



## 54-0652: Selbstregulierungen der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg) im Bereich Sustainable Finance

*Diese Beurteilung erfolgt im Rahmen einer Beratung nach Art. 23 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251). Grundlage der Beratungsantwort bildet der in der Beratungsanfrage unterbreitete Sachverhalt. Das Sekretariat nimmt für seine Beratungstätigkeit im Regelfall keine eigenen Sachverhaltsabklärungen vor. Vorliegend haben die Wettbewerbsbehörden jedoch nach Eingang der Beratungsanfrage der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg) eine Anzeige betreffend die Missbräuchlichkeit der Richtlinien für Anbieter von Hypotheken zur Förderung der Energieeffizienz erhalten und zu deren Prüfung eine Marktbeobachtung eröffnet. Im Zuge dieser Marktbeobachtung hat das Sekretariat die SBVg mit den Vorwürfen konfrontiert und nach weiteren Präzisierungen gefragt. Die Ausführungen der SBVg zur Marktbeobachtung sind auch für die Beratungsantwort relevant, weswegen sie hier einbezogen werden.*

### I. Sachverhalt

1. Die Schweizerische Bankiervereinigung (SBVg)<sup>1</sup> hat im Rahmen ihrer Kompetenz zur Selbstregulierung für ihre Mitglieder Mindestvorgaben zur Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien in der Anlage- und Hypothekarberatung erarbeitet und mit Medienmitteilung vom 28. Juni 2022 publiziert. Diese neuen Selbstregulierungen, die «Richtlinien für die Finanzdienstleister zum Einbezug von ESG-Präferenzen und ESG-Risiken bei der Anlageberatung und Vermögensverwaltung» (SBVg-Richtlinien ESG) sowie die «Richtlinien für Anbieter von Hypotheken zur Förderung der Energieeffizienz» (SBVg-Richtlinien Hypotheken), sind am 1. Januar 2023 in Kraft getreten (nachfolgend gemeinsam: SBVg-Selbstregulierungen im Bereich Sustainable Finance oder Selbstregulierungen).<sup>2</sup>

2. Gemäss der Beratungsanfrage wurden die SBVg-Selbstregulierungen im Bereich Sustainable Finance erlassen, um einen Beitrag zur Nachhaltigkeit im Sinne der Leitlinien zur Nachhaltigkeit im Finanzsektor zu leisten, die der Bundesrat an seiner Sitzung vom 24. Juni 2020 gestützt auf seinen Bericht «Nachhaltigkeit im Finanzsektor» verabschiedete.<sup>3</sup> Die bundesrätlichen Leitlinien sehen vor, dass sich Behörden und die Finanzbranche gemeinsam für einen nachhaltigen Finanzplatz engagieren. Der Finanzplatz Schweiz soll Nachhaltigkeit als Chance nutzen. Damit dies gelingt, haben Finanzakteure Nachhaltigkeitsfaktoren systematisch in Finanzierungs- und Investitionsentscheidungen aufzunehmen.<sup>4</sup>

3. Um diesen Beitrag zur Nachhaltigkeit im Finanzsektor zu leisten, enthalten die SBVg-Selbstregulierungen im Bereich Sustainable Finance verschiedene Vorgaben, zu deren Einhaltung sich die Mitgliedsinstitute der SBVg verpflichten. Die Selbstregulierungen sind jedoch

---

<sup>1</sup> Die SBVg ist der Dachverband der Banken in der Schweiz und zählt rund 270 Mitgliedsinstitute aus den verschiedenen Bankengruppen und weiteren Finanzdienstleistern. Ihr Hauptziel ist es, für die Banken in der Schweiz optimale Rahmenbedingungen zu schaffen.

<sup>2</sup> Die Selbstregulierungen sehen für die allenfalls notwendigen Vorbereitungshandlungen der unterstellten Institute in den Schlussbestimmungen verschiedene Übergangsfristen vor.

<sup>3</sup> Dieser Zweck wurde auch in der Präambel der beiden Selbstregulierungen zuerst festgehalten.

<sup>4</sup> Schreiben SBVg vom 17.1.2023 (Beratungsanfrage), S. 1 mit Verweis.

nicht exklusiv für SBVg-Mitglieder ausgestaltet. Marktteilnehmer, die über keine Mitgliedschaft bei der SBVg verfügen, haben die Möglichkeit, via Anschlussklärung daran teilzunehmen.

*Richtlinien für die Finanzdienstleister zum Einbezug von ESG-Präferenzen und ESG-Risiken bei der Anlageberatung und Vermögensverwaltung (SBVg-Richtlinien ESG)*

4. Mit diesen Richtlinien soll innerhalb der Branche ein einheitlicher Minimalstandard für die Berücksichtigung von ESG-Präferenzen<sup>5</sup> und Risiken in der portfoliobasierten und transaktionsbasierten Anlageberatung sowie in der Vermögensverwaltung festgelegt werden. Gleichzeitig werde mit den Richtlinien ein Beitrag zur Vermeidung von Greenwashing geleistet. Die SBVg-Mitgliedsinstitute und die via Anschlussklärung teilnehmenden Institute sind künftig verpflichtet, die ESG-Präferenzen ihrer Kundinnen und Kunden zu erheben und zu berücksichtigen, wenn eine dieser Dienstleistungen erbracht wird.<sup>6</sup> Die Kundensegmentierung richtet sich nach dem Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG<sup>7</sup>), wobei die Richtlinien auf institutionelle Kundinnen und Kunden keine Anwendung finden (Art. 9 SBVg-Richtlinien ESG).

5. Neben Vorschriften zur Erhebung der ESG-Präferenzen von Kundinnen und Kunden (namentlich gelten die gemäss FIDLEG bei der Anlageberatung oder Vermögensverwaltung vorzunehmende Angemessenheits- oder Eignungsprüfung auch in Bezug auf ESG-Anlagelösungen) enthalten die Richtlinien insbesondere Bestimmungen zu allgemeinen Informationspflichten bezüglich der mit den Finanzinstrumenten bzw. den Finanzdienstleistungen verbundenen ESG-Risiken und -Wesensmerkmalen, Prüfpflichten hinsichtlich des Einklangs der geäusserten ESG-Präferenzen von Kundinnen und Kunden mit den angebotenen Finanzinstrumenten sowie eine Informationspflicht bei Abweichung von diesen Präferenzen. Hinzu kommen Dokumentations- und Rechenschaftspflichten sowie weitergehende Aus- und Weiterbildungspflichten für Kundenberaterinnen und Kundenberater.

