

Nachhaltigkeitsvereinbarungen im Wettbewerb

Zu den Hilfestellungen der Europäischen Kommission in den neuen Horizontalleitlinien

Von Prof. Dr. Ulrich Schnelle, LL.M., und Dr. Christian Aufdermauer



Prof. Dr. Ulrich Schnelle, LL.M.

Haver & Mailänder Rechtsanwälte, Stuttgart
Rechtsanwalt, Partner

us@haver-mailaender.de
www.haver-mailaender.de



Dr. Christian Aufdermauer

Haver & Mailänder Rechtsanwälte, Stuttgart
Rechtsanwalt, Partner

ca@haver-mailaender.de
www.haver-mailaender.de



Die Europäische Union hat mit ihrem „Green Deal“ ambitionierte Nachhaltigkeitsziele gesetzt. Um diese zu erreichen, werden Unternehmen bisherige Lösungen drastisch verbessern oder neue Lösungen anbieten müssen.

Am 01.07.2023 sind die überarbeiteten Gruppenfreistellungsverordnungen für Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen (sog. F&E-GVO) sowie für Spezialisierungsvereinbarungen (sog. Spezialisierungs-GVO) in Kraft getreten. Im Juli 2023 werden zudem die neuen Leitlinien für horizontale Vereinbarungen von der Europäischen Kommission veröffentlicht. Die überarbeiteten Gruppenfreistellungsverordnungen (nun zusammen Horizontal-GVOs genannt) und die Horizontalleitlinien sollen den ökonomischen und

gesellschaftlichen Entwicklungen der vergangenen zehn Jahre vor allem im Bereich der Digitalisierung und der Verfolgung von Nachhaltigkeitszielen Rechnung tragen. In den neuen Leitlinien hat die Europäische Kommission in einem eigenen Kapitel Stellung dazu genommen, inwiefern Kooperation zwischen Wettbewerbern zur Verfolgung nachhaltiger Ziele gegen das Kartellrecht verstoßen beziehungsweise wann ein Kartellrechtsverstoß zu Nachhaltigkeitszwecken gerechtfertigt sein kann. Die Europäische Kommission misst solchen Nachhaltigkeitsver-

einbarungen für die künftigen Jahre also eine besondere Bedeutung zu. Dies ist Grund genug, die Ausführungen der Kommission näher zu betrachten.

Nachhaltigkeitsvereinbarungen in den neuen Leitlinien der Kommission

Die Europäische Kommission hat ihre Leitlinien über die Anwendung des Kartellverbots auf Vereinbarungen unter Wettbewerbern aus dem Jahr 2011 grundlegend überarbeitet. Besonders fällt das neue Kapitel 9 in den Horizontalleitlinien zur Kooperation unter Wettbewerbern zur Verfolgung von nachhaltigen Zielen auf. Das Kapitel beschreibt, unter welchen Bedingungen sich Wettbewerber zur Verfolgung nachhaltiger Ziele zusammenschließen können, ohne gegen das Kartellverbot zu verstoßen. Völlig neu sind Hilfestellungen der Kommission zur Beurteilung von Kooperationen im Wettbewerb, die nachhaltigen Zielen dienen, nicht. In ihren Leitlinien über die horizontale Zusammenarbeit aus dem Jahr 2001 (Abl. 2001/C 3/02) hatte die Kommission bereits schon einmal ein eigenes Kapitel zur Beurteilung von Kooperationen zum Zwecke des Umweltschutzes eingeführt, dieses aber bei der Überarbeitung im Jahr 2011 fallengelassen.

Den Leitlinien der Europäischen Kommission zu horizontalen Vereinbarungen kommt selbst keine unmittelbare Rechtswirkung zu. Sie geben lediglich Hilfestellungen und Handlungsempfehlungen, ob eine Vereinbarung zwischen Wettbewerbern überhaupt unter das Kartellverbot fällt, ob sie vom Kartellverbot ausgenommen sein kann, inwieweit eine Vereinbarung nach den Gruppenfreistellungsverord-

