

Per E-Mail: COMP-HBERS-REVIEW@ec.europa.eu
European Commission
Directorate-General for Competition – Unit A1
Antitrust Registry
1049 Bruxelles /Brussel
Belgique /België

STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

www.studienvereinigung-kartellrecht.de

Feldmühleplatz 1
40545 Düsseldorf | Deutschland

Postfach 10 17 43
40008 Düsseldorf | Deutschland

Büroanschrift des Vorsitzenden:

Karl-Scharnagl-Ring 6
80539 München | Deutschland

Tel: +49 89 21667 0

Fax: +49 89 21667 111

ingo.brinker@gleisslutz.com

25. April 2022

Öffentliche Konsultation der Europäischen Kommission zu den Regeln des EU-Kartellrechts für horizontale Vereinbarungen

Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht zu den Entwürfen der überarbeiteten Gruppenfreistellungsverordnungen für Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen bzw. Spezialisierungsvereinbarungen (Horizontal-GVOs) zusammen mit dem Entwurf der überarbeiteten Leitlinien für horizontale Kooperationsvereinbarungen (Horizontal-Leitlinien, im Folgenden: „HLL“) vom 1. März 2022

Vorbemerkung

Die Studienvereinigung Kartellrecht e.V. (i.F. Studienvereinigung) ist ein eingetragener Verein deutschen Rechts, dessen Zweck die Förderung von Wissenschaft und Forschung auf dem Gebiet des nationalen, europäischen und internationalen Kartellrechts ist und zu dessen Mitgliedern mehr als 1.400 Rechtsanwälte/-innen sowie Wettbewerbsökonom/-innen aus Deutschland, Österreich und der Schweiz zählen. Die Mitglieder der Studienvereinigung beraten und vertreten regelmäßig Unternehmen und natürliche Personen in Verfahren des Bundeskartellamtes, der Europäischen Kommission sowie vor weiteren nationalen Kartellbehörden sowie in Zivilrechtsstreitigkeiten innerhalb Europas. Sie verfügen in besonderem Maße über Erfahrung in der Anwendung von Vorschriften des Kartellrechts, auch an der Schnittstelle zum Vergaberecht.

Die Studienvereinigung hat sich mit ihrer Stellungnahme vom 18. Februar 2022 an der Konsultation der Europäischen Kommission (i.F. Kommission) zum Entwurf der neuen Gruppenfreistellungsverordnungen für Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen bzw. Spe-

zialisierungsvereinbarungen und der dazugehörigen Leitlinien für horizontale Kooperationsvereinbarungen beteiligt. Die Studienvereinigung schätzt es sehr und bedankt sich für die Gelegenheit, erneut zu den zu den Entwürfen der überarbeiteten Horizontal-GVOs zusammen mit einem Entwurf der überarbeiteten HLL Stellung nehmen zu können.

Diese Stellungnahme geht auf die aus Sicht der Studienvereinigung wesentlichen Aspekte ein und erhebt daher nicht den Anspruch, die Entwürfe in ihrer Gesamtheit zu würdigen. Die Stellungnahme folgt der Gliederung des Entwurfs der Leitlinien.

Im Einzelnen hat die Studienvereinigung folgende weitere Anmerkungen:

Zu Abschnitt 3: („Production Agreements“, einschließlich „Mobile Infrastructure Sharing Agreements“)

Zu Abschnitt 3.4.3. Gemeinsamer Vertrieb und der Begriff „gemeinsam“ im Rahmen der Spezialisierungs-GVO

Zu Rn. 266

Die Definition von „Joint Distribution“ sollte auch den in der Praxis häufigen Fall erfassen, in dem die Parteien sich abstimmen, dass jeweils eine von ihnen den Vertrieb in bestimmten Marktsegmenten und Anwendungsbereichen übernimmt. Das wird häufig in Situationen vereinbart, in denen die jeweilige Partei in dem betreffenden Bereich einen besonders guten Kundenzugang hat bzw. die andere Partei über keinen oder keinen guten Kundenzugang verfügt. Da der wettbewerbliche Effekt nicht anders als in einer Situation des Vertriebs über ein gemeinsames Vertriebsteam ist, sollte auch die vorgenannte Fallkonstellation unter den „gemeinsamen Vertrieb“ fallen.

Zu Abschnitt 3.6. Mobile Infrastructure Sharing Agreements

Zu Rn. 297

Hier werden die Network Sharing Agreements als ein Anwendungsfall einer „Spezialisierungsvereinbarung“ bezeichnet. Es erscheint zutreffender, diese Verträge als einen Anwendungsfall eines „Joint Production Agreement“ zu sehen, da das gemeinsame Netzwerk typischerweise von beiden Parteien gemeinsam betrieben und benutzt wird. Eine Spezialisierungsvereinbarung dürfte nur dann vorliegen, wenn eine Partei den Betrieb der Netz-Infrastruktur an einen anderen Betreiber outsourced.

Zu Rn. 304

Dieser Absatz führt die Mindestbedingungen auf, die erfüllt sein müssen, damit ein Network Sharing Agreement mit Art. 101 AEUV vereinbar ist. Hierbei heißt es u.a., dass die Parteien unabhängige Spektrum-Strategien verfolgen können müssen. Wenn dies indessen eine Mindestvoraussetzung ist, bedeutet dies im Umkehrschluss, dass jedwede Vereinbarungen über die gemeinsame Nutzung von Spektrum nach Art. 101 AEUV unzulässig wären. Ein solches pauschale Verbot von Spectrum Sharing Agreements (wenn es denn so gemeint wäre) stünde erstens im Widerspruch zu den abgewogeneren Ausführungen in Rn. 302(c). Zweitens stünde es auch im Widerspruch zur Realität – so gibt es etwa in Dänemark ein von der nationalen Kartellbehörde freigestelltes landesweites Spectrum Sharing Agreement zwischen Telenor und Telia, bei dem die Parteien jedwedes neues Spektrum auch nur gemeinsam erwerben. Spectrum Sharing Agreements führen zwar in der Tat zu möglichen Beschränkungen des Qualitätswettbewerbs, haben aber andererseits auch erhebliche Vorteile (sehr signifikante Erhöhung der Netzwerk-Kapazität durch optimierte Kombination und gemeinsame Nutzung des Spektrums, bessere Ausnutzung des natürlich begrenzten Spektrums, erhebliche Kostenvorteile), so dass hier eine sorgfältige Abwägung der wettbewerblichen Vor- und Nachteile im Einzelfall erfolgen sollte.

Zu Abschnitt 4: („Joint Purchasing“)

Zu Abschnitt 4.2. Beurteilung nach Artikel 101 Absatz 1

Zu Rn. 331 und 332

Rn. 331 und 332 nennen als Beispiel für negative Auswirkungen gemeinsamer Einkaufsmacht mögliche wettbewerbsbeschränkende Wirkungen durch die Abnahme von Innovation (auf Lieferantenebene). Die These, dass Einkaufsgemeinschaften mit Nachfragemacht zur Reduktion von Innovation und Qualität bei den Lieferanten führen kann und dies letztlich zu Verbrauchernachteilen führt, ist rein spekulativ. Der in den Leitlinien erweckte Eindruck, dass nachfragestarke Einkaufsallianzen typischerweise derartige Wirkungen haben, ist inhaltlich nicht überzeugend. Es gibt hierfür unseres Wissens keine empirischen Untersuchungen oder Belege. Zudem dürften die in den Leitlinien angesprochenen nachteiligen Wirkungen für die Endverbraucher nur in den Fällen denkbar sein, in denen es sich um Einkaufsgemeinschaften von Handelsunternehmen handelt. Soweit die in einer Einkaufsgemeinschaft verbundenen Unternehmen hingegen die Produkte weiterverarbeiten, erscheinen nachteilige Wirkungen für Endverbraucher aufgrund einer Reduktion von Qualität oder Innovation seitens der Vorlieferanten nicht überzeugend. Schließlich greift die Schadens- theorie einer Reduktion von Qualität und Innovation in all den Fällen nicht, in dem es sich bei dem gemeinsam eingekauften Produkt um eine „Commodity“ handelt (z.B. Rohöl oder

eine Standard-Chemikalie), welche keinen Spielraum bei Qualität und Innovation belässt. Aus unserer Sicht sollte die Leitlinien daher zurückhaltender formuliert werden, etwa in dem Sinne, dass „zu prüfen ist, ob es möglicherweise“ zu derartigen Konsequenzen kommen kann. Alternativ sollte auf die Bezugnahme auf Innovation in den Rn. 331 und 332 verzichtet werden.

Zu Rn. 333

Nach Rn. 333 handelt es sich bei Einkaufsbeschränkungen auf nachhaltige Produkte grundsätzlich nicht um bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen, vielmehr hat eine Beurteilung anhand der wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen zu erfolgen. Nach Auffassung der Studienvereinigung sind die Ausführungen zur Nachhaltigkeit allerdings zu undifferenziert. Insbesondere stellt sich die Frage, ob etwa eine gebündelte Nachfrage, die anderen Qualitätsprämissen zum Inhalt hat, anders beurteilt werden soll, bzw. ob Nachhaltigkeitserfordernisse privilegiert sein sollen.

Zu Abschnitt 4.3. Beurteilung nach Artikel 101 Absatz 3

Zu Abschnitt 4.3.1. Effizienzgewinne

Zu Rn. 344

Es stellt sich die Frage warum hier – im Gegensatz zum entsprechenden Kapitel in 5.3.1. - Nachhaltigkeit oder das Erreichen von Umweltzielen, nicht als Effizienzvorteil genannt wird.

