

Erwerb einer (Minderheits-)Beteiligung als Wettbewerbsabrede?

Anmerkungen zur Verfügung der Wettbewerbskommission vom 7. Mai 2001 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend JC Decaux/Affichage wegen möglicherweise unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG (22-0227)*

mit Bemerkungen von Dr. Beat Brechbühl, LL.M./Dr. Bernhard Berger, LL.M., beide Bern**

Inhaltsübersicht

I. Sachverhalt

II. Auszug aus den Erwägungen

III. Anmerkungen

1. Zum Begriff der Wettbewerbsabrede
2. Negative Auswirkungen des Weko-Entscheids
3. Forderungen an die Rechtsprechung

I. Sachverhalt

Im Herbst 1999 erwarb die in der Plakat-Aussenwerbung tätige *JC Decaux International S.A.* mit Sitz in Neuilly, Frankreich, eine Beteiligung von 30% am Aktienkapital der ebenfalls im Plakatwerbebusiness tätigen, in Genf domizilierten, *Affichage Holding SA*, nachdem sie vergeblich versucht hatte, in den Schweizer Plakatwerbebusiness einzudringen.¹

Im Anschluss an den Beteiligungserwerb waren der Presse vage und unverbindlich formulierte Kooperationsabsichten zu entnehmen. So äusserte sich namentlich die *Affichage* dahingehend, dass «du point de vue de notre société, l'objectif est d'assurer dans la mesure compatible avec son indépendance et caractère suisse, une collaboration harmonieuse avec l'un de ses principaux actionnaires.» Ebenfalls durch die Presse zu erfahren war eine angestrebte Einsitznahme von *JC Decaux* im Verwaltungsrat der *Affichage*. Im Rahmen der Transaktionen, welche *JC Decaux* zu dem Beteiligungspaket an *Affichage* verhalten, hatte Letztere indessen keine aktive Rolle gespielt. Auch hatten die Parteien weder vorher noch nachher Vereinbarungen über gemeinsame Projekte irgendwelcher Art abgeschlossen.

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (*Weko*) eröffnete nach einer Vorabklärung am 7. Oktober 1999 eine Untersuchung, um zu prüfen, ob der Sachverhalt auf das Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung schliessen lasse.

Mit Verfügung vom 7. Mai 2001 stellte die *Weko* die Untersuchung ein. Sie begründete ih-

ren Entscheid im Wesentlichen damit, dass der Beteiligungserwerb von *JC Decaux* an *Affichage* in der Schweiz weder im «Markt für Absatzkanäle für Plakatanschlagflächen» noch im «Markt für Plakatwerbung» eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs bewirke und damit nicht rechtswidrig sei.² Trotzdem wurden *JC Decaux* und *Affichage* unter solidarischer Haftbarkeit vollumfänglich zur Bezahlung der Verfahrenskosten verpflichtet.³

Damit ist angedeutet, dass die Problematik der Verfügung vom 7. Mai 2001 nicht im Resultat, sondern in Teilen ihrer Begründung liegt. Parteien und *Weko* stimmten im Ergebnis überein, dass der Beteiligungserwerb von *JC Decaux* an *Affichage* aufgrund der Verhältnisse im Schweizer Plakatwerbebusiness den Tatbestand der erheblichen und damit rechtswidrigen Wettbewerbsbeschränkung (Art. 5 KG)⁴ nicht erfüllt. Unterschiedliche Auffassungen bestanden und bestehen hingegen zu der kartellrechtlich relevanten *Vorfrage*, ob und inwieweit der vorliegende Sachverhalt, d.h. der *unilaterale Erwerb einer (Minderheits-)Beteiligung an einem Konkurrenzunternehmen*, verbunden mit einer Kooperationsabsicht der Parteien, als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren sei. Die *Weko* entschied, dass der Vorgang gesamthaft auf das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede schliessen lasse. Entsprechend wurden die Parteien zu Verursacherinnen des Verfahrens gestempelt und für kostenpflichtig erklärt.

II. Auszug aus den Erwägungen

Aus Platzgründen wird die umfangreiche Verfügung der *Weko* an dieser Stelle nur auszugsweise wiedergegeben. Ausgewählt wurden jene Passagen, auf welche sich die nachstehenden Anmerkungen (vgl. hinten Ziff. III) im Wesentlichen beziehen.

² Vgl. Verfügung vom 7. Mai 2001, Ziff. 101.

³ Vgl. Verfügung vom 7. Mai 2001, Ziff. 108 ff.

⁴ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG); SR 251. Art. 5 Abs. 1 KG bestimmt: «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, sind unzulässig.»

* Abgedruckt in RPW 2001/2, S. 306 ff.

** Die Autoren sind Rechtsanwälte bei Kellerhals & Partner in Bern. Der Erstgenannte hat in diesem Fall die *Affichage Holding S.A.* beraten.

¹ Vgl. dazu auch die nicht publizierten Urteile des Bundesgerichts 2P.262/1997 und 2P.328/1997 vom 26. April 1999.

[...].

17. 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 (Art. 4 Abs. 1 KG).

18. Eine Wettbewerbsabrede zeichnet sich demnach dadurch aus, dass zwei oder mehrere Unternehmen eine horizontale oder vertikale Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (vgl. RPW 2000/4, S. 605, Rz. 80). Eine formelle vertragliche Grundlage ist nicht notwendig. Entscheidend ist, dass das Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen bewusst und gewollt ist (vgl. Botschaft zum KG in BBl 1995 I 545).

19. Der Sachverhalt lässt darauf schliessen, dass JC Decaux und Affichage zu kooperieren gedenken. Ob sie dies auf vertraglicher Basis tun werden oder ob sie ihr Verhalten im Verwaltungsrat der Affichage oder anderswie aufeinander abstimmen werden, ist unerheblich. Das Zusammenwirken von JC Decaux und Affichage ist bewusst und gewollt.

20. JC Decaux bestätigte die Kooperationsabsichten sowohl gegenüber dem Sekretariat (vgl. Rz. 6) als auch in der Presse: «Wir haben versucht, direkt in den Schweizer Markt einzusteigen. Das ist uns nicht gelungen. Wir haben die Konsequenzen gezogen: Wir haben eingesehen, dass eine Partnerschaft besser ist als eine Konfrontation.» (Interview im Bund vom 3. September 1999; auch in der Liberté vom 2. September 1999 sowie der Handelszeitung vom 8. September 1999, 31; vgl. Akten 1). Eine implizite Bestätigung ist auch im Schreiben vom 17. Mai 2000 ans Sekretariat zu finden, in welchem das Sekretariat zu einer Unternehmenspräsentation eingeladen wird, weil diese dazu beitragen könnte, «die strategischen Pläne von JC Decaux im Hinblick auf die Beteiligung bei und eine zukünftige Kooperation mit Affichage besser zu verstehen.» (vgl. Akte 135)

21. Im Pressecommuniqué vom 1. September 1999 nimmt Affichage wie folgt Stellung zu den von JC Decaux geäusserten Kooperationsabsichten: «Le conseil d'administration d'Affichage Holding se déclare disponible pour prendre part à des discussions constructives en relation avec les intentions déclarées de JC Decaux de collaborer en Suisse et à l'étranger.» (vgl. Akte 11, nach Beilage E). Gemäss eigenen Aussagen ist Affichage an einer «collaboration harmonieuse» interessiert (vgl. auch Rz. 5).