nungen freigestellt sein könnte oder ob eine Freistellung einer prinzipiell kartellrechtswidrigen Kooperation zu nachhaltigen Zwecken im Einzelfall aufgrund der nachhaltigen Ziele gerechtfertigt sein kann. Denn regelmäßig werden Kooperationen zwischen Wettbewerbern unter das Kartellverbot fallen, auch wenn sie nachhaltigen Zielen dienen. Die Gruppenfreistellungsverordnungen bieten dabei einen „Safe Harbour“, so dass Unternehmen, deren Kooperation die Voraussetzungen einer Gruppenfreistellungsverordnung erfüllen, sicher sein können, dass ihre Kooperation nicht kartellrechtswidrig ist. Für Zweifelsfälle, bei denen nicht klar ist, ob die Voraussetzungen der Gruppenfreistellungsverordnungen erfüllt werden oder ob eine Kooperation im Einzelfall vom Kartellverbot freigestellt ist, bieten die neuen Leitlinien eigene Hilfestellungen.

Nachhaltigkeitsvereinbarungen im „Safe Harbour“ der F&E- oder Spezialisierungs-GVO

Die Europäische Kommission stellt in Kapitel 9 der neuen Leitlinien ausdrücklich klar, dass Kooperationen unter Wettbewerbern nicht allein deshalb vom Kartellverbot freigestellt sind, weil sie nachhaltige Ziele verfolgen. Daher erklärt die Kommission, dass eine Freistellung von Nachhaltigkeitsvereinbarungen zwischen Wettbewerbern vorrangig nach den allgemeinen Vorschriften zu prüfen ist, insbesondere eine Freistellung nach den horizontalen Gruppenfreistellungsverordnungen. Sollten Nachhaltigkeitsvereinbarungen die Voraussetzungen der F&E- oder Spezialisierungs-GVO nicht erfüllen, wäre vorrangig zu

prüfen, ob eine Einzelfreistellung vom Kartellverbot nach den Grundsätzen erlangt werden kann, die auch für nicht nachhaltige Kooperationen zwischen Wettbewerbern gelten. Erst wenn nach den allgemeinen Grundsätzen keine Freistellung erfolgen kann, wäre nach den Ausführungen der Kommission zu prüfen, ob das Element der Nachhaltigkeit zu einer besonderen Freistellungsfähigkeit führen kann.

Wie bisher soll die überarbeitete Spezialisierungs-GVO Kooperationen freistellen, bei denen sich Wettbewerber hinsichtlich der Produktion und des Vertriebs von Produkten spezialisieren. Hierzu gehören Vereinbarungen, bei denen sich eine Vertragspartei dazu verpflichtet, die Herstellung bestimmter Produkte einzustellen und die Produkte von der anderen Partei zu beziehen, welche sich ihrerseits verpflichtet, das fragliche Produkt zu produzieren und zu liefern. Darunter fallen aber auch Vereinbarungen, nach denen beide Parteien die Produktion einstellen und für die gemeinsame Produktion beispielsweise ein Gemeinschaftsunternehmen errichten. Die überarbeitete Spezialisierungs-GVO sieht einen erweiterten Anwendungsbereich für Produktionsvereinbarungen vor, bei denen mehr als zwei Parteien beteiligt werden. Spezialisierungsvereinbarungen sind weiterhin nur dann freigestellt, wenn der gemeinsame Anteil aller Parteien auf dem jeweils relevanten Markt höchstens 20% beträgt. Gerade die Bestimmung des relevanten Markts wird bei Nachhaltigkeitskooperationen eine wichtige Aufgabe sein. Denn wenn das innovative, nachhaltige Produkt als eigener Markt betrachtet würde, könnte ein zu kleiner Markt betrachtet werden, auf dem die Wettbewerber einen zu großen Marktanteil hätten, und Nachhaltigkeitskoopera-

tionen würden regelmäßig nicht in den sicheren Hafen der Spezialisierungs-GVO fallen. Dies wäre gerade nicht der gewünschte Effekt.

