

Workshop zu Nachhaltigkeitsvereinbarungen Sekretariat WEKO, 13. März 2024

Erfahrungen aus der Privatwirtschaft – Sicht Schweiz



Ausgangslage Schweiz



Wie kann Nachhaltigkeitsaspekten unter dem Kartellgesetz Rechnung getragen werden?



Fallbeispiele



Behördenseitige Möglichkeiten zur Förderung von Nachhaltigkeitskooperationen

Ausgangslage

- **Gesellschaftlicher Wandel**: Nachhaltigkeit als
 - Anliegen der heutigen Gesellschaft mit z.T. sachlich und räumlich marktfremden Auswirkungen
 - Qualitätsmerkmal von Produkten und Dienstleistungen
- Nachhaltigkeit beinhaltet (EU Horizontal-Leitlinien [H-LL], Rn. 517)
 - nicht nur **ökologische** Aspekte (Klima, Umwelt, natürliche Ressourcen), sondern auch
 - **soziale und wirtschaftliche Aspekte** wie Menschenrechte, existenzsicherndes Einkommen, widerstandsfähige Infrastrukturen, Innovation, gesunde und nährstoffreiche Nahrungsmittel, Tierwohl
- Findet Ausdruck in Regulierung, Policies (vgl. EU Green Deal, Strategie Nachhaltige Entwicklung 2030), aber auch in darüber hinausgehenden **Erwartungen** von Konsumenten/ Abnehmern einerseits und der Gesellschaft andererseits
- Möglichkeiten zur Internalisierung **negativer Externalitäten** sind begrenzt

Prüfschema unter dem Kartellgesetz (KG)

- Unternehmen als Adressaten des KG (Art. 2 KG)
- Vorbehalt staatlicher Markt- oder Preisordnungen (Art. 3 Abs. 1 KG)
- Wettbewerbsabrede = Zweck oder Wirkung einer Wettbewerbsbeschränkung (Art. 4 Abs. 1 KG)
 - Relevante Wettbewerbsparameter: insbesondere Preis und Qualität
 - Nachhaltigkeitsabreden können sich negativ auf Wettbewerbsparameter auswirken
- Unzulässig ist erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs (Art. 5 Abs. 1 KG)
 - Betroffene Marktanteile als übliches Erheblichkeitskriterium
 - Beseitigungsvermutung bei Auswirkung auf Preis oder Menge/Produktpalette (Art. 5 Abs. 3 KG)
- Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG)
 - Mögliche Gründe: Verbesserung Produkte/Produktionsverfahren, rationellere Ressourcennutzung
 - Voraussetzungen: geeignet, notwendig (erforderlich) und verhältnismässig zur Wettbewerbsbeschränkung
 - Keine Möglichkeit zu Wettbewerbsbeseitigung

Prüfschema unter dem Kartellgesetz (KG)

- Unternehmen als Adressaten des KG (Art. 2 KG)
- Vorbehalt staatlicher Markt- oder Preisordnungen (Art. 3 Abs. 1 KG)
- Wettbewerbsabrede = **Zweck oder Wirkung** einer Wettbewerbsbeschränkung (Art. 4 Abs. 1 KG)
 - Relevante Wettbewerbsparameter: insbesondere Preis und Qualität
 - Nachhaltigkeitsabreden können sich negativ auf (andere) Wettbewerbsparameter auswirken
- Unzulässig ist **erhebliche Beeinträchtigung** des Wettbewerbs (Art. 5 Abs. 1 KG)
 - Betroffene Marktanteile als übliches Erheblichkeits**kriterium**
 - **Beseitigungsvermutung** bei Auswirkung auf Preis oder Menge/Produktpalette (Art. 5 Abs. 3 KG)
- **Rechtfertigung** durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG)
 - Mögliche Gründe: Verbesserung **Produkte/Produktionsverfahren**, rationellere **Ressourcennutzung**, Verbreitung von beruflichem Wissen
 - Voraussetzungen: geeignet, **notwendig** und **verhältnismässig** zur Wettbewerbsbeschränkung
 - Keine Möglichkeit zur **Wettbewerbsbeseitigung**

Wie kann Nachhaltigkeitsaspekten unter dem KG Rechnung getragen werden? (1/4)

- Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 KG)
 - Nachhaltigkeit als **Wettbewerbsparameter**
 - *Egal ob Qualitätsmerkmal (inkl. "Lieferkette") oder eigenständiger Parameter*
 - *Ergo: Wettbewerb kann Nachhaltigkeit fördern, Kooperation aber allenfalls besser oder in Bereich, wo Wettbewerb nicht funktioniert*
 - (Eignung zur) Bewirkung einer Wettbewerbsbeeinträchtigung:
 - *Beeinträchtigung einzelner Wettbewerbsparameter ausreichend oder **Gesamtbetrachtung?***
 - Vergleich Nachhaltigkeitssteigerung mit und ohne Kooperation
 - Vergleich mit Impact auf andere Wettbewerbsparameter? (Gutachten IP-Suisse?)
 - Schlussbericht [SB] Vorabklärung Dauer-ARGE: ARGE keine Wettbewerbsabrede, wenn gemeinsames Angebot **"offensichtlich wirtschaftlich besser ('vorteilhafter')"** (SB 173)
 - *Nachhaltigeres Produkt / Dienstleistung ist vorteilhafter*
 - *Ausserhalb Vergaberechtskontext?*
 - Beschränkt auf Abnehmersicht oder Berücksichtigung kollektiver Vorteile/**Gemeinwohl?**

