

## Die Seite der ASAS | La page de l'ASAS

### LIDC – Frage A

**Sollten in Bezug auf kleine und mittlere Unternehmen («KMU») andere oder besondere Regeln des Wettbewerbsrechts gelten?  
(Should small and medium enterprises [«SMEs»] be subject to other or specific competition rules?)**

**NICOLAS BIRKHÄUSER\***

#### **I. Zusammenfassung des Berichts des Berichterstatters der schweizerischen Landesgruppe asas**

1. Ausgangslage
2. Das Wesen der KMU
3. Materielle Bestimmungen des Kartellrechts
4. Verfahrensrechtliche Aspekte
5. Sanktionen/Kronzeugenregelung
6. Besteht Regelungsbedarf?

#### **II. Diskussion in Prag**

#### **I. Zusammenfassung des Berichts des Berichterstatters der schweizerischen Landesgruppe asas**

##### **1. Ausgangslage**

###### *a) Allgemeines*

Die eingangs gestellte Frage beschlägt eine Thematik, die auch in der Schweiz immer wieder Gegenstand vor allem politischer, im Besonderen aber auch kartellrechtlicher Auseinandersetzungen ist. Anlässlich der Revision des schweizerischen Kartellgesetzes (KG) im Jahre 2003 wurde eine Bestimmung eingeführt, die auf die «Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen» abzielt (Art. 6 Abs. 1 lit. e KG). Zuvor wurde in der öffentlichen Debatte die Kritik aufgebracht, die Wettbewerbsbehörden richteten ihre Tätigkeit zu stark auf kleine und mittlere Unternehmen (KMU) und zu wenig auf grosse Marktteilnehmer aus<sup>1</sup>.

Art. 6 Abs. 1 KG hält fest, dass in Verordnungen oder allgemeinen Bekanntmachungen die Voraussetzungen umschrieben werden können, unter denen einzelne Arten von Wettbewerbsabreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz in der Regel als gerechtfertigt gelten. Gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. e KG sind hierbei insbesondere Abreden in Betracht zu ziehen, die den Zweck haben, «die Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen zu verbessern, sofern sie nur eine beschränkte Marktwirkung aufweisen». Die schweizerische Wettbewerbskommission (WEKO) ist dieser Aufforderung nachgekommen und hat im Dezember 2005 eine Bekanntmachung betreffend Abreden mit beschränkter Marktwirkung (KMU-Bekanntmachung) veröffentlicht.

Es scheint zumindest teilweise tatsächlich die Auffassung vorzuherrschen, dass sich KMU in einer anderen Wettbewerbssituation befinden würden als Grossunternehmen. Aus diesem Grunde müssten sie besonderen Regeln unterworfen werden. Offenbar wurde das Bedürfnis nach höherer Rechtssicherheit in der politischen Diskussion vor allem bei den KMU verortet<sup>2</sup>. Gewerbekreise scheinen sogar unter Hinweis auf die volkswirtschaftliche Bedeutung die Forderung erhoben zu haben, KMU von der

\* Rechtsanwalt, Zürich.

<sup>1</sup> BOTSCHAFT über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBI 2002, 2022, 2025; P. DUCREY/C. TAGMANN, Die Anwendung des Kartellrechts auf KMU, in: ZBJV 2007, 70 f.

<sup>2</sup> BSK KG-NEFF, KG 6 I e N 2.

Anwendung des Kartellgesetzes gänzlich auszunehmen oder diese doch immerhin erheblich abzuschwächen<sup>3</sup>. Doch worauf stützt sich diese Auffassung?

*b) Was sind KMU?*

Der Begriff KMU für kleine und mittlere Unternehmen ist eine Sammelbezeichnung für Unternehmen, die eine bestimmte Grenze hinsichtlich Beschäftigtenzahl, Umsatzerlös oder Bilanzsumme nicht überschreiten. Die Betriebszählung des Bundesamtes für Statistik unterteilt die marktwirtschaftlichen Unternehmen nach der Zahl der Beschäftigten, wobei ein Unternehmen so lange als KMU gilt, als es weniger als 250 Vollzeitäquivalenten hat.

