

Fabio Babey

Kartellrecht: (K)ein Unterschied zwischen KMU und Weltkonzernen?

Diskussionsbeitrag zum 31. Debating Competition Dinner

Am 22. Juni 2023 fand das 31. Debating Competition Dinner zum Thema «Too big for competition law?» statt. Debating Competition ist die erste und führende Nachwuchsveranstaltung für Kartellrechtsjuristen und Wettbewerbsökonominnen in der Schweiz. Die beiden Impulsreferate wurden von Prof. Dr. Rudolf Minsch (WEKO/Economiesuisse) und Dr. Mani Reinert (Bär & Karrer) gehalten. Die Veranstaltung wurde von Fabio Babey (IXAR Legal AG) moderiert, Autor des vorliegenden Beitrages.

Le 22 juin 2023 a eu lieu la 31^e édition de la Debating Competition sur le thème «Too big for competition law?». La Debating Competition est la première et la plus importante manifestation destinée à la relève des juristes spécialisés en droit des cartels et des économistes spécialistes de la concurrence en Suisse. Les deux exposés liminaires ont été présentés par Prof. Dr. Rudolf Minsch (COMCO/Economiesuisse) et Dr. Mani Reinert (Bär & Karrer). L'événement était animé par Fabio Babey (IXAR Legal AG), auteur du présent article.

-
- I. Einführung
 - II. Prävention: Compliance und Verfahrensrisiko
 1. Compliance: Ressourcen
 2. Verfahrenseinleitung: Risikoabwägung
 - III. Verfahren: Ressourcen und Dauer
 1. Kosten: Verfahrensführung
 2. Dauer: Vorteile
 - IV. Sanktionen: Busse und Aufspaltung
 1. Bussgelder: Höhe relativ
 2. Entflechtung: Möglicher Ansatz
 - V. Fazit

I. Einführung

Vor dem Gesetz sind alle gleich. Dies gilt auch im Kartellrecht. Eine unterschiedliche Behandlung nach der Unternehmensgrösse ist daher im Kartellrecht nicht vorgesehen, auch Wettbewerbsbehörden unterscheiden grundsätzlich nicht zwischen kleinen und grossen Unternehmen. Einzige Ausnahmen bilden die Spezialregelungen von Wettbewerbsbehörden, um Bagatellfälle auszuschneiden.¹

Der vorliegende Beitrag hat allerdings nicht Bagatellfälle (bspw. Kartelle von Kleinstunternehmen) zum Gegenstand. Zumal – zumindest in der Schweiz – keine Praxis der Wettbewerbskommission (WEKO) gestützt auf die sog. «KMU-Bekanntmachung» besteht. Thematisiert wird vielmehr das Verhältnis von «Weltkonzernen» zu «mittelständischen Unternehmen». Weltkonzerne sind dadurch ge-

FABIO BABEY, Dr. iur., EMBA (HSG).

Der Autor gibt seine persönliche Auffassung wieder.

kennzeichnet, dass sie am internationalen Wettbewerb teilnehmen und in der jeweiligen Branche *in puncto* Technik, Qualität und Innovation eine globale Vormachtstellung einnehmen. Aus kartellrechtlicher Sicht verfügen Weltkonzerne – oder «Global Player» – regelmässig über eine marktbeherrschende Stellung auf bestimmten Märkten und sind in der Lage die in einem bestimmten Markt bestehende Marktmacht auf weitere benachbarte Märkte auszudehnen.

Die Entwicklungen der vergangenen Jahre haben gezeigt, dass sich aufgrund der Globalisierung zunehmend solche «Global Player» in verschiedenen Branchen (Technologie, Gesundheit, Rohstoffe, Kommunikation, etc.) etablieren konnten. Oftmals geschah dies auf Kosten des «lokalen Wettbewerbs», nämlich zu Ungunsten meist lokal agierender mittelständischer Unternehmen.² Diese Entwicklung hat sich denn auch im Bereich der Kartell- und Wettbewerbsgesetze sowie deren Anwendung durch Wettbewerbsbehörden manifestiert, etwa im Sinne neuer Vorschriften (z.B. dem Digital Markets Act)³ oder der auf Weltkonzerne fokussierten Praxis gewisser nationaler sowie internationaler Wettbewerbsbehörden. Weltkonzerne und mittelständische Unternehmen kämpfen jedenfalls im Wettbewerb nicht mit gleich langen Spiesen.

