

werden müssen, und zwar unabhängig davon, ob dies letztlich zu einer Reduktion des Angebots auf diesem Zuliefermarkt (und daraus resultierenden Effekten für den Endverbraucher) führt. Die Richtigkeit dieser Auffassung ergibt sich schon aus der Formulierung des Art. 101 Abs. 1 lit. a AEUV, wonach die unmittelbare und mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise verboten ist; und im Rahmen von hardcore-Kartellen ist unstreitig, dass die Festsetzung von Ankaufpreisen ebenso verboten ist wie die Festsetzung von Verkaufspreisen.¹¹⁶³ Selbst wenn man der Ansicht ist, dass Wettbewerb als Näherungsvariable für gute Marktergebnisse dienen soll, bedeutet das jedenfalls nicht, dass man eine Wettbewerbsbeschränkung durch Verstoß gegen das Selbstständigkeitspostulat erst bei negativen Auswirkungen auf die Marktergebnisse feststellen sollte. Vielmehr sind statistisch gesehen solche negativen Auswirkungen auf die Marktergebnisse wahrscheinlicher, wenn Wettbewerb ausgeschaltet wird, gegebenenfalls durch Auswirkungen auf anderen Partialmärkten. Nur im Ausnahmefall, wenn gezeigt werden kann, dass die Wettbewerbsbeschränkung die Voraussetzungen der § 2 Abs. 1, § 3, Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt, wird eine Beschränkung des Wettbewerbsprozesses hingenommen. Dies sollte gleichermaßen für die negativen Folgen der Angebotsmacht auf die Nachfrager und für die negativen Folgen der Nachfragemacht auf die Zulieferer gelten. Die Frage ist letztlich, ob die Ausführungen des EuGH in *Gottrup-Klim* zur gegengewichtigen Marktmacht einer Genossenschaft gegenüber einem hochkonzentrierten Angebotsmarkt auf alle Einkaufskooperationen auszudehnen sind oder der spezifischen Sachverhaltsgestaltung geschuldet waren (Nebenabrede zu einer Genossenschaftsvereinbarung bei Schaffung gegengewichtiger Marktmacht auf einer fragmentierten Nachfrageseite, die einem hochkonzentrierten Angebotsmarkt gegenüberstand).¹¹⁶⁴ Die Leitlinien erwähnen den Aspekt gegengewichtiger Marktmacht erstaunlicherweise nicht.

Nach hier vertretener Auffassung ist bereits die Beschränkung des Einkaufswettbewerbs durch Aufgabe des Selbstständigkeitspostulats grundsätzlich eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn sie nicht eine Nebenabrede (*ancillary restraint*) zu einer kartellrechtsneutralen Vereinbarung darstellt.¹¹⁶⁵ Eine solche Wettbewerbsbeschränkung kann unstreitig durch Effizienzvorteile in Form von Kosteneinsparungen aufgewogen werden, sofern die Voraussetzungen der §§ 2, 3, Art. 101 Abs. 3 AEUV vorliegen. Dagegen ist die Senkung des Preises *durch Ausübung von Nachfragemacht* kein Effizienzgewinn, sondern ein im System des unverfälschten Wettbewerbs grundsätzlich zu vermeidendes Übel, das nur durch überwiegende Effizienzvorteile aufgewogen werden kann.¹¹⁶⁶

Der gemeinsame Einkauf kann zu **Effizienzgewinnen** führen, insbesondere zu Skalenvorteilen in der Verteilung, sowie zu Einsparungen bei Transport- und Lagerkosten.

Anders als für FuE-Vereinbarungen und Spezialisierung gibt es für Einkaufskooperationen keine GVO. Die Leitlinien erklären jedoch, dass sie Marktmacht als „unwahrscheinlich“ ansehen, wenn der **gemeinsame Marktanteil** der Parteien auf den relevanten Märkten **15% nicht übersteigt**, und dass es in diesem Fall „wahrscheinlich“ sei, dass die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt seien;¹¹⁶⁷ es besteht also unterhalb dieser Schwelle ein „quasi safe harbour“. Oberhalb dieser Schwellen liege zwar nicht automatisch eine Wettbewerbsbeschränkung vor, doch sei die Vereinbarung dann näher auf Wettbewerbsbeschränkung und Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV zu prüfen.¹¹⁶⁸ Bezugsverpflichtungen werden im Rahmen von Einkaufskooperationen grundsätzlich kritisch gesehen, weil sie bestehenden Restwettbewerb der Beteiligten ausschalten. In *Gottrup-Klim* akzeptierte der EuGH allerdings, dass eine Bezugsverpflichtung als *ancillary restraint* notwendig sein könne, wenn sie im konkreten Zusammenhang notwendig sei, um die genossenschaftlichen Funktionen wirksam ausüben zu können, sodass hierin nicht einmal eine Wettbewerbsbeschränkung iSd Art. 101 Abs. 1 AEUV zu sehen sei.¹¹⁶⁹ Die Leitlinien betonen im Anschluss daran, dass im Einzelfall Bezugsverpflichtungen unerlässlich für die Erzielung von Größenvorteilen sein können.¹¹⁷⁰

5. Vermarktungsvereinbarungen. Die Kommission versteht unter gemeinsamer Vermarktung sowohl die Zusammenarbeit beim Verkauf als auch beim Vertrieb und der Verkaufsförderung. Ihre Haltung gegenüber diesen Kooperationsformen ist naturgemäß kritisch, weil Wettbewerber gerade im Zuge der Vermarktung (Positionierung ihrer Produkte am Verkaufsmarkt) sehr unmittelbar

¹¹⁶³ Kom. 8.2.2017 – AT.40018 Rn. 184 – Car battery recycling (bestätigt in EuG v. 23.5.2019 – T-222/17, ECLI:EU:T:2019:356 – Recyclex ua; Rechtsmittel anhängig als Rs. C-563/19 P); Kom. ABL. 2007 L 102/14 – Rohtabak-Spanien; Kom. ABL. 2006 L 353, 45 – Italienischer Rohtabak.

¹¹⁶⁴ EuGH v. 15.12.1994 – C-250/92, ECLI:EU:C:1994:413 – *Gottrup-Klim*.

¹¹⁶⁵ So wohl auch *Westrup* WuW 2020, 1; anders *Säcker/Mohr* WRP 2011, 793 (796 f.).

