



Sylter Energiesymposium
20./21. Oktober 2023

**Nachhaltigkeit im Kartellrecht
vs.
Nachhaltigkeit des Kartellrechts?**

Nachhaltigkeit des Kartellrecht?

- 1. Novelle 1965: Erleichterungen für KMU
- **2. Novelle 1973: Präventive Fusionskontrolle, Abschaffung der Markenpreisbindung**
- 3. Novelle 1976: Verschärfung der Pressefusionskontrolle
- 4. Novelle 1980: Verschärfung von Fusionskontrolle und Missbrauchsaufsicht
- 5. Novelle 1989: Verbesserung von Fusions- und Missbrauchsaufsicht, insbes. Handel
- **6. Novelle 1998: grundlegende Überarbeitung und Europäisierung, Vergaberecht**
- **7. Novelle 2005: Europäisierung des Kartellverbots, private Rechtsdurchsetzung**
- **8. Novelle 2013: SIEC-Test, Neuregelung der Missbrauchsaufsicht, Verbandsklagen**
- **9. Novelle 2017: Umsetzung EU-Schadensersatz-RI, Bußgeldrecht, Digitalisierung**
- **10. Novelle 2021: Umsetzung EU-ECN+-RI, weitere Digitalisierung (insb. § 19a GWB)**
- 11. Novelle 2023: Flankierung des DMA, Erweiterung des § 34, neuer § 32f
- 12. Novelle 2024/25: BKartA als Verbraucherschutzbehörde, **Nachhaltigkeit**, FuKo, SE

=> immer kürzerer Takt => Aktionismus statt Nachhaltigkeit des Kartellrechts?

12. GWB-Novelle 2024/25 (Plan BMWK)

I. Bundeskartellamt (auch) als Verbraucherschutzbehörde

- Durchsetzung des UWG und von Verbraucherschutznormen (vgl. UKlaG) durch Verwaltungsakte neben der privaten Durchsetzung

II. Nachhaltigkeit (insbesondere Dekarbonisierung)

- defensiv: als Freistellungsgrund
- auch offensiv: mangelnde Nachhaltigkeit als Kartellrechtsverstoß?

III. Fusionskontrolle und Ministererlaubnis

IV. Weitere Erleichterung von Kartellschadenseratzklagen

=> Eckpunktepapier und Bitte um Stellungnahmen kommt noch 2024!

Gehört Nachhaltigkeit ins GWB?

I. § 2 Abs. 1 S. 2 Österreichisches KartellG (2021)

„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“.

II. Niederländische ACM: Leitlinienentwurf (2021)

III. Griechische WettBehörde: Sustainability Sandbox (2021)

IV. EU-Kommission: Horizontal-Leitlinien (1.7.2023)

V. Studie “Wettbewerb und Nachhaltigkeit in Deutschland und der EU” (2023, DICE für BMWK)

Was ist Nachhaltigkeit?



Nachhaltigkeit als Wettbewerbsfaktor

▪ Nachhaltigkeit durch Wettbewerb

- Wettbewerb fördert Effizienz und Innovation.
- Nachhaltigkeit ist ein positiver Imagefaktor.
- (Zusätzliche) nachhaltige Produkte erweitern das Angebot.

⇒ Förderung von Nachhaltigkeit durch **Wettbewerb ist die Regel**, Förderung von Nachhaltigkeit durch **Wettbewerbsbeschränkung ist die Ausnahme**.

▪ Wettbewerbsneutrale Nachhaltigkeitsvereinbarungen

- Keine Konflikte, **wenn lediglich Gesetze umgesetzt** werden
- idR auch keine Konflikt, wenn Vereinbarungen **keine wichtigen Wettbewerbsfaktoren** wie Preis, Menge, Qualität, Innovation, Produktauswahl oder Vertriebskanäle **betreffen** (KOMM. HorizontalLL Tz. 527 ff.)

Nachhaltigkeit vs. Kartellverbot?

- **Unternehmen streben typischer (und legitimer) Weise nach Gewinn, nicht Gemeinwohl**
 - Milton Friedman: „*The social responsibility of business is to increase its profits*“.

⇒ Altruismus oder „greenwashing“?
- **ACM: Fünf Kraftwerke-Fall „SER Energieakkord“ (2013)**
 - Vertrag über die Schließung von fünf älteren Kohlekraftwerken aus den 1980ern
 - ACM: Preiserhöhung ohne Klimaeffekt (wg. Emissionshandel) => keine Freistellung vom Kartellverbot

Nachhaltigkeit vs. Kartellverbot?