-
- 1 Bspw. in der Schweiz: Bekanntmachung betreffend Abreden mit beschränkter Marktwirkung (KMU-Bekanntmachung) vom 19. Dezember 2005. In der EU: Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union den Wettbewerb nicht spürbar beschränken (De-minimis-Bekanntmachung) vom 30. August 2014.
 - 2 NZZ vom 20. Mai 2023, 23: «Es ist bedenklich, wenn Firmen wie Blackrock einen so grossen Einfluss haben».
 - 3 Die wichtigsten Rechtstexte für die DMA sind die Verordnung 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und die Durchführungsverordnung für Verfahren.

II. Prävention: Compliance und Verfahrensrisiko

1. Compliance: Ressourcen

Unternehmen müssen sicherstellen, dass ihr Verhalten am Markt stets kartellrechtskonform ist, denn Vorsorge ist die beste «Medizin» zur Schadensbegrenzung. Um schon die Einleitung kartellbehördlicher Verfahren zu verhindern, ist die Schaffung einer soliden Kartellrechts-Compliance unverzichtbar. Unbestritten ist, dass eine gute Kartellrechts-Compliance mit Kosten verbunden ist. Dabei zeigt sich ein erster grosser Unterschied zwischen Weltkonzernen und mittelständischen Unternehmen.

Weltkonzerne verfügen i.d.R. über die finanziellen Möglichkeiten, um sich eine bestmögliche Beratung durch hochspezialisierte Experten leisten zu können. Neben auf kartellrechtliche Themen spezialisierten Juristen, welche als Mitarbeitende im Unternehmen selbst tätig sind, können zudem jederzeit Kartellrechtsexperten global agierender Anwaltskanzleien hinzugezogen werden.

Im Gegensatz hierzu findet sich bei mittelständischen Unternehmen oftmals keine bzw. bestenfalls eine minimale Kartellrechts-Compliance. Die finanziellen Ressourcen reichen schlicht nicht aus, um ein «State-of-the-Art»-Compliance-Programm zu etablieren.⁴

Die Folgen sind offensichtlich: Weltkonzerne können durch eine gute Kartellrechts-Compliance den verfügbaren kartellrechtlichen Spielraum stets optimal zu ihrem Gunsten ausnützen und ihre Verhaltensweisen innerhalb der kartellrechtlichen Grenzen ausweiten, ohne selbst auf dem «Radar» der Wettbewerbsbehörden zu landen. Mittelständische Unternehmen verfügen nicht über dieselbe professionelle Beratung und sind daher oftmals nicht in der Lage den kartellrechtlichen Rahmen gleich optimal auszunützen (und sind daher anfälliger für kartellrechtswidriges Verhalten). Letztlich führt diese Tatsache dazu, dass mittelständische Unternehmen einen Wettbewerbsnachteil erleiden.

2. Verfahrenseinleitung: Risikoabwägung

Wettbewerbsbehörden entscheiden selbständig, ob sie ein Verfahren (in der Schweiz: Untersuchung) gegen ein Unternehmen eröffnen. Die Wettbewerbsbehörden sind im Rahmen ihres Aufgriffsmessens frei und können – ohne Begründung und tiefergehende Erklärung – Fälle ablehnen. Selbstredend ist klar, dass der kartellgesetzliche Auftrag als auch volkswirtschaftliche Überlegungen berücksichtigt werden müssen. Allerdings zeigen sich vor diesem Hintergrund Unterschiede bezüglich der Aufgriffswahrscheinlichkeit zwischen Weltkonzernen und mittelständischen Unternehmen. Die Gründe sind die folgenden:

- **Finanzielle Ressourcen:** Zunächst einmal ergibt sich aus den finanziellen Voraussetzungen für eine umfassende Kartellrechts-Compliance, dass mittelständische Unternehmen, wie erwähnt, häufiger auf den Radar der Wettbewerbsbehörden gelangen als Weltkonzerne.
- **Schwierige Verfahrensführung:** Des Weiteren betreffen Verfahren gegen mittelständische Unternehmen oftmals

den Tatbestand der unzulässigen Wettbewerbsabreden, während bei Weltkonzernen in aller Regel der Tatbestand des Marktmachtmissbrauchs betroffen ist. Nach der Praxis der Wettbewerbsbehörden werden erfahrungsgemäss weitaus mehr Verfahren zu möglicherweise unzulässigen Wettbewerbsabreden eingeleitet werden als solche wegen eines potenziellen Marktmachtmissbrauchs auf Grund ermittlungstechnischer Schwierigkeiten.

- **Personelle Ressourcen:** Schliesslich kann festgestellt werden, dass Verfahren gegen Weltkonzerne weitaus mehr Ressourcen bei einer Wettbewerbsbehörde binden als solche gegen mittelständische Unternehmen. Gerade bei Wettbewerbsbehörden von kleineren Ländern kann dies dazu führen, dass Weltkonzerne dem «internationalen Wettbewerbsrecht» und damit den grossen Wettbewerbsbehörden (namentlich der EU oder der USA) «überlassen» werden. So lässt sich beobachten, dass sich vorwiegend die «grossen» Wettbewerbsbehörden mit Weltkonzernen befassen und entsprechende Verfahren führen.⁵

Selbstverständlich ist es sinnvoll und notwendig gegen Kartelle vorzugehen, doch dürfen die grossen Behinderungen des Wettbewerbs nicht «übersehen» oder aufgrund des drohenden Verfahrensaufwandes «delegiert» werden. Treffen mehrere mittelständische Unternehmen Wettbewerbsabreden, wird das in der Regel mit Abschluss des entsprechenden Kartellverfahrens untersagt, zumal diese oftmals nicht die Ressourcen für den kostspieligen Instanzenzug bis zur letzten Instanz haben (dazu eingehend unten). Unterbindet hingegen ein Weltkonzern allein den Wettbewerb, wird das Verhalten oftmals nicht ausreichend geahndet oder ein Verdikt der Wettbewerbsbehörden höchststrichlerlich wieder korrigiert.

III. Verfahren: Ressourcen und Dauer

1. Kosten: Verfahrensführung

Kartellrechtsverfahren sind langwierig und kostspielig. In der Schweiz kann die Entscheidung der WEKO zunächst an das Bundesverwaltungsgericht, letztinstanzlich an das Bundesgericht weitergezogen werden. In den meisten Jurisdiktionen weltweit sieht der Instanzenzug ähnlich aus.

Weltkonzerne verfügen über die finanziellen Mittel, um bei nationalen sowie internationalen Kartellrechtsverfahren mit der bestmöglichen rechtlichen Vertretung zu agieren. Dabei können Dienstleistungen von internationalen Anwaltskanzleien in Anspruch genommen werden, die in sämtlichen Jurisdiktionen die Interessen des Unternehmers professionell vertreten und auch über die Jurisdiktionen hinweg Synergien nutzen können. Die möglichen Rechtsmittel, verfahrensrechtlichen Möglichkeiten sowie prozessualen Schritte können optimal ausgeschöpft wer-

4 M.w.H: C. WIND, Zunehmende Ansprüche an eine zeitgemässe Governance & Compliance auch bei KMU, Bratschi Wiederkehr & Buob Newsletter 05/2013.

5 Vgl. weiter unten bei der Entflechtung (Kap. IV. 2.).

den. Gerade bei Weltkonzernen zeigt sich oftmals das Bild, dass eine «Armada» von Rechtsvertretern einem verhältnismässig kleineren Team von Case-Handlern der Wettbewerbsbehörden gegenübersteht.