*c) KMU-Landschaft in der Schweiz*

Nach der aktuellsten Betriebszählung des Bundesamtes für Statistik<sup>4</sup> gibt es in der Schweiz knapp 313000 Unternehmen. Davon zählen 311707 aufgrund ihrer Beschäftigtenzahl zu den KMU, während 1154 als Grossunternehmen betrachtet werden. Die Unternehmenslandschaft in der Schweiz besteht demnach zu 99,6% aus KMU mit weniger als 250 Vollzeitäquivalenten und nur zu 0,4% aus Grossunternehmen mit mehr als 250 Vollzeitäquivalenten. Interessant ist weiter, dass die 99,6% KMU insgesamt 2327802 Personen beschäftigen. Bei den 0,4% Grossunternehmen finden demgegenüber 1166269 Arbeitnehmende eine Stelle. 33,4% der Beschäftigten arbeiten demnach bei 0,4% der Unternehmen in der Schweiz, was eine bemerkenswerte Relation darstellt.

*d) KMU als Gegenstand des Kartellrechts?*

Die Schweiz besteht somit mehrheitlich aus KMU. Das ist für die einleitend genannte Frage nicht unbedeutend. Ein Gesetz sollte sich an eine möglichst breite Anzahl von Anwendungsfällen richten. Mit anderen Worten erscheint es nicht sinnvoll, ein Gesetz einzig für die Ausnahmen zu konzipieren. Das aber müsste wiederum bedeuten, dass das geltende Schweizer Kartellrecht bereits auf KMU ausgerichtet *sein müsste*. Insofern müsste vor diesem Hintergrund die Antwort auf die Frage, ob KMU Gegenstand von speziellen Kartellrechtsnormen sein sollten, «nein» lauten, denn KMU müssten (in der Schweiz) bereits Gegenstand der eigentlichen Kartellrechtsnormen sein.

Es fragt sich jedoch, ob dem tatsächlich so ist. Für die Beantwortung dieser Frage ist zunächst auf das Wesen der KMU und anschliessend auf die geltenden kartellrechtlichen Regelungen einzugehen.

## **2. Das Wesen der KMU**

Das Bedürfnis, KMU müssten unter Umständen anderen Regeln unterworfen werden, ist im Zusammenhang mit dem Kartellrecht von besonderer Bedeutung. Das Kartellgesetz bezweckt in erster Linie die Förderung wirksamen Wettbewerbs (Art. 1 KG). Vor diesem Hintergrund ist es gerechtfertigt zu fragen, ob Handlungen von KMU den Wettbewerb weniger beeinträchtigen als solche von Grossunternehmen, weshalb sie anders zu behandeln wären. Tatsächlich könnte argumentiert werden, dass das Verhalten von KMU im Wettbewerb in den meisten Fällen bereits wegen ihrer geringeren Grösse und damit ihres geringeren wirtschaftlichen Einflusses weniger relevant – weniger erheblich – ist als dasjenige grösserer Unternehmen<sup>5</sup>.

Kann nun ein Gesetz, das den wirksamen Wettbewerb fördern soll, auf die Unternehmenswirklichkeit in der Schweiz zugeschnitten sein? Können die über 140000 Einzelfirmen einen nennenswerten Einfluss auf den Markt ausüben? Ist dem Wettbewerb geholfen, wenn KMU und Grossunternehmen kartellrechtlich gleich behandelt werden, obwohl sich die Ausgangslage für ein KMU, das im Wettbewerb mit einem Grossunternehmen steht, gänzlich anders präsentiert als im umgekehrten Fall? Tatsächlich wurde in der parlamentarischen Diskussion auch die Meinung vorgetragen, die Wettbewerbsbehörden

<sup>3</sup> M. AMMANN/M. STREBEL, Die KMU-Bekanntmachung der WEKO, in: sic! 2007, 229 f.

<sup>4</sup> Jahr 2008, Stand 29. März 2010.

<sup>5</sup> R. KLOTZ/P. ZURKINDEN, Die Anwendung des Kartellrechts auf kleine und mittlere Unternehmen, Ein Vergleich zwischen der EU und der Schweiz, in: WuW 1999, 120 ff.

sollten sich auf die wichtigen wettbewerbsbeschränkenden Sachverhalte konzentrieren und sich nicht mit Bagatelldfällen, zu denen viele Abreden zwischen KMU gehörten, beschäftigen<sup>6</sup>.

