Nachhaltigkeit in der Zusammenschlusskontrolle

Jun.-Prof. Dr. Juliane K. Mendelsohn[*]

A. Einleitung - Die Nachhaltigkeitsfrage

„As horrendous as history has been, geohistory will probably be worse."[1]

Zu Beginn dieses Kurzbeitrags steht eine einfache ethische Frage: *Ist in Anbetracht einer drohenden Klimakatastrophe bzw. dem Beginn des Anthropozäns ein ausnahmsloses Festhalten an dem derzeitigen Wirtschaftssystem vertretbar?*[2]

Da der Wettbewerb zentraler Allokationsmechanismus moderner Wirtschaftssysteme ist und in diesem Rahmen die Zusammenschlusskontrolle die zukünftige Struktur und Funktionsfähigkeit der Märkte sichert, stellt sich die Frage, ob sich die Zusammenschlusskontrolle diesen dringenden Nachhaltigkeitsbedenken verschließen kann und weiterhin rein wohlfahrtsorientiert ausgerichtet sein sollte. Hiermit verbunden sind die Fragen, wie der Begriff der Wohlfahrt zu verstehen ist und was die (weiteren) Ziele des Wettbewerbsrechts sind.

Um diese Fragen zu beantworten, widmet sich dieser Beitrag der Konzeption und Funktion der Zusammenschlusskontrolle. Aufgrund der Nähe der Zusammenschlusskontrolle zum Wettbewerbsleitbild und den Zielen des Wettbewerbsrechts wird der derzeit stattfindende Wandel dieser Begriffe näher beschrieben und gefragt, ob ein weiterer Wandel bevorsteht. Hier

---

* *Juliane K. Mendelsohn* ist Juniorprofessorin für „Law and Economics of Digitization" an der Technischen Universität Ilmenau. Ich bedanke mich bei Madlen Karg für unsere Gespräche und bei der Gesellschaft Junge Zivilrechtswissenschaften für fantastische Diskussionen auf der Tagung 2022 in Linz.

1 *B. Latour*, Second Lecture: How to (de-)animate nature, in: B. Latour (Hrsg.), Facing Gaia: Eight Lectures on the New Regime, Cambridge 2017, S. 41 (73). (Deutsch: *B. Latour*, Kampf um Gaia – Acht Vorträge über das neue Klimaregime, Berlin 2020).

2 Diese Frage würden viele mit „nein" beantworten, so auch die Europäische Kommission, die sich nicht nur mehrfach politisch dazu geäußert hat, sondern mit dem Europäischen Grünen Deal dafür auch ein Maßnahmenpaket geschaffen hat. *M. Vestager*, Keeping the EU Competitive in a Green and Digital World, Rede (2.3.2020); *Europäische Kommission*, 11.12.2019, Mitteilung: „Der europäische Grüne Deal", COM (2019) 640 final.

https://doi.org/10.5771/9783748935478-215 - am 29.12.2025, 13:51:35. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wird zwischen den Kernzielen des Wettbewerbsrechts (Wohlfahrt) und den sog. „weiteren" Zielen der Wettbewerbspolitik („*the broader goals of competition policy*") als Bestandteil der europäischen Wirtschaftsordnung unterschieden. Es folgt eine kritische Betrachtung des Zusammenschlusses Bayer/Monsanto vor allem in Bezug auf die verquickten Themen Innovation und Nachhaltigkeit. Hier wird vertreten, dass ein offenes, innovatives Wettbewerbssystem für die Lösung dringender wirtschaftspolitischer Fragen unabdingbar ist, Lösungen und neue Ansätze aber nicht nur von etablierten Marktakteuren kommen werden und erhebliche Marktkonzentrationen und Pfadabhängigkeiten diesen Zielen entgegenstehen. Zuletzt wird aufgezeigt, wie Nachhaltigkeitsbedenken in der Zusammenschlusskontrolle berücksichtigt werden können.

B. Nachhaltigkeit im Wettbewerbsrecht

I. Status quo der Nachhaltigkeitsdiskussion

Im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle wurden Nachhaltigkeitserwägungen bislang wenig diskutiert.[3] Im Gegensatz zu den Artt. 101 und 102 AEUV bestehen auch keine Ausnahmeklauseln, die als Einfallstore für außerwettbewerbliche Ziele dienen können.[4] Bei der Diskussion um die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitserwägungen im Rahmen der Verhaltensverbote (Art. 101 und 102 AEUV) besteht grundsätzlich die Unterschei-

3 *E. Deutscher/S. Markis*, Sustainability concerns in EU merger control: from output maximising to polycentric innovation competition, 00 Journal of Antitrust Enforcement 2022, 1; *T. Kuhn/ C. Cappero,* Sustainability in Merger Control – Time to Broaden the Discussion, 41/12 European Competition Law Review, 2020, 596; *N. Kar/E. Cochrane/ B. Spring*, Environmental Sustainability and EU Merger Control: EU Competition Policy's Dark Horse to Support Green Investment, in: S. Holmes/D. Middelschulte/M. Snoep (Hrsg.), Competition law, climate change & environmental sustainability, New York, 2021, S. 117. Zu anderen „außerwirtschaftlichen" Interesse in der Zusammenschlusskontrolle *R. Podszun*, Außerwettbewerbliche Interessen im Kartellrecht und ihre Grenzen, in: J. Kokott/ P. Pohlmann/R. Polley (Hrsg.), Europäisches, deutsches und internationales Kartellrecht, Heidelberg 2018, S. 613.

4 Auch im Rahmen der Artt. 101 und 102 AEUV ist diese Frage weiterhin umstritten. S. *O. Odudu,* The Boundaries of EC Competition Law: the scope of Article 81, Oxford 2006; *C. Townley,* Art. 81 and Public Policy, Cambridge 2009; *G. Monti,* Article 81 EC and Public Policy, 39/5 Common Market Law Review, 2002, 1057; *S. Holmes*, Climate Change, Sustainability, and Competition Law, 8/2 Journal of Antitrust Enforcement, 2020, 354.

https://doi.org/10.5771/9783748935476-215 - am 29.12.2025, 13:51:35. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dung zwischen Nachhaltigkeitserwägungen, die sonst verbotene Absprachen (Kartelle) oder den Missbrauch von Marktmacht rechtfertigen können und solchen, die zu weiteren Untersagungen führen (von *Holmes* und *Nowag* bezeichnet als „*the shield*" and „*the sword*"[5]). Rechtfertigende Ausnahmen belohnen Nachhaltigkeitsbemühungen der Unternehmen,[6] bergen aber die Gefahr, den freien Wettbewerbsprozess erheblich einzuschränken oder gar außer Kraft zu setzen.[7] Verbote auf Grund von Nachhaltigkeitserwägungen führen hingegen zu einer Verschärfung des Wettbewerbsrechts anhand einer bisher nicht bekannten Ratio. Ohne eine solche Verschärfung, wäre der grüne Wandel, soweit er das Wettbewerbsrecht tangiert, weitestgehend den Unternehmen überlassen.[8] Ob sich das Wettbewerbsrecht diesen Fragen widmen kann, richtet sich vor allem nach seinen Zielen: Was sind die (weiteren) Ziele des Wettbewerbsrechts? Fallen objektive Nachhaltigkeitsvorteile,[9] sofern sie auch den Verbrauchern nutzen, unter das allgemeine Wohlfahrtsziel?

II. Die Besonderheit der Zusammenschlusskontrolle und ihre Nähe zur Wettbewerbskonzeption

Die geltende Zusammenschlusskontrollverordnung (FKVO, VO 139/2004)[10] ist ein Produkt des sog. „*more economic approach*", der zu einer stärkeren Ökonomisierung bzw. Einbettung des Wettbewerbsrechts in die Wohlfahrtsökonomik, aber auch zu mehr Klarheit und Präzision der

5 *S. Holmes,* Climate Change, Sustainability, and Competition Law (Fn. 4), 354 (390); *J. Nowag,* Environmental Integration in Competition and Law and Free-Movement Law, Oxford 2016.

6 Dazu *G. Monti*, Four Options for a Greener Competition Law, 11/3 Journal of European Competition Law & Practice, 2020, 24.

7 Ein Außerkraftsetzen dieser Regelungen ist kritisch zu betrachten, zumal der positive Wandel der Wettbewerbsziele äußert gering sein dürfe, wenn diese schlichtweg vernachlässigt werden.

8 Für eine größere Rolle des Staates und öffentlicher Institutionen, s. *M. Mazzucato,* Mission Economy – Auf dem Weg zur Neuen Wirtschaft, New York/Frankfurt 2019.

9 Vgl. *Autoriteit Consument en Markt*, Guidelines Sustainability agreements – Opportunities within competition law, 25.3.2022, para. 29, <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-07/sustainability-agreements%5B1%5D.pdf>.