6. Äussern Kundinnen und Kunden keine spezifischen ESG-Präferenzen und stehen einer Integration der ESG-Kriterien somit neutral gegenüber, ist die Berücksichtigung von ESG-Kriterien nicht oder nur erforderlich, wenn der Finanzdienstleister dies selbst als angebracht erachtet (Art. 11 Abs. 6 SBVg-Richtlinien ESG). Kundinnen und Kunden, die als «ESG-neutral» betrachtet werden, können sowohl ESG-Anlagelösungen oder Finanzinstrumente als auch solche ohne ESG-Kriterien empfohlen werden (Art. 12 Abs. 4 SBVg-Richtlinien ESG).

7. Im Q&A wird als Antwort auf Frage 17 schliesslich deklaratorisch festgehalten, dass es nach wie vor möglich ist, nicht nachhaltige, nur nachhaltige oder eine gemischte Produktpalette anzubieten. Die Richtlinien haben keinen Einfluss auf die Geschäftsmodelle der Banken.

*Richtlinien für Anbieter von Hypotheken zur Förderung der Energieeffizienz (SBVg-Richtlinien Hypotheken)*

8. Die Richtlinien beabsichtigen laut Präambel, Hypothekarkunden auf die Energieeffizienz ihrer Immobilie aufmerksam zu machen und sie dabei zu unterstützen, diese zu erhöhen. Dafür soll im Rahmen der Beratung die langfristige Werterhaltung und somit auch die Energieeffizienz des zu finanzierenden Gebäudes thematisiert werden, insbesondere bei älteren

---

<sup>5</sup> Das Akronym «ESG» steht für «Environmental, Social and Governance» (zu Deutsch: Umwelt, Soziales und Unternehmensführung). Art. 8 SBVg-Richtlinien ESG definiert es als: «Steht für Umwelt (z. B. Energieverbrauch, Wasserverbrauch), Soziales (z. B. Attraktivität des Arbeitgebers, Management der Lieferketten) und Governance (z. B. Vergütungspolitik, Unternehmensführung).»

<sup>6</sup> Dabei ist je nach Dienstleistung zu unterscheiden, wie weitgehend die einzelnen Pflichten sind.

<sup>7</sup> Bundesgesetz vom 15.6.2018 über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsgesetz, FIDLEG; SR 950.1).

Liegenschaften oder solchen mit Sanierungsbedarf.<sup>8</sup> Dabei sollen entsprechende Sanierungsmassnahmen angesprochen und erörtert werden (Art. 2 SBVg-Richtlinien Hypotheken).<sup>9</sup>

9. Dafür haben Anbieter von Hypotheken Massnahmen zu treffen, um öffentlich verfügbare relevante Informationen zur Klimateffizienz von Gebäuden (insb. Labels und Zertifikate) zu ermitteln und zu erfassen (Art. 4 SBVg-Richtlinien Hypotheken). Zudem haben sie eine angemessene und regelmässige Weiterbildung der zuständigen Mitarbeitenden sicherzustellen.

10. Schliesslich hält Art. 3 fest, dass die Anbieter von Hypotheken ihre Konditionen in den Dimensionen Belehnung, Tragbarkeit, Amortisation und Zins im Rahmen der geltenden Selbstregulierungen<sup>10</sup> so ausgestalten *können*, dass sich Finanzierungen nachhaltiger Immobilien von solchen mit nicht-nachhaltigen Eigenschaften unterscheiden. Darüber hinaus können sie weitere Angebote entwickeln, die dem Ziel der verbesserten Energieeffizienz dienen.

11. Im dazu erstellten FAQ wird in der Antwort auf Frage 3 näher ausgeführt, was von den Banken erwartet wird. Insbesondere wird festgehalten, in welcher Tiefe die Thematisierung<sup>11</sup> der entsprechenden Elemente gemäss Richtlinien zu erfolgen hat. Zudem werden die Kann-Bestimmungen in den Richtlinien hervorgehoben: Es steht den Anbietern von Hypotheken frei, zusätzliche Massnahmen umzusetzen. Klar nicht erwartet und reguliert wird, dass Anbieter von Hypotheken «grüne» Produkte zu Sonderkonditionen anbieten.

## II. Kartellrechtliche Beurteilung

### **Vorbehaltene Vorschriften gemäss Art. 3 Abs. 1 KG**

12. Gemäss Art. 3 Abs. 1 KG sind bei der Anwendung des Kartellgesetzes Vorschriften vorbehalten, die Wettbewerb nicht zulassen, vor allem solche, die eine staatliche Markt- und Preisordnung begründen (lit. a) oder einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (lit. b). Da dem Kartellgesetz der Gedanke einer möglichst umfassenden Wettbewerbsordnung zugrunde liegt, sind vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 KG restriktiv<sup>12</sup> auszulegen und Regelungen, welche dem Kartellgesetz vorgehen sollen, müssen ausdrücklich in der betroffenen Vorschrift enthalten sein.<sup>13</sup> Unter Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG werden in erster Linie generell-abstrakte Normen verstanden, die vom Gesetzgeber erlassen wurden. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass im Einzelfall auch ein Gesetz im materiellen Sinn (z. B. Verordnungen) einen Vorbehalt nach Art. 3 Abs. 1 KG begründen kann, sofern dieses den Grundsätzen der Gesetzesdelegation entspricht.<sup>14</sup>

---

<sup>8</sup> Die Richtlinien erfassen gemäss Geltungsbereich die persönliche sowie sinngemäss die digitale Beratung von Privatpersonen mit zu finanzierenden selbstbewohnten Einfamilien- und Ferienhäusern.

<sup>9</sup> Art. 5 SBVg-Richtlinien Hypotheken legt diesen Grundsatz konkretisierend fest, welche Elemente im Rahmen der Beratung zur Immobilienfinanzierung insbesondere angesprochen werden sollen.

<sup>10</sup> Die SBVg verantwortet im Hypothekarbereich zwei Selbstregulierungen, welche beide von der FINMA als aufsichtsrechtlicher Mindeststandard anerkannt sind. Es handelt sich dabei um die «Richtlinien betreffend Mindestanforderungen bei Hypothekarfinanzierungen» und die «Richtlinien für die Prüfung, Bewertung und Abwicklung grundpfandgesicherter Kredite». Vgl. <[www.swissbanking.ch/de/themen/regulierung-compliance/hypothekarmarkt](http://www.swissbanking.ch/de/themen/regulierung-compliance/hypothekarmarkt)> (12.2.2024).

