ECONSTOR
Make Your Publications Visible.

A Service of
ZBW
Leibniz-Informationszentrum Wirtschaft
Leibniz Information Centre for Economics

Inderst, Roman

Article

Nachhaltigkeit und Wettbewerbsrecht

Wirtschaftsdienst

Suggested Citation: Inderst, Roman (2022) : Nachhaltigkeit und Wettbewerbsrecht, Wirtschaftsdienst, ISSN 1613-978X, Springer, Heidelberg, Vol. 102, Iss. 5, pp. 338-340, https://doi.org/10.1007/s10273-022-3184-6

This Version is available at:
https://hdl.handle.net/10419/262870

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.

https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/

WWW.ECONSTOR.EU

Mitglied der Leibniz-Gemeinschaft

DOI: 10.1007/s10273-022-3184-6

Wirtschaftsdienst, 2022, 102(5), 338-340

JEL: K20, Q01, Q56

Roman Inderst

Nachhaltigkeit und Wettbewerbsrecht

Während die generelle Berücksichtigung von Nachhaltigkeitszielen im Wettbewerbsrecht vor 2020 noch weitgehend kritisch diskutiert wurde, hat die tatsächliche Entwicklung in den vergangenen beiden Jahren diesen Diskurs weitgehend überholt. Insbesondere seit der Veröffentlichung des Drafts der europäischen Horizontalrichtlinien, die die kartellrechtskonforme Zusammenarbeit von Wettbewerbenden regelt, stellt sich damit vor allem die Frage nach dem „wie" einer solchen stärkeren Berücksichtigung.

Hintergrund

In den Niederlanden und Österreich ist Nachhaltigkeit seit 2021 fest im Wettbewerbsrecht bzw. den zugehörigen Richtlinien verankert.[1] In Österreich werden demnach Beiträge zu einer "ökologisch nachhaltigen und klimaneutralen Wirtschaft" bei der Beurteilung berücksichtigt, ob Verbraucher:innen angemessen an den (Effizienz-)Vorteilen einer Kooperation zwischen Wettbewerbenden teilhaben (§2 Abs. 1 KartG). In den Niederlanden werden für eine solche Abwägung explizit Reduktionen im CO_2-Ausstoß berücksichtigt (ACM, 2021). Auch andere Länder der EU arbeiten an einer Reform des Wettbewerbsrechts bzw. der Richtlinien.[2] Im März 2022 hat nun auch die EU-Kommission das Thema Nachhaltigkeit explizit in ihren Horizontalrichtlinien aufgegriffen (EU-Kommission, 2022a). Bereits im Zuge der Konsultationen dazu wurde die Priorisierung dieses Themas seitens der befragten Stakeholder deutlich, die dabei durchgehend die mangelnde Kohärenz kritisierten zwischen den Nachhaltigkeitszielen der Kommission, der zur Verwirklichung derselben nötigen Beteiligung der Industrie und den wahrgenommenen erheblichen wettbewerbsrechtlichen Beschränkungen für die dafür förderlichen Kooperationen (EU-Kommission, 2021).

Die Debatte darüber, ob das Wettbewerbsrecht und seine Anwendung der Erreichung von Nachhaltigkeitszielen im Wege stehen, wird aber auch außerhalb Europas geführt. So hat die OECD allein 2021 das Thema mehrmals aufgegriffen, zuletzt bei einem darauf fokussierten Roundtable im Dezember 2021.[3] Dabei heben sich die Stimmen deutlich ab von den Kernaussagen eines OECD-Roundtable zum gleichen Thema 2010. Dort herrschte noch die Meinung vor, dass Wettbewerbsbehörden, die nicht bereits per se einen auf die Gesamtwohlfahrt ausgerichteten Standard anwenden, Beiträge zur (ökologischen) Nachhaltigkeit nicht gesondert berücksichtigen bzw. berücksichtigen sollen (OECD, 2010).

Diese Entwicklungen im Wettbewerbsrecht bzw. 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 das 2021 verabschiedete deutsche Lieferkettengesetz.[4] Allerdings beschränken sich die zunehmenden Erwartungen nicht auf die Erfüllung des allein gesetzlich Geforderten. So sieht die EU-Kommission zur Verwirklichung des „Green Deal" die Industrie mit in der Verantwortung.

