

Zur Diskussion / A discuter

Die KMU-Bekanntmachung der Weko

MARTIN AMMANN* / MARIO STREBEL**

Mit dem vom Gesetzgeber anlässlich der Kartellgesetzrevision 2003 neu geschaffenen Art. 6 Abs. 1 lit. e KG wurde die Weko ermächtigt resp. beauftragt, die Voraussetzungen zu umschreiben, unter denen Abreden zwischen KMU aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz in der Regel als gerechtfertigt zu gelten haben. Der vorliegende Beitrag analysiert unter gesetzessystematischen und rechtsvergleichenden Gesichtspunkten sowohl die genannte Gesetzesbestimmung als auch die in der Folge erlassene Bekanntmachung der Weko vom 19. Dezember 2005. Im Hinblick auf die bevorstehende, von der Weko vorgesehene Überprüfung der Bekanntmachung werden abschliessend konkrete Vorschläge zur Änderung des bestehenden Erlasses formuliert.

Avec le nouvel art. 6 al. 1 let. e LCart, introduit par le législateur à l'occasion de la révision de la LCart 2003, la ComCo a été autorisée resp. mandatée pour décrire les conditions auxquelles les accords en matière de concurrence entre des PME sont en général réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique. Le présent article analyse, des points de vue de la systématique légale et du droit comparé, non seulement la nouvelle disposition légale susmentionnée, mais également la communication PME de la ComCo du 19 décembre 2005 qui a suivi. En conclusion, sont formulées des propositions concrètes de modification, en vue de la révision de l'actuelle communication PME, envisagée par la ComCo.

- I. Einleitung**
 - II. Die Systematik des KG zur Prüfung von Wettbewerbsabreden**
 - 1. Geltungsbereich und Anwendungsvorbehalt, Wettbewerbsabrede und relevanter Markt
 - 2. Erheblichkeit
 - 3. Effizienzrechtfertigung
 - 4. Fazit
 - III. Der gesetzgeberische Auftrag**
 - 1. Zustandekommen von Art. 6 Abs. 1 lit. e KG
 - 2. Unklare Einordnung neu eingeführter Rechtsbegriffe
 - 3. Fehlende KMU-Definition
 - 4. Fazit
 - IV. Rechtsvergleichende Hinweise**
 - 1. Übersicht
 - 2. De-minimis-Bekanntmachung der EU-Kommission
 - 3. Mittelstandskartelle nach deutschem GWB
 - V. Umsetzung des Gesetzesauftrages durch die Weko**
 - 1. Allgemein
 - 2. Eine Bekanntmachung nicht nur für KMU
 - 3. Die Definition der KMU
 - 4. Verzicht auf Verfahrenseröffnung
 - 5. Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit
 - 6. Beschränkte Marktwirkung
 - 7. Spezialregeln für Kleinunternehmen
 - 8. Weitere Bestimmungen
 - 9. Fazit
 - VI. Änderungsvorschläge**
 - 1. Ausrichtung auf eine reine Bagatell-Bekanntmachung
 - 2. Erlass einer Bekanntmachung über horizontale Zusammenarbeit
 - 3. Erweiterung der KMU-Definition als Alternative
 - 4. Weitere Änderungsvorschläge
- Zusammenfassung / Résumé**

I. Einleitung

Im Rahmen der jüngsten Revision des schweizerischen Kartellgesetzes¹ wurde der Bundesrat resp. die Wettbewerbskommission (Weko) vom Gesetzgeber durch den neu eingefügten Art. 6 Abs. 1 lit. e KG ermächtigt und beauftragt, die Voraussetzungen zu umschreiben, unter denen Abreden, die eine Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen bezwecken, aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz in der Regel als gerechtfertigt zu gelten haben. Dies gemäss Gesetzeswortlaut jedoch nur, sofern diese Abreden lediglich eine beschränkte Marktwirkung haben. Die Weko verabschiedete daraufhin mit Beschluss vom 19. Dezember 2005 die heute geltende «Bekanntmachung betreffend Abreden mit beschränkter Marktwirkung (KMU-Bekanntmachung)»².

Bereits im Zeitpunkt der Aufnahme der neuen Bestimmung in das Gesetz zeichnete sich ab, dass die gewählte Formulierung nicht über alle Zweifel erhaben ist³. Dies wirkte sich in der Folge leider auch auf die Bekanntmachung der Weko aus. Nachfolgend sind sowohl die durch den Gesetzgeber erlassene Gesetzesbestimmung als auch die entsprechende Bekanntmachung der Weko kritisch zu hinterfragen (Ziff. III und Ziff. V). Der Verständlichkeit der geübten Kritik dienend ist vorab kurz auf die Systematik des Kartellgesetzes für die Prüfung wettbewerbsrechtlich relevanter Abreden und speziell auf deren Effizienzrechtfertigung einzugehen (Ziff. II). Abschliessend sollen sodann, in Erwägung der dargelegten rechtsvergleichenden Hinweise (Ziff. IV), Vorschläge zur Änderung der bestehenden Bekanntmachung formuliert werden (Ziff. VI).

II. Die Systematik des KG zur Prüfung von Wettbewerbsabreden

1. Geltungsbereich und Anwendungsvorbehalt, Wettbewerbsabrede und relevanter Markt

Die Prüfung von Vereinbarungen zwischen zwei oder mehreren Unternehmen auf deren kartellrechtliche Zulässigkeit hin erfolgt grundsätzlich nach einem einheitlichen Muster. Vorab ist zu prüfen, ob die in Frage stehende Vereinbarung vom Geltungsbereich des KG in persönlicher, sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht erfasst ist⁴. Der zu prüfende Sachverhalt darf ferner nicht von einem Anwendungsvorbehalt nach Art. 3 KG erfasst sein⁵. Darauf folgend ist zu prüfen, ob eine rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarung oder eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise zweier oder mehrerer Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen vorliegt, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt, d.h., ob überhaupt eine Wettbewerbsabrede im Sinne des KG vorliegt⁶.

Sind die obgenannten Voraussetzungen erfüllt, hat die für die kartellrechtliche Beurteilung einer Abrede grundlegende Abgrenzung des relevanten Marktes zu erfolgen; nur im Wissen um den für die in Frage stehenden Güter relevanten Markt können die (Aus-)Wirkungen einer Abrede auf den Wettbewerb überhaupt geprüft werden⁷. Der relevante Markt ist hierbei in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht abzugrenzen⁸.

2. Erheblichkeit

Ein weiterer wesentlicher Schritt zur Prüfung der Zu- resp. Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede erfolgt erst jetzt, nämlich die Unterscheidung, ob die Wettbewerbsabrede den Wettbewerb auf dem relevanten Markt erheblich beeinträchtigt oder gar beseitigt oder ob lediglich eine den wirksamen

¹ SR 251; Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG).

² RPW 2006, 209 ff.

³ Amtl. Bull. SR 2003, 332 (Schliesser).

⁴ Art. 2 KG; vgl. hierzu etwa: J. Borer, Kartellgesetz, Zürich 2005, KG 2 N 1 ff.; R. Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Stämpfli Verlag AG, Bern 2005, N 240 ff.; P. Zurkinder / H.-R. Trüeb, Das neue Kartellgesetz, Handkommentar, Schulthess, Zürich 2004, KG 2 N 1 ff.

⁵ Art. 3 KG; vgl. hierzu etwa: Borer (Fn. 4), KG 3 N 1 ff.; zum neuen Art. 3 Abs. 2 KG insb. G. Rauber, Verhältnis des neuen Rechts zum Immaterialgüterrecht, in: W. Stoffel / R. Zäch (Hg.), Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, Zürich 2004, 186 ff.

⁶ Art. 4 Abs. 1 KG; vgl. hierzu etwa: Borer (Fn. 4), KG 4 N 3 ff.; Zäch (Fn. 4), N 364 ff.; Zurkinder / Trüeb (Fn. 4), KG 4 N 2 ff.

⁷ Borer (Fn. 4), KG 5 N 9; R. Dähler / P. Krauskopf / M. Strebel; Aufbau und Nutzung von Marktpositionen, in: T. Geiser / P. Krauskopf / P. Münch (Hg.), Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis Bd. IX, Basel 2005, N 8.10 m.w.H.

⁸ Vgl. hierzu statt vieler: Zäch (Fn. 4), N 377 m.w.H.; vgl. zur Marktabgrenzung auch die Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABI 1997 C 372/5.

Wettbewerb unerheblich beeinträchtigungende Wettbewerbsabrede vorliegt⁹. Liegt eine den Wettbewerb unerheblich beschränkende Abrede vor, so ist diese ohne Weiteres zulässig. Die Prüfung weiterer Voraussetzungen entfällt.