¹¹⁶⁶ S. auch BKartA WuW/E DE-V, 1392 Rn. 158 – Altglas; BKartA, Hintergrundpapier des Arbeitskreises Kartellrecht v. 18.9.2008 – „Nachfragemacht im Kartellrecht – Stand und Perspektiven“.

¹¹⁶⁷ Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 208.

¹¹⁶⁸ Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 209.

¹¹⁶⁹ EuGH v. 15.12.1994 – C-250/92, ECLI:EU:C:1994:413 Rn. 35 f. – *Gottrup-Klim*.

¹¹⁷⁰ Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 218.

aufeinander treffen und daher die Gefahr einer bezweckten oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkung groß ist.

- 346 **a) Allgemeines. Klassische Verkaufssyndikate** (sprich Vereinbarungen, die auf den gemeinsamen Verkauf durch Wettbewerber beschränkt sind) erachtet die Kommission in aller Regel als **bezweckte** Wettbewerbsbeschränkung, weil die konkurrierenden Kooperationspartner dabei immanente Preise, Verkaufsmengen und/oder Marktgebiete aufeinander abstimmen.¹¹⁷¹ Diese Einschätzung relativiert sich selbst dann nicht, wenn keine Ausschließlichkeit besteht, sprich die Kooperationsparteien ihre Produkte auch selbstständig verkaufen dürfen.¹¹⁷² Sogar wenn die Kooperationsparteien keine unmittelbaren Wettbewerber sind, weil sie auf regional getrennten Märkten agieren, kann der gemeinsame Vertrieb als Mittel zur Marktaufteilung missbraucht werden.¹¹⁷³ Zudem ist zu prüfen, ob die Zusammenarbeit den Austausch vertraulicher Geschäftsinformationen fördert und damit der Ausschaltung des ansonsten bestehenden Geheimwettbewerbs zwischen den beteiligten Unternehmen Vorschub leistet.¹¹⁷⁴
- 347 Dennoch akzeptiert die Kommission bestimmte Vermarktungsk Kooperationen.¹¹⁷⁵ Dies gilt zunächst nach dem Arbeitsgemeinschaftsgedanken (→ Rn. 174 ff., 233 f.) wenn die Kooperation den Markteintritt für die beteiligten Unternehmen erst ermöglicht bzw. die kooperierenden Wettbewerber den konkreten Auftrag alleine nicht bewältigen können.¹¹⁷⁶ Dabei betonen die Leitlinien in diesem Zusammenhang, dass sich die Parteien nicht auf den Arbeitsgemeinschaftsgedanken berufen können, wenn sie den Markteintritt auch in einer kleineren Gruppe hätten bewältigen können (allgemein → Rn. 233 f.).¹¹⁷⁷ Eine wettbewerbs- oder zumindest effizienzfördernde Wirkung kann auch dann vorliegen, wenn eine Vereinbarung nur auf bestimmte Absatzfunktionen, wie etwa Werbung oder spezifische Serviceleistungen, begrenzt ist.
- 348 Reine **Vermarktungsvereinbarungen** fallen nicht in den Anwendungsbereich einer speziellen GVO. Allerdings können Vermarktungsvereinbarungen im Zusammenhang mit FuE oder Produktionsvereinbarungen nach den jeweils einschlägigen FuE- sowie Spezialisierungs-GVO gruppenfreigestellt sein. Sofern der Schwerpunkt der Vereinbarung in der FuE bzw. Spezialisierung liegt,¹¹⁷⁸ sind auch die entsprechenden Abschnitte der Leitlinien anwendbar, die der Vermarktung als unerlässlicher Bestandteil grundsätzlich positiver gegenüberstehen als gegenüber reinen Vermarktungsvereinbarungen.
- 349 **b) Gemeinsamer Vertrieb.** Bei Vermarktungsgemeinschaften, die sich nicht auf die Preisfestsetzung (oder sonstige vergleichbare bezweckte Wettbewerbsbeschränkung) erstrecken, geht die Kommission bis zu einer Marktanteilsschwelle von 15% regelmäßig davon aus, dass die Marktmacht der beteiligten Unternehmen nicht hinreichend ist, um spürbar nachteilige Auswirkungen auf die Marktverhältnisse zu erzeugen, und dass es, falls doch eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung vorläge, wahrscheinlich wäre, dass die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV vorliegen.¹¹⁷⁹ Jenseits dieser Schwelle ist eine genauere Einzelfallbetrachtung erforderlich, ob die Vereinbarung

¹¹⁷¹ Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 234; vgl. auch Bekanntmachung über die Beurteilung kooperativer Gemeinschaftsunternehmen, ABl. 1993 C 43, 2 Rn. 60 („VerkaufsgU gehören zu den klassischen horizontalen Kartellen. Sie bezwecken und bewirken in aller Regel die Vereinheitlichung des Angebots konkurrierender Hersteller“); Kom. ABl. 1991 L 152, 54 Rn. 20 f. – ANSAG; Kom. ABl. 1980 L 39, 51 – FLORAL; Kom. ABl. 1973 L 217, 3 – SCPA/Kali und Salz; Kom. ABl. 1974 L237, 3 – Papiers peints de Belgique. In Deutschland grundlegend BGH v. 19.6.1975 – KVR 2/74, BGHZ 65, 30 = NJW 1975, 1837 – ZVN.

¹¹⁷² Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 235 und das Beispiel 3 in Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 254; BGH v. 19.6.1975 – KVR 2/74, BGHZ 65, 30 = NJW 1975, 1837 – ZVN.

¹¹⁷³ Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 236.

¹¹⁷⁴ Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 233.

¹¹⁷⁵ *Liibbig* in Wiedemann KartellR-HdB § 9 Rn. 183.

¹¹⁷⁶ Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 237 und das Beispiel 1 in Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 252. In EFTA-Gericht v. 22.12.2016, E-3/16 Rn. 97 f. – Ski Taxi nahm das EFTA-Gericht auf Rn. 237 der Leitlinien Bezug, stellte aber fest, dass die nationalen Gerichte festgestellt hatten, dass die beiden Teilnehmer am Konsortium in der Lage gewesen wären, selbstständig zu bieten. Trotz Offenlegung des gemeinsamen Gebots läge daher gegebenenfalls eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vor; die Offenlegung indiziere zwar, dass die Parteien keinen wettbewerbsbeschränkenden Vorsatz hatten, doch sei dies nach den allg. Grundsätzen nicht Voraussetzung für eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung (EFTA Gericht v. 22.12.2016, E-3/16 Rn. 105–108).

¹¹⁷⁷ Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 237 und das Beispiel 2 in Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 253.

