

Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht zum BWB-Entwurf „Leitlinien zur Anwendung von § 2 Abs 1 KartG auf Nachhaltigkeitskooperationen („Nachhaltigkeits-LL“)

Die Studienvereinigung Kartellrecht („**Studienvereinigung**“) bedankt sich bei der Bundeswettbewerbsbehörde („**BWB**“), eine Stellungnahme zum Entwurf „Leitlinien zur Anwendung von § 2 Abs 1 KartG auf Nachhaltigkeitskooperationen“ („**Entwurf**“) abgeben zu dürfen.

Für die Verfassung der vorliegenden Stellungnahme haben wir eine Arbeitsgruppe unter Leitung von Raoul Hoffer gebildet, der auch folgende AutorInnen angehörten: Astrid Ablasser-Neuhuber, Maria Dreher, Gerhard Fussenegger, Alexander Hiersche, Bernhard Kofler-Senoner, Heinrich Kühnert, Sebastian Reiter, Anna Sofia Reumann, Benno Siftar, Stefanie Syrch, Hanno Wollmann und Maha Zöhrer.

Unsere Stellungnahme wurde sodann mit allen österreichischen Mitgliedern abgestimmt.

Für eine weitere Erörterung unserer Vorschläge stehen wir der BWB gerne zur Verfügung.

Die Studienvereinigung folgt in ihrer Stellungnahme grundsätzlich der Gliederung des Entwurfs zu den Nachhaltigkeits-LL.

Einleitung

I. Konsistenz mit dem Entwurf Horizontal LL

(1) Hinsichtlich des in Rn 5 erwähnten Entwurfs der Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit ("**Entwurf Horizontal LL**")¹ besteht sicherlich noch die Herausforderung, die Konsistenz der Nachhaltigkeits-LL der BWB mit dem derzeit (voraussichtlich bis Ende 2022) in Überarbeitung befindlichen Entwurf Horizontal LL sicherzustellen und herauszuarbeiten, in welchem Umfang § 2 Abs 1 KartG über diesen "europäischen Rechtsbestand" hinausgeht.

II. Beispiele aus der Praxis

(2) Angesichts der Anmerkung des Gesetzgebers in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage² zur Relevanz von "*ersten praktischen Erfahrungen*" regt die Studienvereinigung - wie schon in der Stellungnahme zum Entwurf Horizontal LL - an, die Nachhaltigkeits-LL um weitere derartige erste praktische Erfahrungen der BWB, die sich in der *Praxis* als *nützlich* und effizient erwiesen haben, zu ergänzen. Sofern bis dato keine (relevanten) praktischen Erfahrungen gemacht wurden (dies

¹ Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission – Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (2022), insbesondere Abschnitt 9, Nachhaltigkeitsvereinbarungen.

² ErläutRV 951 BlgNR 27. GP 10., S. 10: "*Eine Präzisierung, etwa durch Leitlinien der Bundeswettbewerbsbehörde in Konsultation mit dem Bundesministerium für Klimaschutz kann für die nähere Ausgestaltung hilfreich sein, dies wird aber erst nach den ersten praktischen Erfahrungen sinnvoll möglich sein.*"

hängt ja weniger von der BWB, sondern mehr von den Unternehmen ab), würde ein Hinweis entsprechende Transparenz schaffen.

III. Ziele der Nachhaltigkeits-LL

- (3) In Rn 13 führen die Nachhaltigkeits-LL aus, dass Nachhaltigkeitskooperationen nicht bloß zur Vereinfachung der Erreichung von nationalen und europaweiten Nachhaltigkeits- bzw Umweltstandards, welche bereits zwingend regulatorisch vorgegeben und von Unternehmen bereits aus diesem Grund zu erfüllen sind, dienen sollen (auch sog Mitnahmeeffekte in Rn 70). In diesem Zusammenhang stellt sich jedoch die Frage, ob die Erreichung regulatorischer Ziele nicht bereits als Effizienzgewinne ausreichen sollten (vgl auch Pariser Klimaziele). Es soll sich jedoch nicht um Mitnahmeeffekte handeln, wenn die Unternehmen schlüssig darlegen, dass sich die gesetzlichen Anforderungen nicht ohne Kooperation erfüllen lassen, sie durch die Kooperation einen erheblichen *First Mover Disadvantage* im Zusammenhang mit Trittbrettfahrer-Verhalten überwinden können oder positive Spillover-Effekte auf unbeteiligte Unternehmen auslösen.³ Die Studienvereinigung regt daher an, dass die BWB diese Ausführungen noch weiter konkretisiert.
- (4) Ferner gehen die Nachhaltigkeits-LL in Rn 13 vom Vorliegen eines Marktversagens aus, wenn keine entsprechenden Regulierungen vorliegen und in einem Markt keine Innovationen in Bezug auf ökologische Nachhaltigkeit bzw Klimaschutz getätigt werden. Diese Formulierung impliziert, dass der Gesetzgeber für das Marktversagen verantwortlich gemacht wird. Dies erscheint aus wettbewerbsrechtlicher Sicht problematisch.
- (5) In diesem Zusammenhang könnten auch mögliche weitere Ursachen des Marktversagens erörtert sowie Anhaltspunkte dafür gegeben werden, unter welchen Umständen die bestehenden gesetzlichen Verpflichtungen ein Marktversagen nicht ausreichend beseitigen.⁴ Dabei könnte auf Pkt. 3.2.1.1 der aktuellen Leitlinien der Europäischen Kommission („EK“) für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen ("**Umweltschutzbeihilfen-LL**")⁵ verwiesen werden, der konkret auf die Arten von Marktversagen verweist, die insb. im Hinblick auf Umweltziele ein optimales Ergebnis verhindern und zu ineffizienten Ergebnissen führen.⁶

IV. Rechtsqualität der Nachhaltigkeits-LL

- (6) Hinsichtlich der Rechtsqualität der Nachhaltigkeits-LL findet sich soweit ersichtlich in Rn 18 lediglich der Hinweis "- ohne rechtlich verbindlich zu sein -". Im Interesse der Transparenz und zur Erhöhung der Rechtssicherheit für betroffene Unternehmen erscheint es angebracht, klarzustellen, dass die Nachhaltigkeits-LL zwar nicht dritte Behörden und Gerichte binden (etwa das Kartellgericht), jedoch die BWB, in Anlehnung an "*Soft Law*" der EK, von einer (zumindest gewissen)

³ Siehe Nachhaltigkeits-LL Rn 70.

⁴ Nachhaltigkeits-LL Rn 13.

⁵ Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission – Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022, Abl C 80/1.