Zu beachten gilt es jedoch trotz dieser berechtigten Fragen und Vorbringen, dass die Anzahl Beschäftigter alleine noch keinen Schluss auf die vorhandene Wettbewerbssituation zulässt. Beispielsweise ist es ohne Weiteres möglich, dass auch ein KMU mit nur wenigen Mitarbeitern über einen Marktanteil verfügt, mit welchem dieses Unternehmen einen spürbaren Einfluss auf den Markt und damit auf den Wettbewerb haben kann, beispielsweise in Nischenmärkten. Umgekehrt lässt sich der Einfluss eines KMU mit vielen Beschäftigten unter Umständen marginalisieren, wenn neben diesem KMU noch weitere KMU und insbesondere mehrere Grossunternehmen auf einem bestimmten Markt tätig sind. Alleine auf die Beschäftigtenzahl abzustellen, erscheint vor diesem Hintergrund als wenig zielführend. Wiederum eine andere Situation würde ferner vorliegen, wenn sich in einem Markt zahlreiche KMU parallel verhalten.

### 3. Materielle Bestimmungen des Kartellrechts

#### a) Allgemeines

Das Schweizer Kartellrecht beruht auf drei Säulen. Der Wettbewerb wird zum einen durch das Verbot wettbewerbsbeschränkender Abreden, zum anderen durch das Verbot missbräuchlichen Verhaltens marktbeherrschender Unternehmen und schliesslich durch die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen geschützt.

#### b) Fusionskontrolle

Die Fusionskontrolle kennt zwar keine ausdrücklichen Regelungen für KMU. Damit aber ein Unternehmenszusammenschluss überhaupt meldepflichtig wird, müssen bestimmte Aufgreifkriterien erfüllt sein. Das genügt in den meisten Fällen, um KMU von der Fusionskontrolle auszunehmen.

#### c) Marktbeherrschende Unternehmen

Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. In der Regel gilt, dass KMU im Wettbewerb nicht die gleiche Wirkung erzielen können wie etwa Grossunternehmen. Allerdings gibt es Ausnahmen. Es ist durchaus denkbar, dass ein KMU je nach Markt als marktbeherrschend qualifiziert wird. In diesem Fall rechtfertigt es sich aber kaum, andere bzw. besondere Regeln aufzustellen.

#### d) Unzulässige Wettbewerbsabreden

Art. 5 Abs. 1 KG regelt, dass Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig sind. Abreden, die den Wettbewerb nicht erheblich beeinträchtigen, sind ohne Weiteres zulässig.

#### e) KMU-Bekanntmachung

Die WEKO hat von der in Art. 6 Abs. 1 lit. e KG vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch gemacht und am 19. Dezember 2005 eine Bekanntmachung betreffend Abreden mit beschränkter Marktwirkung erlassen (KMU-Bekanntmachung). Gemäss deren Ziff. 1 Abs. 1 sind Abreden, wenn (i) sie der Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen dienen und (ii) diesen Unternehmen nur beschränkte Marktwirkung zukommt, aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt. Eine Wettbewerbsabrede dient in der Regel der Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit, wenn sie durch leistungssteigernde oder innovationsfördernde Massnahmen Grössen- oder Verbundvorteile ermöglicht oder

<sup>6</sup> AMMANN/STREBEL (Fn. 3), 230.

wenn sie Verkaufsanreize für die nachgelagerte Stufe schafft und sie hierzu notwendig ist (Ziff. 2 Abs. 1 der KMU-Bekanntmachung).

Eine beschränkte Marktwirkung weisen gemäss Ziff. 3 der KMU-Bekanntmachung in der Regel Wettbewerbsabreden zwischen Unternehmen auf, die gemeinsam auf dem von der Abrede betroffenen relevanten Markt nicht über einen bestimmten Marktanteil hinauskommen. Die WEKO sieht diese Grenze bei horizontalen Wettbewerbsabreden bei 10%, bei vertikalen Abreden bei 15% (Ziff. 3 lit. a und b der KMU-Bekanntmachung). Durch diese Bestimmung wird zumindest auf den ersten Blick bestätigt, dass Wettbewerbsabreden nicht gleich Wettbewerbsabreden sind. Kommt den beteiligten Unternehmen nur eine beschränkte Marktwirkung zu und dient die Abrede ihrer Wettbewerbsfähigkeit, sollen andere Regeln gelten. Es fragt sich jedoch, ob auch ein zweiter Blick zu diesem Resultat führt.

