

DIE ANWENDUNG DES KARTELLRECHTS AUF KLEINE UND MITTLERE UNTERNEHMEN

EIN VERGLEICH ZWISCHEN DER EU UND DER SCHWEIZ

I. Einleitung

Den kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) kommt sowohl in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) als auch in der Schweiz eine erhebliche wirtschaftliche Bedeutung zu. Dieses wird besonders deutlich aus der Tatsache, daß die große Mehrheit aller Unternehmen in diesen Ländern KMU sind und diese mehr als zwei Drittel zur Gesamtwirtschaftsleistung beitragen. Zudem spielen die KMU auch für die Beschäftigungssituation eine wichtige Rolle, denn sie sind eher als die großen Unternehmen in der Lage, neue Arbeitsplätze zu schaffen oder zumindest die bestehenden Arbeitsplätze zu erhalten¹.

In der EU gelten nach der - auch für die Wettbewerbspolitik gültigen - Definition der Europäischen Kommission² als KMU alle Unternehmen mit weniger als 250 Beschäftigten **und** weniger als 40 Mio. ECU Jahresumsatz **oder** weniger als 27 Mio. ECU Jahresbilanzsumme, die zu nicht mehr als 25% von einem oder mehreren großen Unternehmen beherrscht werden. Im schweizerischen Wirtschaftsrecht besteht zwar keine positivrechtlich verankerte Definition der KMU, doch gilt bei statistischen Erhebungen und Untersuchungen allgemein die Beschäftigtenzahl als einziges Kriterium zur Definition der KMU. In der Schweiz gelten grundsätzlich diejenigen Unternehmen als KMU, die weniger als 250 Beschäftigte zählen.

Den KMU gilt sowohl in der EU als auch in der Schweiz bei der Gestaltung der Wettbewerbspolitik ein besonderes Interesse. In der Tat ist grundsätzlich zu beobachten, daß das Verhalten von KMU im Wettbewerb oftmals allein wegen ihrer geringeren Größe bzw. ihres geringeren wirtschaftlichen Gewichts nicht in gleicher Weise relevant ist wie dasjenige von großen Unternehmen. Zwischen beiden Rechtskreisen bestehen in dieser Hinsicht einige Gemeinsamkeiten, aber auch Unterschiede. In dem vorliegenden Beitrag wird daher zunächst die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften auf KMU nach dem Recht der Europäischen Union und dem Recht der Schweiz dargestellt. Auf dieser Grundlage werden sodann einige vergleichende Anmerkungen zu diesen beiden Rechtsordnungen angestellt.

* Assessor, Verwaltungsrat in der Generaldirektion IV (Wettbewerb) der Europäischen Kommission. Der Beitrag gibt die persönliche Auffassung des Verfassers wieder.

** Dr. iur., LL.M.Eur., Fürsprecher, wissenschaftlicher Adjunkt im Sekretariat der Schweizer Wettbewerbskommission.

¹ Vgl. zu diesen Angaben für die EU und die Schweiz: Das Europäische Beobachtungsnetz für KMU, 5. Jahresbericht, 1997.

² Anhang der Empfehlung der Kommission vom 3.4.1996 betreffend die Definition der kleinen und mittleren Unternehmen (ABl. Nr. L 107 vom 30.4.1996, S. 4).

II. Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Union

Bei der Gestaltung und Durchführung der europäischen Wettbewerbspolitik aufgrund der Artikel 85 bis 94 des EG-Vertrags (EGV) und der Fusionskontrollverordnung (FKVO) werden die Interessen der KMU an einem Ausgleich der größenspezifischen Nachteile von der Kommission grundsätzlich berücksichtigt. In der Tat nimmt die Kommission, wenn an einem zu beurteilenden Sachverhalt KMU beteiligt sind, teilweise eine weniger strenge Anwendung der Wettbewerbsvorschriften vor, sofern dies im Licht der anderen Ziele des EGV angemessen erscheint.

Aufgrund dieser Erkenntnis wurden in den letzten Jahren mehrere Neuregelungen im Wettbewerbsrecht der EU geschaffen, die Ausnahmen oder Erleichterungen für KMU enthalten. Dieses gilt sowohl für die Verhaltens- und Fusionskontrolle, wenn auch für die jeweils einschlägigen Vorschriften in unterschiedlichem Maße, als auch für die Beurteilung staatlicher Beihilfen³, jedoch werden im vorliegenden Beitrag lediglich die Artikel 85 und 86 EGV sowie die FKVO behandelt.

1. Verhaltenskontrolle

Das EG-Kartellrecht beruht auf dem Verbotsprinzip. Dieses besagt, daß wettbewerbsbeschränkende Absprachen (Artikel 85 EGV) sowie der Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Artikel 86 EGV) verboten sind, ohne daß es hierzu einer besonderen Feststellung durch die Kommission bedarf.

a) Artikel 85 EGV

Vom Kartellverbot erfaßt sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und abgestimmte Verhaltensweisen, die den Handel im Gemeinsamen Markt behindern und den Wettbewerb beschränken. Bestimmte Absprachen erfüllen diese Voraussetzungen nicht und unterliegen daher nicht dem Kartellverbot (1). Ist dies jedoch der Fall, so können die Absprachen durch die Kommission von dem Kartellverbot freigestellt werden, wenn trotz der Beschränkung des Handels und des Wettbewerbs überwiegende gesamtwirtschaftliche Vorteile festgestellt werden können (2).

(1) Auslegung des Tatbestands

Nach seinem Wortlaut gilt das Kartellverbot unterschiedslos für alle Unternehmen, d.h. insbesondere ohne Differenzierung nach deren Größe. Dennoch wendet die Kommission diese Vorschrift nicht stets mit der gleichen Schärfe an, sondern berücksichtigt hierbei auch bestimmte Merkmale der Unternehmen. Diese Differenzierung beruht auf der Auslegung des Artikel 85 Abs. 1 EGV durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH). Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH erfaßt das Kartellverbot in der Tat nur solche Vereinbarungen, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten und den Wettbewerb im

³ Vgl. die geänderten Leitlinien für die Behandlung staatlicher Beihilfen an KMU, ABl. Nr. C 213 vom 23.7.1996, S. 4; vgl. auch die *de minimis*-Regel für staatliche Beihilfen, ABl. Nr. C 68 vom 6.3.1996, S. 9; s. hierzu KLOTZ, Le droit de la concurrence et les petites et moyennes entreprises, L'Observateur de Bruxelles, Nr. 24, 1997, S. 30 ff. Durch die Verordnung Nr. 994/98 vom 7.5.1998 (ABl. Nr. L 142 vom 14.5.1998, S. 1) hat der Rat die Kommission nunmehr gemäß Artikel 94 EGV ermächtigt, u.a. für die Behandlung von KMU-Beihilfen und von *de minimis*-Beihilfen jeweils gesonderte Verordnungen zu verabschieden. Durch eine derartige Kodifizierung der bisher geltenden unverbindlichen Regelungen wird die Rechtssicherheit für KMU in diesem Bereich erheblich verstärkt werden.

Gemeinsamen Markt **spürbar** beeinträchtigen (*de minimis*-Regel)⁴. Exemplarisch hat der EuGH hierzu entschieden, daß bei einem Marktanteil der beteiligten Unternehmen von 5% eine spürbare Beeinträchtigung vorliegt⁵, wogegen dies bei einem Marktanteil von 1% nicht der Fall ist⁶.

Die Kommission hat ihre Entscheidungspraxis⁷ im Lichte dieser Rechtsprechung zuerst 1970 in einer förmlichen Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung dargelegt⁸. Ein solcher Text stellt keinen allgemein verbindlichen Rechtsakt dar, sondern bindet lediglich die Europäische Kommission bei der Ausübung ihres Ermessens, nicht dagegen die Unternehmen oder den EuGH. Diese sog. Bagatell-Bekanntmachung wurde in der Folgezeit mehrfach geändert⁹. Die zwischen 1994 und 1997 geltende Regelung¹⁰ sah schließlich eine doppelte Aufgreifschwelle von 5% Marktanteilen und 300 Mio. ECU Jahresumsatz vor, wobei diese Zahlen für alle beteiligten Unternehmen zu kumulieren waren.

Im Oktober 1997 beschloß die Kommission sodann eine grundlegende Neufassung dieser Bekanntmachung¹¹. Dadurch ergeben sich im wesentlichen die folgenden Änderungen:

(a) Wegfall des Umsatzkriteriums: Nach der neuen Fassung der Bagatell-Bekanntmachung ist der Umsatz der an einer Absprache beteiligten Unternehmen kein ausschlaggebendes Kriterium mehr für die Beurteilung der Spürbarkeit eines Wettbewerbsverstoßes. Nunmehr sind hierfür lediglich die von diesen Unternehmen gehaltenen kumulierten Marktanteile entscheidend. Im Vergleich zu der vorher geltenden Regelung, die als Obergrenze einen kumulierten Jahresumsatz aller beteiligten Unternehmen von 300 Mio. ECU vorsah, ergibt sich somit eine Erleichterung für solche Unternehmen, die zwar über einen hohen Jahresumsatz, aber nur über geringe Marktanteile verfügen. Dieser Änderung liegt die Auffassung der Kommission zugrunde, daß der Jahresumsatz für sich genommen kein aussagekräftiges Kriterium für die Beurteilung der Spürbarkeit einer Wettbewerbsbeschränkung darstellt.

(b) Differenzierendes Marktanteilkriterium: Hinsichtlich der Höhe der Marktanteilsschwelle wird nach der neuen Regelung nunmehr zwischen den verschiedenen Arten von Absprachen unterschieden. In der Tat wurde die Marktanteilsschwelle für horizontale Wettbewerbsbeschränkungen auf 5% und für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen auf 10% des relevanten Marktes¹² festgesetzt.

⁴ RS 5/69, *Voelk/Verwaeye*, Slg. 1969, S. 295.

⁵ RS 19/77, *Miller*, Slg. 1978, S. 131; RS 107/82, *AEG*, Slg. 1983, S. 3151.

⁶ RS 1/71, *Cadillon/Höss*, Slg. 1971, S. 351; RS 22/71, *Beguelin*, Slg. 1971, S. 949.

⁷ In einem engen Oligopol hat die Kommission einen Marktanteil von 2% als ausreichend für die Annahme einer Spürbarkeit angesehen, Entscheidung *Floral*, ABl. Nr. L 39 vom 15.2.1980, S. 51.

⁸ ABl. Nr. C 64 vom 2.6.1970, S. 1.

⁹ ABl. Nr. C 313 vom 29.12.1977, S. 3; ABl. Nr. C 231 vom 12.9.1986, S. 2.

¹⁰ ABl. Nr. C 368 vom 23.12.1994, S. 20.

¹¹ Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die nicht unter Artikel 85 Abs. 1 EGV fallen (ABl. Nr. C 372 vom 9.12.1997, S. 13); vgl. auch den XXVII. Bericht über die Wettbewerbspolitik, 1997, S. 21.

¹² Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (ABl. Nr. C 372 vom 9.12.1997, S. 5).

Dabei ist allerdings eine Überschreitung dieser Prozentsätze in Höhe von einem Zehntel (d.h. ein tatsächlich gehaltener Marktanteil in Höhe von 5,5% bzw. 11%) unerheblich, sofern diese Werte lediglich in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren verwirklicht und im dritten Jahr sodann wieder unterschritten werden. Mit dieser Differenzierung der Marktanteilsschwellen hat die Kommission auf die Erkenntnis reagiert, daß vertikale Absprachen eine geringere Wettbewerbsverzerrung enthalten als horizontale Absprachen. Denn in der Regel wird bei vertikalen Absprachen nur der "intra-brand"-Wettbewerb betroffen, wogegen horizontale Absprachen zusätzlich auch den "inter-brand"-Wettbewerb beeinträchtigen können.

(c) Generelle Ausnahme für Vereinbarungen zwischen KMU: Für sämtliche Absprachen zwischen KMU besteht nach der neuen Regelung nunmehr eine generelle Ausnahme vom Kartellverbot¹³. Mit dieser Regelung hat sich die Kommission verpflichtet, gegen solche Absprachen, an denen ausschließlich KMU¹⁴ beteiligt sind, im Prinzip nicht vorzugehen. Dabei ist der von diesen Unternehmen gehaltene Marktanteil sogar unerheblich, d.h. auch bei einem Überschreiten der 5 bzw. 10% Marktanteile durch die beteiligten KMU greift diese besondere Ausnahmeregel durch. Sie gilt zudem auch für die sog. schwarzen Klauseln, so daß auch Preisbindungs- und Gebietsschutzklauseln, die in Absprachen zwischen KMU enthalten sind, grundsätzlich nicht von der Kommission verfolgt werden¹⁵.

Hierbei ist allerdings festzuhalten, daß das Umsatzkriterium, welches durch die neue Bekanntmachung gerade abgeschafft wird, durch den Verweis auf die KMU-Definition der Kommission auch weiterhin Anwendung findet. Die Änderung gegenüber der bisher gültigen Bekanntmachung liegt jedoch darin, daß nach der KMU-Definition die Umsatzzahlen für jedes Unternehmen individuell betrachtet wird. Der durch die Neuregelung für KMU erlangte Vorteil wird dabei an folgendem Beispiel deutlich: während nach der vorher geltenden Regelung eine Absprache zwischen 8 "großen KMU", d.h. solchen mit einem Jahresumsatz von durchschnittlich 37,5 Millionen ECU, die ursprüngliche Spürbarkeitsschwelle von 300 Millionen ECU überschreiten konnte, ist dies nun grundsätzlich nicht mehr der Fall.

(d) Einführung eines qualitativen Spürbarkeitskriteriums: Nach den früher geltenden Fassungen der Bagatell-Bekanntmachung wurde die Spürbarkeit von Wettbewerbsbeschränkungen allein anhand von quantitativen Kriterien beurteilt. Dagegen enthält die aktuelle Fassung nunmehr erstmalig auch qualitative Kriterien, und zwar in Form von Tatbeständen, bei deren Vorliegen die Anwendung der Bagatell-Bekanntmachung ausgeschlossen ist. Diese Ausnahmen sind ihrem Inhalt nach für große Unternehmen und KMU unterschiedlich ausgestaltet.

Bei großen Unternehmen liegt nunmehr eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung stets vor, wenn die fragliche Vereinbarung eine Preisabsprache oder eine Marktaufteilung enthält¹⁶. Derartige Klauseln werden von der Kommission als besonders wettbewerbsbeschränkend angesehen (sog. schwarze Klauseln). Im Einzelnen werden hiervon bei horizontalen Vereinbarungen die Festsetzung der Preise, die Einschränkung der Erzeugung oder des Absatzes und die Aufteilung der Märkte und Versorgungsquellen erfaßt und für vertikale Vereinbarungen ist dies bei Festsetzung der Wiederverkaufspreise und bei Gebietsschutz für beteiligte oder dritte

¹³ Vgl. Punkt 19 der neuen Bekanntmachung (Fußnote 11).

¹⁴ Im Sinne der o.g. Definition der Kommission, vgl. Fußnote 2.

¹⁵ Vgl. zu den Grenzen dieser Ausnahme aber Fußnote 17.

¹⁶ Vgl. Punkt 11 der neuen Bekanntmachung.

Unternehmen der Fall. Bei Vorliegen derartiger Vereinbarungen behält sich die Kommission grundsätzlich das Recht auf Einschreiten vor. Werden dabei die vorstehend erwähnten Marktanteilsschwellen von 5 bzw. 10% allerdings nicht überschritten, so überläßt die Kommission die Behandlung dieser Fälle in der Regel den zuständigen Behörden in den Mitgliedstaaten.

Weiterhin hat sich die Kommission in zwei Fallgestaltungen das Recht vorbehalten, auch gegen Vereinbarungen zwischen KMU einzuschreiten¹⁷. Dies ist zum einen der Fall, wenn die betreffende Vereinbarung den Wettbewerb auf einem wesentlichen Teil des relevanten Marktes wesentlich beeinträchtigt. Als Begrenzung einer Ausnahmenvorschrift, die eine weitgehende rechtliche Erleichterung für KMU vorsieht, ist diese Regelung allerdings eng auszulegen. Hierbei handelt es sich zudem um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der im Falle einer Entscheidung durch die Kommission der Begründungspflicht und damit der Überprüfung durch die europäischen Gerichte unterliegt. Daher dürfte diese Regelung nur in seltenen Fällen eingreifen, zumal anderenfalls die den KMU gewährte Erleichterung weitgehend ihrer Wirksamkeit entledigt würde.

Zum anderen hat sich die Kommission das Recht zum Einschreiten auch gegen Vereinbarungen zwischen KMU vorbehalten, wenn der Wettbewerb auf dem relevanten Markt durch die kumulativen Auswirkungen nebeneinander bestehender Netze gleichartiger Vereinbarungen beschränkt wird, die von mehreren Händlern oder Herstellern errichtet worden sind. Hiervon können etwa die selektiven Vertriebssysteme erfaßt werden, die im Bereich der Luxusgüter gebräuchlich sind. Hierdurch soll sichergestellt werden, daß diese Art von Vereinbarungen den speziellen von der Kommission festgelegten und vom Europäischen Gericht erster Instanz (EuG) bestätigten Voraussetzungen hinsichtlich der Auswahl der zugelassenen Vertragshändler und der Vertragsklauseln entsprechen¹⁸.

(e) Zusammenfassung: Innerhalb der vorstehend beschriebenen Grenzen hat sich die Kommission verpflichtet, weder auf Antrag noch von Amts wegen gegen Unternehmen aufgrund von Artikel 85 EGV einzuschreiten. Auch ist die Anmeldung von Vereinbarungen bei der Kommission unterhalb dieser Spürbarkeitsschwelle entbehrlich. Unterbleibt eine solche Anmeldung im gutgläubigen Vertrauen darauf, daß die Bekanntmachung einschlägig ist, so wird die Kommission zudem kein Bußgeld gegen die betreffenden Unternehmen verhängen¹⁹. Festzuhalten bleibt, daß sich für KMU aus der Neufassung der Bagatell-Bekanntmachung sowohl in materiell-rechtlicher als auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht deutliche Erleichterungen gegenüber großen Unternehmen ergeben.

(2) Freistellungen

Wenn der Tatbestand des Kartellverbots nach Artikel 85 Abs. 1 EGV erfüllt ist, kann eine Absprache zwischen Unternehmen dennoch aufgrund einer Freistellung gemäß Artikel 85 Abs. 3 EGV für zulässig erklärt werden. Freistellungen können von der

¹⁷ Vgl. Punkt 20 der neuen Bekanntmachung.

¹⁸ Vgl. zuletzt: EuG, RS T-87/92, *BVBA Kruidvat/Kommission*, Slg. 1996-II, S. 1931; RS T-88/92, *GALEC /Kommission*, Slg. 1996-II, S. 1961; RS T-19/92, *GALEC/Kommission*, Slg. 1996-II, S. 1851.

¹⁹ Oberhalb der beschriebenen Bagatellgrenze können derartige Tatsachen dagegen allenfalls einen von der Kommission bei der Geldbußenbemessung zu berücksichtigenden mildernden Umstand darstellen; vgl. Punkt 3 der Leitlinien über das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen (ABl. Nr. C 9 vom 14.1.1998, S. 3).

Kommission infolge der Anmeldung individueller Vereinbarungen²⁰ in Form von Entscheidungen und für bestimmte Kategorien von Vereinbarungen in Form von Gruppenfreistellungsverordnungen²¹ erteilt werden. Letztere lassen eine Anmeldung der betroffenen Vereinbarungen bei der Kommission sodann überflüssig werden.

Freistellungen haben gerade in solchen Wirtschaftssektoren eine besondere Bedeutung erlangt, in denen viele beteiligte Unternehmen typischerweise KMU sind, wie z.B. die Einzel- und Zwischenhändler in den Bereichen des Handels und des Vertriebs von Waren und Dienstleistungen sowie die spezialisierten Hersteller und Zulieferer industrieller Produkte. Einzelfreistellungen wurden bisher insbesondere für Vereinbarungen über den selektiven Vertrieb von hochwertigen Produkten, wie z.B. Unterhaltungselektronik, Uhren und Parfüms erlassen²². Gruppenfreistellungsverordnungen wurden von der Kommission bisher ebenfalls vor allem für Vereinbarungen in den beiden vorstehend genannten Bereichen verabschiedet²³.

Zur Neuordnung des allgemeinen Rechtsrahmens für die Behandlung vertikaler Vereinbarungen, d.h. solcher zwischen Unternehmen, die auf unterschiedlichen Stufen des Wirtschaftsverkehrs tätig sind, hat die Kommission im Januar 1997 ein Grünbuch vorgelegt²⁴. In diesem Dokument waren vier verschiedene Optionen für die zukünftige wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Vereinbarungen durch die Kommission dargelegt. Diese Optionen sahen vor: (1) die Beibehaltung der gegenwärtigen Regelungen, (2) den Erlass einer neuen, weiter gefaßten Gruppenfreistellungsverordnung, (3) den Erlass mehrerer neuer, enger gefaßter Gruppenfreistellungsverordnungen und (4) den Erlass einer Verordnung hinsichtlich der Vereinbarkeit von Absprachen mit Artikel 85 Absatz 1 EGV bis zu einer bestimmten Marktanteilsschwelle, verbunden mit einer Regelung nach Option (2) oder (3) oberhalb dieser Schwelle.

Nach Auswertung der zahlreichen Stellungnahmen zu dem Grünbuch hat die Kommission in einer am 30.9.1998 beschlossenen Bekanntmachung die Grundzüge ihrer zukünftigen Politik in diesem Bereich zusammenfassend dargelegt²⁵. Demnach strebt die Kommission nunmehr den Erlass einer einzigen, weitgefaßten Gruppenfreistellungsverordnung für alle vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen an (Option 2). Da hierunter u.a. auch Vereinbarungen zwischen mehr als zwei

²⁰ Artikel 4 Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6.2.1962 (ABl. Nr. 13 vom 21.2.1962, S. 204/62).

²¹ Die von dieser Möglichkeit erfaßten Vereinbarungen sind inhaltlich begrenzt durch die Verordnung des Rates Nr. 19/65/EWG vom 2.3.1965 (ABl. Nr. 36 vom 6.3.1965, S. 533/65); s.u. Fußnote 26.

²² Vgl. zuletzt die den in Fußnote 18 genannten EuG-Urteilen zugrundeliegenden Entscheidungen über die Vertriebsverträge der Firmen *Yves Saint Laurent* und *Givenchy*; hierzu u.a. KLOTZ, Der selektive Vertrieb von Luxus-Artikeln in der aktuellen Entwicklung des Europarechts, EuR 1993, S. 72.

²³ Für Alleinvertriebs- und Alleinbezugsvereinbarungen, Franchisingvereinbarungen, Vereinbarungen über den Kfz-Vertrieb einerseits sowie für Spezialisierungsvereinbarungen, Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung sowie Vereinbarungen über den Technologietransfer andererseits.

²⁴ Grünbuch zur EG-Wettbewerbspolitik gegenüber vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen (KOM(96) 721 endg.).

²⁵ Bekanntmachung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln des EGV auf vertikale Wettbewerbsbeschränkungen (ABl. Nr. C 365 vom 26.11.1998, S. 3).

Unternehmen, Mischformen der bisher gesondert behandelten Kategorien von Vereinbarungen sowie Vereinbarungen über den selektiven Vertrieb fallen sollen, wird eine derartige Gruppenfreistellungsverordnung weder von der Ermächtigungsverordnung Nr. 19/65 gedeckt²⁶ noch von der Verfahrensverordnung Nr. 17 erfaßt²⁷. Daher hat die Kommission dem Rat zugleich mit der Annahme der o.g. Bekanntmachung entsprechende Änderungen dieser beiden Verordnungen vorgeschlagen²⁸.

Der Anwendungsbereich der geplanten Gruppenfreistellungsverordnung soll nach der Bekanntmachung auf Vereinbarungen zwischen Unternehmen begrenzt sein, die gemeinsam einen bestimmten Marktanteil nicht überschreiten. Dadurch ist beabsichtigt, die Behandlung vertikaler Vereinbarungen von der Marktmacht der beteiligten Unternehmen abhängig zu machen. Hierzu schlägt die Kommission in der Bekanntmachung vor, daß entweder für alle Vereinbarungen ein einheitlicher Marktanteil (von 25-35%) oder zwei je nach Art der Vereinbarung unterschiedliche Sätze (von 20 bzw. 40%) angewendet werden. Der untere Satz würde dabei für alle Vereinbarungen gelten, die schwarze Klauseln oder andere schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen enthalten, wie z.B. die ausschließliche Belieferung oder Kundenzuordnung, sowie auch für den selektiven Vertrieb, insofern er von Artikel 85 Abs. 1 EGV erfaßt wird. Die höhere Marktanteilsschwelle von 40% fände dagegen auf Vereinbarungen mit weniger schwerwiegenden Wettbewerbsbeschränkungen, wie z.B. beim ausschließlichen Vertrieb und beim ausschließlichen Bezug sowie bei Vereinbarungen zwischen KMU, Anwendung. Eine endgültige Entscheidung für eine der beiden vorstehend beschriebenen Lösungen steht noch aus.

Unterhalb der o.g. Marktanteilsschwellen würde jedenfalls die Vermutung gelten, daß die betreffenden Vereinbarungen, mit Ausnahme der schwarzen Klauseln, grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 85 Abs. 1 EGV fallen bzw. von der neuen Gruppenfreistellungsverordnung gedeckt wären. Oberhalb der Schwellen unterfielen die Vereinbarungen dagegen nicht automatisch dem Kartellverbot und damit der Rechtsfolge der Nichtigkeit gemäß Artikel 85 Abs. 2 EGV, sondern wären jeweils gesondert im Lichte von Artikel 85 Abs. 1 und Abs. 3 EGV zu betrachten. Um ihre Entscheidungspraxis im Hinblick auf Negativatteste, auf die Erteilung und den Entzug von Freistellungen und auf Untersagungen zu erläutern, beabsichtigt die Kommission, zu diesen Fragenkreisen jeweils gesonderte Leitlinien zu veröffentlichen. Zugleich sollen die Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten hierdurch in die Lage versetzt werden, die neue Gruppenfreistellungsverordnung sowie, oberhalb der Marktanteilsschwellen, Artikel 85 Abs. 1 EGV in gemeinschaftsrechtskonformer Weise auszulegen und anzuwenden.

Hinsichtlich der inhaltlichen Ausgestaltung der geplanten Gruppenfreistellungsverordnung beabsichtigt die Kommission, zukünftig ein stärkeres Gewicht auf das Verbot besonders wettbewerbsbeschränkender Absprachen (der sog. schwarzen Klauseln) zu legen. Dagegen soll den Unternehmen, anders als bisher, die Verwendung bestimmter Klauseln nicht mehr zwingend vorgeschrieben werden, um in

²⁶ Artikel 1 Abs. 1 Verordnung 19/65 begrenzt diese Ermächtigung auf Vereinbarungen zwischen **zwei** Unternehmen im Hinblick auf die ausschließliche Lieferung/den ausschließlichen Bezug von zum Weiterverkauf bestimmten Waren.

²⁷ Artikel 4 Abs. 2 Verordnung Nr. 17 beschränkt die Ausnahme von dem Erfordernis der Anmeldung auf die gleichen, in Fußnote 26 genannten, Vereinbarungen.

²⁸ Vgl. die in Fußnote 25 genannte Bekanntmachung, S. 27 bzw. 30.

den Genuß der Gruppenfreistellung zu kommen²⁹. Dadurch soll den Unternehmen ein größerer Gestaltungsspielraum beim Abschluß ihrer Verträge gewährt werden. Als schwarze Klauseln werden dabei von der Kommission u.a. die Festlegung von Wiederverkaufspreisen und Mindestpreisen, bestimmte Formen der Behinderung des Weiterverkaufs und der Querverlieferung und die Verbindung des Selektivvertriebs mit Beschränkungen beim Weiterverkauf oder mit einer verpflichtenden Kundenzuordnung angesehen. Von der Gruppenfreistellung erfaßt werden sollen dagegen die vertikalen Vereinbarungen der Vereinigungen unabhängiger Einzelhändler, wie z.B. Einkaufsgemeinschaften, sofern die Mitglieder der Vereinigung KMU sind.

b) Artikel 86 EGV

Nach Artikel 86 EGV ist die mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten. Eine marktbeherrschende Stellung wird von den Gemeinschaftsorganen grundsätzlich erst ab einem Marktanteil von wenigstens 25% angesehen, wobei allerdings erhebliche weitere Faktoren, wie z.B. ein bedeutender wirtschaftlicher und technischer Abstand zum nächsten Wettbewerber, hinzutreten müssen. Bei Marktanteilen zwischen 40 und 75% wird regelmäßig eine marktbeherrschende Stellung angenommen, wenn im Übrigen die Gegebenheiten des Einzelfalls dafür sprechen³⁰. Erst ab 75% Marktanteilen besteht ohne weiteres eine starke Vermutung für eine marktbeherrschende Stellung³¹. Da diese Marktanteile sich auf den Gemeinsamen Markt oder auf einen wesentlichen Teil desselben beziehen, werden sie von KMU in der Regel nicht erreicht.

Der Wortlaut des Artikel 86 EGV läßt es jedoch auch zu, daß mehrere Unternehmen eine gemeinsame Marktbeherrschung aufweisen. Dies kann etwa der Fall sein, wenn mehrere unabhängige Unternehmen aufgrund wirtschaftlicher oder technischer Gemeinsamkeiten eine enge Verbindung zueinander aufweisen, aufgrund der sie gegenüber Dritten einen Vorteil erlangen³². Dies kann insbesondere in einem engen Oligopol der Fall sein, wenn die hieran beteiligten Unternehmen den Wettbewerb untereinander ausschalten, um bei der Gestaltung der Preisen und sonstigen Konditionen ein Parallelverhalten anzunehmen³³.

Wenn der Nachweis einer solchen gemeinsamen Marktbeherrschung gelingt, wird somit der Anwendungsbereich des Artikel 86 auch auf solche Unternehmen erweitert, die für sich genommen die o.g. Marktanteile gewöhnlich nicht erreichen, wie z.B. die KMU. In diesem Fall findet Artikel 86 EGV auch auf KMU uneingeschränkt Anwendung, da die vorstehend beschriebene Bagatellbekanntmachung der Kommission sich lediglich auf die Auslegung des Artikel 85 EGV bezieht und im

²⁹ Dieses war bislang gem. Artikel 1 Abs. 2 Verordnung Nr. 19/65 eine der zwingenden Voraussetzungen für die Ermächtigung der Kommission zum Erlaß von Gruppenfreistellungsverordnungen.

³⁰ Vgl. Entscheidung *London European/SABENA*, ABl. Nr. L 317 vom 24.11.1988, S. 47.

³¹ Vgl. EuG, RS T-30/89, *Hilti*, Slg. 1991-II, S. 1439.

³² Vgl. EuG, verb. RS T-68/89, T-77/89 und T-78/89, *Flachglas II*, Slg. 1992-II, S. 1403.

³³ Vgl. etwa Punkt 79 der Bekanntmachung der Kommission über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationssektor (ABl. Nr. C 265 vom 22.8.1998, S. 2).

Hinblick auf die Anwendung von Artikel 86 EGV somit keine speziellen Erleichterungen für KMU bestehen.

2. Fusionskontrolle

Ein größenspezifisches Tatbestandsmerkmal findet sich bei der Fusionskontrolle in den Aufgreifkriterien des Artikel 1 FKVO³⁴. So sind Zusammenschlüsse vor ihrem Vollzug bei der Kommission immer dann anzumelden, wenn alle beteiligten Unternehmen zusammen einen weltweiten Gesamtumsatz von mehr als 5 Mrd. ECU und mindestens zwei beteiligte Unternehmen einen gemeinschaftsweiten Umsatz von jeweils mehr als 250 Mio. ECU erzielen, es sei denn, die beteiligten Unternehmen erzielen jeweils mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat.

Aufgrund einer Änderung der FKVO, die am 1. März 1998 in Kraft trat, sind Zusammenschlussvorhaben nunmehr, unbeschadet der vorstehend genannten Aufgreifschwollen, auch dann anmeldepflichtig, wenn der weltweite Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen 2,5 Mrd. ECU übersteigt, der Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen in jedem von mindestens drei Mitgliedstaaten jeweils 100 Mio. ECU übersteigt, in jedem dieser drei Mitgliedstaaten der Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen jeweils mehr als 25 Mio. ECU beträgt und der gemeinschaftsweite Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen jeweils mehr als 100 Mio. ECU beträgt. Auch in diesem Fall besteht allerdings keine Pflicht zur Anmeldung, wenn die Beteiligten jeweils mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen³⁵.

Diese Zahlen verdeutlichen, daß KMU auch nach der kürzlichen Revision grundsätzlich nicht unter die FKVO fallen, da sie die erforderlichen Umsatzschwellen (nach der KMU-Definition der Kommission: maximal 40 Millionen ECU) in der Regel nicht erreichen. Lediglich in Verbindung mit an dem Zusammenschluß beteiligten großen Unternehmen könnte dies auch für KMU einmal der Fall sein. Für Zusammenschlußvorhaben mit relativ geringer wirtschaftlicher Bedeutung bestehen allerdings erleichterte Anmeldungsvoraussetzungen durch die Möglichkeit einer Anmeldung in Kurzform, die den Parteien von der Kommission auf Antrag gewährt werden kann³⁶.

Der Zusammenschluß mehrerer Unternehmen unter Beteiligung von KMU ist vor allem bei der Bildung von Gemeinschaftsunternehmen (GU) zu beobachten. Durch die kürzlich erfolgte Änderung der FKVO entfällt die vorher geltende Unterscheidung zwischen kooperativen³⁷ und konzentrativen GU, so daß nunmehr sämtliche GU grundsätzlich der Fusionskontrolle unterfallen. Sofern es durch die Schaffung eines Vollfunktions-GU zu einer Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Muttergesellschaften kommt, ist das Vorhaben nunmehr nicht nur anhand des

³⁴ Verordnung Nr. 4064/89 des Rates vom 21.12.1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. Nr. L 257 vom 21.9.1990, S. 14); geändert durch Verordnung Nr. 1310/97 des Rates vom 30.6.1997 (ABl. Nr. L 180 vom 9.7.1997, S. 1); vgl. die nicht offizielle konsolidierte Fassung im Internet: http://europa.eu.int/comm/dg04/index_de.htm.

³⁵ Artikel 1 Abs. 3 FKVO.

³⁶ Voraussetzung hierfür ist, daß Umsatz des GU und Wert der auf das GU übertragenen Aktiva von weniger als 100 Millionen ECU betragen (Formblatt CO, Anhang zu Verordnung 447/98 vom 1.3.1998, ABl. Nr. L 61 vom 2.3.1998, S. 12 f.)

³⁷ Diese unterfielen vormals Verordnung Nr. 17 (Fußnote 20).

Merkmals der Schaffung bzw. Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, sondern zudem auch im Licht des Artikel 85 Abs. 1 und 3 EGV zu bewerten³⁸. Auf diesem Weg findet die Bagatellbekanntmachung der Kommission somit auch bei der Anwendung der FKVO Anwendung.

Derartige Fälle werden seit dem 1. März 1998 grundsätzlich von der für den jeweiligen Sektor allgemein zuständigen Abteilung der Generaldirektion IV – und somit außerhalb der ansonsten zuständigen Direktion B (Task Force Fusionskontrolle) – bearbeitet. Hierbei ist festzustellen, daß die meisten der bisher entschiedenen Fälle im Sinne des Artikel 2 Abs. 4 FKVO die Sektoren Telekommunikation und Internet betrafen, in denen neben den großen Unternehmen auch eine Vielzahl von KMU tätig sind. In allen diesen Fällen hat die Kommission die notifizierten Zusammenschlußvorhaben jeweils gemäß Artikel 6 Abs. 1(b) FKVO genehmigt.

III. Das Schweizer Kartellrecht

Das Schweizer Kartellrecht beinhaltet seit dem Inkrafttreten des neuen Kartellgesetzes³⁹ am 1. Juli 1996 in seinem verwaltungsrechtlichen Teil drei Pfeiler: die Kontrolle von Abreden (Artikel 5 KG), von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Artikel 7 KG) und die (präventive) Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (Artikel 9 ff. KG).

1. Verhaltenskontrolle

Das Schweizer Kartellrecht basiert im Unterschied zum EG-Wettbewerbsrecht auf dem Mißbrauchsprinzip. Dieser Unterschied manifestiert sich insbesondere bei der Verhaltenskontrolle, d.h. bei der Kontrolle von Abreden und von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen. Wettbewerbsabreden zwischen Unternehmen oder mißbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen sind nach diesem Prinzip nicht a priori verboten. Deren Unzulässigkeit muß vielmehr mittels Verfügung der Wettbewerbskommission festgestellt werden⁴⁰. Erst ab diesem Zeitpunkt gilt die in Frage stehende Verhaltensweise als unzulässig. Eine derartige materielle Unzulässigkeitsverfügung kann daher auch nicht zugleich mit einer Sanktion verbunden werden. Erst wenn die betroffenen Unternehmen auch nach Erlaß der Unzulässigkeitsverfügung die verbotene Abrede bzw. mißbräuchliche Verhaltensweise beibehalten, können von der Wettbewerbskommission in einer weiteren Entscheidung Verwaltungs- oder Strafsanktionen ausgesprochen werden (Artikel 50ff. KG)⁴¹.

a) Artikel 5 KG

Artikel 5 Abs. 1 KG bezeichnet solche Abreden als wettbewerbsrechtlich unzulässig, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich

³⁸ Artikel 2 Abs. 4 FKVO; vgl. Abschnitt 10 des geänderten Formblatts CO.

³⁹ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6.10.1995 (SR 251; nachfolgend KG).

⁴⁰ Die Wettbewerbskommission (vor Einführung des KG Kartellkommission genannt) hat hierzu eine neue Verfügungsbefugnis erhalten (Artikel 18 Abs. 3 KG).

⁴¹ Daran ändern grundsätzlich auch die Vermutungstatbestände in Artikel 5 Abs. 3 KG nichts. Auch die Feststellung der Erfüllung eines der drei Vermutungstatbestände kann nicht direkt mit einer Sanktion verbunden werden. Auch hier beginnt die rechtswirksame Unzulässigkeit erst ab Feststellung der Unzulässigkeit d.h. mit Erlass der entsprechenden materiellen Verfügung.

beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen; gleiches gilt für Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen⁴².

Hervorzuheben ist dabei zunächst, daß der Gesetzestext die „erhebliche“ Beeinträchtigung des Wettbewerbs explizit erwähnt, hingegen nicht weiter umschreibt. Auch war der Begriff der erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung bisher nicht Gegenstand eines Ausführungserlasses zum KG⁴³. Ebenso wenig geht aus den Gesetzesmaterialien hervor, ob der Gesetzgeber die Erheblichkeit nach quantitativen oder qualitativen Kriterien umschreiben haben wollte. Ein Anhaltspunkt scheint auf den ersten Blick in Artikel 5 Abs. 3 KG enthalten zu sein, der bei Preis-, Mengen- oder Gebietsabreden die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet. Dieser vermeintlich qualitative Ansatz wird jedoch relativiert, indem die Vermutung nach Artikel 5 Abs. 3 KG durch den Nachweis widerlegt werden kann, daß noch genügender Innen- oder Außenwettbewerb verbleibt⁴⁴. Damit ist zugleich belegt, daß selbst bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von sog. harten Kartellen die generellen Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse auf dem betroffenen Markt und damit quantitative Elemente zumindest mitentscheidend sind.

Obwohl auch die bisherige Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden keine allgemeinen Grundsätze zur Umschreibung der Erheblichkeit im Sinne von Artikel 5 Abs. 1 KG entwickelt hat, kann festgehalten werden, daß grundsätzlich alle Unternehmen, die auf einem bestimmten Markt gemeinsam eine nicht unbedeutende Stellung einnehmen, den Vorschriften des Artikel 5 KG unterstehen, sofern sie miteinander eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Abs. 1 KG eingehen. Dies gilt damit auch für KMU, insbesondere wenn es sich räumlich um einen regionalen oder gar lokalen Markt und sachlich um einen sog. Nischenmarkt handelt, die in der Schweiz durchaus häufig sind. Derartige Sachverhalte werden von Artikel 5 Abs. 1 KG insbesondere dann erfaßt, wenn die betreffenden Unternehmen sich über einen bedeutenden Wettbewerbsparameter verständigen, wobei die Bedeutung von Wettbewerbsparametern - außer im Falle der sog. harten Kartelle - je nach Beschaffenheit des Marktes, der durch die Abrede betroffen wird, unterschiedlich ist.

Eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung, nicht aber eine wettbewerbsbeseitigende Abrede, kann nach Artikel 5 Abs. 2 lit. a KG durch den Nachweis folgender Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden: die Senkung der Herstellungs- und Vertriebskosten, die Verbesserung der Produktionsverfahren, die Förderung der Forschung und der Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen sowie die rationellere Nutzung von Ressourcen. Dabei muß von den Wettbewerbsbehörden auch geprüft werden, ob die Abrede zur Erreichung eines oder mehrerer dieser Effizienzgründe tatsächlich notwendig ist, oder ob die Abredeteiligen die angestrebten Effizienzvorteile auch individuell oder durch

⁴² Der Begriff der Wettbewerbsabrede erklärt das KG in Artikel 4 Abs. 1: *„Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken“*.

⁴³ Der Bundesrat ist gemäss Artikel 60 KG befugt, Ausführungsbestimmungen zu erlassen. Auch kann die schweizerische Wettbewerbskommission rechtlich unverbindliche Richtlinien erlassen.

⁴⁴ Ist man sich bewußt, daß das schweizerische wettbewerbsrechtliche Verfahren der Offizialmaxime unterliegt, womit die untersuchende Behörde selber zu untersuchen hat, ob noch genügender Innen- oder Außenwettbewerb herrscht, so kann bei Artikel 5 Abs. 3 KG nicht von einer Beweislastumkehr gesprochen werden. Die praktische Tragweite von Artikel 5 Abs. 3 KG ist damit eher gering.

eine weniger weitgehende Kooperation erreichen könnten. Ebenso darf die in Frage stehende Wettbewerbsabrede den beteiligten Unternehmen nicht die Möglichkeit eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen⁴⁵.

Für KMU sind im Zusammenhang mit Artikel 5 KG keine Spezialvorschriften vorgesehen. Daß die Rechtfertigungsvoraussetzungen in Artikel 5 Abs. 2 lit. a KG von KMU in der Regel leichter erfüllt werden als von Großunternehmen, liegt auf der Hand, doch tritt auch diese Differenzierung in den Hintergrund, je enger der betroffene Markt definiert wird und je eher den KMU eine bedeutende Marktstellung zukommt.

b) Artikel 7 KG

Artikel 7 KG beschreibt die unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen und entspricht der Systematik und dem Inhalt nach Artikel 86 EGV. Artikel 7 Abs. 1 KG enthält den Grundsatz, daß marktbeherrschende Unternehmen sich dann unzulässig verhalten, wenn sie durch den Mißbrauch ihrer Marktstellung auf dem Markt andere Unternehmen in deren Wettbewerbsverhalten behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Dieser Grundsatz wird in Absatz 2 anhand von Beispieltatbeständen erläutert⁴⁶.

Für die Anwendung von Artikel 7 KG auf KMU ist die Definition der Marktbeherrschung entscheidend. Diese lautet wie folgt: *„Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten“* (Artikel 4 Abs. 2 KG). Die Grundlage für diese Definition ist unschwer zu erkennen, entspricht letztere doch fast wortwörtlich derjenigen, welche die Europäische Kommission und der EuGH nunmehr seit Jahren in ihrer Entscheidungspraxis bzw. Rechtsprechung verwenden⁴⁷.

Wie bereits oben erwähnt, sind in der Schweiz die Märkte nicht selten geographisch oder sachlich eng umgrenzt. Der Mißbrauchstatbestand in Artikel 7 KG ist somit bei der Gestaltung des Wettbewerbsverhaltens auch von KMU zu beachten.

2. Fusionskontrolle

⁴⁵ Artikel 5 Abs. 1 lit. b KG.

⁴⁶ Auch bei der Auswahl der Beispieltatbestände ist die Anlehnung an Artikel 86 EGV evident. Litt. a.–f. von Artikel 7 KG enthalten folgende Sachverhalte: die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (lit.a), die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (lit.b), die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen (lit.c), die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (lit.d), die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung (lit.e), die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, daß die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen (lit.f).

⁴⁷ Zur Entwicklung des Marktbeherrschungsbegriffs unter Artikel 86 EGV vgl. ausführlich SCHRÖTER, in GROEBEN/THIESING/EHLERMANN (Hrsg.), Kommentar zum EWG-Vertrag, 4. Auflage 1991, Artikel 86, S. 1820.

Mit dem neuen schweizerischen Kartellgesetz wurde neu eine präventive Fusionskontrolle eingeführt⁴⁸. Sowohl in materiell- als auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht ist die Anlehnung an das Wettbewerbsrecht der EU unverkennbar⁴⁹.

Zusammenschlußvorhaben müssen vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission gemeldet werden, sofern im letzten Geschäftsjahr folgende Umsatzschwellen erreicht wurden:

- insgesamt mindestens 2 Mrd. Schweizer Franken weltweit oder mindestens 500 Mio. Schweizer Franken in der Schweiz durch die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen; und
- je mindestens 100 Mio. Schweizer Franken in der Schweiz durch mindestens zwei der beteiligten Unternehmen⁵⁰.

Die schweizerische Wettbewerbskommission kann den Zusammenschluß dann untersagen, wenn eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt wird und keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt erfolgt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung aufwiegt (Artikel 10 Abs. 2 KG).

Angesichts dieser Schwellenwerte dürften KMU nur schwerlich unter die Fusionskontrolle fallen. Angesichts der Tatsache, daß in der Schweiz relativ häufig sachlich und/oder geographisch eng umgrenzte Märkte, aber auch hoch konzentrierte Märkte mit kleinem Volumen anzutreffen sind⁵¹, hat der Gesetzgeber jedoch ein Korrektiv vorgesehen. So sind Zusammenschlußvorhaben immer dann anzumelden, wenn hieran Unternehmen beteiligt sind, für welche in einem Verfahren nach dem KG auf einem bestimmten Markt in der Schweiz eine beherrschende Stellung festgestellt wurde und der Zusammenschluß diesen Markt oder einen Markt betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist⁵². Diese Vorschrift bewirkt, daß auch KMU durchaus unter die Fusionskontrolle des KG fallen können und zwar insbesondere dann, wenn in einem vorherigen Verfahren nach Artikel 7 KG eine marktbeherrschende Stellung festgestellt worden ist. Aufgrund der erst kurzen

⁴⁸ Zur Fusionskontrolle im neuen schweizerischen KG vgl. ausführlich HOMBURGER/SCMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1996; ZURKINDEN, Die Fusionskontrolle, in: COTTIER/KOLLER/RHINOW/ZIMMERLI (Hrsg.) Handbuch des Bundesverwaltungsrechts, erscheint demnächst. Zum Verfahren ausführlich SCHERRER, Das europäische und das schweizerische Fusionskontrollverfahren, Zürich 1996.

⁴⁹ Der Zusammenschlußbegriff in Artikel 4 Abs. 3 KG entspricht demjenigen der FKVO der EU. Eine deutliche Anlehnung an die FKVO weisen auch das präventive Meldesystem in Artikel 9 KG, die Verfahrensregelung in Artikel 32 ff. KG und - mit gewissen Nuancierungen - auch die materielle Beurteilungsnorm in Artikel 10 KG auf. Einzig in der Regelung der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Gemeinschaftsunternehmen wählte das KG eine differenziertere Vorgehensweise, die aber mittlerweile ansatzweise aufgrund der Änderung der FKVO seit dem 1.3.1998 auch in der EU gilt. Vgl. zu letzterem ausführlich ZURKINDEN, Gründung von Gemeinschaftsunternehmen in der Schweiz und das neue schweizerische Kartellgesetz, Basel 1998.

⁵⁰ Für Medienunternehmen ist das Zwanzigfache der im Medienbereich getätigten Umsätze maßgebend (Artikel 9 Abs. 2 KG). Bei Versicherungsgesellschaften treten an die Stelle des Umsatzes die jährlichen Bruttoprämieeinnahmen und bei Banken 10 Prozent der Bilanzsumme (Artikel 9 Abs. 3 KG).

⁵¹ Vgl. die Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23.11.1994, Sonderdruck, S. 113.

⁵² Artikel 9 Abs. 4 KG.

Geltungsdauer des neuen Gesetzes wird sich die praktische Tragweite von Artikel 9 Abs. 4 KG für KMU allerdings erst in Zukunft zeigen.

IV. Zusammenfassende Schlussfolgerungen

Bei einem Vergleich des schweizerischen mit dem EU-Kartellrecht fallen neben den bereits erwähnten Gemeinsamkeiten auch einige gewichtige Unterschiede auf⁵³. So basiert das Schweizer Kartellrecht auf dem Mißbrauchsprinzip, das EG-Kartellrecht dagegen auf dem Verbotsprinzip, was insbesondere bei der Verhaltenskontrolle, d.h. bei der Kontrolle von Abreden und Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, zu unterschiedlichen Rechtsfolgen führt.

