. 3 AEUV (vgl. Tz. 425 f.).

**455.** In den Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse stellt die Europäische Kommission klar, dass Effizienzvorteile (1) den Verbraucherinnen und Verbrauchern zugutekommen, (2) fusionspezifisch und (3) überprüfbar sein und die Bedingungen kumulativ vorliegen müssen, um einem fusionsbedingten Wettbewerbschaden entgegen zu wirken.<sup>77</sup>

<sup>77</sup> Amtsblatt der Europäischen Union, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, a. a. O., Tz. 78.

**456.** Ähnlich wie in den Horizontalleitlinien, werden in den Leitlinien zur FKVO als Beispiel für Effizienzvorteile Kosteneinsparungen angeführt, die bei der Produktion oder dem Vertrieb entstehen und nach dem Zusammenschluss Anreiz geben, niedrigere Preise zu verlangen.<sup>78</sup> Das heißt, falls durch die Fusion eine umweltfreundlichere und zugleich kostensparende Produktion möglich ist, können solche Effizienzen, die sich positiv auf die Nachhaltigkeit auswirken, bereits jetzt innerhalb des Effizienzeinwandes berücksichtigt werden und bedürfen keines separaten Ermittlungsansatzes. So ist es beispielsweise möglich, dass Unternehmen, die für ihre Produktion Emissionszertifikate erwerben müssen, bei einem Zusammenschluss mögliche Kosteneinsparungen durch die Reduzierung der Emissionen als Effizienz geltend machen können. Sind Unternehmen am Ende der Wertschöpfungskette tätig, haben ihre Zulieferer diese Kosten gegebenenfalls bereits internalisiert und die Emissionseinsparung spiegelt sich in reduzierten Beschaffungskosten wider.

**457.** Zum Beispiel hat die Europäische Kommission in *FedEx/TNT* festgestellt, dass das fusionierte Unternehmen durch den Zusammenschluss Kosteneinsparungen durch Größenvorteile im Luftstraßennetz erzielen kann, welche als Effizienzen der Fusion anerkannt wurden.<sup>79</sup> Durch den Zusammenschluss könne das fusionierte Unternehmen die Anzahl der Flugzeuge reduzieren oder genutzte Flugzeuge durch weniger und größere ersetzen, um so die Kapazitätsauslastung jedes Fluges zu maximieren.<sup>80</sup> Die Fusion führe somit nicht nur zu einer Kosteneinsparung durch die verminderte Nutzung von Flugzeugen, sondern gleichzeitig zu einer Einsparung von Flugzeugabgasen. Die Einsparung von Flugzeugabgasen wurde in die Bewertung von Effizienzen nicht explizit berücksichtigt, sondern nur implizit durch die Kosteneinsparung durch Größenvorteile im Luftstraßennetz.

**458.** Es ist allerdings auch möglich, dass klima- sowie umweltfreundlichere Produktionsprozesse oder die Produktion nachhaltiger Produkte mit höheren Kosten einhergehen. Eine solche Abwägung von kostensteigernden Effekten, struktureller Schädigung des Wettbewerbs (durch die Fusion) und positiven Effekten auf die Nachhaltigkeit wurde von der Europäischen Kommission bislang noch nicht durchgeführt, ist aber möglich.

**459.** Wegen der bislang fehlenden Fallpraxis sieht die Monopolkommission zum jetzigen Zeitpunkt keinen Anlass, die Leitlinien zur FKVO anzupassen. Sollten in Zukunft vermehrt Nachhaltigkeitsaspekte im Rahmen von Zusammenschlussvorhaben vorgetragen werden, wäre wie im Entwurf der Horizontalleitlinien zu Art. 101 AEUV, auch in den Leitlinien der europäischen FKVO klarzustellen, welche Nachhaltigkeitsverbesserungen als Effizienzvorteile berücksichtigt werden können. Überdies ist darauf hinzuweisen, dass auch in der Fusionskontrolle grundsätzlich zu klären bleibt, welche Nachhaltigkeitsziele als relevant erachtet werden, damit Effizienzvorteile anerkannt werden können (vgl. Tz. 431 f.). Wie eine Abwägung zwischen Wettbewerbsschutz und Nachhaltigkeit im Rahmen der Verbraucherbeteiligung durchzuführen ist, welche normative Fragen eine Effizienzprüfung innerhalb der bisherigen Verbraucherwohlfahrt aufwirft und wie mit Effizienzvorteilen umzugehen ist, die außerhalb des relevanten Marktes auftreten, wird bereits in Abschnitt 3 ausführlich diskutiert.

**460.** Gemäß der Leitlinien zur FKVO sind Effizienzvorteile für die wettbewerbliche Beurteilung relevant, wenn sie eine direkte Folge des angemeldeten Zusammenschlusses sind und nicht in ähnlichem Umfang durch weniger wettbewerbswidrige Alternativen erreicht werden können. Das liegt darin begründet, dass ein Zusammenschlussvorhaben stets eine dauerhafte Veränderung im Markt darstellt, die sich über alle Wettbewerbsparameter hinwegzieht. Somit ist ein Zusammenschlussvorhaben ein weitaus schwerwiegenderer Eingriff in das Wettbewerbsgeschehen eines Marktes als z. B. eine Kooperation, die zeitlich begrenzt ist und nicht zwingend alle Wettbewerbsparameter berührt. Auch bei Zusammenschlüssen, bei denen die Parteien klimafreundliche Effizienzvorteile vortragen, muss geprüft werden, ob sich diese Effizienzvorteile allein durch einen Zusammenschluss realisieren lassen.

**461.** Der Effizienzeinwand auf EU-Ebene kann prinzipiell ein geeignetes Instrument sein, Nachhaltigkeitsverbesserungen, die durch einen Zusammenschluss entstehen, in der Fusionskontrolle zu berücksichtigen. Bisher hatte der

<sup>78</sup> Ebenda, Tz. 80.

<sup>79</sup> Europäische Kommission, FEDEX / TNT EXPRESS, CASE M.7630, 8. Januar 2016, Tz. 535.

<sup>80</sup> Ebenda, Tz. 511.

Effizienzeinwand in Zusammenschlussvorhaben auf EU-Ebene jedoch wenig Erfolg, da er hohe Voraussetzungen hat und die Darlegungs- und Beweislast bei den Unternehmen liegt. Der Effizienzeinwand hat in keinem Zusammenschlussvorhaben dazu geführt, dass die Wettbewerbsbedenken der Europäischen Kommission vollständig ausgeräumt wurden. Überdies sind bislang kaum Fusionsverfahren der Europäischen Kommission bekannt, bei denen Effizienzen im Bereich Nachhaltigkeit vorgetragen bzw. quantifiziert wurden. Die fehlende Fallpraxis ist sicherlich ein Grund, warum die Fusionskontrolle in der Nachhaltigkeitsdebatte bislang wenig diskutiert wurde.

**462.** Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass der Effizienzeinwand für Klima- und Umweltschutzaspekte konzeptionell einen geeigneten rechtlichen Rahmen bietet, Effizienzvorteile eines Zusammenschlussvorhabens zu prüfen. Dadurch wäre eine systematische und einheitliche Prüfung durch das Bundeskartellamt gewährleistet. Da die hohen Voraussetzungen des Effizienzeinwandes auch bei Effizienzen im Bereich Nachhaltigkeit zugrunde zu legen wären, müssen die vorgetragenen Nachhaltigkeits-Effizienzen umso gewichtiger sein, je stärker die Wettbewerbsbeschränkungen eines Zusammenschlussvorhabens sind.

**463.** Auch ohne Verankerung des Effizienzeinwandes im GWB prüft das Bundeskartellamt bereits regelmäßig vorgetragene Effizienzeinwände der Beteiligten in Zusammenschlussvorhaben. Vorgetragene Effizienzen waren allerdings bisher in keinem Verfahren entscheidungsrelevant, da der Vortrag der Beteiligten stets unzureichend war.<sup>81</sup> Die Aufnahme des Effizienzeinwandes für Klima- und Umweltverbesserungen in das GWB könnte dazu führen, dass die Zusammenschlussbeteiligten solche Effizienzen bereits im Fusionskontrollverfahren ausführlich vortragen.

**464.** In Deutschland gibt es für die Unternehmen zudem die Möglichkeit, nach einer Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens durch das Bundeskartellamt, einen Antrag auf Ministererlaubnis zu stellen. Nach § 42 GWB kann der Bundesminister für Wirtschaft auf Antrag einen vom Bundeskartellamt untersagten Unternehmenszusammenschluss erlauben, wenn die Wettbewerbsbeschränkungen im Einzelfall von den gesamtwirtschaftlichen Vorteilen des Zusammenschlusses aufgewogen werden oder der Zusammenschluss durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist. Die vorgetragenen Gemeinwohlvorteile können sich mit den Effizienzvorteilen, die im Rahmen des Effizienzeinwands nach dem Vorbild der FKVO geprüft werden würden, überschneiden. Es handelt sich jedoch oftmals nicht um Kosteneinsparungen, die quantifiziert werden können, sondern um Vorteile, die eher qualitativ zu bewerten sind. Zudem handelt es sich bei Gemeinwohlvorteilen in der Regel um Vorteile, die auch außerhalb der betroffenen Märkte wirken.

**465.** Ein Beispiel für unternehmensseitig vorgetragene Effizienzen findet sich in dem vom Bundeskartellamt untersagten und später vom Bundeswirtschaftsminister freigegebenen Zusammenschluss Miba/Zollern im Jahr 2019.<sup>82</sup> Die Unternehmen trugen vor, dass das Zusammenschlussvorhaben es den beteiligten Unternehmen ermögliche, Synergien und Spezialisierungsmöglichkeiten zu nutzen, die zu einer höheren Auslastung der Produktionsanlagen und zu Kostenvorteilen führen. Das Bundeskartellamt bewertete die vorgetragenen Effizienzen entsprechend dem Erwägungsgrund 29 der FKVO. Es kam zum Ergebnis, dass der Vortrag der Beteiligten nicht den Anforderungen der Horizontal-Leitlinien zur FKVO, die im nationalen Verfahren entsprechend gelten müssten, genügte. Insbesondere bemängelte das Bundeskartellamt, dass die angeführten Synergien zwar in Teilen plausibel erschienen, es aber an detaillierten Unterlagen fehle, um die Aussagen der Beteiligten zu überprüfen. Überdies sei unzureichend vorgetragen worden, warum die Effizienzen fusionsspezifisch seien. Es erschien auch nicht plausibel, dass die Verbrau-

---

<sup>81</sup> Das Bundeskartellamt prüfte Effizienzeinwände, zum Beispiel, in den Fusionskontrollverfahren Telekom/EWE (B7-21/18), Miba/Zollern (B5-29/18), Edeka/Tengelmann (B2-96/14), und ProSieben/RTL (B6-94/10).

Bundeskartellamt, Beschluss in dem Verwaltungsverfahren B7-21/18, 30. Dezember 2019, Tz. 97 ff.

Bundeskartellamt, Beschluss in dem Verwaltungsverfahren B5-29/18, a. a. O., Tz. 372 ff.

Bundeskartellamt, Beschluss in dem Verwaltungsverfahren B2-96/14, 31. März 2015, Tz. 378 ff.

Bundeskartellamt, Beschluss in dem Verwaltungsverfahren B6-94/10, 17. März 2011, Tz. 227 ff.

<sup>82</sup> Bundesminister für Wirtschaft und Energie, Verfügung in dem Verwaltungsverfahren Miba AG und Zollern GmbH & Co. KG, I B 2 – 20302/14–02, 19. August 2019.

cherinnen und Verbraucher zeitnah von diesen Effizienzen profitieren.<sup>83</sup> Da der Effizienzeinwand in dem vorliegenden Fall nicht entscheidungsrelevant wurde, konnte es das Bundeskartellamt letztendlich offen lassen, ob es im Rahmen der Fusionskontrolle nach deutschem Recht Effizienzvorteile im Rahmen der wettbewerblichen Würdigung berücksichtigen darf.<sup>84</sup>

**466.** In ihrem nach der Untersagung durch das Bundeskartellamt gestellten Antrag auf eine Ministererlaubnis machten die Unternehmen unter anderem das Erreichen von Umweltschutz- und Nachhaltigkeitszielen als Gemeinwohlgrund geltend. Der Zusammenschluss trage zur Sicherung von Innovationspotential für zukunftsweisende Gleitlagerentwicklungen bei, die wichtige Komponenten für die Begleitung der Energiewende darstellen. Der Bundeswirtschaftsminister begründete seine Erteilung der Ministererlaubnis damit, dass der Gemeinwohlgrund „Know-how und Innovationspotential für Energiewende und Nachhaltigkeit“ gegeben sei. Dieser Gemeinwohlgrund sei als überragendes Interesse der Allgemeinheit anerkennungsfähig.<sup>85</sup> Er argumentierte, dass das Innovationspotential des Gemeinschaftsunternehmens erheblich größer ist, als wenn die Beteiligten parallele Forschung und Entwicklung (F&E) betreiben.

**467.** Nach Auffassung der Monopolkommission, die empfahl, die Ministererlaubnis zu versagen, sind umweltpolitische Vorteile dann Externalitäten, die als Gemeinwohlvorteil infrage kommen, wenn auch Dritte von diesen Auswirkungen profitieren, ohne dass die Zusammenschlussbeteiligten diesen Vorteil vergütet bekommen.<sup>86</sup> Anders als der Minister in seiner Entscheidung sah die Monopolkommission dies im Fall Miba/Zollern als nicht gegeben, da viele der im Antrag vorgebrachten Umwelteffekte der Gleitlagerforschung eigenwirtschaftliche Vorteile seien, d. h., dass es sich dabei um Entwicklungen handele, die zwar für die Energiewende relevant sind, aber bereits am Markt entsprechend ihres Wertes vergütet werden. Bei den angeführten Gemeinwohleffekten einer Lärmreduktion von Windanlagen und der Möglichkeit der Entwicklung von emissionsärmeren, (teil)gasbetriebenen Motoren für den Schiffsverkehr, fehlte es an Nachweisen. Aus Sicht der Monopolkommission erschien es auch fraglich, ob diese Vorteile einen hinreichend relevanten Umfang besitzen, um einen die Ministererlaubnis tragenden Gemeinwohlvorteil zu begründen.

**468.** Generell ist innerhalb eines Ministererlaubnisverfahrens zunächst zu prüfen, ob etwaige von den Unternehmen vorgebrachte Vorteile im Bereich der Nachhaltigkeit zu erwarten und als Gemeinwohlvorteile anzuerkennen sind. Würde das Bundeskartellamt in Zukunft solche Effizienzen innerhalb eines gesetzlich verankerten Effizienzeinwandes prüfen, wie von der Monopolkommission in Erwägung gezogen, würde bereits vom Bundeskartellamt ermittelt, ob Effizienzen durch ein Zusammenschlussvorhaben entstehen. Dabei wäre besonders zu differenzieren zwischen Effizienzvorteilen, die nur den fusionierenden Unternehmen zugutekommen, und solchen, die den Verbraucherinnen und Verbrauchern von Nutzen sind. Würde das Bundeskartellamt im Rahmen seiner wettbewerblichen Prüfung feststellen, dass es durch ein Zusammenschlussvorhaben zu keinen fusionsspezifischen Effizienzen kommt, ist ihr erneutes Vorbringen im Rahmen eines Ministererlaubnisverfahrens nur noch eingeschränkt möglich, da die Ministerin oder der Minister an die tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen der Kartellbehörde gebunden ist.<sup>87</sup>

**469.** Bislang werden im Rahmen des Effizienzeinwandes, gem. Erwägungsgrund 29 der europäischen FKVO, lediglich Effizienzvorteile, die im betroffenen Markt auftreten, in der Prüfung berücksichtigt, nicht jedoch sog. „Out-of-

<sup>83</sup> Bundeskartellamt, Beschluss in dem Verwaltungsverfahren B5-29/18, a. a. O., Tz. 375.

<sup>84</sup> Ebenda, Tz. 372 f.

<sup>85</sup> Bundesminister für Wirtschaft und Energie, Verfügung in dem Verwaltungsverfahren Miba AG und Zollern GmbH & Co. KG, I B 2 – 20302/14–02, 19. August 2019, Tz. 167.

<sup>86</sup> Monopolkommission, Stellungnahme der Monopolkommission zu den beabsichtigten Nebenbestimmungen im Ministererlaubnisverfahren Miba/Zollern, 5. August 2019, S. 2.