⁶ Umweltschutzbeihilfen-LL, Rn 34 ff; Weitere nützliche Ausführung zum Marktversagen enthält das Hintergrundpapier des Arbeitskreises Kartellrecht, Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften – Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis, 10.

Selbstbindung ausgeht.⁷ Aufgrund der parallelen Antragsbefugnisse des Bundeskartellanwalts als zweite Amtspartei wäre zusätzlich eine Klarstellung hilfreich, dass der Inhalt der Nachhaltigkeits-LL auch mit dem Bundeskartellanwalt abgestimmt wurde.

- (7) In Rn 18 sollten darüber hinaus hinsichtlich der Zusammenarbeit zur Entwicklung und Verbesserung von Produkten auch Dienstleistungen ergänzt werden.

V. Freistellung von Kernbeschränkungen

- (8) Für die Studienvereinigung nicht nachvollziehbar ist die in Rn 19 festgeschriebene und in Rn 40 wiederholte Aussage, wonach Kernbeschränkungen nicht für eine Freistellung infrage kämen. Zwar erwähnen die Erläuterungen zum KaWeRÄG 2021, dass bloße Preis- oder Gebietsabsprachen für eine Freistellung ausscheiden, auch wenn sie allenfalls durch Produktionsverminderung den Effekt positiver Nachhaltigkeitsmaßnahmen haben. Allerdings enthalten weder Art 101 AEUV noch § 1 KartG eine Einschränkung der Freistellungsfähigkeit von Kernbeschränkungen.⁸ Der Standpunkt wäre auch mit einer am Unionsrecht orientierten Auslegung des nationalen Rechts⁹ unvereinbar.¹⁰ Nach der Rechtsprechung ist eine Freistellung von Kernbeschränkungen und bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen nach Art 101 Abs 3 AEUV bzw § 2 KartG möglich.¹¹ Traditionell wird es zwar als weniger wahrscheinlich erachtet, dass Vereinbarungen, die derartige Wettbewerbsbeschränkungen enthalten, alle Voraussetzungen für eine Freistellung erfüllen.¹² Erste Erfahrungen deuten jedoch darauf hin, dass Nachhaltigkeitsinitiativen (zumindest übergangsweise) kartellrechtskonform sein können, obwohl sie Elemente enthalten, die andernorts unter Umständen als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen angesehen würden.¹³
- (9) Tatsächlich wird in vielen Fällen davon auszugehen sein, dass nachhaltigere Formen der Erzeugung zu höheren Kosten führen. Können diese Kosten unter keinen Umständen – allenfalls auch akkordiert – an Verbraucher weitergegeben werden, könnte dies der Umsetzung von – im Sinne des Nachhaltigkeitsgedankens – effizienzsteigernden Vereinbarungen im Wege stehen.¹⁴

⁷ Vgl EuG, T-446/05 vom 28.4.2010, Rz 137: "Darüber hinaus hat die Kommission [...] die Bekanntmachung über die Marktdefinition veröffentlicht [...]. Insoweit hat die Kommission dadurch, dass sie derartige Verhaltensnormen erlassen und durch ihre Veröffentlichung angekündigt hat, dass sie diese künftig auf die von diesen Normen erfassten Fälle anwenden werde, selbst die Ausübung ihres Ermessens beschränkt und kann nicht von diesen Normen abweichen, ohne dass ein solches Verhalten gegebenenfalls wegen Verstoßes gegen allgemeine Rechtsgrundsätze wie die Gleichbehandlung und den Vertrauensschutz geahndet würde."

⁸ EuGH 13.10.2011, C-439/09, *Pierre Fabre*, ECLI:EU:C:2011:649, Rn 32.

⁹ OGH als KOG 26.6.2006, 16 Ok 51/05, *Asphaltmischanlage II*.

¹⁰ Vgl EuG 15.07.1994, T-17/93, *Matra Hachette*, ECLI:EU:T:1994:89, Rn 85.

¹¹ EuGH 13.10.2011, C-439/09, *Pierre Fabre*, ECLI:EU:C:2011:649, Rn 57; EuG 15.7.1994, T-17/93, *Matra Hachette*, ECLI:EU:T:1994:89, Rn 85.

¹² Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Abs 3 EGV, ABI C 101/97, Rn 46.

¹³ Etwa branchenweite Festsetzungen von Einkaufspreisaufschlägen für nachhaltig produzierte Lebensmittel, vgl Bundeskartellamt 8.3.2022, B2-72/14 *Initiative Tierwohl*.

¹⁴ Zu Beispielen für die akkordierte Anpassung von Kostenbestandteilen und ihrer offenen Bewertung s etwa *Engelsing/Jakobs*, Nachhaltigkeit und Wettbewerb, WuW 2019, 16.

- (10) Auch auf legislativer Ebene wird für Nachhaltigkeitsvereinbarungen teils ein großzügigerer Standard angelegt. So soll etwa Art 210a der Verordnung über eine gemeinsame Marktorganisation für landwirtschaftliche Erzeugnisse ("**GMO**")¹⁵ ua der Stärkung der Verhandlungsposition der Erzeuger dienen¹⁶ und enthält anders als die bereits zuvor geltenden Agrarausnahmen¹⁷ kein Preisbindungsverbot. Unklar ist jedoch, inwieweit nach Auffassung der BWB die Förderung von Nachhaltigkeit bei der Produktion von Nahrungsmitteln tatsächlich unter den neugeschaffenen Ausnahmetatbestand fällt. In diesem Zusammenhang empfiehlt die Studienvereinigung, den neuen Art. 210a GMO direkt in den Leitlinien zu erwähnen.¹⁸ Diese neue Vorschrift erweitert den Spielraum für Nachhaltigkeitsinitiativen zwischen landwirtschaftlichen Erzeugern und entlang der gesamten Lieferkette deutlich. Das zeigt etwa die deutsche Initiative QM-Milch e.V., bei der das Bundeskartellamt von seinem Aufgreifermessen auch wegen der Regelung des Art. 210a GMO keinen Gebrauch gemacht hat.¹⁹