Zu Abschnitt 4.3.3. Weitergabe an Verbraucher

Zu Rn. 346 und 347

Die Rn. 346 und 347 legen dar, wann von der Weitergabe von Effizienzvorteilen an die Verbraucher auszugehen ist. Allerdings sind die Ausführungen unklar und nicht leicht verständlich und werden aus unserer Sicht die Leitlinien – hier ihrer Funktion, Unternehmen auch praktisch relevante und leicht verständliche Orientierung zu bieten – nicht gerecht. Nach Auffassung der Studienvereinigung sollte daher insbesondere klargelegt bzw. deutlicher zum Ausdruck gebracht werden, dass neben der Weitergabe von Preisvorteilen auch andere Effizienzvorteile weitergegeben werden können bzw. dass die Verbrauchervorteile verschiedene Formen annehmen können und die Ausführungen zur Weitergabe von Preisvorteilen dementsprechend auch auf andere Effizienzvorteile gleichwertig Anwendung finden. So werden etwa die Zahlungen von Lieferanten an Einkaufsgemeinschaften unter anderem zur Finanzierung von Verkaufskampagnen auf Endkunden-Ebene eingesetzt,

wodurch der Wettbewerb um den Endverbraucher intensiviert wird. Auch sollte das Erreichen von Umwelt- und Nachhaltigkeitszielen ausdrücklich Erwähnung finden.

Zu Abschnitt 5: („Commercialisation Agreements“):

Zu Abschnitt 5.2.2. Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen

Zu Rn. 365

Es erscheint zu weitgehend und streng, Vermarktungsvereinbarungen schon immer dann als „bezweckte“ Wettbewerbsbeschränkung anzusehen, wenn sie die gemeinsame Festsetzung von Preisen umfassen. Normalerweise setzt der gemeinsame Verkauf ja die gemeinsame Festsetzung von Preisen notwendigerweise voraus. Wenn etwa kleinere Unternehmen (oder Unternehmen mit einem sehr begrenzten Marktanteil) ihre jeweiligen Produktpaletten über ein Vertriebs-GU gemeinsam vermarkten, um ein breiteres Portfolio an Produkten wirksamer im Wettbewerb zu größeren Anbietern vermarkten zu können, erscheint es überzogen, hier von einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung zu reden, wenn die beiden Parteien bei einem Teil der Produktportfolios zuvor Wettbewerber waren. Es sollte stattdessen bei der Frage nach dem Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung auf die Marktmacht der Parteien ankommen.

Zu Abschnitt 5.2.3.2. Zusammenarbeit, die im Allgemeinen keinen Anlass zu Bedenken gibt

Zu Rn. 378

Der dortige Verweis auf Rn. 367 ist fehlerhaft; es sollte auf Rn. 371 verwiesen werden.

Zu Abschnitt 5.3. Beurteilung nach Artikel 101 Absatz 3

Zu Abschnitt 5.3.1. Effizienzgewinne

Zu Rn. 380

Rn. 380 nennt als möglichen Effizienzgewinn auch Umweltziele, sofern diese sicher, quantifizierbar und dokumentiert sind. Dies ist grundsätzlich zu begrüßen. Klargestellt werden sollte, dass darunter auch das Erreichen von Nachhaltigkeitszielen verstanden wird.

Zu Abschnitt 5.3.3. Weitergabe an die Verbraucher

Zu Rn. 384

Rn. 384 ist im Entwurf der neuen Leitlinien unverändert zu den geltenden Leitlinien.¹ Da allerdings Rn. 380 um weitere Effizienzvorteile („Erreichen von Umweltzielen“) ergänzt wurde, wäre auch hier eine Klarstellung wünschenswert, dass die Ausführungen zur Weitergabe der Effizienzvorteile an die Verbraucher – über die ausdrücklich in Rn. 384 genannten hinaus – auch auf die anderen Effizienzvorteile nach Rn. 380 Anwendung finden. Dies gilt insbesondere, weil die Weitergabe von Effizienzvorteilen in Rn. 384 dem Wortlaut des Entwurfstextes zufolge abschließend formuliert ist.

Zu Abschnitt 5.4. Bieterkonsortien

Zu Rn. 391-392

Bei den Rechtfertigungen von Bieterkonsortien sollte auch ausdrücklich anerkannt werden, dass solche Konsortien auch aus dem berechtigten Interesse gebildet werden, das Risiko einzudämmen und auf mehrere Konsortialpartner zu verteilen bzw. nicht in eine Abhängigkeit von einem zu großen einzelnen Projekt zu gelangen.

Zu Abschnitt 6: („Informationsaustausch“)

Zu Abschnitt 6.1. Einleitung

Zu Rn. 406-408

Der Einleitungsabschnitt (Rn. 406-408) zum Informationsaustausch des Entwurfes der HLL zeigt sich als insgesamt schlüssig strukturiert. Der Struktur des Textes tut gut, dass der Informationsaustausch ein klar abgrenzbares eigenes Kapitel darstellt und nicht, wie in der alten Version der Leitlinien aus 2011, in einem allgemeinen Grundsätze-Kapitel eingebettet wird. Begrüßt wird auch die in Rn. 407 enthaltene beispielhafte Auflistung, um welche Arten von Informationen es sich bei Informationsaustausch i.S.d HLL handeln kann.

Zu Rn. 409

Nicht ganz klar ist der Hinweis in Rn. 409, dass ein für eine ansonsten legitime Kooperation zwischen Wettbewerbern erforderlicher Informationsaustausch dazu führen würde, die Anwendung der Ausnahme nach Art. 101 Abs. 3 AEUV eher zu ermöglichen, als wenn dieser über das erforderliche Ausmaß hinausgehe. Denn an sich sind notwendige Nebenabreden zu einer legitimen Hauptabrede schon an sich nicht von dem Kartellverbot nach Art. 101 AEUV umfasst. Nach den Leitlinien zu Art. 101 Abs 3 AEUV (Art. 81 Abs 3 EG-Vertrag) ist

¹ Vgl Rn. 250 der geltenden HLL.

zudem die „Anwendung des Konzepts der Nebenabreden [...] von dem Nachweis gemäß Art. 81 Absatz 3 zu unterscheiden“. Der Hinweis steht auch in einem gewissen Spannungsverhältnis zu dem letzten Satz der Rn. 409 des Entwurfes der HLL: „Wenn der Informationsaustausch an sich das Hauptziel der Zusammenarbeit ist, sollte die Prüfung des Austauschs gemäß den in diesem Kapitel enthaltenen Erläuterungen erfolgen“. Die Studienvereinigung würde daher eine entsprechende Klarstellung dieses Punktes begrüßen.

Zu Rn. 410

In Rn. 410 wird die Abgrenzung des Art. 101 AEUV im Hinblick auf die Zusammenschlusskontrolle behandelt. Allerdings wird diese Abgrenzung sehr vage gehalten (siehe auch schon Rn. 51 des Entwurfs der HLL). Zumal es sich hier um eine in der Praxis äußerst wichtige Thematik handelt, wäre eine konkretere Erläuterung der betreffenden Kriterien wünschenswert.

Zu Rn. 411

In Rn. 411 wird angesprochen, dass auch bei regulatorisch vorgesehenem bzw. sogar angeordnetem Informationsaustausch Art. 101 AEUV anwendbar bleibt. Nach allgemeinem Verständnis würde das aber wohl nur in dem Ausmaß gelten, als die Marktteilnehmer einen entsprechenden Verhaltensspielraum haben, d.h. der konkrete Informationsaustausch eben nicht (regulatorisch) angeordnet ist. Die Studienvereinigung würde eine diesbezügliche Klarstellung begrüßen.

Zu Abschnitt 6.2. Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 1

Zu Abschnitt 6.2.2. Grundlegende kartellrechtliche Bedenken im Zusammenhang mit dem Informationsaustausch

Zunächst möchte die Studienvereinigung in diesem Zusammenhang darauf hinweisen, dass bereits seit einigen Jahren in manchen Jurisdiktionen neben den klassischen Absprachen bei Oligopolen mit hoher Reaktionsverbundenheit das Instrument der impliziten Verhaltensabstimmung als Kollusionsvariante geprüft wird. Hierzu gab es schon vereinzelte Sektoruntersuchungen (etwa in Deutschland zu Mineralölgesellschaften).² Dennoch werden diese Konstellationen derzeit von den HLL nicht abgebildet. Für eine Konsistenz auf europäischer Ebene wünschenswert zu wissen, ob die Kommission diese Sicht teilt. Hilfreich wäre es zudem, wenn die Kommission hierzu einige (ggf. abweichende) Konturen aufzeigen könnte.

² BKartA „Sektoruntersuchung Kraftstoffe, Abschlussbericht Mail 2011, Zusammenfassung, S. 13, s. https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung%20Kraftstoffe%20-%20Abschlussbericht.pdf;jsessionid=06D5DC693C1B19CCF05724ABC542366F.2_cid362?__blob=publicationFile&v=5, zuletzt abgerufen am 19.4.2022.

Zu den von den HLL behandelten kartellrechtlichen Bedenken im Zusammenhang mit dem Informationsaustausch im Einzelnen:

Zu Rn. 421

Gemäß der englischen HLL-Fassung wird in Rn. 421 zunächst von „competitors“ gesprochen, um dort am Ende terminologisch zu „third parties“ zu wechseln. Demnach würden auch Dritte als Nichtnutzer/-betreiber der relevanten Systeme einen evtl. Anspruch ableiten können. Hier wäre für Verbände/Plattformbetreiber wichtig zu wissen, wie weit der anspruchsberechtigte Kreis zu ziehen kann und ggf. unter welchen zusätzlichen Voraussetzungen.