Zunächst ist das Verhältnis zwischen der KMU-Bekanntmachung und Art. 5 Abs. 1 und 2 bzw. Art. 6 KG näher zu beleuchten: Art. 5 Abs. 1 KG regelt, dass Wettbewerbsabreden dann unzulässig sind, wenn sie (i) wirksamen Wettbewerb beseitigen oder (ii) den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen. Daraus folgt, dass Wettbewerbsabreden, die den Wettbewerb unerheblich beeinträchtigen, ohne Weiteres zulässig sind. Ziff. 1 der KMU-Bekanntmachung bestimmt demgegenüber, dass Wettbewerbsabreden *zulässig* sind, wenn sie die Wettbewerbsfähigkeit der an der Abrede beteiligten Unternehmen verbessern und diesen nur beschränkte Marktwirkung zukommt. Gemäss Art. 5 Abs. 1 und 2 KG sind allerdings «nur» jene Wettbewerbsabreden zulässig, die entweder unerheblich sind *oder* – bei Vorliegen einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs – aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden können. Um eine dritte Kategorie aufstellen zu können, fehlt der WEKO die Kompetenz. Aus diesem Grund müssten die beiden Kriterien entweder einen Einfluss auf die Beurteilung der Erheblichkeit oder auf die Rechtfertigungsmöglichkeit haben.

Art. 6 KG verleiht der WEKO mit anderen Worten nur das Recht, erhebliche, jedoch gerechtfertigte Abreden zu umschreiben, nicht aber, gewissen Abreden in einer Bekanntmachung die Erheblichkeit gänzlich abzuspochen. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass es der WEKO unabhängig von Art. 6 KG grundsätzlich unbenommen ist, ihre Praxis oder ihr Rechtsverständnis zu publizieren. Dies bedeutet jedoch, dass die in der KMU-Bekanntmachung aufgeführten Kriterien entweder eine Konkretisierung von Art. 5 Abs. 2 KG – bzw. der Rechtfertigungsmöglichkeiten gestützt auf den gesetzgeberischen Auftrag gemäss Art. 6 KG – oder eine von der WEKO beabsichtigte Praxis zur Erheblichkeit gemäss Art. 5 Abs. 1 KG darstellen müssen.

Die Schweiz kennt zwar kein eigenes (Kartell-)Recht für KMU, aber die Praxis der WEKO macht wenigstens für *Kleinstunternehmen* eine bedeutsame Ausnahme vom Kartellrecht<sup>7</sup>. Hiervon gibt es allerdings Ausnahmen. Weder Kleinstunternehmen noch andere Unternehmen im Allgemeinen dürfen gemäss der KMU-Bekanntmachung sog. harte Kartellabsprachen nach dem Art. 5 Abs. 3 und 4 KG treffen. Für Kleinstunternehmen hält Ziff. 5 der KMU-Bekanntmachung fest, dass bei solchen Abreden nicht von einer Unerheblichkeit auszugehen sei<sup>8</sup>. Ziff. 3 bestimmt für die übrigen Unternehmen, dass bei diesen Abreden nicht von einer beschränkten Marktwirkung ausgegangen werden könne. Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG dürfen danach also auch von kleinen und Kleinstunternehmen nicht geschlossen werden<sup>9</sup>. Generell zu beachten ist allerdings, dass eine Abrede nicht schon dann als unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 1 bzw. Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG zu beurteilen ist, wenn eine Abrede die Voraussetzungen einer Bekanntmachung nicht erfüllt. Vielmehr ist eine Abrede nur aufgrund der Umstände des Einzelfalls als zulässig oder unzulässig zu qualifizieren, mithin nach einer eigenständigen, von der (für die Gerichte nicht verbindlichen) KMU-Bekanntmachung unabhängigen Subsumtion unter Art. 5 KG.

Auch dadurch zeigt sich, dass, abgesehen von den Kleinstunternehmen, KMU keinen besonderen Regeln unterworfen sind. Die Zulässigkeit besonderer, kartellrechtlich relevanter Abreden von KMU hängt somit, wie bei allen anderen Unternehmen, von der Beurteilung nach Art. 5 KG ab. Von besonderer Bedeutung ist daher das Erfordernis der Erheblichkeit in Art. 5 Abs. 1 KG. Gestützt auf die höchstrichterliche Praxis lässt sich keine Möglichkeit ableiten, eine Wettbewerbsabrede bereits auf-

<sup>7</sup> AMMANN/STREBEL (Fn. 3), 233.

