

Kartellrechtliche Ausnahmebehandlung für KMU?

Kritische Gedanken zur KMU-Bekanntmachung der Wettbewerbskommission.

Dr. Martin Ammann

(Der nachstehende Artikel ist in leicht gekürzter Fassung in der HandelsZeitung vom 5. April 2006 erschienen.)

In der parlamentarischen Diskussion um die auf den 1. April 2004 in Kraft getretene Verschärfung des Schweizer Kartellgesetzes („KG“) wurde eine Bestimmung ins KG eingefügt, von welcher sich vor allem Gewerbetreibende eine kartellrechtliche Ausnahmebehandlung für KMU erhofften. Man sah in einer solchen Bestimmung ein Mittel, um ein mögliches Referendum gegen die KG-Revision zu verhindern. Die Bestimmung (Art. 6 Abs. 1e KG) sieht vor, dass die Wettbewerbskommission („WEKO“) in einer Bekanntmachung Voraussetzungen umschreiben kann, gemäss denen *„Abreden mit dem Zweck, die Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen zu verbessern, sofern sie nur eine beschränkte Marktwirkung aufweisen“* kartellrechtlich gerechtfertigt und damit zulässig sind.

Diese Bestimmung ist rechtlich in mehrfacher Hinsicht problematisch: So ist z.B. schon der Begriff *„kleine und mittlere Unternehmen“* unklar. Zwar gibt es im OR und im neuen Fusionsgesetz unterschiedliche Definitionen des KMU-Begriffes. Diese eignen sich jedoch nicht für eine kartellrechtliche Anwendung, da sie weit über 95% der Schweizer Unternehmen abdecken. Wollte man diese Definitionen heranziehen, wäre die gesuchte „KMU-Ausnahme“ vom KG mit Sicherheit zu weit reichend und vom Gesetzgeber bestimmt nicht gewollt! Der zitierte Art. 6 Abs. 1e KG führt sodann Konzepte ein, von denen nicht klar ist, wie diese sich dogmatisch in das KG einordnen. Trotz unklarer Ausgangslage hat die WEKO mit der am 19.12.2005 beschlossenen *„Bekanntmachung betreffend Abreden mit beschränkter Marktwirkung (KMU-Bekanntmachung)“* einen Versuch gewagt, die gewünschte Rechtssicherheit für KMU herbei zu führen. Dieser Versuch ist, wie nachfolgend aufgezeigt wird, leider nicht optimal gelungen.

Werden gewisse Voraussetzungen erfüllt, wird die WEKO gemäss Bekanntmachung „in der Regel“ kein Verfahren eröffnen. Der Hinweis *„in der Regel“* findet sich in der Bekanntmachung gleich sechsmal. Auch wenn man angesichts der komplexen Materie Verständnis hat, dass sich die WEKO nicht festlegen will: Die erhoffte Rechtssicherheit kann so wohl kaum erreicht werden!

Die erwähnten kumulativen Voraussetzungen für das Nichteinschreiten der WEKO sind folgende:

- Zunächst muss eine Wettbewerbsabrede vorliegen, die der *„Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit“* dient. Dies soll dann der Fall sein, *„wenn sie durch leistungssteigernde oder innovationsfördernde Massnahmen Grössen- oder Verbundvorteile ermöglicht oder wenn sie Verkaufsanreize für die nachgelagerte Stufe schafft und sie hierzu notwendig ist“*. Auch wenn die Bekanntmachung Beispiele von Abredetypen anführt, welche solche *„Verbesserungen“* enthalten können, ist es einem KMU nur schwer möglich, festzustellen, ob diese Voraussetzung im konkreten Fall erfüllt ist. Unklar ist auch, wie diese Voraussetzung dogmatisch mit der abschliessend formulierten Regelung der Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz in Art. 5 Abs. 2 KG in Einklang zu bringen ist.
- Sodann muss auch *„beschränkte Marktwirkung“* vorliegen. Diese wird durch folgende Marktanteilsschwellen definiert:

- a) geht es um *horizontale* Wettbewerbsabreden, so darf der von den an diesen Abreden „beteiligten Unternehmungen insgesamt gehaltene Marktanteil auf keinem der von der Abrede betroffenen relevanten Märkten 10%“ überschreiten;
- b) bei *vertikalen* Abreden darf der von jedem „beteiligten Unternehmen gehaltene Marktanteil auf keinem der relevanten Märkte 15%“ überschreiten.

Mit dieser Marktanteilsregelung hat die Bekanntmachung eine sog. „de minimis“ Bestimmung ähnlich jener eingeführt, wie sie auch die EU kennt. Sie gilt für alle Unternehmen, also nicht nur für KMU.

Wäre es nicht besser, diese Bestimmung als generelle Regel für die Festlegung der Erheblichkeit einer Wettbewerbsabrede zu formulieren? Dies würde eine zusätzliche Prüfung der Rechtfertigung erübrigen.

Vereinfachte Spezialregeln gelten für „Kleinstunternehmen“, d.h. Unternehmen mit weniger als 10 Mitarbeitenden und einem Jahresumsatz in der Schweiz von nicht mehr als CHF 2 Mio.: Wettbewerbsabreden, an denen solche Kleinstunternehmen beteiligt sind, gelten „in der Regel als unerheblich“. Der oben aufgeführte Nachweis der „Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit“ und die im Zusammenhang mit dem Nachweis der „beschränkten Marktwirkung“ nötigen Marktanteilsermittlungen erübrigen sich hier. Zu betonen ist jedoch, dass diese Spezialregelung nur für Abreden gilt, an denen ausschliesslich Kleinstunternehmen beteiligt sind, also nicht für Abreden, die ein Kleinstunternehmen mit einem anderen „kleinen“ oder „mittleren“ Unternehmen, also mit Unternehmen mit mehr als 10 Mitarbeitern oder mehr als CHF 2 Mio. Jahresumsatz eingeht. Die Tragweite dieser Spezialregelung gilt somit äusserst beschränkt. Sie sollte ausgedehnt werden auf „Kleinunternehmen“ (d.h. Unternehmen mit maximal 50 Mitarbeitern und maximal 50 Mio. Jahresumsatz), wie dies in der vor Erlass der Bekanntmachung durchgeführten Vernehmlassung mehrfach gefordert wurde.

In jedem Fall, also auch für Kleinstunternehmungen, unzulässig sind die gemäss revidiertem KG als besonders schwerwiegend geltenden und mit gravierenden Sanktionen geahndeten „harten“ Klauseln: Preis-, Mengen-, und Gebietsabsprachen bei horizontalen Abreden und Preisbindung zweiter Hand und Gebietsabschottung bei vertikalen Abreden. Diese bleiben zu Recht auch für KMU grundsätzlich unzulässig, auch wenn KMU-Kreise hier lieber eine Ausnahme sähen! Diese Grenze hat der Gesetzgeber klar gesetzt.

Schliesslich bleibt gemäss den Erwägungen der WEKO zur Bekanntmachung das Recht Dritter, bei den Wettbewerbsbehörden eine Anzeige wegen wettbewerbswidrigen Verhaltens einzureichen, vorbehalten. Ebenso vorbehalten bleiben zivilrechtliche Ansprüche Dritter wegen Behinderung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs. Auch diese beiden Vorbehalte sind rechtlich zumindest diskutabel. Sie reduzieren jedoch auf jeden Fall die von der Bekanntmachung erhoffte Rechtssicherheit weiter.

Spätestens nach zwei Jahren soll die Bekanntmachung überprüft werden. Bleibt zu hoffen, dass dann auch die aufgezeigten Schwächen korrigiert werden!