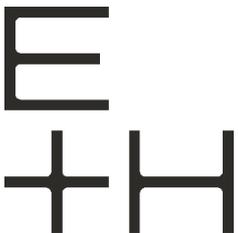


Gutachten
Kartellrechtliche Beurteilung der
"Green Finance Alliance"

Wien, 03.09.2024



E+H Rechtsanwälte GmbH
www.eh.at
office@eh.at

Wienerbergstraße 11
1100 Wien | Vienna
Österreich | Austria
+43 1 606 3647 0 (T)
+43 1 606 3647 58 (F)

FN 288205g
GmbH mit Sitz in Graz
Firmenbuchgericht LGZ Graz
UID ATU63304506

Inhalt

1.	Gutachtensauftrag	4
2.	Die "Green Finance Alliance"	4
2.1	Governance Struktur der GF-Alliance	5
2.2	Anwendungsbereich, Monitoring, Kriterien und Maßnahmen	5
2.2.1	Anwendungsbereich	5
2.2.2	Kriterien und Maßnahmen	6
2.2.3	Monitoring und Fortschrittsbericht	6
3.	Kartellrechtliche Aspekte von Umwelt- und Klimainitiativen	7
3.1	Relevanter Rechtsrahmen	8
3.1.1	Das Kartellverbot	8
3.1.2	Die Effizienz Ausnahme	9
3.1.3	Die neue Nachhaltigkeitsausnahme im KartG	9
3.2	Europäische Kommission – Horizontal-LL und Entscheidungspraxis	10
3.2.1	Nachhaltigkeitsvereinbarungen nach den Horizontal-LL	10
3.2.2	Bisherige relevante Entscheidungspraxis auf EU-Ebene	14
3.3	Österreich – Nachhaltigkeits-LL der BWB und Verwaltungspraxis	15
3.3.1	Nachhaltigkeitsvereinbarungen nach den Nachhaltigkeits-LL	16
3.3.2	Verwaltungspraxis österreichischer Wettbewerbsbehörden	16
3.4	Leitfäden und Entscheidungspraxis in anderen EU-Mitgliedstaaten	17
3.4.1	Niederlande	17
3.4.2	Griechenland	18
3.4.3	Deutschland	18
3.4.4	Frankreich	19
3.5	Internationale Entwicklungen und Entscheidungspraxis	20
3.5.1	USA	20
3.5.2	Großbritannien	21
3.5.3	Japan	22
4.	Kartellrechtliche Bewertung der GF-Alliance	24
4.1	Kartellrechtlich relevanter Prüfungsrahmen	24
4.2	Relevante Märkte für die GF Alliance	24
4.2.1	Sachlich relevante Märkte	24

4.2.2	Geographisch relevante Märkte	27
4.3	GF-Alliance generell vom Anwendungsbereich des Kartellverbots ausgenommen?	28
4.3.1	Nachhaltigkeitsziele und Involvierung von Behörden schließt Anwendung des Kartellrechts nicht aus	28
4.3.2	Umsetzung des Übereinkommens von Paris durch die GF-Alliance	28
4.4	Kartellrechtliche Bewertung des Handlungsfelds "Betriebsökologie"	29
4.5	Kartellrechtliche Bewertung der Maßnahmen zu sozialen Mindestschutz-Standards sowie zur Klima- und Engagement-Strategie samt zugehörigen Berichten	29
4.5.1	Soziale Mindestschutz-Standards	29
4.5.2	Klima- und Engagement-Strategie samt zugehörigen Berichten	30
4.6	Kartellrechtliche Bewertung der Maßnahmen und Kriterien zum Ausstieg aus Kohle, Erdöl, Erdgas und Kernenergie sowie Beratungsgeschäft	31
4.6.1	Darstellung der Maßnahmen und Kriterien	31
4.6.2	Wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen und Kriterien	32
4.6.3	De-minimis-Regelung	34
4.6.4	Anwendbarkeit der "Soft-Safe-Harbour"-Kriterien?	35
4.6.5	Freistellung gemäß Art 101 Abs 3 AEUV	38
4.6.6	Handlungsfeldspezifische Maßnahmen	41
4.7	Webinare, Workshops etc	42
5.	Conclusio	42

1. Gutachtensauftrag

- (1) Der Gutachtensauftrag zur kartellrechtlichen Beurteilung der "Green Finance Alliance" ("**GF-Alliance**") umfasst in einem ersten Teil (Abschnitt 3) die Darstellung der kartellrechtlichen Aspekte von Umwelt- und Klimainitiativen und in einem zweiten Teil (Abschnitt 4) die kartellrechtliche Prüfung der GF-Alliance. Zuvor wird ein Überblick über die wesentlichen Aspekte der GF-Alliance gegeben (Abschnitt 2).

2. Die "Green Finance Alliance"

- (2) Die GF-Alliance ist eine Initiative des Bundesministeriums Klimaschutz ("**BMK**") zur Bildung eines Bündnisses von Finanzunternehmen, die sich freiwillig, aber verbindlich zur Ausrichtung ihrer Portfolios am 1,5 °C-Klimaziel gemäß dem Übereinkommen von Paris verpflichten.¹
- (3) Für das Kerngeschäft der Mitglieder definiert die GF-Alliance folgende fünf Zieldimensionen:²
 - Ausrichtung der Portfolios am 1,5 °C-Ziel des Übereinkommens von Paris;
 - Treibhausgas (THG)-neutrales Portfolio 2050 durch kontinuierliche Reduktion der über die Portfolios verantworteten Treibhausgasemissionen;
 - Ausweitung grüner Aktivitäten im Kerngeschäft, wodurch positiver Impact gefördert und Kapital für die Finanzierung der Klimaziele mobilisiert werden sollen;
 - Klimarisiken managen und Resilienz gegenüber künftigen klimatischen und klimainduzierten Veränderungen fördern;
 - Klima-Governance und Mainstreaming in allen relevanten Unternehmensbereichen forcieren.

Für diese Zieldimensionen sind Maßnahmen und Kriterien vorgesehen. Neben dem Kerngeschäft ist auch eine Zieldimension für die Betriebsökologie vorgesehen.

- (4) Versicherungsunternehmen, Banken (Kreditinstitute), Pensionskassen, Betriebliche Vorsorgekassen und Kapitalanlagegesellschaften mit Sitz in Österreich (dh Zulassung in Österreich; gemeinsam "**Finanzunternehmen**") können sich um die Mitgliedschaft bewerben.³ Zum Erwerb der Mitgliedschaft haben die interessierten Finanzunternehmen eine Selbstverpflichtungserklärung abzugeben und einen Mitgliedschaftsvertrag mit dem BMK abzuschließen. Der Mitgliedschaftsvertrag regelt die Rechte und Pflichten der teilnehmenden Finanzunternehmen. Die Selbstverpflichtungserklärung, die Liste verbundener Unternehmen, die Logonutzungsvereinbarung und die Compliance Richtlinie als auch das GF-Alliance Handbuch (das "**Handbuch**"), in der jeweils aktuellen Fassung, sind integraler Vertragsbestandteil.⁴ Der Mitgliedschaftsvertrag wird befristet bis zum 31.12.2030 abgeschlossen, wobei eine ordentliche Kündigung für beide Vertragsparteien bis längstens 31.10. zum Ende des jeweils laufenden Mitgliedschaftsjahr sowie eine außerordentliche Kündigung möglich ist.⁵ Weiters haben die teilnehmenden Finanzunternehmen jährlich einen indexierten Mitgliedsbeitrag zu entrichten, der gestaffelt ist und sich

¹ Art 1.1 des GF-Alliance Mitgliedschaftsvertrages (2023); GF-Alliance Handbuch³ (2023) S 9.

² Art 1.3 Mitgliedschaftsvertrag; Handbuch S 11.

³ Handbuch S 15.

⁴ Art 2 Mitgliedschaftsvertrag und S 23.

⁵ Art 7 Mitgliedschaftsvertrag.

an der Bilanzsumme (Kreditinstitute) bzw dem investierten Vermögen orientiert (andere).⁶ Derzeit hat die GF-Alliance 11 Mitglieder.⁷

2.1 Governance Struktur der GF-Alliance

- (5) Die Governance Struktur der GF-Alliance besteht aus dem **BMK** als sog "**Ausschreibende Stelle**", einem Lenkungsgrremium, der Koordinierungsstelle und einem Beirat:⁸
- Die **Ausschreibende Stelle** ist für die strategische Steuerung sowie für die vertragliche Abwicklung zuständig.
 - Das **Lenkungsgrremium** trifft die Entscheidungen bzgl der Beurteilung der Evaluierungsergebnisse des jährlichen Monitorings, der Aufnahme und des Ausschlusses von Mitgliedern, Zusammensetzung des Beirats und Änderung und Überarbeitung des Kriterienkatalogs. Das Lenkungsgrremium wird von der Ausschreibenden Stelle mit Mitarbeiter:innen des BMK und dritten fachkundigen Personen besetzt; ausgeschlossen davon sind Vertreter:innen von Finanzunternehmen.
 - Die **Koordinierungsstelle** ist das Umweltbundesamt. Diese ist für operative Umsetzung, Koordinierung und Betreuung des Helpdesks für individuelle Fragestellungen sowie ua für Workshops und Webinare zuständig. Weiters unterstützt sie das Lenkungsgrremium bei deren Aufgaben und erstellt den jährlichen Fortschrittsbericht.
 - Der **Beirat** wird vom Lenkungsgrremium mit Expert:innen aus dem Bereich des Green Finance Bereichs besetzt, wobei Personen aus dem teilnehmenden Unternehmen ausgeschlossen sind. Der Beirat berät das Lenkungsgrremium und die Koordinierungsstelle und hat keinerlei Entscheidungsgewalt.
- (6) **Die Governance Struktur ist somit vollständig von ihren Mitgliedern losgelöst. Insbesondere die Kriterienfestlegung und das jährliche Monitoring erfolgen unabhängig von den Mitgliedern.**

2.2 Anwendungsbereich, Monitoring, Kriterien und Maßnahmen

2.2.1 Anwendungsbereich

- (7) Der **Anwendungsbereich** der GF-Alliance betrifft das **Kerngeschäft** der Finanzunternehmen, das in zwei Handlungsfelder unterteilt ist: **Investment-/Kreditportfolio**⁹ (wobei bei Investment-Portfolios jene Bestandteile zu berücksichtigen sind, auf die das Mitglied einen direkten wesentlichen Einfluss hat; bspw Eigenportfolios und Drittfonds, sofern das Mitglied direkten, wesentlichen Einfluss auf die Einzeltitelselektion oder Anlagestrategie des Drittfonds hat; aber nicht Wertpapier-Kundendepots, bei denen Banken nur die Depotverwaltung übernehmen) und **Underwriting-Portfolio** (umfasst primär das Erst- und Rückversicherungsgeschäft mit Unternehmen, wobei Ein-Personen-Unternehmen und freie Berufe sowie das Privatkundengeschäft nicht erfasst sind; eine stufenweise Integration des Privatkundengeschäfts ist beabsichtigt, wobei KFZ-Versicherungen bereits erfasst sind). Ein weiteres Handlungsfeld betrifft die **Betriebsökologie**.¹⁰

⁶ Art 5 Mitgliedschaftsvertrag, Handbuch S 20f.

⁷ Allianz Elementar Versicherungs-AG, BKS Bank AG, fair-finance Vorsorgekasse AG, HYPO Oberösterreich, Raiffeisen Landesbank Vorarlberg, Raiffeisenbank Gunskirchen eGen, Sparkasse Pöllau, UniCredit Bank Austria AG, UNIQA Insurance Group AG, VBV-Pensionskasse AG, VBV-Vorsorgekasse AG; <https://www.bmk.gv.at/green-finance/alliance/mitglieder.html> (zuletzt aufgerufen im August 2024).

⁸ Art 1.2 Mitgliedschaftsvertrag, Handbuch S 13f.

⁹ Bspw Veranlagung für den Deckungsstock bei Versicherungen, Veranlagung des für die Anwartschafts- und Leistungsberechtigten verwalteten Vermögens bei Pensionskassen und Betrieblichen Vorsorgekassen.

¹⁰ Handbuch S 16f und 27.

2.2.2 Kriterien und Maßnahmen

- (8) Die fünf Zieldimensionen (siehe Rz (3)) werden in die drei Handlungsfelder "*Investment-/Kreditportfolio (Kerngeschäft)*", "*Underwriting-Portfolio (Kerngeschäft)*" und "*Betriebsökologie*" gegliedert, denen jeweils spezifische Maßnahmen zugeordnet werden, die wiederum mit **verpflichtenden Kriterien** und einer **Frist** konkretisiert sind. Eine Abweichung ist in Ausnahmefällen möglich (siehe dazu im Detail Punkt 4.6). Bei einigen Maßnahmen sind auch **Empfehlungen** zur operativen Umsetzung angeführt und es werden Implementierungs-Empfehlungen in Form von **Leitfäden** bereitgestellt, die für die Mitglieder der GF-Alliance **nicht verpflichtend** sind. Die Maßnahmen sind in allgemeine Maßnahmen, die für beide Handlungsfelder des Kerngeschäfts gelten, und handlungsspezifische Maßnahmen unterteilt.¹¹
- (9) Die **allgemeinen Maßnahmen** umfassen (i) die Einführung einer öffentlich verfügbaren, gesamthaften Klimastrategie, (ii) die Veröffentlichung eines jährlichen Klimaberichts, (iii) die Implementierung einer öffentlich verfügbaren, klimabezogenen Engagement-Strategie, (iv) die jährliche Berichterstattung über alle wesentlichen klimabezogenen Aktivitäten, (v) der Ausstieg aus Kohle, (vi) der Ausstieg aus Erdöl, und (vii) der Ausstieg aus Erdgas.
- (10) Die **handlungsspezifischen Maßnahmen** gelten nur für bestimmte Handlungsfelder und jene Portfoliokomponenten, die "analysierbar" sind, dh dafür liegt eine wissenschaftsbasierte Analyse-Methode vor. Für **Investment-/Kreditportfolios** sind folgende Maßnahmen definiert: (i) das analysierbare Investment/Kreditportfolio erzielt eine kontinuierliche Reduktion der THG-Emissionen hin zur Erreichung der 1,5 °C-Zielausrichtung und (ii) die jährliche Erhebung und Veröffentlichung des THG-Fußabdrucks des analysierbaren Investment-/Kreditportfolios. Für **Underwriting-Portfolios** sind folgende Maßnahmen definiert: (i) Das Underwriting-Portfolio erzielt eine kontinuierliche Reduktion der THG-Emissionen hin zur Erreichung der 1,5 °C-Zielausrichtung und (ii) die jährliche Erhebung und Veröffentlichung des THG-Fußabdrucks des analysierbaren Underwriting-Portfolios. Als vierte Maßnahme sollen Zielvorgaben basierend auf EU-Regulatorien erlassen werden.¹²
- (11) Darüber hinaus werden weitere Maßnahmen festgelegt für (i) den Ausstieg aus Kernenergie, (ii) Einhaltung sozialer Mindestschutz-Standards und (iii) für das Beratungsgeschäft die Integration und Berücksichtigung von Klimaaspekten bei Kredit-/Kapitalmarkttransaktionen.¹³
- (12) Für das Handlungsfeld "**Betriebsökologie**" werden vier Kriterien zur Integration klimarelevanter Aspekte in betriebliche Bereiche und Prozesse definiert: (i) klimafreundliche Reise-Policy für Dienstreisen, (ii) Beschaffungsrichtlinie, die Kriterien für klimafreundliche Beschaffung von Produkten und Dienstleistungen festlegt, (iii) Bezug von UZ 46-zertifiziertem "grünem Strom" für österreichische Standorte, und (iv) betriebliches Umweltmanagementsystem gem EMAS-VO für bestimmte österreichische Standorte.¹⁴

2.2.3 Monitoring und Fortschrittsbericht

- (13) Über die Zielerreichung auf Basis des Kriterienkatalogs wird **jährlich ein Monitoring** mittels Fragebogen durchgeführt, der von der Koordinierungsstelle ausgewertet wird. Das Mitglied hat für jedes Kriterium nachzuweisen, ob und wie dieses erfüllt wurde bzw zu erklären, welche Einschränkungen bei der Umsetzung bestehen (bspw gesetzliche, behördliche oder regulatorische Vorgaben, die eine Ausnahme erfordern; "**Comply or Explain**"-Ansatz¹⁵). Dabei kann das Mitglied für teilweise oder nicht erfüllte Kriterien selbst Nachbesserungsvorschläge nennen. **Der**

¹¹ Handbuch S 27ff.

¹² Handbuch S 59f.

¹³ Handbuch S 87ff.

¹⁴ Handbuch S 82-86.

¹⁵ Handbuch S 99.

ausgefüllte Fragebogen wird nicht veröffentlicht. Auf Basis des Evaluierungsergebnisses trifft das Lenkungsremium eine Entscheidung, die entweder positiv (alle relevanten Kriterien vollständig erfüllt), bedingt positiv (positives Gesamtbild, aber nicht alle Kriterien erfüllt, dh Nachbesserungen auf Basis der Nachbesserungsvorschläge oder zusätzlicher Auflagen nötig) oder negativ (negatives Gesamtbild, weil mehr als die Hälfte der Kriterien nicht erfüllt sind) sein kann. Im Falle einer negativen Entscheidung kann das Lenkungsremium die Mitgliedschaft für ein Jahr aussetzen. In Folge wird die Erfüllung der Kriterien abermals geprüft und über die Wiederaufnahme oder den Ausschluss beschlossen.¹⁶ Das BMK veröffentlicht jährlich einen **Fortschrittsbericht**, "der eine **aggregierte und anonymisierte Darstellung der Klimaperformance**" der Mitglieder enthält.¹⁷

3. Kartellrechtliche Aspekte von Umwelt- und Klimainitiativen

- (14) Vor dem Hintergrund des europäischen Grünen Deals¹⁸ nahm in der EU das Thema der Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten im Kartellrecht "Fahrt auf", insb hinsichtlich der Frage, ob Umwelt- und Klimainitiativen zwischen Wettbewerbern (sog "**Nachhaltigkeitsvereinbarungen**" oder "**-kooperationen**") vom Kartellverbot gem Art 101 Abs 3 AEUV ausgenommen werden können. Kontrovers diskutiert wurde va die Frage von Effizienzgewinnen, die zwar der Allgemeinheit zugutekommen, aber nicht (zwingend) den Verbrauchern im von der wettbewerbsbeschränkenden Nachhaltigkeitsvereinbarung betroffenen Markt. Vor der Veröffentlichung der überarbeiteten Leitlinien zur Anwendbarkeit des Art 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit ("**Horizontal-LL**") der Europäischen Kommission ("**Kommission**")¹⁹ veröffentlichten die Wettbewerbsbehörden der Niederlande ("**ACM**") und Griechenlands ("**HCC**") ihre Überlegungen zu diesem Thema. Der österreichische Gesetzgeber ging sogar einen Schritt weiter und schuf im Zuge der KaWeRGÄ 2021 eine in der EU bislang einzigartige Nachhaltigkeitsausnahme.²⁰ In Folge veröffentlichte die Bundeswettbewerbsbehörde ("**BWB**") ihre Leitlinien zur Anwendung von § 2 Abs 1 KartG auf Nachhaltigkeitskooperationen ("**Nachhaltigkeits-LL**"). Auch die UK-Wettbewerbsbehörde ("**CMA**") und die japanische Wettbewerbsbehörde ("**JFTC**") haben jeweils Leitlinien zu Nachhaltigkeitsvereinbarungen veröffentlicht, die französische Wettbewerbsbehörde ("**Autorité**") hat eine Mitteilung für den Bereich der Nachhaltigkeit veröffentlicht und auch in den USA ist dieses Thema in letzter Zeit in den kartellrechtlichen Fokus gekommen.
- (15) Vor diesem Hintergrund wird zuerst der relevante Rechtsrahmen bzgl des Kartellverbots und der ("allgemeinen") Effizienzausnahme sowie der neuen Nachhaltigkeitsausnahme gem § 2 Abs 1 KartG in Österreich dargestellt, um im Anschluss auf die Horizontal-LL und die Nachhaltigkeits-LL einzugehen, in denen die Kommission und die BWB ihre Rechtsansicht zur Anwendung des Kartellrechts auf Nachhaltigkeitsvereinbarungen darlegen. Ferner wird auch auf die Leitfäden der anderen Wettbewerbsbehörden weltweit eingegangen sowie auf die bisherige, relevante Entscheidungspraxis.

¹⁶ Handbuch S 22f und 97ff.

¹⁷ Handbuch S 99 (Hervorhebung durch den Autor).

¹⁸ *Kommission "Der europäische Grüne Deal"* https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_de (zuletzt aufgerufen im August 2024).

¹⁹ Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit ABI 2023/C 259/01.

²⁰ Nachhaltigkeits-LL Rz 9.

