

Inderst, Roman; Thomas, Stefan

Research Report

Nachhaltigkeit und Wettbewerb: Zu einer Reform des Wettbewerbsrechts für die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen

SAFE Policy Letter, No. 94

Provided in Cooperation with:

Leibniz Institute for Financial Research SAFE

Suggested Citation: Inderst, Roman; Thomas, Stefan (2022) : Nachhaltigkeit und Wettbewerb: Zu einer Reform des Wettbewerbsrechts für die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen, SAFE Policy Letter, No. 94, Leibniz Institute for Financial Research SAFE, Frankfurt a. M., <https://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:hebis:30:3-634638>

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/249445>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

Roman Inderst
Stefan Thomas

Nachhaltigkeit und Wettbewerb: Zu einer Reform des Wettbewerbsrechts für die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen

SAFE Policy Letter No. 94 | January 2022

Leibniz Institute for Financial Research SAFE
Sustainable Architecture for Finance in Europe

policy_center@safe-frankfurt.de | www.safe-frankfurt.de

Nachhaltigkeit und Wettbewerb: Zu einer Reform des Wettbewerbsrechts für die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen*

*Roman Inderst, Goethe-Universität Frankfurt
Stefan Thomas, Eberhard Karls Universität Tübingen¹*

Januar 2022

Abstract

Die notwendige ökologische Transformation aber auch darüberhinausgehend die zunehmenden Erwartungen, die Gesellschaft und Politik an die Wirtschaft stellen, erfordern eine Prüfung des Wettbewerbsrechts und seiner Durchsetzung, insbesondere auch der dabei verwendeten (ökonomischen) Konzepte und Methoden, dahingehend, ob die aktuelle Praxis nicht einer stärkeren Berücksichtigung von Nachhaltigkeitszielen in unbegründeter Weise im Wege steht. Auf europäischer Ebene hat der Diskurs darüber im Jahr 2021 erheblich an Fahrt gewonnen. Wir stellen wesentliche Initiativen dar. Dabei zeigt sich unseres Erachtens allerdings auch, dass für eine konstruktive Weiterentwicklung noch die nötigen konzeptionellen und methodischen Grundlagen fehlen.

Ein Ergebnis unserer Arbeiten, die wir nachfolgend kurz umreißen, ist die Einsicht, dass eine nötige Weiterentwicklung nur durch ein Überschreiten von Fachgrenzen und nicht allein auf Basis des Alt-hergebrachten in Wettbewerbsökonomie und Wettbewerbsrecht (und seiner Anwendung) gelingen kann. Hierfür stellen wir auch eine Reihe offener Fragen dar.

Auch im Bereich Finanzen wird in Politik und Forschung intensiv über die stärkere Berücksichtigung von Nachhaltigkeit diskutiert, angefangen von einer entsprechenden Kennzeichnung für Finanzprodukte bis hin zu einem Nachhaltigkeits-Engagement der Europäischen Zentralbank. Ungeachtet der

* SAFE Policy Paper repräsentieren die persönlichen Ansichten der Autoren und nicht notwendigerweise die von SAFE oder seiner Mitarbeiter.

¹ Prof. Dr. Roman Inderst, Goethe Universität Frankfurt, Fachbereich Wirtschaftswissenschaften, Inhaber des Lehrstuhls für Finanzen und Ökonomie, inderst@finance.uni-frankfurt.de; Prof. Dr. Stefan Thomas, Eberhard Karls Universität Tübingen, Juristische Fakultät, Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Wettbewerbs- und Versicherungsrecht, Direktor am Tübingen Research Institute on the Determinants of Economic Activity (TRIDEA), thomas@jura.uni-tuebingen.de.

Spezifika von Wettbewerbsrecht und -ökonomie ergeben sich hierbei zwangsläufig Parallelen, so dass unsere Darstellungen auch für diesen Diskurs von Interesse sein können.

Wir fassen kurz einige unserer wesentlichen Ergebnisse zusammen:

- *In verschiedener Hinsicht kann die Transformation der Industrie zu größerer Nachhaltigkeit horizontale und vertikale Kooperation und Verhaltensbeschränkungen erfordern. Das betrifft etwa die Beseitigung des „First-Mover-Problems“ bei Produkteinführungen oder Informationsaustausch und Verpflichtungen hinsichtlich der Kooperation bei Nachhaltigkeits-Labeln oder der Etablierung von Ethik- und Nachhaltigkeitsstandards zur Umsetzung von Pflichten aus dem Lieferkettengesetz.*
- *Der traditionellen Kartellrechtspraxis fehlt derzeit noch weitgehend ein Instrumentarium, um solchen Kooperationsformen mit dem Ziel von Nachhaltigkeit hinreichend Rechnung zu tragen. Es besteht daher die Gefahr, dass die geltenden Enforcement-Prinzipien den Transformationsprozess hin zu mehr Nachhaltigkeit behindern.*
- *Es besteht eine akute Notwendigkeit der Reflexion über eine Änderung der Anwendungsgrundsätze. Wichtige Behörden und Kartellgesetzgebungen sind bereits vorangeschritten, etwa die EU-Kommission auf verschiedenen Reflexionsebenen und einige nationale Behörden mit diversen Policy-Initiativen. In Österreich wurde das Kartellgesetz bereits geändert. Die Industrie steht vor konkreten Herausforderungen, und zwar bereits aktuell. Die Fragestellung kann u.E. nicht mehr als Gedankenexperiment oder Nischenproblem abgetan werden.*
- *Allgemeine Policy-Statements oder das Inaussichtstellen einer Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsanliegen im Wege des behördlichen Einschreitermessens genügen dem Postulat nach Rechtssicherheit nicht. Die Gefahr einer unklaren Haltung der behördlichen und gerichtlichen Praxis liegt darin, dass notwendige kooperationsbasierte Beiträge zur Erreichung von Nachhaltigkeitszielen aus Furcht vor kartellrechtlichen Konsequenzen unterbleiben. Zugleich aber dürfen Nachhaltigkeitsanliegen keine vorgeschobenen Gründe für nicht-erforderliche Kollusion sein (Vermeidung von Greenwashing).*
- *Wir plädieren daher für eine Form der Berücksichtigung von Nachhaltigkeit, die – erstens – zu existierenden kartellrechtlichen Prämissen anschlussfähig bleibt und – zweitens – in ökonomisch transparenter Art und Weise Nachhaltigkeitsanliegen gewichtet und für die kartellrechtliche Prüfung kommensurabel macht.*