Wie kann Nachhaltigkeitsaspekten unter dem KG Rechnung getragen werden? (2/4)

- Nachhaltigkeitsvereinbarungen wirken sich regelmässig auf den **Preis** und die angebotene **Produktpalette** aus → Sanktionsrisiko
 - Ist Vereinbarung mit (echtem) Nachhaltigkeitszweck eine Abrede zur direkten oder **indirekten Festsetzung** von Preisen (Art. 5 Abs. 3 lit. a KG)?
 - *Beispiel: Verwendung teurerer (weil nachhaltigerer) Rohstoffe führt zu höheren Preisen*
 - Gleiche Überlegungen bei Menge?
- **Erheblichkeitsprüfung** (Art. 5 Abs. 1 KG)
 - Spielraum **bei Preis- oder Mengenabrede?**
 - Marktanteilsschwellen im Kontext von Nachhaltigkeitsvereinbarungen oft unpassend, da **marktumfassend** → Alternativen?

Wie kann Nachhaltigkeitsaspekten unter dem KG Rechnung getragen werden? (3/4)

- Rechtfertigung (1/2)
 - Unterschied zu EU: **keine** Voraussetzung der angemessenen **Verbraucherbeteiligung**
 - *Mehr Raum für Berücksichtigung Gemeinwohl*
 - *Mitberücksichtigung Gemeinwohl selbst in EU und Ländern wie Niederlande und Österreich anerkannt*
 - durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz
 - **Rationellere Nutzung** von Ressourcen, v.a.
 - Weiterer Unterschied zu EU: in KG explizit als Effizienzgrund vorgesehen
 - beinhaltet **natürliche Ressourcen und (andere) öffentliche Güter** (BGE i.S. Sammelrevers; Sekretariatsberatung [SB] Tierwohl; Gutachten IP-Suisse)
 - *Nachhaltigeres Produkt / Produktionsverfahren ist ein **besseres Produkt / Produktionsverfahren** (BGE Hors-Liste Medikamente und Sammelrevers; Gutachten IP-Suisse; Botschaft KG; EU-LL Rn. 557 f.)*
 - *(zu strenges) Erfordernis von **Bezug zu Produkt oder Produktionsverfahren** (Gutachten Klimarappen; SB Tierwohl) verhindert angemessene Berücksichtigung von Steigerung Gesamtwohl*

Wie kann Nachhaltigkeitsaspekten unter dem KG Rechnung getragen werden? (4/4)

- Rechtfertigung (2/2)
 - Notwendigkeit (v.a. **Kooperation vs. Regulierung** und **Nachhaltigkeitswettbewerb**)
 - *Beispiele*
 - fehlende Regulierung zur Internalisierung negativer Externalitäten
 - (reguliertes) Ziel kosteneffizienter oder schneller erreichen
 - über Regulierung hinausgehenden Standard erreichen
 - Nachhaltigkeitseffekt bedingt (marktumfassende) Kooperation
 - "first mover disadvantage" und "free riding" Problem überwinden
 - Verhältnismässigkeit i.e.S. (**Abwägung** gegenüber **Wettbewerbsbeeinträchtigung**)
 - *spätestens hier: mitberücksichtigen, dass nachhaltigeres Produkt "**vorteilhafter**" (wirtschaftlich besser)*
 - **Qualitative Beschreibung** Nachhaltigkeitssteigerung, wenn Quantifizierung nicht möglich
 - *Beweismass: **Plausibilisierung**, dass Nachhaltigkeitsvorteil überwiegt*
 - Prüfung Wettbewerbsbeseitigung: Berücksichtigung anderer Wettbewerbsparameter
 - Abgrenzung von Art. 8 KG (Bundesrat) und früherer Saldomethode

Fallbeispiel 1 – Kinderarbeit

- Unternehmen sind gemäss OR und VSoTr u.a. verpflichtet, ihre Lieferketten auf Verdacht auf Kinderarbeit zu prüfen und gegebenenfalls Massnahmen zu treffen. Die Verpflichtung gilt nur für Produkte mit einem Herkunftsland, in dem gemäss UNICEF Index ein gewisses Risiko für Kinderarbeit besteht.
- Mit Blick auf das Image von Schweizer Schokolade vereinbaren sämtliche Mitglieder des Schweizer Verbandes der Schokoladenhersteller, die Verdachtsprüfung – über die gesetzliche Pflicht hinaus – für sämtliche Produkte durchzuführen und Massnahmen zur Verhinderung von Kinderarbeit mit Bezug auf sämtliche Lieferanten zu treffen (was mit einem erheblichen Aufwand und entsprechenden Kosten verbunden ist).
- Variante: Sämtliche Verbandsmitglieder verpflichten sich (über die gesetzliche Pflicht hinausgehend), bei Produzenten mit gewissem Verdacht auf Kinderarbeit keine Produkte mehr zu beziehen.