In diesem Zusammenhang fällt eine weitere sprachliche Unschärfe in Rn. 421 auf. Im ersten Satz wird sinngemäß davon gesprochen, dass es zu einer Marktabschottung kommen kann, wenn „sensible Geschäftsinformationen“ („commercially sensitive information“) in Datenaustauschsystemen geteilt werden, zu denen Wettbewerber keinen Zugang haben. Bereits im zweiten und dritten Satz der Randnummer ist jedoch nicht mehr von „sensiblen Geschäftsinformationen“ die Rede, sondern von „Informationen von strategischer Bedeutung“ bzw. „Daten von strategischer Bedeutung“ („information/data of strategic importance“). Es wird nicht ganz klar, wie diese Begriffe zueinanderstehen, also wo die Unterschiede liegen oder ob sie umgekehrt synonym gemeint sind.

Zu Rn. 419-436

Im Zuge fortschreitender Digitalisierungen bis hin zur künstlichen Intelligenz haben sich in der Praxis bestimmte Fallkonstellationen herauskristallisiert, die Kollusionspotential haben bzw. Wettbewerbsbeschränkungen hervorrufen können. Die HLL greifen diese neuartigen technischen Möglichkeiten auf, allerdings verstreut an verschiedenen Stellen (z.B. Rn. 419, 432, 433, 436/Fn. 238) und recht kurz. Es wäre zu begrüßen, wenn die HLL diese im Sinne der aufgezeigten Konstellationen (s. deutsch-französische Studie mit 3 Anwendungsfeldern³) in einem eigenen Abschnitt konzentriert aufgreifen und Möglichkeiten/Grenzen von KI etwas grundsätzlicher darstellen würde.

Rechtlich ist auch anzumerken, dass gerade in Bereich Datenaustausch, Algorithmen, Plattformen und KI der Gesamteindruck entstehen könne, alle Verhaltensweisen stünden gewissermaßen erst einmal unter "Generalverdacht". Der aktuelle Entwurf ermuntert zu höchster Vorsicht, was sich innovationshemmend auswirken könnte.

³ s. Algorithmen und Wettbewerb, November 2019.

Zu 6.2.4. Merkmale des Austauschs

Zu Rn. 433 f.

Neben der Vermeidung einer aktiven Kartellbeteiligung gibt es für die Unternehmenspraxis und Compliance eine bedeutsame Situation: Erhält ein Unternehmen ungewollt – etwa weil ad hoc – in einer Sitzung bzw. als Nichtteilnehmer (z.B. wegen Terminkollision) per späterem Protokoll oder beiläufig per Mail eine Information über strategische Pläne (klassisch: beabsichtigte Konditionenerhöhungen), so bestehen laut HLL (s. Rn. 433 f.) zwei Verteidigungsmöglichkeiten: Zum einen die unverzügliche und eindeutige Distanzierung, zum anderen die Widerlegung der Abstimmungsvermutung. Hierzu wäre eine klarstellende Ergänzung der Kommission wünschenswert, wie sich beide Varianten zueinander verhalten, etwa dahingehend, dass eine formgerechte Distanzierung für sich allein genügt, idealerweise kombiniert mit internen Schutzmaßnahmen (auch intern im Unternehmen – vertrauliche Aufbewahrung der betreffenden Unterlagen bzw. Anweisung, das Dokument bzw. Inhalte hieraus nicht weiterzuleiten). Auch wenn diese Information möglicherweise für die eigene geschäftspolitische Ausrichtung nicht unberücksichtigt bleiben kann: mehr kann einem Wettbewerber bei aufgedrängten Informationen nicht abverlangt werden. Aber auch umgekehrt muss bei fehlender Distanzierung die – wenn auch häufig schwierige – Entlastung möglich bleiben, etwa in Form eines nachweisbaren zeitlich vorgelagerten Geschäftsleitungsbeschlusses zur Einführung neuer Tarife/Konditionen, die trotz ungebetener Information, später unverändert geblieben sind.

Zu Rn. 434

Im Sinne der Rechtssicherheit empfiehlt es sich zudem, im Zusammenhang mit „Ankündigungen“ (Rn. 434) zwei Varianten zu unterscheiden: Neben der Veröffentlichung des „erwogenen Marktverhaltens“, die gemäß HLL-Entwurf zu Problemen führen kann, sollte die unkritische Variante „von der Geschäftsführung explizit beschlossene und kommunizierte Maßnahme xy“ angeführt werden. Denn diese kann nur dann zu einem Problem werden, wenn das Unternehmen seine intern festgelegte Geschäftspolitik mangels Gleichziehens der Konkurrenz (etwa auf deren eigenen Pressekonferenzen, in Kundenmitteilungen etc.) später dann doch nicht umsetzt oder kurz danach wieder revidiert. Durch eine solche Klarstellung würde auch die Unschärfe/Abgrenzungsschwierigkeit des als von der EU-Kommission kritisch angesehenen „Signaling von hinreichend konkreten Informationen“ obsolet werden, die eine Öffentlichkeitsarbeit unnötig paralysieren könnte. Denn echte einseitig beschlossene Konditionenverschärfungen o.ä., die ungeachtet der Konkurrentenreaktion bis zum nächsten Verhandlungszyklus auch durchgehalten werden, sind mit inhaltlichen Konturen umgekehrt gerade effizienzfördernd für Verbraucher, da diese direkt wissen, was die Ankündigung konkret für sie bedeutet.

In diesem Zusammenhang wäre eine Klarstellung dahingehend wünschenswert, dass beim kritischen Fall der Nichtumsetzung einer Absichtsankündigung grundsätzlich einzig und allein der Signalgeber (ggf. aufgrund von Verdachtsmomenten, die auf Fühlungnahmeabsicht hindeuten, etwa sehr frühzeitige Mitteilung, ungewöhnliche Wortwahl) mit kartellbehördlichen Untersuchungen rechnen muss – mangels Kontaktaufnahme nicht aber die Konkurrenten. Dies gilt lediglich dann nicht, wenn diese anschließend eigene „Absichtsankündigungen/Erwägungen“ öffentlich bekanntgegeben haben, ohne diese selber umzusetzen.

Zu Rn. 435 ff.

In dem Entwurf der neuen Vertikal-GVO vom 9. Juli 2021 wurde die Thematik des Informationsaustausches in horizontal/vertikal- gemischten Verhältnissen neu behandelt. Art. 2 Abs 5 letzter Satz des eben genannten Entwurfes verweist bzgl. des Austausches von Informationen in dualen Vertriebssystemen auf die „Vorschriften für horizontale Vereinbarungen“. Dieser Verweis auf die HLL, die nach dem Verständnis der Studienvereinigung im Rang unter der Vertikal-GVO stehen⁴, findet sich ebenso in dem Entwurf der neuen Leitlinien zu vertikalen Verhältnissen. Die Kommission hat in einem neuen Entwurf des Abschnitts zum dualen Vertrieb in den Leitlinien zur Vertikal-GVO vom Februar 2022⁵ explizit erwähnt, welche Art von Informationen in dualen Vertriebs-Verhältnissen ausgetauscht werden können. Sie verweist aber bzgl. anderer Informationsarten weiterhin auf eine Beurteilung nach den HLL. Es wäre daher hilfreich gewesen, wenn der Entwurf der neuen HLL die Problematik des Informationsaustausches im dualen Vertrieb – auch wenn nur in Kürze – behandelt hätte. Dies auch im Hinblick auf die immer relativ große Bedeutung dieser Vertriebsform. Nun findet sich zwar im Entwurf der neuen HLL der Unterpunkt 6.2.4.2 Indirekter Informationsaustausch und Austausch von Informationen in gemischten vertikalen/horizontalen Beziehungen, doch wird inhaltlich in den folgenden Randnummern (Rn. 435 – 438) praktisch nur der indirekte Informationsaustausch angesprochen.

Dies führt zu einer Erläuterungslücke, die konkret alle jene Fälle des Informationsaustausches im dualen Vertrieb umfasst, die im Sinne der neuen Vertikal-GVO und der dazugehörigen Leitlinien nach den HLL zu beurteilen wären. Das betrifft auch jene Konstellationen des dualen Vertriebs in denen, – wie die Studienvereinigung bereits festgestellt hat – ein Informationsaustausch nicht zwingend erforderlich ist aber dennoch legitimen wirtschaftlichen Interessen dient. Die Frage ist, ob auch hier der Anspruch der Erforderlichkeit im

⁴ S. dazu auch die Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht e.V. vom 17. September 2021, https://www.studienvereinigung-kartellrecht.de/sites/default/files/stellungnahmen/79ca5fc36ae98acb647e01b866df60e8/210917_stellungnahme_studienvereinigung_kartellrecht_zum_entwurfvgvo_v_09.97.2021_-_final.pdf, zuletzt abgerufen am 20. April 2022

⁵ S. https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2022-02/guidance_information_exchange_VBER_dual_distribution_2022_0.pdf, zuletzt aufgerufen am 19.4.2022.

Sinne der Rn. 409 des Entwurfes der HLL gelten soll. Die Studienvereinigung empfiehlt daher eine Konkretisierung der Leitlinien in Bezug auf dualen Vertrieb, sofern der Verweis in dem Entwurf der Vertikal-GVO und Leitlinien beibehalten wird.

Zu Rn. 437

Der mittelbare Austausch „über Bande“ wird in den Rn. 437 f. zu Recht adressiert. Allerdings sind die Voraussetzungen, die in Teilen an subjektive Elemente knüpfen („.... Wettbewerbswidrige Ziele bewußt“, „vernünftigerweise vorhersehen“ sowie „bereit, das damit verbundene Risiko zu tragen“), schwierig zu greifen. Auch wäre an dieser Stelle zur Veranschaulichung ein Praxisbeispiel jeweils für einen zulässigen wie auch unzulässigen Austausch hilfreich.

