

# *Mergers and Acquisitions*

## **Seminar an der Universität Zürich**

Prof. em. Dr. Roger Zäch, Universität Zürich  
Direktor em. am Europa Institut an der Universität Zürich,  
Vizepräsident der Weko (1996 - 2007)



Universität Zürich

# Überblick?

- I. Wirtschaftliche Koordinationssysteme
- II. Wettbewerb
- III. Die drei Säulen des Kartellrechts – Fusionskontrolle im Besonderen
- IV. Revision der Fusionskontrolle?

## Anhänge zur Revision der Fusionskontrolle

- 1) 12.028s Kartellgesetz. Änderung – Auszug aus der Fahne
- 2) Auszug aus der EU Fus Kontrollverordnung, Art. 2 Abs. 1 (Kriterien für die Prüfung)

# I. **Wirtschaftliche Koordinationssysteme**

# *Koordinationsysteme*

Heute sind fast alle wirtschaftlichen Aktivitäten auf nationaler und internationaler Ebene durch ausgeprägte Arbeitsteilung gekennzeichnet.

Arbeitsteilung führt zu mehreren ökonomischen Akteuren.

Deren Interaktion muss koordiniert werden.

Die Wirtschaftstheorie unterscheidet drei grundlegende Koordinationssysteme:

- Wettbewerbssystem ~Wirtschaftsfreiheit
- Staatliche Planung / Regulierung
- Regulierung durch einzelne Wirtschaftsakteure oder deren Verbände (Kartellwirtschaft)

# Wirtschaftsfreiheit

während langer Zeit  
verstanden als

- Wirtschaft ohne staatliche Koordinierung
- Koordination, die dem Willen der Akteure entspricht (Vertragsfreiheit)

freier Wettbewerb

Kartellwirtschaft  
(wettbewerbsbeseitigende Verträge  
wirksam und durchgesetzbar)

Vertragsfreiheit erlaubte/ermöglichte Kartellwirtschaft!

*Das ist heute anders* → Art. 27, 97, 94 BV → Art. 1, 5, 7, 10 und 27 KG!

## II. Wettbewerb

Was ist Wettbewerb?

Warum wollen wir in der Wirtschaft Wettbewerb?

Wie beschränken Staaten/Private den Wettbewerb?

Wie gewährleisten Staaten Wettbewerb?

Exkurs: Staatliche und Private Importbeschränkungen

# *Was ist Wettbewerb?*

Unternehmen bemühen sich um Kunden, indem sie

- günstigere Preise und Konditionen bieten;
- bessere Produkte und Qualität bieten;
- besseren Service vor und nach dem Verkauf bieten.

Ein wettbewerbliches Umfeld ist für Unternehmen aber anstrengend. Daher versuchen Unternehmen, den Wettbewerb zu beschränken.

Das ist die historische Erfahrung.

# *Warum wollen Staaten Wettbewerb als wirtschaftliches Koordinationssystem?*

Jahrzehntelange Erfahrung lehrt, dass Wettbewerb zu den bestmöglichen ökonomischen Resultaten für alle führt:

Unter Wettbewerbsdruck produzieren Unternehmen bei gleicher Menge Produktionsmitteln mehr Güter zu höherer Qualität und niedrigeren Preisen als Firmen, die wenig Wettbewerbsdruck ausgesetzt sind.

Wettbewerb ist im öffentlichen Interesse.

Daher versuchen immer mehr Staaten, das Wettbewerbssystem, den freien Wettbewerb in ihrer Wirtschaft – notfalls durch zwingendes Recht – zu gewährleisten (Schweiz seit 1995: Art. 5, Art. 10 Abs. 2 und Art. 7 KG, Art. 27 KG) → Wettbewerb der Systeme.

# Wie beschränken Staaten/Private den Wettbewerb?

Staaten:

Durch Regulierung der wirtschaftlichen Tätigkeiten (staatliche Planung/Regulierung im Inland sowie Kontrolle/Beschränkung des Wirtschaftsverkehrs mit dem Ausland).

Private:

- Abreden zwischen unabhängigen Unternehmen zur Vereinheitlichung des Verhaltens auf Märkten ( $\neq$  Selbständigkeitspostulat)
- Unternehmenszusammenschlüsse ( $\neq$  Selbständigkeitspostulat)
- Missbrauch marktbeherrschender Stellungen (mangels Ausweichmöglichkeiten kann die Alleinstellung auf dem Markt missbraucht werden)

# *Wie gewährleisten Staaten Wettbewerb?*

1) Staat verzichtet grundsätzlich auf Regulierung der Wirtschaft und auf Erlass staatlicher Importbeschränkungen (besonders wichtig bei kleinen Ländern wie der Schweiz)

2) Staat erlässt Massnahmen gegen private Beschränkungen des Wettbewerbs im Inland und aus dem Ausland (private Importbeschränkungen).