Nachhaltigkeitsvereinbarungen können ferner durch die neue F&E-GVO freigestellt sein. Die F&E-GVO dient dem Zweck, Kooperationen zur gemeinsamen Forschung und Entwicklung zwischen Wettbewerbern freizustellen. Dabei dürfen die gemeinsamen Marktanteile der beteiligten Unternehmen am relevanten Markt der zu erforschenden oder zu verbessernden Vertragsprodukte 25% nicht überschreiten. Auch hier dürfte darauf zu achten sein, dass der Markt bei innovativen, nachhaltigen Produkten nicht zu eng bemessen wird. F&E-Kooperationen dürfen zudem nicht verhindern, dass nach Abschluss der Kooperation von den beteiligten Unternehmen in diesem Bereich eigenständig weitergefordert wird. Ferner sind die weiteren Vorgaben der F&E-GVO zur Bestimmung von Preisen, Kunden und Märkten für den Vertrieb der entwickelten Produkte zu berücksichtigen. Die Freistellung über die Horizontal-GVOs ist aufgrund der Marktanteilschwellen gerade für Nachhaltigkeitsvereinbarungen von kleinen und mittleren Unternehmen interessant.

Nachhaltigkeitsvereinbarungen im „Soft Safe Harbour“ der Leitlinien

In den Leitlinien werden Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern zur Nachhaltigkeit dargestellt, die schon nicht unter das Kartellverbot des Art. 101 AEUV fallen. Dies sind Vereinbarungen, die prinzipiell nicht das Wettbewerbsverhalten von Unternehmen betreffen. Wenn also

Unternehmen beispielsweise vereinbaren würden, bestimmte Tropenhölzer nicht zu verwenden, Kinderarbeit nicht zu unterstützen oder bestimmte Schadstoffe zu vermeiden, wäre eine solche Vereinbarung nicht vom Kartellverbot erfasst. Weiter vom Kartellverbot nicht erfasst sind Vereinbarungen, die einem nachhaltigen Verhalten innerhalb einer Branche dienen, wie beispielsweise die Vereinbarung, Papierausdrucke zu reduzieren, Einwegplastik zu vermeiden oder die Heiztemperatur für Büros zu begrenzen. Daneben soll ein Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern dann nicht unter das Kartellverbot fallen, wenn Informationen über Lieferanten ausgetauscht werden, die selbst nachhaltige Ziele verfolgen, beispielsweise nachhaltig produzieren, oder umgekehrt auch über solche, die nicht nachhaltig produzieren. Zudem sollen Vereinbarungen nicht vom Kartellverbot erfasst werden, mit denen Kampagnen einer Branche durchgeführt werden, um das Bewusstsein für Nachhaltigkeit zu fördern.

Darüber hinaus führt die Kommission in den Leitlinien einen sogenannten „Soft Safe Harbour“ ein, mit dem bestimmte Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern von vorneherein als nicht wettbewerbsbeschränkend im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV eingestuft werden. Dies sind nach den Ausführungen der Kommission bestimmte Vereinbarungen zur Nachhaltigkeitsstandardisierung. Hierunter versteht die Kommission Vereinbarungen unter Wettbewerbern, mit denen diese in ihrer Branche die Verwendung von Plastik, fossilen Brennstoffen bzw. eine nicht nachhaltige Produktionsweise reduzieren möchten. Dazu zählen auch solche Vereinbarungen, mit denen beispielsweise Verpackungsmaterialien harmonisiert werden sollen, um Recycling zu vereinfachen, oder Standards auf-

einander abgestimmt, um den Tierschutz zu verbessern. Solange solche Standardvereinbarungen nicht dazu vereinbart werden, den Output von Produkten zu reduzieren, wären derartige Nachhaltigkeitsstandards als nicht nennenswerte Beeinträchtigung des Wettbewerbs anzusehen, wenn gleichzeitig die folgenden sechs Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

1. Der Prozess zur Etablierung des Nachhaltigkeitsstandards muss transparent sein, und allen interessierten Wettbewerbern muss die Teilnahme möglich sein.
2. Der Standard darf nicht solche Unternehmen binden, die sich nicht an der Etablierung des Standards beteiligen möchten.
3. Es muss den teilnehmenden Unternehmen möglich sein, die Nachhaltigkeitsstandards freiwillig zu überbieten.
4. Die beteiligten Unternehmen dürfen nicht für den Standard irrelevante Geschäftsinformationen austauschen.
5. Der Vorteil muss diskriminierungsfrei zugänglich sein, insbesondere auch Unternehmen, die nicht am Prozess zur Etablierung beteiligt waren.
6. Der Nachhaltigkeitsstandard darf nicht zu einer Preiserhöhung oder Qualitätsreduzierung führen, und der gemeinsame Marktanteil der teilnehmenden Unternehmen darf nicht 20% von den standardbetroffenen Märkten übersteigen.