10 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen ("EG-Fusionskontrollverordnung") ABL Nr. L 024 vom 29/01/2004 S. 0001 – 0022.

https://doi.org/10.5771/9783748935476-215 - am 29.12.2025, 13:51:35. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Methodik und Ziele des Wettbewerbsrechts geführt hat.[11] Nach Art. 2 Abs. 3 FKVO sind Zusammenschlüsse zu untersagen, sofern diese den „*wirksame(n) Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde(n)*" („*significant impediment to effektive competition*", sog. SIEC-Kriterium). Nach Art. 2 Abs. 1 lit. b FKVO sind hierbei ausschließlich wirtschaftliche Faktoren zu berücksichtigen.[12] Ohne dass es bereits zu verbotenen Praktiken gekommen oder ein Schaden konkret nachweisbar ist, untersagt die Zusammenschlusskontrolle ansonsten erlaubte und auch gängige Zusammenschlusstatbestände, wenn davon auszugehen ist, dass diese den Wettbewerb erheblich behindern oder beeinträchtigen würden. Auf eine Marktabgrenzung[13] und Feststellung der relevanten Wettbewerbsparameter folgt die Formulierung einer sog. Schadenstheorie („*theory of harm*"), die sich nach gängigen Methoden und Erkenntnissen richtet[14] und angewendet wird, um die möglichen Effekte des Zusammenschlusses zu ermitteln.

Weitreichend vertreten wird demnach, dass die Zusammenschlusskontrolle nur dem Schutz des Wettbewerbs als Instrument der optimalen Allokation von Gütern dient.[15] So führt beispielsweise die Plattform *Inter-*

11 *D. Melamed/N. Petit*, The Misguided Assault on the Consumer Welfare Standard in the Age of Platform Markets, 54/4 Review of Industrial Organization, 2019, 741.

12 Diese sind: „(…) die Marktstellung sowie die wirtschaftliche Macht und die Finanzkraft der beteiligten Unternehmen, die Wahlmöglichkeiten der Lieferanten und Abnehmer, ihren Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten, rechtliche oder tatsächliche Marktzutrittsschranken, die Entwicklung des Angebots und der Nachfrage bei den jeweiligen Erzeugnissen und Dienstleistungen, die Interessen der Zwischen- und Endverbraucher sowie die Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts, sofern diese dem Verbraucher dient und den Wettbewerb nicht behindert (…)" - Art. 2 Abs. 1 FKVO (Fn. 11).

13 Die Marktabgrenzung trifft eine Entscheidung darüber, „wo" der relevante Wettbewerb stattfindet. Nach klassischem Verständnis findet Wettbewerb nur auf oder um bestimmte Märkte statt, aber nie außerhalb dieser.

14 Diese werden in den Entscheidungen ausgeführt und in den Leitlinien zur Bewertung von (horizontalen und nichthorizontalen) Zusammenschlüssen, EU 2004/ C 31/3 und EU 2008/ C 265/07, festgehalten.

15 *J. Nowag,* Environmental Integration (Fn. 5); *G. Monti,* Article 81 EC and Public Policy, (Fn. 4); *O. Odudu,* The Boundaries of EC Competition Law (Fn. 4); *O. Odudu,* The Wider Concerns of Competition Law, 30/3 Oxford Journal of Legal Studies, 2010, 599; *H. Schweitzer,* Competition Law and Public Policy: Reconsidering an Uneasy Relationship: The Example of Art. 81, 2007/30 EUI Working Papers 2007; *C. Townley,* Art. 81 and Public Policy (Fn. 4); *S. Kingston,* Greening EU Competition Policy, Cambridge 2012; *I. Lianos,* Polycentric Competition Law, Current Legal Problems 2018, 161; *N. Dunne*, Public Interest and EU Competition Law, The Antitrust Bulletin

https://doi.org/10.5771/9783748935476-215 - am 29.12.2025, 13:51:35. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

national Competition Networks (ein Forum, in dem sich nationale Wettbewerbsbehörden über gemeinsame Grundsätze der Wettbewerbspolitik verständigen) aus:

> "The legal framework for competition law merger review ("merger review law") should focus exclusively on identifying and preventing or remedying anticompetitive mergers. A merger review law should not be used to pursue other goals."[16]

Diese Aussage stößt allerdings an zwei Grenzen:

- Seit dem Vertrag von Lissabon gebietet der Zielkatalog der Europäischen Verträge (ua Art. 3 AEUV) nebst der Integrations- und den Querschnittsklauseln die Berücksichtigung diverser Ziele bei der Anwendung der Vorschriften der Verträge.[17] Hierbei wird teilweise vertreten, dass es sich um rein politische Ziele handelt, die das Programm der Wettbewerbsnormen (Artt. 101, 102 AEUV und die FKVO) und dessen konkrete, nach dem Schema Tatbestand und Rechtfolge funktionierende, Normen, die von ihrer Dogmatik und Rechtsnatur her auch keinen Raum für Abwägungen und praktische Konkordanzen lassen, weitestgehend unberührt lassen.[18] Vielmehr sei es die Aufgabe anderer Politikbereiche (und des Regulierungsrechts) außerwettbewerbliche Ziele zu verwirklichen.[19]

2020, 256; *J. Mellott/R. Ciric*, Public Interest in Merger Control: The Lay of the Land, The Antitrust Bulletin 2020, 208.

16 *International Competition Network*, ICN Recommended Practices for Merger Analysis, 2008, I.A.Comment 1.

17 Zu diesen gehören (AEUV): Art. 8 (Beseitigung von Ungleichheit); Artt. 9, 147 Abs. 2 (Ausbildung, sozialen Schutz, Beschäftigung); Art. 10 (Antidiskriminierung); Art. 11 (Umweltschutz), Art. 12 (Verbraucherschutz); Art. 13 (Tierschutz); Art. 14 (Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse); Art. 15 (verantwortungsvolle Verwaltung); Art. 16 (Datenschutz); Art. 167 Abs. 1 (Kultur); Art. 168 Abs. 1 (Gesundheit); Art. 173 Abs. 3 (Industriepolitik); Art. 174 Abs. 1 (wirtschaftlicher und sozialer Zusammenhalt); Art. 208 (Entwicklung).

18 *R. Podszun,* Stellungnahme „*Konzentration im Agrarmarkt*", Bundestag Ausschuss für Wirtschaft und Energie, Ausschuss-Drs. 19(9)85, 25.6.2018, 1, (7-12).

19 *U. Immenga/E.-J. Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.) Wettbewerbsrecht, Bd.1, Europäisches Kartellrecht, 6. Aufl., München 2019, I. Abschnitt (Einleitung) A. I. 4., Rn. 14: "*Die Ziele der Wirtschaftspolitik sind nicht geeignet, zwingende Normen des Binnenmarktes und der Wettbewerbsregeln zu modifizieren.*"; *C. Grave/J. Nyberg* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 4. Aufl., München 2020, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 291.

https://doi.org/10.5771/9783748935476-215 - am 29.12.2025, 13:51:35. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Vertreter einer „holistischen"[20] Betrachtungsweise fordern hingegen die Integration von sozialen und nachhaltigen Zielen in allen Bereichen der Wirtschaftsordnung, um nach einer teleologischen und systematischen Auslegung der Verträge, dem Kohärenzprinzip des Art. 7 AEUV gerecht zu werden.[21] Zweifelsohne sind in der Europäischen Wettbewerbspolitik im weiteren Sinne nicht nur wirtschaftliche Wohlfahrtsziele zu berücksichtigen, dafür tangiert der Wettbewerb als zentrales Allokationsinstrument der modernen Wirtschaft zu stark diverse weitere Rechtsgüter, Interessen und Politikbereiche. Strittig ist allerdings, welche Tragweite dieses Kohärenzprinzip hat und was es in der praktischen Umsetzung bedeutet, auch wettbewerbsferne Ziele zu berücksichtigen. Im Wettbewerbsrecht und vor allem im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle ist die Kommission bis dato weit von einem Gleichrang oder einer praktischen Konkordanz entfernt.[22] Vielmehr scheint die Kommission Nachhaltigkeitsziele im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle nur zu berücksichtigen, sofern diese bereits den Wettbewerb tangieren – sofern Unternehmen bereits um mehr Nachhaltigkeit ringen und hierbei in Konkurrenz zu einander stehen – aber nicht darüber hinaus.[23] Diese enge Betrachtungsweise lässt außer Acht, dass Nachhaltigkeitsaspekte auf bestimmten Märkte für die Verbraucher wichtig sind, auch wenn

20 *G. Monti,* Article 81 EC and Public Policy (Fn. 4), 1057 (1069); *C. Townley,* Art. 81 and Public Policy (Fn. 4), S. 47-55; *S. Kingston,* Greening EU Competition Policy, Cambridge 2012, S. 97-126; *N. Dunne*, Public Interest and EU Competition Law, The Antitrust Bulletin 2020, 256; *H.-G. Kamann/P. Rackevei*, Außerwettbewerbliche Schutzziele in der Anwendungspraxis des europäischen Wettbewerbsrechts, in: A. Heger/ S. Gourdet (Hrsg), Fairen Wettbewerb in der Europäischen Union sichern, Baden Baden 2022, S. 105, s. auch *M. Karg* in: M. Kramme et al, Nachhaltigkeit im Spiegel des Rechts, Verlag Österreich 2023.