# *Exkurs: Was sind Importbeschränkungen?*

Importbeschränkungen sind Massnahmen des Staates oder von Privaten, die den Import von Produkten aus dem Ausland und damit den Einkauf von Produkten im Ausland be- oder verhindern.

Staatliche Massnahmen: Zölle, Kontingente sowie Massnahmen gleicher Wirkung wie Kontingente, Bsp. technische Vorschriften für die Produkte, die Vermarktung.

Private Massnahmen: Kartelle oder einseitige Massnahmen.

# *Exkurs: Relevanz staatlicher Importbeschränkungen?*

Zölle ↘

Kontingente ↘

Massnahmen gleicher Wirkung wie Kontingente ↗

Warum?

Gehandelt werden zunehmend «verarbeitete Produkte».  
Diesbezüglich gibt es immer mehr staatliche Zulassungsvorschriften.

Exportierte Produkte müssen diesen entsprechen.

Brexit: Exportierte Produkte aus dem UK in die EU müssen auch inskünftig dem Recht «aus Brüssel» entsprechen!

FHA Schweiz-EU von 1972 Art. 13.

# *Exkurs: Was bewirken Importbeschränkungen?*

- Staatliche und private Importbeschränkungen schotten Staatsgebiete/Regionen/Märkte von einander ab;
- sie behindern die preisausgleichende Wirkung des Wettbewerbs, der in Wirtschaftsräumen, die an sich zusammen gehören, grundsätzlich wirksam ist;
- sie ermöglichen Preisdifferenzierungen, weil der Preiswettbewerb aus dem Ausland behindert ist.

# *Exkurs: Auswirkungen von Importbeschränkungen auf den Produktionsstandort Schweiz? (1)*

- Staatliche **und** private Importbeschränkungen führen unter anderem zu höheren Produktionskosten
- Das ist in der heute globalisierten Wirtschaft ein gewichtiger Standort**nachteil** für die Schweiz. Denn Globalisierung heisst auch: Unternehmen aus der Schweiz stehen beim Verkauf ihrer Produkte in der Schweiz und im Ausland im Wettbewerb mit Unternehmen, die oft tiefere Produktionskosten haben.

# *Exkurs: Auswirkungen von Importbeschränkungen auf den Produktionsstandort Schweiz? (2)*

Höhere Produktionskosten der Schweiz

- vermindern die Wettbewerbsfähigkeit der in der Schweiz produzierenden Unternehmen;
- können zur Verlagerung von Betriebsteilen (Arbeitsplätzen) ins Ausland oder gar zur Betriebsaufgabe führen.

Daher wollen viele Unternehmen aus der Schweiz dort und zu den Preisen einkaufen können, wo ihre Konkurrenten aus dem Ausland das tun (gleich lange Spiesse, level playing field).

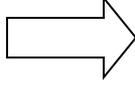
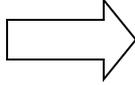
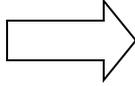
Das wird indes in vielen Fällen durch private Unternehmen verhindert, weil das Kartellgesetz gegen einseitige private Importbeschränkungen nicht angewendet wird.

Gegenmassnahmen: Pa. Iv. Altherr; Fair Preis-Initiative

# **III. Die drei Säulen des Kartellrechts, Fusionskontrolle im Besonderen**

# Die drei Säulen des Kartellrechts

## Wie wird Wettbewerb durch Private beschränkt?

- Abreden oder abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen  Verbote von Wettbewerbsbeschränkungen (Art. 101 AEUV, Art. 5 KG; Gaba, BMW)
- Unternehmenszusammenschlüsse  Fusionskontrolle (FKVO, Art. 9 und 10 KG)
- Missbrauch marktbeherrschender Stellungen  Verbot des Missbrauchs von Marktmacht (Art. 102 AEUV, Art. 7 KG)

 **Das Kartellrecht soll Wettbewerbsbeschränkungen durch Private verhindern.**

# *Fusionskontrolle – Zusammenschluss?*

**EU:** Art. 3 FKVO

**Schweiz:** Art. 4 Abs. 3 KG

- Fusion
- Kontrollerwerb
  - alleinige Kontrolle über ein anderes Unternehmen
  - gemeinsame Kontrolle zwei Muttergesellschaften über ein drittes Unternehmen (Gemeinschaftsunternehmen)

# *Fusionskontrolle – Schwellenwerte?*

## **EU:** Art. 1 FKVO (Grundregel)

- Weltweiter Gesamtumsatz aller von mindestens € 5 Mrd.