3. Effizienzrechtfertigung

Lediglich Abreden, die den Wettbewerb auf dem relevanten Markt erheblich beeinträchtigen, sind auf eine mögliche Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz zu prüfen¹⁰. Ist die Effizienzrechtfertigung erfolgreich, ist auch die den Wettbewerb zwar erheblich beschränkende, aus Effizienzgründen jedoch gerechtfertigte Abrede ohne Weiteres zulässig¹¹. Eine den Wettbewerb im relevanten Markt erheblich beeinträchtigungende Abrede lässt sich hierbei aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen, sofern (a) ein Effizienzgrund gegeben ist¹², (b) der Wettbewerbseingriff verhältnismässig ist¹³ und (c) keine Möglichkeit besteht, dass durch die Abrede der wirksame Wettbewerb beseitigt wird¹⁴. Als Effizienzgründe gelten die Senkung von Herstellungs- oder Vertriebskosten, die Verbesserung der Produkte oder Produktionsverfahren, die Förderung der Forschung oder der Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen oder die rationellere Nutzung von Ressourcen¹⁵.

Ist die Effizienzprüfung erfolgreich, ist die entsprechende Abrede zulässig. Lediglich den Wettbewerb beseitigende und erhebliche, nicht aus wirtschaftlichen Effizienzgründen gerechtfertigte Abreden sind somit kartellrechtlich unzulässig¹⁶.

Art. 6 KG ist die Kompetenznorm, nach welcher der Bundesrat resp. die Weko in Verordnungen oder allgemeinen Bekanntmachungen die Voraussetzungen umschreiben können, nach denen einzelne Arten von Wettbewerbsabreden und besondere Kooperationsformen in einzelnen Wirtschaftszweigen aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz in der Regel als gerechtfertigt gelten.

4. Fazit

Die vorstehenden Ausführungen machen deutlich, dass zwischen den beiden Tatbestandsvoraussetzungen der Erheblichkeit einerseits und der (fehlenden) Effizienzrechtfertigung andererseits – und deren systematischer Einordnung im KG – bei der Prüfung der Zu- resp. Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede klar unterschieden werden muss.

III. Der gesetzgeberische Auftrag

1. Zustandekommen von Art. 6 Abs. 1 lit. e KG

In der Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes war Art. 6 Abs. 1 lit. e KG noch nicht enthalten¹⁷. Die besondere Interessenlage von KMU wurde im Revisionsentwurf grundsätzlich nur im Hinblick auf die Änderung resp. Präzisierung des Marktbeherrschungsbegriffes berücksichtigt¹⁸.

Erst im Rahmen der parlamentarischen Beratung wurde die entsprechende Bestimmung eingebracht und, letztlich auf politischen Druck hin, nahezu diskussionslos und unbesehen in das Gesetz über-

⁹ Vorliegend ist nicht auf die Bestimmung und die damit verbundenen Unklarheiten des Begriffs der Erheblichkeit vertieft einzugehen. Vgl. hierzu jedoch bspw. A. Raass, Eine Frage der Erheblichkeit, Zur Interpretation eines Schlüsselbegriffs im Kartellgesetz, sic! 2004, 911 ff. m.w.H.; Dähler / Krauskopf / Strebel (Fn. 7), N 8.23 ff.

¹⁰ Art. 5 Abs. 1 und 2 KG.

¹¹ Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass Abreden, welche den Wettbewerb auf dem relevanten Markt beseitigen, nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden können. Für Abreden, die unter die Vermutung von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG fallen, ist somit ein weiterer Prüfungsschritt vorzusehen, bei dem zu prüfen ist, ob die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch den Nachweis eines genügenden Innen- und/oder Aussenwettbewerbs widerlegt werden kann. Vgl. hierzu etwa Borer (Fn. 4), KG 5 N 29 f.; Zäch (Fn. 4), N 476 ff. sowie insb. BGE 129 II 18 E. 8, «Buchpreisbindung».

¹² Art. 5 Abs. 2 lit. a KG.

¹³ Vgl. statt vieler: Zäch (Fn. 4), N 404; R. von Büren / E. Marbach, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Stämpfli Verlag AG, Bern 2002, N 1237.

¹⁴ Art. 5 Abs. 2 lit. b KG.

¹⁵ Art. 5 Abs. 2 lit. a KG.

¹⁶ Es besteht einzig noch die Möglichkeit der ausnahmsweisen Zulassung grundsätzlich unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen durch den Bundesrat gem. Art. 8 KG; vgl. hierzu etwa: Y. Hangartner / F. Prümmer, Die ausnahmsweise Zulassung grundsätzlich unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen und Unternehmenszusammenschlüsse, AJP 2004, 1093 ff.

¹⁷ Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBI 2002, 2022; P. Ducrey / Ch. Tagmann, Die Anwendung des Kartellrechts auf KMU, Ziff. II. 5. a) m.w.H., zur Publikation vorgesehen in: ZBJV 2007/2.

¹⁸ Vgl. Botschaft vom 7. November 2001, BBI 2002, 2022, 2032 f. sowie 2045.

nommen¹⁹. Den Unterlagen zur parlamentarischen Debatte ist nicht zu entnehmen, dass die Formulierung oder die Bedeutung des neuen Art. 6 Abs. 1 lit. e KG vertieft beraten oder kritisch hinterfragt wurde²⁰. Hauptgrund für die Einführung der Bestimmung war wohl die in Gewerbekreisen vertretene Forderung, KMU von der Strenge des Kartellgesetzes ganz zu befreien oder zumindest dessen Anwendung auf KMU abzuschwächen, insb. in Anbetracht der im Revisionsentwurf vorgesehenen Einführung direkter Sanktionen für gewisse Kartellrechtsverstösse²¹. Argumentiert wurde dabei mit dem Hinweis auf die grosse volkswirtschaftliche Bedeutung der KMU und dass mit der Zulassung von sonst gemäss Kartellgesetz eingeschränkten Kooperationsmöglichkeiten unter KMU der bestehende Nachteil gegenüber grösseren Unternehmen auszugleichen sei²².

Schliesslich bestand auch das Postulat, die Wettbewerbsbehörden sollten sich auf die wichtigen wettbewerbsbeschränkenden Sachverhalte konzentrieren und sich nicht mit Bagatellfällen, zu denen wohl viele Abreden zwischen KMU gehören, beschäftigen²³. Diese Konzentration der Kräfte dient zweifellos auch dazu, die Glaubwürdigkeit der Wettbewerbsbehörden zu erhöhen.

2. Unklare Einordnung neu eingeführter Rechtsbegriffe

Gemäss dem neuen Art. 6 Abs. 1 lit. e KG können in Verordnungen oder allgemeinen Bekanntmachungen die Voraussetzungen umschrieben werden, unter denen Wettbewerbsabreden mit dem Zweck, die Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen zu verbessern, aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz in der Regel als gerechtfertigt gelten, sofern sie nur eine beschränkte Marktwirkung aufweisen. Mit dieser Bestimmung führte der Gesetzgeber neue Rechtsbegriffe ein, deren systematische Einordnung in das Kartellgesetz weitgehend unklar bleibt.

Unklar ist vorab, ob der Begriff «Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit» mit demjenigen der Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gleichzusetzen ist²⁴. Dies könnte vermutet werden, da sich Art. 6 Abs. 1 und 2 KG – wie bereits erwähnt und gemäss dessen Randtitel – auf gerechtfertigte Arten von Wettbewerbsabreden bezieht. Nicht jede Massnahme, die im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG wirtschaftlich effizient ist, führt jedoch auch zu einer Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit²⁵. Es ist deshalb nicht klar, ob dem Begriff eine eigenständige Bedeutung zukommen soll und dieser somit nicht mit einem Rechtfertigungsgrund gleichgesetzt werden kann²⁶.

Unklar ist auch, ob der Begriff «beschränkte Marktwirkung» mit demjenigen der «Unerheblichkeit» gleichzusetzen ist und in diesem Sinne eine Konkretisierung des Erheblichkeitsbegriffs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG bezweckt oder ob diesem eine selbständige Bedeutung zukommen und damit das Beurteilungsraster von Art. 5 KG erweitert oder gar modifiziert werden soll²⁷. Das Kriterium der beschränkten Marktwirkung, d.h. der beschränkten (Aus-)Wirkung einer Abrede auf den relevanten Markt, scheint hierbei bloss auf das Kriterium der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung einer Abrede Bezug nehmen zu können. Demgegenüber nimmt Art. 6 KG auf die Effizienzrechtfertigung Bezug, weshalb dem Begriff eine selbständige Bedeutung zuzukommen scheint. Die Effizienzrechtfertigung nimmt jedoch lediglich insofern auf die Marktmacht der Abredeteiligen Bezug, als diesen durch die entsprechende Abrede nicht die Möglichkeit eröffnet werden darf, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Ist die Möglichkeit der Wettbewerbsbeseitigung nicht gegeben, steht die Effizienzrechtfertigung grundsätzlich auch Unternehmen offen, welche durch die in Frage stehende Abrede eine erhöhte Marktmacht gewinnen.

