

Icto blaute pratissita sequid milleni hillitatquis is milibusa dis es alitatem qui alis ab ipsam fugiam excesci mporuntur molo endis eliqui dit, venihilist, vendae nobis dis dellent im inciate es doluptae cum asinitatat aut ommolut re voluptas quuntenis maxim es doluptas ressusdae odignis et ese dunt et quae netur, ut exerumque nisini cusam et hillorem audaeri onsequi iusapic tem rerum nobis del maio. Nam, secto totae nosandiones aut quia sedio eat idempel explabo reprae dolores simusae mi, asinim quatem dicillatem inusciae prestia estibus velluptatem quia sit, quiatusae non preperum nus, ut quam aci nissi qui cupicil lorios dolorenti ulparci mperume nditaectia quiant et andaerc illanisquos di to deribusaest, occab incium quam, sitis dis repudae prae nobis est landitatum quibus eum dolore plabor arit dolorro tet optatempore, tet utatur autemol uptaturia vel minciusci sinverit verum dest, odipit, nimusae ctist, audandantur siminus dolo torerrum expliquia sinullis nobita atquosam volor senda cus.



Zäch/Weber/Heinemann (Hrsg.)

Revision des Kartellgesetzes

Kritische Würdigung der Botschaft 2012
durch Zürcher Kartellrechtler

Neuregelung der Zusammenschlusskontrolle

RETO A. HEIZMANN/LORENZO D. TOGNI*

Inhaltsübersicht

I.	Einführung	106
II.	Internationale Zusammenschlüsse	107
	1. Geltende Regelung	107
	2. Vorschlag des Bundesrates	107
	3. Kritische Würdigung	108
III.	Einführung des SIEC-Tests.....	111
	1. Geltende Regelung	111
	2. Vorschlag des Bundesrates	113
	3. Kritische Würdigung	114
	a) Vorbemerkung.....	114
	b) Wirksamkeit der geltenden Regeln.....	115
	c) Handhabe gegen unilaterale Effekte	117
	d) Berücksichtigung von Effizienzvorteilen	120
	e) Instrumentalistische Wettbewerbspolitik.....	126
	f) Aufwand für Unternehmen und Behörden.....	128
	g) Missbrauchskontrolle und PüG	129
IV.	Zusammenfassung	130
V.	Empfehlungen zuhanden des Gesetzgebers	133

* Der vorliegende Beitrag basiert auf HEIZMANN RETO A./TOGNI LORENZO, Kartellgesetzrevision – eine kritische Würdigung der Vorschläge des Bundesrates zur Zusammenschlusskontrolle, AJP/PJA 12/2010, 1592-1602.

I. Einführung

Nach längerem Evaluations- und Vernehmlassungsprozedere¹ schlug der Bundesrat in der Botschaft zur Revision des Kartellgesetzes vom 22. Februar 2012 in Bezug auf die Zusammenschlusskontrolle folgende vier Änderungen des Kartellrechts vor:²

Erstens sollen Doppelspurigkeiten bei internationalen Zusammenschlüssen vermieden werden. Deshalb sollen Zusammenschlüsse, die zumindest die Schweiz und den EWR einschliessen oder noch grössere Märkte betreffen, in der Schweiz künftig stark vereinfacht behandelt werden.

Zweitens soll in der schweizerischen Zusammenschlusskontrolle ein neues Beurteilungskriterium angewendet werden. Konkret soll der sog. SIEC-Test, der auch in der EU und in anderen Rechtsordnungen zur Anwendung kommt, das geltende Eingriffskriterium der sog. qualifizierten Marktbeherrschung ablösen.

Drittens sollen Fristen und Verfahren mit denjenigen der EU-Fusionskontrolle in Einklang gebracht werden.

Viertens soll dem Wettbewerbsgericht, kommt es denn zu einer Neuordnung der Institutionen, eine Ordnungsfrist von drei Monaten auferlegt werden, innert der es über allfällige Beschwerden im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle zu entscheiden hat.

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit diesen Vorschlägen und unterzieht sie einer kritischen Würdigung. Dabei werden die *erstens* und *zweitens* vorgeschlagenen Änderungsbereiche nachfolgend in einzelnen Kapiteln besprochen (Kapitel II. und III.). Die *drittens* und *viertens* vorgeschlagenen Änderungen werden hier nicht weiter thematisiert, da sie unproblematisch und daher für den Fall, dass es zu einer Revision des Kartellgesetzes kommt, zu befürworten sind. Abschliessend werden die gewonnenen Erkenntnisse zusammengefasst (Kapitel IV.), und es werden Empfehlungen zu Handen des Gesetzgebers abgegeben (Kapitel V.).

¹ Vgl. zu den früheren Vorschlägen HEIZMANN RETO A./TOGNI LORENZO, Kartellgesetzrevision – eine kritische Würdigung der Vorschläge des Bundesrates zur Zusammenschlusskontrolle, AJP/PJA 12/2010, 1592 ff.

² Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde, 22. Februar 2012, abrufbar unter <<http://www.seco.admin.ch/themen/02860/04210/>> (besucht am 22. März 2012).

II. Internationale Zusammenschlüsse

1. Geltende Regelung

Gemäss Art. 9 Abs. 1 KG sind Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission (Weko) zu melden, „sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss:

- a. die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten; und
- b. mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten“.

2. Vorschlag des Bundesrates

Zwar soll Art. 9 Abs. 1 KG unverändert beibehalten werden.³ Neu sollen aber die folgenden Bestimmungen in das Kartellgesetz aufgenommen werden:

Art. 9 Abs. 1^{bis} E-KG:

„Solche Vorhaben müssen nicht gemeldet werden, sofern:

- a. sämtliche vom Zusammenschlussvorhaben betroffenen sachlichen Märkte so abzugrenzen sind, dass sie die Schweiz und zumindest den Europäischen Wirtschaftsraum umfassen; und
- b. das Zusammenschlussvorhaben von der Europäischen Kommission beurteilt wird.“

³ Dies im Gegensatz zu den Vorschlägen der Evaluationsgruppe, welche noch eine generelle Senkung der Meldeschwellen vorgesehen hatten, Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Synthesebericht der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern 2008, abrufbar online unter <<http://www.weko.admin.ch/dokumentation/00216/>> (besucht am 22. März 2012), 71; Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Zusammenschlusskontrolle, Überprüfung der Notwendigkeit einer Revision, Projektbericht P17 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern 2008, abrufbar online unter <<http://www.weko.admin.ch/dokumentation/00216/>> (besucht am 22. März 2012), 16.

Art. 9 Abs. 1^{ter} E-KG:

„Die an einem Zusammenschlussvorhaben nach Absatz 1^{bis} beteiligten Unternehmen sind verpflichtet, der Wettbewerbsbehörde innert zehn Tagen ab Einreichen der Meldung des Zusammenschlussvorhabens bei der Europäischen Kommission eine vollständige Kopie dieser Meldung zuzustellen.“

Art. 9 Abs. 5 lit. a E-KG:

„Die Bundesversammlung kann mit Verordnung:

- a. die Schwellenwerte in den Absätzen 1-3 den veränderten Verhältnissen anpassen;“

3. Kritische Würdigung

Der Abbau von Doppelspurigkeiten im Rahmen der Überprüfung von Zusammenschlüssen⁴ ist grundsätzlich wünschenswert: Eine mehrfache Anmeldung desselben Zusammenschlussvorhabens kann zu widersprüchlichen Entscheiden der Behörden führen und erhöht die Rechtsunsicherheit, die Arbeitsbelastung der Behörden sowie die bei den Unternehmen anfallenden Kosten.⁵ Insofern ist die Aufnahme des vorgeschlagenen Art. 9 Abs. 1^{bis} E-KG in das Kartellgesetz prinzipiell zu begrüßen.

Allerdings stellt sich die Frage, ob mit der vorgeschlagenen Regelung diese Ziele tatsächlich erreicht werden können. Problematisch erscheint namentlich die in lit. a von Art. 9 Abs. 1^{bis} E-KG enthaltene Bedingung, dass sämtliche von dem Zusammenschlussvorhaben betroffenen sachlichen Märkte so abzugrenzen sind, dass sie die Schweiz und zumindest den Europäischen Wirtschaftsraum umfassen. Denn erfahrungsgemäss ist die Abgrenzung der relevanten Märkte – trotz der hierzu entwickelten ökonomischen Methoden – stark wertungsabhängig, was für die Unternehmen mit erheblichen Transaktionskosten und grosser Rechtsunsicherheit verbunden ist.

⁴ Vgl. Botschaft KG 2012 (FN 2), 3, 13, 26.

⁵ So Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“) (Text von Bedeutung für den EWR), ABl 2004 L 24/1, Begründungserwägung 12.

Dass die in Art. 9 Abs. 1^{bis} lit. a E-KG vorgeschlagene Bedingung fragwürdig ist, anerkennt letztlich auch der Bundesrat, indem er in der Botschaft ausführt:

„Für den Fall, dass die Unternehmungen zum Zeitpunkt der Meldung irrtümlicherweise davon ausgegangen sind, die in Artikel 9 Absatz 1^{bis} E-KG enthaltenen Bedingungen seien erfüllt, sich aber im Verlaufe der Beurteilung des Zusammenschlusses durch die Europäische Kommission das Gegenteil zeigt (z.B. erweisen sich einige Märkte als national), haben die Unternehmen den Zusammenschluss nachträglich auch in der Schweiz zu melden.“⁶

Aus den genannten Gründen wird hier deshalb vorgeschlagen, auf die Bedingung der lit. a zu verzichten und nur diejenige der lit. b zu legiferieren.⁷ Der zu erlassende Art. 9 Abs. 1^{bis} KG würde so wie folgt lauten:

„Solche Vorhaben müssen nicht gemeldet werden, sofern das Zusammenschlussvorhaben von der Europäischen Kommission beurteilt wird.“

⁶ Botschaft KG 2012 (FN 2), 41; vgl. schon Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), 30. Juni 2010, nachfolgend zitiert als „Bundesrat, Vernehmlassungsunterlage KG“, abrufbar unter <<http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/19734.pdf>> (besucht am 22. März 2012), 31.

⁷ Zu der Voraussetzung, dass das Vorhaben von der EU-Kommission beurteilt wird, ist der Vollständigkeit halber zudem Folgendes festzuhalten: Mit dieser Voraussetzung muss gemeint sein, dass die EU-Kommission das Vorhaben tatsächlich prüft, also nicht nur zuständig ist, weil die Schwellenwerte der EU-Fusionskontrolle überschritten sind. Denn nach Art. 4 Abs. 4 FKVO kann es vorkommen, dass trotz Erreichen der Schwellenwerte und damit eigentlicher (innerhalb der EU alleiniger) Zuständigkeit der EU-Kommission nicht die EU-Kommission, sondern derjenige Mitgliedstaat das Zusammenschlussvorhaben prüft, der am meisten betroffen ist. Vorausgesetzt ist dazu insbesondere, dass ein solcher Zusammenschluss den Wettbewerb auf (mindestens) einem Markt innerhalb eines Mitgliedstaates erheblich beeinträchtigen kann und dass der fragliche Markt alle Merkmale eines gesonderten Marktes aufweist (vgl. im Detail IMMENGA ULRICH/KÖRBER TORSTEN, V. Abschnitt, Fusionskontrollverordnung, Art. 4, X., Rn 66 ff., in: IMMENGA ULRICH/MESTMÄCKER ERNST-JOACHIM, Wettbewerbsrecht Band 1, EG/Teil 1, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 4. Auflage, München 2007). Laut Art. 4 Abs. 4 Unterabs. 5 FKVO erfolgt bei Verweisung des gesamten Falles keine Anmeldung gemäss Art. 1 FKVO, und das Wettbewerbsrecht des betreffenden Mitgliedstaats findet Anwendung. Da eine solche Verweisung also vor der Anmeldung geschehen muss, dürften sich diesbezüglich keine weiteren Probleme mit der in Art. 9 Abs. 1^{bis} E-KG vorgeschlagenen Voraussetzung ergeben.

Im Ergebnis gälte dann in der Schweiz, was auch für die EU-Mitgliedstaaten gilt, nämlich dass das schweizerische, „innerstaatliche“ Fusionskontrollrecht nicht auf Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung angewendet wird.⁸

Eine solche Regelung birgt zwar theoretisch die Gefahr, dass die Wettbewerbsverhältnisse in der Schweiz unter Umständen nicht ausreichend berücksichtigt werden können.⁹ Nach hier vertretener Ansicht vermag jedoch diese theoretisch bestehende Gefahr die mit der Regelung gemäss Botschaft verbundenen Rechtsunsicherheits- und Kostenbedenken nicht aufzuwiegen. Die hier vorgeschlagene Lösung würde das Problem der Doppelspurigkeiten, die für die betroffenen Unternehmen in der Praxis tatsächlich mit erheblichen Transaktionskosten verbunden sind, effektiv vermeiden. Gleichsam von selbst erübrigte sich ausserdem das Problem der unterschiedlich geregelten Fristen; das heisst bei der hier vorgeschlagenen Lösung könnte gänzlich auf eine Angleichung der schweizerischen Fristen an diejenigen der EU-Fusionskontrolle verzichtet werden.

Will man aber auch die nur theoretische Gefahr der ungenügenden Berücksichtigung der schweizerischen Verhältnisse bannen, dann sollte als zusätzliches Kriterium nicht auf die Marktabgrenzung, sondern auf Umsätze abgestellt werden, weil letztere einfacher und rechtssicherer berechnet werden können. Im Rahmen der Aufgreifkriterien entspräche es zudem der Kohärenz, durchwegs mit Umsatzschwellenwerten zu operieren. Nach der sog. zwei Drittel-Regel in der EU-Fusionskontrolle ist der grenzüberschreitende Charakter des Zusammenschlusses ungenügend und die FKVO gilt dann nicht, falls mehr als zwei Drittel der gemeinschaftsweiten Umsätze aller Partner in ein und demselben Mitgliedstaat erzielt werden.¹⁰ Nach diesem Vorbild könnte der schweizerische Gesetzestext wie folgt lauten:

⁸ Vgl. Art. 21 Abs. 3 VO (EG) Nr. 139/2004 i.V.m. Art. 3 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1/2003.

⁹ So RAASS ADRIAN, „Heizmann und Togni würdigen die Vorschläge des Bundesrats zur Zusammenschlusskontrolle“, 3. Januar 2011, abrufbar unter <<http://kg-rev-kurz.blogspot.com/2011/01/heizmann-und-togni-wurdigen-die.html>> (besucht am 22. März 2012).

¹⁰ Art. 1 Abs. 2 und Abs. 3 VO (EG) Nr. 139/2004 (FN 5); vgl. ZÄCH ROGER, Grundzüge des Europäischen Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rn 810.

„Solche Vorhaben müssen nicht gemeldet werden, sofern das Zusammenschlussvorhaben von der Europäischen Kommission beurteilt wird. Dies gilt nicht, wenn die beteiligten Unternehmen jeweils mehr als zwei Drittel ihres EWR-weiten Gesamtumsatzes in der Schweiz erzielen.“

Dies hiesse also: Zusammenschlüsse, die (i) sowohl die in der Schweiz als auch die in der EU-Fusionskontrolle vorgesehenen Schwellenwerte überschreiten und (ii) von der EU-Kommission beurteilt werden, sind in der Schweiz nicht (zusätzlich) zu melden, es sei denn, die beteiligten Unternehmen erzielen jeweils mehr als zwei Drittel ihres EWR-weiten Gesamtumsatzes in der Schweiz.

Diese Regel würde dazu führen, dass von den Zusammenschlussvorhaben, die schon von der EU-Kommission zu prüfen sind und an denen international tätige Unternehmen beteiligt sind, wirklich nur die wichtigsten auch parallel in der Schweiz kontrolliert werden. Viele solcher Fälle wären indes kaum zu erwarten.¹¹

III. Einführung des SIEC-Tests

1. Geltende Regelung

Art. 10 Abs. 1 KG:

„Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken.“

¹¹ In folgendem fiktivem Beispiel wären die Voraussetzungen erfüllt: A und B wollen sich zusammenschliessen. A erwirtschaftet in der Schweiz EUR 900 Mio. Umsatz, in Deutschland EUR 50 Mio., in Italien EUR 70 Mio., in Frankreich EUR 30 Mio. B erwirtschaftet in der Schweiz EUR 800 Mio. Umsatz, in Deutschland EUR 60 Mio., in Italien EUR 40 Mio., in Frankreich EUR 80 Mio. Dies hiesse, dass sowohl die schweizerischen Schwellenwerte (Art. 9 Abs. 1 KG) also auch diejenigen der EU-Fusionskontrolle (hier diejenigen in Art. 1 Abs. 3 VO [EG] Nr. 139/2004 [FN 5]) überschritten würden, die beteiligten Unternehmen aber jeweils mehr als zwei Drittel ihres EWR-weiten Gesamtumsatz in der Schweiz erzielen, weshalb das Zusammenschlussvorhaben sowohl in der EU als auch in der Schweiz anzumelden wäre.

Art. 10 Abs. 2 KG:

„Die Wettbewerbskommission kann den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss:

- a. eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt; und
- b. keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt.“

Bei der Beurteilung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf die Wirksamkeit des Wettbewerbs berücksichtigt die Weko die voraussichtliche künftige Marktentwicklung, die Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb (Art. 10 Abs. 4 KG) sowie – im Sinne einer Gesamtbetrachtung – alle weiteren Umstände des Einzelfalls.¹² Diese Berücksichtigung hat mit Blick auf lit. a und lit. b des Art. 10 Abs. 2 KG zu erfolgen.¹³

Die „marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann“ im Sinne von Art. 10 Abs. 2 lit. a KG ist eine gegenüber der (einfachen) Marktbeherrschung im Sinne von Art. 4 Abs. 2, Art. 7 Abs. 1, Art. 9 Abs. 4 und Art. 10 Abs. 1 KG *qualifizierte* Form der Marktbeherrschung.¹⁴

Damit das Kriterium von Art. 10 Abs. 2 lit. a KG erfüllt ist, muss sich die Fusion auf die Wettbewerbslage auswirken,¹⁵ was zunächst impliziert, dass im Vorfeld der Fusion ein Wettbewerb im fraglichen Markt existiert oder innert vernünftiger Frist realisiert werden kann.¹⁶ Überdies wird von der Rechtsprechung verlangt, dass im Nachgang zur Fusion „ein Unter-

¹² ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. A., Bern 2005, Rn 796.

¹³ RPW 2006/2, 310-346, „Swissgrid“, 319.

¹⁴ So ZÄCH (FN 12), Rn 779-795; dann BGE 133 II 104 (= BGer 2A.325/2006), „Swissgrid“, E. 6.3 in fine; Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468-637, 584.

¹⁵ BGE 133 II 104 (= BGer 2A.325/2006), „Swissgrid“, E. 6.3 und BGer 2A.327/2006, „BZ/20 Minuten“, E. 6.4.

¹⁶ BGE 133 II 104 (= BGer 2A.325/2006), „Swissgrid“, E. 8.3 *e contrario*; vgl. auch NZZ vom 22. März 2007, Nr. 68, 23: „Netz frei für Swissgrid. Nicht vorhandener Wettbewerb bedarf keines Schutzes“.

nehmen auf dem fraglichen Markt wirksamen Wettbewerb beseitigen kann. Es muss demnach über die Möglichkeit verfügen, bereits vorhandene Konkurrenten aus dem Wettbewerb zu drängen oder zu verhindern, dass sich solche ihm gegenüber weiterhin als Konkurrenten Verhalten oder dass neue Wettbewerber auftreten [...]. Die entstandene oder verstärkte marktbeherrschende Stellung muss somit die Gefahr der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs mit sich bringen. Ein wettbewerbsrechtliches Eingreifen bei der Zusammenschlusskontrolle setzt [...] eine mögliche Wettbewerbsbeseitigung durch das Fusionsprojekt voraus.“¹⁷

Dabei müssen diese Voraussetzungen nach zutreffender Auffassung der Weko nicht kumulativ vorliegen; vielmehr kann jede der drei im soeben zitierten „Swissgrid“-Entscheid genannten Möglichkeiten alternativ zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen:¹⁸

- die Möglichkeit, bereits vorhandene Konkurrenten aus dem Wettbewerb zu drängen;
- die Möglichkeit zu verhindern, dass sich bereits vorhandene Konkurrenten weiterhin als Konkurrenten verhalten; und
- die Möglichkeit zu verhindern, dass neue Wettbewerber auftreten.

2. Vorschlag des Bundesrates

Art. 10 Abs. 1 E-KG:

„Meldepflichtige Zusammenschlüsse werden von der Wettbewerbsbehörde geprüft, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1) Anhaltspunkte ergeben, dass sie den wirksamen Wettbewerb erheblich behindern.“

Art. 10 Abs. 2 E-KG:

„Die Wettbewerbsbehörde kann den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss:

¹⁷ BGE 133 II 104 (= BGer 2A.325/2006), „Swissgrid“, E. 6.3, mit Hinweis auf ZÄCH (FN 12), Rn 783 und 784; BGer 2A.327/2006, „BZ/20 Minuten“, E. 6.4.

¹⁸ RPW 2008/2, 3, Rn 92, Fenaco/Steffen-Ris Holding AG.

- a. den wirksamen Wettbewerb erheblich behindert; und
- b. keine von den beteiligten Unternehmen nachgewiesenen zusammenschlusspezifischen und überprüfbaren Effizienzvorteile für die Nachfrager bewirkt, welche die Nachteile der erheblichen Behinderung des Wettbewerbs ausgleichen.“

3. Kritische Würdigung

a) Vorbemerkung

Wie in Abschnitt III.1. ausgeführt, besteht derzeit die erste der Eingriffsvoraussetzungen darin, „dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt“ (Art. 10 Abs. 2 lit. a KG). Man spricht von der Begründung oder Verstärkung einer (qualifizierten) marktbeherrschenden Stellung, engl. „Creation or Strengthening of Dominant Position“ (CSDP). Dem schweizerischen CSDP-Test steht in der EU der mit der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 (FKVO) eingeführte „Significant Impediment to Effective Competition“-Test (SIEC-Test) gegenüber. Art. 2 Abs. 3 FKVO lautet:

„Zusammenschlüsse, durch die wirksamer Wettbewerb [...] erheblich behindert würde, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, sind für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären.“

Die Tatbestandselemente des schweizerischen CSDP-Tests und des in der EU verwendeten SIEC-Tests sind nahezu die gleichen, allerdings mit anderer Rangordnung: Die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung dient in der EU lediglich als Regelbeispiel.¹⁹ Beim SIEC-Test ist entscheidend, ob durch einen Zusammenschluss wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde. Der vom Bundesrat vorgeschlagene Text entspräche der in der EU-Fusionskontrolle verwendeten Formulierung, allerdings mit folgenden Unterschieden:

¹⁹ KLUMPP ULRICH, Die „Efficiency Defense“ in der Fusionskontrolle, Tübinger Diss., Baden-Baden 2006, 230; BORER JÜRIG, Vom Marktbeherrschungstest zum Test des „significant impediment to effective competition“?, in: ZÄCH ROGER (Hrsg.), Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2006, 199-208, 202 spricht immerhin vom „wichtigsten Anwendungsfall“.

- Der schweizerische Text verzichtet auf die Nennung der Marktbeherrschung als Regelbeispiel.
- Der schweizerische Text enthält in Art. 10 Abs. 2 lit. b E-KG schon auf Gesetzesstufe ausdrücklich die sog. Effizienzeinrede.

Vorab festzuhalten ist, dass sich im vorgeschlagenen Text nicht mehr das Wort „beeinträchtigt“ wie noch im Vernehmlassungsentwurf findet, sondern wie in der EU-Fusionskontrolle der Ausdruck „behindert“. Schon im Vernehmlassungsverfahren regten die Verfasser des vorliegenden Beitrags an, dass das schweizerische Eingreifkriterium, soll es denn schon an dasjenige der EU angepasst werden, wenn möglich wortwörtlich identisch sein sollte mit der EU-Vorgabe. Jede Abweichung böte Raum für unterschiedliche Auslegung und verminderte damit den unter anderem – und berechtigtermassen – angestrebten Zweck, durch eine Harmonisierung mit den Regeln der EU²⁰ die Transaktionskosten der Unternehmen zu verringern („level playing field“). Im Sinne der vorstehenden Ausführungen wäre zudem wie im Text der FKVO die Marktbeherrschung als Regelbeispiel zu nennen. Aus den gleichen Gründen ist auch der im Rahmen der geplanten 8. Novelle des (deutschen) GWB vorgeschlagene Übergang zum SIEC-Test *ohne* Einführung der Effizienzeinrede²¹ für die Schweiz abzulehnen.

b) Wirksamkeit der geltenden Regeln

Der Bundesrat begründet die von ihm vorgeschlagene Änderung des Eingreifkriteriums insbesondere damit, dass die geltende Fusionskontrolle zu wenig wirksam sei.²² Diese Begründung wird der Sache nach einige Male wiederholt, indem der Bundesrat ausführt, dass die heutige Zusammenschlusskontrolle in der Schweiz den negativen und positiven Auswirkungen von Zusammenschlüssen zu wenig Rechnung trage und damit die Ziele des KG nur ungenügend erfülle,²³ es wesentlich sei, den schädli-

²⁰ Vgl. Bundesrat, Vernehmlassungsunterlage KG (FN 6), 22 (implizit).

²¹ Vgl. nur Monopolkommission, Sondergutachten 63, Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht, Sondergutachten der Monopolkommission gemäss § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB, Rn 29 ff.

²² Botschaft KG 2012 (FN 2), 3; vgl. schon Bundesrat, Vernehmlassungsunterlage KG (FN 6), 2, vgl. auch 21.

²³ Botschaft KG 2012 (FN 2), 25.

chen, d.h. den unilateralen und den koordinierten Effekten eines Zusammenschlusses strikter als heute Rechnung zu tragen,²⁴ die geltende Zusammenschlusskontrolle die wettbewerbshemmenden Auswirkungen von Unternehmenszusammenschlüssen nur ungenügend berücksichtige²⁵ und die Anpassung der Beurteilungskriterien dazu beitrage, dass in Zukunft volkswirtschaftlich schädliche Zusammenschlüsse besser angegangen werden können.²⁶ Auch auf die Harmonisierung der Praktiken zwischen der Schweiz und der EU durch Einführung des SIEC-Tests wird verwiesen.²⁷

Eine nähere Erklärung aber, aufgrund welcher konkreten Fälle der Bundesrat die bisherige Fusionskontrolle als zu wenig wirksam beurteilt, fehlt in der Botschaft. In Bezug auf die Anzahl rechtskräftiger Untersagungen von Zusammenschlüssen mag die Auffassung des Bundesrates *prima vista* zutreffen, denn soweit ersichtlich wurde bislang erst ein Zusammenschlussvorhaben rechtskräftig durch die Wettbewerbskommission verboten.²⁸ Dies bedeutet aber nicht ohne Weiteres, dass die Fusionskontrolle keine Wirkung zeitigte. Denn in vielen Fällen wurden Zusammenschlussvorhaben nur unter weitreichenden Auflagen und Bedingungen zugelassen.²⁹ Die geringe Anzahl untersagter Zusammenschlüsse korrespondiert nicht ohne Weiteres mit der Wirksamkeit der Eingreifkriterien der Fusionskontrolle. Zudem entspricht es dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz, Zusammenschlussvorhaben wenn immer möglich nicht zu verbieten, sondern mit geeigneten Auflagen und Bedingungen zu genehmigen.³⁰

²⁴ Botschaft KG 2012 (FN 2), 25.

²⁵ Botschaft KG 2012 (FN 2), 42, vgl. auch 43; vgl. schon Bundesrat, Vernehmlassungsunterlage KG (FN 6), 21 und 31.

²⁶ Botschaft KG 2012 (FN 2), 26; vgl. auch Bundesrat, Vernehmlassungsunterlage KG (FN 6), 21.

²⁷ Vgl. Botschaft KG 2012 (FN 2), 25 und 26.

²⁸ RPW 2010/3, 499 ff., France Télécom SA/Sunrise Communications AG.

²⁹ Exemplarisch sind die im Zusammenschluss Migros/Denner verfügbaren Auflagen, RPW 2008/1, 207 f., Migros/Denner.

³⁰ Dazu grundlegend PRÜMMER FELIX, Verhältnismässigkeitsaspekte der Zusagenpraxis in der europäischen Fusionskontrolle, Baden-Baden/Zürich 2007; ZÄCH (FN 12), Rn 823.

c) Handhabe gegen unilaterale Effekte

Weiter verweist der Bundesrat insbesondere auf die volkswirtschaftliche Schädlichkeit von Unternehmenszusammenschlüssen in konzentrierten Märkten, in denen einzelne Unternehmen hohe Marktanteile aufweisen, und führt die Unterscheidung zwischen nicht-koordinierten (unilateralen) und koordinierten Effekten an.³¹ In dem vorgängig zum (ersten) Vernehmlassungsvorschlag des Bundesrates und der Botschaft erstellten Evaluationsbericht vertrat die Evaluationsgruppe die Ansicht, dass unter dem geltenden Regime unilaterale Effekte unterhalb der (qualifizierten) Marktbeherrschungsstufe im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle nicht zu verhindern sind.³² Zunächst ist hier das Begriffliche zu klären:

- *Nicht koordinierte oder unilaterale Effekte*³³ in einem Oligopol liegen vor, wenn ein einzelner oder einzelne Marktteilnehmer ohne Interdependenz mit dem Verhalten eines oder mehrerer anderer Marktteilnehmer, also „einseitig“, zur Einsicht gelangt, dass ein Interesse besteht, die Mengen knapper oder die Preise höher zu halten als bei vollkommenem Wettbewerb.³⁴ Im Zuge eines Zusammenschlusses kann ein unilateraler Effekt typischerweise dadurch eintreten, dass die vor dem Zusammenschluss bestehende Möglichkeit der Abnehmer, zu einem Konkurrenten abzuwandern, mindestens teilweise wegfällt.³⁵

³¹ Botschaft KG 2012 (FN 2), 41 f.; vgl. schon Bundesrat, Vernehmlassungsunterlage KG (FN 6), 31.

³² Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Synthesebericht (FN 3), 67; vgl. auch 69.

³³ Die beiden Begriffe werden hier synonym verwendet.

³⁴ ZÄCH (FN 12), Rn 608; ZÄCH ROGER/HEIZMANN RETO A., Nicht koordinierte Wirkungen und schweizerische Fusionskontrolle, in: GEISS KARLMANN/GERSTENMAIER KLAUS A./WINKLER ROLF M./MAILÄNDER PETER (Hrsg.), FS für Karl Peter Mailänder zum 70. Geburtstag, Berlin 2006, 259-272, 260, je m.w.H.; BORER (FN 19), 203; vgl. auch Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Projektbericht P17 (FN 3), 22. Vgl. zum Informationsaustausch grundlegend BLATTMANN ANDREAS, Der Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern, Eine kartellrechtliche Beurteilung, in: MESTMÄCKER ERNST-JOACHIM/MÖSCHEL WERNHARD/HELLWIG MARTIN, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Band 260, Baden-Baden 2012 (erscheint voraussichtlich im Juni 2012).

³⁵ Vgl. zum Ganzen KÄSEBERG THORSTEN, Die Analyse unilateraler Effekte im Rahmen der Fusionskontrolle, Wirtschaft und Wettbewerb 55 (10/2005) 998-1004, 999 ff.

- *Koordinierte Effekte* unterscheiden sich von den nicht koordinierten dadurch, dass derjenige Marktteilnehmer, der die Preiserhöhung oder die Mengenverknappung vornimmt oder erwägt, die erwartete zukünftige Reaktion seiner Konkurrenten auf sein gegenwärtiges Verhalten in sein Kalkül einfließen lässt und umgekehrt (Interdependenz).³⁶ Dabei ist zu betonen, dass „Koordination“ hier in einem ökonomischen Sinne zu verstehen und nicht etwa gleichzusetzen ist mit den „Wettbewerbsabreden“ im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 KG, sondern eine auf einem Markt vorherrschende Situation beschreibt, in der „niemand von den anderen zu Wettbewerb gezwungen wird und daher [...] alle [Unternehmen] von Wettbewerb ab[sehen]; sie machen sich keinen Wettbewerb“³⁷. Man spricht auch von einer „Abstimmung über den Markt“³⁸. Eine solche erfüllt nur ausnahmsweise den Abredebegriff von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 KG.

Koordinierte und auch unilaterale Effekte auf oligopolistischen Märkten sind nach der hier vertretenen Auffassung in der schweizerischen Fusionskontrolle über den Begriff der *kollektiven* Marktbeherrschung grundsätzlich erfassbar.³⁹ In der Lehre ist diese Frage allerdings umstritten.⁴⁰ Gemeinhin wird es abgelehnt, Oligopole mit unilateralen Effekten unter den Begriff der kollektiven Marktbeherrschung zu subsumieren, weil für letzteren ausnahmslos eine irgendwie geartete Koordination der Unternehmen verlangt wird. Der Begriff der kollektiven Marktbeherrschung ist aber durchaus einer Auslegung zugänglich, die dieses Erfordernis der Koordination nicht enthielte. Jedenfalls nennt der einschlägige Gesetzestext – Art. 4 Abs. 2 KG – die Voraussetzung eines „gemeinsamen“ oder

³⁶ ZÄCH (FN 12), Rn 607; ZÄCH/HEIZMANN (FN 34), 261, je m.w.H.; vgl. auch Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Projektbericht P17 (FN 3), 22.

³⁷ ZÄCH/HEIZMANN (FN 34), 261.

³⁸ ZÄCH (FN 12), Rn 607; ZÄCH/HEIZMANN (FN 34), 261, je m.w.H.

³⁹ Vgl. ZÄCH/HEIZMANN (FN 34), 266 f. und 270 in fine.

⁴⁰ Vgl. GANZ ELIANE E., Kollektive Marktbeherrschung, Im Spannungsfeld koordinierter und unilateraler Effekte von Zusammenschlüssen im europäischen und schweizerischen Wettbewerbsrecht, Jusletter, 21. Februar 2005, Rn 31 f. und BORER (FN 19), 204 ff.; bejahend ZÄCH (FN 12), Rn 602 ff. und Rn 796; HEIZMANN RETO A., Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens nach Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Diss. Zürich 2005, Rn 727 sowie ZÄCH/HEIZMANN (FN 34), 266 f. und 270 in fine.

„koordinierten“ Vorgehens nicht.⁴¹ Die Weko untersuchte denn auch schon mehrfach Zusammenschlussvorhaben auf die Möglichkeit der Entstehung unilateraler Effekte.⁴² Abgesehen davon ist es ab einem gewissen Ausmass zu erwartender unilateraler Effekte möglich, ein fusioniertes Unternehmen als einzelmarktbeherrschend im Sinne von Art. 10 Abs. 2 KG zu beurteilen.⁴³

Nach dem geltenden Gesetzeswortlaut besteht eine Handhabe gegen Unternehmenszusammenschlüsse nur, wenn und soweit eine qualifizierte Marktbeherrschung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 lit. a KG vorliegt. Nach der dem Kartellgesetz von 1995 zugrunde liegenden Konzeption sind „Fusionen nur im Falle einer extrem hohen Konzentration auf dem betreffenden Markt nicht zu genehmigen“⁴⁴. Der damalige Gesetzgeber schuf somit bewusst „ein vergleichsweise tolerantes Eingreifkriterium“⁴⁵. Dies gilt zwar auch für Oligopole mit unilateralen und koordinierten Effekten, wird aber dadurch relativiert, dass eben nicht ein Unternehmen alleine, sondern mehrere Oligopolunternehmen zusammen die Eingriffsschwelle zu überschreiten haben. Insofern erscheint es nicht angezeigt, wegen der angeblich nur unzureichend gegebenen Möglichkeit, unilaterale Effekte zu verhindern, die Eingreifkriterien der schweizerischen Fusionskontrolle zu ändern.

⁴¹ ZÄCH/HEIZMANN (FN 34), 268 f.

⁴² RPW 2000/3, 399-411, „TUI/KUONI“, 405 f.; RPW 2006/4, 693-696, „Hotelplan/Travelhouse“, 696; RPW 2008/3, 475-506, „Coop/Fust“, 477 und 490 ff.; RPW 2008/4, 593-661, „Coop/Carrefour“, 596 f. und 629 f.

⁴³ So auch GANZ (FN 40), Rn 1; vgl. RÖLLER LARS-HENDRIK/STROHM ANDREAS, Ökonomische Analyse des Begriffs „significant impediment to effective competition“, 2005, abrufbar online unter <http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/muenchner_kommentar.pdf> (besucht am 22. März 2012), Rn 7; ZÄCH/HEIZMANN (FN 34), 271.

⁴⁴ Botschaft KG 1995 (FN 14), 584; vgl. auch VENTURI SILVIO, in: TERCIER PIERRE/BOVET CHRISTIAN (édit.), Commentaire Romand, Droit de la Concurrence, Genève 2002, Art. 9, N 24, wo die Wahl des Gesetzgebers damit begründet wird, dass „seules les opérations importantes représentent un véritable danger pour les structures du marché“; vgl. sodann auch ZÄCH (FN 12), Rn 756.

⁴⁵ Botschaft KG 95 (FN 14), 584.

d) Berücksichtigung von Effizienzvorteilen

Nach Ansicht des Bundesrates werde mit dem Wechsel zum SIEC-Test und damit der (expliziten) Berücksichtigung der Effizienzvorteile eines Zusammenschlusses eine erhebliche Schwäche der heutigen Regelung beseitigt.⁴⁶ Im Zusammenhang mit Fusionen ist seit den Arbeiten von WILLIAMSON in der Ökonomie der folgende *Trade-Off* bekannt: Einerseits führen Fusionen wegen ihrer Marktmachtwirkungen zu allokativen Ineffizienzen⁴⁷ und damit zu Wohlfahrtsverlusten. Andererseits vermögen Fusionen reale Effizienzsteigerungen, etwa als Folge von Grössen- (*Economies of Scale*) oder Verbundvorteilen (*Economies of Scope*), herbeizuführen und führen so zu Wohlfahrtsgewinnen.⁴⁸ Angesichts dieses Trade-Offs wird die Frage aufgeworfen, ob und gegebenenfalls wie im Zuge von Zusammenschlüssen anfallende Effizienzen im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle Berücksichtigung finden sollen. RÖLLER/STENNEK/VERBOVEN haben im Jahre 2001 in einer Berichtsstudie zu Handen der EU-Kommission ein Konzept der quantitativen Erfassung von Effizienzvorteilen entwickelt, mit dem gewisse minimal erforderliche Effizienzen (*minimum required efficiencies*, MREs⁴⁹) errechnet und sodann den mutmasslich tatsächlich anfallenden Effizienzen (*actual efficiencies*) gegen-

⁴⁶ Vgl. Bundesrat, Vernehmlassungsunterlage KG (FN 6), 32; vgl. auch 22.

⁴⁷ Gemäss dem Lexikon der Volkswirtschaft ist „eine Allokation dann effizient [...], wenn [...] keine andere Allokation existiert, in welcher kein Wirtschaftssubjekt schlechter, mindestens jedoch eines besser gestellt ist als nach der ersteren Allokation; eine solche effiziente Allokation heisst auch ein Pareto-Optimum“ (GEIGANT FRIEDRICH/SOBOTKA DIETER/WESTPHAL HORST M., Lexikon der Volkswirtschaft, 4. Aufl., Landsberg am Lech 1983, 34). Es darf m.a.W. kein Wirtschaftssubjekt besser gestellt werden können, ohne dass dazu notwendigerweise ein anderes Wirtschaftssubjekt schlechter gestellt werden müsste.

⁴⁸ WILLIAMSON OLIVER E., *Economies as an Anti-Trust Defence: The Welfare Trade-Offs*, *American Economic Review* 58 (1/1968) 18-36, 21 ff.; KLUMPP (FN 19), 45 und 39, Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Projektbericht P17 (FN 3), 22 f.

⁴⁹ MREs werden definiert als „ratio of the anticompetitive price increase as a result of the merger over the rate at which the (claimed) actual merger specific cost savings are passed on to the consumers“ (GOPPELSROEDER MARIE/SCHINKEL MAARTEN PIETER/TUINSTRAN JAN, *Quantifying the Scope for Efficiency Defense in Merger Control: The Werden-Froeb-Index*, *Journal of Industrial Economics* 66 (4/2008) 778-808, 3 [separate Paginierung], FN 7).

übergestellt werden können.⁵⁰ Die genannten Autoren gelangen zum Ergebnis, dass zwar bereits unter der damals geltenden Fusionskontrollverordnung die Berücksichtigung von Effizienzen möglich wäre,⁵¹ gleichwohl sei in Erwägung zu ziehen, „to rewrite the merger regulation“⁵² unter anderem mit dem Ziel, die Berücksichtigung von Effizienzvorteilen ausdrücklich gesetzlich zu verankern. Die daraufhin eingetretene gesetzgeberische Entwicklung in der EU erscheint aufschlussreich, weshalb an dieser Stelle darauf einzugehen ist:

Wie von RÖLLER/STENNEK/VERBOVEN angeregt, wurde die europäische Fusionskontrolle im Jahr 2004 auf eine neue gesetzliche Grundlage gestellt. Dabei wurde die frühere Fusionskontrollverordnung⁵³ (aFKVO), welche in Art. 2 Abs. 3 und Abs. 4 aFKVO – ähnlich dem geltenden Art. 10 Abs. 2 KG – den CSDP-Test enthielt, durch die heute geltende Fusionskontrollverordnung⁵⁴ (FKVO) ersetzt, welche wie bereits erwähnt

⁵⁰ RÖLLER LARS-HENDRIK/STENNEK JOHAN/VERBOVEN FRANK, Efficiency Gains from Mergers, in: EU-Kommission, Directorate-General for Economic and Financial Affairs (Hrsg.), European Economy, Reports and Studies, No 5, 2001: The Efficiency Defence and the European System for Merger Control, Luxembourg 2001, 31-127, 97 ff.; ILZKOVITZ FABIENNE/MEIKLEJOHN RODERICK, European Merger Control: Do we need an Efficiency Defence?, in: EU-Kommission, Directorate-General for Economic and Financial Affairs (Hrsg.), European Economy, Reports and Studies, No 5, 2001: The Efficiency Defence and the European System for Merger Control, Luxembourg 2001, 3-30, 25; das Konzept von RÖLLER/STENNEK/VERBOVEN wurde weiterentwickelt von GOPPELSROEDER/SCHINKEL/TUINSTR (soeben FN 49), welche zur Quantifizierung der Effizienzen die Verwendung eines Index vorschlagen. Zu weiterführenden Arbeiten im Bereich der *efficiency defence* vgl. etwa LAGERLÖF JOHAN N.M./HEIDHUES PAUL, On the Desirability of an Efficiency Defense in Merger Control, in: International Journal of Industrial Organization, 23 (9-10/2004) 803-827 (spezifisch zu den Kosten des Nachweises der mutmasslich anfallenden Effizienzen) und COSNITA ANDREA/TROPEANO JEAN-PHILIPPE, On the Effective Design of the Efficiency Defence, Do Remedies Affect the Efficiency Defence? An optimal Merger Control Analysis, Cahiers de la Maison des Sciences Economiques 2006.30, UMR 8174, Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1), Paris 2007 (spezifisch zur verfahrensmässigen Ausgestaltung einer Effizienzeinrede).

⁵¹ RÖLLER/STENNEK/VERBOVEN (FN 50), 118; ähnlich KLUMPP (FN 19), 211 und 229; der allerdings darauf hinweist, dass die EU-Kommission in ihrer bisherigen Praxis die Rechtfertigung einer beherrschenden Stellung mit Effizienzgewinnen in keinem Fall bejaht habe (a.a.O., 243).

⁵² RÖLLER/STENNEK/VERBOVEN (FN 50), 118.

⁵³ Verordnung (EWG) Nr. 4064/89.

⁵⁴ Verordnung (EG) Nr. 139/2004.

in Art. 2 Abs. 3 FKVO den SIEC-Test vorsieht. Bemerkenswert ist nun Folgendes: Als Rechtsgrundlage für die Berücksichtigung von Effizienzvorteilen wird in der EU allgemein die sogenannte Fortschrittsklausel von Art. 2 Abs. 1 Satz 2 lit. b FKVO betrachtet;⁵⁵ diese fand sich indessen mit identischem Wortlaut bereits in Art. 2 Abs. 1 Satz 2 lit. b aFKVO. Daraus folgt zweierlei: Erstens: Die Berücksichtigung von Effizienzvorteilen stützt sich auf eine Rechtsgrundlage, die bereits – so der Sache nach schon RÖLLER/STENNEK/VERBOVEN⁵⁶ – unter der aFKVO bestand. Zweitens: Die Berücksichtigung von Effizienzvorteilen stützt sich auf eine Rechtsgrundlage, die unter dem Regime des CSDP-Tests Geltung beansprucht. Das kann nur heissen, dass die Berücksichtigung von Effizienzvorteilen *a priori* nicht an die Wahl des Tests (CSDP oder SIEC) gebunden ist.⁵⁷

In den Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse der EU-Kommission ist ein ganzer Abschnitt⁵⁸ den Effizienzvorteilen gewidmet; damit die Kommission sie im Rahmen der Fusionskontrolle berücksichti-

⁵⁵ Vgl. ZÄCH ROGER, Europäisches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2005, Rn 843.

⁵⁶ Vgl. vorn im Text bei FN 50.

⁵⁷ Freilich trifft es zu, dass erst unter der FKVO die Effizienzvorteile ausdrücklich thematisiert werden. So lautet Erwägungsgrund 29 FKVO: „Um die Auswirkungen eines Zusammenschlusses [...] bestimmen zu können, sollte begründeten und wahrscheinlichen Effizienzvorteilen Rechnung getragen werden, die von den beteiligten Unternehmen dargelegt werden. Es ist möglich, dass die durch einen Zusammenschluss bewirkten Effizienzvorteile die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb, insbesondere den möglichen Schaden für die Verbraucher, ausgleichen, so dass durch den Zusammenschluss wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben, insbesondere durch Begründung oder Stärkung einer beherrschenden Stellung, nicht erheblich behindert würde. Die Kommission sollte Leitlinien veröffentlichen, in denen sie die Bedingungen darlegt, unter denen sie Effizienzvorteile bei der Prüfung eines Zusammenschlusses berücksichtigen kann“.

⁵⁸ EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABI 2004 C 31 5 ff., Abschnitt VII.

gen kann,⁵⁹ müssen diese *den Verbrauchern zugute kommen*,⁶⁰ *fusions-spezifisch*⁶¹ und *überprüfbar*⁶² sein.⁶³

Art. 2 Abs. 2 und Abs. 3 FKVO erwähnt die Effizienzeinrede also mit keinem Wort, sie fand nur in einem Erwägungsgrund⁶⁴ und in Leitlinien⁶⁵ ihren Niederschlag. Es stellt sich die Frage, wie sich diesbezüglich die Rechtslage in der Schweiz präsentiert.

Zunächst verdient die Tatsache Erwähnung, dass kraft der Bestimmung von Art. 10 Abs. 2 lit. b KG sehr wohl eine Abwägung Platz zu greifen hat; die Weko kann den Zusammenschluss nur untersagen oder ihn Bedingungen und/oder Auflagen unterwerfen, wenn (unter anderem):

„der Zusammenschluss [...] keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt“ (Art. 10 Abs. 2 lit. b KG).

Dank dieser Bestimmung kann eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem *anderen* Markt dahingehend berücksichtigt werden, dass der fusionskontrollrechtliche Eingriff – sofern die Verbesserung die Verschlechterung auf dem primär betroffenen Markt überwiegt – zu unterbleiben hat. Bei der Beurteilung, ob eine solche überwiegende Verbesserung vorliegt, sind „die Marktentwicklung sowie die Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb“ (Art. 10 Abs. 4 KG) zu berücksichtigen.⁶⁶

Es erweist sich jedoch, dass die in Art. 10 Abs. 2 lit. b KG statuierte zweite Eingriffsvoraussetzung gerade nicht einen eigentlichen Effizienz-

⁵⁹ EU-Kommission, Leitlinien (FN 58), Rn 78.

⁶⁰ EU-Kommission, Leitlinien (FN 58), Rn 79-84.

⁶¹ EU-Kommission, Leitlinien (FN 58), Rn 85.

⁶² EU-Kommission, Leitlinien (FN 58), Rn 86-88.

⁶³ Vgl. auch die Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABI C 2008 265/07, Rn 53, wonach die EU-Kommission auch bei der Bewertung der Effizienzgewinne aufgrund nichthorizontaler Fusionen die Grundsätze anwendet, die bereits in Abschnitt VII der Leitlinien über horizontale Zusammenschlüsse (FN 58) dargelegt sind.

⁶⁴ Siehe vorn, FN 57.

⁶⁵ EU-Kommission, Leitlinien (FN 58), Abschnitt VII.

⁶⁶ Vgl. vorn, Abschnitt III.1.

test kodifiziert. Zu Recht weisen die Autoren des Evaluationsberichtes darauf hin, dass eine Verbesserung in einem *anderen* Markt erforderlich ist; die im Rahmen der Effizienz zu prüfenden Wohlfahrtssteigerungen auf dem primär betroffenen Markt können damit in der Regel gerade nicht berücksichtigt werden.^{67, 68}

Bedeutet dies, dass eine Effizienzeinrede unter dem geltenden schweizerischen Regime ausgeschlossen ist? Keineswegs. Nach der hier vertretenen Auffassung stützt sich eine solche jedoch, sofern Verbesserungen in ein und demselben Markt geltend gemacht werden sollen, nicht auf lit. b von Art. 10 Abs. 2 KG, sondern auf dessen lit. a: Bestehen überwiegende Verbesserungen in einem Markt, so wird eben *nicht* im Sinne dieser Bestimmung „eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt“ (Art. 10 Abs. 2 lit. a KG).⁶⁹

Als Fazit ist festzuhalten, dass eine Effizienzeinrede im schweizerischen KG – je nachdem über Art. 10 Abs. 2 lit. a oder lit. b, jeweils in Verbindung mit Art. 10 Abs. 4 KG – erhoben werden kann,⁷⁰ ohne dass es dazu einer Änderung der Rechtsgrundlagen bedürfte. So war denn auch im europäischen Regime der Zusammenschlusskontrolle zur Berücksichtigung von Effizienzen eine Änderung der Rechtsgrundlage nicht erforderlich.⁷¹

⁶⁷ Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Projektbericht P17 (FN 3), 34.

⁶⁸ Ebenso VENTURI (FN 44), Art. 10 N 85 f. m.w.H.; DUCREY PATRIK/DROLSHAMMER JENS, in: HOMBURGER ÉRIC/SCHMIDHAUSER BRUNO/HOFFET FRANZ/DUCREY PATRIK (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Art. 10, N 31.

⁶⁹ Ebenso CHABLOZ ISABELLE, L'autorisation exceptionnelle en droit de la concurrence, étude de droit suisse et comparé, Diss. Fribourg 2002, wonach „le critère ‘capable de supprimer une concurrence efficace’ introduit [...] la possibilité de justifier une concentration qui crée ou renforce une position dominante, lorsque celle-ci engendre dans le même temps des gains d’efficacité“ (a.a.O., Rn 515; weiterführend a.a.O., Rn 639 ff.); gl.M. DUCREY/DROLSHAMMER (FN 68): „[E]ine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf *demselben Markt* [...] ist grundsätzlich bereits in der Beurteilung nach Art. 10 Abs. 2 lit. a KG zu berücksichtigen“ (a.a.O., Art. 10, N 31, Hvh. im Original).

⁷⁰ Im Ergebnis gleich, wenn auch mit anderer Begründung BORER JÜRIG, Wettbewerbsrecht I, Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2011, Art. 10, Rn 22.

⁷¹ Der Erlass der FKVO brachte diesbezüglich gegenüber der aFKVO keine Änderung; vgl. den Nachweis vorn, im Text bei FN 55.

Im Sinne einer Eventualargumentation ist darauf hinzuweisen, dass die vom Bundesrat in Art. 10 Abs. 2 lit. b E-KG vorgeschlagene Formulierung nicht geglückt scheint. Denn auch hier böte es sich an, die Formulierung der EU-Fusionskontrolle wortwörtlich zu übernehmen, um die angestrebte Rechtssicherheit zu schaffen und damit auch die Transaktionskosten der Unternehmen möglichst gering zu halten. Gemäss den EU-Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse⁷² wie auch denjenigen zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse⁷³ müssen die Effizienzvorteile (kumulativ) den Verbrauchern zugute kommen, fusionsspezifisch und überprüfbar sein. Nach dem Vorschlag des Bundesrates muss der Zusammenschluss zusammenschlusspezifische und überprüfbare Effizienzvorteile für die Nachfrager bewirken (Art. 10 Abs. 2 lit. b E-KG). Der Ausdruck „für die Nachfrager“ wäre also durch „für die Verbraucher“ zu ersetzen. Der Einbezug der Verbraucher sorgt dafür, dass nicht nur die sich zusammenschliessenden Unternehmen von den ökonomischen Vorteilen profitieren; zudem zöge dieser Einbezug der Effizienzverteidigung – berechtigterweise – enge Schranken.⁷⁴ Wieso der Bundesrat diesbezüglich nicht dem ebenfalls früher formulierten Vorschlag der Verfasser des vorliegenden Beitrags folgte, bleibt auch vor dem Hintergrund fraglich, dass der Bundesrat, wie er in der Botschaft ausführt, „bezüglich Artikel 10 KG die Verwendung eines dynamischen *Konsumentenwohlfahrtsstandards*“ vorschlägt,⁷⁵ und weiter: „Damit Effizienzgewinne bei der wettbewerbsrechtlichen Würdigung eines Zusammenschlussvorhabens berücksichtigt werden können, müssen sie nicht nur auch bei den *Konsumentinnen und Konsumenten* anfallen, sondern überprüfbar und zusammenschlusspezifisch sein.“⁷⁶ In der Botschaft nennt er also ausdrücklich die Konsumenten, bei denen die Effizienzgewinne (auch) anfallen müssten;⁷⁷ der Klarheit halber sollten die Verbraucher im Gesetzestext genannt werden.

⁷² EU-Kommission, Leitlinien (FN 58), Rn 78; vgl. Rn 79 ff.

⁷³ EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl 2008 C 26507 ff., Rn 53.

⁷⁴ Vgl. DREXL JOSEF, vorn in diesem Band, 38 ff.

⁷⁵ Botschaft KG 2012 (FN 2), 42 (Hervorhebung durch die Autoren).

⁷⁶ Botschaft KG 2012 (FN 2), 42.

⁷⁷ Botschaft KG 2012 (FN 2), 42.

Das noch im Vernehmlassungsvorschlag vorgeschlagene zusätzliche Kriterium „zeitnah“ ist, wie von den Verfassern des vorliegenden Beitrags damals angeregt,⁷⁸ im botschäftlichen Vorschlag nicht mehr explizit enthalten. Nach Vorbild der EU-Leitlinien wäre dieser Aspekt unter dem Kriterium „Vorteil für die Verbraucher“ zu prüfen.⁷⁹

Wie die EU-Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse erläutern, befinden sich die Informationen, anhand derer die schweizerische Wettbewerbsbehörde bewerten könnte, ob eine Fusion die Effizienzvorteile erbringt, überwiegend im Besitz der Zusammenschlussparteien.⁸⁰ In der EU ist es deshalb Sache der Zusammenschlussparteien, „rechtzeitig alle erforderlichen Angaben vorzulegen, die nachweisen, dass die behaupteten Effizienzvorteile fusionsspezifisch sind und sich wahrscheinlich einstellen werden“⁸¹, und „in welchem Masse die Effizienzvorteile geeignet sind, den nachteiligen Wirkungen der Fusion auf den Wettbewerb entgegenzuwirken, und damit den Verbrauchern zugute kommen“⁸². Auch laut dem vorgeschlagenen schweizerischen Gesetzestext wären die Effizienzvorteile von den beteiligten Unternehmen nachzuweisen.⁸³ Diese Mitwirkungspflicht widerspricht nur *prima vista* der in schweizerischen Verwaltungsverfahren grundsätzlich geltenden Untersuchungsmaxime,⁸⁴ da sie explizit im Kartellgesetz statuiert wäre, was eine Abweichung von der Untersuchungsmaxime zulässt.⁸⁵

e) Instrumentalistische Wettbewerbspolitik

Der Bundesrat bringt vor, dass die vorgeschlagene Änderung von Art. 10 Abs. 1 und 2 E-KG eine vollumfängliche Prüfung der negativen und posi-

⁷⁸ HEIZMANN/TOGNI (FN 1), 1599 f.

⁷⁹ EU-Kommission, Leitlinien (FN 58), Rn 79 ff. und Rn 83; vgl. auch Rn 86.

⁸⁰ EU-Kommission, Leitlinien (FN 58), Rn 87.

⁸¹ EU-Kommission, Leitlinien (FN 58), Rn 87.

⁸² EU-Kommission, Leitlinien (FN 58), Rn 87.

⁸³ Der Bundesrat hält auch in der Botschaft explizit fest, dass die Effizienzgründe von den Unternehmen vorzubringen seien, Botschaft KG 2012 (FN 2), 42.

⁸⁴ Art. 12 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG) vom 20. Dezember 1968 (Stand am 1. Januar 2009; SR 172.021) i.V.m. Art. 39 KG.

⁸⁵ Vgl. Art. 13 VwVG.

tiven Effekte eines Zusammenschlusses erlauben würde,⁸⁶ dass Effizienzgewinne auch bei den Konsumentinnen und Konsumenten anfallen müssen,⁸⁷ dass der Bundesrat für Art. 10 KG die Verwendung eines dynamischen Konsumentenwohlfahrtsstandards vorschläge.⁸⁸ Unabhängig von der Diskussion, ob und wenn ja wie weit die geltenden Fusionskontrollregeln die Berücksichtigung von Effizienzen zulassen, sei den Ausführungen des Bundesrats ein Passus aus der Botschaft zum Kartellgesetz von 1995 gegenübergestellt:

„Gleichzeitig vermag ein im vorliegenden Sinne verstandenes Konzept des wirksamen Wettbewerbs auch das Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung weit besser zu schützen als eine instrumentalistische Wettbewerbspolitik, welche die Wettbewerbshandlungen des einzelnen unmittelbar in den Dienst des ‚Gesamtinteresses‘ stellt.“⁸⁹

Dem instrumentalistischen Ansatz früherer Kartellgesetze wurde mit dem Kartellgesetz von 1995 eine Absage erteilt. Andere öffentliche Interessen als der Wettbewerb können in der schweizerischen Fusionskontrolle nur ausnahmsweise und nur durch den Bundesrat in einem Verfahren nach Art. 11 KG berücksichtigt werden. Direkt auf die Konsumenteninteressen bereits in der Beurteilung eines Zusammenschlusses zu zielen, ist nach der Konzeption des geltenden Kartellgesetzes unzulässig. Ohnehin vermag nicht eine Behörde, sondern der funktionierende Wettbewerb am besten für Effizienzen zu sorgen.⁹⁰ Erfolgte aber ein Wechsel zum SIEC-Test und wäre die Effizienzeinrede explizit zulässig, erfolgte also wie hier kritisch beurteilt ein Wechsel zu einem instrumentalistischen Ansatz, dann wären die Konsumenteninteressen wie dargelegt zu berücksichtigen, um jedenfalls sicherzustellen, dass die Fusionsvorteile nicht nur bei den Unternehmen, sondern umfassender auch bei den Konsumenten anfallen.

⁸⁶ Botschaft KG 2012 (FN 2), 42.

⁸⁷ Botschaft KG 2012 (FN 2), 42.

⁸⁸ Botschaft KG 2012 (FN 2), 42.

⁸⁹ Botschaft KG 95 (FN 14), 513.

⁹⁰ Vgl. zum Ganzen auch KÜNZLER ADRIAN, *Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?*, Tübingen 2008, 478 ff.; ZÄCH ROGER, vorn in diesem Band, 45 ff.

f) Aufwand für Unternehmen und Behörden

Der Bundesrat selbst führte in der ersten Vernehmlassung zur KG-Revision Argumente gegen die Einführung des SIEC-Tests an: Anstieg des Ressourcenbedarfs bei der Wettbewerbsbehörde und den Unternehmen sowie voraussichtlich vermehrter Eingriff in Eigentumsrechte.⁹¹ Diese zu Recht geäußerten Bedenken werden in der Botschaft stark abgeschwächt.⁹² Es wird u.a. ausgeführt, dass es durch den Wechsel zum SIEC-Test „in der Schweiz zu einem leichten Anstieg der Interventionsrate kommen“ könne;⁹³ oder: „Der internationale Vergleich zeigt, dass der Wechsel zum SIEC-Test trotzdem mit wenigen Veränderungen bezüglich Interventionsrate, Rechtssicherheit und Komplexität einhergeht“⁹⁴. Und weiter: Bezüglich Veränderung der Interventionsrate sei zu beachten, dass die Eingriffsschwelle mit dem SIEC-Test einerseits nach unten gesetzt, andererseits mit der Berücksichtigung von Effizienzen auch wieder angehoben werde. International betrachtet sei die Interventionsrate bei Wechseln zum SIEC-Test entsprechend mehr oder minder gleich geblieben. Da jedoch die geltende, schweizerische Zusammenschlusskontrolle antikompetitiven Wirkungen zu wenig Rechnung trage, könne es zu einem leichten Anstieg der Interventionsrate kommen.⁹⁵

Wenn dem tatsächlich so sein wird, stellt sich sogleich die Frage, ob sich dann der Wechsel überhaupt lohnt. Denn an anderer Stelle erklärt der Bundesrat, dass für die Zusammenschlüsse, die sich als problematisch erweisen und vertieft zu prüfen sind (durchschnittlich vier von 28 gemeldeten Zusammenschlüssen pro Jahr), der Aufwand für die Unternehmen und die Wettbewerbsbehörde wegen des veränderten Beurteilungsmasses höher ausfallen werde; Zusammenschlüsse, die nicht problematisch sind, werden dagegen kaum mit höherem Aufwand verbunden sein, nach Ansicht des Bundesrats.⁹⁶ In der Botschaft ist weiter zu lesen, dass die (geplante) Ausgestaltung der Wettbewerbsbehörde als Anstalt erfahrungsgemäss zu Mehrkosten führen werde, wobei diese Mehrkosten dadurch

⁹¹ Bundesrat, Vernehmlassungsunterlage KG (FN 6), 22.

⁹² Botschaft KG 2012 (FN 2), 42 f.

⁹³ Botschaft KG 2012 (FN 2), 43, 78.

⁹⁴ Botschaft KG 2012 (FN 2), 42 f.

⁹⁵ Botschaft KG 2012 (FN 2), 78, 43.

⁹⁶ Botschaft KG 2012 (FN 2), 43, vgl. auch 35.

kompensiert würden, dass das Budget für die Mitglieder der heutigen WEKO von rund 800 000 Franken zur Verfügung stehen würde; ein allfälliger personeller Mehrbedarf *wegen der Einführung des SIEC-Tests* bei Unternehmenszusammenschlüssen sollte mit diesen Mitteln gleichfalls abgedeckt sein.⁹⁷

Insgesamt ergibt sich folgender Schluss, etwas überspitzt formuliert: Der Wechsel zum SIEC-Test würde zwar kaum zu mehr Untersagungen führen, aber – trotzdem – zu einem höheren Aufwand für die Unternehmen und die Behörden.

g) Missbrauchskontrolle und PüG

Die geltenden schweizerischen Regeln sind zugeschnitten auf die kleine offene Volkswirtschaft der Schweiz, deren Unternehmen eine gewisse Grösse haben müssen, um in dem heute zumeist internationalen Wettbewerb bestehen zu können.⁹⁸ Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass Unternehmen, die durch einen Zusammenschluss sozusagen „nicht qualifiziert“ marktbeherrschend werden, nach Art. 4 Abs. 2 i.V.m. Art. 7 KG der Missbrauchskontrolle unterstehen. Marktmächtige Unternehmen werden zudem vom Geltungsbereich des Preisüberwachungsgesetzes⁹⁹ erfasst (Art. 2 PüG); sind Preise „nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs“, gelten sie als Preismissbrauch im Sinne dieses Gesetzes (Art. 12 Abs. 1 PüG). Massnahmen nach PüG und Massnahmen nach der Missbrauchskontrolle (beispielsweise Anordnung von Kontrahierungspflichten) gehen in der Regel weniger weit als Massnahmen der Fusionskontrolle (Verbot von Zusammenschlüssen, Zulassung mit Auflagen wie etwa der Veräusserung von Unternehmensteilen). Es stimmt deshalb besser mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit überein, in der Zusammenschlusskontrolle die hohen Eingreifkriterien beizubehalten.¹⁰⁰ Zudem

⁹⁷ Botschaft KG 2012 (FN 2), 75.

⁹⁸ Vgl. auch sogleich Kapitel IV.

⁹⁹ Preisüberwachungsgesetz (PüG) vom 20. Dezember 1985 (Stand am 13. Juni 2006), SR 942.20.

¹⁰⁰ ZÄCH ROGER/KÜNZLER ADRIAN, Marktbeherrschung – Bedeutung des Tatbestandsmerkmals in Art. 7 und Art. 10 Abs. 2 KG, in: KUNZ PETER V./HERREN DOROTHEA/COTTIER THOMAS/MATTEOTTI RENÉ (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, FS für Roland von Büren, Basel 2009, 469-483, 477.

können Fehlentscheidungen – die in der Fusionskontrolle nur schon wegen deren Prospektivität wahrscheinlicher sind als in der retrospektiven bzw. gegenwartsbezogenen Missbrauchskontrolle – in der Missbrauchskontrolle grundsätzlich einfacher korrigiert werden.¹⁰¹

Der Bundesrat aber steht dieser Ansicht kritisch gegenüber, indem er ausführt, dass zwar mit der Missbrauchskontrolle ein Instrument bestehe, welches es in gewissen Fällen erlaube, antikompetitive Auswirkungen von Zusammenschlüssen ex post zu korrigieren oder abzumildern, jedoch Einigkeit herrsche, dass die Missbrauchskontrolle eine Strukturkontrolle, wie dies die Zusammenschlusskontrolle in ihrem Kern sei, nicht ersetzen könne.¹⁰² Dem ist zu entgegnen, dass es nicht darum geht, die Vorschriften der Zusammenschlusskontrolle durch diejenigen der Missbrauchskontrolle zu ersetzen – vielmehr geht es wie ausgeführt darum, gerade auch in Nachachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips für die schweren staatlichen Eingriffe der Zusammenschlusskontrolle hohe Hürden festzusetzen resp. beizubehalten.

IV. Zusammenfassung

Der Bundesrat schlug in der Botschaft zur Revision des Kartellgesetzes vom 22. Februar 2012 in Bezug auf die Zusammenschlusskontrolle vier Änderungen des Kartellrechts vor.¹⁰³ Die *drittens* und *viertens* vorgeschlagenen Änderungen sind unproblematisch und daher für den Fall, dass es zu einer Revision des Kartellgesetzes kommt, zu befürworten (Anpassung der Fristen und Verfahren an diejenigen der EU-Fusionskontrolle; Ordnungsfrist von drei Monaten für das allenfalls neu geschaffene Wettbewerbsgericht, innert der es über allfällige Beschwerden im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle zu entscheiden hätte). In Bezug auf die ersten beiden Vorschläge des Bundesrates empfehlen wir was folgt:

Zum Vorschlag *erstens*, Doppelspurigkeiten bei internationalen Zusammenschlüssen zu vermeiden:

¹⁰¹ ZÄCH/KÜNZLER (FN 100), 477.

¹⁰² Botschaft KG 2012 (FN 2), 41.

¹⁰³ Vorn, I.

Auf der Ebene der Aufgreifkriterien und der Verfahrensfragen sind die Vorschläge des Bundesrates grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings könnte die zur Beseitigung von Doppelspurigkeiten bei der Überprüfung von Zusammenschlüssen vorgeschlagene Regelung dadurch einfacher und rechtssicherer ausgestaltet werden, dass eine Meldepflicht entfiel, sobald das Zusammenschlussvorhaben von der Europäischen Kommission beurteilt wird. Auf das vom Bundesrat vorgeschlagene kumulative Erfordernis, dass sämtliche vom Zusammenschlussvorhaben betroffenen sachlichen Märkte in räumlicher Hinsicht die Schweiz und zumindest den EWR zu umfassen haben, wäre demnach zu verzichten. Wenn schon, könnte alternativ als zusätzliches Kriterium auf Umsätze abgestellt werden, da die Berechnung der Umsätze im Vergleich zur Marktabgrenzung zum einen weniger aufwändig und mit weniger Rechtsunsicherheiten behaftet ist und es zum anderen im Rahmen der Aufgreifkriterien kohärent ist, durchwegs mit Umsatzschwellenwerten zu operieren. Der Gesetzestext wäre wie folgt zu formulieren:

„Solche Vorhaben müssen nicht gemeldet werden, sofern das Zusammenschlussvorhaben von der Europäischen Kommission beurteilt wird.“

Der alternative Vorschlag lautet wie folgt:

„Solche Vorhaben müssen nicht gemeldet werden, sofern das Zusammenschlussvorhaben von der Europäischen Kommission beurteilt wird. Dies gilt nicht, wenn die beteiligten Unternehmen jeweils mehr als zwei Drittel ihres EWR-weiten Gesamtumsatzes in der Schweiz erzielen.“

Zum Vorschlag *zweitens*, in der schweizerischen Zusammenschlusskontrolle ein neues Beurteilungskriterium anzuwenden:

Auf der Ebene der Eingreifkriterien und, damit zusammenhängend, der Effizienzeinrede, ergab sich zunächst, dass nach der hier vertretenen Auffassung in der geltenden Fusionskontrolle zur Erfassung unilateraler und koordinierter Effekte in Oligopolen mittels des Konzepts der kollektiven Marktbeherrschung eine Handhabe besteht. Ein SIEC-Test europäischen Zuschnitts dürfte nur die im geltenden CSDP-Test hinsichtlich der Erfassung unilateraler Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle bestehenden Auslegungsdifferenzen beseitigen. Eine Änderung der Eingreifkriterien mit der Begründung, die geltenden Regeln verunmöglichten die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen mit solchen Effek-

ten, ist daher nicht angezeigt. Jedenfalls besteht diesbezüglich wie aufgezeigt kein zwingender Handlungsbedarf. Vielmehr sollten die Behörden die bestehenden Instrumente tatsächlich einsetzen. Neben der Fusionskontrolle ist damit insbesondere die Missbrauchskontrolle (Art. 7 KG) sowie das Instrument der Preisüberwachung¹⁰⁴ angesprochen.

Die Einführung des SIEC-Tests wäre zudem mit einem Anstieg des Ressourcenbedarfs bei den Wettbewerbsbehörden und Unternehmen sowie mit vermehrten Eingriffen in Eigentumsrechte verbunden. Zudem erscheint eine Effizienzeinrede unter dem geltenden Art. 10 Abs. 2 und Abs. 4 KG nicht als ausgeschlossen und bedürfte keiner Änderung der Rechtsgrundlagen. Zur Illustration sei auf die Rechtslage in der EU verwiesen, wo die Effizienzeinrede lediglich in einem Erwägungsgrund¹⁰⁵ und in nicht rechtsverbindlichen¹⁰⁶ Leitlinien explizit verankert ist. Will der Gesetzgeber dennoch zum SIEC-Test wechseln, sollte sich die Formulierung wörtlich an die EU-Vorgaben halten, um von vornherein jegliche Interpretationsspielräume auszuschliessen. Eine nur „weitgehende Annäherung“¹⁰⁷ – so der Bundesrat – genügt nicht.

Schliesslich gilt zu beachten, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung der schweizerischen Fusionskontrollregeln durchaus gute Gründe hatte, die Kriterien hoch anzusetzen. Dem Gesetzgeber ging es vor allem darum, „wettbewerbsgefährdende Veränderungen der Marktstrukturen frühzeitig zu erkennen und nötigenfalls – wenn wirklich die Beseitigung von wirksamem Wettbewerb durch den Zusammenschluss droht – einzugreifen“¹⁰⁸. Mit der Fusionskontrolle sollte jedoch „in keiner Weise das legitime Bestreben der Unternehmen nach betriebswirtschaftlich optimalen Grössen oder nach Stärkung ihrer internationalen Wettbewerbskraft in Frage“¹⁰⁹ gestellt werden. Gerade für die Schweiz als kleine offene Volkswirtschaft ist es wichtig, Unternehmen einer gewissen Grösse zu beheimaten, die sich im internationalen Wettbewerb behaupten kön-

¹⁰⁴ Vgl. vorn, III.3.g).

¹⁰⁵ Vgl. Art. 253 EGV.

¹⁰⁶ Die Leitlinien wurden publiziert in ABI 2004 C 31 5 ff.(vgl. FN 58), d.h. in Reihe C des Amtsblattes und somit *nicht* in dessen rechtsverbindlicher Reihe L.

¹⁰⁷ Botschaft KG 2012 (FN 2), 33, 78.

¹⁰⁸ Botschaft KG 95 (FN 14), 519 f.

¹⁰⁹ Botschaft KG 95 (FN 14), 521.

nen.¹¹⁰ Regeln, die für die EU oder ihre Mitgliedstaaten durchaus sachgerecht sein mögen, können nicht unbesehen der schweizerischen Besonderheiten übernommen werden. Dem Gesetzgeber von 1995 ist es gelungen, eine wettbewerbstheoretisch konsistente und politisch akzeptable Regelung zu finden.

Jedenfalls solange nicht empirisch nachgewiesen ist, dass die geltende Regelung tatsächlich (mit Blick auf den Zweck des Kartellgesetzes) mangelhaft ist, drängt sich eine Verschärfung der Fusionskontrollregeln nicht auf. Empirische Untersuchungen zu den festgestellten Mängeln fehlen indessen sowohl in der Vernehmlassungsunterlage des Bundesrates als auch im Evaluationsbericht sowie in der Botschaft. Eine Veranlassung, die geltende Regelung zu ändern, besteht daher nicht. Der Bundesrat weist in der Botschaft darauf hin, dass insbesondere in Märkten, die konzentriert sind und in welchen einzelne Unternehmen hohe Marktanteile aufweisen, Unternehmenszusammenschlüsse volkswirtschaftlich schädlich sein können.¹¹¹ Solche Zusammenschlüsse können mit den bestehenden Regeln ausreichend kontrolliert werden.

Es steht deshalb zu hoffen, dass der Gesetzgeber den Änderungsvorschlägen mit der gebotenen Skepsis und Besonnenheit gegenübertritt.

V. Empfehlungen zuhanden des Gesetzgebers

- Zum Vorschlag des Bundesrates, Doppelspurigkeiten bei internationalen Zusammenschlüssen zu vermeiden (Art. 9 Abs. 1^{bis}, 1^{ter} E-KG)

Die vom Bundesrat vorgeschlagene Formulierung ist durch folgenden Text zu ersetzen:

Hauptvorschlag:

„Solche Vorhaben müssen nicht gemeldet werden, sofern das Zusammenschlussvorhaben von der Europäischen Kommission beurteilt wird.“

¹¹⁰ Vgl. Botschaft KG 95 (FN 14), 586.

¹¹¹ Botschaft KG 2012 (FN 2), 41.

Alternativvorschlag:

„Solche Vorhaben müssen nicht gemeldet werden, sofern das Zusammenschlussvorhaben von der Europäischen Kommission beurteilt wird. Dies gilt nicht, wenn die beteiligten Unternehmen jeweils mehr als zwei Drittel ihres EWR-weiten Gesamtumsatzes in der Schweiz erzielen.“

- Zum Vorschlag des Bundesrates, als neues Beurteilungskriterium den SIEC-Test einzuführen (Art. 10 Abs. 1 und Abs. 2 E-KG)

Die vom Bundesrat vorgeschlagene Gesetzesänderung ist nicht zu übernehmen.

Will der Gesetzgeber dennoch zum SIEC-Test wechseln, sollte sich die Formulierung wörtlich an die EU-Vorgaben halten. Art. 10 Abs. 1 KG müsste dann wie folgt lauten (Änderungen kursiv):

„Meldepflichtige Zusammenschlüsse werden von der Wettbewerbsbehörde geprüft, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1) Anhaltspunkte ergeben, dass sie den wirksamen Wettbewerb erheblich behindern, *insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.*“

Art. 10 Abs. 2 KG müsste wie folgt formuliert werden (Änderungen kursiv):

„Die Wettbewerbsbehörde kann den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss:

- a. den wirksamen Wettbewerb erheblich behindert, *insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung;* und
- b. keine von den beteiligten Unternehmen nachgewiesenen zusammenschlusspezifischen und überprüfbaren Effizienzvorteile für die *Verbraucher* bewirkt, welche die Nachteile der erheblichen Behinderung des Wettbewerbs ausgleichen.“

- Zum Vorschlag des Bundesrats, Fristen und Verfahren an das EU-Recht anzupassen (Art. 32 Abs. 3, Art. 33, Art. 34 E-KG)

Die Vorschläge des Bundesrats sind zu übernehmen.

- Zum Vorschlag des Bundesrats betreffend Frist zur Behandlung von Beschwerden (Art. 33 Abs. 5 E-KG)

Kommt es zur Schaffung eines Wettbewerbsgerichts, empfehlen wir, den diesbezüglichen Vorschlag des Bundesrates zu übernehmen.