Grundlegende Überlegungen

Unbestritten ist, dass Wettbewerb zwischen Unternehmen auch der Nachhaltigkeit förderlich sein kann, 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 z. B. einen „First-Mover-Nachteil" zu kompensieren,[5] eine kritische

1 Der Begriff Nachhaltigkeit ist dabei, gerade auch im Sinne der nachfolgend beschriebenen Fortentwicklung des Wettbewerbsrechts in Europa, nicht eingeschränkt auf ökologische Nachhaltigkeit. So verweist die Kommission in ihrem Draft zu den Horizontalrichtlinien (siehe nachfolgend) explizit auf die 2030 Agenda für nachhaltige Entwicklung der Vereinigten Nationen. Diese berücksichtigt 17 übergeordnete Nachhaltigkeitsziele.

2 Zu nennen ist hierbei Griechenland, das hierfür u. a. ein technisches Gutachten eingeholt hat (Inderst et al. 2021).

© Der/die Autor:in 2022. Open Access: Dieser Artikel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz veröffentlicht (creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de).

Open Access wird durch die ZBW – Leibniz-Informationszentrum Wirtschaft gefördert.

Prof. Dr. Roman Inderst ist Professor für Finanzen und Ökonomie an der Goethe-Universität Frankfurt.

3 Vgl. https://www.oecd.org/daf/competition/environmental-considerations-in-competition-enforcement.htm (2. Mai 2022).

4 Siehe hierzu den Beitrag von Felix Bierbrauer.

5 Dieser mag verschiedene Gründe haben, so etwa Netzwerkeffekte, welche sich gerade bei Nachhaltigkeit auch aus der möglichen Endogenität nachhaltiger Präferenzen ergeben können.

Masse zu erreichen oder aber schlicht Effizienzen durch die Entwicklung einer gemeinsamen Informationsbasis oder gemeinsamer Standards zu heben. Als Beispiel für einen solchen Informationsaustausch mag die Entwicklung einer gemeinsamen Liste von Lieferanten dienen, die nachweislich bestimmte Nachhaltigkeitskriterien erfüllen. Wenn solche Möglichkeiten zur Kooperation nicht gegeben sind, kann es für manche Unternehmen zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit oder hoher Kosten opportun sein, einige an sich wünschenswerte Aktivitäten einzustellen. Dadurch könnten die Ziele z. B. des Lieferkettengesetzes unterlaufen werden.

Solchen Kooperationen setzt allerdings die aktuelle Umsetzung des Wettbewerbsrechts noch enge Grenzen. So beschränkt der Konsumentenwohlfahrtstandard in der praktischen Anwendung Effizienzen auf gegenwärtige Konsument:innen im relevanten Markt. Dies schließt nicht nur die Auswirkungen auf Nicht-Verbraucher:innen aus, sondern beschränkt zudem in der Regel den Zeithorizont so, dass zukünftige Generationen – selbst von Konsument:innen im relevanten Markt – außen vor bleiben. In der praktischen Anwendung kommen hierbei oft auch nur Kosteneffizienzen und damit lediglich Preisvorteile zur Geltung.

Zwar ist Vorsicht geboten, damit nicht der Wettbewerb für reines Greenwashing eingeschränkt wird. Dennoch sind 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. Dies wird in den Rechtswissenschaften schon seit längerem intensiv diskutiert.[6] Dagegen findet eine entsprechende akademische Auseinandersetzung unter den Ökonom:innen nur in weit geringerem Ausmaß und dabei weitgehend kritisch statt. 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 ist zweifelhaft, ob ein „Multi-Goals-Ansatz“, wonach Nachhaltigkeit als ein separates Ziel anzusehen ist, wünschenswert und praktikabel ist. Eine stärkere Berücksichtigung von Nachhaltigkeit ist allerdings auch ohne die Anerkennung als ein weiteres oder gar gleichberechtigtes Ziel des Wettbewerbsrechts möglich. Kritisiert wird zudem bereits die Annahme, dass Unternehmen Nachhaltigkeitsziele verfolgen könnten oder gar sollten, zumindest soweit diese über das gesetzlich Vorgegebene hinausgehen. Auch wäre das Setzen entsprechender Rahmenbedingungen für die Nachhaltigkeit primär Aufgabe der Politik. Selbst wenn sich mehr Nachhaltigkeit nicht unmittelbar auf dem Produktmarkt monetarisieren lässt, können allerdings Unternehmen aus verschiedenen Gründen entsprechende Anreize haben. Dies mag an Anforderungen anderer Stakeholder liegen, einschließlich Investierender, der eigenen Überzeugung des Management entspringen oder aber als wesentliches Instrument für die Rekrutierung von Beschäftigten angesehen werden. Gesetzlich vorgegebene Standards mögen sich auch nur langsam ändern und damit ein Wissen widerspiegeln, das in Teilen bereits überholt ist. Die akademische Literatur hat hierbei auch auf die Möglichkeit verwiesen, dass aktuell geltende Normen manchmal nicht den sich ändernden Präferenzen der Gesellschaft entsprechen (etwa Tirole, 2012). Unternehmen können höhere Standards zudem auch deshalb einhalten wollen, um eine spätere regulatorische (Über-)Reaktion zu vermeiden. Und gesetzlichen Vorgaben mögen auch nicht hinreichend zwischen den Erfordernissen und Möglichkeiten einzelner Sektoren differenzieren.