Abschnitt 1 - Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen

VI. Anwendungsbereich

- (11) Die Nachhaltigkeits-LL legen in Rn 23 Grundvoraussetzungen fest, bei deren Erfüllung Unternehmen die Nachhaltigkeitsausnahme prüfen sollen. Dabei wird unter anderem die Ausrichtung auf die Verwirklichung eines ökologischen Nachhaltigkeitsziels als Voraussetzung genannt und vorausgesetzt, dass die Kooperation über die entstehenden Effizienzgewinne hinaus, einen Beitrag zu den Nachhaltigkeitszielen leistet. Die Studienvereinigung regt an, in den Nachhaltigkeits-LL klarzustellen, welche „Effizienzgewinne“ von dieser Formulierung umfasst sind.
- (12) Ferner betont der Entwurf der Nachhaltigkeits-LL in den Rn 23 und 24 (sowie an auch an anderen Stellen), dass eine Berufung auf die Nachhaltigkeitsausnahme nach § 2 Abs 1 letzter Satz KartG nur dann in Betracht kommen soll, wenn das europäische Wettbewerbsrecht mangels Erfüllung des Zwischenstaatlichkeitskriteriums nicht zur Anwendung gelangt. Dieser Hinweis greift nach Auffassung der Studienvereinigung zu kurz. Einerseits findet sich diesbezüglich kein Hinweis im Gesetzestext. Andererseits kann insbesondere das europäische Wettbewerbsrecht auch dann unanwendbar sein, wenn die beteiligten Unternehmen mit der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ("**DAWI**") betraut sind, sodass die Ausnahmeregelung

¹⁵ Verordnung (EU) Nr. 1308/2013 über eine gemeinsame Marktorganisation für landwirtschaftliche Erzeugnisse idgF.

¹⁶ Verordnung (EU) 2021/2117 zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 1308/2013 über eine gemeinsame Marktorganisation für landwirtschaftliche Erzeugnisse, ErwGr 52.

¹⁷ Art 209 GMO, § 2 Abs 2 Z 5 KartG.

¹⁸ Art 210a Abs 2 GMO: "*Artikel 101 Absatz 1 AEUV findet keine Anwendung auf Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Erzeugern landwirtschaftlicher Erzeugnisse, die sich auf die Erzeugung landwirtschaftlicher Erzeugnisse oder den Handel damit beziehen und darauf abzielen, einen höheren Nachhaltigkeitsstandard anzuwenden, als er durch das Unionsrecht oder nationales Recht vorgeschrieben ist, vorausgesetzt, mit diesen Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen werden lediglich Wettbewerbsbeschränkungen auferlegt, die für das Erreichen dieses Standards unerlässlich sind.*"

¹⁹ Vgl.

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2022/29_03_2022_Milch_Nachhaltigkeit.html [zuletzt abgerufen am 15.06.2022].

des Art 106 Abs. 2 AEUV zum Tragen kommt. Ein konkretes Beispiel dafür könnte das Einwegpfandsystem für Getränkeverpackungen sein, welches in naher Zukunft gemäß § 14c AWG in Österreich eingerichtet werden soll. Die Studienvereinigung regt an, in den Nachhaltigkeits-LL klarzustellen, dass in solchen Fällen ebenfalls eine Berufung auf die Nachhaltigkeitsausnahme ohne Verstoß gegen den Vorrang des Unionsrechts möglich ist.

- (13) In Rn 26 stellen die Nachhaltigkeits-LL fest, dass das Heranziehen der Nachhaltigkeitsausnahme nicht erforderlich ist, wenn einen Nachhaltigkeitskooperation einen pro-kompetitiven Hintergrund hat. Was unter dem Begriff „pro-kompetitiver Hintergrund“ zu verstehen ist, wird in den Nachhaltigkeits-LL jedoch nicht näher konkretisiert. Die Studienvereinigung bitte daher um Klarstellung (bspw legitimer Hauptzweck).

VII. *Begriffsbestimmungen*

- (14) Nachhaltigkeit wird in den Nachhaltigkeits-LL in Anlehnung an die – überwiegend andere als kartellrechtliche Regelungsbereiche betreffende – Verordnung über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen („**Taxonomie-VO**“)²⁰ definiert. Die Definition ist vergleichsweise eng. Wir verstehen die Ausführung in Rn 27 ff jedoch so, dass es sich bei sechs ausdrücklich genannten Nachhaltigkeitszielen nur um eine beispielhafte Aufzählung handelt (arg "insbesondere"). Es wäre – wie schon oben angeregt – sinnvoll, dies in den Nachhaltigkeits-LL explizit klarzustellen.

- (15) Die Studienvereinigung regt außerdem an, zur Beleuchtung der in der Nachhaltigkeitsausnahme enthaltenen unbestimmten Gesetzesbegriffe zudem die Umweltschutzbeihilfen-LL nutzbar zu machen. Das liegt auch deswegen nahe, weil die Umweltschutzbeihilfen-LL selbst – namentlich im Zusammenhang mit der Abwägung der positiven Auswirkungen der Beihilfe gegen die negativen Auswirkungen auf Wettbewerb und Handel²¹ – auf die Taxonomie-VO verweisen.

VIII. *Berücksichtigung vertikaler Vereinbarungen*

- (16) Der Entwurf der Nachhaltigkeits-LL hält in Rn 37 grundsätzlich fest, dass der Begriff "unternehmerische Kooperationen" sowohl horizontale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern als auch "(vertikale) Vereinbarungen zwischen Käufern und Zulieferern" umfasst. Gleichzeitig werden aus Sicht der Studienvereinigung vertikale Vereinbarungen an anderen relevanten Stellen der Nachhaltigkeits-LL jedoch nicht klar genug berücksichtigt. Dies betrifft etwa Rn 23 (Grundvoraussetzungen für zu rechtfertigende Kooperation), worin nicht zwischen Kooperationen zwischen Wettbewerbern und Nicht-Wettbewerbern unterschieden, sondern festgehalten wird, dass eine Nachhaltigkeitsausnahme (lediglich) dann zu prüfen sei, wenn die betreffende Kooperation zwischen aktuellen oder potenziellen *Wettbewerbern* zustande kommt. Entsprechend verweisen die Leitlinien in Rn 5 auch nur auf die von der EK erlassenen "horizontalen GVOs" sowie die Horizontal LL.

²⁰ VO (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.

²¹ Umweltschutzbeihilfen-LL Rn 71 f.