Einzelfreistellungen von Nachhaltigkeitsvereinbarungen

Soweit Nachhaltigkeitskooperationen nicht bereits über die Horizontal-GVOs oder nach den allgemeinen Grundsätzen freigestellt werden können beziehungsweise es sich nicht um Kooperationen handelt, die in den „Soft Safe Harbour“ der Leitlinien fallen, bleibt die Möglichkeit zur Einzelfreistellung aufgrund der Nachhaltigkeits-Effizienzgewinne. Inwiefern Nachhaltigkeit zur Einzelfreistellung einer Kooperation unter Wettbewerbern führt, wird in den neuen Leitlinien gesondert ausgeführt. Das bedeutet, dass Nachhaltigkeits-Effizienzgewinne zu einer Einzelfreistellung für Kooperationen führen können – diese wären ohne solche Nachhaltigkeitsziele nicht freistellungsfähig.

Die Leitlinien stellen dar, dass praktisch alle Nachhaltigkeitsvorteile Effizienzgewinne bedeuten können. Erforderlich ist allerdings, dass der Nachhaltigkeitsvorteil nachweisbar und nicht lediglich anzunehmen ist. Was die Unerlässlichkeit von Kooperationen anbelangt, so stellt die Europäische Kommission fest, dass wenn eine Nachfrage für nachhaltige Produkte besteht, eine Kooperation zwischen Wettbewerbern grundsätzlich nicht unerlässlich ist. Der Gedanke dahinter ist, dass jedes Unternehmen selbst entscheiden sollte, wie Nachhaltigkeitsgewinne erzielt werden und die Verbraucher gute Ansätze belohnen und schlechte Ansätze bestrafen. Die Unerlässlichkeit der Kooperation kann aber darin liegen, dass das Nachhaltigkeitsziel kostengünstiger oder schneller erreicht wird. Eine Nachhaltigkeitsvereinbarung kann auch unerlässlich sein, wenn Parteien nachweisen können, dass Verbraucher die Umsetzung des Nachhaltigkeitsziels durch nur

eine Partei nicht wertschätzen würden. Die Kommission geht dann offensichtlich von einer Unerlässlichkeit aufgrund eines Größenvorteils aus. Zudem weist die Kommission darauf hin, dass Nachhaltigkeitskooperationen selbst dann unerlässlich sein können, wenn das verfolgte Nachhaltigkeitsziel bereits Gegenstand einer staatlichen Regulierungsvorschrift ist.

Eine angemessene Beteiligung von Verbrauchern an dem Effizienzgewinn kann bei Nachhaltigkeitskooperationen auf drei Wegen zustande kommen. Die Europäische Kommission unterscheidet zwischen individuellen nutzungsabhängigen Vorteilen – die etwa vorliegen können, wenn eine verbesserte Produktqualität oder Produktvielfalt gegeben ist – und individuellen nutzungsunabhängigen Vorteilen, weil Verbraucher lieber ein nachhaltiges Produkt als ein nicht nachhaltiges Produkt erwerben, obwohl bei der Nutzung dadurch selbst keine Vorteile entstehen. Zudem können aber auch kollektive Vorteile zur Weitergabe der Effizienzgewinne an die Verbraucher berücksichtigungsfähig sein. Kollektive Vorteile liegen etwa vor, wenn die allmähliche Einstellung umweltschädlicher Produkte oder die Förderung klimafreundlicher Produkte bewirkt wird. Ausreichend ist eine der drei Arten zur Weitergabe der Effizienzgewinne an die Verbraucher.

