

Leitlinien zur Anwendung von § 2 Abs 1 KartG auf Nachhaltigkeitskooperationen (Nachhaltigkeits-LL)

Impressum

Medieninhaber, Verleger und Herausgeber:

Bundswettbewerbsbehörde, Radetzkystrasse 2, 1030 Wien

Gesamtumsetzung: Bundswettbewerbsbehörde

Wien 2022, Stand: Juni 2022.

Copyright und Haftung:

Auszugsweiser Abdruck ist nur mit Quellenangabe gestattet, alle sonstigen Rechte sind ohne schriftliche Zustimmung des Medieninhabers unzulässig.

Es wird darauf verwiesen, dass alle Angaben in dieser Publikation trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr erfolgen und eine Haftung der Bundswettbewerbsbehörde und der Autorin/des Autors ausgeschlossen ist. Rechtausführungen stellen die unverbindliche Meinung der Autorin/des Autors dar und können der Rechtsprechung der unabhängigen Gerichte keinesfalls vorgreifen.

Rückmeldungen: Ihre Überlegungen zu vorliegender Publikation übermitteln Sie bitte an wettbewerb@bwb.gv.at.

Einleitung.....	4
1 Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen.....	10
1.1 Grundsätzliches zum Anwendungsbereich der BWB-Leitlinien	10
1.2 Begriffsbestimmungen für die Zwecke der Leitlinien.....	12
2 Grundsätzliches zur kartellrechtlichen Beurteilung von Unternehmenskooperationen	16
2.1 Das Kartellverbot in § 1 KartG	16
2.2 Die Ausnahmeregelung in § 2 KartG	17
3 Erlaubte Nachhaltigkeitskooperationen ohne Wettbewerbsbeschränkung	20
4 Wettbewerbsbeschränkende Nachhaltigkeitskooperationen	22
4.1 Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen	23
4.2 Bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen.....	23
5 Rechtfertigung einer wettbewerbsbeschränkenden Nachhaltigkeitskooperation	25
5.1 Möglichkeiten der Rechtfertigung.....	25
5.2 Prüfschema der Nachhaltigkeitsausnahme.....	26
5.2.1 Effizienzgewinne	26
5.2.2 Unerlässlichkeit der Beschränkungen des Wettbewerbs.....	27
5.2.3 Beitrag zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft	29
5.2.4 Wesentlichkeitskriterium	32
5.2.5 Keine Ausschaltung des Wettbewerbs	34
6 Prüfung in der Praxis.....	36
6.1 Empfehlungen zur kartellrechtskonformen Umsetzung einer Nachhaltigkeitskooperation	36
6.2 Empfehlungen zur Quantifizierung der Effekte von Nachhaltigkeitskooperationen	37
6.3 Vereinfachte Darstellung einer Selbstbeurteilung.....	40

Einleitung

- (1) Mit dem **European Green Deal** hat die Europäische Kommission (EK) einen umfassenden Strategie- und Aktionsplan zur Transformation der europäischen Wirtschaft und Gesellschaft hin zu nachhaltigem und integrativem Wachstum vorgelegt. Als Globalziele sind dabei insbesondere das Erreichen einer Treibhausgasneutralität bis 2050, die Entkopplung des Wirtschaftswachstums von der Ressourcennutzung sowie die Erhaltung und Wiederherstellung intakter Ökosysteme und der Biodiversität zu nennen. Wenngleich die Verfolgung dieser Ziele insbesondere Maßnahmen in den Bereichen der Energieerzeugung, der industriellen Produktion, des Transports und der Mobilität sowie der Landwirtschaft erfordert, sind sämtliche Politikfelder der Union auf die Möglichkeiten, unterstützende Beiträge zu leisten, zu untersuchen.
- (2) Dies betrifft nicht zuletzt die **Europäische Wettbewerbspolitik** mit ihren drei Handlungsfeldern Antitrust, Fusionskontrolle und Kontrolle staatlicher Beihilfen, weswegen im Herbst 2020 eine Konsultation zu **möglichen Beiträgen** der Wettbewerbspolitik **zum Green Deal** von der EK eingeleitet wurde.¹ Wenngleich außer Zweifel steht, dass das (europäische) Wettbewerbsrecht nicht der primäre Hebel zur Erreichung von Klima- und Nachhaltigkeitszielen in der EU sein könne, hielt die Exekutiv-Vizepräsidentin Kommissarin Margrethe Vestager, hierzu fest:

Green policies like regulations, taxes, and investment are the key to the Green Deal. But with so much to do in such a short time, all of us – including competition enforcers – also need to make sure that we’re doing what we can to help.²

¹ EK, *Competition Policy supporting the Green Deal Call for contribution* (2020), https://ec.europa.eu/competition/information/green_deal/call_for_contributions_en.pdf (abgerufen am 07.03.2022).

² EK, *Competition policy in support of the Green Deal - Executive Vice-President Vestager’s keynote speech at the 25th IBA Competition Conference, delivered by Inge Bernaerts, Director, DG Competition* (2021), https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/competition-policy-support-green-deal_en (abgerufen am 07.03.2022).

- (3) Im September 2021 veröffentlichte die EK einen Zwischenstand der andauernden Diskussion in einem sog *Competition Policy Brief*.³ Hierin wurde erneut festgehalten, dass das europäische Wettbewerbsrecht eine wichtige Rolle bei der Erreichung der Ziele des Green Deal einnehmen solle. Im selben Zeitraum stellten sowohl die Wettbewerbsbehörde der Niederlande als auch die griechische Wettbewerbsbehörde Initiativen für Nachhaltigkeitsausnahmen vor.⁴
- (4) Die Ziele des Green Deal wurden zwar, sowohl von den mit dem Wettbewerbsvollzug betrauten Behörden, als auch in akademischen Beiträgen, weitestgehend als wesentlich und richtig anerkannt, doch bestand zu diesem Zeitpunkt keine Einigkeit darüber, inwiefern Nachhaltigkeitsvereinbarungen zwischen Wettbewerbern⁵ mit dem Kartellverbot gemäß Art 101 Abs 1 AEUV in Einklang gebracht werden können. Insbesondere wurde und wird die Frage der Zurechnung von *out-of-market efficiencies*, dh Effizienzgewinnen, die (zwar) der Allgemeinheit, nicht jedoch (zwingend) den Verbrauchern im von der Wettbewerbsbeschränkung einer Nachhaltigkeitsvereinbarung betroffenen Markt zugutekommen, bei der Beurteilung des Ausnahmetatbestandes des Art 101 Abs 3 AEUV kontrovers diskutiert.
- (5) Der (aktuelle) Letztstand dieser Diskussion lässt sich in den im März 2022 von der EK zur öffentlichen Konsultation gestellten Entwürfen für die Überarbeitung der Gruppenfreistellungsverordnung für Vereinbarungen für Forschung und Entwicklung (GVO F&E), die Gruppenfreistellungsverordnung für Spezialisierungsvereinbarungen (GVO Spezialisierung, beide GVOs gemeinsam: Horizontal-GVOs) und die **Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit** (Horizontal LL) ablesen.

³ EK, *Competition policy brief. 2021-01 - September 2021*, <https://data.europa.eu/doi/10.2763/962262> (abgerufen am 17.03.2022).

⁴ Vgl. Netherlands Authority for Consumers and Markets ("ACM"), Guidelines on sustainability agreements are ready for further European coordination (2021), <https://www.acm.nl/en/publications/guidelines-sustainability-agreements-are-ready-further-european-coordination> (abgerufen am 17.03.2022).; Hellenic Competition Commission ("HCC"), Staff Discussion Paper on Sustainability Issues and Competition Law; Programme Competition Law and Sustainability (2020); Technical Report on Sustainability and Competition (2021) <https://www.epant.gr/en/enimerosi/competition-law-sustainability.html> (abgerufen am 24.03.2022).

⁵ Zum Begriff der Nachhaltigkeitsvereinbarung bzw. -kooperation sei angemerkt, dass es sich um keinen eigenen oder neuen Typus horizontaler Vereinbarungen handelt, sondern etwa um Produktions-, Einkaufs- oder Vermarktungsvereinbarungen, welche aber ein Nachhaltigkeitsziel verfolgen.

- (6) Das **österreichische Regierungsprogramm 2020-2024** sieht ebenso eine stärkere Ausrichtung nationaler Maßnahmen am Green Deal und einen nachhaltigen und wettbewerbsfähigen Wirtschaftsstandort als Ziel vor.
- (7) In diesem Sinne hat der österreichische Gesetzgeber mit dem **Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2021** (KaWeRÄG 2021) in Eigeninitiative eine stärkere Orientierung des (nationalen) Kartell- und Wettbewerbsrechts an den Nachhaltigkeitszielen vorgenommen und will damit einen Beitrag zur noch andauernden Diskussion auf europäischer Ebene leisten.⁶
- (8) Unternehmerische Kooperationen, welche zwar wettbewerbsbeschränkende Effekte aufweisen, aber gleichzeitig wesentlich zur Erreichung bestimmter Nachhaltigkeitsziele beitragen,⁷ sollen **in weiterem Umfang als bisher** von der Möglichkeit der Freistellung vom Kartellverbot profitieren können. Konkret wurde mit folgender Ergänzung in der Ausnahmeregelung des § 2 Abs 1 KartG die Möglichkeit einer stärkeren Berücksichtigung von **ökologischen Vorteilen** bei der **kartellrechtlichen Beurteilung** potentiell **wettbewerbsbeschränkender Kooperationen** vorgenommen:

„Die Verbraucher sind auch dann angemessen beteiligt, wenn der Gewinn, der aus der Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder der Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts entsteht, zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft wesentlich beiträgt.“

- (9) Durch diese seit 10. September 2021 gültige Regelung wurde eine in der Europäischen Union bislang einzigartige **„Nachhaltigkeitsausnahme“** geschaffen, die Österreich auch international in den Fokus der Diskussion um einen möglichen Beitrag des (nationalen) Wettbewerbsrechts zum Green Deal rückt.
- (10) Auf Grund der Novellierung des § 2 Abs 1 KartG, fallen die europäischen und österreichischen Tatbestandsvoraussetzungen für eine Ausnahme vom Kartellverbot für den spezifischen Bereich der „Nachhaltigkeitsvereinbarungen“ bzw. -„kooperationen“ nunmehr – und erstmals seit Inkrafttreten des KartG 2005 – auseinander. Im Anwendungsbereich des KartG sieht der Gesetzgeber die

⁶ ErläutRV 951 BlgNR 27. GP 11.

⁷ Demgegenüber bleiben Kooperationen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken von dieser Privilegierung ausgeschlossen, siehe dazu die Abschnitte 2 und 4.

angemessene Verbraucherbeteiligung (*praesumptio iuris et de iure*) als gegeben an, wenn eine wettbewerbsbeschränkende Nachhaltigkeitskooperation über die entstehenden Effizienzgewinne einen wesentlichen Beitrag zur ökologischen nachhaltigen Wirtschaft leistet. Die übrigen – in § 2 KartG und Art 101 Abs 3 AEUV gleichlautend geregelten – Freistellungsvoraussetzungen bleiben von dieser Regelung unberührt und müssen daher weiterhin vollumfänglich erfüllt sein.