¹¹⁷⁸ Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 228 iVm Rn. 13 f.

¹¹⁷⁹ Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 240 und Beispiel 2 in Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 253.

nach Art. 101 Abs. 3 AEUV zulässig ist. Der Beitrag von Verkaufsvereinbarungen zur Verbesserung der Warenverteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts kann nach der Kommission in Kosteneinsparungen durch die Zusammenfassung von Vertriebsfunktionen bestehen. Allerdings darf es sich bei den Effizienzgewinnen nicht um Einsparungen handeln, die sich lediglich aus dem Wegfall der unmittelbar mit dem Wettbewerb verbundenen Kosten ergeben. Beispielsweise rechtfertigt eine Senkung der Transportkosten, die auf die Zuteilung von Kunden und nicht auf die Integration des logistischen Systems zurückzuführen ist, keine Freistellung.¹¹⁸⁰

Ein in der Praxis wichtiges Anwendungsgebiet von Vermarktungsvereinbarungen sind **Kooperationen bei der Verwertung von gewerblichen Schutzrechten**, wie beispielsweise in der Musik- und Filmindustrie sowie im Hinblick auf **Übertragungsrechte für Sportveranstaltungen**.¹¹⁸¹ Während nach der Entscheidungspraxis Vereinbarungen in der Musik- und Filmindustrie in der Vergangenheit tendenziell großzügiger behandelt worden waren,¹¹⁸² setzte sich die Kommission mit Vereinbarungen über die zentrale Vermarktung von Übertragungsrechten bei Sportveranstaltungen genauer auseinander. Leitwirkung hatte diesbezüglich die Entscheidung der Kommission zur Vermarktung von Übertragungsrechten der UEFA Champions League.¹¹⁸³ Aus der Entscheidung lässt sich ableiten, dass eine Freistellung derartiger Vermarktungsk Kooperationen wohl jedenfalls eine offene und transparente Vergabe der Übertragungsrechte sowie eine Entbündelung des Angebots (mehr als ein Käufer) verlangt. Ferner ist eine weitreichende Exklusivität unzulässig, wobei die Kommission im konkreten Fall eine Vertragsdauer von drei Jahren akzeptierte. Eine automatische Verlängerungsklausel ist einer positiven Bewertung abträglich, weil sie *de facto* eine verdeckte Ausweitung der Exklusivität bedeuten würde.¹¹⁸⁴

c) Gemeinsame Werbung. Gemeinsame Werbung als solche schränkt den Wettbewerb der beteiligten Unternehmen in aller Regel dann nicht ein, wenn sie lediglich die Aufmerksamkeit des Käufers auf eine bestimmte Branche lenken soll.¹¹⁸⁵ Kartellrechtlich von Bedeutung ist die gemeinsame Werbung allerdings dann, wenn sie die Möglichkeit zu eigenständiger Werbung der Kooperationspartner begrenzt.¹¹⁸⁶ Dasselbe gilt, wenn das Image der beworbenen Produkte in einem Industriesektor, in dem individuelle Werbung ein Mittel der Differenzierung und damit des Wettbewerbs ist, durch die gemeinsamen Maßnahmen vereinheitlicht wird.¹¹⁸⁷ Wettbewerbsbeschränkend ist die gemeinsame Werbung aber vor allem dann, wenn die Zusammenarbeit zu einer Koordinierung der Preisstrategien der Beteiligten führt oder der Verschleierung weitergehender wettbewerbsbeschränkender Absprachen dient. Als unzulässig erachtet die Kommission ferner diskriminierende gemeinsame Werbung, die direkt gegen Konkurrenzprodukte gerichtet ist. Sofern durch die gemeinsame Werbung hingegen lediglich besondere Eigenschaften oder Qualitätsmerkmale der Erzeugnisse hervorgehoben werden, liegt keine Unvereinbarkeit mit Art. 101 Abs. 1 AEUV vor.¹¹⁸⁸ In diesem Zusammenhang **unbedenklich** ist auch die **gemeinsame Verwendung eines Gütezeichens** zur Kennzeichnung von Waren bestimmter Qualität unter der Voraussetzung, dass jedem Wettbewerber, dessen Erzeugnisse den definierten Qualitätsansprüchen genügen, der Beitritt zur Gütezeichengemeinschaft offensteht.¹¹⁸⁹ Eine Wettbewerbsbeschränkung kann jedoch vorliegen, wenn die Vermarktungsparteien außerhalb der Gütezeichengemeinschaft keine Produkte mehr erzeugen oder vertreiben dürfen.¹¹⁹⁰

¹¹⁸⁰ Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 247.

¹¹⁸¹ ZB BKartA v. 20.3.2020 – B6-28/19, Fallbericht v. 9.12.2020 – Zentrale Vermarktung der Medienrechte an Spielen der Fußball Bundesliga. Ausf. zur Zentralvermarktung von Übertragungsrechten an der Fußball-Bundesliga: Monopolkommission, Hauptgutachten XXI: Wettbewerb 2016, Rn. 350 ff.

¹¹⁸² Vgl. EuG Slg. 1997, II-2215 – Tremblay/Kommission; EuGH Slg. 1989, 2521 – Ministère Public/Tourner; in dieser Hinsicht scheint es zwar Aktivitäten der Kommission zu geben, allerdings stellte das EuG zuletzt fest, dass die Kommission das Vorliegen einer abgestimmten Gebietsbeschränkung zum Schutze nationaler Märkte nicht hinreichend bewiesen habe, EuG v. 12.4.2013 – T-410/08, ECLI:EU:T:2013:171 – GEMA/Kommission.

¹¹⁸³ Kom. ABl. 2003 L 291, 25 – UEFA; vgl. auch GRUR 2012, 156 ff., Wettbewerbsverstoß durch territoriale Exklusivitätsvereinbarungen bei Fußball-Übertragungen.

¹¹⁸⁴ Ungerer MR 2004, 206; ähnlich entschieden in Kom. COMP/C-2/37.214, Gemeinsame Vermarktung der Medienrechte an der deutschen Bundesliga, ABl. 2005 L 134, 46. Wettbewerbsbericht der Kommission (2003) 117; für die Vermarktung der Verwertungsrechte an Fußballspielen der Bundesliga s. auch BKartA 11.6.2016 – B6-32/15.

¹¹⁸⁵ So bereits die Kooperationsbekanntmachung, II.7.

¹¹⁸⁶ Kom. ABl. 1970 L 153, 14, Abschnitt II – ASBL.

