

Nachhaltigkeit und Klimaschutz zählen zu den großen Herausforderungen unserer Zeit. Bislang galt, dass diese Ziele durch eine Anpassung von Produktregeln, Produktions- und Steuervorschriften, möglicherweise durch Subventionen, jedenfalls aber im Wettbewerb zu erreichen sind. Nunmehr ist jedoch eine Diskussion darüber entbrannt, ob Unternehmen bei staatlichen Regulierungsdefiziten in die Bresche springen sollen: Für „Nachhaltigkeitskartelle“ – so eine viel beachtete Forderung – soll das Kartellverbot gelockert werden. Der Sache nach wird die Regulierungsbefugnis damit an Unternehmen delegiert. In diese Richtung zielt der Vorschlag der Europäischen Kommission für neue Leitlinien zur Beurteilung horizontaler wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen: Ein „kollektiver Nutzen“ wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen soll die aus der Wettbewerbsbeschränkung resultierenden Nachteile für Verbraucher ausgleichen können.

Der Kronberger Kreis, wissenschaftlicher Beirat der Stiftung Marktwirtschaft, analysiert in der vorliegenden Studie, ob „Nachhaltigkeitskartelle“ aus wettbewerbsökonomischer und wettbewerbsrechtlicher Perspektive tatsächlich zielführend sind. Kann die Europäische Union den „Green Deal“ nur auf Kosten des Wettbewerbs erreichen? Der Kronberger Kreis hält diese Prämisse für falsch und zeigt auf, warum für die Transformation hin zu einer nachhaltigeren Ökonomie mehr – nicht weniger – Wettbewerb erforderlich ist. Gerade der Wettbewerb fördert Innovationsanreize, spornet zu einem sparsameren Umgang mit Ressourcen an und vermeidet ineffiziente Produktionsweisen. Ein „nachhaltiges“ Wettbewerbsrecht sollte daher auch in Zukunft primär den Wettbewerb schützen.

„Mehr Mut zum Markt“ lautet die Devise des Kronberger Kreises, wissenschaftlicher Beirat der Stiftung Marktwirtschaft. Der 1982 gegründete Kronberger Kreis entwickelt ordnungspolitische Reformkonzepte, mit dem Ziel, die freiheitliche Ordnung in Deutschland und Europa weiterzuentwickeln. Den Staat sieht er als Regelsetzer und Schiedsrichter, nicht als Mitspieler und „Übervater“. Mit seinen Konzepten prägt der Kronberger Kreis seitdem die wirtschaftspolitische Diskussion mit.



ISBN 3-89015-131-0

69

Green Deal auf Kosten des Wettbewerbs?



Kronberger Kreis

Lars P. Feld, Clemens Fuest, Justus Haucap,
Heike Schweitzer, Volker Wieland, Berthold U. Wigger

Green Deal auf Kosten des Wettbewerbs?

Kronberger Kreis

Lars P. Feld, Clemens Fuest, Justus Haucap,
Heike Schweitzer, Volker Wieland, Berthold U. Wigger

Gefördert durch die informedia-Stiftung
Gemeinnützige Stiftung für Gesellschaftswissenschaften
und Publizistik, Köln

Bibliographische Information der Deutschen Bibliothek
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische
Daten sind im Internet über <http://ddb.de> abrufbar.

© 2022

Stiftung Marktwirtschaft (Hrsg.)
Charlottenstraße 60
10117 Berlin
Telefon: +49 (0)30 206057-0
Telefax: +49 (0)30 206057-57
info@stiftung-marktwirtschaft.de
www.stiftung-marktwirtschaft.de

ISBN: 3-89015-131-0

Titelfoto: © C1ker-Free-Vector-Images auf Pixabay (verändert)

Executive Summary	5
I Einleitung	9
II Wettbewerb und Gemeinwohl – Grundlegende Erwägungen	17
2.1 Was Wettbewerb leisten kann	17
2.2 Das Problem des Marktversagens	19
2.3 Abhilfen gegen Marktversagen	21
2.4 Nachhaltigkeitsziele und Kartellrecht	23
III Beispiele für unternehmerische Nachhaltigkeitsinitiativen und ihre wettbewerbsrechtliche Einordnung	27
3.1 Unternehmenskooperationen zur Verfolgung von Umweltschutz- und Klimazielen	27
3.2 Unternehmenskooperationen zur Verfolgung von Tierwohlzielen	30
3.3 Unternehmenskooperationen zur Verfolgung sozialer Ziele, insbesondere mit extraterritorialem Fokus	32
3.4 Grundlinien der bisherigen Entscheidungspraxis	34
3.4.1 Allgemeine Einordnung der bisherigen Fallpraxis	34
3.4.2 Auflösung der Spannungslagen zwischen Wettbewerb und Nachhaltigkeit nach geltendem Recht	36
3.4.2.1 Nachhaltigkeitskooperationen, die aus dem Anwendungsbereich des Kartellverbots herausfallen	36
3.4.2.2 Die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV / § 2 GWB	41
IV Politische Handlungsoptionen	49
4.1 Option 1: Grünes Licht für wohlmeinende Unternehmenskooperationen – die teleologische Reduktion des Kartellverbots	49
4.2 Option 2: Die Freistellung wettbewerbsbeschränkender Nachhaltigkeits- kooperationen durch Ministererlaubnis oder Kartellbehörden	50
4.3 Option 3: Zurück zur Ordnungspolitik	54
V Schlussfolgerungen	57
Literaturverzeichnis	61

Executive Summary

In einer Zeit der schnellen und radikalen Transformation von Wirtschaft und Gesellschaft wird nach einer neuen Rollenverteilung zwischen Staat und Markt gerufen. Vom Staat wird zunehmend eine industriepolitische Einmischung in die Märkte gefordert. Von Unternehmen wird verlangt, ihre Strategien und Tätigkeiten stärker am Gemeinwohl und weniger an kurzfristigen Gewinninteressen auszurichten. Im Vordergrund steht dabei nicht zuletzt das Ziel der Klimaneutralität, welche die Europäische Union (EU) im Rahmen ihres Green Deals bis zum Jahr 2050 (und Deutschland bis 2045) erreichen will.

Sollte die grüne Transformation bislang mithilfe von Auflagen und Vorschriften, staatlichen Fördermaßnahmen und Anreizmechanismen angestoßen werden, ist mittlerweile eine Diskussion über die Rolle des Wettbewerbsrechts entbrannt. Gemäß einer vielbeachteten Forderung soll das sog. Kartellverbot des Artikel 101 des Vertrages über die Arbeitsweise der EU (AEUV), das wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und damit eine Regulierung des Wettbewerbs durch Unternehmen verbietet, gelockert werden, wenn die „private Regulierung“ der Nachhaltigkeit dient. In einem im Frühjahr 2022 veröffentlichten Entwurf neuer Leitlinien für die Anwendung des Kartellverbots auf horizontale Kooperationsvereinbarungen hat die Europäische Kommission diese Forderung aufgegriffen. Unternehmen könnten demnach von Ausnahmen vom Kartellverbot profitieren, sofern die Wettbewerbsbeschränkung einen „kollektiven Nutzen“ erzeugt, der die Nachteile für Verbraucher überwiegt.

Ist es zielführend, den Green Deal auf Kosten des Wettbewerbs zu erreichen und Nachhaltigkeit durch Klimakartelle anzustreben? Dieser Frage geht der Kronberger Kreis, wissenschaftlicher Beirat der Stiftung Marktwirtschaft, in der vorliegenden Studie nach. Dabei wird insbesondere der Zusammenhang zwischen Wettbewerb, Gemeinwohl und Marktversagen beleuchtet. Im Fokus der Studie stehen Unternehmenskooperationen zur Verfolgung von Umwelt- und Klimaschutzzielen, zur Förderung des Tierwohls und zur Verfolgung sozialer Ziele. Nach einer eingehenden Erörterung der Grundlinien der bisherigen Entscheidungspraxis im Wettbewerbsrecht werden drei Handlungsoptionen erörtert: (1) eine teleologische Reduktion des Kartellverbots, (2) die Freistellung wettbewerbsbeschränkender Nachhaltigkeitskooperationen durch Ministererlaubnis oder Kartellbehörden und (3) eine Rückkehr zur Ordnungspolitik.

Der Kronberger Kreis kommt zu folgenden Schlussfolgerungen:

1. Die bisherige Bilanz privater Nachhaltigkeitskooperationen rechtfertigt keine hohen Erwartungen an einen gemeinwohlorientierten Nutzen von Wettbewerbsbeschränkungen. Zwar leisten Unternehmen erhebliche Beiträge zum Umwelt- und Klimaschutz. Diese beruhen jedoch fast immer auf den individuellen Anreizen der Unternehmen, nachhaltiger zu wirtschaften. Diese Anreize werden zum Teil durch staatliche Maßnahmen, wie CO₂-Preise, Steuern, Subventionen, Produktregeln und Produktionsvorschriften und andere staatliche Markteingriffe gesetzt. Zudem erhoffen sich Unternehmen immer häufiger individuelle Wettbewerbsvorteile infolge nachhaltiger Produktion. Ein solchermaßen verschärfter Wettbewerb um Nachhaltigkeit ist uneingeschränkt zu begrüßen.
2. Der Beitrag von Wettbewerbsbeschränkungen zum Umwelt- und Klimaschutz war bislang gering. Der Schaden für das Wettbewerbsrecht, der mit den zum Teil weitreichenden Reformvorschlägen einherginge, wäre demgegenüber groß. Das gilt in besonderem Maße für den Vorschlag einer teleologischen Reduktion des Anwendungsbereichs des Kartellverbots in Fällen, in denen private Unternehmen öffentliche Ziele verfolgen. Es gilt aber auch für eine expansive Auslegung der Ausnahme vom Kartellverbot (Art. 101 Abs. 3 AEUV): Sie würde nicht zuletzt „Greenwashing“ Vorschub leisten.
3. Dezidiert entgegenzutreten ist dem verbreiteten Missverständnis, Wettbewerb sei nicht mit Nachhaltigkeitszielen vereinbar, weil der durch Wettbewerb ausgelöste Kostendruck den Unternehmen die finanziellen Mittel entziehe, die sie benötigen, um in nachhaltige Produktionsweisen zu investieren. Erstens sind staatliche Markteingriffe zur Verfolgung von Nachhaltigkeitszielen vollständig mit Wettbewerb kompatibel, sofern dieselben staatlichen Vorschriften für alle Unternehmen im Markt gelten. Zweitens kann gerade das Ausschalten von Wettbewerb Unternehmen davon abhalten, Innovationen und Wettbewerbsvorstöße im Bereich der Nachhaltigkeit zu tätigen. Und drittens garantieren ein nachlassender Wettbewerb und höhere Margen bei Unternehmen keineswegs, dass diese die Zusatzgewinne in Nachhaltigkeitsmaßnahmen investieren.

4. Einer staatlichen Regelsetzung, die negative externe Effekte internalisiert, steht das Wettbewerbsrecht nicht im Wege. Unternehmen können bei der Gestaltung proaktiv mitwirken, indem sie dem Gesetzgeber ihr Wissen zur Verfügung stellen und geeignete Regulierungsvorschläge unterbreiten. Misslingt eine solche Regelsetzung, ist man nicht mit einem Markt- oder Wettbewerbsversagen, sondern mit einem Regulierungsversagen konfrontiert. Der Versuch, Regulierungsversagen durch private Regulierungsmacht zu überwinden, ist weder politisch ratsam noch erfolgsversprechend im Sinne der Nachhaltigkeit. Es handelt sich vielmehr um ein weiteres Beispiel für eine immer stärker um sich greifende Tendenz der Politik, sich ihrer Verantwortung zu entziehen.
5. Die Dringlichkeit der Klima- und Umweltkrise kann es gleichwohl rechtfertigen, in Ausnahmefällen und temporär begrenzt Spielräume für Nachhaltigkeitskooperationen zu schaffen, die neue Möglichkeiten zum Nachhaltigkeitsschutz experimentell ausloten wollen. Derartige Kooperationen können, wenn sie einen erheblichen Nutzen versprechen, als Testfeld für eine künftige staatliche Regulierung dienen. Informations- und Agilitätsvorteile von Unternehmenskooperationen würden auf diese Weise als kontrollierte Experimente für regulatorische Handlungsoptionen genutzt. Die Europäische Kommission sollte ausgewählte Pilotprojekte jedoch nur zeitlich befristet genehmigen und sie zugleich einem Monitoring und regelmäßigen unabhängigen Evaluationen unterwerfen.
6. Auch eine solche Ausnahme hat allerdings einen Preis, denn sie öffnet das Tor für eine Politisierung des Wettbewerbsrechts. Schwierigkeiten in der Quantifizierung von Kosten und Nutzen verweisen auf das hohe Willkürpotenzial, das mit einer Erweiterung der Ausnahmetatbestände verbunden wäre. In einem internationalen Umfeld, in dem immer mehr Politiken in den Dienst wechselnder nationaler Ziele gestellt werden, hängt die Reputation und Akzeptanz gerade auch des europäischen Wettbewerbsrechts von einer klaren Ausrichtung auf das anerkannte Ziel des Wettbewerbsschutzes und einem möglichst hohen Maß an Berechenbarkeit ab. Zugleich würde eine solche Politisierung des Wettbewerbsrechts die großen Umweltprobleme unserer Zeit nicht „nachhaltig“ lösen. Sie könnte vielmehr leicht zu einer Einladung zum Lobbying bei Wettbewerbsbehörden werden.

7. Ein effektiver Wettbewerbsschutz ist gerade in Zeiten der digitalen und grünen Transformation von Wirtschaft und Gesellschaft eines der wichtigsten Desiderate: Erst der Wettbewerb bringt die Innovation hervor, die für diese Transformation dringend benötigt wird. Der bisherige Erfolg des europäischen Wettbewerbsrechts beruht auf der Erkenntnis, dass sich Wettbewerb nur durch eine klar auf dieses Ziel ausgerichtete Politik erreichen lässt. Ein „nachhaltiges“ Wettbewerbsrecht sollte auch in Zukunft primär den Wettbewerb schützen.

I Einleitung

1. Der Klimawandel zählt zu den großen Herausforderungen der Gegenwart. Die Notwendigkeit verstärkter Klimaschutzanstrengungen auf internationaler, nationaler und supranationaler Ebene ist allseits anerkannt. Auf der internationalen Klimakonferenz der Vereinten Nationen im Jahr 2015 wurde im Paris Agreement vereinbart, die Erderwärmung auf unter 2 Grad Celsius, möglichst aber unter 1,5 Grad Celsius gegenüber dem vorindustriellen Niveau zu begrenzen.

2. In Art. 20a GG ist bereits seit dem Jahr 1994 eine Pflicht des Staates verankert, auch in Verantwortung für künftige Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch Exekutive und Rechtsprechung zu schützen. Zur Bekämpfung des Klimawandels und unter Orientierung an den Klimaschutzzielen des Pariser Abkommens hat die Bundesrepublik Deutschland im Dezember 2019 ein Klimaschutzgesetz (KSG) verabschiedet, das Deutschland verpflichtet, die Treibhausgasemissionen bis zum Jahr 2030 um 55 Prozent gegenüber dem Jahr 1990 zu mindern. Die bis dahin geltenden Reduktionspfade werden durch sektorenbezogene Jahresemissionsmengen festgelegt (§ 3 Abs. 1 und § 4 Abs. 1 S. 3 KSG i.V.m. Anlage 2). Im Klimaschutz-Beschluss v. 24.3.2021¹ hat das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber verpflichtet, bis zum 31.12.2022 die Minderungsziele für die Zeiträume nach dem Jahr 2030 fortzuschreiben, um die dann drohenden hohen Lasten und die damit verbundenen Freiheitseingriffe abzumildern. Bereits am 12.5.2021 hat die vorherige Bundesregierung hierauf mit einem Entwurf zur Änderung des Klimaschutzgesetzes reagiert, der die Pflicht zur Minderung von Treibhausgasen bis zum Jahr 2030 von 55 Prozent auf 65 Prozent gegenüber 1990 erhöht, eine Minderungspflicht um mindestens 88 Prozent bis zum Jahr 2040 festschreibt und jährliche Minderungsziele von 2031 bis 2040 vorgibt. In seinem § 13 Abs. 1 sah bereits das alte KSG eine Pflicht aller Träger öffentlicher Aufgaben vor, bei ihren Planungen und Entscheidungen dessen Zweck und die zu seiner Erfüllung festgelegten Ziele zu berücksichtigen.

¹ BVerfG, Beschluss v. 24.3.2021, 1 BvR 2656/18, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR78/20 – Klimaschutzgesetz.

3. Ein vergleichbares Berücksichtigungsgebot ist für die Europäische Union (EU) in Art. 11 AEUV festgeschrieben: „Die Erfordernisse des Umweltschutzes müssen bei der Festlegung und Durchführung der Unionspolitiken und -maßnahmen insbesondere zur Förderung einer nachhaltigen Entwicklung einbezogen werden“.

4. Zu Beginn ihrer Amtszeit, im Dezember 2019, hat Kommissionspräsidentin Ursula von der Leyen den sog. Green Deal vorgestellt: Als erster Kontinent soll die EU bis zum Jahr 2050 klimaneutral werden. Dazu soll ein Maßnahmenpaket dienen, das zahlreiche Politikbereiche erfasst. Die geplanten und diskutierten Maßnahmen reichen von Vorschriften zu drastischen Emissionssenkungen über Investitionen in Forschung und Entwicklung bis hin zu Feldern wie Geldpolitik oder Wettbewerbspolitik, die sich – so zumindest die Forderung einiger Politikerinnen und Politiker – stärker in den Dienst der Nachhaltigkeit stellen sollen. Im Juni 2021 wurde das sog. „Europäische Klimagesetz“ verabschiedet, das einen europäischen Rahmen für die Verwirklichung der Klimaneutralität festlegt.²

5. Zunehmend geraten auch Unternehmen unter Druck, klimapolitischen Anforderungen gerecht zu werden. In einem aufsehenerregenden Urteil vom 26.5.2021 hat ein niederländisches Gericht, die Rechtsbank Den Haag, die Firma Shell verpflichtet, ihre Treibhausgasemissionen bis zum Jahr 2030 um 45 Prozent zu senken, weil das Unternehmen gegen die globalen Klimaziele verstoßen habe.³ Das OLG Hamm hat die Klage eines peruanischen Bürgers gegen RWE auf anteiligen Ersatz der Aufwendungen, die zum Schutz seines Eigentums vor Überflutung durch einen klimawandelbedingt anschwellenden Gletschersee in den Anden erforderlich sind, für schlüssig erachtet und ist in die Beweisaufnahme eingestiegen.⁴

6. Klimapolitische Ziele sind allerdings nur ein Ausschnitt aus der breiten Palette von Nachhaltigkeitszielen, auf welche Politik und Wirtschaft in wachsendem Umfang verpflichtet werden. Die Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen

2 Verordnung (EU) 2021/1119 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 2021 zur Schaffung des Rahmens für die Verwirklichung der Klimaneutralität und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 401/2009 und (EU) 2018/1999 („Europäisches Klimagesetz“), ABl. 2021 Nr. L 243/1.

3 Rechtsbank Den Haag, Urteil v. 26.5.2021, C/09/571932 / HA ZA 19-379.

4 Siehe OLG Hamm, 30.11.2017, I-5 U 15/17, ZUR 2018, 118. Zu Klimaklagen gegen Staaten und Unternehmen siehe u.a. Wagner (2021). Für einen rechtsvergleichenden Überblick siehe Weller und Tran (2021).

haben im September 2015 die Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung verabschiedet, mit der sich die Weltgemeinschaft 17 Ziele, die sog. „Sustainable Development Goals“, für eine sozial, wirtschaftlich und ökologisch nachhaltige Entwicklung gesetzt hat. Diese 17 Ziele reichen von der Beseitigung des weltweiten Hungers über die Stärkung von „nachhaltigem Konsum“ und „nachhaltiger Produktion“, Gleichstellungs- und Bildungsziele bis hin zu Maßnahmen für den Klimaschutz.⁵

7. Das im Jahr 2021 vom Deutschen Bundestag verabschiedete Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, kurz als Lieferkettengesetz bekannt, reagiert auf diese Agenda. Zur Verbesserung des Schutzes grundlegender Menschenrechte und von Umweltbelangen werden Unternehmen mit mehr als 3000 Mitarbeitern (ab dem Jahr 2023) bzw. mit mehr als 1000 Mitarbeitern (ab dem Jahr 2024) künftig besondere Sorgfaltsanforderungen zur Analyse und zum Management von Risiken in der Lieferkette auferlegt. Eine besondere Verantwortung obliegt Unternehmen mit Blick auf die Prävention von Menschenrechtsverletzungen bei unmittelbaren Zulieferern. Für mittelbare Zulieferer gelten anlassbezogene Sorgfaltspflichten. Die EU-Kommission hat am 23.2.2022 einen in dieselbe Richtung zielenden, in seinem Anwendungsbereich und den Regelungen aber noch deutlich weiterreichenden Richtlinienentwurf veröffentlicht.⁶

8. Auch in der international geführten Debatte über „Corporate Social Responsibility“ (CSR) spielt die Frage eine Rolle, ob und in welcher Weise heimische Unternehmen für umweltschädigende, menschenrechtswidrige oder als sozial unfair wahrgenommene Aktivitäten entlang der ausländischen Wertschöpfungskette in Haftung genommen werden können.

