

Unsere Gesetze verhindern nachhaltige Entwicklung – mögliche Abhilfemaßnahmen

Warum das Thema?

Mit diesem Beitrag stelle ich das Spannungsverhältnis zwischen nachhaltiger Entwicklung und dem Wettbewerbsrecht dar. Gleichzeitig werde ich Maßnahmen vorstellen, die im Zuge einer wünschenswerten Reform des Wettbewerbsrechts ein Mehr an Nachhaltigkeit ermöglichen.

Nachhaltigkeit bedeutet (für die Zwecke dieser Abhandlung) Erhaltung der Gemeingüter – der Rohstoffe, der Ökosysteme, der Gesundheit usw¹. Doch bisher ist es nicht generell verboten, Kosten auf diese abzuwälzen (zu „externalisieren“).

In der politischen Diskussion ist es zumindest unter fortschrittlicheren TeilnehmerInnen mittlerweile klar, dass in unseren Gesellschaften mehr für die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen getan werden muss.

Ausgangspunkt meiner Überlegungen ist, dass unser derzeitiges Wirtschaftssystem nicht mehr so weiter fortgeführt werden kann, ohne dass es zu weiteren dramatischen Umweltschädigungen kommen wird. Diese Feststellung näher zu begründen ist – so denke ich – angesichts der uns allen sicherlich wohlbekannten traurigen Faktenlage nicht notwendig.

Wichtig ist, sich klarzumachen, dass auch – und gerade – Unternehmen wesentliche Akteure des Bestrebens nach größerer Nachhaltigkeit sein werden müssen. Das Handeln Privater ist zwar ebenfalls wichtig, steht allerdings in keinem „mengenmäßigen“ Zusammenhang mit unternehmerischer Tätigkeit.

Grund für die Fokussierung auf unternehmerisches Handeln in diesem Beitrag ist die Möglichkeit für Unternehmen durch Externalisierung der Kosten im Zuge der Produktion und der damit verbundenen Schädigung eines Gemeingutes konkurrenzfähig zu bleiben. Externalisierung bedeutet, dass entstehende Kosten – konkret für die Beseitigung/Minimierung von Umweltbeeinträchtigungen – nicht selbst getragen werden, sondern auf die Allgemeinheit übertragen werden². Gemeingut (common good) sind in der Wirtschaftswissenschaft Güter,

¹ Für die Zwecke dieser Ausführung verwende ich weiters den Begriff Nachhaltigkeit im Sinne der OECD, Sustainability and Competition („drei Säulen: Umwelt – Wirtschaft – Gesellschaft“). Weiters bietet sich natürlich auch die UN Resolution 70/1 mit dem Titel „Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development“ (Agenda 2030) mit ihren bekannten 17 Hauptzielen an (SDG – Social Development Goals).

² Unter Kostenexternalisierung versteht man, dass Kosten nicht selbst getragen, sondern auf die ungeschützte Außenwelt, die Gemeingüter, abgewälzt werden. Die Abwälzung besteht in der Unterlassung von Aufwendungen, die nötig wären, um eine Schädigung eines Gemeinguts von vorneherein zu vermeiden oder im Nachhinein zu kompensieren (also das Gemeingut wieder auf den vorigen Stand zu bringen oder es durch ein anderes gleichwertig zu ersetzen). Schädigung eines Gemeinguts liegt vor, wenn dieses durch Produktion oder Konsum über das Maß hinaus abgenutzt wird, das es schadlos absorbieren (durch Regeneration selbst ausgleichen) kann. Sie entsteht bei Bodenschätzen oder Fischbeständen aus der Verminderung (durch Extraktion), beim Klimasystem oder der menschlichen Gesundheit aus der Schwächung des Systems (z. B. durch Emission von Schadstoffen), bei Ökosystemen auch aus Übernutzung oder Umwidmung, bei Sozialsystemen wie der gesellschaftlichen Partizipation z. B. aus einer Vorenthaltung von Bildungs- oder Erwerbchancen. Externalisierung führt zur Überschreitung der globalen Biokapazitäten. Das bewirkt eine Auszehrung

die für alle potenziellen Nachfrager frei zugänglich sind und die von mehreren (oder sogar allen) Wirtschaftssubjekten gleichzeitig genutzt werden können. Gegensatz sind die privaten Güter³.