21 So *E. Deutscher/ S. Markis*, Sustainability concerns in EU merger control (Fn. 3), S. 1 (6).

22 So *B. Paal,* Gutachten zu Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Berücksichtigung(-sfähigkeit) von außer-ökonomischen Zielen auf der Grundlage und am Maßstab der europäischen Fusionskontrollverordnung, 23.4.2017, < https://www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/themen_az/gentechnik/pdf/gutachtenmonsanto-2017.pdf>.

23 *E. Deutscher/S. Markis*, Sustainability concerns in EU merger control (Fn. 3), 1 (13): „*Yet, the Commission considered that, when assessing the impact of mergers on sustainability parameters, the constitutional principle of conferral and the legal basis of the EUMR required it to act within the contours of Art. 2 EUMR and within the perimeters of competition policy „in order achieve", and not „go beyond", the objective of ensuring that competition in the Internal Market is not distorted.*"; vgl. *Europäische Kommission*, 21.3.2018, Fall M.8084 – Bayer/Monsanto, Rn. 3016.

https://doi.org/10.5771/9783748935476-215 - am 29.12.2025, 13:51:35. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Markt dies nicht wiederspiegelt. Ein wichtiger Bereich ist hierbei der globale Agrochemikalische Sektor und das Auseinanderfallen der Marktmacht großer globaler Akteure und der geringen Nachfragemacht dieser Verbraucher.

- Auch kann vertreten werden, dass der materielle Tatbestand der FKVO (das sog. SIEC-Kriterium) zwar klar formuliert ist und selber keine Abwägungsklausel enthält, aber dennoch so offen formuliert und in die Verträge integriert ist, dass er sich einem Wandel des Wettbewerbsleitbildes und seiner Ziele nicht entziehen kann. Für die Berücksichtigung und stärkere Einbeziehung von Nachhaltigkeitszielen spräche demnach die besondere Nähe des materiellen Tatbestands zum jeweils geltenden oder sich wandelnden Bild des Wettbewerbs. Dass ein Wandel zu einer nachhaltigeren Wirtschaftspolitik zu verzeichnen und auch von Nöten ist, lässt sich an den derzeitigen Diskussionen und Initiativen der Kommission erkennen.

III. Das wandelnde Bild des Wettbewerbs

Das moderne[24] Wettbewerbsrecht findet seine Ursprünge in dem US Sherman Act von 1890 und dem deutschen Kartellgesetz von 1923 (kurz darauf folgten die ersten Wettbewerbsgesetze in Schweden, 1925, und Norwegen, 1926). Diese Normen dienten vor allem dazu, die Macht der großen Trusts und Kartelle zu begrenzen. Geprägt von der sog. Harvard School verfolgte das US Antitrustrecht lange einen marktstrukturbezogenen Ansatz, der wettbewerbsbeschränkende Praktiken, wie Absprachen und Monopolisierungsbestrebungen „*per se*" untersagte.[25] Das europäische Wettbewerbsrecht war zunächst stark von ordoliberalen Ideen geprägt. Ziel war die Schaffung und der Erhalt eines freiheitlichen Wirtschaftssystems durch eine sozial und freiheitlich geprägte Wirtschaftsordnung. Im Vergleich zu den heutigen Zielen des Wettbewerbsrechts hatten beide Schulen ein deutlich breiteres, teilweise mystisches Wettbewerbsbild vor Augen. *Böhm*

24 Auch das römische Recht und die lex mercatoria kannten Wettbewerbsvorschriften. Allerdings handelt es sich hierbei um Vorschriften für Handel außerhalb einer klassischen Nationalökonomie.

25 *T.A. Piraino*, Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century, 82/2 Indiana Law Journal, 2007, 345 (348); zu den Vertretern; *J.S. Bain*, Barriers to New Competition, 5. Aufl., Cambridge 1971; *J. M. Clarke*, Competition as a dynamic process, Connecticut 1961.

https://doi.org/10.5771/9783748935476-215 - am 29.12.2025, 13:51:35. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bezeichnete den Wettbewerb als „*genialstes Entmachtungsinstrument der Geschichte*“,[26] *Hayek* bekanntlich als „*Entdeckungsverfahren*“, welches sich einer „*Anmaßung des Wissens*“ über die näheren Funktionsweisen und Ergebnisse des Prozesses entzieht.[27] Wo die ordoliberale Schule einen sozialmarktwirtschaftlichen Zielkatalog verfolgte,[28] sorgte sich das US Antitrustrecht um libertäre Marktfreiheiten, aber auch um den Schutz politischer Freiheiten und um die Begrenzung wirtschaftspolitischer Macht.[29]

Die Ziele des Wettbewerbsrechts wandelten sich ab Mitte der 70er Jahre, zunächst in den USA, mit der zunehmenden Popularität der Chicago School of Antitrust.[30] Besonders einflussreich war hierbei das Werk von *Bork*, The Antitrust Paradox. *Bork* kritisierte die gängige Wettbewerbspraxis der US Gerichte und Behörden, indem er zahlreiche Praktiken und Verbote unter eine Wohlfahrtanalyse stellte und fragte, ob diese Verbote tatsächlich, vom Ergebnis her, eine effizienzsteigernde Wirkung hätten.[31] Einziges wahres Ziel des Wettbewerbsrechts könne folglich der Schutz oder die Steigerung der Wohlfahrt (Effizienzen) sein.[32] *Bork* wollte hiermit das Wettbewerbsrecht von unnötigen „*Sentimentalitäten*“ und Fehlannahmen befreien.[33] Bedeutend ist aber auch die wirtschaftspolitische Grundausrichtung der Chicago School, die Intervention in Märkte deutlich zurückzufahren.[34] Auch die europäische Wettbewerbspolitik orientiert sich seit Anfang

26 *F. Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, Neuausgabe Baden Baden 2010.

27 *F.A. Hayek*, The Pretence of Knowledge, 77/4 The Swedish Journal of Economics, 1975, 433.

28 Vgl. *E.-J. Mestmäcker*, The Role of Competition in a Liberal Society; in: Koslowski (Hrsg.), *The Social Market Economy, Theory and Ethics of the Economic Order*, Berlin/Heidelberg 1998, S. 329.

29 Ausführlich dazu *C. Edwards*, ‘Conglomerate Bigness as a Source of Power’, in NBER (Hrsg.), Business Concentration and Price Policy, Princeton 1955, S. 331.

30 Dazu *D.A. Crane*, Chicago, Post-Chicago, and Neo-Chicago, 76/4 University of Chicago Law Review, 2009, 1911.

31 Die Wohlfahrtsökonomik beschäftigt sich mit der Allokation von Ressourcen. Diese war seit Beginn der Chicago School mit Theorien von George Stigler und Milton Friedman stark durch den sog. Monetarismus – einer angebotsorientierten Wirtschaftspolitik und Quantitätstheorie – geprägt. *J. Van Overtveldt,* The Chicago School. How the University of Chicago Assembled the Thinkers Who Revolutionized Economics and Business, Chicago 2008.

32 *R. Posner,* Antitrust Law, 2. Aufl., Chicago 2001.

33 “*Uncritical sentimentality about the ‘little guy’*”: *R. Bork*, The Antitrust Paradox, 2. Aufl., Chicago 1993.

34 *H. J. Hovemkamp/F. Scott Morton*, Framing the Chicago School of Antitrust Analysis, 168/7 University of Pennsylvania Law Review 2020, 1843.

https://doi.org/10.5771/9783748935476-215 - am 29.12.2025, 13:51:35. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der 2000er und der Einführung des sog. „*more economic approach*“[35] stärker an der Konsumentenwohlfahrt (*consumer welfare standard, CWS*). Im Bereich der Zusammenschlusskontrolle wurde der marktstrukturbezogene Marktbeherrschungstest, der vor allem Zusammenschlüsse untersagte, die zu einer (gemeinsamen) Marktbeherrschung führten, durch das flexiblere, ökonomische SIEC-Kriterium (*significant impediment to effective competition*) ersetzt. Durch den Konsumentenwohlfahrtsstandard haben das europäische Wettbewerbsrecht und seine Methodik deutlich an Klarheit und ökonomischer Fundierung gewonnen,[36] dafür aber den breiten Zielkatalog aufgegeben.