¹⁹ Amtl. Bull. NR 2002, 1295 (Meier-Schatz); Dähler / Krauskopf / Strebel (Fn. 7), N 8.37, Fn. 119.

²⁰ Amtl. Bull. NR 2002, 1295 (Meier-Schatz); vgl. immerhin jedoch Amtl. Bull. SR 2003, 332 (Schiesser).

²¹ Vgl. hierzu ebenfalls das Votum Schiesser in: Amtl. Bull. SR 2003, 332 sowie das Votum von Hans-Rudolf Gysin in: Amtl. Bull. NR 2002, 1451 zu Art. 49a); vgl. ferner: Ducrey / Tagmann (Fn. 17), Ziff. II.5.a) m.w.H..

²² R. Horber, Kartellgesetz: Bekanntmachung zum KMU-Artikel in der Vernehmlassung, eine enttäuschende Umsetzung, Schweizerische Gewerbezeitung, 10. Dezember 2004, 3.

²³ Amtl. Bull. NR 2002, 1435 (Baader); vgl. zu der aus gewerblichen Kreisen bereits früher geäusserten Kritik an der Tätigkeit der Weko: RPW 2002/1, 1 ff.

²⁴ Dähler / Krauskopf / Strebel (Fn. 7), N 8.37, Fn. 127; M. Ammann, Ausnahmebehandlung für KMU?, Handelszeitung vom 5. April 2006, 21.

²⁵ Ch. Tagmann, Hintergründe der KMU-Bekanntmachung und erste Erfahrungen, Unterlagen zur Tagung des Europa Instituts an der Universität Zürich vom 3. Oktober 2006, Die neue KMU-Bekanntmachung im Kartellrecht, 5, Folie 9.

²⁶ Vgl. zu dieser Problematik auch: Ducrey / Tagmann (Fn. 17), Ziff. II.5.c), bb). Die beiden Autoren gehen davon aus, dass sich in der Praxis der Begriff der Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit wohl mit demjenigen der wirtschaftlichen Effizienz weitgehend decken wird.

²⁷ Dähler / Krauskopf / Strebel (Fn. 7), N 8.37, Fn. 132.

Über die blosser Unklarheit der Bedeutung der neu eingeführten Begriffe hinaus ist zu hinterfragen, weshalb die Kriterien «Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit» und «beschränkte Marktwirkung» gemäss dem Wortlaut der Bestimmung kumulativ erfüllt sein müssen. Wie bereits dargelegt, ist eine den Wettbewerb bloss unerheblich beschränkende Abrede ohne Weiteres zulässig und nicht weiter auf ihre Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz zu prüfen²⁸. Zudem ist die Möglichkeit der Effizienzrechtfertigung nicht von der Voraussetzung der beschränkten Marktwirkung abhängig.

Sodann ist darauf hinzuweisen, dass Art. 6 Abs. 1 lit. a–d und Abs. 2 KG sich – in Konkretisierung von Art. 5 Abs. 2 KG – allesamt auf sachliche Kriterien der Effizienzrechtfertigung beziehen. Art. 6 Abs. 1 lit. e KG knüpft jedoch systemfremd auch am Subjekt der Wettbewerbsabrede an²⁹. Abreden unter KMU stellen weder einen generalisierbaren Typus von Abreden dar, noch sind diese zwingend wirtschaftlich effizient und damit zu rechtfertigen. Dies beschlägt selbstverständlich nicht die an sich wohl zutreffende Vermutung, dass Abreden unter KMU den wirksamen Wettbewerb meist nicht erheblich beeinträchtigen, insb. wenn im entsprechenden relevanten Markt daneben (mehrere) grosse Anbieter bestehen.

3. Fehlende KMU-Definition

Die neu eingefügte Bestimmung erwähnt zwar explizit den Begriff KMU («kleine und mittlere Unternehmen»), eine Definition hierzu fehlt jedoch. Auch den Gesetzgebungsunterlagen sind keine konkreten Anhaltspunkte für eine solche zu entnehmen³⁰.

4. Fazit

Die genannten Unklarheiten lassen sich unter anderem durch das unter Zeitdruck stehende parlamentarische Verfahren erklären. Die Begriffe wurden ganz offensichtlich dem deutschen GWB³¹ entlehnt, ohne dem entsprechenden Gesamtzusammenhang und den – insb. durch die 7. GWB-Novelle hervorgerufenen – Unzulänglichkeiten dieser Mittelstandskartellregelung genügend Beachtung zu schenken³². Der Begriff der beschränkten Marktwirkung stellt zudem wohl den problematischen Versuch dar, eine (zu) weit reichende Privilegierung von KMU wieder einzuengen. Aufgrund der genannten Unklarheiten der eingeführten Begriffe als kumulative Tatbestandsvoraussetzungen liegt der Schluss nahe, dass diese Bestimmung in der vorliegenden Form vom Gesetzgeber nicht gewollt war und für deren Anwendung deshalb eine der Systematik des schweizerischen KG entsprechende Auslegung erfolgen muss.

IV. Rechtsvergleichende Hinweise

1. Übersicht

Für die Formulierung konkreter Änderungsvorschläge lohnt sich ein Blick auf andere Rechtsordnungen und die darin enthaltenen Lösungsanregungen, die sich allenfalls auch für die Schweiz nutzbar machen lassen. Hierbei erscheint in erster Linie die Prüfung einschlägiger Bestimmungen des EU-Kartellrechts³³ sowie die Analyse der einschlägigen Bestimmungen des deutschen Rechts angebracht³⁴.

²⁸ Vgl. oben, Ziff. II.2.

²⁹ Dähler / Krauskopf / Strebel (Fn. 7), N 8.37 m.w.H.

³⁰ Ducrey / Tagmann (Fn. 17), Ziff. II.5.c) aa) m.w.H.; M. Ammann (Fn. 24), 21.

³¹ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005, BGBl. I 2005, 1954.

³² Vgl. unten, Ziff. IV.3.

³³ An die EU-Regelungen hat sich v.a. die Weko schon mehrfach angelehnt. Vgl. hierzu insb. die bereits früher erlassenen Bekanntmachungen, abrufbar unter www.weko.admin.ch (Publikationen / Gesetze), Dezember 2006. Vgl. hierzu insb. auch den Entwurf zur Revision der Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Entwurf Vertikal-Bekanntmachung), abrufbar unter www.weko.admin.ch (Publikationen / Gesetze), der eine weitgehende Annäherung an die entsprechenden Bestimmungen der Gruppenfreistellungsverordnung über Vertikalabreden in der EU darstellt, wobei jedoch die Begrifflichkeiten mit geringfügigen Abweichungen übernommen wurden.

³⁴ An der deutschen Regelung betreffend Mittelstandskartelle hat sich wohl sowohl der Schweizer Gesetzgeber bei der Redaktion des Art. 6 Abs. 1 lit. e KG als auch die Weko bei der Redaktion der KMU-Bekanntmachung orientiert. Die Recherchen in den Rechtsordnungen der anderen Nachbarstaaten haben keine zusätzlich hilfreiche Anregung zu Tage gefördert.

2. De-minimis-Bekanntmachung der EU-Kommission

a) Regelung³⁵

Die EU-Kommission hält in der De-minimis-Bekanntmachung fest, unter welchen Bedingungen eine Wettbewerbsbeschränkung als nicht spürbar betrachtet wird. Werden die darin festgehaltenen Voraussetzungen erfüllt, gilt eine Abrede als vom grundsätzlichen Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nach Art. 81 EGV ausgenommen. Die Spürbarkeitsgrenzen werden hierbei anhand von Marktanteils Grenzen der beteiligten Unternehmen definiert³⁶.

Als nicht spürbare Wettbewerbsbeschränkung gelten horizontale Vereinbarungen (Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern), wenn der von allen beteiligten Unternehmen insgesamt gehaltene Marktanteil auf keinem der von der Vereinbarung betroffenen relevanten Märkte 10% überschreitet³⁷. Im Falle von Vereinbarungen zwischen Nichtwettbewerbern, somit insb. bei «vertikalen» Vereinbarungen, gilt dasselbe, wenn der von jedem der beteiligten Unternehmen gehaltene Marktanteil auf keinem der von der Vereinbarung betroffenen relevanten Märkte 15% überschreitet³⁸. Bei Schwierigkeiten der Einstufung als horizontale oder vertikale Vereinbarung soll die Marktanteils Grenze von 10% Anwendung finden³⁹. Die relevante Marktanteils Grenze wird sodann auf 5% herabgesetzt, wenn der Wettbewerb durch einen kumulativen Marktabschottungseffekt beschränkt wird, d.h. durch die kumulativen Wirkungen eines Bündels von Vereinbarungen von Lieferanten oder Händlern⁴⁰. Der praktischen Anwendung dient ferner die Klarstellung, dass eine Überschreitung der genannten Marktanteilsschwellen während zweier aufeinanderfolgender Kalenderjahre bis zu höchstens 2% die Anwendbarkeit der De-minimis-Privilegierung noch nicht ausschliesst⁴¹.

Die Ausnahme vom Kartellverbot gilt jedoch dann nicht, d.h. auch wenn die genannten Marktanteilschwellen nicht überschritten werden, wenn eine Vereinbarung eine als besonders schwerwiegend eingestufte Wettbewerbsbeschränkung, eine sog. «Kernbeschränkung», enthält, deren Inhalt und Umfang in der Bekanntmachung detailliert umschrieben werden⁴². Die Kernbeschränkungen umfassen hierbei mehr oder weniger diejenigen Tatbestände, die nach dem Schweizer KG gemäss Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs unterliegen, somit also ebenfalls als besonders schwerwiegend beurteilt werden⁴³.

Speziell hervorzuheben ist ferner, dass die EU-Kommission weder auf Antrag noch von Amtes wegen ein Verfahren eröffnen wird, solange eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung in den Anwendungsbereich der De-minimis-Bekanntmachung fällt⁴⁴. Zudem wird von Sanktionen abgesehen, wenn die Unternehmen allenfalls zu Unrecht, aber «gutgläubig» davon ausgehen, eine Vereinbarung falle in den Anwendungsbereich der Bekanntmachung⁴⁵.

³⁵ Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäss Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (de minimis), ABI 2001 C 368/07.

³⁶ Vgl. Ziff. 2 De-minimis-Bekanntmachung.

³⁷ Ziff. 7 lit. a De-minimis-Bekanntmachung.

³⁸ Ziff. 7 lit. b Abs. 1 De-minimis-Bekanntmachung.

³⁹ Ziff. 7 lit. b Abs. 2 De-minimis-Bekanntmachung.

⁴⁰ Ziff. 8 De-minimis-Bekanntmachung. Klargestellt wird in diesem Zusammenhang weiter, dass nicht von einem kumulativen Marktabschottungseffekt auszugehen ist, wenn dieses Netz von vergleichbaren Vereinbarungen lediglich 30% des relevanten Marktes abdeckt. Vgl. zur Bündeltheorie etwa R. Bechthold / W. Bosch / I. Brinker / S. Hirsbrunner, EU-Kartellrecht, Kommentar, Verlag C.H. Beck, München 2005, EGV 81 N 76.

⁴¹ Vgl. Ziff. 9 De-minimis-Bekanntmachung.

⁴² Ziff. 11 De-minimis-Bekanntmachung.

⁴³ Vgl. W. Stoffel, SIWR V/2, Basel 1996, 114; von Büren / Marbach (Fn. 13), N 1259; Dähler / Krauskopf / Strebel (Fn. 7), N 8.13 und 8.24.

⁴⁴ Ziff. 4 De-minimis-Bekanntmachung.

⁴⁵ Ziff. 4 De-minimis-Bekanntmachung. Bereits an dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass die Notwendigkeit der Übernahme einer solchen Regelung in der Schweiz entfällt. Im Gegensatz zum EU-Wettbewerbsrecht sind in der Schweiz lediglich einzelne Typen von Abreden sanktionsbedroht, nämlich Abredetypen gemäss Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG (Art. 49a KG). Gutgläubigkeit betreffend die Anwendbarkeit einer Regelung kann nach der hier vertretenen Ansicht jedoch bloss bei nachgewiesener Prüfung der Anwendbarkeit und somit der Kenntnis ebendieser Regelung vorliegen. Aufgrund der expliziten Ausnahme horizontaler Preis-, Mengen- und Gebietsabreden resp. vertikaler Preisbindungen und Marktabschottungen in der KMU-Bekanntmachung dürfte Gutgläubigkeit betreffend die Anwendbarkeit der KMU-Bekanntmachung auf solche Abredetypen wohl kaum je vorliegen, und eine Sanktionierung anderweitiger Abreden ist nicht möglich. Im Ergebnis gleich, jedoch mit anderer Begründung Ducrey / Tagmann (Fn. 17), Fn. 76.

Der Vollständigkeit halber ist zu bemerken, dass die De-minimis-Bekanntmachung sich nicht darüber ausspricht, ob eine Vereinbarung geeignet ist, den Handel zwischen EU-Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen⁴⁶, was ein weiteres Tatbestandsmerkmal für die Anwendbarkeit von Art. 81 EGV darstellt. Gemäss der De-minimis-Bekanntmachung ist jedoch davon auszugehen, dass Vereinbarungen zwischen KMU kaum geeignet sein dürften, diese Voraussetzung zu erfüllen⁴⁷. Diese Aussage ist bemerkenswert, da für diese von einer grosszügigen Definition des KMU-Begriffs ausgegangen wird, nämlich von Unternehmen mit weniger als 250 Mitarbeitern und mit einem Jahresumsatz von max. EUR 40 Mio. oder mit einer Bilanzsumme von max. EUR 27 Mio.⁴⁸. Bemerkenswert ist die Aussage insbesondere auch deshalb, da die Struktur bezüglich der Anzahl im EU-Wirtschaftsraum tätiger KMU mit derjenigen der Schweiz durchaus vergleichbar ist⁴⁹. Vereinbarungen zwischen KMU sind demgemäss somit grundsätzlich durch die zuständigen Wettbewerbsbehörden und Gerichte der Mitgliedstaaten aufgrund des jeweiligen einzelstaatlichen Wettbewerbsrechtes zu beurteilen.

b) Fazit

Mit der De-minimis-Bekanntmachung verfolgt die EU-Kommission konsequent den begrüssenswerten Weg, die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen einer Vereinbarung auf dem relevanten Markt nach dem Grad der Marktmacht der an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen zu bestimmen und nicht nach deren Grösse betreffend Umsatz und Anzahl der Mitarbeitenden. Die De-minimis-Bekanntmachung bezieht sich ausschliesslich auf das (ungeschriebene) Tatbestandsmerkmal der Spürbarkeit. Liegt keine spürbare Wettbewerbsbeeinträchtigung vor, wird darüber hinaus keine Prüfung weiterer Voraussetzungen verlangt. Für eine allfällige Zulässigkeit spürbarer Wettbewerbsbeschränkungen hat die Kommission weitere Regelwerke erlassen, so insb. die Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit⁵⁰, die vorliegend von besonderem Interesse sein dürften.

3. Mittelstandskartelle nach deutschem GWB

a) Regelung

Das deutsche Wettbewerbsrecht hat schon im Jahre 1973 eine gewisse Privilegierung von KMU eingeführt, die in der Substanz über die verschiedenen GWB-Novellierungen beibehalten wurde. Auch die 7. Novellierung des GWB im Jahr 2005 hat versucht, diese Privilegierung aufrechtzuerhalten⁵¹. Neu ist § 3 GWB einschlägig. Dieser erklärt den «Mittelstand» zum Adressaten der Regelung und verwendet den Begriff «Mittelstandskartelle». Die Mittelstandskartellbestimmung von § 3 GWB befasst sich ausdrücklich nur mit Abreden zwischen Wettbewerbern, also mit horizontalen Vereinbarungen⁵². Die Mittelstandskartellregelung wird in einem Merkblatt des (deutschen) Bundeskartellamtes⁵³ weiter ausgeführt und ihre Anwendung anhand von Beispielen beschrieben.

⁴⁶ Ziff. 3 De-minimis-Bekanntmachung.

⁴⁷ Ziff. 3 De-minimis-Bekanntmachung. Vgl. zum Verhältnis des Gemeinschaftsrechts und des einzelstaatlichen Wettbewerbsrechts Art. 3 der Verordnung (EG) 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABI 2003 L 1/1; vgl. zum Verhältnis von GWB und Art. 81 EGV etwa R. Bechthold, Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 4. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 2006, GWB 3 N 4.

⁴⁸ Ziff. 3 De-minimis-Bekanntmachung mit dem Hinweis auf die (inzwischen revidierte) Empfehlung der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen, ABI 2003 L 124/36.

⁴⁹ Vgl. hierzu etwa den Leitfaden zur KMU-Politik der EU, abrufbar unter http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/docs/facts_de.pdf; vgl. für die Schweiz die Pressemitteilung des Bundesamtes für Statistik vom 21. November 2002, abrufbar unter <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/news/medienmitteilungen.Document.24756.html>.

⁵⁰ Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABI 2001 C 3/02.

⁵¹ Bechthold (Fn. 47), GWB 3 N 2.

⁵² J.-B. Nordemann in: U. Loewenheim / K. Meessen / A. Riesenkampff (Hg.), Kartellrecht, Bd. 2: GWB, Kommentar, Verlag C.H. Beck, München 2006, GWB 3 N 24; vgl. jedoch zu vertikalen Vertragssystemen mit horizontaler Grundlage ebenda, GWB 3 N 31 ff.

⁵³ Merkblatt des Bundeskartellamtes über die Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen nach dem Kartellgesetz. Abrufbar unter: http://www.ec-net.de/EC-Net/Redaktion/Pdf/Beschaffung-Maerkte/kooperationsmoeglichkeiten.property=pdf,bereich=ec__net,sprache=de,rwb=true.pdf. Das Merkblatt befindet sich derzeit in Überarbeitung. Gemäss Auskunft des Bundeskartellamtes steht die Publikation einer Neufassung des Merkblattes unmittelbar bevor. Der angeführte Verweis bezieht sich auf das Merkblatt, das noch auf den Re-

Hervorzuheben ist, dass diese Regelung nicht versucht, den Begriff KMU mit schematischen Grössenzahlen zu erfassen. Vielmehr ist anerkannt, dass sich die Zugehörigkeit zum «Mittelstand» nicht aufgrund absoluter Grössenzahlen, sondern nur im Einzelfall aufgrund der jeweiligen Marktstruktur feststellen lässt⁵⁴. Es wird vorgebracht, dass eine schematische Betrachtung der gesetzlichen Zielsetzung der Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen gar zuwiderlaufen würde⁵⁵. Privilegiert sind somit nicht zwingend nur Vereinbarungen zwischen Unternehmen einer definierten Grösse, sondern auch solche, an denen neben KMU auch grosse Unternehmen beteiligt sind, sofern im Übrigen die Kriterien von § 3 GWB eingehalten werden, d.h., wenn durch die zu beurteilende Vereinbarung die Leistungs- resp. Wettbewerbsfähigkeit der Beteiligten gefördert werden kann.

Werden die in § 3 GWB aufgestellten Kriterien erfüllt, ist das betreffende Mittelstandskartell im Sinne von § 2 Abs. 1 GWB vom generellen Verbot nach § 1 GWB «freigestellt». Bis zur 7. Novellierung des GWB war die Privilegierung des Mittelstandskartells von einer formellen Anmeldung bei der Wettbewerbsbehörde und einem entsprechenden Attest abhängig. Seit 2005 ist das Privileg im Sinne der «Legalausnahme» ausgestaltet, d.h. die Vereinbarung ist ohne Weiteres zulässig, wenn die entsprechenden Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, ohne dass eine behördliche Feststellung notwendig ist⁵⁶. Die Möglichkeit für mittelständische Unternehmen, mehr Rechtssicherheit durch einen Selbstbindungsentscheid der Kartellbehörde zu erlangen, gilt nur noch für eine Übergangsfrist bis Mitte 2009⁵⁷. Danach müssen die betroffenen Unternehmen aufgrund des Systemwechsels eine in der Praxis, insb. auch aufgrund der Relativität des Mittelstandsbegriffes, sehr schwierige Selbsteinschätzung vornehmen.

Sinn und Zweck der Mittelstandskartellregelung nach § 3 GWB ist nicht die Privilegierung der KMU und der entsprechenden Vereinbarungen unter ihnen an sich, sondern eine Privilegierung, die nur dann greift, wenn durch eine leistungssteigernde Kooperation ein Ausgleich der offenbar bestehenden Grössennachteile im Wettbewerb erreicht werden kann⁵⁸. Die Privilegierung gilt nur dann, wenn eine Vereinbarung die Leistungsfähigkeit der Mittelstandsunternehmen im Wettbewerb, also deren Wettbewerbsfähigkeit gegenüber grösseren Unternehmen, verbessert, wobei jedoch keine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegen darf⁵⁹.

b) Fazit

Die deutsche Mittelstandskartellregelung bietet keine schematische und einfache Lösung. Auch das deutsche GWB geht von der Kombination von «Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit» und «unwesentlicher Beeinträchtigung des Wettbewerbs» aus. Die Regelung bedingt eine komplexe, den Einzelfall differenziert beurteilende Analyse des jeweiligen Sachverhaltes. Die Neuregelung der Mittelstandskartelle durch die 7. GWB-Novelle scheint in Anbetracht der Relativität des Mittelstandsbegriffes und des Wechsels zum System der Legalausnahme und der damit erforderlichen Selbsteinschätzung nur unvollkommen gelungen zu sein⁶⁰. Das Postulat der Rechtsicherheit ist damit wohl kaum (mehr) erfüllt.

V. Umsetzung des Gesetzesauftrages durch die Weko

1. Allgemein

Die dargelegten dogmatischen Unklarheiten des neuen Art. 6 Abs. 2 lit. e KG und der unklare Wille des schweizerischen Gesetzgebers haben der Weko und ihrem Sekretariat zugegebenermassen eine schwierige Aufgabe auferlegt. Die Schwierigkeit der Umsetzung des gesetzgeberischen Auftrages

gelungsstand vor der 7. GWB- Novelle von 2005 Bezug nimmt, wo die Mittelstandskartellregelung noch in 4 GWB verankert war.

⁵⁴ Merkblatt Bundeskartellamt (Fn. 53), 2; Nordemann (Fn. 52), GWB 3 N 15 ff.

⁵⁵ Merkblatt Bundeskartellamt (Fn. 53), 2.

⁵⁶ Nordemann (Fn. 52), GWB 3 N 5.

⁵⁷ Gemäss § 3 Abs. 2 GWB besteht während einer Übergangsfrist bis Mitte 2009 noch die Möglichkeit, auf Antrag eine – allerdings nur deklaratorische – Entscheidung der Kartellbehörde über die Beurteilung des Mittelstandskartelles im Sinne eines «Negativattestes» herbeizuführen; vgl. hierzu etwa: Bechthold (Fn. 47), GWB 3 N 12 ff.

⁵⁸ Merkblatt Bundeskartellamt (Fn. 53), 4.

⁵⁹ § 3 Abs. 1 Ziff. 1 GWB.

⁶⁰ Bechthold (Fn. 47), GWB 3 N 2; Nordemann (Fn. 52), GWB 3 N 69.

zeigte sich bereits im zeitlichen Ablauf für den Erlass der definitiven Bekanntmachung. Von den ersten internen Entwürfen des Weko-Sekretariats im Frühjahr 2004 und über die Gespräche mit interessierten und betroffenen Kreisen hinaus mussten gleich zwei Vernehmlassungen durchgeführt werden, bevor die Verabschiedung und Inkraftsetzung der definitiven Version am 19. Dezember 2005 erfolgen konnte⁶¹. Ferner ist davon auszugehen, dass die Weko die Bekanntmachung aufgrund des – wie bereits für den Erlass der Gesetzesbestimmung – bestehenden politischen Drucks schnell an die Hand nehmen wollte und musste⁶².

2. Eine Bekanntmachung nicht nur für KMU

Zunächst ist festzustellen, dass die Überschrift «Bekanntmachung betreffend Abreden mit beschränkter Marktwirkung (KMU-Bekanntmachung)» der darin enthaltenen Regelung nicht vollumfänglich gerecht wird. Die KMU-Bekanntmachung erwähnt ausser in den Erwägungen den Begriff KMU nicht, sondern befasst sich in der einschlägigen Ziffer 5 der Bekanntmachung nur mit ausschliesslich unter «Kleinstunternehmen» getroffenen Abreden.

Es ist zu begrüssen, dass sich die Bekanntmachung keineswegs nur mit KMU befasst und sich nicht nur an diese richtet. Für sämtliche Abreden ausser denjenigen zwischen Kleinstunternehmen sind zunächst die Marktanteilsgrössen als Mass der beschränkten Marktwirkung ausschlaggebend⁶³. Werden die festgesetzten Marktanteilsgrössen nicht überschritten, ist die Bekanntmachung somit für alle an Wettbewerbsabreden beteiligten Unternehmen einschlägig, und zwar unabhängig von deren Grösse.

3. Die Definition der KMU

a) Regelung

Schwierigkeiten bereitete der Weko die fehlende Definition des KMU-Begriffes im gesetzgeberischen Auftrag. Wollte man einer zu weit reichenden Privilegierung entgegenwirken, war scheinbar klar, dass bereits in anderen Gesetzen verwendete KMU-Definitionen für die Umsetzung des Gesetzesauftrages nicht verwendet werden konnten⁶⁴. Generell stellte sich folgendes Problem: Wird der KMU-Begriff zu breit gefasst, fallen mehr «Akteure» resp. Abreden aus dem Raster der vollen Kartellgesetzanwendung, als der Gesetzgeber – der mit der letzten KG-Revision bewusst eine Verschärfung eingeführt hat – wohl zulassen wollte. Wird er aber zu eng gefasst, verliert eine allfällige Privilegierung an praktischer Relevanz. Ein Blick auf die Statistik zeigt, dass bei einer Definition von KMU analog zum FusG rund 99% aller Unternehmen in der Schweiz unter die Bekanntmachung fallen würden⁶⁵.

b) Kritik

Wie bereits dargelegt, stellen Abreden unter KMU weder einen generalisierbaren Abredetypus dar, noch sind diese zwingend aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz zu rechtfertigen⁶⁶. Art. 6 Abs. 1 lit. e KG knüpft systemfremd am Subjekt der Wettbewerbsabrede anstatt an sachlichen Kriterien an⁶⁷. Im Sinne einer systematischen Auslegung hätte auf die Definition von KMU, in der Bekanntmachung definiert als Kleinstunternehmen, gänzlich verzichtet werden müssen⁶⁸.

⁶¹ Tagmann (Fn. 25), 1, Folie 2.

⁶² Vgl. hierzu die parlamentarische Anfrage Loepfe vom 11. März 2004 zur Umsetzung des KMU-Artikels und die entsprechende Antwort des Bundesrates, Amtl. Bull., 04.1014; ferner bestätigend: Ducrey / Tagmann (Fn. 17), Ziff. II.4.

⁶³ Vgl. Ziff. 3 KMU-Bekanntmachung; Ducrey / Tagmann (Fn. 17), Ziff. II.5.c) aa).

⁶⁴ Bspw. Art. 663 lit. e OR; Art. 2 lit. e FusG.

⁶⁵ Ducrey / Tagmann (Fn. 17), Ziff. II.5.c) aa); Tagmann (Fn. 25), 4, Folie 8; vgl. hierzu ferner oben, IV.2.a) sowie Fn. 49.

⁶⁶ Vgl. oben, Ziff. III.2.

⁶⁷ Vgl. oben, Ziff. III.2.

⁶⁸ Vgl. in diesem Zusammenhang den Änderungsvorschlag betreffend die Ausrichtung auf eine reine «Bagatell-Bekanntmachung» unten, Ziff. VI.1.

4. Verzicht auf Verfahrenseröffnung

a) Regelung

Die Weko sieht «in der Regel keinen Grund zur Eröffnung eines wettbewerbsrechtlichen Verfahrens»⁶⁹, wenn die in der KMU-Bekanntmachung aufgeführten Tatbestandsmerkmale «Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit» und «beschränkte Marktwirkung» erfüllt sind resp. eine Abrede unter Kleinstunternehmen vorliegt.

b) Kritik

Die Verwendung des Begriffes «in der Regel» schafft keine Rechtssicherheit⁷⁰. Die Bestimmung erscheint zudem stark relativiert, indem die Weko in den Erwägungen zur KMU-Bekanntmachung festhält, dass das Recht Dritter, bei den Wettbewerbsbehörden eine Anzeige wegen wettbewerbswidrigen Verhaltens einzureichen, unberührt bleibe⁷¹. Unklar ist somit, wie diese Bestimmung im Zusammenhang mit der genannten Erwägung zu verstehen ist. Es bleibt zu hoffen, dass die Weko bzw. deren Sekretariat bei einer Anzeige eines Dritten nicht gleichwohl ein kartellrechtliches Vorabklärungs- oder Untersuchungsverfahren eröffnet, wenn die in der Bekanntmachung genannten Voraussetzungen klar erfüllt werden⁷².

5. Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit

a) Regelung

Eine Wettbewerbsabrede dient der Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit, wenn diese durch leistungssteigernde oder innovationsfördernde Massnahmen Grössen- oder Verbundvorteile ermöglicht oder wenn sie Verkaufsanreize für die nachgelagerte Stufe schafft und die Abrede hierzu notwendig ist⁷³.

Exemplarisch werden sodann Abreden aufgelistet, welche diesen Zielen dienen, nämlich Abreden in den Bereichen der Produktion (z.B. Ausweitung oder Verbreiterung der Produktion, Erhöhung der Qualität), der Forschung und Entwicklung (z.B. gemeinsame Forschungs- und Entwicklungsprojekte), der Finanzierung, der Verwaltung und des Rechnungswesens (z.B. zentrale Auftragsverwaltung), der Werbung und des Marketings (z.B. gemeinsame Werbemittel, gemeinsame Zeitschriftenbeilage), des Einkaufs, des Vertriebs und der Logistik (z.B. Einkaufs-, Transport- und Lagerhaltungsgemeinschaften) sowie im Bereich des Markteintrittes von Produkten oder Unternehmen (z.B. Vertriebsabreden, Franchising)⁷⁴.

b) Kritik

Diese Regelung versucht, die Vorgabe des Gesetzgebers betreffend die «Verbesserung der Wettbewerbstätigkeit» zu spezifizieren. Leider wurde damit die missverständliche gesetzgeberische Vorgabe nicht geklärt. Die Bedeutung dieser Bestimmung bleibt offen, insb. auch aufgrund des hohen Abstraktionsgrades der KMU-Bekanntmachung und der aufgeführten Beispiele⁷⁵, die sich stark, aber nicht vollumfänglich an die Effizienzkriterien nach Art. 5 Abs. 2 KG und die Regelungsbereiche für allgemeine Bekanntmachungen der Weko gem. Art. 6 Abs. 1 lit.a–d KG anlehnen. Unklar bleibt auch, ob eine Abrede aus Effizienzgründen als gerechtfertigt zu gelten hat, wenn die Voraussetzungen der «Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit» erfüllt sind, oder ob keine «Wettbewerbsabrede» im Sinne

⁶⁹ Ziff. 1 KMU-Bekanntmachung.

⁷⁰ Vgl. hierzu Ziff. V.9.

⁷¹ Erwägung VIII) KMU-Bekanntmachung.

⁷² Ducrey / Tagmann (Fn. 17), Ziff. III.1, wobei die beiden Autoren der Ansicht sind, dass bei einer Anzeige eines Dritten der entsprechende Sachverhalt in einem förmlichen Verfahren zu prüfen ist.

⁷³ Ziff. 2 Abs. 1 KMU-Bekanntmachung.

⁷⁴ Ziff. 2 Abs. 2 KMU-Bekanntmachung.

⁷⁵ A. A. betreffend dem Beispielkatalog: Ducrey / Tagmann (Fn. 17), Ziff. II.4. m.w.H. sowie Ziff. III.2.a).

des KG vorliegt, was für wettbewerbsfördernde Abreden durchaus in Betracht gezogen werden könnte⁷⁶.

Die KMU-Bekanntmachung lehnt sich bei der Formulierung der entsprechenden Bestimmung weitgehend an das Merkblatt des deutschen Bundeskartellamtes über Kooperationsmöglichkeiten für KMU an⁷⁷. Dies erstaunt kaum, ist doch bereits die Vorgabe der «Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit» wohl dem deutschen GWB entlehnt. Auch hier ist kritisch anzumerken, dass die Formulierung des GWB und die in diesem Zusammenhang vom Bundeskartellamt gewählten Begriffe nur in dessen Gesamtkontext, der sich vom Schweizer KG in einigen wesentlichen Teilen unterscheidet, zu verstehen sind. Die in der genannten Bestimmung der KMU-Bekanntmachung verwendeten Begriffe erscheinen leider nicht genügend mit Art. 5 Abs. 2 KG koordiniert.

6. Beschränkte Marktwirkung

a) Regelung

Wettbewerbsabreden weisen in der Regel eine beschränkte Marktwirkung auf, wenn der von den beteiligten Unternehmen insgesamt gehaltene Marktanteil bei einer horizontalen Wettbewerbsabrede auf keinem der von der Abrede betroffenen relevanten Märkte 10% überschreitet, resp. wenn der von jedem der beteiligten Unternehmen gehaltene Marktanteil bei vertikalen Wettbewerbsabreden auf keinem der von der Abrede betroffenen relevanten Märkte 15% überschreitet⁷⁸.

Von einer beschränkten Marktwirkung ist jedoch nicht auszugehen, wenn horizontale (hard-core) Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a–c KG, d.h. horizontale Preis-, Mengen- und/oder Gebietsabsprachen, vereinbart werden⁷⁹. Gleiches gilt für vertikale Wettbewerbsabreden über Mindest- oder Festpreise und/oder absoluten Gebietschutz gemäss Art. 5 Abs. 4 KG⁸⁰.

b) Kritik

Die KMU-Bekanntmachung trägt wenig dazu bei, die Unklarheiten des Begriffes «beschränkte Marktwirkung» zu beseitigen. Es bleibt offen, ob die Weko mit der genannten Bestimmung Kriterien der (quantitativen) Unerheblichkeit einführen wollte. Sollte dem so sein, so ist unklar, weshalb zusätzlich (kumulativ) die Prüfung der «Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit» erfolgen muss. Wie bereits dargelegt, sind Wettbewerbsabreden, welche den Wettbewerb unerheblich beschränken, ohne die Prüfung weiterer Tatbestandsmerkmale zulässig⁸¹. Sollte mit dem Begriff der beschränkten Marktwirkung jedoch nicht die Erheblichkeit einer Abrede angesprochen sein, so ist unklar, ob damit eine Rechtfertigung «extra legem», d.h. ausserhalb des in Art. 5 Abs. 1 und 2 KG vorgesehenen Rahmens, geschaffen und mit welchen Argumenten dies begründet werden soll.

7. Spezialregeln für Kleinunternehmen

a) Regelung

Als Kleinunternehmen gelten Unternehmen, welche weniger als 10 Personen (Mitarbeitende) beschäftigen und deren Jahresumsatz in der Schweiz CHF 2 Mio. nicht überschreitet⁸².

Die Wettbewerbskommission erachtet Wettbewerbsabreden, an denen ausschliesslich Kleinunternehmen beteiligt sind, in der Regel als unerheblich⁸³. Diese Unerheblichkeit greift jedoch nicht bei horizonta-

len Wettbewerbsabreden zwischen Kleinunternehmen über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen, die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen oder die Aufteilung von

⁷⁶ Vgl. hierzu etwa: Zäch (Fn. 4), N 350.

⁷⁷ Vgl. oben, Ziff. IV.3.a).

⁷⁸ Ziff. 3 Abs. 1 KMU-Bekanntmachung.

⁷⁹ Ziff. 3 Abs. 2 lit. a KMU-Bekanntmachung.

⁸⁰ Ziff. 3 Abs. 2 lit. b KMU-Bekanntmachung.

⁸¹ Vgl. oben, Ziff. II.2.

⁸² Ziff. 4 KMU-Bekanntmachung.

⁸³ Vgl. zur Verwendung des Begriffes «unerheblich»: Ducrey / Tagmann (Fn. 17), Ziff. III.3.b).

Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern (Art. 5 Abs. 3 lit. a–c KG) oder bei vertikalen Wettbewerbsabrede zwischen Kleinstunternehmen über Mindest- oder Festpreise oder absoluten Gebietschutz (Art. 5 Abs. 4 KG).

b) Kritik

Die in der Bekanntmachung vorgesehene Definition von Kleinstunternehmen und die Privilegierung von Abreden ausschliesslich unter solchen ist zu eng gefasst. Diese enge Definition erstaunt umso mehr, als horizontale Preis-, Gebiets- und Mengenabsprachen sowie vertikale Preisbindungen und Marktabschottungen von der Privilegierung ohnehin ausgenommen sind.

8. Weitere Bestimmungen

Über die obgenannten Bestimmungen hinaus enthält die Bekanntmachung diverse gemeinsame Bestimmungen, die hauptsächlich auf Begriffsbestimmungen des KG hinweisen. So wird etwa darauf verwiesen, was unter den Begriffen Unternehmen⁸⁴ und horizontale und vertikale Wettbewerbsabreden⁸⁵ zu verstehen ist. Darüber hinaus wird klargestellt, wie die Zahl der Mitarbeitenden⁸⁶ und der Jahresumsatz⁸⁷ zur Bestimmung der Kleinstunternehmen zu errechnen ist. Für die Umsatzberechnung werden hierbei die Bestimmungen der VKU⁸⁸ für analog anwendbar erklärt.

9. Fazit

Die von der Weko erlassene KMU-Bekanntmachung erfüllt das vor allem für den interessierten und betroffenen Praktiker wichtige Erfordernis der praxisnahen Abgrenzung des kartellrechtlich Zulässigen von dem kartellrechtlich Unzulässigen nur ungenügend.

Selbst wenn – allenfalls mit Hilfe eines Kartellrechtspezialisten – der Seilakt der Anwendung der Ziffern 3 und 2 der KMU-Bekanntmachung im Einzelfall gelingt, wird die gewünschte Rechtssicherheit noch immer nicht erlangt, hat doch die Weko mit dem Einschub «in der Regel», der sich in der KMU-Bekanntmachung gleich sechsmal, und zwar in allen wichtigen Ziffern der KMU-Bekanntmachung, findet, die Verbindlichkeit der Aussagen der KMU-Bekanntmachung stark relativiert.

Relativiert wird die KMU-Bekanntmachung schliesslich durch die geplante Neufassung der Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden⁸⁹ der Weko, in der neu festgehalten wird, dass diese der KMU-Bekanntmachung vorgeht⁹⁰. Auch wenn diese Klarstellung hilfreich ist, bleibt offen, inwieweit die KMU-Bekanntmachung neben der Vertikal-Bekanntmachung noch auf solche Vereinbarungen Anwendung finden soll.

VI. Änderungsvorschläge

In der KMU-Bekanntmachung ist vorgesehen, deren Auswirkungen nach spätestens zwei Jahren zu überprüfen⁹¹. Nun ist gewissermassen Halbzeit, weshalb es sich rechtfertigt, zu prüfen, welche Korrekturen sich aufdrängen.

1. Ausrichtung auf eine reine Bagatell-Bekanntmachung

Aufgrund der unklaren dogmatischen Einordnung der neu eingeführten Begriffe ist eine überarbeitete Bekanntmachung als reine «Bagatell-Bekanntmachung» auszugestalten. Darin sind die Grenzen der «Spürbarkeit» resp. – in der Terminologie des Schweizer KG – die Grenzen der «Erheblichkeit» zu definieren. Diese Grenzen sollen für horizontale und vertikale Wettbewerbsabreden wie bis anhin je gesondert und entsprechend den bisherigen Marktanteilsgrössen definiert werden.

⁸⁴ Ziff. 6 KMU-Bekanntmachung (Verweis auf Art. 2 Abs. 1 und 1bis KG).

⁸⁵ Ziff. 7 KMU-Bekanntmachung (Verweis auf Art. 4 Abs. 1 KG).

⁸⁶ Ziff. 8 KMU-Bekanntmachung.

⁸⁷ Ziff. 9 KMU-Bekanntmachung.

⁸⁸ SR 251.4; Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU).

⁸⁹ Vgl. oben, Fn. 33.

⁹⁰ Vgl. zum Verhältnis der KMU-Bekanntmachung zu den weiteren von der Weko erlassenen Bekanntmachungen: Ducrey / Tagmann (Fn. 17), Ziff. IV.

⁹¹ Ziff. 10 KMU-Bekanntmachung.

Ferner könnten die Marktanteilsregelungen um die in der De-minimis-Bekanntmachung der EU-Kommission vorgezeichneten Regeln ergänzt werden:

- Bei Schwierigkeiten der Einordnung einer Wettbewerbsabrede als horizontale oder als vertikale Abrede hat die tiefere Marktanteilsgrenze, also 10%, zu gelten;
- die Unerheblichkeit soll bestehen bleiben, wenn die definierten Marktanteilsgrenzen lediglich für einen begrenzten Zeitraum überschritten werden⁹²;
- bei Vorliegen eines kumulativen Marktabschottungseffekts sind die massgebenden Marktanteils-grenzen auf 5% herabzusetzen, wie dies bei der De-minimis-Regelung ebenfalls vorgesehen ist. Eine solche explizit ausformulierte Ausnahmebestimmung ist der bisherigen Relativierung der KMU-Bekanntmachung bspw. durch die Formulierung «in der Regel» vorzuziehen.

Angesichts der im Entwurf zur Vertikal-Bekanntmachung⁹³ vorgesehenen Bagatellklausel für vertikale Vereinbarungen ist allenfalls auch zu erwägen, die KMU-Bekanntmachung auf horizontale Abreden zu beschränken.

Mit aller Deutlichkeit ist sodann zu fordern, dass keine weiteren Voraussetzungen, z.B. hinsichtlich der «Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit», geprüft werden resp. erfüllt sein müssen, wenn die genannten Marktanteils-grenzen nicht überschritten werden.

Wie bereits dargelegt, ist davon auszugehen, dass sich der Gesetzgeber der unklaren Einordnung der neu eingeführten Rechtsbegriffe nicht bewusst war. Bei einer konsequenten Ausrichtung auf eine reine Bagatell-Bekanntmachung kann davon abgesehen werden, die im Gesetzestext genannten Tatbestandsmerkmale als kumulative Voraussetzungen zu formulieren. Das Problem der rechtlichen Einordnung der unklaren Begriffe kann damit entschärft werden.

Dass die De-minimis-Ausnahme in einer allgemeinen Bekanntmachung nicht greifen soll, wenn Wettbewerbsabreden eine der erwähnten «Kernbeschränkungen» enthalten, entspricht wohl dem Willen des Gesetzgebers, weshalb dieser Vorbehalt belassen werden kann⁹⁴.

2. Erlass einer Bekanntmachung über horizontale Zusammenarbeit

Mit dem Verzicht auf das Kriterium der «Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit» für eine reine Bagatellregelung besteht somit Raum, die Voraussetzungen dieses Kriteriums auf eine konsequente Effizienzrechtfertigung und somit auf eine Präzisierung der Rechtfertigungsgründe horizontaler Kooperationen auszurichten. Hierfür wäre der Erlass einer generellen Bekanntmachung über Kooperationsabreden unter Wettbewerbern wünschenswert. Nach der hier vertretenen Ansicht wäre ein solcher Erlass das richtige «Gefäss», um den geforderten Anliegen nach einer Konkretisierung zulässiger resp. unzulässiger Kooperationsmöglichkeiten z.B. bei der Beschaffung, in der Produktion, im Marketing und im Vertrieb gerecht zu werden. Als Vorbild hierfür könnten die von der EU-Kommission erlassenen Wettbewerbsregeln für Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit zwischen konkurrierenden Unternehmen dienen, insb. die entsprechenden Leitlinien der EU-Kommission zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit⁹⁵. Eine solche Bekanntmachung würde zudem der Rechtssicherheit auch für «grössere» KMU dienen, die nicht unter die «Bagatell-Bekanntmachung» fallen oder deren Unterstellung unter Letztere unsicher ist⁹⁶.

⁹² Z.B. bei einer Überschreitung von lediglich 2% während zwei Kalenderjahren, wie dies in Ziff. 10 De-minimis-Bekanntmachung vorgesehen ist.

⁹³ Vgl. oben, Fn. 33.

⁹⁴ Ducrey / Tagmann (Fn. 17), Ziff. II.6.

⁹⁵ Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABI 2001 C 3/02. Vgl. hierbei insb. Rz. 3 der Leitlinien, welche den Nutzen einer solchen Bekanntmachung auch für KMU erwähnt. Je nach dogmatischer Einordnung – als nicht wettbewerbsbeschränkende Abrede i.S. von Art. 4 Abs. 1 KG resp. als gerechtfertigte Abrede aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz i.S. von Art. 5 Abs. 2 KG – wäre für gewisse wettbewerbsfördernde Abreden bspw. Abreden betreffend projektbezogene Liefergemeinschaften zu erwägen, einzelne solcher wohl nicht als wettbewerbsbeschränkende Abrede zu qualifizierende Sachverhalte explizit aufzuführen. Vgl. zu letzterem Beispiel Rz. 24, Abs. 1, 2. Spiegelstrich der genannten Leitlinien.

⁹⁶ Die von der EU-Kommission erlassenen Wettbewerbsregeln für Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit zwischen konkurrierenden Unternehmen umfassen nebst den genannten Leitlinien zudem (a) die Verordnung (EG) Nr. 2658/2000 der Kommission vom 29. November 2000 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen, ABI 2000 L 304/3 sowie (b) die Verordnung (EG) Nr. 2659/2000 der Kommission vom 29. November

3. Erweiterung der KMU-Definition als Alternative

Wird entgegen den genannten Gründen eine spezielle Regelung nur für KMU befürwortet, so wäre zumindest die entsprechende KMU-Definition auszudehnen von Kleinstunternehmen auf Kleinst- und Kleinunternehmen, wobei «Kleinunternehmen» in Anlehnung an die in der EU anerkannte Definition zu übernehmen ist⁹⁷.

Mit dieser Ausdehnung der Unerheblichkeitsregelung wird erreicht, dass diese in einer substanziellen Zahl von Fällen auch wirklich greift. Da die Regelung weiterhin auf Vereinbarungen beschränkt ist, an denen «ausschliesslich» Kleinst- oder Kleinunternehmen beteiligt sind, bleibt deren Anwendung noch immer klar begrenzt und hebt die Wirkung des KG nicht in ungebührlicher Weise aus. Greift die Bestimmung – wie bis anhin – dann nicht, wenn eine Vereinbarung eine «Kernbeschränkung» enthält, erscheint die angeregte Ausdehnung auf Kleinunternehmen noch problemloser.

Eine solche Regelung lässt sich auch in der erweiterten Fassung mit den gleichen Argumenten rechtfertigen, die bereits heute vorgebracht werden konnten. Die postulierte Erweiterung dürfte durch den Gesetzesauftrag wie auch durch das in der Verwaltung generell geltende Opportunitätsprinzip abgedeckt sein. Mit dieser Regelung, welche als Festlegung einer – zwar systemwidrig – am Subjekt der Wettbewerbsabrede anknüpfenden Unerheblichkeitsgrenze im Sinne von Art.5 KG verstanden werden kann, würde der implizite Auftrag des Gesetzgebers erfüllt, zumindest einen Teil der KMU von komplexen Rechtsabklärungen zu entlasten.

4. Weitere Änderungsvorschläge

Auf die Formulierung «in der Regel» ist generell zu verzichten⁹⁸. In Anbetracht der tiefen Marktanteile, die in der KMU-Bekanntmachung festgesetzt werden, darf die Unerheblichkeit der unter die KMU-Bekanntmachung fallenden Abreden verbindlich festgestellt oder zumindest vermutet werden. Die Gefahr, tatsächlich einen wirtschaftlich bedeutenden, volkswirtschaftlich schädlichen Fall nicht beurteilen zu können, dürfte gering sein. Ferner ergibt sich der genannte Vorbehalt bereits aus dem Gesetz⁹⁹. Auch eine revidierte Bekanntmachung könnte, wie bereits in der geltenden Bekanntmachung vorgesehen, zeitlich befristet werden.

Zusammenfassung

Die Auslegung der Gesetzesbestimmung von Art. 6 Abs. 1 lit. e KG wirft insb. in gesetzessystematischer Hinsicht diverse Fragen auf, die durch den Erlass der die Gesetzesbestimmung ausführenden Bekanntmachung durch die Weko leider nicht abschliessend geklärt werden konnten. Angeregt wird daher insbesondere, die Bekanntmachung anlässlich der darin selbst vorgesehenen Überprüfung Ende des Jahres 2008 auf eine reine Bagatell-Bekanntmachung auszurichten sowie in einer eigenständigen Bekanntmachung die Voraussetzungen für die Effizienzrechtfertigung horizontaler Kooperationsabreden zu umschreiben.

Résumé

L'interprétation de l'art. 6 al. 1 let. e LCart suscite plusieurs questions, en particulier du point de vue de la systématique légale. Celles-ci n'ont malheureusement pas pu être clarifiées exhaustivement par la publication de la communication PME par la ComCo. Il faut, à l'occasion de sa révision à la fin 2008, prévue déjà par ladite communication, ainsi en particulier inciter la ComCo à, d'une part, transformer la communication PME en une simple communication de bagatelle et, d'autre part, décrire dans une communication autonome les conditions posées à la justification pour des motifs d'efficacité économique d'accords horizontaux de coopération.

2000 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung, ABI 2000 L 304/7.

⁹⁷ Vgl. Empfehlung der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie von kleinen und mittleren Unternehmen, ABI 2003 L 124/36. In Anlehnung an diese Empfehlung müsste es sich somit um Unternehmen handeln, die 10–49 Mitarbeiter beschäftigen und deren Jahresumsatz bzw. deren Jahresbilanzsumme CHF 10 Mio. nicht überschreitet.

⁹⁸ Vgl. oben, Ziff. V.9.

⁹⁹ Art. 6 Abs. 1 KG; vgl. zur Rechtfertigung der Verwendung der Formulierung: Ducrey / Tagmann (Fn. 17), Ziff. III.1.

* Dr. iur., lic. oec., Rechtsanwalt, LL.M., Zürich.

** lic. iur., Zürich.