¹¹⁸⁷ EuGH Slg. 1989, 2117 Rn. 30 – SC Belasco ua/Kommission.

¹¹⁸⁸ Kom. ABl. 1985 L 35, 35 Rn. 39 – Milchförderungsfonds.

¹¹⁸⁹ S. schon Kooperationsbekanntmachung, II.8; Kom. ABl. 1970 L 153, 14, Abschnitt II – ASBL; Kom. ABl. 1980 L 318, 32 Rn. 36 – Industrieverband Solnhofener Natursteinplatten.

¹¹⁹⁰ Kom. ABl. 1990 L 18, 35 Rn. 36 – A.P.B.

- 352 **6. Vereinbarungen über Normen.** Normenvereinbarungen „bezwecken ... die [gemeinsame] Festlegung technischer oder qualitativer Anforderungen an bestehende oder zukünftige Erzeugnisse, Herstellungsverfahren, Dienstleistungen und Methoden“.¹¹⁹¹ Vielfach verfolgen sie die Herstellung von Kompatibilität und Interoperabilität von Produkten und Systemen.¹¹⁹² Die Normierung wird regelmäßig durch (nationale, europäische oder globale) Normenorganisationen vorgenommen, kann aber auch durch Industrieverbände oder durch Vereinbarung zwischen Unternehmen festgelegt werden. Hoheitliche Normierung unterliegt mangels unternehmerischen Handelns nicht dem Kartellrecht;¹¹⁹³ allerdings kann bei Gremien, die (auch) mit Industrievertretern besetzt sind und Vorschläge für Normsetzung abgeben, die anschließend – mit oder ohne detaillierte Prüfung auf die Gemeinwohlleistung – gesetzlich festgeschrieben werden, die Frage auftreten, ob die Normsetzung hoheitliche oder unternehmerische Tätigkeit ist (und dann gegebenenfalls entweder eine kartellrechtliche Überprüfung des Unternehmensverhaltens oder ein *effet utile*-Verstoß des Staates im Raume steht).¹¹⁹⁴ Faktische Industriestandards, die sich spontan entwickeln und nicht vereinbart werden, unterliegen ggf. einer Prüfung nach §§ 18 ff., Art. 102 AEUV, aber nicht nach § 1, Art. 101 AEUV, es sei denn, in der Annahme des Standards sei eine abgestimmte Verhaltensweise zu sehen.
- 353 Normenvereinbarungen können Wettbewerbsprobleme auf vier verschiedenen Märkten herbeiführen: *erstens* auf den Produkt- bzw. Dienstleistungsmarkt, auf den sich die Norm bezieht; *zweitens* auf dem Technologiemarkt einer in die Norm aufgenommenen Technologie, sofern die Rechte geistigen Eigentums auch getrennt von den Produkten vermarktet werden; *drittens* auf dem Markt für Normung; und *viertens* gegebenenfalls auf einem von der eigentlichen Normung getrennten Markt für die Prüfung der Einhaltung der Norm und Zertifizierung.
- 354 Obwohl Normenvereinbarungen häufig wettbewerbs- und/oder effizienzfördernde Wirkungen haben, können sie Wettbewerbsbeschränkungen bezwecken oder bewirken. Eine **bezweckte Wettbewerbsbeschränkung** liegt etwa vor, wenn Normenvereinbarungen dazu eingesetzt werden, **potenzielle Wettbewerber** auf dem normierten Produkt- oder Dienstleistungsmarkt, die die Norm nicht einhalten können, **auszugrenzen**, beispielsweise dadurch, dass eine durch geistiges Eigentum geschützte (oder sonst unzugängliche) Technologie in die Norm aufgenommen wird, die nicht an die potenziellen Wettbewerber lizenziert wird. Umgekehrt kann ein tatsächlicher oder potenzieller Wettbewerber, der eine neue, kostensparende Technologie einsetzen will, durch Normen, denen veraltete Technologien zugrunde liegen, aus dem Markt gehalten werden.¹¹⁹⁵
- 355 Auch wenn die Normensetzung nur als Anlass dazu verwendet wird, über die Offenlegung der restriktivsten Lizenzbedingungen **Preise für die Produkte oder substituierbare Technologien bzw. Lizenzgebühren festzulegen**, liegt darin eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung.¹¹⁹⁶ Zu differenzieren hiervon ist allerdings die bloße Offenlegung der restriktivsten Lizenzbedingungen eines Bewerbers um Aufnahme einer Technologie bzw. eines Rechts des geistigen Eigentums, um dem Normgremium die Auswahl zwischen verschiedenen alternativen Technologien bzw. Rechten unter Berücksichtigung ihrer voraussichtlichen Kosten zu ermöglichen, um die Kosten der Normeinhaltung gering zu halten (und damit die Norm, falls auf dem Markt für Normung Wettbewerb besteht, für Nutzer attraktiv zu machen): In solchen Fällen wird von der Kommission in der Regel nicht einmal eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung angenommen.¹¹⁹⁷ Letzterem ist nur eingeschränkt zuzustimmen: Es ist zwar richtig, dass wegen des „vertikalen“ Effekts der Preistransparenz eine Offenlegung der restriktivsten Lizenzbedingungen gegenüber der Normorganisation in der Regel zulässig sein dürfte, da im Zweifel das beste Preis-/Leistungsverhältnis den Ausschlag für die Aufnahme in die Norm geben sollte. Es handelt sich aber um die Offenlegung eines äußerst sensitiven Wettbewerbsparameters, jedenfalls wenn entweder die Technologie bzw. das Recht geistigen Eigen-

¹¹⁹¹ Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 257; ausf. *Jakobs*, Standardsetzung im Lichte der europäischen Wettbewerbsregeln, 2012, 24 ff. s. auch *Koenig WuW 2008*, 1259 f.

¹¹⁹² Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 257, 263, 308.

¹¹⁹³ EuGH Slg. 2009, I-2207 Rn. 92 – SELEX Sistemi Integrati (Erstellung technischer Normen für einheitliches Europäisches Flugverkehrs-Managementssystem durch Eurocontrol); Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 258.

¹¹⁹⁴ *Klasse*, Gemeinschaftsrechtliche Grenzen für staatlich veranlasste Wettbewerbsbeschränkungen, 2006, 114 ff.; s. auch *F Wagner WuW 2003*, 454 ff.