Seit einigen Jahren steht der Konsumentenwohlfahrtsstandard zunehmend in der Kritik. Es geht hierbei nicht nur um die Tatsache, dass wohlfahrtsbezogene Methoden und Ansätze im Wettbewerbsrecht dominieren, viele stört auch die laxe und zurückhaltende Umsetzung, die vor allem im Bereich der Zusammenschlusskontrolle besonders auffällig ist,[37] und die teilweise lange Dauer und Komplexität der Wettbewerbsverfahren.[38] Neben den Rufen nach der verstärkten Umsetzung wünschen sich viele auch die Öffnung des Zielkatalogs und die Berücksichtigung von Innovation, sozialen Zielen, Datenschutzzielen, Nachhaltigkeitserwägungen und die Auswirkung der Wettbewerbspolitik auf demokratische Institutionen und den sozialen Frieden.[39] Wenngleich dies zunächst wie ein buntes Potpourri an Wünschen an den Wettbewerb erscheint, geht es auch um die Frage, wie der Wettbewerb und seine Ziele zu deuten sind und was der Konsumentenwohlfahrtsstandard leisten kann. Auch dieses Kriterium kann enger oder weiter ausgelegt werden, richtet sich allerdings stets nach den Interessen und Präferenzen der Verbraucher.

---

35 *A. C. Witt,* The More Economic Approach to EU Antitrust Law, London 2016; *Europäische Kommission,* White Paper on the Modernisation of the Rules Implementing Articles 85 and 86 of the EC Treaty, No 99/027, 28.4.1999.

36 *D. Melamed/N. Petit*, The Misguided Assault on the Consumer Welfare Standard (Fn. 13).

37 So wurde kein Zusammenschluss der bisher 800 Zusammenschlüsse im „*Big Tech*“-Bereich untersagt und dies hat hier zu einem erheblichen Zuwachs an Konzentration geführt; *A. C. Witt,* Who's Afraid of Conglomerate Mergers, 67/2 Antitrust Bulletin, 2022, 208.

38 Diese Gründe waren auch maßgeblich für den Erlass des Digital Markets Act, s. *O. Budzinski/J. Mendelsohn*, Regulating Big Tech: From Competition Policy to Sector Regulation, im Erscheinen, ORDO, 2022.

39 Vorreiter sind hierbei die Vertreter der sog. „*Neo-Brandeis*“ School in den US, darunter FTC Chefin Lina Khan und der Special Assistant to the President for Technology and Competition Policy, Tim Wu.

https://doi.org/10.5771/9783748935478-215 - am 29.12.2025, 13:51:35. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

In der Mikroökonomik ist die Konsumentenwohlfahrt bereits seit Jahrzehnten definiert und beschreibt die Differenz zwischen der Nachfrage und dem gezahlten Preis. Was unterhalb der Nachfragekurve und oberhalb des Preises liegt, ist flexibel und umfasst je nach Konsumenten- oder Nachfragegruppe jegliche individuellen Vorteile wie Preis und Qualität aber eben auch Innovation, Datenschutz (Privacy) und sogar die Nachhaltigkeit der Produkte oder Kaufprozesse.[40] Die OECD definiert die Konsumentenwohlfahrt demnach wie folgt:

> "Consumer welfare refers to the individual benefits derived from the consumption of goods and services. In theory, individual welfare is defined by an individual's own assessment of his/her satisfaction, given prices and income. Exact measurement of consumer welfare therefore requires information about individual preferences."[41]

In der Wettbewerbsanalyse hat sich der Konsumentenwohlfahrtsstandard seit der Chicago School allerdings fast ausschließlich auf Preisvorteile bezogen. Hinzu kommt, dass der wettbewerbsrechtliche Konsumentenbegriff nicht nur die Endverbraucher, sondern die gesamte Marktgegenseite umfasst.[42] Konsumentenwohlfahrt im Wettbewerbsrecht nimmt daher eher die Form einer preisbezogenen allgemeinen Wohlfahrt an. Das Ziel der geringen Intervention geht mit einem fundamentalen Glauben an die Kräfte und Selbstheilungskräfte der Märkte einher, die auch jenseits des Denkens der Chicago School die Bedeutung des Marktes als ergebnisoffenen Prozess und als fundamentale gesellschaftliche Institution rechtfertigt. Demnach obliegt es dem Wettbewerbsrecht diesen Prozess zu schützen, ohne jedoch

---

40 *L. Samuel/F. Scott Morton*, What Economists Mean When They Say „*Consumer Welfare Standard*", ProMarket 16.2.2022, <https://www.promarket.org/2022/02/16/consumer-welfare-standard-antitrust-economists/>: „*To academic economists, consumer welfare is the area under the demand curve and above the price paid. This basic concept was popularized by Alfred Marshall in his seminal book* Principles of Economics*, published in 1890. Anything that factors into demand creates consumer welfare: those factors can include price, quality, innovation, privacy, etc. Importantly, this definition of consumer welfare is used by economists across the policy spectrum in trade, public finance, competition, and other areas of microeconomics, including by those who consider current antitrust enforcement to be too lax*".

41 *OECD*, Glossary of Statistical Terms, < https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3177>.

42 *P. Akman,* 'Consumer' Versus 'Customer': The Devil in the Detail, 37/2 Journal of Law and Society, 2010, 315*; V. Daskalova*, Consumer Welfare in EU Competition Law: What Is It (Not) About?, 11/1 The Competition Law Review, 2015, 133.

https://doi.org/10.5771/9783748935476-215 - am 29.12.2025, 13:51:35. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

selbst verteilend einzugreifen. Das Wettbewerbsrecht wird daher als Instrument der Marktgerechtigkeit („*allocative justice*") oder der rein formalen Gerechtigkeit betrachtet, nicht hingegen der verteilenden oder materiellen Gerechtigkeit („*distributive justice*").[43] Wichtig ist aber auch, und das ist der zentrale Kritikpunkt dieses Beitrags, dass eine rein formale Betrachtungsweise und eine Skepsis gegenüber der Marktintervention auch bedeutet, dass sich die Wettbewerbsanalyse immer näher an der Marktlogik und der Betrachtungsweise der Märkte aus Sicht der Unternehmen orientiert und die Kraft des Wettbewerbs für das Erreichen anderer Ziele aus dem Blick lässt.

Daher werden derzeit die Rufe nach einem ganzheitlicheren Verständnis des Wettbewerbs lauter. Grund dafür sind nicht nur dringende Ziele, die auch aus Sicht der Verbraucher auch mittels des Wettbewerbs zu erreichen sind, sondern ein seit der Finanzkrise von 2008 schwindendes Vertrauen in die Selbstheilungskräfte der Märkte, vor allem bei der Erreichung wettbewerbsfremder Ziele. Je mehr wohlfahrtsferne Ziele – Gleichheit, Dekonzentration, Datenschutz, Nachhaltigkeit – in den Mittelpunkt des Denkens über zukünftige (teilweise utopische) Wirtschaftssysteme rücken, desto mehr wandelt sich wohlmöglich das Wettbewerbsleitbild weg von einem rein formalen Prozess hin zu einem (zwangsläufig offeneren) Prozess, der Kraft seiner Eigenart (rivalisierender Kampf um die besten Ergebnisse, Marktplatz der Ideen) gerade auch zum Erreichen dieser Ziele eingesetzt werden sollte. Ohne Einordnung und Abgrenzung dieser Ziele von den wirtschaftlichen Kernzielen des Wettbewerbsrechts bleibt diese Diskussion jedoch unsystematisch und dogmatisch wenig zufriedenstellend.

In der Diskussion um die Öffnung des Zielkatalogs wird oft von den „weiteren" Zielen der Wettbewerbspolitik („*broader competition policy*") gesprochen.[44] Um die Bedeutung des Wettbewerbs außerhalb der Wohlfahrtsanalyse des Wettbewerbsrechts zu verstehen und zu berücksichtigen, scheint es hilfreich, zwischen den „engeren" und „weiteren" Zielen des Wettbewerbs zu unterscheiden. Die engen Ziele begrenzen sich auf die

43 Dazu ausführlich *J. Mendelsohn,* Competition, Concentration, and Inequality through the Lens of the Theory of Reflexive Modernisation, in: J. Broulík/ K. Cseres (Hrsg.), Competition Law and Economic Inequality, London 2022.