Zu Abschnitt 6.3. Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 3

Zu Abschnitt 6.3.1. Effizienzgewinne

Die Neuentwürfe der HLL thematisieren Effizienzgewinne im Rahmen des Informationsaustausches bezüglich verschiedener Arten des Infoaustausches:

Zu Rn. 425, 457

Effizienzgewinne beim Austausch von genuin öffentlichen Informationen („Information exchange that is genuinely public“) werden in den Neuentwürfen der HLL in Rn. 457 näher erläutert, obwohl sich in Rn. 425 die Wertung findet, dass beim Austausch von genuin öffentlichen Informationen ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV unwahrscheinlich ist. Vor diesem Hintergrund regt die Studienvereinigung an, deutlicher herauszuarbeiten, warum bei diesem Informationsaustausch überhaupt eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV erforderlich ist. Um die Anwendung in der Praxis zu vereinfachen, hält es die Studienvereinigung zudem für sinnvoll herauszustellen, für welche wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen sich die Effizienzgewinne beim Austausch genuin öffentlicher Daten im Rahmen von Rn. 457 einstellen können.

Rn. 458

Im Gegensatz zu den HLL 2010 (Rn. 99 und 100) werden mögliche Effizienzgewinne beim Austausch von zukunftsbezogenen (Preis-)Informationen und Absichten in den Neuentwürfen hingegen bisher nicht behandelt. Das ist zu bedauern. Zwar ist der Austausch zukunftsbezogener Informationen nicht mehr per se eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung (vgl. Rn. 448 ff; anders noch Rn. 73 der HLL 2010). Gegen diese Art von Austausch bestehen

allerdings noch immer erhebliche wettbewerbsrechtliche Bedenken. Nach Auffassung der Studienvereinigung wären nicht zuletzt aus Praxissicht und aufgrund des hohen Risikos für Unternehmen nähere Erläuterungen wertvoll, wann beim Austausch zukunftsgerichteter Informationen oder Absichten ausnahmsweise Effizienzgewinne realisiert werden können. Die Studienvereinigung regt an, die in den Rn. 99 und 100 der HLL 2010 enthaltenen Aussagen erneut in die Neufassung der Leitlinien einzufügen.

Der Nachweis der Effizienzvorteile sowie deren Weitergabe an die Verbraucher in einem Maße, das die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen eines Informationsaustausches aufwiegt, begegnet in der Praxis regelmäßig erheblichen Schwierigkeiten. Nach Auffassung der Studienvereinigung wäre es wünschenswert und sinnvoll weitere Anhaltspunkte für die Handhabung der Leitlinien für eine solche Prüfung aufzunehmen. Dies würde zum einen die Rechtsanwendung erleichtern und zum anderen mehr Rechtssicherheit schaffen. Die Studienvereinigung regt daher Klarstellungen hinsichtlich der Beurteilung an, wann Effizienzgewinne in einem ausreichenden Maße an die Verbraucher weitergegeben werden, um die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen aufzuwiegen.

In der Praxis zunehmend relevanter werdende Konstellationen betreffen digitale Sachverhalte. Im Lichte der jüngsten Gesetzgebungsinitiativen zur weiteren Regulierung der digitalen Märkte und zur Definition und Stellung der "Gatekeeper" wären aus Sicht der Studienvereinigung konkretere Aussagen und Vorgaben der Kommission hinsichtlich der Effizienzgewinne wünschenswert und sinnvoll. Dies betrifft insbesondere Effizienzgewinne, die der Informationsaustausch auf Märkten bringen kann, auf denen es Gatekeeper gibt, die gegenüber Nicht-Gatekeepern einen erheblichen Vorteil beim Informationszugang haben. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es für zahlreiche Themen an ausreichender Entscheidungs- und Erfahrungspraxis fehlt. Die Entwicklung allgemein gültiger Leitlinien muss daher in einigen Punkten noch zurückhaltend sein. Vor dem Hintergrund dieser fehlenden Fallpraxis soll dies dennoch als Themensammlung dienen, für deren Lösung unter Umständen noch die weitere Entwicklung abgewartet werden muss. Wünschenswert wären nach Ansicht der Studienvereinigung aber schon jetzt Klarstellungen, ob der Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern zur Angleichung der Wettbewerbsbedingungen auf Märkten, auf denen Gatekeeper einen wesentlich breiteren Zugang zu Informationen haben, gerechtfertigt sein könnte.

Zu Abschnitt 6.3.2. Unerlässlichkeit

Zu Rn. 459

Erhebliche Rechtsunsicherheiten bestehen bei der Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV in der Anwendungspraxis im Hinblick auf die Unerlässlichkeit der Maßnahme. Eine solche Prüfung kann in der Praxis bislang kaum belastbar durchgeführt werden. Aufgrund dieser erheblichen Praxisprobleme und der hohen praktischen Bedeutung der Unerlässlichkeitsprüfung ist nach Auffassung der Studienvereinigung mehr „Guidance“ wünschenswert. Der insofern einzige in den HLL enthaltene praktische Hinweis betrifft die Konstellation des Austausches individueller Daten für Benchmarking-Zwecke. Dies wird zusätzlich im Beispiel 2 behandelt. Vor dem Hintergrund der hohen Anzahl vielschichtiger Praxisfälle regt die Studienvereinigung Kartellrecht an, die in den HLL enthaltenen Ausführungen (vgl. Rn. 459) deutlich zu ergänzen, um bei der kartellrechtlichen Bewertung mehr Rechtssicherheit zu schaffen. Aus Sicht der Studienvereinigung könnte sich die Kommission – ungeachtet der bereits geschilderten Problematik hinsichtlich des Informationsaustausches im dualen Vertrieb (s.o.) – dabei grundsätzlich an der Guidance der Kommission zum dualen Vertrieb vom 4.2.2022 orientieren.⁶ Dies zumindest insofern, als dass dort konkrete Beispiele aufgelistet werden, wann ein Informationsaustausch unter Wettbewerbern (i) notwendig und damit freigestellt und (ii) wann er nicht notwendig und damit nicht freigestellt ist. Zudem finden sich dort Hinweise, wie eine Wettbewerbsbeschränkung im Horizontalverhältnis bei einem Informationsaustausch verringert werden kann. Entsprechende Beispiele und Hinweise wären für das Kapitel Informationsaustausch wünschenswert.

Zunehmende Bedeutung erlangt in der Praxis der Informationsaustausch bei Internet-Plattformen. Hiermit haben sich bislang vor allem die nationalen Behörden und insbesondere das Bundeskartellamt befasst. In einer Reihe von Fällen hat das Bundeskartellamt im Rahmen seines Aufgreifermessens von einem Einschreiten abgesehen (z.B. Stahlhandelsplattform XOM Metals⁷, Agrarhandelsplattform Unamera⁸, Intersport-Online-Plattform⁹ und Plattform Mineralölprodukte¹⁰). Dabei mussten Unternehmen aber im Hinblick auf die Unerlässlichkeit, z.T. nach langwierigen Verhandlungen, in erhebliche Veränderungen ihrer

⁶ S. dazu https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2022-02/guidance_information_exchange_VBER_dual_distribution_2022_0.pdf, zuletzt abgerufen am 19.4.2022, S. 2 ff, für die Beispiele s. S. 4 ff.

⁷ S. BKartA, B5-1/18-001, Fallbericht vom 27.2.2018, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Kartellverbot/2018/B5-1-18-01.pdf?__blob=publicationFile&v=4, zuletzt abgerufen am 19.4.2022.

⁸ S. BKartA, Pressemitteilung vom 5.2.2020, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Pressemitteilungen/2020/05_02_2020_Unamera.pdf?__blob=publicationFile&v=3, zuletzt abgerufen am 19.4.2022.

⁹ S. BKartA, Pressemitteilung vom 25.6.2020, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Pressemitteilungen/2020/05_02_2020_Unamera.pdf?__blob=publicationFile&v=3, zuletzt abgerufen am 19.4.2022.

¹⁰ S. BKartA, B8-94/19, Fallbericht vom 14.5.2020, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Fusionskontrolle/2020/B8-94-19.pdf?__blob=publicationFile&v=5, zuletzt abgerufen am 19.4.2022.

Projekte einwilligen. Da Internet-Plattformen in der Regel geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen, wäre es hilfreich, wenn die Kommission angesichts ihrer Zuständigkeit ihre wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Internet-Plattformen näher erläutern könnte.

Zu 6.4. Beispiele

Die Studienvereinigung spricht sich für die Beibehaltung der Überschriften der Beispiele insbesondere und auch im Kapitel des Informationsaustausches aus. Dies stellt eine Orientierungshilfe für den Anwender dar.

Zu Abschnitt 9: („Nachhaltigkeitsvereinbarungen“)

In den letzten Jahren ist die gesellschaftliche, politische und rechtliche Aufmerksamkeit für Klimawandel, Biodiversität und die nachhaltige Entwicklung beträchtlich gestiegen. Wie auch in Rn. 542 betont wird, ist nachhaltige Entwicklung auch ein Grundprinzip des Vertrags über die Europäische Union und ein vorrangiges Ziel für die politischen Maßnahmen der Union. Im Green Deal, auf den in der genannten Randnummer auch ausdrücklich verwiesen wird, bekräftigt die Kommission das Engagement für die Bewältigung klima- und umweltbedingter Herausforderungen.¹¹ In den letzten Jahren hat sich folglich verstärkt die Frage nach dem Verhältnis zwischen den Wettbewerbsregeln und anderen – wie den genannten – Zielen der europäischen Verträge gestellt. Eine Klarstellung, inwieweit es für Unternehmen aus wettbewerbsrechtlicher Sicht zulässig sei, durch horizontale Vereinbarungen Standards zur Erreichung und Wahrung von Zielen wie Menschenrechten, Umweltschutz, Tierschutz oder nachhaltigem Wirtschaften festzulegen, war demzufolge notwendig. Die Studienvereinigung begrüßt folglich die Ergänzung des Entwurfs zu den Leitlinien um das neue Kapitel *Nachhaltigkeitsvereinbarungen*, das erste, wichtige Anhaltspunkte gibt.