¹¹⁹⁵ S. Kom. ABl. 1999 L 24, 1 Rn. 11, 113 ff., 147 – Fernwärmetechnik (s. Rn. 114: aus den Unterlagen eines der Unternehmen ging hervor, dass die Organisation EuHP „gegründet [worden sei], um kleinere, neue Wettbewerber aus dem Ausland ... auszuschließen, und wenn wir eine Lockerung dieser Normen zulassen, werden sich die Märkte abschwächen“); Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 273. Vgl. auch den US amerikanischen Fall *Allied Tube & Conduit v Indian Head* 486 U.S. 492 (1988).

¹¹⁹⁶ Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 274.

¹¹⁹⁷ Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 299 mit Fn. 124.

tums auch unabhängig vermarktet wird und dem Normgremium auch Wettbewerber mit substituierbaren Technologien bzw. Rechten geistigen Eigentums angehören, oder wenn die Lizenzgebühren der infrage stehenden Technologie einen erheblichen Anteil der Kosten des Produkts auf dem Produktmarkt ausmachen, in dem die Technologie eingesetzt wird. In solchen Fällen sollte die Normorganisation den Zugriff auf die Information über die restriktivsten Lizenzgebühren nur insoweit an Wettbewerber ermöglichen als dies unerlässlich für die Auswahl der in die Norm aufzunehmenden Technologien bzw. Rechte ist. Dieser Vorschlag steht allerdings in einem Spannungsverhältnis zum Prinzip der größtmöglichen Mitwirkung an der Normsetzung und Transparenz (→ Rn. 356 f.); wie in anderen Fällen des Zusammentreffens der potenziell wettbewerbsbeschränkenden Wirkung horizontaler Transparenz und der potenziell wettbewerbsfördernden Wirkung vertikaler Transparenz (→ Rn. 305 ff.) ist auch dieser Konflikt möglichst durch Herstellung praktischer Konkordanz zu lösen.¹¹⁹⁸

Häufiger als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen durch Normung dürften **bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen** sein. Im Fokus der Leitlinien steht zunächst die Gefahr der **Ausgrenzung von (potenziellen) Wettbewerbern** durch eine Normung, die entweder nicht in einem transparenten und allen offenstehenden Verfahren festgelegt wurde oder zu der die Wettbewerber keinen uneingeschränkten, diskriminierungsfreien Zugang haben.¹¹⁹⁹ Die Gefahr besteht insbesondere darin, dass ein Recht des geistigen Eigentums derart in die Norm aufgenommen wird, dass es unmöglich ist, Produkte, die der Norm entsprechen, ohne Lizenzierung des Rechts zu produzieren (insbesondere standardessenzielle Patente, SEP) und der Rechteinhaber die zusätzliche Marktmacht, die durch die Hebelwirkung der Norm erzeugt wurde, zu einem „hold-up“ ausnutzt, um überhöhte Lizenzgebühren zu verlangen.¹²⁰⁰ Einem solchen hold-up vorgelagert kann ein sog. „patent ambush“ sein, bei dem im Rahmen der Normung verheimlicht wird, dass ein Unternehmen Rechte geistigen Eigentums hält, die durch die Normung zu SEPs würden. Die Leitlinien suchen dieser Gefahr entgegenzuwirken, indem sie ein detailliertes Verfahren der Normung vorschlagen, bei dessen Einhaltung die Unternehmen auf einen „safe harbour“ vertrauen können. Dieses Verfahren wird zwar als optional bezeichnet, um einem Wettbewerb zwischen verschiedenen Normenmodellen nicht vorzugreifen, doch stellt es faktisch eine Normung der Normenmodelle dar. Das Verfahren hat vier Voraussetzungen: *erstens* die uneingeschränkte Mitwirkung am Normungsprozess,¹²⁰¹ *zweitens* ein transparentes Normsetzungsverfahren,¹²⁰² *drittens* das Fehlen einer Verpflichtung zur Normeinhaltung,¹²⁰³ und *viertens* die Möglichkeit zum Zugang zur Norm unter fairen, zumutbaren und diskriminierungsfreien (fair, reasonable and non-discriminatory = „FRAND“) Bedingungen,¹²⁰⁴ die auch bei einer Übertragung der Rechte an Dritte zu gewährleisten sind.¹²⁰⁵ Zu den Verpflichtungen im Rahmen des Verfahrens zählt auch die Offenlegungspflicht von Rechteinhabern hinsichtlich von der geplanten Norm (potenziell) betroffenen Rechte geistigen Eigentums.¹²⁰⁶ Die Leitlinien führen aus, dass die Normenorganisation nicht selbst kontrollieren muss, ob die Lizenzbe-

¹¹⁹⁸ Faktisch ist der Unterschied vermutlich nicht sehr groß. Erstens ist der Konflikt auf Konstellationen beschränkt, in denen die Kosten der Technologie/des Rechts einen hohen Anteil der Kosten des Produkts ausmachen bzw. wo die Beteiligten in direktem Wettbewerb mit alternativen Technologien/Rechten stehen; zweitens wird in manchen dieser Fälle die Offenlegung an alle unerlässlich sein. Doch können mildere Maßnahmen zumindest im Rahmen der in der Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 295 und Rn. 316 genannten zulässigen Einschränkungen geboten sein.

¹¹⁹⁹ Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 277 ff.

¹²⁰⁰ Dazu EuGH ECLI:EU:C:2015:477 – Huawei Technologies; ausf. zum Huawei-Urteil und dessen Rezeption in der deutschen Rspr. *Feller*, Die FRAND-Verpflichtungserklärung gegenüber Standardisierungsorganisationen, 2019, 103 ff.; s. auch *Heinemann* GRUR 2015, 855; *Block* GRUR 2017, 121.

¹²⁰¹ Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 280 f.; s. auch Rn. 295: sofern wirksamer Wettbewerb zwischen Normensystemen besteht, kann die wettbewerbsbeschränkende Wirkung einer eingeschränkten Beteiligung entfallen, und im Einzelfall können Einschränkungen der Beteiligung bei der Normsetzung durch Information und Konsultation der Ausgeschlossenen kompensiert werden.

¹²⁰² Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 280, 282.

¹²⁰³ Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 280 und 293: das Fehlen einer Verpflichtung zur Einhaltung der Norm wird als wesentlicher Faktor bei der Beurteilung der wahrscheinlichen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen angesehen.

¹²⁰⁴ Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 280, 283–286 (FRAND-Bedingungen des Zugangs zur Norm); s. auch Rn. 294 (etwas geringerer Stellenwert des FRAND-Zugangs, wenn die realistische Option besteht, nicht genormte Lösungen oder konkurrierende Normen zu verwenden). S. zB die Regelungen in Anhang 6 der ETSI-Verfahrensregeln, die in EuGH ECLI:EU:C:2015:477 – Huawei Technologies angewendet wurden.

