

## Rupprecht Podszun, Düsseldorf

### Vor der blauen Wand: Wettbewerb und Nachhaltigkeit in Berlin

**Rupprecht Podszun** ist Jura-Professor an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf und Direktor des Instituts für Kartellrecht.

Kontakt: [podszun@hhu.de](mailto:podszun@hhu.de)

Zitiervorschlag: *Podszun*, DKartJ 2023, 14

*Dürfen Unternehmen sich mit anderen Unternehmen absprechen, um gemeinsam die CO<sub>2</sub>-Emissionen zu verringern? Kaum eine Frage ist auf kartellrechtlichen Konferenzen landauf landab in den letzten Jahren mehr diskutiert worden. Das hängt auch damit zusammen, dass das erstmals grün geführte Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz in seiner Wettbewerbsrechtlichen Agenda 2025 Nachhaltigkeit im Kartellrecht als Schlüsselthema benannt hat. Forschende der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf haben im Auftrag des Ministeriums jetzt ein umfassendes Gutachten vorgelegt: „Wettbewerb und Nachhaltigkeit in Deutschland und der EU“.<sup>4</sup> Justus Haucap und Rupprecht Podszun hatten die Federführung und haben das Gutachten in dieser Woche in Berlin vorgestellt. Podszun berichtet hier, wie der Ausflug auf die Berliner Bühne gelaufen ist.*

#### Im Büro des Staatssekretärs

Es sind noch fünfzehn Minuten bis zum Start der Gutachtenvorstellung, als der Staatssekretär ins Büro bitten lässt. Der Einlass hatte sich etwas verzögert, offenbar hatte er mit Kartellamtspräsident Andreas Mundt, der schon bei ihm ist, noch etwas unter vier Augen zu besprechen. Die neueste Volte im Koalitionspoker um die 11. GWB-Novelle?

Die Zahl der Stellen, die Mundt dringend braucht, um die Europäische Kommission bei der DMA-Durchsetzung zu unterstützen? Oder ging es doch nur ganz banal um den Umzug des Bundeskartellamts, der im

Bonner Generalanzeiger immerhin für ein Stürmchen im Wasserglas sorgte?

Als wir hereindürfen, ist der Raum schnell voll und Sven Giegold begrüßt uns dann auch ganz trocken: „So viele Stühle hab ich gar nicht.“ Neben ihm und Mundt haben sich Thorsten Käseberg, Referatsleiter für Wettbewerbspolitik im Hause, und sein Team sowie unser Team versammelt: Justus Haucap, meine Mitarbeiter Tristan Rohner und Philipp Offergeld und ich. Wie bringt man nun die Zeit rum, während man in der Sitzgruppe etwas ungenlenkt steht? Man spricht über die Büroeinrichtung. An den Wänden hängen Bilder von Bernard Schultze, die hat Giegold vom Vorgänger übernommen. Schultze, mehrfacher Teilnehmer der documenta, malt abstrakt und gehört zu den Begründern des Informel. Passt irgendwie zu Giegold. „Nur die Schiffe habe ich abräumen lassen“, erzählt er. Vorbewohner Ulrich Nußbaum, Staatssekretär unter Peter Altmaier, hat ein Faible für die Seefahrt. Die sind nun abgetakelt und im Fundus vor Anker gegangen. Für eine eigenständige Neugestaltung des Büros hatte Giegold offenbar keine Zeit. Wo der Minister schon Müsli mit Wasser essen muss, wie er einst im Spiegel-Film erzählte, kann nicht erwartet werden, dass der Staatssekretär sich erst einmal um die Inneneinrichtung kümmert.

#### Die Transformation

Für deutsche Verhältnisse ist es ja auch ohne Neudekoration ein erstaunlicher Wechsel: Erstmals zog mit Robert Habeck ein Grüner ins Bundeswirtschaftsministerium ein. Eine lange Reihe schwarz-weißer Portraits, an denen wir kurze Zeit später vorbeihetzten, um rechtzeitig zur eigenen Gutachtenvorstellung zu kommen, erinnert an die ordnungspolitischen Mahner: Ludwig Erhard! Karl Schiller! Otto Graf Lambsdorff! (An jene, die aus anderen Gründen in Erinnerung blieben, wie

<sup>4</sup> <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Artikel/Wirtschaft/transformation-zu-einer-sozial-okologischen-marktwirtschaft.html>.

etwa Karl-Theodor zu Guttenberg, Werner Müller oder Jürgen Möllemann wird ebenfalls erinnert).