- (17) Die Studienvereinigung verkennt zwar nicht, dass der Schwerpunkt der neuen Nachhaltigkeitsbestimmung des § 2 Abs 1 KartG auf horizontale Fallgestaltungen abzielt. Die Effizienz Ausnahme des § 2 Abs 1 KartG bezieht sich jedoch grundsätzlich auch auf vertikale Wettbewerbsbeschränkungen. Legislative Bemühungen um Nachhaltigkeitspflichten von Unternehmen entlang der Lieferketten,²² für eine stärkere Kreislaufwirtschaft,²³ oder für vertriebsstufenübergreifende Branchenlösungen, die zu einer Erhöhung von Nachhaltigkeits- oder Tierwohlstandards führen,²⁴ zeigen die (mutmaßlich wachsende) Bedeutung von Nachhaltigkeit im Bereich vertikaler Vereinbarungen sehr deutlich.
- (18) Deshalb regt die Studienvereinigung an, in den Nachhaltigkeits-LL noch deutlicher zum Ausdruck zu bringen, dass auch vertikale bzw hybride Konstellationen (z.B. Dualvertrieb) von den Nachhaltigkeits-LL umfasst sind. Darüber hinaus wird angeregt, auch entsprechende Fallkonstellationen in die Nachhaltigkeits-LL aufzunehmen – dies (wie auch hinsichtlich horizontaler Kooperationen) mit dem Anspruch, möglichst klar herauszuarbeiten, welche nach den Grundsätzen des europäischen Kartellrechts verbotenen oder kritischen vertikale Vereinbarungen von der Nachhaltigkeitsausnahme abgedeckt wären. Speziell in Rn 5 sollte entsprechend auch auf die Vertikal-Leitlinien 2022 der EK verwiesen werden.²⁵ Die dort angeführten Praxisbeispiele könnten entsprechend übernommen werden.²⁶

Abschnitt 2 - Grundsätzliches zur kartellrechtlichen Beurteilung von Unternehmenskooperationen

IX. Allgemeine Anmerkung

- (19) Im Sinne der Transparenz für die Rechtsanwender ist zu begrüßen, dass die BWB den Ausführungen zu § 2 Abs 1 KartG eine Zusammenfassung der Grundsätze für die kartellrechtliche Beurteilung von Unternehmenskooperationen (Kapitel 2 des Entwurfs) sowie zum Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung (Kapitel 3 und 4) voranstellt.

X. Beschränkungen außerhalb des Kartellrechts

- (20) Die Nachhaltigkeits-LL wiederholen in Rn 40, dass *Nachhaltigkeitskooperationen, die Kernbeschränkungen, also etwa bloße Preis- oder Gebietsabsprachen, beinhalten, verboten* sind und daher nicht in den Anwendungsbereich der Nachhaltigkeitsausnahme fallen können. Diesbezüglich ist auf die Ausführungen in Rn 7 ff der Stellungnahme zu verweisen.
- (21) Ferner erlaubt sich die Studienvereinigung in diesem Zusammenhang den Verweis auf die Nachhaltigkeitsleitlinien der niederländische *Authority for Consumers &*

²² Vgl den Vorschlag für eine Richtlinie über Nachhaltigkeitspflichten von Unternehmen, COM/2022/71 final.

²³ Vgl das sog Kreislaufwirtschafts-Paket der Europäischen Union.

²⁴ Art 210a GMO sieht ausdrücklich Nachhaltigkeitsvereinbarungen im Vertikalverhältnis vor, auch, um Branchenlösungen zu ermöglichen.

²⁵ Vgl Europäische Kommission, Guidelines on vertical restraints vom 10.5.2022 („Vertikal-Leitlinien“).

²⁶ Vertikal-Leitlinien, Rn 144 und 316.

*Markets („ACM“)*²⁷, wonach im Falle veröffentlichter Nachhaltigkeitskooperationen, für deren Beurteilung die Parteien im guten Glauben den Leitlinien der Behörde folgten, während sich im Nachhinein herausstellt, dass die Kooperation nicht im Einklang mit dem Wettbewerbsgesetz steht, zwar Anpassungen erforderlich werden können, dass die Behörde aber von Geldbußen absehen wird. Vor diesem Hintergrund wird eine entsprechende Klarstellung auch für die österreichischen Leitlinien angeregt, wonach im guten Glauben umgesetzte Nachhaltigkeitsinitiativen in der Regel keinen Anwendungsbereich für Geldbußen darstellen.

- (22) Die Studienvereinigung Kartellrecht begrüßt den Hinweis in Rn 41, dass gewisse mit Vereinbarungen verbundene Beschränkungen nach der Nebenabreden-Doktrin oder der Immanenztheorie gänzlich vom Kartellverbot ausgenommen sein können. Es wäre begrüßenswert, wenn die BWB ihr Verständnis, unter welchen Voraussetzungen (Nachhaltigkeits-)Kooperationen nicht vom Kartellverbot erfasst sind, in den finalen Nachhaltigkeits-LL näher ausführen würde – allenfalls auch mit Blick auf Vereinbarungen, die andere Nachhaltigkeitsziele als jene, welche die Taxonomie-VO anführt, oder sonstige Gemeinwohlziele verfolgen.²⁸ Aus systematischen Gründen wäre darüber hinaus zu erwägen, den Verweis auf diese Rechtsprechung in Kapitel 3 zu ziehen.²⁹

Abschnitt 3 - Erlaubte Nachhaltigkeitskooperationen ohne Wettbewerbsbeschränkungen

XI. Ergänzung um zusätzliche Beispiele und praktische Erfahrungen

- (23) Die Bemühungen der BWB, ihren Zugang zur Prüfung von Nachhaltigkeitskooperationen in den Nachhaltigkeits-LL anschaulich und prägnant darzustellen, sind zu begrüßen.³⁰ Aus Sicht der Studienvereinigung ist vor allem auch die Konsistenz der Ausführungen in Kapitel 3 mit dem Entwurf Horizontal LL der EK positiv hervorzuheben.
- (24) Für zusätzliche Beispiele für den Wettbewerb regelmäßig nicht beeinträchtigende Vereinbarungen (Rn 48) könnte unter anderem auch auf die in Rn 23 ff der Leitlinien der ACM genannten Vereinbarungen zurückgegriffen werden, soweit diese noch nicht berücksichtigt sind. Insbesondere wäre die Nennung von Vereinbarungen, die zur Entstehung neuer Märkte führen und für diese notwendig sind,³¹ aus Sicht der Studienvereinigung zielführend.³²

²⁷ ACM, Guidelines on Sustainability Agreements, Second Draft (26.1.2021), <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/second-draft-version-guidelines-on-sustainability-agreements-opportunities-within-competition-law.pdf> (zuletzt abgerufen 20.06.2022) („**Leitlinien der ACM**“) Rn. 72.

²⁸ So räumt die ACM in ihren Leitlinien etwa auch Tierwohlaspekten Platz ein und dürfte es in diesem Feld reichlich praktische Anwendungsfälle geben (man denke beispielsweise an den niederländischen „*Chicken of Tomorrow*“-Fall [13.0195.66], die vom Bundeskartellamt im Rahmen seines Aufgreifermessenes geduldete Tierwohl-Initiative [B2-72/14] oder das ebenso vom Bundeskartellamt geprüfte QM +-Programm [B2-87/21]).

²⁹ Leitlinien der ACM, Rn 18. Ähnlich Hellenic Competition Commission, Draft Staff Discussion Paper on Sustainability Issues and Competition Law, Rn 55ff.