¹²⁰⁵ Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 285.

¹²⁰⁶ Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 286.

dingungen, die letztlich vom Rechteinhaber verlangt werden, FRAND sind.¹²⁰⁷ Für eine Prüfung im Rechtsstreit, ob die Lizenzgebühren „in einem angemessenen Verhältnis zu dem wirtschaftlichen Wert des Rechts ... stehen“, geben die Leitlinien den Gerichten leider nur vage Maßstäbe an die Hand, wie man sie aus der Preisüberhöhungskontrolle unter Art. 102 AEUV kennt.¹²⁰⁸ Kostenbezogene Maßstäbe werden in diesem Kontext zu Recht als weitgehend nutzlos verworfen; als Maßstäbe genannt werden etwa ein Vergleich mit den Lizenzgebühren, die der Rechteinhaber anderen Unternehmen für die einschlägigen Patente ex ante, also vor Integrierung in die Norm, in Rechnung stellt, die Einholung eines unabhängigen Expertengutachtens, das den objektiven Stellenwert des Rechts für die Norm bewertet, und gegebenenfalls Angaben des Rechteinhabers, die bei der Offenlegung zu den restriktivsten Lizenzbedingungen vor Aufnahme in die Norm gemacht wurden.¹²⁰⁹

357 Als wichtige Faktoren im Rahmen der Bewertung der Auswirkungen hebt die Kommission insbesondere das **Fehlen einer Verpflichtung zur Normeinhaltung** hervor, also die Freiheit der Parteien, konkurrierende Normen und nicht normgerechte Produkte zu entwickeln.¹²¹⁰ Geringer sind die Bedenken, wenn die Norm untergeordnete Aspekte bzw. Bestandteile des Endprodukts betrifft.¹²¹¹ Der Zugang zu den Spezifikationen und notwendigen Rechten ist, wie soeben (→ Rn. 356) beschrieben, prinzipiell ein zentraler Gesichtspunkt, doch kann dies zu relativeren sein, wenn es effektiven Wettbewerb zwischen normgerechten Lösungen und solchen Lösungen gibt, die keiner oder einen anderen Norm entsprechen.¹²¹² Auch eine Einschränkung der **Mitwirkungsmöglichkeit aller Betroffenen** am Normungsprozess kann im Einzelfall gegebenenfalls durch umfassende **Informations- und Konsultationsrechte** kompensiert werden.¹²¹³ Zu beachten ist, dass Normen insbesondere dann ihre positiven Wirkungen (→ Rn. 358 ff.) erzeugen, wenn sie weit verbreitet sind. Dies bedeutet, dass anders als bei anderen Kooperationsformen eine hohe Marktabdeckung nicht notwendigerweise bedeutet, dass eine wettbewerbsbeschränkende Auswirkung die wettbewerbsfördernde Wirkung überwiegt.¹²¹⁴

358 Normen können **wettbewerbs- und effizienzfördernde Wirkung** haben. Über die Normung von Schnittstellen können Produkte kompatibel und **interoperabel** gemacht werden, sodass auf den Märkten für genormte Produkte und auf nachgelagerten Märkten mehr Wettbewerb entsteht.¹²¹⁵ Sie erleichtern dadurch auch den Wechsel zwischen diesen Produkten.¹²¹⁶ Insbesondere die Schaffung internationaler Normen, die an die Stelle nationaler Normen oder eingeschliffener nationaler Praktiken treten, kann der **Marktintegration** förderlich sein und so im Idealfall einst nationale Märkte in europäische oder globale Märkte erweitern.¹²¹⁷ Ferner können Normen die schnellere Einführung neuer Technologien ermöglichen, indem bei **Netzwerkeffekten** zugunsten der alten Norm schneller die kritische Masse von Anwendern einer bestimmten neuen Norm hergestellt wird, die für einen „tipping effect“ notwendig ist.¹²¹⁸ **Anschlussinnovationen** werden durch offene Normen und die dadurch ermöglichte Kompatibilität und Interoperabilität gefördert.¹²¹⁹ Man denke beispielsweise an die (über Art. 102 AEUV erzwungene) Offenlegung der Schnittstellen im *Microsoft*-Verfahren, die es ermöglichte, die indirekten Netzwerkeffekte der proprietären *Microsoft*-Applikationen zu überwinden („application barriers to entry“). Darüber hinaus können **Informationsasymmetrien** überwunden werden, wenn die Einhaltung von (beispielsweise Umwelt-, Sicherheits- oder Qualitäts-)Normen durch vertrauenswürdige Organisationen mit **Gütezeichen** signalisiert werden kann.¹²²⁰ Im besten Fall kann durch solche Gütezeichen Wettbewerb in dieser Dimension (Sicherheit, Qualität, Umweltschutz etc) geschaffen werden, der sonst einem „market for lemons“ (*Akerlof*)¹²²¹ zum Opfer gefallen wäre. Allerdings ist durchaus Vorsicht angebracht: Genau dieser Effekt ermöglicht es, Kriterien zur Voraussetzung für ein Gütezeichen aufzustellen, die nur vorgeblich der Qualitätsverbesserung, der Sicherheit, dem Umweltschutz etc dienen, in

¹²⁰⁷ Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 288.

¹²⁰⁸ Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 289 f.

¹²⁰⁹ Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 289 f.

¹²¹⁰ Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 293.

¹²¹¹ Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 293 aE.

¹²¹² Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 294.

¹²¹³ Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 295.

¹²¹⁴ Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 296.

¹²¹⁵ Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 308.

¹²¹⁶ Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 308.

¹²¹⁷ Vgl. Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 308.

¹²¹⁸ Dazu etwa *Pohlmeier*, Netzwerkeffekte und Kartellrecht, 2004, 78 ff.

¹²¹⁹ Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 308 aE.

¹²²⁰ Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 310.

¹²²¹ *Akerlof*, Quarterly Journal of Economics 84(3) 1970, 488.

Wirklichkeit aber kostengünstige Wettbewerber ausschließen und den Preiswettbewerb dämpfen sollen; in diesem Fall liegt eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vor.