3.1 **Relevanter Rechtsrahmen**

3.1.1 **Das Kartellverbot**

- (16) Art 101 AEUV und § 1 Abs 1 KartG normieren das sog **Kartellverbot**. Danach verboten sind sämtliche Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken.²¹
- (17) Der Begriff des **Unternehmens** ist nach der stRsp des EuGH weit auszulegen, da er "*jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung umfasst*".²² Insofern ist auch die öffentliche Hand, einschließlich Mitgliedstaaten, vom Unternehmensbegriff erfasst, wenn sie als Anbieter oder Nachfrager am Wirtschaftsleben teilnehmen. Ausgenommen ist nur die im klassischen Sinne hoheitlich regulierende Wirtschaftsverwaltungstätigkeit des Staates.²³ Nach der stRsp des EuGH ist es **Mitgliedstaaten aber verboten, Maßnahmen, einschließlich Gesetzen und Verordnungen, zu treffen oder beizubehalten, die die praktische Wirksamkeit des Kartellverbots beeinträchtigen können**. Somit liegt eine Verletzung der Art 4 Abs 3 EUV iVm Art 101 AEUV durch den Mitgliedstaat vor, wenn dieser "*gegen Art. 101 AEUV verstoßende Kartellabsprachen vorschreibt oder begünstigt oder die Auswirkungen solcher Absprachen verstärkt*".²⁴
- (18) § 1 Abs 1 KartG ist sprachlich und materiell an Art 101 AEUV angegliedert, wobei bei Art 101 AEUV zusätzlich das Tatbestandsmerkmal der Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten vorliegen muss (Zwischenstaatlichkeitskriterium). Aufgrund der weiten Auslegung des Zwischenstaatlichkeitskriteriums und Anwendungsvorrangs des Unionsrechts wird Art 101 AEUV regelmäßig parallel zu den materiellen Bestimmungen des KartG angewendet.²⁵
- (19) Nach der EuGH-Rsp und Entscheidungspraxis der Kommission ist eine Wettbewerbsbeschränkung geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen, wenn sich voraussehen lässt, dass sie unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell den Handel²⁶ zwischen Mitgliedstaaten beeinflusst. Danach ist **das Kriterium der Zwischenstaatlichkeit** bereits erfüllt, wenn ausschließlich Unternehmen aus einem Mitgliedstaat beteiligt sind und sich die Beschränkung unmittelbar nur auf das Gebiet eines Mitgliedstaates oder sogar nur eines Teiles desselben bezieht. Folglich ist zB ein Kartell, das sich auf das gesamte Gebiet eines Mitgliedstaates erstreckt, dem Wesen nach bereits geeignet, den zwischenstaatlichen Handel spürbar zu beeinträchtigen.²⁷

²¹ Bei bezweckten – im Gegensatz zu bewirkten – Wettbewerbsbeschränkungen ist keine Prüfung der tatsächlichen oder potentiellen Auswirkungen des Verhaltens auf den Markt zu prüfen. Nach der stRsp des EuGH ist der Begriff "bezweckte" Wettbewerbsbeschränkung eng auszulegen; siehe Horizontal-LL Rz 22ff.

²² EuGH vom 12.12.2013 C-327/12 ECLI:EU:C:2013:827 Rz 27 mwN.

²³ Lübbig § 8 Rechtsgrundlagen in Wiedemann (Hrsg) Kartellrecht⁴ (2020) Rz 3.

²⁴ EuGH vom 12.12.2013 C-327/12 ECLI:EU:C:2013:827 Rz 37f mwN; Bei Verletzung dieser Verpflichtungen kann die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gem Art 258 AEUV einleiten; Lübbig § 8 Rechtsgrundlagen in Wiedemann (Hrsg) Kartellrecht⁴ (2020) Rz 5. Die Parteien einer wettbewerbswidrigen Nachhaltigkeitsvereinbarung werden jedoch nicht nach Art 101 AEUV haftbar gemacht, wenn sie von den Behörden zum Abschluss der Vereinbarung gezwungen werden oder ihnen der Abschluss vorgeschrieben wurde oder wenn die Behörde die Auswirkungen der Vereinbarung verstärkt; Horizontal-LL Rz 598.

²⁵ Hiersche/Mertel in Egger/Harsdorf-Borsch (Hrsg) Kartellrecht (2022) zu § 1 KartG Rz 2 und 6ff.

²⁶ Der EuGH legt den Begriff Handel weit aus. Erfasst sind Waren und Dienstleistungen sowie im Grunde der gesamte Wirtschaftsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten, bspw der Geldverkehr; siehe Lübbig § 8 Rechtsgrundlagen in Wiedemann (Hrsg) Kartellrecht⁴ (2020) Rz 31.

²⁷ Lübbig § 8 Rechtsgrundlagen in Wiedemann (Hrsg) Kartellrecht⁴ (2020) Rz 32 und 35f; Bei Vereinbarungen oder Verhaltensweisen, die ihrem Wesen nach geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, ist die Schwelle der Spürbarkeit niedriger anzusetzen, als bei anderen Vereinbarungen und Verhaltensweisen. Die Kommission legt zwei Kriterien fest, bei deren kumulativer Erfüllung die Vereinbarung

3.1.2 Die Effizienzausnahme

(20) Art 101 Abs 3 AEUV und der diesem nachgebildete § 2 Abs 1 KartG normieren eine **Legalausnahme** für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, wobei **vier Voraussetzungen kumulativ** erfüllt sein müssen (sog "**Effizienzausnahme**").²⁸

- **Schaffung von Effizienzgewinnen** durch Beitrag zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts;
- **Angemessene Beteiligung der Verbraucher**²⁹ an den entstehenden Effizienzgewinnen;
- **Unerlässlichkeit der Beschränkungen** für die Verwirklichung dieser Ziele; und
- **Keine Ausschaltung des Wettbewerbs** für einen wesentlichen Teil der betroffenen Waren.

3.1.3 Die neue Nachhaltigkeitsausnahme im KartG

(21) Mit dem KaWeRÄG 2021, die am 10.09.2021 in Kraft trat,³⁰ wurde mit der Einfügung des Satzes "**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**" in § 2 Abs 1 KartG die sog "**Nachhaltigkeitsausnahme**" neu eingeführt.

(22) Danach ist eine Rechtfertigung einer wettbewerbsbeschränkenden **Nachhaltigkeitskooperation**³¹ nach der Nachhaltigkeitsausnahme unter den Voraussetzungen zu prüfen, dass (i) die Kooperation über die Effizienzgewinne zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft³² beiträgt und (ii) **das Wettbewerbsrecht der Union mangels Erfüllung des Zwischenstaatlichkeitskriterium nicht zur Anwendung kommt**. Mit anderen Worten: Die Nachhaltigkeitsausnahme kommt nicht zur Anwendung, wenn andere als ökologische Nachhaltigkeitsaspekte (dh wirtschaftliche oder soziale) durch die Kooperation gefördert werden oder wenn das Zwischenstaatlichkeitskriterium erfüllt ist. In diesem Fall kann eine Nachhaltigkeitskooperation (wie jede andere Kooperation) aber nach der allgemeinen Effizienzausnahme gem Art 101 Abs 3 AEUV bzw § 2 Abs 1 KartG gerechtfertigt sein (siehe Rz (20)).³³

grundsätzlich nicht geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen: (i) der gemeinsame Marktanteil der Parteien überschreitet auf keinem der relevanten Märkte innerhalb der EU 5% und (ii) im Falle einer horizontalen Vereinbarung überschreitet der gesamte Jahresumsatz der beteiligten Unternehmen innerhalb der EU mit den von der Vereinbarung erfassten Waren nicht den Betrag von EUR 40 Mio; *Commission* Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag ABI 2004 C 101/81 Rz 45, 52 und 78.

²⁸ *Lübbig* § 8 Rechtsgrundlagen in *Wiedemann* (Hrsg) Kartellrecht⁴ (2020) Rz 67-78, *Hiersche/Mertel* in *Egger/Harsdorf-Borsch* (Hrsg) Kartellrecht (2022) zu § 2 KartG Rz 2, 7 und 4-27.

²⁹ Verbraucher umfasst alle direkten und indirekten Abnehmer, der von der Vereinbarung erfassten Produkte; Horizontal-LL Rz 569.

³⁰ BGBl I 2021/176.

³¹ Unter Nachhaltigkeitskooperationen versteht man unternehmerische Kooperationen, die über die Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder die Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts einen Beitrag zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft leisten; Nachhaltigkeits-LL Rz 32.

³² Ökologische Nachhaltigkeit umfasst insb Klimaschutz, nachhaltige Nutzung und Schutz von Wasserressourcen, Übergang zur Kreislaufwirtschaft, Schutz und Wiederherstellung der Biodiversität und der Ökosysteme. Auch Klimaneutralität wäre umfasst, wird aufgrund der Wichtigkeit aber eigens genannt; ErläutRV 951 BlgNr 27 GP S 9; siehe zur Begriffsbestimmung auch Nachhaltigkeits-LL Rz 31-40.

³³ Nachhaltigkeits-LL Rz 27-29.

- (23) Durch die Nachhaltigkeitsausnahme wurde die Voraussetzung der "angemessenen Beteiligung der Verbraucher" des allgemeinen Prüfungsschemas der Effizienzausnahme insofern modifiziert, als dass **ex-lege** eine **angemessene Verbraucherbeteiligung** angenommen wird, wenn der aus der Kooperation entstehende (Effizienz-)Gewinn zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft wesentlich beiträgt.³⁴ Für die Nachhaltigkeitsausnahme müssen folgende **fünf Voraussetzungen kumulativ** erfüllt werden:³⁵
- Die Kooperation führt zu **Effizienzgewinnen**;
 - Die Effizienzgewinne leisten einen Beitrag zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft;
 - Dieser **Beitrag** zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft ist **wesentlich**;
 - Die durch die Kooperation auferlegten Beschränkungen sind **unerlässlich für die Verwirklichung der Effizienzgewinne**, die wesentlich zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft beitragen; und
 - Durch die Kooperation wird **nicht die Möglichkeit eröffnet**, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren oder Dienstleistungen den **Wettbewerb auszuschalten**.

3.2 Europäische Kommission – Horizontal-LL und Entscheidungspraxis

3.2.1 Nachhaltigkeitsvereinbarungen nach den Horizontal-LL

- (24) Im Juli 2023 veröffentlichte die Kommission die neuen Horizontal-LL.³⁶ Neu aufgenommen wurde ein Kapitel zu "**Nachhaltigkeitsvereinbarungen**" (dh Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, die Nachhaltigkeitsziele verfolgen, unabhängig von der Form der Zusammenarbeit).³⁷ Da die nachhaltige Entwicklung sowohl die wirtschaftliche, ökologische als auch soziale Entwicklung umfasst, versteht die Kommission den Begriff "**Nachhaltigkeitsziele**" weit. Dieser umfasst ua Bekämpfung des Klimawandels, Vermeidung von Umweltverschmutzungen, Schutz der Menschenrechte, Förderung einer widerstandsfähigen Infrastruktur und von Innovationen und die Gewährleistung des Tierschutzes.³⁸
- (25) Die Kommission unterscheidet zwischen (i) Nachhaltigkeitsvereinbarungen, die nicht in den Anwendungsbereich des Art 101 AEUV fallen und (ii) Nachhaltigkeitsvereinbarungen, die negative Auswirkungen auf einen oder mehrere Wettbewerbsparameter haben (inkl Nachhaltigkeitsstandards) und (iii) bei denen eine mögliche Ausnahme nach Art 101 Abs 3 AEUV zu prüfen ist, wobei die Kommission die Voraussetzungen "anpasst", um den Besonderheiten der Nachhaltigkeitsvereinbarungen gerecht zu werden. Die Kommission geht auch explizit auf die Beteiligung von Behörden am Abschluss von Nachhaltigkeitsvereinbarungen ein.

³⁴ "Dies ist deshalb gerechtfertigt, weil die Auswirkungen einer solchen Wirtschaft per se der Allgemeinheit zu kommen, mag dies unter Umständen auch erst zeitlich versetzt – nämlich für künftige Generationen – der Fall sein. Auch die betroffene Verbrauchergruppe profitiert als Teil der Allgemeinheit daher von der Ausnahme", ErläutRV 951 BlgNr 27 GP S 9, Nachhaltigkeits-LL Rz 10, 46 und 64.

³⁵ Siehe zu den einzelnen Prüfschritten im Detail Nachhaltigkeits-LL Rz 65-98.

³⁶ Die Horizontal-LL ändern weder das materielle Recht, noch binden sie nationale oder europäische Gerichte oder die nationalen Kartellbehörden. **Sie dienen aber sowohl den Gerichten als auch Kartellbehörden als relevante Orientierung bei der Anwendung von Art 101 AEUV und bieten den Unternehmen Rechtssicherheit aufgrund der damit verbundenen Selbstbindung der Kommission**; Lübbig § 8 Rechtsgrundlagen in *Wiedemann* (Hrsg) Kartellrecht⁴ (2020) Rz 53.

³⁷ Horizontal-LL Rz 515 und 521; anzumerken ist, dass die Kommission in den Horizontal-LL von 2001 bereits auf Umweltschutzvereinbarungen einging, in den Horizontal-LL von 2011 jedoch von einem eigenen Abschnitt zu Umweltschutzvereinbarungen absah; Lübbig § 9 Einzelfragen in *Wiedemann* (Hrsg) Kartellrecht⁴ (2020) Rz 253.

³⁸ Horizontal-LL Rz 517.

a) **Nachhaltigkeitsvereinbarungen außerhalb des Kartellverbots**

(26) Nachhaltigkeitsvereinbarungen, die keine negativen Auswirkungen auf Wettbewerbsparameter (bspw Preis, Menge, Qualität, Auswahl oder Innovation) haben, sind nicht vom Anwendungsbereich des Art 101 AEUV erfasst, weil mit ihnen regelmäßig keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken einhergehen. Beispiele dafür sind:³⁹

- Vereinbarungen, die nur darauf abzielen, die Einhaltung hinreichend präziser Anforderungen oder Verbote in rechtsverbindlichen internationalen Verträgen, Vereinbarungen oder Übereinkommen zu gewährleisten. Dies unabhängig davon, ob diese in nationales Recht umgesetzt wurden oder nicht, und die von einem Unterzeichnerstaat nicht vollständig umgesetzt oder durchgesetzt werden. Dieser Ausschluss von Art 101 AEUV gilt aber nur, wenn die Vereinbarung vorsieht, dass die beteiligten Unternehmen (oder ihre Lieferanten und Händler) diese Anforderungen oder Verbote einhalten müssen.
- **Vereinbarungen**, die das **unternehmensinterne Verhalten** und nicht die wirtschaftlichen Tätigkeiten betreffen (bspw Vermeidung von Einwegplastik, Einhaltung bestimmter Raumtemperatur oder Begrenzung der Menge ausgedruckter Dokumente) fallen nicht in den Anwendungsbereich des Art 101 AEUV.
- **Vereinbarungen zur Einrichtung einer Datenbank** mit Informationen über Lieferanten mit (nicht) nachhaltiger Wertschöpfungskette, Produktionsprozessen oder Vorleistungen und Händlern, die Produkte auf (nicht) nachhaltige Weise vermarkten, führen nicht zu wettbewerbsrechtlichen Beschränkungen, **sofern** kein Verbot bzw keine Pflicht besteht, bei diesen Lieferanten einzukaufen oder über diese Händler zu vertreiben.
- **Vereinbarungen** über die Organisation von **branchenweiten Sensibilisierungskampagnen** oder **Kampagnen zur Sensibilisierung der Kunden** zu den Umweltauswirkungen ihres Verbrauchs führen zu keiner Beschränkung des Wettbewerbs, **vorausgesetzt**, dass es nicht um gemeinsame Werbung für bestimmte Produkte geht.

b) **Nachhaltigkeitsvereinbarungen, die negative Auswirkungen auf Wettbewerbsparameter haben, und Nachhaltigkeitsstandards**

(27) Haben Nachhaltigkeitsvereinbarungen negative Auswirkungen auf den Wettbewerb, so sind sie am Kartellverbot zu messen. Wird mit einer Vereinbarung ein Nachhaltigkeitsziel verfolgt, ist dies bei der Prüfung, ob eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, zu berücksichtigen. Hinsichtlich Nachhaltigkeitsstandards (siehe Rz (28)) ist auch ein Überwachungs- und Durchsetzungssystem zur Gewährleistung der Einhaltung des Standards ein Faktor, ob der Zweck der Vereinbarung primär in der Verfolgung von Nachhaltigkeitszielen liegt. Bestehen bei Vereinbarungen, deren Hauptzweck die Verfolgung eines Nachhaltigkeitsziels ist, Zweifel, dass diese den Wettbewerb hinreichend beeinträchtigen, um als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung zu gelten, so sind die Auswirkungen der Vereinbarung auf den Wettbewerb zu prüfen. Dabei sind inbfs folgende **Faktoren** zu berücksichtigen: (i) Marktmacht der beteiligten Unternehmen, (ii) Ausmaß der Beschränkung der Entscheidungsfreiheit der Parteien bzgl der wichtigsten Wettbewerbsparameter, (iii) Marktabdeckung der Vereinbarung, (iv) Ausmaß des Austauschs sensibler Geschäftsinformationen und (v) ob die Vereinbarung zur spürbaren Verringerung der Produktion, Vielfalt, Qualität oder Innovation oder spürbaren Preiserhöhung führt.⁴⁰

(28) Ist das Ergebnis, dass die Nachhaltigkeitsvereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung iSd Art 101 Abs 1 AEUV bezweckt oder bewirkt, so kann diese bei Erfüllung der vier Voraussetzungen des Art 101 Abs 3 AEUV dennoch freigestellt sein (siehe dazu Rz (20)). **Jedenfalls sind**

³⁹ Horizontal-LL Rz 528-531.

⁴⁰ Horizontal-LL Rz 533-535 und Rz 553 Rn 385.

wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen nicht allein deshalb vom Kartellverbot ausgenommen, weil sie ein Nachhaltigkeitsziel verfolgen.⁴¹

- (29) Normenvereinbarungen im Bereich der Nachhaltigkeit ("**Nachhaltigkeitsstandards**"), die von Wettbewerbern entwickelt wurden oder an denen Wettbewerber beteiligt sind, dienen der Festlegung von Anforderungen, die Hersteller, Verarbeiter, (Einzel)Händler oder Dienstleister bzgl Nachhaltigkeitsparametern einhalten müssen, bspw nicht nachhaltige Produkte auslaufen zu lassen oder vom Markt zu nehmen oder durch nachhaltige Produkte oder Verfahren zu ersetzen. Spezifische Merkmale von Nachhaltigkeitsstandards sind ua die Schaffung eines Gütesiegels, Logos oder Markennamens, der geführt werden darf, wenn bestimmte Mindestanforderungen erfüllt werden, eine Preiserhöhung der Produkte aufgrund der Kosten für die Einhaltung des Nachhaltigkeitsstandards, und die Prozess-, Management- und Leistungsbezogenheit, da die Nachhaltigkeitsstandards oft nur ein Ziel vorgeben, die Unternehmen jedoch in der Umsetzungsentscheidung frei sind.⁴² Weiters haben Nachhaltigkeitsstandards oft positive Auswirkungen auf den Wettbewerb, insb weil neue Produkte oder Märkte entwickelt werden, Liefer- oder Vertriebsbedingungen verbessert oder aufgrund des Gütesiegels den Verbrauchern eine fundierte Kaufentscheidung ermöglicht wird. Solche Standards können jedoch auch zu Wettbewerbsbeschränkungen führen, insb zu Preiskoordinierung, Ausschluss alternativer Normen und Ausschluss bzw Diskriminierung bestimmter Wettbewerber.⁴³
- (30) Sind **sechs kumulative Voraussetzungen** erfüllt, so ist die Kommission der Ansicht, dass **Nachhaltigkeitsstandards** idR keine spürbaren negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb haben (sog *Soft-Safe-Harbour*):⁴⁴ (i) das Verfahren zur Entwicklung des Standards muss transparent⁴⁵ und alle interessierten Wettbewerber müssen sich an dem Prozess, der zur Auswahl des Standards führt beteiligen können⁴⁶, (ii) keine (in)direkte Verpflichtung, den Standard einzuhalten, für diejenigen Unternehmen, die sich nicht daran beteiligen, (iii) trotz Verpflichtung, den Standard einzuhalten, muss es Unternehmen freistehen, strengere Standards einzuhalten, (iv) kein Austausch sensibler Geschäftsinformationen, die für Entwicklung, Anwendung, Annahme oder Änderung des Standards nicht notwendig sind, (v) effektiver und diskriminierungsfreier Zugang zu den Ergebnissen des Verfahrens und Bedingungen für die Nutzung des Gütesiegels sowie die Möglichkeit, dass Unternehmen später den Standard annehmen können, und (vi) der Standard darf entweder zu keiner erheblichen Preiserhöhung bzw Qualitätsminderung führen oder der gemeinsame Marktanteil der beteiligten Unternehmen darf auf keinen vom Standard betroffenen relevanten Märkten 20% übersteigen.⁴⁷ Sind ein oder mehrere dieser Bedingungen nicht erfüllt, so ist eine Einzelfallprüfung dieser Vereinbarung nach Art 101 AEUV vorzunehmen.⁴⁸

⁴¹ Horizontal-LL Rz 521f und 536.

⁴² Horizontal-LL Rz 537-544.

⁴³ Horizontal-LL Rz 545f.

⁴⁴ Zur Auslegung dieser Voraussetzungen sind die Erläuterungen des Kapitel 7 bzgl Normenvereinbarungen der Horizontal-LL heranzuziehen; Horizontal-LL Rz 540.

⁴⁵ Das Verfahren soll Interessenträgern ermöglichen, sich in jeder Phase der Normentwicklung rechtzeitig und effektiv über anstehende, laufende oder abgeschlossene Normungsarbeiten zu informieren; Horizontal-LL Fn 378 iVm Rz 453.

⁴⁶ Gem Rz 452 der Horizontal-LL sollten die Vorschriften der Normungsorganisation insb vorsehen, dass sich alle Wettbewerber auf den von der Norm betroffenen Märkten an dem Prozess, der zur Auswahl der Norm führt, beteiligen können, um die uneingeschränkte Beteiligung zu gewährleisten. Dies erfordert die Beteiligung an **allen Schritten des Prozesses**, einschließlich der Beteiligung an der Vorbereitungsphase innerhalb der Normungsorganisation. Zudem sollte die Normungsorganisation objektive und diskriminierungsfreie Verfahren zur Zuteilung von **Stimmrechten** sowie ggf objektive Kriterien für die Auswahl der in die Norm aufzunehmende Technologie vorsehen.

⁴⁷ Horizontal-LL Rz 549.