Natürlich kann sich die Politik nicht mit dem Verweis auf das Engagement der Wirtschaft exkulpieren. Und bei Kooperationen zwischen Wettbewerbenden besteht stets die Gefahr, dass Absprachen und ausgetauschte Informationen auch zu einer weiteren Verringerung des Wettbewerbs führen. Auch in puncto Nachhaltigkeit kann es zudem nicht darum gehen, den Unternehmen das Risiko etwa eines Vorpreschens mit nachhaltigeren Produkten vollends zu nehmen. Allerdings wäre es falsch, entsprechende Kooperationen allein mit der Unterstellung eines darüber hinausgehenden kartellrechtswidrigen Verhaltens zu verbieten. Trotz aller gebotener Vorsicht gibt es schließlich auch gute Gründe dafür, warum etwa Forschungs- und Entwicklungskooperationen erlaubt werden.

Ansätze für mehr Nachhaltigkeit

Der im März 2022 veröffentlichte Draft der Horizontalrichtlinien (DHR) der EU-Kommission soll nachfolgend als Ausgangspunkt für eine kurze Diskussion konkreter Maßnahmen dienen.[7] Die DHR führen dabei eine neue Kategorie von freistellungsfähigen Kooperationen ein: die der „Nachhaltigkeitsvereinbarungen“. Dabei fassen sie den Nachhaltigkeitsbegriff sehr weit unter Verweis auf die entsprechenden UN-Ziele für eine nachhaltige Entwicklung und erwähnen darüber hinaus explizit unter anderem das Tierwohl. Von besonderer praktischer Bedeutung, auch im Lichte der vorangestellten Diskussion, dürfte die Anerkennung gewisser Vereinbarungen sein, die nach den DHR keine Wettbewerbsbeschränkungen darstellen, so insbesondere der Informationsaustausch zu nachhaltigen Lieferanten oder aber koordinierte Kampagnen zur Förderung des Nachhaltigkeitsbewusstseins. Viel Raum widmen die DHR auch der stärkeren Berücksichtigung von Nachhaltigkeit bei der Erfassung von Effizienzen, wobei in Zukunft entsprechende Verbraucher-

6 Siehe exemplarisch für den Ansatz, Nachhaltigkeit als separates Ziel anzuerkennen, Holmes (2020).

7 Für eine ausführliche Darstellung der Möglichkeiten siehe den im Sommer 2021 entstandenen Expertenbericht (EU-Kommission, 2022b). Eine kurze kritische Betrachtung der DHR findet sich in Inderst und Thomas (2022).

präferenzen breiter berücksichtigt und (z. B. auch mittels Umfragen) erfasst werden sollen. Die DHR erkennen dabei explizit an, dass im Einzelfall aus verschiedenen Gründen das aktuell beobachtete Kaufverhalten weder die tatsächlichen Präferenzen gänzlich widerspiegeln mag noch die Präferenzen, wie sie sich z. B. dann ergeben, wenn sich mittels der Kooperation das Angebotsspektrum verändert.