- *Wir halten es insbesondere für möglich, Nachhaltigkeit unter dem bewährten Maßstab der Konsumentenwohl­fah­rt um­fassender zu erfassen. Zum einen sehen wir erhebliches Potential für eine Anpassung der Analyse­metho­den zur – ggf. generationen­über­greifenden – Ermittlung der Zahlungsbereitschaft von Konsumenten für mitunter komplexe Nachhaltigkeitsanliegen. Die gängigen wettbewerbsökonomischen Ansätze riskieren, dies erheblich zu verkürzen – anders als Ansätze, die bereits seit Jahrzehnten in Kosten-Nutzen-Analysen der Wettbewerbs- und Ressourcenökonomie Verwendung finden. Zum anderen halten wir es für sinnvoll, die Wechselwirkungen von sozialen Normen mit Nachhaltigkeitskooperationen stärker zu berücksichtigen, da es hier Rückkoppelungen geben kann. Wir sehen aber auch bei solchen Ansätzen inhärente Grenzen im Verhältnis zum Prozess der politischen Willensbildung.*
- *Es muss bei der Debatte beachtet werden, dass Nachhaltigkeit nicht zum Deckmantel für schädliche Kartelle wird. Daher sehen wir von pauschalen Postulaten ab und verweisen auf das Potential für eine differenzierte Analyse von Einzelfällen. Wir hielten es aber ebenso für verfehlt, bereits das Nachdenken über eine Integration von Nachhaltigkeit in das Kartellrecht unter den Pauschalverdacht des Greenwashing zu stellen. Das Problem ist mittlerweile ökonomisch und ökologisch zu deutlich erkennbar, um es noch zu ignorieren.*

I. Motivation

In Österreich und den Niederlanden ist Nachhaltigkeit seit 2021 fest im Kartellgesetz bzw. entsprechenden Leitlinien verankert. Nach dem novellierten österreichischen Kartellgesetz werden demnach bei der Beurteilung der wettbewerblichen Wirkungen von Kooperationen Beiträge zu einer "ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft" im Rahmen der Frage berücksichtigt, ob Verbraucher:innen angemessen an den (Effizienz-)Vorteilen einer Kooperation zwischen Wettbewerbern teilhaben.² In den Niederlanden werden als Effizienzen explizit Reduktionen im CO₂-Ausstoß berücksichtigt, wobei die entsprechenden Leitlinien Nachhaltigkeit explizit nicht auf Ökologie und Klima beschränken.³ Auch andere Länder der EU arbeiten an einer Reform des Wettbewerbsrechts bzw. entsprechenden Leitlinien.⁴

Die Entwicklung in der Europäischen Union beschränkt sich allerdings nicht auf die Initiativen einzelner Länder. Im Gegenteil: Das Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden beschäftigt sich mit einer eigenen Taskforce intensiv mit dem Thema, und die Europäische Kommission hat dazu, insbesondere auch im Rahmen der aktuell anstehenden Überarbeitung der Horizontalleitlinien, einen Konsultationsprozess angestoßen.⁵ Bezeichnend ist in diesem Zusammenhang auch, dass im Zuge der allgemeinen Konsultation zur Überarbeitung der Horizontalleitlinien von den Stakeholdern das Thema Nachhaltigkeit besonders priorisiert wurde, wobei durchgehend auf die mangelnde Kohärenz zwischen den erklärten Zielen der Kommission und den aktuellen Vorgaben bzw. Einschränkungen des Wettbewerbsrechts hingewiesen wurde.⁶ Die europäischen Gerichte hatten zwar bislang noch nicht die Möglichkeit, entsprechende Argumente in einem konkreten Fall zu behandeln. In diesem Zusammenhang ist allerdings die aktuelle Ernennung von Suzanne Kingston als

² Im Original: " Die Verbraucher sind auch dann angemessen beteiligt, wenn der Gewinn, der aus der Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder der Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts entsteht, zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft wesentlich beiträgt. " (§2 Abs. 1 Satz 2 KartG).

³ Dies ist so im zweiten Entwurf der entsprechenden Richtlinien verankert (ACM 2021).

⁴ Zu nennen ist hierbei Griechenland, das hierfür u.a. ein technisches Methodengutachten eingeholt hat (Inderst, Sartzetakis und Xepapadeas 2021b).

⁵ Das hierzu von einem der Autoren für die Kommission angefertigte ökonomische Gutachten wird im Frühjahr 2022 veröffentlicht.

⁶ European Commission (2021).

Richterin an das Gericht (EuG) von Interesse⁷, da sie als eine der frühesten und prominentesten Advokat:innen der Berücksichtigung von Nachhaltigkeit im Wettbewerbsrecht gilt.⁸

Dass das Thema Nachhaltigkeit einen wesentlichen Einfluss auf die aktuelle Entwicklung des Wettbewerbsrechts und seiner Anwendung haben wird, zeigt sich auch außerhalb der Europäischen Union. So hat die Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) allein im Jahr 2021 die Fragestellung wiederholt aufgegriffen, zuletzt bei einem darauf fokussierten Roundtable im Dezember 2021.⁹ Dabei heben sich die Stimmen deutlich ab von den Kernaussagen eines OECD Roundtable zum gleichen Thema im Jahr 2010. Dort herrschte noch die Meinung vor, dass Wettbewerbsbehörden, die nicht bereits per se ein auf die Gesamtwohlfahrt ausgelegtes Kriterium anwenden, Beiträge zur (ökologischen) Nachhaltigkeit nicht gesondert berücksichtigen bzw. berücksichtigen sollen.¹⁰

Zuletzt ist auch zu erwarten, dass das Thema in den USA an Fahrt gewinnt. Auch wenn das Department of Justice hier eine konservative Position einnimmt, könnte die Federal Trade Commission unter der seit Sommer 2021 neu berufenen Vorsitzenden Lina Khan eine progressivere Linie wählen.

II. Verschränkung der Entwicklung mit zunehmenden Anforderungen an die Wirtschaft

Diese Entwicklungen im Wettbewerbsrecht bzw. in seiner Durchsetzung verschränken sich mit der zunehmenden Bereitschaft in Gesellschaft und Politik, der Wirtschaft Nachhaltigkeit ins Pflichtenheft zu schreiben. Dies geschieht zum einen über konkrete gesetzliche Vorgaben, so durch entsprechende Umweltauflagen oder aber bspw. das im Jahr 2021 verabschiedete deutsche Lieferkettengesetz¹¹ (wobei das voraussichtlich weiter gefasste, europäische Pendant noch aussteht). Allerdings beschränken sich die zunehmenden Erwartungen und Anforderungen, die Bürger:innen und Politi-

⁷ <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2021/12/21/eu-court-of-justice-nine-judges-of-the-general-court-appointed>.

⁸ Kingston (2010, 2011, 2019).

⁹ <https://www.oecd.org/daf/competition/environmental-considerations-in-competition-enforcement.htm>. Einer der Autoren fungierte dort als ökonomischer Experte.

¹⁰ OECD (2010, S. 10).

¹¹ Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten, <https://www.gesetze-im-internet.de/lksg/index.html#BJNR295910021BJNE002500000>.

ker:innen vermehrt an die Wirtschaft stellen, gerade nicht in der Erfüllung des allein gesetzlich Geforderten. So sieht die Europäische Kommission zur Verwirklichung des sog. „Green Deal“ die Industrie mit in der Verantwortung.¹² Die aktuelle Präsidentin der Kommission hat eine Verantwortung für Nachhaltigkeit in ihren Briefen an jedes der neuen Kommissionsmitglieder betont, d.h. das Ziel „[to] ensure the delivery of the United Nations Sustainability Development Goals within their policy area“.¹³ Bekanntermaßen deckt sich dies auch mit den Bestrebungen anderer europäischer Institutionen, wie der Europäischen Zentralbank, Nachhaltigkeit im Rahmen ihrer bisherigen Ziele oder aber als Ergänzung dieser zu verfolgen.

Unbestritten ist, dass Wettbewerb zwischen Unternehmen auch der Nachhaltigkeit förderlich ist, wenn zum einen entsprechende institutionelle Rahmenbedingungen, etwa in Form von Emissionsgrenzen und -steuern, gegeben sind und zum anderen Verbraucher:innen entsprechende Verbesserungen mit ihrer Zahlungsbereitschaft honorieren. Gerade aber wenn Unternehmen aus verschiedenen Gründen über das gesetzlich Vorgegebene hinausgehen wollen, auch um den entsprechenden Erwartungen all ihrer Stakeholder gerecht zu werden, kann Kooperation nötig sein um bspw. einen „First-mover-Nachteil“ zu kompensieren,¹⁴ eine kritische Masse zu erreichen oder aber schlicht Effizienzen durch die Entwicklung einer gemeinsamen Informationsbasis oder gemeinsamer Standards zu heben. Ein Beispiel für einen solchen Informationsaustausch mag die Entwicklung einer gemeinsamen Liste von Lieferanten sein, die nachweislich bestimmte Nachhaltigkeitskriterien erfüllen, welche wiederum ggf. auf einem gemeinsam entwickelten Standard beruhen.

Dem setzen allerdings das europäische und deutsche Wettbewerbsrecht bzw. seine aktuelle Umsetzung („enforcement paradigm“) Grenzen. So beschränkt sich der in der Regel angewendete Konsumentenwohlfahrtsstandard in der praktischen Anwendung bei Effizienzen auf gegenwärtige Konsument:innen im relevanten Markt. Dies schließt nicht nur die Auswirkungen auf Nicht-Verbrau-

¹² So in European Commission, The European Green Deal COM(2019)640 final: „[a]ll EU actions and policies will have to contribute to the European Green Deal objectives“.

¹³ So in Ursula von der Leyen, Mission Letter to Margrethe Vestager Executive Vice-President for A Europe fit for the Digital Age (1 December 2019). In diesem Policy Letter setzen wir uns nicht das Ziel, den breiteren Begriff der Nachhaltigkeit genauer zu fassen. Hier gibt es in der Tat die unterschiedlichsten Konzeptionen (so etwa UN General Assembly 2012, Resolution A/RES/66/288*). Pragmatisch ist hierbei jeweils eine Konkretisierung anhand bestehender Normen und ihrer Zielsetzungen anzusetzen.

¹⁴ Dieser mag verschiedene Gründe haben, die bspw. an der Rolle von Netzwerkeffekten liegen, welche sich gerade bei Nachhaltigkeit auch aus der möglichen Endogenität entsprechender Präferenzen ergeben können (so Inderst, Sartzetakis und Xepapadeas 2021a; Inderst, Rhiel und Thomas 2021).

cher:innen aus, sondern beschränkt zudem in der Regel den Zeithorizont so, dass zukünftige Generationen - selbst von Konsument:innen im relevanten Markt - außen vor bleiben.¹⁵ In der praktischen Anwendung kommen hierbei oft auch nur Kosteneffizienzen und damit lediglich Preisvorteile zur Geltung. Selbst wenn man hinreichende Abstriche macht, um nicht Lobbyismus und sog. Greenwashing anheim zu fallen, sind vor diesem Hintergrund die zunehmend geäußerten Bedenken ernst zu nehmen, dass das Wettbewerbsrecht und seine aktuelle Umsetzung dem gesellschaftlichen und politischen Ziel eines nachhaltigeren Wirtschaftens im Wege stehen können.

Vor diesem Hintergrund plädieren wir für eine sachliche Weiterentwicklung des Wettbewerbsrechts und seiner Anwendung – in Deutschland und Europa.

Einer solchen Weiterentwicklung können sich die nationalen Wettbewerbsbehörden kaum vollständig entziehen. Ungeachtet möglicher prinzipieller Einwände, auf die wir gleich eingehen, zeigt die rasante Entwicklung in 2021, dass es gerade auch auf europäischer Ebene zu einer solchen Weiterentwicklung kommt. Dem müssen sich auch in Deutschland die Entscheidungsträger:innen in den Ministerien und beim Bundeskartellamt stellen.

Und Gleiches gilt auch für Ökonom:innen, wenn sie sich konstruktiv an einer solchen Weiterentwicklung beteiligen wollen. Es zeigt sich allerdings, dass bislang insbesondere die akademische Auseinandersetzung damit bei den Ökonom:innen, anders als bei den Jurist:innen¹⁶, nur in geringen Maßen stattfindet. Sie erschöpft sich zudem oft in prinzipiellen Feststellungen – meist gegen einen stärkeren Einbezug von Nachhaltigkeit in das Wettbewerbsrecht und seine Umsetzung. Eine solche prinzipielle Auseinandersetzung um das Wesen und die Aufgabe des Wettbewerbsrechts ist zwar gerade auch als disziplinierendes Korrektiv nötig, sie kann allerdings auch für ein konstruktives Mitwirken allzu sehr die Hände binden. Bevor wir nachfolgend Wege eines solchen konstruktiven Mitwirkens aufzeigen, geben wir doch den eher grundsätzlichen Argumenten kurz Raum.

III. Vorausgehende Überlegungen und Caveats

¹⁵ Die Kommission weist zwar in ihren Leitlinien zu Art. 101 Abs. 3 AEUV auf die Berücksichtigung von Kostensenkungen auf künftige Konsumenten hin, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. 2004 C 101/97, Tz. 88. Sie geht aber nicht darauf ein, dass sich die Zahlungsbereitschaft künftiger Generationen für Nachhaltigkeit möglicherweise verändern wird und wie mit solchen Erkenntnissen umzugehen wäre.

¹⁶ Siehe die umfangreichen Nachweise zum juristischen Schrifttum bei Inderst und Thomas (2021b).

So wird eingewandt, dass die Vermengung von Nachhaltigkeitszielen mit dem Schutz des Wettbewerbs nicht nur letzteres Ziel verwässert, sondern schlicht nicht handhabbar ist und zudem zur politischen Einflussnahme einlädt. In der Tat gibt es gerade auch in der Jurisprudenz eine lebhaft Diskussion darüber, ob ein sog. „multi-goals“ Ansatz¹⁷, wonach Nachhaltigkeit als ein separates Ziel anzusehen sei, wünschenswert und praktikabel wäre. Wir haben uns selbst wiederholt zu den Problemen eines solchen Ansatzes geäußert, sofern es nicht möglich ist, ggf. fallgruppenspezifisch eine zielübergreifende, transparente Metrik für die Entscheidungspraxis zu finden.¹⁸ Allerdings schließt die stärkere Berücksichtigung von Nachhaltigkeitszielen dies in keiner Weise aus. Nachfolgend stellen wir bspw. dar, wie dies bereits im Rahmen eines methodisch erweiterten Konsumentenwohlfahrtsansatzes möglich ist – und zwar ohne dass dadurch eine weitere, damit nicht kommensurable Metrik ins Spiel gebracht werden müsste. Die niederländische Kartellbehörde ist hier einen Schritt weiter gegangen, allerdings auch so, dass der Ansatz praktikabel bleibt und die Rechtssicherheit wahrt. Ausgehend von der auch gerichtlich bestätigten vertraglichen Verpflichtung der niederländischen Regierung zur CO₂-Reduktion und basierend auf bewährten Methoden der Umwelt- und Ressourcenökonomie, wie der Messung der marginalen CO₂-Vermeidungskosten, werden CO₂-Veränderungen gemäß den neuen Leitlinien als Effizienzen anerkannt. In der folgenden Entwicklung der Rechtspraxis mögen sich hier noch Verfeinerungen ergeben, so etwa, wenn dies im Einzelfall zu übermäßigen Verteilungseffekten zulasten der betroffenen Konsument:innen führen kann. Diese verbleibenden Unsicherheiten müssen allerdings auch nicht schwerer wiegen als die bereits bestehenden Ambiguitäten bei der Anerkennung von Effizienzvorteilen insgesamt.