Fallbeispiel 2 – Existenzsicherndes Einkommen

- Die Mitglieder des weltweit grössten Verbandes von Tabakherstellern einigen sich sicherzustellen, dass weltweit allen Mitarbeitenden auf Tabakplantagen, von denen sie Rohtabak beziehen, ein monatlicher Mindestlohn von USD 1'000 bezahlt wird, was deutlich über den Vorgaben der ILO liegt.
- Variante 1: Unternehmen, welche die Mindestlohnempfehlung des Verbandes der Tabakhersteller umsetzen, erhalten ein Fairtrade-Zertifikat. Die fortdauernde Einhaltung der Empfehlung ist mit einem Monitoringsystem verbunden.
- Variante 2: Die Unternehmen verpflichten sich, unabhängigen Tabakplantagenbesitzern mit bis zu 10 Mitarbeitenden einen Mindestpreis von USD X pro kg Rohtabak zu bezahlen.

Fallbeispiel 3 – Waldpflege

- Der Verband der Schweizer Holzverarbeiter stellt privaten Waldbesitzern auf Anfrage Informationen zum aktuellen Bedarf an Schweizer Rundholz und zum durchschnittlichen Marktpreis der verschiedenen Rundholzarten zur Verfügung. Dies führt nachweislich dazu, dass private Waldbesitzer ihre Waldstücke regelmässiger roden und damit besser pflegen. Dadurch werden die Schutzfunktion der Wälder verbessert, die Verbreitung des Borkenkäfers eingedämmt und die Funktion des Waldes als Lebensraum für Tiere und Naherholungsgebiet verbessert.

Behördenseitige Möglichkeiten zur Förderung von Nachhaltigkeitsvereinbarungen

- **Wille** zur (kartellrechtlich möglichen) Förderung echter Nachhaltigkeitsvereinbarungen
- **Bekanntmachung** oder Bekenntnis zu analoger Anwendbarkeit der EU Horizontal-LL (vgl. VertBek)
- Berücksichtigung der **Besonderheiten von Nachhaltigkeitsvereinbarungen** unter KG 4 und 5
- Gebrauch von **Aufgreifermessen**
- **"Comfort letters"**
 - Sekretariatsberatung (SB) (Handling von Unverbindlichkeit)
 - Widerspruchsverfahren (Handling von Sanktionsrisiko)
- Weitere "Tools": **Vorabklärung** mit Schlussbericht statt Untersuchung, einvernehmliche Regelung
- "regulatory **Sandbox**": behördlich begleitetes Ausprobieren von Nachhaltigkeitsinitiativen
- **Umgang mit Sanktionsrisiko** (bei SB, Widerspruchsverfahren, Sandboxes, Self-Assessment)?



Marquard Christen, LL.M., MAS
Partner | CMS

T +41 44 285 11 11

M +41 79 407 61 21

E marquard.christen@cms-vep.com

CMS von Erlach Partners AG
Dreikönigstrasse 7
8002 Zürich





Your free online legal information service.

A subscription service for legal articles on a variety of topics delivered by email.

cms-lawnow.com

The information held in this publication is for general purposes and guidance only and does not purport to constitute legal or professional advice. It was prepared in co-operation with local attorneys.

CMS Legal Services EEIG (CMS EEIG) is a European Economic Interest Grouping that coordinates an organisation of independent law firms. CMS EEIG provides no client services. Such services are solely provided by CMS EEIG's member firms in their respective jurisdictions. CMS EEIG and each of its member firms are separate and legally distinct entities, and no such entity has any authority to bind any other. CMS EEIG and each member firm are liable only for their own acts or omissions and not those of each other. The brand name “CMS” and the term “firm” are used to refer to some or all of the member firms or their offices; details can be found under “legal information” in the footer of cms.law.

CMS locations:

Aberdeen, Abu Dhabi, Amsterdam, Antwerp, Barcelona, Beijing, Belgrade, Bergen, Berlin, Bogotá, Bratislava, Brisbane, Bristol, Brussels, Bucharest, Budapest, Casablanca, Cologne, Cúcuta, Dubai, Duesseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Funchal, Geneva, Glasgow, Hamburg, Hong Kong, Istanbul, Johannesburg, Kyiv, Leipzig, Lima, Lisbon, Liverpool, Ljubljana, London, Luanda, Luxembourg, Lyon, Madrid, Manchester, Maputo, Mexico City, Milan, Mombasa, Monaco, Munich, Muscat, Nairobi, Oslo, Paris, Podgorica, Poznan, Prague, Reading, Rio de Janeiro, Rome, Santiago de Chile, Sarajevo, Shanghai, Sheffield, Singapore, Skopje, Sofia, Stavanger, Strasbourg, Stuttgart, Tel Aviv, Tirana, Vienna, Warsaw, Zagreb and Zurich.

cms.law