9. Mit all diesen Maßnahmen werden wichtige und schützenswerte Ziele verfolgt. Zugleich werden grundlegende Fragen nach der Rolle von Staat und

5 Die 17 globalen Ziele für nachhaltige Entwicklung der Agenda 2030, die Sustainable Development Goals (SDGs), umfassen: (1) Armut in jeder Form und überall beenden, (2) Ernährung weltweit sichern, (3) Gesundheit und Wohlergehen, (4) hochwertige Bildung weltweit, (5) Gleichstellung von Frauen und Männern, (6) ausreichend Wasser in bester Qualität, (7) bezahlbare und saubere Energie, (8) nachhaltig wirtschaften als Chance für alle, (9) Industrie, Innovation und Infrastruktur, (10) weniger Ungleichheiten, (11) nachhaltige Städte und Gemeinden, (12) nachhaltig produzieren und konsumieren, (13) weltweit Klimaschutz umsetzen, (14) Leben unter Wasser schützen, (15) Leben an Land, (16) starke und transparente Institutionen fördern und (17) globale Partnerschaft (<https://sdgs.un.org/goals>).

6 Siehe Europäische Kommission (2022c); zu den vorausgegangenen Überlegungen und Diskussionen Rühl und Knauer (2022).

Markt aufgeworfen. Die Europäische Kommission hat Ende 2020 einen „Europäischen Klimapakt“ ins Leben gerufen, der sich vor allem an Bürgerinnen und Bürger, andere Akteure der Zivilgesellschaft, an Kommunen und Regionen richtet, aber ebenso Unternehmen und die Finanzwelt auffordert „Gutes zu tun“, Nachhaltigkeit in den Mittelpunkt ihrer Strategien zu stellen und den „Schwerpunkt auf langfristige Vorteile für alle und nicht auf kurzfristige Dividenden für einige wenige“ zu legen.⁷ Industrieallianzen und Multi-Stakeholder-Initiativen sollen dazu beitragen, geeignete Lösungen bei der Umstellung auf eine grüne Wirtschaft zu ermitteln.⁸ In Deutschland zielen eine Vielzahl von ministeriell veranstalteten Branchendialogen und Runden Tischen in dieselbe Richtung und fordern Unternehmen zum Handeln im Dienste politischer Ziele auf, um gesetzgeberischen Initiativen zuvorzukommen.

10. Seit geraumer Zeit hat die Debatte auch das Wettbewerbsrecht erreicht. In einem jüngst veröffentlichten Entwurf neuer Leitlinien für die Anwendung des Kartellverbots auf horizontale Kooperationsvereinbarungen hat die EU-Kommission potenziell weitreichende Lockerungen in der Würdigung wettbewerbsbeschränkender Nachhaltigkeitsvereinbarungen angekündigt.⁹ Die neue Bundesregierung hat sich zu diesen Vorschlägen noch nicht klar positioniert. Sie finden allerdings Rückhalt in einem im Koalitionsvertrag festgeschriebenen Prüfauftrag: Die Rahmenbedingungen für „fairen“ Wettbewerb müssten „auch den Erfordernissen des Mittelstands Rechnung tragen und die Aspekte Innovation, Nachhaltigkeit, Verbraucherschutz und soziale Gerechtigkeit integrieren“. Das deutsche Kartellrecht soll vor diesem Hintergrund evaluiert und weiterentwickelt werden, so der Koalitionsvertrag.¹⁰

11. In der vorausgegangenen Diskussion hat sich ein wettbewerbspolitischer Umschwung bereits angedeutet: Gemeinsame privatwirtschaftliche Initiativen, so eine offenbar verbreitete Annahme, können Nachhaltigkeitsziele besser oder schneller erreichen als gesetzliche Rahmenregeln des demokratisch legitimierten Gesetzgebers. Die Verantwortung für die Realisierung von Klima- und Umweltschutzziele dürfe daher nicht mehr allein beim Gesetzgeber liegen. Angesichts der globalen Natur der Herausforderung müssten insbesondere transnational agierende Unternehmen in die Mitverantwortung

7 Europäische Kommission (2020), unter 4., S. 18. In diesem Sinne auch Hart und Zingales (2017).

8 Europäische Kommission (2020), unter 1.1., S. 4. Hervorgehoben wird u.a. die „Europäische Plattform der Interessenträger für die Kreislaufwirtschaft“.

9 Europäische Kommission (2022a), dort die Rn. 541 ff.

10 SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP (2021), S. 31.

genommen werden.¹¹ Dafür müssten sie jedoch – zumindest partiell – von den Zwängen des Wettbewerbs und vom Korsett des Wettbewerbsrechts befreit werden: Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, die den Wettbewerb im Dienste von Nachhaltigkeitszielen beschränken – etwa eine gemeinsame Verpflichtung auf die Einhaltung bestimmter, gesetzliche Vorgaben überschreitende Klimaschutzziele in der Produktion festschreiben, die zugleich zu höheren Verbraucherpreisen führt – sollen von Ausnahmen vom Kartellverbot profitieren. Ein marktbeherrschendes Unternehmen soll seine Marktmacht dazu nutzen dürfen, Wettbewerbern mit unterlegener Nachhaltigkeitsbilanz den Marktzutritt zu erschweren.¹² Zusammenschlüsse zwischen Wettbewerbern, die wirksamen Wettbewerb erheblich behindern, sollen gleichwohl zulässig sein, wenn sie den Nachhaltigkeitszielen dienen.

12. Das Unionsrecht stand solchen Aufweichungen des Wettbewerbsrechts zur Realisierung von Politikzielen bis vor nicht allzu langer Zeit noch sehr skeptisch gegenüber.¹³ Hier deutet sich in jüngerer Zeit aber eine Aufweichung des Kartellverbots an. So hat die EU-Verordnung 2021/2117 vom 6. Dezember 2021 die Verordnung Nr. 1308/2013 über eine gemeinsame Marktorganisation für landwirtschaftliche Erzeugnisse (GMO) mithilfe eines neuen Art. 210a um eine Ausnahme vom Kartellverbot für übergesetzliche Nachhaltigkeitsstandards in der Lebensmittelversorgungskette erweitert. Wettbewerbsbeschränkende Absprachen zwischen Marktteilnehmern der Lebensmittelversorgungskette sind danach vom Kartellverbot freigestellt, sofern sie darauf abzielen, einen Nachhaltigkeitsstandard anzuwenden, der über gesetzliche Anforderungen in der EU oder dem jeweiligen Mitgliedstaat hinausgeht. Die Freistellung bezieht sich sowohl auf Absprachen zwischen Erzeugern (d.h. horizontale Absprachen) als auch auf Absprachen zwischen einem oder mehreren Erzeugern mit einem oder mehreren Verarbeitern, Händlern oder anderen Marktteilnehmern der Lebensmittelversorgung.¹⁴ Art. 210a GMO ist zwar kein unbeschränkter Freibrief für wettbewerbsbeschränkende

11 Siehe z.B. Kingston (2021).

12 Siehe z.B. Kingston (2012), Holmes (2020), S. 388f.

13 Für eine Analyse der Berücksichtigungsfähigkeit von wettbewerbsfremden Politikzielen im Wettbewerbsrecht siehe z.B. Schweitzer (2015). Die Diskussion hat eine lange Tradition. Siehe dazu z.B. Everling (2006), Roth (2006), Breuer (2002), Monti (2002) und Townley (2009).

14 Art. 210a Abs. 3 GMO definiert Nachhaltigkeitsstandards als Standards, die zumindest zu einem der folgenden Ziele beitragen: (1) Umweltziele (z.B. Klimaschutz, Anpassung an Klimawandel, Landschaftsschutz, Schutz von Wasser und Böden, Übergang zu einer Kreislaufwirtschaft inklusive Verringerung der Lebensmittelverschwendung, Vermeidung bzw. Reduktion von Umweltverschmutzung, Schutz und Wiederherstellung der Biodiversität), (2) Verringerung des Einsatzes von Pestiziden in der landwirtschaftlichen Erzeugung oder (3) Tiergesundheit und Tierwohl.

Absprachen im Lebensmittelbereich: Wettbewerbsbeschränkungen sind nur zulässig, wenn sie für das Erreichen des Nachhaltigkeitsstandards unerlässlich sind (Art. 210a Abs. 1 GMO). Die Freistellung reicht gleichwohl weit über die in Art. 101 Abs. 3 AEUV vorgesehene Ausnahme vom Kartellverbot hinaus, da sie weder eine Darlegung eines Verbrauchernutzens noch gar dessen Nachweis verlangt.

13. Der Entwurf zur Reform der Leitlinien zur Anwendung des Kartellverbots auf horizontale Kooperationen (im Folgenden: Entwurf zur Reform der Horizontalleitlinien) geht nicht ganz so weit. Auch hier hat die Nachhaltigkeitsdebatte aber Spuren hinterlassen: Selbst bei offenkundigen Wettbewerbsbeschränkungen soll, wenn sie „tatsächlich ein echtes Nachhaltigkeitsziel“ verfolgen, eine umfassende Prüfung der Wirkungen der Vereinbarungen erfolgen, bevor das Kartellverbot angewandt wird.¹⁵ Wer auf welche Weise festlegen soll, was ein „echtes Nachhaltigkeitsziel“ ist, bleibt offen. Nachhaltigkeitsziele sollen überdies eine großzügige Handhabung der Ausnahmvorschrift des Art. 101 Abs. 3 AEUV rechtfertigen. So soll nicht mehr notwendig ein die schädigenden Wirkungen der Wettbewerbsbeschränkung kompensierender Verbrauchernutzen dargetan werden müssen. Vielmehr soll die Darlegung eines Kollektivnutzens genügen, wenn zwischen dem begünstigten Kollektiv und den von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Verbrauchern eine hinreichende Überschneidung besteht.¹⁶

14. Gemein ist all diesen rechtspolitischen Vorstößen, dass sie von einem grundsätzlichen Zielkonflikt zwischen Wettbewerb und Nachhaltigkeit und von der Notwendigkeit ausgehen, die Wettbewerbsregeln zugunsten vorrangiger Gemeinwohlziele zurückzudrängen: Implizit wird vorausgesetzt, dass weniger Wettbewerb zu einem Mehr an nachhaltigem Wirtschaften führt. Der Kronberger Kreis hält diese Prämisse für falsch.¹⁷ Für die Transformation hin zu einer nachhaltigeren und klimaneutralen Ökonomie ist mehr – nicht weniger – Wettbewerb erforderlich. Gerade der Wettbewerb spornt zu einem sparsamen Umgang mit Ressourcen an und vermeidet ineffiziente Produktionsweisen. Zugleich fördert Wettbewerb die Innovationsanreize von Unternehmen – und Innovation ist für die bevorstehende Transformation von zentraler Bedeutung. Nachhaltigkeitsgesichtspunkte erlangen überdies zunehmend

auch für Nachfrage- und Konsumententscheidungen Bedeutung – und werden damit ein wichtiges Auswahlkriterium im Wettbewerb. Für die Koordination und Kooperation, die in der Tat erforderlich sind, lässt das Wettbewerbsrecht überwiegend bereits jetzt hinreichend Raum. Zwar können negative externe Effekte, die durch einschlägige öffentliche Regulierung nicht hinreichend eingefangen werden, im Wettbewerb ausgenutzt werden. Für die auf dem Weg zu Klimaneutralität und Nachhaltigkeit gebotene Internalisierung negativer externer Effekte haben aber – ggfs. auf der Grundlage verbesserter Informationsprozesse – die nationalen und supranationalen Gesetzgeber bzw. Regelsetzer Sorge zu tragen.

15. Der folgende Abschnitt II betrachtet den Zusammenhang zwischen Wettbewerb, Gemeinwohl und möglichem Marktversagen sowie mögliche Abhilfemaßnahmen zur Therapie von Marktversagen, d.h. zur Stärkung des Gemeinwohls, aus theoretischer Perspektive. Abschnitt III soll sodann veranschaulichen, um welche Art von Unternehmenskooperationen es in der Diskussion über Nachhaltigkeitsinitiativen konkret geht. Auf dieser Grundlage bezieht Abschnitt IV Position in der Debatte über die Bedeutung von Nachhaltigkeitszielen im Wettbewerbsrecht.

¹⁵ Siehe Europäische Kommission (2022a), Rn. 560.

¹⁶ Siehe Europäische Kommission (2022a), Rn. 560.

¹⁷ Ebenso Schinkel und Treuren (2021).

II Wettbewerb und Gemeinwohl – Grundlegende Erwägungen

2.1 Was Wettbewerb leisten kann

16. Zwischen Wettbewerb und Gemeinwohlzielen, einschließlich diverser Nachhaltigkeitsziele, besteht prinzipiell erst einmal kein Konflikt – im Gegenteil: Wettbewerb dient als Ordnungsprinzip regelmäßig dem Gemeinwohl. Wettbewerb treibt Anbieter auf Märkten an, darüber nachzudenken, wie durch attraktive Angebote weitere Kunden gewonnen oder bestehende Kunden gehalten werden können. Dies kann durch günstige Preise geschehen, durch Qualitätsversprechen, durch innovative Produkte, durch einen guten Service, lange Öffnungszeiten, attraktive Standorte, überzeugende Werbung und durch viele andere Dinge, die Kunden potenziell schätzen. Sofern Kunden eine klimaschonende Produktion wertschätzen oder gute Arbeitsbedingungen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer oder eine „faire“ Bezahlung von Lieferanten wie etwa den Erzeugern, können sich Unternehmen Vorteile im Wettbewerb verschaffen, indem sie genau dies anbieten und transparent machen.

17. Aus gesellschaftlicher Sicht ist funktionsfähiger Wettbewerb jedoch nicht nur deshalb wünschenswert, weil er Effizienz und Innovationen befördert und tendenziell hervorbringt, was Kunden wünschen, sondern auch, weil er als Disziplinierungsinstrument wirkt und dafür sorgt, dass einmal erlangte Machtpositionen bestreitbar bleiben und damit die (Wahl-)Freiheit der Marktgegenseite schützt. Wenn sich Verbraucherinnen und Verbraucher an bestimmten Praktiken eines Unternehmens stören, können sie dies durch Abwanderung oder einen organisierten oder spontanen Boykott sanktionieren. Wettbewerb ermöglicht so eine Sanktionierung unliebsamen Verhaltens durch die Marktgegenseite.¹⁸

18. Zudem belohnt Wettbewerb tendenziell Ehrlichkeit. Wer mogelt und betrügt, muss zumindest bei Entdeckung mit dem Verlust seiner Kundschaft rechnen – eine Befürchtung, die etwa ein Monopolist aufgrund seiner Alternativlosigkeit nicht in demselben Maße zu haben braucht. Und schließlich ist Wettbewerb ein Entdeckungsverfahren. Schon Friedrich August von Hayek

¹⁸ Vgl. dazu schon Böhm (2007).

(1945) hat im Kontext der Debatte über die Nachkriegsordnung in Europa dargelegt, wie Wettbewerbsmärkte es ermöglichen, Ressourcen dorthin zu steuern, wo sie der Gesellschaft am meisten nutzen, also eine effiziente Allokation von Ressourcen zu befördern, ohne dass es vieler Informationen an zentralen Stellen bedarf. Steigen die Preise für ein Gut oder eine Leistung, dehnen die Anbieter ihre Produktion gern noch weiter aus und weitere Unternehmen werden angezogen, in den Markt einzutreten, ohne dass diese Informationen zentral gesammelt oder verarbeitet werden müssten. Es ist kein zentraler Auftrag zur Ausdehnung der Produktion notwendig, die Anbieter werden dies bei steigenden Preisen aus eigenem Interesse tun.

19. Wettbewerb ermöglicht zugleich ein Experimentieren: Was eine gute Idee ist und was nicht, welche Organisationsformen etwa für Produktion, Beschaffung, Vertrieb, etc. effizient sind und welche nicht, zeigt am besten der Wettbewerb. So wie sich in der Biologie im Wettbewerb um Nahrung letztlich die Spezies und in der Evolution die Mutationen durchsetzen, die am besten an die jeweilige Umwelt angepasst sind, mit den Bedingungen eines Lebensraums am besten zurechtkommen und den Konkurrenten daher überlegen sind, so setzen sich auf Wettbewerbsmärkten letztlich die Anbieter durch, die Kundenwünsche am besten erfüllen und am besten auf veränderte Wünsche reagieren. Dies kann durch Anpassung geschehen oder indem neue Anbieter in Märkte eintreten und die alten Anbieter verdrängen. Wettbewerb sorgt daher nicht nur statisch dafür, dass Wünsche bestmöglich befriedigt werden. Vor allem gewährleistet er, dass dynamisch auf veränderte Wünsche bestmöglich reagiert wird, entweder durch die Anpassung der etablierten Anbieter oder durch den Markteintritt neuer Konkurrenten. Damit fungiert Wettbewerb als ein Entdeckungsverfahren dafür, was Individuen wann, wo und wie am liebsten hätten und welche Art von Produktion und Organisation effizient ist und welche nicht.¹⁹

20. Schließlich führt Wettbewerb dazu, dass Preise relativ gering bleiben und somit auch keine Monopolrenten entstehen. Anders ausgedrückt führt Wettbewerb zu einer „sozialverträglichen“ Verteilung der Tauschrenten, welche am Markt entstehen. Auch deswegen ist Wettbewerb ein zentraler Pfeiler des Modells der Sozialen Marktwirtschaft.

¹⁹ Siehe Hayek (1969).

2.2 Das Problem des Marktversagens

21. Aus all den genannten Gründen wird Wettbewerb als schutzwürdiges Prinzip angesehen, das nicht ohne guten Grund ausgehebelt werden sollte. Gleichwohl liefert unregulierter Wettbewerb auf Märkten keinesfalls immer effiziente und/oder gesellschaftlich erwünschte Ergebnisse. Führt der unregulierte Markt nicht zu gesamtgesellschaftlich effizienten Ergebnissen, so sprechen Ökonomen vom Marktversagen.

22. Aus ordnungsökonomischer Sicht kann ein Marktversagen Interventionen in den Marktmechanismus rechtfertigen. Staatliche Eingriffe können die Ineffizienz reduzieren oder sogar ganz beheben – vorausgesetzt, dass ein stets in Rechnung zu stellendes Regulierungsversagen nicht noch erheblicher ist als das identifizierte Marktversagen.²⁰

23. Zu Marktversagen kann es kommen, wenn einer der folgenden fünf Marktversagensgründe vorliegt. Erstens kommt es bei sog. natürlichen Monopolen zu Marktversagen, wenn es also „natürlicher Weise“ aufgrund subadditiver Kosten (wie sie etwa bei steigenden Skalenerträgen regelmäßig vorliegen) zu einer Monopolbildung kommt und die Produktions- und Vertriebskosten am geringsten sind, wenn es nur einen einzigen Anbieter am Markt gibt. Klassische Beispiele für solche „natürlichen Monopole“ sind die netzgebundenen Versorgungsbranchen wie die Wasser-, Strom- oder Fernwärmeversorgung, bei denen der Betrieb eines zweiten Netzes jeweils ineffizient wäre. In diesen Fällen ist es vielmehr effizient, wenn die Marktnachfrage durch nur einen Anbieter bedient wird. Bei nicht nur temporärer Monopolsituation und deren mangelnder Bestreitbarkeit werden solche Anbieter in der Regel einer staatlichen Regulierung unterworfen.

24. Zweitens kann es bei öffentlichen Gütern zu Marktversagen kommen. Öffentliche Güter sind solche Güter, bei denen (a) die Nutzung durch einen weiteren Nutzer keine weiteren Kosten verursacht und insbesondere die Nutzbarkeit des Gutes für bisherige Nutzer nicht durch die zusätzlichen Nutzer eingeschränkt wird (sog. Nicht-Rivalität im Konsum) und (b) ein Ausschluss

²⁰ Siehe Coase (1960) und Demsetz (1969). Regulierungsversagen ist dabei nicht nur eine theoretische Möglichkeit. Vielmehr zeigt sich in der Praxis, dass staatliche Markteingriffe und die sie durchsetzenden Institutionen unter zahlreichen Unvollkommenheiten leiden, sei es aufgrund von Informationsdefiziten, Fehlanreizen, eingeschränkter Rationalität der Akteure und/oder politischer Einflussnahmen zugunsten bestimmter Interessengruppen.

von Nutzern, die für die Nutzung nicht zahlen wollen, mit vertretbaren Mitteln nicht möglich ist (sog. Nicht-Ausschließbarkeit). Aus diesen Bedingungen folgt das Trittbrettfahrerproblem: Wenn aufgrund der Nicht-Ausschließbarkeit die Nutzung des öffentlichen Gutes auch denen offensteht, die selbst nicht für die Nutzung zu zahlen bereit sind, so ist die marktliche Bereitstellung öffentlicher Güter oft ineffizient gering.