<sup>11</sup> Da «Anbieterinnen von Hypotheken» keine baulichen Fachexperten sind, kann diese Thematisierung gemäss FAQ rein qualitativer Natur sein, auf den üblichen Nutzungsdauern in der Baubranche, auf entsprechenden Erfahrungswerten der Kundenberaterinnen und Kundenberater und/oder auf standardisierten Modellwerten (z. B. von spezialisierten Drittanbietern) basieren.

<sup>12</sup> BGE 141 II 66, 71 E. 2.2.3, *Hors-Liste Medikamente*.

<sup>13</sup> RPW 2006/3, 443 Rz 18, *Börsenpflicht der SWX*. Ferner BGE 129 II 497, 516 E. 3.3.3, *Entreprises électriques fribourgeoises*.

<sup>14</sup> RPW 2006/3, 443 Rz 16, *Börsenpflicht der SWX*; vgl. BGE 141 II 66, 72 E. 2.2.5, *Hors-Liste Medikamente*.

13. Demgegenüber können privat erlassene Regulierungen (Selbstregulierung) nur in absoluten Ausnahmefällen zu einem Vorbehalt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG führen.

14. Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA hat gemäss Art. 7 Abs. 3 FINMAG<sup>15</sup> die Kompetenz, Selbstregulierung im Rahmen ihrer Aufsichtsbefugnisse als Mindeststandard anzuerkennen und durchzusetzen, was sie unter anderem für die in Rz 10 und Fn 10 erwähnten Selbstregulierungen im Hypothekarbereich gemacht hat. In einem früheren Fall, der die «Richtlinien für die Prüfung, Bewertung und Abwicklung grundpfandgesicherter Kredite»<sup>16</sup> der SBVg betraf, vertrat das Sekretariat die Auffassung, dass eine Selbstregulierung, welche *einzig* auf der Grundlage von Art. 7 Abs. 3 FINMAG als Mindeststandard anerkannt wird, keinen Vorbehalt nach Art. 3 Abs. 1 KG zu begründen vermag. Grund dafür sei der Umstand, dass Art. 7 Abs. 3 FINMAG keine ausreichend konkrete (Delegations-)Norm bilde, um einen bestimmten Bereich dem wirksamen Wettbewerb zu entziehen. Mit Art. 72 Abs. 4 und 5 ERV<sup>17</sup> gab es für jenen Fall jedoch eine weitere Delegationsnorm, welche den Anforderungen an die Gesetzesdelegation genüge und welche die konkret vorgesehenen Massnahmen abdeckte, weswegen die als Mindeststandard anerkannte Selbstregulierung der SBVg als Vorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 1 KG zu qualifizieren war.<sup>18</sup>

15. Die vorliegend zu beurteilenden beiden SBVg-Selbstregulierungen wurden von der FINMA nicht zum Mindeststandard erhoben, weshalb ein Vorbehalt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG aus vorgenannten Gründen von vornherein nicht in Betracht kommt. Darüber hinaus sind prima facie auch keine Vorschriften ersichtlich, die als ausreichende Grundlage bzw. als (Delegations-)Norm dienen könnten, um den Regulierungsbereich der beiden SBVg-Selbstregulierungen dem wirksamen Wettbewerb zu entziehen. Keinen Vorbehalt zu schaffen vermögen mangels Rechtssetzungscharakter ferner die zugrundeliegenden Leitlinien des Bundesrates (s. o. Rz 2), wobei zusätzlich angefügt werden kann, dass diese auch rein inhaltlich keinen Ausschluss vom Wettbewerbsgrundsatz nahelegen.

#### ***Unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 i. V. m. Art. 4 Abs. 1 KG***

16. Art. 4 Abs. 1 KG definiert, was das Kartellgesetz unter einer Wettbewerbsabrede versteht. Erfüllt eine Kooperation nicht alle Merkmale dieser Definition, ist sie kartellrechtlich unter dem Blickwinkel des Abredetatbestands zulässig. Wenn eine Kooperation jedoch als Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG qualifiziert wird, bestimmt Art. 5 KG deren (Un-)Zulässigkeit. Art. 5 Abs. 1 KG besagt, dass eine Wettbewerbsabrede unzulässig ist, wenn sie entweder a) den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt ist oder b) den wirksamen Wettbewerb beseitigt. Für bestimmte Arten von Abreden vermutet das Gesetz in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt wird (sog. «harte Abreden»), wobei diese Vermutung widerlegbar ist. Mit den rechtfertigenden Effizienzgründen, die bei Wettbewerbsabreden, die den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, näher zu prüfen sind, befasst sich Art. 5 Abs. 2 KG.

#### ***Vorliegen einer Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG***

17. Gemäss Art. 4 Abs. 1 KG sind Wettbewerbsabreden erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder unterschiedlicher Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Ausschlaggebend für die Annahme einer Abrede ist das bewusste und gewollte Zusammenwirken der betreffenden Unternehmen bzw. das Vorliegen eines Mindestmasses an Verhaltens-

---

<sup>15</sup> Bundesgesetz vom 22.6.2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG; SR 956.1).

<sup>16</sup> <[www.finma.ch/de/dokumentation/selbstregulierung/anerkannte-selbstregulierung](http://www.finma.ch/de/dokumentation/selbstregulierung/anerkannte-selbstregulierung)> > Selbstregulierung der Schweizerischen Bankiervereinigung (12.2.2024).

<sup>17</sup> Verordnung vom 1.6.2012 über die Eigenmittel und Risikoverteilung der Banken und Wertpapierhäuser (Eigenmittelverordnung, ERV; SR 952.03).

<sup>18</sup> Schreiben Sekretariat vom 16.7.2014 an die SBVg (nicht publiziert).

koordination zwischen diesen.<sup>19</sup> Die rechtliche oder tatsächliche Form des Zusammenwirkens und die Durchsetzungsmöglichkeit sind unerheblich.<sup>20</sup> Entscheidend ist allein, dass mindestens zwei wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren und so bewusst und gewollt auf die individuelle Festlegung der eigenen Wettbewerbsposition verzichten.<sup>21</sup>

18. Die beiden SBVg-Selbstregulierungen im Bereich Sustainable Finance dürften dieses Tatbestandselement ohne weiteres erfüllen. Die rund 270 Mitgliedsinstitute der SBVg verpflichten sich qua ihrer Mitgliedschaft zur Einhaltung der beiden Selbstregulierungen und damit zur Etablierung (und Einhaltung) gewisser dort normierten Mindeststandards. Bei allfälligen Marktteilnehmern, die über keine Mitgliedschaft bei der SBVg verfügen, wird die Einhaltungspflicht hingegen explizit durch eine Anschlussklärung geschaffen. Die Mitglieder der SBVg und die potenziell weiteren Institute, die sich anschliessen, sind sodann (zumindest mehrheitlich) Banken und soweit vorliegend relevant Unternehmen der gleichen Marktstufe. Es bleibt zu prüfen, ob dadurch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wird.

19. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn es bei einem Vergleich der Wettbewerbssituation mit Abrede und der hypothetischen Wettbewerbssituation ohne Abrede «ein Minus gibt»; wenn also durch eine Verhaltenskoordination «die Handlungsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer hinsichtlich einzelner Wettbewerbsparameter (im Wesentlichen: Preis, Menge und Qualität, Service, Beratung, Werbung, Geschäftskonditionen, Marketing, Forschung und Entwicklung) so eingeschränkt wird, dass dadurch die zentralen Funktionen des Wettbewerbs vermindert bzw. eingeschränkt werden».<sup>22</sup> Die Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise muss sich mithin auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis, die Menge und die Qualität, den Service, die Beratung, die Werbung, die Geschäftskonditionen, das Marketing, die Forschung und Entwicklung oder die Lieferbedingungen) beziehen.<sup>23</sup> Wie das Bundesgericht ausführt, ist das Beschränken nach Art. 4 Abs. 1 KG «wettbewerbsrechtlich noch neutral»<sup>24</sup>. Ob die Wettbewerbsbeschränkung zulässig oder unzulässig ist, ist Gegenstand der Prüfung nach Art. 5 KG.<sup>25</sup>

20. Spezifisch zu Nachhaltigkeitsvereinbarungen halten die EU-Horizontalleitlinien<sup>26</sup>, in denen diesem Thema in der letzten Revision jüngst ein eigenes Kapitel gewidmet wurde und die vergleichend berücksichtigt werden können,<sup>27</sup> gleicherweise fest, dass Nachhaltigkeitsvereinbarungen zwischen Wettbewerbern, die keine negativen Auswirkungen auf Wettbewerbsparameter wie Preis, Menge, Qualität, Auswahl oder Innovation haben, nicht geeignet sind, Anlass

---

<sup>19</sup> Botschaft KG 1994, BBl 1995 I 468, 545 Ziff. 224.1; BGE 144 II 246 E. 6.4.1, *Altimum*; BGE 129 II 18 E. 6.3, *Buchpreisbindung*.

<sup>20</sup> BVGer, B-506/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.2, *Gaba*; BVGer, B-463/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.4, *Gebro*; MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2021, Art. 4 I N 48 m. w. H.

<sup>21</sup> Vgl. BGE 129 II 18 E. 6.3, *Buchpreisbindung*; BVGer, B-8404/2010 vom 23.9.2014 E. 5.3.7.1, *Baubeschläge/SFS unimarket*; WALTER STOFFEL, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht V/2, Kartellrecht, Ducrey/Zimmerli (Hrsg.), 2. Aufl. 2023, Rz B.9 ff. m. w. H.

<sup>22</sup> BGE 147 II 72 E. 3.5, *Hors-Liste-Medikamente II*. Ferner BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 303, *Hallenstadion*; BVGer, B-3332/2012 vom 13.11.2015 E. 2.2.3, *BMW*; BVGer, B-506/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.3, *Gaba*; BVGer, B-463/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.6, *Gebro*.

<sup>23</sup> Statt vieler RPW 2020/1, 202 Rz 834, *KTW-Werke*; RPW 2018/4, 790 Rz 370, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin III*; RPW 2018/2, 240 Rz 32, *Gym80*.

<sup>24</sup> BGE 147 II 72 E. 3.5, *Hors-Liste-Medikamente II*.

<sup>25</sup> BGE 147 II 72 E. 3.5, *Hors-Liste-Medikamente II*.

<sup>26</sup> Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 259 vom 21.7.2023 S. 1 ff.

<sup>27</sup> Bei der Auslegung des Schweizerischen Wettbewerbsrechts ist die Berücksichtigung des europäischen Wettbewerbsrechts gemäss Rechtsprechung grundsätzlich zulässig. Vgl. statt vieler BGE 147 II 72 E. 3.1. m. w. H., *Hors-Liste Medikamente II*. In Bezug auf vertikale Vereinbarungen hat das Bundesgericht sogar eine analoge Anwendung des europäischen Rechts zugelassen (BGE 143 II 297 E. 6.2.3, *Gaba*; vgl. auch BGE, 2C\_44/2020 vom 2.3.2022 E. 4.4, *Editions Flammarion*).

zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken zu geben.<sup>28</sup> Umgekehrt können Vereinbarungen, die den Wettbewerb beschränken, vom Kartellverbot nicht allein deshalb ausgenommen werden, weil sie sich auf ein Nachhaltigkeitsziel beziehen.<sup>29</sup>

21. Durch die SBVg-Selbstregulierungen werden – wie im Sachverhalt für beide Richtlinien einzeln dargelegt – verbindliche Mindeststandards für die Beratung von Kundinnen und Kunden geschaffen, womit einer der gerade eben genannten Wettbewerbsparameter betroffen ist. Die Mitgliedsinstitute werden namentlich verpflichtet, ESG-Präferenzen im Rahmen der Beratungsgespräche zu thematisieren, zu erheben und zu dokumentieren, und diese anschließend beim Matching grundsätzlich zu berücksichtigen, sofern denn entsprechende ESG-Präferenzen seitens der Kundschaft bestehen. Und auch für die Beratung zur Immobilienfinanzierung entsteht eine Verpflichtung zur Thematisierung von Nachhaltigkeitsaspekten.

22. Das dürfte zur Folge haben, dass die von den Selbstregulierungen erfassten Institute zwangsläufig gewisse ESG-Anlagelösungen oder Finanzinstrumente anbieten müssen bzw. gewillt sein müssen, solche Titel im Rahmen der gewählten Dienstleistung für ihre Kundschaft zu erwerben, da sich die verschiedenen Massnahmen gegenüber dieser ansonsten nicht plausibel erklären lassen. Es wäre für Kundinnen und Kunden kaum nachvollziehbar, im Rahmen der Beratung von einem Institut über ESG-Themen aufgeklärt zu werden und eine eventuelle Präferenz anzugeben, wenn ihnen dieses Institut in der Folge keine solchen Lösungen anbieten kann oder möchte. Zumindest mittelbar haben die Richtlinien somit – im Sinne des verfolgten Anliegens – wohl grundsätzlich auch Einfluss auf die angebotenen Produkte.<sup>30</sup>

23. Insofern führen die SBVg-Selbstregulierungen zu einer gewissen Beschränkung der Handlungsfreiheit der angeschlossenen Institute hinsichtlich dieser Wettbewerbsparameter; ein Abseitsstehen beim Thema ESG oder der Verzicht auf initiale Beratungsdienstleistungen bei Anlagendienstleistungen und der Immobilienfinanzierung sind damit nicht mehr möglich.

24. Wird durch ein Zusammenwirken die Handlungsfreiheit bezüglich einzelner Wettbewerbsparameter eingeschränkt, führt dies allerdings nicht automatisch zu einer Wettbewerbsbeschränkung. Denn der Zweck von Art. 5 i. V. m. Art. 4 Abs. 1 KG liegt nicht darin, die an der Abrede Beteiligten vor sich selbst zu schützen, sondern die übrigen Wettbewerbsteilnehmer, vorliegend insbesondere die Kundinnen und Kunden auf der einen und die Anbieter von Finanzinstrumenten, Emittenten von Wertpapieren etc. auf der anderen Seite von einer damit einhergehenden Beschränkung des wirksamen Wettbewerbs zu bewahren. Da mit Einschränkungen der Handlungsfreiheit bezüglich relevanter Wettbewerbsparameter in der Regel eine Beschränkung des wirksamen Wettbewerbs einhergeht, ist aber nicht leichthin von einem Auseinanderfallen dieser beiden Punkte auszugehen. Eine Wettbewerbsbeschränkung ist bei Art. 4 Abs. 1 KG deshalb nur, aber immerhin, dann zu verneinen, wenn ein solches Auseinanderfallen offenkundig ist, d. h., wenn der wirksame Wettbewerb trotz Einschränkung der Möglichkeit einer eigenständigen Marktpositionierung offensichtlich nicht beschränkt ist.<sup>31</sup>

25. Für die Kundinnen und Kunden führen die beiden SBVg-Selbstregulierungen – soweit aus den Richtlinien ableitbar – zu keiner Einschränkung des Angebots. Die beiden Richtlinien

---

<sup>28</sup> EU-Horizontalleitlinien Rz 527. In der Folge (Rz 528 ff.) wird anhand von Beispielen veranschaulicht, welche Nachhaltigkeitsvereinbarung wahrscheinlich keinen Anlass zu Bedenken geben.

<sup>29</sup> Vgl. EU-Horizontalleitlinien Rz 521.

<sup>30</sup> Gleichzeitig ist hierzu jedoch einschränkend festzuhalten, dass das Bedürfnis von Kundinnen und Kunden nach nachhaltigen Investitionen und Produkten in den letzten Jahren stark zugenommen hat und dass viele Anbieter im Finanzbereich unabhängig von Selbstregulierungen dazu übergegangen sind, diese neuen Opportunitäten zu nutzen und ihr Angebot vermehrt nach ESG-Kriterien auszurichten. Dieser Trend dürfte weiterhin bestehen bleiben und sich in Zukunft verstärken, zumal nationale wie auch internationale Vorgaben für Unternehmen diese Transformation noch stärker befeuern werden (Stichworte: Netto-Null-Ziel bis spätestens 2050, European Green Deal und EU-Taxonomie, ausgeprägtere Konzernverantwortung usw.).

<sup>31</sup> Vgl. dazu näher RPW 2021/1, 116 f., Rz 161 ff., *Dauer-ARGE Graubünden*.

erschöpfen sich im Wesentlichen darin, die Kundschaft innerhalb der jeweiligen Dienstleistung mit dem Thema Nachhaltigkeit vertraut zu machen und allfällige Präferenzen festzustellen. Die angeschlossenen Institute haben im Anlagegeschäft nach wie vor die Möglichkeit, ihren Kundinnen und Kunden Produkte und Dienstleistungen anzubieten, die nicht als nachhaltig gelten, wobei in diesem Zusammenhang ebenfalls anzufügen ist, dass die SBVg-Richtlinien ESG (zumindest bis jetzt)<sup>32</sup> keine klare und einheitliche Definition enthält, was unter nachhaltigem Anlegen zu verstehen ist und wie sich dieses gegenüber traditionellem Anlegen unterscheidet. Auch die SBVg-Richtlinien Hypotheken enthalten keine einschränkenden Vorgaben zur eigentlichen Finanzierungstätigkeit der Hypothekengeber. Es liegt nach wie vor in deren freiem geschäftlichen Ermessen, ob und in welchem Umfang sie nachhaltige wie auch nicht-nachhaltige Baufinanzierungen tätigen und auf welche Art und Weise. Eine eigentliche Pflicht für angeschlossene Institute, Sonderkonditionen für nachhaltige Lösungen anzubieten, ergibt sich aus den Richtlinien nicht, was im FAQ explizit bestätigt wird (s. o. Rz 11). Auch dass die neue Vorschrift in Art. 4 SBVg-Richtlinien Hypotheken in dieser Form (s. o. Rz 9) auf ein GEAK<sup>33</sup>-Obligatorium für Hypothekennehmerinnen und -nehmer hinauslaufe, wie dies von gewissen Stakeholdern gelegentlich insinuiert wurde, ist nach Ansicht des Sekretariats nicht der Fall.

26. Wie gesehen, sind die Richtlinien als Mindeststandard konzipiert. Die tatsächliche Umsetzung und die Bedeutung, die diesem Thema beigemessen werden, hängen von den geschäftspolitischen Entscheidungen jedes einzelnen Instituts ab. Daher kann Nachhaltigkeit auch als ein weiteres Merkmal dienen, das die Unternehmen und ihre jeweiligen Produkte und Dienstleistungen voneinander unterscheidet. Im Bereich Hypotheken sieht Art. 3 SBVg-Richtlinien Hypotheken für die Anbieter von Hypotheken explizit die Möglichkeit vor, im Rahmen der geltenden Selbstregulierungen unterschiedliche Konditionen für die Finanzierung nachhaltiger und nicht-nachhaltiger Immobilien zu gewähren (s. o. Rz 10). In diesem Zusammenhang zeigt sich, dass sich nachhaltige Gebäudefinanzierungen seit geraumer Zeit unter den unterschiedlichsten Bezeichnungen (z. B. Grüne oder Eco-Hypothek) im Markt etabliert haben und dass gemäss Marktbeobachtern das Angebot (wie auch die Nachfrage) weiterhin stark ansteigt.<sup>34</sup> So bietet mittlerweile ein wesentlicher Teil der Banken, Versicherungen und auch Pensionskassen verschiedene Finanzierungslösungen an, die, um Anreize zu schaffen, oft mit einem Zinsabschlag für nachhaltiges Bauen oder nachhaltige Renovationen einhergehen.<sup>35</sup>

27. Vor diesem Hintergrund dürfte diese Möglichkeit von Art. 3 SBVg-Richtlinien Hypotheken nach dem Verständnis des Sekretariats vor allem deklaratorischer Natur sein.

28. Abgesehen von dieser Klausel ist festzuhalten, dass sich die beiden SBVg-Selbstregulierungen nicht zu (einzelnen) Produkten, Dienstleistungen, Preisen oder Ähnlichem äussern.

29. Die Kundinnen und Kunden haben ferner die Möglichkeit, im Bereich des Anlagegeschäfts keine spezifischen ESG-Präferenzen zu äussern bzw. zum Ausdruck zu bringen, dass sie einer Integration der ESG-Kriterien neutral gegenüberstehen. Diesfalls ist eine Berücksichtigung von ESG-Kriterien bei der Anlageberatung und Vermögensverwaltung nicht oder nur erforderlich, wenn der Finanzdienstleister dies selber als angebracht erachtet. Zur Situation, in der eine hypothetische Kundin oder ein hypothetischer Kunde keine ESG-Präferenzen aufweist und explizit keine ESG-Anlagelösungen in seinem Portfolio wünscht, äussern sich die ESG-Richtlinien nicht direkt. In der Beratungsanfrage wird diesbezüglich jedoch festgehalten, dass mittels Bekanntgabe einer entsprechenden Nicht-Präferenz der Einbezug von Nach-

---

<sup>32</sup> In der Beratungsanfrage wird festgehalten, dass die beiden Selbstregulierungen je nach Bedarf künftig ergänzt werden könnten, allenfalls um eine solche klare Definition und Abgrenzung.

<sup>33</sup> Gebäudeenergieausweis der Kantone (GEAK), <[www.geak.ch](http://www.geak.ch)> (12.2.2024).

<sup>34</sup> Vgl. statt vieler NZZ, Umwelt-Hypotheken: «Zinsvorteile im Detail prüfen», <[www.nzz.ch/finanzen/umwelt-hypotheken-zinsvorteile-im-detail-pruefen-ld.1667028](http://www.nzz.ch/finanzen/umwelt-hypotheken-zinsvorteile-im-detail-pruefen-ld.1667028)> (12.2.2024).

<sup>35</sup> Dazu etwa NADINE BERCHTOLD ET AL., Welche nachhaltigen Finanzierungen Schweizer Banken anbieten (sollten), vom 6.7.2023, <<https://hub.hslu.ch/retailbanking/welche-nachhaltigen-finanzierungen-schweizer-banken-anbieten-sollten>> (12.2.2024).

haltigkeitskriterien bei der Anlageberatung auf Kundenwunsch hin unterbleiben kann. Die freie Wahlmöglichkeit für Kundinnen und Kunden bleibt also auch in dieser Hinsicht erhalten (vorausgesetzt natürlich, das jeweilige Institut handelt auch tatsächlich mit traditionellen Anlagen).

30. Gleichermassen bestätigt die SBVg in Bezug auf die SBVg-Richtlinien Hypotheken, dass Kundinnen und Kunden anlässlich des ersten Kundengesprächs auf eine entsprechende Thematisierung und Beratung hinsichtlich Energieeffizienz und Nachhaltigkeit verzichten können.

31. Es ist vor dem Hintergrund dieser Ausführungen eher nicht davon auszugehen, dass die beiden SBVg-Selbstregulierungen zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen, womit auch das Bezwecken und/oder Bewirken einer solchen ausser Betracht fallen und somit keine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen dürfte. Doch selbst wenn an dieser Stelle das Vorliegen von Wettbewerbsabreden bejaht würde, wäre nicht davon auszugehen, dass diese den Wettbewerb auf einem Markt erheblich beeinträchtigen (vgl. sogleich).

### **Unzulässigkeit der Abrede im Sinne von Art. 5 KG**

32. Gegenstand der zu beurteilenden Vereinbarungen sind wie gesehen gewisse Verhaltenspflichten bzw. Mindestvoraussetzungen in Sachen Nachhaltigkeit im Anlagegeschäft und im Beratungsprozess zur Vergabe von Hypotheken. Da vorliegend kein Vermutungstatbestand (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG) in Frage kommt, wäre bei Bejahen einer Wettbewerbsabrede (s. o.) somit zu prüfen, ob die Vereinbarungen den Wettbewerb erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG beeinträchtigen. Dafür sind quantitative und qualitative Elemente zu berücksichtigen.<sup>36</sup>

33. Bezüglich des qualitativen Elements gilt es die Bedeutung des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters – und zwar im konkret betroffenen Markt – sowie das Ausmass des Eingriffs in diesen Wettbewerbsparameter zu beurteilen.<sup>37</sup> Bezüglich des quantitativen Elements ist im Regelfall zu ermitteln, wie umfassend der relevante Markt von der Abrede beeinträchtigt wird, m. a. W. welches «Gewicht» die Abrede sowie die an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem entsprechenden Markt haben (z. B. Marktanteile, Umsätze etc.).<sup>38</sup>

34. Der Zweck der Richtlinien besteht darin, einen Beitrag zur Nachhaltigkeit im Finanzsektor zu leisten, namentlich indem Aufklärungsarbeit betrieben und ESG-Präferenzen der Kundschaft systematisch abgeklärt und – sofern von den Kundinnen und Kunden gewünscht – berücksichtigt werden. Speziell im Hypothekarbereich sollen die Kundinnen und Kunden für die Bedeutung energetischer Sanierungen sensibilisiert werden. Idealtypisch sei davon auszugehen, dass im Zuge der auf Kundenseite erhöhten Sensibilität (z. B. hinsichtlich des Werterhalts einer Liegenschaft) die Sanierungsquote des Gebäudebestands steigt, sodass auch im Gebäudesektor das bundesrätliche Ziel von Netto-Null bis 2050 erreicht werden kann.<sup>39</sup>

35. Es soll somit eine zunehmende Verschiebung der Nachfrage von traditionellen zu nachhaltigen Finanzprodukten erfolgen. Dafür knüpfen die beiden SBVg-Selbstregulierungen beim Beratungsprozess an. Auch wenn sich die Kundenberatung im Finanzgeschäft seit einiger Zeit im Wandel befindet und aufgrund von neuen technologischen Möglichkeiten (z. B. die Möglichkeit, digital zu investieren oder Vermittlungsplattformen für Hypotheken zu nutzen) zunehmend Produkte und Dienstleistungen ohne eingehenden Beratungsprozess in Anspruch genommen werden können, darf die Bedeutung der Beratung für Kundinnen und Kunden aufgrund des regelmässig damit verbundenen finanziellen Risikos, fehlender Kenntnisse und

---

<sup>36</sup> Vgl. dazu und zur Erheblichkeit als Bagatellklausel, BGE 143 II 297 E. 5.1, 5.2 und 5.6, *Gaba*.

<sup>37</sup> RPW 2022/1, 224 Rz 1580, *Abreden im Bereich Luftfracht*; RPW 2020/4, 1827 Rz 514, *Bauleistungen Graubünden*; RPW 2020/3, 1117 Rz 1272, *Bauleistungen See-Gaster*; RPW 2012/1, 105 Rz 175, *Hallenstadion*.

<sup>38</sup> BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 369, *Hallenstadion*; BVGer, B-3332/2012 vom 13.11.2015 E. 9.2.4, *BMW*; BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022 E. 6.5.1, *ASCOPA*.

<sup>39</sup> Schreiben SBVg vom 12.7.2023, 3.



der Komplexität gewisser Finanzprodukte nicht unterschätzt werden.<sup>40</sup> Der Eingriff in diesen Wettbewerbsparameter kann jedoch als unwesentlich bezeichnet werden. Es wird lediglich ein Mindeststandard etabliert, der die Thematisierung von Nachhaltigkeitsaspekten verlangt. Wie weitgehend diese umgesetzt wird, liegt in der Hand der einzelnen Institute.<sup>41</sup>

36. In quantitativer Hinsicht verfügen die an den Vereinbarungen beteiligten Unternehmen über einen hohen Marktanteil in den relevanten Märkten. Die WEKO hat in der Vergangenheit im Bereich Retail Banking unterschiedliche sachlich relevante Märkte betrachtet, unter anderem einen Markt für Hypothekarkredite. Das Anlagegeschäft gegenüber nicht institutionellen Kunden wurde dem Private Banking zugeordnet, wobei dieses nach Vermögen und Domizil unterteilt wurde.<sup>42</sup> Räumlich ging sie mehrheitlich von einer nationalen Dimension aus.<sup>43</sup>

37. Das Hypothekar- und das Anlagegeschäft wird in der Schweiz grossmehrheitlich von Banken betrieben,<sup>44</sup> die überdies mehrheitlich Mitglied bei der SBVg sind. Vor diesem Hintergrund ist unabhängig von der genauen Marktabgrenzung ein Grossteil der vorliegend relevanten Anbieterinnen an der Vereinbarung beteiligt. Während den beteiligten Unternehmen mutmasslich eine grosse Bedeutung auf dem Markt zukommt, dürfte dies beim «Gewicht» der Abrede selbst nicht der Fall sein. So haben sich die beteiligten Unternehmen zwar zu einem Mindeststandard bei der Beratung verpflichtet, sie können sich aber nach wie vor hinsichtlich der restlichen Wettbewerbsparameter (Preise, Konditionen etc.) konkurrenzieren.

38. Im Lichte der massgebenden Gesamtbeurteilung ist nach diesen Ausführungen mutmasslich nicht davon auszugehen, dass die beiden SBVg-Selbstregulierungen zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs in den relevanten Märkten führen, selbst wenn die Selbstregulierungen den Tatbestand der Wettbewerbsabrede erfüllen. Inwiefern dies für allfällige zukünftig weitere Selbstregulierungen im Bereich der Nachhaltigkeit und/oder Ergänzungen der vorliegenden beiden Richtlinien ebenfalls zutrifft, kann mangels Bestimmtheit der in der Beratungsanfrage beispielhaft genannten möglichen Ergänzungen nicht fundiert beurteilt werden. Gemäss SBVg sind etwa folgende Ergänzungen denkbar:

- Greenwashing: Weiterführende Vorgaben mit dem Ziel, Greenwashing am Point of Sale zu vermeiden;
- Nachhaltiges Anlegen: Klarere Definition und Abgrenzung von nachhaltigem gegenüber traditionellem Anlegen;
- Kundenpräferenzen: Detailliertere Abfrage der Kundenpräferenzen, d. h. es könnten in der Selbstregulierung bestimmte Fragen vorgegeben werden;
- Hypothekarkreditvergabe: Ausdehnung der Pflicht zur Thematisierung der Energieeffizienz auf weitere Kundengruppen bzw. weitere Liegenschaftstypen (z. B. zu finanzierende Mehrfamilienhäuser);
- Berichterstattung: Konkretisierung der Anforderungen an das Reporting.

---

<sup>40</sup> Die zentrale Bedeutung der hohen Qualität in der Kundenberatung für die Branche Bank wird auch von der SBVg betont, weswegen sie eine Zertifizierung und stetige Weiterbildungen empfiehlt.

<sup>41</sup> Nicht direkt betroffen ist hingegen der Wettbewerbsparameter der Nachhaltigkeit an sich, da es nur um dessen Thematisierung im Rahmen des Beratungsprozesses geht.

<sup>42</sup> Es ist indessen davon auszugehen, dass der Teil dieser Dienstleistungen, die gegenüber Retail-Kunden erbracht werden, beim Retail Banking anzusiedeln wäre.

<sup>43</sup> Vgl. die verschiedenen Marktabgrenzungen in der Stellungnahme der WEKO vom 25.9.2023 zum Zusammenschluss UBS Group AG/Credit Suisse Group AG (zur Publikation vorgesehen).