Die Situation bei mittelständischen Unternehmen ist demgegenüber eine ganz andere: Die Kosten eines Kartellverfahrens müssen sorgfältig abgewogen werden, die dazu erforderlichen finanziellen und internen personellen Ressourcen sind oftmals stark begrenzt. Regelmässig führen diese Überlegungen dazu, dass auf ein Ausschöpfen sämtlicher Rechtsmittel, und schlimmstenfalls bereits auf eine umfassende Verteidigung im erstinstanzlichen Verfahren, verzichtet werden muss. Stattdessen wird versucht, mittels einvernehmlicher Regelungen mit den Wettbewerbsbehörden, das Verfahren möglichst abzukürzen, Verfahrenskosten zu minimieren und eine tiefere Sanktion zu erreichen – ganz unabhängig von den Erfolgsaussichten vor letzter Instanz.

Spiegelbildlich hierfür ist auch der Umstand, dass Weltkonzerne grundsätzlich international ausgerichtet sind, sowohl wirtschaftlich als auch rechtlich. Wettbewerbsbehörden sind – mit Ausnahmen der Europäischen Wettbewerbsbehörde – national ausgerichtet. Hinzu kommt, dass Kartellrecht eine Domäne der grossen Wirtschaftskanzleien ist mit wenigen kleinen spezialisierten Anwaltsboutiquen. Aufgrund des enormen Aufwands eines Kartellverfahrens ergibt sich auch anwaltsseitig eine gewisse Konvergenz zu Grosskanzleien (und Boutiquen) mit entsprechenden Honorarnoten.

2. Dauer: Vorteile

Kartellrechtsverfahren sind aufwändig und dauern in der Regel mehrere Jahre. Wird der – bereits oben erwähnte – Instanzenzug durchlaufen, ist sogar mit einer Verfahrensdauer von bis zu 10 Jahren zu rechnen.⁶ Da lange Verfahren mit erhöhten Kosten und nachhaltig bestehenden Unsicherheiten über substantielle Risiken verbunden sind, schreckt dies mittelständische Unternehmen grundsätzlich stärker ab als Weltkonzerne, welche diesbezüglich über die entsprechenden Ressourcen verfügen. Hinzu kommen weitere Elemente:

- **Kartelle werden eingestellt:** Bei Verfahren betreffend unzulässige Wettbewerbsabreden wird das in Frage stehende Kartell i.d.R. mit der Einleitung des Verfahrens aufgelöst. Sei dies aufgrund der Kronzeugenregelung oder zur Reduktion einer möglichen Sanktion. Mit anderen Worten wird der funktionierende Wettbewerb durch die Einleitung des Verfahrens wieder hergestellt. Dies trifft – siehe oben – auf den Grossteil der Kartellverfahren zu, namentlich mit mittelständischen Unternehmen als betroffene Kartellanten.
- **Marktmachtmissbräuchliches Verhalten wird fortgeführt:** Bei Verfahren betreffend Marktmachtmissbrauch kommt es nicht selten vor, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen das potentiell missbräuchliche Verhalten während der Untersuchung weiterführt. Dies aus mehreren Gründen: (i) Die Verhängung von vorsorglichen Massnahmen wird von Wettbewerbsbehörden weltweit nur

sehr zögerlich angewendet; (ii) Weltkonzerne haben die Ressourcen, sämtliche rechtlichen Mittel auszuschöpfen und das Verfahren maximal in die Länge zu ziehen; (iii) Weltkonzerne wissen, dass sich die gewünschten Marktveränderungen (aufgrund des Missbrauchs) längst verwirklicht haben werden, bevor das Kartellverfahren abgeschlossen sein wird und; (iv) Weltkonzerne sind in aller Regel in der Lage, die drohende Sanktion ohne weiteres zu bezahlen.

IV. Sanktionen: Busse und Aufspaltung

1. Bussgelder: Höhe relativ

Die in den jeweiligen Kartellgesetzen vorgesehenen finanziellen Sanktionen sind miteinander vergleichbar. So hat sich der Absatz durchgesetzt, dass maximal bis zu 10% des Umsatzes der letzten drei Geschäftsjahre (kumuliert) als Sanktion durch eine Wettbewerbsbehörde verhängt werden können.