Nach gefestigter Rechtsprechung¹² ist es der Kommission gestattet, im Bereich des Wettbewerbs auch Ziele zu berücksichtigen, die mit anderen Bestimmungen des Vertrags verfolgt werden. Der Kommission steht deshalb sowohl bei der Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV als auch bei Art. 101 Abs. 3 AEUV ein gewisser Spielraum zu, um anderen anerkannten Zielen des Vertrags angemessen Rechnung zu tragen. Diesen Spielraum nutzt die Kommission nach Auffassung der Studienvereinigung in den Leitlinien zu Nachhaltigkeitsvereinbarungen nicht ausreichend aus. Stattdessen bleiben die Leitlinien teilweise hinter dem Stand der Leitlinien 2001 (Kapitel Umweltschutzvereinbarungen) zurück. Dort ist in Rn. 187

¹¹ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Der europäische Grüne Deal (COM (2019) 640 final), 2.

¹² vgl. zuletzt EuG Urteil vom 2.2.2022 - T 616/18 - Gazprom-Verpflichtungszusage, Rn. 419 ff.

festgestellt, dass bei Entstehen neuer Märkte durch Verwertungsvereinbarungen der Wettbewerb in der Regel nicht beschränkt wird. Bei der Kosten-Nutzen-Analyse im Rahmen des Art. 101 Abs. 3 AEUV sind nach der dortigen Rn. 194 die (negativen) Auswirkungen auf Dritte gegen die Nettovorteile für die "Verbraucher im Allgemeinen" abzuwägen (ebenso das Beispiel in Rn. 198). Vergleichbare klare Aussagen sind in den neuen Leitlinien nicht enthalten."

Die kartellrechtliche Beurteilung von Nachhaltigkeitsvereinbarungen wirft nach der bisherigen Diskussion u.a. folgende wesentliche Fragestellungen auf: (i) Definition von Nachhaltigkeit, (ii) Eingliederung der Nachhaltigkeitsvereinbarungen in das Konzept der Vereinbarung/Abrede nach bisheriger kartellrechtlicher Nomenklatur, (iii) Bewertung/Messung der Nachhaltigkeitseffekte und (iii) die Frage, inwiefern/auf welchem Markt etwaige positive Nachhaltigkeitseffekte eintreten sollen, um kartellrechtlich als Effizienzen zu gelten. Wie im Folgenden ausgeführt wird, wurden im vorliegenden Entwurf der Leitlinien jedoch nicht alle diese Aspekte miteinbezogen bzw. umfassend gewürdigt.

Zu Abschnitt 9.1. Einleitung

Zu Rn. 543

In Rn. 543 versuchen die Leitlinien, den Begriff Nachhaltigkeit im Anwendungsbereich der Leitlinien zu definieren. Positiv hervorzuheben ist, dass eine Definition gewählt wurde, die sich nicht auf ökologische Nachhaltigkeit beschränkt, sondern – angelehnt an den UN-Klimazielen, welche auch im Green Deal angeführt werden - u.a. auch Menschenrechte, Tierschutz, Verringerung von Nahrungsmittelverschwendung, Ressourcenschutz etc. ausdrücklich umfasst. Die Studienvereinigung versteht die gewählte Formulierung als dynamische Verweisung auf das gegenwärtige Verständnis der Nachhaltigkeit. Für eine bessere Abgrenzung sollten die ESG-Kriterien noch expliziter genannt werden. Zur Klarstellung regt die Studienvereinigung an, in die Aufzählung im letzten Satz auch die faireren Arbeitsbedingungen und faire Handelsbedingungen aufzunehmen.

Zu Rn. 544

In Rn. 544 wird die Annahme getroffen, dass die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts zu einer nachhaltigen Entwicklung beiträgt, indem es einen wirksamen Wettbewerb gewährleistet, der Innovationen anregt, die Qualität und die Auswahl an Produkten erhöht, eine effiziente Ressourcenallokation sicherstellt, die Produktionskosten senkt und damit zum Verbraucherwohl beiträgt. Die Studienvereinigung merkt dazu an, dass nach ihrem Verständnis diese Feststellung der Kommission der Beachtung der Besonderheiten von Nachhaltigkeitsvereinbarungen nicht entgegensteht.

Zu Rn. 545 und Rn. 546

Rn. 546 scheint den Anwendungsbereich der zulässigen Nachhaltigkeitsvereinbarungen in diesem Zusammenhang einzuschränken. Wenn die Leitlinien ausführen, dass Vereinbarungen, die auf ein Marktversagen abzielen, das bereits durch eine geeignete, verbindliche Vorschrift behoben werden soll, nicht freigestellt sind, ist der Studienvereinigung das Konzept hinter dieser Darlegung nicht uneingeschränkt klar. Gesetzliche Regelungen geben oft nur einen Rahmen vor. Es kann in diesen Fällen durchaus effizienter sein, dass Unternehmen diese Vorgaben als Kooperationen ausführen. Eine konkretere Erläuterung, unter welchen Umständen Kooperationen bei gleichzeitiger verbindlicher Vorschrift als nicht erforderlich eingestuft werden, wäre daher zu begrüßen. In diesem Zusammenhang sollte auch der Begriff des Marktversagens definiert, sowie Anhaltspunkte gegeben werden, unter welchen Umständen die angesprochenen gesetzlichen Verpflichtungen ein Marktversagen nicht ausreichend bekämpfen (bspw. welcher Preis angemessen hoch wären, welcher Zeitraum relevant ist, etc.).

Zu Rn. 547

Es ist zu begrüßen, dass die Kommission in Rn. 547 ein weites Verständnis der Nachhaltigkeitsvereinbarungen gewählt hat. Problematisch ist jedoch, dass für die einzelnen Arten der Zusammenarbeit pauschal auf die vorherigen Kapitel verwiesen und nicht auf potenzielle Abwägungs- und Abgrenzungsfragen eingegangen wird. Durch die gewählte Formulierung wird nicht klar, unter welchen Umständen eine Vereinbarung nur nach diesem Kapitel 9 der Horizontal-Leitlinien zu beurteilen ist, oder doch nach einem der vorherigen: Gilt hier das Überwiegensprinzip oder wird jede Vereinbarung, die auch die Kriterien der vorherigen Kapitel erfüllt, primär nach diesen behandelt (wenn Letzteres zutrifft, in welcher Form würde dann der Nachhaltigkeitsaspekt eine zusätzliche Rolle in der Beurteilung der Vereinbarung spielen)? Hier würde die Studienvereinigung eine ausdrückliche Regelung in den Leitlinien begrüßen.

Zu Rn. 548

In Rn. 548 wird festgelegt, dass wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen nicht allein deshalb von dem Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV ausgenommen werden, weil sie für die Verfolgung eines Nachhaltigkeitsziels erforderlich sind. Gleichzeitig wird in den Fußnoten auf Rechtsprechung verwiesen, in der der EuGH ausspricht, dass Vereinbarungen nicht in den Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV fallen, wenn die wettbewerbswidrigen Beschränkungen mit der Verfolgung eines legitimen Ziels verbunden oder dafür erforderlich sind. In den niederländischen Nachhaltigkeitsleitlinien schließt die niederländische Behörde für Verbraucher und Märkte („ACM“) die Anwendung dieser Rechtsprechung auch auf Nachhaltigkeitsvereinbarungen nicht aus, hält die Doktrin in diesem Punkt jedoch für

noch nicht hinreichend geklärt. Fraglich ist demzufolge, in welchem Verhältnis diese zwei Aussagen zueinanderstehen.

Zu Abschnitt 9.2. Nachhaltigkeitsvereinbarungen, die keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken aufwerfen

Zu Rn. 551

In Rn. 551 ff des Nachhaltigkeitskapitels zeigt die Kommission anhand von Beispielen auf, welche Nachhaltigkeitsvereinbarungen jedenfalls keine Auswirkungen auf den Wettbewerb haben sollen und daher keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken aufwerfen. Die Studienvereinigung würde die Nennung weiterer Beispiele aus der Praxis begrüßen. An dieser Stelle kann auch auf die betreffenden niederländischen Leitlinien verwiesen werden (z.B. unverbindliche Vereinbarungen, die einen Anreize schaffen, einen positiven Beitrag zu einem Nachhaltigkeitsziel zu leisten; Vereinbarungen, die auf eine Verbesserung der Produktqualität abzielen ohne Preis und Produktvielfalt zu verändern; Initiativen, bei denen durch Innovation neue Produkte oder Märkte geschaffen werden; etc.)¹³

Zu Rn. 552

Hinsichtlich der unternehmensinternen Verhaltensregeln könnte man außerdem hinterfragen, ob hier ein kollektives Vorgehen von mehreren Unternehmen zulässig wäre, wenn dieses zu einer branchenweiten Preiserhöhung aufgrund der gestiegenen Kosten führt. Auch in diesem Fall könnte eine präzisere Abgrenzung des Begriffs Nachhaltigkeit unter Umständen hilfreich sein. Dasselbe gilt – wie oben genannt – auch für Abgrenzungsfragen in Zusammenhang mit Arbeitsbedingungen und fairem Handel.

Zu Rn. 553

Wenn die Leitlinien in Rn. 553 Informationsdatenbanken über Anbieter und Lieferketten nennen, ist dies positiv hervorzuheben. Mit der steigenden Tendenz der Unternehmen, die Einhaltung entlang der gesamten Wertschöpfungskette sicherzustellen und im Zusammenhang mit der neu vorgeschlagenen EU-Richtlinie über Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit¹⁴, wird diese Art von Vereinbarung in Zukunft jedenfalls eine wichtige Rolle spielen. Es kann jedoch in Frage gestellt werden, ob nicht ein Unerlässlichkeitstest sinnvoll wäre, der sicherstellt, dass nur die nötigsten Informationen in Datenbanken weitergegeben werden. Ungewiss ist darüber hinaus, inwieweit hierbei die Vorgaben des Kapitels 6 (Informationsaustausch) zu beachten sind.