<sup>8</sup> Beachtlich ist allerdings, dass DUCREY/TAGMANN (Fn. 1), 92, das Wort «unerheblich» entgegen dem Wortlaut im Sinne von «gerechtfertigt» verstanden haben wollen – was, wie gezeigt, zwar dem System von Art. 5 Abs. 2 und Art. 6 KG entsprechen würde, jedoch kaum Sinn macht, sind Wettbewerbsabreden doch nicht bereits deshalb wirtschaftlich effizient, weil Kleinstunternehmen daran beteiligt sind. «Unerheblich» ist nach der hier vertretenen Auffassung daher tatsächlich im Sinne von «unerheblich» zu verstehen.

<sup>9</sup> Vgl. auch R. ZÄCH, Schweizerisches Kartellgesetz, 2. Aufl., Bern 2005, Rz. 511.

grund qualitativer Elemente als erheblich zu qualifizieren, wie dies gemäss der Praxis der WEKO angenommen wird, zumal sich das Bundesgericht ausdrücklich auf Lehrmeinungen bezieht, die gar gewisse quantitative Grenzwerte fordern<sup>10</sup>.

Die WEKO hat in der KMU-Bekanntmachung festgehalten, die an der Abrede beteiligten Unternehmen dürften nur beschränkte Marktwirkung haben. Wird dieses in Ziff. 3 der KMU-Bekanntmachung konkretisierte Element nicht für die Rechtfertigung, sondern für die Beurteilung der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG hinzugezogen, so liessen sich daraus wenigstens Schlüsse für die quantitative Erheblichkeit ziehen (zumindest der Wortlaut von Ziff. 1 der KMU-Bekanntmachung liesse eine solche Interpretation zu, spricht dieser doch nicht von «Rechtfertigung», sondern von «nach Art. 5 KG zulässig»). KMU könnten somit aufgrund ihrer Marktanteile die quantitative Erheblichkeit beurteilen. Allerdings bleibt auch in diesem Fall noch die Unsicherheit bezüglich der qualitativen Erheblichkeit.

Soweit ersichtlich, wurde die Praxis der WEKO, wonach allein der Umstand des Vorliegens einer qualitativ erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung (bspw. bei einer Beschränkung des Wettbewerbsparameters «Preis») für die Qualifizierung der Erheblichkeit gemäss Art. 5 Abs. 1 KG genügen würde, höchststrichterlich noch nicht überprüft. Angesichts des Buchpreisbindungsentscheids dürfen allerdings zu Recht Zweifel daran bestehen, ob diese Praxis, teilweise festgehalten in Bekanntmachungen, einer Überprüfung standhält.

#### 4. Verfahrensrechtliche Aspekte

Das Kartellrecht ist grundsätzlich öffentliches Recht, wobei aber die materiellrechtlichen Bestimmungen auch auf dem Zivilweg durchgesetzt werden können. Aus diesem Grund ist das Verwaltungsverfahren vom zivilrechtlichen Verfahren zu unterscheiden. Das zivilrechtliche Verfahren wird rudimentär zunächst in den Art. 12 bis 17 KG, im Wesentlichen dann aber in der eidgenössischen Zivilprozessordnung (ZPO) geregelt. Bestimmungen zum Verwaltungsverfahren finden sich demgegenüber ebenfalls im KG (Art. 18 ff. KG) und unter anderem im Gesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG).

Diese Verfahrensordnungen kennen in Bezug auf KMU grundsätzlich keine speziellen Regeln. Höchstens zwei Punkte könnten unter diesem Titel hervorgehoben werden: *Erstens* gilt im Verwaltungsverfahren (nicht aber im Zivilverfahren) das Opportunitätsprinzip<sup>11</sup>, das heisst, die WEKO hat nach pflichtgemäßem Ermessen darüber zu entscheiden, ob sie ein Verfahren eröffnen will oder nicht. Die WEKO hätte demnach die Möglichkeit, Bagatellfälle bereits aufgrund des Opportunitätsprinzips nicht aufzugreifen. *Zweitens* sieht Art. 49a Abs. 1 KG, wie erwähnt, vor, dass bestimmte Arten von Abreden sanktioniert werden können. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen. Auch diese Bestimmung unterscheidet auf den ersten Blick nicht zwischen KMU und Grossunternehmen. Auf den zweiten Blick besteht aber auch hier grundsätzlich die Möglichkeit, immerhin bei der Sanktionsbemessung die besondere Situation von KMU zu berücksichtigen, wobei der WEKO ein Ermessensspielraum zukommt.

