

# Nachhaltigkeitsvereinbarungen

Zum Schutz der Umwelt, des Klimas und allgemein der Nachhaltigkeit existieren auf nationaler und internationaler Ebene detaillierte Vorgaben. Es ist eine intensive Diskussion zu der Frage entstanden, inwieweit Unternehmen hierüber hinausgehen dürfen, indem sie sich untereinander oder im Rahmen ihrer Verbände auf weitergehende Schutzstandards einigen. Der Beitrag klärt vor dem Hintergrund der ökonomischen Zusammenhänge und der internationalen Entwicklung ab, welche Spielräume das Wettbewerbsrecht hier bietet. Einige Nachhaltigkeitsinitiativen sind schon gar nicht als wettbewerbsbeschränkend zu qualifizieren, andere kommen in den Genuss der Effizienzrechtfertigung. Allerdings ist jeweils ein konkreter Bezug zu Produkten oder Produktionsverfahren erforderlich. Die Aufgaben des Gesetzgebers auf dem Gebiet der Nachhaltigkeit können Nachhaltigkeitsvereinbarungen nicht ersetzen.

Il existe aux niveaux national et international des exigences détaillées en matière de protection de l'environnement, du climat et de la durabilité en général. Une discussion intensive s'est engagée sur la question de savoir dans quelle mesure les entreprises peuvent aller au-delà de ces exigences en s'accordant, entre elles ou au sein des associations dont elles font partie, sur des normes de protection plus étendues. À la lumière du contexte économique et des développements internationaux, cet article clarifie les marges de manœuvre qu'offre le droit de la concurrence dans ce domaine. Si certaines initiatives de durabilité ne peuvent être qualifiées d'entraves à la concurrence, d'autres bénéficient de la justification pour des motifs d'efficacité économique. Toutefois, dans chaque cas, une référence concrète aux produits ou aux processus de production est requise. Les accords de durabilité ne peuvent pas remplacer les tâches de législateur dans le domaine de la durabilité.

## I. Einleitung

## II. Ökonomik von Wettbewerb und Nachhaltigkeit

1. Nachhaltigkeit als Unternehmensziel
2. Nachhaltigkeit durch Kooperation oder durch Wettbewerb?

## III. Rechtsvergleichender Überblick

1. Europäische Union
2. Niederlande
3. Deutschland
4. Fazit

## IV. Rechtliche Lage in der Schweiz

1. Allgemeine Vorgaben
2. Wettbewerbsabrede
3. Vermutungstatbestand und Erheblichkeit
4. Effizienzrechtfertigung
5. Ausnahmegenehmigung durch den Bundesrat

## V. Ausblick

## I. Einleitung

Das Umweltrecht ist ein Rechtsgebiet von überragender Bedeutung geworden. Während zunächst Einzelphänomene im Vordergrund standen, die zu Regeln über die Walderhaltung, den Gewässerschutz, Natur- und Heimatschutz sowie den Immissionsschutz führten,<sup>1</sup> haben der *Brundtland*-Bericht von 1987 und die Rio-Konferenz 1992 zu einer ganzheitlichen Sichtweise geführt, die den Begriff der Nachhaltigkeit in den Mittelpunkt stellt.<sup>2</sup> Die «Ziele für nachhaltige Entwicklung» (*Sustainable Development Goals – SDGs*), die von der UN-Generalversammlung 2015 auf dem Weltgipfel für nachhaltige Entwicklung verabschiedet wurden, fächern das Thema in 17 Ziele und 169 Unterziele auf. Sie bilden das Kernstück der *Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung*, die von den Staaten der Welt zu realisieren ist. Der Bundesrat arbeitet eine Strategie für ihre Umsetzung aus, wobei nachhaltige Entwicklung in alle Politikbereiche ausstrahlen soll.<sup>3</sup>

1 S. den Überblick bei A. GRIFFEL, *Umweltrecht – in a nutshell*, 2. Aufl., Zürich 2019, 3 ff.

2 Nachhaltigkeit wird seit dem *Brundtland*-Bericht durch das Anliegen charakterisiert, die Bedürfnisbefriedigung der gegenwärtigen Bevölkerung mit derjenigen künftiger Generationen in Einklang zu bringen. S. auch Art. 73 BV, der Bund und Kantone auf das Ziel verpflichtet, «ein auf Dauer ausgewogenes Verhältnis zwischen der Natur und ihrer Erneuerungsfähigkeit einerseits und ihrer Beanspruchung durch den Menschen andererseits» anzustreben. Zu den (zahlreichen) weiteren Verankerungen des Nachhaltigkeitsprinzips in der Bundesverfassung s. A. GLASER, *Nachhaltige Entwicklung und Demokratie*, Tübingen 2006, 74 ff.; K. MATHIS, *Nachhaltige Entwicklung und Generationengerechtigkeit*, Tübingen 2017, 235 ff.

3 Bundesrat, *Strategie Nachhaltige Entwicklung 2030 – Vernehmlassungsvorlage*, 4. 11. 2020, <http://www.news.admin.ch/news/mesage/attachments/63586.pdf> (22. 4. 2021).

ANDREAS HEINEMANN, Dr. iur., Professor an der Universität Zürich und Präsident der Wettbewerbskommission.

*Der Text beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser am 29. 1. 2021 auf der Tagung zum Wettbewerbsrecht der Universität Freiburg gehalten hat. Der Verfasser gibt seine persönliche Auffassung wieder. Für wertvolle Anregungen dankt er Andrea Graber und Alessandro Sia vom Sekretariat der Wettbewerbskommission.*

Es ist anerkannt, dass die Erfüllung der Nachhaltigkeitsziele nur gelingen kann, wenn nicht nur der Staat und seine Untergliederungen, sondern auch die nicht-staatlichen Akteure einbezogen werden, also Privatwirtschaft, Verbände, Nichtregierungsorganisationen, Wissenschaft und allgemein die Zivilgesellschaft. Aus der Sicht der Unternehmen stellt sich insbesondere die Frage, inwieweit Kooperation mit anderen Unternehmen sinnvoll ist, um Nachhaltigkeitspläne voranzubringen. Das Thema ist nicht neu. Schon seit langem koordinieren Unternehmen und ihre Verbände Massnahmen zum Schutz der Umwelt. Bereits 1996 hat deshalb die Europäische Kommission eine Bekanntmachung vorgelegt, in der sie den rechtlichen Rahmen für Umweltvereinbarungen skizziert hat.<sup>4</sup> Eine wichtige Frage, die sich in diesem Zusammenhang stellt, ist die Vereinbarkeit solcher Umweltvereinbarungen mit dem Kartellrecht. Die genannte Bekanntmachung beschäftigt sich deshalb auch mit dem Spielraum, den die Möglichkeit einer Effizienzrechtfertigung für Umweltvereinbarungen eröffnet.<sup>5</sup>

Auch wenn also das Thema der Umweltvereinbarungen auf eine längere Tradition zurückblickt, hat die Diskussion in jüngster Zeit aufgrund der ambitionierten Nachhaltigkeitsziele eine neue Qualität erlangt. So hat die Europäische Kommission, die seit Dezember 2019 im Amt ist, in ihren politischen Leitlinien einen europäischen «Green Deal» als eine von sechs Prioritäten definiert. Es bleibt zu klären, welche Auswirkungen dieses Ziel auf die europäische Wettbewerbspolitik haben wird. Schon jetzt ist aber klar, dass die globalen Umweltherausforderungen es unumgänglich machen, dass das Wettbewerbsrecht eine neue Reflexionsstufe im Hinblick auf das Nachhaltigkeitsthema erklimmt. Ähnlich wie bei anderen öffentlichen Gütern, z.B. sozialen Zielen, öffentlicher Gesundheit oder Medienvielfalt, ist zu klären, in welchem Verhältnis Wettbewerbsrecht zum Nachhaltigkeitsziel steht.

Im Folgenden soll das Thema aus drei Blickwinkeln angegangen werden. Zunächst sind die ökonomischen Hintergründe von Wettbewerb und Nachhaltigkeit zu skizzieren (II.). In einem rechtsvergleichenden Überblick sollen sodann Regelungsansätze in Rechtsordnungen vorgestellt werden, die sich besonders intensiv mit dem Thema auseinandergesetzt haben (III.). Schliesslich soll untersucht werden, wie Nachhaltigkeitsvereinbarungen im schweizerischen Wettbewerbsrecht zu beurteilen sind (IV.). Der Begriff der Nachhaltigkeitsvereinbarung wird hier in weitestem Sinne verstanden und soll alle Abreden zwischen Unternehmen umfassen, die darauf abzielen, Schaden von der Umwelt einschliesslich Mensch und Tier fernzuhalten oder zu verringern.<sup>6</sup> Der Beitrag beschränkt sich auf das Thema der Wettbewerbsabreden.<sup>7</sup> Für das Verhältnis des Nachhaltigkeitsthemas zum Missbrauch marktbeherrschender Stellungen oder zur Zusammenschlusskontrolle sei auf andere Untersuchungen verwiesen.<sup>8</sup>

## II. Ökonomik von Wettbewerb und Nachhaltigkeit

In den rechtlichen Teilen wird die Frage im Vordergrund stehen, ob Unternehmen Nachhaltigkeitsziele durch Kooperation fördern dürfen, oder ob das Kartellrecht entgegensteht. Zuvor sollen allerdings zwei ökonomische Aspekte des Themas beleuchtet werden. Auf betriebswirtschaftlicher Ebene stellt sich die Frage, ob Unternehmen überhaupt – über die rechtlichen Vorgaben hinaus – Nachhaltigkeit fördern sollen. Und in volkswirtschaftlicher Hinsicht ist zu klären, ob die Nachhaltigkeitsziele nicht besser durch Wettbewerb als durch Kooperation gefördert werden.

### 1. Nachhaltigkeit als Unternehmensziel

Milton Friedman hat die prägnante These aufgestellt, dass die einzige Aufgabe eines Unternehmens darin bestehe, den Gewinn zu steigern (*the business of business is business*). Wenn man in die Verfolgung anderer, nicht vom Gesetz vorgegebener Ziele investiere, gebe man Geld aus, das anderen, nämlich den Aktionären, gehöre.<sup>9</sup> Diese These geht direkt auf den Satz von Adam Smith zurück, dass man das Gemeinwohl am besten dadurch fördere, dass man seine eigenen Interessen verfolge.<sup>10</sup>

Eine solche radikale Verengung der Unternehmensziele sieht sich zahlreichen Einwänden ausgesetzt. Von zentraler Bedeutung ist die Tatsache, dass die Verfolgung von Um-

4 Europäische Kommission, Mitteilung über Umweltvereinbarungen, KOM(96)561 endg. vom 27. November 1996.

5 Ibid., N 28.

6 S. auch die Definition in Autoriteit Consument & Markt (ACM), Draft Guidelines on Sustainability Agreements – Opportunities within competition law, 26. 1. 2021, «www.acm.nl/en/publications/guidelines-sustainability-agreements-are-ready-further-european-coordination» (9. 2. 2021), Rn. 7: «ACM therefore means by sustainability agreements any agreements between undertakings, as well as any decisions of associations of undertakings, that are aimed at the identification, prevention, restriction or mitigation of the negative impact of economic activities on people (including their working conditions), animals, the environment, or nature».

7 Und speziell auf solche Abreden, welche Nachhaltigkeit fördern sollen. Abreden, welche auf Verschlechterungen der Nachhaltigkeit, z.B. die Unterlassung umweltschützender Innovationen, abzielen, kommen von vornherein nicht in den Genuss einer differenzierten Nachhaltigkeitsanalyse. Beispiele für solche «Anti-Nachhaltigkeits»-Abreden finden sich bei J. NOWAG, Sustainability & Competition Law and Policy – OECD Background Note, DAF/COMP(2020)3, 13. 11. 2020, N 56 f.

8 S. z.B. Hellenic Competition Commission, Competition Law & Sustainability – Staff Discussion Paper, 34–45, «www.epant.gr/en/enimerosi/competition-law-sustainability.html» (9. 2. 2021).

9 M. FRIEDMAN, The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits, The New York Times Magazine, 13 September 1970.

10 A. SMITH, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, 1776, Book IV, ch. II: «By pursuing his own interest, he [scil. every individual] frequently promotes that of the society more effectually than when he really intends to promote it. I have never known much good done by those who affected to trade for the public good». Allerdings sollte SMITH nicht hierauf reduziert werden. Eine Gesamtschau mit seinem anderen Hauptwerk führt vielmehr zu einer Synthese von Eigen- und Gemeinnutz, s. A. SMITH, Theory of Moral Sentiments, 1759, I: «How selfish man may be supposed, there are evidently some principles in his nature, which interest him in the fortune of others, and render their happiness necessary to him, though he derives nothing from it except the pleasure of seeing it».

welt- und Sozialzielen nicht notwendigerweise in einem Konflikt zum Gewinninteresse steht, jedenfalls nicht, wenn man den blossen Kurzfristhorizont verlässt. Unternehmen, die Nachhaltigkeitsstrategien verfolgen, haben häufig einen grösseren wirtschaftlichen Erfolg als andere (*sound ethics is good business in the long run*).<sup>11</sup> Dies hängt z.B. damit zusammen, dass frühzeitig Risiken identifiziert werden können, die zu einem späteren Zeitpunkt das Geschäftsergebnis negativ beeinflussen würden. Auch ist nachgewiesen, dass die aktive Verfolgung von Umwelt- und Sozialzielen ein Unternehmen attraktiver auf dem Arbeitsmarkt für Führungskräfte macht.<sup>12</sup> So setzen zahlreiche Unternehmen heute ein *Corporate Social Responsibility (CSR)*-Konzept um, das über die blosser Einhaltung der rechtlichen Vorschriften hinausgeht. Für Orientierung sorgen hierbei internationale Texte, z.B. die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen, der UN Global Compact oder, wie eingangs erwähnt, die Ziele für nachhaltige Entwicklung der Vereinten Nationen.<sup>13</sup>

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Diskussion um die Unternehmensziele jedenfalls in ihrer radikalen Zuspitzung obsolet geworden ist. Einerseits sollte man nicht bezweifeln, dass Unternehmen nur dann überlebensfähig sind, wenn sie wirtschaftlich erfolgreich sind. Andererseits ist die Verfolgung von Sozial- und Nachhaltigkeitszielen für eine Vielzahl von Unternehmen eine Voraussetzung für wirtschaftlichen Erfolg geworden. Zahlreiche Unternehmen können es sich schlicht nicht mehr leisten, solche Ziele auszublenden.<sup>14</sup> Auch in betriebswirtschaftlicher Hinsicht ist es also nicht nur legitim, sondern erforderlich, Nachhaltigkeit in die Unternehmensziele aufzunehmen.

## 2. Nachhaltigkeit durch Kooperation oder durch Wettbewerb?

### a) Grundlagen der Umweltökonomik

Die volkswirtschaftliche Spezialdisziplin der Umweltökonomik ist unüberschaubar geworden.<sup>15</sup> Für den vorliegenden Zusammenhang sind folgende Grundannahmen von besonderer Bedeutung. Die Einbeziehung der Umwelt in die ökonomische Analyse kann insbesondere zu zwei Formen des Marktversagens führen, nämlich den Fallgruppen «externe Effekte» und «öffentliche Güter». Von externen Effekten spricht man dann, wenn die eigenen Entscheidungen Auswirkungen auf andere haben, ohne dass dies in den Marktpreisen berücksichtigt würde. So liegt beispielsweise ein negativer externer Effekt dann vor, wenn giftige Abwässer in einen Fluss geleitet und andere hierdurch geschädigt werden. Werden keine Massnahmen zur Internalisierung dieser Externalitäten ergriffen, kommt es zu einer volkswirtschaftlich ineffizienten Übernutzung der Umwelt. Eine andere Form des Marktversagens ereignet sich bei öffentlichen Gütern, also bei Gütern, von denen man nicht ausgeschlossen werden kann, und bei denen keine Rivalität im Konsum vorliegt. Im Hinblick auf die Umwelt ist das Klima ein sol-

ches öffentliches Gut, das sogar von globaler Reichweite ist. In Abwesenheit von Regulierung kommt es wiederum zu einer Übernutzung des Gutes, z.B. zu einem Ausstoss von Treibhausgasen, der für die Allgemeinheit schädlich ist.<sup>16</sup>

Marktversagen sollte durch geeignete Regulierung korrigiert werden, jedenfalls wenn die Kosten des Eingriffs nicht höher als die Kosten des Marktversagens sind. Als Gegenmassnahmen kommen Verbote, Umweltabgaben, Subventionen und handelbare Emissionszertifikate in Betracht.<sup>17</sup> Der Schutz der Umwelt entzieht sich also der «unsichtbaren Hand».<sup>18</sup>

### b) Relevanz des Wettbewerbs

Im vorliegenden Zusammenhang geht es nicht um die geeignete Ausgestaltung staatlicher Umweltpolitik, sondern um die Frage, welchen Einfluss der Wettbewerb auf die Erreichung der umweltpolitischen Ziele hat. Ausgangspunkt sind die effizienzsteigernden Funktionen des Wettbewerbs, nämlich der Anreiz, erfolgreicher zu investieren, zu produzieren und Innovationen hervorzubringen als die Konkurrenz. Dieser Mechanismus führt dazu, dass bei funktionierendem Wettbewerb knappe Ressourcen möglichst sparsam genutzt werden und Verschwendung vermieden wird. Häufig wird eine nachhaltigere Gestaltung der Produktionsprozesse zu solchen Einsparungen führen. Ausserdem kann die Entwicklung nachhaltigerer Produkte ein Vorteil im Wettbewerb sein, jedenfalls wenn dies von den Nachfragern auch gewürdigt wird. Im Ausgangspunkt ist Wettbewerb also förderlich für den Umweltschutz.

Diese These wird allerdings von denjenigen nicht geteilt, die in der Marktwirtschaft oder im kapitalistischen Wirtschaftssystem die Hauptursache für Umweltschäden

- 11 A. HEINEMANN, *Business Enterprises in Public International Law*, in: U. Fastenrath/R. Geiger/D.-E. Khan/A.Paulus/S. von Schorlemer/C. Vedder (Hg.), *From Bilateralism to Community Interest – Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford 2011, 730 f.
- 12 K. KLIMKIEWICZ/V. OLTRA, *Does CSR Enhance Employer Attractiveness? The Role of Millennial Job Seekers' Attitudes*, 24 *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, 2017, 449.
- 13 S. auch die zahlreichen Nachweise in Positionspapier und Aktionsplan des Bundesrates zur Verantwortung der Unternehmen für Gesellschaft und Umwelt – Stand der Umsetzung 2017–2019 und Aktionsplan 2020–2023, 15.1.2020, «[www.seco.admin.ch/dam/seco/de/dokumente/Aussenwirtschaft/Wirtschaftsbeziehungen/CSR/csr-aktionsplan\\_2020\\_2023\\_bundesrats.pdf.download.pdf/CSR-Aktionsplan\\_2020\\_2023\\_des\\_Bundesrats.pdf](http://www.seco.admin.ch/dam/seco/de/dokumente/Aussenwirtschaft/Wirtschaftsbeziehungen/CSR/csr-aktionsplan_2020_2023_bundesrats.pdf.download.pdf/CSR-Aktionsplan_2020_2023_des_Bundesrats.pdf)» (9.2.2021).
- 14 S. European Commission, *European Competitiveness Report 2008*, SEC(2008)2853 vom 28. November 2008, 118: «for an increasing number of enterprises in a growing number of industries, CSR is becoming a competitive necessity – it is something that they cannot afford not to do».
- 15 Für Orientierung sorgt beispielsweise R. MENGES, *Umweltökonomik*, in: Th. Appolte (Hg.), *Kompendium der Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik I*, Wiesbaden 2019, 561 ff.; s. auch den kommentierten Überblick über die einschlägige Lehrbuchliteratur *ibid.*, 698 f.
- 16 Zur Umweltqualität als öffentliches Gut s. MENGES (Fn. 15), 598 ff.
- 17 Umfassend zu dieser komplexen Thematik M. FRITSCH, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik*, 10. Aufl., München 2018.
- 18 W. FIKENTSCHER, *Die umweltsoziale Marktwirtschaft – als Rechtsproblem*, Heidelberg 1991, 43.

sehen.<sup>19</sup> Auch in der wirtschaftswissenschaftlichen Fachliteratur findet man gelegentlich die Aussage, dass Wettbewerb schlecht für die Umwelt sei, da er ja zu niedrigeren Preisen führe, was den Massenkonsum steigern und deshalb notwendigerweise Umweltverschmutzung begünstige. Allerdings könne eine dynamische Analyse diesen Zusammenhang abmildern oder sogar umkehren, wenn nämlich umweltfreundliche Präferenzen der Kunden einbezogen werden.<sup>20</sup>

Dem ist zu entgegnen, dass ein Zusammenhang zwischen der preisdämpfenden Funktion des Wettbewerbs und der Schädigung der Umwelt nur dann anzunehmen ist, wenn die Umwelt kostenlos in Anspruch genommen werden kann. Werden hingegen schädliche Externalitäten durch geeignete staatliche Regulierung internalisiert, wird Umwelt ein knappes Gut, mit dem sparsam gewirtschaftet wird. Die These von der Umweltschädlichkeit des Wettbewerbs gilt also nur, aber immerhin, für den Fall, dass der Staat nicht mit geeigneter Regulierung auf Externalitäten reagiert. Wettbewerb ist also ambivalent in Bezug auf das Umweltthema: Nützlichkeit oder Schädlichkeit hängen von der Ausgestaltung des Ordnungsrahmens ab. Diese Aussage erstaunt nicht: Allgemein gilt, dass der Wettbewerb seine wichtigen Funktionen nur dann erfüllen kann, wenn die Rahmenbedingungen richtig gesetzt sind.<sup>21</sup>

### c) Bedarf nach Kooperation

Der geschilderte Grundzusammenhang ist von Bedeutung für die Frage, ob Wettbewerb oder Kooperation das richtige Instrument zur Förderung von Nachhaltigkeit ist. Im Ausgangspunkt gilt der Primat der Umweltpolitik. Es ist Aufgabe öffentlicher Regulierung, Umwelt und Klima durch geeignete Regeln zu schützen. Dabei ist sorgsam zu prüfen, ob Verbote oder marktorientierte Anreizsysteme die gesteckten Ziele am besten erreichen können. Ist der Rahmen richtig gesetzt, ist der Wettbewerb am besten geeignet, nachhaltigkeitsfördernde Ergebnisse hervorzubringen.

Der real existierende Rahmen ist allerdings weit von einem solchen Idealbild entfernt. Öffentliche Regulatoren auf allen Ebenen haben grosse Schwierigkeiten, negative Externalitäten ausreichend zu internalisieren. Die Neue Politische Ökonomie bzw. der *Public Choice*-Ansatz haben herausgearbeitet, wie es gut organisierten Interessengruppen gelingt, im politischen Prozess die Überhand zu gewinnen und geeignete Regulierung im Partikularinteresse zu verhindern.<sup>22</sup> Beim Umweltthema tritt die Tatsache hinzu, dass Massnahmen wie z.B. Treibstoffverteuerung ausgesprochen unpopulär sind und auf öffentlichen Widerstand stossen. Die Verhaltensökonomik hat dies damit erklärt, dass zukünftige Umweltschäden so stark diskontiert werden, dass es Gegenmassnahmen in der Gegenwart schwer haben.<sup>23</sup> Was globale öffentliche Güter wie das Klima betrifft, sind die Anreize für nationale Massnahmen gering, da nationale Alleingänge nur eine geringe Wirkung haben, weltweit koordiniertes Vorgehen hingegen schwierig und zeitraubend ist.<sup>24</sup>

Aus diesen Gründen besteht Raum für private Initiative, also für die Zusammenarbeit zwischen Unternehmen zur Förderung von Nachhaltigkeitszielen, die über das regulatorische Minimum hinausgehen.<sup>25</sup> Die Kooperation zwischen Unternehmen hat zudem die markttypischen Vorteile der Flexibilität und der Schnelligkeit, kann also zügig auf Missstände reagieren und diese korrigieren. Allerdings darf hierbei der komplexe Kontext von Markt- und Staatsversagen nicht aus dem Blickfeld geraten. Private Zusammenarbeit ist nur dann von Vorteil, wenn sie tatsächlich zur Verbesserung der Nachhaltigkeit geeignet ist. Ein Beispiel möge die hierbei auftretenden Schwierigkeiten veranschaulichen: Wenn Industrieunternehmen miteinander vereinbaren, den bei der Produktion verursachten CO<sub>2</sub>-Ausstoss schrittweise zu reduzieren, tönt dies zunächst nach einer nachhaltigkeitsfördernden Massnahme.<sup>26</sup> Verhält es sich aber so, dass die Abredepartner unter ein Emissionshandelssystem fallen und die nun frei werdenden Emissionszertifikate an andere Unternehmen verkaufen, ist für den Klimaschutz nichts gewonnen. Die auf den ersten Blick nachhaltigkeitsfördernde Vereinbarung ist in einer Gesamtbewertung dann also als ungeeignet zu bewerten.

### d) Fazit

Die ökonomische Analyse des Verhältnisses von Wettbewerb und Nachhaltigkeit fällt ambivalent aus. Würden durch öffentliche Regulierung sämtliche negativen Externalitäten internalisiert, oder würde sich das Nachhaltigkeitsthema massiv in den Präferenzen der Nachfrager niederschlagen, würde der Wettbewerbsmechanismus die nachhaltigsten Lösungen hervorbringen. Da aber offenbar die vollständige Internalisierung nicht gelingt, gibt es ein Bedürfnis nach Unternehmenskooperation, um Nachhaltigkeit auch über die rechtlichen Vorgaben hinaus zu fördern. Der Primat liegt aber bei der öffentlichen Umweltpolitik auf nationaler und internationaler Ebene. Private Kooperation kann hier nur ergänzen.

19 Standardreferenz für diesen Vorwurf ist die einflussreiche Studie des Club of Rome (Hg.), *Die Grenzen des Wachstums*, Stuttgart 1972. S. auch N. KLEIN, *Die Entscheidung – Kapitalismus vs. Klima*, Frankfurt aM 2015.

20 PH. AGHION/R. BÉNABOU/R. MARTIN/A. ROULET, *Environmental Preferences and Technological Choices: Is Market Competition Clean or Dirty?*, January 5, 2021, 2, <https://scholar.harvard.edu/aghion/publications/environmental-preferences-and-technological-choices-market-competition-clean-or> (16.4.2021).

21 Grundlegend zur Interdependenz der Wirtschaftsordnungspolitik W. EUCKEN, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, 6. Aufl., Tübingen 1990, 304 ff.

22 Umfassend B. FREY/G. KIRCHGÄSSNER, *Demokratische Wirtschaftspolitik*, 3. Aufl., München 2002.

23 Zum *hyperbolic discounting* s. N. WILKINSON/M. KLAES, *An Introduction to Behavioral Economics*, 2. Aufl., Houndmills 2012, 293 ff.

24 Vgl. MENGES (Fn. 15), 681 f.

25 Umgekehrt die Argumentation bei MENGES (Fn. 15), 610, 665: Staatliche Lösungen müssten als Ersatz für freiwillige Kooperation der Individuen angesehen werden («Kooperationsprinzip»).

26 Was nicht gleichbedeutend mit der Frage ist, ob die Voraussetzungen für eine kartellrechtliche Effizienzrechtfertigung vorliegen; s. hierzu z.B. unten IV.4.b a.E.

zen.<sup>27</sup> Ausserdem sollte sie an Bedingungen geknüpft sein, um zu gewährleisten, dass es tatsächlich zu einer besseren Erreichung der Nachhaltigkeitsziele kommt.<sup>28</sup> In den folgenden Ausführungen geht es darum, wie diese Vorgaben rechtlich zu fassen sind. Nach einem rechtsvergleichenden Überblick folgt eine Untersuchung des rechtlichen Rahmens in der Schweiz.

### III. Rechtsvergleichender Überblick

Die Frage nach der kartellrechtlichen Beurteilung von Nachhaltigkeitsvereinbarungen stellt sich in allen Rechtsordnungen, die über ein Kartellrecht verfügen.<sup>29</sup> Für den rechtsvergleichenden Überblick seien die Europäische Union, die Niederlande und Deutschland herausgegriffen, da hier besonders aufschlussreiche Erfahrungen gesammelt bzw. Initiativen gestartet wurden.<sup>30</sup>

#### 1. Europäische Union

##### a) Horizontalleitlinien

Nach Art. 101 Abs. 1 AEUV sind wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen verboten. Sie können aber nach Absatz 3 derselben Vorschrift gerechtfertigt sein, wenn Produktion oder Distribution verbessert oder der technische oder wirtschaftliche Fortschritt gefördert wird, die Verbraucher angemessen beteiligt werden, die Beschränkung des Wettbewerbs zur Erreichung der angestrebten Ziele erforderlich ist und nicht zur Möglichkeit der Ausschaltung des Wettbewerbs führt. Was dies genau für die Unternehmenskooperation bedeutet, hat die Europäische Kommission erstmals in den Horizontalleitlinien aus dem Jahr 2001 näher bestimmt: Diese Leitlinien enthielten ein eigenes Kapitel zum Thema «Umweltschutzvereinbarungen».<sup>31</sup> Dort wurde näher ausgeführt, unter welchen Voraussetzungen Umweltvereinbarungen überhaupt tatbestandsmässig sind, und wann eine Rechtfertigung eingreift.

Bei der Neuauflage der Horizontalleitlinien im Jahr 2011 geschah etwas, was aus heutiger Sicht undenkbar erscheint: Das Kapitel über Umweltschutzvereinbarungen wurde ersatzlos gestrichen; die umweltspezifischen Erläuterungen wurden auf die Kapitel über gemeinsame Forschung und Entwicklung, Produktion, Einkauf und Normung verteilt.<sup>32</sup> Aktuell werden die Horizontalleitlinien wie auch die einschlägigen Gruppenfreistellungsverordnungen über Forschung und Entwicklung sowie über Spezialisierungsvereinbarungen evaluiert. Bis Ende 2022 werden alle Texte ersetzt werden. Es erscheint sehr wahrscheinlich, dass die Horizontalleitlinien wieder um ein Kapitel über Nachhaltigkeitsvereinbarungen ergänzt werden. Sogar eine separate Gruppenfreistellungsverordnung zu diesem Thema wird zumindest diskutiert.<sup>33</sup>

##### b) Spielräume im europäischen Recht

Es ist anerkannt, dass keine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung vorliegt, wenn sich Unternehmen gegenseitig dazu verpflichten, ein Verhalten zu unterlassen, das ohnehin verboten ist.<sup>34</sup> Einigen sie sich also lediglich darauf, die Umweltgesetze zu respektieren, liegt kein kartellrechtlich relevantes Verhalten vor. Beim Beitritt zu freiwilligen Verhaltenskodizes, z.B. auf dem Gebiet der *Corporate Social Responsibility*, ist also jeweils zu prüfen, ob lediglich solche Selbstverständlichkeiten bekräftigt werden. Gehen die Verpflichtungen über die rechtlichen Anforderungen hinaus, ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt.<sup>35</sup> Werden lediglich Wahlmöglichkeiten für die Verbraucher vergrössert, z.B. durch die Einführung eines

- 27 Das Stufenverhältnis zwischen Umwelt- und Wettbewerbspolitik hat EU-Wettbewerbskommissarin *Margrethe Vestager* wie folgt formuliert: «Competition policy is by no means the main tool to reach our green goals. There are more direct instruments to make our economy greener – such as environmental regulation, taxation, and green investment. But that doesn't excuse us from doing our part», M. VESTAGER, *Competition Policy and the Green Deal*, 4.2.2021, [https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/competition-policy-and-green-deal\\_en](https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/competition-policy-and-green-deal_en) (9.2.2021).
- 28 So geht beispielsweise auch das europäische Wettbewerbsrecht davon aus, dass im Grundsatz wirksamer Wettbewerb am besten die effiziente Nutzung der Ressourcen gewährleistet. Unternehmenskooperation ist nur in Ausnahmefällen diesem Mechanismus überlegen, s. R. ELLGER, in: U. Immenga/E.-J. Mestmäcker (Hg.), *Wettbewerbsrecht* Band 1. EU, Kommentar zur Europäischen Kartellrecht, 6. Aufl., München 2019, AEUV 101 Abs. 3 N 140: «Nur ausnahmsweise werden die Effizienzwirkungen wettbewerbsbeschränkender Kooperationen den Effizienzeffekten des Wettbewerbs überlegen sein».
- 29 S. beispielsweise den rechtsvergleichenden Überblick bei NOWAG (Fn. 7).
- 30 Von besonderem Interesse sind auch die Entwicklungen in Grossbritannien und in Griechenland, auf die hier aus Raumgründen nicht eingegangen werden kann. Zu Grossbritannien s. die *Guidance on Environmental Sustainability Agreements* der britischen Competition & Markets Authority (CMA), 27.1.2021, [www.gov.uk/government/publications/environmental-sustainability-agreements-and-competition-law/sustainability-agreements-and-competition-law](http://www.gov.uk/government/publications/environmental-sustainability-agreements-and-competition-law/sustainability-agreements-and-competition-law) (9.2.2021). Die griechische Wettbewerbsbehörde hat u.a. vorgeschlagen, eine «sandbox», also eine Art Experimentierkasten einzurichten, in dem die Wirtschaft Erfahrungen mit neuen Instrumenten zum Schutz der Nachhaltigkeit sammeln kann, s. Hellenic Competition Commission (Fn. 8), 47.
- 31 Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. vom 6. Januar 2001, Nr. C 3, 2, S. 26, Kapitel 7.
- 32 Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. vom 14. Januar 2011, Nr. C 11, 1, s. insbesondere die diesbezügliche Bemerkung in Rn. 18 Fn. 1.
- 33 S. den Vorschlag der Studienvereinigung Kartellrecht, Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Konsultation der Europäischen Kommission über «Wettbewerbspolitik des Grünen Deals», 20.11.2020, [www.studienvereinigung-kartellrecht.de/publikationen/stellungnahmen/](http://www.studienvereinigung-kartellrecht.de/publikationen/stellungnahmen/) (9.2.2021), 14.
- 34 E.-J. MESTMÄCKER/H. SCHWEITZER, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3. Aufl., München 2014, § 11 N 100; D. ZIMMER, in: U. Immenga/E.-J. Mestmäcker (Hg.), *Wettbewerbsrecht* Band 1. EU, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 6. Aufl., München 2019, AEUV 101 Abs. 1 N 115.
- 35 TH. ACKERMANN, *Corporate Social Responsibility und Kartellrecht*, in: R. Hilty/F. Henning-Bodewig (Hg.), *Corporate Social Responsibility. Verbindliche Standards des Wettbewerbsrechts?*, Berlin 2014, 147 ff.

Umwetlabels, ohne dass die Handlungsfreiheit der teilnehmenden Unternehmen eingeschränkt wird, fehlt es bereits am Tatbestand des Kartellverbots. Dies setzt allerdings voraus, dass keine Ausschliesslichkeit vereinbart wird, die Produktion oder der Vertrieb anderer Produkte also möglich bleibt, und dass keine preisrelevanten Abreden getroffen werden.<sup>36</sup>

Liegt eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung vor, ist eine Rechtfertigung erforderlich, z.B. nach Art. 101 Abs. 3 AEUV.<sup>37</sup> Hier ist die umweltpolitische Querschnittsklausel des Art. 11 AEUV von Bedeutung: Die Vorschrift verlangt, dass die Erfordernisse des Umweltschutzes und der nachhaltigen Entwicklung bei der Festlegung und Durchführung aller Politikbereiche der EU, d.h. auch der Wettbewerbspolitik, einzubeziehen sind. Allerdings ist auch anerkannt, dass Art. 101 Abs. 3 AEUV kein allgemeines Einfallstor für *public policy*-Erwägungen ist, sondern dass nur wettbewerbsspezifische Gesichtspunkte einbezogen werden können.<sup>38</sup> So hat die Europäische Kommission in ihrer Bekanntmachung zu den Anforderungen an eine Freistellung festgestellt, dass den mit anderen Bestimmungen der europäischen Verträge angestrebten Zielen nur dann Rechnung getragen werden kann, wenn alle Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt sind.<sup>39</sup> Die umweltschützende Zielrichtung einer Vereinbarung wird also zwar positiv gewürdigt, entbindet aber nicht von der vollständigen Einhaltung der kartellrechtlichen Freistellungsbedingungen.

### c) Anwendungsbeispiele

Ein (an einen realen Fall angelehntes) Beispiel führt die Europäische Kommission in den Horizontalleitlinien an.<sup>40</sup> Beurteilt wird dort der Fall, dass die Produzenten von Waschmaschinen vereinbaren, nur noch Geräte herzustellen, die konkrete Anforderungen an die Energieeffizienz erfüllen. Die neuen Produkte sind umweltfreundlicher, aber auch teurer. Nach Einschätzung der Europäischen Kommission ist die Vereinbarung «wahrscheinlich» tatbestandsmässig nach Art. 101 Abs. 1 AEUV. Aber die Voraussetzungen für eine Rechtfertigung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV «dürften» erfüllt sein, da es zu Kosteneinsparungen bei Wasser, Strom und Waschmitteln kommt, welche die Preiserhöhung übersteigen. Die Kooperation ist also zulässig. Es lassen sich andere Fälle finden, die auf dieser Linie liegen. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass Unternehmen zum Schutz der Umwelt kooperieren, ihre Zusammenarbeit aber zugleich alle Voraussetzungen für eine Freistellung erfüllt.<sup>41</sup>

Den Gegensatz hierzu bildet der «Waschpulverfall» aus dem Jahr 2011. Zwar geht es auch hier um Verbesserungen der Waschtechnologie: Die Waschmittelhersteller verabschiedeten einen Verhaltenskodex für umweltfreundlichere Waschmittel. Diese erlauben Waschen bei niedrigeren Temperaturen und sind besser abbaubar. Ausserdem sind eine geringere Waschmittelmenge und weniger Verpackung erforderlich. Die Einhaltung dieses Kodex wurde von der Europäischen Kommission sogar durch eine formelle Empfeh-

lung nahegelegt.<sup>42</sup> Allerdings trafen die Waschmittelhersteller am Rande der einschlägigen Industrietreffen insgeheim weitere Absprachen, in denen sie festlegten, dass die Preise in einer ersten Phase nicht infolge der Mengenreduktionen gesenkt und in einer zweiten Phase dann erhöht würden. Die Preisabsprachen waren im Verhaltenskodex nicht vorgesehen und zielten darauf ab, die mit den Verbesserungen verbundenen Kosteneinsparungen nicht an die Konsumenten weiterzugeben. Die Europäische Kommission stellte einen Verstoß gegen das europäische Kartellverbot fest und verhängte hohe Geldbussen.<sup>43</sup>

### d) Fazit

Aus den genannten Fällen lässt sich eine wichtige Lehre ziehen: Die kartellrechtlichen Ausnahmebestimmungen eröffnen grosse Spielräume für effizienzsteigernde Unternehmenskooperationen zum Schutz der Umwelt. Die Nachhaltigkeitsziele dürfen aber nicht als Deckmantel für harte Kartelle benutzt werden. Es ist deshalb zu empfehlen, dass Wettbewerber, welche zur Förderung der Nachhaltigkeit zusammenarbeiten, durch gesteigerte Compliance-Anstrengungen garantieren, dass das Näheverhältnis nicht zur Kartellbildung ausgenutzt wird.

## 2. Niederlande

### a) Einschlägige Fälle

Die Niederlande haben eine Vorreiterrolle beim Thema der kartellrechtlichen Beurteilung von Nachhaltigkeitsvereinbarungen erlangt, was auch daran liegt, dass die niederländische Wettbewerbsbehörde (*Autoriteit Consument/Markt – ACM*) bereits relativ früh mit einschlägigen Fällen befasst

36 Horizontalleitlinien 2011 (Fn. 32), Rn. 280, 293.

37 Ausserdem werden ungeschriebene Ausnahmen diskutiert. So können nach der *Albany*- oder *Wouters*-Rechtsprechung Vereinbarungen dem Kartellverbot entzogen sein, wenn die Wettbewerbsbeschränkung der Verfolgung legitimer Ziele inhärent ist. Die Relevanz dieser Rechtsprechung für Nachhaltigkeitsvereinbarungen ist aber offen, s. z.B. S. HOLMES, *Climate change, sustainability, and competition law*, *Journal of Antitrust Enforcement*, 2020, 370 f.

38 MESTMÄCKER/SCHWEITZER (Fn. 34), § 14 N 86.

39 Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag, ABL. vom 27. April 2004, Nr. C 101, 97, Rn. 42.

40 Horizontalleitlinien 2011 (Fn. 32), Rn. 329. Inspirationsquelle ist der Entscheid der Europäischen Kommission vom 24. Januar 1999, Fall IV.F.1/36.718 – *CECED*, ABL. vom 26. Juli 2000, Nr. L 187, 47.

41 S. z.B. auch Entscheidung der Kommission vom 21. Dezember 1994, Fall IV/34.252 – *Philips-Osram*, ABL. vom 31. Dezember 1994, Nr. L 378, 37 (Verringerung der Luftverschmutzung durch Entwicklung bleifreier Stoffe); Entscheidung der Kommission vom 17. September 2001, Fälle COMP/34493 u.a. – *DSD*, ABL. vom 4. Dezember 2001, Nr. L 319, 1 (Vermeidung und Recycling von Abfall durch ein kollektives Sammelsystem).

42 Europäische Kommission, Empfehlung zur umweltgerechten Handhabung von Haushaltswaschmitteln vom 22. Juli 1998, ABL. vom 1. August 1998, Nr. L 215, 73.

43 Nämlich in Höhe von 315 Millionen Euro, Zusammenfassung des Beschlusses der Kommission vom 13. April 2011, Fall COMP/39.579 – *Wasch- und Reinigungsmittel im Haushalt*, ABL. vom 2. Juli 2011, Nr. C 193, 14.

war. 2013 prüfte sie Nachhaltigkeitsaspekte beim Plan der niederländischen Energieindustrie, fünf Kohlekraftwerke aus den 1980er Jahren koordiniert zu schliessen. Die Behörde stellte Unvereinbarkeit mit dem Kartellrecht fest, da die zu erwartenden Preiserhöhungen zulasten der Konsumenten höher seien als die Vorteile für die Umwelt.<sup>44</sup> Rechtsvergleichend fällt der starke Einbezug von Berechnungsmodellen auf, welche über die Ermittlung von «Schattenpreisen» (*shadow prices*) bzw. «Umweltpreisen» den Auswirkungen auf die Umwelt einen monetären Wert zuweisen.

Genauere Berechnungen stellt die ACM auch im Fall «Chicken of Tomorrow» aus dem Jahr 2015 an. Hier ging es um eine industrieweite Kooperation, die Produzenten und Händler einbezog, um nachhaltige Bedingungen für die Produktion von Hühnerfleisch zu schaffen. Nur noch Hühnerfleisch, das definierte Nachhaltigkeitsziele respektiert, sollte in den grossen Supermärkten zum Verkauf angeboten werden. Anderes Hühnerfleisch sollte aus den Regalen verschwinden. Die Kriterien betrafen u.a. ein langsames Wachstum der Hühner, was den Einsatz von Antibiotika verringere, eine bessere Einstreu zur Verhinderung von Fussverletzungen und eine Verringerung der Besatzdichte um 10 Prozent (von 21 auf 19 Hühner pro Quadratmeter).

Die ACM stellte das Vorliegen einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung fest und prüfte die Voraussetzungen für eine kartellrechtliche Freistellung. Neuland betrat die Behörde bei der Prüfung der Effizienzrechtfertigung. Unter Heranziehung einer *willingness to pay*-Studie prüfte sie, ob der Nutzen dieser Massnahmen für die Konsumenten deren Schaden übersteige. Sie kam zu dem Ergebnis, dass die Konsumenten zwar bereit seien, für eine nachhaltigere Hühneraufzucht mehr zu zahlen, dass aber die zu erwartende Preiserhöhung diese Zahlungsbereitschaft übersteige. Im Ergebnis verneinte die Behörde damit die Voraussetzungen der Effizienzrechtfertigung.

Interessant ist in diesem Zusammenhang auch die Auseinandersetzung mit der Frage der Erforderlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung für die Erreichung der angestrebten Ziele. Häufig wird in Bezug auf Nachhaltigkeitsvereinbarungen der *first mover disadvantage* herangezogen. Ohne Abrede würde kein Marktteilnehmer kostspielige Verbesserungen der Nachhaltigkeit vornehmen, weil er sofort Marktanteile verlieren würde. Die niederländische Behörde hält diesem Argument entgegen, dass es auch in Bezug auf Nachhaltigkeit einen Trend zur Produktdifferenzierung gebe, der dafür Sorge, dass auch für Pionierprodukte Absatzchancen bestehen.<sup>45</sup> In der Marktwirtschaft ist das Regel-/Ausnahmeverhältnis in der Tat so, dass nützliche Vorstösse im Wettbewerb belohnt werden, der *first mover advantage* also die Regel, ein entsprechender *disadvantage* hingegen die Ausnahme bildet.

## b) Draft Guidelines on Sustainability Agreement

Die Fallerfahrung hat die niederländische Behörde dazu genutzt, den Entwurf von Leitlinien für Nachhaltigkeitsvereinbarungen vorzulegen, der mittlerweile in zweiter Fassung

vom Januar 2021 vorliegt und auch das Selbstverständnis hat, der Diskussion in der gesamten EU als Grundlage zu dienen. Der Text enthält einen allgemeinen Analyserahmen und unterscheidet zwischen Vereinbarungen, die von vornherein unbedenklich, weil nicht tatbestandsmässig sind, und solchen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken und deshalb der Rechtfertigung bedürfen. Zu den nicht tatbestandsmässigen Vereinbarungen gehören die Verpflichtung, die geltenden Umweltregeln einzuhalten, oder Abreden über Gütezeichen und Labels, soweit diskriminierungsfreier Zugang besteht und keine Ausschliesslichkeit verlangt wird.<sup>46</sup>

Wird die Grenze zur tatbestandsmässigen Wettbewerbsabrede überschritten, ist eine Rechtfertigung erforderlich. Dies setzt voraus, dass die Freistellungsvoraussetzungen erfüllt sind, insbesondere Effizienzvorteile erzielt werden, welche die Nachteile der Wettbewerbsbeschränkung überwiegen. Der Nachteil zur Erzielung von Nachhaltigkeitsverbesserungen wird häufig eine Preiserhöhung sein. Die Vorteile der Zusammenarbeit müssen dann diese Preiserhöhung zumindest kompensieren. Im niederländischen ist wie im EU-Recht ausserdem erforderlich, dass die Verbraucher am entstehenden Gewinn angemessen beteiligt werden.

Der niederländische Vorschlag enthält in dieser Hinsicht zwei Innovationen: Einerseits wird ausdrücklich klar gestellt, dass nicht nur gegenwärtige, sondern auch zukünftige Verbraucher berücksichtigt werden können.<sup>47</sup> Eine solche «enkelgerechte» Fassung der Freistellungsvoraussetzungen steht in direkter Verbindung zur Nachhaltigkeitsdefinition, welche auf die Bedürfnisse künftiger Generationen abstellt.<sup>48</sup> Und zweitens wird jedenfalls für bestimmte Umweltschutzvereinbarungen die Anforderung aufgegeben, dass die Gruppe der von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Verbraucher im Wesentlichen gleich sein muss mit der Gruppe, die von den Effizienzgewinnen profitiert.<sup>49</sup> Nach dem niederländischen Vorschlag reicht es nämlich aus, wenn die Gesellschaft insgesamt von den Vorteilen profitiert, und wenn diese Vorteile in der Summe die Nachteile übersteigen. Diese grosszügigere Betrachtungsweise soll für Umweltvereinbarungen gelten, die auf die Reduktion negativer Externalitäten abzielen, und setzt voraus, dass für den betroffenen Wettbewerbsparameter auf nationaler oder internationaler Ebene verbindliche Umweltstandards oder

44 ACM, 26.9.2013 – *SER Energieakkoord*, [www.acm.nl/en/publications/publication/12046/ACM-deal-over-closing-down-coal-power-plants-harms-consumers](http://www.acm.nl/en/publications/publication/12046/ACM-deal-over-closing-down-coal-power-plants-harms-consumers) (9.2.2021).

45 ACM, 26.1.2015, Fall 13.0195.66 – *Chicken of Tomorrow*, [www.acm.nl/en/publications/publication/13761/Industry-wide-arrangements-for-the-so-called-Chicken-of-Tomorrow-restrict-competition](http://www.acm.nl/en/publications/publication/13761/Industry-wide-arrangements-for-the-so-called-Chicken-of-Tomorrow-restrict-competition) (9.2.2021): Die Berechnungen führten zu einem Vorteil für die Konsumenten von 0.82 Euro/Kilo bei einer Preiserhöhung von 1.46 Euro/Kilo.

46 ACM, Draft Guidelines (Fn. 6), Rn. 16 ff.

47 ACM, Draft Guidelines (Fn. 6), Rn. 43, 61.

48 S.o. Fn. 2.

49 Diese Anforderung findet sich z.B. in Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. vom 27. April 2004, Nr. C 101, 97, Rn. 43.

ein konkretes Politikziel existieren.<sup>50</sup> Der Spielraum für Umweltschutzvereinbarungen wird hierdurch vergrössert.

Eine weitere Erleichterung für den Nachweis von Effizienzvorteilen geschieht dadurch, dass die Anforderungen an die Quantifizierung abgeschwächt werden. Im Prinzip ist nach Auffassung der AMC nämlich eine solche Quantifizierung erforderlich, wozu für Belastungen der Umwelt Schatten- bzw. Umweltpreise zu bilden sind. Haben die Abredepartner aber einen kumulierten Marktanteil von weniger als 30 Prozent oder überwiegen die Vorteile der Abrede offensichtlich deren Nachteile, kann auf eine Quantifizierung verzichtet werden.<sup>51</sup>

In verfahrensrechtlicher Hinsicht schlägt die niederländische Wettbewerbsbehörde vor, auf Sanktionen zu verzichten, wenn Unternehmen in gutem Glauben von der Vereinbarkeit ihrer Abreden mit den Leitlinien ausgegangen sind.<sup>52</sup> Ausserdem ist in den Niederlanden der Vorschlag hängig, dass der zuständige Minister die Kompetenz erhalten soll, Nachhaltigkeitsinitiativen von Unternehmen nach Konsultation der Wettbewerbsbehörde für verbindlich zu erklären.<sup>53</sup> Hierdurch würde die Selbstregulierung aufgewertet und Rechtssicherheit gestärkt.

### 3. Deutschland

In Deutschland haben zwei Fälle des Bundeskartellamts für besondere Aufmerksamkeit gesorgt.<sup>54</sup> Im ersten Fall ging es um das *Fairtrade*-System, das organisatorische und produktbezogene Anforderungen definiert, bei deren Erfüllung Hersteller für ihre Produkte das *Fairtrade*-Siegel erhalten und im Wettbewerb einsetzen können. Das System beinhaltet auch Preiselemente: Für bestimmte Produktgruppen vereinbarte Mindestpreise dürfen nicht unterschritten werden; ausserdem ist eine *Fairtrade*-Prämie zu zahlen, mit der Erzeugergemeinschaften unterstützt bzw. Infrastrukturprojekte in den Herkunftsländern finanziert werden. Das Bundeskartellamt interessierte sich besonders für die Vereinheitlichung von Preisbestandteilen beim Einkauf, nahm aber keine abschliessende materiell-rechtliche Bewertung des Systems vor, sondern verzichtete im Rahmen seines Aufgreifermessens auf ein Ermittlungsverfahren. Von Bedeutung war, dass die Teilnahme am *Fairpreis*-System freiwillig ist, die Teilnahmebedingungen transparent sind, keine Exklusivität verlangt wird und die Marktanteile gering sind.<sup>55</sup>

Ähnlich verhielt es sich bei der «Initiative Tierwohl». Die Teilnehmer müssen mehrere Cent pro Kilo verkauften Fleisches abführen. Damit werden Tierhalter unterstützt, welche vorgegebene Kriterien erfüllen. Zunächst waren kein Label und keine Kennzeichnung für nachhaltiges Fleisch vorgesehen, so dass die Verbraucher nicht zwischen nachhaltigem und nicht-nachhaltigem Fleisch wählen konnten. Nach Einschaltung des Bundeskartellamts wurde ein Tierwohl-Label eingeführt. Auch hier verzichtete das Bundeskartellamt auf ein Ermittlungsverfahren. Ausschlaggebend waren der diskriminierungsfreie und freiwillige Zugang sowie die Tatsache, dass kein wettbewerbsrelevanter Informationsaustausch stattfindet.<sup>56</sup>

Die beiden Fälle machen deutlich, dass Themen der Nachhaltigkeit und des Tierwohls hohen Stellenwert haben und es bei der praktischen Tätigkeit der Kartellbehörden nicht notwendigerweise zu Konflikten kommt. Das Interesse am Nachhaltigkeitsthema ist gross. Dies kommt z.B. auch darin zum Ausdruck, dass das Bundeskartellamt Fragen der Nachhaltigkeit 2020 in seinem Arbeitskreis Kartellrecht thematisiert hat.<sup>57</sup>

### 4. Fazit

Die geschilderten Erfahrungen sind nur ein kleiner, aber besonders aussagekräftiger Ausschnitt aus der weltweiten Diskussion über das Verhältnis von Wettbewerbsrecht und Nachhaltigkeit.<sup>58</sup> Während in der EU bereits seit Jahrzehnten einschlägige Fälle zu beurteilen sind, und im Waschpulverfall auch der Missbrauch des Nachhaltigkeitsarguments bereits deutlich zu Tage getreten ist, kommt der niederländischen Wettbewerbsbehörde eine Pionierrolle nicht nur bei der Quantifizierung von Externalitäten, sondern auch bei der Auslotung des nachhaltigkeitsbezogenen Potentials der Effizienzrechtfertigung zu. Das Bundeskartellamt hat einschlägige Fälle pragmatisch gelöst und dabei unterstrichen, dass Kooperation zur Förderung der Nachhaltigkeit und wirksamer Wettbewerb keine unversöhnlichen Gegensätze sind.

## IV. Rechtliche Lage in der Schweiz

### 1. Allgemeine Vorgabe

Nur Unternehmen fallen in den persönlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes. Von vornherein unproblematisch sind deshalb Abreden, die von Konsumenten, Bürgern oder Umweltverbänden zum Schutz der Nachhaltigkeit abgeschlossen werden, jedenfalls wenn dies nicht das Angebot oder die Nachfrage von Gütern oder Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess betrifft (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Auch auf staatliche Markt- oder Preisordnungen findet das Kartellrecht gem. Art. 3 Abs. 1 KG keine Anwendung. Umweltvorschriften werden aber wohl nur ausnahmsweise zu einem solchen Anwendungsausschluss führen. Art. 3 Abs. 1 KG ist nur bei ech-

50 ACM, Draft Guidelines (Fn. 6), Rn. 45 ff.

51 ACM, Draft Guidelines (Fn. 6), Rn. 53 ff.

52 ACM, Draft Guidelines (Fn. 6), Rn. 70 ff.

53 ACM, Draft Guidelines (Fn. 6), Rn. 75 ff.

54 S. den Überblick bei F. ENGELSING/M. JAKOBS, Nachhaltigkeit und Wettbewerb, WuW 2019, 16.

55 Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2017/2018, Bundestags-Drucksache 19/10900 vom 19. Juni 2019, 52.

56 Bundeskartellamt, *ibid.*

57 S. Bundeskartellamt, Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften – Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis, Hintergrundpapier vom 1. Oktober 2020, <[www.bundeskartellamt.de/DE/UeberUns/Veranstaltungen/ArbeitskreisKartellrecht/arbeitskreiskartellrecht\\_node.html](http://www.bundeskartellamt.de/DE/UeberUns/Veranstaltungen/ArbeitskreisKartellrecht/arbeitskreiskartellrecht_node.html)> (9.2.2021).

58 Zu den weltweiten Erfahrungen s. beispielsweise den *Roundtable* der OECD zum Thema «Sustainability and Competition» vom Dezember 2020; die Dokumentation ist verfügbar unter <[www.oecd.org/daf/competition/sustainability-and-competition.htm](http://www.oecd.org/daf/competition/sustainability-and-competition.htm)> (9.2.2021).

ter Normenkollision einschlägig, also dann, wenn die andere Norm den gleichen Sachverhalt unter gleichen Gesichtspunkten unterschiedlich beurteilt. Umweltrecht verfolgt aber in der Regel andere Ziele als das Kartellrecht, so dass es zu Normenkumulation kommt. Bei Spannungen ist im Einzelfall zu prüfen, auf welche Weise beide Rechtsnormen verwirklicht werden können.<sup>59</sup> Das Kartellrecht müsste beispielsweise zurücktreten, wenn Umweltrecht für bestimmte Fragen den Wettbewerbsmechanismus ausser Kraft setzen würde.

Aufschlussreich ist hier eine Überlegung der Wettbewerbskommission aus dem Gutachten zum Klimarappen aus dem Jahr 2004.<sup>60</sup> Es ging in diesem Fall um den Plan der Erdöl-Vereinigung, eine freiwillige Vereinbarung zwischen den Erdöl-Importeuren herbeizuführen, die einen Zuschlag auf die Verkaufspreise von Benzin und Diesel von ein bis zwei Rappen vorsah. Die zusätzlichen Einnahmen sollten einer Stiftung zugutekommen, die das Geld für CO<sub>2</sub>-mindernde Massnahmen verwenden sollte. Die Wettbewerbskommission führte im Gutachten aus, dass eine KG-ausschliessende Markt- und Preisordnung dann vorliegen würde, wenn das Gesetz einen solchen Klimarappen vorsehe und die Höhe und den Kreis der Abgabepflichtigen festlege. Eine private Vereinbarung falle demgegenüber in den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes.<sup>61</sup> Der Klimarappenfall ist nicht nur für die Frage des Anwendungsbereichs des Kartellgesetzes von Bedeutung, sondern auch für zahlreiche andere Aspekte. Er wird deshalb im Folgenden wiederholt aufgegriffen werden.

## 2. Wettbewerbsabrede

Auch im schweizerischen Kartellrecht gilt die Aussage, dass Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die lediglich zum Gegenstand haben, die geltenden Gesetze einzuhalten, keine tatbestandsmässigen Wettbewerbsabreden i.S. von Art. 4 Abs. 1 KG sind. Es liegt insofern kein beschränkungs-fähiger Wettbewerb vor, da die Übertretung der geltenden Gesetze von vornherein der Handlungsfreiheit der Unternehmen entzogen ist. Unternehmen können sich also gegenseitig dazu verpflichten, die rechtlichen Umweltvorgaben zu respektieren, ohne dass eine Überprüfung am Massstab des Art. 5 KG stattfindet.<sup>62</sup> Dies eröffnet den Unternehmen und ihren Verbänden beispielsweise auch folgende Handlungsmöglichkeit: Sie können den Gesetzgeber anregen, wirksamere Regeln zum Schutz der Nachhaltigkeit zu erlassen. Ist der Vorstoss erfolgreich, können sich die Unternehmen anschliessend in privaten Vereinbarungen dazu verpflichten, die nun erhöhten gesetzlichen Anforderungen zu respektieren.

Eine Wettbewerbsabrede wird auch dann nicht vorliegen, wenn Unternehmen gemeinsam ein Umwelt- oder Nachhaltigkeitslabel einrichten, wenn dieses diskriminierungsfreien Zugang aller Interessenten vorsieht, keine Ausschliesslichkeit verlangt wird und keine preisbezogenen Elemente vorgesehen sind. Solche Umweltsiegel erweitern die Produktpalette, stärken das Vertrauen in die Einhaltung der versprochenen Bedingungen, reduzieren hierdurch Infor-

mationsasymmetrien und beleben deshalb den Wettbewerb.<sup>63</sup> Anders verhält es sich allerdings, wenn die genannten Anforderungen nicht erfüllt sind, also wenn nicht jeder Interessent bei Erfüllung der Voraussetzungen Zugang zum Label hat, wenn die teilnehmenden Unternehmen dazu verpflichtet werden, ausschliesslich Labelprodukte herzustellen bzw. zu vertreiben, oder wenn die Labelzusammenarbeit preisbezogene Komponenten enthält. Hier wird in der Regel eine Wettbewerbsabrede vorliegen, so dass eine weitere Überprüfung am Massstab des Art. 5 KG stattzufinden hat. Über die Frage der Zulässigkeit ist damit noch nichts gesagt; sie hängt vom Vorliegen einer erheblichen Beeinträchtigung und von der Möglichkeit der Effizienzrechtfertigung ab und setzt eine Einzelfallprüfung voraus.

## 3. Vermutungstatbestand und Erheblichkeit

Liegt eine Wettbewerbsabrede vor, folgt der Fortgang der Prüfung der üblichen Vorgehensweise. Zunächst ist zu klären, ob ein Vermutungstatbestand vorliegt, also bei den hier im Vordergrund stehenden horizontalen Nachhaltigkeitskooperationen Preis-, Mengen- oder Marktaufteilungsabreden i.S. von Art. 5 Abs. 3 KG. In der Diskussion sind die Preisabreden von besonderer Bedeutung, da Nachhaltigkeitsvereinbarungen manchmal Garantiepreise beim Einkauf oder Aufschläge beim Verkauf umfassen. Für die Beurteilung solcher Preisregeln ist zu berücksichtigen, dass die «direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen» i.S. von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG sich bereits nach den Aussagen in der Botschaft zum KG von 1995 «auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten» bezieht.<sup>64</sup> Auch ist anerkannt, dass sowohl Verkaufs- als auch Einkaufspreise erfasst sind.<sup>65</sup> Die Vereinbarung von Mindesteinkaufspreisen oder Zuschlägen beim Verkauf fallen also unter den Vermutungstatbestand.

Eine Ausnahme hiervon hat die Wettbewerbskommission für unwesentliche Preiselemente gemacht. Was den bereits vorstehend erwähnten Klimarappen betrifft, so bilde dieser, «auch wenn er schliesslich auf zwei Rappen festgesetzt werden sollte, einen zu kleinen Bestandteil des Endpreises, um eine preisharmonisierende Wirkung nach sich zu ziehen».<sup>66</sup> Auch wenn eine *de minimis*-Ausnahme für unwesentliche Preiselemente nach Art des Klimarappens überzeugt, erscheint die Rede von der «preisharmonisierenden

59 BGE 141 II 66 ff. E 2.4.1.

60 WEKO, Gutachten vom 20.12.2004 – *Klimarappen*, RPW 2005/1, 239.

61 *Ibid.*, 240.

62 Ein Beispiel wäre die Vereinbarung, kein Palmöl von Produzenten zu kaufen, deren Anbaugelände durch illegale Abholzung entstanden sind.

63 Zum Thema der Umweltsiegel s. beispielsweise R. WEBER, *Energy Labels: Nudging Policy to Avoid Trade Implications?*, in: K. Mathis/B. Huber (Hg.), *Energy Law and Economics*, Berlin 2018, 239 ff.

64 Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 567; so auch BGE 129 II 18 ff. E 6.5.5.

65 P. KRAUSKOPF/O. SCHALLER, in: M. Amstutz/M. Reinert (Hg.), *Basler Kommentar zum Kartellgesetz*, Basel 2010, KG 5 N 376.

66 WEKO (Fn. 60), 240.

Wirkung» unglücklich gewählt. Teilweise wird hieraus die Forderung abgeleitet, dass eine Fixierung des Endpreises für die Erfüllung des Vermutungstatbestands erforderlich sei. Harte Kartelle in Form von Bruttopreisabsprachen, die den Abredeteilnehmern die Möglichkeit individueller Rabatte belassen, wären nicht mehr direkt sanktionierbar.<sup>67</sup> Dies steht aber im Gegensatz zum Ausgangspunkt, nämlich dass auch Abreden über Preiskomponenten erfasst sein sollen.<sup>68</sup> Oberhalb der Schwelle der Unwesentlichkeit sollten Eingriffe in den Preismechanismus als dem «Zentralnervensystem»<sup>69</sup> der Marktwirtschaft von der Vermutung gedeckt und direkt sanktionierbar sein. Von der missverständlichen Formulierung der «preisharmonisierenden Wirkung» sollte also Abstand genommen werden.

Ist der Vermutungstatbestand zu bejahen und gelingt die Widerlegung der Vermutung, liegt nach der *Gaba*-Rechtsprechung grundsätzlich Erheblichkeit vor.<sup>70</sup> Anders verhält es sich, wenn nachhaltigkeitsbezogene Preiselemente unwesentlich i.S. der *Klimarappen*-Praxis sind, oder wenn von vornherein kein Vermutungstatbestand einschlägig ist. Dann ist die Erheblichkeit nach qualitativen und quantitativen Gesichtspunkten zu bestimmen.<sup>71</sup> In qualitativer Hinsicht ist auf die jeweilige Bedeutung des betroffenen Wettbewerbsparameters abzustellen, in quantitativer Hinsicht spielt die Frage der Marktabdeckung eine Rolle. Entscheidend ist eine Gesamtschau.<sup>72</sup> Da Nachhaltigkeitsvereinbarungen häufig marktumfassend angelegt sind, wird Erheblichkeit in diesen Fällen bereits unter quantitativen Gesichtspunkten zu bejahen sein. Im *Klimarappen*-fall kamen beide, d.h. qualitative und quantitative Aspekte zusammen: Da der *Klimarappen* je nach Berechnungsart bis zu 4% des Endpreises von Benzin ausmachte und die Vereinbarung marktumfassend angelegt war, ging die Wettbewerbskommission von Erheblichkeit aus.<sup>73</sup>

#### 4. Effizienzrechtfertigung

##### a) Vergleich zwischen schweizerischem und EU-Recht

Liegt eine erhebliche Beeinträchtigung vor, bedarf es einer Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG. Hier gibt es zwei Unterschiede zum EU-Kartellrecht, die gerade auch für die Nachhaltigkeitsvereinbarungen von Bedeutung sind. Erstens führt Art. 5 Abs. 2 lit. a KG (im Gegensatz zu Art. 101 Abs. 3 AEUV) die rationellere Nutzung von Ressourcen als Grund der wirtschaftlichen Effizienz auf, hebt also einen umweltrelevanten Aspekt ausdrücklich hervor. Zweitens bedarf es in Art. 5 Abs. 2 KG (wiederum im Gegensatz zu Art. 101 Abs. 3 AEUV) nicht der Prüfung der Frage, ob die Verbraucher angemessen an dem entstehenden Gewinn beteiligt werden.

Allerdings sind diese beiden Unterschiede sogleich wieder zu relativieren. Im europäischen Kartellrecht ist anerkannt, dass die «Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung» i.S.v. Art. 101 Abs. 3 AEUV auch die rationellere Nutzung von Ressourcen umfasst.<sup>74</sup> Und im schweizeri-

schen Recht beruht der Verzicht auf die «angemessene Verbraucherbeteiligung» (die in der Botschaft noch vorgesehen war) auf der Überlegung, dass die Vorteile der Kooperation von selbst den Konsumenten zugutekommen werden, wenn Art. 5 Abs. 2 lit. b KG erfüllt ist, also keine Möglichkeit besteht, den wirksamen Wettbewerb auszuschalten.<sup>75</sup>

Dennoch bleiben Unterschiede: Die Erwähnung der rationelleren Ressourcennutzung bezieht einen Teilaspekt des Umweltschutzes ausdrücklich in die Analyse ein. Der ursprüngliche Vorschlag ging sogar noch einen Schritt weiter: Auch die rationellere Nutzung öffentlicher Güter sollte den Weg zur Effizienzrechtfertigung öffnen.<sup>76</sup> Wenn man bedenkt, dass auch das Klima ein solches öffentliches Gut ist,<sup>77</sup> wären Unternehmenskooperationen der Effizienzrechtfertigung zugänglich gemacht worden, die ohne Bezug zu konkreten Produkten oder Produktionsverfahren allgemeine klimapolitische Ziele verfolgen. Eine so weite Fassung der Effizienzrechtfertigung hätte Fragen zum Verfahren der Ausnahme genehmigung durch den Bundesrat nach Art. 8 KG aufgeworfen, dem ja von der Grundkonzeption des Gesetzes her die Berücksichtigung von Allgemeinwohlbelangen vorbehalten ist.<sup>78</sup> Es ist zu begrüßen, dass sich die endgültig verabschiedete Gesetzesfassung auf die rationellere Nutzung der Ressourcen beschränkt.<sup>79</sup> Viel zu weit gefasst sind deshalb die geradezu euphorischen Ausführungen in der Botschaft zum Kartellgesetz von 1995, wonach es der Rechtfertigungsgrund der rationelleren Nutzung «den Unternehmen insbesondere ermöglichen [soll], unter der erwähnten Vor-

67 Zu dieser Diskussion s. A. HEINEMANN, Bruttopreisabsprachen, in: I. Hochreutener/W. Stoffel/M. Amstutz (Hg.), Grundlegende Fragen – Questions fondamentales, 8. Tagung zum Wettbewerbsrecht, Bern 2017, 121 ff.

68 S. BANGERTER/B. ZIRLICK, in: R. Zäch/R. Arnet/M. Baldi/R. Kiener/O. Schaller/F. Schraner/A. Spühler (Hg.), KG. Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zürich 2018, KG 5 N 417 ff. mit Nachweis des Streitstands.

69 US Supreme Court, *Socony-Vacuum Oil*, 310 U.S. 150, 224 Fn. 59 (1940).

70 BGE 143 II 297 ff. E 5.2.5., 5.3.2., 5.6.

71 BGE 143 II 297 ff. E 5.2.2.

72 S. hierzu näher BANGERTER/ZIRLICK (Fn. 68), KG 5 N 201.

73 WEKO (Fn. 60), 241.

74 ELLGER (Fn. 28), AEUV 101 Abs. 3 N 135. Für das schweizerische Recht impliziert dieser Zusammenhang, dass sich die in Art. 5 Abs. 2 lit. a KG genannten Effizienzgründe stärker überlappen.

75 M. AMSTUTZ/B. CARRON/M. REINERT, *Commentaire Romand – Droit de la concurrence*, 2. Aufl., Basel 2013, LCart 5 N 342. S. auch Botschaft KG (Fn. 64), 557: «Unter dem Blickwinkel eines dynamisch verstandenen Wettbewerbs muss es folglich zulässig sein, zur Steigerung der Effizienz ein gewisses Mass an Wettbewerbsbeeinträchtigung in Kauf zu nehmen, wenn gleichzeitig die Marktverhältnisse dafür sorgen, dass ein bei den beteiligten Unternehmen anfallender Effizienzgewinn auch den Verbrauchern zugute kommt».

76 Botschaft KG (Fn. 64), 639.

77 S.o. II.2.a.

78 S.u. IV.5.

79 Es ist wenig hilfreich in diesem Zusammenhang, dass in der Anwendungspraxis teilweise behauptet wird, dass zu den Ressourcen i.S.v. Art. 5 Abs. 2 lit. a KG auch die öffentlichen Güter gehörten. Bezeichnend BGE 129 II 18 ff. E 10.3.3, wo ausgerechnet auf eine Passage in der Botschaft zum KG verwiesen wird, die sich auf die ursprünglich vorgeschlagene Gesetzesfassung bezieht, welche die öffentlichen Güter noch einbezog. Dies ist aber gerade nicht Gesetz geworden, s.o. vor Fn. 76.

aussetzung der Effizienzförderung allgemeine öffentliche Anliegen (wie Umweltschutz, rationale Nutzung von Energie, Gesundheit, Ausbildung, Sicherheit) im Sinne einer Selbstregulierung auf der Basis der Kooperation zu verwirklichen».<sup>80</sup> Auch wenn in dem Zitat die Voraussetzung der Effizienzförderung vorbehalten bleibt, beschwört es die Gefahr eines Rückfalls in die überwundene Saldotheorie geradezu herauf.<sup>81</sup> Der Selbstregulierungsspielraum ist deshalb nüchterner einzuschätzen, wobei insbesondere zu berücksichtigen ist, dass der Schutz öffentlicher Güter letztendlich keine Aufnahme in das Gesetz gefunden hat.

#### b) Rationellere Nutzung von Ressourcen

Die Gründe für eine Effizienzrechtfertigung sind in Art. 5 Abs. 2 lit. a KG abschliessend aufgezählt. Nach ihrer Grundkonzeption handelt es sich «um. offene Begriffe, die ein breites Spektrum von Kooperationsabreden zulassen».<sup>82</sup> Insbesondere können auch Gesichtspunkte des öffentlichen Interesses einfließen, soweit hierdurch einer der aufgezählten Effizienzgründe gefördert wird.<sup>83</sup> Ein indirekter Schutz wettbewerbsfremder Gemeinwohlbelange ist also durchaus möglich. Aus der Tatsache, dass der Schutz von Umwelt und Nachhaltigkeit als öffentliches Interesse i.S.v. Art. 8 KG anerkannt ist, folgt somit nicht, dass eine Berücksichtigung im Rahmen der Effizienzrechtfertigung ausgeschlossen ist.<sup>84</sup>

Das Kartellgesetz ist damit für Umweltbelange offen. Allerdings ist eine direkte Förderung einer der genannten Effizienzgründe erforderlich. Der Effizienzgrund der «rationelleren Nutzung der Ressourcen» umfasst deshalb nicht Projekte, die dem Umweltschutz lediglich allgemein dienen.<sup>85</sup> Es muss nach der Praxis der Wettbewerbskommission «ein genügend enger Bezug zum Betrieb (Produktionsverfahren) der an der Abrede beteiligten Unternehmen oder zum in Frage stehenden Produkt vorliegen».<sup>86</sup> Beim Klimarappen konnte diese Voraussetzung nicht bejaht werden, weil die Konturen des Projekts noch nicht klar genug waren und somit keine Gewissheit darüber bestand, wofür das eingesammelte Geld konkret verwendet würde.<sup>87</sup> Allgemein erscheint es fraglich, ob eine lediglich über die Erhöhung des Verkaufspreises anvisierte Verringerung der Nachfrage und damit der CO<sub>2</sub>-Emissionen als hinreichend spezifischer Effizienzvorteil anerkannt werden kann. Ein Bezug zu Produktionsverfahren oder Produkten besteht nicht. Eine privat vereinbarte Lenkungsabgabe scheint eher allgemein dem Umweltschutz zu dienen, so dass der Weg über die Ausnahmegenehmigung nach Art. 8 KG zu gehen wäre.

Was positive Anwendungsfälle betrifft, lässt sich zunächst das Beispiel aus der Botschaft selbst anführen. Hier nach können sich Süßwarenhersteller auf eine Effizienzverbesserung berufen, wenn sie sich darauf einigen, ihre Produkte nicht mehr in Aluminiumfolie einzuwickeln, sondern umweltschonenderes Material zu verwenden.<sup>88</sup> Auch ein kollektives System zur Rücknahme und zum Recycling elektronischer Geräte hat die Wettbewerbskommission gebilligt. Hier wurden die Umweltaspekte aber offengelassen, weil das kollektive Sammelsystem bereits zu einer Senkung der Her-

stellungskosten, also einem anderen in Art. 5 Abs. 2 lit. a KG aufgeführten Effizienzgrund, führte.<sup>89</sup> Auch die zum EU-Recht zitierten Fälle zu den Abreden über Waschmaschinen und Waschpulver<sup>90</sup> würden nach schweizerischem Recht gleich zu beurteilen sein. Bei einer Abrede über bessere Energieeffizienz von Waschmaschinen oder bessere ökologische Eigenschaften von Waschpulver wäre der genügend enge Produktbezug gegeben. Selbstverständlich gilt auch hier der Vorbehalt, dass die effizienzsteigernden Abreden nicht dazu benutzt werden dürfen, insgeheim die Verkaufspreise abzusprechen, wie es im Waschpulverfall der Fall war.<sup>91</sup>

Erhöhter Diskussionsbedarf besteht bei der Frage, ob eine Abrede über die koordinierte Verringerung von Treibhausgasen aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann. Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, dass Projekte, die dem Umweltschutz allgemein dienen, nicht in den Genuss einer Rechtfertigung kommen, sondern dass ein ausreichender Bezug zu Produktionsverfahren oder Produkten gegeben sein muss. Wenn sich also Unternehmen verpflichten, ihre Produktionsverfahren auf eine CO<sub>2</sub>-ärmere Methode umzustellen oder Produkte – wie in den Beispielen oben zu Waschmaschinen und Waschpulver – so umzugestalten, dass es in der Folge zu einem geringeren Ausstoss von Treibhausgasen kommt, ist der Weg in die Effizienzrechtfertigung – unter Vorbehalt der nachstehend beschriebenen Prüfungsschritte – also eröffnet. Erfolgt die Abrede hingegen ohne Bezug zu konkreten Produktionsverfahren oder Produkten, beispielsweise durch eine Abrede, zur Reduktion von Transportwegen nicht mehr im Ausland einzukaufen, fehlt es an einem solchen Bezug und scheidet eine Effizienzrechtfertigung aus.

#### c) Der «Greenwashing-Test»

Die Effizienzrechtfertigung setzt Verhältnismässigkeit voraus, d.h. Eignung, Abwesenheit eines gleich geeigneten milderen Mittels und die Vermeidung übermässiger Be-

80 Botschaft KG (Fn. 64), 559. Zu Recht kritisch BANGERTER/ZIRLICK (Fn. 68), KG 5 N 306.

81 Zur «legendären» Saldomethode s. J. BORER, Wettbewerbsrecht I. Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2011, Vor Art. 1 ff. N 7 ff.; zum Verhältnis von Saldotheorie, Public-Interest-Erwägungen und Effizienzrechtfertigung s. A. HEINEMANN, Public Interest und Wettbewerbschutz in der Schweiz, in: Forschungsinstitut für Wirtschaftsverbandsrecht und Wettbewerb (Hg.), Jahrbuch 2020, Köln 2021, 47 ff.

82 Botschaft KG (Fn. 64), 558.

83 Ibid.

84 R. ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, N 415 mit Nachweis des Streitstands.

85 Ibid., N 416.

86 WEKO (Fn. 60), 242; WEKO, 21.3.2005 – *Swico/Sens*, RPW 2005/2, 266.

87 WEKO (Fn. 60), 242.

88 Botschaft KG (Fn. 64), 558; anders allerdings der Entwurf der niederländischen Leitlinien, der solche Abreden über die Verpackung von vornherein aus dem Kartelltatbestand herausfallen lässt, wenn keine spürbaren Auswirkungen auf die Preise oder die Produktvielfalt zu verzeichnen sind, s. ACM, Draft Guidelines (Fn. 6), Rn. 25.

89 WEKO (Fn. 86), 266.

90 S.o. III.1.c.

91 Ibid.

schränkungen.<sup>92</sup> Im Zusammenhang mit Nachhaltigkeitsvereinbarungen könnte man diese Prüfungsstufe auch als «Greenwashing-Test» bezeichnen. Es ist die Frage zu stellen, ob die betreffende Abrede überhaupt geeignet ist, die angegebenen Nachhaltigkeitsziele zu erreichen, oder ob es sich lediglich um schönen Schein nach Art der Hochglanzbroschüren handelt. So verhält es sich bei dem weiter oben angeführten Beispiel einer koordinierten Reduktion des CO<sub>2</sub>-Ausstosses.<sup>93</sup> Kommt es zwar zu einer Verminderung des CO<sub>2</sub>-Ausstosses durch die Abredepartner, werden die betreffenden Emissionszertifikate dann aber verkauft, so dass die Treibhausgase an anderer Stelle wieder ausgestossen werden, ist für die Umwelt nichts gewonnen, so dass die Vereinbarung den «Greenwashing-Test» nicht besteht und damit nicht gerechtfertigt werden kann. Vorsicht ist angesichts der Besonderheiten der schweizerischen Stromproduktion auch bei Abreden über die Einsparung von Elektrizität geboten: Da Strom in der Schweiz fast ohne CO<sub>2</sub>-Ausstoss gewonnen wird,<sup>94</sup> hat das Dekarbonisierungsargument hier einen geringen Stellenwert. Argumentationsspielräume bestehen aber, soweit der Ausstieg aus der Kernenergie verstärkt zum Import CO<sub>2</sub>-intensiven Stroms aus dem Ausland führt. Ausserdem bleiben selbstverständliche andere Nachhaltigkeitsverbesserungen vorbehalten.

Es ist also jeweils genau zu prüfen, ob es tatsächlich zu den angeführten Verbesserungen kommt. Ausserdem darf kein milderes Mittel für deren Erreichung zur Verfügung stehen, und Beschränkung und Vorteile müssen in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen. Schliesslich darf die Abrede nicht die Möglichkeit eröffnen, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Dies wird bei Nachhaltigkeitsvereinbarungen eher selten der Fall sein, da lediglich bestimmte Modalitäten der Produktion oder des Vertriebs betroffen sind, der Wettbewerb in Bezug auf wichtige Wettbewerbsparameter wie z.B. den Preis und die Menge aber bestehen bleibt.

#### d) Kompensation der schädlichen Wirkungen

Wie bereits erwähnt unterscheidet sich das schweizerische auch dadurch vom europäischen Wettbewerbsrecht, dass die Effizienzrechtfertigung nicht die «angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn» voraussetzt. Es wurde bereits ausgeführt, dass mit der Streichung dieses Erfordernisses nicht unbedingt der Wunsch nach inhaltlicher Unterscheidung verbunden war, sondern dass dieses Kriterium schlicht für überflüssig gehalten wurde: Wenn keine Möglichkeit besteht, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen, dann – so die Erwartung – würden die Vorteile der Abrede nach den Mechanismen der Marktwirtschaft auch bei den Konsumenten ankommen.<sup>95</sup>

Das Beispiel der Nachhaltigkeitsvereinbarungen zeigt, dass der Verzicht auf das Erfordernis der angemessenen Verbraucherbeteiligung dennoch zu bedeutenden Unterschieden zwischen europäischem und schweizerischem Kartellrecht führt. So entfallen beispielsweise zentrale Passagen des niederländischen Leitlinienentwurfs zu den Nachhaltig-

keitsvereinbarungen auf die Frage, wann von einer angemessenen Verbraucherbeteiligung die Rede sein kann.<sup>96</sup> Hier werden beispielsweise die weichenstellenden Aussagen getroffen, dass nicht nur die aktuellen, sondern auch die zukünftigen Verbraucher zu berücksichtigen sind, womit das Kriterium der «Enkelgerechtigkeit» eingeführt wird. Auch wird hier das Erfordernis aufgegeben, dass die Gruppe der von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Personen und die Gruppe der von den Effizienzgewinnen profitierenden Personen im Wesentlichen deckungsgleich sein muss. Dies führt zu dem Vorschlag, dass jedenfalls für Umweltverbesserungen im engeren Sinn auch Vorteile für die Gesellschaft insgesamt herangezogen werden können, wenn die Vereinbarung sich an national oder international festgelegten Zielen orientiert.<sup>97</sup>

Auch wenn im schweizerischen Kartellrecht das Erfordernis der angemessenen Verbraucherbeteiligung nicht existiert, tauchen doch zumindest einige dieser Fragestellungen in anderem Zusammenhang auf. So ist für eine Effizienzrechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG jeweils erforderlich, dass Kosten *gesenkt*, Produkte oder Verfahren *verbessert*, die Forschung *gefördert* oder die Ressourcen *rationeller* genutzt werden. Mit diesen Formulierungen ist impliziert, dass die schädlichen Wirkungen einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung «kompensiert oder überkompensiert werden» müssen.<sup>98</sup> Dabei besteht Übereinstimmung darin, dass die Effizienzverbesserung volkswirtschaftlich, nicht betriebswirtschaftlich zu verstehen ist.<sup>99</sup> Streitig wird hingegen die Frage diskutiert, ob der Bezugspunkt der Effizienz die Gesamtwohlfahrt (Produzentenrente plus Konsumentenrente) oder die Konsumentenwohlfahrt (lediglich die Konsumentenrente) ist.<sup>100</sup> Das Gesetz lässt diese Frage offen, und die Praxis hat sich noch nicht festgelegt.<sup>101</sup> Neigt man dem Massstab der Gesamtwohlfahrt zu, wird man von vornherein nicht – wie im EU-Recht<sup>102</sup> – das Erfordernis aufstellen, dass

92 Dies folgt aus dem Merkmal der «Notwendigkeit» in Art. 5 Abs. 2 lit. a KG; s. im Einzelnen BANGERTER/ZIRLICK (Fn. 68), KG 5 N 319 ff.

93 S.o. II.2.c a.E. Zu den Emissionshandelssystemen in der EU und der Schweiz sowie ihrer Verbindung s. R. BAISCH/R. WEBER, Regulatorische Herausforderungen im Emissionshandel, Jusletter 13. Januar 2020.

94 Nur 2,6% des Stroms in der Schweiz wird durch nicht-erneuerbare Brennstoffe in konventionell-thermischen Kraftwerken gewonnen, hingegen 56,4% durch Wasserkraft und 35,2% durch Kernkraft; der Rest verteilt sich auf diverse erneuerbare Energieträger, s. Bundesamt für Energie, Schweizerische Elektrizitätsstatistik 2019, Bern 2020, 2.

95 S.o. IV.4.a.

96 ACM (Fn. 6), 14–20.

97 S. bereits oben III.2.b.

98 Botschaft KG (Fn. 64), 557.

99 S. nur BGE 143 II 297 ff. E 7.1 mit weiteren Nachweisen. Die Erzielung einer Kartellrente wird also nicht als Effizienzverbesserung anerkannt.

100 S. zu dieser Unterscheidung z.B. M. MOTTA, Competition Policy – Theory and Practice, Cambridge 2004, 17 ff.

101 BANGERTER/ZIRLICK (Fn. 68), KG 5 N 259 mit zahlreichen Nachweisen. Die Autoren sprechen sich für die Relevanz der Gesamtwohlfahrt aus. Sympathie für den Massstab der Konsumentenwohlfahrt z.B. bei V. MARTENET/A. HEINEMANN, Droit de la concurrence, 2. Aufl., Genf 2021, 32 ff.

102 S.o. III.2.b.

die Vorteile der Wettbewerbsbeschränkung auf demselben oder einem benachbarten Markt auftreten müssen.<sup>103</sup> Dies vergrössert den Spielraum für eine Effizienzrechtfertigung. Aber auch diejenigen, die dem Standard der Konsumentenwohl-fahrt zuneigen, können in Bezug auf Nachhaltigkeitsvereinbarungen argumentieren, dass Vorteile auf nicht-be-nachbarten Märkten ebenfalls relevant sind. Zu weit geht es aber, Vorteile für die Gesellschaft insgesamt ausreichen zu lassen und damit auf einen Marktbezug zu verzichten.<sup>104</sup> Hiermit wäre ein Rückschritt zur überwundenen Saldotheorie verbunden.<sup>105</sup>

Entscheidend ist letztlich die Frage, welche Anforderungen an die Beweisführung zu stellen sind, wenn es um die Kompensation schädlicher Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen durch gleichzeitig auftretende Vorteile geht. Die niederländische Wettbewerbsbehörde hat einen streng empirischen Ansatz gewählt. Mit wirtschaftswissenschaftlichen Methoden wird ermittelt, wie hoch der Preisanstieg aufgrund der wettbewerbsbeschränkenden Nachhaltigkeitsvereinbarung sein wird. Ebenfalls empirisch werden sodann die Vorteile für die Konsumenten ermittelt,<sup>106</sup> wobei auch *willingness to pay*-Studien erstellt werden.<sup>107</sup> Die niederländische und die griechische Wettbewerbsbehörde haben inzwischen eine Studie vorgelegt, die auf umweltökonomischer Grundlage quantitative Methoden vorstellt, wie solche Berechnungen – auch unter Einbeziehung der Wirkungen auf künftige Generationen – angestellt werden können.<sup>108</sup>

Der Aufwand beim Einsatz empirischer Methoden ist enorm. Für die Wahl der geeigneten Beurteilungsinstrumente sind auch die Kosten der Rechtsanwendung relevant. Für das schweizerische Recht ist anerkannt, dass nicht nur quantitative, sondern auch qualitative Vorteile in die Effizienzrechtfertigung einzubringen sind.<sup>109</sup> Entsprechend stellt sich die Frage, ob für die Anwendung von Art. 5 Abs. 2 KG stets quantitative Berechnungen anzustellen sind, oder ob qualitative Abwägungen ausreichen. Im Anschluss an einen anderen Vorschlag im niederländischen Leitlinienentwurf wird man Marktanteile und Evidenzen für die Lösung dieser Frage heranziehen können.<sup>110</sup> Sind die gemeinsamen Marktanteile der Abredepartner nicht zu hoch, oder ist ein Überwiegen der Vorteile über die schädlichen Auswirkungen der Nachhaltigkeitsvereinbarung offensichtlich, reicht eine qualitative Abwägung aus. Im Übrigen ist zu beobachten, wie sich die umweltökonomischen Ansätze entwickeln, und welche Lösungen für die Zwecke der Effizienzrechtfertigung in einem Nachhaltigkeitskontext zielkonform und praktikabel sind.<sup>111</sup>

#### e) Fazit

Die Möglichkeit der Effizienzrechtfertigung verschafft Nachhaltigkeitsvereinbarungen einen grossen Spielraum, soweit es um ökologische Verbesserungen von Produktionsverfahren oder Produkten geht. Der gesamte Themenbereich kann also als Unterstützung für die These herangezogen werden, dass der Effizienztest «das Kernthema kartellrechtlicher Prüfung» ist.<sup>112</sup>

#### 5. Ausnahmegenehmigung durch den Bundesrat

Wettbewerbsabreden, die mit den vorstehend geschilderten Anforderungen nicht vereinbar sind und von WEKO oder den Gerichten deshalb für unzulässig erklärt wurden, können immer noch gem. Art. 8 KG auf Antrag der Beteiligten vom Bundesrat zugelassen werden, wenn öffentliche Interessen überwiegen.<sup>113</sup> Dazu gehört auch der Umweltschutz.<sup>114</sup> Wie vorstehend gezeigt wurde, folgt aus der Erwähnung der rationelleren Nutzung der Ressourcen in Art. 5 Abs. 2 lit. a KG nicht, dass der Umweltschutz dem Verfahren der Ausnahmegenehmigung durch den Bundesrat vorbehalten wäre. Vielmehr fliesst er in den Grenzen der Effizienzrechtfertigung bereits in das wettbewerbsbehördliche Verfahren ein. Teilweise wird aus dem Verhältnis der beiden Prüfungsstufen eine Einschränkung für das Verfahren der Ausnahmegenehmigung abgeleitet: Soweit der Ressourcenschutz bereits nach Art. 5 Abs. 2 beurteilt wurde, könne er dem Bundesrat nicht erneut als schutzwürdiges öffentliches Interesse vorgetragen werden.<sup>115</sup> Dem kann nicht zugestimmt werden, da Effizienzrechtfertigung und Ausnahmegenehmigung unterschiedlich funktionieren: Während hier eine rein wettbewerbsorientierte Prüfung durch Wettbewerbsbehörden und Gerichte stattfindet, kommt es dort zu einer allgemeinen Abwägung mit öffentlichen Interessen, die weit über das Wettbewerbsthema hinausgehen. Es kann nicht sein, dass ausgerechnet das Ressourcenthema nur deshalb für das Verfahren der Ausnahmegenehmigung «verbrannt» sein soll, weil es im konkreten Fall den strengen Anforderungen an die Effizienzrechtfertigung nicht genügt hat. Aspekte des Umweltschutzes können also im Rahmen der Ausnahmegenehmigung

103 In diesem Sinn BANGERTER/ZIRLICK (Fn. 68), KG 5 N 264.

104 Zum entsprechenden Vorschlag in den Niederlanden s.o. III.2.b.

105 S.o. IV.4.a.

106 Folgt man im schweizerischen Recht dem Gesamtwohlfahrtsstandard, wären zudem die volkswirtschaftlichen Vorteile für die Unternehmen zu berechnen.

107 S.o. III.2.a.

108 R. Inderst/E. Sartzetakis/K. Xepapadeas, Technical Report on Sustainability and Competition, January 2021, <www.acm.nl/en/publications/technical-report-sustainability-and-competition> (9.2.2021); s. auch Bundesamt für Umwelt (BAFU), Hilfestellung für die Monetarisierung von Umweltwirkungen politischer Massnahmen, Bern 2020.

109 BANGERTER/ZIRLICK (Fn. 68), KG 5 N 259.

110 S.o. III.2.b.

111 Vgl. M. Amstutz/B. Carron, in: M. Amstutz/M. Reinert (Hg.), Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Basel 2010, KG 7 N 5: Die Rechtsanwender haben den wirtschaftswissenschaftlichen «Markt der Ideen» aufmerksam zu beobachten. Ausserdem trifft sie eine «Resonanzpflicht»: Sie haben die Aufgabe, die geeigneten Konzepte zu identifizieren und anzuwenden.

112 So M. Baldi, Kartellgesetzrevision: Vom Widersinn der Teilkartellverbote, AJP 2014, 962.

113 S. grundlegend hierzu I. Chabloz, L'autorisation exceptionnelle en droit de la concurrence – Etude de droit suisse et comparé, Fribourg 2002, mit einer Abgrenzung zwischen Art. 5 Abs. 2 und Art. 8 KG in N 625 ff., 630 ff.

114 R. Weber/St. Volz, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Zürich 2013, N 2.485.

115 M. Meinhardt/F. Prümmer, in: M. Amstutz/M. Reinert (Hg.), Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Basel 2010, KG 8 N 18 a.E.

migung in vollem Umfang in die Abwägung durch den Bundesrat einfließen.

So hat die Wettbewerbskommission im Klimarappenfall, wie oben ausgeführt, die Effizienzrechtfertigung abgelehnt, da kein ausreichend enger Bezug zur Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren bestand. Im Verfahren der Ausnahmegenehmigung gilt eine solche Engführung nicht, da der rein wettbewerbliche Analyse Rahmen verlassen wird. Der Aspekt der rationelleren Ressourcennutzung kann hier also erneut eingebracht werden. Ganz in diesem Sinn verwies die Wettbewerbskommission auf die Möglichkeit, nach einer allfälligen Untersagung des Klimarappenprojekts eine Ausnahmegenehmigung des Bundesrats nach Art. 8 KG zu beantragen. Sie schloss mit dem Hinweis, dass der Bundesrat aber auch die Möglichkeit habe, einen politischen Entscheid zur Erfüllung der CO<sub>2</sub>-Vorgaben zu fällen.<sup>116</sup> Hierin kommt der Gedanke vom Primat der Umweltpolitik zum Ausdruck. Zunächst ist der rechtliche Rahmen auf geeignete Art und Weise zu setzen, um negative Umwelteffekte zu verhindern oder zu internalisieren. Private Vereinbarungen, möglicherweise zugelassen durch eine Ausnahmegenehmigung des Bundesrats, haben lediglich ergänzenden Charakter. Die Respektierung dieser Rangordnung ist auch wichtig, damit das Verfahren der Ausnahmegenehmigung nicht seinen Ausnahmecharakter verliert: Es wäre nicht angemessen, dass der Gang zum Bundesrat die Gewohnheit wird, nur weil die staatliche Umweltpolitik und -gesetzgebung grosse Regulierungslücken aufweist. Von einer übermässigen Nutzung dieses Instruments kann aktuell aber nicht die Rede sein. Anträge auf eine Ausnahmegenehmigung lassen sich immer noch an den Fingern einer Hand abzählen und verteilen sich auf sehr unterschiedliche Gesichtspunkte des öffentlichen Interesses.<sup>117</sup>

## V. Ausblick

Der hohe Stellenwert nachhaltigen Wirtschaftens für die Erhaltung der Lebensgrundlagen ist allgemein anerkannt. Von zentraler Bedeutung ist hierbei die Umweltpolitik auf nationaler und internationaler Ebene. Die Zusammenarbeit zwischen Unternehmen kann die hier gesetzten Regeln ergänzen, nicht aber ersetzen. Das Wettbewerbsrecht schliesst die

Unternehmenskooperation nicht aus, sondern erkennt in vielen Zusammenhängen an, dass sie nötig und häufig dem Wettbewerb sogar förderlich ist. Arbeitsgemeinschaften im Baugewerbe, Forschungs- und Entwicklungskooperationen sowie die Zusammenarbeit von Unternehmen zur Bewältigung der COVID19-Pandemie sind nur einige Beispiele. Die Nachhaltigkeitsvereinbarungen reihen sich hier ein. Aus der Komplementarität zwischen staatlicher Umweltpolitik und privatwirtschaftlichen Nachhaltigkeitsvereinbarungen folgt, dass es keinen genuinen Zielkonflikt zwischen Umwelt- und Wettbewerbsschutz gibt. Wohl aber ist der wettbewerbsrechtliche Rahmen bei der Kooperation zu beachten. So können wettbewerbsbeschränkende Abreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sein, wenn Nachhaltigkeit in Bezug auf Produktionsverfahren und Produkte verbessert wird. Nachhaltigkeit darf aber nicht lediglich eine leere Versprechung sein; auch darf das Näheverhältnis der Kooperation nicht ausgenutzt werden, um insgeheim harte Kartelle zu praktizieren. Ausserdem ist jeweils zu untersuchen, ob die Kooperation wirklich erforderlich für die angestrebten Verbesserungen ist, oder ob nicht der Wettbewerb zu den nachhaltigsten Lösungen führt.

Die kartellrechtliche Bewertung von Nachhaltigkeitsvereinbarungen ist im Fluss. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hat eine «Kerngruppe Nachhaltigkeit» eingesetzt, welche die Entwicklungen im In- und Ausland beobachtet. Für den schweizerischen Rechtsrahmen ist hervorzuheben, dass durch die ausdrückliche Erwähnung der rationelleren Nutzung der Ressourcen «grüne Spielräume» bestehen. Auch bedarf es für die Effizienzrechtfertigung nicht der Verbraucherbeteiligung am entstehenden Gewinn. Andererseits besteht einer der grossen Fortschritte des Kartellgesetzes von 1995 darin, dass die unberechenbare Saldomethode abgeschafft, bzw. dem Verfahren der Ausnahmegenehmigung durch den Bundesrat vorbehalten wurde. Abwägungsübertreibungen wurde hierdurch ein Riegel vorgeschoben.<sup>118</sup> Diese Errungenschaft darf nicht über Bord geworfen werden. Dies führt zum Ausgangspunkt zurück: Die privatwirtschaftlichen Nachhaltigkeitsvereinbarungen können den Gesetzgeber nicht ersetzen. Wohl aber ist den Unternehmen genügend Flexibilität einzuräumen, um Nachhaltigkeitsziele im Wettbewerb zu fördern.

116 WEKO (Fn. 60), 243.

117 S. beispielsweise den Überblick bei D. MOECKLI/P. DUDAR, in: R. Zäch/R. Arnet/M. Baldi/R. Kiener/O. Schaller/F. Schraner/A. Spühler (Hg.), KG. Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zürich 2018, KG 8 N 39 f.

118 Ein abschreckendes Beispiel für solche Übertreibungen aus der Zeit vor dem KG 1995 ist der Fall des Zementkartells: Die damalige Kartellkommission billigte das landesweite Zementkartell aus Gründen des Umweltschutzes, da die Gebietsaufteilungen zu einer Verkürzung der Transportwege führten, s. Kritik und historische Einordnung bei M. BALDI/F. SCHRANER, Gaba-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts als wettbewerbspolitischer Markstein, SJZ 2014, 502.

## Zusammenfassung

Auch wenn für den Schutz der Nachhaltigkeit der Primat der Umweltpolitik gilt, besteht Raum für Nachhaltigkeitsvereinbarungen zwischen Unternehmen. Das Wettbewerbsrecht ist hier ausreichend flexibel, so dass kein genuiner Zielkonflikt zwischen Wettbewerbs- und Umweltschutz besteht. Es ist jeweils sorgfältig zu prüfen, ob überhaupt eine tatbestandsmässige Wettbewerbsabrede vorliegt, was nicht der Fall ist, wenn lediglich die umweltrechtlichen Vorgaben bekräftigt werden. Auch einfache Umweltsiegel sind nicht als wettbewerbsbeschränkend zu qualifizieren. Liegt eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vor, ist eine Effizienzrechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG erforderlich, was einen hinreichenden Bezug zu den Produktionsverfahren oder Produkten der Abredepartner voraussetzt. Unsicherheiten bestehen in der Frage, ob für die Effizienzrechtfertigung eine Quantifizierung der Vor- und Nachteile erforderlich ist. Nach der hier vertretenen Auffassung sollten angesichts der Kosten und Unsicherheiten einer empirischen Abklärung keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden. Häufig wird eine qualitative Argumentation ausreichen. Nachhaltigkeitsvereinbarungen, die keinen ausreichenden Bezug zu Produktionsverfahren oder Produkten der beteiligten Unternehmen haben, sondern nur allgemein dem Umweltschutz dienen, sind der Effizienzrechtfertigung nicht zugänglich. Hier kommt eine Ausnahmegenehmigung durch den Bundesrat in Betracht, wenn es der Gesetzgeber nicht vorzieht, selbst Regeln für das betreffende Anliegen zu erlassen.

## Résumé

Même si les questions de durabilité doivent être résolues en premier lieu par la politique environnementale, des accords de durabilité entre les entreprises peuvent être conclus. Le droit de la concurrence est suffisamment souple à cet égard pour qu'il n'y ait pas de véritable conflit d'objectifs entre la protection de la concurrence et celle de l'environnement. Il convient d'examiner dans chaque cas attentivement s'il existe un accord en matière de concurrence qui réunit les éléments constitutifs énoncés dans la disposition légale concernée, ce qui n'est pas le cas si seules les exigences prévues par le droit de l'environnement sont affirmées. En outre, les simples labels environnementaux ne sont pas considérés comme des restrictions à la concurrence. Si la concurrence est affectée de manière notable, une justification pour des motifs d'efficacité économique est requise en vertu de l'art. 5 al. 2 LCart, ce qui présuppose un lien suffisant avec les processus de production ou les produits des parties à l'accord. Des incertitudes existent quant à la nécessité de quantifier les avantages et les inconvénients pour parvenir à une telle justification. Selon le point de vue exprimé ici, aucune exigence excessive ne devrait être imposée compte tenu des coûts et incertitudes liés à une clarification empirique. Dans la majorité des cas, une argumentation qualitative suffira. Les accords de durabilité qui ne présentent pas de lien suffisant avec les processus de production ou les produits des entreprises impliquées, mais servent uniquement la protection de l'environnement de manière générale, ne se prêtent pas à la justification pour des motifs d'efficacité économique. Dans ce cas, une autorisation exceptionnelle du Conseil fédéral peut être envisagée si le législateur préfère ne pas édicter lui-même des règles applicables au sujet en question.