¹³ S. Rn. 23 ff ACM Guidelines, Sustainability agreements.

¹⁴ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937, COM(2022) 71 final.

Rn. 554

Betreffend Awareness-Campaigns teilt die Studienvereinigung zwar den Ansatz, diese schon per se als nicht wettbewerbsbeschränkend zu betrachten. Allerdings kann hier die Abgrenzung zu gemeinsamen Werbemaßnahmen (für die dies laut Leitlinien nicht gelten soll) schwierig sein. Es wäre daher der Klarheit förderlich, wenn die Leitlinien entsprechende Abgrenzungskriterien (zumindest beispielsweise) angeben würden.

Zu Abschnitt 9.3. Kartellrechtliche Würdigung von Nachhaltigkeitsvereinbarungen nach Artikel 101 Absatz 1

Zu Abschnitt 9.3.1. Grundlagen

Zu Rn. 556

Für die Forschungs- und Entwicklungszusammenarbeit zwischen Wettbewerbern verweist Rn. 556 auf das Kapitel 2 der Leitlinien.

Zur Frage des relevanten Marktes enthält Kapitel 2 in Rn. 64 und 65 im Wesentlichen einen Verweis auf die Bekanntmachung zur Definition des relevanten Marktes. Gerade bei der Zusammenarbeit zur Entwicklung nachhaltigerer Produkte ist die Marktdefinition und insbesondere die Frage, ob und wann nachhaltigere Produkte einen eigenen Markt darstellen, komplex, z.B. stellt sich bei der Nachfragesubstituierbarkeit die Frage, inwieweit hier ein bloßes Abstellen auf kleine, bleibende Erhöhungen der relativen Preise ein angemessenes Kriterium bilden.¹⁵ Es wäre daher mehr als wünschenswert, dass die Kommission in Kapitel 2 – oder im Rahmen der Überarbeitung der Bekanntmachung zur Frage der Marktdefinition – betreffend des Produkt- und Technologiemarktes in Bezug auf angemessene Kriterien im Rahmen der Einführung nachhaltiger(er) Produkte und Technologien ergänzende Ausführungen macht; dies auch vor dem Hintergrund, dass die Anwendung der Regelungen der F&E GVO von Marktanteilsschwellen abhängt. Gleiches gilt auch für die Frage, wann ein nachhaltiges Produkt «neu» i.S.d. Leitlinien ist. Rn. 85 schweigt dazu, was umso bedauerlicher ist, da gerade hier – so Rn. 88 – davon auszugehen sein wird, dass Wettbewerbsbeschränkungen wenig wahrscheinlich sind.

Rn. 82 stellt darauf ab, dass beim Ersatz bestehender Produkte oder Technologien Kooperation zu einer Verlangsamung der Entwicklung oder Markteinführung führen können, und zwar insbesondere dann, wenn die Beteiligten Marktmacht haben. Die Studienvereinigung sieht den Innovationswettbewerb als wichtiges Element einer Transformation der Wirtschaft auf dem Weg zu nachhaltigeren Produkten und Technologien. Gleichwohl sollte aber

¹⁵ S. nur Inderst/Riehl/Thomas Sustainability Agreements and Social Norms September 2021; Inderst/Thomas, The Scope and Limitations of Incorporating Externalities in Competition Analysis within a consumer Welfare Approach, July 2021.

auch in Rn. 82 ein positives Beispiel festgehalten werden, denn die Forschungsk Kooperation zum Ersatz nicht nachhaltiger Produkte kann auch beschleunigende Effekte bei der Markteinführung haben. Insbesondere dann, wenn zu tätige Investitionen sehr hoch sind und komplexe Produktionsprozesse in der gesamten Wertschöpfungskette, wie beispielsweise die Umstellung der Produktionskette für eine Chemikalie auf eine nachhaltig produzierte Alternative, umzustellen sind, kann eine Kooperation marktmächtiger Unternehmen der entscheidende Schritt zu einer raschen Einführung nachhaltigerer Produkte sein.¹⁶ Beispielsweise stellen sich beim Recycling von Plastik große Herausforderungen, da sowohl Farbe als auch Verunreinigungen während der Produktion oder später durch Gebrauch (Inhalt und Migration) und damit eine Vermengung von Plastikabfällen unterschiedlicher Produkte, etwa Plastikverpackungen für Arzneimittel bzw. Haushaltsreiniger oder Lebensmittelverpackungen, Recycling verhindern oder erschweren kann. Hier können bestimmte nachhaltige Innovationen gerade durch eine Kooperation Beteiligter, die über Marktmacht verfügen, realisiert werden. Gleiches gilt im Übrigen für die Kooperation von großen Unternehmen mit kleinen oder potentiellen Wettbewerbern, die im Inbegriff stehen, Innovationen zu entwickeln. Eine Zusammenarbeit mit einem großen Wettbewerber kann der entscheidende Schritt sein, ein Produkt oder eine Innovation eines kleinen Unternehmens im großen Stil zu vermarkten und damit überhaupt erst wettbewerbsfähig zu machen.

Zu Rn. 557

Für den gemeinsamen Einkauf nachhaltiger Produkte wird in Rn. 557 auf Kapitel 5 verwiesen. Rn. 318 geht davon aus, dass im Unterschied zum gemeinsamen Einkauf ein Einkaufskartell bestehe, wenn ein Informationsaustausch über Lieferanten («sources of supply (both in terms of suppliers and territories)») stattfindet. Hier sollte klargestellt werden, dass nicht jeder «Informationsaustausch» über Lieferanten per se als Kartell zu sehen ist, insbesondere wenn kein gemeinsamer Einkauf stattfindet. Sowohl gesetzliche Vorgaben (Lieferkettengesetz in Deutschland, Richtlinien vorschlag zu Sorgfaltspflichten betreffend Umwelt und Menschenrechten auch in der Lieferkette) als auch nach Kenntnis der Studienvereinigung Unternehmenskunden erfordern zunehmend von ihren Lieferanten eine Offenlegung der Bezugsquelle und der gesamten Lieferkette, um eigene Nachhaltigkeitsziele und -initiativen umzusetzen. Dabei werden auch Datenbanken genutzt, die eine Rückverfolgung innerhalb der Lieferkette ermöglichen. Allerdings sind in komplexen Lieferketten die dabei beteiligten Unternehmen auf Einkaufsmärkten oftmals Wettbewerber. Die Kommission sollte klarstellen, dass es sich bei einer Offenlegung der Bezugsquelle im Rahmen der Erfüllung gesetzlicher Vorgaben um kein Einkaufskartell handelt. Die Kommission sollte auch

¹⁶ Vgl. beispielsweise den SPIRE Progress Monitoring Report 2018 zu Innovationen in der Ressourcen- und Energieeffizienz der Prozessindustrie im Rahmen des EU-Rahmenprogramms Horizon 2020.

klarstellen, dass es sich bei der Offenlegung der Bezugsquelle gegenüber einem Wettbewerber auf dem Einkaufsmarkt nicht automatisch um eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung bzw. ein Einkaufskartell handelt, wenn der Austausch einen legitimen geschäftlichen Zweck hat und auf Basis need-to-know im Rahmen der Umsetzung von kommunizierten Nachhaltigkeitsinitiativen erfolgt.¹⁷

Es wäre wünschenswert, dass die Kommission überdies explizit festhält, dass die Leitlinien nicht nur für klassische Einkaufsgemeinschaften gelten, sondern auch beispielsweise entsprechend in Konstellationen, in denen ein Unternehmen Konditionen für ein bestimmtes, zertifiziertes nachhaltiges Zwischenprodukt mit den Lieferanten dieses Zwischenprodukts verhandelt, die dann Lieferanten dieses Unternehmens, die das Zwischenprodukt benötigen, um Downstream Produkte für das Unternehmen herzustellen, zu diesen Konditionen von nach Nachhaltigkeitskriterien zertifizierten Lieferanten des Zwischenprodukts beziehen können. In solchen Konstellationen können sich Effizienzen ergeben, insbesondere wenn damit eine Umstellung eines solchen Zwischenprodukts auf nachhaltigere Produktion erreicht werden kann und über eine Bündelung der Nachfrage einerseits ein Anreiz bei den Lieferanten des Zwischenprodukts zur Produktion des nachhaltigen Zwischenprodukts geschaffen und andererseits über die Bündelung bessere Preise erzielt werden können; ohne dass dies eine klassische Einkaufsgemeinschaft im herkömmlichen Sinne darstellt.

Zu Abschnitt 9.3.2. Vereinbarungen zur Normung der Nachhaltigkeit

Zu Rn. 563 ff., 568

Die Studienvereinigung begrüßt es, dass die Kommission in den Rn. 563 ff. ausdrücklich die positiven Effekte von Standardisierungsvereinbarungen z.B. beim Ersatz weniger nachhaltiger Produkte und Umstellung von Produktionsprozessen anerkennt.