Für mittelständische Unternehmen ist diese Sanktionshöhe eine effektive Abschreckung, da Sanktionen durch die Bindung der beschränkten finanziellen Mittel mit handfesten betriebswirtschaftlichen Konsequenzen verbunden sind: in Extremfällen kann eine Sanktion existenzbedrohend sein (Stichwort: «Inability to Pay»⁷).

Für Weltkonzerne, gerade im Tech-Sektor, ist die Sanktionshöhen demgegenüber kaum von betriebswirtschaftlicher Relevanz. Selbst Milliardenbeträge können ohne weiteres aus der «Porto- bzw. Kriegskasse» bezahlt werden, da regelmässig genügend liquide Mittel zur Verfügung stehen.

2. Entflechtung: Möglicher Ansatz

Neuerdings – im Zuge der Kartellverfahren gegen die grossen Tech-Konzerne – rückt wieder vermehrt die Entflechtung als mögliche kartellrechtliche Massnahme in den Fokus der Diskussion. «Entflechtung» bedeutet dabei die durch die Wettbewerbsbehörde bewirkte Aufspaltung von Konzernen oder marktbeherrschenden Unternehmen mit dem Ziel, den Wettbewerb zu verbessern. Dieser Ansatz ist naturgemäss nur in Fällen marktbeherrschender Tech-Konzerne ein Thema, nicht hingegen bei kartellbildenden mittelständischen Unternehmen.

Unabhängig von ihrer theoretischen Möglichkeit sind Entflechtungen in Europa bisher kaum jemals praktisch angeordnet worden.⁸ Hingegen haben die Kartellbehörden in

6 Im Fall Case COMP/37956 – REINFORCING BARS wurde fünf Unternehmen eine Bussgeldreduktion in Höhe von 50% gewährt aufgrund der (zu) langen Verfahrensdauer (ca. 14 Jahre).

7 NZZ vom 02. Oktober 2014, «Untersuchung als Belastung für KMU»: «Entsprechend löste die angedrohte Busse [von CHF 500'000] bei den Firmenverantwortlichen einen Schock aus».

8 Im Wesentlichen nur von der EU-Kommission 2008/10 gegenüber den deutschen Gasversorgern (Fälle AT.39317, E.On; COMP/39.388 und COMP/39.389, *German Electricity Wholesale/Balancing Market*).

den USA in gleich mehreren Fällen die gerichtliche Entflechtung der betroffenen Unternehmen beantragt.⁹

Die Entflechtung als kartellrechtliche Massnahme ist allerdings kritisch zu hinterfragen. Eine staatliche Entflechtung greift erheblich in die Struktur des Wettbewerbs und die Wirtschaftsfreiheit der betroffenen Unternehmen ein. Der verfassungsrechtliche Eigentumsschutz geht nicht einher mit dem Vorhaben, Unternehmen zur Manipulermasse der Wirtschaftspolitik zu machen. Zudem sind die volkswirtschaftlichen Folgen einer Entflechtung schwer kalkulierbar und können in der Regel grundsätzlich auch nicht mehr rückgängig gemacht werden.

V. Fazit

Justitia (lateinisch: *iustitia*) ist die – blinde(!) – Göttin der Gerechtigkeit. Entsprechend macht das Kartellgesetz grundsätzlich keinen Unterschied zwischen mittelständischen Unternehmen und Weltkonzernen. Die Praxis zeigt allerdings ein differenzierteres Bild. Bereits in der Prävention zeigen sich erhebliche Unterschiede zwischen den Möglich-