Beispiele für Schädigungen „grüner Natur“ sind zB verunreinigte Luft, Raubbau an Bodenschätzen, Schäden durch Straßenbauten. Hierbei handelt es sich um Gemeingüter, die zu den der Menschheit allgemein „gehörenden“ Lebens- und Produktionsgrundlagen gehören. Der der Allgemeinheit entstehende Schaden besteht somit in der Schädigung der Gemeingüter.

Durch die rechtlich oftmals zulässige Externalisierung solcher Kosten verursachen Unternehmen die Übernutzung von Ökosystemen und damit eine Schwächung des Klimasystems. Dadurch kommen Unternehmen zu Wettbewerbsvorteilen und können dadurch ihre Gewinne erhöhen.

In der Realität muss die Allgemeinheit die Kosten für die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands übernehmen. Derzeit wird das in sehr vielen Fällen nicht gemacht, der Zustand der Umwelt nach „Nutzung“ durch die Wirtschaft bleibt daher bestehen. Die durch unternehmerische Tätigkeit bewirkte Umweltverschmutzung wird in der Folge – wenn überhaupt – von der Allgemeinheit getragen.

Die Frage ist, ob den Zielen ökologischer, sozialer und kultureller Nachhaltigkeit durch eine Änderung der Regeln im Wettbewerbsrecht zu mehr Geltung verholfen werden kann. Wie könnte dem immer gemeingutschädlicheren Wettbewerb zu mehr Nachhaltigkeit verholfen werden?

Die Tatsache, dass mittlerweile in vielen Rechtsgebieten (Steuerrecht, Naturschutzrecht, Raumordnungsrecht, Umweltrecht, ...) die politische Diskussion zu teilweise umfassenden gesetzlichen Maßnahmen geführt haben, ist mir bewusst, ich halte diese Änderungen aber bewusst außen vor und fokussiere mich aus folgenden Gründen auf das Kartellrecht:

Wir leben in einer Zeit, die – nach wie vor – von der Notwendigkeit des Wettbewerbs überzeugt ist. Viele Unternehmen haben dessen ungeachtet Interesse am Abschluss von Nachhaltigkeitskooperationen. Sie bezwecken damit die Einhaltung von sozialen und ökonomischen Standards in der Wertschöpfungskette vom Einkauf der Rohstoffe über die Produktion bis zum Vertrieb der Produkte. Für Unternehmen ist das Wettbewerbsumfeld, in dem sie sich befinden, entscheidend. Um eine weitreichende Änderung des Verhaltens von Unternehmen zu erreichen, ist es daher notwendig, die in diesem Beitrag beschriebenen Fehlentwicklungen durch eine Änderung der Rahmenbedingungen für einen zukunftsfähigen Wettbewerb neu zu gestalten. Hauptsächliches Ziel ist es, wie oben ausgeführt, bis dato externalisierte Kosten künftig zu internalisieren.

Wie können daher langfristig Gemeingüter geschützt werden?

Im Grunde geht es um die Verankerung von Nachhaltigkeitskriterien im Wettbewerbsrecht mit dem Ziel der Vermeidung von Externalisierung von Kosten.

Die Frage ist daher, wie ökologischer, aber auch sozialer und kultureller, Nachhaltigkeit im internationalen Wettbewerbs- und Eigentumsrecht zu mehr Geltung verholfen werden kann.

der ökologischen Widerstandsfähigkeit, vernichtet die Vielfalt des Lebens, schädigt die naturgegebene Fruchtbarkeit und zerstört Gemeinschaftsgüter.

³ <https://de.wikipedia.org/wiki/Gemeingut>

Es läuft auf die Frage hinaus, wie der gemeingüterschädliche Wettbewerb nachhaltig gemacht werden kann.

Die im Folgenden angeführten Fragen sind weitreichend und wohl nur politisch und in der Folge rechtlich zu klären:

- Bezweckt das Kartellrecht nur die Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen oder auch die Verfolgung von Nachhaltigkeitszielen?
- Soll das Kartellrecht zum Beispiel Unternehmenskooperationen erlauben, mit denen der Ausstoß von CO₂ reduziert wird, auch wenn durch die Kooperation die Preise für die betroffenen Güter steigen?
- Soll das Kartellrecht beispielsweise Industriestandards zu „fairem“ Kaffee ermöglichen, wenn durch die Standards Bauern in Ecuador für den Kaffeebohnenanbau höhere Löhne erhalten, aber die Preise für Kaffee in Österreich steigen?
- In welcher Weise soll dabei das Abwägen von Nachteilen für heimische Verbraucherinnen und Verbraucher mit dem Erreichen politisch gesetzter Klimaziele oder einem verbesserten Lebensstandard von Produzentinnen und Produzenten im Ausland erfolgen?