Auch in Bezug auf die verfassungsmässigen Grundsätze werden KMU in der Schweizer Kartellrechtspraxis nicht anders behandelt als Grossunternehmen. Die Natur oder die wirtschaftliche Bedeutung bzw. die Grösse der KMU spielt in der rechtlichen Argumentation keine Rolle.

#### 5. Sanktionen/Kronzeugenregelung

Im Rahmen der kartellrechtlichen Sanktionen können nur vereinzelte Aspekte ausgemacht werden, die einen besonderen Einfluss auf KMU haben könnten. Auch bei den Sanktionen gibt es kein eigenständiges KMU-Recht. In jedem Fall aber lässt sich festhalten, dass die Schwierigkeit für KMU, ihr Verhalten wettbewerbskonform auszugestalten, entweder zu einem beträchtlichen Risiko oder zu einem Beratungsaufwand führt. Nicht jedes KMU kann sich aus wirtschaftlichen Gründen eine entsprechende Beratung leisten. Insofern bestehen Unterschiede zwischen KMU und Grossunternehmen, doch sind diese Unterschiede nicht auf die kartellrechtlichen Regelungen, sondern auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit vieler KMU zurückzuführen.

<sup>10</sup> BGE 129 II 18 E. 5.2.1, m.w.H.

<sup>11</sup> AMMANN/STREBEL (Fn. 3), 236.

Auch Selbstanzeigen können einen erheblichen Aufwand generieren. Dies wird neuerdings durch die sogenannte *Ascopa-Praxis* der WEKO verstärkt, wonach sie bei Selbstanzeigen davon ausgehe, dass die Parteien (Selbstanzeiger) zumindest annehmen würden, an einer unzulässigen und sanktionierbaren Wettbewerbsbeschränkung beteiligt gewesen zu sein. Die Selbstanzeige sei daher vergleichbar mit einem Geständnis in einem Strafverfahren. In beiden Fällen werde die Beteiligung an einem Sachverhalt zugegeben, von dem der Geständige bzw. Selbstanzeiger annehmen würde, dass er nicht gesetzeskonform sei. Aus diesem Grund sei es, gemäss WEKO, nicht möglich, eine Selbstanzeige unter dem Vorbehalt einzureichen, der Selbstanzeiger sei an keiner Wettbewerbsbeschränkung beteiligt gewesen. Weiter ist die WEKO der Auffassung, dass im Prinzip von einem selbstanzeigenden Unternehmen zu verlangen sei, dass es in der Lage sei zu beurteilen, ob und wie sich die Abrede im Markt ausgewirkt habe, d.h. es habe auch die Marktwirkungen einzugestehen<sup>12</sup>.

KMU stehen deshalb vor dem folgenden Problem: Eine Selbstanzeige ist gemäss Praxis der WEKO an verschiedene Folgen hinsichtlich des Sachverhalts geknüpft. Die Beurteilung der Konsequenzen einer Selbstanzeige erfordert in der Regel rechtliche Beratung, doch können sich KMU eine solche oftmals nicht leisten. KMU könnten aufgrund dieser Praxis und Gegebenheiten geneigt sein, von einer Selbstanzeige abzusehen, obwohl diese der «bessere» Weg wäre. In diesem Sinne werden gewisse, weniger leistungsfähige KMU gegenüber den potenteren Grossunternehmen benachteiligt. Die WEKO sollte ihre diesbezügliche Praxis wohl überdenken. Dies gilt um so mehr, als von der (vollständigen) Sanktionsbefreiung einzig das zeitlich erste, sich selber anzeigende Unternehmen profitiert (Art. 8 Abs. 1 SVKG). Der zeitliche Druck akzentuiert demnach die vorstehend aufgezeigte Problematik.

Der Bereich der Sanktionsbemessung liesse allerdings einen Spielraum für die besondere Behandlung von KMU offen. Beispielsweise wäre es denkbar, die Sanktion zu reduzieren, weil das zu sanktionierende KMU mittels einer Wettbewerbsabrede aufgrund des oftmals geringeren Marktanteils einen kleineren mutmasslichen Gewinn erzielen dürfte. Aus dem gleichen Grund könnte die Abrede bei KMU als weniger schwer qualifiziert werden. Ist das KMU zudem an einer Abrede beteiligt, die es mit einem Grossunternehmen getroffen hat, so dürfte dem KMU zudem kaum eine führende Rolle zukommen. Die Verordnung des Schweizerischen Bundesrats über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (SVKG) sieht in Art. 6 Abs. 2 lit. a beispielsweise ausdrücklich vor, dass die Sanktion zu mindern ist, wenn das Unternehmen ausschliesslich eine passive Rolle gespielt hat.