Zusammenfassung

Das Kartellrecht schützt den funktionierenden Wettbewerb, wobei die Wettbewerbsbehörden für die entsprechende Anwendung verantwortlich sind. Globalisierung und technologischer Fortschritt haben dazu geführt, dass Weltkonzerne ihre Marktmacht weiter ausbauen konnten, oftmals auf Kosten des lokalen Wettbewerbs und mittelständischen Unternehmen. Wettbewerbsbehörden sind gefordert, sowohl gegenüber mittelständischen Unternehmen als auch gegenüber Weltkonzernen das Kartellrecht durchzusetzen. Hier zeigen sich Unterschiede zur Kartellrechtsdurchsetzung. In der Praxis von Wettbewerbsbehörden weltweit werden Kartelle von mittelständischen Unternehmen regelmässig aufgegriffen und sanktioniert, während der Marktmissbrauch von Weltkonzernen nur in Ausnahmefällen sanktioniert wird (bzw. werden kann). Ursache für diese Entwicklung sind grundlegende Vorteile, über welche Weltkonzerne gegenüber mittelständischen Unternehmen verfügen: Dies betrifft den Bereich der Prävention (Compliance), das Kartellrechtsverfahren selbst (Kosten und Dauer) sowie die Sanktionen. Wirtschaftlich lassen sich diese Unterschiede nicht beheben, sind diese doch Teil der marktwirtschaftlichen Möglichkeiten. Kartellrechtlich sollten aber die Wettbewerbsbehörden bemüht sein, bei der Anwendung des Kartellrechts eine Balance zu gewährleisten.

keiten von Weltkonzernen und mittelständischen Unternehmen. Die entsprechenden Auswirkungen wirken sich insbesondere in Bezug auf die Verfahrenseröffnung durch Wettbewerbsbehörden aus.

Die Praxis zur Anwendung des Kartellgesetzes zu Wettbewerbsabreden ist sodann durch zahlreiche Fälle gut entwickelt. Anders im Fall von möglicherweise marktbeherrschenden Unternehmen. Nur schon die Feststellung der Marktbeherrschung stellt erhöhte Anforderungen an die zuständige Wettbewerbsbehörde. Die Dauer eines Kartellverfahrens spielt sodann marktbeherrschenden Unternehmen in die Hände, während mittelständische Unternehmen in der Regel nur schon aus Kostengründen zur raschen einvernehmlichen Lösung tendieren müssen. Die Möglichkeit, mittels entsprechenden Ressourcen Kartellverfahren auszuweiten und gleichzeitig den Markt zu gestalten, ist den Weltkonzernen vorbehalten. Dies nicht zuletzt vor dem Hintergrund drohender Sanktionen: Wirtschaftlich potenziell existenzbedrohend für das Schweizer KMU, schlimmstenfalls eine Belastung der Portokasse für den Weltkonzern.

Résumé

Le droit des cartels, dont l'application incombe aux autorités en matière de concurrence, assure la protection de la concurrence. Toujours est-il que la mondialisation et les progrès technologiques ont permis aux groupes de sociétés multinationaux d'accroître leur emprise sur le marché, souvent aux dépens de la concurrence locale et des entreprises de taille moyenne. Les autorités en matière de concurrence sont tenues de faire appliquer le droit des cartels, tant à l'égard des entreprises de taille moyenne que des groupes de sociétés multinationaux, toutefois on observe que cette application de la loi se fait de manière inégale. Dans la pratique, les ententes entre entreprises de taille moyenne sont régulièrement relevées et sanctionnées par les autorités en matière de concurrence dans le monde entier, tandis que les abus de position dominante sur le marché commis par des groupes de sociétés multinationaux ne sont (ou ne peuvent être) sanctionnés que dans des cas exceptionnels. Cette disparité s'explique par quelques avantages fondamentaux dont bénéficient les groupes de sociétés multinationaux par rapport aux entreprises de taille moyenne, que ce soit dans le domaine de la conformité (compliance) ou concernant la procédure en droit de la concurrence elle-même (coûts et durée) ou en lien avec les sanctions. Sur le plan économique, ces différences ne peuvent pas être éliminées, car elles résultent des possibilités offertes par l'économie de marché. D'un point de vue légal, cependant, les autorités en matière de concurrence devraient s'efforcer de garantir une application équilibrée du droit des cartels.

⁹ *FTC v. Meta Platforms, Inc.* 1:20-cv-03590 (D.D.C. 2020), refiled complaint, 79 Para. XI.B, X, E F and G; *United States v. Google LLC*, 1:20-cv-03010-APM (DC Cir.), Complaint, Tz. 194 lit. b; *District of Columbia v. Amazon.com, Inc.*, 2021-CA-001775-B (D.C. Super. 2021), Complaint, Tz. 87 lit. d.