Zu Rn. 566

Soweit die Kommission in Rn. 566 festhält, dass sich bei Nachhaltigkeitsstandards Fragen der Interoperabilität und Kompatibilität nicht stellen, greift dies nach Ansicht der Studienvereinigung zu kurz. Beispielsweise kann die sog. Modulare Produktion, mit der auch Produktionsprozesse so gestaltet werden können, dass bestimmte Nachhaltigkeitsstandards wie z.B. weniger Verbrauch von Lösungsmitteln oder Energie, erfüllt werden, Fragen der Interoperabilität im Zusammenhang mit der Verbindung von Produktionsmodulen aufwerfen. Soweit beispielsweise Blockchain-Technologie genutzt wird, um einen digitalen Pro-

¹⁷ Vgl. die Äußerungen der Richterin des Europäischen Gerichts, *Suzanne Kingston*, die auf einer Tagung im Zusammenhang mit dem «Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937» kürzlich darauf hinwies, dass das Wettbewerbsrecht Unternehmen nicht für die Zusammenarbeit bestrafen soll, wenn das EU-Recht eine bestimmte Tätigkeit vorschreibt, vgl. Jeremy Fleming-Jones, GC Judge highlights competition snag in sustainability directive draft, PaRR Global.

dukt-Pass einzuführen, könnten sich ebenfalls Fragen der Interoperabilität stellen. Mit einem digitalen Produkt-Pass, der bestimmte Nachhaltigkeitsstandards eines Produkts über die gesamte Produktionskette dokumentiert, wie z.B. den Nicht-Gebrauch bestimmter Rohstoffe, kann beispielsweise die Recyclingfähigkeit von Produkten sichergestellt werden. Beim Recycling von Plastik ist die Materialzusammensetzung bzw. das Nichtvorhandensein bestimmter Rohstoffe Voraussetzung für das Recycling. In komplexen Produktionsketten könnte die Einhaltung von Nachhaltigkeitsstandards, die ein Recyceln ermöglichen, über digitale Lösungen sichergestellt werden, was aber eine Kompatibilität über verschiedene Industrien und Produktionsprozesse hinweg voraussetzt. Es wäre wünschenswert, wenn auch für diese Fälle safe harbour-Kriterien definiert würden.

Zu Rn. 572

Die Studienvereinigung begrüßt es, dass die Kommission in den Rn. 572 ff. soft safe harbour-Kriterien für bindende Nachhaltigkeitsstandards definiert

Soweit im zweiten Kriterium auf die freiwillige Teilnahme abgestellt wird, bleibt unklar, ob dies für beteiligte Unternehmen bedeutet, dass sich alle beteiligten Unternehmen auch freiwillig verpflichten können, keine Produkte unterhalb des vereinbarten Standards bzw. eines bestimmten nachhaltigen Minimalstandards zu verkaufen. Dies kann ein berechtigtes Anliegen sein, um einen Standard am Markt zu etablieren und ein Greenwashing zu verhindern, etwa wenn Unternehmen den bindenden Standard nur betreffend eines geringen Teils ihres Portfolios nutzen würden, um einen Werbeeffect zu erzielen, überwiegend aber weiter konventionelle, nicht nachhaltige oder wenig nachhaltige Produkte anbieten.

Insbesondere das vierte Kriterium betreffend Informationsaustausch ist enttäuschend kurz geraten und führt zu keiner Rechtssicherheit in diesem Bereich. Beispielsweise bleiben Fragen des Informationsaustauschs im Zusammenhang mit einer transparenten Lieferkette explizit ausgeklammert. Auch im Rahmen der Kooperation bei der Umstellung komplexer Produktionsketten, die die Zusammenarbeit mehrerer Wettbewerber und vertikal integrierter Unternehmen erfordern, wird z.B. die Offenlegung von Kosten nötig sein, um für verschiedene Technologien, die alle hohe Investments aller Beteiligten und eine komplette Umstellung der Produktion erfordern würden, den Return on Investment zu errechnen und hier wird es in der Praxis nicht immer möglich sein, durchweg externe Dritte im Rahmen eines Clean Teams einzusetzen, da diesen spezifisches Know-how fehlen wird. Es wäre wünschenswert, dass die Kommission hier weitere Ausführungen macht. Es wäre überdies wünschenswert, dass die Kommission hier mögliche Wettbewerbsbeschränkungen über Ver-

pflichtungszusagen löst und insbesondere analog der niederländischen Behörde, keine Bußen für einen Informationsaustausch verhängt, wenn Unternehmen im guten Glauben insgesamt der Guideline folgen.¹⁸

Das sechste Kriterium berücksichtigt nach Ansicht der Studienvereinigung nicht ausreichend, dass Nachhaltigkeitsstandards in Märkten, in denen Marktversagen besteht und externe Effekte nicht internalisiert werden, zu höheren Preisen oder reduzierter Auswahl führen. Damit dürfte trotz der soft safe harbour rule meist eine Prüfung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV nötig sein. In der Praxis wird gerade die Frage, ob es zu einem erheblichen Preisanstieg bzw. einer erheblichen Verringerung der Auswahl kommt, schwierig nachzuweisen sein. Es wäre wünschenswert, dass die Kommission hier den Vorschlag der ACM¹⁹ aufgreift, der bei gemeinsamen Standards oder Labeln grundsätzlich keine Bedenken sieht, solange diese transparent und diskriminierungsfrei sind und die Möglichkeit besteht, andere Standards zu vereinbaren oder außerhalb des Standards zu verkaufen. Die Tatsache, dass ein bestimmter Nachhaltigkeitsstandard zu höheren Preisen führt, beeinträchtigt den Wettbewerb gerade dann nicht, wenn parallel andere Standards möglich sind und Produkte und Services auch ohne den Standard verkauft werden können, was die Kommission selbst in Rn. 575 anerkennt und in Beispiel 2 (Rn. 618) ausdrücklich klarstellt. Soweit die Kommission bei «erheblichen» Preisanstieg bzw. Auswahlreduzierung eine Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung sieht, sollte sie definieren, was sie unter «erheblich» versteht. Die Studienvereinigung würde es begrüßen, wenn die Kommission hier klarstellt, dass auch qualitative Kriterien Anwendung finden können, da eine Quantifizierung der Erheblichkeit etwas mittels eines willingness-to-pay-Test erhebliche Schwierigkeiten mit sich bringt, insbesondere wenn der Nachhaltigkeitsstandard kein Endprodukt betrifft, sondern ein Zwischenprodukt in einer komplexen Produktionskette; dies vor dem Hintergrund, dass willingness-to-pay im B2B Bereich noch keine etablierte Marktpraxis ist und Unternehmen vor erhebliche Schwierigkeiten stellt.

Zu Abschnitt 9.4. Kartellrechtliche Würdigung von Nachhaltigkeitsvereinbarungen nach Artikel 101 Absatz 3

Zu Abschnitt 9.4.1 Effizienzgewinne

Zu Rn. 579

Die Studienvereinigung begrüßt die Klarstellung in Rn. 579, dass nicht nur quantitative, sondern auch qualitative Effizienzen wie etwa Produktverbesserungen berücksichtigungsfähig

¹⁸ Siehe Rn. 72 ACM Guidelines, Sustainability agreements: Vgl. zur Behinderung der Zusammenarbeit u.a. auch durch kartellrechtliche Vorgaben auch die Studie der Kommission aus dem März 2020 Study and portfolio review of the projects on industrial symbiosis in DG Research and Innovation: Findings and recommendations, 3.4. Barriers to implementing industrial symbiosis and 5.1 Conclusions

¹⁹ Siehe Rn. 24 ACM Guidelines, Sustainability agreements

sind. Während das 3. Fallbeispiel in Rn. 619 in Aussicht stellt, dass auch qualitative Effizienzvorteile, wie etwa ein Informationsgewinn für Verbraucher oder der gesundheitliche Nutzen von weniger fetthaltigen Fertigprodukten, für eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV ausreichen, deutet das Beispiel der Einsparung der Wasserkontamination in Rn. 579 aE an, dass auch bei qualitativen Effizienzgewinnen eine quantitative Näherung/Schätzung erforderlich sei. Eine solche Anforderung wäre aus Sicht der Studienvereinigung überschießend und für Unternehmen mit hohem Aufwand verbunden. Der Verweis auf die Empfehlung (EU) 2021/2279 der Kommission vom 15. Dezember 2021 lässt zudem offen, in welcher Form und Tiefe die Kommission eine Auseinandersetzung damit für angezeigt hält. Eine Klarstellung wäre wünschenswert, dass der Nachweis qualitativer Effizienzgewinne auch durch eine qualitative Substantiierung erfolgen kann.

Zu Abschnitt 9.4.2 Unerlässlichkeit

Zu Rn. 582

Die Aussage in Rn. 582, dass Kooperationen dann nicht erforderlich wären, wenn es eine Nachfrage nach nachhaltigen Produkten gibt, ist aus Sicht der Studienvereinigung im Rahmen der Anwendung der dritten Voraussetzung des Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht richtig und birgt das Risiko, Kooperationen im Nachhaltigkeitsbereich unnötig zu erschweren. Der Maßstab dafür, ob eine Vereinbarung unerlässlich im Sinne des Art. 101 Abs. 3 AEUV ist, ist nicht, ob auch ohne die Vereinbarung eine Nachfrage nach den betreffenden Produkten bestünde, sondern, «ob mehr Effizienzgewinne mit der Vereinbarung oder Beschränkung als ohne sie erzielt werden» (Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG, Rn. 74). Es erklärt sich nicht, und es ist auch kein rechtspolitischer Grund ersichtlich, warum im Rahmen von Nachhaltigkeitsvereinbarungen ein strengerer Maßstab angewandt werden sollte als allgemein bei der Prüfung von Art. 101 Abs. 3 AEUV. Im Gegenteil sollten Nachhaltigkeitsvereinbarungen gerade privilegiert werden. Praktisch würde dieser strengere Maßstab Kooperationen zur Erreichung von Nachhaltigkeitszielen (vorbehaltlich des Nachweises von Kosteneffizienzen) weitgehend unmöglich machen, denn irgendeine Nachfrage nach nachhaltigen Produkten besteht immer.

Der letzte Satz von Rn. 582 legt dann nahe, dass in einem solchen Fall eine Kooperation nur dann unerlässlich wäre, wenn sie Kosteneffizienzen erzielt. Damit bliebe unberücksichtigt, dass durch eine Kooperation Effizienzgewinne auch schneller oder qualitativ besser erreicht werden können. Solche Effizienzgewinne einer Kooperation wären nach Rn. 582 nicht berücksichtigungsfähig.