22. In ihrer Eingabe vom 15. Dezember 2000 (Akte 208) bringt Affichage vor, den Wörtern «collaboration harmonieuse» werde eine Bedeutung zugemessen, welche ihnen nicht zukomme. In materieller Hinsicht sei es einzig darum gegangen, darzulegen, dass die Affichage als börsenkotiertes Unternehmen JC Decaux mit einer Beteiligung von mehr als 30% ohne negative Vorurteile entgegenzutreten und ihn, wie jeden anderen wichtigen Aktionär, freundlich behandeln wolle. Das Vorbringen vermag nicht zu überzeugen, insbesondere weil der

Wortlaut der Pressemitteilung vom 1. September 1999 eine andere Sprache spricht (vgl. Rz. 21) und das Wort «collaboration» unzweideutig als «Zusammenarbeit», oder «Mitarbeit», oder «Mitwirkung» zu verstehen ist, aber auch weil bekannt ist, dass bereits früher «pfannenfertige» Pläne für eine Zusammenarbeit in der Schweiz mit JC Decaux bestanden haben. Diese Pläne haben sich allerdings später zerschlagen (vgl. Beilage zu Akte 183, S. 6f.).

23. Die Vertreter von JC Decaux machen geltend, dass der Entscheid zur Kooperation alleine von JC Decaux ausgehe und dass damit das «bilaterale Element», welches im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG wesentlich sei, fehle (vgl. Akte 17; ähnlich auch Affichage, vgl. Akte 123, S. 3). Selbst wenn JC Decaux der Kooperationswilligkeit von Affichage durch den Beteiligungserwerb nachgeholfen hat, ändert dies nichts an der Tatsache, dass Affichage grundsätzlich willens ist, zu kooperieren (wie die Eingabe von Affichage deutlich macht; vgl. Akte 11). Am Beginn jeder Abrede steht ein Initiator, der seine Absichten mit mehr oder weniger Druck realisiert.

24. In der Eingabe vom 31. Januar 2000 weist JC Decaux darauf hin (vgl. Akte 119, S. 10), dass zwischen ihr und Affichage zum aktuellen Zeitpunkt keinerlei Kooperationsabsichten bestehen und auch keine entsprechenden Verhandlungen geführt würden. JC Decaux sei zur Zeit auch nicht mehr daran interessiert, Einsitz in den Verwaltungsrat der Affichage zu nehmen. Die einzige Verbindung zu Affichage bestehe demnach in der finanziellen Beteiligung an Letzterer.

25. Zum einen ist nicht einzusehen, weshalb JC Decaux nun nicht mehr mit Affichage kooperieren möchte, nachdem im Vorabklärungsverfahren die Kooperationsabsichten bestätigt wurden (vgl. Akte 14). JC Decaux präzisiert denn auch, dass zur Zeit kein Interesse an einer Einsitznahme in den Verwaltungsrat bestehe (Akte 119 und Akte 195). Aus diesem Grund entspricht auch das Vorbringen von Affichage nicht den Tatsachen, wonach JC Decaux in der Eingabe vom 31. Januar 2000 (Akte 119) erklärt hätte, es würden keine Kooperationsabsichten mit Affichage mehr bestehen (Akte 208, S. 3). Es entbehrt nicht der Logik, dass die Realisation des Kooperationsvorhabens aufgeschoben bleibt, solange das kartellrechtliche Verfahren nicht entschieden ist. Denn würde der Entscheid der Wettbewerbskommission lauten, dass es sich im vorliegenden Fall um eine unzulässige Wettbewerbsabrede handle, wären die Mittel, welche die Parteien in die Realisation ihres Vorhaben investiert haben, verloren.

26. Zum anderen wird die finanzielle Beteiligung von JC Decaux an Affichage das Wettbewerbsverhalten von JC Decaux stark beeinflussen. Beginn November 2000 betrug der Kurs einer Namenaktie der Affichage ca. Fr. 800.-. Die 30% Beteiligung (= 225 000 Aktien) von JC Decaux hatte somit einen Wert (ohne Paketzuschlag) von Fr. 180 Millionen. Bei den aktuellen Strukturen in der Schweizer Plakatlandschaft (sehr starke Stellung von Affichage; vgl. B.2.2.a und B.2.2.b) wäre ein Marktzutritt von JC Decaux mit Marktanteils- und

Umsatzverlusten von Affichage verbunden. Damit würde der Aktienkurs von Affichage und folglich der Wert der Beteiligung von JC Decaux sinken. Durch die finanzielle Beteiligung verliert JC Decaux somit wesentlich an Interesse, in Wettbewerb mit Affichage bzw. deren Tochtergesellschaft APG zu treten (zur Rolle von JC Decaux als potentiellen Konkurrenten von Affichage vgl. hinten B.2.2.).

27. Affichage bringt dagegen vor (Akte 208, 3), dass es keine empirisch nachgewiesene positive Korrelation zwischen Umsatz und Aktienkurs eines Unternehmens geben würde, weshalb die eben geschilderten Zusammenhänge ökonomisch unfundiert und somit zurückzuweisen seien. Affichage ist insoweit zuzustimmen, als dass Umsätze tatsächlich nicht auf Aktienkurse schliessen lassen. Entscheidend sind vielmehr die Gewinnerwartungen. In diesem Sinne ist zu präzisieren, dass ein Marktzutritt von JC Decaux theoretisch nicht auszuschliessen ist, selbst nachdem sich JC Decaux an Affichage beteiligt hat. Ein Marktzutritt von JC Decaux wäre dann zu erwarten, wenn der erwartete zusätzliche Gewinn aus dem Marktzutritt den erwarteten Wertverlust der Beteiligung an Affichage übersteigen, ihn zumindest neutralisieren würde. Ein solches <Szenario> ist allerdings sehr unwahrscheinlich und würde überdies *wiederum eine Kooperation* von JC Decaux und Affichage erfordern. Zum einen, weil ansonsten Voraussetzungen über erwartete zukünftige Gewinne mit grössten Unsicherheiten behaftet sind. Zum andern, weil JC Decaux den Marktzutritt bereits versucht hat, bevor sie die Beteiligung an Affichage erworben hat. Sollte JC Decaux nun wiederum einen Marktzutritt planen, ist eine Beteiligung an Affichage nur sinnvoll, wenn dadurch der Widerstand von Affichage gegen einen Marktzutritt gebrochen werden kann. Der Beteiligungserwerb bewirkt deshalb in jedem Fall, dass JC Decaux sein Verhalten mit jenem der Affichage koordinieren wird.

28. In diesem Zusammenhang ist erwähnenswert, dass z.B. in den USA und in Deutschland bereits Anteils-erwerbe von 25% und teilweise weniger als Unternehmenszusammenschlüsse gelten. Damit soll der *Erfahrungstatsache* Rechnung getragen werden, wonach die Höhe des Kapitalanteils für den Einfluss auf das Marktverhalten von massgebender Bedeutung ist (vgl. unten, Rz. 34ff.). Die Auffassung, dass allein die Tatsache einer finanziellen Beteiligung an Affichage das Wettbewerbsverhalten von JC Decaux stark beeinflussen wird, entbehrt daher entgegen der Ansicht von Affichage (Akte 208, 3) nicht eines ökonomischen Fundaments.

29. Das Verhalten im Wettbewerb ist somit nicht nur abhängig von den Möglichkeiten zur Einflussnahme auf das Verhalten von Konkurrenten, sondern auch von finanziellen Beteiligungen an diesen Konkurrenten (vgl. dazu insbesondere *Daniel P. O'Brien, Steven C. Salop* «Competitive Effects of Partial Ownership: Financial Interest and Corporate Control», in: *Antitrust Law Journal*, Vol. 67 (2000), 559ff.).

30. Die finanzielle Beteiligung von JC Decaux an Affichage bekundet damit den Willen von JC Decaux mit

Affichage zu kooperieren und bewirkt gleichzeitig eine Wettbewerbsbeschränkung.

31. Rechtsvergleichend ist darauf hinzuweisen, dass der Erwerb einer Beteiligung dann unter Art. 81 Abs. 1 EGV (Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft) fällt und damit als Vereinbarung unter Unternehmen, Beschluss einer Unternehmensvereinigung oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweise gilt, wenn der Beteiligungserwerb eine Koordinierung des Verhaltens der beteiligten Unternehmen bezweckt oder bewirkt (vgl. hierzu *Volker Emmerich*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, Kommentar, Band I, München 1997, Rn. 350 zu Art. 85 Abs. 1 EGV, mit zahlreichen weiteren Hinweisen).

32. Der Europäische Gerichtshof hielt in seinem Urteil «BAT und Reynolds/Kommission» (auch «Philip Morris/Rothmans-Urteil», EuGH 17.11.1987, Slg. 1987, 4566ff.) fest, dass die Beteiligung eines Unternehmens am Kapital eines Konkurrenzunternehmens für sich genommen noch keine wettbewerbsbeschränkende Handlung darstelle, aber gleichwohl als Mittel dienen könne, das Geschäftsgebaren beider Unternehmen auf dem relevanten Markt so zu beeinflussen, dass der Wettbewerb eingeschränkt oder verfälscht werde. Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn das investierende Unternehmen durch den Erwerb der Beteiligung oder durch Nebenabreden rechtlich oder tatsächlich die Kontrolle über das geschäftliche Verhalten des anderen Unternehmens erlange oder wenn die Vereinbarung eine geschäftliche Zusammenarbeit zwischen den beiden Unternehmen vorsehe bzw. einer solchen förderliche Strukturen schaffe. Dabei seien nicht nur die gegenwärtigen tatsächlichen, sondern auch die potentiellen Wirkungen der Vereinbarung sowie gegebenenfalls deren Einbettung in einen langfristigen Plan in ihrem gesamten wirtschaftlichen und rechtlichen Kontext zu berücksichtigen. Entscheidend für die Anwendbarkeit von Art. 81 EGV sei, dass die beteiligten Unternehmen trotz Beteiligung und eventueller Abreden selbständig blieben – also nicht zu einer wirtschaftlichen Einheit würden – und weiterhin die Möglichkeit hätten, ihr Wettbewerbsverhalten zu koordinieren (vgl. *Helmut Schröter/Stefan Rating* in: *von der Groeben/Thiesing/Ehlermann* (Hrsg.), *Kommentar zum EU-Vertrag*, 5. Auflage, Baden-Baden 1999, Rn. 6ff. zu Art. 85 EGV – Fallgruppen, Änderung der Unternehmensstruktur; auch *Emmerich*, a.a.O., Rn. 351 zu Art. 85 Abs. 1 EGV).

33. Art. 81 Abs. 1 EGV erfasst somit alle Arten und Formen von Kartellen, also jedes Verhalten, das ein bewusstes Zusammenwirken an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt (vgl. zum Ganzen sinngemäss *Schröter/Rating*, a.a.O., Rn. 18 zu Art. 85 – Fallgruppen, Änderung der Unternehmensstruktur, sowie *Schröter*, ebenda, Rn. 16ff., 21, 40ff., 45, 58ff., 61, 74ff., 113 zu Art. 85 EGV). Der Erwerb einer Minderheitsbeteiligung verstösst dann gegen Art. 81 Abs. 1 EGV, wenn er wegen der Verbindung mit weiteren Abreden oder aufgrund der Marktverhältnisse zu einer Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den verbun-

denen Unternehmen führen kann, eine solche also bezweckt oder bewirkt (vgl. *Emmerich*, a.a.O., Rn. 350, 357, 359ff. und 372 zu Art. 85 Abs. 1 EGV).

[...]

39. Das Kartellgesetz bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und andere Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern (Art. 1 KG). Somit steht die Wettbewerbsbeschränkung (insbesondere deren Auswirkungen) im Zentrum. Das «Kleid», in welcher eine solche bewirkt oder bezweckt wird, ist sekundär. Die Begriffe in Art. 4 KG sind somit weit auszulegen, so dass alle Wettbewerbsbeschränkungen erfasst werden können und die Realisierung des Zwecks des KGs nicht bereits durch ein enges Begriffsverständnis vereitelt wird.

40. Im Lichte des eben Gesagten wäre nicht ausgeschlossen, die Beteiligung von JC Decaux an Affichage als Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG zu erfassen. In der genannten Bestimmung wird allerdings von «Kontrolle» gesprochen. Art. 1 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) präzisiert, dass darunter «Ausüben eines bestimmenden Einflusses auf die Tätigkeit des anderen Unternehmens» zu verstehen ist. Die Rechtsprechung nimmt heute solchen Einfluss bei ungleichen Kapital- und Stimmrechtsanteilen nur an, wenn aufgrund anderer Elemente (Aktionärbindungsverträge, Statuten, Geschäftsreglemente u.Ä.) keine Partei die andere bei strategisch bedeutsamen Entscheidungen überstimmen kann (vgl. *Diax* in RPW 1997/2, S. 199, Rz. 15; auch *Watt* in RPW 1997/4, S. 562, Rz. 18ff.; *Le Temps* in RPW 1998/1, S. 42, Rz. 13; *Sat 1 (Schweiz)/Ringier SA* in RPW 2000/1, S. 47; und viele andere). Einer Partei kommt somit nur dann bestimmender Einfluss zu, wenn sie bei wichtigen Entscheidungen über Vetorechte verfügt. Das ist immer dann der Fall, wenn eine Partei über die Stimmrechtsmehrheit verfügt oder wenn sich zwei Parteien in die Stimmrechte teilen; in allen anderen Fällen braucht es zusätzliche Elemente, um einer Partei Vetorechte einzuräumen. So wurde im Fall Comtop II (vgl. RPW 1998/1, S. 91, Rz. 9ff.) entschieden, dass kein Zusammenschlusstatbestand vorlag, obwohl 3 Unternehmen über jeweils einen Drittel der Kapital- und Stimmrechtsanteile verfügen und zudem in einem Beteiligungsvertrag vorgesehen ist, dass die Unternehmen die Comtop gemeinsam leiten und betreiben. Die Rechtsprechung lässt somit nicht zu, die Beteiligung der JC Decaux an Affichage als Unternehmenszusammenschluss zu qualifizieren.

41. Die bisherige Praxis spricht demgegenüber nicht dagegen, diese Beteiligung als Wettbewerbsabrede zu erfassen. Dies umso mehr, als die Parteien ihre Kooperationsabsichten explizit kund getan haben. Beteiligungen an Konkurrenten, aber auch Einsitznahmen in den Verwaltungsrat und/oder die Geschäftsführung von Konkurrenten, führen wie gezeigt zu einer Abstimmung des Wettbewerbsverhaltens dieser «Konkurrenten».

42. Ihrer Eingabe vom 15. Dezember 2000 (Akte 208) hat Affichage ein Gutachten zur Frage der Wettbewerbs-

abrede beigelegt. Der Gutachter kommt zum Schluss, dass der Erwerb einer Minderheitsbeteiligung ohne Wissen und gegen den Willen einer Unternehmung keine Abrede im Sinne des Art. 4 KG darstellt, weil es an einer wie auch immer gearteten Willensübereinstimmung und damit auch an einer Verhaltenskoordinierung zwischen den Beteiligten fehlt. Dem Gutachter ist (unter Einschränkungen; vgl. nächste Ziffer) zuzustimmen. Die Wettbewerbskommission erkennt denn auch nicht alleine aufgrund der Beteiligung auf eine Wettbewerbsabrede. Zusätzlich zur Beteiligung tritt die in der Pressemitteilung und gegenüber dem Sekretariat geäußerte Absicht der Affichage, mit JC Decaux kooperieren zu wollen. Die auch vom Gutachter erwähnten Zusatzfaktoren, welche aus einer «reinen» Beteiligung eine Wettbewerbsabrede entstehen lassen, liegen nach Auffassung der Wettbewerbskommission somit vor.

43. Der Gutachter stützt sich bei seinen Ausführungen zudem auf EU-Recht. Dies mag nahe liegen, da sich das KG zum Teil eng an EU-Wettbewerbsrecht anlehnt. Ob es aber richtig ist, sich bei der Bestimmung des Begriffs der Wettbewerbsabrede an dieses Recht anzulehnen, ist zumindest fraglich, weil in diesem Fall die Tatsache unberücksichtigt bleibt, dass die Höhe des Kapitalanteils für den Einfluss auf das Marktverhalten von massgebender Bedeutung ist. Eine den wirtschaftlichen Realitäten gerecht werdende Auslegung des Begriffs der Wettbewerbsabrede könnte deshalb ausschliesslich an der Beteiligung anknüpfen. Die Wettbewerbskommission braucht diese Frage im vorliegenden Fall nicht zu beantworten, weil – wie oben gezeigt wurde – eine Wettbewerbsabrede vorliegt, selbst wenn man sich an EU-Recht anlehnt.

44. Die Vertreter von Affichage machen weiter geltend, dass die Wahrscheinlichkeit eines (künftigen) abgestimmten Verhaltens für die Annahme einer Wettbewerbsabrede nicht ausreiche, weil es bei Wettbewerbsabreden um die Beurteilung von Verhaltensweisen gehe, die sich in der Vergangenheit ereignet haben (vgl. Akte 123, S. 3). Die Vertreter von Affichage verkennen den (auch) präventiven Charakter des KG, welcher bereits aus dem Zweckartikel hervor geht. Das KG bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu *verhindern*. Schädliche Auswirkungen sind somit möglichst bereits zu verhindern, nicht erst zuzulassen und danach zu verbieten (ähnlich *Franz Hoffet* in *Homburger et al.* (Hrsg., Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1996, Art. 1 Rz. 57).

45. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Parteien ihren Kooperationswillen kund taten und dass die Beteiligung von JC Decaux an Affichage das Interesse Ersterer, mit Letzterer in Wettbewerb zu treten, wesentlich schwächt. Somit liegt ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der Parteien vor, welches eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt und bewirkt. Es handelt sich folglich um eine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG.

[...].

III. Anmerkungen

1. Zum Begriff der Wettbewerbsabrede

Die Begründung der Verfügung vom 7. Mai 2001 wirft zunächst mehrere Fragen im Zusammenhang mit dem Begriff der Wettbewerbsabrede auf. Dieser wird in Art. 4 Abs. 1 KG offen und weit formuliert.⁵ Erfasst werden nicht nur Abreden in der Form von Verträgen («Vereinbarungen»), sondern auch «aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen,» d.h. Kooperationsformen, die nicht die Entwicklungsstufe eines Vertrages erreicht haben. Trotzdem ist festzuhalten, dass es sich in beiden Fällen letztlich um Verhaltenskoordinierung handelt, was ohne eine wie auch immer geartete *Willensbildung* und *Willensübereinstimmung* der beteiligten Parteien nicht denkbar ist. Dementsprechend ist ein bestimmtes Verhalten der Beteiligten «dem KG nicht unterstellt, wenn ein <Abstimmen> zwischen den fraglichen Unternehmen nicht nachgewiesen werden kann.»⁶

a) Im vorliegenden Fall wurde von der Weko nicht in Abrede gestellt, dass Affichage beim Beteiligungserwerb durch JC Decaux keinerlei Rolle gespielt hat, ja dass diese Transaktion sogar gegen ihren Willen erfolgte.

Im Lichte des klaren Wortlauts von Art. 4 Abs. 1 KG ist festzuhalten, dass ein Beteiligungserwerb *allein keine* Wettbewerbsabrede darstellen kann, da es diesfalls an der vom Gesetz vorausgesetzten Willensübereinstimmung zweier oder mehrerer Beteiligter fehlt.

Die Weko scheint sich mit diesem Argument indessen schwer zu tun. Ein Vergleich der Ziffern 30 und 42 der Verfügung vom 7. Mai 2001 hinterlässt einen zweideutigen Eindruck: Die Weko schliesst ihre Erwägungen zur Frage, ob und inwieweit der Beteiligungserwerb per se eine Wettbewerbsabrede darstelle, in Ziff. 30 zunächst mit

dem Fazit «Die finanzielle Beteiligung von JC Decaux an Affichage bekundet [...] den Willen von JC Decaux mit Affichage zu kooperieren und bewirkt gleichzeitig eine Wettbewerbsbeschränkung.» In Ziffer 42 heisst es hingegen «Die Wettbewerbskommission erkennt [...] nicht alleine aufgrund der Beteiligung auf eine Wettbewerbsabrede.»⁷

Es wäre zu begrüssen gewesen, wenn sich die Weko zu einer derart kapitalen Frage prägnanter und eindeutiger geäussert hätte. Im Ergebnis darf u.E. aber trotzdem angenommen werden, dass der Entscheid die hier vertretene Auffassung bestätigt, wonach der Beteiligungserwerb *per se keine* Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG darstellt.

b) Als für die Abrede genügend qualifizierendes Element erachtet die Weko in erster Linie die «Kooperationsabsicht» der Parteien.⁸ Das bedeutet, dass es auf das Verhalten der Beteiligten *nach* dem Beteiligungserwerb ankommen und die Absicht dazu offensichtlich genügen soll. Dass dies in derart absoluter Form nicht richtig sein kann, ergibt sich ebenfalls aus Art. 4 Abs. 1 KG: Ist die wettbewerbshindernde Auswirkung nicht bereits eingetreten, so muss u.E. zumindest der *wirkliche Wille* der Parteien und die *grosse Wahrscheinlichkeit*, dass eine Beschränkung eintritt, nachgewiesen werden, um die Kooperationsabsicht als Tatbestandsmerkmal genügen zu lassen.⁹ Beides war indessen hier nicht der Fall.

aa) Als Vorbemerkung sei an dieser Stelle festgehalten, dass seitens der in die Untersuchung involvierten Parteien bis heute keine *gemeinsame* Stellungnahme über eine mögliche Kooperation vorliegt. Bei JC Decaux war für die Weko allein die finanzielle Beteiligung ausreichendes Indiz, um einen Kooperationswillen anzunehmen.¹⁰ Dass diese Annahme auf tönernen Grundlagen steht, soll in lit. c hiernach gezeigt werden. Affichage wurden demgegenüber vorab Medienmitteilungen zum Verhängnis: Wie bereits erwähnt, legte die Weko besonderen Wert auf die

⁵ Art. 4 Abs. 1 KG lautet: «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.»

⁶ Bruno Schmidhauser, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, N 45 zu Art. 4 KG.

⁷ Verfügung vom 7. Mai 2001, Ziff. 42.

⁸ Verfügung vom 7. Mai 2001, Ziff. 41 f. und Ziff. 45.

⁹ Anderer Meinung wohl Roland von Büren, Das schweizerische Kartellrecht zwischen gestern und morgen, ZBJV 137 (2001) 543 (550).

¹⁰ Verfügung vom 7. Mai 2001, Ziff. 30.

Mitteilung der Affichage, dass sie «une collaboration harmonieuse avec l'un de ses principaux actionnaires» anstrebe, und auf die öffentliche Erklärung, wonach sie bereit sei, mit JC Decaux über deren Absichten einer möglichen künftigen Zusammenarbeit zu diskutieren. In der Kundgabe ihres Kooperationswillens liege ein «bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der Parteien [...], welches eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt und bewirkt.»¹¹ Dieser Befund überzeugt aus zwei Gründen nicht: Erstens führt er dazu, dass der Begriff der Abrede nahezu jede Kontur verliert, weil die Weko vage und unverbindlich formulierte, darüber hinaus *einseitig* abgegebene Absichtserklärungen als Indizien für eine vorhandene Willensübereinstimmung der involvierten Parteien genügen lässt, ohne dass Beschlüsse der willensbildenden Organe oder Dokumente angeführt werden können, die diese These untermauern würden. Dadurch wird namentlich Pressecommuniqués eine Bedeutung beigemessen, welche ihnen in aller Regel nicht zukommen kann: Medienmitteilungen sind naturgemäss (adressatenbezogen) juristisch unscharf und plakativ abgefasst. Zweitens hat die Weko diese öffentlichen Mitteilungen stärker gewichtet als mehrere Handlungen der Affichage, welche der Kooperationsthese entgegenstanden: Die Affichage hat die Forderung von JC Decaux, Einsitz in den Verwaltungsrat zu nehmen, nicht erfüllt. Ebenso wenig hat sie mehr als 5% der Beteiligung als stimmberechtigte Aktien eingetragen. Sodann ist sie auch nach dem Erwerb der Beteiligung als Konkurrentin bei öffentlichen Ausschreibungen im Ausland aufgetreten. Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass die Weko die wirkliche durch die in ihren Augen wahrscheinlichere Willensbildung ersetzte und blossen Absichten zu wenig scharf von eigentlichen Willenserklärungen abgrenzte.

bb) Im Weiteren hat die Untersuchung der Weko ergeben, dass von dem Beteiligungserwerb durch JC Decaux keinerlei den Wettbewerb auf dem Schweizer Plakatwerbeamt einschränkende oder ausschliessende Wirkungen ausgingen.¹² Insofern war auch das im Zusammenhang

mit Kooperationsabsichten zu fordernde Element der hohen Wahrscheinlichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung nicht gegeben.

c) Seitens JC Decaux erkannte die Weko wie erwähnt auf eine Wettbewerbsabrede, indem sie argumentierte, dass sie durch die finanzielle Beteiligung «wesentlich an Interesse» verliere, «in Wettbewerb mit Affichage bzw. deren Tochtergesellschaft APG zu treten.»¹³ Auch diese Argumentation überzeugt indessen aus zwei Gründen nicht.

aa) Zum einen steht auch diese Erwägung im Widerspruch zum klaren Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 KG: Die von der Weko verfochtene These bezüglich ökonomischer Zusammenhänge vermag – selbst wenn sie zutreffen sollte – nichts an der Tatsache zu ändern, dass der Beteiligungserwerb durch JC Decaux einen *unilateralen* Akt darstellte. Affichage war, von der Weko nicht bestritten, an dieser Transaktion in keiner Weise beteiligt, so dass es (weiterhin) keine Hinweise über ein zielgerichtetes Zusammenwirken beider Parteien anlässlich des Beteiligungserwerbs gibt. Allein ein *einseitiges Interesse* seitens JC Decaux, nach erfolgtem Beteiligungserwerb mit Affichage kooperieren zu wollen, genügt jedoch eindeutig nicht, um auf das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu schliessen.

bb) Zum anderen vermag die aufgestellte ökonomische These als solche nicht zu überzeugen. Zwischen Marktanteilen, Gewinnerwartungen und Aktienkursen von Unternehmen bestehen keine logisch zwingenden, verallgemeinerungsfähigen Kausalverläufe. Es erstaunt deshalb nicht, dass die Weko weder in Ziff. 25 noch in Ziff. 26 der Verfügung vom 7. Mai 2001 auf entsprechende ökonomische Literatur verweist. Im Weiteren ist die Argumentation der Weko jedoch selbst dann nicht stichhaltig, wenn die aufgestellte Behauptung zutreffen sollte. Es ist keineswegs zwingend, dass die Aktie der Affichage nach einem Markteintritt von JC Decaux an Wert verlöre. Wenigstens drei Fälle sind auszumachen, welche diese These der Weko entkräften:

(1) JC Decaux tritt *ohne Kooperation* mit APG mit identischen Produkten in das gleiche

¹¹ Verfügung vom 7. Mai 2001, Ziff. 45.

¹² Verfügung vom 7. Mai 2001, Ziff. 101.

¹³ Verfügung vom 7. Mai 2001, Ziff. 26.

Marktsegment wie APG ein. Dieses Szenario würde mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu Marktanteilsverlusten bei der APG führen. Ferner würden durch den verstärkten Wettbewerb wohl auch die Margen und Gewinne sinken. Allein aus sinkenden Gewinnen der APG kann indessen nicht automatisch auf eine Wertverminderung der Affichage-Aktie geschlossen werden, ist doch die APG nur eine von diversen Tochtergesellschaften der Affichage, das Gesamtergebnis Letzterer mit anderen Worten von vielerlei anderen Faktoren mitbestimmt.

(2) JC Decaux tritt *ohne Kooperation* mit APG in den Markt ein, jedoch in einem Segment, wo APG bisher untervertreten war. Zu denken ist insbesondere an den Teilmarkt der Aussenwerbung auf privatem Grund, der heute – im Gegensatz zur Aussenplakatierung auf öffentlichem Grund – als intensiv umkämpftes Marktsegment gilt. Bei dieser Ausgangslage bestünde ebenfalls kein Grund zur Annahme, dass APG bzw. die Affichage-Aktie substantiell an Wert verlöre, würde doch ein derartiger Marktzutritt die APG höchstens ganz am Rande berühren.

(3) JC Decaux tritt in den Markt ein, gleichzeitig *mit APG kooperierend*. Dies führte mit einiger Wahrscheinlichkeit zu einer zusätzlichen Stärkung der bisherigen Marktstellung von APG. Im Verbund würde es den beiden Unternehmen vermutlich gelingen, das Preisniveau zu halten oder gar zu erhöhen, was mit Sicherheit ebenfalls nicht zu einer Wertverminderung von APG bzw. der Affichage-Aktie führen würde.

Die erwähnten Beispiele belegen, dass die Aussage der Weko, wonach ein Marktzutritt von JC Decaux in jedem Fall zu einer Wertverminderung der Affichage-Aktie führen müsse, in dieser allgemeinen Form nicht zutrifft. Besonders die dritte Annahme, welche eine tatsächliche Kooperation (und damit eine vermutlich *unzulässige* Wettbewerbsabrede) unterstellt, zeigt auf, wie widersprüchlich die Begründung der Weko letztlich ist: Liesse man die beiden Unternehmen ungehindert kooperieren, hätte dies für das Gespann APG-Decaux nach dem Gesagten mit hoher Wahrscheinlichkeit ausschliesslich Vorteile. Folglich erscheint es umso unglaubwürdiger, wenn der Erwerb einer Beteiligung bei *fehlender* Kooperation dennoch als Wettbewerbsabrede qualifiziert wird, mit dem Argument, dass

dies im Ergebnis den Marktzutritt des (noch nicht konkurrierenden) Minderheitsaktionärs verhindere.¹⁴

d) Rechtsvergleichend beruft sich die Weko insbesondere auf das «Philip Morris/Rothmans-Urteil» des Europäischen Gerichtshofes (EuGH).¹⁵ Zur Erinnerung: Philip Morris erwarb in einer komplexen Transaktion zunächst eine indirekte Beteiligung von rund 22% am Kapital der Zigarettenherstellerin und Konkurrentin Rothmans International, flankiert von einem Geflecht von Vereinbarungen, welche unter anderem auch Gebiete wie den gemeinsamen Vertrieb, gemeinsame Herstellung, technisches Know-how, technische Forschung usw. betrafen. Auf Intervention der Kommission wurde die ursprünglich indirekte in eine direkte Beteiligung von 30% umgewandelt, auf welche rund 25% der Stimmrechte an Rothmans International entfielen. Mit gegenüber der europäischen Wettbewerbsbehörde abgegebenen Verpflichtungserklärungen sollte zudem sichergestellt werden, dass Philip Morris weder in den Leitungsorganen von Rothmans vertreten sein, noch Informationen über die Konkurrentin erhalten würde, welche sich auf ihr Wettbewerbsverhalten hätten auswirken können. Ferner verzichteten die Parteien auf die ursprünglichen Vereinbarungen hinsichtlich geschäftlicher Zusammenarbeit. Trotz dieser Vorkehrungen der Kommission rügten British American Tobacco Co. Ltd und R. J. Reynolds Industries Inc., zwei weitere Konkurrentinnen im Zigarettengeschäft, dass das Verhalten von Philip Morris/Rothmans eine unzulässige Wettbewerbsabrede darstelle.

¹⁴ Der allfällige Einwand der Weko, sie habe mit ihrem Entscheid in Sachen JC Decaux/Affichage gerade den erwähnten dritten Fall verhindern wollen, ist unbehelflich. Zum einen vermöchte diese Einrede weder die aufgezeigten theoretischen noch die dargelegten ökonomischen Schwächen der Begründung zu beseitigen. Zum anderen wäre es u.E. nicht vertretbar, die Wettbewerbswidrigkeit eines Sachverhaltes allein mit Berufung auf den Präventivcharakter des KG (vgl. Art. 1) zu begründen.

¹⁵ British-American Tobacco Company Ltd und R. J. Reynolds Industries Inc. v. Kommission der Europäischen Gemeinschaften, unterstützt von Philip Morris Inc. und Rembrandt Group Ltd, EuGH 17.11.1987, Slg. 1987, 4566 ff.

Der EuGH hielt in seinem Entscheid zu Art. 85 EG-Vertrag (heute Art. 81 Abs. 1) zunächst fest, dass es «für sich genommen kein den Wettbewerb einschränkendes Verhalten dar[stellt], wenn ein Unternehmen eine Beteiligung am Kapital eines Konkurrenzunternehmens erwirbt.»¹⁶ Einschränkend ergänzte er, dass «ein solcher Erwerb [...] jedoch als Mittel dienen [kann], das geschäftliche Verhalten der betreffenden Unternehmen so zu beeinflussen, dass der Wettbewerb [...] eingeschränkt oder verfälscht wird.»¹⁷ Letzteres sei namentlich dann anzunehmen,

- wenn das investierende Unternehmen durch den Beteiligungserwerb oder durch Nebenabreden rechtlich oder faktisch die *Kontrolle über das geschäftliche Verhalten* des Konkurrenzunternehmens erlange;
- wenn eine Vereinbarung dem investierenden Unternehmen die Möglichkeit gebe, seine Position später zu stärken, indem es die *effektive Kontrolle* über das andere Unternehmen erlange;
- wenn der *wirtschaftliche Zusammenhang*, d.h. die Verhältnisse auf dem relevanten Markt, einen wettbewerbswidrigen Zweck des Beteiligungserwerbs bzw. der Vereinbarungen nahe lege.

Der Gerichtshof kam zum Schluss, dass keiner der genannten Zusatzfaktoren vorlag. Namentlich habe die Beteiligung von Philip Morris an Rothmans keinerlei negativen Einfluss auf den Wettbewerb im Zigarettenmarkt der Gemeinschaft.¹⁸ Dementsprechend *verneinte* der EuGH das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede.

Auch die Untersuchung der Weko hätte im Ergebnis zum Schluss kommen müssen, dass Zusatzfaktoren, wie sie der EuGH exemplarisch er-

wähnt und geprüft hatte, im Fall JC Decaux/Affichage nicht vorlagen: Es kann keine Rede davon sein, dass JC Decaux durch den Beteiligungserwerb oder durch Nebenabreden rechtlich oder faktisch die *Kontrolle über das geschäftliche Verhalten* des Konkurrenzunternehmens erlangte. Im Gegenteil: Affichage hat nie Anstalten gemacht, sich einer Kontrolle durch JC Decaux zu unterziehen. Da JC Decaux zudem lediglich über 5% der Stimmrechte an Affichage verfügt, liesse sich eine solche Kontrolle auch nicht erzwingen. Im Weiteren bestanden und bestehen zwischen den Parteien keine Vereinbarungen, welche JC Decaux die Möglichkeit eröffnen würden, ihre Position später derart zu stärken, dass sie die *effektive Kontrolle* über Affichage erlangen könnte. Schliesslich haben auch die *Verhältnisse auf dem Schweizer Plakatwerbemarkt* – von der Weko sorgfältig abgeklärt – keinerlei Hinweise auf einen wettbewerbswidrigen Zweck des Beteiligungserwerbs ergeben.

Zwar berief sich auch die Weko auf so genannte «Zusatzfaktoren.»¹⁹ Diese scheinen indessen einerseits offenkundig nicht identisch mit denjenigen des EuGH zu sein. Andererseits werden sie in den Erwägungen der Weko an keiner Stelle explizit aufgezählt oder auch nur genauer erläutert. Der Leser kann bloss aus dem Zusammenhang vermuten, dass zumindest einer dieser Zusatzfaktoren wohl in der Kundgabe von Kooperationsabsichten liegen muss.²⁰ Mehr noch, der Entscheid liest sich – wie schon erwähnt – an anderer Stelle, als ob nach Schweizer Recht bereits der unilaterale Erwerb einer (Minderheits-) Beteiligung an einer Konkurrentin *per se* als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren sei.²¹ Letzteres in offenkundiger Abweichung von dem EuGH-Urteil, welches ausdrücklich festhält, dass der Erwerb einer Beteiligung am Kapital eines Konkurrenzunter-

¹⁶ Slg. 1987, 4577.

¹⁷ Slg. 1987, 4577.

¹⁸ Dies obwohl der Fall Philip Morris/Rothmans in verschiedener Hinsicht stark vom vorliegend interessierenden Fall JC Decaux/Affichage abweicht: Zwischen den Beteiligten existierten Zusatzvereinbarungen (wenn auch in der zweiten Phase nicht mehr hinsichtlich geschäftlicher Zusammenarbeit); Philip Morris erwarb nicht nur 30% des Kapitals, sondern auch 25% der Stimmrechte am Konkurrenzunternehmen; die Parteien waren *aktuelle*, nicht bloss hypothetische *potentielle*, Konkurrenten.

¹⁹ Verfügung vom 7. Mai 2001, Ziff. 42.

²⁰ Vgl. dazu erneut den Text von Ziff. 42 der Verfügung vom 7. Mai 2001.

²¹ Vgl. Verfügung vom 7. Mai 2001, Ziff. 30: «Die finanzielle Beteiligung von JC Decaux an Affichage bekundet [...] den Willen von JC Decaux mit Affichage zu kooperieren und bewirkt gleichzeitig eine Wettbewerbsbeschränkung.» Näheres dazu vorne Ziff. II/1/a.

nehmens für sich genommen «kein den Wettbewerb einschränkendes Verhalten dar[stellt].»²²

Zusammengefasst lässt sich somit festhalten, dass eine genauere rechtsvergleichende Analyse der EuGH-Praxis gerade *nichts* zu Gunsten der Auffassung der Weko ergeben hätte, umso mehr als der erwähnte Entscheid vor Einführung der europäischen Fusionskontrolle (und somit anstelle einer solchen) ergangen ist.²³

e) Die Weko hatte im Fall JC Decaux/Affichage Gelegenheit, sich erstmals zu der Frage der wettbewerbsrechtlichen Relevanz einer finanziellen Beteiligung an einem Konkurrenzunternehmen zu äussern. Wie die Ausführungen zeigen, hinterlässt die Verfügung vom 7. Mai 2001 einige Fragezeichen, namentlich zur Frage des Vorliegens einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG.

Schliesslich darf ein Aspekt nicht vernachlässigt werden, der in der Beurteilung der Weko eine wichtige Rolle gespielt haben dürfte, ohne dass dies im Entscheid selber unmittelbar zum Ausdruck kommt. JC Decaux wurde vermutlich zum Verhängnis, dass das Unternehmen vor dem Erwerb der Beteiligung an Affichage aktiv den eigenständigen Marktzutritt in der Schweiz versucht hatte, jedoch gescheitert war. Damit eröffnete sich die Möglichkeit, JC Decaux wenigstens als eine *potentielle* Konkurrentin der Affichage zu behandeln. Anders gesprochen: Wie hätte die Weko wohl entschieden, wenn JC Decaux sich überhaupt nie um einen Marktzutritt in der Schweiz bemüht hätte, sondern schlicht als Nicht-Konkurrent eine (wenn auch strategische) Beteiligung an einem zwar in der gleichen Branche tätigen, jedoch in einem anderen geographischen Markt operierenden Unternehmen gesucht

hätte? Es ist zu hoffen (bleibt aber vorläufig unentschieden), dass ein solcher Sachverhalt vermutlich nicht mit dem Begriff der Wettbewerbsabrede in Verbindung gebracht worden wäre.²⁴

2. Negative Auswirkungen des Weko-Entscheids

Das Ergebnis der Verfügung der Weko vom 7. Mai 2001 wirkt sich u.E. in zweierlei Hinsicht negativ aus.

a) Zum einen kollidiert das Urteil mit Grundsätzen von «good corporate governance.» Obwohl diese Prinzipien weder in der Wissenschaft noch in der Praxis einheitlich verstanden und angewendet werden,²⁵ ist den verschiedenen Modellen doch gemeinsam, dass sie unter anderem der Aktionärspflege grosse Bedeutung zumessen.²⁶ Dazu kann durchaus auch gehören, dass

²⁴ In diesem Zusammenhang durchaus hilfreich sind Überlegungen, die in der US-amerikanischen Doktrin zu dem Fall *Palmer v. BRG of Georgia*, 498 U.S. 46 (1990) angestellt wurden. Im Jahr 1976 begann Hartcourt Brace Jovanovich Legal and Professional Publications (HBJ) im Staat Georgia einen Bar-Review-Kurs anzubieten, in direktem Wettbewerb mit der bislang einzigen Anbieterin BRG. 1980 erteilte HBJ der bisherigen Konkurrentin BRG eine exklusive Lizenz zur Vermarktung ihres Bar-Review-Unterrichtsmaterials in Georgia. Gleichzeitig vereinbarten die Parteien, dass sich HBJ aus dem Bar-Kurs-Geschäft in Georgia zurückziehen würde. Der Supreme Court hielt dieses Arrangement in einer per curiam opinion (wohl zu Recht) für eine per se illegale (horizontale) Marktallokation. Phillip Areeda & Louis Kaplow stellen dazu aber die ebenso berechtigte Frage, wie der Fall wohl ausgegangen wäre, wenn HBJ nie in den Markt in Georgia eingedrungen wäre und sich stattdessen darauf beschränkt hätte, Unterrichtsmaterial zu produzieren und dieses an BRG zu lizenzieren (vgl. *Areeda/Kaplow*, Antitrust Analysis – Problems, Text, and Cases, 5th ed., Aspen 1997, S. 209).

²⁵ So schreibt etwa *Peter Böckli*, dass gerade die englischsprachigen Definitionsversuche nach wie vor von einer «geradezu entwaffnenden Unschärfe» seien (*Böckli*, Corporate Governance: Der Stand der Dinge nach den Berichten «Hampel», «Viénot» und «OECD» sowie dem deutschen «KonTraG», SZW 1999, 1, 2).

²⁶ Namentlich der Einbindung von institutionellen Investoren in die Corporate Governance-Diskussion wurde im letzten Jahrzehnt mehr und mehr Beachtung geschenkt. Vgl. für Europa z.B. die in einem Sammelband zusammengefassten Beiträge zu einem Kolloquium an der Universität Osnabrück (*Baums/Buxbaum/Hopt* [Hrsg.], Institutional Investors and

²² A.a.O. (Fn. 16).

²³ Besonders die ersten beiden vom Gerichtshof genannten «Zusatzfaktoren» sind vor diesem Hintergrund zu sehen: Der EuGH wollte eine Wettbewerbsabrede annehmen, wenn das investierende Unternehmen durch den Erwerb der Beteiligung oder durch Zusatzvereinbarungen die «Kontrolle über das geschäftliche Verhalten des Konkurrenzunternehmens» erlangte. Damit erwähnte das Gericht Kriterien, die heute unter dem Aspekt der Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 81 Abs. 1 EGV) zu prüfen wären.

z.B. ein gewichtiger Minderheitsaktionär im Verwaltungsrat eines Konkurrenzunternehmens Einsitz nimmt. Vor dem Hintergrund des Weko-Entscheids in Sachen JC Decaux/Affichage fragt sich jedoch, ob ein solches Vorgehen in Zukunft noch möglich sein wird, ohne sogleich die Wettbewerbsbehörden auf den Plan zu rufen. Dies hiesse allgemeiner ausgedrückt, dass künftig *alle* unternehmenspolitisch wünschbaren Investor Relations mit einer konkurrierenden Minderheitsaktionärin als wettbewerbsrechtlich verdächtig angesehen werden müssten. Dass dies hingegen nicht die Meinung sein kann, auch nicht diejenige der Weko, zeigt bereits ein Blick in die heutige Praxis, wo sich, von der Weko bislang nicht beanstandet, mannigfache Beispiele finden lassen, welche das Gegenteil belegen, nämlich dass gute Beziehungen zu einem konkurrierenden Minderheitsaktionär noch keineswegs per se genügen, um als wettbewerbsrechtlich verdächtig qualifiziert zu werden.

b) Zum anderen, und weitaus gravierender, bewirkt der Weko-Entscheid eine u.E. unerwünschte Förderung des Erwerbs von Kontrollmehrheiten. Dies gilt vor allem für kleine und mittlere Unternehmen (KMU), welche in der Regel die umsatzabhängigen Aufgreifkriterien der Fusionskontrolle²⁷ nicht erreichen. Diese

werden durch den Entscheid der Weko nachgerade zum Erwerb einer Kontrollmehrheit getrieben, da sie diesen kartellrechtlich betrachtet risikolos durchführen können, während sie im Falle des Erwerbs einer Minderheitsbeteiligung künftig Gefahr laufen, in das Visier der Wettbewerbsbehörden zu geraten.²⁸ Dies erscheint umso paradoxer, als beim Erwerb einer Kontrollmehrheit eine mögliche Wettbewerbsbeschränkung regelmässig gravierender ausfallen dürfte als beim blossen Erwerb einer Minderheitsbeteiligung. Eine derartige Entwicklung wäre indessen nicht nur wettbewerbspolitisch gesehen kontraproduktiv, sondern erschiene auch aus ökonomischer Sicht nicht sinnvoll. Es gilt zu bedenken, dass der Erwerb einer Kontrollmehrheit in aller Regel mit einem sehr viel höheren Kapitalaufwand verbunden ist als der blosser Erwerb einer finanziellen Unterbeteiligung. Das bedeutet wiederum, dass markt- und unternehmenspolitisch sinnvolle Beteiligungen an Konkurrenzunternehmungen künftig ganz ausbleiben könnten, nämlich immer dann, wenn die Kapitalkraft für die Übernahme eines Konkurrenten nicht ausreicht, im Falle des Erwerbs einer Minderheitsbeteiligung jedoch mit abschreckend wirkenden, kräfte- und zeitraubenden Untersuchungen der Wettbewerbsbehörden gerechnet werden muss.

3. Forderungen an die Rechtsprechung

Vor dem Hintergrund der bisherigen Ausführungen lassen sich summarisch die folgenden Anliegen an die Rechtsprechung formulieren:

a) Es erscheint u.E. sinnvoll, wenn seitens der Weko deutlicher als im vorliegenden Fall bestätigt würde, dass der unilaterale Erwerb einer

Corporate Governance, Berlin/New York 1993). Aussagekräftig ferner das Financial Economists Roundtable Statement on Institutional Investors and Corporate Governance (December 1, 1998): «The Roundtable encourages institutional owners to take a proactive role in corporate governance. [...]. By taking a proactive role, the Financial Economists Roundtable means: (1) thoughtfully and responsibly voting their shares, (2) communicating with management, the press, and, to the extent allowed by law, other shareholders and (3) introducing proxy resolutions.» (<http://www.stanford.edu/~wfsnarpe/art/fer/fer98.htm>). Vgl. zuletzt NZZ Nr. 225 vom 28. September 2001, S. 23, zum Thema «Leitlinien zur Corporate Governance in der Schweiz».

²⁷ Ein meldepflichtiger und damit der Kognition der Weko unterliegender Unternehmenszusammenschluss liegt allgemein vor, wenn die beteiligten Unternehmen (a) einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielen; und (b) mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielen (Art. 9 Abs. 1 KG).

²⁸ Unternehmenszusammenschlüsse, welche die umsatzabhängigen Aufgreifkriterien nicht erfüllen, unterliegen in keiner Form einer Prüfung durch die Weko. Sie können namentlich *nicht* subsidiär als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG qualifiziert werden. Art. 4 Abs. 1 KG spricht von Abreden zwischen «Unternehmen» (Plural), die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken; das Gesetz geht mit anderen Worten davon aus, dass auch *nach* erfolgter Abrede weiterhin wenigstens zwei konkurrierende Akteure am Markt auftreten, was bei einer Fusion nicht (mehr) der Fall ist. Vgl. sinngemäss Roger Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 219, 274.

(Minderheits-)Beteiligung an einem Konkurrenzunternehmen *für sich genommen* keine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG darstellt (vgl. dazu vorne III/1/a).

b) Eine weitere Präzisierung erscheint nötig in Bezug auf die Erwägung der Weko, wonach der Erwerb einer Minderheitsbeteiligung als Wettbewerbsabrede zu qualifizieren ist, wenn die Beteiligten zusätzlich Kooperationsabsichten kundtun. Hier ist zu fordern, dass die Wettbewerbsbehörden in Zukunft nicht mehr bloss auf vage, unbestimmte und einseitig geäußerte Kooperationsabsichten abstellen, sondern dass sie positiv den Nachweis eines tatsächlich vorhandenen, *wirklichen* und *übereinstimmenden* Kooperationswillens erbringen (vgl. dazu vorne III/1/b).

c) Ferner ist u.E. zu berichtigen, dass der Erwerb einer Minderheitsbeteiligung auch deshalb nicht als Wettbewerbsabrede angesehen werden darf, weil damit auf Seiten der konkurrierenden Minderheitsaktionärin ein potentiell Interesse begründet wird, mit dem Gegenüber nicht (mehr) in Wettbewerb zu treten. Wie gesehen (vgl. vorne III/1/c/aa), entbehrt es einer rechtlichen Grundlage, einseitige Absichtserklärungen oder gar lediglich einseitige mögliche Interessen als «Abrede,» d.h. als einen auf gegenseitig übereinstimmender Willensäußerung beruhenden Akt, zu qualifizieren.

d) Schliesslich wäre es zu begrüssen, wenn die Weko bei nächster Gelegenheit nach dem Vorbild des EuGH klare Kriterien oder «Zusatzfaktoren» nennen würde, deren Vorhandensein im Verbund mit dem Erwerb einer Minderheitsbeteiligung die Annahme einer Wettbewerbsabrede rechtfertigen kann. Damit würde für die Marktteilnehmer wieder im Voraus berechenbar, ob ein geplantes Vorhaben kartellrechtlich Untersuchungen veranlassen wird oder nicht («safe harbors»).

Nach der hier vertretenen Ansicht sollte aus dem Erwerb einer Minderheitsbeteiligung nur dann auf eine vorhandene Wettbewerbsabrede geschlossen werden, wenn *kumulativ* die folgenden qualifizierenden Elemente vorliegen:

(1) Ein einwandfrei nachweisbarer Kooperationswille der Parteien.

(2) Eine massgebliche Einflussnahme des investierenden Unternehmens auf die operative und strategische Führung des Konkurrenzunternehmens. Diese Einflussnahme darf indessen nicht so weit gehen, dass das investierende Unternehmen mittelbar oder unmittelbar die Kontrolle über das Konkurrenzunternehmen erlangt: Ein Kontrollwerb fiele nicht mehr unter den Begriff der Wettbewerbsabrede, sondern unter den Begriff des Unternehmenszusammenschlusses (vgl. Art. 4 Abs. 3 lit. b KG).

Erfolgt die Einflussnahme z.B. durch Einsitznahme des Minderheitsaktionärs im Verwaltungsrat, wären zusätzlich die näheren Umstände zu beleuchten. So dürfte z.B. ein einziger Verwaltungsrat in einem 15-köpfigen Gremium kaum ausreichen, um auf operativer und strategischer Ebene einen wesentlichen Einfluss auszuüben. Anders hingegen, wenn der Minderheitsaktionär auch im Ausschuss des Verwaltungsrates vertreten ist, bzw. wenn er einen oder mehrere «aktive» Verwaltungsräte entsendet, welchen zudem uneingeschränkte Einsicht in sämtliche Unterlagen des Konkurrenten zusteht.

(3) Ein naheliegender wettbewerbswidriger Zweck der Beteiligung. Hierzu ist zu ergänzen, dass ein wettbewerbswidriger Zweck nicht allein aus der Tatsache abgeleitet werden darf, dass die beiden Unternehmen (potentielle) Konkurrenten sind. Letzteres dürfte höchstens dann (und mit der gebotenen Vorsicht) angenommen werden, wenn die Markttransparenz derart gering ist, dass der Konkurrent durch seine Beteiligung einen wettbewerbswidrigen Zusatznutzen in der Form zusätzlichen Wissens erlangt. In allen übrigen Fällen wird dieser dritte und letzte Punkt jedoch regelmässig nur in oligopolistischen Märkten angenommen werden dürfen, weil kapitalmässige Verflechtungen zwischen Konkurrenten nur in solchen Märkten das Gleichgewicht derart empfindlich stören können, dass eine wettbewerbsbeschränkende Handlung nicht zum vornherein ausgeschlossen werden kann.