³⁰ Unter anderem die Praxisbeispiele in Anlehnung an die Sichtweise der EK, Rn 49 ff.

³¹ Leitlinien der ACM, Rn 26; Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EGV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABI Nr C 3/2001, Rn 187.

³² Diesbezüglich kann auch auf die Ausführungen im Entwurf Horizontal LL Rn 227 f verwiesen werden.

- (25) Hinsichtlich der Rn 49 angeführten abstrakten Beispiele weist die Studienvereinigung daraufhin, dass diese sehr weitgehend sein können. Die Studienvereinigung erlaubt sich auch, auf ihre Stellungnahme zu Rn 552 bis 554 des Entwurfs Horizontal LL zu verweisen. Die relevanten Auszüge der Stellungnahme werden als Anhang 1 beigelegt.
- (26) Im Hinblick auf den Hinweis in Rn 49 auf Standardisierungsvereinbarungen ist anzumerken, dass auf das Kriterium der nicht-exklusiven Ausgestaltung bzw. der Unverbindlichkeit verzichtet werden sollte. Während die Studienvereinigung anerkennt, dass die Teilnahme an der jeweiligen Standardisierung (sofern nicht ohnehin gesetzlich geboten) auf freiwilliger Basis erfolgen sollte, wird es dennoch für praktisch wichtig und sinnvoll erachtet, bei entsprechender Teilnahme einen Mindeststandard verbindlich bzw. exklusiv vereinbaren zu können – wobei es den Teilnehmern weiterhin unbenommen sein muss, einzeln höheren Standards zu folgen. Dies würde die praktische Wirksamkeit von Nachhaltigkeitsstandards deutlich erhöhen und auch Anreize zur Beteiligung schaffen, insbesondere wenn Unternehmen in entsprechende Standards investieren und nicht befürchten müssen, dass ihr Investment durch ein einseitiges Unterschreiten durch andere Teilnehmer entwertet wird. Auch wird durch verbindliche bzw. exklusive Mindeststandards das Risiko von „Greenwashing“ hintangehalten. Denn für Kunden/Verbraucher kann es in der Praxis schwierig erkennbar sein, wenn ein Unternehmen, das einem etablierten „grünen“ Label folgt und dies aktiv vermarktet, parallel nicht-nachhaltige Marken/Produkte führt, die den jeweiligen Anforderungen gerade nicht gerecht werden. Wie gesagt sollte es Teilnehmern aber freistehen, einseitig noch höhere Standards umzusetzen.

Abschnitt 4 - Wettbewerbsbeschränkende Nachhaltigkeitskooperationen

XII. Zusätzlicher Verweis auf den Entwurf Horizontal LL

- (27) Die Studienvereinigung begrüßt den Hinweis auf die Beurteilung anhand von EU-Gruppenfreistellungsverordnungen in Rn 51. Darüber hinaus wäre die Aufnahme eines Hinweises hilfreich, dass für die Beurteilung von Nachhaltigkeitsvereinbarungen, die in den Horizontal LL behandelten Kooperationsformen (wie FuE-, Produktions- und Einkaufsvereinbarungen) entsprechen, auf die entsprechenden Kapitel der Horizontal LL zurückgegriffen werden kann.³³ Auch wenn die Horizontal LL die österreichischen Behörden und Gerichte nicht binden,³⁴ stellen sie doch in der Praxis wichtige Anhaltspunkte für die Auslegung von Art 101 AEUV und § 1 KartG dar.

XIII. Ergänzungen zu Wettbewerbsbeschränkungen und Angleichung der Formulierung an Entwurf Horizontal LL

- (28) Die Ausführungen zum Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung in Rn 52f decken sich nach dem Verständnis der Studienvereinigung trotz leicht abweichenden Wortlauts mit Rn 559f im Entwurf Horizontal LL. Die Studienvereinigung würde jedoch die Übernahme der Formulierung begrüßen, dass Vereinbarungen, die *tatsächlich und nachweisbar* ein Nachhaltigkeitsziel verfolgen und nicht dazu dienen, eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung zu verschleiern, als bewirkte Wettbewerbsbeschränkung behandelt werden.³⁵ Der

³³ Entwurf Horizontal LL, Rn 556-558.

³⁴ EuGH 13.12.2012, C-226/11, *Expedia*, ECLI:EU:C:2012:795, Rn 31.

³⁵ Entwurf Horizontal LL, Rn 560, 570.

aktuelle Entwurf stellt demgegenüber in Rn 52 auf das "vorrangige" Ziel ab. Beide Formulierungen fassen die Rechtsprechung des EuGH zur Berücksichtigung des rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhangs zusammen.³⁶ Die Wortwahl aus dem Entwurf Horizontal LL erscheint dennoch etwas plastischer; ihre Übernahme wäre ferner auch im Sinne der Konsistenz zielführend. Bleibt die BWB bei der derzeitigen Formulierung „vorrangig“ würde die Studienvereinigung den Begriff „überwiegend“ als treffsicherer erachten.

(29) Hinsichtlich der Ausführungen in Rn 52 f ist auf die Ausführungen in Rn 7 ff der Stellungnahme zu verweisen. Ferner verwenden die Nachhaltigkeits-LL in Rn 53 die Formulierung „die Verfolgung eines Nachhaltigkeitsziels“. Passender wäre der Begriff „Erreichung“.

(30) Die Ausführungen zum Standard für die Beurteilung bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen in Rn 55 könnten außerdem noch um den Hinweis ergänzt werden, dass die Beurteilung im Wege eines Vergleichs mit dem Wettbewerb erfolgt, wie er ohne die fragliche Vereinbarung bestehen würde.³⁷

XIV. Ergänzung um weitere Kriterien für die Beurteilung (potenziell) negativer Auswirkungen

(31) Rn 56 führt als Kriterien für die Beurteilung (potenziell) negativer Auswirkungen die Marktabdeckung der Kooperation (ausgedrückt durch den Marktanteil der erfassten Produkte) und den verbleibenden Wettbewerb an. Sowohl in positiver als auch negativer Sicht können auch andere Faktoren eine Rolle spielen. Je nach Art der Nachhaltigkeitsvereinbarung können unter anderem die folgenden Gesichtspunkte relevant sein:

- Der Umfang der Kooperation (zB nur vorgelagerte Zusammenarbeit in FuE, Produktion, Einkauf etc, oder auch in der Vermarktung);
- Der Umfang eines mit der Vereinbarung einhergehenden Informationsaustauschs;
- Der aktuelle Status der FuE-Bemühungen der kooperierenden Partner bei FuE für Produktweiterentwicklungen bzw ihre Bedeutung für die Innovation bei FuE-Kooperationen betreffend FuE-Pole oder für einen neuen Markt schaffende Produkte;
- Der Grad der Vereinheitlichung der variablen Kosten bei Produktions- und Einkaufsvereinbarungen;
- Die Nachfragemacht der kooperierenden Partner und mögliche daraus resultierende Risiken für die Qualität oder Innovationen auf dem vorgelagerten Markt oder der Abschottung konkurrierende Einkäufer bei Einkaufsvereinbarungen;
- Die Transparenz des Normungsprozesses, der effektive und diskriminierungsfreie Zugang zu seinen Ergebnissen sowie der bindende oder

³⁶ Konkret die Urteile zur Beurteilung von multilateral interchange fees: EuGH 11.9.2014, C-67/13 P, *Cartes Bancaires*, ECLI:EU:C:2014:2204; EuGH 2.4.2020, C-228/18, *Budapest Bank*, ECLI:EU:C:2020:265.