Meine These lautet:

Solange die Grundregel gilt, dass Unternehmen für den durch ihr Wirtschaften bewirkten Raubbau an Gemeingütern nicht aufkommen müssen, wird sich an der momentanen Form des Umgangs „der Wirtschaft“ nichts ändern.

Wichtig ist – nicht nur mir – dass, Wettbewerb ist an sich gut ist und sein soll. Die Frage ist aber, unter welchen Rahmenbedingungen.

Für die Änderung der Rahmenbedingungen ist es zwar noch nicht zu spät, allerdings höchste Zeit: Dafür bietet sich vor allem das Wettbewerbsrecht an. Wie beschrieben erlaubt das Wettbewerbsrecht die Abwälzung von Kosten auf das Gemeingut „saubere Umwelt“. Das Wettbewerbsrecht steht also derzeit in einem Gegensatz zum Umweltschutz. Im Rahmen des bestehenden Wirtschaftssystems ist klar, dass jedes Unternehmen, das aus der beschriebenen Praxis des Produzierens bei gleichzeitiger Belastung der Gemeingüter aussteigen möchte, befürchten muss, dass seine Kunden zur Konkurrenz abwandern. Die Konkurrenz profitiert ja nach wie vor von dem durch die Belastung von Gemeingütern resultierenden Vorteil im Wettbewerb durch verringerte Kosten.

Durch die rechtlich oftmals zulässige Kostenexternalisierung kommen Unternehmen zu Wettbewerbsvorteilen und können dadurch ihre Gewinne erhöhen. Es ist im derzeitigen System, die Frage zu stellen, ob man das einem einzelnen Unternehmen zum Vorwurf machen kann. Eine Änderung der beschriebenen Praxis ist nur durch eine Änderung des Wettbewerbsrechts zu erreichen.

Die Gesetzgebung muss die Erhaltung der Gemeingüter vorschreiben, indem sie es allen, die ein Gemeingut beanspruchen, zur Pflicht macht, das Verbrauchte wiederherzustellen bzw. zu ersetzen, soweit es sich nicht selbst regeneriert. Unternehmen sollten künftig in die Erhaltung der von ihnen genutzten Gemeingüter ebenso investieren müssen wie heute in die Erneuerung der eigenen Anlagen oder in die Weiterbildung der eigenen Mitarbeiter.

Die Soziale Marktwirtschaft wird erst durch den Schutz der Gemeingüter voll verwirklicht werden. Denn dann beruht die Marktleistung auf Substanzerhaltung statt wie jetzt auf

Substanzverzehr. So bewirkt der Markt Beschäftigung statt wie bisher Ausgrenzung und bringt der Wettbewerb gerechtere statt wie heute ungleichere Verteilung hervor.

In der politischen Diskussion ist es zumindest unter fortschrittlicheren TeilnehmerInnen mittlerweile klar, dass in unseren Gesellschaften mehr für die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen getan werden muss.

Es ist daher zu fragen, wie der mehr und mehr gemeingüterschädliche Wettbewerb nachhaltig gemacht werden kann?

Kartellrecht zur Förderung von Nachhaltigkeitszielen

Festzuhalten ist, dass kein Spannungsverhältnis zwischen Wettbewerb und Nachhaltigkeit besteht. Nachhaltigkeitsdefizite treten unabhängig von fehlendem Wettbewerb und anderen Formen des Marktversagens auf.

Das Kartellrecht hat primär die Aufgabe, einen fairen Markt zu gewährleisten. Verboten sind daher Absprachen und sonstige Verhaltensweisen zwischen Unternehmen. Das gilt unabhängig von der Größe und Rechtsform der Unternehmen. Stoßrichtung des Kartellrechts ist es an sich, den fairen Wettbewerb zu schützen.

Das steht nicht im Widerspruch zur Tatsache, dass Unternehmen von nachhaltigem Verhalten profitieren können. So bringen bekanntlich effizientes Handeln aber auch der schonende Umgang mit Rohstoffen unternehmerische Vorteile. Der Grund dafür ist klar: Der geringere Verbrauch von Ressourcen ermöglicht geringere Kosten und damit geringere Verkaufspreise. „Andererseits“ fördert die Nachfrage nach „nachhaltigeren“ Produkten die Innovation.