Zusätzlich zu den wettbewerbsfördernden Aspekten (→ Rn. 358) kann Normung **effizienzfördernde Aspekte** aufweisen, die im Rahmen (und unter den Voraussetzungen) des Art. 101 Abs. 3 AEUV zu berücksichtigen sind. Insbesondere können sie die Transaktionskosten, insbesondere in Form von Suchkosten, vermindern. 359

Im Rahmen der Prüfung der § 2 Abs. 1, § 3, Art. 101 Abs. 3 AEUV auf Normung ist insbesondere das Kriterium der **Unerlässlichkeit** der Wettbewerbsbeschränkung für die Effizienzgewinne von großer praktischer Bedeutung.¹²²² Hier werden insbesondere die Aspekte geprüft, die bereits im Rahmen der bewirkten Wettbewerbsbeschränkung angesprochen wurden: eine **Verpflichtung zur Einhaltung der Norm** wird kaum jemals unerlässlich sein, um die wettbewerbs- oder effizienzfördernden Effekte zu erzielen,¹²²³ nur ausnahmsweise kann aus Effizienzgründen oder wegen der Existenz „anerkannter Verfahren der kollektiven Interessenvertretung“ von der **Beteiligung aller Wettbewerber** bei der Normierung abgesehen werden;¹²²⁴ **technologieneutrale Normen** sind tendenziell weniger wettbewerbsbeschränkend, und wenn eine Norm nicht technologieneutral ist, so muss die **Auswahl nichtdiskriminierend** getroffen werden;¹²²⁵ werden substituierbare Rechte in die Norm einbezogen, darf die Nutzung im Rahmen der Norm grundsätzlich nicht ausschließlich sein, da sonst der Wettbewerb zwischen Technologien eingeschränkt würde;¹²²⁶ die **Überprüfung und Zertifizierung** der Normkonformität sollte grundsätzlich **nicht einer Einrichtung ausschließlich vorbehalten** sein, und wo dies vorübergehend aus zwingenden Gründen doch erforderlich ist, sind die **Zugangsbedingungen zur Zertifizierung** (inkl. der Gebühren) in einem „angemessenen Verhältnis zu den Kosten“ festzusetzen.¹²²⁷ 360

7. Umweltschutzvereinbarungen, Tierschutz und soziale Verantwortung. Die Leitlinien horizontale Zusammenarbeit aus dem Jahr 2011 beinhalten im Gegensatz zur Vorgängerversion (und wohl auch zur für 2021/22 geplanten Nachfolgerversion, → Rn. 269) **kein separates Kapitel zu Umweltschutzvereinbarungen.** Vielmehr sind nach den Leitlinien horizontale Zusammenarbeit 2011 die allgemeinen Grundsätze, vor allem die oben besprochenen Grundsätze zur **Normensetzung** (→ Rn. 352 ff.), auf sie anzuwenden.¹²²⁸ Insbesondere angesichts der (späten) Erkenntnis der Ausmaße des Klimawandels ist jedoch das Interesse an Umweltschutzvereinbarungen in den letzten Jahren sprunghaft gestiegen.¹²²⁹ Inzwischen eruiert auch die Kommission im Rahmen des „**europäischen Grünen Deals**“,¹²³⁰ inwieweit das Wettbewerbsrecht umweltfreundlichen Ergebnissen entgegensteht. 361

¹²²² Die Voraussetzungen Weitergabe der Vorteile an die Verbraucher und keine Ausschaltung des Wettbewerbs sind hier regelmäßig von geringerer Bedeutung, s. Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 321, 324.

¹²²³ Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 318 und die in Fn. 127 zu Rn. 315 in Bezug genommene Entscheidung Kom. ABl. 1978 L 47, 42 Rn. 11, 31 – Video-Cassette-Recorders, wo sich wichtige Hersteller von Videorekordern dazu verpflichteten (Rn. 11), ausschließlich Videorekorder herzustellen, die dem Philips-Standard entsprachen; dies wurde als nicht unerlässlich bewertet (Rn. 31, wo allerdings auch darauf abgestellt wird, dass diese Klausel in den Vereinbarungen mit anderen europäischen und außereuropäischen Herstellern nicht enthalten sei, was unmittelbar erkennen ließ, dass die Beschränkung nicht unerlässlich war).

¹²²⁴ Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 316 unter Hinweis auf Kom. ABl. 1987 L 35/36 Rn. 45 – X/Open Group (wo akzeptiert wurde, dass der Kreis auf große Hersteller auf dem europäischen Informativstechnologiemarkt mit Unix-Erfahrung beschränkt wurde und neue Mitglieder nur durch Mehrheitsbeschluss aufgenommen werden konnten; begründet wurde dies mit den „praktischen Schwierigkeiten, die Vertreter der Mitglieder ohne endlose Diskussionen auf eine Linie zu bringen“, die „erheblich mit der Anzahl der Mitglieder zu[nahmen]“, aber auch damit, dass verhindert werden könne, dass Unternehmen zugelassen werden, die negative Auswirkungen auf die Zusammenarbeit haben könnten) und auf Kom. v. 29.10.2009 COMP/39.416 — Schiffsklassifikation (Zusammenfassung in ABl. 2010 C 2, 5). Vgl. auch das „packing“ der Normenorganisation mit Verwandten und Angestellten im US-amerikanischen Fall *Allied Tube & Conduit v Indian Head* 486 U.S. 492 (1988).

¹²²⁵ Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 317.

¹²²⁶ Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 317.

¹²²⁷ Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Rn. 319.

¹²²⁸ So ausdrücklich Kom. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit Fn. 1 zu Rn. 18 und Rn. 257.

¹²²⁹ S. etwa *Deyer/Ahlenstiel* WuW 2021, 76 (79 ff.); *Hertfelder/Drixler* NZKart 2020, 631 ff.; *Monti/Mulder* E.L. Rev. 42 (2017), 635 ff.; *Holmes* Journal of Antitrust Enforcement 8 (2020), 354 ff.; *Alber* IPRB 2021, 12 (15 ff.); *Kingston* WuW 2020, 293; *Lettl* WRP 2021, 145 ff.; allgemeiner zu Gemeinwohlbelangen, die auch Umweltschutz, aber auch fair trade oder Tierschutz mit einschließen: *Engelsing/Jakobs* WuW 2019, 16 ff.; schon früher: *Lübbig* WuW 2012, 1142 ff.; *Frenz* WRP 2013, 981 ff.; *Frenz*, Natur und Recht 2006, 138 ff.; *Steinbeck* WuW 1998, 554 ff.; *K. Schumacher* WuW 2002, 121 ff.; *Ellger* in Kloepfer, Umweltschutz als Rechtsprivileg, 2014, 127 ff.; s. ferner die Beiträge in CPI Antitrust Chronicle Sustainability, Summer 2020 Vol. 1(2).