Die Studienvereinigung vermutet, dass eine derartige Einschränkung nicht von der Europäischen Kommission beabsichtigt ist. Dies zeigt auch das 5. Fallbeispiel der Kommission in Rn. 621. Aufgrund des Marktanteils von 65 % ist davon auszugehen, dass bereits vor Umsetzung der Initiative eine Nachfrage nach energieeffizienteren und wassersparenden

Waschmaschinen der Kategorien A-E besteht. Trotz der bestehenden Nachfrage geht die Kommission im Rahmen der wettbewerblichen Würdigung nicht vom Fehlen der Unerlässlichkeit aus und setzt sich damit in Widerspruch zu ihrer Aussage in Rn. 582. Es wird daher nahegelegt, Rn. 582 an den allgemeinen Prüfungsmaßstab für die Unerlässlichkeit anzupassen. Entscheidend sollte sein, ob durch die Kooperation Effizienzen entstehen, die ohne sie nicht entstünden.

Zu Rn. 583

Eine vergleichbare Problematik stellt sich bei Rn. 583. Die Aussage, dass Kooperationen in Fällen, in denen gesetzliche Verpflichtungen zur Einhaltung von Nachhaltigkeitszielen bestehen, nicht unerlässlich seien, erscheint nicht zutreffend und würde zu erheblicher Verunsicherung bei Unternehmen führen. Kooperationen, deren Gegenstand die Einhaltung gesetzlicher Vorgaben ist, dürften in aller Regel schon gar keine Wettbewerbsbeschränkung darstellen. So sehen es auch andere nationale Wettbewerbsbehörden wie beispielsweise das Bundeskartellamt.²⁰ Darüber hinaus sollte für die Prüfung der Unerlässlichkeit der Maßstab (entsprechend Rn. 74 der Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG) sein, ob durch die Kooperation Effizienzen erzielt werden, die ohne die Kooperation nicht eintreten würden. Auch hier deutet die Kommission dies im letzten Satz von Rn. 583 an, beschränkt berücksichtigungsfähige Effizienzen aber wieder auf Kosteneffizienzen und lässt damit eine schnellere oder qualitativ bessere Erzielung der Nachhaltigkeitsziele außer Betracht (wie in Rn. 582). Praktisch wird Rn. 583 zu erheblicher Verunsicherung führen, da Kooperationen zur Erzielung gesetzlich verpflichtender Nachhaltigkeitsziele den Nimbus der Unzulässigkeit haben und «nur» («only») bei Nachweis von Kosteneffizienzen zulässig sein sollen. Viele Kooperationen dürften sich aber im Anwendungsbereich der Rn. 583 abspielen, beispielsweise Kooperationen zur Umsetzung der Verpflichtungen nach dem deutschen Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz und zukünftiger europäischer und weiterer mitgliedstaatlicher Regelungen in diesem Bereich.

Die Konzeption sowohl von Rn. 582 und Rn. 583 ist aus Sicht der Studienvereinigung unglücklich. Sie führt zu Verunsicherung bei den rechtsanwendenden Unternehmen und geht ohne Not über den Maßstab in den Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG hinaus. Die Studienvereinigung stellt in Frage, ob Rn. 582 und 583 überhaupt erforderlich sind. Nach Einschätzung der Studienvereinigung können sie gestrichen werden. Jedenfalls sollten sie dergestalt angepasst werden, dass in diesen Fällen Kooperationen dann unerlässlich sind, wenn durch sie Effizienzen erzielt werden, die ohne die Kooperationen nicht erzielt würden. Zumindest sollte in Rn. 583 klargestellt werden, dass Kooperationen, die einer Übererfüllung gesetzlicher Anforderungen dienen, unerlässlich sein können.

²⁰ Vgl. Hintergrundpapier «Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften – Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis» vom 1. Oktober 2020, S. 7: «Die reine Befolgung staatlicher Vorgaben führt dabei regelmäßig nicht zu einem Konflikt mit dem Kartellrecht».

Zu Abschnitt 9.4.3 Weitergabe an die Verbraucher

Zu Rn. 590, 591

Die Studienvereinigung würde es begrüßen, wenn die Kommission in den Rn. 590/591 zur Klarstellung weitere Beispiele anführen könnte, die Effizienzen bei industriellen Abnehmern berücksichtigen. Konsument im Sinne der ökonomischen Konsumentenwohlfaht ist nicht nur der Endverbraucher eines Produkts, sondern generell jeder Abnehmer; so kann ein individual use value benefit auch bei einem Zwischenabnehmer entstehen, der einen effizienteren Produktionsprozess oder eine Produktion mit weniger Ressourcenverbrauch realisieren kann.

Zu Rn. 595

Gleiches gilt auch für Rn. 595 für den individual non-use value benefit. Auch Unternehmen, die sich zu ehrgeizigen Nachhaltigkeitszielen verpflichtet haben, können Gründe haben, aus Umweltgesichtspunkten bestimmte nachhaltige Produkte zu verwenden, auch weil dies von Ihren Anteilseignern, Investoren und/oder Kunden erwartet wird.

Zu Rn. 599, 600

Die Kommission fordert in Rn. 599/600 die Vorlage überzeugender Nachweise der Präferenzen der Verbraucher, die insbesondere durch einen repräsentativen willingness-to-pay Test erreicht werden können. Hier stellen sich für Unternehmen Herausforderungen bei der Anwendung des willingness to pay Tests, so dass es sich empfehlen würde, auch andere Standards und insbesondere qualitative Kriterien als ausreichend anzusehen.

Zu Rn. 601 ff.

Die Studienvereinigung begrüßt den Schritt, auch gesamtwirtschaftliche Vorteile (collective benefits) zu berücksichtigen (Rn. 601 ff.). Sie regt an, noch einen Schritt weiterzugehen und – ähnlich wie die niederländische Wettbewerbsbehörde in ihrem Leitlinienentwurf und der österreichische Gesetzgeber im neuen § 2 Abs. 1 KartG – jedenfalls für bestimmte Vereinbarungen auf das Erfordernis der Identität der von der Vereinbarung betroffenen Verbraucher und der von den Vorteilen profitierenden Verbraucher abzusehen. Dies wäre ein angemessener Schritt, um auch Vorteile, die außerhalb der EU eintreten, berücksichtigen zu können. Zudem wird es im Einzelfall schwer zu bewerten sein, ob Verbraucher in der EU von Nachhaltigkeitsvorteilen profitieren oder nicht. Man denke z.B. an eine Vereinbarung, die die Abholzung des Regenwalds eindämmt und dadurch positive Auswirkungen auf die CO₂-Bilanz und damit auf alle Konsumenten bestimmter Produkte in der EU hat. Ob solche Auswirkungen ausreichend für die Annahme eines gesamtwirtschaftlichen Vorteils im Sinne des Richtlinienentwurfs sind, ist unklar. Unklar ist auch, ob beispielsweise Einsparun-

gen, die nach dem Greenhouse Gas Protocol oder vergleichbaren anderen Standards berechnet werden, genügen. Der CO₂-Fußabdruck von Produkten wird unter Einbeziehung aller Scope 1, 2 und 3 Emissionen ohnehin nach gängigen Standards berechnet und es wäre eine praktische Erleichterung, wenn die Kommission klarstellen könnte, dass Effizienzen, die durch einen geringeren CO₂-Fußabdruck klar belegt werden können, ausreichend sein können, da eine globale Verringerung von CO₂-Emissionen allen Abnehmern zugutekommen²¹ und damit auch den Konsumenten bestimmter Produkte.

Die Studienvereinigung kritisiert außerdem die Einschränkung der Kommission in Rn. 605, dass gesamtwirtschaftliche Vorteile nur dann zum Tragen kommen, wenn die Marktabdeckung der Initiative ausreichend groß ist und möglichst viele Hersteller die Vereinbarung umsetzen. Das Erfordernis einer erheblichen Marktabdeckung führt dazu, dass lediglich Unternehmen mit großer Marktmacht Nachhaltigkeitsvereinbarungen mit gesamtwirtschaftlichen Vorteilen treffen können, die von der Freistellung profitieren. Wettbewerbsbeschränkende Initiativen kleinerer Unternehmen, die nicht unter die Soft Harbour-Schwelle aus Rn. 572 fallen, erhalten auf dieser Grundlage in der Regel keine Freistellung. Ein wettbewerbspolitischer Grund für diese Einschränkung ist nicht ersichtlich und birgt die Gefahr, die Innovationstätigkeit kleinerer Unternehmen zu bremsen. Diesen bleibt dann lediglich eine Rechtfertigung aufgrund ihres geringen Marktanteils, wobei aus Rn. 575 nicht hervorgeht, welche Schwelle hierfür gilt und ob sich auch eindeutig wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen auf ihre geringe Marktabdeckung berufen können (vgl. nur Beispiel 2, Rn. 618). Die Studienvereinigung sieht auch einen Wertungswiderspruch darin, dass an dieser Stelle gerade eine möglichst große Marktabdeckung ein Rechtfertigungselement darstellen soll.

* * *

Die Stellungnahme wurde durch eine Arbeitsgruppe der Studienvereinigung vorbereitet. Ihr gehörten die folgenden Mitglieder der Studienvereinigung an: Prof. Dr. Daniela Seeliger (Vorstand Studienvereinigung Kartellrecht, Koordination), Mag. Dr. Axel Reidlinger, LL.M. (Vorstand Studienvereinigung Kartellrecht), MMag. Dr. Astrid Ablasser-Neuhuber, Dr. Thomas Wessely, Dr. Daniela Drixler, Nina Seydel, Thomas Hellebrandt, Dr. Raoul Hoffer, LL.M., Dr. Susanne Wagner, Michael Baron und Dr. Johannes Hertfelder.

²¹ Siehe nur IPCC, Climate Change 2022, Sixth Assessment Report.