Insbesondere für KMU (Klein- und Mittelbetriebe) sind Innovationen aufgrund von damit einhergehenden Kosten herausfordernd und nicht leicht zu bewerkstelligen. Eine mögliche Form der Abhilfe stellt hier die Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen dar. Genau hier kommt aber die Hürde des Kartellrechts zum Tragen: Das Kartellrecht verbietet es, mit Unternehmen zusammenzuarbeiten, wenn dadurch der Wettbewerb geschädigt werden könnte. Das Kartellrecht kennt daher eine Vielzahl von Ausnahmen, bei deren Vorliegen „trotzdem“ eine Kooperation zulässig ist. Als Beispiel seien hier nur geringe Marktanteile der kooperierenden Unternehmen erwähnt.

Möglichkeiten zur Verankerung von Nachhaltigkeitszielen in der Wirtschaftsverfassung:

1. Bessere Erfassung von Absprachen über nachhaltigkeitsrelevante Wettbewerbsparameter und schärfere Verfolgung nur solcher Absprachen, die sowohl den Wettbewerb als auch Nachhaltigkeitsziele schädigen

Wenn Unternehmen sich absprechen und es in Folge der Absprache dazu kommt, dass Nachhaltigkeitsziele nicht erreicht werden, stellt sich die Frage, ob ein Verstoß gegen das Kartellrecht vorliegt. Dies ist nur der Fall, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt.

Eine nachhaltigkeitsrelevante Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn Unternehmen sich über Wettbewerbsparameter verständigen und dadurch die Umwelt schädigen oder andere Nachhaltigkeitsziele missachten. Dies könnte etwa der Fall sein, wenn Unternehmen gemeinsam entscheiden, keine umweltfreundlichen Verpackungen zu nutzen, bestimmte giftige Inhaltsstoffe weiterhin zu verwenden oder wenn sie sich gemeinsam gegen menschenrechtliche Verbesserungen für Zulieferer in anderen Staaten entscheiden.

Fallbeispiel: Fall „PKW-Emissionen“⁴: Entscheidung der Europäischen Kommission, wonach Absprachen, die den Innovationswettbewerb um eine Verbesserung der Abgasreinigung beschränken, dem Kartellverbot unterliegen.

Das Kartellverbot kann daher auch gegen Absprachen eingesetzt werden, durch die der Wettbewerb um nachhaltige Lösungen eingeschränkt wird

2. Ausweitung der Leitlinien für Normierungs- und Standardisierungsvereinbarungen mit Fokus auf ökologische und soziale Standards

Nachhaltigkeitsziele sind in nicht unbeträchtlichem Umfang auch Gegenstand von Branchenvereinbarungen, Standards und Normen. Diese haben oft keine Rechtsqualität als hoheitlich gesetzte Vorgaben, haben dafür aber erhebliche praktische Wirkungen. Eine besondere wettbewerbliche Bedeutung kommt ihnen deshalb zu, weil sie oft durch die Koordination der Marktteilnehmer, z.B. in Verbänden oder Fachgremien, beschlossen werden.

Standards und Normierungen können einerseits den Wettbewerb eröffnen oder erweitern. Wenn eine Vereinbarung von Unternehmen auf die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen ausgerichtet ist, aber Wettbewerbsbeschränkungen enthält, greift grundsätzlich das kartellrechtliche Verbot.

Eine Option zur besseren Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten im Kartellrecht könnte eine Ausweitung der Leitlinien zu Normierungsvereinbarungen sein. Insbesondere könnte ein Kriterienkatalog für ökologische und soziale Standardsetzung entwickelt werden, bei dessen Einhalten im Sinne eines „safe harbours“ kein Verstoß gegen das Kartellverbot des Europäischen Unionsvertrages vorliegt bzw. ein solcher zumindest von der Europäischen Kommission nicht verfolgt wird.