<sup>87</sup> Thomas, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB, 5. Aufl., 2014, § 42 Rn. 74.

market-efficiencies“, also solche Effizienzen, die außerhalb des relevanten Marktes auftreten. Eine zusätzliche Prüfung des Bundeswirtschaftsministeriums in einer Ministererlaubnis erscheint daher dann angebracht, wenn das Bundeskartellamt Effizienzen feststellt, die auf den betroffenen Märkten nicht zu ausreichenden Vorteilen für Verbraucherinnen und Verbraucher führen, um einen möglichen Wettbewerbsschaden auszugleichen. In diesem Fall kann in einem Ministererlaubnisverfahren zusätzlich geprüft werden, ob die Effizienzen außerhalb der vom Zusammenschlussvorhaben betroffenen Märkte erheblich zu Nachhaltigkeitsverbesserungen beitragen, d. h. gesamtwirtschaftliche Vorteile generieren oder ein überragendes Interesse der Allgemeinheit darstellen, und somit dem Wettbewerbsschaden ausreichend entgegenwirken. So würde der Effizienzeinwand als zusätzliches Prüfinstrument dienen, das beteiligten Unternehmen bereits mit dem Beschluss des Bundeskartellamtes bestätigt, ob das Zusammenschlussvorhaben zu Effizienzen im Bereich der Nachhaltigkeit führt.

**470.** Allerdings müssen diese Effizienzen den hohen Anforderungen genügen, die an Gemeinwohlvorteile in einer Ministererlaubnis zu stellen sind. Im Vortrag der Beteiligten muss konkret nachgewiesen werden, wie die Gemeinwohlgründe zur Erreichung der Nachhaltigkeitsziele der Bundesregierung beitragen. Überdies muss, wie für jede Ministererlaubnis, nachgewiesen werden, dass sie den Verbraucherinnen und Verbrauchern zugutekommen und dass der Gemeinwohlgrund nur durch das Zusammenschlussvorhaben zu erreichen ist, d. h. fusionspezifisch ist. Zudem gilt, je höher das Gewicht der Wettbewerbsbeeinträchtigungen ist, desto höher sind die Anforderungen an die Gemeinwohlvorteile zu stellen. Die Regel muss der Schutz des Wettbewerbs sein und die Erteilung einer Ministererlaubnis kann nur eine Ausnahme darstellen.<sup>88</sup> Ansonsten besteht die Gefahr, dass Zusammenschlüsse den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, ohne etwas zum Klimaschutz beizutragen. Einem Greenwashing durch Zusammenschlüsse, die keinen Beitrag zum Wettbewerbsschutz und Umwelt- und Klimaschutz leisten, ist entgegenzutreten.<sup>89</sup>

## **5 Mehr wissenschaftliche Expertise zur Bewertung von Nachhaltigkeit im Kartellrecht möglich**

**471.** Da – wie dargestellt – viele Nachhaltigkeitsaspekte als ökonomische Effizienzen angesehen werden können, sollten diese nach Auffassung der Monopolkommission weiterhin innerhalb des Kartellrechts gewürdigt werden. Bei einer Abwägung von Wettbewerbsschutz im Kartellrecht und Nachhaltigkeitszielen außerhalb des Kartellrechts besteht nach Ansicht der Monopolkommission die Gefahr, dass der Wettbewerbsschutz gegenüber Nachhaltigkeitszielen zurückfällt.

**472.** Aktuell existiert noch vergleichsweise wenig Fallpraxis. Sollte es in Zukunft allerdings vermehrt zu Fällen kommen, in denen Verbesserungen der Nachhaltigkeit eine Rolle spielen, sollte eine wissenschaftlich geleitete Abwägung innerhalb des Kartellrechts gewährleistet sein. In diesen Fällen sollten die Wettbewerbsbehörden zusätzliche Expertise erhalten, die sich auf die Bewertung von Nachhaltigkeitsaspekten fokussiert. Diese sollte insbesondere in umwelt- und klimaökonomischen Fragestellungen ausgewiesen und somit in der Lage sein, etwaige vorgebrachte Effizienzvorteile im Bereich der Nachhaltigkeit zu bewerten. In der Klima- und Umweltökonomie existieren bereits etablierte Verfahren, die auch für eine kartellrechtliche Beurteilung handhabbar gemacht werden können. Da bislang nur wenige Fälle auftreten, kann diese Expertise zunächst aus externen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern bestehen. Sollte sich hingegen zeigen, dass Nachhaltigkeitsaspekte im Kartellverfahren an Relevanz gewinnen, könnte auch erwogen werden, ein internes „Nachhaltigkeitsteam“ innerhalb der Wettbewerbsbehörden zu etablieren.