⁴⁸ Horizontal-LL Rz 552.

c) Die Effizienz Ausnahme iZhg mit Nachhaltigkeitsvereinbarungen

- (31) Bei den vier Voraussetzungen für die Effizienz Ausnahme nach Art 101 Abs 3 AEUV sind nach Ansicht der Kommission die speziellen Besonderheiten der Nachhaltigkeit mitzubedenken und insofern werden die Voraussetzungen entsprechend "angepasst". Die Kommission bleibt jedoch klar hinter der Nachhaltigkeits Ausnahme nach § 2 Abs 1 KartG zurück, weil die Effizienzgewinne weiterhin den Verbrauchern auf dem betroffenen Markt (zumindest) (mit)zukommen müssen.
- (32) Jedenfalls können nach Ansicht der Kommission als **Effizienzgewinne** ein breites Spektrum an Nachhaltigkeitsvorteilen berücksichtigt werden, wie bspw Einsatz sauberer Produktions- und Vertriebstechnologien, qualitativ hochwertigere Produkte, Verkürzung der Zeit bis zur Markteinführung nachhaltiger Produkte oder Vorteile, die den Vergleich von Produkten erleichtern, um somit den Verbrauchern zu ermöglichen, eine fundierte Kaufentscheidung zu treffen. Diese Effizienzgewinne müssen substantiierbar sowie objektiv, konkret und nachprüfbar sein.⁴⁹
- (33) Hinsichtlich des Kriteriums der "**Unerlässlichkeit**" ist festzuhalten, dass wenn es eine Nachfrage nach nachhaltigen Produkten gibt, Nachhaltigkeitsvereinbarungen grundsätzlich nicht per se unerlässlich sind. Dies trifft auch zu, wenn nach EU- oder nationalem Recht bestimmte Verpflichtungen mit einem Nachhaltigkeitsziel von Unternehmen eingehalten werden müssen. Sofern das Nachhaltigkeitsziel durch die Vereinbarung kosteneffizienter oder schneller erreicht werden kann (und im zweiten Fall die Vorschriften Raum für eine Vereinbarung lassen und alle Anforderungen der einschlägigen Vorschrift eingehalten werden), können Nachhaltigkeitsvereinbarungen aber unerlässlich sein. Unerlässlich können etwa auch Vereinbarungen zur Überwindung des sog "*first mover disadvantage*" sein, damit Trittbrettfahrer nicht die getätigten Investitionen missbrauchen.⁵⁰
- (34) **Verbraucher** sind angemessen an den Effizienzgewinnen **beteiligt**, wenn Vorteile die Nachteile der Vereinbarung aufwiegen, dh die Gesamtauswirkungen auf die Verbraucher am relevanten Markt zumindest neutral sind. Folglich müssen die Nachhaltigkeitsvorteile den Verbrauchern der Produkte, die von der Vereinbarung erfasst sind, zugutekommen. Diese Vorteile können sich als "*individuelle nutzungsabhängige Vorteile*",⁵¹ "*individuelle nutzungsunabhängige Vorteile*"⁵² oder "*kollektive Vorteile*"⁵³ darstellen. Zur Rechtfertigung kann man sich auf eine oder alle drei Arten von Vorteilen stützen.⁵⁴
- (35) Ungeachtet des durch die Nachhaltigkeitsvereinbarung erzielten Effizienzgewinns muss ein **gewisser Restwettbewerb** bestehen bleiben. Diese Voraussetzung ist auch erfüllt, wenn sich die Vereinbarung auf einen gesamten Wirtschaftszweig erstreckt oder die Wettbewerber beschließen eine umweltschädliche Technologie nicht (mehr) zu verwenden, sofern sie bzgl eines wichtigen Wettbewerbsparameters (bspw Preis und Qualität) weiterhin in starkem Wettbewerb stehen. Sogar eine zeitlich begrenzte Ausschaltung des Wettbewerbs ist nach Auffassung der

⁴⁹ Horizontal-LL Rz 557-559.

⁵⁰ Horizontal-LL Rz 562, 564-566.

⁵¹ Vorteile, die sich aus der Nutzung des Produkts ergeben und die Erfahrung des Verbrauchers unmittelbar verbessern, wie bspw verbesserte Produktqualität oder –vielfalt oder Preissenkungen; Horizontal-LL Rz 571-574.

⁵² Indirekte Vorteile, die den Verbrauchern durch ihre individuelle Bewertung der Auswirkungen auf andere, die das Produkt nicht nutzen und somit außerhalb des relevanten Marktes sind, entstehen; dh der Verbraucher bewertet aus altruistischen Gründen den Verbrauch des nachhaltigen Produkts höher, da die Effizienzgewinne der Gesellschaft oder zukünftigen Generationen zugutekommen; Horizontal-LL 575-581.

⁵³ Vorteile, die unabhängig von der individuellen Wertschätzung des Produkts durch die Verbraucher auftreten und einem größeren Teil der Gesellschaft und nicht nur den Verbrauchern auf dem relevanten Markt zugutekommen, wobei sich die Verbraucher im Wesentlichen mit den Begünstigten überschneiden müssen oder Teil von ihnen sind; Horizontal-LL Rz 582-589.

⁵⁴ Horizontal-LL R 590.

Kommission möglich, sofern dies keine Auswirkungen auf den Wettbewerb nach Ablauf dieses Zeitraums hat.⁵⁵

d) Beteiligungen von Behörden

- (36) **Die Kommission hält explizit fest, dass die Beteiligung nationaler Behörden am Abschluss von Nachhaltigkeitsvereinbarungen oder das Wissen der Behörden von der Existenz solcher Vereinbarungen die Anwendbarkeit von Art 101 AEUV nicht ausschließt.** Auch wenn behördliche Maßnahmen sich darauf beschränken, die Beteiligung der Unternehmen an wettbewerbswidrigen Nachhaltigkeitsvereinbarungen zu veranlassen oder erleichtern, ohne dass die Unternehmen ihrer Autonomie beraubt werden, fallen diese Vereinbarungen weiterhin in den Anwendungsbereich von Art 101 AEUV. Die Parteien der Vereinbarung haften lediglich dann nicht nach Art 101 AEUV, wenn sie von der Behörde zum Abschluss der Vereinbarung gezwungen wurden, ihnen der Abschluss vorgeschrieben wurde oder die Behörde die Auswirkungen der Vereinbarung verstärkt.⁵⁶ Zur Anwendbarkeit des Art 101 AEUV auf Mitgliedsstaaten siehe auch bereits Rz (16).

3.2.2 Bisherige relevante Entscheidungspraxis auf EU-Ebene

- (37) 1997 meldeten **16 Hersteller von Fernsehgeräten und Videorekordern**, die in der Europäischen Vereinigung der Hersteller von Unterhaltungsgeräten (**EACEM**) organisiert waren und mengenmäßig rund 64% des EWR-Marktes abdeckten, die freiwillige Verpflichtung zum ausschließlichen Verkauf von Fernsehgeräten und Videorekordern mit einem Standby-Stromverbrauch von maximal 10 W an, wobei der durchschnittliche Stromverbrauch aller verkauften Geräte im Standby-Modus 6 W nicht übersteigen sollte. Dieser Verpflichtung konnten sich auch weitere Hersteller anschließen und der Austausch von Informationen erfolgte über einen unabhängigen Berater, der lediglich namentlich die Hersteller nannte, die dieser Verpflichtung nicht nachkamen. Diese abgestimmte wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweise wurde von der Kommission nach der Effizienzausnahme genehmigt, da weil durch die Stromersparnis eine Senkung des Kohlenstoffdioxidausstoßes erfolgte.⁵⁷
- (38) 1998 meldete der **Dachverband der Europäischen Automobilhersteller (ACEA)** bei der Kommission eine Selbstverpflichtung an, in der sich der Verband im Namen seiner Mitglieder zu einer CO₂-Emissionsreduktion um 25% gegenüber 1995 verpflichtete. Die Selbstverpflichtung sah keine individuellen Grenzwerte für die Hersteller vor, sondern einen allgemeinen Durchschnittswert, der von der Gesamtheit der ACEA-Mitglieder erreicht werden sollte. So stand es jedem Hersteller frei, einen niedrigeren oder höheren Wert anzustreben, und die neue Technik dazu sollte unabhängig voneinander im Wettbewerb vermarktet werden. Die Kommission stellte fest, dass diese Selbstverpflichtung zu keiner Beschränkung des Wettbewerbs führt.⁵⁸ Ebenso wurden auch entsprechende Vereinbarungen koreanischer und japanischer KFZ-Hersteller **als mit Art 101 Abs 1 AEUV vereinbar angesehen, da auch weil die Einzelleistungen der Unternehmen in den Kontrollberichten nicht miteinander verglichen wurden.**⁵⁹ 1998 genehmigte die Kommission auch eine Forschungs- und Entwicklungsvereinbarung für Grundlagenforschung ua betr des Schadstoffausstoßes zwischen europäischen KFZ-

⁵⁵ Horizontal-LL Rz 592-596.

⁵⁶ Horizontal-LL Rz 597f.

⁵⁷ *Kommission* Mitteilung nach Artikel 19 Abs 3 VO Nr 17 des Rates Sache Nr IV/C-3/36.494 *EACEM* ABI C 12/2; *Kommission* XXVIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1998 (1999) *EACEM* S 168.

⁵⁸ *Kommission* XXVIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1998 (1999) *ACEA* S 167.

⁵⁹ *Kommission* XXIX. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1999 (2000) *JAMA* und *KAMA* S 180f.

Herstellern, weil die Forschungsergebnisse nicht unmittelbar in bestimmten Fahrzeugtypen verwendet werden konnten.⁶⁰

- (39) 1999 entschied die Kommission über eine Vereinbarung eines **Verbandes von Herstellern von Haushaltsgeräten und nationalen Fachverbänden (CECED) bzgl Haushaltswaschmaschinen**. Der EWR-Marktanteil der Hersteller, die die Vereinbarung bereits unterzeichnet hatten, lag bei rund 90% und später traten noch weitere Hersteller bei, wodurch der Marktanteil auf 95% anstieg.⁶¹ Die Vereinbarung umfasste (i) **das Verbot der Herstellung und Einfuhr von Waschmaschinen mit den Energieeffizienzklassen D bis G**, (ii) **die Kontrolle und jährliche Berichterstattung über die Verwirklichung der Ziele durch ein unabhängiges Beratungsunternehmen** sowie (iii) Information der Allgemeinheit über umweltbewussten Gebrauch von Waschmaschinen und technologische Verbesserung durch größere Verbreitung energiesparender Technologie. Die Vereinbarung war zeitlich befristet bis zum 31.12.2001.⁶² Da die Verwirklichung des gemeinsamen sektoralen Ziels als Auflage nur die Einhaltung eines Mindesteffizienzstandards vorsah und keine Quotenzuteilung oder Spezifizierung des Einzelbeitrags der Hersteller und Importeure, lag idZhg keine Wettbewerbsbeschränkung vor.⁶³ Der Informationsaustausch über das Beratungsunternehmen stellte keine Wettbewerbsbeschränkung dar. Dies trifft ebenso auf die Verbraucherinformation und größere Verbreitung energiesparender Technik zu, weil bei letzterer keine besonderen Mittel vorgesehen waren.⁶⁴ Jedoch hatte das Verbot der Herstellung und Einfuhr von Maschinen der Klassen D bis G spürbare wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen, weil der Wettbewerb zwischen den Herstellern und die Verbraucherauswahl beschränkt wurden sowie höhere Produktionskosten entstanden.⁶⁵ Gemäß der Effizienz Ausnahme konnten diese negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb gerechtfertigt werden, weil (i) der einzelne Verbraucher aufgrund der Kostenersparnis die höheren Anschaffungskosten binnen neun bis 40 Monaten wieder hereinholen konnte und nicht ausgeschlossen werden konnte, dass der stärkere Wettbewerb hinsichtlich des Energieverbrauchs zu niedrigeren Preisen führen würde, sowie (ii) der Umweltnutzen aufgrund vermiedener Umweltschäden durch verringerten Strombedarf die Anschaffungskosten um das Siebenfache übersteigt und "*[d]erartige gesamtgesellschaftlichen Ergebnisse für die Umwelt ... den Verbrauchern eine angemessene Beteiligung am Gewinn zuteilwerden [lassen], selbst sofern keine Vorteile für die einzelnen Käufer bestehen sollten*".⁶⁶
- (40) Ferner hat die Kommission auch mehrere Vereinbarungen in der Abfallwirtschaft im Ergebnis positiv beurteilt.⁶⁷

3.3 Österreich – Nachhaltigkeits-LL der BWB und Verwaltungspraxis

- (41) Auch die BWB geht in ihren Nachhaltigkeits-LL⁶⁸ auf (i) Nachhaltigkeitskooperation ohne Wettbewerbsbeschränkung, (ii) wettbewerbsbeschränkende Nachhaltigkeitskooperationen und (iii) deren Rechtfertigung ein.

⁶⁰ Kommission XXVIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1998 (1999) EUCAR S 166f.

⁶¹ Kommission Entscheidung vom 24.01.1999 ABI 2000 L 187/47 – CECED Rz 8 und 24.

⁶² Ibid Rz 18-22.

⁶³ Ibid Rz 28f.

⁶⁴ Ibid Rz 38-41.

⁶⁵ Ibid Rz 30-37 und 42-46.

⁶⁶ Ibid Rz 47-57.

⁶⁷ Kommission XXVIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1998 (1999) VALPAK S 168f; E 17.09.2001 COMP/34493 – DSD et al ABI 2001 L 319/1; E 16.10.2003 COMP/ D3/35470 ARA ABI 2004 L 75/59.

⁶⁸ Die Nachhaltigkeits-LL legen die Rechtsansicht der BWB zur Anwendung der Nachhaltigkeitsausnahme dar und wie sie diese in der Praxis anzuwenden gedenkt. Diese Rechtsansicht ist weder für Gerichte noch andere österreichische Behörden und Behörden anderer Mitgliedstaaten verbindlich. Insb sollen die Nachhaltigkeits-LL den Unternehmen die Selbstbeurteilung der kartellrechtlichen Zulässigkeit von Nachhaltigkeitskooperationen ermöglichen; Nachhaltigkeits-LL Rz 12 und 22-24.

3.3.1 Nachhaltigkeitsvereinbarungen nach den Nachhaltigkeits-LL

a) Erlaubte Nachhaltigkeitskooperationen ohne Wettbewerbsbeschränkung

- (42) Die BWB geht (ebenso wie die Kommission) davon aus, dass wenn die Wettbewerbsparameter Preis, Menge, Qualität, Innovation, Produktauswahl oder Vertriebskanal nicht von der Kooperation betroffen sind, allgemein keine Wettbewerbsbeschränkung gegeben ist. Das kumulative Vorliegen folgender Kriterien könne die Wahrscheinlichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung "deutlich verringern": (i) die Zusammenarbeit ist transparent und offen für andere Unternehmen, (ii) die Kooperation ist idS unverbindlich, als dass Unternehmen nicht (in)direkt zu einem bestimmten Marktverhalten verpflichtet werden, sondern deren Autonomie bzgl der wichtigen Wettbewerbsparameter gewahrt bleibt, (iii) die Leistungsfähigkeit oder Qualität der betroffenen Produkte wird nicht beschränkt, (iv) die Kooperation betrifft ein Produktmerkmal, das die Kaufentscheidung des Verbrauchers nicht maßgeblich beeinflusst, und (v) die Kooperation hat keine spürbaren Auswirkungen auf vor- und nachgelagerten Märkten.⁶⁹ Angelehnt an die Kommission führt die BWB dazu ebenso interne Verhaltenskodizes, gemeinsame Datenbanken, Sensibilisierungskampagnen und Kooperationen zu Zwecken der Standardisierung (sofern das Ergebnis offen und nicht exklusiv ausgestaltet ist und die Teilnahme daran freiwillig ist) als Beispiele an (siehe dazu bereits Rz (26) und Rz (28)).⁷⁰

b) Wettbewerbsbeschränkende Nachhaltigkeitskooperationen

- (43) Entscheidend für die wettbewerbliche Beurteilung einer Kooperation ist der Vergleich der Wettbewerbsbedingungen mit und ohne Kooperation (sog Referenzszenario), wobei auch mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eintretende zukünftige Entwicklungen miteinzubeziehen sind (bspw absehbare technologische oder regulatorische Entwicklungen).⁷¹ Bei der Beurteilung ist darzulegen, dass die Kooperation das Nachhaltigkeitsziel tatsächlich und nachweisbar erreicht und zu welchen wettbewerblchen Auswirkungen diese führt. Ist die Erreichung des Nachhaltigkeitsziels ungewiss, so darf dieses in die Beurteilung nicht einbezogen werden ("Greenwashing").⁷²

3.3.2 Verwaltungspraxis österreichischer Wettbewerbsbehörden

- (44) Soweit ersichtlich gibt es bislang keine Entscheidung zur Nachhaltigkeitsausnahme österreichischer Wettbewerbsbehörden.⁷³ Jedoch hat die BWB in den Nachhaltigkeits-LL dargelegt, wie sie gedenkt, die Nachhaltigkeitsausnahme in der Praxis konkret anzuwenden. Wie bereits in Rz (22) dargelegt, sind für eine Rechtfertigung einer wettbewerbsbeschränkenden Nachhaltigkeitskooperation fünf Voraussetzungen kumulativ zu erfüllen. Hinsichtlich der Effizienzgewinne hält die BWB fest, dass diese die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt erhöhen müssen und ua auch solche für spätere Generationen miteinbezogen werden können (bspw bei drohenden irreversiblen Umweltschäden).⁷⁴ Beim Kriterium der Unerlässlichkeit sind Mitnahmeeffekte (dh nur Effizienzgewinne zu berücksichtigen, die sich nicht ohnehin im Wettbewerb einstellen würden; bspw wäre allein die Erfüllung gesetzlicher Mindestanforderungen unbeachtlich), angemessene Dauer (die Kooperation darf nur solange bestehen, wie dies objektiv notwendig ist) und angemessener Umfang (die Kooperation darf keine Nebenabreden enthalten, die für das Erreichen des Nachhaltigkeitsziel nicht unerlässlich sind) zu prüfen.⁷⁵ Bei den ökologischen

⁶⁹ Nachhaltigkeits-LL Rz 50.

⁷⁰ Nachhaltigkeits-LL Rz 52.

⁷¹ Nachhaltigkeits-LL Rz 54.

⁷² Nachhaltigkeits-LL Rz 57.

⁷³ Siehe auch den aktuellen Tätigkeitsbericht der BWB, *BWB Tätigkeitsbericht (2023)*.

⁷⁴ Horizontal-LL Rz 67f.

⁷⁵ Horizontal-LL Rz 74.

Vorteilen ist ua darzulegen welche genau in welchem Zeitraum erzielt werden und wie die Kooperation dazu beiträgt sowie, dass durch die Kooperation kein zusätzlicher Schaden entsteht.⁷⁶ Die Prüfung der Wesentlichkeit erfordert, dass die negativen Wettbewerbsauswirkungen am betroffenen Markt zumindest ausgeglichen werden. Die Abwägung der positiven und negativen Effekte kann dabei quantitativ oder qualitativ erfolgen.⁷⁷ **Zu keiner Ausschaltung des Wettbewerbs kommt es, sofern ein gewisses Maß an Restwettbewerb besteht (bspw weil die kooperierenden Unternehmen in mindestens einem wichtigen Wettbewerbsaspekt weiterhin in starkem Wettbewerb stehen oder ausreichend Wettbewerb nicht beteiligter Unternehmen besteht).**⁷⁸

3.4 Leitfäden und Entscheidungspraxis in anderen EU-Mitgliedstaaten

3.4.1 Niederlande

- (45) Die ACM hat im Oktober 2023 neue Regeln für Nachhaltigkeitsvereinbarungen erlassen, die den Horizontal-LL der Kommission folgen. Folglich umfassen Nachhaltigkeitsziele wirtschaftliche, ökologische und soziale Nachhaltigkeitsaspekte und wettbewerbsbeschränkende Nachhaltigkeitsvereinbarungen können gemäß der Effizienz Ausnahme gerechtfertigt sein. Nicht nur bei Verpflichtungen und Verboten, die sich aus internationalen Verträgen, Vereinbarungen und Konventionen ergeben, will die ACM keine Maßnahmen setzen, sondern auch bei Regeln, die sich aus nationalem und europäischem Recht ergeben (dh aus Vereinbarungen, die allein die Einhaltung hinreichend bestimmter Ge- oder Verbote aus rechtsverbindlichen nationalen oder europäischen Rechtsquellen, die aber nicht vollständig umgesetzt oder vollzogen worden sein müssen, zum Ziel haben).⁷⁹ Weiter führt die ACM an, dass sog "*environmental-damage agreements*" (dh Vereinbarungen, die zur Verringerung/Vermeidung von Umweltschäden beitragen) einen Effizienzgewinn generieren, der allen Menschen einer Region oder der Weltbevölkerung zugutekommen kann. Eine Voraussetzung, dass die ACM keine Maßnahmen setzt ist, dass die Verbraucher auf dem relevanten Markt zur Gruppe derer gehören, die von der Vereinbarung profitieren.⁸⁰
- (46) Bereits 2013 prüfte die ACM die **Vereinbarung des Verbandes der Energieindustrie zur Schließung alter Kohlekraftwerke**. Zwar anerkannte die ACM, dass es zu einer Reduktion der NOx- und SO2-Emissionen kam, der CO₂-Emissionsausstoß aber lediglich verlagert werden würde. **Im Ergebnis würden die Umwelt-Effizienzgewinne aber nicht die Preiserhöhung für die Verbraucher aufwiegen, weshalb diese Vereinbarung nicht freigestellt wurde.**⁸¹ 2014 prüfte die ACM eine **Nachhaltigkeitsvereinbarung zwischen Erzeugern und Einzelhändlern zur Abschaffung von Masthähnchenfleisch**. Da den Effizienzgewinnen iHv 82 EUR-Cents pro Kilo Fleisch, die durch Erhöhung des Tierwohls und Umwelteffekte entstehen würden, Kostenerhöhungen von 1,46 EUR pro Kilo Fleisch gegenüberstanden, gab es keinen

⁷⁶ Horizontal-LL Rz 77.

⁷⁷ Horizontal-LL Rz 88 und 91.

⁷⁸ Horizontal-LL Rz 94 und 96.

⁷⁹ ACM's oversight of sustainability agreements (04.10.2023) Rz 20f, <https://www.acm.nl/system/files/documents/Beleidsregel%20Toezicht%20ACM%20op%20duurzaamheidsafspraken%20ENG.pdf> (zuletzt aufgerufen im August 2024).

⁸⁰ Ibid Rz 22 bis 24.

⁸¹ ACM Analysis of closing down 5 coal power plants a part of SER Energieakkoord (2013), https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/12082_acm-analysis-of-closing-down-5-coal-power-plants-as-part-of-ser-energieakkoord.pdf (zuletzt aufgerufen im August 2024).