25. Ein dritter möglicher Marktversagensgrund sind spürbare Externalitäten, also erhebliche positive oder negative Auswirkungen einer Handlung auf unbeteiligte Dritte, ohne dass diese Auswirkungen von den handelnden Parteien hinreichend berücksichtigt werden. Das klassische Beispiel für negative Externalitäten sind Umweltverschmutzung und Lärm, dasjenige für positive Externalitäten Impfungen, durch die nicht nur der oder die Geimpfte, sondern auch Dritte vor Infektionen geschützt werden. Marktversagen entsteht hier, weil der Einzelne die negativen oder auch positiven Folgen für Dritte unzureichend in seinem Entscheidungskalkül berücksichtigt.

26. Ein weiterer Marktversagensgrund sind Informationsasymmetrien. Informationsdefizite auf einer Marktseite über die Qualität einer Leistung oder andere relevante Eigenschaften einer Transaktion können dazu führen, dass eigentlich beiderseits vorteilhafte Transaktionen mangels Vertrauen unterbleiben.²¹

27. Offensichtlich spielen insbesondere externe Effekte und die Problematik öffentlicher Güter für manche Nachhaltigkeitsziele eine bedeutende Rolle. Klimaschutz und eine saubere Umwelt etwa können als öffentliche Güter betrachtet werden, da ein Ausschluss nicht beitragswilliger Individuen oder Staaten insbesondere bei der Klimapolitik nicht möglich ist. Gelingt es etwa, die Erderwärmung auf 1,5 Grad zu begrenzen, kann niemand von diesen Vorteilen ausgeschlossen werden, selbst wenn jemand nicht zu einem solchen Erfolg beigetragen hat.

²¹ In der modernen Diskussion spielt zudem eingeschränkt rationales Verhalten zunehmend eine Rolle. Verhaltensfehler können dazu führen, dass manche Marktteilnehmer systematisch Fehlentscheidungen treffen, die nicht in ihrem eigenen Interesse sind, etwa weil sie die Entscheidungssituation nicht richtig erfassen oder weil die Entscheidung für sie zu komplex ist (vgl. dazu etwa Heidhues und Köszegi (2010) oder Heidhues und Köszegi (2017)).

28. Informationsasymmetrien können für Nachhaltigkeitsziele ebenfalls eine Rolle spielen, da etwa Konsumenten nicht ohne Weiteres die Produktionsbedingungen für Produkte, wie etwa das Einhalten von Umweltstandards, die Behandlung von Arbeitnehmern oder die Entlohnung von Erzeugern, erkennen und überprüfen können, auch wenn sie ihnen wichtig sind.

2.3 Abhilfen gegen Marktversagen

29. Die „klassische“ Antwort auf ein Marktversagen sind staatliche Markt Eingriffe.²² Diese können in vielfältiger Form erfolgen, etwa durch ordnungsrechtliche Maßnahmen (wie etwa das Auferlegen von Verboten oder von bestimmter Produktions- und/oder Produktstandards), durch Subventionen oder Steuern auf Verbrauch oder Produktion, durch die Definition und Begrenzung von (handelbaren) Verfügungsrechten wie etwa Emissionsrechten, durch Informationspflichten oder durch Auflagen zur Produkthaftung.

30. Zum Schutz der Nachhaltigkeit werden alle genannten Instrumente verwendet. Vorgaben zu Produktionsweisen und zulässigen Produkten werden etwa durch die Öko-Designrichtlinie (2009/125/EG), durch das sog. Glühbirnenverbot, durch Beschränkungen des sog. Flottenverbrauchs von PKW²³, die verpflichtende Stilllegung von Kohlekraftwerken in Deutschland und viele andere Rechtsvorschriften gemacht. Das Kartellrecht wird durch diese staatlichen Vorgaben nicht tangiert. Die Regeln konkretisieren vielmehr den Ordnungsrahmen, in dem Wettbewerb stattfindet. Auch Subventionen (etwa für die Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien oder für den Kauf von Elektroautos) sind ein gängiges Mittel der Nachhaltigkeitspolitik, ebenso wie

²² Wenn Marktversagen vorliegt, impliziert dies nicht sofort, dass Markt und Wettbewerb nicht selbst Lösungen entwickeln, um zu verhindern, dass eigentlich vorteilhafte Transaktionen unterbleiben. Insbesondere bei Informationsasymmetrien kann der Markt selbst durch die Entwicklung von Marken mit Wiedererkennungswert oder Qualitätskennzeichen und Gütesiegel das Marktversagen überwinden. So garantiert etwa demeter bestimmte Produktionsweisen (näher dazu: s.u.). Im Fall öffentlicher Güter und von externen Effekten, die viele betreffen, wie etwa eine durch Treibhausgase induzierte Erderwärmung, sind marktmanente Lösungen ohne ein staatliches Eingreifen allerdings illusorisch. Staatliche Eingriffe wie etwa die Einführung von CO₂-Preisen, sei es durch ein Emissionshandelssystem wie das EU ETS oder durch CO₂-Steuern, sind hier aus ökonomischer Perspektive geboten, um effiziente Marktergebnisse zu induzieren.

²³ Verordnung EU 2019/631 legt fest, dass der Kohlendioxidausstoß von Neuwagen bis zum Jahr 2025 um 15 Prozent und bis 2030 um 37,5 Prozent im Vergleich zu 2021 sinken soll. Dies bedeutet, dass der sog. Flottenausstoß im Jahr 2030 nur noch 59,4 g CO₂/km betragen darf.

Steuern, etwa auf Mineralöl. Ein weiteres Mittel sind Preismechanismen, wie sie etwa durch das europäische Emissionshandelssystem EU ETS für CO₂ geschaffen werden. Diese sollen die negativen externen Effekte internalisieren und zugleich individuelle Anreize zum Klimaschutz schaffen. Weitere staatliche Maßnahmen sind verpflichtende Recyclingquoten, Dosenpfand, Informationspflichten (etwa über Tierhaltungsbedingungen oder über Energieverbrauchsklassen von Produkten) u.v.m. Die Palette der staatlichen Markteingriffe zur Korrektur von Marktversagen ist gerade im Bereich der Nachhaltigkeit vielfältig.

31. All die genannten Maßnahmen sind mit Wettbewerb prinzipiell kompatibel. Märkte sind keine vorrechtlichen Gebilde. Um ihre effizienz- und gemeinwohlfördernden Wirkungen zu entfalten, benötigen sie einen Regelrahmen, der etwaigen Quellen des Marktversagens begegnet.

32. In ein Spannungsverhältnis zum Wettbewerbsrecht treten die genannten Maßnahmen am ehesten, wenn Subventionen gewährt werden und deswegen das europäische Beihilfenrecht tangiert ist. Auf der Grundlage weit gefasster Ausnahmemöglichkeiten in Art. 107 Abs. 3 AEUV ist das Beihilfenrecht aber in der Lage, Nachhaltigkeitszielen Rechnung zu tragen. So geben etwa die neuen Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen (CEEAG)²⁴ einen Rahmen vor, innerhalb dessen Subventionen zur Förderung der genannten Ziele zulässig sind. Ähnliche Beihilferichtlinien gibt es für Maßnahmen, die anderen gemeinwohlorientierten Zielen dienen.

33. Die Theorie der Wirtschaftspolitik postuliert, dass gesellschaftliche Ziele am besten erreicht werden, wenn für jedes wirtschaftspolitische Ziel mindestens ein (linear unabhängiges) Instrument eingesetzt wird (sog. Tinbergen-Regel).²⁵ Anders ausgedrückt: Wenn mit einem Instrument zwei Ziele erreicht werden sollen oder mit vielen Instrumenten dasselbe Ziel verfolgt wird, entstehen regelmäßig Probleme. Im ersten Fall wird es nicht möglich sein, beide Ziele gleich gut zu erreichen, sodass ein Ziel weniger gut erreicht wird als das andere. Im zweiten Fall besteht die Gefahr von (kostspieligen) Redundanzen und Ineffizienzen. Gleichwohl mögen einzelne Instrumente Schwächen aufweisen, sodass nicht selten mehrere Instrumente komplementär zur Verfolgung eines Zieles eingesetzt werden. Deutlich problematischer ist hingegen

²⁴ Europäische Kommission (2022b).

²⁵ Siehe Tinbergen (1952).

die Verfolgung mehrerer Ziele mit nur einem Instrument, da in diesem Fall eine unvollständige Zielerreichung unvermeidlich ist und den exekutiven Institutionen dann notwendig ein diskretionärer Spielraum zugestanden wird, der fast zwangsläufig zu mehr oder minder willkürlichen Entscheidungen führt.

34. Für die Verfolgung von klima- und umweltpolitischen Zielen bedeutet dies, dass hierfür klima- und umweltpolitische Instrumente eingesetzt werden sollten. Demgegenüber ist es prima facie kontraproduktiv, den Zielkatalog der Wettbewerbspolitik oder anderer Politikbereiche um neue Ziele zu erweitern.²⁶ Im Gegenteil ist es vorzugswürdig, für jedes gesellschaftliche Ziel ein abgegrenztes Instrument einzusetzen.²⁷

2.4 Nachhaltigkeitsziele und Kartellrecht

35. Obwohl kein prinzipielles Spannungsverhältnis zwischen Wettbewerbsrecht und Nachhaltigkeitszielen zu konstatieren ist, werden mindestens zwei Szenarien diskutiert, in denen gesetzliche Regelungen allein nicht ausreichen, um das Erreichen des gesellschaftlich erwünschten Niveaus an Nachhaltigkeit sicherzustellen. Dies kann erstens dann der Fall sein, wenn die gesetzlichen Vorschriften selbst nur ein ineffizient niedriges „Nachhaltigkeitsniveau“ vorgeben, etwa weil die staatlichen Vorgaben und Maßnahmen zur Reduktion von Treibhausgasen – gemessen an den eigenen Zielen des Staates – zu wenig ambitioniert sind und/oder weil der Gesetzgeber über unzureichende Informationen über die Möglichkeiten verfügt, Nachhaltigkeitszielen in spezifischen Kontexten auf effiziente Weise Rechnung zu tragen. Über staatliche Vorschriften hinausgehende Maßnahmen Privater können dann potenziell dazu beitragen, dieses „Regulierungsversagen“ zu korrigieren.²⁸ Dies heißt allerdings noch keineswegs, dass für diesen Zweck eine Kooperation zwischen Unternehmen oder anderes kartellrechtswidriges Verhalten erforderlich ist. Zweitens ist denkbar, dass verschiedene Verbraucherinnen und Verbraucher unterschiedlich nachhaltige Produkte wünschen, etwa in Bezug auf Tierhaltung. Der Staat schreibt jedoch regelmäßig nur Mindeststandards

²⁶ Kritisch zum (zunehmenden) Zielpluralismus in Gesetzen bereits Haucap, Lange und Wey (2013).

²⁷ Für einen ähnlichen Gedanken aus rechtlicher Sicht siehe Basedow (1995).

²⁸ Hier stellt sich natürlich die Frage, warum es zu diesen unerklärlichen Defiziten staatlichen Handelns (ehemals: Staatsversagen) kommt und warum dieses nicht durch Reformen oder andere politische Entscheidungen behoben werden kann.

und, darüber hinausgehend, Informationspflichten vor. Ein Problem kann nun entstehen, wenn zur Erreichung höherer Nachhaltigkeitsniveaus (etwa wegen Skaleneffekten) eine kritische Masse an Verbrauchern gewonnen werden muss, die ein Unternehmen allein nicht erreichen kann. In diesen Fällen mag, zumindest vordergründig, eine Kooperation von Unternehmen sinnvoll erscheinen.

36. Angeführt wird in diesem Kontext mitunter das Beispiel, dass es sich für ein Unternehmen allein nicht lohnen mag, in neue umweltfreundlichere Verpackungsmaterialien (etwa für Schokoriegel) zu investieren, sondern sich die Investition der Produktentwicklung nur lohne, wenn mehrere Unternehmen sich verpflichteten, dies gemeinsam zu tun. Gleichwohl mögen zumindest einige Verbraucher eine solche umweltfreundliche Verpackung wertschätzen. Theoretisch kann hier ein Fall vorliegen, in dem eine Kooperation zwischen Unternehmen effizient ist.

37. Verwandt mit dieser Idee ist das Argument, dass sich für Vorreiter im Bereich der Nachhaltigkeit zumindest teilweise sog. „First-Mover“-Nachteile ergeben können. Dies ist dann der Fall, wenn ein Vorreiter bestimmte Investitionen, etwa in Forschung und Entwicklung, tätigt und Nachahmer diese dann später günstig imitieren können. Vorstellbar wäre beispielsweise, dass ein Unternehmen als erstes Investitionen in die Zertifizierung und Überprüfung von Lieferketten unternimmt und andere Unternehmen diese Zertifizierung später als Trittbrettfahrer günstiger nutzen können. Ähnlich gelagert wäre der Fall, dass ein Unternehmen durch Informationskampagnen und Marketinginvestitionen ein Bewusstsein für bestimmte Nachhaltigkeitsinitiativen oder einen Markt für bestimmte Produkte „schafft“ und später in diesen Markt eintretende Unternehmen diese Investitionen dann nicht mehr tätigen müssen.²⁹ Die positiven Externalitäten, die Wettbewerbern in diesen Fällen zugute kommen, mögen dazu führen, dass sich die Investition für den „First-Mover“ nicht lohnt und es somit zu ineffizient geringen Investitionen kommt. Durch Kooperationen – so das Argument – könne dieses Unterinvestitionsproblem überwunden werden. In anderen Fällen – wie etwa beim Umstellen einer Supermarktkette auf nachhaltige Produkte – handelt es sich um Konstellationen, in denen

²⁹ Inderst, Rhiel und Thomas (2021) etwa postulieren, dass bei endogenen Präferenzen, die durch gesellschaftliche Normen determiniert werden, für Unternehmen beim Versuch, eine gesellschaftliche Norm und damit die Präferenzen der Kunden zu ändern, „First-Mover“-Nachteile entstehen können.

eine entsprechende Zahlungsbereitschaft der Kunden erhofft wird, aber nicht gewährleistet ist. Die Supermarktkette, die ihr Sortiment als erstes umstellt, muss dann womöglich mit einer Abwanderung von Kunden rechnen. Ein Beispiel hierfür ist der gescheiterte Versuch der Supermarktkette Lidl, in seinen Discountmärkten in Deutschland nur noch relativ teure Fairtrade-Bananen zu verkaufen.³⁰ Dass hinreichend viele Kunden bei Discountern offenbar eher günstige Bananen kaufen, kann allerdings nicht einfach als Ausprägung eines durch wettbewerbsbeschränkende Kooperationen zu bekämpfendes Marktversagen interpretiert werden. Vielmehr dürfte es – so die naheliegende Interpretation – einfach die Präferenzen zumindest dieser Verbraucher widerspiegeln. Das Wettbewerbsrecht ermächtigt Unternehmen aber nicht, durch Wettbewerbsbeschränkung zur Umerziehung von Verbrauchern im Dienste lobenswerter Ziele beizutragen. Dass Nachhaltigkeitsziele im Lebensmittelhandel ohne Wettbewerbsbeschränkungen zum Werbeträger werden können, zeigt der Vorstoß von Aldi vom Sommer 2021, das Fleischangebot sukzessive auf Frischfleisch der Haltungsformen 3 und 4 umzustellen. Dieser Vorstoß hat sich nicht als Wettbewerbsnachteil erwiesen. Die Wettbewerber zogen vielmehr unmittelbar nach.

38. Bevor wir weiter unten darauf eingehen, ob für kooperative Nachhaltigkeitsinitiativen eine Änderung des Kartellrechts erforderlich ist, wird im nächsten Abschnitt ein Überblick über die bisherige Erfahrung mit Nachhaltigkeitsinitiativen gegeben.

³⁰ „Der Kunde kauft anders ein, als er redet“, so damals das nüchterne Fazit des Lidl-Chefs Klaus Gehrig – siehe <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/lidls-fair-gehandelte-banane-floppt-16192800.html>.

III Beispiele für unternehmerische Nachhaltigkeitsinitiativen und ihre wettbewerbsrechtliche Einordnung

39. Die Frage, ob Gemeinwohlgründe einen Verstoß gegen das Kartellverbot ausschließen oder jedenfalls rechtfertigen können, ist keineswegs neu. Die bisherige Fallpraxis bietet Anschauungsmaterial für die Spannungslagen, die bei der Anwendung des Kartellrechts auftreten können. Sie gibt zugleich Aufschluss über die Chancen und Risiken wettbewerbsbeschränkender Kooperationen. Die folgenden Fallgruppen lassen sich unterscheiden: (1) Unternehmenskooperationen zur Verfolgung von Umweltschutz- und Klimazielen; (2) Unternehmenskooperationen zur Förderung des Tierwohls; (3) Unternehmensinitiativen zur Verfolgung sozialer Ziele, insbesondere mit extraterritorialem Fokus.

3.1 Unternehmenskooperationen zur Verfolgung von Umweltschutz- und Klimazielen

40. Unternehmenskooperationen zur Verfolgung von Umweltschutz- und Klimazielen haben die Wettbewerbsbehörden in der Vergangenheit gelegentlich, aber nicht oft beschäftigt. Auf europäischer Ebene wird bis heute die CECED-Entscheidung der EU-Kommission aus dem Jahr 2000³¹ kontrovers diskutiert. Verschiedene Waschmaschinenhersteller und nationale Fachverbände mit einer Marktabdeckung von 95 Prozent hatten vereinbart, Waschmaschinen der Effizienzklassen E, F und G sowie später auch der Effizienzklasse D in der EU nicht mehr herzustellen und sie nicht länger einzuführen. So sollte für eine größere Verbreitung energiesparender Technologien gesorgt und die Allgemeinheit besser über den umweltbewussten Gebrauch von Waschmaschinen informiert werden. Die Kommission hat diese Vereinbarung vom Kartellverbot freigestellt: Zwar wurde die technische Vielfalt und die Wahlfreiheit der Verbraucher und damit zugleich der Wettbewerb hinsichtlich eines wichtigen Produktmerkmals beschränkt. Klar war zudem, dass die Wettbewerbsbeschränkung höhere Produktionskosten für die Waschmaschinenhersteller mit sich brachte und damit die Preise für das Produktionssortiment

³¹ Europäische Kommission (1999).

steigen würden. Nach Ansicht der Kommission trug die Vereinbarung aber zum technischen Fortschritt bei, denn die Waschmaschinen höherer Effizienzklassen verbrauchten weniger Strom und waren in technischer Hinsicht effizienter. Ein Beitrag zum wirtschaftlichen Fortschritt lag in der geringeren Umweltbelastung bei gleicher Leistung und in der zu erwartenden Konzentration von Forschungs- und Entwicklungsarbeiten auf die Steigerung der Energieeffizienz über die gegenwärtigen technischen Grenzen der Effizienzklasse A hinaus. Auch mit einer angemessenen Beteiligung der Verbraucher an diesen Gewinnen war aus Sicht der Kommission zu rechnen: Die Verbraucher hatten zwar höhere Anschaffungskosten, die aber je nach Gebrauchsfrequenz und Elektrizitätspreisen innerhalb von 9 bis 40 Monaten wieder hereingeholt werden konnten. Außerdem sei mit einem stärkeren Preiswettbewerb bei energieeffizienteren Maschinen zugunsten der Verbraucher zu rechnen. Ergänzend verwies die Kommission auf den Umweltnutzen für die Gesellschaft: Der gesamtgesellschaftliche Nutzen führe im Ergebnis zu einer angemessenen Beteiligung der Verbraucher am Gewinn, „selbst sofern keine Vorteile für die einzelnen Käufer bestehen sollten“. In ihren Leitlinien zu wettbewerbsbeschränkenden Horizontalvereinbarungen aus dem Jahr 2001 griff die Kommission diesen – in der CECED-Entscheidung nur als obiter dictum formulierten – Gedanken auf: Eine Freistellung vom Kartellverbot sei möglich, wenn der „Nettobeitrag zum Umweltschutz [...] insgesamt schwerer [wiege] als die Kostensteigerungen“.³² In ihren Leitlinien von 2011 distanzierte sich die Kommission dann jedoch von diesem Ansatz. Nur der Individualnutzen für die Käufer soll nach diesen Leitlinien rechtfertigend ins Gewicht fallen.³³

41. In der Folge des Übergangs von einem Genehmigungssystem für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, wie die Verordnung 17/62 es vorsah, hin zu einer Legalausnahme mit der Verordnung 1/2003 hat die Kommission keine weiteren Kartell-Freistellungsentscheidungen mehr getroffen. Allerdings hat das Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) in einer Stellungnahme zur gemeinsamen Nutzung von Mobilfunknetzen die Schonung von Umweltressourcen, die Reduktion des Energieverbrauchs und Gesundheitsbelange als mögliche relevante Vorteile solcher Vereinbarungen angeführt, die im Einzelfall zu würdigen seien.³⁴

³² Europäische Kommission (2001), Rn. 198.

³³ Europäische Kommission (2011a), Rn. 329.

³⁴ BEREC (2019), S. 10.

42. Die Europäische Kommission ihrerseits stößt immer wieder sektorale Initiativen zur Förderung von Umweltschutzziele an. Einschlägig ist etwa die von der Kommission im Jahr 2018 ins Leben gerufene „Circular Plastics Alliance“, die führende industrielle Akteure versammelt, um den Anteil an wieder aufbereitetem Plastik zu erhöhen und entsprechende Innovation zu stimulieren. Die Allianz hat sich im Jahr 2019 in einer Deklaration auf gemeinsame Ziele sowie auf einen Datenaustausch, Dialog und Kollaboration verpflichtet, um die von der Kommission gesetzten Ziele zur Ausweitung der Verwendung von wieder aufgearbeitetem Plastik zu erreichen.³⁵ Ausnahmen vom Wettbewerbsrecht sind damit nicht verbunden.³⁶ Die Leitlinien der Circular Plastics Alliance zur wettbewerbsrechtlichen Compliance und die Entscheidungspraxis der Kommission verdeutlichen die Wettbewerbsrisiken, die mit den durch Behörden angestoßenen Industriekooperationen verbunden sind: Es ist nicht vollkommen überraschend, dass kommissionsseitig angestoßene Kooperationen zum Ausgangspunkt für Hardcore-Kartelle geworden sind.³⁷

43. In der Praxis nationaler Wettbewerbsbehörden spielen wettbewerbsbeschränkende Umwelt- und Klimaschutzkooperationen bislang nur eine sehr überschaubare Rolle. In Deutschland wurden eine Zeit lang wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen innerhalb des „Dualen Systems Deutschland“ (DSD) geduldet, weil bei einer wettbewerblichen Ausgestaltung des Systems zur Rücknahme und Verwertung von Verpackungsabfällen ein Zusammenbruch dieses Systems, jedenfalls aber negative Auswirkungen auf den Umweltschutz befürchtet wurden. Mit einer Entscheidung vom 17.9.2001 erzwang die EU-Kommission jedoch die Öffnung der Märkte für Verpackungsabfälle.³⁸ In der Folge löste DSD seine kartellähnliche Struktur auf. Der Zusammenbruch des Sammel- und Verwertungssystems für Verkaufsverpackungen blieb aus.³⁹ Ähnliche Erfahrungen wurden im Bereich der Sammlung und des Recyclings von Altglas gemacht.⁴⁰ Die niederländische Wettbewerbsbehörde (ACM) war mit einer geplanten Vereinbarung zwischen Betreibern von Kohlekraftwerken befasst, welche die koordinierte Abschaltung von fünf besonders umweltbelastenden Kohlekraftwerken vorsah. Auf der Grundlage einer umfassenden

³⁵ Abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/36361>

³⁶ Siehe die Guidelines for competition law compliance within Circular Plastics Alliance, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/44544>.

³⁷ Siehe z.B. Europäische Kommission (2011b).

³⁸ Europäische Kommission, 17.9.2001, ABl. 2001 Nr. L 319/1.

³⁹ Zu den Folgen der Wettbewerbsöffnung siehe Bundeskartellamt (2012).

⁴⁰ Siehe dazu Bundeskartellamt Entscheidung vom 31.5.2007, B4-1006/06 und Bundeskartellamt (2020).

Kosten-Nutzen-Analyse stellte die ACM in diesem Fall aber fest, dass die Nachteile der Vereinbarung für Verbraucher – insbesondere in Form höherer Strompreise – die positiven Auswirkungen deutlich überstiegen.⁴¹

44. Die bisherige Erfolgsbilanz wettbewerbsbeschränkender Umwelt- und Klimaschutzvereinbarungen ist somit dünn.

3.2 Unternehmenskooperationen zur Verfolgung von Tierwohlzielen

45. Die Debatte über wettbewerbsbeschränkende Nachhaltigkeitsvereinbarungen dreht sich – vielleicht bezeichnender Weise – häufig nicht um genuine Klima- und Umweltschutz-, sondern um Tierwohlvereinbarungen.

46. Furore hat insbesondere die sog. „Chicken of Tomorrow“-Entscheidung der ACM gemacht. Verboten wurde in diesem Fall eine Vereinbarung zwischen Supermärkten, Geflügelzüchtern und Masthühnchenverarbeitern, mit der sich die niederländischen Supermärkte verpflichteten, Hühnerfleisch, das nicht den vereinbarten Standards an das Tierwohl entsprach, aus ihren Regalen zu entfernen. Um festzustellen, ob die damit verbundene Wettbewerbsbeschränkung durch Vorteile ausgeglichen wurde, die an die Verbraucher weitergereicht wurden, prüfte die ACM, ob der Steigerung des Tierwohls eine entsprechende Zahlungsbereitschaft („willingness to pay“) der Verbraucher entsprach. Zwar war eine gesteigerte Zahlungsbereitschaft von Verbrauchern für nachhaltiger produziertes Hühnerfleisch festzustellen. Die ACM ging jedoch davon aus, dass dies nicht die Ausschaltung der Wahlfreiheit der Verbraucher rechtfertigte. Vielmehr hätten die Verbraucher über die entsprechenden Verbesserungen informiert und von der Höherwertigkeit der Produkte überzeugt werden müssen.⁴²

47. Eine in einigen Hinsichten ähnliche Kooperation – die „Initiative Tierwohl“ (ITW) – hat das Bundeskartellamt gleich mehrfach beschäftigt. Bei dieser Initiative handelt es sich um ein Branchenbündnis aus Landwirtschaft, Fleischwirtschaft und Lebensmitteleinzelhandel. Kern dieser hauptsächlich

41 Näher Kloosterhuis und Mulder (2015).

42 ACM (2015).

von den vier größten Lebensmitteleinzelhandelsunternehmen⁴³ finanzierten Kooperation ist die Zahlung eines einheitlichen Preisaufschlags (sog. „Tierwohlgeld“) an Landwirte, die näher definierte, über die gesetzlichen Mindeststandards hinausgehende Maßnahmen zur Verbesserung der Haltungsbedingungen von Schweinen und Geflügel ergreifen, insbesondere mehr als den gesetzlich vorgesehenen Platz in Ställen bereitstellen. Im Rahmen ihrer ersten Gesetzgebung hat das Bundeskartellamt der Initiative im Jahr 2014 Eckpunkte für eine kartellrechtskonforme Ausgestaltung mitgeteilt. Unter anderem sollte ein diskriminierungsfreier und freiwilliger Zugang der Unternehmen zur Förderung durch die ITW und die freie Wahl des Zertifizierers der geforderten Umsetzungsmaßnahmen gewährleistet werden.⁴⁴ In den Folgejahren wurde für Geflügel überdies eine Kennzeichnung für das nach den ITW-Tierwohlkriterien erzeugte Fleisch eingeführt (sog. „Nämlichkeit“), um auf diese Weise Transparenz für Verbraucher herzustellen.

48. Das Bundeskartellamt kündigte auf dieser Grundlage im Jahr 2018 eine weitere Duldung des „Tierwohlgelds“ für Geflügel bis 2020 an, verlangte von der ITW aber zugleich die Einführung eines Produktsiegels auch für Schweinefleisch und eine Finanzierung des Tierwohlgelds, die nicht länger als fester Preisaufschlag pro verkauftem Kilo Fleisch im Handel ausgestaltet ist. Zur Begründung seines Nicht-Einschreitens hat das Amt in seiner Pressemitteilung auf „ein Verbraucherinteresse an nachhaltig produzierten Produkten und ein entsprechendes Marktpotenzial“ verwiesen.⁴⁵

49. Im Januar 2022 hat sich das Bundeskartellamt schließlich zu einer geplanten Erstreckung des „Tierwohlgelds“ auf den Bereich der Rindermast geäußert, mit Auswirkungen auf den Milchbereich. Erneut ist das Amt nicht eingeschritten, deutet aber für die Zukunft einen strengeren Prüfungsmaßstab an: Über ein Produktsiegel müsse das nach besonderen Tierwohlkriterien produzierte Fleisch für Verbraucher erkennbar sein. Darüber hinaus sei das Finanzierungsmodell bei Geflügel- und Schweinefleisch in eine wettbewerbliche Richtung weiterzuentwickeln. Zu berücksichtigen sei dabei die gestiegene Bereitschaft der Verbraucher, Tierwohlgesichtspunkte bei ihrer Kaufentscheidung zu berücksichtigen.⁴⁶

43 Namentlich EDEKA, REWE, Aldi und die Schwarz-Gruppe.

44 Bundeskartellamt (2015), S. 53-54.

45 Bundeskartellamt (2017). Siehe außerdem Engelsing und Jakobs (2018), S. 16 ff.

46 Bundeskartellamt (2022).

50. Anders als die ACM hat das Bundeskartellamt bislang mithin versucht, den wahrgenommenen Konflikt zwischen Tierwohl und Wettbewerb im Rahmen des Aufreißermessens zu lösen, verbunden mit einem kontinuierlichen Monitoring der potenziell problematischen Projekte. Ihm ist damit de facto die Aufgabe einer kontinuierlichen Regulierung und Überwachung eines offenkundig expansionswilligen Kartells zugewachsen. Für vergleichbare Initiativen ist die ITW ein problematisches Präjudiz.

51. Für die Einordnung der Entscheidung des Bundeskartellamtes ist wichtig, dass trotz der Absprachen innerhalb der Initiative Tierwohl weiterhin alternative Angebote im Markt bestanden und somit die Wahlmöglichkeiten der Verbraucherinnen und Verbraucher erhalten blieben. Nach herkömmlichen Maßstäben war die Initiative jedenfalls insoweit gerechtfertigt, als sie eine Standardisierung der Siegel bewirkte und damit einer Überforderung der Verbraucherinnen und Verbraucher durch eine übergroße Vielfalt an Siegeln entgegenwirkte. Mindestens fraglich ist allerdings, ob der legitime Zweck der Tierwohlförderung tatsächlich die Vereinbarung fester Preisaufschläge erforderte. Entscheidend für die Verbraucher dürfte nämlich die Einhaltung der Produktionsbedingungen (zum Wohl der Tiere) sein, nicht aber die Standardisierung der Vergütung. Nicht umsonst trägt die Initiative die Bezeichnung Tierwohl, nicht aber Bauernwohl. Gleichwohl hat das Bundeskartellamt den einheitlichen Aufpreis „für eine Übergangsphase aufgrund des Pioniercharakters dieses Projekts toleriert“.⁴⁷ Die einheitlichen Preisaufschläge sollen aber ab dem Jahr 2024 entfallen und z.B. durch eine Empfehlung zur Vergütung von Tierwohlkosten ersetzt werden.

3.3 Unternehmenskooperationen zur Verfolgung sozialer Ziele, insbesondere mit extraterritorialem Fokus

52. Das bekannteste Beispiel für eine Unternehmenskooperation mit sozialer Zielsetzung ist die Fairtrade-Initiative. Bei der Fairtrade Labeling Organizations International handelt es sich um einen global agierenden eingetragenen Verein, der im Jahr 1997 als Dachorganisation für fairen

⁴⁷ Bundeskartellamt (2022).

Handel mit Sitz in Bonn gegründet wurde.⁴⁸ Die Mitglieder des Vereins sind Nichtregierungsorganisationen, die sich für eine nachhaltige Entwicklung der landwirtschaftlichen Produktion in den Entwicklungs- und Schwellenländern und einen nach sozialen, ökologischen und ökonomischen Kriterien fairen Handel einsetzen. Diese Ziele werden mithilfe des Fairtrade-Siegels verfolgt, das für Produkte vergeben wird, die dem Regelwerk der Organisation entsprechen, das sowohl organisatorische als auch produktbezogene Kriterien umfasst. Unter anderem wird die Zahlung eines Mindestpreises verlangt, der die durchschnittlichen Kosten einer nachhaltigen Produktion decken soll. Der Preis wird von Fairtrade nach einem bestimmten Verfahren im Austausch mit den Erzeugern und Abnehmern für einzelne Produktgruppen festgelegt. Eine sog. Fairtrade-Prämie, mit der kommunale Projekte der jeweiligen Erzeugergemeinschaft gefördert werden sollen, kommt hinzu. Die Teilnahme am Fairtrade-System ist freiwillig und erfolgt auf nicht-ausschließlicher Basis, d.h. Teilnehmer können ihre Produkte weiterhin außerhalb des Systems verkaufen, dürfen dann allerdings nicht das Siegel verwenden. Die Verwendung konkurrierender Siegel ist nicht ausgeschlossen.

53. Die Preisbindung auf der Beschaffungsseite als wesentlicher Bestandteil des Fairtrade-Systems ließ sich nach Ansicht des Bundeskartellamts mit dem Kartellverbot nicht ohne weiteres in Einklang bringen. Weder ließen sich die Nachhaltigkeitskriterien als technische Normen einordnen, welche die Nichtanwendbarkeit des Kartellverbots begründen könnten, da es sich nicht um produktions- oder qualitätsbezogene Anforderungen an die gehandelten Produkte oder den Herstellungsprozess handelte. Das kartellrechtliche Privileg für Gütezeichen als käuferbezogene Warenkennzeichnung mit Transparenz- und Garantiefunktion deckte die preisbezogenen Elemente des Fairtrade-Siegels ebenfalls nicht ohne weiteres ab. Erwogen wurde ferner, ob private Ethikstandards als solche eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs des Kartellverbots rechtfertigen könnten, insbesondere wenn sie als Reaktion auf ein Markt- und Staatsversagen bei der Beschaffung aus strukturell und wirtschaftlich benachteiligten Bezugsquellen aus außereuropäischen Drittstaaten dienen. In die Kategorien des Rechtfertigungstatbestands nach Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 GWB ließ sich das Fairtrade-Siegel schwerlich einordnen. Im Ergebnis entschloss sich das Bundeskartellamt im Rahmen

⁴⁸ Für eine Beschreibung der Fairtrade-Initiative siehe insbesondere Engelsing und Jakobs (2019), S. 17 ff.

seines Aufgreifermessens, von der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens abzusehen.

54. Für wettbewerbsrechtlich unbedenklich hat das Bundeskartellamt eine freiwillige Selbstverpflichtung des Lebensmitteleinzelhandels zu gemeinsamen Standards bei Löhnen im Bananensektor erachtet. Im Auftrag des Bundesministeriums für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung hat die Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) eine Branchenkooperation des deutschen Lebensmitteleinzelhandels initiiert, deren Ziel in der Vereinbarung gemeinsamer Standards für existenzsichernde Löhne im Bananensektor entlang der Lieferkette für Eigenmarkenbananen besteht. Gemeinsam sollen verantwortungsvolle Beschaffungspraktiken eingeführt und Prozesse zum transparenten Monitoring der Löhne geschaffen werden. Gleichzeitig soll das Absatzvolumen der nach diesen Standards produzierten Bananen schrittweise erhöht werden. Ein Austausch von Einkaufspreisen, Kosten, Produktions- oder Absatzmengen findet nicht statt. Auch werden keine verpflichtenden Mindestpreise oder Preisaufschläge eingeführt.⁴⁹ Die Kooperation soll der Vorbereitung auf die Verpflichtungen dienen, die mit dem im Jahr 2023 in Kraft tretenden Lieferkettengesetz verbunden sind.

3.4 Grundlinien der bisherigen Entscheidungspraxis

3.4.1 Allgemeine Einordnung der bisherigen Fallpraxis

55. Lässt man die vorstehende Übersicht Revue passieren, so fällt zuerst die überschaubare Anzahl an einschlägigen Fällen ins Auge, die bislang von Wettbewerbsbehörden zu beurteilen waren. Die Schwerpunkte Fairtrade-Initiativen, Tierwohliniitiativen und Umwelt- und Klimakooperationen zeigen überdies, dass Unternehmenskooperationen auf unterschiedliche Formen von „Systemversagen“ reagieren.

56. Die territoriale Begrenzung von Regulierungskompetenzen ist Ausgangspunkt der kooperativen Schaffung extraterritorialer Mindeststandards, auf die Initiativen wie Fairtrade oder die Branchenkooperation zugunsten von

⁴⁹ Bundeskartellamt (2022).

Mindestlöhnen für Bananen abzielen. Diese Initiativen erhalten durch das Lieferkettengesetz einen neuen Kontext: Jedenfalls größere Unternehmen, die mindestens 3000 Arbeitnehmer im Inland beschäftigen, sind verpflichtet, ein Risikomanagement einzuführen, das die Einhaltung menschenrechtlicher und umweltbezogener Sorgfaltspflichten in der Lieferkette gewährleistet (§§ 1, 3, 4 Lieferkettengesetz). Zu den menschenrechtlichen Risiken, die es zu vermeiden gilt, zählen unter anderem Kinderarbeit, Zwangsarbeit, die Missachtung des Diskriminierungsverbots und von Sicherheitsstandards sowie das Vorenthalten eines angemessenen Lohns (§ 2 Abs. 2 Lieferkettengesetz). Es ist anzunehmen, dass sich in Zukunft zunehmend Zertifizierungssysteme entwickeln, die Unternehmen bei der Einhaltung ihrer Sorgfaltspflichten unterstützen. Die Branchenkooperation zugunsten von Mindestlöhnen für Bananen zeigt, wie solche Systeme im Einklang mit dem Kartellrecht geschaffen werden können.

57. Wettbewerbsrechtlich problematisch und umstritten sind vor allem bestimmte Ausgestaltungen von Tierwohliniitiativen – nämlich solche, die Preiselemente enthalten und/oder Aufpreise für Tierwohlstandards oberhalb gesetzlicher Mindestvorgaben verlangen, die am Markt wegen mangelnder Zahlungsbereitschaft der Verbraucher nicht durchsetzbar wären, dies in einem Umfeld, in dem eine immer größere Anzahl von Verbraucherinnen und Verbrauchern Gesichtspunkte des Tierwohls in ihre Kaufentscheidungen einbezieht.⁵⁰ Glaubwürdig kommunizierte Tierwohl- oder Fair-Trade-Standards werden zunehmend zu einem Wettbewerbsparameter. Kooperationen können allerdings erforderlich sein, um die Sichtbarkeit und Glaubwürdigkeit solcher Qualitätsstandards zu gewährleisten oder zu erhöhen.

58. Genuine Umwelt- und Klimaschutzkooperationen waren bislang selten. Ihre Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV ist regelmäßig entweder am Kriterium der „angemessenen Beteiligung der Verbraucher“ oder aber am Unerlässlichkeitskriterium gescheitert. Zum Teil war nicht erkennbar, dass die Kooperationen tatsächlich der Nachhaltigkeit dienten. Zum Teil ließen sich die Nachhaltigkeitsziele mit wettbewerbsfreundlicheren Mitteln realisieren. In den verbleibenden Fällen haben die Wettbewerbsbehörden die ihnen zur Verfügung stehenden Beurteilungsspielräume häufig zugunsten der fraglichen Initiativen ausgeschöpft.

⁵⁰ Siehe Schinkel und Treuren (2021).

3.4.2 Auflösung der Spannungslagen zwischen Wettbewerb und Nachhaltigkeit nach geltendem Recht

59. Entgegen einer verbreiteten Wahrnehmung, dass das Wettbewerbsrecht der Realisierung von Nachhaltigkeitszielen im Wege stehe, gelingt es bereits nach geltendem Recht regelmäßig, Spannungslagen aufzulösen.

3.4.2.1 Nachhaltigkeitskooperationen, die aus dem Anwendungsbereich des Kartellverbots herausfallen

60. Nicht alle Formen von Nachhaltigkeitskooperationen unterfallen überhaupt dem Kartellverbot. Aus dem Anwendungsbereich von Art. 101 Abs. 1 AEUV / § 1 GWB herausfallen kann etwa eine gemeinsame Werbekampagne zur Steigerung der Aufmerksamkeit für Nachhaltigkeitskriterien im Konsum – sie kann gar zu einer Steigerung des Nachhaltigkeitswettbewerbs führen. Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern über die gemeinsame Forschung und Entwicklung grüner Technologie führt nicht notwendig zu einer Wettbewerbsbeschränkung – hier ist auf die allgemeinen Regeln zu Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen zu verweisen.⁵¹

61. Besondere Bedeutung für den Nachhaltigkeitswettbewerb kann Gütesiegeln zukommen. Verbraucherinnen und Verbraucher, die Wert auf gewisse Produktionsstandards etwa in Bezug auf das Tierwohl, Umweltverträglichkeit, Regionalität oder fairen Handel legen, können die Einhaltung diesbezüglicher Aussagen und Qualitätsversprechen von Herstellern in aller Regel nicht selbst überprüfen. Ökonomisch gesehen handelt es sich bei diesen Produkteigenschaften um Vertrauenscharakteristika von Produkten.⁵² Vertrauenscharakteristika zeichnen sich dadurch aus, dass Verbraucherinnen und Verbraucher diese Eigenschaften selbst nach dem Konsum eines Produktes gar nicht oder nur mit erheblichen Kosten überprüfen können. Vertrauenscharakteristika unterscheiden sich damit von sog. Such- oder Erfahrungseigenschaften von Produkten, welche die Käuferinnen und Käufer vor dem Kauf (Sucheigenschaften) oder nach dem Konsum (Erfahrungseigenschaften) leicht feststellen können. Bei Vertrauenseigenschaften kann es somit, der ökonomischen Theorie folgend, leicht zu einem Marktversagen kommen, wenn dieses nicht

⁵¹ Europäische Kommission (2011a), Rn. 111 ff.

⁵² Vgl. Darby und Karni (1973). Im Kontext von Lebensmitteln dazu Haucap und Schmidt (2002), dem Grunde nach aber bereits Chamberlin (1953), S. 27.

durch marktinterne oder -externe Mechanismen aufgelöst wird. Standards und Gütesiegel, die sich auf sog. Vertrauenseigenschaften von Produkten beziehen, können ein marktkonformer Mechanismus sein, um Vertrauen zu schaffen, dadurch ein mögliches Marktversagen zu überwinden und wirksamen Wettbewerb zu befördern.

62. Insbesondere für Tierwohliniitiativen und Umweltschutzvorgaben in der landwirtschaftlichen Produktion, aber auch für die Einhaltung sozialer Mindeststandards im internationalen Handel sind einschlägige Siegel bereits fest im Markt etabliert. Ein prominentes Beispiel für einen solchen Standard ist etwa das demeter-Siegel. Hersteller, die das demeter-Siegel verwenden wollen, müssen sich allen möglichen, teils sehr detaillierten Vorgaben zur Produktionsweise (Erzeugung und Verarbeitung) unterwerfen.⁵³

63. Damit aber Standards und Gütesiegel ihre Funktion erfüllen können, müssen Verbraucherinnen und Verbraucher hinreichend gute Vorstellungen davon haben, was sich mit den Standards und Gütesiegeln verbindet. Dafür wiederum ist regelmäßig eine hinreichend weite Verbreitung notwendig, d.h. es muss eine kritische Masse an Nutzern eines Standards geben. Ein Nebeneinander zu vieler konkurrierender Siegel und Kennzeichen kann hingegen zu einer „Siegeflut“ führen, sodass der Informationsgehalt der verschiedenen Kennzeichen verloren gehen kann.⁵⁴

64. Der Einsatz von Standards muss sich im Übrigen nicht auf Gütesiegel beschränken, die im Verhältnis zu Endkundinnen und -kunden eingesetzt werden. Sie können auch im unternehmerischen Verkehr eine legitime Funktion entfalten – etwa wenn es um Nachhaltigkeitskriterien in der Lieferkette geht.

65. Qualitätszertifikate und Gütesiegel können in unterschiedlicher Weise zustande kommen. Sie können auf die Initiative von Wettbewerbern, von zivilgesellschaftlichen Organisationen oder von einer Gruppe unterschiedlicher Stakeholder ausgehen.

66. Kartellrechtlich sind Gütezeichengemeinschaften jedenfalls dann unproblematisch, (a) wenn die Nachhaltigkeitsvorgaben in einem transparenten und für alle interessierten Wettbewerber offenen Verfahren formuliert werden, (b)

⁵³ <https://www.demeter.de/leistungen/zertifizierung/richtlinien>
⁵⁴ Sachverständigenrat für Verbraucherfragen (2021), S. 417 ff.

die Nutzung des Siegels allen Wettbewerbern zu nicht-diskriminierenden Bedingungen – allerdings verbunden mit einem effektiven Compliance-System – offensteht, (c) wenn die Nutzung des Gütezeichens zugleich freiwillig bleibt und Unternehmen über die Nachhaltigkeitsanforderungen des Gütezeichens hinausgehen, also innovative alternative Standards entwickeln können, (d) wenn keine unnötigen sensiblen Geschäftsinformationen ausgetauscht werden; und wenn (e) Nachfragern weiterhin die Auswahl zwischen Produkten mit und ohne Siegel verbleibt.⁵⁵ Werden diese Anforderungen eingehalten, so fehlt es regelmäßig bereits an einer Wettbewerbsbeschränkung. An Gütesiegel können in dieser Hinsicht vergleichbare Anforderungen angelegt werden wie an technische Standards.⁵⁶ Siegel, welche die genannten Anforderungen erfüllen, ermöglichen die Entwicklung und Vermarktung einer neuen Kategorie von Produkten, erweitern damit die Auswahlmöglichkeiten der Nachfrager und fördern Innovation.

67. Siegel, die diese Anforderungen nicht erfüllen, bedürfen einer genaueren Überprüfung. Wird – wie bei der ITW – direkt Einfluss auf die Preisgestaltung genommen, wird in anderer Weise versucht, erhöhte Produktionskosten auf Endkundenpreise weiter zu wälzen, oder werden Unternehmen genötigt, keine Produkte mehr zu vermarkten, die den Siegelvorgaben nicht entsprechen, so liegt eine Wettbewerbsbeschränkung auf der Hand. In anderen Fällen bedarf es einer Überprüfung der Wirkungen im Wettbewerb. Wichtige Kriterien sind dann die Marktabdeckung des Siegels und die Frage, ob Verbraucherinnen und Verbrauchern die Wahl zwischen siegelkonformen Produkten und anderen „Labels“ oder konventionell hergestellten Produkten verbleibt.

68. In der Literatur ist gelegentlich dafür plädiert worden, Nachhaltigkeitskooperationen in deutlich weiterem Umfang vom Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV / § 1 GWB auszunehmen. Der unverfälschte Wettbewerb sei nur eines der in den Europäischen Verträgen vorgegebenen Ziele, das mit einer Vielzahl anderer Gemeinwohlziele in Einklang zu bringen sei, etwa dem Umweltschutz oder sozialen Belangen. Nach der Querschnittsklausel des

55 Siehe Rn. 572 des Entwurfs der Europäischen Kommission (2022a) zur Reform der Horizontalleitlinien. Als weitere Voraussetzung wird hier genannt, dass der Nachhaltigkeitsstandard „nicht zu einem erheblichen Preisanstieg“ führen dürfe. Für die betroffenen Produkte wird der Preis allerdings regelmäßig steigen. Solange die Auswahl der Verbraucherinnen und Verbraucher nicht eingeschränkt wird, sollte dies jedoch nicht dazu führen, dass die Standards unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen.

56 Zu diesen Anforderungen siehe Europäische Kommission (2011a), Rn. 257 ff.

Art. 11 AEUV hätten die Unionsorgane die Erfordernisse des Umweltschutzes auch bei der Festlegung und Durchführung der Wettbewerbspolitik zu beachten, Art. 7 AEUV verpflichte sie, auf die Kohärenz der verschiedenen Politiken zu achten.⁵⁷ Insbesondere in *Wouters*⁵⁸ und *Meca-Medina*⁵⁹ habe der EuGH festgestellt, dass nicht jede wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung zwischen Unternehmen sowie nicht jeder wettbewerbsbeschränkende Beschluss einer Unternehmensvereinigung automatisch vom Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst werde, sondern im Einzelfall der Gesamtzusammenhang zu berücksichtigen sei, in dem die Vereinbarung bzw. der Beschluss seine Wirkung entfalte, und insbesondere deren Zielsetzung. Legitime Zielsetzungen – insbesondere solche, die, wie der Umwelt- und Klimaschutz, einen ausdrücklichen Anknüpfungspunkt im AEUV finden – könnten wettbewerbsbeschränkende Kooperationen daher über die engen Grenzen der in Art. 101 Abs. 3 AEUV normierten Voraussetzungen hinaus rechtfertigen, nämlich bereits die Anwendbarkeit des Verbotstatbestandes ausschließen. Geboten sei dann lediglich eine Verhältnismäßigkeitsprüfung. Diese habe denselben Maßstäben zu folgen, wie sie bei der Überprüfung einem gesetzgeberischen Eingriff in die Grundfreiheiten zugrunde gelegt würden.⁶⁰

69. In der Rechtsprechung der Unionsgerichte finden sich für eine Übertragung dieser Grundsätze auf Nachhaltigkeitsinitiativen allerdings keine Anhaltspunkte.⁶¹ Das *Wouters*-Urteil betraf eine durch die niederländische Rechtsanwaltskammer als Akt delegierter Rechtssetzung erlassene Verordnung, die darauf abzielte, Interessenkonflikte von Anwälten zu vermeiden. Der Sache nach ging es danach um die Ausgestaltung der Rahmenordnung für den Wettbewerb.⁶² Angesichts der Delegation der Rechtssetzungsbefugnis bestand ein besonderer Legitimationszusammenhang. Außerhalb eines solchen Legitimationszusammenhangs ist die *Wouters*-Rechtsprechung nur auf die Regelsetzung

57 Dies ist im Wesentlichen unumstritten – siehe etwa Schweitzer (2015), S. 22 ff. sowie Kokott und Dittert (2015). Ausführlich zur Bedeutung von Art. 11 AEUV im Rahmen der Anwendung der Wettbewerbsregeln siehe Ullrich (2022), S. 4 ff.

58 EuGH 19.2.2002, Rs. C-309/99 – *Wouters*.

59 EuGH 18.7.2006, Rs. C-519/04 – *Meca-Medina*. Darüber hinaus werden angeführt: EuGH 18.2.2013, Rs. C-1/12 – *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*; EuGH 18.7.2013, Rs. C-136/12 – *CNG*; und EuG, T.93/18, ECLI:EU:T:2020:610 – *International Skating Union*.

60 Für diese Position siehe etwa Holmes (2020), S. 370, Kingston (2012), S. 233 und Dolmans (2021), S. 28 ff. Siehe ferner Monti (2020), S. 129.

61 Siehe ACM (2021), para. 18, welche die Anwendbarkeit der *Wouters*-Ausnahme auf Sustainability Agreements offenlässt, jedoch auf die besondere Eignung des Art. 101 Abs. 3 AEUV für ihre Überprüfung hinweist. Ähnlich bereits Kokott und Dittert (2015), S. 18: Der geschriebenen Rechtfertigungsmöglichkeit in Art. 101 Abs. 3 AEUV gebühre beim Umweltschutz Vorrang.

62 So zutreffend Ullrich (2022), S. 20.

durch internationale Sportverbände übertragen worden.⁶³ Auch bei dieser Regelsatzung geht es nicht um die Außerkraftsetzung des Wettbewerbs, sondern um die Herstellung von wettbewerbsförderlichen Bedingungen. Eine Freistellung wettbewerbsbeschränkender Nachhaltigkeitsvereinbarungen vom Wettbewerbsverbot lässt sich hiermit nicht gleichsetzen.⁶⁴ Aber auch einer Marktregulierungskompetenz von Unternehmen für Nachhaltigkeitsziele steht Art. 101 AEUV weiterhin entgegen, wenn damit Wettbewerbsbeschränkungen verbunden sind: Für private „Regulierung“ gelten andere Grenzen als für den demokratisch legitimierten, an besondere Repräsentations- und Transparenzanforderungen gebundenen Gesetzgeber. In Rechnung zu stellen ist dabei stets die Eigennützigkeit privater Selbstregulierung: Sowohl einem „Greenwashing“ als auch einer Umverteilung zugunsten der an der Wettbewerbsbeschränkung beteiligten Unternehmen würde bei Anerkennung einer wettbewerbsrechtlichen Bereichsausnahme zugunsten von Nachhaltigkeit Vorschub geleistet. Der aktuelle Entwurf der Kommission zur Reform der Horizontalleitlinien sieht eine Übertragung der Wouters- und Meca-Medina-Rechtsprechung des EuGH auf Nachhaltigkeitsvereinbarungen folgerichtig nicht vor.⁶⁵

70. Eine Ausnahme bildet die Landwirtschaft: Gem. Art. 42 AEUV finden die Wettbewerbsregeln auf die Produktion landwirtschaftlicher Erzeugnisse und den Handel mit diesen nur insoweit Anwendung, als das Europäische Parlament und der Rat dies bestimmen. Von der damit verbundenen Ermächtigung, den Anwendungsbereich des Kartellverbots zu verkürzen, haben Parlament und Rat jüngst Gebrauch gemacht: Art. 210a GMO schließt die Anwendbarkeit von Art. 101 Abs. 1 AEUV auf Wettbewerbsbeschränkungen aus, die zur Erreichung von Nachhaltigkeitsstandards erforderlich sind, die von in der Lebensmittelkette tätigen Unternehmen – von den Erzeugern landwirtschaftlicher Erzeugnisse über die verarbeitenden Unternehmen bis hin zum Lebensmittelhandel – vereinbart werden. Einschlägige Standards können sich u.a. auf Umweltschutz- und Klimaziele, einschließlich der Verringerung von Lebensmittelverschwendung, auf die Verringerung des Einsatzes von Pestiziden und die Wiederherstellung biologischer Vielfalt und Ökosysteme sowie auf Tiergesundheit und Tierwohl beziehen (Art. 210a Abs. 3 GMO). Ein ausdrücklicher Vorbehalt zugunsten der Wahlfreiheit der Verbraucher fehlt. Man wird allerdings auch in Zukunft kritisch prüfen müssen, ob

⁶³ Zu dieser Debatte siehe auch Bundeskartellamt (2020), S. 19 m.w.N.

⁶⁴ Ebenso Ullrich (2022), S. 19 ff.

⁶⁵ Siehe Europäische Kommission (2022a), Rn. 548.

Wettbewerbsbeschränkungen „für das Erreichen [eines] Standards unerlässlich“ sind. Den Wettbewerbsbehörden ist mit der Überwachung der Zulässigkeitsgrenzen von Nachhaltigkeitsstandards nach Art. 210a GMO eine neue und schwierige Aufgabe zugefallen.

3.4.2.2 Die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV / § 2 GWB

71. Ist eine Nachhaltigkeitskooperation mit Wettbewerbsbeschränkungen verbunden, so bleibt die Möglichkeit einer Rechtfertigung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 GWB. Sie wird regelmäßig nicht an der in Art. 101 Abs. 3 AEUV festgeschriebenen Verpflichtung scheitern, objektive Vorteile der Vereinbarung darzutun: Nachhaltigkeitsvereinbarungen können die Markteinführung von nachhaltigen Produkten erleichtern, nachhaltigkeitsrelevante Innovationen ermöglichen oder für eine bessere Information der Verbraucher über relevante Produkteigenschaften sorgen. Angesichts der stets in Rechnung zu stellenden eigennützigen Interessen der Unternehmen ist allerdings eine konkrete und substantiierte Darlegung zu verlangen: Die Vorteile müssen nachprüfbar sein.

72. Auch wenn objektive Vorteile dargelegt werden können, kommt eine Rechtfertigung nur dann in Betracht, wenn diese nur mittels der Wettbewerbsbeschränkung realisierbar sind. Lassen sich dieselben Vorteile mithilfe weniger wettbewerbsbeschränkender Mittel erreichen, so ist eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV ausgeschlossen. Immer wieder sind wettbewerbsbeschränkende Nachhaltigkeitsvereinbarungen an diesem Nachweis gescheitert. Wo es einen funktionierenden Wettbewerb um Nachhaltigkeit als Qualitätsmerkmal gibt, ist eine Wettbewerbsbeschränkung, die diesen Wettbewerb auszuschalten droht, im Zweifel nicht zu rechtfertigen. Dasselbe gilt, wo Nachhaltigkeitskriterien bereits gesetzlich vorgegeben sind und damit ein Wettbewerb um die beste Art und Weise der Erreichung dieser Vorgaben besteht.⁶⁶ Wettbewerbsbeschränkungen können erforderlich sein, wenn eine nachhaltige Produktion oder ein nachhaltiges Angebot besondere Größenvorteile erfordert, die ein Unternehmen allein nicht erreichen kann (s.o.).⁶⁷

⁶⁶ Der neue Entwurf zur Reform der Horizontalleitlinien der Europäischen Kommission (2022a) will wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen gleichwohl erlauben, wenn sie erforderlich sind, um das Nachhaltigkeitsziel auf kosteneffizientere Weise zu erreichen – siehe Rn. 583 des Leitlinienentwurfs.

⁶⁷ Siehe Europäischen Kommission (2022a), Rn. 584.

73. Bedenklich ist es, wenn Unternehmen eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung damit begründen, dass Verbraucherinnen und Verbraucher nicht in der Lage seien, die kurzfristigen Vorteile einer Nachfrageentscheidung – im Zweifel in Form niedrigerer Preise – gegen langfristige Vorteile abzuwägen. Die Entscheidung darüber, in welchen Konstellationen Wettbewerb warum auch immer beschränkt werden soll, obliegt grundsätzlich nicht den Marktteilnehmern, sondern dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber.⁶⁸

74. Ein erheblicher Teil der Debatte über den Umgang mit wettbewerbsbeschränkenden Nachhaltigkeitsvereinbarungen dreht sich sodann um das zweite in Art. 101 Abs. 3 AEUV genannte Zulässigkeitskriterium, nämlich die angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem aus der Wettbewerbsbeschränkung folgenden Gewinn. Legt man die geltenden Leitlinien der EU-Kommission zu Art. 101 Abs. 3 AEUV zugrunde, so kommt eine Rechtfertigung der Wettbewerbsbeschränkung grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn die Gruppe der – direkt oder indirekt – von den Wettbewerbsbeschränkungen betroffenen Nutzer für den hieraus folgenden Schaden vollständig kompensiert wird,⁶⁹ etwa in Form einer verbesserten Produktqualität, längerfristiger Einsparungen infolge des niedrigeren Energieverbrauchs eines Produktes oder einer breiteren Auswahl. Gemeinwohlvorteile, die nicht bei den Nutzern der Produkte anfallen, bleiben nach bisheriger Auffassung außer Betracht.⁷⁰

75. Im europäischen wie im deutschen Wettbewerbsrecht bislang nicht anerkannt ist eine Kompensation von mit einer Wettbewerbsbeschränkung verbundenen Preiserhöhungen oder Beschränkungen der Wahlfreiheit durch Steigerungen der Nachhaltigkeit in Hinsichten, die den nachteilig betroffenen Verbrauchern nicht unmittelbar zugutekommen – etwa durch höhere Mindestlöhne und Menschenrechtsstandards in Drittländern oder Vorteile, die nicht primär bei den betroffenen Verbrauchern, sondern bei der Allgemeinheit anfallen. In der oben skizzierten wettbewerbsrechtlichen Praxis ist dies bislang vor allem bei Tierwohliniitiativen praktisch geworden. Dem aus der

68 Ebenso Ullrich (2022), S. 47.

69 Zum Verbraucherbegriff siehe Europäische Kommission (2004).

70 In der Kommissionspraxis und Rechtsprechung finden sich vereinzelt Fälle, die von diesem Grundsatz abgewichen sind. Diese Entscheidungen wurden aber noch unter der alten Kartellverfahrensverordnung 17/62 getroffen, die eine Ausnahme vom Kartellverbot von einer Genehmigung durch die Kommission abhängig machte. Mit der Umstellung auf ein System der Legalausnahme durch die Verordnung 1/2003 verlor diese Praxis – die auf einer behördlichen Abwägung von Kosten und Nutzen beruhte und Ausnahmen damit eine öffentliche Legitimation vermittelte – ihre Grundlage. Näher dazu Schweitzer (2015), S. 29 ff.

Wettbewerbsbeschränkung folgenden Preisaufschlag muss nach Art. 101 Abs. 3 AEUV / § 2 GWB ein angemessener, den Preisaufschlag kompensierender Nutzen der Verbraucher gegenüberstehen.

76. Um diesen Nutzen zu ermitteln, wird in der Ökonomie und gelegentlich auch von Wettbewerbsbehörden auf die Zahlungsbereitschaft der Verbraucherinnen und Verbraucher – die sog. „willingness to pay“ (WTP) abgestellt.⁷¹ Bevorzugt wird dabei auf das tatsächliche Konsumverhalten von Individuen rekurriert. Was Menschen etwa eine Reduktion von Straßen- oder Fluglärm wert ist, lässt sich prinzipiell z.B. durch die Entwicklung von Mietpreisen bei Immobilien analysieren. Fehlt es an aussagekräftigen Daten, so mögen Umfragen helfen, welche die Wertschätzung der Verbraucher ermitteln. Jedoch sind Umfragen, in denen die angegebenen Präferenzen ermittelt werden, mit notorischen Problemen verbunden, da Menschen regelmäßig bewusst oder unbewusst Angaben machen, die nicht konsistent mit ihrem tatsächlichen Verhalten sind.⁷² Die Probleme reichen von Framing-Problemen bei Umfragen über Satisficing und Privacy-Effekte bis hin zu Fehleinschätzungen des eigenen Verhaltens und „Selbstbetrug“. Die Liste der möglichen Fehlerquellen bei Umfragen ist lang.⁷³ Die Europäische Kommission erkennt in ihrem Entwurf zur Reform der Horizontalleitlinien vom 1.3.2022 diese Schwierigkeiten an⁷⁴ und versucht, ihnen unter Hinweis auf die Beweislast der an der Wettbewerbsbeschränkung beteiligten Unternehmen zu begegnen: Es müsse vermieden werden, dass diese den Verbrauchern ihre eigenen Präferenzen aufzwingen (Rn. 599).

71 Siehe dazu insbesondere die „Chicken of Tomorrow“-Entscheidung der ACM (2015). Siehe außerdem ACM (2021), paras. 54 ff. Siehe ferner Europäische Kommission (2022a), Rn. 594 ff.

72 Bekannt ist etwa das sog. Privacy-Paradoxon. Während in Surveys viele Menschen angeben, viel Wert auf ihre Privatsphäre und den Datenschutz zu legen, handeln dieselben Menschen oftmals keineswegs so, sondern geradezu entgegengesetzt. Für einen Überblick vgl. Barth und de Jong (2017). Ähnliches ist in Bezug auf umwelt- bzw. klimafreundliche Produkte zu beobachten. So äußerten etwa 2014 in einer vorgeblich repräsentativen Umfrage 84 Prozent der Verbraucher in Deutschland den Wunsch, Ökostrom zu beziehen (vgl. <https://green-planet-energy.de/presse/artikel/umfrage-verbraucher-wollen-direkten-oeokostrom.html>), faktisch waren es selbst 2019 nur knapp 18 Prozent, die dies auch taten (vgl. <https://de.statista.com/statistik/daten/181628/umfrage/bezug-von-oeokostrom/>, abgerufen am: 01.03.2022). Umfragen über angebliches Verhalten sind daher mit größter Vorsicht zu genießen, da die Aussagen oft dramatisch vom tatsächlich zu beobachtenden Verhalten abweichen können. Bei umweltschonendem Verhalten scheint das in besonders starkem Maße zuzutreffen, vgl. etwa Bravo und Farjam (2020).

73 Vgl. etwa Bogner und Landrock (2015).

74 Siehe Rn. 598 des Entwurfs zur Reform der Horizontalleitlinien der Europäischen Kommission (2022a): Um einschlägige Verzerrungen „abzumildern“, müssten „die Erhebungen einen nützlichen und angemessenen Kontext bieten. Darüber hinaus müssen die gestellten Fragen möglicherweise gesellschaftliche Normen, das Wissen und die Gewohnheiten der Verbraucher oder die Erwartungen an das Verhalten der anderen berücksichtigen“.

77. Viele Vertreter eines „green antitrust“ gehen aber deutlich weiter: Nicht nur der Verbrauchernutzen – wie auch immer gemessen – soll rechtfertigend wirken, sondern ein genuiner Gemeinwohlnutzen, der nicht nur oder nicht primär bei den Nachfragern anfällt. So berufen sich Nachhaltigkeitsinitiativen nicht selten auf ein Auseinanderfallen der Präferenzen als Nachfrager und der Präferenzen als Bürger: Verbraucherinnen und Verbraucher reagieren vielfach selbst dort, wo sie politisch ein nachhaltiges Verhalten oder bestimmte soziale Standards befürworten, in ihrem Konsumverhalten preissensibel. Ihr Nachfrageverhalten entspricht nicht notwendig ihren (angeblichen) politischen Überzeugungen. Wettbewerbsbeschränkende Nachhaltigkeitsinitiativen – so die aus dieser Divergenz zwischen den Präferenzen des „citoyen“ und dem Verhalten des „bourgeois“ abgeleitete Forderung – müssten selbst dann gerechtfertigt sein, wenn sie zwar nicht den Verbrauchern, wohl aber dem Gemeinwohl dienen.

78. Besonders virulent wird dieses Argument im Zusammenhang mit Umwelt- und Klimaschutzkooperationen, die darauf abzielen, negative externe Effekte nach Maßgabe des „polluter pays“-Prinzips kollektiv zu internalisieren. Verlangt man mit den Horizontalleitlinien von 2011⁷⁵ einen individuellen Nutzen der von der wettbewerbsbeschränkenden Nachhaltigkeitsinitiative betroffenen Verbraucher, lässt also allgemeingesellschaftliche Vorteile nicht ausreichen, so wird eine Rechtfertigung solcher Initiativen regelmäßig scheitern: Individuell profitieren die Verbraucher – jedenfalls finanziell – von der Ausnutzung negativer externer Effekte durch die Anbieter. Nur wenn man eine Rechtfertigung mit Blick auf überwiegende Gemeinwohlbelange erlaubt, können solche Vereinbarungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV gerechtfertigt werden.

79. Die niederländische Wettbewerbsbehörde hat vor diesem Hintergrund in ihrem Leitlinienentwurf aus dem Jahr 2021 eine Sonderbehandlung von sog. „environmental-damage“-Vereinbarungen vorgeschlagen: Trage eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung in effizienter Weise zur Einhaltung verbindlicher internationaler oder nationaler Umweltstandards bei oder helfe bei der Umsetzung konkreter politischer Umweltschadensvermeidungsziele, so sei keine vollständige Kompensation der durch die Wettbewerbsbeschränkung nachteilig betroffenen Verbraucher zu verlangen. Vielmehr sei in solchen Fällen der Nutzen für die Gesellschaft in Rechnung zu stellen – an dem die

⁷⁵ Europäische Kommission (2011a), Tz. 45 ff.

nachteilig betroffenen Verbraucher partizipierten. Gerechtfertigt sei dies, weil solche Vereinbarungen der Internalisierung negativer externer Effekte dienen – von denen die Nutzer der Produkte andernfalls zum Schaden der Gesellschaft profitierten.

80. Die Literatur ist z.T. noch deutlich weiter gegangen: Bei der Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV sei nicht die angemessene Beteiligung der Verbraucher am Gewinn ausschlaggebend. Vielmehr sei eine Abwägung zwischen den Wettbewerbsnachteilen und den Gemeinwohlvorteilen vorzunehmen. Dies gelte jedenfalls dann, wenn es um Nachhaltigkeitsziele gehe.⁷⁶ § 2 Abs. 1 S. 2 des österreichischen Kartellgesetzes verzichtet auf den Versuch einer quantifizierenden Abwägung zwischen den Nachteilen für Verbraucher und Gemeinwohlvorteilen. Hier wird die angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem aus der Wettbewerbsbeschränkung entstehenden Gewinn schlicht postuliert, wenn die Wettbewerbsbeschränkung „zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft wesentlich beiträgt“.

81. In ihrem im März 2022 präsentierten Entwurf zur Reform der Horizontalleitlinien nimmt die Europäische Kommission (2022a) eine Mittelposition ein: Die Rechtfertigung einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung komme nicht nur dann in Betracht, wenn die Nachfrager in der Bilanz individuell profitierten – etwa in Form verbesserter Produktqualität (Rn. 590 ff.), oder weil Verbraucher die Qualität eines nachhaltigen Produkts höher bewerteten als die Qualität nicht nachhaltiger Produkte (Rn. 594 ff.). Es könne genügen, dass die positiven Auswirkungen auf die Nachhaltigkeit nicht den nachfragenden Individuen, sondern einer größeren Gruppe zugute kämen – etwa durch die Internalisierung negativer externer Effekte (sog. „kollektive Vorteile“). Voraussetzung sei dann aber, dass es eine erhebliche Überschneidung zwischen der Gruppe der Verbraucher und der Gruppe der Begünstigten gebe. So könne eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung, die zur Vermarktung weniger umweltschädlichen Kraftstoffs führe, gerechtfertigt sein, wenn und weil die durch einen höheren Preis betroffenen Autofahrer zugleich von der verbesserten Luftqualität profitierten. Eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung, die zum Absatz von nachhaltigerer, weil mit weniger Chemikalien und Wasser produzierter Baumwolle führe, sei demgegenüber nicht zu rechtfertigen, weil

⁷⁶ Siehe etwa Holmes (2020), S. 372 ff., Kingston (2012), S. 189 ff. sowie Buhart und Henry (2021), S. 158 ff.

die Umweltvorteile mutmaßlich im Baumwollanbauggebiet anfielen – und damit nicht bei den Verbrauchern in Europa (Rn. 604). Die Kommission versucht damit an eine Rechtsprechung anzuknüpfen, derzufolge bei der Abwägung zwischen den negativen Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung und deren Vorteilen ausnahmsweise auch Vorteile berücksichtigt werden können, die nicht auf dem von der Wettbewerbsbeschränkung unmittelbar betroffenen Markt, sondern auf einem verbundenen Markt anfallen, wenn die von der Beschränkung und die von der Begünstigung betroffene Gruppe im Wesentlichen dieselbe sei (Rn. 602). Eine solche Identität liegt im Falle der sog. kollektiven Vorteile jedoch gerade nicht vor: Die Verbraucher profitieren zwar in ihrer Rolle als Mitglieder des Gemeinwesens (*citoyens*), aber nicht in ihrer Rolle als Nachfrager eines konkreten Produktes. Die Abwägung zwischen Vor- und Nachteilen ist dann eine Abwägung anderer Art, als sie im Rahmen des Art. 101 Abs. 3 AEUV normalerweise vorgenommen wird.

82. So ist insbesondere die Entscheidung darüber, was Gemeinwohlziele sind und welches Gewicht ihnen zukommt, nicht naturgegeben. Beides ist grundsätzlich vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber zu definieren. Dieser bestimmt zugleich die Instrumente, mit denen die Gemeinwohlziele zu verfolgen sind, und entscheidet damit über allfällige Zielkonflikte. Lässt man in einem System der Legalausnahme, wie Art. 101 Abs. 3 AEUV es nach geltendem Recht statuiert, eine Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen nach Maßgabe von Gemeinwohlgründen zu, so delegiert man *de facto* die Regelsetzung im Dienste von Gemeinwohlbelangen an die Wettbewerber. Alternativ wäre eine Rückkehr zu einem Notifizierungs- und Genehmigungssystem denkbar, wie es auf europäischer Ebene die VO 17 vorgesehen hat, oder zu einem System der Ministererlaubnis auf nationaler Ebene (näher dazu s.u.).

83. Im Rahmen des gegenwärtigen Legalausnahmesystems wird das Legitimationsproblem wettbewerbsbeschränkender Nachhaltigkeitsvereinbarungen durch Private zwar sachlich eingegrenzt, wenn man ihren Anwendungsbereich auf die private Durchsetzung international oder national festgelegter Umweltschutz- bzw. Klimaziele beschränkt. Wie die gesellschaftlichen Vorteile der Wettbewerbsbeschränkung quantifiziert und gegen die aus der Wettbewerbsbeschränkung folgenden Nachteile abgewogen werden können, bleibt aber gleichermaßen fraglich.

84. Bereits die Schätzung des durch eine Wettbewerbsbeschränkung entstehenden volkswirtschaftlichen Schadens ist notorisch schwierig. Schon

die relativ simple Schätzung von (betriebswirtschaftlichen) Kartellschäden ist regelmäßig Gegenstand intensiver Kontroversen. Die Schätzung volkswirtschaftlicher Schäden, die eine Schätzung des statischen Verlusts an Konsumentenrente beinhaltet, ist noch einmal schwieriger. Noch diffiziler ist die Schätzung dynamischer Schäden, die sich etwa aus einem Verlust an Produktinnovationen ergeben. Man mag sich mit einer simplen Schätzung der Preiseffekte behelfen. Diese müssen aber nicht mit dem volkswirtschaftlichen Schaden korrespondieren.⁷⁷

85. Zur Ermittlung des gesellschaftlichen Nutzens der Internalisierung negativer externer Effekte wird auf sog. Schattenpreise verwiesen. Wird etwa durch eine Maßnahme CO₂ in einem Sektor reduziert, der nicht durch den EU ETS erfasst ist, können die Preise des EU ETS herangezogen werden, um den Nutzen zu erfassen. Dies allerdings setzt voraus, dass die CO₂-Preise im EU ETS tatsächlich den gesellschaftlichen Nutzen der Einsparung von Treibhausgasemissionen reflektieren. Besonders diffizil ist die Einschätzung des Nutzens zukünftiger Generationen. Gerade diese können jedoch durch (fehlende) Nachhaltigkeitsmaßnahmen betroffen sein. Besonders offensichtlich ist dies beim Klimaschutz, von dem nicht zuletzt zukünftige Generationen profitieren.

86. Inderst, Sartzetakis und Xepapadeas (2021) erörtern weitere Probleme und Methoden zur praktischen Ermittlung von Allgemeinwohlvorteilen. Sie sind jedoch allesamt mit diversen, nicht unerheblichen Problemen verbunden. Die quantitative Gegenüberstellung des gesellschaftlichen Nutzens von Nachhaltigkeitsmaßnahmen und des Schadens, der durch die mit ihnen verbundene Wettbewerbsbeschränkung verursacht wird, ist damit äußerst komplex. Eine solche Kosten-Nutzen-Abwägung kann bereits gut ausgestattete Kartellbehörden überfordern und birgt aufgrund der Vielfalt der Methoden die Gefahr relativ willkürlicher Entscheidungen. Wie Unternehmen, die eine Nachhaltigkeitskooperation planen, diese Aufgabe im Wege der Selbstveranlagung bewältigen sollen, ist nicht ersichtlich.

87. Nachhaltigkeitskooperationen fallen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV schließlich nur dann unter die Legalausnahme, wenn Restwettbewerb im Markt

⁷⁷ So kann eine starke Preiserhöhung bei einer relativ unelastischen Nachfrage einen kleineren volkswirtschaftlichen Schaden hervorrufen als eine moderate Preiserhöhung bei einer relativ elastischen Nachfrage. Für Unterschiede zwischen betriebswirtschaftlichen und volkswirtschaftlichen Kartellschäden vgl. Haucap und Stühmeier (2008).

erhalten bleibt. Ein solcher kann sich bereits aus dem begrenzten Teilnehmerkreis einer Nachhaltigkeitsinitiative ergeben. Die ACM etwa hat vorgeschlagen, Nachhaltigkeitsinitiativen, an denen Unternehmen mit einem kombinierten Marktanteil von weniger als 30 Prozent beteiligt sind, bevorzugt zu behandeln.⁷⁸ Auch marktweite Nachhaltigkeitsinitiativen können aber zulässig sein, wenn ungeachtet der mit der Nachhaltigkeitsinitiative verbundenen Wettbewerbsbeschränkung wesentlicher Wettbewerb auf der Grundlage anderer zentraler Wettbewerbsparameter möglich bleibt.⁷⁹

⁷⁸ Der von der ACM (2021, Rn. 55) in Aussicht gestellte Vorteil liegt v.a. darin, dass in solchen Fällen keine Quantifizierung von Kosten und Nutzen erforderlich sein, sondern eine qualitative Würdigung der Schädigung des Wettbewerbs und des Nutzens für Verbraucher genügen soll.

⁷⁹ Europäische Kommission (2004), Rn. 75-82.

IV Politische Handlungsoptionen

88. Vor dem Hintergrund dieser Rechtslage sind die gegenwärtig diskutierten Handlungsoptionen zu erörtern. Sie reichen von einer weitreichenden Rücknahme des Anwendungsbereichs des Kartellverbots (Option 1) bis zur Einführung eines besonderen Freistellungsverfahrens (Option 2). Der Kronberger Kreis plädiert demgegenüber für ein weitgehendes Festhalten am gegenwärtigen Recht – und damit an einer klaren Rollenverteilung zwischen Staat und Unternehmen (Option 3).

4.1 Option 1: Grünes Licht für wohlmeinende Unternehmenskooperationen – die teleologische Reduktion des Kartellverbots

89. Dem keineswegs neuen, gleichwohl radikalsten Vorschlag zufolge wäre das Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV in Zukunft auf Nachhaltigkeitsinitiativen unanwendbar, sofern die mit der Kooperation verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen mit Blick auf das jeweilige Ziel verhältnismäßig sind (s.o.).

90. Die Gründe, die gegen die Übertragbarkeit der von den Verfechtern dieser Ansicht in Bezug genommenen Rechtsprechung⁸⁰ auf Nachhaltigkeitsinitiativen sprechen, sind bereits angeführt worden. Mit einer solchen Ausdehnung würden die strukturellen Unterschiede zwischen staatlicher Rechtssetzung und der Entscheidungsfindung in privaten Unternehmenskooperationen verkannt. Soweit sich die Nachhaltigkeitsinitiativen auf soziale oder Tierwohl-Standards beziehen, ist deren Setzung notwendig eine Ermessensentscheidung. Für das gesellschaftlich Wünschenswerte gibt es über die zwingenden gesetzlichen Vorgaben hinaus kein absolutes Maß. Es ist Aufgabe des demokratisch legitimierten Gesetzgebers, die allgemeingültigen Standards festzulegen und dabei die Kosten für die Verbraucher und die mit höheren Standards verbundenen Verteilungseffekte zu berücksichtigen. Der Gesetzgeber trifft diese Entscheidung in den hierfür vorgesehenen Verfahren, die hinreichende Transparenz, eine öffentliche Diskussion und „checks and balances“ im

⁸⁰ Insbesondere EuGH 19.2.2002, Rs. C-309/99 – Wouters. Siehe außerdem EuGH, 18.7.2006, Rs. C-519/04 – Meca-Medina.

öffentlichen Meinungsbildungsprozess sicherstellen sollen. Für die Entscheidungen privater Unternehmenskooperationen fehlen entsprechende Verfahren und Kontrollmechanismen. Nicht selten werden sich unternehmerische Gemeinwohlkooperationen mit Eigeninteressen der Unternehmen verbinden. Die Legitimationsanforderungen, wie sie im demokratischen Rechtsstaat an allgemeinverbindliche Marktregulierung gestellt werden, würden überspielt.

91. Auch die Nichtanwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV auf solche Nachhaltigkeitsinitiativen, die negative externe Effekte internalisieren, ist nicht zu rechtfertigen. Zwar lassen sich die negativen externen Effekte auf Umwelt und Klima grundsätzlich objektivierbar ermitteln. Zudem haben der europäische und deutsche Gesetzgeber bereits klare Zielvorgaben beschlossen. Die Entscheidung über die Art und Weise der Internalisierung kann aber komplexe Systementscheidungen umfassen – Beispiele sind die Einführung des EU ETS und der dualen Abfallverwertung. Solche Systementscheidungen gehen mit Entscheidungen über das Maß der Internalisierung, mit Ausbeutungsrisiken für Verbraucher, mit Marktverschlussgefahren für Wettbewerber und mit Risiken für den Innovationswettbewerb einher. Hier sind daher die maßgeblichen Entscheidungen nicht von Privaten, sondern vom Gesetzgeber zu treffen. Eine generelle Ausnahme vom Anwendungsbereich des Kartellverbots ist nicht gerechtfertigt.

4.2 Option 2: Die Freistellung wettbewerbsbeschränkender Nachhaltigkeitskooperationen durch Ministererlaubnis oder Kartellbehörden

92. Wettbewerbsbeschränkende Nachhaltigkeitskooperation können aber, wie gezeigt, unter den Ausnahmetatbestand des Art. 101 Abs. 3 AEUV fallen. Dessen Anwendung auf den Einzelfall kann für Unternehmen mit erheblichen Unsicherheiten verbunden sein. Das gegenwärtige System der Selbstveranlagung oder des „ex-post-enforcement“ kann dabei zu übermäßiger Zurückhaltung bei eigentlich wünschenswerten Nachhaltigkeitskooperationen führen – es sei denn, die Wettbewerbsbehörden würden glaubhaft Zurückhaltung in der Durchsetzung oder jedenfalls in der Bebußung von Kartellverstößen signalisieren, was wiederum zu überschießenden Wettbewerbsbeschränkungen verleiten könnte. Vorgeschlagen wird daher, Unternehmen ein Verfahren zur Verfügung zu stellen, in dem sie Rechtssicherheit erlangen können.

93. Nach geltendem Recht sind die an einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung beteiligten Unternehmen zur Selbstveranlagung aufgerufen und tragen damit zugleich das Risiko einer Fehleinschätzung. Das Risiko lässt sich durch die Verabschiedung von Leitlinien zum Umgang mit Nachhaltigkeitskooperationen senken. Wie gezeigt, hat die Europäische Kommission Hinweise zum Umgang mit Nachhaltigkeitskooperationen in ihren Entwurf zur Reform der Horizontalleitlinien vom 1.3.2022 aufgenommen. Die kaum auflösbaren Schwierigkeiten in der Quantifizierung von Kosten und Nutzen wettbewerbsbeschränkender Nachhaltigkeitsvereinbarungen bleiben gleichwohl virulent.

94. Das Bundeskartellamt bietet Unternehmen, die kooperativ Nachhaltigkeitsstrategien verfolgen wollen, vor diesem Hintergrund eine wettbewerbsrechtliche Beratung an.⁸¹ Sind nach seiner Einschätzung die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 1 AEUV/§ 1 GWB nicht erfüllt oder aber die Voraussetzungen für eine Ausnahme nach Art. 101 Abs. 3 AEUV / § 2 GWB gegeben, so kann das Amt im Wege einer Entscheidung feststellen, dass nach den ihm vorliegenden Erkenntnissen kein Anlass zum Tätigwerden besteht (§ 32c Abs. 1 GWB). Unternehmen haben nach dem mit der 10. GWB-Novelle neu eingeführten § 32c Abs. 4 GWB einen Anspruch auf eine solche Entscheidung, wenn mit Blick auf eine Zusammenarbeit mit Wettbewerbern ein erhebliches rechtliches und wirtschaftliches Interesse an einer solchen Entscheidung besteht. In Fällen, in denen das Bundeskartellamt von einem Verstoß gegen das Kartellverbot ausgeht, kann es – wie bei Nachhaltigkeitskooperationen verschiedentlich geschehen (s.o.) – im Rahmen seines Aufgreifermessens gleichwohl von einer Verfahrenseinleitung absehen. Dieser Praxis ist nunmehr mit § 32c Abs. 2 GWB eine Rechtsgrundlage gegeben worden. Das Bundeskartellamt kann auf diesem Wege allerdings nur sich selbst, nicht aber die Europäische Kommission binden.

95. Die Kommission verfügt nach Art. 10 VO 1/2003 über die Möglichkeit, eine sogenannte „Positiventscheidung“ zu verabschieden und damit die Zulässigkeit einer Kooperation verbindlich festzustellen. Sie hat von dieser Möglichkeit bislang aber in keinem Fall Gebrauch gemacht. Anders als das

⁸¹ Siehe zuletzt Bundeskartellamt (2022). Für eine ähnliche Praxis der niederländischen ACM (2021), paras. 70-72: Die Hinweise zur Selbstveranlagung in den Draft Guidelines werden hier mit einem Gesprächs- und Beratungsangebot sowie mit der Anknüpfung verbunden, keine Bußgelder zu verhängen, falls sich in der Folge einer solchen Beratung gleichwohl eine kartellrechtliche Unzulässigkeit ergibt.

Bundeskartellamt hat sie Unternehmen in der Vergangenheit regelmäßig keine Gesprächs- und Beratungsangebote unterbreitet. Die Bekanntmachung der Kommission über informelle Beratung bei neuartigen Fragen zu Art. 101 und Art. 102 AEUV⁸² hat zu keiner einschlägigen Praxis von Beratungsschreiben geführt. Die Kommission hat ihre bisherige, sehr zurückhaltende Position gegenüber einer informellen Beratung mittlerweile auf den Prüfstand gestellt. Gegenwärtig läuft eine Konsultation zu einer überarbeiteten Bekanntmachung zu „Informellen Orientierungshilfen zu neuartigen Fragen im Zusammenhang mit der Anwendung von Art. 101 und 102 AEUV“.⁸³

96. Weitergehend wird z.T. die Rückkehr zu einem Notifizierungs- und Genehmigungssystem auf Kommissionsebene – jedenfalls für Nachhaltigkeitsinitiativen – gefordert. Grundsätzlich würde ein solches Genehmigungssystem eine Anknüpfung an die Genehmigungspraxis unter der Geltung der VO 17/62 erlauben: Großzügiger als unter dem System der Legalausnahme nach der VO 1/2003 wurden hier gelegentlich öffentliche Interessen an einer Wettbewerbsbeschränkung zu deren Rechtfertigung im Rahmen des Art. 101 Abs. 3 AEUV herangezogen. Das Legitimationsdefizit rein privater Nachhaltigkeitskooperationen war durch die behördliche Mitwirkung überwunden: Die EU-Kommission ist im europäischen System nicht nur Wettbewerbsbehörde; sie ist zugleich politisches Organ. Gemäß Artikel 7 AEUV hat sie auf die Kohärenz zwischen ihrer Politik und ihren Maßnahmen in den verschiedenen Politikbereichen zu achten und in ihren Entscheidungen den Zielen der Union in ihrer Gesamtheit Rechnung zu tragen. Im Rahmen eines Notifizierungs- und Genehmigungssystems für Nachhaltigkeitsinitiativen könnten Genehmigungen befristet und mit einer zwingenden Evaluierung in festzulegenden Zeitabständen verbunden werden.

97. Die Wiedereinführung eines Notifizierungs- und Genehmigungssystems wäre allerdings eine weitreichende Änderung, vor allem wenn sie mit einem entsprechenden Anspruch der Unternehmen auf Entscheidung verbunden wäre. Angesichts der Bedeutung, die den Nachhaltigkeitszielen mittlerweile

⁸² Bekanntmachung der Kommission über informelle Beratung bei neuartigen Fragen zu den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, die in Einzelfällen auftreten (Beratungsschreiben), ABI. 2004 Nr. C 101/78.

⁸³ Siehe https://ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2022-informal-guidance-notice_en. Auch hat die Generaldirektion Wettbewerb (DG Comp) Gaia-X jüngst bereits einen sog. „Comfort Letter“ ausgestellt – siehe DG Comp, 19.10.2021, COMP/C.6/SS/RI/vvd, abrufbar unter https://gaia-x.eu/sites/default/files/2021-11/Letter%20to%20Gaia-X_update.pdf.

auch in der unternehmerischen Praxis beigemessen wird, wäre mit einer Flut von Anträgen zu rechnen. Da rechtsverbindliche Entscheidungen über die Reichweite des Art. 101 Abs. 3 AEUV nur von der EU-Kommission getroffen werden können, wäre ein solches Notifizierungs- und Genehmigungssystem überdies mit einer Zentralisierung der Entscheidung über sämtliche europäische Nachhaltigkeitsinitiativen verbunden. Die Kommission wäre dann wieder mit all den Schattenseiten eines solchen Systems konfrontiert, die im Jahr 2003 zu dessen Abschaffung geführt haben. Eine allgemeine Rückkehr zum zwingenden Notifizierungs- und Genehmigungssystem kommt daher nach ganz überwiegender Einschätzung nicht in Betracht.

98. Denkbar wäre allenfalls die Einführung einer Notifizierungs- und Genehmigungsoption. Um die Handhabbarkeit eines solchen Systems sicherzustellen, würde der Kommission dann im Zweifel ein Aufgreifermessen gewährt: Sie selbst könnte entscheiden, für welche notifizierten Nachhaltigkeitsinitiativen eine Entscheidung ergehen soll. Die Kommission würde sich dann im Zweifel auf besonders bedeutsame „Pilotprojekte“ konzentrieren. Entsprechende Entscheidungen würden die Rechtssicherheit der Teilnehmer solcher Projekte gewährleisten. Ob sich dadurch mittelbar auch die Rechtssicherheit für andere Projekte erhöhen würde, ist unklar: Zwar könnten sie sich an den veröffentlichten Entscheidungen orientieren. Zugleich wäre ein solches System jedoch mit einem weiten – auch politisch auszufüllenden – Ermessen verbunden.

99. Überdies wäre es gerade bei Nachhaltigkeitskooperationen mit einer einmaligen Genehmigung nicht getan. Gegeben die Eigeninteressen der beteiligten Unternehmen, wäre eine intensive und kontinuierliche Überwachung und Regulierung erforderlich.⁸⁴ Die Kommission müsste insbesondere gewährleisten, dass die Kooperation auch über längere Frist nicht zu einer Beschränkung des für die Erreichung der Umwelt- und Klimaschutzziele unbestritten elementaren Innovationswettbewerbs führt.

100. Zweifelhaft bleibt, ob eine solche Politisierung des europäischen Wettbewerbsrechts wünschenswert ist. Die oben aufgezeigten Schwierigkeiten in der Quantifizierung von Kosten und Nutzen verweisen auf das hohe Willkürpotenzial, das mit einer Erweiterung der Ausnahmetatbestände verbunden

⁸⁴ Dazu Schinkel und Treuren (2021).

wäre. Gerade in einem internationalen Umfeld, in dem immer mehr Politiken in den Dienst wechselnder nationaler Ziele gestellt werden, hängt die Reputation und Akzeptanz des europäischen Wettbewerbsrechts von einer klaren Ausrichtung auf das anerkannte Ziel des Wettbewerbsschutzes und einem möglichst hohen Maß an Berechenbarkeit ab. Zugleich würde eine solche Politisierung des Wettbewerbsrechts die großen Umweltprobleme unserer Zeit nicht „nachhaltig“ lösen. Sie könnte leicht zu einer Einladung zum Lobbying bei Wettbewerbsbehörden werden.

4.3 Option 3: Zurück zur Ordnungspolitik

101. Die skizzierten Probleme einer Aufweichung der bisherigen Linie zu wettbewerbsbeschränkenden Nachhaltigkeitskooperationen verweisen zugleich auf die Stärken des „klassischen“ Wettbewerbsmodells.

102. Im Grundsatz geht das marktwirtschaftliche Modell von einer klaren Aufgabenteilung aus: Private Unternehmen agieren im Wesentlichen zum Zwecke der eigenen Gewinnerzielung.⁸⁵ Sie müssen die Marktgegenseite von der Qualität ihres Angebots überzeugen. Sie verfügen über keine erkennbare Legitimation, eigene Gemeinwohlziele zu postulieren und sich in deren Namen und mithilfe von Wettbewerbsbeschränkungen über die Präferenzen der Marktgegenseite hinwegzusetzen. Der demokratisch legitimierte Gesetzgeber konkretisiert die Gemeinwohlinteressen und setzt den Regelrahmen, auf dessen Grundlage die Unternehmen konkurrieren. Es ist danach also die Aufgabe des Gesetzgebers, Schadstoffgrenzen, Tierwohlstandards usw. zu definieren und gegebenenfalls den Unternehmen Auflagen zu machen oder steuerliche oder anderweitige Anreize für ein gemeinwohlkompatibles Handeln der Unternehmen im Wettbewerb zu setzen.

103. Dies bedeutet nicht, dass Unternehmen nicht Verantwortung für das Gemeinwohl übernehmen und Einfluss auf die staatliche Politik zu Nachhaltigkeitsinitiativen nehmen können. Das Wettbewerbsrecht belässt breiten Raum für Kooperation im Bereich Innovation oder Forschung und Entwicklung, für

⁸⁵ Siehe in diesem Zusammenhang auch das berühmte Diktum von Milton Friedman: „The social responsibility of business is to increase its profits“.

die Realisierung von Größen- und Skalenvorteilen und für eine Koordination betreffend Nachhaltigkeitsstandards.

104. Wo Unternehmen über die etablierten Möglichkeiten der Kooperation hinausgehen wollen und hierbei über besonderes Wissen über Möglichkeiten zum Schutz von Nachhaltigkeitszielen verfügen, können sie diese an die Behörden und Gesetzgebungsinstanzen herantragen. In verschiedenen Formen und Formaten versuchen Ministerien und Behörden, die der Politik zur Verfügung stehenden Informationen mit den aus der Wirtschaft zugetragenen Informationen über die Entwicklung von Märkten und Marktversagensgründe, über Möglichkeiten zur Stärkung nachhaltigen Wirtschaftens und insbesondere über Umwelt- und Klimaschutzpotenziale zu verknüpfen und daraus politische Schlussfolgerungen zu ziehen. Die Bedeutung dieser Vermittlungs- und Koordinationsaufgabe wird gegenwärtig verstärkt durch das Erfordernis einer schnellen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Transformation – im digitalen Bereich wie in umwelt- und klimapolitischer Hinsicht. Zu Recht verweist die ACM (2021) in ihren Draft Guidelines zu Sustainability Agreements auf die Möglichkeit von Unternehmen, dem Gesetzgeber kartellrechtlich problematische Initiativen vorzulegen, der diese – wenn politisch erwünscht – in verbindliche Vorgaben konvertieren und sie so in möglichst wettbewerbsneutraler Weise für allgemeinverbindlich erklären kann.

105. Allerdings ist auch der politische Prozess keineswegs immer effizient und gemeinwohlorientiert. Die Politik bleibt anfällig für Lobby-Einflüsse. Zugleich weisen politische Prozesse nicht selten eine gewisse Schwerfälligkeit auf. Unternehmen verfügen über mehr und kleinteiligere Informationen zu den Möglichkeiten, Nachhaltigkeitspotenziale zu realisieren und können regelmäßig schneller agieren.

V Schlussfolgerungen

106. Die Intensität der Debatte über „grüne Wettbewerbspolitik“ („green antitrust“) lässt sich nicht durch auf breiter Front aufgetretene Spannungslagen zwischen privaten Nachhaltigkeitsinitiativen und Wettbewerbsrecht erklären. Die Debatte wird vielmehr durch die Forderung angetrieben, in allen Bereichen der Politik dezidierte Nachhaltigkeitsziele zu etablieren und diese „vor die Klammer zu ziehen“, wie es der ehemalige Wirtschaftsminister Peter Altmaier einmal ausgedrückt hat.⁸⁶ In einer Zeit der schnellen und radikalen Transformation von Wirtschaft und Gesellschaft wird außerdem nach einer neuen Rollenverteilung zwischen Staat und Markt gerufen. Vom Staat wird eine zunehmende industriepolitische Einmischung in die Märkte und von Unternehmen die Wahrnehmung von Gemeinwohlaufgaben verlangt.

107. Die bisherige Bilanz privater Nachhaltigkeitskooperationen rechtfertigt allerdings keine hohen Erwartungen an den Nutzen von Wettbewerbsbeschränkungen. Unternehmen leisten erhebliche Beiträge zum Umwelt- und Klimaschutz. Diese beruhen jedoch fast immer auf den individuellen Anreizen der Unternehmen, nachhaltiger zu wirtschaften. Diese Anreize werden zum Teil durch staatliche Maßnahmen, wie CO₂-Preise, Steuern, Subventionen, Produktregeln und Produktionsvorschriften und andere staatliche Markteingriffe induziert. Zum anderen erhoffen sich Unternehmen immer öfter individuelle Wettbewerbsvorteile infolge nachhaltiger Produktion – sei es im Marketing oder bei den Produktionskosten. Ein solcher verschärfter Wettbewerb um Nachhaltigkeit ist uneingeschränkt zu begrüßen.

108. Der Beitrag von Wettbewerbsbeschränkungen zum Umwelt- und Klimaschutz war bislang hingegen gering.⁸⁷ Der Schaden für das Wettbewerbsrecht, der mit den zum Teil weitreichenden Reformvorschlägen einherginge, wäre demgegenüber groß. Das gilt in besonderem Maße für den Vorschlag einer teleologischen Reduktion des Anwendungsbereichs des Art. 101 Abs. 1 AEUV in Fällen, in denen Private öffentliche Ziele verfolgen. Es gilt aber auch

⁸⁶ <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/vorstoss-des-wirtschaftsministers-vom-zauderer-zum-antreiber-altmaier-macht-plotzlich-tempo-beim-klimaschutz/26179948.html>.

⁸⁷ Natürlich kooperieren Unternehmen im Bereich des Umwelt- und Klimaschutzes heute bereits in vielfältiger Weise, da jede vertikale Beziehung entlang der Wertschöpfungskette ein Element der Kooperation beinhaltet und etwa Zulieferer und Abnehmer in diesem Sinne kooperieren.

für eine expansive Auslegung von Art. 101 Abs. 3 AEUV, die nicht zuletzt dem „Greenwashing“ Vorschub leisten würde.

109. Dezidiert entgegenzutreten ist dem verbreiteten Missverständnis, Wettbewerb sei nicht mit Nachhaltigkeitszielen vereinbar, weil der durch Wettbewerb ausgelöste Kostendruck den Unternehmen die finanziellen Mittel entziehe, die sie benötigen, um in nachhaltige Produktionsweisen zu investieren. Erstens sind staatliche Markteingriffe zur Verfolgung von Nachhaltigkeitszielen vollständig mit Wettbewerb auf Märkten kompatibel, sofern dieselben staatlichen Vorschriften für alle Unternehmen gelten. Zweitens kann gerade das Ausschalten von Wettbewerb Unternehmen davon abhalten, Innovationen und Wettbewerbsvorstöße im Bereich der Nachhaltigkeit zu tätigen, vor allem wenn Verbraucher Wettbewerbsvorstöße im Bereich der Nachhaltigkeit durch ihr Kaufverhalten honorieren würden. Und drittens implizieren ein nachlassender Wettbewerb und höhere Margen bei Unternehmen keineswegs, dass Unternehmen die Zusatzgewinne in Nachhaltigkeitsmaßnahmen investieren. Im Gegenteil: Wahrscheinlicher erscheint, dass Zusatzgewinne an die Unternehmenseigner und ggf. im Zuge eines „Rent Sharing“ durch Lohnerhöhungen auch an Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ausgezahlt werden. Typischerweise sind somit keine über staatliche Vorgaben hinausgehenden privaten Wettbewerbsbeschränkungen notwendig, um Nachhaltigkeitsziele zu erreichen. Einer staatlichen Regelsetzung, die negative externe Effekte internalisiert, steht das Wettbewerbsrecht nicht im Wege. An einer solchen können Unternehmen proaktiv mitwirken, indem sie dem Gesetzgeber ihr Wissen zur Verfügung stellen und geeignete Regulierungsvorschläge unterbreiten. Misslingt eine solche Regelsetzung, so sind wir nicht mit einem Markt- oder Wettbewerbsversagen, sondern mit einem Regulierungsversagen konfrontiert. Der Versuch, Regulierungsversagen durch private Regulierungsmacht zu heilen, ist im Allgemeinen weder politisch ratsam noch erfolgsversprechend im Sinne der Nachhaltigkeit.⁸⁸ Es handelt sich vielmehr um ein weiteres Beispiel für eine um sich greifende Tendenz der Politik, sich der Verantwortung zu entziehen.

110. Die Dringlichkeit der Klima- und Umweltkrise kann es gleichwohl rechtfertigen, in Ausnahmefällen und temporär begrenzt Spielräume für Nachhaltigkeitskooperationen zu schaffen, wo diese geeignet sind, als Testfeld für eine künftige staatliche Regulierung zu dienen. Ein solches „regulatory

sandbox“-Regime hat jüngst die griechische Wettbewerbsbehörde vorge schlagen.⁸⁹ Die Informations- und Agilitätsvorteile von Unternehmenskooperationen würden auf diese Weise als kontrollierte Experimente für regulatorische Handlungsoptionen genutzt. Nachhaltigkeitskooperationen könnten im Rahmen eines solchen Regimes ihre Kooperation bei der Europäischen Kommission notifizieren. Die Kommission würde nach eigenem Ermessen Pilotprojekte, die einen erheblichen Nutzen versprechen, für einen begrenzten Zeitraum genehmigen und zugleich einem Monitoring und regelmäßigen Evaluationen unterwerfen. Wo die Evaluation einen erheblichen Nutzen ergibt, kann die Kooperation in staatliche Vorgaben überführt werden. Ein Rechtsanspruch der Unternehmen auf Genehmigung (oder auch nur auf eine Entscheidung der Kommission) gäbe es nicht: Das Regime hätte keinen individualschützenden Zweck, sondern würde allein dem öffentlichen Interesse dienen. Die Evaluation der Nachhaltigkeitskooperation sollte – selbstredend – nicht durch die beteiligten Unternehmen erfolgen, sondern durch die Europäische Kommission. Eine Verlängerung der Ausnahmegenehmigung wäre auszuschließen. Vielmehr müsste der Gesetzgeber nach Ende des Experimentierzeitraums entscheiden, ob eine Änderung des regulatorischen Rahmens angezeigt ist.