44 *G. Monti,* Article 81 EC and Public Policy, (Fn. 4); *O. Odudu,* The Boundaries of EC Competition Law (Fn. 4); *O. Odudu,* The Wider Concerns of Competition Law, 30/3 Oxford Journal of Legal Studies, 2010, 599; *J. Stiglitz*, Towards A Broader View of Competition Policy, Working Paper, 22.3.2017, Roosevelt Institute, <https://rooseveltinstitute.org/publications/towards-a-broader-view-of-competition-policy/>.

https://doi.org/10.5771/9783748935476-215 - am 29.12.2025, 13:51:35. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs auf konkreten Märkten. Die Bedeutung des Wettbewerbs (als Institution) für die weitere Rechts- und Wirtschaftsordnung ist allerdings größer. Die Idee des Wettbewerbs liegt im Zentrum unserer liberalen Wirtschaftsordnung. Der Wettbewerb gilt als zentrales Instrument, um Ressourcen optimal zu verteilen, aber eben auch um andere Ziele – Austauschgerechtigkeit, Freiheit, Gleichheit, Nachhaltigkeit – zu erreichen. Zum Wettbewerb im weiteren Sinne gehört auch der rege und innovative Ideenwettbewerb („*marketplace of ideas*") und der (private) politische Wettbewerb, der möglichst frei von Manipulation und Korruption (Capture, Lobbyismus) zu halten ist. Die Wirkkraft des Wettbewerbs im weiteren Sinne führte auch immer zur Wahl des entsprechenden Wettbewerbsleitbilds im engeren Sinne. So wollten die Ordoliberalen mittels eines freien Wettbewerbs die Fundamente für eine freiheitliche (und entmachtete) Gesellschaft legen. Die Chicago School hingegen glaubte an die Effizienz und die Wohlfahrtsmaxime als übergeordnetes Ordnungs- und Rechtsprinzip.[45]

Die Nachhaltigkeit gehört kraft der Ziele der Unionverträge jedenfalls zu den weiteren Zielen des Wettbewerbs. Der Wandel zu einer nachhaltigeren Wirtschaft kann erheblich vom Wettbewerb profitieren, wenn es darum geht, neue Ideen, Prozesse und Produktionsweisen zu entdecken und diese zur Marktreife zu bringen. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass sich vor allem neue Ideen und ein Umdenken sowohl am Markt als auch politisch durchsetzen lässt. Das ist nur möglich, wenn diese Prozesse möglichst offen gehalten und nicht von bestehenden Marktakteuren dominiert und blockiert werden.

Diese weiteren Ziele des Wettbewerbs beeinflussen allerdings auch die engere Wettbewerbsanalyse – ihr Verständnis von Wohlfahrt und Innovation. Die Bedeutung des Wettbewerbs für die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen hat zur Konsequenz, dass die Wohlfahrtsanalyse sich nicht nur nach Preiseffekten richten sollte und dass vor allem bei der dynamischen Analyse der Märkte nicht nur die Innovationen der Zusammenschlussparteien, sondern das Potential des Sektors insgesamt zu berücksichtigen ist. Welche Bedeutung der Wettbewerb – der sich von der unternehmenseige-

45 *R. Posner,* Economic Analysis of Law, 7. Aufl., Chicago 2007; kritisch dazu *H. Eidenmüller,* Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Aufl., Tübingen 2015; *E.-J. Mestmäcker,* A Legal Theory Without Law – Posner v. Hayek on Economic Analysis of Law, Tübingen 2007; Zur Effizienzdebatte: *R. Posner*, The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication, 3 Hofstra Law Review, 1979, 487 und *J. Coleman*, Efficiency, Utility and Wealth Maximization, 8 Hofstra Law Review, 1979, 509.

https://doi.org/10.5771/9783748935476-215 - am 29.12.2025, 13:51:35. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nen Marktlogik und den unternehmenseigenen Innovationspfaden löst – und das Wettbewerbsrecht für Nachhaltigkeit haben können, zeigt der Zusammenschluss der Pharma- und Agrochemie-Giganten Bayer und Monsanto.

IV. Kritischer Blick auf den Zusammenschluss Bayer/Monsanto

In den letzten Jahren gab es nur wenige Zusammenschlüsse, in denen Nachhaltigkeitsaspekte eine Rolle spielten. Darunter zählt die kontroverse[46] Übernahme der Monsanto AG durch den deutschen Pharmakonzern, Bayer AG, für 66 Milliarden USD im Jahr 2018. Der Zusammenschluss folgte auf eine allgemeine Konsolidierung des Agrochemie-Sektors über mehrere Jahre. In den Jahren 2002 – 2014 bestand der Sektor noch aus sechs globalen Konzernen: Syngenta, Bayer, Monsanto, Dow, DuPont und BASF. Nach den Übernahmen blieben nur noch drei Konzerne übrig: Dow/DuPont, ChemChina/Syngenta und Bayer/Monsanto. Nach eignen Angaben reagierte der Bayer Konzern auf diese Konsolidierung und glaubte, sich ohne diesen Zusammenschluss nicht langfristig auf diesen Märkten behaupten zu können.[47] Gleichzeitig wurde Bayer/Monsanto durch den Zusammenschluss zum bislang größten und weltweit führenden Unternehmen im Agrochemiegeschäft.

---

46 Zur Reaktion des Marktes auf die Übernahme, s. *B. Fröndhoff,* Fünf Jahre Nach Monsanto-Kauf, Handelsblatt 16.9.2021, <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/pharma-und-chemiekonzern-fuenf-jahre-nach-monsanto-kauf-diese-fuenf-grafiken-zeigen-wie-die-uebernahme-bayer-belastet/27618298.html>; siehe auch: *I. Lianos,* Stellungnahme „*The Bayer/Monsanto merger: a critical appraisal*", Bundestag Ausschuss für Wirtschaft und Energie, Ausschuss-Drs. 19(9)90, 26.6.2018, 12: „*The higher levels of concentration in this industry will not only produce anticompetitive effects on price and innovation, but will also greatly reduce other important, from a social contract perspective, parameters of competition such as biodiversity, variety and alternative ways of agriculture, in view of the emphasis put by all the four integrated platforms on a chemical-based and GMO oriented model of agriculture*".

47 Hierbei ist zu bedenken, dass solche Marktkonsolidierungen und Interessen und Strategien der Parteien für die Wettbewerbsanalyse zwar von Bedeutung sein können, eine objektive Wettbewerbsanalyse allerdings auch alternative Marktentwicklungen und ihre Auswirkungen auf die Wohlfahrt und auf innovative Dynamiken nicht außer Betracht lassen sollte.

https://doi.org/10.5771/9783748935478-215 - am 29.12.2025, 13:51:35. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Bayer/Monsanto-Entscheidung bietet in materieller Hinsicht zwei Besonderheiten: Wie auch beim Zusammenschluss Dow/DuPont (2017)[48] spielten die potentiellen Auswirkungen auf die Innovation in den relevanten Sektoren und auf die Sicherstellung der globalen Lebensmittelsicherheit eine Rolle.[49] Zudem wurden von mehreren Stakeholdern weitreichende Nachhaltigkeitsbedenken gegen den Zusammenschluss vorgetragen. Diese betrafen die kontroversen Saatgutmodifikationen und die Produktionsweisen der Konzerne und die Auswirkungen der Konzentration auf die Gegenmacht der abhängigen Bauern weltweit.[50]

---

48 Die Kommission schreibt in der Dow/DuPont-Entscheidung: "*It is clear from the purpose and wording of the Merger Regulation and the Horizontal Merger Guidelines that the Commission is required prevent significant impediments to effective competition without limiting its assessment to neither price effects nor product and price competition between existing products. It is also part of the Commission's task to determine whether a transaction is likely to lead to diminished innovation and future competition*". *Europäische Kommission*, 27.3.2017, Fall M.7932 – Dow/DuPont, Rz. 1992. Demnach lautete die innovationsbezogne Schadenshypothese wie folgt:"…*a merger between competing innovators by reducing rivalry in the industry and increasing cannibalisation of existing and future sales is likely to result in a decrease in the incentive to innovate by the merging parties*." *Europäische Kommission*, 27.3.2017, Fall M.7932 – Dow/DuPont, Rz. 2002.

49 *Europäische Kommission,* 21.3.2018, Fall M.8084 – Bayer/Monsanto, Rz. 1041 ff, 3006 ff. Dazu: *R. Podszun, „Konzentration im Agrarmarkt*" (Fn. 18), 1 (5): „*Die Kommission sichert die Innovationskraft also durch die Aufrechterhaltung diverser Entwicklungspfade, hier konkret: rivalisierender Forschungs- und Entwicklungseinheiten. Diversität wird als wesentlicher Faktor des Wettbewerbs erkannt. Das ist eine Anerkennung der evolutionsökonomischen Perspektive, die eine strukturelle Absicherung von Diversität und Variation, Auswahlmöglichkeiten und Offenheit fordert*."; siehe auch *W. Kerber*, 'Competition, innovation and maintaining diversity through competition law', in: J. Drexl/W. Kerber/R. Podszun, Competition Policy and the Economic Approach – Foundations and Limitations, 2011, S. 173.