Nettogewinn für die Verbraucher und daher stellte die ACM auch diese Nachhaltigkeitsvereinbarung nicht nach der Effizienz Ausnahme frei.⁸² Im Juni 2022 erklärte die ACM, dass eine **Vereinbarung von Getränkeherstellern zur Abschaffung von Plastikgriffen** bei 70% aller Mehrfachgebilde keine Wettbewerbsbeschränkung darstellt.⁸³ Im Oktober 2023 wandte die ACM das erste Mal die neuen Nachhaltigkeitsregeln an und kam bzgl einer **Vereinbarung konkurrierender Sammler von Gewerbeabfällen** zum Schluss, dass sie keine Maßnahmen setzen wird, weil diese Vereinbarung der Einhaltung gesetzlicher Nachhaltigkeitsanforderungen diene, die von der/den zuständigen Behörde(n) nicht vollständig vollzogen bzw durchgesetzt wurde(n).⁸⁴ Im April 2024 gab die ACM bekannt, dass sie auch keine Wettbewerbsbedenken gegen die Einführung eines neuen **branchenweiten Nachhaltigkeitsstandards des Handelsverbandes für den E-Commerce-Sektor für Online-Shops** hat. Die ACM begründete diese Entscheidung damit, dass die Mitglieder des Handelsverbandes freiwillig über die Teilnahme am Standard entscheiden können, eine unabhängige Organisation die Erfüllung der Anforderung des Online-Shops für die Zertifizierung prüft, den Teilnehmern die Umsetzung der Zertifizierungsvoraussetzungen freisteht, sie darüberhinausgehende Nachhaltigkeitsmaßnahmen setzen können und keine sensiblen Geschäftsinformationen ausgetauscht werden.⁸⁵

3.4.2 Griechenland

- (47) Die HCC veröffentlichte im Juli 2020 ein Diskussionspapier zum Thema Wettbewerbsrecht und Nachhaltigkeit⁸⁶ und veröffentlichte im Oktober 2022 die sog "*Sustainability Sandbox*" als neue Möglichkeit für Unternehmen, Nachhaltigkeitsvereinbarungen digital bei der HCC einzubringen, um zu prüfen, ob die Nachhaltigkeitsvorteile etwaige Wettbewerbsbedenken überwiegen.⁸⁷ Soweit ersichtlich hat die HCC bislang keine Entscheidungen iZhg mit Nachhaltigkeitsvereinbarungen veröffentlicht.

3.4.3 Deutschland

- (48) In jüngerer Zeit steht die Praxis des deutschen Bundeskartellamts (**BKartA**) im Zeichen von Nachhaltigkeitsinitiativen, die von der Wirtschaft oder Politik gefördert werden. Im März 2022 entschied das BKartA, dass keine wettbewerblichen Bedenken gegen eine **Nachhaltigkeitsinitiative, der ua deutsche Einzelhandelsunternehmen angehören, zur Förderung existenzsichernder Löhne (Living-Wages) und Einkommen im Bananensektor** bestehen. Die freiwillige Selbstverpflichtung der Teilnehmer zur Einführung eines verbindlichen progressiven Prozentsatzes von Living-Wages-Bananen im Eigenmarkenbereich stellt zwar ein koordiniertes Verhalten dar, jedoch war weder die Höhe der Mindestlohnkosten verpflichtend noch kam es zu einem Austausch von Einkaufspreisen, Kosten, Produktionsmengen oder Margen und die Verfehlung des Zielwertes war nicht sanktioniert.⁸⁸ Ebenso 2022 sprach sich das BKartA im Rahmen seines Aufgriffsermessens für die **erneute temporäre Tolerierung der Initiative Tierwohl**

⁸² ACM Analysis of the sustainability arrangements concerning the 'Chicken of Tomorrow' (2015), https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/13789_analysis-chicken-of-tomorrow-acm-2015-01-26.pdf.pdf (zuletzt aufgerufen im August 2024).

⁸³ ACM Pressemitteilung vom 26.07.2022, <https://www.acm.nl/en/publications/acm-favorable-joint-agreement-between-soft-drink-suppliers-about-discontinuation-plastic-handles> (zuletzt aufgerufen im August 2024).

⁸⁴ AMC Pressemitteilung vom 04.10.2023, <https://www.acm.nl/en/publications/acm-positive-about-collaboration-waste-collectors-stimulate-recycling> (zuletzt aufgerufen im August 2024).

⁸⁵ ACM Pressemitteilung vom 11.04.2024, <https://www.acm.nl/en/publications/acm-thuiswinkels-sustainability-initiative-fits-competition-rules> (zuletzt aufgerufen im August 2024).

⁸⁶ HCC Draft Staff Discussion Paper On Sustainability Issues and Competition Law (Juli 2020) https://www.epant.gr/files/2020/Staff_Discussion_paper.pdf (zuletzt aufgerufen im August 2024).

⁸⁷ HCC Sustainability Sandbox, <https://www.epant.gr/en/enimerosi/sandbox.html> (zuletzt aufgerufen im August 2024).

⁸⁸ BKartA 08.03.2022 B2-90/21 *Living Wages*.

(einem Branchenbündnis aus Land- und Fleischwirtschaft sowie des Lebensmitteleinzelhandels) aus. Kernelement ist die Zahlung eines einheitlichen Aufschlags an die teilnehmenden Tierhalter über die teilnehmenden Schlachtbetriebe. Die eindeutige Kennzeichnung des nach Tierwohlkriterien erzeugten Fleisches dient der Verbrauchertransparenz und das Finanzierungsmodell wird kontinuierlich weiterentwickelt. Da es sich um eine klassische Kernbeschränkung des Preiswettbewerbs handelt, hat das BKartA klargestellt, dass diese Initiative in dieser Form keine dauerhafte Branchenlösung sein kann und die Teilnahme an dieser auch tatsächlich freiwillig sein muss.⁸⁹

- (49) 2023 sah das BKartA von einer vertieften Prüfung des **Forums Kakao**, das sich ua aus Vertretern der öffentlichen Hand, NGOs, Unternehmen der Kakao- und Schokoladenindustrie und des Lebensmitteleinzelhandels zusammensetzt, ab, weil die Initiative zur Förderung existenzsichernder Einkommen der Kakaobauern auf Basis von Selbstverpflichtungen über individualisierte Mindestpreise, Quoten und Prämiensysteme für bessere Ab-Hof-Preise freiwillig erfolgte. Ausschlaggebend war auch, dass die Untererfüllung nicht sanktioniert, die Informationen über die individuell eingegangenen Selbstverpflichtungen nur nach Anonymisierung der Produzenten und Anbauregionen veröffentlicht wurde und der Anteil des Hofpreises auf die weitere Preisbildung relativ gering war.⁹⁰ Erst kürzlich hat das BKartA keine Bedenken bzgl eines **Nachhaltigkeitsstandards für Mehrwegsysteme für den B2B-Transport von Topfpflanzen** statt Einwegträgern (sog "Trays") geäußert, weil die Abstimmung und der Informationsaustausch zwischen (Markt-)Teilnehmern für die Einführung und den Betrieb des Mehrwegsystems auf das notwendige Maß reduziert war. Insb werden unternehmensindividuelle, strategische Daten über neutrale Dritte gesammelt und den Teilnehmern nur akkumuliert und aggregiert zugänglich gemacht. Weiters ist die Teilnahme freiwillig und steht allen Marktteilnehmern offen. Ferner können die Teilnehmer weiterhin Trays anderer Anbieter nutzen.⁹¹
- (50) Ferner hat sich das BKartA mit Umweltschutzaspekten iZhg mit Vereinbarungen in der Abfallwirtschaftsbranche beschäftigt und diese durchaus differenziert beurteilt.⁹²

3.4.4 Frankreich

- (51) In ihrer Mitteilung für den Bereich der Nachhaltigkeit hat die Autorité klargestellt, dass sie ihre Aktivitäten im Bereich der Nachhaltigkeit verstärkt, insb hinsichtlich wettbewerbsbeschränkender Maßnahmen, die Nachhaltigkeitsinteressen schaden, als auch in der Unterstützung von Stakeholdern, die Nachhaltigkeitsziele wettbewerbskonform verfolgen wollen. Letztlich beschränkt sie sich darauf, idZhg auf die relevanten Mitteilungen der Kommission zu verweisen und ihre generelle Bereitschaft, zur Erteilung informeller Beratungsschreiben zu unterstreichen, in denen die Behörde ihre Rechtsansicht bzgl eines konkreten Projektes darlegt.⁹³ Soweit ersichtlich hat die Autorité noch keine Entscheidungen bzgl konkreter Nachhaltigkeitsvereinbarungen veröffentlicht, jedoch die Ergebnisse und Empfehlungen mehrerer Sektoruntersuchungen bzw deren Einleitung veröffentlicht, die Bezug zu Nachhaltigkeitsaspekten haben.⁹⁴

⁸⁹ BKartA 08.03.2022 B2-72/14 Initiative Tierwohl.

⁹⁰ BKartA Pressemitteilung vom 16.06.2023, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemittellungen/2023/13_06_2023_Kakaoforum.html (zuletzt aufgerufen August 2024).

⁹¹ BKartA Pressemitteilung vom 08.05.2024, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemittellungen/2024/08_05_2024_Plant_Tray.html (zuletzt aufgerufen August 2024).

⁹² Siehe dazu Lübbig § 9 Einzelfragen in Wiedemann (Hrsg) Kartellrecht⁴ (2020) Rz 256.

⁹³ Autorité de la concurrence Notice on informal guidance from the Autorité in the area of sustainability (27.05.2024), <https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/2024-05/20240527-communique-orientations-informelles-en.pdf> (zuletzt aufgerufen im August 2024).

⁹⁴ Autorité de la concurrence Pressemitteilungen vom 11.06.2024 zu Elektrotankstellen, <https://www.autoritedelaconurrence.fr/en/press-release/charging-stations-electric-vehicles-autorite-issues-its-opinion-compe>

3.5 Internationale Entwicklungen und Entscheidungspraxis

3.5.1 USA

- (52) Im Dezember 2022 forderte der Vorsitzende des Justizausschusses des Repräsentantenhauses (*House Judiciary Committee*) von Climate Action 100+ (die weltweit größte Investor-geführte Initiative, mit dem Ziel, die 170 Unternehmen mit den höchsten THG-Emissionen zur Emissionsreduktion zu bewegen⁹⁵) Dokumente an, bevor er im Juni 2023 eine Vorladung (*subpoena*) wegen "inadequate" (unzureichender) Antworten erteilte.⁹⁶ Auch auf bundesstaatlicher Ebene wurden diese Vereinbarungen unter die Lupe genommen und 21 republikanische Generalanwälte verschickten am 30.03.2023 einen Brief an Vermögensverwalter, in dem sie ua ihre Bedenken vorbrachten, dass **horizontale Vereinbarungen in Bezug auf Abstimmung und Beteiligung durch Organisationen wie Climate Action 100+ und der Net Zero Asset Managers Initiative (NZAM) den Wettbewerb beschränken, weil die NZAM-Mitglieder sich verpflichtet haben, dass alle von ihnen verwalteten Vermögenswerte bis 2025 oder früher Net Zero-Emission erreichen.** Weiters merkten sie an, dass die **Abstimmung von Vermögensverwaltern zum Ausschluss von Wettbewerbern, die in Unternehmen investierten, die im Bereich fossiler Brennstoffe aktiv sind, eindeutig kartellrechtliche Implikationen habe.**⁹⁷ Am 15.05.2023 übermittelte eine Koalition von 23 republikanischen Generalstaatsanwälten ein Schreiben, in dem sie die **Net Zero Insurance Alliance ("NZIA") und Net Zero Asset Owner Alliance ("NZAOA") – beide von der UN eingerichtete Gruppen zur Umsetzung der Pariser Klimaziele** – um Vorlage von Informationen und Dokumenten aufforderte und ua auf wettbewerbliche Bedenken wie **Boycott**, insb wenn entsprechende Marktmacht bestehe, und Vereinbarungen zu Preisen und Verkaufsbedingungen, die zu höheren Preisen führen, hinviesen.⁹⁸ Vor dem Hintergrund dieser kartellrechtlichen Bedenken zogen sich JPMorgan Asset Management, State Street Global Advisors und die Unternehmenssparte von BlackRock aus der Initiative Climate Action 100+ zurück.⁹⁹ **Ebenso zogen sich derart viele Mitglieder aus der NZIA zurück, dass diese aufgelöst und durch das UN-geführte Forum for Insurance Transition to Net Zero ("FIT") ersetzt wurde.**¹⁰⁰ Weiters ergingen im Dezember 2013 auch

titive; vom 22.02.2024 zu Produktbewertungssystemen, <https://www.autoritedelaconurrence.fr/en/press-release/autorite-starts-inquiries-ex-officio-product-rating-systems-sector>; vom 07.12.2023 zum Transportsektor, <https://www.autoritedelaconurrence.fr/en/press-release/mobility-autorite-publishes-its-opinion-competitive-functioning-land-passenger>, und vom 19.12.2022 zur Kreislaufwirtschaft, <https://www.autoritedelaconurrence.fr/en/press-release/circular-economy-autorite-published-mitigated-opinion-reorganisation-household> (alle zuletzt aufgerufen im August 2024).

⁹⁵ <https://www.climateaction100.org/#> (zuletzt aufgerufen im August 2024).

⁹⁶ GCR JPMorgan, State Street depart climate group amid antitrust pushback (16.02.2024), <https://globalcompetitionreview.com/gcr-usa/article/jpmorgan-state-street-global-advisors-depart-climate-group-amid-antitrust-pushback> (zuletzt aufgerufen im August 2024).

⁹⁷ Brief der 21 republikanischen Generalanwälte vom 30.03.2023, <https://attorneygeneral.utah.gov/wp-content/uploads/2023/03/2023-03-30-Asset-Manager-Letter-Press-FINAL.pdf> (zuletzt aufgerufen im August 2024).

⁹⁸ Brief der 23 republikanischen Generalanwälte vom 15.05.2023, <https://attorneygeneral.utah.gov/wp-content/uploads/2023/05/2023-05-15-NZIA-Letter.pdf> (zuletzt aufgerufen im August 2024).

⁹⁹ GCR JPMorgan, State Street depart climate group amid antitrust pushback (16.02.2024), <https://globalcompetitionreview.com/gcr-usa/article/jpmorgan-state-street-global-advisors-depart-climate-group-amid-antitrust-pushback> (zuletzt aufgerufen im August 2024).

¹⁰⁰ GCR Insurer's departure from UN climate partnership underlines transatlantic divergence, experts say (31.05.2023) <https://globalcompetitionreview.com/gcr-usa/article/insurers-departure-un-climate-partnership-underlines-transatlantic-divergence-experts-say> (zuletzt aufgerufen im August 2024); UNEP Statement vom 25.04.2024, <https://www.unepfi.org/insurance/insurance/projects/net-zero-insurance-alliance/> (zuletzt aufgerufen im August 2024); UNEP Forum for Insurance Transition to Net Zero, <https://www.unepfi.org/forum-for-insurance-transition-to-net-zero/> (zuletzt aufgerufen im August 2024).

Vorladungen des Justizausschusses des Repräsentantenhauses an die Unternehmen Vanguard und Arjuna Ciptal wegen "*inadequate*" Antworten bzgl dessen Untersuchung über mögliche Absprachen zur Verringerung von Kohlenstoffemissionen.¹⁰¹

- (53) Soweit ersichtlich stammen die einzigen kartellrechtlichen Bedenken gegen diese Initiativen aus den USA und soweit ersichtlich wurden bislang auch keine Verfahren eingeleitet. Ferner scheint die mehrheitliche Meinung der Experten davon auszugehen, dass diese Bedenken letztlich hauptsächlich politischer und weniger rechtlicher Natur sind.¹⁰² So wurden im Juni 2024 Vertreter von Vermögensverwaltern in einem Untersuchungsausschuss des Repräsentantenhauses iZhg des angeblichen "*climate cartel*" aufgrund ihrer Aktivitäten in Climate Action 100+ von republikanischen Vertretern befragt. Laut den Zeugenaussagen werden keine sensiblen Investment-Daten geteilt, keine Mitglieder von Climate Action 100+ bei Verfehlung der Ziele bestraft und die Entscheidungen der Mitglieder werden autonom getroffen.¹⁰³ Der Justizausschuss des Repräsentantenhauses veröffentlichte im Juni 2024 auch einen Zwischenbericht, in dem der Biden-Administration (konkret der Federal Trade Commission und dem Department of Justice) vorgeworfen wird, keine Maßnahmen gegen das "*climate cartel*" gesetzt zu haben.¹⁰⁴
- (54) Ferner ist festzuhalten, dass es – soweit ersichtlich – keine konkreten Leitlinien für Kooperationen zur Erreichung von Nachhaltigkeitszielen im US-Recht gibt.

3.5.2 Großbritannien

- (55) Im Oktober 2023 veröffentlichte die CMA ihr Leitlinien "*Green Agreements Guidance*" ("**GAG**").¹⁰⁵ Unter "**environmental sustainability agreements**" ("**ESAs**") versteht die CMA Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, die darauf abzielen, die negativen Auswirkungen wirtschaftlicher Tätigkeiten auf die Umwelt zu verhindern, verringern oder abzumildern oder den Übergang zu ökologischer Nachhaltigkeit zu unterstützen – folglich sind andere als ökologische Nachhaltigkeitsziele (wie nach der österreichischen Nachhaltigkeitsausnahme, siehe Punkt 3.1.3) nicht erfasst. Als zulässiges Bsp führt die CMA eine Vereinbarung zwischen Kleidungsherstellern an, einen Stoff nicht mehr zu verwenden, der zur Verschmutzung von Gewässern mit Mikroplastik beiträgt.¹⁰⁶ Die Untergruppe "**climate change agreements**" umfasst Vereinbarungen, die einen Beitrag zur Bekämpfung des Klimawandels leisten und idR negative externe Effekte von THG, die bei der Produktion, dem Vertrieb oder dem Verbrauch von Waren oder Dienstleistungen entstehen, minimieren. Als Bsp nennt die CMA ua **Vereinbarungen zwischen Finanzdienstleistern, keine Finanzierungen oder Versicherungen für Projekte iZhg mit fossilen Brennstoffen zu gewähren**.¹⁰⁷
- (56) Auch die CMA unterteilt ESAs in Vereinbarungen, bei denen ein **Verstoß gegen das Kartellverbot unwahrscheinlich** ist (bspw geringer gemeinsamer Marktanteil und keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung; kein Wettbewerbsparameter betroffen ist, wie die Aufbringung ge-

¹⁰¹ GCR Private equity firms subpoenaed by House (13.12.2023) <https://globalcompetitionreview.com/gcr-usa/article/private-equity-firms-subpoenaed-house> (zuletzt aufgerufen im August 2024).

¹⁰² Siehe dazu statt vieler den umfassenden Bericht in *S&P Global* EU, UK Guidance provides relief to embattled net-zero alliances (07.08.2023), <https://www.spglobal.com/marketintelligence/en/news-insights/latest-news-headlines/eu-uk-guidance-provides-relief-to-embattled-net-zero-alliances-76838438> (zuletzt aufgerufen im August 2024).

¹⁰³ GCR ESG investors rebuff "climate cartel" claims (13.06.2024), <https://globalcompetitionreview.com/gcr-usa/article/esg-investors-rebuff-climate-cartel-claims> (zuletzt aufgerufen im August 2024).

¹⁰⁴ GCR House report: Biden Admin ignoring "climate cartel" (12.06.2024) <https://globalcompetitionreview.com/gcr-usa/article/house-report-biden-admin-ignoring-climate-cartel> (zuletzt aufgerufen im August 2024).

¹⁰⁵ CMA Green Agreements Guidance (12.10.2023), https://assets.publishing.service.gov.uk/media/6526b81b244f8e000d8e742c/Green_agreements_guidance_.pdf (zuletzt aufgerufen im August 2024).

¹⁰⁶ GAG Rz 2.1 bis 2.3.

¹⁰⁷ GAG Rz 2.4f.

meinsamer Mittel zur Schulung der Arbeitnehmer oder gemeinsame Lobbyaktivitäten für nachhaltige Politik und Gesetze; Kooperationen, wenn das einzelne Unternehmen alleine technisch dazu nicht in der Lage ist oder das mit dem Investment einhergehende Risiko zu groß ist; Kooperationen, die gesetzlich vorgegeben sind; Unterhaltung von Datenbanken über Lieferanten, sofern keine Pflicht besteht, über diese zu beziehen; Nachhaltigkeitsstandards, unter ähnlichen Voraussetzungen wie denen der Kommission und der BWB – siehe Rz (28) und (43); "Phasing out" von nicht-nachhaltigen Produkten oder Herstellungsverfahren, sofern damit keine spürbare Preiserhöhung, Verringerung der Produktqualität oder Auswahl der Verbraucher einhergeht und nicht darauf abgezielt wird, Wettbewerber zu schädigen oder sich den Markt aufzuteilen; unverbindliche industrieweite Ziele, sofern die Unternehmen ihren jeweiligen Beitrag selbst frei festlegen können; und Vereinbarungen zwischen Gesellschaftern eines Unternehmens, die auf anderen Märkten miteinander konkurrieren, für Unternehmenspolitiken zu stimmen, die ökologische Nachhaltigkeitsziele verfolgen bzw gegen nicht-nachhaltige stimmen, oder sich für eine entsprechende Unternehmensänderung einzusetzen¹⁰⁸) und **wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen** (bspw Verbote das vereinbarte Nachhaltigkeitsziel nicht zu übertreffen oder schneller zu erreichen; Nebenabreden, die nicht notwendig und verhältnismäßig sind; Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, nur bei bestimmten nachhaltigen Lieferanten zu beziehen bzw nur an Abnehmer zu liefern, die nachhaltig agieren, stellen eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung dar)¹⁰⁹, die aber ebenso von einer **Effizienz Ausnahme** profitieren können (die Effizienz Ausnahme hat grundsätzlich dieselben Voraussetzungen wie die nach Art 101 Abs 3 AEUV / § 2 Abs 1 KArtG).¹¹⁰ Hinsichtlich "*climate change agreements*" vertritt die CMA die Ansicht, dass diesfalls der gesamte Effizienzgewinn in Anschlag gebracht werden kann und dieser nicht auf die Verbraucher auf dem betroffenen Markt begrenzt ist.¹¹¹

3.5.3 Japan

- (57) Die JFTC veröffentlichte im April 2024 die überarbeiteten umfassenden Leitlinien "*Guidelines Concerning the Activities of Enterprises, etc Toward the Realization of a Green Society Under the Antimonopoly Act*". Darin hält die JFTC fest, dass die Aktivitäten von Unternehmen zur Umsetzung der "grünen Gesellschaft" meist pro-kompetitiv sind. Sofern jedoch Wettbewerbsparameter betroffen sind, können diese Aktivitäten gegen die Wettbewerbsvorschriften verstoßen, unabhängig davon, dass sie offiziell darauf abzielen, zur Verwirklichung der grünen Gesellschaft beizutragen. Diese Leitlinien decken gemeinsame Aktivitäten zwischen Wettbewerbern (bspw freiwillige Normungsvereinbarungen und Kooperationen wie FuE, Produktions- und Vermarktungsvereinbarungen), Beschränkungen der Geschäftstätigkeit von Handelspartnern, marktmissbräuchliches Verhalten und Unternehmenszusammenschlüsse ab.¹¹²
- (58) Anfang 2024 veröffentlichte die JFTC erstmals eine Entscheidung bzgl einer **Nachhaltigkeitskooperation zur Kohlenstoffneutralität zwischen fünf petrochemischen Unternehmen eines Businessparks**. Im Rahmen der Kooperation verpflichteten sich die Unternehmen, weniger umweltschädliches Gas und Biochemikalien zu kaufen und Stromerzeugungsanlagen zu installieren, die Ammoniak verwenden. Der Informationsaustausch beschränkte sich auf die Informationen, die notwendig zur Umsetzung der Initiative waren, wobei sogar Informationen über

¹⁰⁸ GAG Rz 3.1 bis 3.27.