Als unrealistisch kritisiert wird auch bereits die Annahme, dass Unternehmen Nachhaltigkeitsziele verfolgen könnten oder gar sollten, die über das gesetzlich Vorgegebene hinausgehen, zumindest soweit sich dies nicht im Markt monetarisieren ließe.¹⁹ So sei das Setzen entsprechender Rahmenbedingungen Aufgabe der Politik. Und die geltenden Standards, nicht aber darüber hinausgehende, wären damit auch Ausdruck der gesellschaftlichen Präferenzen. Überschießende Nachhaltigkeitsbemühungen hätten damit keine gesellschaftliche Legitimation.

¹⁷ Vehement hierfür eintretend etwa Holmes (2020).

¹⁸ Bspw. kritisch gegen eine freie Abwägung inkommensurabler Größen im Rahmen eines „multi-goals approaches“ Thomas (2021).

¹⁹ Vgl. Schinkel und Spiegel (2017).

Dem kann vieles entgegnet werden, wofür hier nicht hinreichend Platz ist.²⁰ Unternehmen mögen aus verschiedenen Gründen selbst dann entsprechende Anreize haben, wenn sich dies gerade nicht unmittelbar im Produktmarkt monetarisieren lässt. Dies mag an den entsprechenden Anforderungen anderer Stakeholder, einschließlich Investoren, liegen. Gesetzlich vorgegebene Standards mögen sich auch nur langsam ändern und damit insbesondere ein Wissen widerspiegeln, das in Teilen bereits überholt ist. Unternehmen mögen dann auch höhere Standards bereits deshalb einzuhalten versuchen, um eine spätere regulatorische Überreaktion zu vermeiden. Normative Vorgaben mögen auch nicht hinreichend an die Möglichkeiten einzelner Sektoren angepasst sein. Es gibt damit nicht nur viele Gründe, warum die geltenden Standards nicht den aktuellen gesellschaftlichen Präferenzen oder aber den technologischen Möglichkeiten entsprechen, sondern auch warum Unternehmen darüber hinausgehen können und auch wollen.²¹ Ob dies im Einzelfall einer Kooperation bedarf, steht dann auf einem anderen Blatt.

Natürlich kann sich die Politik nicht mit dem Verweis auf das Engagement der Wirtschaft exkulpieren. Und natürlich besteht bei Kooperationen zwischen Wettbewerbern stets die Gefahr, dass Absprachen und Informationen auch zu einer schädlichen Verringerung des Wettbewerbs führen. Auch in puncto Nachhaltigkeit kann es nicht darum gehen, den Unternehmen das Risiko etwa eines Vorpreschens mit nachhaltigeren Produkten vollends zu nehmen. Allerdings wäre es falsch, entsprechende Kooperationen mit der Unterstellung eines darüberhinausgehenden kartellrechtswidrigen Verhaltens zu verbieten.²²

Bevor wir konstruktiv Vorschläge für eine Weiterentwicklung des Wettbewerbsrechts und seiner Durchsetzung unterbreiten, ergänzen wir die vorausgehenden prinzipiellen Darstellungen um kon-

²⁰ Die Rolle nicht-staatlicher Akteure, einschließlich Unternehmen, bei der Komplementierung staatlicher regulatorischer Eingriffe ist in den Politikwissenschaften anerkannt und hat auch weitgehend Eingang in die Betriebswirtschaftslehre gefunden (so bspw. durch die Arbeiten von Andreas Scherer, etwa Scherer, Palazzo und Matten 2014). Die nachfolgenden Argumente folgen u.a. Beiträgen in der Umweltökonomie. Auch andere Bereiche der Volkswirtschaftslehre, so etwa die Informationsökonomie, haben sich mit der Rolle privater Akteure beschäftigt, bspw. als (bessere) Zertifizierer von (ökologischen) Labels (siehe aktuell Bizzotto und Harstad 2021 und die dortigen Referenzen).

²¹ Wir haben es hier vermieden, schlicht auf ein Politikversagen zu verweisen, wofür es im Einzelfall allerdings auch gute Argumente geben kann (siehe etwa Tirole 2012).

²² Wie es in einer Reihe aktueller Aufsätze nahegelegt wird, so Schinkel und Spiegel (2017). Uns scheint hierbei auch der wiederholte Verweis auf aufgedeckte Kartelle und missbräuchliche Absprachen nicht hilfreich. Auch die staatliche Einführung neuer Emissionsstandards oder von Steuern kann zu Absprachen von Akteuren führen. Bei der „Kartellneigung“ einer Branche sowie der Bewertung von Absprachen im Einzelfall lässt sich daher nicht kategorisch zwischen staatlich ausgelöstem und privat motiviertem Verhalten unterscheiden.

krete Beispiele. Ein oft zitiertes ist die Vereinbarung einiger Automobilhersteller, höhere Emissionsstandards einzuhalten als in den USA gesetzlich vorgeschrieben. Dies ist eingebettet in eine entsprechende Anhebung der Standards unter der Obama-Administration, die dann allerdings unter Donald Trump widerrufen wurde. Einige Automobilhersteller (BMW, Ford und Honda) verpflichteten sich dennoch gemeinsam, höhere Standards einzuhalten (wobei diese unter denjenigen der Obama-Administration lagen). Das republikanisch geführte Department of Justice (DOJ) eröffnete daraufhin eine Untersuchung auf den Verdacht einer wettbewerbswidrigen Kartellabsprache. Auch wenn nachfolgend die Untersuchung eingestellt wurde, zeigt dies am Beispiel der USA die bestehende Rechtsunsicherheit auf. Für die Europäische Union haben wir bereits einerseits den politischen Willen zur stärkeren Berücksichtigung von Nachhaltigkeit dargelegt und andererseits das enge Korsett unter einer in dieser Hinsicht noch restriktiven Auslegung des Wettbewerbsrechts. Die Europäische Union hat allerdings ihre Befürwortung der Rolle privater Initiativen auch in einigen Fällen konkretisiert, so etwa bei der Reduktion des Verbrauchs von Plastik entlang der Wertschöpfungskette.²³

IV. Plädoyer und erste Vorschläge für eine konstruktive Weiterentwicklung des Wettbewerbsrechts und seiner Durchsetzung: Abschichtung

Es gibt verschiedene Ansatzpunkte dafür, wie Nachhaltigkeitsüberlegungen stärker im Kartellrecht berücksichtigt werden können, insbesondere auch ohne eine entsprechende Gesetzesänderung. So gibt es auch in Deutschland mit der Ministererlaubnis bereits ein spezifisches Instrument, hier für die Fusionskontrolle, das die Berücksichtigung von Gemeinwohlzielen vorsieht.²⁴ In diesem Policy Letter beschränken wir uns auf Kooperationen. Auch hier gibt es verschiedene Ansatzpunkte. In

²³ European Commission, A European Strategy for Plastics in a Circular Economy COM(2018)28 final; siehe auch die Deklaration der Circular Plastics Alliance, https://ec.europa.eu/growth/industry/policy/circular-plastics-alliance_en.

²⁴ Vgl. etwa zuletzt die Ministererlaubnis *Zollern/Miba* mit Hinweis auf die Bedeutung der betroffenen Produkte für die Nachhaltigkeit, Bundesminister für Wirtschaft und Energie v. 19.08.2019, Gesch.-Z.: I B 2 – 20302/14–02, Tz. 149: „Die Abwägung nach § 42 GWB führt zu dem Ergebnis, dass das geringe quantitative und qualitative Gewicht der vom Bundeskartellamt festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen zwar nicht durch das Ausmaß der gesamtwirtschaftlichen Vorteile aufgewogen wird, aber durch überragende Interessen der Allgemeinheit gerechtfertigt ist, sofern durch die Nebenbestimmungen der Gemeinwohlvorteil ‚Know-how und Innovationspotential für Energiewende und Nachhaltigkeit‘ erfüllt und abgesichert ist.“

unseren gemeinsamen Arbeiten haben wir uns dabei bislang ausschließlich mit der Berücksichtigung als Effizienzverteidigung (unter Art. 101(3) AEUV²⁵) auseinandergesetzt.

Eine solche Abwägung der Effekte würde sich allerdings mitunter erübrigen, wenn es den Unternehmen ohne die Kooperation nicht möglich wäre – oder nur mit sonst unverhältnismäßig hohem Aufwand –, bspw. neue gesetzliche Verpflichtungen so zu erfüllen, wie es der Intention der neuen Normen entspricht. Bspw. müssten sich Unternehmen, die den Verpflichtungen eines zukünftigen europäischen Lieferkettengesetzes nachkommen müssen, möglicherweise ohne die Etablierung gemeinsamer Standards und ohne einen entsprechenden Informationsaustausch schlicht aus bestimmten Ländern zurückziehen. Falls dies so wäre, u.a. da es keine gangbare Alternative etwa über eine Zertifizierung durch Dritte gäbe, würde ohne eine Kooperation die Einhaltung der Normen geradewegs deren Intention untergraben. Eine Legalität eines solchen „ethischen Standardsetting“ wäre dann im Einzelfall unter dem Institut der Immanenztheorie bzw. Nebenabredendoktrin zu prüfen. Nach diesem ungeschriebenen kartellrechtlichen Grundsatz fallen Wettbewerbsbeschränkungen bereits nicht unter den Verbotstatbestand (und bedürfen für ihre Zulässigkeit keiner effizienzbasierten Freistellung mehr), wenn sie notwendig sind, um eine legitime Hauptmaßnahme zu verwirklichen.²⁶

Ob sich die Immanenztheorie dazu eignet, Wettbewerbsbeschränkungen, die Beiträge zur Nachhaltigkeit leisten, generell zu salvieren, haben wir in unseren bisherigen Arbeiten jedoch nicht weiter ausgelotet, insbesondere auch nicht für Fälle, in denen Kooperationen über die gesetzlichen Mindeststandards hinausgehen. Hier stellen sich Jurist:innen sowie Ökonom:innen verschiedene (Forschungs-)Fragen, mit deren Beantwortung sie einen konstruktiven Beitrag zur Debatte um einen möglichen Konflikt von Nachhaltigkeit und Wettbewerbsrecht leisten können. Wir haben allerdings aus den folgenden Gründen bislang unseren Schwerpunkt auf die Effizienzabwägung gelegt:

Denn es erscheint uns aktuell fraglich, wie weit die Immanenztheorie dogmatisch ausgedehnt werden kann, ohne sie zu einer *rule of reason* werden zu lassen, die im europäische und deutschen Kartellrecht nach allgemeiner Meinung nicht anzuerkennen sein soll.²⁷ Die Immanenztheorie ist ein

²⁵ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. 2012 C 326/47.

²⁶ EuG Urt. v. 24.5.2012 – T-111/08, Rn. 77 – *MasterCard*; EuG Urt. v. 18.9.2001 – T-112/99, Rn. 104 – *M6*. Danach sind Beschränkungen mit der „Durchführung einer Hauptmaßnahme“ nur dann „unmittelbar verbunden“ (*directly related*), wenn sie eine dem „Hauptgegenstand dieser Maßnahme untergeordnete Bedeutung haben“ (*subordinate*) und zudem mit ihr „unmittelbar verbunden sind“ (*evident link with it*), *MasterCard*, Rn. 78; *M6*, Rn. 105.

²⁷ Mit einer *rule of reason* ist eine generelle Güterabwägung im Kartellrecht gemeint.

Rechtsinstitut, das sich bislang fallgruppenweise entwickelt hat. Eine entscheidende Frage ist, nach welchen Maßstäben sich die Legitimität einer im Rahmen der Immanenztheorie berücksichtigungsfähigen Hauptmaßnahme bestimmen lässt. Hierzu gibt es bislang keine klare Dogmatik. Die Rechtsprechung konnte sich in den bislang gegebenen Fällen damit begnügen, die Legitimität der Hauptmaßnahme, welche durch die Wettbewerbsbeschränkung ermöglicht wird (etwa die Durchführung eines Unternehmenskaufs oder die Verbesserung der Arbeitsbedingungen durch Tarifverträge²⁸), festzustellen. Es ist anzumerken, dass sich die Immanenztheorie – anders als die Freistellungs Voraussetzungen – nicht notwendig nach dem Maßstab des Ausgleichs durch überwiegende Effizienzen richtet. Es wäre daher nicht ausgeschlossen, in ihr einen Weg zu suchen, die Internalisierung von Umweltexternalitäten trotz des Fehlens einhergehender Effizienzen als notwendig zur Erreichung des legitimen Ziels der Nachhaltigkeit anzusehen. Ein möglicherweise relevanter Unterschied des Nachhaltigkeitsziels von den in der Rechtsprechung bisher anerkannten legitimen Hauptmaßnahmen könnte allerdings darin zu sehen sein, dass es sich möglicherweise nicht ohne Weiteres für die Anwendung des bei der Immanenztheorie geltenden strengen Erforderlichkeitskriteriums eignet. Denn Nachhaltigkeit ist aufgrund der Weite des Begriffs nicht ein bestimmter, umgrenzbarer Einzelaspekt, für den eine bestimmte Maßnahme als unverzichtbar angesehen werden kann. Unseres Erachtens würde das Postulat einer uneingeschränkten Anerkennung der Immanenztheorie im Kontext von Nachhaltigkeit daher auf dieselben Fragen und auch möglichen Einwände stoßen, die bereits hinsichtlich des *multi-goals approaches* diskutiert werden. Zu prüfen wäre unter diesem Gesichtspunkt aber noch, ob etwa eine klar umrissene sowie auch normativ verankerte Konkretisierung, etwa im Rahmen der Einhaltung der Klimaziele und speziell der damit verbundenen CO₂-Emissionen, sich als Hauptmaßnahme im Sinne der Immanenztheorie eignen würde.

Wie bereits dargestellt, wollen wir stattdessen den Weg explorieren, ob und wie Nachhaltigkeit in bestehende wohlfahrtsbasierte Enforcement-Konzepte integriert werden kann. Ein Vorteil eines solchen Weges wäre, dass die Anwendung nicht von der rechtspolitischen Bereitschaft einer nachhaltigkeitsorientierten Güterabwägung im Kartellrecht abhinge, sondern ein zwingender Maßstab wäre, der im Rahmen anerkannter Enforcement-Konzepte berücksichtigt werden müsste und nach wissenschaftlich transparenten Methoden erfolgen könnte.

²⁸ EuGH, Urt. v. 21. September 1999, Rs. C-67/96, Rn. 59-64 – *Albany*.

V. Fokussierung auf die Berücksichtigung von Nachhaltigkeit im Rahmen der Effizienzabwägung

Nachfolgend fokussieren wir uns vor diesem Hintergrund allein auf die Frage, wie bereits im Rahmen einer Effizienzabwägung Nachhaltigkeit ein stärkeres Gewicht finden kann. Geht man bereits davon aus, dass eine Kooperation notwendig ist, um ein bestimmtes Ziel zu erreichen, und geht man auch davon aus, dass die Maßnahme den Wettbewerb beschränkt, so bleibt als Dreh- und Angelpunkt die Frage der „angemessenen Beteiligung der Konsumenten“ an den erreichten Zielen. Wir zeigen, wie bereits eine intensivere Auseinandersetzung mit diesem Konstrukt den Möglichkeitsraum für einen Einbezug von Nachhaltigkeitszielen wesentlich erweitern kann. Hierbei ist es hilfreich, das folgende, hypothetische Beispiel zu betrachten.

Eine Kooperation zielt in diesem Beispiel darauf, ein weniger nachhaltiges Produkt gemeinsam vom Markt zu nehmen und durch eine nachhaltigere Variante zu ersetzen. Wir gehen dabei davon aus, dass das neue Produkt für Konsument:innen keinen erhöhten Nutzwert („use value“) hat, sondern möglicherweise lediglich einen erhöhten „non-use value“,²⁹ etwa weil dadurch Externalitäten auf Dritte verringert werden. Konkret mag es sich hierbei um den Austausch eines Kraftstoffes handeln, der höhere Schadstoffmengen verursacht. Verwendet ein:e Konsument:in den nachhaltigeren Kraftstoff, so hat dies für sie/ihn selbst schlicht lediglich vernachlässigbare Auswirkungen, etwa auf die eigene Gesundheit. Der nicht nachhaltige Kraftstoff soll allerdings in diesem Beispiel die gesetzlich gesetzten Mindeststandards erfüllen (wobei diese ggf. erwartbar, aber erst bspw. in mehreren Jahren angepasst werden). Die Herstellung des neuen Kraftstoffes verursacht höhere Kosten, die so auch erwartbar an die Konsument:innen weitergegeben werden.

Möglicherweise hat nun bereits ein Unternehmen einseitig versucht, diesen Kraftstoff in den Markt zu bringen, ohne aber dass dies bei den Konsument:innen hinreichend Anklang fand. Würde man sich nun lediglich auf diese Daten stützen, die damit eine sehr geringe inkrementelle Zahlungsbereitschaft für das nachhaltigere Produkt anzeigen, so würde eine enge Auslegung des Konstrukts einer „angemessenen Beteiligung der Verbraucher“ im Sinne der gesetzlichen Freistellungs Voraussetzungen dazu führen, dass die Kooperation nicht genehmigt würde.

Einen möglichen ersten Ansatzpunkt könnte bereits das Konzept des „Verbrauchers“ im Sinne der gesetzlich geregelten Freistellungs Voraussetzungen darstellen. Man könnte hierfür den Kreis der relevanten Konsument:innen über den relevanten Markt (hier für den betrachteten Treibstoff und

²⁹ Zu diesen Begriffen siehe etwa Pearce, Atkinson und Mourato (2006).

seine hinreichend engen Substitute) hinaus erweitern, etwa auf alle Bürger:innen in einer Jurisdiktion oder gar die Weltbevölkerung. Ebenso könnte man am Kriterium der „angemessenen Beteiligung“ ansetzen, indem man hierfür keine vollständige wirtschaftliche Kompensation der eigentlichen Produktkonsumenten für Nachhaltigkeitsanliegen verlangt, soweit die Vorteile auch Dritten zugute kommen.

Mit beiden Vorschlägen und Ansatzpunkten wird man sich in Zukunft vermehrt auseinandersetzen müssen. Nachfolgend beschränken wir uns allerdings auf eine enge Auslegung im Sinne einer vollständigen Kompensation der Konsument:innen im relevanten Markt.³⁰ Denn erneut gilt, ähnlich dem Gesagten zur Immanenztheorie: Zwar erscheint es rechtsdogmatisch durchaus gangbar, die genannten Begriffe im Freistellungsrecht weiter auszulegen als bisher. Doch verlagert sich die Prüfung damit wieder graduell auf eine Abwägung der Rente der konkret betroffenen Konsumenten einerseits mit einem gesamtgesellschaftlichen Interesse an Nachhaltigkeit andererseits. Man wahrt durch einen solchen „Auslegungstrick“ dann zwar die dogmatische Einordnung im Recht der Freistellung und somit einer gesetzlich geregelten Kategorie. Doch wird damit in der Sache eine Abwägung erforderlich, die wieder Züge des *multi-goals approaches* trägt, zu dem wir uns aus den genannten Gründen hier nicht weiter äußern. Wie wir nachfolgend noch genauer ausführen, kann allerdings durch eine entsprechend angepasste Erhebung der Kundenpräferenzen in der Tat stärker als bisher berücksichtigt werden, inwieweit Kunden selbst Preiserhöhungen als angemessen („fair“) ansehen angesichts konkreter Nachhaltigkeitsverbesserungen.

Die somit gegenwärtig erfolgte Einschränkung insbesondere des Begriffs der Konsument:innen und damit der anzuwendenden Konsumentenwohlfaht lässt allerdings speziell mit Bezug zur Nachhaltigkeit noch einige (Forschungs-)Fragen offen. Eine wichtige betrifft die zeitliche Dimension. Denn für eine Festlegung lediglich auf die gegenwärtige Kohorte von Konsument:innen hat unseres Erachtens bisher noch keine:r plädiert. Die Frage der zeitlichen Ausdehnung bekommt allerdings gerade dann Gewicht, wenn sich einerseits die Präferenzen der Konsument:innen ändern und sich andererseits aus aktuellem Konsum möglicherweise irreversible Folgen ergeben. Für Letzteres mag ein abgeändertes Beispiel illustrativer sein, bei dem ein nicht nachhaltiger aktueller Konsum Biodiversität oder gar den Bestand einer konkreten Art gefährdet, was zukünftigen Konsument:innen gewisse Entscheidungen ggf. überhaupt nicht mehr ermöglichen wird.³¹ Die zeitliche Dimension wirft damit zwangsläufig Fragen auf nach dem Einbezug solcher möglicher Irreversibilitäten sowie

³⁰ Im Überblick finden sich die nachfolgenden Punkte mehrheitlich in der Kurzfassung von Inderst und Thomas (2021a).