50 *Europäische Kommission,* 21.3.2018, Fall M.8084 – Bayer/Monsanto, Rz. 3007: „*In particular, those interested third parties contend that the Commission should assess the impact of the merger not only in terms of higher prices, loss of innovation and loss of products (seeds, traits, etc.) choice, but also in terms of loss of biodiversity as a harm to environment. They further argue that the assessment of innovation competition should not only address the question whether the Parties would continue investing in new products but whether these investments would be directed towards quality products. The risk in terms of innovation would lie not only in a reduction of innovation efforts but also in a misuse of innovation. According to IPES-Food, the merged entity would have very little, if any incentive, to innovate towards the use of less chemical products or towards healthier farming products. Finally, when assessing the risks that the concentration bears, the Commission should take into consideration the direct link that exists between safe food - and hence safe agriculture – and public health.*"

https://doi.org/10.5771/9783748935476-215 - am 29.12.2025, 13:51:35. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

In Bezug auf die Innovation untersuchte die Kommission, ob die Beseitigung von sich überschneidenden Forschungsbemühungen der beiden Konzerne zu einer Verringerung des Innovationswettbewerbs führen könnte. Die Kommission begutachtete sowohl Auswirkung auf die Innovationrivalität zwischen den zwei Konzernen als auch die möglichen Auswirkungen auf die Innovation des Sektors insgesamt.[51] Beim Grad der Innovationsrivalität zwischen den Parteien identifizierte die Kommission „Innovationsräume", in denen die Forschung und Entwicklung der Marktakteure in den Bereichen der Entwicklung neuer Pflanzenschutzmittel, Saatgutarten und Pflanzensorten miteinander konkurrierten.[52] Nach einer ähnlichen Methode wie beim Preiswettbewerb analysierte die Kommission die Substituierbarkeit und Nähe der Innovationsvorhaben von Bayer und Monsanto. Zur Ermittlung der Auswirkungen auf den allgemeinen Grad der Innovation kamen strukturelle Kriterien, wie die erhöhte Konzentration, die bestehenden Marktzutrittsschranken, die Innovationskraft der anderen Marktteilnehmer und der mögliche Rückgang an Forschungs- und Entwicklungsleistungen hinzu.[53]

Die Kommission kam zu dem Ergebnis, dass der Zusammenschluss wahrscheinlich den Innovationsanreiz beeinträchtigen, überschneidende F&E-Infrastrukturen und Innovationsbemühungen beseitigen und die Innovation insgesamt verringern würde.[54] Diese Bedenken führten allerdings nicht zur Untersagung des Zusammenschlusses. Stattdessen wurden weit-

---

51 *E. Deutscher/S. Markis*, Sustainability concerns in EU merger control (Fn. 3), 1 (15).

52 *E. Deutscher/S. Markis*, Sustainability concerns in EU merger control (Fn. 3), 1 (15); Die Kommission formulierte folgende Schadenstheorie: *Europäische Kommission,* 21.3.2018, Fall M.8084 – Bayer/Monsanto, Rz. (1041): „*A merger between two innovators is likely to increase the cannibalisation effects. In fact, pre-merger if an innovator is successful in introducing a new product, even though this might cannibalise one or more of its existing products, nevertheless it will capture sales from its rivals and the possible related gross margin and profits. A merger between two potential innovators internalises this negative externality effect – from the perspective of each innovator, the lost expected profits on the products of the other merging firm becomes an additional cannibalisation effect. (1042): Consumers may also ultimately be harmed in this case by both the loss of product variety and the reduced intensity of future product market competition in the markets where the discontinued/deferred/redirected early pipeline product would potentially have been introduced but for the merger. This effect applies both in the short-term, notably in relation to existing early pipeline products and current lines of research, and over time, in relation to any future R&D efforts.*"

53 *Europäische Kommission*, 21.3.2018, Fall M.8084 – Bayer/Monsanto, Rz. 75-88.

54 *Europäische Kommission,* 21.3.2018, Fall M.8084 – Bayer/Monsanto, Rz. 1263-1273; *E. Deutscher/S. Markis*, Sustainability concerns in EU merger control (Fn. 3), 1 (18).

https://doi.org/10.5771/9783748935478-215 - am 29.12.2025, 13:51:35. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

reichende, strukturelle Abhilfemaßnahmen verhängt:[55] Bayer wurde aufgefordert, sein Saatgut und Pestizide-Portfolio zu veräußern und die weltweite Forschung und Entwicklung in diesem Bereich (Saatgut und agronomische Merkmale) abzugeben. Auch mussten die Forschungsaktivitäten, die mit Monsantos Pflanzenschutzmittelwirkstoff Glyphosat[56] in Konkurrenz standen, abgegeben und eigenständig weitergeführt werden. Diese Unternehmungen wurden teilweise von dem Unternehmen BASF übernommen. Die neue Bayer/Monsanto AG wurde zudem dazu aufgefordert, Lizenzen zu den gemeinsamen agrarwirtschaftlichen Digitallösungen zu erteilen.[57] Obwohl Abhilfemaßnahmen im Gegensatz zur Untersagung den deutlich geringeren Eingriff darstellen, wird von weiten Teilen der Literatur vertreten, dass diese als „*Ausdruck der Handlungsfähigkeit der Kartellbehörden*" und als „*effektives (Mittel) der hoheitlich Kontrolle*" von Megafusionen zu betrachtet sind.[58] Die Abhilfemaßnahmen richten sich allerdings nach der Schadensanalyse der Kommission, ihre Wirksamkeit ist demnach begrenzt durch die Möglichkeit, die zukünftige Entwicklung der Märkte vorherzusehen. Jedenfalls standen die negativen Auswirkungen der Konzentration auf die Innovation in dieser Entscheidung fest.[59]

Obwohl die innovationsbasierte Schadenstheorie überwiegend als positive Entwicklung betrachtet wird,[60] wurde die Analyse der Kommission auch

55 *Europäische Kommission,* 21.3.2018, Fall M.8084 – Bayer/Monsanto, Rz. 3030-3325; Hierbei ist klarzustellen, dass im Gegensatz zu strukturellen Abhilfemaßnahmen, verhaltensbezogene Abhilfemaßnahmen als wenig wirksam gelten. Zu den Abhilfemaßnahmen im Fall Bayer Monsanto, s. *R. Podszun,* „*Konzentration im Agrarmarkt*" (Fn. 18), 1 (6); aA *I. Lianos,* „*The Bayer/Monsanto merger: a critical appraisal*" (Fn. 46), 1, (46).

56 Bayer konnte sich damit allerding nicht von den Klagen gegen diesen Wirkstoff befreien. Zur Beilegung den Klagen gegen das Produkt „*Roundup*" siehe Bayers Fünf-Punkte-Plan zur Beilegung der Roundup-Rechtsstreitigkeiten, <https://www.bayer.com/de/roundup-rechtsstreitigkeiten-fuenf-punkte-plan>.

57 *Europäische Kommission,* 30.4.2018, Fall M.8851 – BASF/Bayer Divestment Business; *R. Podszun,* „*Konzentration im Agrarmarkt*" (Fn. 18), 1 (6).

58 s. *R. Podszun,* „*Konzentration im Agrarmarkt*" (Fn. 18), 1 (6).

59 Zum grundsätzlichen Verhältnis und einer Neudeutung der Arrow v Schumpeter Kontroverse, siehe: *J. Stiglitz*, Innovation and Competition: Did Arrow Hit the Bull's Eye, in: J. Lerner/S. Stern, The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited, Chicago 2012, 361 (401): The unifying principle, richly supported by the empirical literature, is that innovation, broadly defi ned, is spurred if the market is contestable; that is, if multiple fi rms are vying to win profi table future sales.

60 *N. Petit,* Significant Impediment to Industry Innovation: A Novel Theory of Harm in EU Merger Control?, ICLE Antitrust & Consumer Protection Research Program, White Paper 2017-I.

https://doi.org/10.5771/9783748935476-215 - am 29.12.2025, 13:51:35. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

als unzureichend kritisiert. Die Autoren *Deutscher* und *Makris* kritisierten die rückwärtsgewandte und output-orientierte bzw. lineare Innovationsanalyse der Kommission, die methodisch weitestgehend der Analyse von Preiswettbewerb entsprechen.[61] Die Kommission habe sich vor allem auf Innovationspfade, die bereits von den Parteien gelegt wurden, beschränkt und diese auch nicht weiter hinterfragt. Innovation sei hierbei zu eng verstanden worden und nicht als offener, dynamischer und „polyzentrischer"[62] Prozess.[63] Auch die quantitativen Kriterien, wie die Anzahl der zitierten Patente und die Investition in KI-Verfahren legen nur den Fokus auf bereits bestehende Innovationen, Ansätze und Projekte.

Daran knüpft die hier bereits geäußerte Kritik an, dass die Kommission zu stark die Perspektive der sich zusammenschließenden Parteien einnahm (bzw. der bestehenden Marktlogik folgte) und hierbei das eigentliche Potential des Wettbewerbs – auch zur Erreichung nicht-wohlfahrtsorientier-

---

61 *E. Deutscher/S. Markis*, Sustainability concerns in EU merger control (Fn. 3), 1 (20): „*A key concern of this consequentialist understanding of innovation that underpins the Commission's approach is whether post-merger the parties will produce more or less innovation quantity and quality. Quality is understood in single-dimensional terms as commercial suceess or technological relevance. Such an approach ignores the multi-dimensional aspect of quality of innovation as it examines only whether a merger can undermine the process of innovation that is geared towards conventional agriculture*".