³⁷ Vgl Entwurf Horizontal LL, Rn 36 und die dort zitierten Urteile: EuGH 30.1.2020, C-307/18, *Generics UK*, ECLI:EU:C:2020:52, Rn 118; EuGH 11.9.2014, C-382/12 P, *MasterCard*, ECLI:EU:C:2014:2201, Rn 166; EuG 12.12.2018, T-684/14, *Krka*, ECLI:EU:T:2018:918, Rn 318.

nicht-bindende Charakter der Norm bei Kooperationen zur Etablierung von Nachhaltigkeitsstandards;

- Dynamische Wettbewerbsfaktoren.

(32) Angesichts der Vielzahl an potenziell relevanten Faktoren sollte in Rn 56 klargestellt werden, dass es sich um eine nicht abschließende Aufzählung handelt. Ferner wäre, wie bereits angeführt, ein Verweis auf die Kapitel der Horizontalleitlinien zu den jeweils einschlägigen Kooperationsformen aus Sicht der Studienvereinigung hilfreich.

Abschnitt 5 – Rechtfertigung einer wettbewerbsbeschränkenden Nachhaltigkeitskooperation

XV. Allgemeine Anmerkungen und Konkretisierung der Rechtfertigungsmöglichkeiten

(33) Die Studienvereinigung ist der Auffassung, dass die Abweichung der Nachhaltigkeitsausnahme von Art 101 Abs 3 AEUV in den Nachhaltigkeits-LL überzeichnet wird.³⁸ Nach dem Verständnis der Studienvereinigung unterscheiden sich die Zugänge einzig in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal "*angemessene Verbraucherbeteiligung*".³⁹ Während die österreichische Nachhaltigkeitsausnahme auch Vorteile für die Allgemeinheit und zukünftige Generationen anerkennt, verlangt die EK, dass die "*Gesamtauswirkungen auf die Verbraucher in dem relevanten Markt zumindest neutral*" sein müssen.⁴⁰ Kollektive Verbrauchervorteile sollen nur berücksichtigt werden, "*sofern die von der Beschränkung betroffene und die von den Effizienzgewinnen begünstigte Gruppe von Verbrauchern im Wesentlichen dieselbe ist*" oder zumindest eine Überschneidung "*in erheblichem Maße*" zwischen den Verbrauchern auf dem betroffenen Markt und den Begünstigten außerhalb des betroffenen Marktes besteht.⁴¹ Damit würde nach derzeitigem Stand eine Freistellung ausscheiden, wenn eine Kooperation z.B. Umweltverschmutzungen in einem regionalen Markt A vermeidet, Preissteigerungen für Verbraucher aber in einem regionalen Markt B eintreten. Ob die EK mit dieser sehr restriktiven Handhabung des Freistellungstatbestands nach Art 101 Abs 3 AEUV das Unionsrecht korrekt anwendet, ist nicht entschieden und bedürfte einer Klärung durch den EuGH.⁴² Die Studienvereinigung nimmt die gesetzliche Bestimmung des § 2 Abs 1 letzter Satz KartG auch als eine Konkretisierung wahr, die durchaus im Einklang mit dem

³⁸ Dieser Zugang steht auch in auffallendem Kontrast zu den Aktivitäten anderer Wettbewerbsbehörden, die darum bemüht erscheinen, mit Blick auf Nachhaltigkeitskooperationen die Einzelfreistellungsmöglichkeit flexibler auszulegen als die EK in ihren Leitlinien zur Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV, ohne sich in offenen Widerspruch zum Unionsrecht zu setzen.

³⁹ Entwurf Horizontal LL, insbesondere Abschnitt 9, Nachhaltigkeitsvereinbarungen.

⁴⁰ Entwurf Horizontal LL Rn 588.

⁴¹ Entwurf Horizontal LL Rn 602 f.

⁴² Tatsächlich hat der EuGH bereits in der Rs *Mastercard* festgehalten, dass Vorteile, die (auch) in einem anderen als dem von der Beschränkung betroffenen Markt eintreten, im Rahmen der Anwendung der Einzelfreistellung des Art. 101 Abs. 3 AEUV berücksichtigt werden können (EuGH 11.9.2014, C-382/12 P, *Mastercard*, EU:C:2014:2201, Rz. 237). Ausgehend davon wird mitunter vertreten, dass es entgegen dem Standpunkt der EK nach der Entscheidungspraxis des EuGH bereits ausreichen mag, wenn die von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Abnehmer auch nur in einem geringem Umfang an den Vorteilen der Maßnahme partizipieren (vgl. *Gassler*, Sustainability, the Green Deal and Art 101 TFEU, JECL&P 2021, 430 (438 ff) und *Monti*, Four Options for a Greener Competition Law, JECL&P 2020, 124 (126 ff)).

Unionsrecht stehen kann.⁴³ Auch darauf könnte in den Nachhaltigkeits-LL hingewiesen werden.

- (34) Die Nachhaltigkeits-LL führen in Rn 60 aus, dass die Nachhaltigkeitsausnahme zur Rechtfertigung genutzt werden kann, wenn durch die Nachhaltigkeitskooperation Effizienzgewinne aus ökologischen Vorteilen entstehen. Die Studienvereinigung regt zur Klarstellung eine Ergänzung gemäß den Ausführungen in den erläuternden Bemerkungen an, dass diesbezüglich ein rein ökologischer, positiver Beitrag ausreicht.
- (35) Wenn die Nachhaltigkeits-LL in Rn 62 von Beschränkungen, die für die Verwirklichung der Effizienzgewinnen nicht notwendig sind, sprechen, wird übersehen, dass nicht jede Beschränkung pauschal zu einem kartellrechtlichen Verstoß führt. Ebenso ist hinsichtlich der Beurteilung der Funktionsnotwendigkeit zu beachten, dass nicht jede Kooperation gleichermaßen restriktiv ist. Die Studienvereinigung regt an eine Formulierung zu wählen, die hinsichtlich der getroffenen Beschränkungen und Kooperationen differenziert.