- **Malaysian Sustainable Palm Oil Certification (MSPO)**
 - Zertifizierung nachhaltiger Produktion (ohne Brandrodung) kann Wettbewerbsvorteil sein
 - Verzicht auf Brandrodung/Zertifizierung (P) für Kleinbauern (ökologische vs soziale Nachhaltigkeit)
- **Net Zero-Insurances Alliance (NZIA)**
 - führende Erst- und Rückversicherer vereinbaren, bei Versicherungsprodukten und Investitionen auf CO2-Neutralität hinzuarbeiten
 - Allianz, Zurich Insurance, Munich Re, Swiss Re und Hannover Re verlassen NZIA, nachdem mehrere State Attorney Generals in den USA Ermittlungen wg. Kartellverstoß aufnehmen

Nachhaltigkeit vs. Kartellverbot?

Horizontalleitlinien der EU-Kommission (1.7.2023)

1. **Nachhaltigkeitsvorteile** müssen **substantiiert** werden
(vgl. AMC-Fall, Gefahr des „greenwashing“), Tz. 557 ff.
2. Die **Wettbewerbsbeschränkung** muss **unerlässlich** dafür sein
was nicht der Fall ist, wenn Nachhaltigkeit zumutbar auch ohne Absprachen
verfolgt werden kann, Tz. 560 ff.
3. Die **Verbraucher** (auf dem von der Vereinbarung betroffenen Markt!)
müssen **angemessen** an den Vorteilen **beteiligt** werden, Tz. 569 ff.
(P) Welche Verbraucher? Wo? Wann? In welchem Umfang?
4. Der **Wettbewerb** darf durch die Vereinbarung **nicht völlig
ausgeschaltet** werden, Tz. 592 ff.

Nachhaltigkeit vs. Kartellverbot?

Deutsches Kartellverbot (§§ 1 – 3 GWB)

- Kartellverbot ist mit EU-Kartellverbot **harmonisiert** (Art. 3 VO 1/03).
 - Das GWB darf keine nach EU-Recht verbotenen Kartelle freistellen.
 - Auch bei rein nationalen Fällen machen nationale Alleingänge wenig Sinn (vgl. § 2 GWB, ACM-Fall).
- ⇒ Kartellbehörden sollten keine politischen Entscheidungen treffen.
- ⇒ Ministererlaubnisverfahren wäre sinnvoll, ist aber nicht gewollt.
- ⇒ Aufgreiferermessen (lex lata) reicht ggf. für sinnvolle Adressierung aus.
- ⇒ Jedenfalls aber Orientierung an EU-Recht und EU-Praxis.

Machtmissbrauch mangels Nachhaltigkeit?

- **DICE-Gutachten für das BMWK, S. 131 ff:**
 - **Markabgrenzung:** eigener Markt für nachhaltige Produkte?
 - **Marktbeherrschende Stellung:** fehlende Nachhaltigkeit als Indikator?
 - **Missbrauch durch Verstoß gegen Nachhaltigkeitsnormen i.S.e. “Vorsprungs durch Rechtsbruch”** (z. B. bei Verstoß gegen Klimaschutzregelungen) in Parallele zum Facebook-Fall?
 - Nachhaltigkeit als Faktor für Abwägung und **Rechtfertigung?**

Fazit

- **Aufgabe der Unternehmen:** Gewinne machen und diese Gewinn verantwortlich (auch für Nachhaltigkeit) einsetzen.
=> Nachhaltigkeit durch Wettbewerb stattdurch Wettbewerbsbeschränkung
- **Aufgabe der Kartellbehörden:** Wettbewerb schützen und dadurch Konsumentenwohlfahrt, Innovation und Nachhaltigkeit fördern.
=> Nachhaltigkeit des Kartellrechts statt Politisierung durch Nachhaltigkeit im Kartellrecht
- **Aufgabe des Gesetzgebers:** Nachhaltigkeit durch technologieneutrale und Unternehmen/Bürger nicht übermäßig bevormundende/belastende Gesetze fördern.
=> Politikversagen rechtfertigt kein „Outsourcen“ an Private: kein „politisches greenwashing“ durch die 12. GWB-Novelle!



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley)

Email: Koerber@LS-Koerber.de

www.LS-Koerber.de