<sup>44</sup> Im Hypothekenmarkt haben die Banken etwa einen Anteil von 95 %. Vgl. Moneypark, Hypothekenmarkt 2022: Wachstum trotz Zinsanstieg, <<https://moneypark.ch/news-wissen/hypotheken-und-zinsen/hypothekarmarkt-schweiz-2022-wachstum-trotz-zinsanstieg>> (12.2.2024).

39. Zu keinen Problemen führen dürfte vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen jedenfalls die Ausdehnung der Vorgaben gemäss *SBVg-Richtlinien Hypotheken* auf weitere Kundengruppen und Liegenschaftstypen. Ebenfalls unproblematisch erscheinen Anforderungen an das Reporting, wenn sichergestellt wird, dass es im Falle einer externen Berichterstattung dadurch nicht zu einem kartellrechtlich unerlaubten Informationsaustausch kommt.<sup>45</sup>

40. Weitere Vorgaben am Point of Sale oder die klare Definition und Abgrenzung von nachhaltigem gegenüber traditionellem Anlegen könnten etwa dann unzulässig sein, wenn damit eine Verpflichtung einherginge, nur noch gewisse Nachhaltigkeitsstandards zu berücksichtigen, oder wenn den angeschlossenen Instituten Vorgaben gemacht würden, die sie beim Anbieten von traditionellen Finanzprodukten einschränken (z. B. Quoten für nachhaltige Anlagen bzw. zu vergebende grüne Hypotheken und damit verbunden die Einschränkung nicht-nachhaltiger Finanzierungen; Verbote oder andere Restriktionen betreffend Wertschriften von Unternehmen, die nicht als nachhaltig einzustufen sind etc.). Ferner sind zweifellos Vereinbarungen problematisch, die zwar die Verfolgung eines Nachhaltigkeitsziels vorgeben, in Wirklichkeit aber das eigentliche Ziel verbergen, eine Wettbewerbsbeschränkung zu erreichen, wie etwa die Festsetzung von Preisen, die Aufteilung des Marktes oder der Kunden, die Beschränkung der Produktion oder die Abschottung von Qualität und Innovation.<sup>46</sup>

41. In der Beratungsanfrage stellt sich die SBVg schliesslich auf den Standpunkt, sofern es sich bei den beiden Richtlinien überhaupt um Wettbewerbsabreden handeln würde, wären diese jedenfalls durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt. Der Effizienzgrund der «rationelleren Nutzung der Ressourcen» erstreckte sich namentlich auch auf das Thema Nachhaltigkeit. Die verabschiedeten Mindeststandards hätten einen direkten Bezug zu den Beratungs- und Finanzierungsdienstleistungen der ihnen unterstellten Finanzdienstleister und sie seien notwendig, um die Nachhaltigkeitsziele des Bundesrates erreichen zu können.

42. Gemäss Praxis der WEKO müssen umweltbezogene Rechtfertigungsgründe für deren Berücksichtigung im Rahmen der Anwendung von Art. 5 Abs. 2 lit. a KG einen hinreichend engen Bezug zum Betrieb (Produktionsverfahren) der an der Abrede beteiligten Unternehmen oder zum fraglichen Produkt aufweisen.<sup>47</sup> Ausserdem muss die Abrede unter anderem notwendig sein, das angestrebte Ziel – die rationellere Nutzung von Ressourcen – zu erreichen, damit sie aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann.<sup>48</sup>

43. Unabhängig von der Frage, ob vorliegend überhaupt ein hinreichender Bezug im Sinne der zuvor erwähnten Praxis vorliegt, wird aus den Ausführungen in der Beratungsanfrage nicht ersichtlich, inwiefern die beiden SBVg-Selbstregulierungen notwendig sind, um die Nachhaltigkeitsziele des Bundesrats zu erreichen. Insbesondere wird nicht klar, weshalb die einzelnen Mitgliedsinstitute nicht von sich aus eigene Beratungsgrundsätze etablieren können, zumal ESG offensichtlich einem Bedürfnis der Nachfrage entspricht und eine Vielzahl an Instituten bereits vor Inkrafttreten dieser Richtlinien ESG-Ziele in ihrer Tätigkeit berücksichtigt haben.

44. Allerdings kann es ein Bedürfnis darstellen, dass es in einem Bereich ein gemeinsames Verständnis von Nachhaltigkeit gibt, so dass einheitliche Massstäbe geboten wären. Eine all-fällige Rechtfertigung ist somit nicht ausgeschlossen, wäre jedoch näher zu substantiieren.

45. Bei Vorliegen einer Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 KG wäre eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen *zumindest anhand der vorliegenden Informationen* fraglich.

---

<sup>45</sup> Vgl. dazu statt vieler BVGer B-4596/2019 vom 5.6.2023 E 5.2, *Leasing/CA Auto Finance Suisse SA*.

<sup>46</sup> Vgl. ebenfalls EU-Horizontalleitlinien Rz 547 f.

<sup>47</sup> RPW 2005/1, 242 Rz 31, *Klimarappen*; RPW 2021/3, 616 Rz 30, *Maximale Produzenten-/Konsumentenpreisrelationen bei Fleisch*.

<sup>48</sup> Vgl. zu diesem Kriterium z. B. SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et. al. (Hrsg.), 2018, Art. 5 N. 319 ff.

### III. Fazit

46. Basierend auf dem in der Beratungsanfrage geschilderten Sachverhalt, den beiden SBVg-Selbstregulierungen im Bereich Sustainable Finance inkl. FAQs und den in der Marktbeobachtung eingeholten Auskünften kommt das Sekretariat zum Schluss, dass es bereits fraglich ist, ob es sich bei diesen Richtlinien um Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG handelt, da *prima facie* nicht von einer Wettbewerbsbeschränkung auszugehen ist.

47. Wenn (je) eine Wettbewerbsabrede vorliegen sollte, wäre mangels Vorliegens eines Vermutungstatbestands einzig die Unzulässigkeit im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 KG zu prüfen. In diesem Fall wäre nicht davon auszugehen, dass die Wettbewerbsabrede zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führt, da sich in der Beratungsanfrage/in den Selbstregulierungen keine Hinweise für eine entsprechende Wettbewerbsbeschränkung finden.

48. Im Ergebnis dürfte es vorliegend somit bereits an einer Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG fehlen. Aber selbst wenn diese vorliegend gegeben sein sollte, handelte es sich mutmasslich nicht um eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 KG.