XVI. Beispiele für Effizienzgewinne

- (36) Die Studienvereinigung begrüßt, dass den Nachhaltigkeits-LL zufolge ein Effizienzgewinn auch nicht-monetärer Art sein kann, beispielsweise in Form von Innovationen oder von ökologischen Vorteilen wie der Reduktion von Umweltschäden. Gut wäre dennoch, wenn in der Endfassung der Leitlinien noch Beispielfälle für Vorhaben angeführt werden, in denen bedeutsame Effizienzgewinne höhere Verbraucherpreise rechtfertigen.
- (37) Ein solches Beispiel könnte die Nachhaltigkeitsagenda der österreichischen Hersteller von PET-Gebinden sein. Initiiert von der gesetzlichen Interessensvertretung der österreichischen Arbeitgeber (WKÖ) haben die heimischen Hersteller von Verpackungsmaterial für Getränke, Abfüller und LEH-Unternehmen schon im Jahr 2004 eine Nachhaltigkeitsagenda ins Leben gerufen.⁴⁴ Ein Ziel dieser Initiative war und ist es, die Recyclingquote bei PET-Getränken zu erhöhen. Zu diesem Zweck enthält die Nachhaltigkeitsagenda eine Selbstverpflichtung der Abfüller, einen bestimmten Prozentsatz des Rohmaterials für die Herstellung von Granulaten, aus denen Flaschen geblasen werden, aus *recycled PET* (anstelle von *virgin PET*) zu decken. In Zeiten niedriger Ölpreise führt diese Selbstverpflichtung dazu, dass sich der Preis der Verpackungen und damit letztlich der Preis für die Getränke, der von den Konsumenten zu bezahlen ist, gegenüber einem Referenzszenario ohne Nachhaltigkeitsverpflichtung erhöht.⁴⁵ Die umweltpolitisch bedeutsame Einsparung von CO₂-Ressourcen wird somit gegen höhere Verbraucherpreise abgetauscht.

⁴³ In der Lit wurden bereits Wege aufgezeigt, die möglicherweise bloß dem ersten Anschein nach bestehende Divergenz aufzulösen (vgl. *Robertson*, Sustainability: A World-First Green Exemption in Austrian Competition Law, JECL&P 2022, 6 f).

⁴⁴ <https://www.wko.at/service/netzwerke/ARGE-Nachhaltigkeitsagenda-fuer-Getraenkeverpackungen.html> [zuletzt abgerufen am 15.06.2022].

⁴⁵ *EK*, Entscheidung v. 24. Januar 1999, IV. F. 1/36.178, Rz. 55-57 – *CECED*, wo eine Vereinbarung zur schrittweisen Abschaffung energieineffizienter Waschmaschinen mit der Begründung freigestellt wurde, dass diese zu einer Senkung des Energieverbrauchs und damit zur Verringerung der Umweltauswirkungen der Produkte beitrage.

XVII. Konkretere Erläuterungen zur Unerlässlichkeit und Marktversagen

- (38) Wenn die Kommission in Rn 68 davon spricht, dass Unternehmen zeigen müssen, dass es keine Möglichkeit gibt, die Kooperation auf eine Weise durchzuführen, die die Effizienzgewinne verwirklicht, aber den Wettbewerb weniger beschränkt, stellt sich die Frage, ob hierbei nicht ein Anwendungsfall der *ancillary restraints* behandelt wird, welcher erst gar nicht in den Anwendungsbereich des § 1 KartG und Art 101 Abs 1 AEUV fallen würde. Dasselbe gilt für die in Rn 69 genannte Kosteneffizienz.
- (39) Hinsichtlich des in Rn 70 genannten Mitnahmeeffekts ist auf die Ausführungen in Rn 2 dieser Stellungnahme zu verweisen.
- (40) Gesetzliche Regelungen geben jedoch oft nur einen Rahmen oder Richtwerte vor. Es kann in diesen Fällen (auch ohne, dass die o.g. Voraussetzungen erfüllt sind) durchaus effizienter sein, dass Unternehmen diese Vorgaben in Form von zwischenbetrieblichen Kooperationen ausführen. Dies wird auch seitens der EK anerkannt, zumal der Entwurf Horizontal LL in Rn 583 ausführt, dass Kooperationsvereinbarungen – auch bereits bei Bestehen entsprechender gesetzlicher Vorgaben – dann unerlässlich sein können, „wenn das Ziel auf eine kosteneffizientere Weise erreicht werden soll“. Nach Ansicht der Studienvereinigung greift aber auch diese (wichtige) Klarstellung im Entwurf Horizontal LL der EK zu kurz. Es sollten neben der Kosteneffizienz jedenfalls auch Aspekte der Zeiteffizienz berücksichtigt werden – so herrscht breiter Konsens, dass das Erreichen u.a. von Klimazielen von höchster zeitlicher Priorität ist.⁴⁶ Eine konkretere Erläuterung, unter welchen Umständen Kooperationen trotz der Existenz von verbindlichen Vorschriften als erforderlich eingestuft werden, wäre daher zu begrüßen.

XVIII. Erweiterung der Nachhaltigkeitsziele

- (41) Die Nachhaltigkeitsausnahme nach § 2 Abs 1 letzter Satz KartG steht in einem inhaltlichen Zusammenhang zum Green Deal, dem sich die Europäische Union und ihre Mitgliedstaaten verpflichtet fühlen. Dabei gibt es starke Überschneidungen mit dem europäischen Beihilfenrecht. In beiden Bereichen, die durch einen einheitlichen Schutzzweck verzahnt sind (der Bewahrung eines unverfälschten Wettbewerbs), steht das Bestreben nach der Beseitigung eines nachweisbaren Marktversagens in Bezug auf ökologische Nachhaltigkeit bzw. Klimaschutz im Mittelpunkt. Wie bereits unter Rn 14 f der Stellungnahme ausgeführt, regt die Studienvereinigung an, im Entwurf nicht nur auf die Bestimmungen der Taxonomie-VO zurückzugreifen. In diesem Sinn könnten die in Pkt. 5.2.3. des Entwurfes erwähnten, an die Taxonomie-VO angelehnten sechs Nachhaltigkeitsziele *inter alia* um die in der Neufassung der Umweltschutzbeihilfen-LL enthaltenen neuen Beihilfekategorien (u.a. Beihilfen zur Reduktion oder Vermeidung von Treibhausgasen, Beihilfen für saubere Mobilität sowie Beihilfen zur Ressourceneffizienz und Unterstützung der Kreislaufeffizienz) ergänzt werden – obwohl auch dies nicht als abschließende Aufzählung anzusehen ist.⁴⁷ Darüber hinaus könnte auch auf den Entwurf sowie die Anhänge der Richtlinie

⁴⁶ Siehe auch Erläuterungen zum KaWeRÄG 2021

⁴⁷ Vgl. in dem Zusammenhang <https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/461/publikationen/4452.pdf> [zuletzt abgerufen am 15.06.2022].

über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit verwiesen werden.⁴⁸

XIX. Signifikanz statt Abwägung

- (42) Der Entwurf der Nachhaltigkeits-LL geht außerdem davon aus, dass das Wesentlichkeitskriterium eine Abwägung zwischen den ökologischen Vorteilen der Kooperation und ihren Nachteilen für den Wettbewerb erfordert. Unter der Formulierung könnte eine Art *rule of reason* verstanden werden. Nach Auffassung der Studienvereinigung überzeugt dieser Ansatz jedoch auch grundsätzlich nicht. Bei der "Wesentlichkeit" geht es nicht um eine Abwägungsfrage, sondern darum, ob die ökologischen Vorteile der Zusammenarbeit signifikant sind. Zur näheren Ausformung dieser Anforderung könnte in den Leitlinien auf die Art 10 ff der Taxonomie-VO verwiesen werden.
- (43) Falls zudem eine Angemessenheitsprüfung für erforderlich gehalten wird, bietet sich wiederum ein Rückgriff auf die Umweltschutzbeihilfen-LL⁴⁹ an, die das gleiche Thema unter der Überschrift "Abwägung der positiven Auswirkungen der Beihilfe gegen die negativen Auswirkungen auf Wettbewerb und Handel" behandeln. Nach den dortigen Ausführungen muss ein Verhältnismäßigkeitstest durchgeführt werden: Die unternehmerischen Maßnahmen müssen das geringste real verfügbare Mittel sein, um die angestrebten ökologischen Ziele zu erreichen. Wenn das tatsächlich der Fall ist, ist die Nachhaltigkeitsausnahme anwendbar.
- (44) Ein praktisch sehr wesentlicher Vorteil dieser Herangehensweise läge darin, dass die im Entwurf diskutierte quantitative Abwägung von Wettbewerbsnachteilen die beispielsweise mit Blick auf eine mögliche Einschränkung der (nicht-nachhaltigen) Produktauswahl sehr schwierig in Geldwerten darstellbar sein kann und Umweltvorteilen entbehrlich würde. Notwendig wäre⁵⁰ zwar eine Quantifizierung der ökologischen Vorteile, nicht aber eine Übersetzung in Geldbeträge. Da die Beweislast für die Intensität einer Wettbewerbsbeschränkung (und damit auch die Aufgabe, Wettbewerbsnachteile zu quantifizieren) außerhalb von Kernverstößen bei den Wettbewerbsbehörden liegt, wäre mit dem Verzicht auf eine ziffernmäßige Gegenüberstellung auch eine wesentliche Entlastung der behördlichen Vollzugspraxis verbunden.

Abschnitt 6 – Prüfung in der Praxis

XX. Anforderungen an den Nachweis der Effizienzgewinne

- (45) Wenn der Nachhaltigkeitsausnahme nicht jede praktische Bedeutung genommen werden soll, dürfen die Anforderungen an die Quantifizierung der Effekte von Nachhaltigkeitskooperationen nicht überspannt werden. Die Studienvereinigung begrüßt daher, dass im Entwurf anerkannt wird, dass in manchen Fällen die Heranziehung von Ergebnissen existierender Studien und vereinfachter Berechnungen (*back of the envelope calculation*) ausreicht.⁵¹ Letztlich sollten die

⁴⁸ 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.

⁴⁹ Umweltschutzbeihilfe-LL, Rn 71ff

⁵⁰ Am besten wohl in einem Referenzszenario-Verfahren; vgl. Umweltschutzbeihilfen-LL, Rn 48.

⁵¹ Nachhaltigkeits-LL, Rn 105

praktischen Anforderungen an den Nachweis der Wesentlichkeit des jeweiligen Effizienzgewinns, einschließlich der Abwägung der positiven und negativen Effekte einer Kooperation, durch die Unternehmen nicht strenger sein als die Beweiserfordernisse, die an die Behörden der Mitgliedstaaten etwa in beihilferechtlichen Genehmigungsverfahren gestellt werden. Damit die Anforderungen an den Nachweis der Effizienzgewinne nicht zur *probatio diabolica* werden, muss es bereits genügen, dass die vorgebrachten Effizienzgewinne "präzise und überzeugend" dargestellt werden.

Schlussbemerkungen

XXI. Ergänzung um Fusionskontrolle

(46) Die Studienvereinigung erlaubt sich anzumerken, ob in den Leitlinien nicht auch die Fusionskontrolle angesprochen werden sollte. Mit § 12 Abs. 2 Z 3 KartG führte der Gesetzgeber in Ergänzung der bisherigen Rechtfertigungen zeitgleich mit der Einführung des neuen § 2 Abs. 1 letzter Satz KartG eine neue Rechtfertigung für Zusammenschlüsse ein, die einen der Verbotstatbestände des § 12 Abs. 1 KartG erfüllen. Solche Zusammenschlüsse sind dann nicht zu untersagen, wenn "*die volkswirtschaftlichen Vorteile die Nachteile des Zusammenschlusses erheblich überwiegen*". Mit dieser Regelung soll ausnahmsweise auch dann die Genehmigung eines Zusammenschlusses ermöglicht werden, wenn volkswirtschaftliche Gründe im Einzelfall für eine Bewilligung sprechen.⁵² Selbst, wenn man § 12 Abs. 2 Z 3 KartG bereits jetzt so interpretieren kann, dass dabei auch Nachhaltigkeitsaspekte berücksichtigt werden können,⁵³ fehlt hier die notwendige Klarheit und Verlässlichkeit für die betroffenen Unternehmen.

Anmerkungen zu den Praxisbeispielen in Rn 49

Die in der Folge angegebenen Randnummern beziehen sich auf den Entwurf der Horizontal LL:

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

⁵² ErläutRV 951 BlgNR 27. GP 13.

⁵³ Vgl Reiter, Zusammenschlusskontrolle post KaWeRÄG 2021: Ökologische Wende oder Antitrust-Paradoxon? ÖBl 2022/32 S 109ff.

Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit⁵⁴, 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.

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.

⁵⁴ 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.