³¹ Siehe hierzu ausführlich Inderst und Thomas (2021b).

prospektiver, sich ggf. bereits abzeichnender Präferenzänderungen von Konsument:innen. Nach einer zeitlichen Abgrenzung stellt sich ferner die Frage, wie die ggf. deutlich unterschiedlich anfallenden Kosten und Nutzen einer Kooperation gewichtet werden sollen. Wettbewerbsökonomie und Wettbewerbsrecht haben sich unseres Erachtens der Frage der anzuwendenden kohortenübergreifenden Diskontrate noch nicht gestellt.³²

Bleibt man zuletzt bei der Wohlfahrt allein der aktuellen Kohorte von Konsument:innen, so ergeben sich selbst hier zahlreiche Fragen und damit aber auch zugleich Möglichkeiten für einen stärkeren Einbezug von Nachhaltigkeit. In unserem hypothetischen Beispiel gingen wir davon aus, dass die Konsument:innen auf eine Einführung des nachhaltigen Kraftstoffes durch allein ein Unternehmen wenig reagiert haben, woraus auf eine sehr geringe inkrementelle Zahlungsbereitschaft geschlossen wurde.

Das Verhalten der Konsument:innen kann aber verschiedene Gründe haben. So mag es ihnen an der nötigen Information gemangelt haben. Gerade dann, wenn die Vorteile sich nicht auf den ggf. unmittelbar erfahrbaren Nutzwert beziehen, sondern im Falle von Nachhaltigkeit komplex und nicht unmittelbar erfahrbar sind, kann sich mit entsprechender Information die Zahlungsbereitschaft deutlich erhöhen. Ihr Verhalten an der Zapfsäule (genauso wie am Regal im Supermarkt) mag auch von festgefahrenen Verhaltensmustern geprägt sein. In diesem Fall mag es sich anbieten, die Zahlungsbereitschaft mittels alternativer Verfahren zu erheben, die etwa an hypothetischen Entscheidungssituationen ansetzen, bei denen dann auch die verfügbare Information variiert werden kann. Ökonom:innen außerhalb der Umwelt- und Ressourcenökonomie sind diesen Methoden gegenüber oft sehr skeptisch eingestellt. Insbesondere wird deren mangelnde externe Validität kritisiert. In der Tat würde man dann, wenn es bspw. einem Unternehmen lediglich auf die tatsächliche Nachfrage ankäme, Daten „aus dem Feld“ bevorzugen. Allerdings interessiert uns aktuell für die wettbewerbsrechtliche Würdigung die Frage danach, wie sich die Konsumentenwohlfahrt verändert, nachdem es durch die Kooperation zur Einführung des nachhaltigeren Kraftstoffs kommt. Das kontrafaktische Szenario besteht zudem darin, dass durch die Kooperation das Verhalten vieler Konsument:innen beobachtbar verändert wird. Auch dies kann nachhaltig die Zahlungsbereitschaft eines/einer einzelnen Konsument:in verändern, so etwa da er/sie dann aus Fairnessüberlegungen

³² Hierbei handelt es sich um die sogenannte „social discount rate“, die zu trennen ist von der zeitlichen Gewichtung, die einzelne Konsument:innen vornehmen. Zur knappen Erwähnung des Problems in den Leitlinien der Kommission zu Art. 101 Abs. 3 AEUV, ohne dass dies praktische Bedeutung erlangt hätte, siehe bereits oben Fn. 15.

gewillt ist, einen eigenen Beitrag zu leisten, oder aber weil die Wahl des nicht-nachhaltigeren Produktes durch eine Verschiebung der sozialen Norm hinreichend unattraktiv wird. Grob gesprochen handelt es sich dabei um die Frage nach dem Zusammenhang zwischen tatsächlichem Verhalten, Präferenzen und letztlich dem Kontext, in dem Konsument:innen sich entscheiden bzw. die Präferenzen erhoben werden.³³ Dieser Zusammenhang wird in Bezug auf Nachhaltigkeit ungemein wichtiger als bei der Betrachtung von Produkten und damit Entscheidungssituationen, bei denen sich Konsument:innen, wie bereits dargestellt, an Erfahrungswerten oder direkt am eigenen Nutzwert orientieren können.

Natürlich ergeben sich daraus vielfältige konzeptionelle und praktische Fragestellungen und Probleme. Uns ist auch bewusst, dass sich die Umwelt- und Ressourcenökonomie bei vielfältigen Kosten-Nutzen-Analysen genauso wie die Marketing-Disziplin umfangreich mit entsprechenden Methoden (und den Problemen) einer solchen kontextabhängig(er)en Präferenzmessung auseinandergesetzt haben. Wohlfahrtsökonomisch stellt sich natürlich auch die Frage, inwieweit eine in einem spezifischen Kontext gemessene Zahlungsbereitschaft ausschlaggebend sein soll. In unseren Arbeiten haben wir u.a. dargestellt, wie aus einer solchen Ambiguität und einer dann erfolgten Priorisierung allerdings die Möglichkeit erwachsen kann, andere Normen in die Gesamtwürdigung mit einzubeziehen.³⁴

Der Anschluss an die Methode der Kosten-Nutzen-Analyse in der Umwelt- und Ressourcenökonomie legt auch die folgende Erweiterung der Konzeption und der Messung der (inkrementellen) Konsumentenwohlfahrt nahe. Hierbei greifen wir erneut auf das Kraftstoff-Beispiel zurück. Wir nehmen hierbei an, dass die betroffene Schadstoffemission hinreichend lokal ist, so dass der Verbrauch der anderen Konsument:innen einen spürbaren (Gesundheits-)Effekt auf einzelne Bürger:innen und damit auch auf einzelne Konsument:innen hat. Vergleicht man nun die Konsumentenwohlfahrt, wobei im kontrafaktischen Szenario unter der Kooperation von einer Änderung des Konsums eines Großteils oder aller Konsument:innen ausgegangen wird, so ergibt sich Folgendes: Konsument:innen erfahren einen Wohlfahrtsgewinn nicht allein dadurch, dass sie selbst den Konsum ändern, sondern insbesondere durch die Änderung des Konsums anderer aufgrund, im vorliegenden Fall, der

³³ Wir gehen Fragen nach der Rolle des geänderten Kontexts unter dem Begriff einer „reflective willingness-to-pay“ Inderst und Thomas (2021c), und mit dem Fokus auf geänderten Normen in Inderst, Rhiel und Thomas (2021) nach. In diesen Aufsätzen gehen wir auch ausführlich auf die Methoden sowie auch die Methodenkritik ein.

³⁴ Inderst und Thomas (2021c).

dadurch reduzierten Externalitäten. Die übliche Ceteris-paribus-Betrachtung bei der wettbewerbsökonomischen Konsumentenwohlfahrtsanalyse, bei der lediglich das Verhalten einzelner Konsument:innen geändert wird, kann diese Änderung nicht erfassen. Im Gegensatz dazu steht eine solche kollektive Verhaltensänderung und ihre Auswirkung auf die/den Einzelne/Einzelen oft im Zentrum der Präferenzmessung bei Kosten-Nutzen-Analysen in der Umwelt- und Ressourcenökonomie.