- (11) Der Gesetzgeber hat in den erläuternden Bemerkungen angeregt, die BWB möge **Leitlinien** zur Präzisierung der Praxisanwendung der neuen Regelung veröffentlichen. Die vorliegenden Leitlinien stellen einen **Konsultationsentwurf** da und sind, wie ebenfalls vom Gesetzgeber angeregt, bereits das Ergebnis einer Vorabinbindung des Bundesministeriums für Klimaschutz.⁸

Ziel der Nachhaltigkeitsleitlinien der BWB

- (12) Vorangestellt wird, dass die Beachtung der Regeln des Wettbewerbsrechts im Allgemeinen einer nachhaltigen und klimaneutralen Wirtschaft gerade nicht im Wege steht, und **freier Wettbewerb** in den meisten Fällen **der beste Motor für Veränderung** ist. Dies insbesondere dann, wenn Verbraucher bereit sind nachhaltige(re) Produkte zu erwerben und sohin Nachhaltigkeit *per se* einen wichtigen Wettbewerbsparameter darstellt. Freiem und fairem Wettbewerb kommt somit auch bei Innovationen und Investitionen zur Erreichung einer ökologisch nachhaltigen, zB einer klimaneutralen, Wirtschaft eine wesentliche Rolle zu. In Einzelfällen kann das Zusammenwirken von Wettbewerbern in Form von Nachhaltigkeitskooperationen zur Erreichung dieser Ziele beitragen und ggf notwendig sein.
- (13) Nachhaltigkeitskooperationen iSd Novelle des § 2 Abs 1 KartG sollen allerdings nicht der bloßen Vereinfachung der Erreichung von nationalen oder europaweiten Nachhaltigkeits- bzw. Umweltstandards dienen, welche bereits zwingend regulatorisch vorgegeben und von Unternehmen bereits aus diesem Grund zu erfüllen sind. Existiert hingegen keine derartige Regulierung und werden in einem Markt keine Innovationen in Bezug auf ökologische Nachhaltigkeit bzw Klimaschutz getätigt, liegt in diesem Zusammenhang **Marktversagen** vor. Hier können Nachhaltigkeitskooperationen einen Beitrag leisten, dieses Marktversagen zu

⁸ ErläutRV 951 BlgNR 27. GP 10.

korrigieren, dh **Umweltexternalitäten** zu reduzieren oder eine solche Reduktion kosteneffizient(er) zu gestalten.

- (14) Zunächst enthalten die BWB-Leitlinien **Klarstellungen zum sachlichen und geographischen Anwendungsbereichs**, ua durch Konkretisierung, unter welchen Voraussetzungen (Nachhaltigkeits-) Kooperationen überhaupt eine Wettbewerbsbeschränkung darstellen. Sofern von einer solchen auszugehen ist, bieten die Leitlinien Hilfestellung, wie – dh in welchen Schritten bzw anhand welcher Aspekte oder Faktoren – bei der Beurteilung einer konkreten Nachhaltigkeitskooperation vorzugehen ist. Dabei wird auch auf mögliche Vorgangsweisen zur **Quantifizierung von Effizienzgewinnen** eingegangen, welche einer Rechtfertigung zu Grunde gelegt werden können.
- (15) Ein Schwerpunkt der Leitlinien ist es, – auch im Sinne des Kriteriums der **Unerlässlichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung** (gelindestes Mittel) – wettbewerbsneutrale Arten und Wege der Kooperation, mit der (auch) Nachhaltigkeits- und Klimaschutzziele verfolgt werden, aufzuzeigen, die vielfach keiner Rechtfertigung nach § 2 Abs 1 KartG (bzw. auch Art 101 Abs 3 AEUV) bedürfen.
- (16) Nachhaltigkeitskooperationen mögen des Weiteren auch **wirtschaftliche Effizienzgewinne** generieren, an welchen die Verbraucher am Markt angemessen beteiligt werden, sodass auch bei nicht vermeidbaren Wettbewerbsbeschränkungen ein Rückgriff auf die Nachhaltigkeitsausnahme zur kartellrechtlichen Rechtfertigung nicht immer erforderlich ist.
- (17) Dies entspricht auch der Erfahrung der BWB sowie der meisten übrigen europäischen Wettbewerbsbehörden, wonach das Kartellrecht schon bisher in vielen Konstellationen die Verwirklichung echter Nachhaltigkeitskooperationen durchaus zugelassen hat.
- (18) Die vorliegenden Leitlinien sollen somit primär im Wettbewerb stehenden Unternehmen, welche eine Zusammenarbeit zur Entwicklung oder Verbesserung von Produkten beabsichtigen, die einen Beitrag zur Erreichung von Nachhaltigkeitszielen leistet, ohne (potentiell) zwischenstaatliche Wirkungen zu entfalten, die gebotene **Selbstbeurteilung** hinsichtlich der Zulässigkeit solcher Vorhaben ermöglichen. Die Leitlinien leisten damit – ohne rechtlich verbindlich zu sein – einen Beitrag zur **Rechtssicherheit**, indem sie die behördliche Auslegung der Rechtsgrundlagen und damit deren Vollzug vorhersehbar machen.

- (19) Neben dem in den erläuternden Bemerkungen bereits explizit verankerten Ausschluss der Freistellung von Kernverstößen,⁹ werden auch Kooperationen mit unklaren, bzw bloß geringfügigen, ökologischen Vorteilen die Voraussetzungen der neuen Nachhaltigkeitsausnahme in der Regel nicht erfüllen. Im Gegensatz hierzu sind Kooperationen zwischen Wettbewerbern, welche zu wesentlichen ökologischen Vorteilen führen, die nachvollziehbar und (dauerhaft) überprüfbar dargelegt werden können, deutlich besser geeignet, die Kriterien des § 2 Abs 1 KartG zu erfüllen.
- (20) Trotz der in den BWB-Leitlinien niedergelegten Kriterien dürfen die **Umstände des jeweiligen Einzelfalls** nicht außer Acht gelassen werden. Hierzu wird auf die von der BWB in vielen Bereichen seit Jahren bestehende **Praxis der offenen Tür** zu Fragen der Anwendbarkeit kartellrechtlicher Regelungen hingewiesen. Sollte eine abschließende Klärung anhand der nachfolgend dargestellten Kriterien in Selbstbeurteilung nicht möglich sein, sollte rechtzeitig vor geplanter Umsetzung einer Nachhaltigkeitskooperation mit der BWB Kontakt zwecks Erörterung aufgenommen werden.
- (21) Bei ausreichender Klärung des Sachverhalts kann die BWB eine informelle Einschätzung auf Basis der vorgelegten Unterlagen gem § 2 Abs 5 WettbG treffen. Eine derartige **Mitteilung der Rechtsansicht der BWB** steht unter dem Vorbehalt neu auftretender Erkenntnisse und entfaltet keine Bindungswirkung gegenüber anderen auf nationaler bzw. europäischer Ebene zur Entscheidung berufenen Gerichten oder Behörden.

⁹ ErläutRV 951 BlgNR 27. GP 10.

1 Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen

1.1 Grundsätzliches zum Anwendungsbereich der BWB-Leitlinien

(22) Diese Leitlinien erklären, wann Unternehmen die **Nachhaltigkeitsausnahme** in § 2 Abs 1 letzter Satz KartG **zur kartellrechtlichen Rechtfertigung** einer Kooperation heranziehen können.¹⁰ Darüber hinaus werden auch weitere Möglichkeiten aufgezeigt, wie Unternehmen den Bereich der Nachhaltigkeit über geeignete Kooperationen fördern können, ohne gegen das Kartellrecht zu verstoßen.

(23) Unternehmen sollten die Nachhaltigkeitsausnahme prüfen, wenn die zu rechtfertigende Kooperation die folgenden Grundvoraussetzungen erfüllt:

- Die **unternehmerische Kooperation** zwischen (aktuellen oder potentiellen) Wettbewerbern ist grundsätzlich geeignet, **eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs** im Sinne des § 1 KartG herbeizuführen – dh die für alle Arten von Kooperationen geltenden Tatbestandselemente des § 1 KartG sind erfüllt – und fällt damit unter das Kartellverbot.
- Die Kooperation ist auf die Verwirklichung eines **ökologischen Nachhaltigkeitsziels ausgerichtet** und leistet über die entstehenden Effizienzgewinne einen **Beitrag dazu**.
- Das **Europäische Wettbewerbsrecht** kommt mangels Erfüllung des Zwischenstaatlichkeitskriteriums nicht zur Anwendung.¹¹

¹⁰ Ein grafischer Überblick findet sich in 6.3.

¹¹ Ist Zwischenstaatlichkeit gegeben, darf die parallele Anwendung nationalen Kartellrechts nicht zu vom Unionsrecht abweichenden Ergebnissen führen, d.h. die Kooperation ist primär nach den (strenger) Kriterien des Art 101 Abs 3 AEUV auf ihre Freistellungsfähigkeit zu überprüfen. Das nationale Recht (inklusive der vorliegenden Leitlinien) kann im Einzelfall daher anwendbar bleiben, so es zur gleichen Bewertung führt.

(24) Im Umkehrschluss können Unternehmen die Nachhaltigkeitsausnahme **nicht zur kartellrechtlichen Rechtfertigung heranziehen**, wenn statt den oben genannten Grundvoraussetzungen folgende Umstände vorliegen:

- Die Kooperation fördert ausschließlich **Aspekte von Nachhaltigkeit abseits ökologischer Nachhaltigkeit**, wie zB soziale Aspekte.
- Die Kooperation erfüllt das **Zwischenstaatlichkeitskriterium**, dh sie ist geeignet, den Wirtschaftsverkehr zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.¹² Das kann insbesondere bei Kooperationen der Fall sein, die ganz Österreich oder einen wesentlichen Teil des Bundesgebietes abdecken, einen Markt bzw Märkte in mehreren EU-Mitgliedsstaaten betreffen, direkt auf den grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr abzielen oder zwischen Unternehmen aus mehreren Mitgliedstaaten getroffen werden.

(25) Unternehmen können Kooperationen jeder Art jedoch auch ohne Anwendung der Nachhaltigkeitsausnahme nach den allgemein gültigen Prüfungsschritten von §§ 1 und 2 KartG bzw des Art 101 AEUV und den hierzu ergangenen Gruppenfreistellungs-VO und Leitlinien der Europäischen Kommission kartellrechtlich beurteilen bzw gegebenenfalls auch rechtfertigen.¹³

(26) Eine Heranziehung der **Nachhaltigkeitsausnahme** zur kartellrechtlichen Rechtfertigung ist zudem unter folgenden Umständen **nicht erforderlich**:

- Die Kooperation fällt nicht unter das Kartellverbot, dh sie enthält keine Wettbewerbsbeschränkung,¹⁴ oder die Kooperation beschränkt den Wettbewerb nicht spürbar oder hat einen pro-kompetitiven Hintergrund¹⁵.

¹² EuGH 9. 7. 1969, 5/69, Völk/Vervaecke, ECLI:EU:C:1969:35; vgl. *Wollmann in Jaeger/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV Art 101 AEUV, Rz 98, Rz 99, 103; EuGH 14. 7. 1981, 172/80, Züchner, ECLI:EU:C:1981:178.

¹³ Sh EK, Mitteilung der Kommission – Entwurf der Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (2022) https://ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2022-hbers_de (abgerufen am 24.05.2022), insbesondere Abschnitt 9, Nachhaltigkeitsvereinbarungen, der überarbeiteten Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit. Die finale Fassung des Entwurfs ist voraussichtlich ab 2023 gültig.

¹⁴ sh Abschnitt 3.

¹⁵ sh Abschnitt 4.

- Die Kooperation fällt zwar unter das Kartellverbot, erfüllt aber die bisherigen Ausnahmetatbestände, dh Prüfschritte, von § 2 Abs 1 KartG, insbesondere die Voraussetzung der angemessenen Verbraucherbeteiligung.

1.2 Begriffsbestimmungen für die Zwecke der Leitlinien

- (27) Die folgenden Begriffsbestimmungen erläutern bestimmte Begriffe in Zusammenhang mit der Nachhaltigkeitsausnahme.¹⁶ Die Definitionen sind insbesondere an die Terminologie der Taxonomie-Verordnung angelehnt.¹⁷
- (28) **Nachhaltige Entwicklung und Nachhaltigkeit.** Nachhaltigkeit bezieht sich auf eine Entwicklung, bei der vorausschauend und rücksichtsvoll mit Ressourcen umgegangen wird. Ziel einer nachhaltigen Entwicklung ist, die gegenwärtig verfügbaren Ressourcen auf eine Weise zu verbrauchen und zu nutzen, sodass die Bedürfnisse der heutigen als auch künftiger Generationen befriedigt werden können.¹⁸ Im weiten Sinne umfasst eine solche nachhaltige Entwicklung mehrere Dimensionen, zu welchen – neben einer ökologischen – auch eine wirtschaftliche und eine soziale Dimension zählen können.¹⁹
- (29) **Ökologische Nachhaltigkeit und ökologische (Nachhaltigkeits)Vorteile.** Ökologische Nachhaltigkeit im Sinn des § 2 Abs 1 KartG umfasst insbesondere den Übergang zu einer Kreislaufwirtschaft, die Vermeidung und Verminderung von Umweltschäden, den Schutz sowie die Wiederherstellung der Biodiversität und der Ökosysteme sowie die nachhaltige Nutzung und den Schutz von Wasserressourcen.²⁰

¹⁶ Das Gesetz und die Erläuterungen verwenden zahlreiche Begriffe, für die es keine gesetzlichen Definitionen gibt, so insbesondere in § 2 Abs 1 letzter Satz KartG: „Die Verbraucher sind auch dann angemessen beteiligt, wenn der Gewinn, der aus der Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder der Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts entsteht, zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft wesentlich beiträgt.“

¹⁷ 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 („Taxonomie-Verordnung“).

¹⁸ EK COM(2016) 739 final, *Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen - Auf dem Weg in eine nachhaltige Zukunft Europäischen Nachhaltigkeitspolitik*, S 2.

¹⁹ Vereinte Nationen A/RES/70/01, *Resolution der Generalversammlung verabschiedet am 25. September 2015 - Transformation unserer Welt: die Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung*.

²⁰ Erwägungsgrund 23 und Art 9 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 („Taxonomie-Verordnung“); ErläutRV 951 BlgNR 27. GP; Zwischen den

Ökologische Nachhaltigkeit umfasst jedenfalls auch den Klimaschutz; das Hauptaugenmerk klimaschützender Maßnahmen liegt dabei auf der Reduktion von Emissionen in der Erdatmosphäre.²¹ Fördern Gegebenheiten eine oder mehrere dieser Aspekte ökologischer Nachhaltigkeit, werden sie in diesen Leitlinien als ökologische Vorteile bezeichnet.

- (30) **Kreislaufwirtschaft.** Kreislaufwirtschaft bezeichnet ein Wirtschaftssystem, bei dem Produkte, Materialien und andere Ressourcen durch effiziente Nutzung so lange wie möglich im Umlauf bleiben, und es durch Verbesserungen in Produktion und Verbrauch zu einer Minderung von Abfall, negativer Umweltauswirkungen sowie Freisetzung gefährlicher Stoffe kommt.²² Maßnahmen, die den Übergang zu einer Kreislaufwirtschaft fördern, sind bspw die Förderung der Reparatur- und Recyclingfähigkeit von Produkten oder die verstärkte Nutzung von Sekundärrohstoffen.²³
- (31) **Umweltschäden.** Als umweltschädigend gilt durch menschliches Handeln direkt oder indirekt bewirktes Zuführen von Schadstoffen in Luft, Wasser oder Boden.²⁴ Unter Umweltschäden sind nicht nur bereits herbeigeführte Umweltbelastungen und -verschmutzungen zu verstehen, sondern auch das bloße Schaffen der Bedingungen für eine Belastung;²⁵ jedoch unter der Voraussetzung, dass eine unmittelbare Gefahr für einen Schaden besteht und dass dieser mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft eintreten wird.²⁶
- (32) **Biodiversität.** Biodiversität umfasst drei Dimensionen: die Vielfalt von Ökosystemen, die Vielfalt von Arten sowie die genetische Vielfalt innerhalb einer

verschiedenen Unterbereichen ökologische Nachhaltigkeit kann es zu Übertragungseffekten kommen. Eine klimaschützende Maßnahme kann zB sich in weiterer Folge positiv auf die Biodiversität auswirken.

²¹ ErläutRV 951 BlgNR 27. GP.

²² vgl. Art 2 Abs 9 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 ("Taxonomie-Verordnung").

²³ ErläutRV 951 BlgNR 27. GP.

²⁴ Art 2 Abs 12 lit a 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 ("Taxonomie-Verordnung").

²⁵ EK 2014/C 200/0, *Mitteilung der Kommission — Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020*, Rn 19, 27.

²⁶ vgl. § 4 Abs 3 Bundesgesetz über Umwelthaftung zur Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden („Bundes-Umwelthaftungsgesetz“ ; „B-UHG“).

Art.²⁷ Zu den Faktoren, die einen Verlust von Biodiversität begünstigen können, zählen Veränderungen bei der Land- und Gewässernutzung, übermäßige Ressourcennutzung, Klimawandel, Umweltverschmutzung und die Verbreitung invasiver gebietsfremder Arten.²⁸

- (33) **Ökosystem.** Ökosystem bezeichnet das Zusammenwirken von Pflanzen-, Tier- und Mikroorganismengemeinschaften und ihrer abiotischen Umwelt, sodass diese eine funktionelle Einheit bilden.²⁹
- (34) **Klimaschutz.** Unter Klimaschutz ist die Vorgehensweise zu verstehen, die anstrebt, den Anstieg der durchschnittlichen Erdtemperatur deutlich unter 2 °C zu halten und auf 1,5 °C über dem vorindustriellen Niveau zu begrenzen.³⁰
- (35) **Klimaneutralität.** Im Allgemeinen bedeutet Klimaneutralität, dass das Klima durch einen Prozess oder eine Tätigkeit nicht beeinflusst wird. Das Klima gilt als nicht beeinflusst, wenn ein solcher Prozess oder eine solche Tätigkeit entweder keine Emissionen an die Atmosphäre abgeben, oder die abgegebenen Emissionen vollständig kompensiert werden und es damit insgesamt zu keinem Emissionsanstieg kommt (Netto-null-Emission).
- (36) **Nachhaltigkeitskooperation.** Eine unternehmerische Kooperation, deren Hauptziel in der Erreichung einer stärker am Gedanken der Nachhaltigkeit orientierten Erzeugung oder Verteilung von Waren oder Erbringung von Dienstleistungen liegt. Umfasst sind dabei Vereinbarungen, die im Sinne dieser Leitlinien einen Beitrag zu ökologischer Nachhaltigkeit bzw. Klimaneutralität bezwecken.
- (37) **Unternehmerische Kooperation.** Eine unternehmerische Kooperation bezeichnet Vorhaben, bei denen die beteiligten Unternehmen eine Vereinbarung abschließen

²⁷ vgl. Art 2 Abs 15 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 ("Taxonomie-Verordnung").

²⁸ Europäische Kommission, Mitteilung der Europäischen Kommission - EU-Biodiversitätsstrategie für 2030 (2020) COM(2020) 380 final.

²⁹ Art 2 Abs 13 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 ("Taxonomie-Verordnung").

³⁰ vgl. Art 2 Abs 12 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 ("Taxonomie-Verordnung"); Art 2 Abs 1 lit a Übereinkommen von Paris BGBl III 197/2016.

oder über eine abgestimmte Verhaltensweise übereinkommen. Unternehmerische Kooperationen umfassen neben (horizontalen) Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern sowie (vertikalen) Vereinbarungen zwischen Käufern und Zulieferern, auch Beschlüsse von Vereinigungen von Unternehmern (zB Wirtschaftsverbände, Berufsorganisationen und Arbeitgeberverbände).

ENTWURF

2 Grundsätzliches zur kartellrechtlichen Beurteilung von Unternehmenskooperationen

(38) Dieser Abschnitt behandelt die kartellrechtliche Beurteilung von Kooperationen, die unter das Kartellverbot gem § 1 KartG fallen. Überblicksartig sei an dieser Stelle zusammengefasst:

2.1 Das Kartellverbot in § 1 KartG

§ 1. (1) Verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmern, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken (Kartelle).

(39) Unternehmen ist es nach § 1 Abs 1 KartG grundsätzlich untersagt, **Vereinbarungen** einzugehen, die den Wettbewerb beschränken. Unwesentlich ist dabei, ob es sich um eine schriftliche Vereinbarung oder um mündliche Absprachen handelt. Auch ein Informationsaustausch kann prinzipiell schon negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, und damit einen möglichen Verstoß gegen das KartG darstellen. Ebenso ist jede Form einer „abgestimmten Verhaltensweise“, also einer Fühlungnahme, welche sich noch nicht zum Abschluss einer förmlichen Willensübereinkunft verdichtet hat, erfasst.

(40) Insbesondere verboten ist es Vereinbarungen einzugehen, die sogenannte **Kernbeschränkungen** beinhalten. Zu den Kernbeschränkungen nach § 1 Abs 2 KartG zählen vor allem Preis-, Mengen-, und Gebietsabsprachen sowie verbindliche Preisempfehlungen und dergleichen. Bei Kernbeschränkungen handelt es sich in aller Regel um bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen, welche bereits objektiv geeignet sind, eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs herbeizuführen und daher ihrem

Wesen nach als schädlich für den Wettbewerb anzusehen sind. Aus diesem Grund ist eine weitere Prüfung der Spürbarkeit oder der konkreten Auswirkungen solcher Vereinbarungen nicht erforderlich. Auch die Novelle sieht diesbezüglich **keine Änderungen** vor, somit bleiben auch Nachhaltigkeitskooperationen, die Kernbeschränkungen, also etwa bloße Preis- oder Gebietsabsprachen beinhalten, verboten.³¹

- (41) Gemäß der Rechtsprechung des EuGH können Vereinbarungen aber außerhalb des Anwendungsbereichs von Artikel 101 AEUV fallen, wenn die fraglichen wettbewerbswidrigen Beschränkungen eine **Nebenabrede** darstellen, oder mit der Verfolgung eines legitimen Ziels verbunden bzw dafür notwendig sind.³² Eine sinngemäße Anwendung dieser Rechtsprechung auf Nachhaltigkeitskooperationen im Kontext des österreichischen Kartellrechts ist nicht ausgeschlossen, muss jedoch im Einzelfall geprüft werden.³³

2.2 Die Ausnahmeregelung in § 2 KartG

- (42) Obwohl es Unternehmen nach § 1 KartG grundsätzlich untersagt ist, eine Vereinbarung einzugehen, die den Wettbewerb beschränkt, kann eine solche unter Umständen dennoch rechtlich zulässig sein, wenn sie die **Rechtfertigungskriterien** des § 2 KartG erfüllt – unabhängig davon, ob sie unter die neue Nachhaltigkeitsausnahme (§2 Abs 1 letzter Satz KartG) fällt:

§ 2. (1) Vom Verbot nach § 1 sind Kartelle ausgenommen, die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmern

a) Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder

³¹ ErläutRV 951 BlgNR 27. GP 10.

³² EuGH C-309/99, *Wouters* ECLI:EU:C:2002:98; EuGH C-519/04, *Meca-Medina* ECLI:EU:C:2006:492; EuGH C-1/12, *OTOC* ECLI:EU:C:2013:127; EuGH C-136/12, *CNG* ECLI:EU:C:2013:489.

³³ sh zudem: EK, Mitteilung der Kommission – Entwurf der Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (2022) https://ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2022-hbers_de (abgerufen am 24.05.2022), RZ 548.

b) Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

(43) Unternehmen können somit darlegen, dass eine angestrebte Kooperation, die den Wettbewerb grundsätzlich beschränkt, die folgenden Voraussetzungen für eine Freistellung nach § 2 Abs 1 KartG kumulativ erfüllt und damit zulässig ist:

- Erzielung von **Effizienzgewinnen**,
- **angemessene Beteiligung der Verbraucher** an diesen Effizienzgewinnen,
- **Unerlässlichkeit** der Einschränkungen des Wettbewerbs,
- **keine Ausschaltung des Wettbewerbs**.

(44) Das KaWeRÄG 2021 regelt in § 2 Abs 1 letzter Satz KartG das Erfordernis der Verbraucherbeteiligung im Bereich der Nachhaltigkeitsausnahme insofern abweichend, als eine angemessene Beteiligung der Verbraucher bei Vorliegen eines wesentlichen Beitrags der Nachhaltigkeitskooperation zu einer **ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft** (unwiderleglich) gesetzlich vermutet wird.

Die Verbraucher sind auch dann angemessen beteiligt, wenn der Gewinn, der aus der Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder der Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts entsteht, zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft wesentlich beiträgt.

(45) Durch die Novellierung bleibt jedoch unverändert, dass Kooperationen von Unternehmen im Anwendungsbereich des KartG unter eine der anderen Ausnahmen nach § 2 Abs 2 KartG fallen können. Das trifft insbesondere auf Kooperationen zwischen kleinen und mittelständischen Unternehmen zu, welche vielfach bereits unter die **Regelung zu Bagatellkartellen** (Z 1) fallen dürften, solange die Kooperation keine Kernbeschränkungen beinhaltet.³⁴ Damit erübrigt sich eine Rechtfertigung über die Nachhaltigkeitsausnahme.

³⁴ Hier erwähnt seien insbesondere Kartelle, an denen Unternehmer beteiligt sind, die zueinander im Wettbewerb stehen und gemeinsam am relevanten Markt einen Anteil von nicht mehr als 10 % haben, oder Kartelle, an denen Unternehmer beteiligt sind, die nicht miteinander im Wettbewerb stehen und die jeweils am relevanten Markt einen Anteil von nicht mehr als 15 % haben, sofern sie in beiden Fällen weder die Festsetzung der Verkaufspreise, die Einschränkung der Erzeugung oder des Absatzes noch die Aufteilung der Märkte bezwecken (Bagatellkartelle).

- (46) Des Weiteren ist auf die in Z 5 leg cit enthaltene Bereichsausnahme zu Gunsten **landwirtschaftlicher** Erzeugerbetriebe, Vereinigungen landwirtschaftlicher Erzeugerbetriebe oder Vereinigungen solcher Erzeugervereinigungen hinzuweisen. Diese können Kooperationen über die Erzeugung oder den Absatz landwirtschaftlicher Erzeugnisse oder die Benutzung gemeinschaftlicher Einrichtungen für die Lagerung, Be- oder Verarbeitung landwirtschaftlicher Erzeugnisse treffen, sofern diese Kooperationen keine Preisbindung enthalten und den Wettbewerb nicht ausschließen.

3 Erlaubte

Nachhaltigkeitskooperationen ohne Wettbewerbsbeschränkung

(47) Üblicherweise stellen Kooperationen insb auch dann keine Beschränkung des Wettbewerbes dar, wenn sie keine wichtigen **Wettbewerbsparameter** wie Preis, Menge, Qualität, Innovation, Produktauswahl, oder Vertriebskanal betreffen.

(48) Des Weiteren beschränken Kooperationen den Wettbewerb regelmäßig in folgenden Konstellationen nicht: ³⁵

- Die Zusammenarbeit ist – soweit unter Wahrung von Geschäftsgeheimnissen und ohne Austausch von wettbewerbsrelevanter Information möglich – transparent und offen für andere Unternehmen.
- Die Kooperation ist insofern unverbindlich, als dass sie kein Unternehmen, unabhängig von dessen Beteiligung an der Kooperation, direkt oder indirekt zu einem bestimmten Marktverhalten verpflichtet, sodass dessen Flexibilität bzgl der wichtigen Parametern des Wettbewerbs gewahrt bleibt.
- Die Kooperation schränkt in keiner Form die Leistungsfähigkeit oder Qualität der betroffenen Produkte ein.
- Die Kooperation betrifft ein Produktmerkmal, das Verbraucher bei einer Kaufentscheidung nicht maßgeblich beeinflusst.

Praxisbeispiele

(49) Folgend werden einige Beispiele für Nachhaltigkeitskooperationen aufgelistet, die in Anlehnung an die Sichtweise der Europäischen Kommission³⁶ nach Auffassung der BWB den Wettbewerb auch im Anwendungsbereich rein nationalen Kartellrechts regelmäßig nicht beschränken, und daher auch nicht gegen das Kartellverbot verstoßen.

³⁵ Siehe auch bspw EK COMP.G.4/GM Fall AT.40178 – Pkw-Emissionen (2021).

³⁶ sh EK C(2022) 1159 final, *Annex to the Communication from the Commission - Approval of the content of a draft for a Communication from the Commission - Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements*, Abschnitt 9.2.

- Kooperationen, die die ökonomischen Aktivitäten von Wettbewerbern nicht einschränken, sondern lediglich deren **interne Verhaltenskodizes** betreffen, fallen üblicherweise nicht unter das Kartellverbot. Unternehmen, die zB die Reputation ihrer Industrie bzgl Nachhaltigkeit verbessern wollen und zu diesem Zwecke Maßnahmen vereinbaren, die etwa den Plastikgebrauch auf ihrem Unternehmensgelände, die Temperatur ihrer Bürogebäude oder die Anzahl an Papierausdrucken einschränken.
- Kooperationen von Wettbewerbern zur Erstellung einer **gemeinsamen Datenbank** bzw Liste von Zulieferern, die nachhaltige Produktionsprozesse verwenden oder nachhaltige Inputs anbieten, oder Händlern, die Produkte auf nachhaltige Weisen vertreiben, werfen oftmals – sofern sie die beteiligten Unternehmen nicht verpflichten von diesen Zulieferern zu kaufen oder über diese Händler zu verkaufen – ebenfalls keine Wettbewerbsbedenken auf.
- Kooperationen von Wettbewerbern, die die **Organisation von industrieweiten Sensibilisierungskampagnen** oder Kampagnen zur Sensibilisierung von Verbrauchern bzgl des ökologischen Fußabdruckes ihres Konsums betreffen, stellen – sofern sie auf keine gemeinsame Bewerbung bestimmter Produkte hinauslaufen – ebenso idR keine Wettbewerbsbeschränkung dar.
- Kooperationen von Wettbewerbern **zu Zwecken der Standardisierung** sind idR unproblematisch, sofern die resultierenden Standardisierungsvereinbarungen offen und nicht-exklusiv ausgestaltet sind und die Teilnahme daran freiwillig bleibt.³⁷

³⁷ Unternehmen die im Rahmen einer internationalen Standardisierungsvereinbarung kooperieren wollen, bewegen sich idR im Anwendungsbereich des Unionsrechts. Die EK sieht Standardisierungsvereinbarungen zu Nachhaltigkeitszielen allerdings unter den gleichen Voraussetzungen wie die BWB als unbedenklich an: sh EK, Mitteilung der Kommission – Entwurf der Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (2022) https://ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2022-hbers_de (abgerufen am 24.05.2022), Rz 572.

4 Wettbewerbsbeschränkende Nachhaltigkeitskooperationen

- (50) Eine unternehmerische Kooperation ist nur dann gemäß § 1 Abs 1 KartG verboten, wenn durch diese eine Wettbewerbsbeschränkung entweder bezweckt oder bewirkt wird. Eine **bezweckte Wettbewerbsbeschränkung** liegt vor, wenn eine Unternehmenskooperation schon ihrer Natur nach als schädlich für das gute Funktionieren des freien und fairen Wettbewerbs angesehen werden kann.³⁸ Eine **bewirkte Wettbewerbsbeschränkung** liegt vor, wenn eine Kooperation potentiell oder tatsächlich negative Auswirkungen auf den Wettbewerb entfaltet.³⁹
- (51) Für Nachhaltigkeitsvereinbarungen, die einer durch eine **EU-Gruppenfreistellungsverordnung** ausgenommenen Art von Kooperationsvereinbarung entsprechen, kann die entsprechende Gruppenfreistellungsverordnung unter Umständen als Hilfe für die Beurteilung beigezogen werden.⁴⁰

³⁸ EuGH C-32/11, *Allianz Hungária* ECLI:EU:C:2013:160, Rn 35; vgl. *Lager/Petsche* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, (Hrsg), KartG 2005² (2016) § 1 Rz 62.

³⁹ EuGH C-32/11, *Allianz Hungária* ECLI:EU:C:2013:160, Rn 38; vgl. *Lager/Petsche* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, (Hrsg), KartG 2005² (2016) § 1 Rz 65.

⁴⁰ VO (EU) 316/2014 der Kommission vom 21. März 2014 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen; VO (EU) 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen; VO (EU) 461/2010 der Kommission vom 27. Mai 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor; VO (EU) 1218/2010 der Kommission vom 14. Dezember 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen; VO (EU) 1217/2010 der Kommission vom 14. Dezember 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung; VO (EG) 906/2009 der Kommission vom 28. September 2009 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen zwischen Seeschiffahrtsunternehmen (Konsortien); VO (EG) 169/2009 des Rates vom 26. Februar 2009 über die Anwendung von Wettbewerbsregeln auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs.

4.1 Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen

- (52) Erfolgt eine Nachhaltigkeitskooperation im Kontext einer **bezweckten Wettbewerbsbeschränkung**, liegt eine Situation vor, in der mehrere Ziele gleichzeitig verfolgt werden: Einerseits ein (zulässiges) Nachhaltigkeitsziel und andererseits ein (prinzipiell unzulässiges) wettbewerbswidriges Ziel. Die Verfolgung mehrerer Ziele ist grundsätzlich zulässig, allerdings ist zu beurteilen, welches der verfolgten Ziele als tatsächlich und vorrangig gegeben angesehen werden kann.⁴¹
- (53) Im Rahmen dieser Beurteilung ist von den kooperationswilligen Unternehmen darzulegen, inwiefern die Kooperation das Nachhaltigkeitsziel tatsächlich verfolgt und zu welchen Auswirkungen es auf den Wettbewerb führt. Ist die Verfolgung eines Nachhaltigkeitsziels ungewiss, kann dieses in die Beurteilung nicht miteinbezogen werden.⁴² Insbesondere soll verhindert werden, dass vorgeschobene Nachhaltigkeitseffekte zur Verschleierung einer im Kern auf die Beschränkung des Wettbewerbs zielenden Kooperation (**Greenwashing**) missbraucht werden.

4.2 Bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen

- (54) Bezweckt eine unternehmerische Kooperation zwar keine Wettbewerbsbeschränkung, so kann diese dennoch verboten sein, wenn sie eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt – in diesem Fall ist also die aktuelle oder wahrscheinliche Wirkung der Kooperation zu prüfen.⁴³
- (55) Eine **bewirkte Wettbewerbsbeschränkung** liegt vor, wenn die Kooperation den Wettbewerb im betroffenen Markt in einem Maß beeinträchtigen kann, sodass mit hinreichender Wahrscheinlichkeit negative Auswirkungen auf Preise, Produktion, Innovation oder Vielfalt und Qualität der Waren und Dienstleistungen zu erwarten sind.⁴⁴ Bei der Beurteilung der Auswirkungen auf den Wettbewerb sind nicht nur

⁴¹ EuGH C-228/18, *Budapest Bank ua* ECLI:EU:C:2020:265, Rn 66, 69.

⁴² Sh analog EuGH C-307/18, *Generics (UK) u. a.* ECLI:EU:C:2020:52, Rn 107-108.

⁴³ OGH 26. 6. 2006, 16 Ok 51/05, Asphaltmischanlage II; vgl. *Lager/Petsche* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, (Hrsg), KartG 2005² (2016) § 1 Rz 64.

⁴⁴ OGH 23. 6. 2003, 16 Ok 4/03, K-Hit-Radio; OGH 26. 6. 2006, 16 Ok 51/05, Asphaltmischanlage II; vgl. *Lager/Petsche* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, (Hrsg), KartG 2005² (2016) § 1 Rz 72.

tatsächliche, sondern auch potentielle Auswirkungen der Kooperation zu berücksichtigen.⁴⁵

(56) Für die Beurteilung **potentiell negativer Auswirkungen** einer Nachhaltigkeitskooperation auf den Wettbewerb, können folgende **Kriterien** herangezogen werden:

- Der Marktanteil der von der Kooperation abgedeckten Produkte.
- Der verbleibende Wettbewerb durch von der Kooperation nicht betroffenen Produkte.

(57) Zu berücksichtigen ist allerdings, dass eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung – um unter das Kartellverbot zu fallen – spürbar sein muss um unter das Kartellverbot zu fallen. Unter dem Kriterium der **Spürbarkeit** ist zu verstehen, dass sich die Beschränkung nicht nur geringfügig oder unbedeutend auf den Wettbewerb auswirkt.⁴⁶ Deckt eine Nachhaltigkeitskooperation nur einen geringen Teil des Marktes ab, und bestehen sowohl nachhaltige, als auch nicht nachhaltige Produktalternativen, wird idR nicht davon auszugehen sein, dass die Kooperation spürbare negative Effekte auf den Wettbewerb mit sich bringt.

⁴⁵ OGH 26. 6. 2006, 16 Ok 51/05, Asphaltmischanlage II; vgl. *Lager/Petsche* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, (Hrsg), KartG 2005² (2016) § 1 Rz 74.

⁴⁶ *Lager/Petsche* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, (Hrsg), KartG 2005² (2016) § 1 Rz 76.

5 Rechtfertigung einer wettbewerbsbeschränkenden Nachhaltigkeitskooperation

5.1 Möglichkeiten der Rechtfertigung

- (58) Unternehmen können eine **wettbewerbsbeschränkende Nachhaltigkeitskooperation** unter den Voraussetzungen des § 2 Abs 1 KartG kartellrechtlich rechtfertigen. Das kann wahlweise unter Heranziehung der (bisherigen) Prüfschritte in § 2 Abs 1 KartG oder der auch unter Heranziehung der Nachhaltigkeitsausnahme, dh zusätzlich über § 2 Abs 1 letzter Satz KartG erfolgen.
- (59) Die **bisherigen Prüfschritte**⁴⁷, können insbesondere dann zur Rechtfertigung herangezogen werden, wenn durch die Nachhaltigkeitskooperation ohnehin **Effizienzgewinne** entstehen, an denen **die Verbraucher am Markt angemessen beteiligt** werden, die wie zB Produktionskosteneinsparungen aber **nicht in Zusammenhang mit ökologischen Vorteilen** stehen.⁴⁸ Nachhaltigkeitskooperationen mögen allerdings – zumindest kurzfristig – eher zu Produktionskostenerhöhungen als -einsparungen führen, sodass eine derartige Rechtfertigung nicht immer möglich sein wird.
- (60) Das Prüfschema der **Nachhaltigkeitsausnahme** hingegen kann zur Rechtfertigung genutzt werden, wenn durch die Nachhaltigkeitskooperation **Effizienzgewinne aus ökologischen Vorteilen** entstehen. Eine angemessene Beteiligung der Verbraucher ist dann unter Umständen ex-lege anzunehmen.

⁴⁷ siehe Abschnitt 2.

⁴⁸ Auch Effizienzgewinne aus ökologischen Vorteilen können in den bisherigen Prüfschritten von § 2 Abs 1 KartG berücksichtigt werden, sofern Verbraucher an ihnen angemessen beteiligt werden; siehe dazu EK, Mitteilung der Kommission – Entwurf der Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (2022) https://ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2022-hbers_de (abgerufen am 24.05.2022), RZ 609.

Bei innerösterreichischen Kooperationen, können sich Unternehmen in solchen Fällen dennoch dafür entscheiden, die Nachhaltigkeitsausnahme anstatt der bisherigen Prüfschritte zur Rechtfertigung nutzen; zB wenn deren Voraussetzungen einfacher nachweisbar sind.

(61) Das Prüfschema für die Nachhaltigkeitsausnahme umfasst **fünf Voraussetzungen**, die **kumulativ** erfüllt sein müssen:

1. Die Kooperation führt zu Effizienzgewinnen.
2. Die Effizienzgewinne leisten einen Beitrag zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft.
3. Dieser Beitrag zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft ist wesentlich.
4. Die durch die Kooperation auferlegten Beschränkungen sind unerlässlich für die Verwirklichung der Effizienzgewinne.
5. Durch die Kooperation wird nicht die Möglichkeit eröffnet, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

(62) Aus verfahrensökonomischen Gründen prüft die BWB in der Praxis die vierte Voraussetzung (Unerlässlichkeit) vor der zweiten (ökologische Nachhaltigkeit).⁴⁹ Enthält eine Kooperation Beschränkungen, die für die Verwirklichung der Effizienzgewinne nicht notwendig sind, verstößt sie jedenfalls gegen das Kartellrecht und kann nicht gem § 2 KartG gerechtfertigt werden. Des Weiteren können nur Effizienzgewinne in die Beurteilung einbezogen werden, für deren Verwirklichung die Kooperation funktionsnotwendig ist – die also nicht mit weniger restriktiven Mitteln erreicht werden können.

5.2 Prüfschema der Nachhaltigkeitsausnahme

5.2.1 Effizienzgewinne

(63) Erstens müssen die beteiligten Unternehmen zeigen, dass die Kooperation zu einer **Verbesserung** der Warenerzeugung oder -verteilung, oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beiträgt, dh zu einem **Effizienzgewinn** führt. Ein Effizienzgewinn meint eine verbesserte Nutzung knapper Ressourcen,⁵⁰ sodass sich die **gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt** erhöht.⁵¹ Eine bloße Umverteilung

⁴⁹ sh auch EK (2004/C 101/08), *Bekanntmachung der Kommission — Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag*, Rz 39.

⁵⁰ sh *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht Band 1 - Kommentar zum Europäischen Kartellrecht⁶(2019), Rz129-135.

⁵¹ Bringt eine Kooperation eine Verbesserung wie eine Kosteneinsparung mit sich, ist in der Regel davon auszugehen, dass sie die Gesamtwohlfahrt erhöht. Denn jede Schlechterstellung der Verbraucher durch die

von Wohlfahrt zwischen Erzeugern und Verbrauchern stellt keine Verbesserung und damit keinen Effizienzgewinn dar. Ein Effizienzgewinn kann **monetär** erfolgen, zB in Form einer Kosteneinsparung, oder **nicht-monetär**, zB in Form von Innovation oder aus ökologischen Vorteilen wie der Reduktion von Umweltschäden.

- (64) Grundsätzlich können auch Effizienzgewinne miteinbezogen werden, die sich **nicht zeitnah** zum Kooperationsbeginn realisieren, ua solche für spätere Generationen. Das kann bspw bei drohenden **irreversiblen Umweltschäden** sachgerecht sein. Im Regelfall sollte der Zeithorizont, in dem der Effizienzgewinn eintritt, jedoch sicher oder zumindest absehbar sein.
- (65) Effizienzgewinne müssen jedenfalls schlüssig dargelegt werden und können nicht einfach angenommen werden. Sie müssen auch objektiv, konkret und überprüfbar sein. Wenn die mutmaßliche Effizienz bspw in einer Produktverbesserung besteht, müssen die beteiligten Unternehmen belegen, welches Produktmerkmal sich verbessert. Handelt es sich bei dem geltend gemachten Effizienzgewinn bspw um die Verringerung der Wasserverschmutzung, müssen die beteiligten Unternehmen erklären, wie genau die Kooperation zur Verringerung der Wasserverschmutzung beiträgt, und in welchem ggf. geschätzten Umfang sowie unter welchem Zeithorizont Effizienzgewinne eintreten.
- (66) Darüber hinaus kann es notwendig sein, Effizienzgewinne in Geldeinheiten auszudrücken. Die exakte Höhe der Effizienzgewinne bzw deren Wertes muss allerdings nicht immer beziffert werden, siehe dazu 5.2.4. und 6.2.

5.2.2 Unerlässlichkeit der Beschränkungen des Wettbewerbs

- (67) Zweitens müssen die beteiligten Unternehmen zeigen, dass die Kooperation **ausschließlich Beschränkungen** enthält, die für die Verwirklichung **aller vorgebrachten Effizienzgewinne unerlässlich** sind. Dem zu Grunde liegt das Prinzip der Verhältnismäßigkeit.

Wettbewerbsbeschränkung stellt in der Regel gleichzeitig eine Besserstellung der Erzeuger im selben Ausmaße dar. Der Nettoeffekt der Kooperation ist dann aufgrund der Kosteneinsparung positiv, sofern Verbraucher nicht vermehrt aufhören das Produkt zu kaufen. Ein Rückgang der Menge nämlich, ist keine reine Umverteilung, es kommt auch zu einem Wohlfahrtverlust (Harberger Dreieck). Bei Kooperationen die keine Kernbeschränkungen enthalten ist aber im Regelfall davon auszugehen, dass sie zu keinen substantiellen Mengenreduktionen führen.

(68) Daraus folgt, dass Unternehmen zeigen müssen, dass es keine Möglichkeit gibt, die Kooperation auf eine Weise durchzuführen, die die Effizienzgewinne verwirklicht, aber den Wettbewerb weniger beschränkt.

(69) Zeigen die kooperierenden Unternehmen hingegen **lediglich**, dass die Wettbewerbsbeschränkungen unerlässlich sind, um die Effizienzgewinne **kosteneffizienter** als ohne die Kooperation zu verwirklichen, so sind die bisherigen Prüfschritte in § 2 Abs 1 KartG,⁵² inklusive des Nachweises der **angemessenen Beteiligung** der Verbraucher, anzuwenden.

(70) Konkret ist die Unerlässlichkeit der Beschränkungen anhand der folgenden Parameter zu prüfen:

- **Mitnahmeeffekte:** Besteht ein offensichtlicher Anreiz der Unternehmen, auch ohne Kooperation eine Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung, bzw eine Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts mit ökologischen Vorteilen umzusetzen, können im Rahmen der Nachhaltigkeitsausnahme nur ökologische Vorteile und daraus resultierende Effizienzgewinne einbezogen werden, die sich nicht ohnehin unter Wettbewerbsbedingungen einstellen würden. Zielt eine wettbewerbsbeschränkende Kooperation bspw nur darauf ab, **gesetzliche Mindestanforderungen** zu erfüllen, und bietet darüber hinaus keine weiteren ökologischen Vorteile, ist die Voraussetzung der Unerlässlichkeit nicht erfüllt, da die beteiligten Unternehmen ohnehin verpflichtet sind, Maßnahmen zu ergreifen, um die gesetzlichen Anforderungen zu erfüllen. Unternehmen können jedoch nachweisen, dass es sich bei den vorgebrachten Effizienzgewinnen nicht um Mitnahmeeffekte handelt, wenn sie schlüssig darlegen können, dass sich die gesetzlichen Anforderungen nicht ohne die Kooperation erfüllen lassen oder sie durch die Kooperation bspw einen erheblichen **First Mover Disadvantage** im Zusammenhang mit Trittbrettfahr-Verhalten **überwinden** können, oder positive **Spillover Effekte** auf unbeteiligte Unternehmen **auslösen**.
- **Angemessene Dauer:** Die Dauer der Kooperation ist anzugeben und darf nicht über die Zeitspanne hinausgehen, die nach objektiven Maßstäben voraussichtlich notwendig ist, um die ökologischen Vorteile zu verwirklichen.
- **Angemessener Umfang:** Die Kooperation darf keine zusätzlichen Nebenabreden enthalten, die für die Verwirklichung der ökologischen

⁵² sh 5.2.2.

Vorteile nicht unerlässlich sind. Das gilt auch dann, wenn die Hauptbestimmungen der Kooperation unerlässlich für die Verwirklichung der ökologischen Vorteile sind.

5.2.3 Beitrag zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft

(71) Drittens müssen die beteiligten Unternehmen zeigen, dass der aus der Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung, bzw. Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts entstehende **Effizienzgewinn** zu einer **ökologisch nachhaltigen** oder klimaneutralen Wirtschaft **beiträgt**, dh sich aus ökologischen Vorteilen ergibt.⁵³ Ist das der Fall, ist anzunehmen, dass der entstehenden Effizienzgewinn auch der **Allgemeinheit** zu Gute kommt.⁵⁴

(72) Ein Beitrag zur ökologischen Nachhaltigkeit iSd § 2 Abs 1 letzter Satz KartG liegt insbesondere vor, wenn der aus der Kooperation entstehende Effizienzgewinn zu folgenden **ökologischen Nachhaltigkeitszielen** beiträgt:

- Klimaschutz,
- Anpassung an den Klimawandel,
- Übergang zu einer Kreislaufwirtschaft,
- Verminderung von Umweltverschmutzung,
- Vermeidung von Umweltschäden
- Schutz bzw Wiederherstellung von Biodiversität und Ökosystemen,
- Unterstützung der nachhaltigen Nutzung und des Schutzes von Meeres- und Wasserressourcen.

(73) Die beteiligten Unternehmen müssen nachvollziehbar darlegen,

- **welchem Nachhaltigkeitsziel** die Kooperation dient, dh welches Ergebnis erzielt werden soll⁵⁵,
- dass sich die Kooperation zur Verwirklichung dieses Nachhaltigkeitsziels **eignet**,

⁵³ Unerheblich ist dabei, ob diese Effizienzgewinne am Markt entsteht, der von der Wettbewerbsbeschränkung durch die Kooperation direkt betroffen ist, oder auf anderen Märkten.

⁵⁴ Grundsätzlich können Effizienzgewinne der Allgemeinheit auch dann zu Gute kommen, wenn sie außerhalb von Österreich realisiert werden.

⁵⁵ vgl Rz 72.

- wie und in welcher **Form** die Kooperation zur Verwirklichung dieses Nachhaltigkeitsziels beiträgt⁵⁶,
- in welchem **Zeitraum** sich das Nachhaltigkeitsziel verwirklichen lässt, sowie
- dass durch die Kooperation im Sinne des **Do No Significant Harm**-Prinzips keine zusätzlichen Umweltschäden entstehen oder gegen etwaige Umweltverbesserungen aufgewogen werden. Ist neben einer signifikanten Verbesserung in einem Bereich der ökologischen Nachhaltigkeit eine signifikante Verschlechterung in einem anderen Bereich zu erwarten, so erfüllt die unternehmerische Kooperation die Voraussetzung eines Beitrags zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft nicht.⁵⁷

(74) Welche im Rahmen einer unternehmerischen Kooperation getroffene Maßnahmen einen Beitrag zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft leisten können, wird anhand der genannten sechs Nachhaltigkeitsziele nachfolgend genauer erläutert.

(75) **Beitrag zum Klimaschutz.** Ein Beitrag zum Klimaschutz kann vorliegen, wenn Treibhausgasemissionen vermieden oder verringert werden, bzw. emittierte Treibhausgase gespeichert werden.⁵⁸ Eine Kooperation über gemeinsamen Vertrieb etwa kann Transportwege und damit CO₂ einsparen.⁵⁹ Falls die beteiligten Unternehmen allerdings einem *cap-and-trade* System, wie dem *EU ETS System* unterliegen, ist zu berücksichtigen, dass jede Emissionsreduktion auch Emissionszertifikate einspart, sodass diese Zertifikate anderwärtig eingesetzt werden können und der CO₂-Ausstoß damit in Summe gleichbleibt (Wasserbett-Effekt).

(76) **Beitrag zur Anpassung an den Klimawandel.** Ein Beitrag zur Anpassung an den Klimawandel kann vorliegen, wenn Anpassungsmöglichkeiten entwickelt bzw umgesetzt werden, die das Risiko nachteiliger Auswirkungen auf das gegenwärtige und auf das erwartete künftige Klima erheblich verringern.⁶⁰

⁵⁶ Die Verfolgung des Nachhaltigkeitsziels sollte nicht ungewiss sein: Siehe analog Rechtssache C-307/18 *Generics (UK)* u. a. ECLI:EU:C:2020:52, Rn. 108.

⁵⁷ 951 der Beilagen XXVII. GP - Regierungsvorlage - Erläuterungen zu § 2 Abs 1

⁵⁸ vgl Art 10

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 ("Taxonomie-Verordnung").

⁵⁹ sh auch: ErläutRV 951 BlgNR 27. GP.

⁶⁰ vgl Art 11

- (77) **Beitrag zum Übergang zur Kreislaufwirtschaft.** Ein Beitrag zum Übergang zur Kreislaufwirtschaft kann vorliegen, wenn die Haltbarkeit, Reparaturfähigkeit, Nachrüstbarkeit, Wiederverwendbarkeit, Recyclingfähigkeit oder Art der Bereitstellung von Produkten verbessert wird, und es damit zu einem verringerten Ressourcenverbrauch kommt. Ein solcher Beitrag kann ebenso vorliegen, wenn die Erzeugung oder Verbrennung von Abfall verringert, oder die Wiederverwendung und das Recycling von Abfällen verbessert wird. Auch eine Verringerung von gefährlichen Stoffen in Materialien und Produkten kann zum Übergang zur Kreislaufwirtschaft beitragen.⁶¹
- (78) **Beitrag zur Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung.** Ein Beitrag zur Vermeidung und Verminderung von Umweltverschmutzung kann vorliegen, wenn die Luft-, Wasser- oder Bodenqualität in einer Weise verbessert wird, sodass nachteilige Auswirkungen auf die Umwelt oder Risiken solcher Auswirkungen vermindert werden. Auch eine Vermeidung bzw. Verringerung nachteiliger Auswirkungen auf die Umwelt bei der Herstellung, Verwendung und Beseitigung von Materialien, Stoffen und Produkten kann einen Beitrag zur Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung leisten.⁶²
- (79) **Beitrag zum Schutz und zur Wiederherstellung der Biodiversität und der Ökosysteme.** Ein Beitrag zum Schutz und zur Wiederherstellung der Biodiversität kann vorliegen, wenn die Natur und die Biodiversität durch die Erreichung eines günstigen Erhaltungszustands von natürlichen und naturnahen Lebensräumen und Arten erhalten wird, oder wenn eine Verschlechterung des günstigen Erhaltungszustands vermieden wird.
- (80) **Beitrag zur nachhaltigen Nutzung und zum Schutz von Wasser- und Meeresressourcen.** Ein Beitrag zur nachhaltigen Nutzung und zum Schutz von Wasser- und Meeresressourcen kann vorliegen, wenn der Umweltzustand von Gewässern verbessert bzw. eine Verschlechterung vermieden wird. Ein solcher Beitrag

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 ("Taxonomie-Verordnung").

⁶¹ vgl. Art 13 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 ("Taxonomie-Verordnung").

⁶² vgl. Art 14 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 ("Taxonomie-Verordnung").

kann bspw in Maßnahmen zur Wiederverwendung von Wasser oder in der Verringerung von bedenklichen Kontaminanten (Arzneimittel, Mikroplastik, Nitrat, etc) bestehen.⁶³

5.2.4 Wesentlichkeitskriterium

- (81) Viertens müssen die beteiligten Unternehmen zeigen, dass der aus der Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung, bzw. Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts entstehende Effizienzgewinn **wesentlich** zu einer ökologisch nachhaltigen Wirtschaft beiträgt. Dafür ist eine **Abwägung positiver und negativer Effekte** der Kooperation nötig, die Effizienzgewinne aus ökologischen Vorteilen **vollständig**, dh aus dem Blickwinkel der Allgemeinheit, miteinbezieht.⁶⁴ Von einer **angemessenen Beteiligung** der Verbraucher ist dann **auszugehen**.
- (82) Einerseits fügt sich die Nachhaltigkeitsausnahme damit in die bisherige ständige Rechtsprechung und -praxis zu § 2 Abs 1 KartG bzw Art 101 AEUV ein, die ebenfalls eine Abwägung der positiven und negativen Effekte einer Kooperation vorsehen.⁶⁵
- (83) Andererseits ermöglicht die Nachhaltigkeitsausnahme eine Rechtfertigung wettbewerbsbeschränkender Nachhaltigkeitskooperationen, die zwar erhebliche Effizienzgewinne aus ökologischen Vorteilen verwirklichen, aber deren positive Auswirkungen **auf die Verbraucher des betroffenen Marktes alleine** nicht ausreichen, um die negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb am Markt auszugleichen, wie in den bisherigen Prüfschritten nach § 2 Abs 1 KartG vorausgesetzt.

⁶³ vgl Art 12 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 ("Taxonomie-Verordnung").

⁶⁴ Wenn sich die Gruppe der Verbraucher am betroffenen Markt mit der Allgemeinheit substantiell überlappt, können Effizienzgewinne aus ökologischen Vorteilen auch bei den bisherigen Prüfschritten nach § 2 Abs 1 KartG vollständig miteinbezogen werden. Siehe dazu die Leitlinien der Kommission RZ 602f. Das Prüfschema der Nachhaltigkeitsausnahme setzt eine solche Überlappung nicht voraus.

⁶⁵ Die bisherigen Prüfschritte des § 2 Abs 1 KartG setzten voraus, dass Verbraucher am Markt angemessen beteiligt werden, was nach ständiger Praxis der EK bedeutete, dass die positiven Auswirkungen auf die Verbraucher des betroffenen Marktes, die negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb am betroffenen Markt mindestens ausgleichen müssen: siehe EK (2004/C 101/08), *Bekanntmachung der Kommission — Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag*, Rz 85; 90-91; EuG T-29/92, *SPO and others v Commission* ECLI:EU:T:1995:34.

- (84) Der aus der Kooperation entstehende Effizienzgewinn trägt dann **wesentlich** zu einer ökologisch nachhaltigen Wirtschaft bei, wenn die **Effizienzgewinne** aus **ökologischen Vorteilen** die durch die Kooperation verwirklicht werden, die negativen Auswirkungen der Kooperation auf den **Wettbewerb** am betroffenen Markt **mindestens ausgleichen**.
- (85) Diese Abwägung der positiven und negativen Effekte einer Kooperation stellt sicher, dass die **Effizienzgewinne** aus **ökologischen Vorteilen** in einem angemessenen Verhältnis zur wettbewerbsbeschränkenden Wirkung der Kooperation stehen.⁶⁶ Besonders starke Wettbewerbsbeschränkungen bedürfen daher auch besonders hoher Effizienzgewinne aus ökologischen Vorteilen.
- (86) Sind die Effizienzgewinne aus ökologischen Vorteilen **kleiner** als die negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb am betroffenen Markt, tragen sie **nicht wesentlich** zu einer ökologisch nachhaltigen Wirtschaft bei und eine Rechtfertigung der Kooperation über die Nachhaltigkeitsausnahme ist nicht möglich.
- (87) Eine **Abwägung der positiven und negativen Effekte** einer Kooperation kann quantitativ oder qualitativ erfolgen. Eine quantitative Abwägung ist notwendig, wenn das Verhältnis zwischen Wettbewerbsbeschränkung und Effizienzgewinnen aus ökologischen Vorteilen vorab nicht eindeutig ist. Dann müssen Unternehmen sowohl den Effekt der Wettbewerbsbeschränkung als auch die exakte Höhe der ökologischen Vorteile und des daraus resultierenden Effizienzgewinnes schätzen. Bei qualitativen Effizienzgewinnen und qualitativen Wettbewerbsbeschränkungen kann es des Weiteren notwendig sein, sie annäherungsweise in Geldbeträge zu übersetzen, um sie in derselben Einheit vergleichen zu können. Das betrifft etwa Verbesserung der Wasser- und Luftqualität oder Einschränkungen des Produktsortiments.
- (88) Ist nur ein Teilaspekt der Abwägung unsicher, kann der Aufwand für die beteiligten Unternehmen entsprechend eingeschränkt werden. Ist etwa die Wettbewerbsbeschränkung unbestritten klein, aber der Wert eines qualitativen Effizienzgewinnes aus ökologischen Vorteilen unklar, kann es genügen, dass Unternehmen lediglich letzteren quantifizieren.

⁶⁶ sh ErläutRV 951 BlgNR 27. GP;

Abstrakt formuliert könnten Verbraucher die das betroffene Produkt nicht kaufen und von der verbesserten ökologischen Nachhaltigkeit profitieren, hypothetisch die Verbraucher die es kaufen, für (Netto-)Verluste aus der Wettbewerbsbeschränkung – bspw für eine Preiserhöhung – vollständig kompensieren, und wären immer noch bessergestellt als wenn es die Kooperation nicht gäbe (Kaldor-Hicks Kriterium).

- (89) Eine rein qualitative Abwägung ist möglich, wenn das Verhältnis zwischen Wettbewerbsbeschränkung und Effizienzgewinnen aus ökologischen Vorteilen vorab eindeutig ist. Dennoch kann auch bei einer qualitativen Abwägung Zahlenmaterial helfen, die Wesentlichkeit des Beitrages zur ökologisch nachhaltigen Wirtschaft schlüssig darzulegen.

5.2.5 Keine Ausschaltung des Wettbewerbs

- (90) Fünftens müssen die beteiligten Unternehmen zeigen, dass durch die Kooperation nicht die Möglichkeit eröffnet wird, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.⁶⁷ Ungeachtet des Umfangs der Effizienzgewinne, muss ein gewisses Maß an **Restwettbewerb** auf dem betroffenen Markt fortbestehen.⁶⁸
- (91) Bei der Beurteilung müssen die den beteiligten Unternehmen auferlegten Wettbewerbsbeschränkungen analysiert und das Ausmaß des bestehenden Wettbewerbs untersucht werden. Insbesondere spielt dabei die Veränderung der Interaktionen zwischen den beteiligten Unternehmen, die Intensität des Wettbewerbs und der Umfang des potenziellen Wettbewerbs eine Rolle.⁶⁹
- (92) Diese Voraussetzung kann erfüllt sein, solange die beteiligten Unternehmen in mindestens einem **wichtigen Aspekt des Wettbewerbs** weiterhin in starkem Wettbewerb stehen oder ausreichend Wettbewerb durch nicht an der Kooperation beteiligte Unternehmen existiert. Unwesentlich ist dann ob es sich um eine industrieweite Kooperation handelt oder nur einzelne Unternehmen an der Kooperation teilnehmen.
- (93) In Übereinstimmung mit der Sichtweise der Europäischen Kommission dazu einige Beispiele:
- Wenn die Kooperation bspw den Qualitäts- oder Sortenwettbewerb ausschaltet, aber den Preiswettbewerb, welcher ebenfalls ein wichtiger

⁶⁷ OGH 21. 3. 2007, 16 Ok 12/06, Haftungsverbund II.

⁶⁸ vgl. *Lager/Petsche in Petsche/Urlesberger/Vartian*, (Hrsg), KartG 2005² (2016) § 2, Rz 28-29; EK (2004/C 101/08), *Bekanntmachung der Kommission — Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag*, Rz 105.

⁶⁹ *Jones/Sufrin/Dunne Jones, Jones & Sufrin's EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, 7. Auflage, Oxford University Press, Oxford 2019, 273.

Parameter für den Wettbewerb in dem betroffenen Wirtschaftszweig ist, nicht einschränkt, kann diese (fünfte) Voraussetzung dennoch erfüllt sein.

- Wenn Wettbewerber mit einer Reihe differenzierter Produkte konkurrieren, die alle auf demselben relevanten Markt angeboten werden, bedeutet die Ausschaltung des Wettbewerbs für eine oder mehrere Produktvarianten nicht unbedingt, dass der Wettbewerb auf dem relevanten Markt ausgeschaltet wird.
- Ebenso wird der Wettbewerb zwischen den Wettbewerbern nicht ausgeschaltet, wenn sie beschließen, eine bestimmte umweltschädliche Technologie oder ein bestimmtes nicht nachhaltiges Material, Produkt oder einen Stoff bei der Herstellung ihrer Produkte nicht zu verwenden, sofern sie weiterhin über den Preis oder die Qualität des Endprodukts konkurrieren.

(94) Unwesentlich ist die Ausschaltung des Wettbewerbs für einen **begrenzten Zeitraum**, sofern diese Ausschaltung keine Auswirkungen auf die längerfristige Entwicklung des Wettbewerbs hat. Die EK nennt dafür das Beispiel, wenn eine Kooperation zwischen Wettbewerbern, die Produktion einer Produktvariante, die ein nicht nachhaltiges Material enthält, *vorübergehend* einschränkt, um ein nachhaltiges Substitut auf den Markt zu bringen, mit dem Ziel, die Verbraucher für die Eigenschaften des neuen Produkts zu sensibilisieren.

6 Prüfung in der Praxis

6.1 Empfehlungen zur kartellrechtskonformen Umsetzung einer Nachhaltigkeitskooperation

- (95) Planen Unternehmen eine Nachhaltigkeitskooperation einzugehen, sollte **vorab** und **selbständig** unter Heranziehung dieser BWB-Leitlinien – sowie auch der Leitlinien der EK – beurteilt werden, ob die Kooperation überhaupt in den Anwendungsbereich des Kartellrechts fällt; siehe 3. und 4. Kommt Kartellrecht tatsächlich zur Anwendung, ist zu prüfen, ob die Kooperation kartellrechtskonform gestaltet ist; siehe 5.
- (96) Verbleiben nach dieser Selbstbeurteilung begründete Zweifel, ist es gute Praxis, die BWB **vorab und rechtzeitig** zu kontaktieren. Die BWB kann in der Folge eine **informelle Einschätzung nach § 2 Abs 5 WettbG** abgeben.
- (97) Die BWB empfiehlt den ihr gegenüber auftretenden Initiatoren der Kooperation (zB eine Unternehmensvereinigung), eine solche informelle behördliche Einschätzung an **alle weiteren an der Kooperation beteiligten Unternehmen in der Originalversion** weiterzuleiten.
- (98) Falls die BWB eine **informelle Einschätzung** nach § 2 Abs 5 WettbG abgibt, ist diese ausschließlich für eine gegebene, eindeutige Ausgangslage gültig. Geänderte Umstände können eine Neubewertung notwendig machen. In komplexen Fällen ist eine Übermittlung von ausführlichen Informationen und Analysen an die BWB essentiell für die Beurteilung einer Kooperation; siehe 6.2.
- (99) Kommt ein Unternehmen zum Schluss, dass eine bereits aufgenommene Kooperation wider vorherigem Erwarten, zB aufgrund geänderter Umstände, nicht oder nicht mehr zweifellos kartellrechtskonform ist, kann es die BWB ebenfalls für eine – ggf erneute – informelle Einschätzung nach § 2 Abs 5 WettbG kontaktieren. Während der Prüfung durch die BWB, ist die Kooperation **stillzulegen**. Kommt die BWB zur Einschätzung, dass die Kooperation mit dem Kartellrecht unvereinbar ist, und halten die beteiligten Unternehmen dennoch an der Kooperation fest, kann die BWB eine Untersuchung wegen Verstoßes gegen § 1 KartG bzw Art 101 AEUV einleiten und gegebenenfalls einen **Abstellungs- bzw Bußgeldantrag** beim Kartellgericht stellen.