**und**

- Gemeinschaftsweiter Umsatz von mindestens je € 250 Mio. mindestens zwei der beteiligten Unternehmen.

## **Schweiz:** Art. 9 KG

- Weltweiter Gesamtumsatz aller von mindestens SFr. 2 Mrd. **oder** Gesamtumsatz aller in der Schweiz von mindestens SFr. 500 Mio.

**und**

- Umsatz in der Schweiz von mindestens je SFr. 100 Mio. mindestens zwei der beteiligten Unternehmen.

# *Fusionskontrolle – Beurteilungskriterien?*

## **EU, Art. 2 FKVO**

Ein Zusammenschluss, durch den wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde, insbesondere durch die Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung, ist zu untersagen.

## **Schweiz, Art. 10 KG**

Ein Zusammenschluss, durch den eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb *beseitigt werden kann*, begründet oder verstärkt wird, ist zu untersagen.

.

Auf den Wortlaut bezogen ist die schweizerische Fusionskontrolle weniger streng als die FKVO.

Begründung: Schweizerische Unternehmen sind zur Zeit stärker dem Wettbewerb aus dem Ausland ausgesetzt als EU-Unternehmen.

# *Fusionskontrolle – zu stellende Fragen?*

## **EU**

## **Schweiz**

1. Ist die Transaktion ein Zusammenschluss im Sinne von Art. 3 FKVO / Art. 4 Abs. 3 KG?

2. Sind die Schwellenwerte erreicht?

3. Begründet oder verstärkt der Zusammenschluss eine Stellung...

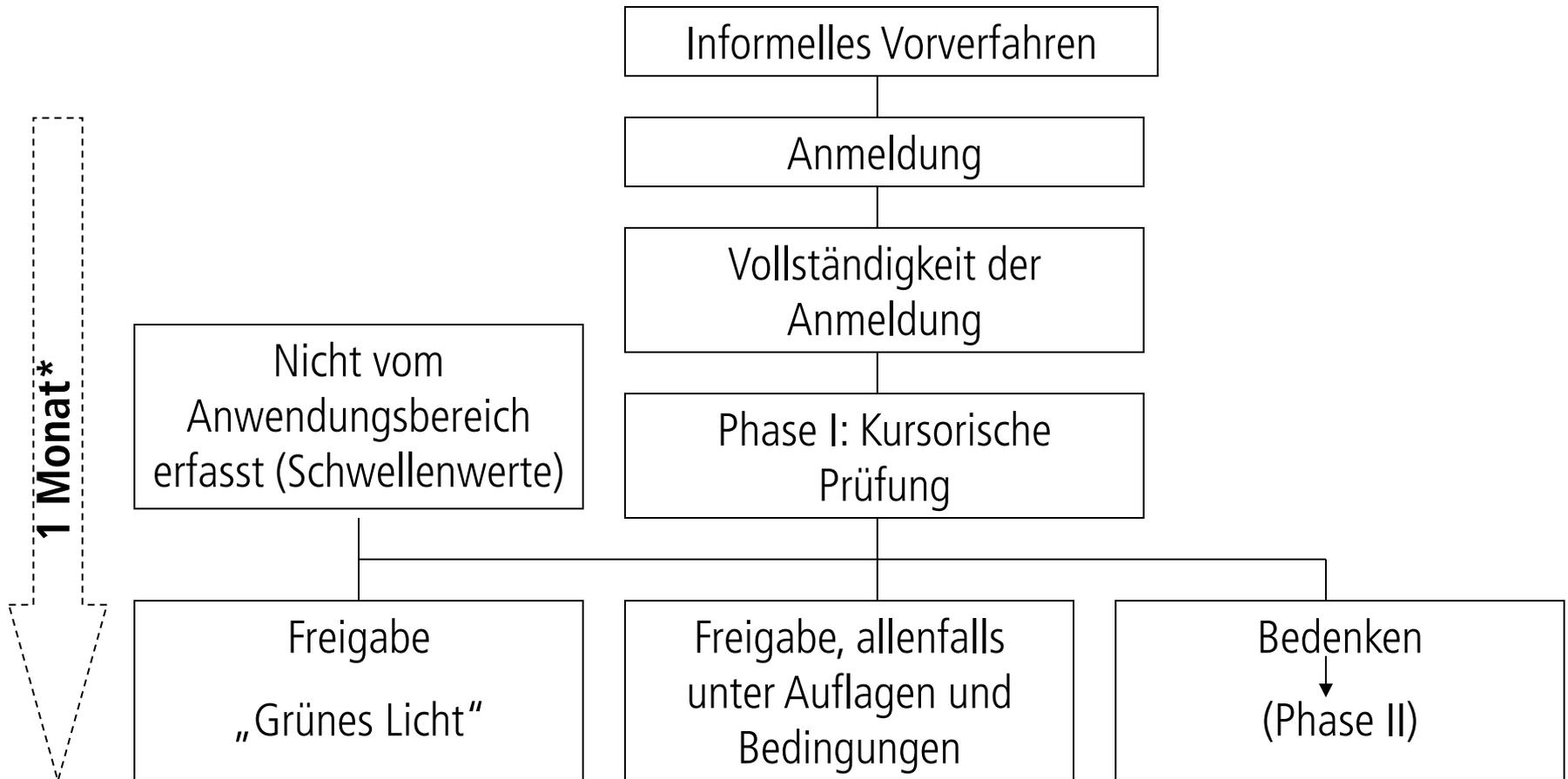
...aufgrund dessen wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde?