62 *E. Deutscher/S. Markis*, Sustainability concerns in EU merger control (Fn. 3), 1 (27-32) beschreiben den polyzentrischen Prozess. Siehe auch *I. Lianos*, Polycentric Competition Law (Fn. 15), 161: "*Polycentricity has close affinities with the concept of polyarchy that has been put forward in democratic theory as a variant of democracy which provides each member of the society the opportunity to express his or her preference, not so much in order to express a diversity of opinions or values, but because this enables each member of the society to make a rational calculation about alternative policies.*"; *V. Ostrom*, 'Polycentricity' in: M. D. McGinnis (Hrsg.), Polycentric governance and development: readings from the Workshop in Political Theory and Policy Analysis, Michigan, 1999*; P. D. Aligiga/ V.Tarko*, 'Polycentricity: From Polanyi to Ostrom, and Beyond', 25/2 Governance, 2012, 237; auch: *V. Ostrom/ CM Tiebout/R. Warren*, The Organization of Government in Metropolitan Areas: A Theoretical Inquiry, 55/4 Amercian Political Science Review, 1961, 831; *M Polanyi,* The Logic of Liberty, Oxfordshire 1951, S. 34.

63 This theory of harm, although a welcome improvement to the current framework of merger analysis, fails to accommodate all competition-relevant sustainability concerns because of its exclusive focus on innovation capabilities, efforts, and output. On this basis, we argue that innovation competition should not be understood only as an output-maximizing device but also as a polycentric process under which independent decision-makers pursue various innovation paths. Such an approach gives prominence to the diversity, quality, and direction of innovation and constitutes an alternative to the predominant output-centred understanding of innovation.

https://doi.org/10.5771/9783748935476-215 - am 29.12.2025, 13:51:35. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ter Ziele (Innovation und Nachhaltigkeit) – übersah. Dabei geht es bei Innovation eigentlich darum, neue Produkte und Innovationsstränge zu entwickeln. Durch diesen engen Blick wurden ferner die, sehr wohl erfassbaren,[64] Interessen der Verbraucher (zum Teil der Stakeholder und Bauern) und Endverbraucher an alternativen und nachhaltigeren Agrarlösungen nicht berücksichtigt, sondern nur die direkten Preisauswirkungen des Zusammenschlusses. Auch bleiben die Auswirkungen auf die „weiteren" Ziele des Wettbewerbs und das System „Wettbewerb" im Agrarsektor und die Auswirkungen der–Konzentration auf die gesellschaftliche und politische Debatte rund um Saatgut und zukünftigen Ernährungsquellen, die von innovativen Ideen profitieren würde, außer Betracht.

In Hinblick auf die Nachhaltigkeitserwägungen wird oft vertreten, dass die Kommission diese nicht berücksichtigte und auch nicht berücksichtigen sollte.[65] Allerdings hat die Kommission die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten nicht gänzlich abgelehnt, aber stark eingeschränkt.

Zunächst werden aber alle Ziele der Union erwähnt und die Kommission bettet ihre Entscheidung in diese ein:

> "(3011) In the light of recital 23 of the Merger Regulation, the Commission has placed its competitive assessment of the Transaction within the general framework of the achievement of the fundamental objectives referred to in the EU Treaties. In particular, the Commission is mindful of the potential implications of a possible reduction of competition caused by the Transaction on human health, food safety, consumer protection, environmental protection and climate. The Commission has, in particular, paid specific attention in its review to ensure that post-Transaction innovation in the agroindustry sector is preserved as the key for the emergence of more effective, healthier, safer and more environmentally-friendly products."[66]

Nach Ansicht der Kommission obliegt es ihr nicht, „isolierte" Nachhaltigkeitsbedenken zu prüfen, sondern nur solche, die Resultat einer „erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs" sind oder mit dieser im Zusammenhang stehen. Die Kommission beschränkt sich damit auf Nachhaltigkeitserwägungen, die im aktuellen Marktgeschehen bzw. zwischen den fusionierenden Parteien bereits als relevante Wettbewerbsparameter beste-

64 *E. Deutscher/S. Markis*, Sustainability concerns in EU merger control (Fn. 3), 1 (33).
65 *R. Podszun, „Konzentration im Agrarmarkt"* (Fn. 18), 1 (7-10).
66 *Europäische Kommission*, 21.3.2018, Fall M.8084 – Bayer/Monsanto, Rn. 3011.

https://doi.org/10.5771/9783748935476-215 - am 29.12.2025, 13:51:35. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hen. Diesen Kompromiss, der zur (eingeschränkten) Berücksichtigung von Nachhaltigkeitszielen führt, begründet die Kommission mit dem Wortlaut des Art. 2 Abs. 2 FKVO, der ihr zwar ermöglicht, „weitere" Ziele zu berücksichtigen, aber nur sofern dadurch der Wettbewerb oder die „engeren", in Art. 2 Abs. 1 FKVO genannten, Ziele beschränkt werden und nicht darüber hinaus:

> "(3020) The legal test laid down in the Merger Regulation to appraise the compatibility of mergers with the internal market is therefore consistent with the objectives of the Merger Regulation, as explained in its preamble. After establishing that mergers must be appraised in accordance with "...the objectives of this Regulation...", Article 2(1), second paragraph, of the Merger Regulation lays down in more detail the factors that the Commission shall take into account in making its appraisal, which are all of them competition-related. Accordingly, Article 2(2) of the Merger Regulation provides that "[a] concentration which would not significantly impede effective competition in the market or in a substantial part of it, in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position, shall be declared compatible with the common market". Therefore, whilst the general framework of the achievement of the other mentioned criteria not related strictly to competition is taken into account in the competitive appraisal, the Commission is nevertheless bound to apply to notified mergers the criteria mentioned in Article 2 of the Merger Regulation. The Commission is thus obliged to clear a merger when its competition appraisal, taking into account all relevant criteria, concludes that it does not significantly impede effective competition."[67]

Sofern nur Faktoren berücksichtigt werden, die im Markt oder von den Parteien bereits als Wettbewerbsparameter verstanden werden, bleibt die Wettbewerbsanalyse statisch. Durch diesen engen Blick wurden ferner die messbaren Interessen der Verbraucher an nachhaltigen Alternativen nicht berücksichtigt.

Auch bleiben die Auswirkungen auf die „weiteren" Ziele des Wettbewerbs und auf die gesellschaftliche und politische Debatte rund um Saatgut und zukünftigen Ernährungsquelle außer Betracht. Der Wettbewerb im weiteren Sinne beschreibt den wirtschaftlich verankerten, gesamtgesellschaftlichen Prozess zur Allokation von Gütern und zum Herauskristallisieren der

67 *Europäische Kommission*, 21.3.2018, Fall M.8084 – Bayer/Monsanto, Rn. 3020.

https://doi.org/10.5771/9783748935478-215 - am 29.12.2025, 13:51:35. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„besten" Ideen und Möglichkeiten. Eine enge Wettbewerbsanalyse, die sich im Wesentlichen auf die Vorstellung der Parteien und bereits gesäte Wege beschränkt, behindert diesen Prozess. Gegenteil des Wettbewerbs ist, wie von *Böhm* vermutet, die Konzentration und Vermachtung der Märkte. Unternehmen in konzentrierten Märkten besitzen nicht nur Marktmacht, sie behindern auch den offenen Diskurs und den Streit um neue Wege.[68] Dies tun sie entweder direkt, qua ihrer Macht, oder indirekt, durch Lobbyismus, durch Beeinflussung des Diskurses oder Hervorrufen von Capture.[69] Sie können ihre Ansichten besser im Diskurs durchsetzen und beeinflussen faktisch, welche Regelung sich am Markt und in Gesetzgebungsprozessen durchsetzen. Marktmächtige Unternehmen sind zudem schwieriger zu kontrollieren und regulieren.[70] Insbesondere bei besonders sensiblen oder bedeutsamen Zusammenschlüssen sollte auch die Funktion des Wettbewerbs in demokratischen Prozessen und in der allgemeinen Marktordnung berücksichtigt werden. Nachfolgend werden zwei Vorschlägen gemacht, wie dieses Berücksichtigungsgebot zur Umsetzung kommen kann.

C. Einfallstore für die „Berücksichtigung" von Nachhaltigkeitserwägungen im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle

Obwohl Nachhaltigkeitsziele nicht im Wettbewerbsrecht erwähnt werden, gehört die Nachhaltigkeit zu den Zielen des Unionsrechts. Fraglich ist, inwiefern diese politischen Ziele auch das Wettbewerbsrecht beeinflussen dürfen oder sollten.