**473.** Die finale Bewertung des Wettbewerbsschadens, der Beurteilung von Effizienzen und der Abwägung zwischen Wettbewerbsschaden und Nachhaltigkeit sollte öffentlich verfügbar und klar nachvollziehbar sein. Die je-

<sup>88</sup> Deutscher Bundestag, Begründung zum Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. VI/2520, 18. August 1971, S. 31.

<sup>89</sup> Greenwashing bezeichnet die Vermittlung eines irreführenden Eindrucks über die Umweltauswirkungen eines bestimmten Produkts. Competition and Markets Authority, Making environmental claims: a literature review, 2021, Tz. 2.

weiligen Analysen sollten veröffentlicht werden, um eine möglichst objektive Überprüfung zu gewährleisten. Dadurch ist gewährleistet, dass sich Unternehmen mit Zusammenschlussvorhaben in der Zukunft an transparenter Fallpraxis orientieren können. Um erste Erfahrungen mit der kartellrechtlichen Würdigung von Effizienzen im Bereich der Nachhaltigkeit zu erlangen, sollten die Entscheidungen zudem ex-post evaluiert werden. Dabei sollte insbesondere überprüft werden, ob die dargelegten Effizienzvorteile tatsächlich eingetreten sind.

## **6 Zusammenfassungen der Einschätzungen und Empfehlungen**

**474.** Das Verhältnis von Nachhaltigkeit und Wettbewerb kann zu komplexen ökonomischen und rechtlichen Fragestellungen führen. Es lassen sich durchaus einige ökonomische Berechtigungen für Wettbewerbseinschränkungen ableiten, um gesellschaftlich wünschenswerte Nachhaltigkeitsziele zu erreichen. Aus Sicht der Monopolkommission kann und sollte diese Abwägung nach wie vor innerhalb des Kartellrechts erfolgen. Der Entwurf der Horizontalleitlinien der Europäischen Kommission macht hierzu konstruktive Vorschläge, die es weiter zu vertiefen gilt.

**475.** Viele Nachhaltigkeitsaspekte lassen sich bereits innerhalb des bisherigen Rahmens der Effizienzvorteile würdigen. Kommt es in Zukunft bei Zusammenschlussvorhaben vermehrt zu Vorträgen von Effizienzen im Bereich Nachhaltigkeit, könnte erwogen werden, einen Effizienzzeinwand für Nachhaltigkeitsverbesserungen in Zusammenschlussverfahren, gem. Erwägungsgrund 29 der europäischen FKVO, auch im nationalen Recht einzuführen. Um diese Würdigung für die Kartellbehörden leistbar zu machen, könnte diese durch zusätzliche wissenschaftliche Expertise unterstützt werden, welche Erfahrung mit der Bewertung von klima- und umweltökonomischen Fragestellung hat.

**476.** Andere außerwettbewerbliche Wirkungen, die nicht als ökonomische Effizienz gewertet werden können, sollten von den Kartellbehörden nicht berücksichtigt werden, um den Wettbewerbsschutz nicht mit anderen politischen Zielen zu verwässern. Eine Berücksichtigung kann außerhalb des Kartellrechts erfolgen, sollte dabei jedoch möglichst transparent und objektiv nachprüfbar sein.

**477.** In vielen Fällen können wettbewerbliche und offene Märkte ein Instrument sein, innovative und zugleich klima- und umweltschützende Technologien hervorzubringen. Der größere Beitrag zur Internalisierung von Externalitäten wird jedoch sicher durch Instrumente außerhalb der Wettbewerbspolitik zu leisten sein, z. B. durch Regulierung und gesetzgeberische Vorgabe von Mindeststandards.