111. Zu betonen bleibt, dass ein effektiver Wettbewerbsschutz gerade in Zeiten der digitalen und „grünen“ Transformation von Wirtschaft und Gesellschaft eines der wichtigsten Desiderate ist: Erst der Wettbewerb bringt die Innovation hervor, die für diese Transformation dringend benötigt wird. Der bisherige Erfolg des europäischen Wettbewerbsrechts beruht auf der Erkenntnis, dass sich Wettbewerb nur durch eine klar auf dieses Ziel ausgerichtete Politik erreichen lässt. Mit dem wachsenden öffentlichen Bewusstsein für die Bedeutung von Nachhaltigkeitszielen eröffnen sich im Übrigen neue Spielräume im Wettbewerb um Nachhaltigkeit. Diese gilt es proaktiv zu schützen.

112. Ein „nachhaltiges“ Wettbewerbsrecht sollte daher auch in Zukunft ganz primär den Wettbewerb schützen. Staatliche Beihilfen für umwelt- und klimaschädliches Verhalten müssen abgeschafft werden. Beschädigt eine Wettbewerbsbeschränkung die Anreize, in Innovationen im Dienste der Nachhaltigkeit zu investieren, so ist ein behördliches Einschreiten indiziert.

⁸⁸ Ebenso Schinkel und Treuren (2020), S. 15: „Trying to remedy ... government failure by creating a market failure – market power – seems a response that is itself doomed to fail.“

⁸⁹ Siehe dazu <https://www.epant.gr/en/enimerosi/sandbox.html>.

Literaturverzeichnis

ACM (2021), Guidelines Sustainability Agreements. Opportunities Within Competition Law, Second Draft version, The Hague, online: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/second-draft-version-guidelines-on-sustainability-agreements-opportunities-within-competition-law.pdf>

ACM (2015), ACM's Analysis of the Sustainability Arrangements Concerning the 'Chicken of Tomorrow', Case No. 13.0195.66, Reference: ACM/DM/2014/206028, The Hague, online: <https://www.acm.nl/en/publications/publication/13789/ACMs-analysis-of-the-sustainability-arrangements-concerning-the-Chicken-of-Tomorrow/>

Barth, S. und M. de Jong (2017), The Privacy Paradox – Investigating Discrepancies Between Expressed Privacy Concerns and Actual Online Behavior – A Systematic Literature Review, *Telematics and Informatics*, Vol. 34 (7), S. 1038-1058.

Basedow, J. (1995), Zielkonflikte und Zielhierarchien im Vertrag über die Europäische Gemeinschaft, in: *Festschrift für Ulrich Everling, Nomos*, S. 49-68.

BEREC (2019), Common Position on Mobile Infrastructure Sharing, BoR (19)110, online: https://bereg.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/bereg/regulatory_best_practices/common_approaches_positions/8605-bereg-common-position-on-infrastructure-sharing

Bogner, K. und U. Landrock (2015), Antworttendenzen in standardisierten Umfragen. Mannheim, GESIS – Leibniz Institut für Sozialwissenschaften (SDM Survey Guidelines), online: https://www.gesis.org/fileadmin/upload/SDMwiki/Archiv/Antworttendenzen_Bogner_Landrock_11122014_1.0.pdf

Böhm, F. (2007), Entmachtung durch Wettbewerb, in: T. Roser und W. Oswald (Hrsg.), *Walter Eucken Archiv – Reihe Zweite Aufklärung*, LIT-Verlag.

Bravo, G. und M. Farjam (2020), The Gap Between Self-Reported and Actual Contributions to Climate Change Mitigation in US Residents, *SocArXiv* – preprint, June 11, online: <https://doi.org/10.31235/osf.io/rqd4s>

Breuer, L. (2013), Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, *Nomos*.

Buhart, J. und D. Henry (2021), Think Green Before You Apply: EU Competition Law and Climate-Change Abatement, *World Competition*, Vol. 44 (2), S. 147-168.

Bundeskartellamt (2022), Nachhaltigkeit im Wettbewerb erreichen – Bundeskartellamt schließt Prüfung von Brancheninitiativen ab, Pressemitteilung vom 18.1.2022, online: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2022/18_01_2022_Nachhaltigkeit.html

Bundeskartellamt (2020), Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften – Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis, Hintergrundpapier für die virtuelle Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht.

Bundeskartellamt (2017), Bundeskartellamt fordert mehr Verbrauchertransparenz bei der Ini-

tiative Tierwohl, Pressemitteilung vom 28.09.2017, online: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2017/28_09_2017_Tierwohl.html

Bundeskartellamt (2015), Tätigkeitsbericht 2013/2014, Deutscher Bundestag, Drs. 18/5210.

Bundeskartellamt (2012), Sektoruntersuchung Duale Systeme – Zwischenbilanz der Wettbewerbsöffnung, Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, Stand 03.12.2012, online: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung%20Duale%20Systeme%20-%20Abschlussbericht.html>

Chamberlin, E.H. (1953), The Product as an Economic Variable, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 67 (1), S. 1-29.

Coase, R.H. (1960), The Problem of Social Cost, *Journal of Law and Economics*, Vol. 3, S. 144.

Darby, M. und E. Karni (1973), Free Competition and the Optimal Amount of Fraud, *Journal of Law and Economics*, Vol. 16 (1), S. 67-88.

Demsetz, H. (1969), Information and Efficiency: Another Viewpoint, *Journal of Law and Economics* Vol. 12 (1), S. 1-22.

Dolmans, M. (2021), Sustainable Competition Policy and the “Polluter Pays” Principle, in: S. Holmes, D. Middelschulte und M. Snoep (Hrsg.), *Competition Law, Climate Change and Environmental Sustainability, Concurrences*.

Engelsing, F. und M. Jakobs (2019), Nachhaltigkeit und Wettbewerb, *Wirtschaft und Wettbewerb*, Vol. 1, S. 16-22.

Europäische Kommission (2022a), Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit – Entwurf, 1.3.2022, C(2022)1159 final.

Europäische Kommission (2022b), Leitlinien für Staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022, 27.1.2022, online: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/de/qanda_22_566/QANDA_22_566_DE.pdf

Europäische Kommission (2022c), Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence, 23.2.2022, COM(2022) 71 final.

Europäische Kommission (2020), Ein europäischer Klimapakt, COM(2020) 788 final.

Europäische Kommission (2011a), Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/1.

Europäische Kommission (2011b), Commission Decision of 13.4.2011 Relating to a Proceeding under Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 53 of the EEA Agreement (COMP/39579 – Consumer Detergents), C(2011) 2528 final.

Europäische Kommission (2004), Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. 2004 Nr. C 101/97.

Europäische Kommission (2001), Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 Nr. C 3/2.

Europäische Kommission (1999), Entscheidung der Kommission vom 24. Januar 1999 in einem Verfahren nach Artikel 81 EG-Vertrag und Artikel 53 EWR-Abkommen (Sache Nr. IV.F.1/36.718 – CECED), ABl. 2000 Nr. L 187/47.

Everling, U. (2006), Querschnittsziele im reformierten Europäischen Kartellrecht, in: T. Baums, J. Wertenbuch, M. Lutter und K. Schmidt (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Huber zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck.

Hart, O. und L. Zingales (2017), Companies Should Maximize Shareholder Welfare Not Market Value, *Journal of Law, Finance, and Accounting*, Vol. 2, S. 247-274.

Haucap, J.; Lange, L. und C. Wey (2013), Nemo Omnibus Placet: Exzessive Regulierung und staatliche Willkür, in: T. Theurl (Hrsg.), *Akzeptanzprobleme der Marktwirtschaft: Ursachen und wirtschaftspolitische Konsequenzen*, Duncker & Humblot, S. 145-167.

Haucap, J. und T. Stühmeier (2008), Wie hoch sind durch Kartelle verursachte Schäden: Antworten aus Sicht der Wirtschaftstheorie, *Wirtschaft und Wettbewerb*, Vol. 58, S. 413-424.

Haucap, J. und H. Schmidt (2002), Kennzeichnungspflicht für genetisch veränderte Lebensmittel: Eine ökonomische Analyse, *Zeitschrift für Wirtschaftspolitik*, Vol. 51 (3), S. 287-316.

Hayek, F.A. von (1969), Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, *Freiburger Studien - Gesammelte Aufsätze von F.A. von Hayek*, S. 249-265.

Hayek, F.A. von (1945), The Use of Knowledge in Society, *American Economic Review*, Vol. 35, S. 519-530.

Heidhues, P. und B. Köszegi (2017), Naivete-Based Discrimination, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 132 (2), S. 1019-1054.

Heidhues, P. und B. Köszegi (2010), Exploiting Naivete about Self-Control in the Credit Market, *American Economic Review*, Vol. 100 (5), S. 2279-2303.

Holmes, S. (2020), Climate Change, Sustainability, and Competition Law, *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 8 (2), S. 354-405.

Inderst, R.; Rhiel F. und S. Thomas (2021), Sustainability Agreements and Social Norms, online: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3887314

Inderst, R.; Sartzetakis, E. und A. Xepapadeas (2021), Technical Report on Sustainability and Competition, Report jointly commissioned by the Netherlands Authority for Consumers and Markets (ACM) and the Hellenic Competition Commission (HCC), online: <https://www.acm.nl/en/publications/technical-report-sustainability-and-competition>

Kingston, S. (2021), Introduction, in: S. Holmes, D. Middelschulte und M. Snoep (Hrsg.), *Competition Law, Climate Change and Environmental Sustainability, Concurrences Antitrust Publications and Events*.

Kingston, S. (2012), *Greening EU Competition Law and Policy*, Cambridge.

Kloosterhuis E. und M. Mulder (2015), Competition Law and Environmental Protection: The Dutch Agreement on Coal-Fired Power Plants, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 11 (4), S. 855-880.

Kokott, J. und D. Dittert (2015): Die Pflicht zur Berücksichtigung außerwettbewerblicher Belange im Rahmen von Art.101 AEUV und ihre praktische Umsetzung, in: Monopolkommission (Hrsg.), Politischer Einfluss auf Wettbewerbsentscheidungen: Wissenschaftliches Symposium anlässlich des 40-jährigen Bestehens der Monopolkommission, Nomos, S. 15-20.

Monti, G. (2020): Four Options for a Greener Competition Law, *Journal of European Competition Law and Practice*, Vol. 11 (3–4), S. 124-132.

Monti, G. (2002), Article 81 EC and Public Policy, *Common Market Law Review*, Vol. 39 (5), S. 1057-1099.

Roth, W.-H. (2006), Zur Berücksichtigung nichtwettbewerblicher Ziele im europäischen Kartellrecht – eine Skizze, in: C. Engel und W. Möschel (Hrsg.), *Recht und Spontane Ordnung*, Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum 80. Geburtstag, Nomos.

Rühl, G. und C. Knauer (2022), Zivilrechtlicher Menschenrechtsschutz? Das deutsche Lieferkettengesetz und die Hoffnung auf den europäischen Gesetzgeber, *JuristenZeitung*, Vol. 77 (3), S. 105-114.

Sachverständigenrat für Verbraucherfragen (2021), Gutachten zur Lage der Verbraucherinnen und Verbraucher 2021.

Schinkel M. P. und L. Treuren (2021), Green Antitrust: Friendly Fire in the Fight Against Climate Change, in: S. Holmes, D. Middelschulte und M. Snoep (Hrsg.), *Competition Law, Climate Change and Environmental Sustainability*, Concurrences, S. 69-89.

Schinkel M. P. und L. Treuren (2020), Green Antitrust: (More) Friendly Fire in the Fight against Climate Change, *Amsterdam Law School Research Paper No. 2020-72*, online: <http://dx.doi.org/10.2139/SSRN.3749147>

Schweitzer, H. (2015), Die Bedeutung nicht-wettbewerblicher Aspekte für die Auslegung von Art. 101 AEUV im Lichte der Querschnittsziele, in: Monopolkommission (Hrsg.), *Politischer Einfluss auf Wettbewerbsentscheidungen: Wissenschaftliches Symposium anlässlich des 40-jährigen Bestehens der Monopolkommission*, Nomos, S. 21-38.

SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP (2021), Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag 2021 – 2025.

Tinbergen, J. (1952), *On the Theory of Economic Policy*, North-Holland Publishing Company.

Townley, C. (2009), Article 81 EC and Public Policy, Hart Publishing.

Ullrich, H. (2022), Klimawandel im EU-Kartellrecht, *Max Planck Institute for Innovation and Competition, Discussion Paper*, No. 20.

Wagner, G. (2021), Klimaschutz durch Gerichte, *Neue Juristische Wochenschrift*, Vol. 31, S. 2256-2263.

Weller, M.-P. und M.-L. Tran (2021), Klimawandelklagen im Rechtsvergleich – private enforcement als weltweiter Trend, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, S. 573-605.

Veröffentlichungen des Kronberger Kreises in dieser Schriftenreihe

- 69 Green Deal auf Kosten des Wettbewerbs? (2022)
- 68 Demografischer Wandel, Klimaschutz, Digitalisierung: Die Herausforderungen jetzt annehmen! (2021)
- 67 Die geldpolitische Strategie der EZB: Was geändert werden sollte und was nicht (2021) *auch auf Englisch*
- 66 Kein Rückzug in die Festung Europa! (2020) *auch auf Englisch*
- 65 Unternehmensbesteuerung unter Wettbewerbsdruck (2018)
- 64 Weckruf für die deutsche Wirtschaftspolitik (2017)
- 63 Neue Diskriminierungsverbote für die digitale Welt? (2017)
- 62 Für eine echte Reform der Bund-Länder-Finanzbeziehungen (2016)
- 61 Das entgrenzte Mandat der EZB – Das OMT-Urteil des EuGH und seine Folgen (2016) *auch auf Englisch*
- 60 Erbschaftsteuer: Neu ordnen statt nachbessern (2015)
- 59 Europäische Bankenunion: Vom Prinzip Hoffnung zum Prinzip Haftung (2014)
- 58 Neustart in der Energiepolitik jetzt! (2014)
- 57 Renaissance der Angebotspolitik (2013)
- 56 Bildungsfinanzierung neu gestalten (2013)
- 55 Wie viel Koordinierung braucht Europa? (2012)
- 54 Reform der Geldbußen im Kartellrecht überfällig (2012) *auch auf Englisch*
- 53 Systemstabilität für die Finanzmärkte (2011)
- 52 Öffentliche Finanzen dauerhaft sanieren – in Deutschland und Europa (2010)
- 51 Mehr Mut zum Neuanfang (2010)
- 50 Beschäftigung gering qualifizierter Arbeitsloser (2009)
- 49 Für einen wirksamen Klimaschutz (2009)
- 48 Staatsfonds: Muss Deutschland sich schützen? (2008)
- 47 Unternehmensmitbestimmung ohne Zwang (2007)
- 46 Erbschaftsteuer: Behutsam anpassen (2007)
- 45 Dienstleistungsmärkte in Europa weiter öffnen (2007)
- 44 Den Subventionsabbau umfassend voranbringen (2006)
- 43 Den Stabilitäts- und Wachstumspakt härten (2005)
- 42 Tragfähige Pflegeversicherung (2005)
- 41 Flexibler Kündigungsschutz am Arbeitsmarkt (2004)
- 40 Gute Gemeindesteuern (2003)
- 39 Mehr Eigenverantwortung und Wettbewerb im Gesundheitswesen (2002)
- 38 Privatisierung von Landesbanken und Sparkassen (2001)
- 37 Abgeltungssteuer bei Kapitaleinkommen (2000)

- 36 Die föderative Ordnung in Not – Zur Reform des Finanzausgleichs (2000)
- 35 Arbeitszeiten und soziale Sicherung flexibler gestalten (1999)
- 34 Die Aufgaben – Wirtschaftspolitische Orientierung für die kommenden Jahre (1998)
- 33 Osterweiterung der Europäischen Union (1998) *auch auf Englisch*
- 32 Globalisierter Wettbewerb (1998)
- 31 Sozialunion für Europa? (1996) *auch auf Englisch* (1997)
- 30 Steuerreform für Arbeitsplätze und Umwelt (1996)
- 29 Einwanderungspolitik – Möglichkeiten und Grenzen (1994)
- 28 Mehr Langfristdenken in Gesellschaft und Politik (1994)
- 27 Zur Reform der Hochschulen (1993)
- 26 Privatisierung auch im Westen (1993)
- 25 Einheit und Vielfalt in Europa – Für weniger Harmonisierung und Zentralisierung (1992) *auch auf Englisch und Französisch*
- 24 Zur Wirtschaftsreform in Osteuropa (1992)
- 23 Reform der öffentlichen Verwaltung (1991)
- 22 Wirtschaftspolitik für das geeinte Deutschland (1990)
- 21 Soziale Marktwirtschaft in der DDR – Reform der Wohnungswirtschaft (1990)
- 20 Soziale Marktwirtschaft in der DDR
– Währungsordnung und Investitionsbedingungen (1990)
- 19 Mehr Markt in Hörfunk und Fernsehen (1989)
- 18 Reform der Unternehmensbesteuerung (1989)
- 17 Mehr Markt in der Energiewirtschaft (1988)
- 16 Das soziale Netz reißt (1988)
- 15 Mehr Markt in der Telekommunikation (1987)
- 14 Reform der Alterssicherung (1987)
- 13 Mehr Markt im Gesundheitswesen (1987)
- 12 Mehr Mut zum Markt – Konkrete Problemlösungen (1986)
- 11 Bürgersteuer – Entwurf einer Neuordnung von direkten Steuern und Sozialleistungen (1986)
- 10 Mehr Markt im Arbeitsrecht (1986)
- 9 Mehr Markt für den Mittelstand (1985)
- 8 Für eine neue Agrarordnung – Kurskorrektur für Europas Agrarpolitik (1984)
- 7 Mehr Markt in der Wohnungswirtschaft (1984)
- 6 Die Wende – Eine Bestandsaufnahme der deutschen Wirtschaftspolitik (1984)
- 5 Arbeitslosigkeit – Woher sie kommt und wie man sie beheben kann (1984)
- 4 Mehr Markt im Verkehr (1984)
- 3 Mehr Beteiligungskapital (1983)
- 2 Vorschläge zu einer „Kleinen Steuerreform“ (1983)
- 1 Mehr Mut zum Markt (1983)

Veröffentlichungen des Kronberger Kreises in der Reihe „Argumente zu Marktwirtschaft und Politik“

- 153 30 Jahre Wiedervereinigung: Mehr Mut zur Vielfalt (2020)
- 106 Lehren der Finanzmarktkrise (2009)
- 104 Irrwege in der Sozialpolitik (2008)
- 102 Gegen die Neubelebung der Entfernungspauschale (2008)
- 96 Wider die Aushöhlung der Welthandelsordnung – Für mehr Regeldisziplin (2006)
- 63 Ökologische Steuerreform: Zu viele Illusionen (1999)
- 54 Gegen eine Mehrwertsteuererhöhung zur Senkung der Sozialabgaben (1997)
- 52 Arbeitslosigkeit und Lohnpolitik – Die Tarifautonomie in der Bewährungsprobe (1995)
- 43 Wirtschaftspolitik im geeinten Deutschland:
Der Kronberger Kreis zu Kernfragen der Integration (1992)
- 17 Die Reform des Gemeindesteuersystems (1988)
- 3 §116 Arbeitsförderungsgesetz: Es geht um die Neutralität des Staates (1986)

Veröffentlichungen des Kronberger Kreises in der Reihe „Positionspapiere“

- 7 Für eine freie Preisbildung (2015)

Mehr Information zum Kronberger Kreis auf: www.kronberger-kreis.de

Der Kronberger Kreis stellt sich vor:



Prof. Dr. Dr. h.c. Lars P. Feld

Sprecher des Kronberger Kreises, Direktor des Walter Eucken Instituts, Professor für Wirtschaftspolitik, Universität Freiburg, Mitglied des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium der Finanzen.



Prof. Dr. Dr. h.c. Clemens Fuest

Präsident des ifo Instituts, Direktor des Center for Economic Studies (CES), Geschäftsführer der CESifo GmbH München, Mitglied des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium der Finanzen.



Prof. Dr. Justus Haucap

Direktor des Düsseldorfer Instituts für Wettbewerbsökonomie (DICE), Vorsitzender der Arbeitsgemeinschaft Wettbewerb des Vereins für Socialpolitik, ehem. Vorsitzender der Monopolkommission.



Prof. Dr. Heike Schweitzer, LL.M. (Yale)

Professorin für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht und Ökonomik, Humboldt-Universität zu Berlin.



Prof. Volker Wieland Ph.D.

Geschäftsführender Direktor des Institute for Monetary and Financial Stability (IMFS), Frankfurt, ehem. Mitglied des Sachverständigenrats zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung.



Prof. Dr. Berthold U. Wigger

Professor für Finanzwissenschaft und Public Management am Karlsruher Institut für Technologie (KIT), Mitglied des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium der Finanzen.