Erweitert man die Präferenzmessung für eine wettbewerbsrechtliche Würdigung in diesem Sinne, so nimmt man dabei in Kauf, dass letztlich nicht etwa die Bewertung des eigenen Konsums, sondern die Bewertung des Konsums anderer ggf. ausschlaggebend sein wird. Dies wirft u.a. Fragen dahingehend auf, welche (Nachhaltigkeits-)Präferenzen man für hinreichend erachtet, um außerhalb des politischen Prozesses ein solches „Abstimmen“ über den Konsum anderer zuzulassen.³⁵ Im Beispielsfall der verringerten Schadstoffemissionen handelt es sich ggf. um Präferenzen, die direkt das eigene leibliche Wohl betreffen. In diesem Falle könnte das Erheben der Präferenzen auch ersetzt oder ergänzt werden durch entsprechende objektivierte Maße.³⁶ Ein anders gelagertes Beispiel könnte das Angebot von Fleischwaren sein, die einen mehr oder weniger hohen Tierwohlstandard erfüllen. Die Kooperation mag dann darin bestehen, Fleischwaren, die nicht einen Mindeststandard erfüllen, aus den Regalen zu verbannen. Selbst wenn man lediglich die Konsument:innen der entsprechenden Waren befragt und deren Wertschätzung für einen solchen Regimewechsel aggregiert, so mag dies den Gesamtnutzen deshalb deutlich steigern, da manche Verbraucher:innen erheblichen Nutzen aus dem generellen Verbot ziehen, das damit die Haltung und Schlachtung auch der Tiere betrifft, deren Fleisch andere Konsument:innen kaufen. Dies mögen Verbraucher:innen sein, die selbst sehr wenig Fleisch konsumieren und nun mit ihrer kollektiven Wertschätzung quasi abstimmen über den Konsum anderer.

VI. Abschließende Bemerkungen

Wir sehen die dargestellte intensivere Auseinandersetzung mit dem Begriff der Konsumentenwohlfahrt lediglich exemplarisch für das, was in Zukunft zu leisten ist.

³⁵ Siehe hierzu Inderst und Thomas (2021d).

³⁶ Diese sind im Überblick dargestellt in Inderst, Sartzetakis und Xepapadeas (2021b).

Die notwendige ökologische Transformation aber auch darüberhinausgehend die anfangs dargestellten wachsenden Erwartungen von Gesellschaft und Politik an die Wirtschaft erfordern eine Prüfung des Wettbewerbsrechts und seiner Durchsetzung, insbesondere auch der dabei verwendeten (ökonomischen) Konzepte und Methoden, dahingehend, ob die aktuelle Praxis nicht einer stärkeren Berücksichtigung von Nachhaltigkeitszielen in unbegründeter Weise im Wege steht. Angesichts der rasanten Entwicklungen gerade im europäischen Kontext im Jahr 2021 ist zu erwarten, dass in 2022 bereits viele Weichenstellungen vorgenommen werden. Wie in der wettbewerbsrechtlichen Praxis üblich, erfolgt dann allerdings die konkrete Ausgestaltung in der (gerichtlichen) Auseinandersetzung mit spezifischen Fällen. Die Aufgabe der Forschung liegt mit darin, hierfür einen geeigneten Unterbau zu schaffen. Dazu wollen wir mit unseren hier referenzierten Forschungsarbeiten beitragen.

Literatur

- ACM (2021), *Guidelines: Sustainability Agreements – Opportunities within Competition Law*, Netherlands Authority for Consumers and Markets, <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-07/sustainability-agreements%5B1%5D.pdf> (6. Januar 2022).
- Bizzotto, J. and B. Harstad (2021), *The Choice of Certifier in Endogenous Markets*, mimeo.
- European Commission (2021), *Commission Staff Working Document Evaluation of the Horizontal Block Exemption Regulations*, European Commission Directorate-General for Competition.
- Holmes, *Climate Change, Sustainability, and Competition Law*, *Journal of Antitrust Enforcement* 8(2) 354, 377.
- Inderst, R., F. Rhiel und S. Thomas (2021), *Sustainability Agreements and Social Norms*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3887314 (6. Januar 2022).
- Inderst, R., E. S. Sartzetakis und A. Xepapadeas (2021a), *Competition and Co-Operation When Consumers' Sustainability Preferences Depend on Social Norms*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3911997 (6. Januar 2022).
- Inderst, R., E. S. Sartzetakis und A. Xepapadeas (2021b), *Technical Report on Sustainability and Competition. A Report Jointly Commissioned by the Netherlands Authority for Consumers and Markets (ACM) and the Hellenic Competition Commission (HCC)*, https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/technical-report-sustainability-and-competition_0.pdf (6. Januar 2022).
- Inderst, R. und S. Thomas (2021a), *Integrating Benefits from Sustainability into the Competitive Assessment – How Can We Measure Them?*, *Journal of European Competition Law & Practice* 12(9) 705-709.
- Inderst, R. und S. Thomas (2021b), *Prospective Welfare Analysis-Extending Willingness-to-Pay Assessment to Embrace Sustainability*, *Journal of Competition Law & Economics*, <https://academic.oup.com/jcle/advance-article-abstract/doi/10.1093/joclec/nhab021/6374070?redirectedFrom=fulltext> (6. Januar 2022).
- Inderst, R. und S. Thomas (2021c), *Reflective Willingness to Pay: Preferences for Sustainable Consumption in a Consumer Welfare Analysis*, *Journal of Competition Law & Economics*, 17(4), 848-876.
- Inderst, R. und S. Thomas (2021d), *The Scope and Limitations of Incorporating Externalities in Competition Analysis within a Consumer Welfare Approach*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3896243 (6. Januar 2022).
- Kingston, S. (2010), *Integrating Environmental Protection and EU Competition Law: Why Competition Isn't Special*, *European Law Journal*, 16(6) 780-805.
- Kingston, S. (2011), *Greening EU Competition Law* (Cambridge University Press).
- Kingston, S. (2019), *Competition Law in an Environmental Crisis*, *Journal of European Competition Law & Practice*, 10(9) 517-518.
- OECD (2010), *Horizontal Agreements in the Environmental Context*, *OECD Policy Roundtables*.

- Pearce, D., G. Atkinson und S. Mourato (2006), *Cost-Benefit Analysis and the Environment: Recent Developments*, OECD Publishing.
- Scherer, A.G., G. Palazzo und D. Matten (2014), The Business Firm as a Political Actor: A New Theory of the Firm for a Globalized World, *Business & Society*, 53, 143-156.
- Schinkel, M. P. und Y. Spiegel (2017), Can Collusion Promote Sustainable Consumption and Production?, *International Journal of Industrial Organization*, 53, 371-398.
- Tirole, J. (2012), Some Political Economy of Global Warming, *Economics of Energy & Environmental Policy*, 1(1), 121-132.
- Thomas, S. (2021) Normative Goals in Merger Control: Why Merger Control Should Not Attempt to Achieve 'Better' Outcomes than Competition, in: *Competition Enforcement: Is There a Final Frontier?* (Ioannis Kokkoris (Hrsg.) im Erscheinen), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3513098.