3. Anerkennung eines allgemeinen Ausnahmereichs des Kartellrechts für bestimmte Nachhaltigkeitskooperationen

Hiermit ist die Schaffung von gesetzlichen Ausnahmereichen vom Kartellrecht gemeint. In der Diskussion gibt es hierzu zwei Anknüpfungspunkte:

a) Ausnahmen für bestimmte Branchen

Eine solche Ausnahmebestimmung von der Anwendung des Kartellrechts könnte durch eigens eingeführte gesetzliche Bestimmungen erreicht werden. Als Beispiel dient das deutsche Bundes-Klimaschutzgesetz für Emissionsziele. Hier werden bspw die Energiewirtschaft, Industrie, Gebäude, Verkehr differenzierten Regelungen unterworfen.

b) Ausnahmen für bestimmte Verhaltensweisen

Die Ausnahmereiche für bestimmtes unternehmerisches Handeln könnten enger oder weiter konzipiert werden, indem die Vorgaben für das einzuhaltende Kartellrecht enger oder weiter gefasst werden. Eine klare Definition der Voraussetzungen ist dabei aber erforderlich, um die Interessen der Beteiligten auszutarieren, sondern auch um die erforderliche Rechtssicherheit zu gewährleisten.

Vorteile des Festlegens von Ausnahmereichen sind die einfache Anwendbarkeit und die damit einhergehenden niedrigen Regulierungskosten.

⁴ Europäische Kommission, 8.7.2021, Az. AT.40178 – PKW-Emissionen.

Der Nachteil von Ausnahmereichen ist, dass sie nicht ausreichend genau festgelegte Ausnahmereiche schaffen und damit den Wettbewerbsschutz begrenzen.

- c) Ausnahmen, wenn bestimmte Nachhaltigkeitsziele angestrebt werden
Auch nach Nachhaltigkeitszielen kann hinsichtlich der Anwendung von Kartellrecht differenziert werden. Als Argument lässt sich hierbei anführen, dass Klimaschutz eine derart wichtige Aufgabe darstellt, dass kein weiterer Aufschub mehr geduldet werden kann. So sieht beispielsweise die niederländische Wettbewerbsbehörde vor, dass unternehmerische Verhaltensweisen, die nachweislich zu einer Verringerung der CO₂-Belastung führen, vom Kartellrecht ausgenommen werden.

- 4. Anerkennung von Nachhaltigkeitswirkungen als Rechtfertigung für Absprachen, auch wenn diese nicht den Verbraucherinnen und Verbrauchern unmittelbar zugutekommen, die durch die Absprache direkt geschädigt werden (sog. out of market efficiencies)

Ein Lösungsschritt wäre es, bspw. in eigenen Leitlinien Auslegungskriterien für Nachhaltigkeitswirkungen festzulegen. So könnte für einzelne Nachhaltigkeitsinitiativen ein Anmelde- oder Freistellungssystem eröffnet werden.

Es müsste in der Praxis allerdings genau festgelegt werden, welche Absprachen (Branche, Umfang) von so einer Rechtfertigung profitieren würden. Es müsste im Vorhinein festgelegt werden, welcher Fortschritt durch die Absprache vorliegen würde, sodass eine behördliche Bevorzugung gerechtfertigt ist.

Eine Voraussetzung dafür wäre die Festlegung durch den Gesetzgeber, welche Nachhaltigkeitsziele als vorrangig für die Erreichung angesehen werden.

- 5. Einführung von „sustainability sandboxes“, in denen Kooperationen unter Aufsicht für eine bestimmte Zeit ausprobiert werden können

Dieses Modell wurde erstmals in Griechenland⁵ vorgeschlagen. Sandboxes sind regulatorische „safe spaces“, in denen innovative Verhaltensweisen und Geschäftsmodelle unter Aufsicht und Evaluation implementiert werden.

Unternehmen können in solchen sandboxes, ohne regulatorische Eingriffe fürchten zu müssen, Kooperationen zeitlich begrenzt ausprobieren. Bei positiver Evaluation kann das Vorgehen dauerhaft im Markt etabliert werden.

Nach Einreichung eines Vorschlags gibt die griechische Wettbewerbsbehörde grünes Licht durch einen „no-enforcement action letter“. Auf dieser Basis wird das konkrete Projekt umgesetzt werden, es unterliegt aber in der Folge einem Monitoring der Wettbewerbsbehörde.

- 6. Berücksichtigung der Möglichkeit zur Externalisierung von Kosten als Marktmachtfaktor

Wie beschrieben, ist die Externalisierung von Kosten ein Marktversagenstatbestand, der für die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen besonders schwerwiegend ist: Die Externalisierung

⁵ Siehe www.epant.gr/en/enimerosi/sandbox.html; OECD, Note by Greece, Environmental Considerations in Competition Enforcement, 2021, DAF/COMP/WD(2021)48.

verhindert, dass die unternehmerische Tätigkeit durch Marktergebnisse „bewertet“ wird. So könnten Unternehmen durch die Nichtansetzung von externalisierten Kosten im Wettbewerb profitieren.