Die Ordnungspolitik steht ja möglicherweise vor einer Neubestimmung, und darum sollte es auch an diesem sonnigen Nachmittag in Berlin gehen. Ich selbst bin jedenfalls überzeugt davon, dass der konzeptionelle Rahmen des Wirtschaftsrechts tiefgreifend verändert wird. (Ausländische Leserinnen und Leser mögen mir verzeihen, dass ich geradezu old school ordoliberal überhaupt von Ordnungspolitik, Rahmen etc. spreche, statt einfach ein paar mathematische Formeln zu notieren.)

Erst hat die digitale Revolution die Wirtschaft verändert, darauf reagierte die Wettbewerbspolitik mit neuen Instrumenten, von § 19a GWB bis zum Digital Markets Act. Jetzt rast der Planet auf seine Belastungsgrenzen zu, was zu einer noch härteren Transformation zwingt. Die Akteure dieser grünen Transformation (hier nicht parteipolitisch gemeint) sind in einer ungewohnten Gemengelage: Es müssen alle zusammen ran. Das Warten auf Vorgaben der Politik genügt nicht. Das bringt auch die marktordnenden Behörden in Zugzwang – sie werden Kartellrecht lockern und verschärft anwenden müssen.

### Gute Unternehmen?

Und damit sind wir mitten in der Nachhaltigkeitsdebatte des Kartellrechts. Das erste Umdenken muss bereits darin liegen, dass Unternehmen Akteure der Transformation sind, auch wenn es auf den ersten Blick mit dem ihnen eigenen Gewinnstreben nicht vereinbar scheint. Charlotte Kreuter-Kirchhof, Professorin u.a. für Energie- und Völkerrecht und Mitautorin unserer Studie, hat das immer wieder gepredigt: Die United Nations Sustainable Development Goals (SDG) verpflichten auch die Unternehmen zum Handeln. Und immer mehr Unternehmen handeln – ob aus Altruismus, um besser bei Verbrauchern und Bewerbern anzukommen oder um einfacheren Zugang zu Kapital zu erhalten (Stichwort: Sustainable Finance) sei dahingestellt. Sven Giegold, der ein Faible für grundsätzliche Überlegungen hat, spricht von corporate citizenship und christlicher Soziallehre.

Das macht es für Kartellwächter, die lebenserfahrungsgesättigt bei Unternehmen nicht immer gleich das Gute unterstellen, zu einer schwierigen Gratwanderung: Was ist überzeugendes

Nachhaltigkeitsmanagement, was ist Greenwashing? Auch für uns Gutachter ist diese Frage kaum klarer geworden. An Beispielen für Absprachen, die das Grüne wollen, aber am Kartellrecht scheitern, mangelt es, zumindest in der Realität.

Manchmal erinnern mich die Forderungen nach einer weitgehenden Freistellung solcher Kooperationen an das Drängen der Presseverbandsvertreter, die vor einigen Jahren unbedingt Erleichterungen einforderten. Als die Politik 2017 den begehrten § 30 Abs. 2b GWB schuf, blieben Umsetzungen jedoch weiterhin Mangelware. Aus meiner Sicht ist für Nachhaltigkeitsvereinbarungen aktuell die Schaffung eines Ausnahmebereichs, einer Tatbestandsreduktion, einer gesetzlichen Ausnahme nach österreichischem Vorbild oder gar einer Gruppenfreistellung verfrüht. Mehr Guidance, die Bildung von Fallgruppen, ja. Das Bundeskartellamt will das wohl leisten. Justus Haucap hat sich, so mein Eindruck, in die Idee der Sustainability Sandboxes verliebt: Ein zeitlich begrenzter Experimentierraum zum Ausprobieren unter Aufsicht. Dann lässt sich sagen, was sich an Wettbewerbsbeschränkungen und Nachhaltigkeitswirkungen gegenübersteht.

### Engherzige Leitlinien

Gerade für die größeren Absprachen, die einen stärkeren Impact haben würden, kommt es allerdings auf die Europäische Kommission an. Der Entwurf der Horizontal-Leitlinien verfehlt das Ziel. Hier mangelt es an der eindeutigen Anerkennung von out of market-efficiencies, also solchen Vorteilen, die nicht unmittelbar den von einer Absprache negativ betroffenen Verbrauchern zugute kommen. Das ist mit Blick auf das international konsentiertere Verständnis von Nachhaltigkeit erstaunlich: Die UN SDG wollen sowohl in zeitlicher Dimension (intergenerationell) als auch in geographischer Dimension (intragenerationell) das Wirtschaften auf Kosten anderer verhindern. Vor diesem Hintergrund wirkt es engherzig, wenn die Verbesserung der Luftqualität in Asien nicht gegen höhere Verbraucherpreise in Europa abgewogen werden darf.