¹⁰⁹ GAG Rz 4.1 bis 4.16.

¹¹⁰ GAG Rz 5.1 bis 5.31.

¹¹¹ GAG Rz 6.1 bis 6.7.

¹¹² *JFTC Guidelines Concerning the Activities of Enterprises, etc Toward the Realization of a Green Society Under the Antimonopoly Act* (24.04.2024), <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2024/April/240424EN2.pdf> (zuletzt aufgerufen August Juni 2024).

Produktpreise umfasst waren. Da die Unternehmen keine direkten Wettbewerber waren, genehmigte die JFTC die Kooperation, obwohl eingeräumt wurde, dass die Preise der im Businesspark produzierten Waren steigen könnten. Weiters merkte die JFTC an, dass sie bereits mehrere Anfragen zu grünen Initiativen erhalten hat. Dazu wurden keine Entscheidungen veröffentlicht, da die JFTC generell keine Entscheidungen veröffentlicht.¹¹³

¹¹³ GCR Japan issues first public approval for sustainability collaboration (16.02.2024), <https://globalcompetition-review.com/article/japan-issues-first-public-approval-sustainability-collaboration#:~:text=Japan's%20Fair%20Trade%20Commission%20has,the%20agency%20issued%20sustainability%20guidelines> (zuletzt aufgerufen im August 2024).

4. Kartellrechtliche Bewertung der GF-Alliance

- (59) Bei der GF-Alliance bzw der in ihrem Rahmen erlassenen Maßnahmen und Kriterien handelt es sich um **Nachhaltigkeitsvereinbarungen zwischen Wettbewerbern unter koordinierender Leitung des BMK**, weil (ua) mehrere – sowohl ökologische als auch soziale – Nachhaltigkeitsziele verfolgt werden. Durch die Selbstverpflichtung gehen die teilnehmenden Finanzunternehmen insb die Verpflichtung ein, die im Handbuch festgehaltenen Maßnahmen und konkreten Kriterien, die ohne Mitwirkung der Mitglieder vom Lenkungsgremium erlassen werden, umzusetzen.

4.1 Kartellrechtlich relevanter Prüfungsrahmen

- (60) Wie bereits unter Rz 0 dargelegt können sich Finanzunternehmen mit Sitz in Österreich um die Mitgliedschaft in der GF-Alliance bewerben. Viele der österreichischen Finanzunternehmen haben eine internationale Ausrichtung, insb mit Schwerpunkt Zentral- und Osteuropa, weshalb die GF-Alliance "auf das langfristige EU-Ziel der Klimaneutralität 2050" abstellt,¹¹⁴ und auch das von der GF-Alliance umfasste Kerngeschäft (Investment-/Kreditportfolio und Underwriting-Portfolio) ist (zumindest) mitgliedstaatengrenzüberschreitend. **Daher ist das Zwischenstaatlichkeitskriterium erfüllt, die Nachhaltigkeitsausnahme nach § 2 Abs 1 KartG nicht anwendbar (siehe oben Rz (21)) und somit geben das Kartellverbot nach Art 101 Abs 1 AEUV und die Effizienzausnahme nach Art 101 Abs 3 AEUV den kartellrechtlich relevanten Prüfungsrahmen vor.**
- (61) Sohin ist insb anhand der Horizontal-LL zu prüfen, ob die GF-Alliance bzw deren Maßnahmen und Kriterien als Nachhaltigkeitsvereinbarungen von vornherein nicht in den Anwendungsbereich des Art 101 AEUV fallen oder ob sie spürbare negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben können, und ggf ob sie gemäß der Effizienzausnahme freigestellt werden können.

4.2 Relevante Märkte für die GF Alliance

- (62) Der Anwendungsbereich der GF-Alliance betrifft das **Kerngeschäft** der Finanzunternehmen, dh die Handlungsfelder **Investment-/Kreditportfolio**¹¹⁵ (wobei bei Investment-Portfolios jene Bestandteile zu berücksichtigen sind, auf die das Mitglied einen direkten wesentlichen Einfluss hat; bspw Eigenportfolios und Drittfonds, sofern das Mitglied direkten, wesentlichen Einfluss auf die Einzeltitelselektion oder Anlagestrategie des Drittfonds hat; aber nicht Wertpapier-Kundendepots, bei denen Banken nur die Depotverwaltung übernehmen) und **Underwriting-Portfolios**. Im Bereich des Versicherungswesens wird primär das Erst- und Rückversicherungsgeschäft mit Unternehmen umfasst, wobei Ein-Personen-Unternehmen und freie Berufe sowie das Privatkundengeschäft derzeit nicht erfasst sind; eine stufenweise Integration des Privatkundengeschäfts ist beabsichtigt, wobei KFZ-Versicherungen bereits erfasst sind.¹¹⁶

4.2.1 Sachlich relevante Märkte

- (63) Die Kommission hat sich in der Vergangenheit bereits in mehreren Entscheidungen mit den Produktmärkten für Bank- und Versicherungsdienstleistungen auseinandergesetzt.

¹¹⁴ Handbuch S 9f; das Ziel der Klimaneutralität ist normiert in Art 2 der VO (EU) 2021/1119 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.06.2021 zur Schaffung des Rahmens für die Verwirklichung der Klimaneutralität und zur Änderung der VO (EG) Nr 401/2009 und (EU) 2018/1999 ABI L 243 vom 09.07.2021 S 1-17.

¹¹⁵ Bspw Veranlagung für den Deckungsstock bei Versicherungen, Veranlagung des für die Anwartschafts- und Leistungsberechtigten verwalteten Vermögens bei Pensionskassen und Betrieblichen Vorsorgekassen.

¹¹⁶ Handbuch S 16f und 27.

- (64) Nach der Entscheidungspraxis der Kommission können **Bankdienstleistungen** in mehrere Bereiche unterteilt werden (ua): (i) Privatkundengeschäft, (ii) Firmenkundengeschäft, (iii) Investment Banking, (iv) Leasing, (v) Factoring, (vi) kartengestützte Verbraucherkredite, (vii) Ausgabe von Zahlungskarten, (viii) Finanzmarktdienstleistungen und (ix) Vermögensverwaltung.¹¹⁷
- (65) Im Hinblick auf das **Privatkundengeschäft** hat die Kommission in der Vergangenheit ua die folgenden Segmente erwogen: (i) Girogeschäft, (ii) Einlagengeschäft, (iii) Konsum-/Privatkredite, (iv) Hypothekarkredite, (v) Wertpapierdepotgeschäft, (vi) Auflegung und Vertrieb von Publikumsfonds und (vii) private Vermögensverwaltung.¹¹⁸ In der bisherigen Entscheidungspraxis hat die Kommission aber auch zum Teil offen gelassen, ob das Privatkundengeschäft in weitere Teilmärkte entsprechend den verschiedenen Bankprodukten und -dienstleistungen zu unterteilen ist.¹¹⁹ Innerhalb des Privatkundengeschäfts vertrat die Kommission in ihren Entscheidungen zudem die Auffassung, dass dieses alle Bankdienstleistungen umfasst, die für Privatpersonen und Kleinstunternehmen erbracht werden, wobei die Kommission – soweit überblickbar – nicht auf die genaue Definition von Kleinstunternehmen eingegangen ist.¹²⁰ **Letztlich wurde die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes offengelassen.**
- (66) Das **Firmenkundengeschäft** umfasst laut Kommission Bankdienstleistungen an große Firmenkunden (*Large Corporate Customers*, "**LCCs**") und kleine und mittlere Unternehmen ("**KMU**").¹²¹ Hinsichtlich des Firmenkundengeschäfts hat die Kommission darüber hinaus die Möglichkeit einer weitergehenden Unterteilung in separate Produktmärkte wie (i) Spareinlagen, (ii) Kredite, (iii) Inlandszahlungsdienste/Girokonten, (iv) Auslandszahlungsverkehr oder (v) Cash-Management-Dienstleistungen in Betracht gezogen. **Die Kommission hat jedoch auch in Bezug auf das Firmenkundengeschäft die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes letztlich offengelassen.**¹²²
- (67) Das **Investmentbanking** umfasst nach Ansicht der Kommission Dienstleistungen wie die Beratung zu den finanziellen Aspekten von Fusionen und Übernahmen (*Merger & Acquisitions*), Börsengängen und Neuemissionen von Aktien und Anleihen, nicht aber das Underwriting solcher Geschäfte. In früheren Entscheidungen hat die Kommission den Markt für Investmentbanking als Ganzes untersucht und dabei folgende mögliche Marktsegmente identifiziert: (i) Fusions- und Übernahmeberatung, (ii) Kapitalmarktgeschäfte wie die Beratung bei Börsengängen und Geschäftsanteilen und (iii) Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Arrangierung von Neuemissionen von Aktien und Anleihen. **Letztendlich ließ die Kommission die genau Abgrenzung des Produktmarkts offen.**¹²³
- (68) Bei der **Vermögensverwaltung** geht es um die Erbringung von Anlageberatung und häufig auch um die Umsetzung dieser Beratung mit vom Kunden übertragenen Befugnissen. Zu den Vermögensverwaltungsdienstleistungen gehören die Schaffung, Einrichtung und Vermarktung von Poolfonds für Privatkunden (Investmentfonds, Unit Trusts, Investment Trusts und offene

¹¹⁷ Vgl. Kommission, 21.12.2022, M.10786, BNP Paribas / Caceis / JV Rz 74; Kommission, 08.08.2017, M.8553, Banco Santander / Banco Popular Group Rz 10-13.

¹¹⁸ Vgl. Kommission, 10.03.2020, M.9625, Banca Comerciala Romana / Raiffeisen Bank / Brd Societe Generale / CIT ONE Rz 26.

¹¹⁹ Vgl. Kommission, 27.05.2010, M.5811, Erste Bank / ASK Rz 18; Kommission, 03.10.2007, M.4844, Fortis / ABN Amro Assets Rz 40.

¹²⁰ Vgl. Kommission, 03.05.2022, M.10668, PPF / MMB Rz 23; Kommission, 14.09.2017, M.8414, DNB / Nordea / Luminor Group Rz 15.

¹²¹ Vgl. Kommission, 26.04.2022, M.10378, VUB / Slovenska Sporitelna / Tatra Banka / 365.Bank / CSOB / JV, Rz 42; Kommission, 10.03.2020, M.9625, Banca Comerciala Romana / Raiffeisen Bank / BRD Societe Generale / CIT One Rz 27.

¹²² Kommission, M.10786, BNP Paribas / Caceis / JV Rz 75, Kommission, 26.04.2022, M.10378, VUB / Slovenska Sporitelna / Tatra Banka / 365.Bank / CSOB / JV Rz 42.

¹²³ Vgl. Kommission, 21.12.2022, M.10786, BNP Paribas / Caceis / JV Rz 76.

Investmentgesellschaften) und die Erbringung von Portfolioverwaltungsdienstleistungen für Pensionsfonds, Institutionen, internationale Organisationen und private Anleger. Die Kommission zog in Erwägung, dass diese Produkte jeweils eigene Märkte darstellen können, **ließ die genaue Marktabgrenzung letztlich aber offen**.¹²⁴

- (69) Hinsichtlich des **Versicherungsgeschäfts** unterschied die Kommission in ihrer bisherigen Entscheidungspraxis zwischen (i) Lebensversicherungen, (ii) Nichtlebensversicherungen und (iii) Rückversicherungen.¹²⁵
- (70) Bezüglich des Marktes für **Lebensversicherungen** hat die Kommission in ihrer Entscheidungspraxis **aus Sicht der Nachfrageseite** zwischen den Produktkategorien (i) reine Risikoabsicherungsprodukte, (ii) Altersvorsorgeprodukte und (iii) Spar-/Investitionsprodukte unterschieden. In einigen Entscheidungen unterschied die Kommission auch zwischen Lebensversicherungen für Einzelpersonen und für Gruppen. Darüber hinaus wurde auch eine Unterscheidung zwischen fondsgebundenen (und indexgebundenen) Lebensversicherungsprodukten einerseits und nicht fondsgebundenen (und nicht indexgebundenen) Lebensversicherungsprodukten in Betracht gezogen. In manchen Fällen hat die Kommission auch eine zusätzliche Segmentierung des Lebensversicherungssektors ua auf der Grundlage von nationalen Versicherungsklassifikationen oder zwischen Einzel- und Gruppenkunden in Erwägung gezogen. **Aus angebotsseitiger Sicht** hat die Kommission jedoch festgestellt, dass die Bedingungen für die Bereitstellung von Lebensversicherungen, die verschiedene Risikoarten abdecken, recht ähnlich sind und die meisten großen Versicherungsunternehmen in mehreren Risikoarten tätig sind. Dies lasse den Schluss zu, dass die verschiedenen Arten von Lebensversicherungen in denselben relevanten Produktmarkt einbezogen werden könnten. **Letztlich ließ die Kommission die genaue Marktabgrenzung aber offen**.¹²⁶
- (71) Hinsichtlich der **Nichtlebensversicherungen** unterschied die Kommission **aus Sicht der Nachfrageseite** die Segmente (i) Unfall- und Krankenversicherung, (ii) Kraftfahrzeugversicherung, (iii) Sachversicherung, (iv) Haftpflichtversicherung, (v) See-, Luftfahrt- und Transportversicherung ("**MAT**"), (vi) Kredit- und Kautionsversicherung und (viii) Reiseversicherung. Sie zog in einigen Fällen auch eine zusätzliche Segmentierung ua auf Grundlage nationaler Versicherungsklassifikationen oder zwischen Einzel- und Gruppenkunden in Erwägung. **Aus angebotsseitiger Sicht** bestehe aufgrund der Ähnlichkeit der Bedingungen der Angebote und weil die meisten großen Versicherungsunternehmen in mehreren Arten der Risikodeckung tätig sind, aber eine gewisse Substituierbarkeit. **Letztlich ließ die Kommission die genaue Marktabgrenzung aber offen**.¹²⁷
- (72) Bezüglich des Marktes für **Rückversicherungen** hat die Kommission festgestellt, dass Rückversicherung darin besteht, einem anderen Versicherer Versicherungsschutz für einige oder alle im Rahmen seiner Versicherungspolizen übernommenen Verbindlichkeiten zu gewähren, um das Risiko vom Versicherer auf den Rückversicherer zu übertragen. Eine Unterteilung des Rückversicherungsmarktes in Lebens- und Nichtlebensrückversicherung hat die Kommission offengelassen.¹²⁸

¹²⁴ Vgl. *Kommission*, 03.12.2008, M.5384, *BNP Paribas / Fortis* Rz 58ff.

¹²⁵ Vgl. *Kommission*, 12.08.2021, M.10102, *VIG / Aegon CEE* Rz 15.

¹²⁶ Vgl. *Kommission*, 12.08.2021, M.10102, *VIG / Aegon CEE* Rz 16-24.

¹²⁷ Vgl. *Kommission*, 12.08.2021, M.10102, *VIG / Aegon CEE* Rz 25-33.

¹²⁸ Vgl. *Kommission*, 12.08.2021, M.10102, *VIG / Aegon CEE* Rz 34ff.

4.2.2 Geographisch relevante Märkte

- (73) Bei der geographischen Abgrenzung der Märkte im Bankensektor hat die Kommission für das **Privatkundengeschäft** in der Vergangenheit **grundsätzlich nationale Märkte** zugrunde gelegt, aber auch (wo relevant) die regionale Verteilung von Bankzweigstellen in Betracht gezogen.¹²⁹
- (74) Der Markt für **Firmenkundenbankgeschäfte** und etwaige Subsegmente sind laut Kommission **national** abzugrenzen. Bei den von LCCs bezogenen Finanzdienstleistungen hat die Kommission die Frage offengelassen, ob die Märkte dieser Dienstleistungen national oder weiter zu definieren sind.¹³⁰
- (75) Im Bereich des **Investmentbankings** hat die Kommission den räumlich relevanten Markt als national oder international (EWR-weit oder weltweit) angesehen, den räumlichen Markt aber **letztlich offen gelassen**.¹³¹
- (76) Hinsichtlich des Bereichs der **Vermögensverwaltung** untersuchte die Kommission diesen Markt bislang auf nationaler, aber auch internationaler bzw EWR-Ebene. In jüngeren Entscheidungen zog die Kommission – auf Basis der Auffassung der anmeldenden Parteien – einen **über die nationalen Grenzen hinausgehenden Markt** in Erwägung, **ließ die genaue Markt-abgrenzung letztlich aber offen**.¹³²
- (77) Der Markt für **Lebensversicherungsprodukte** und dessen weitere Segmentierungen seien laut Kommission aufgrund nationaler Vertriebskanäle, etablierter Marktstrukturen, steuerlicher Vorgaben und spezifischer Regulierungssystem wahrscheinlich **national** abzugrenzen.¹³³
- (78) Hinsichtlich des Sektors für **Nichtlebensversicherungen** und dessen weitere Segmente war die Kommission der Auffassung, dass diese wahrscheinlich einen **nationalen Umfang** haben. Bei bestimmten Nichtlebensversicherungsprodukten, einschließlich der MAT-Versicherung und der **Versicherung von Großrisiken** im Allgemeinen, war die Kommission der Auffassung, dass der Markt **wahrscheinlich einen größeren als den nationalen Umfang** hat.¹³⁴
- (79) Die Kommission hat in ihrer Entscheidungspraxis stets die Auffassung vertreten, dass der räumlich relevante Markt für die **Rückversicherung weltweit** ist, da die Risiken auf globaler Basis gebündelt werden müssen.¹³⁵
- (80) **Vor der oa Entscheidungspraxis der Kommission zu den Märkten (und Subsegmenten), die für die Mitglieder der GF-Alliance, die keine Versicherungsunternehmen sind, relevant sind (dh Firmenkundengeschäft, Investmentbanking und Vermögensverwaltung) wird für die gegenständliche kartellrechtliche Beurteilung von kleinsten von der Kommission in Erwägung gezogenen Märkten ausgegangen, dh von nationalen Märkten. Dies trifft auch auf Lebens- und Nichtlebensversicherungen zu, ausgenommen der Versicherung von MAT-Risiken und Großrisiken sowie Rückversicherungen, wobei letzterer Markt weltweit abzugrenzen ist.**

¹²⁹ Vgl Kommission, 10.03.2020, M.9625, Banca Comerciala Romana / Raiffeisen Bank / Brd Societe Generale / CIT ONE Rz 36.

¹³⁰ Kommission, 26.04.2022, M.10378, VUB / Slovenska Sporitelna / Tatra Banka / 365.Bank / CSOB / JV Rz 47; Kommission, 10.03.2020, M.9625, Banca Comerciala Romana / Raiffeisen Bank / BRD Societe Generale / CIT One Rz 37.

¹³¹ Vgl Kommission, 21.12.2022, M.10786, BNP Paribas / Caceis / JV Rz 80 und 83.

¹³² Vgl Kommission, 03.12.2008, M.5384, BNP Paribas / Fortis Rz 75.

¹³³ Vgl Kommission, 12.08.2021, M.10102, VIG / Aegon CEE Rz 43ff.

¹³⁴ Vgl Kommission, 12.08.2021, M.10102, VIG / Aegon CEE Rz 46ff.

¹³⁵ Vgl Kommission, 12.08.2021, M.10102, VIG / Aegon CEE Rz 46ff.

4.3 GF-Alliance generell vom Anwendungsbereich des Kartellverbots ausgenommen?

4.3.1 Nachhaltigkeitsziele und Involvierung von Behörden schließt Anwendung des Kartellrechts nicht aus

- (81) Wie bereits oben dargestellt, ist eine **wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung** nicht schon allein deshalb **vom Kartellverbot ausgenommen**, **(i) weil sie ein Nachhaltigkeitsziel verfolgt, oder (ii) weil das BMK involviert ist** (die Beteiligung von Behörden oder deren Wissen um Nachhaltigkeitsvereinbarungen schließt die Anwendbarkeit des Art 101 AEUV nicht aus).¹³⁶

4.3.2 Umsetzung des Übereinkommens von Paris durch die GF-Alliance

- (82) Wie bereits dargelegt, verpflichten sich die Mitglieder zur Ausrichtung ihres Portfolios am 1,5 °C-Klimaziel gemäß dem Übereinkommen von Paris.¹³⁷ Art 2.1 lit a des Pariser Übereinkommens normiert, dass *"der Anstieg der durchschnittlichen Erdtemperatur deutlich unter 2 °C über dem vorindustriellen Niveau gehalten wird und Anstrengungen unternommen werden, um den Temperaturanstieg auf 1,5 °C über dem vorindustriellen Niveau zu begrenzen, da erkannt wurde, dass dies die Risiken und Auswirkungen der Klimaänderungen erheblich verringern würde"*¹³⁸ und lit c, dass *"die Finanzmittelflüsse in Einklang gebracht werden mit einem Weg hin zu einer hinsichtlich der Treibhausgase emissionsarmen und gegenüber Klimaänderungen widerstandsfähigen Entwicklung"*.¹³⁹
- (83) Die verpflichtende Ausrichtung der Portfolios der Mitglieder am 1,5 °C-Klimaziel des Pariser Übereinkommens bedeutet auch, dass die Mitglieder dadurch die nationalen und EU-weiten Klimaziele bis zum Jahr 2030 und das langfristige EU-Ziel der Klimaneutralität 2050 unterstützen. Folglich soll bis spätestens 2040 deren analysierbares Portfolio am 1,5 °C-Ziel ausgerichtet sein, um die Klimaneutralität 2050 zu erreichen.¹⁴⁰ Das Ziel der Erreichung der **Klimaneutralität** bis 2050 ist im sog **Europäischen Klimagesetz** normiert.¹⁴¹ Das Europäische Klimagesetz bildet den allgemeinen Rahmen für den Beitrag der EU zum Pariser Übereinkommen und soll dafür Sorge tragen, dass sowohl die EU als auch die Mitgliedstaaten zur weltweiten Reaktion auf den Klimawandel gemäß dem Pariser Übereinkommen beitragen.¹⁴² Zu Erreichung der Klimaneutralität sollen die zuständigen Unionsorgane und die Mitgliedstaaten die notwendigen Maßnahmen erlassen.¹⁴³ Konkrete Ge- oder Verbote hinsichtlich des Finanzsektors normiert das Europäische Klimagesetz zwar nicht, jedoch wird in seinen Erwägungsgründen festgehalten, dass die Kommission ua Klimadialoge und Partnerschaften fördern soll, *"damit die Wirtschaftszweige selbst dazu angeregt werden, indikative freiwillige Fahrpläne zu entwerfen und den Übergang zur Erreichung des Ziels der Klimaneutralität der Union bis 2050 zu planen"*¹⁴⁴ und alle Wirtschaftszweige ihren Beitrag zur Verwirklichung der Klimaneutralität leisten sollen.¹⁴⁵

¹³⁶ Horizontal-LL Rz 521 und 597.

¹³⁷ UNFCCC Paris Agreement (2023) https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf.

¹³⁸ Im englischen Original: "Holding the increase in the global average temperature to well below 2°C above pre-industrial levels and pursuing efforts to limit the temperature increase to 1.5°C above pre-industrial levels, recognizing that this would significantly reduce the risks and impacts of climate change".

¹³⁹ Im englischen Original: "Making finance flows consistent with a pathway towards low greenhouse gas emissions and climate-resilient development".

¹⁴⁰ Handbuch S 9f.

¹⁴¹ Art 2 VO (EU) 2021/1119.

¹⁴² ErwG 8 VO (EU) 2021/1119.

¹⁴³ Art 2 VO (EU) 2021/1119.

¹⁴⁴ ErwG 7 VO (EU) 2021/1119.

¹⁴⁵ ErwG 10 VO (EU) 2021/1119.

- (84) Nach Ansicht der Kommission sind Nachhaltigkeitsvereinbarungen vom Anwendungsbereich des Art 101 AEUV ausgenommen, wenn sie nur darauf abzielen, die "**Einhaltung hinreichend präziser Anforderungen oder Verbote in rechtsverbindlichen internationalen Verträgen, Vereinbarungen oder Übereinkommen zu gewährleisten**, unabhängig davon, ob diese in nationales Recht umgesetzt wurden oder nicht (z.B. Einhaltung sozialer Grundrechte oder von Verboten bezüglich Kinderarbeit, Abholzung bestimmter Tropenholzarten oder Verwendung bestimmter Schadstoffe) **und die von einem Unterzeichnerstaat nicht vollständig umgesetzt oder durchgesetzt werden**".¹⁴⁶
- (85) **Die GF Alliance wurde zum Zweck der Erreichung des 1,5 Grad Klimaziels aus dem Pariser Übereinkommen ins Leben gerufen. Es erscheint allerdings zweifelhaft, ob man dieses 1,5 Grad- Klimaziel in den Bestimmungen der Art 2 lit a und lit c des Pariser Übereinkommens als "hinreichend präzise Anforderungen oder Verbote" iSd der in den Horizontal-LL dargelegten Rechtsansicht der Kommission ansehen kann, insbesondere da es sich nicht explizit an (Finanz-)Unternehmen richten. Diese Beurteilung ändert sich auch bei zusätzlicher Heranziehung der Vorgaben des Europäischen Klimagesetzes nicht. Vor diesem Hintergrund ist die GF-Alliance bzw sind deren Maßnahmen und Kriterien als Nachhaltigkeitsvereinbarung(en) nicht allgemein vom Anwendungsbereich des Art 101 AEUV ausgenommen.**

4.4 Kartellrechtliche Bewertung des Handlungsfelds "Betriebsökologie"

- (86) Das Handlungsfeld "Betriebsökologie" umfasst vier Kriterien (Dienstreise-Policy, Beschaffungsrichtlinien, Bezug von "grünem Strom" und EMAS-zertifiziertes betriebliches Umweltmanagementsystem), die der Integration klimarelevanter Aspekte in betriebliche Bereiche und Prozesse betreffen.¹⁴⁷
- (87) Die Vereinbarung, diese Kriterien des Handlungsfelds "Betriebsökologie" einzuhalten, betreffen das unternehmensinterne Verhalten und nicht die wirtschaftliche Tätigkeit der Mitglieder. **Es handelt sich somit um eine Nachhaltigkeitsvereinbarung, die nicht in den Anwendungsbereich des Kartellverbots fällt, weil sie keine negativen Auswirkungen auf Wettbewerbsparameter hat. Daher bestehen keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken gegen die Kriterien der "Betriebsökologie"**.¹⁴⁸ In Folge der weiteren kartellrechtlichen Prüfung ist deshalb auf das Handlungsfeld "Betriebsökologie" nicht weiter einzugehen.

4.5 Kartellrechtliche Bewertung der Maßnahmen zu sozialen Mindestschutz-Standards sowie zur Klima- und Engagement-Strategie samt zugehörigen Berichten

4.5.1 Soziale Mindestschutz-Standards

- (88) Gem dem Kriterium der Maßnahme 6.2 "**Einhaltung sozialer Mindestschutz-Standards**" verpflichten sich die Mitglieder zur Einführung einer Richtlinie und Etablierung von Prozessen und Maßnahmen, um die Einhaltung sozialer Mindestschutz-Standards zu berücksichtigen. Insb verpflichten sich die Mitglieder "**keine Geschäftsbeziehungen zu Unternehmen einzugehen, die gegen etablierte Prinzipien und Normen im Bereich der Menschen- und Arbeitsrechte verstoßen**", wozu beispielhaft auf OECD-Leitsätze oder UN-Leitprinzipien verwiesen wird.¹⁴⁹
- (89) Bei dieser Maßnahme handelt es sich ebenso um eine Nachhaltigkeitsvereinbarung, die ein soziales Nachhaltigkeitsziel verfolgt. Zwar handelt es sich um ein koordiniertes Verhalten der Mitglieder, **jedoch wird diesen lediglich ein Mindeststandard vorgegeben und die konkrete**

¹⁴⁶ Horizontal-LL Rz 528 (eigene Hervorhebungen).

¹⁴⁷ Handbuch S 82ff.

¹⁴⁸ Siehe Rz (23), aber auch Rz (35).

¹⁴⁹ Handbuch S 90.

Umsetzung obliegt den Mitgliedern, wobei sie auch freiwillig einen höheren Standard einhalten können. Ferner werden idZhg keine wettbewerbsrelevanten Informationen ausgetauscht. Aufgrund der offenen Formulierung dieser Maßnahme umfasst diese alle Geschäftsbeziehungen, dh sowohl zu Kunden als auch Lieferanten. Insofern liegt zwar wohl eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung vor, wobei vor dem Hintergrund, dass genügend Wettbewerb durch alternative Nachhaltigkeitssiegel /-standards in diesem Bereich besteht und auch weiterhin (Finanz)Produkte außerhalb dieses Nachhaltigkeitsstandards angeboten und vertrieben werden, wohl davon ausgegangen werden kann, dass **keine spürbaren wettbewerbswidrigen Auswirkungen** vorliegen. Weiters ist bei diesen Maßnahmen auch nicht von einem erheblichen Preisanstieg oder einer Verringerung der Produktvielfalt auszugehen¹⁵⁰ (siehe dazu auch insb die Verwaltungspraxis des BKartA in Punkt 3.4.3). Daher wären ggf auch die Voraussetzungen der "Soft-Safe-Harbour"-Regelung kumulativ erfüllt (siehe dazu im Detail Punkt 4.6.4) bzw eine Rechtfertigung nach Art 101 Abs 3 AEUV möglich (siehe dazu im Detail Punkt 4.6.5).

4.5.2 **Klima- und Engagement-Strategie samt zugehörigen Berichten**

- (90) Die Maßnahme 1.1 "*Klimastrategie*" und deren Kriterien erfordern die Einführung einer Klimastrategie, die "*die strategische, klimabezogene Ausrichtung und Zielsetzung des Unternehmens widerspiegeln*". Der Mindeststandard für den einheitlichen Aufbau der Strategie hat sich an Leitlinien der Kommission für die klimabezogene Berichterstattung zu orientieren, die ohnehin mit den verpflichtenden Anforderungen der Richtlinie über die Angabe nichtfinanzieller Information (NFRD-RL), die in Österreich durch das NaDiVeG¹⁵¹ umgesetzt wurde, korrespondiert. Die NFRD-Berichtspflichten wurden durch die neue Richtlinie über die Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen (CSRD-RL) abgelöst. Diese CSRD-RL ist bis zum 06.07.2024 national umzusetzen. **Weiters wird den Mitgliedern der Inhalt der Klimastrategie nur als Themenblock vorgegeben, die konkrete inhaltliche Umsetzung ist ihnen jedoch selbst überlassen.**¹⁵² Auch die Maßnahme 1.2 "*Klimabericht*" samt Kriterien, die die Veröffentlichung eines jährlichen Klimaberichts erfordern, steht mit diesen europäischen und nationalen Berichtspflichten iZhg.¹⁵³
- (91) Nach der Maßnahme 1.3 "*Engagement-Strategie*" und deren Kriterien ist eine Engagement-Strategie verpflichtend einzuführen, die den Transformations-Dialog mit Unternehmen und (politischen) Stakeholdern darlegt, und entsprechende Informationen dazu sind zu veröffentlichen. Insb hat dies nach der Maßnahme 1.4 "*Engagement-Bericht*", die eine jährliche Berichterstattung zu diesen Engagement-Aktivitäten erfordert, zu erfolgen.¹⁵⁴
- (92) Vor diesem Hintergrund, insb dem Umstand, dass diese Berichtspflichten sowohl auf europäischer als auch nationaler Ebene gesetzlich vorgegeben sind, und auch keine Wettbewerbspa-rameter betroffen sind, bestehen keine kartellrechtlichen Bedenken. Sofern keine gesetzlichen Berichtspflichten bestehen, ist aber zu beachten, dass auch die einseitige Offenlegung sensibler Geschäftsinformationen (dh Informationen, die ein auf Märkten mit wirksamen Wettbewerb tätiges Unternehmen schützen muss, um seine Wettbewerbsposition zu erhalten oder zu verbessern; bspw Informationen über Preisgestaltung, aber auch Pläne in Bezug auf einen Marktaustritt oder andere wichtige Elemente der Strategie eines Unternehmens) unter das Kartellverbot

¹⁵⁰ Horizontal-LL Rz 555.

¹⁵¹ Nachhaltigkeits- und DiversitätsverbesserungsG BGBl I Nr 2017/20.

¹⁵² Handbuch S 31-37.

¹⁵³ Handbuch S 38-40.

¹⁵⁴ Handbuch S 41-46.

des Art 101 AEUV fallen kann, sofern Wettbewerbern dadurch Absichten signalisiert werden, dass man sich auf dem Markt in einer bestimmten Weise verhalten wird.¹⁵⁵

4.6 **Kartellrechtliche Bewertung der Maßnahmen und Kriterien zum Ausstieg aus Kohle, Erdöl, Erdgas und Kernenergie sowie Beratungsgeschäft**

4.6.1 **Darstellung der Maßnahmen und Kriterien**

(93) Die Maßnahmen 1.5 "**Ausstieg aus Kohle**", 1.6 "**Ausstieg aus Erdöl**" und 1.7 "**Ausstieg aus Erdgas**" legen (ua) allesamt in den Kriterien im Wesentlichen fest, dass sich die Mitglieder zu folgenden Kriterien (zeitlich gestaffelt) verpflichten:¹⁵⁶

- Keine neuen Investitionen/Finanzierungen oder Versicherungen in/für Unternehmen vorzunehmen, die einen bestimmten Prozentsatz ihres Umsatzes¹⁵⁷ mit Aktivitäten im Kohle-, Erdöl- oder Erdgassektor¹⁵⁸ erzielen. **Davon ausgenommen** sind Unternehmen, die sich (i) öffentlich zur Dekarbonisierung des Kerngeschäfts entsprechend dem Pariser Übereinkommen bekennen und falls evaluierbar, (ii) nicht in den Ausbau ihrer Kohle-/Erdöl- oder Erdgasinfrastruktur investieren. Sollte Aspekt (ii) aufgrund mangelnder Informationen nicht evaluiert werden können, ist die Erfüllung von (i) ausreichend;
- Keine zweckgebundenen¹⁵⁹ Investitionen/Finanzierungen oder Versicherungen in/für Kohle-, (un- und konventionelle) Erdöl- oder Erdgasprojekte vorzunehmen, die auf den Ausbau der jeweiligen Infrastruktur abzielen; und
- Aus allen Portfolio-Positionen, in Unternehmen, die mehr als 5% ihres Umsatzes mit Aktivitäten im Kohle- (bis 2030), Erdöl- (bis 2030) oder Erdgassektor (bis 2035) erzielen, sowie allen Kohle-, Erdöl- und Erdgasprojekten auszusteigen. **Davon ausgenommen** sind
 - **bzgl Kohle:** Unternehmen, die sich wissenschaftsbasierte Klimaziele gesetzt haben (Zeithorizont: 2050, inklusive fünfjährige Zwischenziele) und die ihr Kerngeschäft im Einklang mit dem Übereinkommen von Paris dekarbonisieren sowie Projekte, die im Einklang mit dem Übereinkommen von Paris sind;
 - **bzgl Erdöl und Erdgas:** (gegebenenfalls) EU Taxonomie-konforme Wirtschaftstätigkeiten oder Projekte, die im Einklang mit dem Übereinkommen von Paris sind, sowie Unternehmen, die sich wissenschaftsbasierte Klimaziele gesetzt haben (Zeithorizont: 2050, inklusive fünfjährige Zwischenziele) und die ihr Kerngeschäft im Einklang mit dem Übereinkommen von Paris dekarbonisieren;
- Darüber hinaus sollen Richtlinien für Kohle, Erdöl und Erdgas, in denen die Phase-Out Strategie offengelegt wird, eingeführt werden und der jeweilige Fortschritt im Rahmen des jährlichen Klimaberichts berichtet werden.

(94) In den Kriterien der Maßnahme 6.3 "**Beratungsgeschäft**"¹⁶⁰ wird dieser Ausstieg aus Kohle, Erdöl und Erdgas grundsätzlich deckungsgleich (**samt Ausnahmen**) für das Beratungsgeschäft betreffend Kredit-/Kapitalmarkttransaktionen normiert.¹⁶¹

¹⁵⁵ Horizontal-LL Rz 384f und 389.

¹⁵⁶ Handbuch S 49-58.

¹⁵⁷ 5% im Kohlesektor, 30% im Erdölsektor und 30% im Erdgassektor.

¹⁵⁸ Umfasst sind Exploration, Produktion, Verarbeitung, Distribution, Verstromung und Wärmeerzeugung.

¹⁵⁹ Bei zweckgebundenen Investitionen/Finanzierungen oder Versicherungen ist den Finanzunternehmen die Mittelverwendung bekannt, Handbuch S 58.

¹⁶⁰ Das Beratungsgeschäft bei M&A-Transaktionen ist derzeit nicht umfasst.

¹⁶¹ Handbuch S 91-96.

- (95) In den Kriterien der Maßnahme 6.1 "**Ausstieg aus Kernenergie**" ist ebenso normiert, dass sich die Mitglieder zu folgenden Kriterien verpflichten:¹⁶²
- Keine neuen zweckgebundenen Investitionen/Finanzierungen oder Versicherungen in/für neue Projekte iZhG mit Aktivitäten¹⁶³ im Sektor Energiegewinnung vornehmen, die auf den Ausbau der Kernenergieinfrastruktur abzielen. **Davon ausgenommen** sind jene Investitionen und Finanzierungen, die den Rückbau von stillgelegten kerntechnischen Anlagen (ein Kernkraftwerk, eine Anreicherungsanlage, eine Anlage zur Kernbrennstoffherstellung, eine Wiederaufarbeitungsanlage, ein Forschungsreaktor, ein Zwischenlager für abgebrannte Brennelemente sowie ein Zwischenlager für radioaktive Abfälle, das direkt mit den angeführten kerntechnischen Anlagen in Zusammenhang steht und sich auf dem Gelände dieser Anlagen befindet) oder Investitionen in die Sicherheit und Wartung bestehender Anlagen zum Zweck haben, sowie Investitionen und Finanzierungen in die Errichtung von Endlagern (die Einlagerung von konditionierten radioaktiven Abfällen ohne die Absicht einer Rückholung). **Ausgenommen** sind auch EU Taxonomie-konforme Aktivitäten; und
 - Bis 2035 aus allen Portfolio-Positionen in Unternehmen, die mehr als 5% ihres Umsatzes mit solchen Aktivitäten erzielen, und allen Projekten aussteigen, deren Zweck die Energiegewinnung aus Kernspaltung ist. **Davon ausgenommen** sind EU Taxonomie-konforme Wirtschaftstätigkeiten beziehungsweise Projekte, die im Einklang mit dem Übereinkommen von Paris sind, sowie Unternehmen, die sich wissenschaftsbasierte Klimaziele gesetzt haben (Zeithorizont: 2050, inklusive fünfjährige Zwischenziele) und die ihr Kerngeschäft im Einklang mit dem Übereinkommen von Paris dekarbonisieren.
- (96) Weiters besteht bei Nichterfüllung der Kriterien die Möglichkeit, dass die Finanzunternehmen im Rahmen des jährlichen Monitorings die Gründe darlegen, die ein vollständige Kriterienerfüllung einschränken oder verhindern ("**Comply or Explain**").¹⁶⁴ Insofern stellt auch diese eine mögliche, wenn auch beschränkte, Ausnahme von den Maßnahmen und Kriterien dar.
- (97) Um einen Beitrag zur nachhaltigen Entwicklung zu leisten, können Wettbewerber vereinbaren, nicht nachhaltige Produkte auslaufen zu lassen, vom Markt zu nehmen oder einzustellen. Dazu können sich die Wettbewerber verpflichten, bestimmte Nachhaltigkeitsstandards einzuhalten.¹⁶⁵ **Vor diesem Hintergrund sind die oa Maßnahmen und Kriterien, die im Handbuch festgelegt werden, als Nachhaltigkeitsstandards einzuordnen.**

4.6.2 Wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen und Kriterien

- (98) In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob es sich bei diesen Verpflichtungen zum Ausstieg um eine **bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung** handelt, wobei der Inhalt der Vereinbarung, die Ziele, die mit der Vereinbarung erreicht werden sollen, und die wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen, in die die Vereinbarung eingebettet ist, berücksichtigt werden müssen. Bei letzterem Punkt sind Art der betroffenen Dienstleistung und die auf den betreffenden Märkten bestehenden tatsächlichen Bedingungen und Struktur dieser Märkte zu berücksichtigen. Weiters sind auch wettbewerbsfördernde Auswirkungen zu berücksichtigen,

¹⁶² Handbuch S 87ff.

¹⁶³ Energiegewinnung, Produktion und Handel mit Uran, Plutonium, Thorium sowie Mischoxyde, Herstellung und Handel mit Kernkomponenten für Kraftwerke sowie Erbringung von Dienstleistungen in direkten ZhG mit der Energiegewinnung aus Kernspaltung.

¹⁶⁴ Handbuch S 99.

¹⁶⁵ Horizontal-LL Rz 538ff.

sofern die Vereinbarung erwiesen und relevant sowie allein auf die Vereinbarung zurückzuführen und hinreichend erheblich sind. Zusätzlich muss auch das verfolgte Nachhaltigkeitsziel berücksichtigt werden.¹⁶⁶

- (99) Die Kriterien der oa Maßnahmen zielen grundsätzlich darauf ab, dass die Mitglieder (i) keine neuen Investitionen/Finanzierungen und/oder Versicherungen im Kohle-, Erdöl-, Erdgas und Atomsektor bzw in/für Unternehmen vornehmen, die einen gewissen Umsatz mit Aktivitäten in diesen Sektoren erzielen, (ii) keine neuen zweckgebundenen Investitionen/Finanzierungen und/oder Versicherungen für Projekte in den Kohle-, Erdöl-, Erdgas und Atomsektoren vornehmen, die auf den Ausbau der Infrastruktur abzielen, und (iii) alle Portfolio-Positionen, in Unternehmen, die mit solchen Aktivitäten einen gewissen Umsatz erzielen, aufgeben. Dieser Ausstieg gilt auch für das Beratungsgeschäft für Kredit-/Kapitalmarkttransaktionen. Damit wird der "Hebel" der Finanzindustrie zum finanziellen "Austrocknen" umweltschädlicher Aktivitäten genutzt und insofern unzweifelhaft ein Nachhaltigkeitsziel verfolgt (die CMA nennt dieses sogar als konkretes Bsp eines "*climate change agreements*", siehe Rz (55)). Jedenfalls führt der angestrebte Phase-Out dazu, dass der **Wettbewerbsparameter** der **Produktvielfalt** negativ beeinträchtigt wird, weil die Finanzunternehmen im Zuge der Umsetzung der Maßnahmen und Kriterien gewisse Produkte bestimmten Kunden nicht mehr anbieten werden und insofern hinsichtlich dieses Wettbewerbsparameters ihr Marktverhalten abstimmen. Dadurch wird die **Auswahl der Verbraucher** (dh aller direkten und indirekten Abnehmer der von der Vereinbarung erfassten Produkte und Dienstleistungen der Mitglieder) **eingeschränkt**. Weiters kann wohl auch angenommen werden, dass es durch diese Beschränkungen bei der Wahl der Kunden der Mitglieder – zumindest in der Transformationsphase – **prima facie zu einer Erhöhung der Kosten für Bank- und Versicherungskunden** in den vom Phase-Out betroffenen Bereichen kommen dürfte, denn diese müssen sich (neue) Anbieter außerhalb der GF-Alliance suchen. Diese Kosten wären ohne die Maßnahmen und Kriterien der GF-Alliance wohl nicht (oder zumindest erst später aufgrund der wahrscheinlichen regulatorischen und/oder wirtschaftlichen Entwicklungen eingetreten).¹⁶⁷ Zu beachten gilt es jedoch, dass – wie in Punkt 4.6.1 oben beschrieben – umfangreiche **Ausnahmen** von diesen Phase-Out-Kriterien festgelegt sind, die es den beteiligten Finanzunternehmen grundsätzlich erlauben, weiterhin in diesen Wirtschaftssektoren investiert und tätig zu sein. Insofern ist dieser **Ausstieg nicht** als "**absolut**" einzustufen, wobei jedoch die klare Absicht der Ausnahme des "*öffentlichen Bekenntnisses zur Dekarbonisierung*" ist, dass die finanzierten/versicherten Unternehmen "*im fossilen Sektor nicht nur den fossilen Infrastrukturausbau einstellen, sondern zusätzlich ihre bestehenden fossilen Aktivitäten ... transformieren*".¹⁶⁸ Insofern dient auch diese Ausnahme letztlich dazu, dass die beteiligten Unternehmen mittel- bis langfristig klimaschädliche Produkte einstellen, indem sie die Transformation ihrer Kunden hin zur Klimaneutralität begleiten. Unter Beachtung der wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen und Entwicklungen ist wohl von der Annahme auszugehen, dass mittel- bis langfristig eine Transformation des gesamten Wirtschaftslebens hin zu einer klimaneutralen Wirtschaft und Gesellschaft vollzogen werden wird (insb auch durch zunehmende CO₂-Bepreisung, bspw Handel mit Emissionszertifikaten, CO₂-Besteuerung oder Einstellung klimaschädlicher Subventionen). Insofern besteht insb das Risiko gestrandeter Vermögenswerte (*stranded assets*).¹⁶⁹ Weiters sind in diesem Zusammenhang ebenso preisrelevante Risiken zu beachten, die als unabhängig von den Maßnahmen und Kriterien anzusehen sind

¹⁶⁶ Horizontal-LL Rz 26ff und 533.

¹⁶⁷ Vgl Horizontal-LL Rz 30.

¹⁶⁸ Handbuch S 58.

¹⁶⁹ Vgl Handbuch S 101.

(bspw erhöhte Versicherungsschäden und wirtschaftliche Verluste aufgrund von Extremwetterereignissen; "physische Risiken"¹⁷⁰), die insbesondere bei Beibehalten der Aktivitäten der Finanzunternehmen in den klimaschädlichen Industriezweigen höher ausfallen würden, als bei Umsetzung der Maßnahmen und Kriterien. Insofern dienen die Maßnahmen und Kriterien gerade dazu dieses Transformationsrisiko und -kosten zu adressieren und können grundsätzlich auch wettbewerbsfördernde Auswirkungen haben, weil neue klimaneutrale Produkte angeboten werden und mittel- bis langfristig – bei entsprechender Entwicklung des Wettbewerbsumfeldes – eher von keiner erheblichen Preiserhöhung bzw zumindest von einer Beibehaltung des derzeitigen Preisniveaus ausgegangen werden kann. **Vor diesem Hintergrund liegen gute Gründe vor, dass von einer spürbaren bewirkten Wettbewerbsbeschränkung auszugehen ist, weil es wahrscheinlich ist, dass der von der GF-Alliance angestrebte Ausstieg aus den out-zu-phasenden Finanzierungs- und Versicherungsprodukten den Wettbewerb auf den oben in Punkt 4.2 dargestellten relevanten Märkten im Bank- und Versicherungssektor beeinträchtigt. Dies, weil die Auswahlmöglichkeiten der Kunden verringern werden und sich (zumindest anfänglich) die durchschnittlichen Kosten für die Kunden – wenn auch nicht "erheblich" (siehe dazu im Detail Rz (112)) – erhöhen werden.**¹⁷¹

4.6.3 De-minimis-Regelung

- (100) Gemäß der *de-minimis* Regelung¹⁷², stellen Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, deren gemeinsamer Marktanteil auf keinem der von der Vereinbarung betroffenen relevanten Märkte 10% überschreitet, keine spürbare Wettbewerbsbeschränkung dar und fallen nicht in den Tatbestand des Art 101 Abs 1 AEUV.¹⁷³
- (101) Hinsichtlich der teilnehmenden Versicherungsunternehmen ist davon auszugehen, dass – abgesehen vom weltweiten Markt der Rückversicherungen – jedenfalls im Bereich der Lebens- und Nichtlebensversicherungen (unabhängig von einer weitergehenden Segmentierung) ein gemeinsamer Marktanteil der Mitglieder der GF-Alliance von mehr als 10% auf dem relevanten österreichischen Markt gegeben sein dürfte;¹⁷⁴ weshalb eine **Anwendbarkeit der *de-minimis* Regelung zugunsten der GF-Alliance in Bezug auf den Versicherungssektor wohl ausscheiden würde.**
- (102) Der gemeinsame Marktanteil der derzeit an der GF-Alliance teilnehmenden Banken dürfte auf Basis ihrer veröffentlichten Bilanzsummen bei Zugrundelegung einer Gesamtbilanzsumme aller österreichischen Banken von insgesamt EUR 1.216 Mrd¹⁷⁵ vermutlich ebenso über 10% liegen; wobei zu beachten ist, dass auf Basis der öffentlich verfügbaren Informationen eine konkrete Zuordnung der jeweiligen Bilanzsummen zu Privat- und Firmenkundengeschäft nicht möglich ist und insofern nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann, dass zumindest hinsichtlich der beteiligten Banken die *de-minimis*-Regelung derzeit noch anwendbar sein könnte bzw, dass bereits gegenwärtig der gemeinsame Marktanteil der teilnehmenden Banken auf einzelnen der in Punkt 4.2 identifizierten sachlich relevanten Märkte in Österreich oberhalb von 10% liegen

¹⁷⁰ Vgl Handbuch S 101.

¹⁷¹ Vgl dazu Horizontal-LL Rz 603 und *Kommission* Entscheidung vom 24.01.1999 ABI 2000 L 187/47 – *CECED*.

¹⁷² *Kommission* De-Minimis-Bekanntmachung ABI 2114/C 291/01.

¹⁷³ Siehe auch Horizontal-LL Rz 41.

¹⁷⁴ Siehe dazu die Aufstellung der Marktanteile aller Versicherungsabteilungen im Jahresbericht 2023 des Versicherungsverbands Österreich; [https://vvo.net.vvo.at/vvo/vvonet_website.nsf/sysPages/Jahresbericht_2023.html/\\$file/VVO_Jahresbericht_2023.pdf](https://vvo.net.vvo.at/vvo/vvonet_website.nsf/sysPages/Jahresbericht_2023.html/$file/VVO_Jahresbericht_2023.pdf) (zuletzt aufgerufen im August 2024).

¹⁷⁵ Siehe <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/298774/umfrage/bilanzsumme-der-banken-in-oesterreich/> (zuletzt aufgerufen im August 2024).

könnte. Marktdaten liegen insoweit nicht vor. **Im Falle einer steigenden Anzahl der teilnehmenden Banken ist aber jedenfalls davon auszugehen, dass die *de-minimus*-Regelung nicht mehr anwendbar sein dürfte.**

4.6.4 Anwendbarkeit der "Soft-Safe-Harbour"-Kriterien?

- (103) Für Nachhaltigkeitsstandards hat die Kommission sechs Voraussetzungen für einen **Soft-Safe-Harbour** definiert, bei deren Erfüllung keine spürbaren negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb vorliegen dürften:¹⁷⁶

Transparentes Verfahren zur Entwicklung des Nachhaltigkeitsstandards und alle interessierten Wettbewerber müssen sich an dem Prozess, der zur Auswahl des Standards führt, beteiligen können

- (104) Gemäß den zur Verfügung gestellten Informationen wurde zu Beginn der GF-Alliance das Handbuch und in dessen Rahmen auch die Maßnahmen und der Kriterienkatalog zur öffentlichen Konsultation zur Verfügung gestellt. Derzeit wird ebenso das neue Kennzahlen-Set zur Steuerung der Dekarbonisierung zur **öffentlichen Konsultation** bereitgestellt.¹⁷⁷ Somit konnten und können Mitglieder als auch Nicht-Mitglieder ihren Input zur (Weiter-)Entwicklung der Maßnahmen und Kriterien dem BMK übermitteln. Darüber hinaus besteht eine Observer-Gruppe für interessierte Stakeholder, ua Finanzunternehmen, die keine Mitglieder sind, um sich über die GF-Alliance zu informieren und dem BMK ihre Erfahrungen und Expertise zu übermitteln.¹⁷⁸ Die **endgültige Festlegung der Maßnahmen und des Kriterienkatalogs** – auf wissenschaftlicher Grundlage und unter Berücksichtigung des Inputs der Mitglieder und anderer Stakeholders – **obliegt** aber allein dem **Lenkungsgremium** und ist somit **gänzlich unabhängig von den Mitgliedern**.
- (105) Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass sich die Mitglieder (als auch Nicht-Mitglieder) zumindest im Rahmen der öffentlichen Konsultation rechtzeitig und effektiv über anstehende und laufende (aber auch abgeschlossenen) Normungsarbeiten informieren können. **Daher ist das Verfahren als transparent einzustufen.**¹⁷⁹
- (106) Eine **Beteiligung am Prozess**, der zur Auswahl des Standards führt, **umfasst** in einer Gesamtschau mit den Erläuterungen des 7. Kapitels der Horizontal-LL zu Normungsvereinbarungen, die ausdrücklich von einem "*objektive[n] und diskriminierungsfreie[n] Verfahren für die Zuteilung von Stimmrechten*", einer "*Beteiligung an allen Schritten des Prozesses*" und von "*alle Wettbewerber und/oder relevanten Interessenträger auf dem von der Norm betroffenen Markt an der Entwicklung und Auswahl der Norm beteiligen dürfen*" sprechen,¹⁸⁰ dass die interessierten Wettbewerber nicht nur ihren Input einbringen können, sondern wohl auch gerade, dass diese **über den Standard abstimmen** können. **Vor dem Hintergrund, dass die Maßnahmen und der Kriterienkatalog aber letztlich gerade ohne Beteiligung der Mitglieder (und anderer interessierter Finanzunternehmen) vom Lenkungsgremium festgelegt werden – dh der Entscheidungsprozess zur Maßnahmen- und Kriterienfestlegung erfolgt ausdrücklich unabhängig von den Mitgliedern – ist bei strenger Auslegung davon auszugehen, dass die Voraussetzung der Beteiligung an jedem Schritt des "*Prozess[es], der zur Auswahl des Standards führt*" nicht erfüllt ist.**
- (107) Nach Ansicht der Kommission kann es jedoch bestimmte Situationen geben, in denen die Beschränkung der Beteiligung dennoch nicht zu einer wettbewerbsbeschränkenden Auswirkung

¹⁷⁶ Siehe Horizontal-LL Rz 540 und 549ff.

¹⁷⁷ Siehe <https://www.bmk.gv.at/green-finance/alliance/konsultation.html> (zuletzt aufgerufen August 2024).

¹⁷⁸ <https://www.bmk.gv.at/green-finance/alliance/organisation/observer.html> (zuletzt aufgerufen August 2024).

¹⁷⁹ Vgl Horizontal-LL Rz 540 iVm Rz 549 und 453.

¹⁸⁰ Siehe Horizontal-LL Rz 452 und Fn 322 sowie Rz 468 (eigene Hervorhebungen).

iSd Art 101 Abs 1 AEUV führt, nämlich ua wenn mehrere Normen und Normungsorganisationen miteinander im Wettbewerb stehen oder ohne Beschränkung der Beteiligten die Annahme der Norm nicht möglich oder unwahrscheinlich gewesen wäre.¹⁸¹ Weiters vertritt die Kommission die Ansicht, dass unter bestimmten Umständen potenziell negative Auswirkungen einer beschränkten Beteiligung beseitigt oder zumindest begrenzt werden können, "wenn die Interessenträger über den Stand der Arbeiten **informiert** und dazu **konsultiert** werden". Es sei desto wahrscheinlicher, dass bei der endgültigen Norm die Interessen aller Interessenträger berücksichtigt sind, je mehr Interessenträger auf den Prozess, der zur Auswahl der Norm führt, Einfluss nehmen können und je transparenter das Annahmeverfahren für eine Norm ist.¹⁸² Unter Berücksichtigung der Umstände, dass

- es (weltweit) bereits mehrere Zusammenschlüsse von (Finanz)Unternehmen und auf Initiativen mit einer ähnlichen Stoßrichtung (bspw die Initiativen der UN) für Finanzunternehmen gibt,
- die GF-Alliance über den Stand der Arbeiten öffentlich Informationen bereitstellt (und wohl auch zukünftig bereitstellen wird),
- die GF-Alliance allen interessierten Finanzunternehmen (und anderen Stakeholdern) in der Vergangenheit und auch zukünftig die Möglichkeit eröffnet, Input im Zuge öffentlicher Konsultationen und im Rahmen der Observer-Gruppe einzubringen, und
- die Beschränkung der Beteiligung der Mitglieder an der Entscheidung über die endgültigen Maßnahmen und Kriterien insb dem Zweck dient, ein potentiell Abschwächen oder die "Verwässerung" der Zugrundelegung einer wissenschaftlich fundierten Basis und somit letztlich ein "Greenwashing" der Maßnahmen und Kriterien durch Finanzunternehmen zu verhindern (und insofern die Annahme des angestrebten hohen Umweltniveaus des Standards überhaupt zu ermöglichen),¹⁸³

liegen gute Gründe vor, um die Erfüllung der Voraussetzung der Beteiligung am "Prozess, der zur Auswahl des Standards führt" – trotz letztlich unabhängiger Entscheidungsbefugnis des Lenkungsgremiums – im Fall der GF-Alliance zu argumentieren.

Keine direkte oder indirekte Verpflichtung für nicht beteiligte Unternehmen, den Standard einzuhalten

- (108) Durch diese Maßnahmen und Kriterien der GF-Alliance wird den nicht-beteiligten Finanzunternehmen keine direkte oder indirekte Verpflichtung aufgelegt, diese Maßnahmen samt Kriterien einzuhalten. Insofern ist die **zweite Voraussetzung erfüllt**.

Den beteiligten Unternehmen muss es freistehen, höhere Nachhaltigkeitsstandards einzuhalten

- (109) Sowohl hinsichtlich den Maßnahmen zum Ausstieg aus fossilen Energieträgern als auch Kernenergie sowie dem Beratungsgeschäft bestehen wie in Punkt 4.6.1 dargelegt durchaus Ausnahmen, die es den Finanzunternehmen ermöglichen – unter bestimmten Voraussetzungen (bspw öffentliches Bekenntnis ihrer Kunden zur Dekarbonisierung gemäß dem Pariser Übereinkommen oder EU Taxonomie-konforme Wirtschaftstätigkeiten oder Projekte) – weiterhin in Unternehmen (und Projekte), die in CO₂-intensiven (oder nuklearen) Industrien tätig sind, zu investieren, zu finanzieren oder diese zu versichern. Durch die Ausnahmen des öffentlichen Bekenntnisses zur Dekarbonisierung soll eine Unterstützung dieser Unternehmen bei der "Grünen"-Transformation gewährleistet werden.¹⁸⁴ Darüber hinaus ermöglicht auch der "Comply or Explain"-Ansatz (siehe dazu Rz (96)) den Mitgliedern der GF-Alliance– wenn auch beschränkt

¹⁸¹ Siehe Horizontal-LL Rz 470.

¹⁸² Horizontal-LL Rz 471.

¹⁸³ Vgl Entscheidung der Kommission vom 14.10.2009 COMP/39.416 – *Schiffsklassifikation*.

¹⁸⁴ Vgl Handbuch S 58.

– weiterhin ein Tätigwerden in diesen Industriezweigen. **Vor diesem Hintergrund ist festzustellen, dass es den beteiligten Finanzunternehmen gerade auch freisteht, einen noch höheren Nachhaltigkeitsstandard anzuwenden, etwa indem sie ihr Kerngeschäft einem vollständigen Ausstieg aus fossilen und nuklearen Energieträgern unterwerfen (auch hinsichtlich Unternehmen, die nicht mehr als 5% ihres Umsatzes in diesen Bereichen erzielen) und auf ein Abstellen auf jegliche Ausnahmeregelung verzichten.** Darüber hinaus sind die Maßnahmen und Kriterien zeitlich gestaffelt. Daher steht es den Mitgliedern der GF-Alliance auch frei, diese Maßnahmen und Kriterien rascher als vorgesehen umzusetzen. **Somit steht es den beteiligten Finanzunternehmen auch in zeitlicher Hinsicht frei, höhere Nachhaltigkeitsstandards anzuwenden. Vor diesem Hintergrund ist auch die dritte Voraussetzung des Soft-Safe-Harbours durch die GF-Alliance erfüllt.**

Kein Austausch sensibler Geschäftsinformationen, die für die Entwicklung, Anwendung, Annahme oder Änderung des Standards nicht objektiv notwendig sind

- (110) Von den Mitgliedern der GF-Alliance werden aufgrund des Monitorings keine sensiblen Geschäftsinformationen im Rahmen der GF-Alliance geteilt, die für die Entwicklung, Anwendung, Annahme oder Änderung des Standards nicht objektiv notwendig sind. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass die individuellen Fragebögen, der beteiligten Finanzunternehmen, gerade nicht geteilt oder veröffentlicht werden, sondern allein von der Koordinierungsstelle ausgewertet werden. Auch im öffentlich verfügbaren Fortschrittsbericht des BMK wird die Klimaperformance der Mitglieder in aggregierter und anonymisierter Form dargestellt. **Daher ist die vierte Voraussetzung erfüllt.**

Effektiver und diskriminierungsfreier Zugang zu den Ergebnissen des Verfahrens zur Festsetzung des Standards

- (111) Die Maßnahmen und Kriterien sowie die Voraussetzungen zur Beteiligung an der GF-Alliance, inkl der Nutzung des Logos und Führung des Namens sind öffentlich auf der BMK-Homepage kostenfrei verfügbar bzw besteht die Möglichkeit der Kontaktaufnahme mit dem BMK, damit diese zur Verfügung gestellt werden. **Vor diesem Hintergrund ist ein effektiver und diskriminierungsfreier Zugang zu allen Ergebnissen der Standardsetzung gewährleistet und das fünfte Kriterium erfüllt.**

Alternative Bedingungen: Weder erhebliche Preiserhöhung noch erhebliche Qualitätsminderung oder gemeinsamer Marktanteil der beteiligten Unternehmen übersteigt auf keinem von dem Standard betroffenen relevanten Markt 20%

- (112) Der Begriff "erheblich" ist nicht weiter definiert und insofern besteht bei strenger Auslegung das Risiko, dass der "Soft-Safe-Harbour"-Effekt entwertet wird.¹⁸⁵ Anzumerken ist idZhg aber, dass auch die Kommission selbst davon ausgeht, dass mit der Einführung eines Nachhaltigkeitsstandards häufig gewisse Preissteigerungen einhergehen.¹⁸⁶ Grundsätzlich wäre bei einer Reduzierung des Produktportfolios der beteiligten Finanzunternehmen *prima facie* allgemein von einer Erhöhung der durchschnittlichen Kosten für Kunden auszugehen.¹⁸⁷
- (113) Unter Einbeziehung der wirtschaftlichen und regulatorischen Gegebenheiten und Entwicklungen ist aber anzunehmen, dass mittel- bis langfristig eine Transformation des gesamten Wirtschaftslebens hin zu einer klimaneutralen Wirtschaft und Gesellschaft vollzogen werden wird (insb auch durch zunehmende CO₂-Bepreisung, bspw Handel mit Emissionszertifikaten, CO₂-Besteuerung oder Einstellung klimaschädlicher Subventionen). Insofern besteht insb das Risiko

¹⁸⁵ Siehe dazu *Dreher/Held* "Grüne Kartelle" – Vereinbarungen zwischen Unternehmen im Dienst der Nachhaltigkeit NR 2022, 298 (301).

¹⁸⁶ Vgl Horizontal-LL Rz 542 und 551.

¹⁸⁷ Vgl dazu Horizontal-LL Rz 603 und *Kommission* Entscheidung vom 24.01.1999 ABI 2000 L 187/47 – *CECED*.

gestrandeter Vermögenswerte (*stranded assets*).¹⁸⁸ Weiters sind in diesem Zusammenhang ebenso preisrelevante Risiken zu beachten, die als unabhängig von den Maßnahmen und Kriterien anzusehen sind (bspw erhöhte Versicherungsschäden und wirtschaftliche Verluste aufgrund von Extremwetterereignissen; "physische Risiken"¹⁸⁹), die insbesondere bei Beibehalten der Aktivitäten der Finanzunternehmen in den klimaschädlichen Industriezweigen höher ausfallen würden, als bei Umsetzung der Maßnahmen und Kriterien. Der mit dem allgemeinen wirtschaftlichen Transitionsrisiko (insb *stranded assets*) und physischen Risiken einhergehenden Kostenerhöhung für Kunden der Finanzunternehmen soll gerade durch die stufenweise umzusetzenden Maßnahmen und Kriterien begegnet werden, indem die Kunden bei der Transformation ihrer Geschäftstätigkeit begleitet werden, die Finanzunternehmen Risiken in ihren Portfolios frühzeitig erkennen und entsprechend managen können und insofern allfällige Kosten von vornherein vermieden bzw verringert oder aber zeitlich gestaffelt schlagend werden. Darüber hinaus kann aber aus den gerade genannten Gründen davon ausgegangen werden, dass die Maßnahmen und Kriterien der GF-Alliance mittel- bis langfristig – bei entsprechender Entwicklung des Wettbewerbsumfeldes – eher zu einer Preisreduktion führen werden. **Insofern bestehen gute Argumente, die nahelegen, dass zwar anfänglich – sofern überhaupt – eine Preiserhöhung nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann, diese jedoch wohl nicht als "erheblich" zu qualifizieren sein dürfte. Darüber hinaus bestehen gute Gründe, dass das bestehende Preisniveau beibehalten werden kann und mittel- bis langfristig (unter gewissen Voraussetzungen) eine Preisreduktion nicht ausgeschlossen ist. Mithin kann davon ausgegangen werden, dass das erste alternative Kriterium der sechsten Voraussetzung der "Soft-Safe-Harbour"-Regelung erfüllt ist.**

- (114) Was die an der GF-Alliance beteiligten Versicherungsunternehmen angeht, ist davon auszugehen, dass deren gemeinsamer Marktanteil hinsichtlich des Marktes für Lebens- und Nichtlebensversicherungen in Österreich die relevante Marktanteilsschwelle von 20% überschreitet. Hinsichtlich des weltweiten Rückversicherungsmarktes sowie auf den relevanten Märkten des Bankensektors ist davon auszugehen, dass der gemeinsame Marktanteil aller Teilnehmer an der GF-Alliance 20% derzeit nicht übersteigt. Vor diesem Hintergrund wäre hinsichtlich dieser relevanten Märkte auch das zweite alternative Kriterium der sechsten Voraussetzung erfüllt.
- (115) **Mithin bestehen gute Gründe, die die Annahme rechtfertigen, dass die sechs Voraussetzungen der "Soft-Safe-Harbour"-Regelung kumulativ erfüllt sind und daher von keinen spürbaren negativen Auswirkungen der Maßnahmen und Kriterien der GF-Alliance auf den Wettbewerb auszugehen ist.**

4.6.5 Freistellung gemäß Art 101 Abs 3 AEUV

- (116) Sofern eine Wettbewerbsbehörde hinsichtlich der Anwendbarkeit der "Soft-Safe-Harbour"-Regelung zu gegenteiligen Ergebnis kommen sollten, wäre eine Freistellung nach Art 101 Abs 3 AEUV zu prüfen, wobei auch die oa Faktoren der "Soft-Safe-Harbour"-Regelung zu berücksichtigen sind.¹⁹⁰
- (117) Vor diesem Hintergrund sind die vier kumulativen Voraussetzungen der Effizienzausnahme nach Art 101 Abs 3 AEUV zu prüfen:¹⁹¹
- Die Vereinbarungen betr die Maßnahmen und Kriterien zum Ausstieg aus Kohle, Erdöl, Erdgas und Kernenergie sowie des Beratungsgeschäfts führen grundsätzlich zu einer Reihe von **Effizienzgewinnen**. So kann angenommen werden, dass es durch die feh-

¹⁸⁸ Vgl Handbuch S 101.

¹⁸⁹ Vgl Handbuch S 101.

¹⁹⁰ Horizontal-LL Rz 54.

¹⁹¹ Horizontal-LL Rz 536.

lenden Finanzmittel und Versicherungen zu einem Rückgang umweltschädlicher Projekte kommen wird und dadurch eine Emissionsreduktion erzielt wird, um die Ziele des Pariser Übereinkommens zu erreichen. Durch die Umschichtung finanzieller Mittel in nachhaltige Wirtschaftszweige kann ferner davon ausgegangen werden, dass die Zeit für die Markteinführung nachhaltiger Produkte (insb im Sektor der Energiegewinnung) verkürzt werden wird. Weiters ist zu berücksichtigen, dass die Mitglieder der GF Alliance vermehrt neue, nachhaltige Finanzprodukte entwickeln werden und in diesem Bereich dadurch der Wettbewerb gefördert wird. Darüber hinaus können – wie bereits oben dargelegt – sowohl Transitionsrisiken als auch physische Risiken verringert oder sogar (tlw) vermieden werden, indem Kunden bei der Transformation zu einer klimaneutralen Wirtschaft unterstützt werden. Diese Faktoren lassen auch die Annahme zu, dass mittel- bis langfristig das bestehende Preisniveau gehalten, wenn nicht sogar (aufgrund des zukünftig wahrscheinlich entstehenden Wettbewerbs und frühzeitigem Portfoliomanagements) gesenkt werden kann. Die Reporting-Pflichten führen wohl auch dazu, dass es den Verbrauchern (Kunden) ermöglicht wird, fundierte Entscheidungen bei der Auswahl von Finanzprodukten bzw der Auswahl von Finanzunternehmen zu treffen.

Jedenfalls dürfen diese Effizienzgewinne im Rahmen einer Prüfung nach Art 101 Abs 3 AEUV nicht nur angenommen werden, sondern sie müssen substantiierbar, objektiv, konkret und nachprüfbar sein. Dazu können die negativen Effekte der Nachhaltigkeitskooperation mit Methoden der Wettbewerbsökonomie quantifiziert (oder qualitativ beschrieben) werden und die Effizienzgewinne, insb die ökologischen Vorteile, können mit Methoden der Umweltökonomie bewertet werden.¹⁹² Hinsichtlich des Zeithorizonts ist festzuhalten, dass auch nicht zeitnah zu realisierende Effizienzgewinnen miteinbezogen werden können, ua solche für spätere Generationen. Der Zeithorizont, in dem die Effizienzgewinne eintreten muss jedoch sicher oder zumindest absehbar sein.¹⁹³ Die Kommission gibt dazu an, dass durchaus ein gewisser Zeitraum verstreichen kann, bis die Vorteile zum Tragen kommen. Je länger jedoch die zeitliche Verzögerung ist, umso größer müssen die Effizienzgewinne sein, damit die Verbraucher auch für den Verlust während des Zeitraums vor der Weitergabe der Vorteile entschädigt werden (was entsprechend zu beachten ist).¹⁹⁴ Jedenfalls lassen sich die positiven Auswirkungen der GF-Alliance auf die THG-Bilanzierung anhand des Fortschrittsberichts, der auf dem jährlichen Monitoring basiert, schlüssig darlegen. **Vorbehaltlich der Durchführung einer wettbewerbs- und umweltökonomischen Analyse liegen vor dem Hintergrund der dargelegten Effizienzgewinne gute Gründe vor, dass etwaige negative Effekte auf den Wettbewerb zumindest ausgeglichen werden.**

- Um die **Verbraucher, dh die Kunden der beteiligten Finanzunternehmen, angemessen an den Effizienzgewinnen zu beteiligen**, müssen diese Gewinne den durch die Vereinbarung verursachten Schaden aufwiegen, sodass die Gesamtauswirkungen auf die Verbraucher auf dem relevanten Markt zumindest neutral sind.¹⁹⁵ Im gegenständlichen Fall kann grundsätzlich von individuellen nutzungsabhängigen Vorteilen (bspw erhöhte Produktvielfalt durch neue Finanzprodukte, schnellere Einführungszeit dieser Produkte, Vermeidung bzw Minderung des Transitionsrisikos und wahrscheinlich gleichbleibendes oder gar sinkendes Preisniveau), individuellen nutzungsunabhängigen

¹⁹² Siehe dazu auch die Nachhaltigkeits-LL.

¹⁹³ Vgl Nachhaltigkeits-LL Rz 68.

¹⁹⁴ Horizontal-LL Rz 591.

¹⁹⁵ Horizontal-LL Rz 569.

gen Vorteilen (bspw Bezug von nachhaltigen Finanzprodukten, aus altruistischen Motiven), aber insb auch kollektiven Vorteilen (Reduktion von umweltschädlichen Emissionen), die auch dem Verbraucher auf dem betroffenen Markt zukommen, ausgegangen werden.¹⁹⁶ **Es liegen daher gute Gründe vor, dass die Verbraucher angemessen an den oa Effizienzgewinnen beteiligt werden.**

Jedoch ist bei kollektiven Vorteilen zu beachten, dass diese oftmals nur dann zum Tragen kommen, wenn die Marktabdeckung der Vereinbarung erheblich ist. Vor dem Hintergrund der derzeit noch geringen Anzahl von Mitgliedern der GF-Alliance und der damit einhergehenden (derzeit noch niedrigen) Marktabdeckung durch die GF-Alliance scheint zweifelhaft, ob diese kollektiven Vorteile bereits entsprechend zum Tragen kommen, weil es eher unwahrscheinlich ist, dass Wettbewerber das "wegfallende" Geschäft der Mitglieder nicht aufgreifen und folglich die Umweltverschmutzung letztlich nicht verringert, sondern nur auf Nicht-Mitglieder "verlagert" wird.¹⁹⁷ Zu beachten sind aber auch die konkreten Marktverhältnisse und -entwicklungen, weil es sowohl andere Initiativen mit ähnlichen Zielen gibt als auch Finanzunternehmen sich vermehrt autonom dazu entscheiden werden, sich aus den betroffenen Geschäftsfeldern zurückzuziehen. Insofern kann – zumindest wohl mittelfristig – davon ausgegangen werden, dass sich die gesamte Wirtschaft hin zur Klimaneutralität entwickelt und insofern die "Verlagerung" zukünftig verringert werden wird.

Weiters muss (ua) der **Nachweis** erbracht werden, dass die kollektiven Vorteile bereits eingetreten sind oder wahrscheinlich eintreten werden, sich die Begünstigten und Verbraucher auf dem relevanten Markt im Wesentlichen überschneiden und dass der Teil der kollektiven Vorteile, der den betroffenen Verbrauchern zugutekommt (ggf zusammen mit den individuellen Vorteilen), die Nachteile aufwiegen, die diese Verbraucher aufgrund der Vereinbarung erleiden. Dafür kann insb auf Berichte von Behörden oder anerkannten Bildungseinrichtungen zurückgegriffen werden.¹⁹⁸ Jedenfalls lassen sich die positiven Auswirkungen der GF-Alliance auf die THG-Bilanzierung anhand des Fortschrittberichts, der auf dem jährlichen Monitoring basiert, schlüssig darlegen.

- Um die Erfüllung der **Unerlässlichkeit** der Nachhaltigkeitsvereinbarung zu erfüllen, muss nachgewiesen werden, dass die Nachhaltigkeitsvereinbarung als solche und jede mit ihr einhergehende Wettbewerbsbeschränkung notwendig ist, um die geltend gemachten Nachhaltigkeitsvorteile zu erzielen, und **dass es keine andere wirtschaftlich machbare und weniger wettbewerbsbeschränkende Möglichkeit zur Erzielung dieser Vorteile gibt.**¹⁹⁹

Allgemein vorgebracht kann werden, dass die gegenständlichen Maßnahmen und Kriterien – zumindest in der frühen Phase – notwendig sind, um zu verhindern, dass die Investitionen, die für die Schaffung und Förderung nachhaltiger Finanzprodukte und die Aufklärung von Verbrauchern erforderlich sind, von Trittbrettfahrern missbraucht werden. IdZhg kann die Vereinbarung auch notwendig sein, um Größenvorteile zu erzielen, insb um die Fixkosten für die Einrichtung, den Betrieb und die Überwachung des Nachhaltigkeitsstandards zu decken (die Mitglieder der GF-Alliance haben einen jährlichen Beitrag zu zahlen).²⁰⁰

¹⁹⁶ Horizontal-LL Rz 571-585.

¹⁹⁷ Vgl Horizontal-LL Rz 586.

¹⁹⁸ Horizontal-LL Rz 587f.

¹⁹⁹ Horizontal-LL Rz 561.

²⁰⁰ Horizontal-LL Rz 566.

Darüber hinaus liegen auch gute Gründe vor, dass weniger einschneidende Maßnahmen (bspw kollektive Werbekampagnen) nicht ausreichend wären, um die oa Effizienzgewinne (insb hinsichtlich des Transitionsrisikos) zu erzielen. Jedoch scheint – vor dem Hintergrund der oa Entscheidungspraxis – zumindest fraglich, **ob eine gemeinsame Mindestzielvorgabe zur durchschnittlichen Verringerung des Emissionsabdruckes der Finanzierungs-, Investitions- und Versicherungstätigkeit sowie der Beratungstätigkeit für Kredit-/Kapitalmarkttransaktionen, die es den beteiligten Unternehmen freistellt, individuell höhere Nachhaltigkeitsstandards anzuwenden und auch autonom zu entscheiden, mit welchen konkreten Maßnahmen diese Mindestzielvorgabe erreicht werden soll, nicht schon ausreichend ist, und allenfalls dieses "Ausstiegszenario" nur als Empfehlung ausgesprochen anstatt als Verpflichtung vorgegeben werden kann** (siehe dazu auch insb die Entscheidungspraxis der Kommission sowie des BKartA in den Punkten 3.2.2 und 3.4.3, in denen grundsätzlich Mindeststandards vorgegeben wurden, die Wahl der Mittel zur Erreichung der Zielvorgaben den Unternehmen aber offen stand).²⁰¹

Vor dem Hintergrund, dass den Mitgliedern der GF-Alliance aber aufgrund der im Handbuch explizit normierten Ausnahmen (und des "Comply or Explain"-Ansatzes) durchaus ein gewisser Spielraum gewährt wird, der sich in der gelebten Praxis auf die Maßnahmen und Kriterien derart auswirken kann, dass diese als "Mindestvorgaben" bzw "Empfehlungen" wirken, und es den Mitglieder ohnehin auch offensteht, individuell strengere Maßnahmen zu setzen (siehe oben unter Rz 0), liegen gute Gründe vor, dass die Maßnahmen und Kriterien dennoch als unerlässlich anzusehen sind.

- Weiters muss ein gewisser **Restwettbewerb** bestehen bleiben. Es gibt derzeit noch eine große Zahl von Finanzunternehmen am Markt – auch in Österreich –, die weiterhin in den betroffenen Geschäftsfeldern aktiv sind und es ist deshalb davon auszugehen, dass noch ausreichend Wettbewerb besteht. Wobei abermals zu beachten ist, dass es aller Voraussicht nach, zukünftig zu einer allgemeinen Reduktion der Bereitstellung von Finanzmitteln und Versicherungsprodukten für nicht-nachhaltige Wirtschaftssektoren kommen wird.

Ferner ist zu beachten, dass sich die Mitglieder entsprechend den Maßnahmen und Kriterien zwar aus den betroffenen Geschäftsfeldern zurückziehen werden, jedoch stehen sie weiterhin bzgl aller anderen Geschäftsfelder und Wettbewerbsparameter weiterhin miteinander im Wettbewerb. **Insofern ist davon auszugehen, dass ein ausreichender Restwettbewerb besteht.**

(118) **Im Ergebnis ist festzuhalten, dass gute Gründe für eine Freistellung der Maßnahmen und Kriterien zum Ausstieg aus Kohle, Erdöl, Erdgas und Kernenergie sowie dem Beratungsgeschäft nach Art 101 Abs 3 AEUV vorliegen.**

4.6.6 Handlungsfeldspezifische Maßnahmen

(119) Die Maßnahmen 2.1 "Das analysierbare Investment-/Kreditportfolio erzielt eine kontinuierliche Reduktion der THG-Emissionen hin zur Erreichung der 1,5 °C-Zielausrichtung", 2.2. "Jährliche Erhebung und Veröffentlichung des THG-Fußabdrucks des analysierbaren Investment-/Kreditportfolios", 3.1 " Das Underwriting-Portfolio erzielt eine kontinuierliche Reduktion der THG-Emissionen hin zur Erreichung der 1,5 °C-Zielausrichtung " und 3.2 " Jährliche Erhebung und Veröffentlichung des THG-Fußabdrucks des analysierbaren Underwriting-Portfolio " spiegeln die Verpflichtung der Mitglieder wider, dass diese sich dem 1,5 °C-Ziel bzgl ihres Portfolios

²⁰¹ Horizontal-LL Rz 567.

verschrieben haben. So sind nach den Kriterien dieser Maßnahmen, der Fortschritt idZhg zu erheben und der THG-Fußabdruck des Portfolios aggregiert (bzw auf NACE Code-Ebene) jährlich zu veröffentlichen.²⁰²

- (120) Diese Maßnahmen sind ebenso als Nachhaltigkeitsvereinbarungen einzuordnen, wobei diese zwar ein koordiniertes Verhalten der Mitglieder darstellen, **jedoch wird lediglich ein verpflichtendes Mindestziel vorgegeben. Die konkrete Umsetzung der Erreichung dieses Ziels steht den einzelnen Mitgliedern frei und sie können auch ein ambitionierteres Ziel anstreben.** Zwar liegt hinsichtlich des Mindestziels eine abgestimmte wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweise vor, wobei aber bereits deren **Spürbarkeit fraglich** und wohl auch die **Regelung des "Soft-Safe-Harbours" zur Anwendung** kommen würde (siehe dazu Punkt 4.6.4). Jedenfalls führt diese Maßnahme zu Effizienzgewinnen. Auch ist die Vorgabe eines Mindestziels erforderlich, und es ist auch von einer kollektiven Verbraucherbeteiligung auszugehen, weil die THG-Reduktion auch den Verbrauchern auf dem betroffenen Markt zugutekommen wird. Darüber hinaus besteht auch weiterhin ausreichend Restwettbewerb. **Insofern ist letztlich auch in Bezug auf die handlungsfeldspezifischen Maßnahmen eine Freistellung nach der Effizienzausnahme gem Art 101 Abs 3 AEUV gut argumentierbar.**
- (121) Ferner werden idZhg zwar Informationen durch die Veröffentlichung der Fortschrittsberichte einseitig offengelegt, dies jedoch in aggregierter Form. Sofern die veröffentlichten Daten keine sensiblen Geschäftsinformationen enthalten, bestehen hier keine kartellrechtlichen Bedenken (siehe dazu auch Rz (91)).

4.7 **Webinare, Workshops etc**

- (122) Durch die GF-Alliance werden auch Webinare und Workshops für die Mitglieder veranstaltet und es ist auch ein Helpdesk für individuelle Fragen der Mitglieder eingerichtet. Derartige Veranstaltungen bergen aus kartellrechtlicher Sicht die Gefahr, dass diese auch als "Forum" zum Austausch sensibler Geschäftsinformationen genutzt werden. Die GF-Alliance hat idZhg eine Compliance-Richtlinie erlassen, die dieses Risiko adressiert, in dem sich die Mitglieder verpflichten keine sensiblen Geschäftsinformationen auszutauschen, Gespräche, die den Compliance-Richtlinien widersprechen bzw solch einen Anschein erwecken, sind sofort abubrechen und Verstöße und Anscheinmomente der Ausschreibenden Stelle zu melden und zugehörige Unterlagen vorzulegen.²⁰³ Vor dem Hintergrund dieser geltenden Compliance-Richtlinie und bei deren konsequenter Einhaltung besteht kein oder allenfalls ein sehr geringes Risiko eines kartellrechtswidrigen Informationsaustausches iZhg mit Webinaren und Workshops.

5. **Conclusio**

- (123) Die Maßnahmen und Kriterien, die im Rahmen der GF-Alliance erlassen wurden, lassen sich grundsätzlich als Nachhaltigkeitsvereinbarungen einordnen. Ein allgemeiner Ausschluss der kartellrechtlichen Bestimmungen, aufgrund des Umstandes, dass die Governance Struktur der GF-Alliance von ihren Mitgliedern losgelöst ist und letztlich allein vom BMK gesteuert wird, ist nicht möglich. Weiters können die Maßnahmen und Kriterien, die im Rahmen der GF-Alliance normiert werden, nicht allein dadurch vom Kartellrecht ausgenommen werden, weil Nachhaltigkeitsziele verfolgt werden. Darüber hinaus ist auch eine Freistellung nach der neuen österreichischen Nachhaltigkeitsausnahme in § 2 Abs 1 KartG nicht möglich, weil diese Bestimmung aufgrund der Erfüllung des Zwischenstaatlichkeitskriteriums nicht zur Anwendung kommt.

²⁰² Handbuch S 59-78.

²⁰³ GF-Alliance Compliance-Richtlinie.

(124) Folglich sind die Maßnahmen und Kriterien, die im Rahmen der GF-Alliance erlassen werden, am Kartellverbot gem Art 101 Abs 1 AEUV zu messen, insb auch unter Anwendung der "Soft-Safe-Harbour"-Kriterien, und ggf ist eine Freistellung nach der Effizienz Ausnahme nach Abs 3 *leg cit* zu prüfen. Das Ergebnis dieser Prüfung ist, dass hinsichtlich bestimmter Maßnahmen und Kriterien keine wettbewerblichen Bedenken bestehen (bspw hinsichtlich des Handlungsfeldes "Betriebsökologie"). Hingegen ist hinsichtlich der Maßnahmen und Kriterien betr den Ausstieg aus fossilen Brennstoffen und der Kernenergie sowie dem Beratungsgeschäft von einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung auszugehen, wobei eine Anwendung der *de-minimis*-Regelung im Ergebnis wohl weder für die beteiligten Versicherungsunternehmen noch für die beteiligten Banken in Betracht kommen dürfte. Jedoch liegen gute Gründe vor, dass der "Soft-Safe-Harbour" erfüllt ist. Darüber hinaus liegen auch gute Gründe für eine Rechtfertigung dieser Maßnahmen und Kriterien nach Art 101 Abs 3 AEUV vor. Dies trifft auch hinsichtlich der handlungsspezifischen Maßnahmen zu.

Wien, 03.09.2024

Dr. Jochen Anweiler / Dr. Felix Frommelt, LL.M.

E+H Rechtsanwälte GmbH