Probleme ergeben sich in der Praxis auch daraus, dass Unternehmen in ihren Heimatländern unterschiedlich strengen Regeln unterworfen sind. Es kann daher durch „lockerere“ Regeln hinsichtlich Umweltverschmutzung zu Vorteilen im Wettbewerb kommen.

7. Verfolgung des Missbrauchs von Marktmacht, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen öffentliche Güter ausnutzt oder sonstige Wettbewerbsvorteile durch nicht-nachhaltiges Verhalten erzielt

Ein weiterer Ansatz ist die Ausweitung des Begriffes „Ausbeutungsmisbrauch“ auf die Ausbeutung von öffentlichen Gütern.

Nach der herkömmlichen Definition des Begriffes Ausbeutungsmisbrauch schädigt das – die Marktgegenseite eben ausbeutende, zB durch überhöhte Preise oder sonstige unangemessene Bedingungen – Unternehmen die Marktgegenseite.

Der Lösungsansatz hier wäre, dass wenn öffentliche Güter – die ja der Allgemeinheit zugewiesen sind – durch ein Unternehmen ausgebeutet werden, dies ebenfalls als ein kartellrechtlicher Tatbestand gewertet wird.

Als Beispiel dient jedes marktmächtige Unternehmen, das umweltschädlich produziert. Als Beispiel sei nur die durch mangelnde Rauchgasreinigung bewirkte Umweltverschmutzung genannt. Die Verschmutzung geht zu Lasten der Umwelt und damit zu Lasten der Allgemeinheit.

Die Anerkennung eines Ausbeutungsmisbrauchs in diesem Fall wäre eine fundamentale Erweiterung des bestehenden Verständnisses. Es lässt sich jedoch mit einem erweiterten Wettbewerbsverständnis begründen, wenn man ein solches anerkennen will. Im Mittelpunkt steht hierbei die Frage, ob nicht nur die Marktgegenseite vor Ausbeutung geschützt werden soll, sondern auch die Allgemeinheit.

8. Erweiterte Anmeldepflicht für Fusionen, die besonders nachhaltigkeitsrelevant sind und Prüfung von Fusionen mit Blick auf ihre Wirkungen für den nachhaltigen Wettbewerb

Eine Fusion ist ein Unternehmenszusammenschluss. Mit der bei Fusionen ab einer bestimmten Größe verpflichtenden Zusammenschlusskontrolle prüfen die Wettbewerbsbehörden, ob der geplante Unternehmenszusammenschluss keine unannehmbaren Wirkungen für den Wettbewerb auf den betroffenen Märkten haben wird.

Ziel der Fusionskontrolle ist die Verhinderung der Konzentration in Märkten durch nicht natürliches Unternehmenswachstum⁶.

Drei Arten von Zusammenschlüssen können in den Blick genommen werden:

- Zusammenschlüsse von Unternehmen können Marktbedingungen auf Märkten verändern, die eine besonders hohe Relevanz für einzelne Nachhaltigkeitsziele haben.

⁶ Auch damit wirkt das Kartellrecht ökonomisch nachhaltig: Die Abwehr von hoher Konzentration in Märkten ist ein Beitrag zu einer nachhaltigen Wirtschaftsentwicklung.

- Zusammenschlüsse von Unternehmen können positiv auf die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen wirken (sog. green deals).
- Zusammenschlüsse von Unternehmen können negativ auf die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen wirken (sog. dirty deals).

Generell ist hierzu zu sagen, dass die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten also als Schild für unternehmerisches Handeln (Schutz von green deals) oder als Schwert wirken (Schutz der Nachhaltigkeit durch Untersagung von dirty deals) könnte.

Wenn es zwischen den wettbewerblichen Wirkungen und der Erreichung der SDG keinen Zielkonflikt gibt (green deals ohne Tendenz zur Wettbewerbsbeschränkung oder dirty deals mit entsprechender Tendenz), stellen sich keine Probleme.

Durch eine bereits geforderte (dt Ministerium für Wirtschaft und Klimaschutz) Änderung der EU-Fusionskontrollverordnung bzw des deutschen KartellG könnten zukünftig auch Nachhaltigkeitsabwägungen stärker in die Zusammenschlusskontrolle einfließen.