### Schlagzeilen-Lieferanten

Giegold, der wohl eher ein weites Herz haben dürfte, bleibt in der Diskussion zurückhaltend. Er hat die Moderatorenrolle der Abteilungsleiterin Elga Bartsch überlassen, die Philipp Steinberg nachgefolgt ist, der

im Ministerium jetzt für „Wirtschaftsstabilisierung und Energiesicherheit“ zuständig ist. Giegold meint es ernst: erst zuhören, konsultieren, dann reden und entscheiden. Unsere Studie liegt vor, das Ministerium will jetzt zuhören. Zur Lektüre der 284 Seiten hat man den Interessierten immerhin bis zum 6. April Zeit gegeben. Bis dahin werden Rückmeldungen an [nachhaltigkeit-ib1@bmwk.bund.de](mailto:nachhaltigkeit-ib1@bmwk.bund.de) erwartet.

Für die Medien ist es natürlich etwas wenig, wenn das Ministerium verlautbaren lässt, es wolle zuhören. Was soll jetzt die Headline zu dieser Gutachtenvorstellung sein? Kann Giegold da nicht einen raushauen? Ich denke an Stephan Orti von Havranek, ihn habe ich unverhofft an Tor 1 des Ministeriums getroffen. Ich lernte ihn vor vielen Jahren kennen, als er im Bundeskartellamt noch das Referat leitete, das frühmorgens die relevanten Schlagzeilen des Tages zusammenstellte. Was würde das Team Pressedokumentation des Amtes von dieser Vorstellung abheften können? Orti von Havranek ist nicht mehr zuständig, er ist inzwischen Vorsitzender des Hauptpersonalrats des BMWK.

Aber Andreas Mundt, eloquent wie stets, hat zumindest noch einen Satz zu bieten, der wenigstens das kartellrechtliche Zentralmedium Lebensmittelzeitung interessiert: „Art. 210a GMO schafft eine weite Bereichsausnahme. Wir werden uns noch wundern, was dabei herauskommt“, so wird Mundt zitiert. *Initiative Tierwohl*, Vorzeigefall seines Amtes zur Nachhaltigkeitsdebatte, werde künftig in Brüssel geprüft.

## Konkrete Optionen

Justus Haucap und ich, die wir uns ja für einen zitierfähigen Spruch eigentlich nie zu schade sind, können diesmal nicht viel Sensationelles beisteuern. Das liegt an unserem Gutachtenauftrag – und an der blauen Wand.

Der Gutachtenauftrag lautete, das Spannungsfeld von Wettbewerb und Nachhaltigkeit auszuleuchten und konkrete Optionen zur Weiterentwicklung des Kartellrechts vorzulegen. Wir sollten aber keine Empfehlungen aussprechen. Daran haben wir uns – im Verbund mit Charlotte Kreuter-Kirchhof, Sustainability-Management-Professor Rüdiger Hahn und den Wissenschaftlern Tristan Rohner, Anja Roesner, Philipp Ofergeld und Alexandra May gehalten. Die Entscheidung über die von uns ausgebreiteten Optionen sollten wir nicht vorprägen. Das mindert bei der Vorstellung

ein wenig unsere Schlagkraft. Gern hätte ich gesagt: Das Kartellamt muss jetzt mal einen Missbrauchsfall gegen ein marktbeherrschendes Unternehmen durchführen, das auf externen Effekten free-ridet! *Facebook reloaded*, aber diesmal mit Klimaschutz statt Datenschutz! Aber das wäre natürlich viel zu plakativ gewesen (zumal die Frage, was der *Facebook*-Fall eigentlich mit Datenschutz zu tun hat, ja durchaus diskutiert werden kann).

Nun ist allerdings in jeder Studie schon die erste Fußnote eine Setzung, die mit normativen Annahmen einhergeht. Beispielsweise halten wir die Marktwirtschaft als System weiterhin für unverzichtbar. Das brauchen wir den Leser\*innen dieses Blogs nicht näher zu erläutern, aber außerhalb der überschaubar großen Fangemeinde des freien Wettbewerbs wird längst die Frage gestellt, ob eine auf Wachstum und Konsum angelegte Wirtschaft überhaupt noch zukunftsfähig ist. Marita Wiggerthale, einst beim Bündnis *Konzernmacht beschränken* aktiv, spielte in einer Frage bei der Gutachtenvorstellung darauf an. Haucap und Podszun meinen: Ohne den Ansporn im Wettbewerb werden die nötigen Innovationen und Anpassungen kaum zu leisten sein.

## Sustainable Competition

Gleichwohl: Wo Unternehmen Kostenvorteile durch Raubbau haben, muss etwas grundlegend korrigiert werden. Das ist einerseits simple Marktversagenstheorie. Andererseits müsste das vielen Managern einen Schauer über den Rücken jagen. Das ist, finde ich, eine Stärke des Gutachtens: Wir bleiben nicht beim Thema der Nachhaltigkeitskooperationen stehen, sondern durchleuchten auch Fusionskontrolle, Missbrauchsrecht, Verfahren und Sanktionen systematisch auf ihre Sustainability-Effekte hin.

Wo Nachhaltigkeitsschädigungen einen Bezug zum Wettbewerb haben, kann das Kartellrecht relevant werden. Wer hier die Stirn runzelt, lese die Passagen zum sozial-ökologischen Wettbewerb im Gutachten – und sicherheitshalber auch den aktuellen IPCC-Bericht. Warum sollen wir einen Wettbewerb zulassen oder schützen, der dazu führen wird, dass die Marktwirtschaft in einiger Zeit kollabieren muss? *Sustainable competition* könnte als Benchmark den *consumer welfare*-Standard ablösen. Sicher ist: Die Berechnung wird nicht einfacher. Ideologischer als die

Chicago-School wäre eine solche Setzung aber auch wieder nicht, sie käme nur aus einer anderen Richtung.

Aber solche Provokationen habe ich vor der blauen Wand gar nicht „mit Schmackes“ (so sagt man im Rheinland) vorgetragen. Die blaue Wand, das ist die Stellage mit dem großen PVC-Banner in diesem bundesregierungsblauen Farbton, mit Adler, Ministeriumslogo und erheblicher Seriosität. Davor nahmen wir Platz, schauten in das Kameraauge, das uns in Millionen Haushalte (oder vielleicht 114 in der Spitze) projizierte. Die Ausstrahlung dieses amtlichen Arrangements aktivierte bei einem Anfänger wie mir doch eine außergewöhnliche Achtung vor der Aufgabe. Mich tröstete, dass sogar Justus Haucap – anders als in unserem Podcast zum Thema – auf Kalauer verzichtete. Immerhin waren wir jetzt für einen kurzen Moment Teil des bundesregierungsblauen Establishments.

### Jetzt wird gelesen!

Nach der Gutachtenvorstellung ging alles ganz schnell. Die Zuhörerinnen und Zuhörer vor den Bildschirmen luden sich das Gutachten herunter und begannen zu lesen. Sven Giegold und Elga Bartsch drückten uns die Hand und murmelten etwas von „Minister“. Am nächsten Morgen würden wir in der Zeitung lesen, dass der Minister Krach in der Koalition geschlagen hat. Seine Mitarbeiter, Thorsten Käseberg, Markus Jankowski (ausgeliehen vom Kartellamt), Anna-Lena Beate, Sophie Gappa und Johannes Keim, waren gelöst; eine Minute Durchschnaufen, die Nachhaltigkeitsstudie war erstmal vom Tisch, auf dem sich ja derzeit noch anderes türmt. Wir machten noch ein Erinnerungsfoto vor der blauen Wand. Ich fragte mich, ob es wirklich des Farbausdrucks des Gutachtens bedurft hatte – das Nachhaltigkeitsthema hinterlässt Spuren. Eine hier nicht näher zu nennende Ministerialbeamtin verlief sich mit uns bei der Suche nach dem Ausgang, aber normalerweise erledigt sie ja auch ihr Tagewerk in Alt-Moabit und nicht in der Scharnhorstraße.

Ja, lesen. Als ich zuletzt das Gutachten zufällig aufblätterte, stolperte ich über den Satz, dass im Verfahren der Ministererlaubnis „– im Fall *Miba/Zollern* – bereits Nachhaltigkeitsaspekte thematisiert“ worden seien. Schnell blätterte ich weiter, um nicht die Option einer Nachhaltigkeitsministererlaubnis zu finden (vgl. S. 174). Nächster Zufallsfund auf Seite 204:

„Zum anderen gibt es auch im Kartellrecht Probleme, die – unabhängig von der Nachhaltigkeitsdebatte – zu lösen sind: die noch immer mangelnde internationale Verzahnung über die EU hinaus, die zum Teil überkomplexen und langwierigen Verfahren, die gelegentlich überspannt erscheinenden Beweisanforderungen oder die ausbaufähige Einbindung der privaten Rechtsdurchsetzung seien hier beispielhaft genannt. Ein Kartellrecht, das weitergehende Aufgaben übernehmen soll, muss „fit for purpose“ sein – das sollte bei aller Begeisterung für die kartellrechtlichen Instrumente nicht übersehen werden.“

Ach, ein schöner Satz!