Die DHR veranschaulichen, wie sich eine stärkere Berücksichtigung von Nachhaltigkeit innerhalb des geltenden Rechtsrahmens verwirklichen lässt. Dabei zeigen sich aber auch eine Reihe von Ungereimtheiten bzw. ungelöster Probleme. So sollen Nachhaltigkeitsziele erst dann berücksichtigungsfähig sein, wenn diese ein trotz gegebenenfalls vorhandener Regulierung noch bestehendes „residuales Marktversagen" adressieren. Dieser Begriff wird dann allerdings nicht ausgefüllt und es dürfte in der Praxis oft schwer oder gar unmöglich sein zu entscheiden, ob z. B. ein als niedrig angesehener CO_2-Preis oder ein bestimmter Tierwohlstandard ein residuales Marktversagen darstellen oder aber Ausdruck der aktuellen Präferenzen der Gesellschaft sind. Die DHR wollen zudem „kollektive Vorteile" berücksichtigen, worunter sie z. B. die Vorteile besserer Luft für einen Autofahrer verstehen, wenn andere Autofahrende einen emissionsärmeren Treibstoff verwenden. Die Berücksichtigung vermiedener Externalitäten allein für andere Verbraucher:innen des gleichen Produktes ist dabei dem Korsett des Begriffs des Verbrauchers im relevanten Markt geschuldet. Die eingangs erwähnten Initiativen in Österreich und den Niederlanden berücksichtigen dagegen spezifische (ökologische) Externalitäten umfassender. Andererseits ist der Begriff der Nachhaltigkeit in den DHR extrem weit gefasst und engt mögliche Externalitäten gegebenenfalls nicht hinreichend ein. So zieht ein Fleischkonsument womöglich auch einen Nutzen daraus, dass das von anderen Verbrauchenden konsumierte Fleisch einen höheren Tierwohlstandard erfüllt. Neben der praktischen Frage der Erhebung und Aggregation solcher Präferenzen über den Konsum anderer stellt sich dabei zwingend auch die Frage danach, ob solche Präferenzen über den Konsum anderer hinreichend legitimiert sind, um bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts Berücksichtigung zu finden. Entscheidet eine Wettbewerbsbehörde einen Fall auf der Basis solcher (vermiedener) Externalitäten stellt sich stets grundsätzlich die Frage, inwieweit solche Abwägungen nicht eher Teil kollektiver Entscheidungen im politischen Prozess sein müssen.

Verschiedene nationale Wettbewerbsbehörden sind bei der Frage einer stärkeren Berücksichtigung von Nachhaltigkeit bereits vorgeprescht. Auch die EU-Kommission hat mit dem Entwurf zu den Horizontalleitlinien ihre Bereitschaft dazu offenbart und liefert zudem für die praktische Umsetzung wichtige Anhaltspunkte. Die jüngste Berichterstattung des Bundeskartellamts zeigt, dass auch dort die Bereitschaft besteht, Nachhaltigkeitsvereinbarungen einen besonderen Stellenwert zu geben (Bundeskartellamt, 2022). In bestimmten Bereichen wie im (Lebensmittel-)Einzelhandel, der auch für den nachhaltigen Konsum eine wichtige Rolle einnimmt, bleibt das nationale Wettbewerbsrecht bei Kooperationen und Fusionen von besonderer Bedeutung. Damit stellt sich angesichts der aufgezeigten Entwicklungen auch für Deutschland die Frage, ob es nicht im Wettbewerbsrecht bzw. den entsprechenden Auslegungsgrundsätzen einer expliziteren Berücksichtigung von Nachhaltigkeitszielen bedarf.

Literatur

ACM (2021), Guidelines: Sustainability Agreements – Opportunities within Competition Law, https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-07/sustainability-agreements%5B1%5D.pdf (15. April 2022).

Bundeskartellamt (2022), Nachhaltigkeit im Wettbewerb erreichen, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2022/18_01_2022_Nachhaltigkeit. html (2. Mai 2022).

EU-Kommission (2021), Commission Staff Working Document Evaluation of the Horizontal Block Exemption Regulations, https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2021-05/HBERs_evaluation_SWD_en.pdf (15. April 2022).

EU-Kommission (2022a), Draft: Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Cooperation Agreements, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=EN (15. April 2022).

EU-Kommission (2022b), Incorporating Sustainability into an Effects-Analysis of Horizontal Agreements, https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2022-03/kd0722074enn_HBER_sustainability.pdf (2. Mai 2022).

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

Inderst, R., E. Sartzetakis und A. Xepapadeas (2021), 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 (2. Mai 2022).

Inderst, R. und S. Thomas (2022), Sustainability Agreements in the European Commission's Draft Horizontal Guidelines, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4069374 (15. April 2022).

OECD (2010), Horizontal Agreements in the Environmental Context. OECD Policy Roundtables, https://www.oecd.org/competition/cartels/49139867.pdf (15. April 2022).

Tirole, J. (2012), Some Political Economy of Global Warming, *Economics of Energy & Environmental Policy*, 1(1), 121-132.

Title: ***Sustainability and Competition Law***

Abstract: *Sustainability goals are frequently achieved through cooperation between companies. However, this is often inadmissible under current competition law. So far, the competition authorities have had to limit their assessment of cooperations and mergers to the effects in the relevant market. The EU Commission has now explicitly taken up the issue of sustainability in the draft Horizontal Guidelines. It introduces exemptable cooperation on "sustainability cooperation". Thus, the exchange of information on sustainable suppliers will be permissible, as will a joint campaign to promote sustainability awareness. The article discusses the possibilities and problems arising from this.*