## 6. Besteht Regelungsbedarf?

Nachdem nun der «status quo» aufgezeigt worden ist, kann auf die Ausgangsfrage zurückgekommen werden. Die schweizerische Unternehmenslandschaft besteht im Wesentlichen aus KMU. Will ein Gesetz eine grösstmögliche Zahl an Anwendungsfällen abdecken, muss es auf die Mehrheit zugeschnitten sein. Ein schweizerisches Kartellgesetz muss sich demnach nicht an grosse, sondern an KMU richten. Dass für KMU keine besonderen kartellrechtlichen Regelungen gelten, ist vor diesem Hintergrund eigentlich folgerichtig. Dennoch fragt sich, ob es sinnvoll ist, sämtliche Unternehmen, die auf Schweizer Märkten tätig sind, dem Kartellgesetz zu unterwerfen. Insbesondere müsste aber auch danach gefragt werden, ob es gerechtfertigt ist, bestimmte Abreden unabhängig von ihrer Marktwirkung gestützt auf die qualitative Erheblichkeit generell für unzulässig zu erklären. Wäre es nicht besser, eigentliche Bagatellsachverhalte gänzlich vom Kartellgesetz auszunehmen?

Wie gezeigt, geht die KMU-Bekanntmachung für *Kleinstunternehmen* grundsätzlich in diese Richtung, spricht sie in Ziff. 5 doch ausdrücklich von «unerheblich». Allerdings ist die KMU-Bekanntmachung für Gerichte, wie erwähnt, nicht bindend, und sog. Kernbeschränkungen sind selbst dann nicht zugelassen, wenn sie von Kleinstunternehmen ausgehen. Ferner lässt sich die WEKO auch dort eine Hintertür offen, indem sie lediglich «in der Regel» von einer Unerheblichkeit der Abrede ausgeht. Eine Unsicherheit ist somit stets vorhanden. Verstärkt wird diese zudem dadurch, dass die Folgen der von der WEKO im Rahmen der Beurteilung der Erheblichkeit vorgenommene Gesamtbetrachtung<sup>13</sup> nur schwer vorhergesagt werden können, soweit nicht eine qualitativ erhebliche Einschränkung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit zur Diskussion steht. Im letzteren Fall führt die Praxis der WEKO zu einem faktischen Per-se-Verbot qualitativ erheblicher Abreden (beispielsweise von Preisabreden).

<sup>12</sup> RPW 2011, 576, Rz. 326.

<sup>13</sup> RPW 2012, 105, Rz. 175.

Diese Hinweise machen deutlich, dass insbesondere KMU mit Unsicherheiten hinsichtlich der Übereinstimmung ihres Verhaltens mit dem Kartellrecht zu kämpfen haben. Diese Unsicherheiten verursachen Kosten, sei dies, weil Beratungsaufwand entsteht, oder, weil eine günstige Verhaltensweise aufgrund einer vermeintlichen Unzulässigkeit durch eine ungünstigere Variante ersetzt wird. Was KMU benötigen, ist Rechtssicherheit. Es wäre daher sinnvoll festzuhalten, was klarerweise nicht in den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes fällt.

Damit ist vor dem Hintergrund der schweizerischen Unternehmenslandschaft auf die Ausgangsfrage wie folgt zu antworten: Ja, KMU *sollten* insofern Gegenstand von speziellen kartellrechtlichen Regelungen sein, als die Rechtssicherheit dies erfordert. Erreicht werden kann dies wie folgt:

- Durch eine Einschränkung des persönlichen Geltungsbereiches des Kartellgesetzes: Bagatellfälle sind gänzlich auszunehmen, wobei sich die Bagatellgrenze an den Marktanteilen der an der Abrede beteiligten Unternehmen zu richten hat. Auch Kernbeschränkungen könnten als Bagatellsachverhalte qualifiziert werden. Gemäss Art. 5 Abs. 1 KG *müssten* Kernbeschränkungen sogar als Bagatellsachverhalte qualifiziert werden, wenn sie den Wettbewerb nicht erheblich beeinträchtigen.
- Allerdings ist zu beachten, dass diese Forderung im jetzigen politischen Umfeld kaum Unterstützung finden dürfte. Vielmehr geht der Trend in die entgegengesetzte Richtung. Insofern wäre doch immerhin eine Annäherung an das Recht der EU wünschenswert, dass KMU unterhalb einer bestimmten Marktanteilsschwelle (allenfalls kombiniert mit einem finanziellen Kriterium wie dem Umsatz) nicht vom Kartellrecht erfasst werden, es sei denn, es würden sogenannte Kernbeschränkungen (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG) vorliegen.
- Aufzugeben sind demgegenüber die Kriterien der beschränkten Marktwirkung und der Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit, die innerhalb der gesetzlichen Ordnung von Art. 5 KG ohnehin keine besondere Aussagekraft und Bedeutung haben können.

## II. Diskussion in Prag

Anlässlich des LIDC-Kongresses in Prag wurden im Zusammenhang mit der Frage A verschiedene Aspekte diskutiert und teilweise auf die vorstehenden Überlegungen bzw. auf ähnliche Überlegungen Bezug genommen.

Die LIDC anerkennt die Bedeutung von KMU – insbesondere auch von Mikro-Unternehmen – in der Wirtschaftswelt. Die LIDC ist der Ansicht, dass bei der Vollstreckung des Wettbewerbsrechtes die Umstände der KMU erkannt und berücksichtigt werden müssen, so beispielsweise die Asymmetrie der Informationen und Ressourcen. Was hingegen das materielle Wettbewerbsrecht angeht, unterstrich die LIDC die Bedeutung eines einheitlichen Ansatzes unabhängig der Grösse der betroffenen Unternehmen.

Insbesondere wurden folgende Punkte eingehend diskutiert.

- Eine Mehrheit der Teilnehmer des LIDC-Kongresses in Prag sprach sich dafür aus, dass es im Bereich des Wettbewerbsrechtes keinen Bedarf für eine sektorspezifische Definition von KMU gibt. Die Teilnehmer des Kongresses waren mehrheitlich der Ansicht, dass andere Mittel, wie beispielsweise Richtlinien, genügen, um eine allgemeine Definition von KMU festzulegen.
- Hingegen sprach sich eine Mehrheit der Teilnehmer dafür aus, dass es verstärkt eine besondere Kultur und Compliance-Programme geben sollte, die spezifisch auf KMU zugeschnitten sind. Das Ziel sollte sein, dass Wettbewerbsbehörden ein besonderes Augenmerk darauf richten sollten, die Aufmerksamkeit und das Wissen betreffend Wettbewerbsrecht seitens der KMU zu stärken.
- Ferner sprach sich eine Mehrheit der Teilnehmer dafür aus, dass die Anonymität von KMU, welche Verstösse gegen das Wettbewerbsrecht anzeigen, auf eine Art und Weise gewährleistet wird, die mit den Verteidigungsrechten Dritter vereinbar ist. Wettbewerbsbehörden sollten entsprechend die Anonymität von Anzeigen während des Untersuchungsverfahrens gewährleisten, sofern KMU um einen besonderen Schutz ersuchen. Generell wurde mehrheitlich befürwortet, dass KMU mehr Anreize erhalten sollten, um Selbstanzeigen einzureichen bzw. Kronzeugen-Programme in Anspruch zu nehmen.

- Bei der Bemessung der Bussen sollten erleichternde Umstände und die finanziellen Verhältnisse der KMU berücksichtigt werden. Dabei sollten insbesondere die Grösse, die Finanzkraft und die Marktstellung von Unternehmen berücksichtigt werden.
- Falls kollektive Rechtsschutzinstrumente eingeführt werden, sollten die Staaten Massnahmen erwägen, um die finanziellen und organisatorischen Hürden zu senken, welche KMU bei der Durchsetzung von zivilrechtlichen Ansprüchen überwinden müssen. In diesem Zusammenhang wurde auch eine widerlegbare Vermutung eines erlittenen Schadens als möglicher Lösungsansatz für KMU diskutiert und mehrheitlich befürwortet. Ferner sollten Erleichterungen in Bezug auf das Führen von Prozessen, insbesondere Prozesskostenhilfe, KMU zur Verfügung gestellt werden.