...aufgrund dessen wirksamer Wettbewerb beseitigt werden könnte?  
Wenn ja,...

...wird dies aufgewogen durch eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt?

# Fusionskontrolle – Verfahren (1)

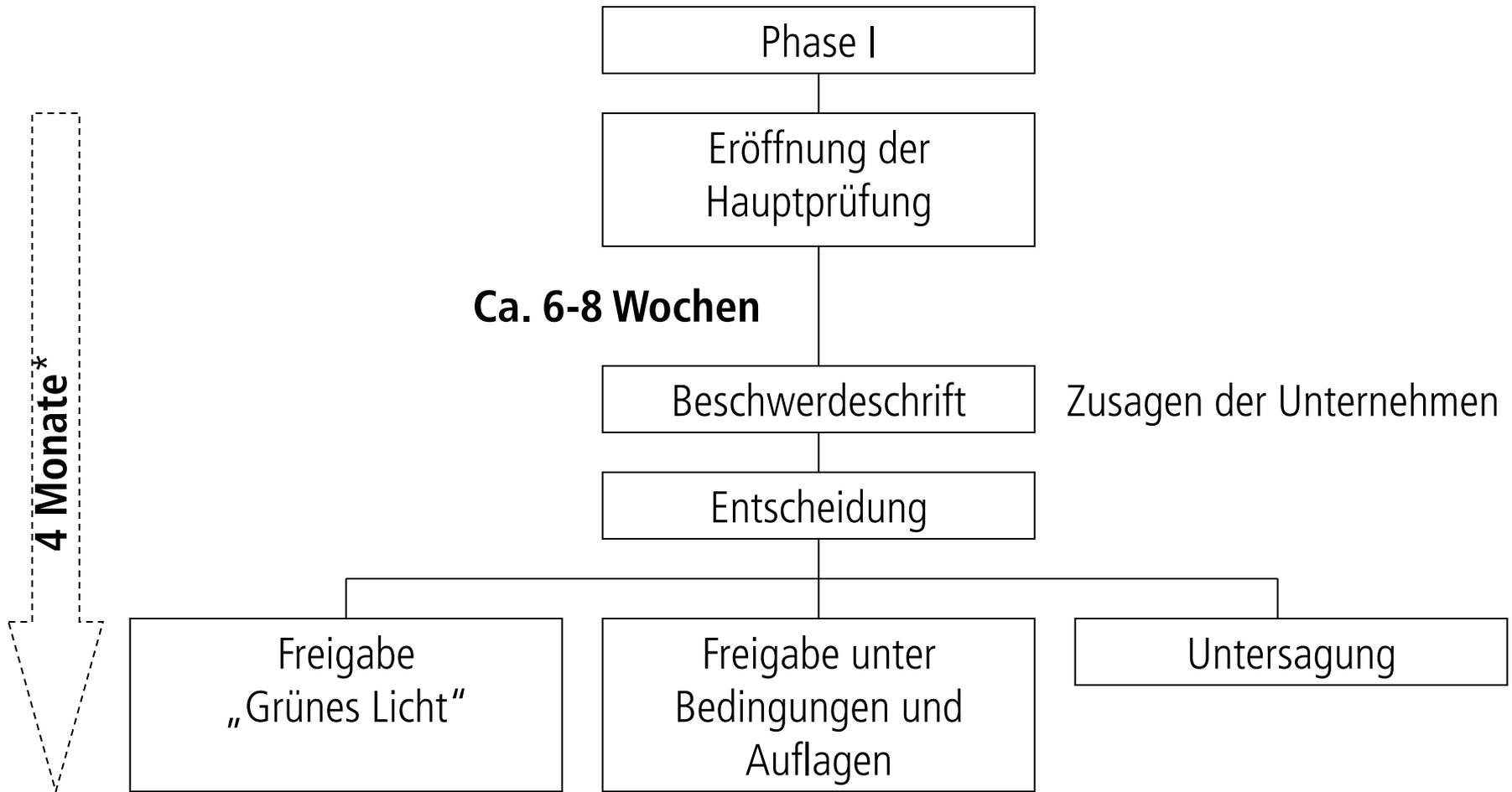
## Phase I



\* EU: 25 bzw. 35 Arbeitstage

# Fusionskontrolle – Verfahren (2)

## Phase II



\* EU: 90 bzw. 105 bzw. 125 Arbeitstage

# *Fusionskontrolle – Auflagen und Bedingungen*

Gegenstand von Auflagen und Bedingungen?

Pflicht der Adressaten der Entscheidung, etwas zu tun oder zu unterlassen, beispielsweise:

- Pflicht, einen Unternehmensteil zu veräussern,
- Pflicht, sich in bestimmter Weise zu verhalten.

Bedingungen müssen vor dem Zusammenschluss erfüllt werden, Auflagen während oder danach.

Wer ist an Auflagen, wer an Bedingungen interessiert?

Das Verhältnismässigkeitsprinzip ist als allgemeiner Rechtsgrundsatz bei der Frage, Untersagung oder Zulassung unter Auflagen oder Bedingungen sowie bei der Ausgestaltung von Auflagen und Bedingungen zu beachten!

# IV. Revision der Fusionskontrolle?

## IV. Revision der Fusionskontrolle?

- Die vom Bundesrat vorgeschlagene Revision scheiterte 2014.
- Zu erwarten ist eine Neuauflage
- Diskussionspunkte dürften wiederum sein: Die Einführung
  - eines neuen Verbotskriteriums
  - von Effizienzkriterien
  - von Kriterien der Konsumentenwohlfahrt

Literaturhinweise:

- Sinem Süslü , recht 2/2015, 67-81
- Künzler/Zäch, AJP 2013, 754-764

# 1. Verbotkriterium (1)

Heute sind Fusionen zu untersagen, wenn u.a.

- eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird
- durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann.

Neu dürfte vorgeschlagen werden, Fusionen zu untersagen, wenn der wirksame Wettbewerb erheblich beeinträchtigt wird (siehe Art. 2 FusKo der EU und Recht der USA und des UK).

# 1. Verbotskriterium (2)

## Würdigung

Die Vorhersehbarkeit der Entscheidungen würde vermindert und damit die Rechts*unsicherheit* erhöht.

Das ist in Bezug auf die Eigentumsrechte und Wirtschaftsfreiheit abzulehnen.

Die bisherige Regelung erlaubt es der Weko – entgegen anderen Behauptungen – sinnvolle, wirksame und verhältnismässige Auflagen durchzusetzen, Bsp. Migros/Denner.

## 2. Effizienzkriterien

Effizienzüberlegungen?

Anerkannt ist: Wirksamer Wettbewerb führt zu Effizienz.

Wettbewerbsbeschränkungen vermindern die Effizienz.

Daher ist es nicht überzeugend zu argumentieren: Ein Zusammenschluss beschränke zwar wirksamen Wettbewerb, aber der Zusammenschluss führe zu mehr Effizienz.

Um Effizienz zu Gunsten aller zu bekommen, ist Wettbewerb zu gewährleisten.

Dazu kommt: Was ist effizient?

Effizienz ist rechtlich nicht definiert.

## Überlegungen zur Konsumentenwohlfahrt?

- Dieser Vorschlag läuft auf eine Ergebniskontrolle hinaus.
- Das macht bzw. machte man in zentralen Planwirtschaften. Die diesbezüglichen Ergebnisse sind bekannt.
- Dieser Vorschlag ist daher strikt abzulehnen. Unternehmen müssten sich ja sonst immer fragen: Handeln wir im Interesse der Konsumentenwohlfahrt?
- Dazu kommt: Niemand weiss, was Konsumentenwohlfahrt beinhaltet! Konsumentenwohlfahrt ist rechtlich nicht definiert.

## Rechtsstaatliches Problem

Effizienz und Konsumentenwohl sind  
Tatbestandsmerkmale, die nicht justiziabel sind.

Was meine ich damit?

Behörde macht, was sie für gut findet.