Ein wesentlicher Unterschied besteht aber auch in der unterschiedlichen wettbewerbsrechtlichen Behandlung von KMU. Diese differierende Sichtweise beruht auf den teilweise unterschiedlichen Zielsetzungen der beiden Wettbewerbsordnungen. Während das schweizerische KG primär den wirksamen Wettbewerb auf den verschiedenen räumlich und sachlich relevanten Märkten in der Schweiz sichern will, dient das Wettbewerbsrecht der EU zudem der Erreichung der integrationspolitischen Ziele des EG-Vertrages. In der Tat stellt das Wettbewerbsrecht im Rahmen des EG-Vertrag eines der Instrumente zur Herstellung und Erhaltung des europäischen Binnenmarktes dar⁵⁴. Gegenstand der Wettbewerbsaufsicht bilden somit vorwiegend Sachverhalte, die sich negativ auf den zwischenstaatlichen Handel innerhalb der EU auswirken⁵⁵. Bei der Kontrolle von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen verlangt Artikel 86 EGV zudem, daß sich die Marktbeherrschung auf den Gemeinsamen Markt oder auf einen wesentlichen Teil desselben erstrecken muß. Ebenso können Zusammenschlüsse - abgesehen davon, dass diese nur angemeldet werden müssen, wenn von den beteiligten Unternehmen die erforderlichen Umsätze erzielt werden - nur untersagt werden, wenn eine marktbeherrschende Stellung geschaffen oder verstärkt wird, durch die ein wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben behindert wird. Hieraus wird deutlich, weshalb das Wettbewerbsrecht der EU für KMU in der Praxis fast ausschließlich in Bezug auf Artikel 85 EGV relevant ist, wogegen im schweizerischen Recht KMU eher von den Vorschriften aller drei Pfeiler des Kartellgesetzes betroffen sein können.

Dort wo trotz der erwähnten integrationspolitischen Funktion eine wettbewerbsrechtliche Kontrolle von KMU möglich wäre, nämlich im Rahmen der Kontrolle von Wettbewerbsabreden nach Artikel 85 EGV, wird zudem eine materiellrechtliche Privilegierung von KMU der Art vorgesehen, daß mittels entsprechender Umschreibung des Spürbarkeitskriteriums in Artikel 85 Abs. 1 EGV Abreden zwischen KMU vom Anwendungsbereich des Kartellverbots ausgenommen werden. Diese Privilegierung besteht nicht erst seit der kürzlich erfolgten Neufassung der *de minimis*-Bekanntmachung, denn bereits in den früheren Fassungen bestand aufgrund des Umsatzkriteriums eine implizite Ausnahme für KMU, welche in der jetzt gültigen Fassung explizit statuiert und inhaltlich erweitert wurde. Aufgrund der

⁵³ Ein Kurzvergleich zwischen dem KG und dem EG-Wettbewerbsrecht findet sich bei ZURKINDEN, Das total revidierte schweizerische Kartellgesetz, in: MEYER-MARSILIUS/SCHLUEP/ STAUFFACHER (Hrsg.), Beziehungen Schweiz-EG, Zürich (Nachtrag 1997), S. 145.

⁵⁴ Vgl. Artikel 3 lit. g EGV.

⁵⁵ Vgl. die sog. Zwischenstaatlichkeitsklausel in Artikel 85 und Artikel 86 EGV.

geplanten neuen Freistellungspraxis der Kommission ist weiterhin zu erwarten, daß in Zukunft eine Vielzahl von Vereinbarungen zwischen KMU nicht mehr angemeldet zu werden brauchen und von der Kommission auch nicht von Amts wegen verfolgt werden. Dies sind deutliche Erleichterungen für KMU.

Im schweizerischen KG finden sich keine Spezialbestimmungen, welche die wettbewerbsrechtliche Behandlung von KMU gesondert regeln. KMU unterliegen vielmehr den gleichen Bestimmungen wie alle anderen Unternehmen. Die einschlägigen materiellrechtlichen Vorschriften sind ausschließlich auf den Schutz des wirksamen Wettbewerbs auf den schweizerischen Märkten ausgerichtet, wodurch auch KMU durchaus im Anwendungsbereich des schweizerischen KG liegen. Dies gilt insbesondere bei der Anwendung von Artikel 5 KG.

Auch die schweizerische Wettbewerbskommission wird sich jedoch über kurz oder lang die Frage einer gesonderten wettbewerbsrechtlichen Behandlung von KMU stellen müssen. Die Formulierung der einschlägigen materiellrechtlichen Vorschriften läßt nur wenig Spielraum offen, um mittels entsprechender Auslegung eine Privilegierung von KMU zu erreichen. Am ehesten könnte eine solche Vorgehensweise im Rahmen der Kontrolle von Abreden erfolgen. Die relativ offen gehaltenen Begriffe in Artikel 5 Abs. 1 KG ("erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs") und Artikel 5 Abs. 2 KG ("Gründe der wirtschaftlichen Effizienz") lassen dazu den nötigen Auslegungsspielraum, der zudem durch die bisherige Praxis noch nicht eingeschränkt worden ist. Kooperationen zwischen KMU können in konzentrierten Märkten zudem vorwiegend prokompetitive Wirkungen haben, so daß durch eine restriktive Auslegung des Begriffs der Wettbewerbsabrede in Artikel 4 Abs. 1 KG bestimmte derartige Fälle als außerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs des KG qualifiziert werden könnten⁵⁶. Ansonsten läßt sich eine Privilegierung von KMU wohl nur durch die Verabschiedung entsprechender Ausführungserlasse oder Richtlinien erreichen. Man darf gespannt sein, wie die zuständigen schweizerischen Behörden dieses Problem lösen werden.

English summary

THE APPLICATION OF ANTITRUST RULES ON SMALL AND MEDIUM-SIZED COMPANIES

Comparison between the EU and Switzerland

Small and medium-sized companies (SMEs) have a substantial economic importance in the Member States of the European Union (EU) and in Switzerland. SMEs contribute more than two thirds to the national economy performance and play an important role in the employment situation. The authors examine to what extent the antitrust rules of the EU and Switzerland facilitate SMEs, in order to take into account that, due to their smaller size and/or economic weight, their impact on competition is often smaller than that of big companies. The investigation of both legal systems leads to the conclusion that while certain similarities exist, some important differences can be found between the two legal orders. The Swiss antitrust

⁵⁶ Vgl. in diesem Zusammenhang den (allerdings nicht KMU betreffenden) Schlußbericht der schweizerischen Wettbewerbskommission vom 17.12.1997 i.S. Elektroanlagen Pikett-Service, in welchem eine Abrede zwischen Elektro-Installateuren zur Organisation eines Pikettdienstes aufgrund der prokompetitiven Wirkungen nicht als Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Abs. 1 KG qualifiziert wird. Die dortigen Erwägungen gehen weiter als die bisherige EGV-Praxis, die eine Abrede nur dann nicht als Wettbewerbsabrede qualifiziert, wenn sie ausschliesslich prokompetitive Wirkungen zeitigt.

law is based on the principle of abuse, the antitrust rules of the EC-Treaty on the principle of prohibition. This leads to different legal consequences, in particular with regard to the control of agreements between undertakings and to the abusive behaviour of dominant undertakings. Furthermore, both legal orders have partly different objectives. These differences contribute to the explanation of the fact that for SMEs the EU competition rules are mainly relevant regarding the assessment of anticompetitive agreements, whereas in Switzerland SMEs can be affected by all three pillars of the antitrust act. Regarding the assessment of anticompetitive agreements in the light of Article 85 EC Treaty, the *de minimis*-rule and the new block exemption regulation to be adopted lead to clear facilitations for SMEs. On the contrary, no special treatment for SMEs is foreseen under Swiss law. However, sooner or later the Swiss competition authority might have to address this question, by adopting implementing decrees or directives.