6.2 Empfehlungen zur Quantifizierung der Effekte von Nachhaltigkeitskooperationen

- (100) In komplexen Fällen kann es notwendig sein, dass **Unternehmen** positive oder negative **Effekte** einer Nachhaltigkeitskooperation für eine Rechtfertigung nach § 2 Abs 1 KartG **quantifizieren** und **ggf. bewerten**. Das ist dann der Fall, wenn das Verhältnis zwischen positiven und negativen Effekten, und damit die Wesentlichkeit des Beitrages zu einer ökologisch nachhaltigen Wirtschaft, unklar ist; siehe 5.2.4.
- (101) Negative Effekte einer Nachhaltigkeitskooperation, idR Auswirkungen der **Wettbewerbsbeschränkung** wie zB eine Preissteigerung, können mit Methoden der Wettbewerbsökonomie **quantifiziert** werden.⁷⁰
- (102) Positive Effekte einer Nachhaltigkeitskooperation, idR Effizienzgewinne aus **ökologischen Vorteilen**, können mit Methoden der Umweltökonomie **bewertet** werden.⁷¹ Das setzt voraus, dass die beteiligten Unternehmen die Höhe des ökologischen Vorteiles an sich, bspw eine gewisse Menge an Emissionsreduktion, bereits schlüssig dargelegt haben.
- (103) Zur Bewertung ist in der Regel eine Übersetzung der Effizienzgewinne in Geldwerte notwendig. Das ist bei Effizienzgewinnen aus ökologischen Vorteilen – wie generell bei qualitativen Effizienzgewinnen – methodisch nicht immer einfach oder offensichtlich.
- (104) Die Unternehmen sollten **plausibel und transparent** die herangezogenen Methoden, die getroffenen Annahmen und die daraus resultierenden Ergebnissen darstellen und diese Darstellung der BWB übermitteln. Das schließt Robustheitsprüfungen der Ergebnisse ein, zB eine Angabe der Schwankungsbreite (Unter- und Obergrenzen) für Schätzwerte, neben dem statistisch zentralen

⁷⁰ Sh zB *Davis/Garcés*, Quantitative techniques for competition and antitrust analysis, Princeton University Press, Princeton 2009.

⁷¹ Sh zB *Inderst/Sartzetakis/Xepapadeas*, Technical Report on Sustainability and Competition 2021, https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/technical-report-sustainability-and-competition_0.pdf; *Inderst*, Incorporating Sustainability into an Effects-Analysis of Horizontal Agreements, 2022, https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2022-03/kd0722074enn_HBER_sustainability.pdf; *Watson*, Measuring environmental benefits in competition cases, 2021, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2021\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2021)14/en/pdf) ;
oder *Deutsches Umweltbundesamt*, Methodenkonvention 3.1 zur Ermittlung von Umweltkosten, 2020, https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/1410/publikationen/2020-12-21_methodenkonvention_3_1_kostensaetze.pdf.

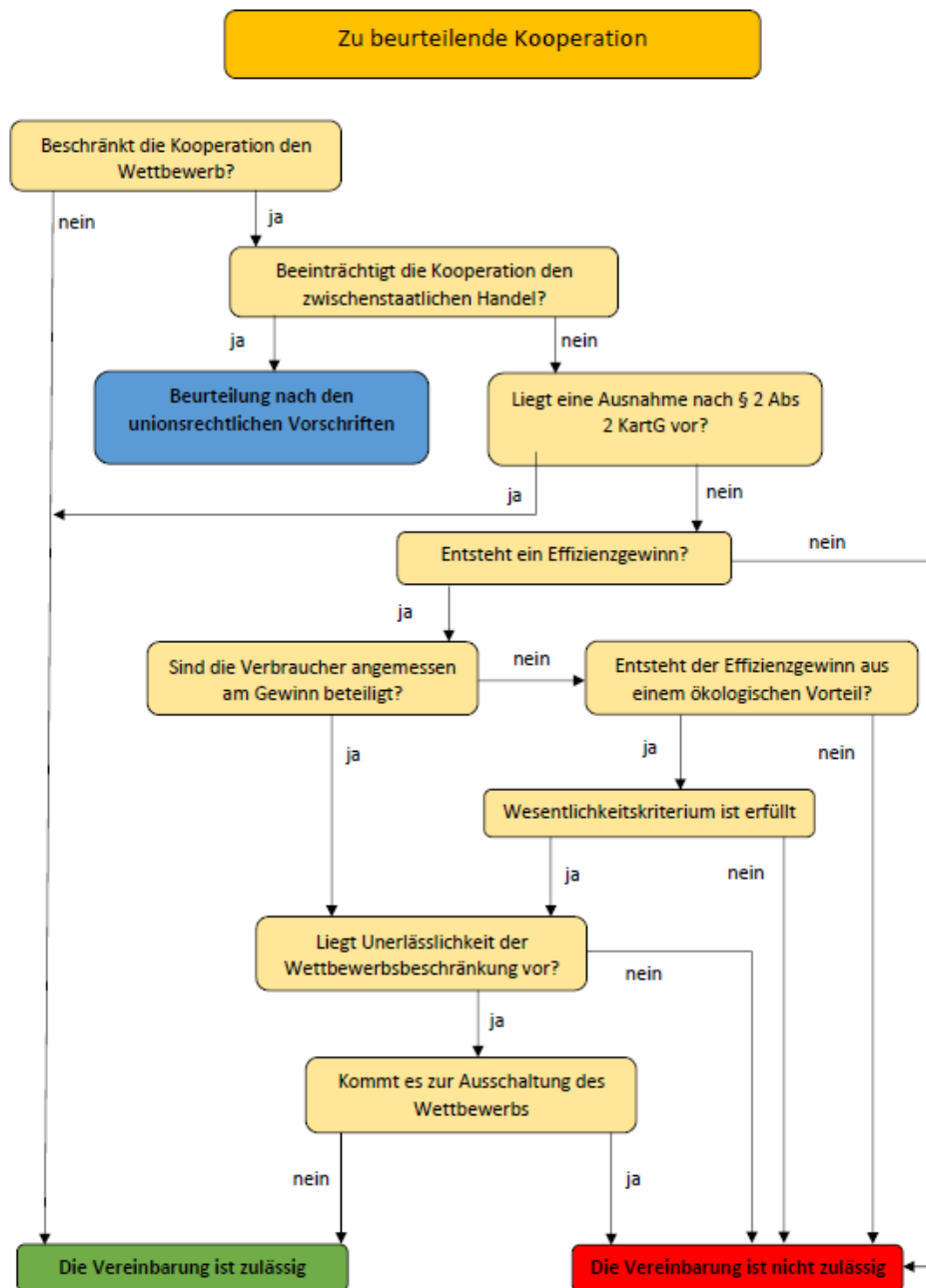
Schätzwert. Des Weiteren ist es hilfreich anzugeben inwieweit Effizienzgewinne unabhängig oder in Abhängigkeit von der Produktionsmenge anfallen.

- (105) In manchen Fällen kann die Heranziehung von Ergebnissen **existierender Studien** und vereinfachte Berechnungen (*back of the envelope*) ausreichen. Belastbare Quellen können insbesondere unabhängige, wissenschaftliche Studien sowie von Wirtschaftsprüfern geprüfte Daten sein. Werden Schätzwerte aus existierenden Studien übertragen, ist sicherzustellen, dass die **Umstände** der Studie **vergleichbar** mit den gegebenen Umständen sind (zB Einkommensniveau, Bevölkerungsdichte, oder das Niveau an Umweltschäden), sodass die **Ergebnisse** auch tatsächlich **übertragbar** sind.
- (106) In anderen Fällen kann es notwendig sein, dass die beteiligten Unternehmen **fallspezifische Studien** vorlegen. Das kann die Verwendung von quantitativen Methoden und Verbraucherbefragungen einschließen. Aussagekräftiges Zahlenmaterial hat in der Regel aktuell zu sein, d.h. aus den letzten Kalenderjahren, auf einer repräsentativen Stichprobe zu basieren, und über einen für die Beurteilung der Nachhaltigkeitskooperation angemessenen Zeitraum abzudecken.
- (107) Geeignete **Methoden werden stark vom Einzelfall abhängen**, ua von den mutmaßlich geförderten Aspekten ökologischer Nachhaltigkeit, der Wahrnehmung durch Verbraucher bzw. die Allgemeinheit, eventuellen Diskrepanzen zwischen Wahrnehmung und wissenschaftlichen Erkenntnissen, sowie Datenverfügbarkeit und statistischer Messbarkeit.
- (108) Grundsätzlich sind in solchen Fällen Methoden zu verwenden, die ökologische Vorteile für die Allgemeinheit oder für die Verbraucher am Markt **objektiv** bewerten. Nicht zulässig sind subjektive Einschätzungen der Präferenzen der Allgemeinheit oder der Verbraucher am Markt durch die beteiligten Unternehmen. Unternehmen sollten davon absehen, anderen ihre eigenen Präferenzen aufzuerlegen.
- (109) Unternehmen die eine wettbewerbsbeschränkende Kooperation über Effizienzgewinne rechtfertigen wollen, die zu einer **klimaneutralen** Wirtschaft wesentlich beitragen, wird empfohlen eine Darstellung der eingesparten Menge an CO₂-Emissionen vorzubereiten. Bei einer Reduktion sonstiger klimaschädlicher Treibhausgase wie Methan sollte die Vergleichbarkeit durch Umrechnung des Beitrags in CO₂-Äquivalente erleichtert werden. CO₂ unterliegt einer Besteuerung in Österreich und erhält im europäischen Emissionshandel einen Marktpreis. Daneben werden die sozialen Kosten von CO₂ in der umweltökonomischen Literatur

vielfältigen Untersuchungen unterzogen. Dadurch wird es für die beteiligten Unternehmen erleichtert, das Wesentlichkeitskriterium unter robusten Annahmen über die sozialen Kosten von CO2 darzulegen.

ENTWURF

6.3 Vereinfachte Darstellung einer Selbstbeurteilung



Bundeswettbewerbsbehörde

Radetzkystrasse 2, 1030 Wien

+43 1 245 08 - 0

wettbewerb@bwb.gv.at

bwb.gv.at