¹²³⁰ Kom. Der europäische Grüne Deal, COM(2019) 640 final v. 11.12.2019.

Die niederländische Wettbewerbsbehörde hat einen vielbeachteten Leitlinienentwurf vorgelegt.¹²³¹ Das Bundeskartellamt hat sich im Arbeitskreis Kartellrecht mit der Problematik beschäftigt.¹²³² Bisher hat das Bundeskartellamt in seiner Verwaltungspraxis „im Rahmen des Aufgreifermessens toleriert“.¹²³³ Das zeugt zwar von Problembewusstsein, ist aber eine wenig befriedigende Lösung sowohl in dogmatischer als auch praktischer Hinsicht. Es steht zu erwarten, dass die derzeit (2021/22) laufende Überarbeitung der Horizontalleitlinien zumindest in einem Kapitel über Umweltschutzvereinbarungen münden wird (wenn nicht gar gesonderte Leitlinien entworfen werden).

362 Das **Ausgangsproblem** ist, dass **kein wirksamer Preis- und Qualitätswettbewerb** besteht. Wettbewerb und Umweltschutz *können* zwar am gleichen Strang ziehen – niedriger Ressourceneinsatz ist sowohl von den Unternehmen ökonomisch als auch von der Allgemeinheit ökologisch gewollt.¹²³⁴ Doch sind ökologische Schäden häufig **negative Externalitäten**, die mit Produktionsmethoden verbunden sind, deren private Kosten für die Produzenten niedriger sind als die sozialen Kosten. Die Kosten ökologischer Schäden spiegeln sich also nicht im Preis wider und werden daher auch **nicht durch den Preiswettbewerb diszipliniert**. Soweit allerdings Zahlungsbereitschaft der Verbraucher für umweltfreundliche Produktion besteht, die die höheren privaten Kosten der Produktion übersteigt, kann Wettbewerb im Prinzip dennoch zu guten Ergebnissen führen, da die (unilaterale) Einhaltung strengerer ökologischer Standards als Qualitätsvorteil beworben werden kann, sodass es zu wirksamem **Qualitätswettbewerb** kommen kann. Doch ist auch dieser Qualitätswettbewerb nicht stets wirksam. Die erste Schwelle ist ein **Informationsdefizit** über die ökologischen Folgen auf Seiten der Abnehmer; soweit ökologische Schäden oder deren Ausmaß dem Verbraucher unbekannt sind, besteht auch keine Zahlungsbereitschaft. Zweitens besteht ein vom Informationsdefizit zu differenzierendes Problem der **Informationsasymmetrie**: selbst bei bestehender Zahlungsbereitschaft der Konsumenten für ökologischere Produkte kann diese Zahlungsbereitschaft nur dann zu wirksamem Qualitätswettbewerb führen, wenn das Unternehmen glaubhaft kommunizieren kann, dass die eigene Produktion (oder Distribution) tatsächlich substantiell umweltfreundlicher ist und den Preisunterschied zu umweltschädlicheren Konkurrenzprodukten rechtfertigt. Solange dem Verbraucher unklar ist, ob der Mehrpreis tatsächlich dort ankommt, wo er ankommen soll, oder ob er nur in den Gewinnen der Anbieter landet, wird keine hinreichende Zahlungsbereitschaft existieren. Drittens existiert selbst bei grundsätzlich bestehender Zahlungsbereitschaft auf Seiten der Verbraucher **wiederum ein Externalitätenproblem**: das Zahlen höherer Preise zur Reduzierung ökologischer Schäden führt (im Vergleich zum Status quo) zu **positiven externen Effekten** für diejenigen, die entweder gar keine Produkte auf dem relevanten Produktmarkt oder umweltschädlichere Konkurrenzprodukte verwenden, aber von der Vermeidung der ökologischen Schäden profitieren. Zu diesen momentan nicht zahlenden Profiteuren gehören auch künftige Generationen. Das Bundeskartellamt weist außerdem auf die beschränkte Rationalität von Verbrauchern hin, insbesondere deren hyperbolische Diskontierung (also die zu starke Abzinsung künftiger Nachteile).¹²³⁵

363 Preis- und Qualitätswettbewerb führen daher derzeit nicht zu effizienten Ergebnissen. Vorzugswürdig wäre dennoch eine **möglichst wettbewerbskonforme Lösung** dieser Probleme. Am effektivsten wäre eine **Einpreisung (Internalisierung) der ökologischen Kosten**, etwa über handelbare Emissionszertifikate oder, subsidiär, *Pigou*-Steuern auf schädlichere oder umgekehrt Subventionen für weniger schädliche Produkte. Wenn eine Internalisierung effektiv gelänge, könnte der Preiswettbewerb das Problem lösen. Doch sind die Kosten der oft langwierigen und über komplexe Kausalitätsketten vermittelten ökologischen Schäden zum Teil schwer zu beziffern, und aufgrund von Public Choice-Gesichtspunkten fehlt der politische Wille, die Kosten voll einzupreisen (beispielsweise ausreichend wenige CO₂-Emissionszertifikate in Umlauf zu bringen). Soweit die Einpreisung nicht allgemein effektiv funktioniert, gibt es die Möglichkeit **gesetzlicher Mindeststandards** und des Verbots von Produktion und Vertrieb der umweltschädlicheren Varianten. Der Wille zur Hebung dieser Mindeststandards ist allerdings ebenfalls den Regeln der Public Choice unterworfen und hängt daher auch von der Lobbyarbeit der organisierten Interessen ab; zudem kann über dieses

¹²³¹ Autoriteit Consument & Markt, Draft Guidelines Sustainability Agreements v. 9.7.2020; dazu etwa *Hertfelder/Drixler NZKart* 2020, 631 ff.

¹²³² BKartA, Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften – Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis, Hintergrundpapier AK Kartellrecht v. 1.10.2020.

¹²³³ *Engelsing/Jakobs WuW* 2019, 16 (17, 20) (mit Beispielen zu verschiedenen Sozialwohlbelangen wie fair trade, Tierwohl).

¹²³⁴ BKartA, Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften – Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis, Hintergrundpapier AK Kartellrecht v. 1.10.2020, 6 f.; Autoriteit Consument & Markt, Draft Guidelines Sustainability Agreements v. 9.7.2020, Rn. 2.

¹²³⁵ BKartA, Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften – Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis, Hintergrundpapier AK Kartellrecht v. 1.10.2020, 11 f.