9. Sektoruntersuchung von Wettbewerbsbehörden zur Funktionsweise des nachhaltigen Wettbewerbs und zu Greenwashing

Mit dem Instrument der Sektoruntersuchung⁷ haben die Wettbewerbsbehörden eine wichtige Ermittlungsmöglichkeit, um Märkte systematisch zu erfassen. In Österreich sind vor allem die Sektoruntersuchungen zu den Lebensmittelpreisen in den Supermärkten aber auch zum Treibstoff bekannt.

Was ist „Greenwashing“?

Unternehmen könnten sich als nachhaltig am Markt darstellen, obwohl dies tatsächlich nicht der Fall ist. Greenwashing bezeichnet also die besondere Hervorhebung von (vermeintlich) positiven Umweltbelangen, um umweltschädliche Verhaltensweisen eines Unternehmens reinzuwaschen bzw. irreführend als nachhaltig darzustellen.

Greenwashing im Kartellrecht⁸ geschieht durch Kooperation zwischen mehreren Unternehmen. Unternehmen können Absprachen, die eigentlich dem Kartellverbot unterliegen, gegenüber Kartellbehörden als umweltschonend und damit nachhaltig darstellen. Damit soll ein behördliches Einschreiten mit dem Ziel des Untersagens der Zusammenarbeit verhindert werden.

Äußern kann sich dies z.B. in Absprachen über die Einführung umweltfreundlicher Produktionsstandards zwischen Unternehmen auf einer einheitlichen Marktstufe, die sich nur geringfügig positiv auf die Umwelt auswirken, jedoch mit erheblichen an sich kartellrechtsrelevanten Preiserhöhungen einhergehen. Preissteigerungen könnten also unter dem Deckmantel der Nachhaltigkeit abgesprochen werden.

10. Stärkere Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsprioritäten beim Aufgreifermessen der Behörde

Im Prinzip entscheiden die Kartellbehörden in der EU im Rahmen ihres Ermessens. Die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitszielen ist nicht von vornherein ausgeschlossen.

⁷ § 32e GWB bzw. Art. 17 VO (EG) 1/2003

⁸ Greenwashing ist natürlich auch im Lauterkeitsrecht (Unlauterer Wettbewerb) ein Thema. Hier wird es nicht behandelt.

Die Wettbewerbsbehörden müssen entscheiden, wie sie ihre Ressourcen bei der Verfolgung von Verstößen gegen das Kartell- und Missbrauchsverbot einsetzen. Wie das Aufgreifermessen ausgeübt wird, ist praktisch von enormer Bedeutung: Entscheidet die Behörde, einen Fall zu analysieren, können daraus gewichtige kartellrechtliche Folgen entstehen, von Verhaltensvorgaben bis zu Bußgeldern.

Sieht die Behörde davon ab, ist der Spielraum der betroffenen Unternehmen wesentlich größer. Dann droht im Wesentlichen „nur“ die private Rechtsdurchsetzung durch betroffene Konkurrenten oder Kunden.

Hierzu ist an dieser Stelle nur auszuführen, dass die Generaldirektion Wettbewerb in ihrem „Strategic Plan 2020-2024“ angekündigt hat, ihre Kartellrechtsdurchsetzung im Einzelfall so auszuüben, dass der European New Green Deal gestützt wird.

Bereits erfolgte Kodifizierungen

Mittlerweile gibt es erfreulicherweise einige Initiativen von relevanten Institutionen, die die hier beschriebenen Ansätze ernst nehmen. So gibt es ein wachsendes Bewusstsein dafür, dass wirtschaftlicher Wettbewerb nicht zu Lasten unserer Umwelt oder sozialen Verantwortung gehen darf.

Als Richtschnur neuerer kartellrechtlicher Normen kann hier festgehalten werden, dass an sich wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, wenn die Vorteile in Hinblick auf eine ökologisch nachhaltige Wirtschaft überwiegen und der Konsument an diesem Gewinn beteiligt wird, für zulässig erklärt werden.

Das Kartellrecht zielt daher zusammenfassend primär auf fairen Wettbewerb ab, erlaubt aber nun – auch in – Österreich Ausnahmen für Zusammenarbeit von Unternehmen, die ihren Beitrag zur ökologischen Nachhaltigkeit leisten und bei denen dieser Vorteil den Verbrauchern zugutekommt. Diese Ausnahme bietet für Unternehmen die Chance, kosten- und ressourcenschonend mit anderen bei der Entwicklung von Innovationen auf rechtlich zulässige Weise zu kooperieren.