Das Gebot der Querschnittsklausel des Art. 11 AEUV ist eigentlich klar. Es sollen weder klare Regelungen (und die Tatbestand-Rechtsfolge-Struktur der Wettbewerbsnormen) ausgehebelt werden noch ist eine Abwägung oder praktische Konkordanz (außerhalb des öffentlichen Rechts, die ebenso eine solche Abwägung gebietet) geboten. Nach Art. 11 AEUV müssen vielmehr *„bei der Durchführung der Unionspolitiken und -maßnahmen die Erfordernisse des Umweltschutzes insbesondere zur Förderung einer nachhaltigen*

68 *S. Evanega/J. Conrow/J. Adams/M. Lynas*, The state of the 'GMO' debate - toward an increasingly favorable and less polarized media conversation on ag-biotech? 13/1 GM Crops Food, 2022, 38.

69 Vgl. *J. Broulík,* Cultural Capture of Competition Policy: Exploring the Risk in the US and the EU, 45/2 World Competition 2022, 159.

70 Zur Verstärkung dieser Effekte durch die Finacialisierung und gemeinsame Eigentumsstrukturen, *s. I. Lianos, „The Bayer/Monsanto merger: a critical appraisal"* (Fn. 46), 1 (32 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748935476-215 - am 29.12.2025, 13:51:35. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Entwicklung einbezogen werden". Das bedeutet, dass überall dort, wo es die Praxis oder die offenen Rechtbegriffe ermöglichen, diese Ziele zum Tragen kommen sollten. In der Zusammenschlusskontrolle ist dies in dreifacher Weise möglich:

- Trotz der linearen und ökonomischen Konzeption des SIEC-Kriteriums von 2004 und der Idee, dass vor allem dieses Wettbewerbskonzept die möglichst effiziente Verteilung knapper Ressourcen sicherstellen soll, ist das Kriterium dennoch offen und unbestimmt genug, dass – sofern relevant – dieser Wettbewerb eben auch dem Schutz und dem Erhalt schwindender Ressourcen dienen kann. Nichts anderes ist das Ziel der Nachhaltigkeitspolitik. Das Anthropozän erfordert einen wirtschaftlichen Paradigmenwechseln, indem knappe Güter nicht mehr nur verteilt, sondern auch geschützt werden müssen. Auch die „weiteren" Ziele des Wettbewerbs können demnach das Wettbewerbskonzept der Zusammenschlusskontrollverordnung beeinflussen und einen Wandel des Wettbewerbsverständnisses einleiten.
- Bedingt durch die Gegebenheiten des Einzelfalls kann die Nachhaltigkeit bei der Marktdefinition oder der Schadenstheorie eine Rolle spielen. Sofern Unternehmen bereits im Wettbewerb um nachhaltigere Produkte oder Produktionsweisen stehen, beeinflusst dies auch aus der Sicht der Marktgegenseite die Marktdefinition. Ebenso ist es denkbar, dass Schadenstheorien die dynamischen oder nachhaltigen Entwicklungen auf den Märkten zumindest mitberücksichtigen. Sofern Firmen um nachhaltige Produkte oder Produktionsweisen konkurrieren, ist die Nachhaltigkeit bereits als einschlägiger Wettbewerbsparameter zu betrachten. Denkbar ist auch, dass eine enge Verknüpfung der Nachhaltigkeitsbemühungen mit den Innovationsbestrebungen der Unternehmen besteht. Sofern Unternehmen durch dynamische Entwicklungen Nachhaltigkeitsziele fördern wollen, ist fraglich, ob die Kommission nur die Entwicklungen und Pfade der Unternehmen zu berücksichtigen hat oder darüber hinaus die Auswirkungen der Konzentration auf die Entwicklung weiterer (potentieller) Innovationen in Betracht ziehen muss. Letzteres würde den Blick der Kommission weiten und zur Einbeziehung „weiterer" Wettbewerbsziele führen, aber auch dem Wesen der Innovation als pfadunabhängigem, offenem (polyzentrischem) Prozess gerecht werden.
- Die moderne Zusammenschlusskontrolle trifft in den wenigsten Fällen eine klare Zulassungs- oder Untersagungsentscheidung. Vielmehr wird versucht, einen Kompromiss zu finden, bzw. die Wettbewerbsbedenken

https://doi.org/10.5771/9783748935476-215 - am 29.12.2025, 13:51:35. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mittels Abhilfemaßnahmen auszuräumen und den Zusammenschluss dennoch zu genehmigen.[71] An dieser Stelle hat bereits *Lianos* vorgeschlagen, dass Zusammenschlüsse, bei denen die Beschränkung des Wettbewerbs feststeht und Nachhaltigkeitsbedenken bestehen, zu untersagen und nicht durch Abhilfemaßnahmen zu retten sein sollten. Allenfalls müssten die Abhilfemaßnahmen auch die Nachhaltigkeitsbedenken ausräumen.[72]

D. Zu guter Letzt – zur „Materialisierung" der Zusammenschlusskontrolle

Wenige Stimmen befürworten die wahllose und willkürliche Materialisierung des Wettbewerbsrechts, insbesondere der Zusammenschlusskontrolle. Nach herkömmlicher Ansicht liegt die Kraft des Wettbewerbs gerade darin, ein ergebnisoffener (rein formaler) Prozess zu sein. Dieser ist von der Nachfrageseite/Marktgegenseite geleitet und spürt die „richtigen" Preise und Bedingungen auf, ohne dass diese lenkend bestimmt werden. Jeglicher „materieller" Eingriff in diesen Prozess ist daher als marktfremde „Anmaßung des Wissens" zu betrachten. Das Wettbewerbsrecht schützt demnach nur diesen allokativen Prozess und wird nicht verteilend oder distributiv tätig.[73] Hiergegen lässt sich grundsätzlich einwenden, dass die Grenzen

71 *R. Podszun, „Konzentration im Agrarmarkt"* (Fn. 18), 1 (6): *„Die zum Teil sehr gewichtigen Abhilfemaßnahmen sind auch Ausdruck der Handlungsfähigkeit der Kartellbehörden: Selbst „Megafusionen" können einer effektiven hoheitlichen Kontrolle unterworfen werden"*.

72 *I. Lianos, „The Bayer/Monsanto merger: a critical appraisal"* (Fn, 46), 1 (46): *„To the extent that the merger in question leads to a significant impediment of effective competition, as well as produces additional social costs, which are caused by the reduction of competition, conditionally clearing the merger by accepting remedies that deal with the "pure" competition law concerns should not be considered sufficient, to the extent that some of the horizontal integration clauses, such as Article 11 TFEU, impose duties to the Commission, as to all other EU Institutions, to "integrate" environmental protection requirements, "into the definition of the Union's policies and activities", such as competition law. As highlighted above, deciding the kind of competition to be protected and promoted by the European Commission (competition that takes into account environmental and sustainability concerns) constitutes an example of how such "integration" may take place"*.

73 Die sog. *„distributive"* Gerechtigkeit ist demnach Aufgabe des öffentlichen Rechts, im Falle von Marktversagen, des Regulierungsrechts, *J. Mendelsohn,* Competition, Concentration, and Inequality (Fn. 43). Zur Auflösung der Grenzen zwischen öffentlichem und privatem Recht, *M. Auer,* Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, Tübingen 2014, S. 63-73.

https://doi.org/10.5771/9783748935476-215 - am 29.12.2025, 13:51:35. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zwischen der allokativen und distributiven Gerechtigkeit, zwischen dem Schutz des Wettbewerbs und der Korrektur von Marktversagen (Umweltschäden als zu internalisierende Externalität), zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht zunehmend verschwimmen. Das heißt nicht, dass diese freiheitsichernden Unterscheidungen aufzugeben sind, sondern nur, dass sie fließend sind. Auch in Bezug auf das moderne Wettbewerbsrecht lässt sich einwenden, dass auch dieses bereits „verteilt" – nämlich an die Verbraucher. Wichtiger wäre daher die Unterscheidung, ob programmatisch und mittels Regulierung eine messbare Zielgröße verfolgt wird (Marktöffnung, Preissenkungen) oder ob mittels des Wettbewerbs ein ergebnisoffener Prozess zur Erreichung eines materiellen Guts (Wohlfahrt, Nachhaltigkeit) geschützt und gefördert wird. Damit bliebe der offene Wettbewerbsprozess erhalten, ohne dass er jedoch auf ein enges Wohlfahrtsziel – welches sich in Bezug auf die weiteren Ziele und Dimensionen des Wettbewerbs nicht als Allheilmittel erwiesen hat – begrenzt ist.

https://doi.org/10.5771/9783748935478-215 - am 29.12.2025, 13:51:35. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748935476-215 - am 29.12.2025, 13:51:35. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -