

# Grünes Kartellrecht: Wettbewerbspolitisches Plädoyer für einen «*more environmental approach*»

## Kartellrechtliche Handlungsspielräume für die Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Anwendung des schweizerischen Kartellrechts

Die Bewahrung der Umwelt erweist sich immer mehr als überlebenskritische gesellschaftliche Generationenaufgabe. Obschon der Fokus auf staatlichen Massnahmen liegt, ist auch die Mitwirkung der Wirtschaft und damit der den Regeln des Kartellgesetzes unterstehenden Marktteilnehmer unabdingbar. Das schweizerische Kartellgesetz verfügt über vielfältige Schnittstellen für die wettbewerbliche Berücksichtigung von Umweltbelangen. Dies betrifft insbesondere die Beurteilungsgrundsätze für Wettbewerbsbeschränkungen durch Umweltabreden und die Berücksichtigungsfähigkeit pro-kompetitiver Umwelteffizienzen. Die Wettbewerbsbehörden stehen dabei im Sinne eines «*more environmental approach*» in der Verantwortung, die Voraussetzungen für eine Rechtssicherheit vermittelnde umweltschutzrechtliche Anwendungspraxis zu schaffen und damit die Transformation in eine grüne zukunftsfähige Wirtschaft proaktiv mitzugestalten.

I.	Das Umweltkartellrecht als neue wettbewerbspolitische Herausforderung	164
II.	Umweltkartellrechtliche Schnittstellen und Beurteilungsgrundsätze	165
	1. Umweltbereichsausnahme gemäss Art. 3 Abs. 1 KG	165
	2. Umweltkartellkontrolle gemäss Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 KG	166
	3. Umweltmissbrauchskontrolle gemäss Art. 4 Abs. 2 und 2 <sup>bis</sup> i.V.m. Art. 7 KG	168
	4. Umweltfusionskontrolle gemäss Art. 4 Abs. 3 i.V.m. Art. 9 und 10 KG	169
	5. Umwelteffizienzen gemäss Art. 5 Abs. 2 KG und Art. 7 KG	169
	6. Umweltausnahmezulassung gemäss Art. 8 und 11 KG	171
III.	Fazit und Plädoyer für einen « <i>more environmental approach</i> »	171

### Zitiervorschlag:

FRANK BREMER / MICHÈLE RITZ, Grünes Kartellrecht: Wettbewerbspolitisches Plädoyer für einen «*more environmental approach*», *sui generis* 2022, S. 163

Dr. Frank Bremer, LL.M., Rechtsanwalt in Zürich, Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen ([frank.bremer@swlegal.ch](mailto:frank.bremer@swlegal.ch)). Michèle Ritz, MLaw, LL.M., Gerichtsschreiberin am Bezirksgericht Meilen ([ritz.michele@bluewin.ch](mailto:ritz.michele@bluewin.ch)).

URL: [sui-generis.ch/216](https://sui-generis.ch/216)

DOI: <https://doi.org/10.21257/sg.216>

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International Lizenz.

# I. Das Umweltkartellrecht als neue wettbewerbspolitische Herausforderung

- 1 Der Schutz der Umwelt ist zur existenziellen Herausforderung für den Fortbestand der Menschheit geworden oder in den unzeremoniellen Worten des UN-Generalsekretärs: «*To put it simply, the state of the planet is broken.*»<sup>1</sup> Mit dem im Jahr 2015 verabschiedeten Übereinkommen von Paris hat die internationale Staatengemeinschaft den Klimawandel als akute globale Bedrohung anerkannt und eine Begrenzung der globalen Erwärmung auf deutlich unter 2 °C und möglichst 1,5 °C beschlossen.<sup>2</sup> Der im Jahr 2022 publizierte 6. IPCC-Sachstandsbericht hält fest, dass bereits bei einem Überschreiten des 1,5 °C-Ziels (*overshoot*) einige Folgen des Klimawandels unumkehrbar sein werden.<sup>3</sup> Damit einhergehend werden in der Literatur verstärkt Forderungen nach der Erforschung katastrophischer Klimarisiken erhoben.<sup>4</sup> Mit der im Jahr 2015 beschlossenen Agenda 2030 wurden von den UN-Mitgliedstaaten 17 Ziele für nachhaltige Entwicklung (Sustainable Development Goals, SDG) definiert.<sup>5</sup> Einen wichtigen Schritt zur Energiewende stellt der auf der 26. UN-Klimakonferenz (COP26) beschlossene Klimapakt dar, welcher erstmals den Abbau (*phasedown*) der Kohleenergie und die Beendigung ineffizienter Subventionen für fossile Energieträger vorsieht.<sup>6</sup>
- 2 Die Europäische Kommission hat im Jahr 2019 zur Umsetzung der Agenda 2030 den Green Deal als Wachstumsstrategie für eine ressourceneffiziente und wettbewerbsfähige Wirtschaft ins Leben gerufen.<sup>7</sup> Im September 2020 veröffentlichte die Europäische Kommission einen *call for contributions* für den Beitrag der Wettbewerbspolitik zum Green Deal.<sup>8</sup> Die Europäische Kommission hat in der Folge die Bedeutung einer grünen Wettbewerbs-

politik anerkannt.<sup>9</sup> Der Green Deal hat vor diesem Hintergrund massgeblichen Einfluss auf die Revision spezifischer Wettbewerbsregeln der EU namentlich im Rahmen der dazu stattfindenden öffentlichen Konsultationen.<sup>10</sup>

Die Schweiz trägt aufgrund ihres hohen Ressourcenverbrauchs pro Kopf eine Mitverantwortung für das Überschreiten planetarer Belastungsgrenzen.<sup>11</sup> Gleichzeitig ist der Umweltschutz in der schweizerischen Rechtsordnung seit langem fest verankert und nimmt einen hohen Stellenwert ein.<sup>12</sup> Gemäss Art. 2 BV<sup>13</sup> setzt sich der Bund für die dauerhafte Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen ein. Art. 74 BV erteilt dem Bund die Kompetenz zum Erlass von Umweltschutzvorschriften; diesem Auftrag ist der Bund mit dem Umweltschutzgesetz nachgekommen.<sup>14</sup> Nachhaltige Entwicklung ist sodann seit 1999 ein Verfassungsauftrag an Bund und Kantone. Art. 73 BV fordert von ihnen, ein ausgewogenes Verhältnis zwischen der Erneuerungsfähigkeit der Natur und ihrer Beanspruchung durch den Menschen anzustreben. Daneben finden sich klima- und umweltschutzrechtliche Bestimmungen in zahlreichen weiteren Erlassen wie dem Gewässerschutzgesetz<sup>15</sup>, dem Energiegesetz<sup>16</sup> oder dem Natur- und Heimatschutzgesetz.<sup>17</sup> Umweltbelange werden somit primär durch die Umweltgesetzgebung verfolgt.

Damit stellt sich die Frage nach der ökologischen Dimension des schweizerischen Kartellrechts, das heisst, inwieweit Umweltbelange unter die Regelungsmaterie des Kartellgesetzes fallen.<sup>18</sup> Diese Problemstellung ist umso drängender, als anerkannt ist, dass die Umweltschutzziele durch die regulatorischen Vorgaben der Umweltge-

1 Secretary-General's address at Columbia University: «The State of the Planet», 2. Dezember 2020.

2 Paris Agreement under the United Nations Framework Convention on Climate Change 2015, adopted by Conference of the Parties, 21<sup>st</sup> Session Paris, 30. November – 11. Dezember 2015, FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1; Die Schweiz hat das Übereinkommen am 6. Oktober 2017 ratifiziert (Klimaübereinkommen von Paris; SR 0.814.012).

3 Climate Change 2022, Impacts, Adaptation and Vulnerability Summary for Policymakers, Working Group II contribution to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change.

4 LUKE KEMP et al., Climate Endgame: Exploring catastrophic climate change scenarios, PNAS 2022.

5 United Nations, General Assembly, Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, A/RES/70/1, 21. Oktober 2015.

6 Decision /CP.26, Glasgow Climate Pact.

7 Europäische Kommission, Der Europäische Grüne Deal, Brüssel, 11. Dezember 2019, COM(2019) 640 final.

8 Europäische Kommission, Competition Policy supporting the Green Deal: Call for contributions.

9 Europäische Kommission, Competition policy's contribution: The time is right for DG Competition to green competition policy.

10 So etwa die öffentliche Konsultation zu den Entwürfen der überarbeiteten Vorschriften für Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit zwischen Unternehmen; vgl. Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 1. März 2022, IP/22/1371.

11 Vgl. Bundesamt für Umwelt (BAFU), Massnahmen des Bundes für eine ressourcenschonende, zukunftsfähige Schweiz (Grüne Wirtschaft), 19. Juni 2020, S. 2 ff.

12 Zur Entwicklung der Umweltpolitik in der Schweiz über die Jahre vgl. KARIN INGOLD / EVA LIEBERHERR / ISABELLE SCHLÄPFER / KATRIN STEINMANN / WILLI ZIMMERMANN, Umweltpolitik in der Schweiz, Zürich/St. Gallen 2016, S. 17 ff.; BARBARA SCHMIDHAUSER, Kartellrecht und Umweltschutz – Schweiz, Deutschland, Europäische Gemeinschaft, 1993, S. 39 ff.

13 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

14 Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (USG; SR 814.01).

15 Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer vom 24. Januar 1991 (GSchG; SR 814.20).

16 Energiegesetz vom 30. September 2016 (EnG; SR 730.0).

17 Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (NHG; SR 451).

18 Zur begrifflichen Bestimmung von Umweltbelangen kann insbesondere Art. 1 USG herangezogen werden. Davon zu unterscheiden ist das Konzept der Nachhaltigkeit gemäss Art. 73 BV. Umweltbelange sind ein Teilgehalt des Nachhaltigkeitsbegriffs und von letzterem zu unterscheiden.

setzung in vielen Fällen nur unzureichend verwirklicht werden.<sup>19</sup> Das Kartellgesetz<sup>20</sup> gilt gemäss Art. 2 Abs. 1 KG für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen. Soweit Umweltbelange einen entsprechenden Wettbewerbsbezug aufweisen, ist der breite Anwendungsbereich des Kartellgesetzes eröffnet. Das schweizerische Kartellgesetz und dessen Ausführungsbestimmungen enthalten mit Ausnahme der KFZ-Bekanntmachung<sup>21</sup> keine speziellen umwelt(schutz)bezogenen Regelungen. In der Anwendungspraxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden spielten Umweltbelange bisher nur eine untergeordnete Rolle.<sup>22</sup> Auch das Fallrecht der Europäischen Kommission und der Wettbewerbsbehörden der EU-Mitgliedstaaten bot bisher nur eine begrenzte Orientierungshilfe.<sup>23</sup> Für die Unternehmen resultiert daraus ein hohes Mass an Rechtsunsicherheit, welches durch die Gefahr hoher Bussen für direkt sanktionierbare Kartellverstösse akzentuiert wird.<sup>24</sup>

5 Mit dem Beitrag soll die Berücksichtigungsfähigkeit von Umweltbelangen bei der Anwendung des Kartellgesetzes näher beleuchtet werden. Hierzu werden die wesentlichen umweltkartellrechtlichen Schnittstellen aufgezeigt. Erörtert werden namentlich der anwendungsbereichsbezogene Vorbehalt anderer Vorschriften (Rn. 6 ff.) sowie die materiellen Bestimmungen betreffend Wettbewerbsabreden (Rn. 9 ff.), missbräuchliche Verhaltensweisen (Rn. 15 ff.), Unternehmenszusammenschlüsse (Rn. 18), Rechtfertigungsgründe (Rn. 19 ff.) sowie die ausnahmsweise Zulassung aus überwiegenden öffentlichen Interessen (Rn. 24). Es werden diesbezüglich jeweils allgemeine Beurteilungsgrundsätze und potentielle kartellrechtliche Risikobereiche für Marktverhalten mit wettbewerbsrelevantem Umweltbezug skizziert. Abschliessend werden Vorschläge und Anregungen für einen «*more environ-*

19 Vgl. ANDREAS HEINEMANN, Nachhaltigkeitsvereinbarungen, sic! 2021, S. 216.

20 Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251).

21 Gemäss Art. 17 KFZ-Bekanntmachung sind Abreden zwischen Kraftfahrzeuganbietern und Mitgliedern eines Vertriebsystems, die den Zugang von unabhängigen Marktteilnehmern zu den für Umweltschutzmassnahmen erforderlichen technischen Informationen, Diagnosegeräte sowie anderen Geräten und Werkzeugen nebst einschlägiger Software oder die fachlichen Unterweisungen verweigern, als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigungen des Wettbewerbs zu betrachten.

22 Zu nennen sind insbesondere folgende Fälle: RPW 2021/3, S. 614 ff., *Maximale Produzenten-/Konsumentenpreisrelationen bei Fleisch*; RPW 2020/4a, S. 1541 ff.; *SwissZinc AG*; RPW 2020/1, S. 78 ff., *KTB-Werke*; RPW 2016/4, S. 914 ff., *Zulässigkeit des Konzepts der Datenerhebung und -verteilung der cemsuisse*; RPW 2005/2, S. 251 ff., *Swico/Sens*; RPW 2005/1, S. 239 ff., Rz. 10, *Klimarappen*.

23 Für eine Übersicht vgl. HEINEMANN (Fn. 19), S. 217 ff.

24 Art. 49a Abs. 1 KG. Die Maximalsanktion beträgt bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes (Art. 49a Abs. 1 KG).

*mental approach*» als Diskussionsanlass für die Entwicklung eines pragmatisch innovativen schweizerischen Umweltkartellrechts unterbreitet (Rn. 26 ff.).

## II. Umweltkartellrechtliche Schnittstellen und Beurteilungsgrundsätze

### 1. Umweltbereichsausnahme gemäss Art. 3 Abs. 1 KG

Die Umweltgesetzgebung kann vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG normieren, welche den Wettbewerb aufgrund einer staatlichen Markt- oder Preisordnung (Bst. a) oder aufgrund einzelner, den Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben übertragener besonderer Rechte (Bst. b) ausschliessen.<sup>25</sup>

Die Bereichsausnahme nach Art. 3 Abs. 1 KG ist gemäss 7 Rechtsprechung restriktiv auszulegen.<sup>26</sup> Ein Wettbewerbsausschluss ist nur dann anzunehmen, wenn die nicht kartellgesetzlichen Vorschriften eine ausschliessliche Anwendung im Verhältnis zum Kartellgesetz beanspruchen, indem sie wettbewerbsmodifizierendes Verhalten verordnen oder zulassen.<sup>27</sup> Zu beachten ist, dass selbst im Falle einer Bereichsausnahme nach Art. 3 Abs. 1 KG Unternehmen nicht integral vom Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ausgenommen sind, sondern jeweils nur relativ in Bezug auf die unter die vorbehaltenen Vorschriften fallenden Tätigkeiten.<sup>28</sup>

Aus dem Vorstehenden folgt, dass die Umweltgesetz- 8 gebung als solche noch keine kartellrechtliche Bereichsausnahme gemäss Art. 3 Abs. 1 KG begründet. Umwelt- und wettbewerbsschützende Normen regeln Sachverhalte grundsätzlich nach unterschiedlichen Gesichtspunkten und gelangen daher nebeneinander zur Anwendung. Die Umweltgesetzgebung bildet insoweit eine Rahmenordnung, innerhalb welcher Wettbewerb stattzufinden hat und wettbewerbsschützende Normen zu verwirklichen sind. Ein Wettbewerbsausschluss wird somit nur ausnahmsweise anzunehmen sein, wenn der durch eine hinreichend klare gesetzliche Grundlage bezweckte Umweltschutz gerade mit ausserwettbewerblichen Mitteln erreicht werden soll.<sup>29</sup> Im Gutachten *Klimarappen* betreffend die von der Erdölvereinigung vorgeschlagene

25 Zum Ganzen vgl. ROLF H. WEBER, in: Zäch et al. (Hrsg.), Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG), Zürich 2018, Art. 3 (zit. DIKE-KG-BEARBEITER:IN).

26 Vgl. BGE 141 II 66 E. 2.2.3.

27 Vgl. BGE 141 II 66 E. 2.2.3.

28 Zur Relativität des Wettbewerbsausschlusses vgl. MARKUS SCHOTT, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021, Art. 3 Abs. 1, N 7 ff. (zit. BSK-KG-BEARBEITER:IN).

29 Vgl. HEINEMANN (Fn. 19), S. 220 f.

freiwillige Abgabe von 1 bzw. 1.6 Rappen pro Liter Treibstoff als CO<sub>2</sub>-mindernde Massnahme verneinte die WEKO das Vorliegen vorbehaltener Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG mit Blick auf ihre privatrechtliche Basis. Hingegen hielt die Wettbewerbsbehörde fest, dass die Erhebung des Klimarappens eine staatliche Markt- oder Preisordnung nach Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG begründen würde, wenn im Gesetz, das heisst gestützt auf eine gesetzliche Grundlage, insbesondere dessen Höhe und der Kreis der Abgabepflichtigen festgelegt würden.<sup>30</sup> Das Sekretariat der WEKO hat sich zuletzt in der Vorabklärung *SwissZinc AG* vertieft mit einem möglichen Wettbewerbsausschluss nach Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG in Bezug auf die Umweltgesetzgebung auseinandergesetzt und diesen in casu für Art. 31c Abs. 3 USG (Zuweisung von Einzugsgebieten für die Abfallentsorgung) und Art. 12 Abs. 2 VVEA<sup>31</sup> (Verwertungspflicht nach dem Stand der Technik) abgelehnt.<sup>32</sup>

## 2. Umweltkartellkontrolle gemäss Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 KG<sup>33</sup>

- 9 Unternehmen sind grundsätzlich auch in Bezug auf Umweltfaktoren verpflichtet, ihre Wettbewerbsposition eigenständig festzulegen. Als wettbewerbliches Differenzierungskriterium gewinnen Umweltfaktoren immer stärker an Bedeutung und können massgeblich die Zahlungsbereitschaft der Konsumenten und die Qualität von Produkten und Dienstleistungen bestimmen.<sup>34</sup> In der Praxis der Wettbewerbsbehörden wurde beispielsweise die umweltgerechte Produktion ausdrücklich als möglicher Wettbewerbsfaktor anerkannt.<sup>35</sup> Verzichtenden miteinander im Wettbewerb stehende Unternehmen einvernehmlich auf ihre Handlungsfreiheit in Bezug auf umweltbezogene Wettbewerbsparameter, dürfte typischerweise eine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG zu bejahen sein.<sup>36</sup> Grundsätzlich kritisch zu sehen ist daher auch die Anerkennung einer tatbestandsbezogenen Umweltausnahme analog dem Drei-Stufen-Test des EuGH für den Bereich verbandsbezogener Sportregeln in der Rechtssache *Meca-Medina*.<sup>37</sup>

30 Vgl. RPW 2005/1, S. 239 ff., Rz. 10, *Klimarappen*.

31 Verordnung über die Vermeidung und die Entsorgung von Abfällen vom 4. Dezember 2015 (Abfallverordnung, VVEA; SR 814.600).

32 Vgl. RPW 2020/4a, S. 1541 ff., Rz. 106 ff., *SwissZinc AG*.

33 Betrachtet werden nachfolgend ausschliesslich horizontale Wettbewerbsabreden. Umweltabreden können auch in vertikalen oder konglomeraten Wettbewerbsbeziehungen auftreten. Eine vertikale Umweltabrede wäre beispielsweise die Verpflichtung von Abnehmern, zur Reduktion von Transporten Waren ausschliesslich über den lokalen Grosshändler zu beziehen.

34 Zum Begriff des Wettbewerbsparameters vgl. DIKE-KG-BANGERTER/ZIRLICK, Art. 4 Abs. 1, N 118.

35 Vgl. RPW 2016/4, S. 914 ff., Ziff. 2.2.1, *Zulässigkeit des Konzepts der Datenerhebung und -verteilung der cemsuisse*.

36 Vgl. RPW 2016/4, S. 914 ff., Ziff. 2.2.1., *Zulässigkeit des Konzepts der Datenerhebung und -verteilung der cemsuisse*.

37 Vgl. Urteil des EuGH C-519/04 P vom 18. Juli 2006 (*Meca-Medina und Majcen gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften*).

Es kommen unter anderem folgende Arten umweltbezogener Wettbewerbsabreden in Betracht:

- Umweltschutzvereinbarungen<sup>38</sup>: Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die im weitesten Sinne Zwecke des Umweltschutzes verfolgen wie beispielsweise umweltschonendere Produktionsprozesse oder ökologisch verträgliche Produkte und Dienstleistungen (bspw. Abrede von Produzenten, ausschliesslich biologisch abbaubares Verpackungsmaterial zu verwenden);
- Umweltschädigungsvereinbarungen: Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die im weitesten Sinne darauf gerichtet sind, die Erfüllung bestimmter gesetzlicher oder freiwilliger Umweltstandards zu vermeiden (bspw. Abrede von Landwirtschaftsbetrieben, Bio-Labels zu boykottieren);
- Umwelthanpassungsvereinbarungen: Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die im weitesten Sinne die Anpassung an Umweltveränderungen bzw. die Abmilderung der Folgen von Umweltschäden ermöglichen sollen (bspw. Abreden zur gemeinsamen Beschaffung bei umweltbedingten Lieferengpässen);
- Umwelt-Lobbying-Vereinbarungen: Vereinbarungen zwischen Unternehmen, um insbesondere auf politische Umweltvorhaben oder die Umweltgesetzgebung Einfluss zu nehmen (bspw. Abstimmung der Positionen und Koordination der Öffentlichkeitsarbeit in Bezug auf eine aktuelle umweltpolitische Gesetzesvorlage zwischen Unternehmen einer Wirtschaftsbranche).

Für die kartellrechtliche Beurteilung primär massgeblich ist nicht die Art der Umweltabrede, sondern der von der Umweltabrede betroffene Wettbewerbsparameter. Werden durch die Umweltabrede Preise festgesetzt, Mengen eingeschränkt, Marktteilnehmer ausgeschlossen oder Märkte aufgeteilt, liegt eine Kernbeschränkung vor (Art. 5 Abs. 3 Bst. a bis c KG). In diesem Fall wird die Beseitigung des Wettbewerbs vermutet bzw. bei Widerlegung dieser Vermutung in der Regel die erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 1 KG angenommen.<sup>39</sup> Umweltabreden, welche die vorgenannten Kernbeschränkungen enthalten, haftet daher vorbehaltlich einer Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG ein erhebliches Unzulässigkeits- und Sanktionsrisiko an. Als ein Anwendungsfall kommen beispielsweise Wettbewerbsverzichtvereinbarungen betreffend die Über-

Zweifelhaft wäre überdies, inwieweit sich der Drei-Stufen-Tests auf das Schweizer Kartellrecht übertragen lässt; vgl. RPW 2021/3, S. 603 ff., Rz. 72, *Einführung Financial Fairplay in der National League*.

38 Als ein Unterfall können beispielsweise Umweltnormenvereinbarungen genannt werden.

39 Vgl. allgemein die Kommentierung zu Art. 5 Abs. 3 KG BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5, N 362 ff.



erfüllung von Umweltmindeststandards in Betracht.<sup>40</sup> Diese können gegebenenfalls als Produktionsbeschränkung in Bezug auf die Qualität von Waren oder Dienstleistungen so etwa hinsichtlich der Umweltverträglichkeit qualifiziert werden.<sup>41</sup>

12 Eine Ausnahme vom Grundsatz der Erheblichkeit ist für Umweltschutzvereinbarungen zu erwägen.<sup>42</sup> Nach der hier vertretenen Ansicht sind diese ihrer Natur nach nicht schädlich, solange es sich nicht um verschleierte Kartelle handelt. Hierfür spricht auch der Entwurf der überarbeiteten EU-Horizontalleitlinien, wonach die Tatsache, dass eine Vereinbarung tatsächlich ein Nachhaltigkeitsziel verfolgt, bei der Beurteilung, ob eine bezweckte oder bewirkte Beschränkung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV<sup>43</sup> vorliegt, berücksichtigt werden kann.<sup>44</sup> Die Erheblichkeit sollte deshalb bei genuinen Umweltschutzvereinbarungen für jeden Einzelfall nach qualitativen und quantitativen Kriterien geprüft werden. Es liegt nahe, diese Sichtweise auch auf Umweltpassungsvereinbarungen zu übertragen.

13 Für die Erheblichkeit von Umweltafreden ohne Kernbeschränkungen ist stets sowohl auf qualitative wie auch quantitative Gesichtspunkte abzustellen. Von besonderem Interesse ist dabei die Behandlung von Umweltschädigungsvereinbarungen. Diese könnten als Afreden angesehen werden, die den Wettbewerb typischerweise qualitativ schwerwiegend beeinträchtigen. Massgeblich ist grundsätzlich die Bedeutung, die der von der Afrede betroffene Wettbewerbsparameter auf dem fraglichen Markt aufweist.<sup>45</sup> In vielen Fällen dürfte die Umweltverträglichkeit von Produkten und Dienstleistungen noch kein ausschlaggebendes Auswahlkriterium sein. So wäre beispielsweise bei einer Afrede über die Nichtreparierbarkeit von niederpreisigen technischen Geräten fraglich, ob angesichts der Präferenz der Konsumenten zum Neuerwerb solcher Produkte ein gewichtiger Wettbewerbsparameter betroffen ist.<sup>46</sup> Es könnte jedoch geltend

40 Vgl. Europäische Kommission, Beschluss der Kommission vom 8. Juli 2021, C(2021) 4955 final, AT.40178 - *Pkw-Emissionen*. Auch das Sekretariat der WEKO hat die Möglichkeit von Übererfüllungswettbewerb in Bezug auf die Reduktion von Emissionswerten anerkannt; vgl. RPW 2016/4, S. 914 ff., Ziff. 2.2.1, *Zulässigkeit des Konzepts der Datenerhebung und -verteilung der cemsuisse*.

41 Vgl. zu den unterschiedlichen Erscheinungsformen von Produktionsbeschränkungen DIKE-KG-BANGERTER/ZIRLICK, Art. 5, N 430.

42 Siehe allgemein zur Frage der Durchbrechung der grundsätzlichen Erheblichkeit, vgl. DIKE-KG-ZIRLICK/BANGERTER, Art. 5, N 193; RPW 2020/2, S. 405 ff., Rz. 61 f., *Einkaufskooperation*; RPW 2021/1, S. 90 ff., Rz. 188, *Dauer-ARGE Graubünden*.

43 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. (EU) C 202 vom 7. Juni 2016 (AEUV).

44 Vgl. Europäische Kommission, Entwurf der überarbeiteten Horizontalleitlinien, ABl. (EU) C 164/1 vom 19. April 2022, Rz. 559.

45 DIKE-KG-ZIRLICK/BANGERTER, Art. 5, N 204.

46 Die Nichtreparierbarkeit technischer Geräte könnte allenfalls als eine grundsätzlich erhebliche Einschränkung von Produktionsmengen gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG betrachtet werden.

gemacht werden, dass die geringe Wettbewerbsrelevanz von Umweltgütern gerade Folge eines Marktversagens ist, weil die negativen Auswirkungen (Externalitäten) auf die Umwelt von den Marktteilnehmern bzw. Konsumenten nicht durch umweltkostengerechte Marktpreise internalisiert werden.<sup>47</sup> Im erwähnten Beispielsfall liesse sich argumentieren, dass die qualitative Schwere unter besonderer Berücksichtigung umweltbezogener Faktoren wie unter anderem die mit dem Neuerwerb einhergehenden Umweltkosten in Bezug auf den Ressourcenverbrauch, den CO<sub>2</sub>-Ausstoss, Schadstoffemissionen oder die Abfallerzeugung zu prüfen ist, wobei die Wertungen der Umweltgesetzgebung miteinzubeziehen wären. Zu konzedieren ist, dass die umweltökonomische Erfassung von Externalitäten mit grossen Unsicherheiten und hohem Untersuchungsaufwand verbunden ist und daher die weitere Entwicklung dieses Forschungsfeldes abzuwarten bleibt.<sup>48</sup> Liegt eine qualitativ schwerwiegende Umweltschädigungsvereinbarung vor, sind in quantitativer Hinsicht, namentlich an die Höhe des Marktanteils, nur noch geringe Anforderungen zu stellen, so dass überwiegend von einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung auszugehen wäre.<sup>49</sup>

Grundsätzlich unproblematisch sind schliesslich Umweltafreden, die bereits keine Wettbewerbsparameter gemäss Art. 4 Abs. 1 KG beschränken. Hierzu können insbesondere Vereinbarungen gerechnet werden, mit denen sich Unternehmen verpflichten, gesetzliche Umweltvorschriften zu beachten, vorausgesetzt, sie bleiben frei, strengere Umweltstandards zu erfüllen.<sup>50</sup> Auch Vereinbarungen über Informationskampagnen zur Aufklärung und Sensibilisierung der Kunden für Umweltthemen und umweltbewussten Konsum sind generell unkritisch unter der Bedingung, dass kein gemeinsames Marketing für Produkte erfolgt.<sup>51</sup> In einem Graubereich sind dagegen Umwelt-Lobbying-Vereinbarungen anzusiedeln. Diese begegnen namentlich dann kartellrechtlichen Bedenken, wenn es zu einem Austausch wettbewerbssensibler Informationen kommt<sup>52</sup> oder wenn bewusst durch marktbezogene Informationen die Irreführung von öffentlichen Stellen angestrebt wird, um wett-

47 Zur Ökologisierung im Sinne der Internalisierung externer Effekte im Kontext des Vergaberechts vgl. RPW 2006/2, S. 392 ff., Ziff. 6.4.4, *Wettbewerb und Vergaberecht - Wettbewerbspolitische Analyse des Vergaberechts der Schweiz, insbesondere des Vergaberechts des Bundes*.

48 Vgl. HEINEMANN (Fn. 19), S. 225.

49 Zu den Grundsätzen der Gesamtbetrachtung qualitativ und quantitativer Aspekte der Erheblichkeit vgl. DIKE-KG-ZIRLICK/BANGERTER, Art. 5, N 224 ff.

50 HEINEMANN (Fn. 19), S. 221.

51 Vgl. Europäische Kommission, Entwurf der überarbeiteten Horizontalleitlinien, ABl. (EU) C 164/1 vom 19. April 2022, Rz. 554.

52 Zum Austausch umweltbezogener Daten vgl. RPW 2016/4, S. 914 ff., Ziff. 2.2, *Zulässigkeit des Konzepts der Datenerhebung und -verteilung der cemsuisse*.

bewerbsrelevante Umweltstandards zu beeinflussen.<sup>53</sup> Es ist aber stets zu prüfen, ob das Umwelt-Lobbying einen ausreichenden Sachzusammenhang mit einer konkreten unternehmerischen Tätigkeit im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG aufweist.

### 3. Umweltmissbrauchskontrolle gemäss Art. 4 Abs. 2 und 2<sup>bis</sup> i.V.m. Art. 7 KG

- 15 Auch missbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender oder relativ marktmächtiger Unternehmen können die Umwelt betreffen.<sup>54</sup> Die Missbräuchlichkeit ist dabei streng nach den kartellgesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen zu prüfen. Dies bedeutet einerseits, dass nicht jede Verletzung von Umweltvorschriften bereits eine missbräuchliche Verhaltensweise indiziert,<sup>55</sup> und dass andererseits die parallele Anwendbarkeit von Umweltgesetzen eine Missbrauchsprüfung nicht bzw. nur unter den engen Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 KG ausschliesst.
- 16 Aus der Vielzahl denkbarer Konstellationen sollen nachfolgend zur Illustration drei hypothetische umweltbezogene Missbrauchsvarianten diskutiert werden. Ein erster Fall betrifft private Umweltlabels bzw. Umweltstandards. Insbesondere wenn sich diese im Markt durchgesetzt und aufgrund der hohen Kundenakzeptanz eine entscheidende Bedeutung für den Marktzugang erlangt haben, kann eine marktbeherrschende Stellung in Betracht kommen.<sup>56</sup> Die Gefahr einer Missbräuchlichkeit besteht insbesondere dann, wenn Marktteilnehmern die Teilnahme bzw. Verwendung von Umweltlabels bzw. Umweltstandards vollständig verweigert oder nicht zu fairen, zumutbaren und diskriminierungsfreien Bedingungen (FRAND-Bedingungen) gewährleistet wird.<sup>57</sup> Diesfalls könnte primär eine Geschäftsverweigerung (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG) und eine missbräuchliche Diskriminierung von Handelspartnern (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG) erwo-gen werden. Als zweiter hypothetischer Fall ist die Verhinderung von Umweltinnovationen oder umweltfreund-

licheren Produkten und Dienstleistungen zu nennen, indem dafür notwendige Ressourcen, Vorprodukte oder Know-how vom marktbeherrschenden Unternehmen zurückgehalten werden. Neben den vorgenannten Missbrauchsalternativen könnte zusätzlich die missbräuchliche Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG) einschlägig sein. Als abschliessender hypothetischer Fall kommen vertragliche Vorgaben eines marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber Geschäftspartnern in Betracht, durch welche diese zu Herstellungsverfahren, Produktspezifikationen oder Nutzungsbedingungen verpflichtet werden, welche gegen gesetzliche Umweltvorschriften verstossen. Hierin könnte eine Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen erblickt werden (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG). Der Verstoss gegen Umweltvorschriften ist keine zwingende Bedingung für die Unangemessenheit von Geschäftsbedingungen. Demgemäss kann auch die Beschränkung der Übererfüllung von Umweltstandards missbräuchlich sein. Es ist stets zu beachten, dass Verhaltensweisen nach Art. 7 Abs. 2 KG nicht per se unzulässig sind. Wie das Bundesgericht ausdrücklich festgehalten hat, sind gemäss Art. 7 Abs. 1 KG zusätzlich die Wirkungen relevant, das heisst, ob andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt wird.<sup>58</sup> Umweltbezogene missbräuchliche Verhaltensweisen setzen somit entsprechend den allgemeinen Tatbestandsanforderungen eine im Wege der Einzelfallanalyse zu ermittelnde Wettbewerbschädigung voraus.<sup>59</sup>

Eine Verhaltensweise ist nur dann missbräuchlich, wenn für diese keine sachlichen Gründe (sog. *Legitimate Business Reasons*) bestehen. Neben Effizienzgründen (siehe Rn. 19 ff.) sind betriebswirtschaftliche Gründe (kaufmännische Grundsätze) zu prüfen. Solche bestehen im Falle einer objektiven Notwendigkeit, das heisst, vom marktbeherrschenden Unternehmen unabhängigen Marktumständen, wie beispielsweise Gesundheitsschutz- und Sicherheitsgründe.<sup>60</sup> Auch Umweltschutzgründe wurden ausdrücklich als kaufmännische Grundsätze anerkannt.<sup>61</sup> Für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit einer Verhaltensweise ist daraus abzuleiten, dass beispielsweise die Befolgung gesetzlicher Umweltvorgaben, umweltbedingte Kapazitätsengpässe oder Geschäftsanpassungen aufgrund ökologischer Nachfrageänderungen

53 Vgl. allgemein zur kartellrechtlichen Problematik irreführender Informationen ANDREAS HEINEMANN / PATRICIA MARTINA HAGER, Über Wahrheit und Lüge im wettbewerbsrechtlichen Sinn, in: Portmann/Heiss/Isler/Thouvenin (Hrsg.), Gedenkschrift für Claire Huguenin, Zürich 2020, S. 158 ff.

54 Im Folgenden wird nur der Missbrauch einer Einzelmarktbeherrschung beleuchtet. Analoge Probleme ergeben sich auch für missbräuchliche Verhaltensweisen kollektiv marktbeherrschender Unternehmen.

55 Für umweltbezogene missbräuchliche Verhaltensweisen stellen sich somit dieselben Anwendungsfragen wie bspw. für die kartellrechtliche Relevanz der Verletzung datenschutzrechtlicher oder arbeitsrechtlicher Bestimmungen; vgl. ANDREAS HEINEMANN, Kartellrecht auf Arbeitsmärkten, WuW 2020, S. 380.

56 Zudem unterliegt die Zusammenarbeit von Wettbewerbern im Rahmen einer Normungsorganisation den Regeln über Wettbewerbsabreden gemäss Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 KG.

57 Vgl. Europäische Kommission, Horizontalleitlinien, ABl. (EU) C 11/1 vom 14. Januar 2011, Rz. 285.

58 Vgl. BGE 146 II 217 E. 8.3.3, *Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL*.

59 Vgl. BGE 146 II 217 E. 4.1, *Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL*.

60 Vgl. RPW 2021/1, S. 227 ff., Rz. 166 ff., *Netzbaustrategie Swisscom*.

61 RPW 2021/1, S. 227 ff., Rz. 189, *Netzbaustrategie Swisscom*; RPW 2020/4a, S. 1541 ff., Rz. 199 ff., *SwissZinc AG*. Das Verhältnis zwischen betriebswirtschaftlichen Gründen (kaufmännischen Grundsätzen) und Effizienzgründen ist in Bezug auf Umweltschutzgründe unklar. Insbesondere ist offen, inwieweit unter beiden Kategorien unterschiedliche Umweltaspekte geltend gemacht werden können.

*Legitimate Business Reasons* darstellen können. Der Umweltschutz als solcher genügt dagegen grundsätzlich nicht, kann aber gegebenenfalls unter den entsprechenden Voraussetzungen als Umwelteffizienz geltend gemacht werden (siehe Rn. 19 ff.). Soweit Umweltstandards den marktbeherrschenden Unternehmen Umsetzungsspielräume belassen, ist gemäss dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz die den Wettbewerb am wenigstens beschränkende Verhaltensalternative zu wählen (Erforderlichkeit). Schliesslich ist Umweltaspekten im Rahmen der Angemessenheitsprüfung (Verhältnismässigkeit im engeren Sinne) ein hohes Gewicht beizumessen.<sup>62</sup>

#### 4. Umwelfusionskontrolle gemäss Art. 4 Abs. 3 i.V.m. Art. 9 und 10 KG

18 Materieller Beurteilungsmaßstab der Zusammenschlusskontrolle ist gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a und b KG, ob das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, und ob eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt wird, der die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt.<sup>63</sup> Umweltbezogene Wettbewerbsfaktoren dürften für sich alleine faktisch niemals die Möglichkeit einer Beseitigung des Wettbewerbs begründen, sind aber nach Massgabe ihrer Marktbedeutung in die Gesamtbetrachtung miteinzubeziehen. Mit der im Rahmen der KG-Revision geplanten Einführung des SIEC-Tests dürften umweltwettbewerbliche Aspekte in der Fusionskontrolle an Bedeutung gewinnen.<sup>64</sup> Davon strikt zu unterscheiden sind blosse umweltpolitische Aspekte. Die WEKO hat betont, dass in der Zusammenschlusskontrolle nach dem Kartellgesetz rein wettbewerbliche und keine verkehrs- und umweltpolitischen Aspekte zu prüfen sind.<sup>65</sup> Umweltbelange können also nur dann in der Zusammenschlusskontrolle berücksichtigt werden, wenn sie einen unmittelbaren wettbewerblichen Marktfaktor betreffen. Dies gilt namentlich auch für die Beurteilung von Effizienzvorteilen im Rahmen der Fusionskontrolle.<sup>66</sup> Grundsätzlich sind deshalb auch wettbewerbliche Umwelteffizienzen fusionskontroll-

rechtlich berücksichtigungsfähig.<sup>67</sup> Schliesslich ist zu erwähnen, dass sich die WEKO bei der Prüfung der *Failing Company Defence* in einem Fall massgeblich auf die Marktwirkungen der Umweltgesetzgebung abgestützt hat. Nach Ansicht der Wettbewerbsbehörde führte im Zusammenschlussvorhaben *Batrec AG – Recymet SA* im Bereich der Batterieverwertung die im Vergleich zum Ausland strengere Umweltschutzgesetzgebung zu hohen Verwertungskosten in der Schweiz, wodurch wirksamer Wettbewerb zwischen verschiedenen Verwertungsunternehmen nicht möglich sei.<sup>68</sup>

#### 5. Umwelteffizienzen gemäss Art. 5 Abs. 2 KG und Art. 7 KG

Der Gesetzgeber hat mit Art. 5 Abs. 2 KG die Möglichkeit 19 vorgesehen, den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Wettbewerbsabreden aufgrund von wirtschaftlichen Effizienzen zu rechtfertigen. Solche Effizienzen sind gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG die Senkung von Herstellungs- oder Vertriebskosten, die Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren, die Förderung von Forschung oder der Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen oder schliesslich die rationellere Ressourcennutzung. Die Wettbewerbsabreden müssen für die Erzielung der Effizienzen notwendig, das heisst verhältnismässig sein.<sup>69</sup> Nicht gerechtfertigt werden können nach Art. 5 Abs. 2 Bst. b KG dagegen Wettbewerbsabreden, die den Unternehmen die Möglichkeit eröffnen, den Wettbewerb zu beseitigen. Es ist davon auszugehen, dass Effizienzgründe trotz noch ausstehender bundesgerichtlicher Klärung dieser Frage<sup>70</sup> als *Legitimate Business Reasons* auch zur Rechtfertigung von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen herangezogen werden können.<sup>71</sup> Die WEKO nimmt hierfür mehrheitlich auf die Praxis der EU-Kommission Bezug<sup>72</sup>, hat sich aber auch schon für die analoge Anwendung von Art. 5 Abs. 2 KG ausgesprochen.<sup>73</sup>

Die Wettbewerbsbehörden haben Umwelteffizienzen vor 20 allem unter dem Effizienzgrund der rationelleren Ressourcennutzung anerkannt und darauf hingewiesen,

62 Gegen eine Verhältnismässigkeitsprüfung im engeren Sinne bei Art. 7 BSK-KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, N 178.

63 Gemäss Art. 10 Abs. 4 KG sind zudem auch die Marktentwicklung sowie die Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb zu berücksichtigen.

64 Zum vorgeschlagenen Wechsel zum SIEC-Test vgl. SECO, Erläuternder Bericht zur Teilrevision des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), 24. November 2021, S. 7 ff.

65 Vgl. RPW 2020/2, S. 658 ff., Rz. 612 SBB/Hupac/Rethmann/GBN. Umgekehrt kann von der Verbesserung des Umweltwettbewerbs eine positive Reflexwirkung auf die Verwirklichung umweltpolitischer Ziele ausgehen.

66 Zur Effizienzprüfung im Rahmen der Fusionskontrolle vgl. DIKE-KG-PRÜMMER, Art. 10, N 162 ff.

67 Allgemein zur Möglichkeit des Effizienzeinwandes aufgrund von Nachhaltigkeitsabwägungen in der Fusionskontrolle vgl. Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, Wettbewerb 2022, Rz. 452 ff.

68 Vgl. RPW 1999/1, S. 175 f., *Zusammenschlussvorhaben Batrec AG - Recymet SA*.

69 Zur Verhältnismässigkeitsprüfung siehe die diesbezüglichen Ausführungen zur Umweltmissbrauchskontrolle in Rn. 15 ff.

70 Vgl. BGE 146 II 217 E. 5.9, *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL*; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4003/2016 vom 10. Mai 2022 E. 9.1.2.

71 Allgemein zur Berücksichtigungsfähigkeit von Effizienzgründen im Rahmen von Art. 7 KG vgl. DIKE-KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 7, N 123 ff.

72 Vgl. RPW 2016/4, S. 920 ff., Rz. 679, *Sport im Pay-TV*.

73 Vgl. RPW 2020/2, S. 433 ff., Rz. 849, *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*.



dass der Begriff der Ressourcen auch natürliche Ressourcen wie Umweltressourcen umfasse.<sup>74</sup> Sodann wurden die Verbesserung der Ökobilanz<sup>75</sup> und die Umweltverträglichkeit von Produkten<sup>76</sup> als Anwendungsbeispiele der Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren erwähnt. Auch wenn Umwelteffizienzen durch die Förderung von Forschung oder der Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen in der Praxis der Wettbewerbsbehörden soweit ersichtlich noch keine Rolle gespielt haben, dürfte dies mit Blick auf Umweltinnovationen in der Zukunft grössere Bedeutung erlangen.<sup>77</sup> Von besonderer Bedeutung könnten diesbezüglich künftig Branchenvereinbarungen zur transparenten Ausweisung der Umweltverträglichkeit von Produkten und Dienstleistungen sein, so dass die Konsumenten die Umweltkosten in ihren Kaufentscheidungen besser einfließen lassen können.<sup>78</sup> Aufgrund der mit Umweltschutzmassnahmen häufig einhergehenden Mehrkosten dürfte die Senkung von Herstellungs- oder Vertriebskosten zwar eine geringere Bedeutung haben. Wird jedoch berücksichtigt, dass beispielsweise Kooperationen betreffend die Beschaffung oder den Betrieb umwelteffizienter Produktionsmittel bei steigenden Energiekosten erhebliche Kostenvorteile generieren können, kann auch dieser Effizienzgrund im Einzelfall vorliegen.<sup>79</sup> Klarzustellen ist, dass Art. 5 Abs. 2 KG ausschliesslich wettbewerbliche Umwelteffizienzen zulässt. Damit ist einer umweltschutzrechtlichen Rückkehr zur Saldomethode eine klare Absage zu erteilen.<sup>80</sup> Dies bedeutet umgekehrt, dass Wettbewerbsbehörden ihrerseits nicht berechtigt sind, im Rahmen der Effizienzprüfung eine allgemeine Umweltfolgenabwägung vorzunehmen.<sup>81</sup>

21 Fraglich ist, wie stark Umwelteffizienzen konkretisiert sein müssen. Dies beschlägt das der Verhältnismässigkeitsprüfung zugrundeliegende legitime Effizienzziel

74 Vgl. RPW 2020/1, S. 78 ff., Rz. 883, *KTB-Werke*; RPW 2012/2, S. 209 ff., Rz. 471, *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*; RPW 2012/2, S. 171 ff., Rz. 350, *FTTH Freiburg*; RPW 2005/2, S. 251 ff., Rz. 92, *Swico/Sens*; RPW 2005/1, S. 239 ff., Rz. 25 ff., *Klimarappen*.

75 Vgl. RPW 2012/2, S. 209 ff., Rz. 469, *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*; RPW 2012/2, S. 171 ff., Rz. 348, *FTTH Freiburg*. Siehe auch BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5, N 316 ff.

76 Vgl. RPW 2022/1, S. 84 ff., Rz. 1621, *Abreden im Bereich Luftfracht*.

77 Zu denken ist insbesondere an Forschungs- und Entwicklungskooperationen; vgl. DIKE-KG-ZIRLICK/BANGERTER, Art. 5, N 301 ff.

78 Unter den Rechtfertigungsgrund fällt namentlich auch die Verbreitung des Wissens der Kunden; vgl. BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5, N 322.

79 Ein mögliches Mittel können insbesondere Produktions- und Spezialisierungskooperationen sowie Einkaufskooperationen sein; vgl. DIKE-KG-ZIRLICK/BANGERTER, Art. 5, N 288 ff.

80 Vgl. HEINEMANN (Fn. 19), S. 213, 223 und 225.

81 Vgl. HANNS ULLRICH, *Klimawandel im EU-Kartellrecht*, in: Jaeger/Palmstorfer (Hrsg.), *Kartellrecht im Wandel*, Linz 2022 (im Erscheinen), Ziff. II., 2., b) (iii).

der Wettbewerbsbeschränkung. Die WEKO hat in ihrem Gutachten in Sachen *Klimarappen* postuliert, dass Umwelteffizienzen einen genügend engen Bezug zum Betrieb (Produktionsverfahren) der an der Abrede beteiligten Unternehmen oder zum infrage stehenden Produkt aufweisen müssen.<sup>82</sup> Dies wurde in einer Sekretariatsberatung betreffend die Frage, ob die Förderung des Tierwohls unter die rationellere Nutzung von Ressourcen subsumiert werden kann, jüngst bestätigt.<sup>83</sup> Dieser Einschränkung ist zuzustimmen, da das Kartellgesetz die konkrete Nachfrage und das Angebot von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess regelt (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Entsprechend sind wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen, die ausschliesslich allgemein dem Umweltschutz dienen, einer Effizienzrechtfertigung grundsätzlich nicht zugänglich.<sup>84</sup>

Eng mit dem erforderlichen Konkretisierungsgrad der Umwelteffizienz verbunden ist die Problematik, auf welchem Markt sich die Umwelteffizienzen materialisieren müssen. Ungeachtet des Meinungsstreits, ob ein Gesamtwohlfahrts- oder Konsumentenwohlfahrtsstandard anzulegen ist<sup>85</sup>, ist es als ausreichend anzusehen, wenn die Umwelteffizienzen nicht nur in dem von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Markt sowie benachbarten Märkten, sondern auch in nicht-benachbarten Märkten realisiert werden<sup>86</sup>, solange diese jedenfalls den schweizerischen Wirtschaftsraum mitumfassen.<sup>87</sup>

In zeitlicher Hinsicht ist zuletzt zu klären, wie schnell sich die Umwelteffizienzen verwirklichen müssen. Grundsätzlich können Effizienzvorteile auch zeitlich verzögert eintreten, wobei aufgrund der Diskontierung zukünftiger Gewinne die Effizienzvorteile umso grösser sein müssen, je länger der dazwischenliegende Zeitraum ist.<sup>88</sup> Da allerdings häufig erstens das Risiko und die wirtschaftlichen Folgen von Umweltschäden verhaltenspsychologisch unterschätzt werden, zweitens Umweltschutzmassnahmen umso effektiver sind, je früher sie ergriffen werden, und drittens die Kosten von Umweltschäden mit zunehmender Dauer exponentiell ansteigen, sind auch zeitlich stark verzögerte Umwelteffizienzen anzuerkennen und zurückhaltend zu diskontieren.

82 Vgl. RPW 2005/1, S. 239 ff., Rz. 31, *Klimarappen*. Ebenso BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, iArt. 5, N 329.

83 Vgl. RPW 2021/3, S. 614 ff., Rz. 30, *Maximale Produzenten-/Konsumentenpreisrelationen bei Fleisch*.

84 Vgl. HEINEMANN (Fn. 19), S. 223.

85 Vgl. DIKE-KG-ZIRLICK/BANGERTER, Art. 5, N 259.

86 Vgl. HEINEMANN (Fn. 19), S. 224 f.

87 Vgl. DIKE-KG-ZIRLICK/BANGERTER, Art. 5, N 260.

88 In Bezug auf die Weitergabe von Effizienzvorteilen im Rahmen der angemessenen Verbraucherbeteiligung vgl. Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. (EU) C 101/97 vom 27. April 2004, Rz. 87 f.



## 6. Umweltausnahmezulassung gemäss Art. 8 und 11 KG

- 24 Von den Wettbewerbsbehörden als unzulässig beurteilte Wettbewerbsabreden oder Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen können vom Bundesrat im Wege der wettbewerbspolitisch motivierten ausnahmsweisen Zulassung gemäss Art. 8 i.V.m. Art. 31 KG auf Antrag der Beteiligten zugelassen werden, wenn sie notwendig sind, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen. Überwiegende öffentliche Interessen können nicht zuletzt angesichts ihrer Verankerung in der Bundesverfassung insbesondere auch durch Umweltschutzziele verwirklicht werden.<sup>89</sup> Unschädlich ist dabei der Umstand, dass Umweltschutzziele namentlich in Form der rationelleren Nutzung von Ressourcen bereits im Rahmen der Effizienzprüfung nach Art. 5 Abs. 2 KG beurteilt wurden.<sup>90</sup> Vorausgesetzt ist aber, dass die Umweltschutzziele gemäss dem Regelungszweck von Art. 8 KG als ausserwettbewerbliches Gemeinwohlziel in die Abwägung eingestellt werden. Darüber hinaus können auch Umweltvorteile ohne hinreichenden wettbewerblichen Produkt- oder Marktbezug berücksichtigt werden. Nicht zulässig wäre es demgegenüber, die materielle wettbewerbliche Beurteilung der Wettbewerbsbehörden nach Art. 5 Abs. 2 KG mit gegebenenfalls abweichendem Ergebnis zu wiederholen.
- 25 Gemäss Art. 11 i.V.m. Art. 36 KG können schliesslich auch untersagte Unternehmenszusammenschlüsse aufgrund überwiegender öffentlicher Interessen zugelassen werden. Wiederum können Umweltgesichtspunkte zum Tragen kommen, so etwa Rationalisierungseffekte, welche positive externe Wirkungen auf die Umwelt haben.<sup>91</sup>

### III. Fazit und Plädoyer für einen «more environmental approach»

- 26 Es wurde aufgezeigt, dass das Kartellgesetz vielfältige Schnittstellen für die wettbewerbliche Berücksichtigung von Umweltbelangen aufweist. Umweltbereichsausnahmen (Art. 3 Abs. 1 KG) sind nur mit grosser Zurückhaltung anzunehmen, so dass das Kartellgesetz auch in vielen durch Umweltschutzvorschriften regulierten Bereichen weiterhin zu beachten ist. Umweltkooperationen sind im Falle von Umweltschutz- und Umweltanpassungsvereinbarungen grundsätzlich positiv zu beurteilen und nach

<sup>89</sup> Vgl. BSK-KG-MEINHARDT/PRÜMMER, Art. 8, N 3 und 20.

<sup>90</sup> Vgl. HEINEMANN (Fn. 19), S. 225 ff.; anderer Auffassung DIKE-KG-MOECKLI/DUDAR, Art. 8, N 30; BSK-KG-MEINHARDT/PRÜMMER, Art. 8, N 18.

<sup>91</sup> Vgl. BSK-KG-MEINHARDT/PRÜMMER, Art. 11, N 13.

der hier vertretenen Ansicht kein erheblicher Abredetyp nach Art. 5 Abs. 3 KG. Demgegenüber dürften Umweltschädigungsvereinbarungen auch ausserhalb der Vermutungstatbestände als erhebliche Wettbewerbsabreden einzuordnen sein. Der Umweltwettbewerb kann weiter durch marktbeherrschende Unternehmen missbräuchlich im Sinne von Art. 7 KG beschränkt werden. Von grosser praktischer Bedeutung dürfte dabei der Zugang der Marktteilnehmer zu Umweltlabels bzw. Umweltstandards sein. Als eine mögliche Herausforderung für die weitere Rechtsentwicklung könnten sich insbesondere die Voraussetzungen erweisen, unter denen Verletzungen von Umweltvorschriften eine kartellrechtliche Missbräuchlichkeit indizieren. Auch in der Fusionskontrolle bestehen Schnittstellen für die Berücksichtigung wettbewerblicher Umweltfaktoren. Bedeutsam könnte in Zukunft der Bereich des Umweltinnovationswettbewerbs werden, wobei sich mit der geplanten Einführung des SIEC-Tests grössere Prüfungsspielräume für die Wettbewerbsbehörden eröffnen würden. Umwelteffizienzen spielen im Rahmen der Rechtfertigung sowohl für Wettbewerbsabreden als auch für die Missbrauchskontrolle gemäss Art. 5 Abs. 2 und Art. 7 KG eine massgebliche Rolle. Die Wettbewerbsbehörden stehen unter anderem vor der wichtigen Aufgabe, operable Grundsätze auszuarbeiten, wie der geforderte enge Sachbezug zur Herstellungs- oder Vertriebskostensenkung, zur Produkt- oder Produktionsverbesserung, zur Forschungs- oder Wissensförderung sowie zur rationelleren Ressourcennutzung beschaffen sein muss. Entscheidend ist dabei die Abgrenzung zwischen wettbewerblichen Umwelteffizienzen und umweltpolitischen Schutzzielen. Letztere sind als weitere Schnittstelle gemäss Art. 8 und Art. 11 KG ausschliesslich Gegenstand der ausnahmsweisen Zulassung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen und untersagten Zusammenschlüssen aus überwiegenden öffentlichen Interessen. Die zunehmend anerkannte überragende Wichtigkeit des Umweltschutzes als Gemeinwohlinteresse könnte vor allem Impulse zur vermehrten Nutzung der bisher kaum in Anspruch genommenen ausnahmsweisen Zulassung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen geben.<sup>92</sup>

Infolge der vorgenannten Bezugspunkte ist das Kartellgesetz ein geeignetes Instrument, um einen wesentlichen Beitrag zu einer umweltgerechten Wirtschaft und ökologisch nachhaltigen Wettbewerbsprozessen zu leisten. Mehr noch, unter dem Vorbehalt der Bereichsausnahme nach Art. 3 Abs. 1 KG ist gerade das kartellgesetzlich geschützte Primat des Umweltwettbewerbs zu beachten. Die gesamtwirtschaftliche Bedeutung des Umweltkartellrechts dürfte dabei andere Kartellspezialgebiete angesichts der sich abzeichnenden existentiellen Umweltrisiken und der massgeblichen Rolle der Unternehmen zu

<sup>92</sup> Vgl. zur Praxis BSK-KG-MEINHARDT/PRÜMMER, Art. 8, N 7.

ihrer Bewältigung zukünftig übertreffen. Dennoch ist das Umweltkartellrecht im Gegensatz zu anderen Bereichen wie beispielsweise dem Digitalkartellrecht bisher kein Schwerpunktthema der Wettbewerbsbehörden. So geht der jüngste Jahresbericht auf den Umweltbereich lediglich im Zusammenhang mit Stellungnahmen in Ämterkonsultationen ein.<sup>93</sup> Zwar hat das Sekretariat der WEKO mittlerweile eine «Kerngruppe Nachhaltigkeit» eingesetzt, welche die Entwicklungen im In- und Ausland beobachtet.<sup>94</sup> Konkrete Initiativen oder Ergebnisse sind aber noch nicht bekannt. Die Wettbewerbsbehörden sind daher aufgerufen, die Entwicklung des Umweltkartellrechts deutlich aktiver voranzutreiben und sich dadurch zu ihrer wettbewerblichen Mitverantwortung zu bekennen.

28 Die Schweiz befindet sich in einer privilegierten regulatorischen Ausgangslage, weil das Kartellgesetz insbesondere mit dem Rechtfertigungsgrund der rationelleren Ressourcennutzung eine spezifische Umwelteffizienz vorsieht und den Wettbewerbsbehörden hinreichende «grüne Beurteilungsspielräume» einräumt.<sup>95</sup> Ein unmittelbarer gesetzgeberischer Handlungsbedarf ist daher für die Zwecke des Umweltkartellrechts nicht zu verorten.<sup>96</sup> Das weitgehende Fehlen einer Anwendungspraxis der Wettbewerbsbehörden bewirkt aber vor dem Hintergrund des kartellrechtlich allgegenwärtigen Sanktionsrisikos eine erhebliche Rechtsunsicherheit zulasten der Unternehmen. Daraus resultiert insbesondere die Gefahr, dass die Wirtschaft von Umweltkooperationen abgehalten wird, welche die Transformation in eine grüne Wirtschaft erst ermöglichen oder begünstigen.

29 Diese Rechtsunsicherheit könnte insbesondere durch eine Bekanntmachung der WEKO gemäss Art. 6 KG adressiert werden. In dieser sollten insbesondere Aufgreifkriterien für umweltkartellrechtliche Sachverhalte erläutert, die tatbestandlichen «grünen Beurteilungsspielräume» in Bezug auf wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen und Umwelteffizienzen konkretisiert und Substantiierungs- und Beweisanforderungen in praxisnaher und unternehmensfreundlicher Art und Weise

93 Vgl. RPW 2022/1, S. 6, *Jahresbericht 2021 der Wettbewerbskommission (WEKO)*.

94 Vgl. HEINEMANN (Fn. 19), S. 226.

95 Vgl. HEINEMANN (Fn. 19), S. 226.

96 Rechtsvergleichend ist beispielsweise auf Österreich zu verweisen. Die Art. 101 Abs. 3 AEUV nachgebildete Ausnahmebestimmung des § 2 Abs. 1 öKartG wurde um den Nachhaltigkeitspassus ergänzt, dass Verbraucher auch dann angemessen beteiligt sind, wenn der Gewinn, der aus der Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder der Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts entsteht, zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft wesentlich beiträgt. Vgl. hierzu VERENA STRASSER, *Kartellrecht und Green Deal - der österreichische Weg*, WuW 2022, S. 68 ff.

aufgezeigt werden<sup>97</sup>, um den Unternehmen allgemeine Leitlinien zur Selbstbeurteilung der Kartellrechtskonformität an die Hand zu geben. In diesem Zusammenhang könnte für Umweltschutzvereinbarungen analog der Beurteilung von Einkaufskooperationen<sup>98</sup> und Spezialisierungsvereinbarungen<sup>99</sup> insbesondere auch die Anerkennung einer gemeinsamen Marktanteilsschwelle von 15 % bzw. 20 % angezeigt sein, bei deren Nichtüberschreitung entweder schon eine Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 KG) oder deren Erheblichkeit (Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG) zu verneinen wären, sofern kein verschleiertes Kartell vorliegt.<sup>100</sup> Der mögliche Einwand, eine solche Bekanntmachung setze ihrerseits hinreichende Erfahrungen der Wettbewerbsbehörden voraus, überzeugt nicht. Im Gegenteil, eine Bekanntmachung kann das Entstehen und die Festigung einer Fallpraxis wesentlich beschleunigen und sendet an die Unternehmen ein wichtiges Signal, dass die Wettbewerbsbehörden als lösungsorientierte Ansprechpartner der Wirtschaft zur Verfügung stehen. Das Umweltkartellrecht könnte auf diese Weise auch ein Wegbereiter für ein Nachhaltigkeitskartellrecht sein, bei welchem sich ähnlich gelagerte Rechtsfragen stellen.

Als Schlussbemerkung können die beispiellosen und sich durch Rückkoppelungseffekte selbst verstärkenden Umweltgefahren des Klimawandels nur durch die Mitwirkung der Privatwirtschaft erfolgversprechend angegangen werden. Mit dieser unternehmerischen Initiative korrespondiert die Verantwortung der Rechtsanwender zur Entwicklung eines griffigen Umweltkartellrechts, welches die grünen Beurteilungsspielräume im Interesse eines wirksamen Umweltwettbewerbs proaktiv und courageig ausschöpft. Das Schutzgut der freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung gemäss Art. 1 KG setzt nachhaltig verfügbare Umweltressourcen als materielle Vorbedingung für tiefe Preise, Angebotsvielfalt und hohe Qualitätsstandards voraus. In diesem Sinne ist ein «*more environmental approach*» im Schweizer Kartellrecht für die Wettbewerbsbehörden ein Gebot der Zeit.

97 Zur aktuellen gesetzgeberischen Diskussion betreffend die Stärkung des Untersuchungsgrundsatzes vgl. Motion Wicki «Untersuchungsgrundsatz wahren keine Beweislastumkehr im Kartellgesetz» (21.4189).

98 Vgl. RPW 2020/2, S. 405 ff., Rz. 27 f., 59 und 90, *Einkaufskooperation*.

99 Vgl. RPW 2019/2, S. 322 ff., Rz. 719, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*.

100 Ähnlich, aber restriktiver HEINEMANN (Fn. 19), S. 226. Seien die gemeinsamen Marktanteile der Abredepartner nicht zu hoch, oder sei ein Überwiegen der Vorteile über die schädlichen Auswirkungen der Nachhaltigkeitsvereinbarung offensichtlich, könne eine qualitative Abwägung ausreichen.

## Résumé

*La préservation de l'environnement constitue une responsabilité sociale critique pour la survie des générations actuelles et futures. Bien que l'accent soit mis sur les mesures étatiques, la participation des acteurs du marché soumis aux règles de la loi sur les cartels est également indispensable. La loi suisse sur les cartels permet de considérer les questions environnementales et peut fournir aux entreprises en Suisse des réponses concurrentielles aux défis environnementaux. Cela concerne notamment les prin-*

*cipes d'évaluation des restrictions à la concurrence par des accords environnementaux et la prise en compte des rendements environnementaux dans une perspective pro-concurrentielle. Dans le sens d'une « more environmental approach », les autorités de concurrence ont la responsabilité de mettre en œuvre un droit des cartels environnemental garantissant la sécurité juridique et de participer ainsi de manière proactive à la transition vers une économie verte et durable.*