Zuletzt stellt die Europäische Kommission in Kapitel 9 der Leitlinien dar, wie bei Nachhaltigkeitsvereinbarungen eine Ausschaltung des Wettbewerbs vermieden wird. Die Kommission weist darauf hin, dass der Wettbewerb dann nicht in diesem Sinne ausgeschaltet ist, wenn die Parteien der Vereinbarung zumindest in einem wichtigen Aspekt des Wettbewerbs weiterhin im starken Wettbewerb ste-

hen. Soweit etwa über die Nachhaltigkeitsvereinbarung der Qualitäts- oder Angebotswettbewerb ausgeschaltet würde, aber der Preiswettbewerb bestehen bliebe, könnte die Voraussetzung, dass der Wettbewerb nicht in einem wesentlichen Teil ausgeschaltet wird, noch erfüllt sein. Abgerundet werden die Ausführungen der Kommission durch fünf Beispiele, anhand derer die Anwendung der Kriterien für eine Einzelfreistellung von Nachhaltigkeitsvereinbarungen dargestellt wird.

Informelle Orientierungshilfe zu neuen oder ungelösten Fragen des Kartellverbots

Die Europäische Kommission verweist in ihren Leitlinien darauf, dass sie sich in Ergänzung zu den Leitlinien bereit erklärt, informelle Orientierungshilfen in Bezug auf Nachhaltigkeitsvereinbarungen nach der Bekanntmachung zu informellen Orientierungshilfen zu gewähren. Seit dieser wichtigen Bekanntmachung vom 04.10.2022 ist die Kommission bereit, in Fällen, in denen ernsthafte Rechtsunsicherheit entsteht, weil sie neue oder ungelöste Fragen für die Anwendung von Art. 101 oder 102 AEUV aufwerfen, eine informelle Beratung zu gewähren. Dies soll zwar dem Prinzip der Selbstveranlagung nicht zuwiderlaufen. Doch wird die Kommission ein Beratungsschreiben erstellen, wenn neue oder ungelöste Fragen vorliegen und ein Interesse an der Bereitstellung der Orientierungshilfe vorliegt. Eine neue oder ungelöste Frage wird insbesondere dann vorliegen, wenn sich eine Kooperation nach den allgemeinen Grundsätzen nicht im Rahmen einer Einzelfreistellung rechtfertigen lässt und allein der Nachhaltigkeitsfaktor in einer entsprechenden Anwendung von Kapitel 9

der neuen Leitlinien eine Einzelfreistellung begründen könnte. Der Hinweis der Kommission in Kapitel 9 ihrer Horizontalleitlinien auf die Möglichkeit einer informellen Orientierungshilfe zeigt, dass das Kartellrecht der Verfolgung von Nachhaltigkeitszielen dienen soll und die Kommission Nachhaltigkeitsziele grundsätzlich als Faktor ansieht, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Kooperationen unter Wettbewerbern zu rechtfertigen.

Ausblick

Die Diskussion um die Rechtfertigung von Nachhaltigkeitsvereinbarungen zwischen Wettbewerbern wird in den kommenden Jahren ein gewichtiger Punkt sein. Die Europäische Union hat mit ihrem „Green Deal“ ambitionierte Ziele gesetzt. Die Bundesregierung steht dem auch mit aktuellen Forderungen kaum nach. Um diese ambitionierten Nachhaltigkeitsziele zu erreichen, werden Unternehmen bisherige Lösungen drastisch verbessern oder neue Lösungen anbieten müssen. Da die Zeit knapp ist, wird sich die Frage nach Kooperationen auch unter marktstarken Unternehmen stellen. Dies wird stets die Frage aufwerfen, ob im Einzelfall ein Innovationswettbewerb den Nachhaltigkeitszielen zuträglicher ist oder ob der Größenvorteil von Kooperationen unter Wettbewerbern ausschlaggebend für die Erreichung der Ziele ist – und wie gleichwohl ein Wettbewerb aufrechterhalten werden kann. Die Diskussion um nachhaltiges Kartellrecht wird nicht nur von der Europäischen Kommission angestoßen, sondern auch vom Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, das eine Studie zu Wettbewerb und Nachhaltigkeit in Deutschland und in der EU in Auftrag gegeben hat, die

im März 2023 veröffentlicht worden ist. Den ersten Aufschlag im Rahmen dieser Diskussion hat die Europäische Kommission mit Kapitel 9 ihrer neuen Horizontalleitlinien nun gemacht. ←

ANZEIGE

**Zu Recht nichts mehr verpassen:
Folgen Sie uns
auch auf LinkedIn!**

<https://www.linkedin.com/company/produktfamilie-deutscher-anwaltspiegel/>