Im Folgenden verweise ich – auszugsweise! – auf Initiativen europäischer Wettbewerbsbehörden:

Europäische Union:

Auf Ebene der Europäischen Union (EU) ist sicherlich der European Green Deal zu nennen. Damit legt die Europäische Kommission einen Plan zur Transformation Europas zu nachhaltigem Wachstum vor⁹.

Auch die „Leitlinien für vertikale Beschränkungen“ enthalten Hinweise auf die mögliche Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsvorteilen¹⁰, ebenso die neue Fassung der „Leitlinien für horizontale Beschränkungen“¹¹.

⁹ EK, Europäischer Grüner Deal (europa.eu), abgerufen am 09.10.2024. Als Ziele werden (u.a.) Treibhausgasneutralität bis 2050 sowie die Entkoppelung des Wirtschaftswachstums von Ressourcennutzung genannt.

¹⁰ Mitteilung der Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen (2022/C 248/01)

¹¹ Mitteilung der Kommission, Leitlinien für horizontale Beschränkungen (2023/ C(2023)

Österreich:

In Österreich wurde mit dem Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2021 (KaWeRÄG 2021) eine sogenannte Nachhaltigkeitsausnahme in das österreichische Wettbewerbsrecht¹² eingeführt.

Mit dieser Novelle des österreichischen Kartellgesetzes werden demnach bei der Beurteilung der wettbewerblichen Wirkungen von Kooperationen Beiträge zu einer "ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft" im Rahmen der Frage berücksichtigt, ob Verbraucher:innen angemessen an den (Effizienz-)Vorteilen einer wettbewerbsbeschränkenden Kooperation teilhaben. Wenn das bejaht werden kann, ist die zu prüfende Kooperation als zulässig zu werten.

Die österreichische Bundeswettbewerbsbehörde hat ferner „Nachhaltigkeits-Leitlinien“ zur Präzisierung der Voraussetzungen für die Nichtverfolgung von an sich verbotenen Kartellabsprachen veröffentlicht¹³.

Niederlande; Griechenland:

Im Herbst 2021 stellte die niederländische Wettbewerbsbehörde ihre Draft Sustainability Guidelines¹⁴ vor. Ebenso stellte die griechische Wettbewerbsbehörde in diesem Zeitraum ihre Gedanken zur stärkeren Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten im Kartellrecht vor¹⁵.

Forderungen an Gesellschaft, Wirtschaft und Politik

1. Unsere Gesetze verhindern Nachhaltige Entwicklung. Nachhaltigkeit bedeutet Erhalt der Gemeingüter (Rohstoffe, Ökosysteme, Gesundheit, ...). Solange es gestattet ist, Kosten auf diese Gemeingüter abzuwälzen (dh eben zu externalisieren), zwingt der Wettbewerb die Unternehmen zum Raubbau an Gemeingütern,
2. Die Gesetze müssen die Erhaltung der Gemeingüter vorschreiben, in dem sie allen, die ein Gemeingut beanspruchen, die Pflicht auferlegt das Verbrauchte wiederherzustellen, soweit es sich nicht selbst regeneriert. In Zukunft wird in die Erhaltung der von uns genutzten Gemeingüter genauso investiert werden müssen wie heute in das eigene Betriebsvermögen (zB eigene Anlagen, Mitarbeiterweiterbildung, ...)
3. Unsere Soziale Marktwirtschaft wird erst durch den Schutz der Gemeingüter voll verwirklicht. Erst dann beruhen die auf den Märkten erbrachten Leistungen auf Substanzerhaltung statt wie bisher auf Substanzverzehr. Erst dann bewirkt der Markt Beschäftigung statt wie bisher Ausgrenzung. Erst dann bringt der Wettbewerb gerechtere Verteilung statt wie heute ungleichere Verteilung hervor.

¹² § 2 Abs 2 Z 1 KartG

¹³ Leitlinien zur Anwendung von § 2 Abs 1 KartG auf sogenannte Nachhaltigkeitskooperationen (Nachhaltigkeits-LL)

¹⁴ ACM, Draft Sustainability Guidelines, Second draft version: Guidelines on Sustainability Agreements – Opportunities within competition law (acm.nl), abgerufen am 09.10.2024.

¹⁵ HCC, Competition Law & Sustainability, Competition Law & Sustainability (epant.gr), abgerufen am 09.10.2024.